

# Niektóre konsekwencje zmiany art. 37a k.k. na gruncie nadzwyczajnego złagodzenia kary



**Krzysztof Kmak**

Doktorant w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, asesor Prokuratury Rejonowej Kraków-Śródmieście Wschód w Krakowie

✉ [krzysztof.kmak@doctoral.uj.edu.pl](mailto:krzysztof.kmak@doctoral.uj.edu.pl)

<https://orcid.org/0000-0002-7173-1076>

## ***Some Consequences of Changing the Article 37a of the Penal Code on the Ground of Extraordinary Mitigation of the Penalty***

*The article concerns the effects of changing Article 37a of the Penal Code based on the amending act of June 2020, in particular on the ground of extraordinary mitigation of the penalty. As of 24th June 2020, Article 37a of the Penal Code undoubtedly has become an institution of the judicial imposition of penalty, which may be applied after analyzing the circumstances of a particular case. Moreover, the scope of application of Article 37a of the Penal Code is narrower. The criminal repression in Article 37a of the Penal Code was increased. This leads to the conclusion that Article 60 § 6 point 4 of the Penal Code is not an empty rule. There is no need for applying of the Article 60 § 8 of the Penal Code. The amendment also led to other problems that are important for application of Article 60 of the Penal Code.*

**Słowa kluczowe:** prawo karne, nadzwyczajne złagodzenie kary, sądowy wymiar kary

**Key words:** penal law, extraordinary mitigation of the penalty, judicial imposition of penalty

[https://doi.org/10.32082/fp.5\(73\).2022.489](https://doi.org/10.32082/fp.5(73).2022.489)

Obowiązujący od 1 lipca 2015 r. art. 37a kodeksu karnego<sup>1</sup> miał na celu zapewnienie sądom większych możliwości co do orzekania kar wolnościowych w sprawach o prze-

stępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8. Ułatwiał realizację dyrektywy prymatu kar wolnościowych (art. 58 § 1 k.k.), nie przewidując żadnych dodatkowych przesłanek zastosowania grzywny lub kary ograniczenia wolności.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2022, poz. 1138), dalej: k.k.

Regulacja przysporzyła jednak wątpliwości co do jej charakteru prawnego. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem art. 37a k.k. stanowił przednawiasowy modyfikator ustawowego zagrożenia określonego w przepisie części szczególnej, zawierającym opis czynu zabronionego pod groźbą kary, rodzaje kar grożących za jego popełnienie oraz granice tych kar<sup>2</sup>. Według opozycyjnego poglądu art. 37a k.k. wprowadzał instytucję sądowego wymiaru kary, niemodyfikującą granic ustawowego zagrożenia, ale dopuszczającą stosowanie kar wolnościowych po analizie elementów konkretnego stanu faktycznego, także wykraczających poza znamiona czynu zabronionego<sup>3</sup>. W doktrynie prezentowano również inne poglądy, niedające się jednoznacznie zakwalifikować do jednego z dwóch wyżej wymienionych głównych koncepcji<sup>4</sup>.

2 Zob. np. J. Majewski, *Art. 37a (w)*. W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, z. *Komentarz do art. 1–52*, LEX 2016, tezy 1–3; J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzanej kary*, „Palestra 2015”, nr 7–8, s. 25–32; M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary (w)*. W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015*, Kraków 2015, s. 286; A. Sakowicz, *Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 3, s. 52; W. Górowski, *Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r.*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 66–67; J. Bernal, *Dopuszczalność orzekania kary wolnościowej na podstawie art. 37a k.k. a instytucja występku o charakterze chuligańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2016, t. 99, s. 23; A. Kania, *Kodeksowe uwarunkowania sądowego wymiaru kary – próba klasyfikacji. Część I*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2016, nr 2, s. 70–71; K. Kmąk, *Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 10, s. 106–108; J. Kosonoga-Zygmunt, *Orzekanie kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności (art. 37a k.k.)*, „Ius Novum” 2016, nr 4, s. 133–137; postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, LEX nr 2053317; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 października 2019 r., II AKa 260/19, LEX nr 2749797.

3 Zob. np. B.J. Stefańska, *Art. 37a (w)*. M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, teza 1; V. Konarska-Wrzošek, *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary (w)*. T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego*, t. 5, *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017, s. 303–304.

4 Całościowo stanowiska te omawia M. Małecki, *Charakter prawny art. 37a k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 11–12, s. 184–198.

Opowiedzenie się za jedną z pojawiających się możliwości miało bezpośrednie przełożenie na zasady wymiaru kary nadzwyczajnie złagodzonej (art. 60 § 6–8 k.k.). W przypadku uznania, że art. 37a k.k. stanowił modyfikator ustawowego zagrożenia, znacząco zmieniło to granice nadzwyczajnego złagodzenia w przypadku występku, w szczególności pojawiało się pytanie o normatywny sens art. 60 § 6 pkt 4 k.k., skoro występki z dolną granicą ustawowego zagrożenia w postaci kary pozbawienia niższej od roku były jednocześnie (na podstawie art. 37a k.k.) alternatywnie zagrożone grzywną i ograniczeniem wolności. Dopuszczenie stosowania tego przepisu przy nadzwyczajnym złagodzeniu prowadziło do tych samych konsekwencji co zwyczajny wymiar kary z wykorzystaniem art. 37a k.k.<sup>5</sup>, chyba że zastosowanie miał art. 60 § 7 lub 8 k.k.

Przyjęcie koncepcji, iż art. 37a k.k. nie modyfikował ustawowego zagrożenia, nie miało tak daleko idących konsekwencji, niemniej w doktrynie zauważano, że wprowadzenie art. 37a k.k. prowadzi do zburzenia systemowej logiki wewnątrzkodeksowej, ponieważ nie jest prawidłowe, by zarówno zwyczajny, jak i nadzwyczajny wymiar kary prowadził do tych samych skutków<sup>6</sup>.

Niezależnie od problemu charakteru prawnego art. 37a k.k., niewątpliwe było, że stan prawny reguluje również art. 60 § 8 k.k., zgodnie z którym nadzwyczajnego złagodzenia kary nie stosuje się do czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do których ma zastosowanie art. 37a. W orzecznictwie sądów powszechnych normę tę jednak niekiedy pomijano, wykorzystując instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary w sprawach o przestępstwa zagrożone karą od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności, do których można było stosować art. 37a k.k.<sup>7</sup> Wpraw-

5 Zob. szerzej K. Kmąk, *Czy art. 60 § 6 pkt 4 k.k. jest przepisem pustym?*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 3, s. 29–55.

6 Tak np. V. Konarska-Wrzošek, *Zwyczajny i nadzwyczajny złagodzony wymiar kary w świetle kodeksu karnego po nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, t. 43, s. 256–258; A. Woźniak, R. Wrzošek, *Czy w aktualnym stanie prawnym instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary za występki jest jeszcze potrzebna?*, „Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych” 2017, t. 7, s. 217–220.

7 Tak np. wyrok SR w Legionowie z dnia 25 maja 2020 r., II K 1216/19, LEX nr 3027930 (art. 233 § 1 k.k. i art. 239 § 1 k.k.).

dzie nie prowadziło to do obrazy prawa materialnego w rozumieniu art. 438 pkt 1a k.p.k. (kara wymierzona w ramach błędnie wykorzystanego nadzwyczajnego złagodzenia mogła zostać bowiem i tak wymierzona na podstawie art. 37a k.k.), to jednak z punktu widzenia prawidłowego określenia podstawy prawnej orzeczenia (art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k.) nie było to właściwe.

Powyżej opisany stan prawny uległ zmianie z dniem 24 czerwca 2020 r., gdy weszła w życie istotna modyfikacja art. 37a k.k.<sup>8</sup> Zakres zastosowania tej regulacji został zawężony zarówno pod względem przedmiotowym, jak i podmiotowym. Obecnie ustawodawca przesądził, że wymiar kar wolnościowych może dotyczyć jedynie przestępstw „zagrożonych tylko karą pozbawienia wolności”, co oznacza, że ustawowe zagrożenie może obejmować wyłącznie karę pozbawienia wolności. Poza zakresem zastosowania art. 37a k.k. pozostają sankcje kumulatywne i alternatywno-kumulatywne<sup>9</sup>.

w zw. z art. 11 § 2 k.k.); wyrok SR w Gorlicach z dnia 12 marca 2019 r., II K 277/17, LEX nr 2750874 (art. 263 § 2 k.k.); wyrok SO w Gliwicach z dnia 21 stycznia 2019 r., IV K 157/18, LEX nr 2713631 (art. 263 § 2 k.k.); wyrok SO w Siedlcach z dnia 30 sierpnia 2018 r., II Ka 243/18, LEX nr 2545035 (art. 286 § 1 k.k.); wyrok SR w Puławach z dnia 9 marca 2018 r., II K 217/17, LEX nr 2545065 (art. 263 § 2 k.k.).

8 Zob. art. 38 pkt 1 ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz. U. 2020, poz. 1086).

9 Por. odmienny pogląd (pomijający jednak jednoznaczne sformułowanie zagrożenia „tylko karą pozbawienia wolności”): V. Konarska Wrzosek, *Art. 37a (w): V. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2020, teza 2. W poprzednim stanie prawnym stosowanie art. 37a k.k. w odniesieniu do tych sankcji budziło pewne wątpliwości (por. A. Grześkowiak, *Art. 37a (w): A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2021, nb. 4; A. Sakowicz, *Modyfikacja...*, s. 53). Wydaje się, że za dopuszczalnością takiego postępowania przemawiało samo językowe brzmienie art. 37a k.k. (niewykluczające jakiegokolwiek rodzaju sankcji), co uwydatnia jego obecnie obowiązująca wersja (zob. np. J. Majewski, *Art. 37a*, tezy 7–9, 12, 14; R. Kokot, *Podstawy stosowania kar wolnościowych w kodeksie karnym z 1997 r. po nowelizacji z 20 lutego 2015 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2016, nr 37, s. 46–47;

Do tych pierwszych należą czyny zabronione określone np. w art. 55 ust. 1, art. 56 ust. 1 i art. 61 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii<sup>10</sup>. Do tych drugich trzeba zakwalifikować np. art. 289 § 1, 2 i 3 k.k., ponieważ w odniesieniu do tych czynów art. 289 § 4 k.k. przewiduje możliwość wymierzenia grzywny obok kary pozbawienia wolności (w przypadku sankcji kumulatywnej jest to obligatoryjne)<sup>11</sup>. Nie zasługuje na aprobatę pogląd Jana Kluzy, według którego dodanie wyrażenia „tylko karą pozbawienia wolności do lat 8” nie oznacza zawężenia zakresu zastosowania art. 37a § 1 k.k. Swoje stanowisko uzasadnia tym, że skoro istotę art. 37 k.k. „stanowi umożliwienie sądowi orzeczenia alternatywnie kary grzywny lub ograniczenia wolności, to siłą rzeczy dany przepis w części szczególnej określający sankcję za dane przestępstwo musi ową sankcją określać tylko jako karę pozbawienia wolności. W przeciwnym razie – tzn. w sytuacji, gdy przestępstwo zagrożone jest alternatywnie karą łagodniejszą [...] nie istnieje możliwość sięgania do instytucji z art. 37a k.k.”<sup>12</sup>. Autor ten pomija jednak, że przed nowelizacją z czerwca 2020 r. art. 37a k.k. miał zastosowanie także do wspomnianych już przestępstw

K. Kmąk, *Sankcje...*, s. 108–109). Przyjęcie takiego poglądu prowadziło do wniosku, że z chwilą wejścia w życie art. 37a k.k. dotychczasowe sankcje kumulatywne zostały przekształcone w sankcje alternatywno-kumulatywne.

10 Dz. U. 2019, poz. 852, ze zm., dalej: u.p.n.

11 Podkreślić należy, że art. 289 § 4 k.k. stanowi przykład normy modyfikującej ustawowe zagrożenie niewynikającej z przepisu typizującego. Dobitnie świadczy to o tym, że kwestia tego, czy ustawowe zagrożenie wynika z jednego czy większej liczby przepisów karnych, przynajmniej na gruncie kodeksu karnego, jest efektem wyłącznie przyjęcia określonej techniki legislacyjnej (zob. szerzej K. Kmąk, *Czy art. 60 § 6 pkt 4...*, s. 36 i powołana tam literatura i orzecznictwo). Na gruncie art. 289 § 4 k.k. nie da się sensownie twierdzić, że jest to regulacja należąca do sfery sądowego wymiaru kary, skoro jej wykorzystanie zależy wyłącznie od skazania za przestępstwo z art. 289 § 1–3 k.k., nie przewidując żadnych dalszych przesłanek.

12 J. Kluza, *Nowelizacja art. 37a na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. w świetle racjonalnych celów karania*, „Problemy Prawa Karnego 2022, t. 6, nr 1, <https://journals.us.edu.pl/index.php/ppk/article/view/13268/10486>, s. 8–9 (dostęp 14.07.2022).

zagrożonych sankcją kumulatywną lub alternatywno-kumulatywną, w przypadku których najłagodniejszą sankcją stanowi pozbawienie wolności z grzywną (sankcja kumulatywna) lub samo pozbawienie wolności (sankcja alternatywno-kumulatywna).

Zawężenie podmiotowe polega na wyłączeniu możliwości stosowania kar nieizolacyjnych wobec dwóch grup sprawców, tj.:

- sprawców, którzy popełniają przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym<sup>13</sup>.

Nie tylko zakres zastosowania art. 37a k.k. uległ ograniczeniu, ale również zaostrzono prawnokarne konsekwencje wynikające z tej normy. Przed zmianą stanu prawnego formalnie dopuszczalne było wymierzenie grzywny i ograniczenia wolności również w ich ustawowych dolnych progach (odpowiednio 10 stawek dziennych i miesiąc – art. 33 § 1, art. 34 § 1 k.k.). Obecnie sąd musi wymierzyć minimum 100 stawek dziennych grzywny lub 3 miesiące ograniczenia wolności, a do tego obowiązkiem sądu jest zastosowanie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku<sup>14</sup>. Artykuł 37a § 1 k.k. nie wyraża samodzielnej podstawy stosowania tych środków; każdorazowo konieczne jest spełnienie przesłanek zastosowania określonego środka reakcji karnej wyrażonych w przepisach szczególnych<sup>15</sup>. Teoretycznie niewykluczona jest zatem sytuacja, w której sąd nie będzie mógł zastosować art. 37a k.k., ponieważ nie zostaną spełnione

przesłanki orzeczenia jakiegokolwiek środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku.

Ponadto konieczne jest stwierdzenie przez sąd w konkretnej sprawie, iż wymierzona za przestępstwo kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od roku<sup>16</sup>. Ta przesłanka przesądza, iż z dniem 24 czerwca 2020 r. art. 37a k.k. stał się instytucją sądowego wymiaru kary, ponieważ jego zastosowanie zależy od analizy okoliczności konkretnej sprawy, w której rozstrzygana jest odpowiedzialność karna i wymiar kary wobec indywidualnego sprawcy<sup>17</sup>. Dla wykorzystania art. 37a k.k. nie wystarcza (jak było w poprzednim stanie prawnym) samo skazanie za przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat. Poza ustaleniem, czy nie ma zastosowania wyłączenie z art. 37a § 2 k.k., sąd musi również na podstawie zasad i dyrektyw wymiaru kary (art. 53 k.k. i n.) stwierdzić, że w konkretnym postępowaniu karnym nie wymierzy za dane przestępstwo kary surowszej niż rok pozbawienia wolności<sup>18</sup>.

13 Obecnie trudno nie zgodzić się z V. Konarską-Wrżosek, *Art. 37a*, teza 3 iż w tym zakresie mamy do czynienia z ustawowym *superfluum*, ponieważ wobec obu tych kategorii sprawców art. 65 § 1 w zw. z art. 64 § 2 k.k. i tak przewiduje obowiązek wymierzenia kary powyżej ustawowego minimum, co wyklucza (przynajmniej co do zasady) wymierzenie im kary łagodniejszego rodzaju niż kara pozbawienia wolności (dotyczy to również innych sprawców, których dotyczy art. 57a § 1, art. 57b, art. 64 § 2 i art. 65 § 1 k.k.).

14 Zob. V. Konarska Wrzosek, *Art. 37a*, teza 4; J. Kosonoga-Zygmunt, *Art. 37a* (w:) R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2020, nb 5.

15 G. Łabuda, *Art. 37a* (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, LEX 2021, teza 11.

16 Przypomina to rozwiązanie przewidziane w art. 54 Ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1969, nr 13, poz. 94, ze zm.), który stanowił: „Jeżeli przestępstwo zagrożone jest tylko karą pozbawienia wolności, przy czym górna granica zagrożenia nie jest wyższa niż 5 lat, a wymierzona za nie kara nie byłaby surowsza od roku pozbawienia wolności, sąd uznając, że skazanie na taką karę nie byłoby celowe, może orzec karę ograniczenia wolności albo grzywnę”.

17 Zob. J. Kosonoga-Zygmunt, *Art. 37a*, nb 1–2; G. Łabuda, *Art. 37a*, teza 4. Obecny art. 37a k.k. jest podobny do (obowiązującej do 30 czerwca 2015 r.) instytucji sądowego wymiaru kary z art. 58 § 3 i 4 k.k. Na podstawie art. 58 § 3 k.k. sąd mógł wymierzyć grzywnę albo ograniczenie wolności za (*lege non distinguente* każde) przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat, w szczególności jeśli orzekł równocześnie środek karny (brzmienie przepisu przesądzało, że nie jest to jednak warunek konieczny, odmiennie niż w obecnym art. 37a § 1 k.k.). Z kolei art. 58 § 4 k.k. wyłączał wykorzystanie tej możliwości w stosunku do określonych kategorii sprawców (sprawcy występów o charakterze chuligańskim i sprawcy przestępstwa z art. 178a § 4 k.k.). Konstrukcja ta miała ułatwiać realizowanie w praktyce dyrektywy prymatu kar wolnościowych z art. 58 § 1 k.k. Zob. też J. Kluza, *Nowelizacja...*, s. 2–3.

18 Nie dziwi, że ta konstrukcja stała się przedmiotem krytyki ze względu na jej wewnętrzną sprzeczność: „Zgodnie z art. 37a

Powyższy wniosek automatycznie oznacza, że z całą pewnością art. 37a k.k. *de lege lata* nie jest modyfikatorem ustawowego zagrożenia<sup>19</sup>, co bezpośrednio oddziałuje na zasady wymiaru kary nadzwyczajnie złagodzonej, ponieważ nadzwyczajne złagodzenie polega na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy

§ 1 k.k. wg uchwalonej ustawy, sąd musi najpierw stwierdzić, jaką karę wymierzylby za to przestępstwo i musi być to kara nie wyższa niż rok pozbawienia wolności (»wymierzona za nie kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od roku«). Następnie zaś sąd musi uznać, że jednak taka kara nie byłaby zasadna, i należy orzec karę wolnościową w postaci grzywny albo ograniczenia wolności. Oceny te jednak wykluczają się. Nie można bowiem równocześnie stwierdzić, że zasadne jest wymierzenie kary pozbawienia wolności nie wyższej od roku, by chwilę potem uznać, że nie należy jej wymierzać na rzecz kary wolnościowej, szczególnie w perspektywie niezmiennych w drodze analizowanej nowelizacji zasad pierwszeństwa kary wolnościowej z art. 58 k.k.» (A. Barczak-Oplustil, W. Górowski, M. Iwański, M. Małecki, K. Mamak, S. Tarapata, W. Zontek, *Niekonstytucyjna nowelizacja Kodeksu karnego w związku z epidemią COVID-19*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2020, z. 2, s. 20). Oczywiście jest, że krytykowana przesłanka jest spełniona również wtedy, gdy sąd uznaje, że w danej sprawie kara pozbawienia wolności nawet w najniższym rozmiarze byłaby zbyt surowa, ponieważ jednocześnie zakłada, że wymierzona kara nie będzie surowsza niż rok pozbawienia wolności. J. Kluzka, *Nowelizacja...*, s. 8–10 argumentuje, że w kodeksie karnym nie ma czynów zabronionych zagrożonych w dolnej granicy karą wyższą od roku pozbawienia wolności, a w górnej granicy karą w wysokości maksimum 8 lat pozbawienia wolności. Jeżeli sąd uznaje, że adekwatna jest kara pozbawienia wolności, to nie powinien jednocześnie rozważać wymiaru sankcji wolnościowych, więc w tym zakresie nie dochodzi do zawężenia zakresu zastosowania art. 37a § 1 k.k. Z tego powodu J. Kluzka ocenia wprowadzenie tej przesłanki jako zbędne.

19 W orzecznictwie zauważalna jest pewna zmiana poglądu dotycząca charakteru art. 37a k.k. O ile przed 24 czerwca 2020 r. uznawano, że korzystanie z tej instytucji nie doznaje ograniczeń (postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, LEX nr 2053317; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 października 2019 r., II AKa 260/19, LEX nr 2749797), o tyle po tej dacie w judykaturze pojawił się kierunek, iż ma ona charakter wyjątkowy (wyrok SO w Siedlcach z dnia 23 maja 2022 r., II Ka 157/22, LEX nr 3350517).

ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju (art. 60 § 6 k.k.).

Podstawową konsekwencją wymienionej zmiany normatywnej jest przesądzenie, iż art. 60 § 6 pkt 4 k.k. *de lege lata* nie jest pusty, ponieważ w systemie prawa karnego istnieją występki zagrożone karą pozbawienia wolności niższą od roku, np. zagrożone przynajmniej miesiącem (np. art. 160 § 1 k.k.) lub 3 miesiącami (np. art. 155 k.k.) kary pozbawienia wolności.

Nowelizacja *prima facie* nie wpłynęła na zakres zastosowania art. 60 § 7 k.k. Taki punkt widzenia mógłby być słuszny jedynie przy uznaniu, że art. 37a k.k. przed czerwcem 2020 r. nie był modyfikatorem ustawowego zagrożenia<sup>20</sup>. Przy innym założeniu, należałoby dojść do wniosku, że zakres zastosowania art. 60 § 7 k.k. uległ zawężeniu na rzecz art. 60 § 6 pkt 4 k.k. Wymienione występki (np. art. 160 § 1, art. 155 k.k.) były bowiem zagrożone sankcją alternatywną złożoną z kar z art. 32 pkt 1–3 k.k., w związku z modyfikacją wynikającą z art. 37a k.k. Nadzwyczajne złagodzenie kary powinno być więc polegać na zastosowaniu reguły z art. 60 § 7 k.k. (a nie – jak obecnie – art. 60 § 6 pkt 4 k.k.). *De lege lata* art. 60 § 7 k.k. ma zastosowanie jedynie do tych czynów zabronionych, w odniesieniu do których przepis typizujący (lub inne przepisy będące podstawą norm kształtujących granice ustawowego zagrożenia) przesądza, że są zagrożone sankcją alternatywną<sup>21</sup>.

Wymienione konsekwencje wynikają z nawet pobieżnej analizy tekstu prawnego. Zmiany czy wątpliwości wywołane nowelizacją czerwową są jednak daleko głębsze.

Wprowadzone zmiany normatywne nakazują zastanowić się nad dalszym sensem obowiązywania art. 60 § 8 k.k. W stanie prawnym sprzed 24 czerwca 2020 r. przyjmowano, że art. 60 § 8 k.k. automatycznie wyłączał nadzwyczajne złagodzenie kary wobec przestępstw

20 Por. J. Kluzka, *Nowelizacja...*, s. 6, który uważa, że nowelizacja czerwowa nie zmienia charakteru prawnego art. 37a k.k.

21 Odnotować należy stanowisko J. Kluzy, *Nowelizacja...*, s. 10–11, który uznaje, że art. 60 § 7 k.k. ma zastosowanie do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 5. Taki pogląd byłby zasadny, gdyby uznać, że art. 37a k.k. *de lege lata* stanowi modyfikator ustawowego zagrożenia, do czego nie ma podstaw.

zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8. Była to prosta konsekwencja przyjęcia, że art. 37a k.k. stanowił modyfikator ustawowego zagrożenia<sup>22</sup>, choć również przeciwnicy tego poglądu przyjmowali ten punkt widzenia, np. Krzysztof Janczukowicz z jednej strony twierdził, że art. 37a k.k. zastępował art. 58 § 3 i 4 k.k. jako instytucja zamiany kary (co sugeruje, że nie traktował tego pierwszego jako modyfikator zagrożenia)<sup>23</sup>, a z drugiej twierdził, że art. 60 § 8 k.k. wykluczał nadzwyczajne złagodzenie kary w odniesieniu do całej grupy występów o górnej granicy

kurencji nadzwyczajnego złagodzenia kary i art. 37a k.k., który sam w sobie stanowił formę złagodzenia represji karnej<sup>25</sup>.

Powstaje pytanie, czy pogląd dominujący zachował aktualność. *Prima facie* może się bowiem wydawać, iż skoro art. 37a k.k. obecnie bezspornie stanowi instytucję sądowego wymiaru kary, to należy przyjąć, iż o tym, że ma zastosowanie decyduje sąd w konkretnej sprawie. Innymi słowy, zgodnie z art. 60 § 8 k.k. nadzwyczajnego złagodzenia kary nie można stosować, o ile sąd zdecyduje się skorzystać z art. 37a k.k.

## Norma z art. 37a k.k. na pewno nie przynależy do nadzwyczajnego wymiaru, ale do zwyczajnego wymiaru kary.

zagrożenia powyżej 5 lat, do których mógł się stosować art. 37a k.k., niezależnie od tego, czy sąd „zamienił” karę pozbawienia wolności na grzywnę albo ograniczenie wolności<sup>24</sup>.

Funkcjonował również pogląd, że zakaz nadzwyczajnego złagodzenia aktualizuje się dopiero wtedy, gdy sąd w konkretnej sprawie orzekł grzywnę lub ograniczenie wolności na podstawie art. 37a k.k. W tym sensie *ratio legis* art. 60 § 8 k.k. byłby wyeliminowanie kon-

Jednakże również *de lege lata* podtrzymać należy stanowisko, że art. 60 § 8 k.k. wyłącza nadzwyczajne złagodzenie kary wobec przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat niezależnie od decyzji sądu w konkretnej sprawie co do skorzystania z art. 37a k.k. Akceptacja odmiennego poglądu prowadzi wprost do wniosku, iż art. 60 § 8 k.k. nie wnosi do materii kodeksowej żadnej istotnej treści. Tymczasem elementem paradygmatu racjonalnego prawodawcy jest założenie, iż legislator nie stanowi norm zbędnych<sup>26</sup>.

22 M. Małecki, *Ustawowe...*, s. 314; J. Majewski, *Art. 60 (w:) Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, LEX 2015, teza 12.

23 K. Janczukowicz, *Zamiana kary (w:) Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396)*, LEX/el. 2015.

24 K. Janczukowicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary (w:) Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396)*, LEX/el. 2015. Podobnie (na gruncie obecnego stanu prawnego, traktując art. 37a k.k. jako dyrektywę sądowego wymiaru kary) zdają się uważać: V. Konarska-Wrzošek, *Art. 60 (w:) R.A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2020, nb 63; I. Zgoliński, *Art. 60 (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2020, teza 19.

25 Tak W. Zalewski, *Art. 60 (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Legalis 2017, nb 19. Wspomniany Autor podtrzymał ten pogląd również w obecnym stanie prawnym (zob. W. Zalewski, *Art. 60 (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Legalis 2021, nb 19).

26 Jak twierdzą B. Wróblewski, M. Zajęcki, *O normatywności, redundantności i zbędności przepisów prawnych*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 5, s. 136: „Fragment tekstu prawnego jest zbędny, jeśli jego usunięcie nie prowadziło do zmiany normatywnej (nie zmieniało stanu prawnego) ani nie pogorszyło innych istotnych własności pragmatycznych systemu prawnego”.

Trzeba bowiem mieć na uwadze, iż stwierdzenie, że sąd nie stosuje nadzwyczajnego złagodzenia kary, gdy orzeka sankcję na podstawie art. 37a k.k., jest po prostu truizmem. Norma z art. 37a k.k. na pewno nie przynależy do nadzwyczajnego wymiaru, ale do zwyczajnego wymiaru kary. Zawsze gdy sąd uznaje, że skorzysta z art. 37a k.k., to nadzwyczajnego złago-

ograniczenia wolności. Ponadto stosowaniu art. 37a k.k. musi towarzyszyć (w przeciwieństwie do art. 60 § 6 pkt 4 k.k.) orzeczenie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku. Są to zatem dwie różne instytucje, służące wprowadzić podobnemu celowi, ale prowadzące do innych skutków na płaszczyźnie wymiaru kary.



## **De lege lata z całą pewnością nie jest tak, że art. 37a k.k. i art. 60 § 6 pkt 4 k.k. prowadzą do tych samych konsekwencji.**

dzenia kary nie może zastosować, niezależnie od tego, czy orzeka o odpowiedzialności za przestępstwo, do którego może mieć zastosowanie art. 60 § 6 pkt 4 czy art. 60 § 7 k.k.<sup>27</sup>

Trudno również utrzymywać pogląd o wąskim zakresie zastosowania art. 60 § 8 k.k., opierając się na tym, że rzekomo ma eliminować konkurencję art. 37a k.k. z instytucją nadzwyczajnego złagodzenia kary. *De lege lata* z całą pewnością nie jest tak, że art. 37a k.k. i art. 60 § 6 pkt 4 k.k. prowadzą do tych samych konsekwencji. O ile na gruncie tego pierwszego sąd może wymierzyć minimum 100 stawek dziennych grzywny albo 3 miesiące ograniczenia wolności, o tyle na podstawie tego drugiego jest dopuszczalne wymierzenie 10 stawek dziennych grzywny albo miesiąca

27 Przyjęcie odmiennego poglądu prowadzi do stwierdzenia niekonsekwencji ustawodawcy. Jak pisze V. Konarska-Wrzosek, *Art. 60*, nb 64: „dlaczego wyłączeniem zawartym w art. 60 § 8 KK objęto tylko występki zagrożone karą pozbawienia wolności powyżej lat 5 i nie wyższą niż lat 8, a nie wszystkie występki zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8, do których ma zastosowanie dyrektywa zwykłego, sądowego wymiaru kary ustanowiona w art. 37a KK pozwalająca na stosowanie wobec ich sprawców jednej z dwóch zamiennych kar wolnościowych”. W odniesieniu do wszystkich przestępstw objętych zakresem zastosowania art. 37a k.k. nadzwyczajnego złagodzenia kary nie stosuje się, jeśli sąd orzeka grzywnę albo ograniczenie wolności na podstawie art. 37a § 1 k.k.

Z tych względów należy uznać, że obecnie wyrażenie „czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do których ma zastosowanie art. 37a”<sup>28</sup> oznacza, że chodzi o te przestępstwa, co do których sąd ma generalną możliwość (ze względu na spełnienie ogólnych przesłanek dotyczących rodzaju sankcji określonej w ustawowym zagrożeniu) wymiaru kary na podstawie art. 37a § 1 k.k. Potwierdza to umiejscowienie art. 60 § 8 k.k., który został umieszczony po przepisach art. 60 § 6 i 7 k.k. określających technikę nadzwyczajnego złagodzenia kary, co sugeruje, że również § 8 ma tę technikę w pewnym sensie modyfikować. Reguły art. 60 § 6 i 7 k.k. są ustanowione na poziomie abstrakcyjnym, niezależnym od decyzji sądu w konkretnej sprawie. Podobny wniosek należy wysnuć w odniesieniu do art. 60 § 8 k.k.

Skoro art. 37a § 1 k.k. ma zastosowanie tylko do przestępstw zagrożonych wyłącznie sankcją pro-

28 Należy zauważyć, że art. 60 § 8 k.k. mówi nie o przypadkach, w których art. 37a k.k. „stosuje się” (wówczas przesądzone byłoby, że wyłączenie nadzwyczajnego złagodzenia kary zależy od decyzji sądu – co jednak stanowiłoby, ze względów omówionych powyżej, *superfluum* ustawowe), ale w których „ma zastosowanie”, a zatem w tych, w których powinien być uwzględniony na etapie decydowania o wymiarze sankcji karnych. Innymi słowy, art. 37a k.k. „ma zastosowanie” w każdej sprawie dotyczącej przestępstwa zagrożonego tylko karą pozbawienia wolności do lat 8, co nie oznacza, że w każdej takiej sprawie „stosuje się”.

stą pozbawienia wolności, to automatycznie z tego wynika wniosek, że poza jego zakresem pozostają sankcje alternatywno-kumulatorywne i kumulatorywne. Do tych czynów zabronionych nie ma zastosowania wyłączenie nadzwyczajnego złagodzenia kary określone w art. 60 § 8 k.k., ponieważ nie są to czyny, do których ma zastosowanie art. 37a k.k. Odnosi się to jedynie do tych czynów zagrożonych sankcją kumulatorywną lub alternatywno-kumulatorywną, w której górna granica kary pozbawienia wolności wynosi 8 lat, np. art. 56 ust. 1 u.p.n., art. 289 § 2 k.k. W tych przypadkach nadzwyczajne złagodzenie kary może być wykorzystane i powinno polegać na wymierzeniu kary ograniczenia wolności lub grzywny (art. 60 § 6 pkt 4 k.k.)<sup>29</sup>. Ta sama technika nadzwyczajnego złagodzenia dotyczy innych przestępstw zagrożonych sankcją kumulatorywną i alternatywno-kumulatorywną, o ile dolna granica ustawowego zagrożenia jest niższa niż rok pozbawienia wolności<sup>30</sup>.

W odniesieniu do przestępstw zagrożonych sankcją prostą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat (np. art. 286 § 1, art. 299 § 1 i 2 k.k.) nadzwyczajnego złagodzenia kary nie można zastosować; pozostaje co najwyżej wykorzystanie instrumentów zwyczajnego wymiaru kary, w tym art. 37a k.k., który prowadzi jednak (co naturalne) do surowszych konsekwencji niż nadzwyczajne złagodzenie kary. Rodzi się pytanie, czy jest słuszne zagrożenie surowszymi sankcjami przy łagodzeniu kary w odniesieniu do przestępstw, które na gruncie ustawowego zagrożenia są zagrożone sankcjami łagodniejszymi<sup>31</sup>.

29 Podkreślenia przy tym wymaga, że nie ma w takiej sytuacji zastosowania art. 60 § 7 k.k., ponieważ dotyczy on tylko tych przestępstw, w których najłagodniejszym rodzajem kary w ustawowym zagrożeniu jest grzywna lub kara ograniczenia wolności (K. Kmąk, *Sankcje...*, s. 118).

30 W przypadku zbrodni i występów zagrożonych karą przynajmniej roku pozbawienia wolności stosuje się art. 60 § 6 pkt 2 lub 3 k.k.

31 Trzeba bowiem zauważyć, że na gruncie art. 56 ust. 1 u.p.n. sąd może wymierzyć karę 8 lat pozbawienia wolności i 540 stawek dziennych grzywny; na podstawie art. 289 § 2 k.k. może wymierzyć karę 8 lat pozbawienia wolności, a do tego (fakultatywnie) 540 stawek dziennych grzywny. Tymczasem w przypadku art. 286 § 1 k.k. ustawowe maksimum to 8 lat pozbawienia wolności. W odniesieniu do dwóch pierwszych

Regulacja art. 37a k.k. nie ma zastosowania do tych przestępstw, co do których przepis typizujący określa alternatywne zagrożenie karami z art. 32 pkt 1–3 k.k. Odnosi się to m.in. do art. 270 § 1 k.k. (zagrożenie grzywną, ograniczeniem wolności albo pozbawieniem wolności od 3 miesięcy do 5 lat) czy art. 58 ust. 1 Ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych<sup>32</sup> (zagrożenie grzywną nie mniejszą niż 240 stawek dziennych, ograniczeniem wolności albo pozbawieniem wolności od 6 miesięcy do lat 8). Brak zastosowania art. 37a k.k. wyklucza stosowanie wyłączenia z art. 60 § 8 k.k., co oznacza, że w przypadku tych czynów zabronionych nadzwyczajne złagodzenie kary jest formalnie dopuszczalne i powinno następować na podstawie art. 60 § 7 k.k., ponieważ są to czyny zagrożone więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3 k.k. Niedopuszczalny jest wówczas wymiar grzywny lub ograniczenia wolności w ramach nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 6 pkt 4 k.k., ponieważ oba te rodzaje kar są przewidziane już w ustawowym zagrożeniu.

Powyższe świadczy o niezachowaniu spójności systemu prawa karnego. Dodać należy, że nadzwyczajne złagodzenie kary za przestępstwa, do których zastosowanie może mieć art. 37a k.k., powinno następować na zasadzie art. 60 § 6 pkt 4 k.k. Tymczasem ustawodawca, ustalając na tym samym poziomie górną granicę ustawowego zagrożenia, daje do zrozumienia, że traktuje te czyny jako *in genere* posiadające podobny stopień społecznej szkodliwości<sup>33</sup>. Powinny

przestępstw nadzwyczajne złagodzenie kary może prowadzić do wymierzenia nawet 10 stawek dziennych grzywny; na gruncie art. 286 § 1 k.k., przy wykorzystaniu art. 37a k.k., konieczne jest wymierzenie przynajmniej 100 stawek dziennych grzywny, a więc sankcji 10-krotnie surowszej, pomimo że ustawowe zagrożenie jest generalnie łagodniejsze niż w dwóch pierwszych przykładach.

32 Dz.U. 2019, poz. 2171, dalej: u.b.i.m.

33 Gdyby za miarodajne kryterium ciężaru przestępstwa traktować dolną granicę ustawowego zagrożenia, to należałoby uznać, że typy podstawowe i typy kwalifikowane cechują się tym samym abstrakcyjnym stopniem karygodności (np. art. 209 § 1 i 1a k.k.). Dlatego o abstrakcyjnym stopniu społecznej szkodliwości danego rodzaju przestępstw świadczy rozmiar górnej granicy zagrożenia.



więc podlegać nadzwyczajnemu złagodzeniu kary na jednakowych zasadach<sup>34</sup>.

Nowela czerwcową rodzi wątpliwości także co do nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawców, o których mówi art. 37a § 2 k.k. Problem ten nie powstaje, gdy sprawca popełnił przestępstwo, do którego zastosowanie ma art. 60 § 6 pkt 4 lub art. 60 § 7 k.k. Jednakże nie sposób go ominąć, gdy sprawca np. działając w zorganizowanej grupie popełnia przestępstwo z art. 299 § 1 k.k., co do którego aktualizuje się zakaz wynikający z art. 60 § 8 k.k.<sup>35</sup> Innymi słowy, czy wprowadzenie art. 37a § 2 k.k. oznacza, że nie ma zastosowania art. 60 § 8 k.k., ponieważ art. 37a k.k. nie stosuje się do sprawców, którzy popełniają przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym? Odpowiedź powinna być negatywna. Przepis art. 60 § 8 k.k. wyłącza nadzwyczajne złagodzenie kary wobec „czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do których ma zastosowanie art. 37a” – a więc *lege non distinguente* wszystkich, niezależnie od osoby sprawcy i mających wobec niego zastosowanie instytucji zaostrożenia kary.

Wyłączenie jednocześnie nadzwyczajnego złagodzenia kary i art. 37a k.k. rodzi kolejne problemy, szczególnie na gruncie układów procesowych, w których sprawca przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat spełnił przesłanki obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary (np. art. 60 § 3, art. 299 § 8 zd. 2 k.k.). Pomijając niektóre specyficzne instytucje wymiaru kary (np. art. 37b k.k.), sprawcy musiałyby zostać wymierzona kara pozbawie-

nia wolności w wysokości przynajmniej 6 miesięcy. Dodać należy, że ten efekt dotychczas był złagodzony, gdyż nie obowiązywał art. 37a § 2 k.k., dzięki czemu istniała możliwość wymiaru kar wolnościowych na podstawie art. 37a k.k. również wobec sprawców, którzy popełniają przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym. Wydaje się, że *de lege lata* na zasadzie *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* pierwszeństwo należy dać przepisom określającym podstawy obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary, które dla sprawców mają znaczenie w dużej mierze gwarancyjne (w zamian za określone zachowanie, często polegające na udzieleniu organom ścigania informacji przydatnych w postępowaniu karnym, sprawca uzyskuje premię na gruncie wymiaru kary)<sup>36</sup>. Innymi słowy, ogólna norma wyłączająca nadzwyczajne złagodzenie kary wobec określonych przestępstw (art. 60 § 8 k.k.) nie powinna mieć zastosowania, gdy jednocześnie doszło do aktualizacji normy szczególnej nakazującej nadzwyczajnie złagodzić karę wobec sprawcy przestępstwa należącego do grupy czynów zabronionych, co do których legislator *in genere* wykluczył tę postać degresji karania. Mogłoby to prowadzić do wymierzenia w konkretnym przypadku sankcji niezgodnej z zasadami i dyrektywami wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.), tj. sankcji zbyt surowej, jeśli wziąć pod uwagę zaistnienie szczególnych okoliczności, które ogólnie nakazują nadzwyczajne złagodzenie. Powyższy punkt widzenia potwierdza funkcjonowanie w systemie prawnym przestępstw, co do których alternatywne zagrożenie karami z art. 32 pkt 1–3 k.k. wprowadza przepis typizujący, np. art. 58 ust. 1 u.b.i.m. Co do nich nie ma zastosowania art. 37a § 1 k.k. (nie są to czyny zabronione zagrożone wyłącznie karą pozbawienia wolności), a co za tym idzie – nie stosuje się też art. 60 § 8 k.k., więc w odniesieniu do nich sąd może wymierzyć karę nadzwyczajnie złagodzoną, nawet w przypadku zaistnienia podstawy fakultatywnej<sup>37</sup>. Trudno byłoby uzasadnić wykluczenie obligatoryj-

34 W poprzednim stanie prawnym wszystkie przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8 podlegały złagodzeniu na zasadzie art. 60 § 7 k.k. (z zastrzeżeniem wyłączenia z art. 60 § 8 k.k.), ponieważ ich ustawowe zagrożenie obejmowało sankcję alternatywną składającą się z kar z art. 32 pkt 1–3 k.k., niezależnie od tego czy to zagrożenie wynikało wprost z samego przepisu typizującego, czy też z jego modyfikacji poprzez art. 37a k.k.

35 Sprawca, obok art. 37a § 2 k.k., spełnia również przesłanki nadzwyczajnego obostrzenia kary z art. 65 § 1 k.k. Nadzwyczajne złagodzenie kary jest jednak formalnie dopuszczalne na zasadzie art. 57 § 2 k.k.

36 Problem ten występował również w poprzednim stanie prawnym, zob. np. K. Kmąk, *Sankcje...*, s. 123–124.

37 Zob. też M. Malecki, *Ustawowe...*, s. 314.

nego nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec innych przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8, tym bardziej, że w odniesieniu do tej grupy czynów zabronionych złagodzenie następuje na zasadzie art. 60 § 6 pkt 4 k.k., a nie art. 60 § 7 k.k. Zasady nadzwyczajnego złagodzenia powinny być jednolite w obrębie całej grupy przestępstw cechujących się tą samą górną granicą ustawowego zagrożenia.

Zaaprobowanie poglądu, według którego art. 60 § 8 k.k. całkowicie wyłącza nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, nawet pomimo spełnienia przesłanek obligatoryjnej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia, prowadziłyby do rozstrzygnięć jawnie niesprawiedliwych. Gdyby tak przyjąć, to sprawca przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., jednocześnie spełniający przesłanki art. 60 § 3 k.k.,

że nie będą spełnione przesłanki orzeczenia tychże środków, np. wtedy, gdy sprawca popełnił przestępstwo z art. 233 § 1 k.k., składając fałszywe zeznanie co do okoliczności niemogących mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy (co przemawia za złagodzeniem kary na podstawie art. 233 § 5 k.k., jednakże wykorzystanie nadzwyczajnego złagodzenia jest niedopuszczalne z mocy art. 60 § 8 k.k.), przy czym sąd nie może warunkowo zawiesić wykonania grożącej sprawcy kary pozbawienia wolności, ponieważ w czasie popełnienia przestępstwa był już skazany na tę karę (art. 69 § 1 k.k.). W takiej sytuacji – poza wymiarem bezwzględnej kary pozbawienia wolności (na podstawie art. 233 § 1 k.k. bądź – w kumulacji z ograniczeniem wolności – art. 37b k.k.) – jedyną możliwością jest skorzystanie z regulacji art. 37a k.k. Niemniej konieczne jest przy tym orzeczenie środka karnego,



## Zasady nadzwyczajnego złagodzenia powinny być jednolite w obrębie całej grupy przestępstw cechujących się tą samą górną granicą ustawowego zagrożenia.

musiałby się liczyć z koniecznością wymierzenia mu kary minimum 6 miesięcy pozbawienia wolności. Natomiast sprawca rozboju zwykłego (art. 280 § 1 k.k.), który również ujawnił informacje o przestępstwie na zasadach z art. 60 § 3 k.k., mógłby liczyć nawet na grzywnę (art. 60 § 6 pkt 3 k.k.).

Istnieje również niebezpieczeństwo (choć raczej teoretyczne), że w sytuacji spełnienia przesłanek art. 60 § 8 k.k. sąd będzie zmuszony do wymierzenia grzywny lub ograniczenia wolności na podstawie art. 37a § 1 k.k. w wysokości odpowiednio 100 stawek dziennych lub 3 miesięcy ograniczenia wolności, co w realiach konkretnej sprawy będzie sankcją niewspółmierną.

Bardzo praktyczny wymiar może mieć problem spełnienia przesłanki orzeczenia środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku w razie stosowania art. 37a § 1 k.k. Istnieje bowiem możliwość,

środka kompensacyjnego lub przepadku. Z uwagi na brak pokrzywdzonego nie jest możliwe zastosowanie środków kompensacyjnych (art. 46–47 k.k.). W sprawie nie występuje również jakikolwiek przedmiot przepadku (art. 44–45 k.k.). Trudno również dopatrzeć się spełnienia przesłanek środków karnych, ponieważ co do zasady ich zastosowanie powiązane jest ze ściśle określoną grupą przestępstw, do których art. 233 § 1 k.k. się nie zalicza.

Obecna konstrukcja art. 37a k.k. nie będzie miała zastosowania również do sprawcy, który np. popełnił przestępstwo usiłowania kradzieży (art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k.) przy jednoczesnym braku podstaw do zastosowania przepadku lub środka karnego. Środki kompensacyjne są wykluczone, ponieważ w majątku pokrzywdzonego nie powstała żadna szkoda. Podobnie, gdy sprawca wprawdzie dokonał

kradzieży, ale później naprawił szkodę przed wydaniem wyroku przez sąd.

W kręgu zainteresowań organu orzekającego w takich sytuacjach mogą pozostawać w zasadzie jedynie dwa środki karne w postaci świadczenia pieniężnego lub podania wyroku do publicznej wiadomości.

Zgodnie z art. 43a § 1 k.k. orzeczenie świadczenia pieniężnego jest dopuszczalne przy odstąpieniu od wymierzenia kary, a także w wypadkach wskazanych w ustawie. Do tych wypadków zalicza się np. nadzwyczajne złagodzenie kary na podstawie art. 60 § 7 k.k., w którym ustawodawca określił techniczną regułę złagodzenia kary w sprawach o przestępstwa zagrożone więcej niż jedną z kar z art. 32 pkt 1–3 k.k. Zatem nadzwyczajne złagodzenie kary w odniesieniu do tych przestępstw jest „wypadkiem wskazanym w ustawie”, o którym mowa w art. 43a § 1 k.k.

Taka sytuacja nie zachodzi w odniesieniu do art. 37a § 1 k.k., gdzie zastosowanie środka karnego nie jest konsekwencją wykorzystania tej regulacji, ale jej przesłanką. Taką konsekwencję stanowi wymiar kary wolnościowej. Aby do niej doszło sąd musi uprzednio orzec np. środek karny.

Wydaje się, że jedyną możliwością jest orzeczenie środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości, którego przesłanki są określone dość ogólnie, ponieważ wymaga to stwierdzenia przez sąd, iż zastosowanie tego środka jest celowe, w szczególności ze względu na społeczne oddziaływanie skazania, o ile nie narusza to interesu pokrzywdzonego (art. 43b k.k.). Nie można jednak teoretycznie wykluczyć sytuacji, w której względy ogólnoprewencyjne nie będą wymagać stosowania tego środka, a dążenie do stosowania art. 37a § 1 k.k. będzie zmuszało organy do sztucznego nadużywania tego środka.

Zmiana charakteru prawnego art. 37a k.k. prowadzi także do istotnego zawężenia zakresu zastosowania dyrektywy prymatu kar wolnościowych w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 5 (art. 58 § 1 k.k.). O ile w stanie prawnym sprzed 24 czerwca 2020 r. art. 37a § 1 k.k. powodował, że dyrektywa ta pozostawała aktualna w przypadku wszystkich przestępstw zagrożonych tą karą (art. 37a § 1 k.k. automatycznie dodawał do ustawowego zagrożenia również kary wolnościowe, a więc ustawa przewidywała możliwość wyboru rodzaju kary), o tyle jest

to nieaktualne w obecnym stanie prawnym, ponieważ art. 37a § 1 k.k. przestał pełnić funkcję modyfikatora ustawowego zagrożenia. Konrad Lipiński trafnie zauważa, iż z jednej strony art. 58 § 1 k.k. wymaga szczegółowego uzasadnienia dla wymierzenia kary pozbawienia wolności za przestępstwo objęte zastosowaniem dyrektywy *ultima ratio* pozbawienia wolności, a z drugiej decyzja o wymiarze kary wolnościowej na mocy art. 37a § 1 k.k. uzależniona jest od uprzedniego ustalenia, iż adekwatna w danym przypadku kara nie przekraczałaby roku pozbawienia wolności. Na gruncie art. 37a § 1 k.k. sąd musi zatem rozpocząć swój proces myślowy w kwestii stosowania środków prawnokarnej reakcji nie od sankcji nieizolacyjnych, lecz od kary pozbawienia wolności, co jest nie do pogodzenia z założeniem wynikającym z art. 58 § 1 k.k.<sup>38</sup>

Warto odnieść się także do konsekwencji wynikających z nowelizacji art. 37a k.k. na gruncie procesowym w perspektywie zarzutów odwoławczych. Z przyczyn oczywistych nie sposób analizować tej kwestii z punktu widzenia zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych (art. 438 pkt 3 k.p.k.). Z kolei kwestia współmierności kary wymierzonej z zastosowaniem art. 37a § 1 k.k. musi być oceniana *in concreto*, przy czym w takim przypadku mówić o ewentualnej rażącej łagodności kary, ponieważ art. 37a k.k. to element regresji karnia. Z kolei niezastosowanie art. 37a § 1 k.k. pomimo spełnienia ku temu konstytutywnych warunków tej instytucji może zadecydować o rażącej surowości kary. Z uwagi na to, że zastosowanie art. 37a § 1 k.k. nigdy nie jest obligatoryjne, brak skorzystania z tej instytucji nie może być rozpatrywane w perspektywie art. 438 pkt 1a k.p.k.<sup>39</sup>

Analiza powinna odnosić się zatem do zarzutu obrazu prawa materialnego w innym wypadku niż co do kwalifikacji prawnej (art. 438 pkt 1a k.p.k.) oraz zarzutu obrazu przepisów postępowania (art. 438 pkt 2 k.p.k.).

Do obrazu prawa materialnego (w rozumieniu art. 438 pkt 1a k.p.k.) w postaci art. 37a § 1 lub 2 k.k. może dojść w szczególności, gdy:

38 Zob. szerzej K. Lipiński, *Art. 58 (w): J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2021, tezy 2–7.

39 Wyrok SA w Katowicach z dnia 14 kwietnia 2016 r., II AKa 42/16, LEX nr 2047228.

- sąd wymierzył karę z zastosowaniem art. 37a § 1 k.k. w sprawie o przestępstwo zagrożone karą powyżej 8 lat pozbawienia wolności<sup>40</sup>,
- art. 37a § 1 k.k. został zastosowany w przypadku przestępstwa zagrożonego sankcją kumulatywną lub alternatywno-kumulatywną obejmującą karę pozbawienia wolności,
- wymierzona na podstawie art. 37a § 1 k.k. kara wolnościowa była łagodniejsza niż określone w tym przepisie progi (3 miesiące ograniczenia wolności, 100 stawek dziennych grzywny),
- sąd zastosował art. 37a § 1 k.k. bez obligatoryjnego orzeczenia w przedmiocie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku,
- kara wolnościowa została wymierzona na podstawie art. 37a § 1 k.k. pomimo tego, że skazany należał do kategorii sprawców określonych w art. 37a § 2 k.k.<sup>41</sup>

Z kolei o naruszeniu przepisów postępowania w postaci art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. można mówić zwłaszcza wtedy, gdy sąd wymierzył karę faktycznie opierając się na art. 37a § 1 k.k., ale pominął ten przepis w podstawie wymiaru kary. Podobnie należy ocenić postępowanie sądu, który stosuje art. 37a § 1 k.k. w sprawie o przestępstwo, w przypadku którego już ustawowe zagrożenie obejmuje ograniczenie wolności lub grzywnę<sup>42</sup>. Wydaje się, że jako pomyłkę w podstawie wymiaru kary należy traktować także sytuację, w której sąd w sprawie o przestępstwo zagrożone karą od 6 miesięcy pozbawienia wolności do 8 lat, stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary pomimo zakazu z art. 60 § 8 k.k., gdy nie ma zastosowania żadna podstawa obligatoryjnego nadzw-

yczajnego złagodzenia kary<sup>43</sup> (np. kara 300 stawek dziennych grzywny za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. bez powołania art. 37a § 1 k.k.). Naruszenie art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. często trudno traktować jako mające istotny wpływ na treść wyroku<sup>44</sup>. Sąd należyście stosuje normy prawa materialnego, a błąd leży jedynie w wyeksponowaniu prawidłowej podstawy prawnej jego rozstrzygnięcia.

Niniejsze opracowanie z całą pewnością nie wyczerpuje katalogu problemów, do jakich może prowadzić ostatnia nowelizacja art. 37a k.k. na gruncie nadzwyczajnego złagodzenia kary. Przedstawia jedynie ogólne ich zarysowanie, nie wyczerpując tego tematu.

Nietrudno zauważyć, że większość problemów wiąże się z obowiązywaniem art. 60 § 8 k.k., który był wprowadzony z chęci zapobieżenia nadmiernej regresji karania w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8, do których zastosowanie znajdował art. 37a k.k.<sup>45</sup> Z uwagi na zmianę charakteru prawnego art. 37a k.k. odpadła potrzeba realizacji tej funkcji art. 60 § 8 k.k. co przemawia za uchynieniem tej normy.

Zmiana art. 37a k.k. stanowi kolejny przejaw zaostrezenia represji karnej. Poza zakresem niniejszego opracowania pozostaje ocena takiej polityki karnej. Niemniej obowiązek orzeczenia środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku w razie stosowania art. 37a § 1 k.k. wydaje się zbyt daleko idący, zwłaszcza że w danej sprawie może istnieć potrzeba zastosowania kary wolnościowej bez możliwości zastosowania wymienionych środków. Alternatywą dla obecnego stanu prawnego mogłoby być usunięcie tej przesłanki i dopuszczenie stosowania np. świadczenia pieniężnego w przypadku wykorzystania art. 37a § 1 k.k. (nowelizacja art. 43a § 1 k.k.).

## Bibliografia

Barczak-Oplustil A. i in., *Niekonstytucyjna nowelizacja Kodeksu karnego w związku z epidemią COVID-19*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2020, z. 2, s. 5–36.

40 Wyrok SN z dnia 24 lutego 2021 r., III KK 142/20, LEX nr 3189719; wyrok SN z dnia 6 maja 2020 r., V KK 675/19, LEX nr 3207780.

41 Jednakże błędne zastosowanie art. 37a § 1 k.k. może być wtórnym uchybieniem stanowiącym następstwo błędnego ustalenia faktycznego, gdy sąd wadliwie ustalił, iż sprawca nie należy do którejś z kategorii określonych w art. 37a § 2 k.k., podczas gdy w rzeczywistości popełnił przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo przestępstwo o charakterze terrorystycznym.

42 Wyrok SA w Katowicach z dnia 16 lutego 2017 r., II AKA 526/16, LEX nr 2278197.

43 Oczywiście tylko wtedy, gdy wymierzona kara wolnościowa nie jest niższa niż progi określone w art. 37a § 1 k.k.

44 Postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, LEX nr 2053317.

45 M. Małeckie, *Ustawowe...*, s. 314.

- Bernal J., *Dopuszczalność orzekania kary wolnościowej na podstawie art. 37a k.k. a instytucja występku o charakterze chuligańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2016, t. 99, s. 11–27.
- Górowski W., *Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r.*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 65–73.
- Janczukowicz K., *Nadzwyczajne złagodzenie kary (w:) Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396)*, LEX/el. 2015.
- Janczukowicz K., *Zamiana kary (w:) Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396)*, LEX/el. 2015.
- Kania A., *Kodeksowe uwarunkowania sądowego wymiaru kary – próba klasyfikacji. Część I*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2016, nr 2, s.
- Kluza J., *Nowelizacja art. 37a na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. w świetle racjonalnych celów karania*, „Problemy Prawa Karnego 2022”, t. 6, nr 1, <https://journals.us.edu.pl/index.php/ppk/article/view/13268/10486>, (dostęp 14.07.2022).
- Kmąk K., *Czy art. 60 § 6 pkt 4 k.k. jest przepisem pustym?*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 3, s. 29–55.
- Kmąk K., *Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 10, s.
- Konarska Wrzosek V., *Art. 37a (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2020, teza 2.
- Konarska Wrzosek V., *Art. 37a*, teza 4; J. Kosonoga-Zygmunt, *Art. 37a (w:) R.A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2020, nb 5.
- Konarska-Wrzosek V., *Art. 60 (w:) R.A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2020, nb 63; I. Zgoliński, *Art. 60 (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2020, teza 19.
- Konarska-Wrzosek V., *Zwyczajny i nadzwyczajnie złagodzony wymiar kary w świetle kodeksu karnego po nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, t. 43, s. 255–264.
- Kosonoga-Zygmunt J., *Art. 37a*, nb 1–2; G. Łabuda, *Art. 37a*, teza 4.
- Kosonoga-Zygmunt J., *Orzekanie kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności (art. 37a k.k.)*, „Ius Novum” 2016, nr 4, s. 133–143.
- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Legalis 2021, nb 19).
- Lipiński K., *Art. 58 (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2021, tezy 2–7.
- Łabuda G., *Art. 37a (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, LEX 2021, teza 11.
- Majewski J., *Art. 37a (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, LEX 2016, tezy 1–3; J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzanej kary*, „Palestra 2015”, nr 7–8, s. 25–32.
- Małecki M., *Charakter prawny art. 37a k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 11–12, s. 184–198.
- Małecki M., *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015*, Kraków 2015, s. 286.
- Sakowicz A., *Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 3, s. 52.
- Stefańska B. J., *Art. 37a (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, teza 1; V. Konarska-Wrzosek, *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary (w:) T. Kaczmarek (red.), System Prawa Karnego*, t. 5, *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017.
- Woźniak A., Wrzosek R., *Czy w aktualnym stanie prawnym instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary za występki jest jeszcze potrzebna?*, „Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych” 2017, t. 7, s. 214–224.
- Wróblewski B., Zajęcki M., *O normatywności, redundancji i zbędności przepisów prawnych*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 5, s. 181–221.
- Zalewski W., *Art. 60 (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Legalis 2017, nb 19.