

79/6/A/2013

WYROK

z dnia 17 lipca 2013 r.

Sygn. akt SK 9/10*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Stanisław Biernat – przewodniczący

Zbigniew Cieślak

Maria Gintowt-Jankowicz

Mirosław Granat

Wojciech Hermeliński

Leon Kieres

Marek Kotlinowski

Teresa Liszcz

Małgorzata Pyziak-Szafnicka

Stanisław Rymar

Andrzej Rzepliński – sprawozdawca

Piotr Tuleja

Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz

Andrzej Wróbel

Marek Zubik,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem skarżącego oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 17 lipca 2013 r., skargi konstytucyjnej Tadeusza Bielucha o zbadanie zgodności:

1) art. 75 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) z art. 2 w związku z art. 40 i art. 178 ust. 1 Konstytucji oraz z art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 45 ust. 1 w związku z art. 178 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

2) art. 75 § 1 ustawy powołanej w punkcie 1 i art. 178 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557, ze zm.) z art. 45 ust. 1 w związku z art. 42 ust. 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji,

o r z e k a:

I

Art. 75 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia przez sąd od zarządzenia wykonania kary w sytuacji, gdy wobec skazanego ponownie

* Sentencja została ogłoszona dnia 8 sierpnia 2013 r. w Dz. U. poz. 905.

orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli przemawiają za tym szczególne względy, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

II

Przepis wymieniony w części I traci moc obowiązującą z upływem 18 (osiemnastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Ponadto p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417, z 2009 r. Nr 56, poz. 459 i Nr 178, poz. 1375, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 i Nr 197, poz. 1307 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.

UZASADNIENIE

I

1. Sąd Rejonowy w Suwałkach 1 września 2009 r., w sprawie o sygn. akt II Ko 780/09, zarządził wobec Tadeusza Bielucha (dalej: skarżący) wykonanie kary łącznej 4 lat pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Suwałkach z 22 grudnia 2003 r. w sprawie o sygn. II K 873/03. Wyrokiem tym Sąd Rejonowy w Suwałkach uznał skarżącego za winnego popełnienia siedmiu przestępstw, w tym opisanych w art. 291 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.) w związku z art. 12 k.k. oraz w art. 18 § 2 k.k. w zbiegu z art. 271 § 1 i 3 k.k. w związku z art. 12 k.k. i skazał na karę łączną 4 lat pozbawienia wolności i karę grzywny. Wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności zostało na podstawie art. 60 § 5 k.k. zawieszona na okres próby 6 lat. W okresie próby Tadeusz Bieluch popełnił przestępstwo określone w art. 270 § 1 k.k., stwierdzone wyrokiem Sądu Rejonowego w Suwałkach z 29 października 2008 r. w sprawie o sygn. akt II K 499/06. Na mocy tego wyroku skarżący został skazany na karę 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres 4 lat próby. Podstawą prawną wydania postanowienia w postępowaniu wykonawczym był art. 75 § 1 k.k. Sąd Rejonowy w Suwałkach, wydając orzeczenie z 1 września 2009 r., przyjął, że wobec skarżącego zachodzą opisane w art. 75 § 1 k.k. przesłanki obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Suwałkach z 22 grudnia 2003 r. W toku rozpoznania sprawy w postępowaniu wykonawczym, Sąd Rejonowy na podstawie art. 178 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557, ze zm., dalej k.k.w.) w związku z art. 75 § 1 k.k., odstąpił od wysłuchania skazanego Tadeusza Bielucha i jego obrońcy. Decyzja taka zapadła po wcześniejszym zawiadomieniu skarżącego i jego obrońcy o terminie posiedzenia i kilkakrotnych wnioskach obrońcy skarżącego o zdjęcie sprawy z wokandy. Postanowienie Sądu Rejonowego w Suwałkach z 1 września 2009 r. zostało utrzymane w mocy postanowieniem Sądu Okręgowego w Suwałkach z 30 października 2009 r. Sąd ten przyjął, że ponowne popełnienie przez skazanego w okresie próby przestępstwa umyślnego podobnego do któregośkolwiek z przestępstw umyślnych objętych skazaniem na karę łączną pozbawienia wolności, przy

spełnieniu pozostałych przesłanek opisanych przepisem art. 75 § 1 k.k., obliguje sąd do zarządzenia kary łącznej pozbawienia wolności.

Skarżący 29 stycznia 2010 r. wniósł skargę konstytucyjną. Zarzucił w niej po pierwsze niezgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 2 w związku z art. 40 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji przez to, że narusza zasady demokratycznego państwa prawnego, sprawiedliwości społecznej oraz niezawisłości sędziowskiej. Ma to miejsce w zakresie, w jakim powoduje bezwzględne związanie sądu obowiązkiem zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności wobec skazanego, który w okresie próby popełnił umyślne przestępstwo podobne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, pomimo stwierdzenia istnienia w stosunku do skazanego pozytywnej prognozy kryminologicznej.

Po drugie, skarżący zarzucił niezgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że narusza zasadę równości i sprawiedliwości społecznej, poprzez takie ukształtowanie przesłanek i charakteru uregulowanej w tym przepisie instytucji zarządzenia wykonania kary, które powoduje, że wobec skazanego, który w okresie próby popełnił umyślne przestępstwo podobne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zarządzenie wykonania kary ma charakter obligatoryjny, podczas gdy wobec skazanego, który w okresie próby popełnił inne przestępstwo za które orzeczono karę pozbawienia wolności nawet bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, zarządzenie wykonania kary ma charakter fakultatywny. Skutkuje to tym, że w toku postępowania wykonawczego w sposób nieuzasadniony i niesprawiedliwy uprzywilejowana jest osoba skazana za inne (niebędące przestępstwem podobnym) przestępstwo, również o cięższym charakterze i wyższym stopniu społecznej szkodliwości czynu.

Po trzecie, skarżący zarzucił niezgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 178 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że narusza standard rzetelnego procesu w odniesieniu do postępowania wykonawczego, mającego za przedmiot kwestię zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 75 § 1 k.k., przez takie ukształtowanie procedury sądowej, które pozbawia sąd rozpoznający sprawę możliwości rozważenia wszystkich racji przemawiających za podjęciem sprawiedliwego rozstrzygnięcia w przedmiocie zarządzenia wykonania kary. Obligatoryjność rozstrzygnięcia w przedmiocie zarządzenia kary na podstawie art. 75 § 1 k.k. wyłącza po stronie sądu możliwość rozstrzygnięcia o pozbawieniu wolności osobistej, wprowadzając w odniesieniu do tej wolności niedopuszczalny w państwie prawnym element automatyzmu orzekania.

Po czwarte, skarżący zarzucił niezgodność art. 75 § 1 k.k. i art. 178 § 2 k.k.w. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 42 ust. 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że wyłącza prawo do obrony skazanego na etapie postępowania wykonawczego w toku rozpoznania sprawy w przedmiocie zarządzenia wykonania kary. Ma to miejsce na skutek możliwości odstąpienia przez sąd – na podstawie art. 178 § 2 k.k.w. – od wysłuchania skazanego przed wydaniem rozstrzygnięcia w sprawie. Ponadto obligatoryjny charakter decyzji o zarządzeniu wykonania kary w wypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 75 § 1 k.k. powoduje, że uczestnictwo skazanego w postępowaniu wykonawczym na tym etapie ma wymiar wyłącznie formalny.

Zarządzeniem sędziego Trybunału Konstytucyjnego z 25 lutego 2010 r., sygn. akt Ts 27/10, skarżący wezwany został do wskazania przysługujących mu konstytucyjnych praw podmiotowych lub konstytucyjnych wolności, naruszonych przez zaskarżony art. 75 § 1 k.k., oraz określenia sposobu ich naruszenia. W odpowiedzi, w piśmie z 8 marca 2010 r., skarżący doprecyzował, ale zarazem zmodyfikował katalog wzorców kontroli konstytucyjnej powołanych w skardze. Modyfikacja polegała na tym, że skarżący nie

powtórzył już wzorców kontroli zawartych w art. 2, art. 32 ust. 2 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji, a zatem w zakresie tych wzorców nie zastosował się do zarządzenia Trybunału.

2. 13 października 2010 r. stanowisko w imieniu Sejmu przedstawił Marszałek Sejmu. Wniósł o stwierdzenie, że: 1) art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim zarządzenie wykonania kary czyni obligatoryjnym, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz jest zgodny z art. 40 Konstytucji i nie jest niezgodny z art. 2 Konstytucji; 2) art. 178 § 2 k.k.w. w związku z art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim umożliwia odstępnie od wysłuchania skazanego lub jego obrońcy przed wydaniem postanowienia w przedmiocie zarządzenia wykonania zawieszony kary, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 2 Konstytucji. W pozostałym zakresie wniósł o umorzenie postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

W części formalnoprawnej stanowiska Marszałek Sejmu doszedł do wniosku, że powołany przez skarżącego art. 2, art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji nie są adekwatnymi wzorcami kontroli w sprawie.

Marszałek Sejmu podkreślił, że sprawiedliwość proceduralna należy do istoty konstytucyjnego prawa do sądu. Zauważył, że jednym z zagrożeń dla prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, mogącej prowadzić do dematerializacji prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, jest ingerencja ustawodawcy w tzw. minimum wyłączności kompetencyjnej sądów. Następnie wskazał, że odstępstwa od – gwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji – prawa do sądu podlegają ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Oceniając zgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, Marszałek Sejmu podkreślił, że orzeczenie o warunkowym zawieszeniu wykonania kary nie jest prostą, „techniczną” decyzją o wykonaniu uprzednio wymierzonej, a następnie zawieszony kary, lecz decyzją o wdrożeniu wobec skazanego jakościowo odmiennej sankcji karnej, o znacznie większej dolegliwości od pierwotnie orzeczonej. Konsekwencją takiego stanu powinno być orzekanie o zarządzeniu wykonania kary w sposób zindywidualizowany. Na taką indywidualizację nie pozwala treść art. 75 § 1 k.k.

Marszałek Sejmu zauważył, że art. 75 § 1 k.k., z powodu swojej obligatoryjności, prowadzić może do rozstrzygnięć niesprawiedliwych. Nie każde bowiem popełnione w okresie próby, podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności, powinno automatycznie skutkować zarządzeniem wykonania kary. Niesprawiedliwość automatycznego zarządzenia wykonania kary jest szczególnie widoczna w tych wypadkach, gdy jest ono następstwem popełnienia w okresie próby podobnego przestępstwa umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono. Takie automatyczne zarządzenie wykonania kary razi niekonsekwencją. Z jednej strony, sąd wymierza za owe podobne przestępstwo umyślne karę warunkowo zawieszoną, a więc stwierdza pozytywną prognozę kryminologiczną. Z drugiej zaś strony, w trybie art. 75 § 1 k.k. obligatoryjnie zarządza – na podstawie tego wyroku – wykonanie kary uprzednio warunkowo zawieszony, co ze swojej istoty oznacza negatywną prognozę kryminologiczną.

Odnosząc do zarzutu skarżącego, że art. 75 § 1 k.k. pozostaje w sprzeczności z art. 40 Konstytucji, Marszałek Sejmu nie podzielił poglądu skarżącego. Sam fakt obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary nie przesądza automatycznie, jaki cel kara ta realizuje. W związku z tym, że skarżący nie wykazał, iż obowiązkowe zarządzenie wykonania kary wyłącza możliwość realizacji celów szczególnie i ogólnoprewencyjnych, Marszałek Sejmu stwierdził, że art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim zarządzenie wykonania kary czyni obligatoryjnym, jest zgodny z art. 40 Konstytucji.

Odnosząc do zgodności art. 75 § 1 k.k. i art. 178 § 2 k.k.w. z art. 42 ust. 2 Konstytucji, Marszałek Sejmu przyjął, że konieczne jest związkowe potraktowanie tych przepisów przy analizie ich zgodności z konstytucyjnym prawem do obrony. Obligatoryjność zarządzenia wykonania kary nie pozwala na faktyczne uwzględnienie przedstawionych przez skazanego i jego obrońcę okoliczności, przemawiających za zaniechaniem podejmowania takiej decyzji procesowej. Świadczy to o naruszeniu art. 42 ust. 2 Konstytucji.

Odpowiadając na pytanie Trybunału dotyczące wpływu nowelizacji art. 178 § 2 k.k.w. na możliwość orzekania w sprawie, Marszałek Sejmu 2 marca 2012 r. podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Ponadto zauważył, że nowelizacja art. 178 § 2 k.k.w. ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1431) nie usuwa niekonstytucyjności art. 178 § 2 k.k.w. Nie pozwala to na ewentualne umorzenie postępowania w rozstrzyganej przez Trybunał sprawie. Równocześnie jednak ze względów formalnych art. 178 § 2 k.k.w. w wersji po nowelizacji nie może być przedmiotem analizy Trybunału, ze względu na brak objęcia go zarzutami skargi konstytucyjnej. Dokonanie kontroli konstytucyjności art. 178 § 2 k.k.w. w nowym brzmieniu stanowiłoby wyjście poza granice skargi konstytucyjnej. W dalszym ciągu zachodzą natomiast podstawy do badania art. 178 § 2 k.k.w. w poprzednim brzmieniu, albowiem – mimo dokonanej nowelizacji – orzeczenie o jego niekonstytucyjności jest konieczne dla ochrony konstytucyjności wolności i praw (art. 39 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym; Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK). Fakt ten Marszałek Sejmu wytłumaczył tym, że zakwestionowanie przez Trybunał art. 178 § 2 k.k.w. i art. 75 § 1 k.k. umożliwi skarżącemu wznowienie postępowania na podstawie art. 540 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.).

2.1. Marszałek Sejmu w piśmie z 26 kwietnia 2012 r. zmodyfikował swoje pierwotne stanowisko w niniejszej sprawie, wnosząc o stwierdzenie, że: 1) art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim zarządzenie wykonania kary czyni obligatoryjnym jest zgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz jest zgodny z art. 40 Konstytucji i nie jest niezgodny z art. 2 Konstytucji; 2) art. 178 § 2 k.k.w., w brzmieniu obowiązującym do 1 stycznia 2012 r., w związku z art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim umożliwia odstąpienie od wysłuchania skazanego lub jego obrońcy przed wydaniem postanowienia w przedmiocie zarządzenia wykonania zawieszony kary, jest zgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 2 Konstytucji. Ponadto, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, wniósł o umorzenie postępowania w pozostałym zakresie, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Uzasadniając zmianę stanowiska, Marszałek Sejmu zauważył, że Trybunał w wyroku z 5 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. P 6/10 (OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 19) orzekł, że art. 75 § 1 k.k. jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Podkreślił, że w sprawie tej inicjujący ją sąd pytający zarzucił m.in., że art. 75 § 1 k.k. narusza zasadę swobody orzeczniczej sądu. Zauważył, że zarzuty te, mimo odmienności przywołanych wzorców kontroli, są zbieżne z zarzutami skargi konstytucyjnej w niniejszej sprawie. Następnie przedstawił stanowisko Trybunału w sprawie o sygn. P 6/10, w którym Trybunał nie podzielił zdania sądu pytającego co do naruszenia swobody orzeczniczej sądu. Mając je na uwadze stwierdził, że szczególne okoliczności, o których mowa w art. 75 § 1 k.k., uprawniają ustawodawcę do ograniczenia swobody orzeczniczej sądu w zakresie zarządzenia wykonania kary. Wskazał także, że ograniczenie to jest stosunkowo wąskie, gdyż ma miejsce wyłącznie w razie kumulatywnego zaistnienia wszystkich szczególnych okoliczności, wymienionych w art. 75 § 1 k.k. Ponadto zauważył, że ponowne popełnienie przez osobę, wobec której sąd warunkowo zawiesił wykonanie kary, umyślnego

przestępstwa podobnego świadczy o tym, że decyzja sądu była nietrafna, a wymierzona kara nie powinna być warunkowo zawieszona. Równocześnie skazanie sprawcy za popełnione w okresie próby podobne przestępstwo umyślne ma miejsce w warunkach pełnej swobody orzeczniczej. Podkreślił, że warunkiem *sine qua non* obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary jest prawomocne orzeczenie wobec sprawcy kary pozbawienia wolności, nie zaś jakiegokolwiek innej, łagodniejszej kary. Powołał także wprost wyrok Trybunału w sprawie P 6/10 stwierdzając, że sąd w postępowaniu wykonawczym ma możliwość kształtowania zasad wykonania kary zarządzonej w trybie art. 75 k.k. tj. grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności, ze względu na szczególne okoliczności dotyczące sprawcy – jego sytuację osobistą, majątkową lub rodzinną. Podkreślił także, że w granicach swobody regulacyjnej przysługującej ustawodawcy mieściło się wprowadzenie przepisu stanowiącego sankcję wobec sprawcy, który mimo danej mu szansy nie tylko nie spełnił pomyślnej prognozy, co do zachowania się w okresie próby, lecz ponownie popełnił umyślne przestępstwo, i to podobne do poprzedniego, za które został prawomocnie skazany na karę pozbawienia wolności.

Zdaniem Marszałka Sejmu stwierdzenie, że przewidziane w art. 75 § 1 k.k. obligatoryjne zarządzenie wykonania kary odpowiada standardom konstytucyjnym implikuje również konstytucyjność art. 178 § 2 k.k.w. Art. 75 § 1 k.k., wprowadzając obligatoryjność zarządzenia wykonania kary, czyni bowiem bezzasadnym rozważanie przez sąd racji skazanego, które mogłyby przemawiać za podjęciem innej decyzji w tym przedmiocie.

3. Prokurator Generalny w stanowisku z 3 lutego 2011 r. wniósł o stwierdzenie, że art. 75 § 1 k.k. i art. 178 § 2 k.k.w. w części obejmującej zwrot „chyba że zachodzą okoliczności zarządzenia wykonania kary określone w art. 75 § 1 Kodeksu karnego” są zgodne z art. 45 ust. 1 i art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ponadto wniósł o stwierdzenie, że art. 75 § 1 k.k. nie jest niezgodny z art. 40 Konstytucji. Na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK postępowanie w pozostałym zakresie podlega umorzeniu ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, merytoryczne rozpatrzenie zarzutów skarżącego, dotyczących niezgodności art. 75 § 1 k.k. z art. 2, art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji jest niedopuszczalne, a więc postępowanie w tym zakresie powinno zostać umorzone.

Co do zgodności art. 75 § 1 k.k. z art. 45 ust. 1 i art. 42 ust. 2 Konstytucji, Prokurator Generalny zauważył, że zarządzenie wykonania kary wobec sprawcy, który w okresie próby popełnia przestępstwo umyślne, nie powinno budzić zastrzeżeń. Ustawodawca powinien wprowadzić regulację, odpowiednio surowiej reagującą na zjawisko powtarzalności przestępstw umyślnych, a w obrębie kategorii przestępstw podobnych. Sprawca tego rodzaju przestępstwa, przez umyślność działania, świadomie narusza prognozy i oczekiwania, związane z poddaniem go próbie, a więc sam wywołuje niekorzystny dlań skutek tego działania. Wskazał, że z art. 75 § 1 k.k. można jasno wyinterpretować zakaz popełnienia w okresie próby umyślnego przestępstwa podobnego, jeśli skazany chce uniknąć obligatoryjnego zarządzenia wykonania tej kary. Podkreślił, że sąd stosujący art. 75 § 1 k.k. nie wymierza kary, lecz zarządza wykonanie kary orzeczonej wcześniej w ramach postępowania jurysdykcyjnego, w którym, zawieszając jej wykonanie warunkowo, uwzględnione zostały istniejące wówczas prognozy odnoszące się do skazanego, które później, z winy skazanego, straciły aktualność. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że w drugim wyroku orzeczona została kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, bo ten element wyroku odnosi się tylko do objętego nim czynu.

Ustawodawca, wprowadzając w art. 75 § 1 k.k. nakaz zarządzenia wykonania kary wcześniej orzeczonej, nie dokonał ingerencji w swobodę orzekania przez sądy kar w postępowaniu jurysdykcyjnym za przestępstwa objęte tym przepisem.

Skarżący wskazał jako wspólny z art. 75 § 1 k.k. przedmiot kontroli art. 178 § 2 k.k.w., powołując do ich oceny te same wzorce konstytucyjne w postaci art. 45 ust. 1 i art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Prokurator Generalny przypomniał w związku z tym, że zarówno prawo do sądu, jak i prawo do obrony mogą podlegać ograniczeniom zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zauważył, że skarżący kwestionuje obligatoryjność zarządzenia wykonania kary jako pozbawiającą go możliwości skutecznego prezentowania w postępowaniu wykonawczym okoliczności przemawiających na jego korzyść. Rozważył, jakie wyjątkowe okoliczności mogą przemawiać za innym rozstrzygnięciem w jego sprawie niż przewidziane w art. 75 § 1 k.k. Podkreślił, że jeżeli chodzi o stan zdrowia, to art. 150 k.k.w. przewiduje obligatoryjne odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności do czasu ustania tej przeszkody. Zauważył, że jeżeli natychmiastowe wykonanie kary pozbawienia wolności pociągnęłoby dla skazanego lub jego rodziny zbyt ciężkie skutki, to sąd, zgodnie z art. 151 § 1 k.k.w. może odroczyć wykonanie kary pozbawienia wolności. Sąd może też zawiesić postępowanie wykonawcze na podstawie art. 15 § 2 k.k.w., jeżeli zachodzi długotrwała przeszkoda uniemożliwiająca to postępowanie. Nie mają natomiast znaczenia argumenty o utrzymującej się nadal pozytywnej prognozie kryminologicznej w odniesieniu do skazania za pierwszy czyn. Są one przekreślone faktem powrotu do przestępstwa umyślnego, będącego skutkiem działania zamierzonego, a nie przypadkowego.

Prokurator Generalny podkreślił, że skarżący, kwestionując konstytucyjność art. 178 § 2 k.k.w., założył, że odstąpienie od wysłuchania skazanego lub jego obrońcy jest regułą, która koliduje z konstytucyjnym prawem do obrony. Tymczasem z orzecznictwa sądowego płynie wniosek, że wysłuchanie skazanego lub jego obrońcy przed zarządzeniem wykonania kary warunkowo zawieszanej jest ukształtowaną zasadą. Odstępstwa od niej są wyjątkami, związanymi wyłącznie z przyczynami leżącymi po stronie obu tych podmiotów.

Zdaniem Prokuratora Generalnego ostatni wzorzec konstytucyjny powołany w sprawie – art. 40 Konstytucji – jest nieadekwatny. Podkreślił, że karanie w wypadku naruszenia przepisów prawa, nie może być uznane za karanie niehumanitarne, zakazane przez art. 40 Konstytucji, skoro kary, w tym kara pozbawienia wolności, przewidziane są w przepisach prawnych dotyczących rodzajów kar, a ich wymierzanie powierzone jest sądom. Z funkcją prewencji ogólnej i indywidualnej kar nie można utożsamiać – jak uważa skarżący – subiektywnego odczucia poniżenia, przez to, że wobec sprawcy przestępstwa umyślnego zarządza się wykonanie zawieszanej wcześniej kary pozbawienia wolności.

4. W toku postępowania Trybunał wystąpił do prof. dr hab. Teodora Szymanowskiego o sporządzenie opinii przedstawiającej argumenty prawnokarne, prawnopenitencjarne oraz kryminologiczne przemawiające za oraz przemawiające przeciwko obligatoryjnemu zarządzeniu przez sąd wykonania kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszanej, jeżeli skazany w okresie próby popełnił podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności. W opinii z 12 lipca 2012 r. ekspert podkreślił m.in., że zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności w stosunku do osoby, wobec której sąd dwukrotnie orzekł karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, jest jego zdaniem absurdalne. Zauważył, że w świetle badań empirycznych efekt resocjalizacyjny kary pozbawienia wolności jest wysoce niezadawalający, a jej wykonanie jest czynnikiem zwiększającym recydywę. Ponadto w wypadku przestępstw o mniejszej szkodliwości społecznej, a więc takich, za które sąd

orzeka karę pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem, nie można mówić o odstraszeniu innych osób od popełnienia przestępstwa. Zauważył, że powrót do przestępstwa nie świadczy za każdym razem o mylnym postawieniu pierwotnej prognozy kryminologicznej. Może także wynikać z przyczyn leżących po stronie organów państwa odpowiedzialnych za nadzorowanie wykonywania zawieszanej kary. T. Szymanowski wypowiedział się również co do konstytucyjności zaskarżonego przepisu oraz przedstawił propozycję jego nowelizacji. W tym zakresie jednak opinia T. Szymanowskiego nie mieści w zakresie zapytania Trybunału i dlatego nie zostanie wzięta pod uwagę przy orzekaniu.

5. W toku postępowania Trybunał wystąpił do prof. dr hab. Andrzeja Zolla o sporządzenie opinii przez udzielenie odpowiedzi na trzy pytania. Po pierwsze, czy sąd rozpoznający sprawę na podstawie art. 75 § 1 k.k. może, w obecnym stanie prawnym, obok badania, czy wyrok w drugiej sprawie jest prawomocny, czy skazany popełnił przestępstwo z winy umyślnej oraz czy został skazany za przestępstwo podobne, badać także, czy prognoza kryminologiczna skazanego – z punktu widzenia celów kary – wymaga zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności? Po drugie, jeżeli sąd nie może przeprowadzić takiego badania, to czy z punktu widzenia sędziowskiej swobody orzekania w sprawie zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, powinien mieć taka możliwość, w szczególności, gdy w drugiej sprawie sąd orzekł również karę pozbawienia wolności, warunkowo zawieszając jej wykonanie, albo gdy zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek, tak jak jest on zdefiniowany w art. 60 § 2 k.k.? Po trzecie, czy zasadne z punktu widzenia istoty środka probacyjnego, jakim jest warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności, byłoby uregulowanie zakładające, że ponowne ukaranie sprawcy w warunkach przewidzianych w art. 75 § 1 k.k. wyłącza możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności z (ponownym) warunkowym zawieszeniem jej wykonania?

Na pierwsze pytanie ekspert, w opinii z 4 lutego 2013 r., odpowiedział negatywnie, wskazując, że w obecnym stanie prawnym sąd nie może badać, czy prognoza kryminologiczna skazanego wymaga zarządzenia kary pozbawienia wolności. Na drugie pytanie również udzielił odpowiedzi negatywnej. Stanowisko to zostało oparte na założeniu, że w świetle art. 32 k.k. kara bezwzględnego pozbawienia wolności i kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania są karami tożsamymi. Równocześnie jednak ekspert dostrzegł, że w praktyce, w orzecznictwie sądowym kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jest postrzegana często jako szczególna forma wymiaru kary (środek karny probacyjny). W takiej sytuacji orzeczenie zarządzające wykonanie kary na podstawie art. 75 § 1 k.k. jest orzeczeniem, w którym wymierza się inny typ reakcji karnej na popełnione poprzednio przestępstwo, niż ten który został orzeczony w wyroku skazującym. W takim wypadku, sąd zarządzający wykonanie kary powinien mieć możliwość uwzględnienia wszystkich dyrektyw sądowego wymiaru kary. Zdaniem eksperta przy przyjęciu stanowiska, że warunkowe zawieszenie wykonania kary jest decyzją odnoszącą się do wykonania kary, a nie integralnym elementem jej wymiaru, zakres dopuszczalnej ingerencji ustawodawcy ograniczającej swobodę sędziowską przy orzekaniu o zarządzeniu wykonania zawieszanej kary może być znacznie dalej idący, niż w wypadku ograniczenia swobody przy samym wymiarze kary. Popełnienie w okresie próby przestępstwa umyślnego, podobnego do tego, za które została wymierzona kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i za które to przestępstwo sąd wymierzył karę pozbawienia wolności wydaje się przesłanką usprawiedliwiającą ingerencję ustawodawcy wyłączającą swobodę sędziowską w uwzględnieniu okoliczności szczególnych. Odpowiadając na trzecie pytanie, ekspert przyjął, że wyłączenie możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności za przestępstwo

popelnione w okresie próby, umyślne i podobne o tego, za które kara została warunkowo zawieszona, nie byłoby z punktu widzenia istoty środka probacyjnego zasadne.

II

Na rozprawie 17 lipca 2013 r. przedstawiciel Prokuratora Generalnego zmodyfikował dotychczasowe stanowisko i wniósł o stwierdzenie, że 1) art. 75 § 1 k.k. jest zgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 40 Konstytucji; 2) art. 178 § 2 k.k.w. w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 142, poz. 1380) w części obejmującej wyrazy „chyba, że zachodzą okoliczności zarządzenia wykonania kary określone w art. 75 § 1 Kodeksu karnego” jest zgodny z art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ponadto na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK wniósł o umorzenie postępowania w części obejmującej badanie zgodności art. 75 § 1 k.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji z powodu zbędności orzekania, a w pozostałej części ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Pozostali uczestnicy postępowania podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Przedmiot kontroli

1.1. Art. 75 § 1 k.k. jako przedmiot kontroli

Przedmiotem kontroli Trybunału w niniejszej sprawie jest w pierwszej kolejności art. 75 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.). Stanowi on:

„Sąd zarządza wykonanie kary, jeżeli skazany w okresie próby popełnił podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności”.

Przepis ten znajduje zastosowanie w ramach postępowania karnego wykonawczego w przypadku, gdy w wyroku kończącym postępowanie karne w kolejnej sprawie doszło do ponownego skazania na karę pozbawienia wolności za podobne przestępstwo umyślne (odnośnie kary ograniczenia wolności i grzywny zob. cz. III, pkt 2.7. uzasadnienia).

Zatem fakt drugiego skazania za przestępstwo umyślne, podobnego do wcześniej popełnionego, za które została wymierzona kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (por. art. 69 § 1 k.k.), skutkuje zarządzeniem przez sąd wykonania tej kary. Warunkiem koniecznym zarządzenia wykonania kary jest, aby w okresie trwania próby, na którą sąd prawomocnie zawiesił wykonanie kary pozbawienia wolności, sprawca popełnił podobne przestępstwo umyślne. Podobieństwo przestępstw sąd ustala, badając, czy należą one do przestępstw tego samego rodzaju; przestępstwami podobnymi są również przestępstwa z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia oraz przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (por. art. 115 § 3 k.k.).

W wypadku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 75 § 1 k.k. zarządzenie wykonania kary przez sąd jest obligatoryjne. Sformułowanie „sąd zarządza wykonanie kary” jest rozumiane w judykaturze i literaturze jednolicie jako obowiązek sądu (zob. postanowienie SN z 9 sierpnia 2007 r., sygn. akt WZ 24/07, OSN nr 1/2007, poz. 1805; postanowienie SN z 25 października 2006 r., sygn. akt V KK 270/06, Lex nr 198071; w literaturze por. m.in. A. Marek, uwaga do art. 75 k.k., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2010, pkt 1 oraz J. Lachowski, uwaga do art. 75 k.k., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red.

M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis 2011, pkt 1; tak również A. Zoll w opinii przedłożonej w niniejszej sprawie). Innymi słowy sąd nie może nie zarządzić kary pozbawienia wolności, gdy spełnione są przesłanki przewidziane w art. 75 § 1 k.k. Do zarządzenia kary pozbawienia wolności dochodzi również wtedy, gdy za powtórne przestępstwo podobne sąd wymierza karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (zob. uchwałę SN z 17 września 1996 r., sygn. akt I KZP 19/96, OSNKW nr 11-12/1996, poz. 75; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 4 czerwca 2002 r., sygn. akt II AKz 226/02, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” nr 6/2002, poz. 15; w literaturze: por. przytoczeni wyżej autorzy).

1.2. Kwestia kontroli konstytucyjności art. 178 § 2 k.k.w.

W zaskarżonej wersji art. 178 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557, ze zm., dalej k.k.w.) miał następującą treść:

„Przed wydaniem postanowienia w przedmiocie zarządzenia wykonania zawieszonych kary, sąd powinien wysłuchać skazanego lub jego obrońcę, chyba że zachodzą okoliczności zarządzenia wykonania kary określone w art. 75 § 1 Kodeksu karnego”. Przepis ten dawał możliwość odstąpienia od wysłuchania skazanego lub jego obrońcy w sytuacji obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary, przewidzianego w art. 75 § 1 k.k.

Art. 178 § 2 k.k.w. został zmieniony przez art. 1 pkt 79 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1431, dalej: ustawa nowelizująca k.k.w.). Zmiana weszła w życie 1 stycznia 2012 r. Obowiązująca treść art. 178 § 2 k.k.w. jest następująca:

„W posiedzeniu w przedmiocie zarządzenia wykonania kary ma prawo wziąć udział prokurator, skazany oraz jego obrońca, a gdy skazany został oddany pod dozór lub zobowiązany do wykonania obowiązków związanych z okresem próby, również sądowy kurator zawodowy, a także osoba godna zaufania lub przedstawiciel stowarzyszenia, instytucji albo organizacji społecznej, o której mowa w art. 73 § 1 Kodeksu karnego, którym powierzono wykonywanie dozoru, chyba że zachodzą przesłanki zarządzenia wykonania kary określone w art. 75 § 1 lub 3 Kodeksu karnego”.

Trybunał rozważy w dalszej części uzasadnienia, czy zmiana stanu normatywnego stoi na przeszkodzie poddaniu przez Trybunał kontroli konstytucyjności art. 178 § 2 k.k.w.

2. Dopuszczalność orzekania w sprawie

2.1. W pierwszej kolejności Trybunał przyjmuje, że jego wyrok z 5 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. P 6/10 (OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 19) nie stanowi przeszkody dla merytorycznego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W wyroku tym, Trybunał kontrolował zgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Oznacza to, że tylko w tym zakresie wyrok ten stanowi przeszkodę dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy (por. pkt 2.3. uzasadnienia poniżej). Co do pozostałych powołanych w sprawie wzorców wskazany wyrok nie stanowi takiej przeszkody (por. też pkt 2.5. uzasadnienia).

2.2. Po pierwsze, skarżący zarzucił niezgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 2 w związku z art. 40 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji. Trybunał stwierdza, że powołane przez skarżącego wzorce kontroli – art. 2, art. 40 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji są nieadekwatne w niniejszej sprawie.

Powołanie przez skarżącego jako wzorca kontroli art. 2 Konstytucji celem kontroli zgodności art. 75 § 1 k.k. z zasadą demokratycznego państwa prawnego, sprawiedliwości społecznej oraz niezawisłości sędziowskiej jest zbędne, gdy skarżący w skardze powołuje się wprost na art. 45 Konstytucji. Rację ma Marszałek Sejmu, twierdząc, że skarżący z art. 2 Konstytucji nie wyprowadził innych treści niż te, które wynikają z powołanych konstytucyjnych regulacji szczegółowych (por. np. wyrok TK z 13 kwietnia

1999 r., sygn. K 36/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 40, cz. III pkt 2.). Ponadto trafne jest spostrzeżenie Marszałka Sejmu, że skarżący – po wezwaniu go do usunięcia braków formalnych skargi konstytucyjnej przez „wskazanie przysługujących skarżącemu konstytucyjnych praw podmiotowych lub konstytucyjnych wolności, naruszonych przez zaskarżony art. 75 § 1 ustawy (...) Kodeks karny (...) oraz określenie sposobu ich naruszenia” (zarządzenie sędziego Trybunału z 25 lutego 2010 r.) – zrekonstruował owe prawa i wolności już z pominięciem art. 2 Konstytucji. Ten zabieg interpretacyjny potwierdza zatem, że skarżący nie odnalazł w tym przepisie treści normatywnych, które nie wynikałyby z – przywołanych jako wzorce kontroli – regulacji konstytucyjnych o charakterze bardziej szczegółowych.

Na podstawie art. 45 Konstytucji należy również kontrolować zarzut niezgodności art. 75 § 1 k.k. z zasadą niezawisłości sędziowskiej (zob. wyroki TK z: 13 grudnia 2005 r., sygn. SK 53/04, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 134, cz. III, pkt VI. 1.; 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 108, cz. III, pkt 3.3.; 17 listopada 2009 r., sygn. SK 64/08, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 148, cz. III pkt 1.3.). Trybunał podziela zdanie Marszałka Sejmu i Prokuratora Generalnego, że art. 178 ust. 1 Konstytucji nie może być wzorcem kontroli w sprawie. W świetle orzecznictwa Trybunału przepis ten nie statuuje konstytucyjnych wolności lub praw i w związku z tym nie może być podstawą kontroli w trybie skargi konstytucyjnej (wyrok TK z 6 stycznia 2009 r., sygn. SK 22/06, OTK ZU nr 1/A/2009, poz. 1, cz. III, pkt 7.).

Ponadto Trybunał przyjmuje, podobnie jak Prokurator Generalny, że powołany jako związkowy wzorzec kontroli art. 40 Konstytucji nie jest adekwatnym wzorcem kontroli art. 75 § 1 k.k. W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału zakaz przewidziany w art. 40 Konstytucji nie może być odnoszony do samego charakteru kary pozbawienia wolności, lecz do warunków odbywania tej kary. Wynikający więc z art. 75 § 1 k.k. obligatoryjny charakter zarządzania kary nie może być skontrolowany co do zgodności z art. 40 Konstytucji – zakazem okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania (w tym zakresie zob. wyrok TK z 26 maja 2008 r., sygn. SK 25/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 62, cz. III, pkt 6.). Skarżący nie przedstawił nadto choćby jednego argumentu, że już samo obligatoryjne zarządzanie wykonania warunkowo zawieszanej kary w jego sytuacji prawnej (ponowne skazanie za podobne przestępstwo umyślne) ma charakter okrutny, niehumanitarny albo poniżający.

2.3. Po drugie, skarżący zarzucił w skardze niezgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jego zdaniem, naruszenie zasady równości i sprawiedliwości społecznej polega na takim ukształtowaniu przesłanek i charakteru uregulowanej w tym przepisie instytucji wykonania kary, które powoduje, że wobec skazanego, który w okresie próby popełnił umyślne przestępstwo podobne, za które został skazany prawomocnie na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zarządzenie wykonania kary ma charakter obligatoryjny (sytuacja opisana w art. 75 § 1 k.k.) podczas, gdy wobec skazanego, który w okresie próby popełnił kolejne inne przestępstwo, za które został skazany na karę pozbawienia wolności nawet bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (sytuacja opisana w art. 75 § 2 k.k.), zarządzenie wykonania kary ma charakter fakultatywny. Zarzut niezgodności art. 75 § 1 k.k. z konstytucyjną zasadą równości był już przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału. W wyroku o sygn. P 6/10 Trybunał orzekł, że art. 75 § 1 k.k. jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Stwierdził w szczególności, że:

„podmioty objęte dyspozycją art. 75 § 1 k.k. stanowią odrębną kategorię wobec podmiotów wymienionych w art. 75 § 2 k.k., a w konsekwencji ich sytuacja może być unormowana w sposób odmienny. Powyższych dwóch kategorii podmiotów nie można uznać za cechujące się tą samą cechą relewantną. Przedstawione wyżej przesłanki

obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary w istotny sposób ograniczają zakres stosowania art. 75 § 1 k.k., w porównaniu z przesłankami określonymi w art. 75 § 2 k.k. W stosunku do tej kategorii skazanych okoliczności stanowiące podstawę fakultatywnego zarządzenia wykonania kary są niejednorodne”.

Mając na uwadze wyrok w tej sprawie, Trybunał postanowił umorzyć postępowanie w zakresie zgodności art. 75 § 1 k.k. z art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji. Dodatkowo wskazać można, że jeżeli chodzi o art. 32 ust. 2 Konstytucji to skarżący – po wezwaniu go do usunięcia braków formalnych skargi konstytucyjnej przez „wskazanie przysługujących skarżącemu konstytucyjnych praw podmiotowych lub konstytucyjnych wolności, naruszonych przez zaskarżony art. 75 § 1 ustawy (...) Kodeks karny (...) oraz określenie sposobu ich naruszenia” (zarządzenie sędziego Trybunału z 25 lutego 2010 r.) – zrekonstruował owe prawa i wolności już z pominięciem art. 32 ust. 2 Konstytucji.

2.4. Po trzecie, skarżący zarzucił art. 75 § 1 k.k. niezgodność z art. 45 ust. 1 w związku z art. 178 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że narusza standard rzetelnego procesu, wskutek takiego jego ukształtowania, że pozbawia on sąd rozpoznający sprawę zarządzenia wykonania kary możliwości rozważenia racji przemawiających za podjęciem sprawiedliwego rozstrzygnięcia.

2.4.1. Jeżeli chodzi o tę grupę przepisów konstytucyjnych, to Trybunał w pierwszej kolejności stwierdza nieadekwatność art. 178 ust. 1 i art. 2 Konstytucji jako wzorca kontroli w sprawie. Wiążące w tym zakresie pozostają ustalenia Trybunału zawarte w cz. III, pkt 2.2. uzasadnienia wyroku.

2.4.2. W zakresie pozostałych wzorców kontroli powołanych przez skarżącego – art. 45 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, Trybunał zauważa, że istota problemu konstytucyjnego w rozstrzyganej sprawie sprowadza się do pytania o to, czy obligatoryjność zarządzenia przez sąd wykonania kary pozbawienia wolności przewidziana przez art. 75 § 1 k.k. nie prowadzi do wyłączenia sądowej gwarancji kontroli merytorycznej przesłanek tej decyzji – w kontekście konstytucyjnie istotnej, w każdym stadium decydowania o wolności osobistej, sylwetki kryminologicznej skazanego w konkretnej sprawie. Trybunał przyjmuje zatem, że skarżący domaga się kontroli konstytucyjności wyłączenia przez skarżony przepis możliwości merytorycznego stwierdzenia przez sąd wykonawczy konieczności zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności dotychczas warunkowo zawieszanej. Z tej perspektywy adekwatnym wzorcem kontroli art. 75 § 1 k.k. jest wskazany w skardze art. 45 ust. 1 Konstytucji.

2.5. Mając na uwadze stanowisko Sejmu z 26 kwietnia 2012 r. Trybunał zauważa, że zaprezentowane w nim poglądy są oparte bezpośrednio na fragmentach uzasadnienia Trybunału w sprawie o sygn. P 6/10. Wyrok ten nie stoi jednak na przeszkodzie możliwości przyjęcia przez Trybunał w niniejszej sprawie innego poglądu niż ten zaprezentowany w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. P 6/10. Przemawiają za tym następujące argumenty.

2.5.1. W sprawie o sygn. P 6/10 wzorcem kontroli art. 75 § 1 k.k. był art. 32 ust. 1 Konstytucji, nie zaś art. 45 ust. 1 Konstytucji. Kwestią kluczową w sprawie o sygn. P 6/10 było wykazanie, że podmioty objęte dyspozycją art. 75 § 1 k.k. stanowią odrębną kategorię wobec podmiotów wymienionych w art. 75 § 2 k.k. Stwierdzenie powyższego pozwoliło Trybunałowi przyjąć, że odmienny sposób traktowania podmiotów wymienionych w art. 75 § 1 k.k. (obligatoryjność zastosowania kary pozbawienia wolności) i w art. 75 § 2 k.k. (fakultatywność zastosowania kary pozbawienia wolności) nie narusza wymogów art. 32 ust. 1 Konstytucji, tj., że nie stanowi nierównego traktowania. Zatem przyjąć należy, że analiza art. 75 § 1 k.k. przeprowadzona przez Trybunał w uzasadnieniu wyroku o sygn. P

6/10 w cz. III pkt 3.6.-3.8. jest wyłącznie interpretacją przepisów ustawowych, dokonaną na potrzeby rozróżnienia pomiędzy kategorią podmiotów opisanych w art. 75 § 1 k.k. i w art. 75 § 2 k.k. – nie zaś rozstrzygnięciem o konstytucyjności obligatoryjnego charakteru zarządzenia kary przewidzianego w art. 75 § 1 k.k.

2.5.2. W sprawie o sygn. P 6/10 w cz. III, pkt 3.9. uzasadnienia wyroku Trybunał odniósł się do zarzutu sądu pytającego, co do ograniczenia przez art. 75 § 1 k.k. swobody orzeczniczej sądu. Stanowisko tam przedstawione nie jest wiążące w rozstrzyganej sprawie i pozwala przyjąć odmienną ocenę, a to z racji wskazania innego wzorca kontroli. Trybunał przyjął bowiem wyraźnie w pierwszym akapicie cz. III, pkt 3.9. uzasadnienia wyroku w sprawie P 6/10, że sąd pytający, formułując zarzut ograniczenia swobody orzeczniczej sądu, nie powołał odrębnych (innych niż art. 32 Konstytucji) wzorców konstytucyjnych. Trybunał przeprowadził zatem kontrolę art. 75 § 1 k.k. wyłącznie co do zgodności z art. 32 Konstytucji. Rozumowanie Trybunału w sprawie o sygn. P 6/10 traktować należy jako wyrażone na marginesie, celem uzupełnienia argumentacji zawartej we wcześniejszych fragmentach uzasadnienia w tej sprawie. Gdyby Trybunał traktował podniesiony przez sąd pytający zarzut ograniczenia swobody orzeczniczej sądu jako zarzut naruszenia art. 45 Konstytucji, to zarzut taki zrekonstruowałby w oparciu o zasadę *falsa demonstratio non nocet*. Konsekwencją tego byłoby zaś orzekanie o zgodności art. 75 § 1 k.k. z art. 45 Konstytucji.

2.6. Skarżący zarzucił ponadto niezgodność art. 75 § 1 k.k. i art. 178 § 2 k.k.w. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 42 ust. 2 w związku z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że wyłącza prawo do obrony skazanego na etapie postępowania wykonawczego w toku rozpoznania sprawy w przedmiocie zarządzenia wykonania kary w oparciu o art. 75 § 1 k.k. w związku z art. 178 § 2 k.k.w.

2.6.1. Mając na uwadze uzasadnienie skargi, Trybunał przyjmuje, podobnie jak Marszałek Sejmu, że oba zaskarżone przepisy skarżący postrzega związkowo. Skarżący podkreślił, że naruszenie wskazanych przepisów konstytucyjnych polega na dopuszczeniu możliwości odstąpienia od wysłuchania w sprawie skazanego przed wydaniem co do niego rozstrzygnięcia na skutek obligatoryjnego charakteru decyzji o zarządzeniu wykonania kary pozbawienia wolności. Dlatego Trybunał podziela stanowisko Marszałka Sejmu – że skarżący zmierzał w istocie do zakwestionowania art. 178 § 2 k.k.w. w związku z art. 75 § 1 k.k.

Zważywszy, że kontroli Trybunału podlega w tym miejscu art. 178 § 2 k.k.w. (art. 75 § 1 k.k. jest przepisem związkowym), Trybunał rozważy, czy zmiana stanu normatywnego, stoi na przeszkodzie kontroli jego konstytucyjności (zob. cz. III, pkt 1.2. uzasadnienia).

2.6.2. Zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK), postępowanie umarza się, jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał. O utracie mocy obowiązującej można mówić dopiero wtedy, gdy dany przepis nie może być w ogóle stosowany (wyrok TK z 16 marca 2011 r., sprawa K 35/08, OTK ZU 2/A/2011, poz. 11, cz. III, pkt 2.1.). Przesłanka ta została spełniona w niniejszej sprawie – art. 178 § 2 k.k.w. – w wersji zaskarżonej w rozstrzyganej sprawie – utracił moc obowiązującą, bowiem 1 stycznia 2012 r. weszła w życie nowelizacja k.k.w., która ustaliła nową treść art. 178 § 2 k.k.w. (zob. cz. III, pkt 1.2. uzasadnienia). W konsekwencji, art. 178 § 2 k.k.w. w wersji sprzed nowelizacji nie podlega obecnie stosowaniu (w ustawie nowelizującej k.k.w. brak jest przepisów intertemporalnych, które by taką możliwość dopuszczały).

2.6.3. Orzekanie o konstytucyjności przepisu, który utracił moc obowiązującą, może nastąpić tylko wtedy, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił

moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw (art. 39 ust. 3 ustawy o TK). W rozstrzyganej sprawie nie ma takiej konieczności, ponieważ skarżący nie wykazał, że art. 178 § 2 k.k.w. w wersji sprzed nowelizacji naruszał jego konstytucyjne wolności lub prawa. Uzasadnienia postanowień wydanych w sprawie skarżącego (postanowienie Sądu Rejonowego w Suwałkach z 1 września 2009 r., sygn. akt II Ko 780/09, utrzymane w mocy postanowieniem Sądu Okręgowego w Suwałkach z 30 października 2009 r., sygn. akt II Kzw 167/09) jasno wskazują, że sądy odstąpiły od wysłuchania skarżącego na podstawie art. 178 § 2 k.k.w., ale po wcześniejszym zawiadomieniu skarżącego i jego obrońcy o terminie posiedzenia i kilkakrotnych wnioskach obrońcy skarżącego o zdjęcie sprawy z wokandy. W takich okolicznościach skarżący mógł skorzystać z prawa do przedstawienia swoich racji. Art. 178 § 2 k.k.w. nie stanowił zatem źródła naruszenia jego prawa do obrony w sprawie.

Skarżący twierdzi, że stawiennictwo na posiedzeniu w sprawie zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności nie miało sensu, ze względu na obligatoryjność zarządzenia wykonania kary na podstawie art. 75 § 1 k.k. Wątpliwości konstytucyjne w tej kwestii Trybunał rozstrzygnie, orzekając o konstytucyjności art. 75 § 1 k.k.

2.7. Wyrokiem Sądu Rejonowego w Suwałkach z 29 października 2008 r. w sprawie o sygn. akt II K 499/06, skarżący został skazany ponownie na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Niniejsza sprawa jest rozstrzygana przez Trybunał w ramach kontroli konkretnej – została zainicjowana skargą konstytucyjną. Dlatego wyrok Trybunału rozstrzyga o konstytucyjności art. 75 § 1 k.k., gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Kontrola konstytucyjności nie obejmuje zatem obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary warunkowo zawieszony w wypadku ponownego skazania za podobne przestępstwo umyślne na bezwzględną karę pozbawienia wolności.

Wyrok Trybunału nie odnosi się również do zarządzania w trybie art. 75 § 1 k.k. dwóch innych kar niż kara pozbawienia wolności, których wykonanie na podstawie art. 69 § 1 k.k. sąd może również warunkowo zawiesić. Kontrola konstytucyjności w niniejszej sprawie nie obejmuje zatem obligatoryjności zarządzenia wykonania warunkowo zawieszony kary ograniczenia wolności lub grzywny w wypadku ponownego skazania za podobne przestępstwo umyślne.

2.8. Mając na uwadze powyższe, Trybunał podda kontroli zgodność art. 75 § 1 k.k. z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

3. Kwestia zgodności art. 75 § 1 k.k. z art. 45 ust. 1 Konstytucji

3.1. Trybunał konsekwentnie orzeka, że wolność osobista człowieka należy do najbardziej fundamentalnych praw i pozostaje w związku z prawem do bezpieczeństwa osobistego (zob. wyrok z 1 marca 2011 r., sygn. P 21/09, OTK ZU nr 2/A/2011, poz. 7, cz. III, pkt 4.2.2.5.; por. też wyrok TK z 11 czerwca 2002 r., sygn. SK 5/02, OTK ZU 4/A/2002, poz. 41, cz. III, pkt 3. oraz wyrok TK z 10 czerwca 2008 r., sygn. SK 17/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 78, cz. III, pkt 5.1.). Jednym z najważniejszych elementów gwarantujących to, że do pozbawienia wolności jednostki dochodzi tylko w warunkach szczególnie uzasadnionych, jest ustawowa gwarancja pełnej, realnej sądowej – a zatem procesowej kontroli – nad potrzebą pozbawienia wolności jednostki. Wyklucza to konstytucyjną dopuszczalność pozbawienia wolności z mocy prawa. Z tego punktu widzenia ograniczeniem zakresu procesowych gwarancji byłoby wyłączenie realnej roli sądu w podejmowaniu decyzji o pozbawieniu jednostki wolności osobistej, nawet jeżeli – formalnie – decyzję w tym zakresie podejmowałby sąd, ale sprowadzony do roli notarialnej.

3.2. Na podstawie art. 75 § 1 k.k. sąd zarządza wykonanie zawieszonych warunkowo kary pozbawienia wolności, gdy skazany popełnił ponownie podobne przestępstwo, za które został skazany na karę pozbawienia wolności – obojętnie czy orzeczoną bezwzględnie, czy ponownie z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Trybunał przyjmuje, że nałożenie przez ustawodawcę na sąd obowiązku zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności należy rozpatrywać z perspektywy art. 45 ust. 1 Konstytucji.

3.3. Pojęcie sprawy. Rozstrzygnięcie wymaga, czy postanowienie sądu wydane na podstawie art. 75 § 1 k.k. dotyczy sprawy w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał przyjmuje, że:

„treść normatywna pojęcia prawnego «rozpatrzenie sprawy», zamieszczonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji, obejmuje rozstrzygnięcie o prawach lub obowiązkach jakiegoś podmiotu, na podstawie norm prawnych «wynikających» z przepisów prawnych. Istotą «rozpatrzenia sprawy» jest prawna kwalifikacja konkretnego stanu faktycznego, zawarta w wydanej normie konkretnej i indywidualnej, skierowanej do określonego podmiotu, z której wynikają określone skutki prawne, tzn. uprawnienia lub obowiązki. (...) Istotne jest, że wszystkie elementy stanu faktycznego dotyczą sprawy konkretnej i tworzą pewną całość związaną z podmiotem, którego uprawnienia lub obowiązki będą określone w wyniku kwalifikacji prawnej stanu faktycznego” (zob. wyrok z 27 maja 2008 r., sygn. SK 57/06, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 63, cz. III, pkt 5).

3.3.1. Istotne dla kwalifikacji danego stanu jako „sprawy” w konstytucyjnym znaczeniu jest przede wszystkim, aby zachodziła konieczność władczego rozstrzygnięcia w warunkach niezawisłości, o prawach i wolnościach oznaczonego podmiotu, w sytuacji, która wyklucza arbitralność rozstrzygnięcia oraz możliwość rozstrzygnięcia przez drugą stronę (por. wyrok z 8 grudnia 2009 r., sygn. SK 34/08, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 165, cz. III, pkt 9.1.3. i powołane tam orzecznictwo).

3.3.2. Konstytucyjne pojęcie „sprawy” dotyczy nie tylko wąsko rozumianego postępowania głównego, lecz może także obejmować inne postępowania, w których sąd rozstrzyga o prawach i obowiązkach danego podmiotu.

3.3.3. Trybunał przyjmuje w swoim orzecznictwie, że taki charakter ma postępowanie wieczystoksięgowe (wyrok z 7 września 2004 r., sygn. P 4/04, OTK ZU nr 8/A/2004, poz. 81, cz. III, pkt 4.4.). Jest tak, ponieważ, postanowienie sądu o wpisie prawa do księgi wieczystej jest rozstrzygnięciem o prawach zainteresowanego – przesądza o treści uprawnień i zakresie ochrony praw podlegających wpisowi do księgi wieczystej (tamże). Sprawy w rozumieniu art. 45 Konstytucji dotyczy również postępowanie w sprawie stwierdzenia niedopuszczalności wpisu hipoteki lub zastawu w księdze wieczystej lub właściwym rejestrze (wyrok z 19 września 2007 r., sygn. SK 4/06, OTK ZU nr 8/A/2007, poz. 98, cz. III, pkt 5).

3.4. Postanowienie wydane na podstawie art. 75 § 1 k.k., choć wydane w postępowaniu wykonawczym, ma charakter odrębny od postępowania głównego, w którym sąd rozstrzygnął prawomocnie o winie skazanego. Zarządzenie wobec skazanego wykonania kary pozbawienia wolności uprzednio zawieszonych oznacza z perspektywy konstytucyjnej wdrożenie jakościowo innej sankcji karnej. Skutkiem takiego zarządzenia jest bowiem rzeczywiste i zupełne pozbawienie wolności osobistej – wolności dotąd ograniczonej i z reguły obłożonej warunkami (wypełnienie nałożonych obowiązków i podporządkowanie się dozorowi kuratora).

3.4.1. Sąd wykonawczy, wydając postanowienie na podstawie art. 75 § 1 k.k., rozstrzyga o prawach i obowiązkach skazanego. Dlatego postanowienie to dotyczy sprawy w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

3.4.2. Należy dodać, że takie jest też orzecznictwo Sądu Najwyższego. SN przyjmuje, że rozstrzygnięcie w kwestii incydentalnej – jeżeli dotyczy praw stron – stanowi rozstrzygnięcie sprawy. W uchwale 7 sędziów z 28 marca 2012 r., sygn. akt I KZP 26/11, OSNKW nr 4/2012, poz. 36, SN dostrzega różnice pomiędzy sprawami cywilnymi a karnymi. W sprawach karnych sądy rozstrzygają o doniosłych prawach podmiotowych. W uchwale tej SN stwierdził:

„Gdy rzecz dotyczy sprawy karnej, nie można ograniczać pojęcia «rozpoznawanie i rozstrzygnięcie sprawy» do orzekania o głównym przedmiocie procesu. Orzekanie o prawach podmiotu następować może bowiem także wówczas, gdy przedmiotem rozpoznania i rozstrzygnięcia jest zagadnienie incydentalne z punktu widzenia głównego przedmiotu procesu, ale jednocześnie doniosłe z uwagi na uwikłanie interesów stron, o których prawach sąd rozstrzyga”.

SN orzekł w uchwale wprost, że rozstrzygnięcie w kwestii pozbawienia wolności osobistej (ze względu na wagę tej wolności) jest rozstrzygnięciem o sprawie w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji:

„Nieco odmiennie należałoby podejść do posiedzeń, na których zapadają decyzje co prawda incydentalne, ale mające kluczowe znaczenie dla poszanowania praw osób, których dotyczą. Na pierwszy plan wysuwają się tutaj posiedzenia, na których sąd decyduje o pozbawieniu człowieka wolności. Waga dobra prawnego, w które ingeruje postanowienie, musi prowadzić do wniosku, że mamy do czynienia ze «sprawą» w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP”.

3.5. W kontroli konstytucyjności art. 75 § 1 k.k. kapitalne znaczenie ma to, że w obszarze prawa karnego państwo prawne zapewnia bezpieczeństwo i porządek publiczny, stosując takie środki represyjne, jakie są konieczne. Realne pozbawienie wolności jest środkiem *ultima ratio*. Wymaga to zapewnienia sądowi wykonawczemu możliwości rozważenia wszystkich okoliczności sprawy relewantnych w dniu wydania postanowienia. Oznacza to dopuszczenie możliwości wyjątkowego odstąpienia przez ten sąd od zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności w wypadku popełnienia ponownego i podobnego przestępstwa umyślnego.

Sąd wykonawczy powinien móc rozważyć – gdy stwierdzi, że proces karny w kolejnej sprawie zakończył się skazaniem za podobne przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – czy nie zachodzą okoliczności szczególne przemawiające za niezarządzeniem wobec skazanego wykonania kary.

3.6. Sąd wykonawczy ma do dyspozycji – decydując się na niezarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności – inne kodeksowe narzędzia represyjno-poprawcze. Narzędzi tych dostarcza art. 72 k.k. oraz art. 178 § 1 k.k.w. Na ich podstawie możliwa jest modyfikacja sposobu wykonania warunkowo zawieszonych kary orzeczonej w pierwszej sprawie – w tym nałożenie na skazanego nowych obowiązków czy orzeczenie dozoru kuratora w pozostałym okresie wykonywania warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary i w rezultacie intensyfikacja kontroli zachowania skazanego i pozytywnego oddziaływania na niego (zob. Z. Hołda, K. Postulski, uwaga 1-5, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2008; S. Leleńtal, uwaga 13 do art. 178 § 1 k.k.w., [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, oraz J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, uwagi 1-22 do art. 72, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2012).

Kodeksy (karny oraz wykonawczy) pozwalają sądowi zarządzić wykonanie kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszonych. W tym kontekście fakt ponownego skazania na karę pozbawienia wolności także z jej warunkowym zawieszeniem, jest

przesłanką negatywnej prognozy kryminologicznej. Równocześnie nie bez znaczenia dla całości prognozy kryminologicznej skazanego jest fakt kolejnego wyroku, w którym sąd skazujący doszedł do wniosku, że w stosunku do wszystkich okoliczności także tej kolejnej sprawy okazało się niekonieczne orzeczenie bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Sąd wykonawczy powinien mieć, w takich okolicznościach, możliwość własnej oceny sylwetki skazanego. Prognozę tę sąd wykonawczy musi ustalić na moment orzekania w przedmiocie zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności. Na ustalenie tej prognozy nie pozwala jednak art. 75 § 1 k.k.

3.7. Sąd wykonawczy powinien mieć możliwość procesowego badania – w okolicznościach konkretnej sprawy i przy uwzględnieniu domniemania kar wolnościowych (zob. art. 58 § 1 k.k.) – czy istnieją powody dla zarządzenia wykonania wcześniej warunkowo zawieszanej kary pozbawienia wolności wobec osoby powtórnie skazanej na karę pozbawienia wolności. Dotyczy to wypadku, gdy w kolejnej sprawie karnej sąd prawomocnie warunkowo zawiesił wykonanie kary pozbawienia wolności, ale zachodzą wskazane przez skazanego i stwierdzone przez ten sąd szczególne okoliczności charakteryzujące jego prognozę kryminologiczną, które świadczą o tym, że zarządzenie wykonania kary byłoby decyzją niemieszczącą się w kategoriach *ultima ratio*.

3.8. Trybunał podziela poglądy prezentowane w piśmiennictwie, że zaskarżony art. 75 § 1 k.k. prowadził do niespójności. Z jednej bowiem strony sąd, orzekając ponownie karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary daje wyraz przekonaniu, że w stosunku do skazanego, pomimo ponownego skazania, istnieje w dalszym ciągu pomyślna prognoza kryminologiczna, a z drugiej zarządzenie wykonania wcześniej orzeczonej kary dowodzi, że taka prognoza nie istnieje (R. A. Stefański, *Obligatoryjne zarządzenie wykonania kary zawieszanej warunkowo*, „Probacja” nr 2/2010, s. 27, zob. również J. Lachowski, uwaga 4 do art. 75 § 1, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011). Podobne stanowisko zajął T. Szymanowski w opinii przedłożonej Trybunałowi, podkreślając, że zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności, w stosunku do osoby wobec której sąd dwukrotnie orzekł karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, jest niefunkcjonalne. W świetle wszystkich empirycznych badań kryminologicznych, jak zauważył T. Szymanowski, efekt resocjalizacyjny kary pozbawienia wolności jest wysoce niezadowolający, a jej wykonanie jest czynnikiem zwiększającym recydywę. Co więcej, w przypadku przestępstw o mniejszej szkodliwości społecznej, a więc takich, za które sąd orzeka karę pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem w tym po raz kolejny, nie można mówić o odstraszaniu innych osób od popełnienia przestępstwa. Również z tego powodu nieuzasadniona jest obligatoryjność zarządzenia kary pozbawienia wolności w sytuacji przewidzianej w zaskarżonym przepisie.

Jeżeli chodzi o skalę problemu, to należy zauważyć, że w 2011 r. główną przyczyną zarządzenia wykonania kary uprzednio warunkowo zawieszanej (co dotyczyło 49 848 osób), było popełnianie kolejnych przestępstw w okresie próby (*Analiza orzecznictwa i wykonawstwa w sprawach karnych*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa, styczeń 2013, s. 22). Prowadzi to do wniosku, że obecny kształt normatywny art. 75 k.k. (w tym art. 75 § 1 k.k.) jest jedną z przyczyn dużej liczby skazanych w polskich zakładach penitencjarnych (na koniec 2011 r. było ich 72 692, a na koniec 2012 r. – 76 657).

3.9. Art. 75 § 1 k.k. wyłącza możliwość stosowania środka właściwego dla decydowania o pozbawieniu wolności osobistej – decyzji sądu podjętej po merytorycznym rozpoznaniu sprawy. Przeciwnie, art. 75 § 1 k.k. powoduje, że sąd jest zobligowany do wydania orzeczenia o pozbawieniu wolności bez rozpatrzenia istoty sprawy o realne

pozbawienie wolności skazanego poddanego do tej pory środkowi probacyjnemu – warunkowemu zawieszeniu wykonania tej kary.

Brak możliwości podjęcia przez sąd karny wykonawczy zindywidualizowanej decyzji co do tego, że wykonanie kary pozbawienia wolności nie jest konieczne, godzi w konstytucyjną treść kompetencji sądu, który orzekając jako pierwszy, warunkowo zawiesił wykonanie kary pozbawienia wolności. W swoim wyroku uznał on bowiem, że w wypadku skazanego istnieje pozytywna prognoza kryminologiczna.

Biorąc to pod uwagę, Trybunał podkreśla, że sprawiedliwość procedury sądowej wymaga, aby sądy mogły badać i oceniać okoliczność, czy owa pozytywna prognoza kryminologiczna przestała istnieć w związku z ponownym skazaniem na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Konieczność kontroli sądowej powinna dotyczyć właśnie wypadku, w którym sąd w kolejnej sprawie ponownie orzekł warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności, mimo że sprawca popełnił przestępstwo umyślne i podobne. Nie bez znaczenia dla rozpatrywanej sprawy jest to, że ustawodawca w obowiązującym od 1 stycznia 2012 r. art. 75 § 2a k.k. odstąpił od obligatoryjnego zarządzenia wykonania kary w razie stwierdzenia przez sąd wykonawczy szczególnych okoliczności.

3.10. Trybunał nie podziela tym samym stanowiska, że powrót do podobnego przestępstwa umyślnego przekreśla zupełnie pozytywną prognozę kryminologiczną sprawcy. Przyjęcie takiego domniemania i nałożenie na sąd obowiązku wdrożenia – w każdym przypadku – wykonania warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności stanowi niezgodną z Konstytucją ingerencję ustawodawcy w niezależność sędziów. Stan taki jest sprzeczny ze standardem międzynarodowym.

Zgodnie ze standardami Rady Europy, w żadnym stadium postępowania karnego poprzednie skazanie nie powinno być mechanicznie traktowane jako przemawiające przeciwko oskarżonemu, a automatyczne zarządzenie wykonania zawieszony kary może prowadzić do niesprawiedliwości, nie bierze bowiem pod uwagę, czy przestępstwo było błahie i jakie były okoliczności jego popełnienia (por. Zalecenie nr R(92)17 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotyczące spójności orzekania karnego z 19 października 1992 r.).

Istotne jest również to, że na konieczną racjonalizację karania nie pozwalają w niektórych przypadkach wskazywane przez Prokuratora Generalnego i Marszałka Sejmu okoliczności pozwalające na czasowe odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności (np. stan zdrowia skazanego). Powrót do przestępstwa nie może za każdym razem świadczyć o mylnym postawieniu pierwotnej prognozy kryminologicznej, bez względu na stwierdzone okoliczności dotyczące skazanego w momencie decydowania o odwieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej w pierwszej sprawie.

Jak już Trybunał wskazał wyżej, uprzednie skazanie jest przesłanką gorszej prognozy kryminologicznej skazanego dla sądu orzekającego w kolejnej sprawie. Jeżeli sąd w kolejnej sprawie orzeka ponownie, mimo naruszenia przez sprawcę ustawowych warunków zawieszenia wykonania uprzednio wymierzonej kary pozbawienia wolności, karę taką samą, to dla sądu, który jako pierwszy taką karę wymierzył, fakt ten nie może być nakazem zarządzania realnego wykonania kary pozbawienia wolności, jeżeli zachodzą szczególne okoliczności stwierdzone w sprawiedliwej procedurze.

3.11. W świetle argumentów przedstawionych w opinii przez A. Zolla oraz w świetle znanych Trybunałowi notoryjnie uzasadnień wyroków sądów karnych, w praktyce orzeczniczej traktują one karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jako rodzaj kary odmienny od bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Karę pozbawienia wolności warunkowo zawieszoną sądy karne traktują jako jeden z karnych

środków probacyjnych. Zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności (środka probacyjnego) na podstawie art. 75 § 1 k.k. stanowi zatem użycie przez sąd wykonawczy innej rodzajowo, jakościowo o wiele surowszej reakcji karnej na popełnione poprzednio przestępstwo, niż ta która została orzeczona w wyroku skazującym (por. wyrok SN z 16 stycznia 2009 r., sygn. akt IV KK 273/08, OSNwSK nr 1/2009, poz. 125). W sprawie tej SN przyjął, że prawomocne zarządzenie wykonania kary uprzednio w wyroku zawieszony, unicestwiając warunkowe zawieszenie, zmienia kategorię skazania i od tej chwili jest to już skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia. Skoro zaś tak jest, to sąd zarządzający wykonanie kary powinien mieć możliwość merytorycznego zbadania, czy konieczne jest zastosowanie owej dolegliwszej rodzajowo kary. Pogląd taki znajduje umocowanie w postanowieniu SN z 3 października 2005 r. (sygn. akt V KK 128/05, OSNKW nr 12/2005, poz. 119), według którego jeśli w wyroku skazującym sąd uzależnił egzystencję warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności od zachowania się skazanego w okresie próby, to decyzja procesowa podjęta w tym względzie w postępowaniu wykonawczym ma takie samo znaczenie jak rozstrzygnięcie zawarte w wyroku.

3.12. Trybunał – w świetle ustaleń poczynionych w cz. III, pkt 3.3. i 3.4. uzasadnienia – stwierdza, że procedura sądowa przewidziana w zaskarżonym przepisie nie ma cech procedury sprawiedliwej, wymaganej przy rozstrzyganiu o sprawie w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Wolność osobista wymaga, aby sąd, przy orzekaniu o jej realnym pozbawieniu, miał zapewniony zakres uznania (minimum kompetencji sądu).

3.13. Sąd karny, który zarządza wykonanie kary pozbawienia wolności dotychczas warunkowo zawieszony, sprawuje wymiar sprawiedliwości. Orzeka bowiem w odrębnej sprawie o pozbawieniu jednej z najbardziej podstawowych wolności – wolności osobistej. Taka decyzja nie ma charakteru technicznego i tym samym sąd wykonawczy nie może być pozbawiony prawa do merytorycznej kontroli zawisłej przed nim sprawy bez względu nawet na jej szczególne okoliczności.

3.14. Z perspektywy statusu prawnego skazanego postanowienie sądu wydawane na podstawie art. 75 § 1 k.k. decyduje o wdrożeniu wobec niego jakościowo, rodzajowo odmiennej sankcji karnej, o konstytucyjnie bez porównania większej dolegliwości od pierwotnie orzeczonej. Na podstawie takiego postanowienia dochodzi do pozbawienia wolności. Przesądza to, że w takiej sytuacji sąd, w państwie prawnym, musi sprawować wymiar sprawiedliwości.

3.15. Wykluczenie przez ustawodawcę rozstrzygnięcia przez sąd wykonawczy, czy zachodzą podnoszone przez skazanego szczególne względy przemawiające za brakiem konieczności wykonania kary pozbawienia wolności, nie sposób konstytucyjnie usprawiedliwić. Procedura zgodna z art. 45 Konstytucji nie może ograniczać roli sądu wykonawczego, przy rozstrzyganiu o zasadniczej zmianie sytuacji prawnej skazanego, do podejmowania decyzji formalnych. Takie ograniczenie stanowi sprzeczną z art. 45 ust. 1 Konstytucji ingerencję ustawodawcy w niezależność sądu.

3.16. Z takim stanem mamy do czynienia w wypadku art. 75 § 1 k.k., gdzie sąd sprawdza tylko prawomocność skazania na karę pozbawienia wolności za popełnione w okresie próby podobne przestępstwo umyślne. Należy zauważyć, że w wyroku z 5 lutego 2008 r., sygn. K 34/06 (OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 2) kontrolowany przez Trybunał art. 247 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.) uniemożliwił sądowi badanie zasadności zatrzymania. Sąd mógł jedynie stwierdzić wydanie przez prokuratora zarządzenia o zatrzymaniu i przymusowym doprowadzeniu oraz prawidłowość wykonania przez uprawniony organ samej czynności

zatrzymania. Trybunał orzekł w tej sprawie, że pozbawienie sądu możliwości badania materialnej przesłanki dopuszczalności pozbawienia wolności osobistej czyni kontrolę sądową nieefektywną (cz. III, pkt 4. uzasadnienia). Ustalenia Trybunału w sprawie o sygn. K 34/06 są relewantne w wypadku rozstrzyganej sprawy.

3.17. Konkludując, Trybunał stwierdza, że art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia przez sąd od zarządzenia wykonania kary w sytuacji, gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli przemawiają za tym szczególne względy, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

4. Skutki

W części II sentencji wyroku Trybunał odroczył utratę mocy obowiązującej art. 75 § 1 k.k. o osiemnaście miesięcy. W ciągu tego okresu ustawodawca jest zobowiązany do dokonania nowelizacji, w której określi reguły zarządzania przez sąd wykonania kary, w wypadkach gdy skazany w okresie próby popełni podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczona zostanie prawomocnie kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Orzeczenie o niekonstytucyjności art. 75 § 1 k.k. może mieć wpływ na interpretację przez sądy art. 178 § 2 k.k.w. w wersji obecnie obowiązującej, która nie była przedmiotem kontroli Trybunału w niniejszej sprawie. Skazany ponownie na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania powinien mieć bowiem możliwość podnoszenia w trakcie postępowania wykonawczego, że za niezarządzeniem wobec niego kary pozbawienia wolności wcześniej warunkowo zawieszanej przemawiają szczególne względy.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

**Zdanie odrębne
sędziego TK Mirosława Granata
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt SK 9/10**

W niniejszej sprawie istotne jest postawienie problemu konstytucyjnego. Trybunał zrekonstruował go, moim zdaniem, w sposób właściwy. Polega on mianowicie na tym, czy zasada obligatoryjności zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, której wykonanie zostało uprzednio warunkowo zawieszona, jest zgodna z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Przepis wyrażony w art. 75 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.) został zakwestionowany właśnie z powodu swej bezwyjątkowości. Przedmiotem rozpoznania była więc „bezwzględna” obligatoryjność instytucji ukształtowanej w art. 75 § 1 k.k.

1. Wydany wyrok nie eliminuje kwestii obligatoryjności w zarządzaniu wykonania kary, w sytuacji gdy wobec skazanego ponownie orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Wachlarz „szczególnych względów” (lub innego wyjątku od obligatoryjności, jaki wynika z zakresowości) będzie węższy lub szerszy, ale pozostają wypadki, w których sędzia będzie „automatem”. Przy „szczególnych względach” lub „zakresie” zawsze pozostaje sfera, nazwijmy to - „sytuacji zwykłych”, w których sędzia musi zarządzić wykonanie zawieszona kary. Obligatoryjność we władzy sędziego pojawi się jakby „krok dalej”, w sferze sytuacji zwykłych (poza

ujętymi „w zakresie”). Klauzula „szczególnych względów” lub „zakresu” nie zapewnia dyskrecjonalności władzy sędziego.

Trybunał na tę wątpliwość zdaje się odpowiadać, iż chodzi nie o pełną dyskrecjonalną władzę sędziego, ale o danie mu pewnej swobody orzekania. Moim zdaniem, jeśli Trybunał znajduje sytuacje, w których obligatoryjność jest sprzeczna z wzorcem kontroli, to tym samym, sama zasada obligatoryjności jest sprzeczna z Konstytucją, a nie „w szczególnych przypadkach” lub „zakresie”. Znalazienie choćby jednej sytuacji, w której niewłaściwa jest obligatoryjność, powinno prowadzić do orzeczenia, że zasada obligatoryjności jest niezgodna z Konstytucją. Skoro Trybunał uznaje, że art. 75 § 1 k.k. jest niezgodny z art. 45 Konstytucji, gdy przemawiają za tym „szczególne względy” lub „w zakresie”, to tym samym, znajduje on sytuacje, w których obligatoryjność nie jest zgodna ze standardem konstytucyjnym.

Wadliwość rozumowania Trybunału, sprawdza się, jak się wydaje, „od każdej strony”: gdy Trybunał powiada, że na gruncie art. 75 § 1 k.k. zasadą pozostać ma obligatoryjność zarządzenia wykonania kary warunkowo zawieszanej, a „szczególne względy” lub „zakres” są wyjątkiem, i od drugiej, jeśli po jego wydaniu, po stronie sądu, zasadą będzie fakultatywność, a obligatoryjność wyjątkiem. W żadnym z tych podejść, sfera obligatoryjności nie jest zniesiona, choć jako zasada jest uznana za sprzeczną z Konstytucją. Obligatoryjność mechanizmu z art. 75 § 1 k.k. nie może być sprzeczna ze wzorcem i jednocześnie „w pewnych sytuacjach” lub „zakresie” zgodna.

Jeśli, po wyroku Trybunału, sędzia będzie czytał art. 75 § 1 k.k., to jego treść rysuje się następująco: „muszę zarządzić wykonanie kary, jeśli nie zdecyduję inaczej, z uwagi na pewne wyjątkowe sytuacje, o jakich sam rozstrzygam interpretując «szczególne względy», a jednocześnie poza «szczególnymi względami» jestem zobligowany do zarządzenia wykonania kary”. Sędzia musi, chyba że subiektywnie uzna, że nie musi. Musi i nie musi zarazem. Zachowujemy obligatoryjność, uznajemy ją za zgodną z Konstytucją, a jednocześnie otwieramy furtkę do jej obejścia. Ze względu na to wyrok wydał mi się wątpliwy z punktu widzenia logiki.

Na marginesie chcę wyrazić pogląd, że nie jestem przeciwnikiem zakresowości w orzecznictwie Trybunału. Nie oponuję przeciwko temu. Klauzulami tego rodzaju jak „szczególne względy”, „pod pewnymi warunkami”, itd. posługuje się sam ustawodawca w kodeksie karnym. Wiem też, że prawo jest zbyt słabe, aby ogarnąć rzeczywistość; jest ono zbyt ogólne, a rzeczywistość zbyt konkretna. Na tym polega słabość i siła prawa. Chodzi mi natomiast o to, że myślenie Trybunału poprzez „zakres” lub „szczególne względy” osłabia ogólność prawa karnego. Przyjęta sentencja komplikuje system tego prawa. Stosując art. 75 § 1 k.k. będziemy wyróżniać kradzież popełnioną bez szczególnych względów (kradzież „A”) i kradzież popełnioną „w szczególnych okolicznościach” („kradzież „B”). Kradzież lub inne przestępstwo na gruncie art. 75 § 1 k.k., po wyroku Trybunału, będą występować „bez okoliczności” i „w okolicznościach”, sformułowanych przez Trybunał, z punktu widzenia zarządzenia przez sąd wykonania kary. Sentencja może prowadzić do multiplikacji okoliczności popełniania przestępstw, a przy tym nie wyklucza sytuacji, w której sędzia będzie „maszyną”, choć obligatoryjność jako zasada jest, według TK, sprzeczna z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

2. Wyrok budzi wątpliwość z punktu widzenia konstytucyjnej funkcji Trybunału. Funkcją Trybunału jest orzekanie o zgodności określonych przepisów prawa z wzorcami kontroli (por. art. 188 Konstytucji). Nie jest nią natomiast określanie wyjątku lub odstępowstwa w imperatywnym przepisie prawa. Jest to rola prawodawcy. „Szczególne względy” lub „zakres” zwłaszcza w przepisie karnym kodeksowym, są sprawą prawodawcy. TK nie jest legitymowany do samodzielnego, niezależnie od prawodawcy,

dokładania do takiego przepisu. Jeśli prawodawca chce, kategorię tego rodzaju wprowadza do kodeksu (por. art. 75 § 2 k.k.). W przyjętej sentencji nie mamy do czynienia – wbrew zakresowości – ze zmianą w obrębie interpretacji prawa, lecz ze stworzeniem określonego odstępstwa od przepisu imperatywnego, przez przełamanie obligatoryjności, o której zdecydował sam prawodawca. Trybunał, wprowadzając „szczególne względy” lub „zakres”, wprowadza fakultatywność do przepisu karnego, dodatkowo w określonej postaci konstrukcyjnej. Moim zdaniem, Trybunał wykracza w ten sposób poza przypisaną mu rolę tzw. prawodawcy negatywnego.

Przerzucenie na ustawodawcę specyficznych okoliczności, w których nie nastąpi odwieszenie kary, przypomina wymówkę. Ustawodawca nie będzie w stanie tego dokonać. Nie wyliczy wszystkich specjalnych okoliczności. Złoży zatem obowiązek interpretacji „szczególnych względów” na sędziego. W ten sposób powracamy do kwestii „obligatoryjności względnej”.

Uważam, inaczej niż Trybunał, że sprawa „automatyzmu” działania sędziego, w pewnych okolicznościach, może być wyrazem szacunku dla prawa. Rodzaj „automatyzmu” sędziego i prawa, w pewnych sytuacjach, nie jest wadą prawa. Takie działanie prawa nie ma nic wspólnego z zarzutem ingerowania w niezależność sądu lub w niezawisłość sędziego. Kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jest karą specyficzną. Szanuje skazanego, gdyż od jego postępowania zależy wykonanie kary (przypomina się argument kantowski: kara jest wyrazem szacunku dla człowieka, który popełnił przestępstwo). Zawiera się tu swoista umowa między sądem a skazanym. Wspomniana kara ma pełnić funkcje odstraszającą i wychowawczą, ale nie funkcję odpłaty. Niniejszy wyrok może wpłynąć na sens kary pozbawienia wolności w zawieszeniu. Wprowadza on rodzaj niejasności w karaniu. Znaczenie kary powinno być zaś konsekwentne. Kara w zawieszeniu jest modelowym przykładem kary odstraszającej. Powinna ona zależeć od postawy skazanego, a nie od zmiennych reguł prawa. Dyskrecjonalność sędziego rodzi ryzyko karania sprawcy, w tym wypadku, w sposób retrybutywny, tj. traktowania wspomnianej kary jako odpłaty.

Reasumując, rozumowanie Trybunału nie rozwiązuje problemu konstytucyjnego w niniejszej sprawie. Jest ono niewłaściwe dla postawionego problemu. Trybunał powinien potwierdzić konstytucyjność skarżonego przepisu, za czym się opowiadam, albo derogować go, sygnalizując prawodawcy trybunalski kierunek myślenia.

3. Nie podzielam stanowiska Trybunału, że kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bezwzględna kara pozbawienia wolności stanowią odrębne rodzajowo sankcje karne.

Brzmienie kodeksu karnego jest w powyższym zakresie jednoznaczne. W art. 32 k.k. *expressis verbis* zostały enumeratywnie wyliczone przewidziane przez ustawodawcę rodzaje kar, do których została zaliczona kara pozbawienia wolności. Kodeks nie przewiduje odrębnego rodzaju kary pozbawienia wolności ze względu na warunkowe zawieszenie jej wykonania. Inna wykładnia art. 32 k.k., uznająca karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania za odrębny rodzaj kary, nie jest możliwa z uwagi na to, że katalog kar w art. 32 k.k. ma charakter zamknięty. Wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasada *nulla poena sine lege* uniemożliwia przeprowadzenie wykładni rozszerzającej w tym zakresie.

Różnica między karą pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bezwzględną karą pozbawienia wolności (zwracał na to trafnie uwagę w toku rozprawy przedstawiciel Prokuratora Generalnego) dotyczy jedynie sposobu postępowania ze skazanym w czasie wykonywania kary, a nie rodzaju kary, jaka została względem niego orzeczona. W obydwu wypadkach jest to bowiem kara pozbawienia wolności.

W toku procedury zarządzania wykonania kary dotychczas warunkowo zawieszona sąd nie może kwestionować poprzedniego orzeczenia sądu *meriti* w zakresie winy i kary, albowiem w toku postępowania wykonawczego sąd nie ma ku temu kompetencji. Tymczasem uznanie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania za odrębny rodzaj kary w stosunku do bezwzględnej kary pozbawienia wolności powodowałoby sytuację, w której sąd – zarządzając wykonanie kary – decydowałby o „wymierzeniu” skazanemu innej rodzajowo kary, a zatem dokonywałby ingerencji w poprzednie rozstrzygnięcie sądu w zakresie kary. Uznanie zaś kar bezwzględnych i z warunkowym zawieszeniem wykonania za ten sam rodzaj kar powoduje, że sąd, zarządzając wykonanie kary na podstawie art. 75 § 1 k.k., nie zmienia poprzedniego rozstrzygnięcia sądu *meriti* w zakresie kary, ale jedynie modyfikuje sposób jej wykonania.

Skoro w toku procedury zarządzania wykonania kary, określonej w art. 75 § 1 k.k., sąd nie zmienia poprzedniego rozstrzygnięcia sądu *meriti* w zakresie kary, czyli nie wymierza skazanemu innego rodzaju sankcji karnej, ale jedynie dokonuje modyfikacji sposobu wykonania uprzednio prawomocnie orzeczonej kary, to nie znajduje zastosowania w tym wypadku restrykcyjny standard konstytucyjny dotyczący regulacji prawnych z dziedziny prawa karnego materialnego. Procedurę określoną w art. 75 § 1 k.k. należy bowiem kwalifikować do zakresu prawa karnego wykonawczego.

Każde postępowanie, w tym w sprawie zarządzenia wykonania kary, której wykonanie zostało uprzednio warunkowo zawieszona, winno zawierać odpowiednie mechanizmy gwarantujące właściwy poziom realizacji prawa do sądu wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Niemniej charakter owych mechanizmów jest uzależniony od przedmiotu postępowania, jego charakteru oraz celu jego prowadzenia. Postępowanie w sprawie zarządzenia wykonania kary nie jest postępowaniem, w ramach którego w stosunku do sprawcy sąd wymierza karę, orzeka o podleganiu odpowiedzialności karnej. Decyzja dotyczy jedynie zmiany sposobu wykonania uprzednio prawomocnie wymierzonej kary.

W zakresie doboru mechanizmów wykonywania kar ustawodawca ma dosyć szeroką swobodę regulacyjną, ze względu na konieczność kształtowania prawa odpowiadającego założonym celom kryminalnopolitycznym. Jest on bowiem odpowiedzialny za realizację wskazanych w art. 5 Konstytucji celów państwa, do których należy m.in. zapewnienie bezpieczeństwa obywateli (por. wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 128).

W ramach swojej swobody kształtowania mechanizmów wykonywania kar ustawodawca mógł wskazać na konkretne przesłanki świadczące o negatywnej prognozie kryminologicznej sprawcy, których zaistnienie będzie obligowało sąd do zmiany sposobu wykonywania kary, z uwagi na konieczność realizacji celów kryminalnopolitycznych. Tymi przesłankami jest właśnie wskazane w art. 75 § 1 k.k. popełnienie w okresie próby podobnego przestępstwa umyślnego, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności, zaś zmianą sposobu wykonania kary – obligatoryjne zarządzenie wykonania uprzednio prawomocnie orzeczonej kary, w tym kary pozbawienia wolności. Na dopuszczalność powyższego rozwiązania zwracał również uwagę Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, że „w granicach swobody regulacyjnej przysługującej ustawodawcy mieściło się wprowadzenie przepisu stanowiącego sankcję wobec sprawcy, który mimo danej mu szansy nie tylko nie spełnił pomyślanej prognozy, co do zachowania się w okresie próby, lecz ponownie popełnił umyślne przestępstwo, i to podobne do poprzedniego, za które został prawomocnie skazany na karę pozbawienia wolności” (wyrok TK z 5 kwietnia 2011 r., sygn. P 6/10, OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 19).

Zarządzenie wykonania kary na podstawie art. 75 § 1 k.k., w tym kary pozbawienia wolności, bynajmniej nie oznacza, że kara ta zawsze będzie w całości wykonana. Istnieją bowiem w prawie karnym wykonawczy mechanizmy, przewidziane przez ustawodawcę do realizacji celów kryminalnopolitycznych, pozwalające sądowi w dalszym ciągu modyfikować sposób wykonywania kar. Należy do nich choćby instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 77 i n. k.k.).

Zdanie odrębne
sędziego TK Wojciecha Hermelińskiego
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt SK 9/10

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17 lipca 2013 r., sygn. akt SK 9/10, w zakresie dotyczącym części I sentencji wyroku.

Moim zdaniem, Trybunał Konstytucyjny powinien stwierdzić zgodność art. 75 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k. lub kodeks karny) z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Zdanie odrębne uzasadniam następująco:

Nie polemizuję z twierdzeniem, że orzekanie o zarządzeniu wykonania warunkowo zawieszanej kary pozbawienia wolności jest „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny trafnie wskazał w badanej sprawie, że dla kwalifikacji danego stanu jako „sprawy” w konstytucyjnym znaczeniu istotne jest przede wszystkim, aby zachodziła konieczność władczego rozstrzygnięcia w warunkach niezawisłości, o prawach i wolnościach oznaczonego podmiotu.

Sąd wykonawczy, wydając postanowienie na podstawie art. 75 § 1 k.k., rozstrzyga o prawach i obowiązkach skazanego (wdrożeniu do wykonania warunkowo dotąd zawieszanej kary), a zatem postanowienie to dotyczy „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Nie zgadzam się już jednak z tezą, jakoby zarządzenie wobec skazanego wykonania kary pozbawienia wolności uprzednio zawieszanej oznaczało z perspektywy konstytucyjnej wdrożenie jakościowo innej sankcji karnej.

Pomimo faktycznej różnicy pomiędzy bezwzględną karą pozbawienia wolności a karą pozbawienia wolności, której wykonanie zostało warunkowo zawieszane, art. 32 k.k., wskazując enumeratywnie kary, nie pozostawia wątpliwości co do tego, że kara pozbawienia wolności, niezależnie od tego, czy zostaje orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania czy bez zastosowania tej instytucji probacyjnej, rodzajowo pozostaje tą samą karą.

Wracając do „sprawy” jako kryterium decydującego o stosowaniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, rozważenia wymaga, czy zakres merytorycznego badania „sprawy” przez sąd w wypadku orzekania na podstawie zakwestionowanego przepisu spełnia standard wynikający z gwarancji prawa do sądu. Formalnie bowiem w stanie faktycznym, w kontekście którego powstał badany problem konstytucyjny, skazany nie był pozbawiony prawa do sądu.

Wymienione w art. 75 k.k. przesłanki zarządzenia wykonania warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności podzielić można na przesłanki obligatoryjne i fakultatywne. Przesłanki obligatoryjne określone są w art. 75 § 1, 1a i 2a. Przesłanki ujęte w art. 75 § 1a i § 2a k.k. dają sądowi orzekającemu stosunkowo szeroką swobodę oceny, czy zachodzi podstawa do zarządzenia wykonania warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności.

Jak wskazano w opinii prof. Andrzeja Zolla, przedstawionej w niniejszej sprawie, w wypadku określonym w art. 75 § 1 k.k. ustalenia sądu orzekającego w sprawie zarządzenia wykonania warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności sprowadzają się do oceny, czy:

- stwierdzony przez sąd orzekający w sprawie o nowe przestępstwo czas popełnienia czynu zabronionego przypada na okres próby;
- sąd ten skazał sprawcę za przestępstwo umyślne;
- przestępstwo popełnione przez osobę skazaną jest przestępstwem podobnym;
- sąd wymierzył za to przestępstwo karę pozbawienia wolności.

Orzekając na podstawie art. 75 § 1 k.k., sąd niewątpliwie ma wężej zakreślone możliwości merytorycznego wnikania w trafność zarządzenia wykonania warunkowo zawieszony kary aniżeli w wypadku orzekania na podstawie art. 75 § 2 k.k.

Oceniając zgodność tego rozwiązania z art. 45 ust. 1 Konstytucji, nie można jednak nie dostrzegać faktu, słusznie podnoszonego przez Prokuratora Generalnego, iż pomiędzy sądem a oskarżonym doszło do zawarcia swoistego porozumienia, na podstawie którego ten ostatni zobowiązał się do przestrzegania porządku prawnego w okresie próby. Skoro porozumienia tego nie dotrzymał (działał przeciw umyślnie), to zastosowane muszą być konsekwencje z art. 75 § 1 k.k., które są tam wysoce czytelnie i jasno wyłożone, a zastosowania których w wypadku niedotrzymania warunków próby, oskarżony powinien być co najmniej świadomy (por. obowiązek informacyjny wynikający z art. 16 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.; dalej: k.p.k.).

Należy w tym miejscu odnotować także fakt, że orzeczenie w sprawie dotyczącej skarżącego zapadło w trybie konsensualnym, na podstawie art. 387 k.p.k. Skarżący, który przyznał się w całości do winy odnośnie do wszystkich zarzuconych mu czynów, podobnie jak i pozostali oskarżeni w sprawie, złożył wniosek o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie określonej kary. Podkreślenia wymaga także i ta okoliczność, że w sprawie, na gruncie której powstał problem konstytucyjny rozstrzygnięty wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, wniosek skarżącego co do wymiaru kary został w całości zaakceptowany przez sąd i uwzględniony w wyroku skazującym. Surowa kara pozbawienia wolności, którą zresztą skarżący sam zaproponował, powinna uzmysławiać mu skutki naruszenia warunków wiążących się z dobrodziejstwem zawieszenia jej wykonania.

Nie polemizuję z trafnym stwierdzeniem zawartym w uzasadnieniu wyroku, że w kontekście gwarancji konstytucyjnych realne pozbawienie wolności musi pozostawiać środkiem *ultima ratio*. Zgadzam się również ze stwierdzeniem, że orzeczenie kary pozbawienia wolności z perspektywy konstytucyjnej gwarancji prawa do sądu wymaga stworzenia sądowi możliwości rozważenia wszelkich relewantnych okoliczności sprawy. W pełni akceptuję również tezę, że jednym z najważniejszych elementów gwarantujących to, że do pozbawienia wolności jednostki dochodzi tylko w warunkach szczególnie uzasadnionych, jest ustawowa gwarancja pełnej, realnej sądowej – a zatem procesowej kontroli – nad potrzebą pozbawienia wolności jednostki.

W moim przekonaniu, wymóg ten spełnia aktualne rozwiązanie prawne, które dzieli badanie tych okoliczności na dwa etapy: etap postępowania w sprawie

odpowiedzialności karnej oskarżonego kończący się orzeczeniem skazującym na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz etap postępowania w sprawie zarządzenia wykonania warunkowo zawieszonych kary.

Dodać w tym miejscu należy, że słuszny jest pogląd Prokuratora Generalnego, który trafnie podkreślił w swoim piśmie i podtrzymał to stanowisko na rozprawie, iż obligatoryjność zarządzenia wykonania kary łagodzona jest przez przepisy umożliwiające odsunięcie w czasie jej wykonania z uwagi na nadzwyczajne okoliczności. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557, ze zm.; dalej: k.k.w.) bowiem, poza ujętą w art. 15 § 2 możliwością zawieszenia postępowania wykonawczego, gdy wobec skazanego nie można wykonać orzeczenia z powodu choroby psychicznej lub innej przewlekłej, ciężkiej choroby, przewiduje także inne środki, które w istotnym stopniu niwelują rygoryzm art. 75 § 1 k.k. (chodzi tu w szczególności o przepisy zawarte w oddziale 10 k.k.w. „Odroczenie i przerwa wykonania kary pozbawienia wolności”). Zgodnie z tymi przepisami:

- wykonanie kary pozbawienia wolności w wypadku choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby uniemożliwiającej wykonywanie tej kary sąd odracza do czasu ustania przeszkody (art. 150 § 1 k.k.w.);
- sąd może odroczyć wykonanie kary pozbawienia wolności na okres do roku, jeżeli natychmiastowe wykonanie kary pociągnęłoby dla skazanego lub jego rodziny zbyt ciężkie skutki (art. 151 § 1 zdanie pierwsze k.k.w.);
- jeżeli odroczenie wykonania kary nieprzekraczającej 2 lat pozbawienia wolności trwało przez okres co najmniej jednego roku – sąd może warunkowo zawiesić wykonanie tej kary na zasadach określonych w art. 69-75 k.k. (art. 152 § 1 k.k.w.);
- sąd penitencjarny udziela przerwy w wykonaniu kary w wypadku określonym w art. 150 § 1 k.k.w. do czasu ustania przeszkody (art. 153 § 1 k.k.w.);
- sąd penitencjarny może udzielić przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności, jeżeli przemawiają za tym ważne względy rodzinne lub osobiste (art. 153 § 2 k.k.w.);
- jeżeli przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności trwała co najmniej rok, a skazany odbył co najmniej 6 miesięcy kary – sąd penitencjarny może warunkowo zwolnić skazanego z odbycia reszty kary na zasadach określonych w art. 77 k.k., przy czym zwolnienie może nastąpić w każdym czasie, bez ograniczeń wynikających z art. 78 i art. 79 k.k. (art. 155 § 1 k.k.w.). Art. 155 § 1 nie stosuje się, jeżeli kara lub suma kar pozbawienia wolności przekracza 3 lata (art. 155 § 2 k.k.w.).

Na decyzje sądu wydane w powyższych sprawach przysługuje zażalenie.

Abstrahując w tym miejscu od sytuacji prawnej skarżącego w niniejszej sprawie, bo przecież wyrok Trybunału Konstytucyjnego jest skuteczny *erga omnes*, w kontekście uregulowań wynikających z przywołanych powyżej przepisów podkreślenia wymaga, że służą one nie tylko celowi w postaci czasowego odsunięcia skutku w postaci egzekucji wymierzonej kary pozbawienia wolności, ale – przy spełnieniu określonych przesłanek – uwalniają skazanego od konieczności odbywania pozostałej części kary bądź też pozwalają na warunkowe zawieszenie jej wykonania (a więc pełnią funkcje środków probacyjnych). Skuteczność tych przepisów została wykazana właśnie w rozpatrywanej sprawie, bo Sąd Rejonowy w Suwałkach postanowieniem z 11 marca 2010 r. (sygn. akt II K 873/03, II Ko 2066/09), opierając się na opinii biegłego lekarza, zawiesił postępowanie wykonawcze w stosunku do skarżącego na podstawie art. 15 § 2 k.k.w. Ze złożonego na rozprawie oświadczenia pełnomocnika skarżącego wynika, że postępowanie egzekucyjne wobec skarżącego nadal pozostaje zawieszona.

Zważywszy na ujęcie sentencji wyroku zapadłego w niniejszej sprawie, zgodnie z którą art. 75 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia przez sąd od zarządzenia wykonania kary w sytuacji, gdy wobec skazanego ponownie orzeczono

karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jeżeli przemawiają za tym szczególne względy, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji, w kontekście tego wzorca konstytucyjnego nasuwa się jedna jeszcze uwaga.

Stopniowalne niejako ujęcie sentencji sugeruje, że w pewnych sprawach, z perspektywy gwarancji wynikającej z art. 45 ust. 1 Konstytucji, konieczne jest powierzenie sądowi możliwości oceny zasadności zarządzenia warunkowo zawieszony kary także w zakresie oceny prognozy kryminologicznej sprawcy, w innych natomiast takiej konieczności nie ma. Tymczasem w sprawie niniejszej nie o to chodzi. Dla oceny konstytucyjności badanego przepisu bardziej adekwatnym wzorcem kontroli byłby art. 41 Konstytucji (ochrona wolności człowieka), ewentualnie w związku z art. 2 lub w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wtedy bowiem stopniowalność z perspektywy adekwatnej/proporcjonalnej ingerencji w wolność człowieka byłaby dopuszczalna. Możliwe jest przeciwstawienie sobie sytuacji, w których można z perspektywy konstytucyjnych gwarancji uznać za usprawiedliwione sytuacje, w których zarządzenie wykonania kary jest obligatoryjne, oraz takie, w których jest to nadmierna ingerencja w wolność człowieka.

W niniejszej sprawie ocena konstytucyjności zaskarżonego przepisu także przez pryzmat wzorca kontroli określonego w art. 41 Konstytucji nie byłaby uprawniona. Przepis ten, jako podstawa kontroli w sprawie, został wskazany przez skarżącego po upływie ustawowego terminu złożenia skargi konstytucyjnej, a konkretnie w piśmie skarżącego z 8 marca 2010 r., złożonym w odpowiedzi na wezwanie do usunięcia braków formalnych wniesionej przez skarżącego skargi konstytucyjnej, podczas gdy ostatecznym orzeczeniem, z którym wiąże się trzymiesięczny termin wniesienia skargi konstytucyjnej jest postanowienie Sądu Okręgowego w Suwałkach z 30 października 2009 r., doręczone skarżącemu 4 listopada 2009 r.

W moim przekonaniu, analizując problem konstytucyjny rozstrzygnięty w niniejszej sprawie, nie można abstrahować od uregulowań odnoszących się do pozostałych środków probacyjnych, zawartych w rozdziale VIII k.k. „Środki związane z poddaniem sprawcy próbie”, tj.: warunkowego umorzenia postępowania (art. 66 k.k.), warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności (art. 69 k.k.), warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności (art. 77 k.k.). Zgodnie z art. 68 § 1 k.k. „Sąd podejmuje postępowanie karne, jeżeli sprawca w okresie próby popełnił przestępstwo umyślne, za które został prawomocnie skazany”. Wprawdzie nie ma tutaj – z oczywistych powodów – automatyzmu wykonania kary pozbawienia wolności, bo kara ta nie została orzeczona, to jednak podjęte postępowanie, będące wynikiem złamania przez sprawcę swobodnego porozumienia z sądem, może do takiego rezultatu doprowadzić. Jeszcze wyraźniej problem ten jest widoczny w sytuacji, gdy sąd penitencjarny *ex lege* odwołuje warunkowe zwolnienie skazanego, jeśli ten „w okresie próby popełnił przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności” (art. 160 § 1 pkt 1 k.k.w.).

Stwierdzenie w niniejszym wyroku niekonstytucyjności kontrolowanego art. 75 § 1 k.k. stawia pod znakiem zapytania także konstytucyjność art. 160 § 1 pkt 1 k.k.w., zagrażając poprawnie funkcjonującej od lat strukturze środków probacyjnych w prawie karnym.

Wyrok zapadły w niniejszej sprawie wprowadzi kolejne zaburzenie w systemie środków probacyjnych. Oprócz „ogólnego” reżimu obligatoryjnego (art. 75 § 1 k.k.) istnieją dodane przez ustawodawcę dwa przepisy: art. 75 § 1a i 2a wprowadzające „szczególny” reżim obligatoryjny, aktualizujący się w momencie ziszczenia się wymienionych tam przesłanek. Wprowadzenie wyłomu w art. 75 § 1 k.k. spowoduje niespójność pomiędzy tymi trybami. Dojdzie bowiem do sytuacji, w której w wypadku

skazania sprawcy prawomocnym wyrokiem sądowym na karę pozbawienia wolności za podobne przestępstwo umyślne, sąd będzie mógł rozważać zasadność zarządzenia wykonania kary, a w wypadkach przewidzianych w art. 75 § 1a k.k. (rażące naruszanie porządku prawnego przez używanie przemocy wobec osoby najbliższej – bez konieczności stwierdzenia tych faktów wyrokiem sądowym), sąd będzie musiał automatycznie zarządzić wykonanie kary.

Należy podzielić trafne spostrzeżenia przedstawiciela Prokuratora Generalnego, przedstawione Trybunałowi Konstytucyjnemu podczas rozprawy, że przyszła ingerencja ustawodawcy, podjęta w okresie odroczenia utraty mocy zapadłego wyroku, o ile zmierzać będzie w kierunku dookreślenia wyrażenia „jeżeli przemawiają za tym szczególne względy”, natrafi niewątpliwie na przeszkody, które jeśli wręcz nie uniemożliwią, to utrudnią trafne sprecyzowanie przesłanek objętych „szczególnymi względami”. Skoro sąd wykonawczy rozważał będzie, jak to podnosi się w uzasadnieniu wyroku, okoliczności związane z prognozą kryminologiczną, oczywiste jest, że zmuszony będzie odwołać się w tym zakresie do przesłanek ujętych w art. 53 k.k. (ogólne dyrektywy wymiaru kary). Grozi to tym samym niebezpieczeństwem wkraczania przez sąd wykonawczy w materię zastrzeżoną dla sądu *meriti*, który wymierzając karę, uwzględni dyrektywy zawarte w art. 53 § 2 k.k. Oczywiście jest, że nie będą w tym zakresie podlegać ocenie sądu przesłanki takie, jak: choroba skazanego czy ciężkie skutki dla niego bądź jego rodziny, wynikające z wykonania kary, ani ważne względy rodzinne lub osobiste, bo okoliczności te zastrzeżone są dla instytucji odroczenia lub przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności.

Podkreślenia wymaga, że Trybunał Konstytucyjny wprowadzając do sentencji wyroku sformułowanie „szczególne względy” nie odniósł się w żaden sposób do przedstawionych powyżej wątpliwości. Zauważyć należy, że sformułowanie „szczególne względy” jest klauzulą często używaną w prawie karnym. Wyrażenie to, jak również podobne mu znaczeniowo: „szczególnie uzasadniony wypadek”, czy „szczególne okoliczności” odnaleźć można w części ogólnej kodeksu karnego (w szczególności w art. 60 § 2 oraz w art. 69 § 3 k.k.). Wskazane tu przepisy odnoszą się jednak do fazy rozpoznawczej postępowania sądowego, w której sąd bez żadnych ograniczeń orzeka o wszystkich elementach w zakresie winy i kary. Tak szerokich kompetencji nie ma sąd penitencjarny orzekający w postępowaniu karnym wykonawczym. Podobieństwo wskazanych wyżej klauzul generalnych z wyrażeniem, o którym owa jest w sentencji wyroku jest zatem zewnętrzne; nie niosą one ze sobą takiej materialnej zawartości, która możliwa byłaby do wykorzystania w postępowaniu wykonawczym.

W rozstrzygniętej przez Trybunał sprawie przedstawiciel Prokuratora Generalnego podczas rozprawy zwrócił uwagę na istotny w mojej ocenie fakt, który jednak nie znalazł odzwierciedlenia w uzasadnieniu wyroku Trybunału. Jak wskazał Prokurator Generalny, kolejne skazanie sprawcy, co do którego zachodzą przesłanki określone w art. 75 § 1 k.k., na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania nie zawsze jest wynikiem pozytywnej prognozy wobec sprawcy pozwalającej na warunkowe niewykonywanie tej kary. Często intencją sądu jest zapobieżenie wykonywaniu kar pozbawienia wolności za oba przestępstwa, co niewątpliwie nastąpiłoby w wypadku wymierzenia kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za drugi z popełnionych czynów. Już choćby z tego tylko powodu wywody pomieszczone w cz. III, pkt 3.7 i 3.9 uzasadnienia wyroku rażą nadmiernym i nieuzasadnionym rygoryzmem.

W moim przekonaniu, wzgląd na wymogi wynikające z zasady prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji) nie implikuje konieczności takich uregulowań karnoprosesowych, które pozwalałyby sądowi przed wydaniem orzeczenia merytorycznego każdorazowo badać prognozę kryminologiczną co do osoby sprawcy.

Takie założenie przekreślałoby konstytucyjność uregulowań dotyczących nadzwyczajnych środków zaskarżenia, a w szczególności tych, które dotyczą kasacji. Sąd orzekający w postępowaniu kasacyjnym nie bada bowiem prognozy kryminologicznej dotyczącej sprawcy.

Z tych wszystkich przyczyn uznałem złożenie zdania odrębnego do wyroku za konieczne.

Zdanie odrębne
sędziego TK Marka Zubika
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt SK 9/10

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17 lipca 2013 r., sygn. SK 9/10.

Zdanie odrębne uzasadniam następująco:

1. Nie kwestionuję poglądu Trybunału Konstytucyjnego nakazującego postrzeganie kary pozbawienia wolności jako bardzo dolegliwej. Podzielam również tezę, że orzeczenie kary pozbawienia wolności – widziane w perspektywie konstytucyjnego prawa do sądu – wymaga stworzenia sądowi możliwości dogłębnego zbadania i rozważenia zawisłej przed nim sprawy. Uważam jednak istniejące rozwiązanie prawne, złożone z etapu rozstrzygania o odpowiedzialności karnej (w tym winie) oskarżonego oraz etapu wykonania orzeczonej uprzednio kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby, za spełniające oba wymogi.

2. Inaczej postrzegam natomiast problem konstytucyjny, niż to przyjął Trybunał w niniejszej sprawie. Skarżący – w zakresie dopuszczalnym do rozpoznania przez TK – faktycznie zakwestionował art. 75 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.) z perspektywy dwóch konkurujących ze sobą konstytucyjnych zasad – ponoszenia odpowiedzialności karnej za czyny zabronione pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w chwili ich popełnienia (art. 42 ust. 1 Konstytucji) oraz z powierzoną sądom powszechnym funkcją sprawowania wymiaru sprawiedliwości (art. 45 ust. 1 w związku z art. 175 Konstytucji).

Określenie czynów oraz sankcji karnych za ich popełnienie jest domeną ustawodawcy. Z perspektywy gwarancyjnej roli art. 42 ust. 1 Konstytucji to prawo (ustawa) ma określić wszystkie – bez wyjątku – kary. Moim zdaniem, niedopuszczalne jest sądowe kreowanie nowych typów kar niż te, które wyraźnie zostały określone w ustawie. W przeciwnym razie mogłoby dochodzić do arbitralnego karania, tyle tylko że arbitralność leżałaby po stronie organów państwa, jakimi są sądy, a ponadto zacierałaby się granica między istniejącymi karami: pozbawienia wolności i ograniczenia wolności. Z perspektywy konstytucyjnej wątpliwa jest zatem dla mnie teza o wykreowaniu przez sądy innego rodzaju kary niż wprost określone w art. 32 k.k., którą stanowić ma pozbawienie wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Do sądów, dysponujących niezbędnym luzem decyzyjnym dla celów sprawowania wymiaru sprawiedliwości, musi natomiast należeć dokonanie indywidualizacji oceny konkretnych czynów zabronionych ustawą oraz wyznaczenie kary

odpowiadającej okolicznościom rozpatrywanej sprawy. Sąd, jako organ państwa, decydując się na skorzystanie z możliwości, jaką daje mu kodeks karny w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, dokonuje właśnie takiej indywidualizacji represji. Sąd, który wyznacza skazanemu przewidziany ustawą okres próby, musi mieć zawsze na względzie skutki prawne, jakie mogą wynikać z ewentualnego zastosowania art. 75 § 1 k.k. W przeciwnym razie nie będzie orzekał na podstawie prawa.

3. Nie podzielam przyjętego przez TK sposobu interpretacji pojęcia „sprawa” (art. 45 ust. 1 Konstytucji), oddzielając sądowy wymiar sprawiedliwości co do orzeczenia kary pozbawienia wolności i kreując odrębną „sprawę” w rozumieniu art. 45 Konstytucji, dla potrzeb wykonania kary prawomocnie orzeczonej już przez sądy.

Konstytucyjne pojęcie „sprawy” powiązane jest oczywiście z władcym rozstrzygnięciem o wolnościach i prawach jednostek. Rozstrzygnięcie to – objęte gwarancjami prawa do sądu – zapada jednak wówczas, kiedy sąd najczęściej dwukrotnie (a uwzględniając możliwości złożenia tylko apelacji – nawet czterokrotnie) orzeka o odpowiedzialności karnej jednostki, posługując się karą pozbawienia wolności.

Na marginesie warto zauważyć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka, badając zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 lit. a Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm., dalej: Konwencja) w sprawach związanych z powrotem skazanego do przestępstwa w okresie próby, wyraźnie oddziela kwestię skazania przez sąd na karę pozbawienia wolności (kwestia ta jest wówczas objęta gwarancjami prawa do sądu z art. 6 Konwencji) od decyzji o ponownym osadzeniu skazanego w zakładzie karnym, podejmowanej przez organ pozasądowy, co nie jest rozumiane jako niezgodne z art. 5 ust. 1 lit. 1 Konwencji (por. m.in. wyrok z 18 września 2012 r. w sprawie James, Wells i Lee przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 25119/09, 57715/09 oraz 57877/09, § 197 – 198 uzasadnienia; sprawa dotyczy powrotu do przestępstwa w okresie próby po częściowym odbyciu wyroku pozbawienia wolności).

4. Obligatoryjne zarządzenie wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności nie stanowi odrębnej, od skazania jednostki na karę pozbawienia wolności, „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Rozwiązane przyjęte w art. 75 § 1 k.k. nie nosi również cech arbitralnego postępowania względem skazanego. Do sądu w szczególności należy bowiem ocena, czy w danej sprawie oskarżony popełnił przestępstwo podobne, czy też nie, a zatem czy przepis ten ma w ogóle zastosowanie (w ramach rozpatrywanej skargi konstytucyjnej ocena ta nastąpiła dwukrotnie). Ustawodawca nie przekroczył tym samym granic przysługujących mu kompetencji. Czym innym byłaby ewentualnie kwestia trafności takiego mechanizmu przyjętego w kodeksie karnym. Nawet jednak jej negatywna ocena nie przekreśla domniemania konstytucyjności ustawy.

5. Zarządzenie wykonania zawieszanej kary należy również postrzegać w kontekście innych uprawnień przyznanych sądom w związku z wykonywaniem orzeczeń w postępowaniu karnym. Można tu wspomnieć chociażby o odroczeniu oraz przerwie w wykonywaniu kary pozbawienia wolności (art. 150 § 1, art. 151 § 1, art. 153 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. Nr 90, poz. 557, ze zm.; dalej: k.k.w.). Sąd ma także możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 152 § 1 k.k.w. Sądowi przysługuje również, w określonych okolicznościach, uprawnienie do warunkowego zwolnienia skazanego z odbycia reszty kary (art. 155 § 1 i 2 k.k.w.). W systemie prawa istnieją zatem instrumenty, dostępne dla

sądów, pozwalające indywidualizować sytuację skazanego, który powrócił do przestępstwa podobnego w okresie próby.

6. W pozostałym zakresie przyłączam się do argumentacji, bardzo trafnego w postrzeganiu problemu konstytucyjnego i argumentacji, uzasadnienia zdania odrębnego sędziego Wojciecha Hermelińskiego.

7. Na marginesie warto przypomnieć, że „obligatoryjność” wykonania kary pozbawienia wolności wcześniej orzeczonej niekiedy bywa iluzją, co pokazuje przypadek skarżącego. Stan faktyczny udowadnia, że w przepisach prawa już obecnie istnieją mechanizmy indywidualizujące ponoszenie odpowiedzialności karnej. Od kilku bowiem lat nie dochodzi do realizacji orzeczonej kary pozbawienia wolności. Interesujące jest zatem, w świetle skutków orzeczenia Trybunału, czy niniejszy wyrok pozwoli wykonać już bez przeszkód orzeczoną karę.