

POSTANOWIENIE

Dnia 5 września 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Cesarz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Jerzy Grubba

Protokolant Edyta Demiańczuk - Komoń

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej – Małgorzaty Kozłowskiej
w sprawie **K. N.**

w przedmiocie wyroku łącznego

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 5 września 2019 r.,

przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w T.,
postanowieniem z dnia 11 kwietnia 2019 r., sygn. akt II Ka (...), zagadnienia
prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

**„Czy podstawą orzeczenia kary łącznej jest kara pozbawienia
wolności pierwotnie wymierzona w wyroku skazującym (art. 85 §
1 i 2 k.k.), czy podlegająca wykonaniu a zmieniona w trybie art.
75a § 1 k.k.?”.**

p o s t a n o w i ł

odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne
wyłoniło się w następującej sytuacji procesowej.

K. N. został skazany prawomocnymi wyrokami Sądu Rejonowego w T.:

1. z dnia 27 listopada 2013 r., II K (...), na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 3 lat i obowiązkiem powstrzymywania się w tym czasie od nadużywania alkoholu, którą to karę ów Sąd, na podstawie art. 75a § 1 k.k., postanowieniem z dnia 7 grudnia 2016 r. zamienił na karę roku i 4 miesięcy ograniczenia wolności, polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym,
2. z dnia 26 września 2016 r., II K (...), na karę 2 lat ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin w stosunku miesięcznym.

Następnie Sąd Rejonowy w T., działając z urzędu, w dniu 14 stycznia 2019 r., II K (...), wyrokiem łącznym na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. i art. 86 § 1 i 3 k.k. połączył powyższe kary ograniczenia wolności i wymierzył karę 2 lat ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania przez skazanego nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin w stosunku miesięcznym (zgodną z wnioskiem prokuratora zgłoszonym na rozprawie głównej), na podstawie art. 577 k.p.k. zaliczył na poczet kary łącznej okres zatrzymania oraz wykonania kary w sprawie II K (...), zaś na podstawie art. 576 § 1 k.p.k. w pozostałym zakresie pozostawił połączone wyroki do odrębnego wykonania.

Apelację na niekorzyść skazanego złożył prokurator, który zarzucił obrazę art. 85 § 1 i 2 k.k. oraz art. 87 § 1 k.k. poprzez objęcie wyrokiem łącznym kary ograniczenia wolności wynikającej z zamiany w trybie art. 75a § 1 k.k. kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczonej w sprawie II K (...), i wymierzenie kary łącznej ograniczenia wolności, podczas gdy w myśl powołanych na wstępie zarzutu przepisów (art. 85 § 1 i 2 k.k. oraz 87 § 1 k.k.), łączeniu podlegają kary wymierzone a nie zamienione, zatem skazanemu powinna zostać wymierzona kara pozbawienia wolności. Prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie kary łącznej pozbawienia wolności w wymiarze roku i 4 miesięcy.

Rozpoznając apelację Sąd Okręgowy w T. uznał, że wyłoniło się przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne, które dotychczas nie było przedmiotem rozstrzygnięcia tego Sądu ani sądów apelacyjnych. Jednak

zdaniem Sądu pytającego, wyrażonym w uzasadnieniu, chodzi w istocie o rozstrzygnięcie, czy kary ograniczenia wolności albo grzywny „stanowiące konsekwencje zmiany pierwotnie orzeczonej kary pozbawienia wolności są elementem wymiaru kary, a tym samym, czy są karą wymierzoną w rozumieniu art. 85 § 1 k.k.” Za wąskim rozumieniem pojęcia „kary wymierzonej” przemawia fakt, że kara orzeczona w trybie art. 75a § 1 k.k. zapada po zakończeniu procesu przypisania odpowiedzialności karnej, a ponadto art. 85 § 2 k.k. tylko dla kary łącznej orzekanej wyrokiem łącznym czyni wyjątek w postaci rozumienia jej jako kary wymierzonej.

Zaś do przyjęcia szerokiego znaczenia „kary wymierzonej” skłaniają następujące argumenty: to kara orzeczona w trybie art. 75a § 1 k.k. podlega wykonaniu, nie ma ona formy kary zastępczej wydawanej na podstawie Kodeksu karnego wykonawczego, zapada zamiast zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, treść art. 75a § 4 *in fine* k.p.k. oraz dyspozycja art. 76 § 1a k.k., a wreszcie, że pierwotnie wymierzonej kary nie bierze się pod uwagę przy wyroku łącznym w przypadku zmiany kary w następstwie kontrawencjonalizacji.

W uzasadnieniu postanowienia przedstawiającego zagadnienie zasygnalizowano też niektóre głosy piśmiennictwa wyrażające przeciwstawne odpowiedzi.

Prokurator Prokuratury Krajowej w pisemnym stanowisku wniósł o odmowę podjęcia uchwały.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Warunkiem podjęcia uchwały na podstawie art. 441 § 3 k.p.k. jest m. in. wyłonienie się (przy rozpoznawaniu środka odwoławczego) przedstawionego Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego. Jednak tak sformułowane zagadnienie nie mogło wynikać przy rozpoznawaniu apelacji. Składa się ono z dwóch pytań. Argumentacja Sądu odwoławczego nie dotyczy wprost żadnego z nich. W postanowieniu Sądu brak wskazania powodu tego pominięcia. Być może jest to następstwo uznania, że wystarczy odwołanie do zasygnalizowanego piśmiennictwa. W piśmiennictwie tym (zob. J. Lachowski, Komentarz do art. 75a, n.b. 20 (w): Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1 – 116, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis 2017, S. Żółtek, Komentarz do art. 85 k.k., n.b. 13

(w). M. Królikowski, R. Zawłocki, op. cit. i pośrednio: J. Majewski, Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, Warszawa 2015, s. 272 – 273 i s. 295 - 297), stwierdza się, że postanowienie o zamianie wydane na podstawie art. 75a § 1 k.k. traci moc, a wyrokiem łącznym obejmuje się karę pozbawienia wolności pierwotnie wymierzoną, czyli orzeczoną z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Autorzy nie wskazali jednak (ani nie uczynił tego Sąd pytający) podstawy prawnej utraty mocy postanowienia o zamianie i powrotu do kary pierwotnej. Nie sposób wywieść tej podstawy z art. 576 § 1 k.p.k., określającego tylko chwilę, z którą wyroki podlegające połączeniu nie ulegają już wykonaniu. Podstawa taka nie wynika z art. 85 § 2 k.k., ponieważ zastrzeżenie w nim zawarte dotyczy wprawdzie warunkowo zawieszonych kary pozbawienia wolności, ale nie poddanej procesowi zamiany określonej w art. 75a § 1 k.k. Ponadto, art. 85 § 2 k.k. zobowiązuje do łączenia kar podlegających wykonaniu, zaś po zamianie dokonanej w trybie art. 75a § 1 k.k. wykonuje się nową karę.

Bezprzedmiotowe jest udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie (do przecinka) przedstawionego zagadnienia prawnego również z tego względu, że nie istnieje podstawa prawna do połączenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania z karą ograniczenia wolności. Przepis art. 87 § 1 k.k. dopuszczał połączenie tylko bezwzględnej kary pozbawienia wolności z karą ograniczenia wolności. Użycie czasu przeszłego jest wynikiem ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 czerwca 2019 r., sygn. akt P 20/17, stwierdzającego, że art. 87 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek połączenia kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności oraz wymierzenia kary łącznej pozbawienia wolności po dokonaniu zamiany kary ograniczenia wolności na karę pozbawienia wolności, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 175 ust. 1 Konstytucji RP (Dz. U. z dnia 18 czerwca 2019 r., poz. 1135 – OTK–A 2019, poz. 29). Nie było więc i tym bardziej nie ma po wyroku Trybunału Konstytucyjnego możliwości przekształcenia: zawieszonych kary pozbawienia wolności orzeczonej w sprawie II K (...) na karę bezwzględną oraz kary ograniczenia wolności orzeczonej w sprawie II K (...) na karę pozbawienia wolności i orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności (czyli uwzględnienia wniosku apelacji).

Zatem wystąpiłyby przesłanki do postawienia ewentualnie tylko pytania – wykorzystując formułę użytą przez Sąd odwoławczy – „czy podstawą orzeczenia kary łącznej jest kara podlegająca wykonaniu a zmieniona w trybie art. 75a § 1 k.k.?”. Pomijając fakt, że skrót myślowy wyrażony w postaci „kara zmieniona” jest mylący (nieprecyzyjny), bo zmieniona została kara pozbawienia wolności, a nie kara ograniczenia wolności powstała z zamiany dokonanej na podstawie art. 75a § 1 k.k., to rzeczywiste zagadnienie prawne, jakie zdaniem Sądu Okręgowego wyłoniło się przy rozpoznawaniu apelacji, sprowadza się do pytania zawartego w uzasadnieniu postanowienia: czy sąd dokonując zamiany określonej w art. 75a § 1 k.k. wymierza karę (ograniczenia wolności albo grzywny), a w efekcie, czy taka kara jest karą wymierzoną w rozumieniu art. 85 § 2 k.k.? (Sąd odwoławczy jako punkt odniesienia wskazał § 1 art. 85 k.k., choć w pytaniu wymienił obie te jednostki redakcyjne).

Sąd Najwyższy uprawniony jest do rozstrzygnięcia na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. zagadnienia prawnego sformułowanego w *petitum* postanowienia. Nie jest więc jego zadaniem odpowiadanie na pytania zawarte w uzasadnieniu postanowienia sądu odwoławczego ani, o czym była mowa wcześniej, rekonstruowania przedstawionego zagadnienia prawnego w celu wydobycia z niego istotnego problemu interpretacyjnego. Wykluczone jest również rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego, gdy sąd w jego uzasadnieniu wyraził pogląd prawny (sam je rozstrzygnął), a tylko chce upewnić się co do trafności swojego rozumowania. Zaś taki cel można wywieść z lektury uzasadnienia postanowienia Sądu odwoławczego. Z przytoczonych względów odmówiono podjęcia uchwały. Nie ma jednak przeszkód do poczynienia uwag o naturze instytucji określonej w art. 75a § 1 k.k.

Według Sądu Okręgowego, tylko jeden rzeczowy argument wyklucza uznanie, że w trybie art. 75a § 1 k.k. dochodzi do wymiaru kary; zamiana następuje po prawomocnym rozstrzygnięciu o odpowiedzialności karnej.

W piśmiennictwie nadto akcentuje się, że kara powstała w wyniku zamiany określonej w art. 75a § 1 k.k. jest formą kary zastępczej, której wykonanie zarządza się w razie bezskuteczności grzywny - art. 46 § 1 k.k.w., albo uchylenia się skazanego od kary ograniczenia wolności, tudzież od wykonania świadczenia

pieniężnego lub obowiązków - art. 65 § 1 k.k.w. [vide J. Majewski, op. cit., s. 272, 273, 296 - 297, J. Lachowski, op. cit. - tamże, S. Żółtek, op. cit., tamże, A. Jezusek, Zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności po nowelizacji prawa karnego z 20 lutego 2015 r. (aspekty prawnomaterialne), *Palestra* 2016, nr 12, s. 78]. Dodać wypada, że skoro podmiotem zamiany kary na podstawie art. 75a § 1 k.k. jest skazany, to prawo do zaskarżenia tej decyzji przewidziano w art. 178a k.k.w. Trzeba też odnotować stanowcze wypowiedzi, że kara orzeczona zamiast zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności nie ma statusu kary wymierzonej; nie powstała w procesie wymiaru kary w rozumieniu art. 85 § 1 i 2 k.k. (J. Majewski, op. cit., s. 295 – 296, P. Kardas, *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W Wróbel, Kraków 2015, s. 603 - 604).

Są jednak silne argumenty przemawiające za uznaniem, że efektem procedury przewidzianej w art. 75a § 1 k.k. jest kara wymierzona w rozumieniu art. 86 § 1 i 2 k.k. i dlatego powinna być objęta wyrokiem łącznym:

- 1) skoro orzekanie o karze łącznej w wyroku łącznym, który zapada po uprawomocnieniu się rozstrzygnięcia także co do kar, jest wymierzaniem kary (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 1995 r. II KRN 2/95 - OSNKW 1995, s. 3- 4, poz. 17; P. Kardas, *Zbieg przestępstw czy zbieg kary? Rozważania o podstawie wymiaru kary łącznej w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, *CzPKiNP* 2015, s. 3, s. 59, tenże P. Kardas (w) *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary. Tom 5*, red. J. Kaczmarek, Warszawa 2017, s. 602 – 603), to tym bardziej wcześniejszy etap orzekania o karze, określony w art. 75a § 1 k.k., też jest wymierzaniem kary. W tym kontekście nie można pomijać, że w myśl art. 86 § 1 k.k. sąd **wymierza** karę łączną,
- 2) ustawodawca celowo nie posłużył się w art. 75a § 1 k.k. pojęciem użytym w art. 46 § 1 k.k.w. i 65 § 1 k.k.w. o „zastępczej karze”, ale dopuścił zamianę kary pierwotnej na karę wolnościową,
- 3) wykonaniu podlega kara uzyskana z zamiany kary pozbawienia wolności, zamiast zarządzenia jej wykonania,
- 4) zamieniając karę sąd dokonuje wyboru rodzaju kary nieizolacyjnej, bierze pod uwagę, czy cele kary zostaną spełnione, a więc cele wskazane w art. 53 § 1 k.k.

współdecydujące o wymiarze kary, a nadto – wagę i rodzaj czynu, czyli elementy określające stopień społecznej szkodliwości czynu (rodzaj czynu można identyfikować z rodzajem i charakterem naruszonego dobra, a wagę czynu z pozostałymi wyznacznikami tego stopnia – art. 115 § 2 k.k.),

- 5) okres wymagany do zatarcia skazania liczy się w myśl art. 76 § 1a k.k. według zasad właściwych dla kary powstałej z zamiany pierwotnej sankcji,
- 6) instytucja zamiany kary określona została w Kodeksie karnym,
- 7) z brzmienia art. 75a § 4 *in fine* k.k. wynika możliwość objęcia nowej kary węzłem kary łącznej. Regulacja zawarta w tym przepisie byłaby zbędna, gdyby to pierwotna kara podlegała połączeniu, bo wtedy zastosowanie miałoby unormowanie zawarte w art. 90 § 1 k.k. (patrz bliżej i podobnie w pracy D. Kali i M. Klubińskiej, Kara łączna i wyrok łączny, Kraków 2017, s. 52 – 53, również w odniesieniu do pozostałych punktów).

Wspiera tę argumentację stwierdzenie przedstawiciela doktryny, że „ponieważ zamiana kary przewidziana w art. 75a § 1 nie jest decyzją o wykonaniu kary zastępczej, lecz orzeczeniem nowego rodzaju kary w miejsce kary orzeczonej poprzednio, **mamy w tym wypadku do czynienia z wymiarem kary w sensie art. 53...**” (A. Zoll: Kodeks Karny. Część ogólna. Tom I, Komentarz do art. 53 – 116, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 347 - 348).

Nadto zauważyć należy, że dopiero orzeczenie zamiennika w postaci kary ograniczenia wolności lub grzywny powoduje, że zamiast stosowania środka probacyjnego, skazany staje się „obiektem kary”; jest w stosunku do niego wykonywana kara kryminalna, a nie jak wcześniej, jedynie środki związane z poddaniem go próbie. Umieszczenie art. 75a k.k. wśród regulacji warunkowego zawieszenia wykonania kary wspiera również tezę, że zastosowanie przewidzianej w nim instytucji jest wymierzaniem kary nieizolacyjnej zamiast zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności.

Mając w polu uwagi wszystkie wyższe przytoczone argumenty, wolno przyjąć, że **kara orzeczona w trybie art. 75a § 1 k.k. jest karą wymierzoną w rozumieniu art. 85 § 2 k.k.**

Na zakończenie, należy stwierdzić, że nie wystąpiła podstawa do umorzenia postępowania zainicjowanego przedstawieniem niniejszego zagadnienia prawnego,

jak to miało miejsce w sprawie I KZP 21/11 (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r., OSNKW 2012, s. 1, poz. 5). Wprawdzie w dniu 13 czerwca 2019 r., została uchwalona ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, która to nowela uchyla m. in. art. 75a k.k. i art. 76 § 1a k.k., ale nie weszła ona w życie, ponieważ Prezydent RP na podstawie art. 122 ust. 3 Konstytucji RP w dniu 1 lipca 2019 r., złożył do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o zbadanie zgodności ustawy nowelizującej z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej (sprawa Kp 1/19 bez określonego terminu rozpoznania).