

Nadzwyczajny wymiar kary – kilka uwag i kontrowersji

RAJNHARDT KOKOT

Katedra Prawa Karnego Materialnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Problematyka sądowego (sędziowskiego¹) wymiaru kary wraz z jego zasadami i dyrektywami zajmuje szczególne miejsce w nauce prawa karnego, niezmiennie wywołując zainteresowanie wśród uprawiających tę dziedzinę wiedzy. To przecież wymierzaniu skutecznych kar i realizowaniu idei sprawiedliwości podporządkowane jest całe prawo karne. Kodeks karny z 1997 r. przyjął za jeden z priorytetów postulat racjonalizacji karania, który zakłada rozumne dozowanie, miarkowanie dolegliwości kary, innymi słowy – reagowanie surową karą tam, gdzie jest to absolutnie niezbędne, a w sytuacjach tego niewymagających, stosowanie kar i środków dotkliwych dla sprawcy w stopniu wystarczającym (minimalnym) dla osiągnięcia ustawowo założonych celów. Głównymi instrumentami zwalczania przestępczości stały się w nim kary i środki wolnościowe, a niekiedy nawet samoistnie orzekane środki karne. Bez względu na karę pozbawienia wolności zarezerwowano przede wszystkim

¹ W literaturze prawniczej nazwy te bywają używane zamiennie. Praktykę taką uznać należy za kontrowersyjną, a sam zabieg „usynonimicznienia” tych terminów za ryzykowny. Pod pojęciem sędziowskiego wymiaru kary rozumieć należałoby raczej procedurę wymiaru kary lub środków karnych, realizowaną przez „konkretny” sąd, a w domyśle sędziego, wobec „konkretnego” podsądnego. Por. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 404.

do zwalczania przestępczości poważnej (*ultima ratio*). Celem urzeczywistnienia założonej polityki karnej, zmierzającej do zerwania ze schematyzmem lakonicznie uzasadnianych wyroków i do wykorzystywania w walce z przestępczością adekwatnych do zagrożenia oraz opłacalnych z kryminologicznego punktu widzenia, zróżnicowanych środków reakcji na popełnione przestępstwo, sformułowano w sposób odmienny od dotychczasowej dyrektywy i zasady sądowego wymiaru kary. Mijający czas nie okazał się jednak łaskawy dla tych założeń. Uptywająca dekada obowiązywania kodeksu karnego z 1997 r. zaznaczyła się narastającą tendencją w kierunku zwiększania represyjności unormowań prawno-karnych. Niemal każda z ponad dwudziestu w tym okresie nowelizacji za cel stawiała sobie podniesienie poziomu punitowności ustawy karnej. Obserwowany trend jest wyrazem znaczących zmian w samej filozofii i racjonalizacji karania. Charakterystyczne jest to, że nie stanowi to efektu inicjatyw i zamysłu tych, którzy z prawem karnym związani są profesjonalnie, poprzez teorię lub praktykę. Politycznie motywowany populizm penalny prowadzi do lansowania poglądu zakładającego omnipotencję kary kryminalnej, tym skuteczniejszej, im surowszej. Znajduje to odzwierciedlenie w zmianach już przeprowadzonych w kodeksie, jak również tych, które znajdują się w toku legislacyjnego procedowania bądź w kolejnych zapowiedziach nowelizacyjnych.

Zanegowanie filozofii kary racjonalnej koncepcją kary nade wszystko surowej – siłą rzeczy – ożywia zainteresowanie określonymi ideami, rozwiązaniami i instytucjami prawa karnego zarówno na płaszczyźnie stanowienia, jak i stosowania prawa. W szczególności przywołuje na myśl kwestie rozległości obszaru kryminalizacji zachowań (ekspansywność kryminalizacji), wskaźnika rygoryzmu zagrożenia karą w ustawie, udziału typów czynu o zwiększonej surowości kary (kwalifikowanych) na tle ogółu stypizowanych czynów zabronionych, polityki stosowania środków zapobiegawczych, wreszcie instytucji nadzwyczajnego wymiaru kary, modyfikujących ten wymiar, a zorientowanych zwłaszcza, choć nie tylko, na zwiększanie w ustawowo określonych przypadkach dotkliwości kary kryminalnej. Ta ostatnia problematyka przykuwa uwagę także z kilku innych powodów.

Punkt wyjścia dla podjętych w opracowaniu rozważań stanowi podział wymiaru kary na ustawowy i sądowy. Pojęcia te, choć stanowią fundament nauki o karze, nie są wolne od dogmatycznych kontrowersji

i dylematów, które odnoszą się zwłaszcza do ich zakresu oraz wzajemnych relacji, a także charakteru niektórych instytucji prawa karnego, których przyporządkowanie do jednego lub drugiego wymiaru kary nastęcza niemałych problemów. Nie budzi natomiast wątpliwości, że jedno z nich jest pojęciem ze sfery stanowienia prawa, drugie – jego stosowania, ani też ich chronologiczne usytuowanie względem siebie. Ustawowy wymiar, wytyczając granice odpowiedzialności karnej i mając charakter generalno-abstrakcyjny, musi poprzedzać wymiar sądowy, będący procedurą indywidualno-konkretną, prowadzącą do orzeczenia kar lub środków karnych podlegających wykonaniu. T. Kaczmarek wyraża pogląd, że ustawowy i sądowy wymiar kary nie prowadzą własnego życia, ale stanowią zjawiska komplementarne i nieprzeciwstawne. Z tego powodu cele czy względy, którymi kierował się ustawodawca, stanowiąc ustawowy wymiar kary i instytucje z nim związane, oraz cele czy względy, którymi ma się kierować sędzia, orzekając kary czy środki karne, choć leżą w dwóch różnych płaszczyznach, pozostają w pewnym związku i stosunku zależności od siebie².

Z oczywistych względów idea sądowego wymiaru kary aktualizuje się w systemach prawnych odwołujących się do modelu sankcji względnie oznaczonych. Taką też konstrukcją sankcji tradycyjnie posługuje się nowoczesne polskie prawo karne. Względna oznaczoność granic odpowiedzialności wyraża się na wiele sposobów. Ustawodawca może określać w ustawie zarówno dolny, jak i górny próg zagrożenia. Granice te mogą przy tym wynikać wprost z sankcji przepisu typizującego czyn zabroniony lub należy ich szukać w części ogólnej ustawy karnej, regulującej granice wymiaru danego rodzaju kary. Jej wyrazem może być także alternatywne (dwo- lub wieloelementowe) zagrożenie czynu różnymi rodzajami kar. Zapowiedź prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony w tym modelu oznacza racjonalną swobodę uznania sądu (tzw. luz decyzyjny), wytyczoną ustawowymi granicami zagrożenia karą. Rozwiązanie to tworzy stan swoistej równowagi w realizacji funkcji prawa karnego i sprawiedliwego ich podziału między ustawodawcą a judykaturą. Może pojawić się w tym miejscu pytanie o to, czy balans ten jest kategorią postulatyczną i docelową, czy rzeczywistą i istniejącą, jednak odpowiedź

² T. Kaczmarek, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*, Wrocław 1980, s. 70–71.

na tę wątpliwość nie ma pierwszorzędного znaczenia dla dalszych rozważań w podjętej problematyce. Jak się wydaje, naturalnym efektem tego dualizmu są pojawiające się czasami po obu stronach – stanowienia i stosowania prawa – inklinacje w kierunku realizacji nie swoich zadań i przenikania w obszary cudzego imperium. Nie jest to zjawisko przypadkowe, a pozostaje nierzadko w związku z motywacjami dalekimi od normatywnych. Z jednej strony bywa, że ustawodawca wykazuje skłonność do przejmowania uprawnień i zadań sądu, choćby za sprawą posługiwania się w procesie typizacji nadmierną, „wiązącą wolę i ręce” sądu kazuistyką, wyrażającą się choćby w zwiększonym udziale typów zmodyfikowanych w ogólnej liczbie czynów zabronionych, bądź też wykazując podatność na „wspomaganie” funkcji wymiaru kary poprzez wprowadzanie sankcji na granicy względnej oznaczoności, a nawet punktowej. Z drugiej strony, nie sposób nie dostrzegać pojawiających się w różnych okresach historycznych prawotwórczych aspiracji sądów, chcących wspierać, a czasami wręcz wyręczać legislaturę, czego wyrazem były chociażby tzw. wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej, wydawane do końca lat 80. ubiegłego wieku, rodzące spory odnoszące się do ich charakteru prawnego. Wzrost znaczenia sądowej wykładni celowościowej w procesie interpretacji prawa pozostaje najczęściej w ścisłym związku z precyzją, określonością, jednoznacznością, jednym słowem – jakością stanowionego prawa. To ostatnie zjawisko, choć także może naruszać przyjęty dychotomiczny „układ sił”, z reguły trudno jest poddać krytyce, gdyż najczęściej następuje w pewnym sensie z konieczności i wykorzystywane jest w dobrych celach. Nie sposób przy tym przecenić stabilizującej i ujednolicającej orzecznictwo roli prejudikatów sądownictwa najwyższego szczebla.

O ile w toku stanowienia prawa centralnym zagadnieniem jest kwestia wytyczania granic sankcji karnych za naruszenie norm sankcjonowanych zawartych w przepisach typizujących czyny społecznie szkodliwe, w tym zwłaszcza kryteria kryminalnopolityczne i normatywne, wpływające na decyzje ustawodawcy w tym zakresie, o tyle dla procesu stosowania prawa karnego podstawowe znaczenie ma problem rozumienia granic odpowiedzialności karnej, ich ewentualna modyfikacja oraz przeschacowanie społecznie ujemnych następstw zachowania sprawcy na dolegliwość mieszczącą się w tych granicach. Kluczową rolę pełnią tu niewątpliwie pojęcia ustawowego zagrożenia oraz ustawowego wymiaru kary. Kodeks karny nie definiuje tych pojęć, choć

się nimi posługuje³, a wielokontekstowość ich występowania w ustawie karnej nie ułatwia wykładni dogmatycznej. W literaturze zwykle są one rozróżniane, choć zdarza się, że autorzy posługują się nimi zamiennie, przypisując im podobne znaczenie, a czasami wręcz wprost stawiają między nimi znak równości⁴. Należy już na wstępie zwrócić uwagę na brak jednorodności, zwłaszcza w literaturze, a w mniejszym stopniu w orzecznictwie, w ocenie zakresu i istoty ustawowego zagrożenia karą⁵. Wychodząc od kwestii podstawowych, wypada stwierdzić, że wiodącą jego funkcją jest to, że ma stanowić „techniczne wskazanie” dla realizacji procedury obliczania wysokości kary w granicach określonych progami tego zagrożenia, przewidzianymi dla danego typu czynu zabronionego⁶. Jest ono zatem punktem wyjścia, a nie kompletną i wystarczającą podstawą konkretyzacji kary w akcie jednostkowym. Poprzez tak rozumianą funkcję można wyprowadzić i zdefiniować jego formułę. Należy stwierdzić, że właściwością tak rozumianego „zagrożenia karą” jest to, że mieszcząc się w granicach danego rodzaju kary przewidzianej w ustawie karnej, z reguły nie jest z nimi tożsame. W tym zakresie nie ma wyjątku, gdy chodzi o terminową karę pozbawienia wolności. Jej granice są tak odległe, że nie mogą z oczywistych względów stanowić, jako takie, zagrożenia za jakikolwiek typ czynu zabronionego. Inaczej rzecz się przedstawia w odniesieniu do pozostałych odmian kary pozbawienia wolności – 25 lat lub kary dożywotniego pozbawienia wolności⁷ bądź w odniesieniu do przestępstw zagrożonych wyłącznie karą grzywny, ograniczenia wolności lub ich alternatywą. Cechą zagrożenia

³ Art. 4 § 2 k.k., art. 10 § 3 k.k., art. 38 § 1 i 3 k.k., art. 57a § 1 k.k., art. 60 § 6 k.k., art. 64 § 1, 2 i 3 k.k., art. 91 § 1 i 3 k.k., art. 178 § 1 k.k.

⁴ Wrażenie takie *prima facie* można odnieść choćby z wypowiedzi M. Cieślaka, który wprost stwierdza, że „tzw. ustawowy wymiar kary – to po prostu zawarte w ustawie zagrożenie karą”. Wydaje się jednak, że w tym akurat przypadku wynika to z odmiennego pojmowania zagrożenia karą przez tego Autora, posługującego się wąskim („zakaz karny”) i szerokim znaczeniem tego pojęcia. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 448; por. K. Janczukowicz, *O pojęciu „zagrożenia karą” w świetle obowiązującego prawa karnego*, „Nowe Prawo” 1990, nr 1–3, s. 30–31.

⁵ Por. szerzej: K. Janczukowicz, *op. cit.*, s. 31 i n.

⁶ Z. Ćwiąkałski, *O niektórych pojęciach związanych z wymiarem kary*, „Nowe Prawo” 1989, nr 4, s. 41.

⁷ Ze szczególnym i kontrowersyjnym przykładem takiej sytuacji mamy do czynienia w sankcji przewidzianej za zabójstwo kwalifikowane.
Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 25, 2009

karą jest także to, że zawsze musi operować co najmniej jednym rodzajem kary, a więc nie może się ograniczać do zagrożenia wyłącznie środkami karnymi⁸. Zarówno w nauce, jak i orzecznictwie sądowym dominuje pogląd, że „zagrożenie karą” („ustawowe zagrożenie karą”) oznacza karę lub kary zawarte w sankcji przepisu części szczególnej lub wojskowej kodeksu karnego bądź ustaw pozakodeksowych, a nie karę grożącą za dany czyn zabroniony, dającą się wyinterpretować z ogółu unormowań części ogólnej kodeksu, odnoszących się do wymiaru kary⁹. To z kolei prowadzi

⁸ Możliwe w wyroku ograniczenie dolegliwości karnej poprzez instytucję odstąpienia od wymierzenia kary do zastosowania tylko środków karnych nie będzie więc stanowiło modyfikacji zagrożenia karą, a wpłynie jedynie na zakres jej ustawowego wymiaru, rozumianego jako całościowa dolegliwość o prawnokarnym charakterze. Por. Z. Cwiąkowski, s. 52.

⁹ Tak m.in. Z. Cwiąkowski, *op. cit.*, s. 42; *idem, op. cit., Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej*, Warszawa 1982, s. 147–148; W. Wolter, *Nadzwyczajne złagodzenie kary przestępcom powrotnym*, „Państwo i Prawo” 1970, z. 12, s. 983; *idem, Uwagi o łagodzeniu i zastrzaniu kary*, „Państwo i Prawo” 1973, z. 1, s. 50; *idem, Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 29 marca 1976 r.*, VI KZP 46/75, „Nowe Prawo” 1976, nr 9, s. 1335–1338; K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary*, Warszawa 1976, s. 10–25 i 27; *eadem, Glosa do Uchwały SN*, VI KZP 47/73, OSPiKA 1974, z. 9, s. 370–371; *eadem, Dożywotnie pozbawienia wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2000, z. 6, s. 8–9; M. Tarnawski, *Nadzwyczajne złagodzenie kary a nadzwyczajne obostrzenie kary*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1976, nr 2, s. 23. Dla określenia sankcji zawartej w przepisie części szczególnej lub wojskowej kodeksu karnego bądź ustaw pozakodeksowych wraz ze znamionami typizującymi czyn zabroniony M. Cieślak, jak wspomniano, posłużył się zwrotem „zakaz karny”; M. Cieślak, *Wstęp do nauki polskiego prawa karnego*, Gdańsk 1988, s. 83. Także SN wyrażał analogiczny pogląd, zob. np. orzeczenia z dnia 19 marca 1970 r., VI KZP 27/70, OSNKW 1970, z. 4–5, poz. 33; z dnia 29 lipca 1970 r., VI KZP 267/70, OSNKW 1970, z. 10, poz. 116; z dnia 29 września 1973 r., VI KZP 28/73, OSNKW 1973, z. 12, poz. 152; z dnia 29 marca 1976 r., VI KZP 46/75, OSNKW 1976, z. 4–5, poz. 53; z dnia 20 maja 1992 r., I KZP 16/92, OSNKW 1992, z. 9–10, poz. 65; z dnia 24 lutego 1999 r., I KZP 27/98, OSNKW 1999, z. 3–4, poz. 11. W orzecznictwie można jednak natknąć się i na szerokie rozumienie zagrożenia karą, obejmujące dopuszczalne granice odpowiedzialności karnej za dane przestępstwo, utożsamiane tym samym z ustawowym wymiarem kary. TK w swoich orzeczeniach (postanowienie z dnia 13 kwietnia 2005 r., Ts 158/04 OTK-B 2005/2/82; postanowienie z dnia 30 listopada 2005 r., Ts 147/04 OTK-B 2005/6/229) wyraził, zresztą w identycznym brzmieniu, następującą tezę: „Zadaniem sędziego jest wymierzenie kary w granicach ustawowego zagrożenia (podkr. – R.K.) za popełnienie określonego czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo przy uwzględnieniu szczególnych i niepowtarzalnych okoliczności

do wniosku, że skoro ustawowe zagrożenie karą związane jest z typem czynu zabronionego, to wszelkie modyfikacje kary odnoszące się do dolnego lub górnego progu odpowiedzialności nie zmieniają ustawowego zagrożenia, które jest stałe w ramach przyjętej w ustawie typizacji przestępstw¹⁰. *Prima facie* trudno pogodzić pogląd o stabilności granic ustawowego zagrożenia z brzmieniem art. 38 § 1 k.k., który stanowi wprost o skutkach przewidzianego w ustawie „obniżenia albo nadzwyczajnego obostrzenia górnej granicy ustawowego zagrożenia”. Do „obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia” odwołuje się także § 3 tego przepisu. Wynika więc stąd, że w sensie pojęciowym jest to zabieg ustawowo legitymowany. Brak koherencji stanowiska o niezmienności granic zagrożenia z wymową przytoczonych przepisów ustawy wydaje się być jednak problemem tylko pozornym, mającym zwłaszcza semantyczne podłoże i dającym się usunąć w drodze wykładni logiczno-językowej. Wystarczy przyjąć założenie, że „zmienione” w ten sposób granice odpowiedzialności karnej przestają być z tą chwilą granicami zagrożenia. Powstają zatem funkcjonujące równolegle dwa limity odpowiedzialności – zwyczajny, wyznaczony przez zakaz karny, oraz nadzwyczajny – wynikający z zastosowanych reguł zwiększonej represyjności¹¹.

jego popełnienia. Każda kara mieszcząca się w tych granicach jest karą dopuszczalną, zaś każda kara przekraczająca te granice (podkr. – R.K.) oznacza naruszenie przepisów prawa materialnego i stanowi bezwzględną podstawę uchylenia wyroku (art. 439 § 1 pkt 5 k.p.k.)”. Oczywiście można poddać rozważeniu, czy sformułowanie to odnosi się do „wszelkiego” czy tylko zwyczajnego wymiaru kary. Jeśli jednak przyjąć, co wydaje się zasadne, że intencją TK było nawiązanie do „granic przewidzianych przez ustawę” w rozumieniu art. 53 § 1 k.k., to w kontekście rozważanego zagadnienia TK nie podzieliła większościowego zapatrywania lub po prostu określenie to („ustawowe zagrożenie”) użyte zostało niefortunnie.

¹⁰ Por. postanowienie SN z dnia 6 września 2000 r., III KKN 337/2000, OSNKW 2000, z. 9–10, poz. 81, s. 65; także glosa aprobująca do tego orzeczenia J. Długozima, „Państwo i Prawo” 2001, z. 5, s. 116. Autor zdaje się nie podzielać jednak bez zastrzeżeń tezy wyrażonej przez SN, że granice ustawowego zagrożenia nie podlegają modyfikacji. Choć nie wyraził tego w sposób dostatecznie jednoznaczny, w drodze interpretacji można przyjąć, że uważa, że dopuszczalne i możliwe przekształcenie granic zagrożenia karą przeistacza je w granice ustawowego wymiaru kary.

¹¹ Por. K. Janczukowicz, *op. cit.*, s. 33. Nie sposób jednak zgodzić się z podziałem zaproponowanym przez K. Janczukowicza, że w dychotomii – zwykły i szczególnie (nadzwyczajny) wymiar kary – ten pierwszy oznaczałby po prostu granice zagrożenia karą. Wydaje się, że jest to zbyt wąskie rozumienie, pomijające te wszystkie elementy skła-

W pewnym więc sensie niezmienione granice zagrożenia funkcjonują nadal w sankcji przepisu, równoległe ze „zmodyfikowanymi granicami zagrożenia karą”, stającymi się z tą chwilą granicami kary przewidzianej w ustawie, czyli ustawowego jej wymiaru¹².

Odmierna interpretacja pojęcia „ustawowego zagrożenia karą” opiera się na podziale na znaczenie węższe i szersze. W tym ujęciu zagrożenie karą *sensu stricto* oznaczałoby jedynie minimum i maksimum kary (względnie w połączeniu z alternatywą kar) przewidziane w przepisie typizującym dany czyn zabroniony, czyli – jak to określił M. Cieślak – w „zakazie karnym”¹³, a zagrożenie karą *sensu largo* obejmowałoby ogół możliwych do zastosowania wobec sprawcy ujemnych konsekwencji prawnych, czyli kar, środków karnych, środków probacyjnych oraz zabezpieczających, wynikających z całokształtu przepisów odnoszących się do jakości i ilości dolegliwości karnej¹⁴. Słusznie, jak się wydaje, zarzuca się takiemu podziałowi, że wprowadza „niepotrzebne zamieszanie” znaczeniowe, skoro pod szerokim rozumieniem zagrożenia karą powszechnie przyjmuje się właśnie tzw. ustawowy wymiar kary¹⁵. Na samym zresztą zamieszaniu terminologicznym w razie przyję-

dające się na dolegliwość karną, które nie wynikają z zakazu karnego, a jednocześnie modyfikują „przepisowe” granic odpowiedzialności karnej (np. kumulatywnie orzekane środki karne). *Ibidem*, s. 35.

¹² Na przypomnienie i pełną akceptację zasługuje postawiony przez K. Janczukowicza postulat uporządkowania przedpola terminologicznego poprzez konsekwentne posługiwanie się nazwą „zagrożenie karą” lub jej pochodnymi, dla określenia zakazu karnego pomieszczonego w sankcji przepisu typizującego czyn zabroniony oraz nazwą „kara przewidziana w ustawie” przy odwoływaniu się do całokształtu ujemnych następstw wynikających dla sprawcy z ustawy karnej, co odpowiadałoby zakresem pojęcia ustawowego wymiaru kary, wraz z sugestią nadania interpretacji tych pojęć, a co najmniej jednego z nich, rangi wykładni autentycznej i zdefiniowanie go w katalogu słownika ustawowego. K. Janczukowicz, *op. cit.*, s. 41

¹³ M. Cieślak, *op. cit.*, s. 83.

¹⁴ Tak m.in. W. Sieracki, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 20 września 1973 r.*, VI KZP 28/73, WPP 1976, z. 3, s. 322–323. Zróżnicowanie rozumienia „ustawowego zagrożenia karą” i jego podział dopuszcza także A. Zoll, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, Kraków 1998, s. 71; podobnie W. Wróbel, [w:] G. Bogdan, Z. Ćwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, Kraków 2004, s. 793–794.

¹⁵ Np. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 177; Z. Ćwiakalski, *Nadzwyczajny wymiar kary w kodeksie karnym z 1997 roku po nowelizacjach – próba oceny*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 25, 2009

cia szerokiego znaczenia zagrożenia karą by się nie skończyło, gdyż implikowałoby ono liczne następstwa w całym systemie, zarówno prawa materialnego, jak i formalnego, prowadząc do rozchwiania stabilnych znaczeniowo pojęć, struktur i procedur karnych¹⁶.

„Ustawowość” wymiaru kary jest tyle umowną, co metaforyczną jego cechą, skoro sama ustawa, jak zwraca uwagę Z. Cwiakalski, niczego nie wymierza¹⁷. Należy w tym zwrocie odczytać raczej ustawowe pochodzenie, podstawę, źródło kary niż „sprawstwo” i personifikację samego jej wymiaru. Pod tym pojęciem, oprócz ustawowego zagrożenia zawartego w konkretnym przepisie, należy zatem rozumieć ogół instytucji wymiaru kary, możliwych do zastosowania wobec konkretnego sprawcy i mogących wpływać na ostateczny „kształt” orzeczonej kary, w tym również instytucje „modyfikujące” granice pierwotnego zagrożenia karą i to zarówno te o charakterze obligatoryjnym, jak i fakultatywnym. Pomimo tego, że wspomniane określenie – modyfikacja granic zagrożenia – jest powszechnie używane w doktrynie, należy zwrócić uwagę, że przy takim rozumieniu zagrożenia karą, instytucje te w istocie go nie modyfikują, gdyż nie mogą (władny w tym zakresie pozostaje wyłącznie ustawodawca), a pozwalają jedynie na orzekanie kary poza jego pierwotnymi granicami w ramach ustawowego wymiaru. Granice „z zagrożenia karą” i „grożącej kary” są więc z reguły różne.

[w:] *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 roku*, Lublin 2006, s. 108–109.

¹⁶ Chodzi tu w szczególności o kolizję ustaw w czasie (art. 4 § 2 k.k.), podział przestępstw na zbrodnie i występki (art. 7 § 2 i 3 k.k.), możliwość stosowania sankcji zamiennej (art. 58 § 3 k.k.) lub ograniczonej (art. 59 § 1 k.k.) oraz warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 66 § 2 i 3 k.k.), długość okresów przedawnienia (art. 101 § 1 k.k.), zakres obowiązywania ustawy polskiej wobec cudzoziemców (art. 110 § 2 k.k.), warunek przyjęcia terrorystycznego charakteru przestępstwa (art. 115 § 20 k.k.), zamienne stosowanie aresztu wojskowego (art. 329 k.k.), umorzenie postępowania karnego (art. 11 § 1 k.p.k.), właściwość i skład sądu (art. 25 § 1 k.p.k. oraz art. 28 § 2 k.p.k.), stosowanie środków zapobiegawczych (art. 258 § 2 k.k., art. 259 § 3 k.p.k.), rodzaj postępowania przygotowawczego i możliwość stosowania szczególnych trybów procesowych (art. 325b pkt 1 k.p.k. oraz art. 469 k.p.k.), dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej (art. 335 § 1 k.p.k. oraz art. 387 § 1 k.p.k.), wznowienie postępowania (art. 540 l k.p.k.), odmowa wykonania orzeczenia o zatrzymaniu dowodów lub mającego na celu zabezpieczenie mienia (art. 589m § 1 pkt 1 k.p.k., art. 589m § 2 pkt 1 k.p.k. oraz art. 589t § 2 k.p.k.), przepisy o europejskim nakazie aresztowania (art. 607b pkt 1 k.p.k. oraz art. 607w k.p.k.).

¹⁷ Z. Cwiakalski, *O niektórych pojęciach*, s. 52.
Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 25, 2009

© for this edition by CNS

To granice ustawowego wymiaru kary, a nie zagrożenia, dają się ostatecznie wytyczyć dopiero w chwili zakończenia procedury podciągania konkretnego stanu faktycznego pod literę prawa (subsumcja)¹⁸. Uderzająca jest przy tym konwencjonalność samego pojęcia tak rozumianego wymiaru kary, które w znacznej mierze odwołuje się do okoliczności niepoddających się zwłaszcza „kwantyfikacji w kategoriach ilościowych”¹⁹.

Nie utracił aktualności argument odwołujący się do przepisu o ogólnych dyrektywach wymiaru kary, z którego wynika, że jego podstawą są „granice przewidziane w ustawie”, a nie „granice ustawowego zagrożenia”²⁰, z czego dalej wynika, że karę wymierzyć można poza granicami ustawowego zagrożenia, a nawet sięgnąć po inną niż ta, która wynika z zagrożenia karą (art. 58 § 3 k.k.)²¹. Ustawowy wymiar kary może także polegać na odstąpieniu od wymierzenia kary przewidzianej w sankcji przepisu, a nawet na rezygnacji z wymierzenia jakiegokolwiek kary na rzecz środka karnego, a w wyjątkowych sytuacjach na odstąpieniu od orzekania i jego samego (art. 61 § 1 i § 2 k.k.). Należy więc przyjąć, że granice „wymiaru kary” („grożącej kary”) będą pokrywały się z granicami „zagrożenia karą” tylko wówczas, gdy sąd będzie mógł się poruszać jedynie w obszarze dolegliwości karnej wyznaczonej przez „zakaz karny”. Na marginesie należy zauważyć, choć to zaciera nieco jak dotąd wyraźnie zarysowane granice między ustawowym „zagrożeniem” a „wymiarom” kary, że nawet wówczas, gdy ustawodawca posługuje się wprost określeniem „sąd wymierza karę (...) w granicach zagrożenia (podk. – R.K.) przewidzianego dla danego przestępstwa” (art. 14 § 1 k.k.) bądź „(...) za sprawstwo” (art. 19 k.k.), rozumie przez to ogólnie

¹⁸ Zob. szerzej na ten temat Z. Cwiąkalski, *op. cit.*, s. 53.

¹⁹ *Ibidem*, s. 40.

²⁰ *Ibidem*, s. 52; K. Janczukowicz, *op. cit.*, s. 33.

²¹ Należy dodać, że do pojęcia „ustawowego zagrożenia”, a nie „ustawowego wymiaru” kary, odwołują się też inne przepisy prawa karnego materialnego (art. 7 k.k., art. 10 § 3 k.k., art. 38 § 1 i 3 k.k., art. 57a § 1 k.k., art. 58 § 3 k.k., art. 59 § 1 k.k., art. 60 § 4 i 6 k.k., art. 64 k.k., art. 66 § 2 k.k., art. 91 § 1 i 3 k.k., art. 101 § 1 k.k., art. 115 § 20 k.k., art. 178 § 1 k.k., art. 329 k.k.), a także procesowego (art. 11 § 1 k.p.k., art. 258 § 1 k.p.k., art. 259 § 3 k.p.k., art. 325b § 1 k.p.k., art. 335 k.p.k., art. 343 § 2 k.p.k., art. 589m § 1 i 2 k.p.k., art. 598t § 2 k.p.k., art. 604 § 1 k.p.k., art. 607b k.p.k.). Modyfikacja granic odpowiedzialności karnej wynikających z zakazu karnego nie rzutuje na stosowanie tych unormowań.

gatywnych następstw wynikających z naruszenia normy sankcjonowanej danego przepisu typizującego bezprawne zachowanie, a popełnionego w postaci usiłowania, podżegania lub pomocnictwa. Nie ulega przecież wątpliwości, że wymierzając karę za przestępstwo w jednej ze wskazanych form realizacji znamion, sąd będzie mógł określić ujemne następstwa nie tylko w oparciu o granice sankcji, wynikające z konkretnego przepisu, ale na podstawie całokształtu unormowań odnoszących się do rodzaju i natężenia dolegliwości karnej²².

Powszechnie przyjmuje się, że nadzwyczajność wymiaru kary oznacza odstępianie od pierwotnych, a więc „zwyczajnych” granic zagrożenia ustawowego. Wydaje się, że w prawniczej nazwie tych instytucji odnaleźć można także nawiązanie do ich charakteru, który wyraża się zapewne i w tym, że przewidziane są dla przypadków szczególnych, wyjątkowych, atypowych, słowem „nadzwyczajnych”, a ich stosowanie w warunkach uznaniowości sądu nie powinno w żadnym razie stanowić reguły. Procedura „modyfikująca” granice i (lub) jakość zagrożenia karą – przy pełnej świadomości niejednoznaczności tego określenia – może prowadzić do korzystniejszych od pierwotnie w ustawie wyznaczonych parametrów odpowiedzialności – nadzwyczajne złagodzenie kary – bądź do ich zaostrenia poprzez zmianę granic karania lub wymóg stosowania środków jakościowo bardziej dotkliwych, a więc pogarszających sytuację sprawcy – nadzwyczajne obostrzenie kary. Nie chodzi przy tym jedynie o możliwe lub konieczne (uprawnione lub powinny) wyjście poza te granice, w znaczeniu „na zewnątrz”, a więc „ponad” lub „poniżej”, ale także o ich korekturę, polegającą na ograniczeniu pełnego zakresu ich obowiązywania, co w praktyce sprowadza się do modyfikacji, polegającej na przesunięciu w górę dolnej granicy zagrożenia lub obniżenia górnej według określonego „algorytmu” zastosowanego przez ustawodawcę w przypadkach wskazanych przez ustawę obostrzeń lub złagodzeń. Obie te instytucje łączy wspólne uzasadnienie – potrzeba korektury granic odpowiedzialności karnej, tworzonych przez ustawodawcę dla zachowań generalnych i abstrakcyjnych. Muszą się one z oczywistych względów opierać na ocenie zachowań typowych dla danej kategorii naruszeń prawa, jednocześnie będąc rezultatem i pozostając

²² Por. Ćwiakalski, *op. cit.*, s. 45.

w relacji do pewnej konwencjonalnej hierarchizacji samych dóbr, mających wartość społeczną i zasługujących na ochronę prawa karnego. Dążenie do możliwie syntetycznego ujmowania typów przestępstw prowadzi ustawodawcę do posługiwania się abstrakcyjnymi modelami zachowań, zorientowanymi na „zbiorowisko różnorodnych, bliżej niezindywidualizowanych wypadków”²³ o niejednolitym, siłą rzeczy, „współczynniku naganności”. Atypowość stopnia karygodności konkretnych zachowań może sprawić, że umowne granice nie będą wystarczające dla wymiaru kary adekwatnej do ustawowych wskazań kształtujących tzw. sądowy wymiar kary. Wymiar kary w takich sytuacjach racjonalizować mają właśnie instytucje nadzwyczajnego wymiaru kary. Na marginesie dodać należy, że modyfikacja „zwykłego” wymiaru kary może następować także w oparciu o inne jeszcze podstawy – fakultatywne bądź obligatoryjne, co odnosi się zwłaszcza do złagodzenia odpowiedzialności karnej. Chodzi tu w szczególności o tzw. sankcję zamienną (art. 58 § 3 k.k.), sankcję ograniczoną (art. 59 § 1 k.k.), modyfikację odpowiedzialności karnej sprawców nieletnich (art. 10 § 3 i 4 k.k.) czy też wyłączenie możliwości orzekania kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 54 § 2 k.k.)²⁴. W zakresie obostrzenia odpowiedzialności za taką modyfikację uznać można także możliwość (w poprzednim stanie prawnym mógł to być także obowiązek) wymiaru kumulatywnej kary grzywny obok kary pozbawienia wolności, gdy zachowanie sprawcy motywowane było chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy taką korzyść sprawca osiągnął (art. 33 § 2 k.k.)²⁵.

W nauce prawa karnego można zauważyć rozdzwiek co do tego, od jakiego momentu można w ogóle mówić o nadzwyczajnym wymiarze kary. Według jednego poglądu już sama możliwość wyjścia poza granice zagrożenia karą lub modyfikacja zakresu „zakazu karnego” pozwala na przyjęcie, że ma miejsce wymiar nadzwyczajny. Inni dla jego wystąpienia wymagają rzeczywistego wyjścia poza te granice²⁶. Wydaje się,

²³ K. Buchała, *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, Warszawa 1964, s. 13.

²⁴ Por. M. Cieślak, *op. cit.*, s. 450.

²⁵ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 175; M. Cieślak, *op. cit.*, s. 449. Autorzy ci upatrują nawet w tej regulacji „czyste” formy nadzwyczajnego obostrzenia kary. Zbliżoną ocenę charakteru prawnego grzywny kumulatywnej przedstawia K. Janczukowicz, *op. cit.*, s. 37.

²⁶ M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 23.

że rozbieżność ta wynika z posługiwania się inną optyką i wiąże się z odmiennym pojmowaniem nadzwyczajnego wymiaru kary jako instytucji prawa karnego. Dla jednych są to instytucje ustawowego wymiaru kary, inni widzą w nich wymiar sądowy. M. Cieślak dzieli zakresy karnej odpowiedzialności wynikające z regulacji ustawowej na „zwykły” i „szczególny” ustawowy wymiar kary²⁷. Także zdaniem Z. Cwiąkałskiego, skoro to ustawodawca dopuszcza możliwość, a czasami zobowiązuje do zmiany granic odpowiedzialności karnej, zarówno tzw. zwyczajny, jak i nadzwyczajny wymiar kary nie przestają być wymiarami ustawowymi²⁸. Podobnie kwestię tę ujmuje i argumentuje W. Świda²⁹. Według W. Woltera z kolei, „indywidualny charakter” i „zmiennosc” sądowej konkretyzacji kary dla konkretnego wypadku przejawiają się w jej dwóch wymiarach – „zwyčajnym” i „nadzwyczajnym”³⁰. Zdaniem K. Buchały oraz A. Zolla, zarówno nadzwyczajne obostrzenie, jak i nadzwyczajne złagodzenie stanowią instytucje sądowego wymiaru kary³¹. Zbliżone stanowisko zajmuje także I. Andrejew³² i L. Gardocki³³. Trzeci wreszcie pogląd różnicuje tę ocenę według kryterium charakteru zmian w granicach odpowiedzialności karnej. Jeśli są one obligatoryjne, uprawnione jest zaliczanie ich do ustawowego wymiaru, a gdy mają charakter fakultatywny, zależą od decyzji sądu – składają się na wymiar sądowy. Kompromis ten charakterystyczny jest dla poglądów

²⁷ M. Cieślak, *op. cit.*, s. 448.

²⁸ Z. Cwiąkałski, *Nadzwyczajny wymiar kary...*, s. 107. Autor uzasadnia swoje stanowisko, odwołując się do sformułowania ustawowego zawartego w art. 53 § 1 k.k. – sąd wymierza karę w granicach przewidzianych przez ustawę – oznaczającego, że każdy wymiar kary musi mieć swoją ustawową podstawę.

²⁹ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 280 i n.

³⁰ W. Wolter, *Uwagi o łagodzeniu...*, s. 50.

³¹ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 540 i n.; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, s. 434 i n. Zwrócić należy jednak uwagę, że K. Buchała wyrażał też odmienny pogląd, zaliczając instytucje nadzwyczajnego wymiaru kary do wymiaru ustawowego. K. Buchała, [w:] K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do Kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1990, s. 223.

³² I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 393 i n.

³³ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 182–183. Można mieć pewne wątpliwości co do stanowiska tego Autora, jako że w analizie poświęconej tym instytucjom stwierdza równocześnie, że stanowią one „przesunięcie w zakresie ustawowego wymiaru kary”; *ibidem*, s. 182.

m.in. A. Marka³⁴, Z. Sienkiewicz³⁵ oraz V. Konarskiej-Wrzosek³⁶. Wydaje się, że zarysowana odmiennosc interpretacji charakteru „nadzwyczajnych” zmian w granicach odpowiedzialności karnej wynika ze swoistego nieporozumienia, którego źródłem może być inny punkt odniesienia przyjmowany przez oceniających. Taki sposób rozumienia tych instytucji nie uwzględnia różnicy między nadzwyczajnym wymiarem kary, a karą nadzwyczajnie wymierzoną. Jeśli bowiem spojrzeć na nadzwyczajne obostrzenie lub złagodzenie jako instytucje zmieniające granice wymiaru kary, zawsze będą one wyrazem wymiaru ustawowego, bez względu na to, czy są obligatoryjne, czy fakultatywne. Tylko ustawa jest w tej mierze kompetentna i tylko z niej, za sprawą zasady *nulla poena sine lege*, wynikać mogą jakościowe i ilościowe granice odpowiedzialności – zwyczajne czy nadzwyczajne – którymi sąd jest bezwzględnie związany (art. 53 § 1 k.k.). To, że zmiana w granicach odpowiedzialności jest przez ustawę ujęta jako uznaniowa nie zmienia faktu, że granice zmodyfikowanej odpowiedzialności nadal tworzy tylko ustawa. Brak kompetencji sądu w tym zakresie jest aż nadto widoczny. Obligatoryjność bądź fakultatywność stosowania trudno więc uznać za trafne kryterium jakościowego zaszerogowania tych instytucji. Cechy te zaś niewątpliwie wpływają na zakres i przestrzeń realizacji zasady swobodnej uzasadnienia sądu i w takim tylko wymiarze powinny być postrzegane. Skoro sądowy wymiar jest aktem konkretyzacji wymiaru ustawowego, zespołem zasad i dyrektyw postępowania zmierzającym do indywidualizacji odpowiedzialności karnej, to nie można podstaw ani reguł nadzwyczajnego wymiaru zaliczać do obszaru tego procedowania – jako unormowania generalne i abstrakcyjne pozostają one w obszarze wymiaru ustawowego. Jeśli natomiast spojrzeć na „produkt finalny” zastosowania tych instytucji, nie ma wątpliwości, że zrealizowany został w ramach sądowego wymiaru kary i jest jego wyrazem. Każda orzeczona kara, zarówno ta nadzwyczajnie obostrzona lub złagodzona, jak i mieszcząca się w „zwyczajnym” wymiarze zakazu karnego, musi stanowić projekcję jego zasad i dyrektyw.

³⁴ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 237.

³⁵ Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 325.

³⁶ V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 42.

W relacji między nadzwyczajnymi instytucjami wymiaru kary bezsporne jest to, że jawią się one jako instytucje biegunowe, „lustrzane”, posiadające analogiczne uzasadnienie, wywodzące się z takiej samej potrzeby i pełniące podobne funkcje – modyfikacji granic zagrożenia – choć w przeciwnych kierunkach. Z oczywistych względów różnią się charakterem przesłanek oraz regułami stosowania. Niewątpliwie wspólne jest to, że zarówno nadzwyczajne obostrzenie kary, jak i jej złagodzenie, występują jako pojęcia prawne, mając także w języku prawniczym swoją tradycyjną i ugruntowaną pozycję. W przeciwieństwie jednak do nadzwyczajnego złagodzenia kary, nadzwyczajne zwiększenie jej surowości nie zostało w kodeksie karnym *expressis verbis* zdefiniowane. Kodeks nie określa wprost jej istoty i reguł stosowania w oderwaniu od konkretnych podstaw, jak to czyni w odniesieniu do nadzwyczajnego złagodzenia (art. 60 § 6 i 7 k.k.), lecz wiąże technikę modyfikacji odpowiedzialności karnej z konkretną ustawową przesłanką. Brak także w kodeksie karnym swoistego „przepisu-matki”, na podobieństwo art. 60 § 1–4 k.k., w którym instytucja ta byłaby zakotwiczona i do którego odwoływałyby się poszczególne podstawy nadzwyczajnego obostrzenia. Ustawodawca nie przewiduje również stosowania nadzwyczajnego obostrzenia kary w oparciu o klauzulę generalną, uściśloną ewentualnie poprzez egzemplifikację, jak to czyni w odniesieniu do nadzwyczajnego złagodzenia (art. 60 § 2 k.k.). Różnice te wynikają zarówno z przyjętej przez ustawodawcę konwencji redakcyjnej, jak i różnej jakości celów. Stosowanie nadzwyczajnego, surowszego wymiaru kary, ogranicza się – można by rzec, odwołując się do brzmienia art. 60 § 1 k.k. – do „wypadków wskazanych w ustawie”, które znajdują się zarówno w części ogólnej kodeksu karnego, jak i poza nią.

Należy wreszcie odnieść się i do terminologicznych kontrowersji. Zarówno w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie sądowym w odniesieniu do modyfikacji sankcji na niekorzyść sprawcy czynu zabronionego można zauważyć, niegroźny skądinąd brak nazewnicznej konsekwencji, który widać w różnorodnych jej określeniach – począwszy od „nadzwyczajnego podwyższenia kary”, poprzez „nadzwyczajne zaostrzenie”, na „nadzwyczajnym obostrzeniu” kończąc³⁷. Nazwy te używane są nierzadko przez tych samych autorów zamiennie, tak-

³⁷ Zwraca na to uwagę Z. Ćwiakalski, *O niektórych pojęciach...*, s. 54–55.

że w jednym opracowaniu³⁸. Tak liberalna praktyka posługiwania się różnymi nazwami tej samej instytucji ma niewątpliwie swoje korzenie w poprzednich kodyfikacjach karnych. „Nadzwyczajne zaostrenie” bądź „nadzwyczajne obostrzenie” kary nie występowało jako pojęcie ustawowe w kodeksie karnym z 1932 r. ani z 1969 r. Obie te kodyfikacje określały jedynie przesłanki oraz zasady modyfikacji ustawowego wymiaru. W kodeksie karnym z 1969 r. ustawodawca posłużył się wprawdzie w dwóch przepisach terminem „zaostrenie kary”, ale odnosiło się ono do zwyczajnego wymiaru kary (art. 52 i 59 k.k.)³⁹. Odmienne było to uregulowane w ustawie karnej skarbowej z 1971 r., w której kilkakrotnie (art. 24–26 u.k.s.) na określenie instytucji modyfikującej wymiar kary użyta została nazwa „nadzwyczajne zaostrenie kary”⁴⁰. Kodeks wykroczeń z 1971 r., choć w art. 38 przewiduje fakultatywne orzeczenie kary aresztu wobec sprawcy, który co najmniej dwukrotnie dopuścił się podobnego wykroczenia, choćby czyn był zagrożony karą łagodniejszą, co odpowiada formule nadzwyczajnego wymiaru kary w kierunku jej obostrzenia, to jednak w żadnym przepisie nie posługuje się nazwą takiej instytucji. Można zatem stwierdzić, że „nadzwyczajność zaostrenia” („podwyższenia”⁴¹, „obostrzenia”) jako nazwa instytucji wymiaru kary w języku prawniczym wytworzyła się pod rządami poprzednich regulacji karnych z jednej strony w sposób naturalny, poprzez odwołanie się do charakteru (wyjątkowość), istoty (odstępstwo od „zwyczajnego” wymiaru) i kierunku (przeciwnego wobec „nadzwyczajnego łagodze-

³⁸ Zob. np. J. Sawicki, *Nadzwyczajne zaostrenie kary w kodeksie karnym skarbowym*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, pod red. L. Boguni, t. XVIII, Wrocław 2005.

³⁹ W art. 59 k.k. z 1969 r. termin ten pojawił się wraz z nowelizacją kodeksu z 1995 r. (art. 1 pkt 7 lit. a) Ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. z 1995 r., Nr 95, poz. 475), w związku z którą występek o charakterze chuligańskim z okoliczności stanowiącej podstawę nadzwyczajnego obostrzenia wymiaru kary stał się okolicznością obciążającą o statusie przesłanki „zaostrenia” zwyczajnego.

⁴⁰ Ustawa karna skarbowa z dnia 26 października 1971 r., tekst jednolity: Dz.U. 1984 r. Nr 22, poz. 103.

⁴¹ Takim określeniem (zresztą alternatywnie z zaostreniem) posługuje się m.in. J. Makarewicz. Zob. np. J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 170.

nia” względnie „złagodzenia”⁴²⁾ modyfikacji granic odpowiedzialności, a z drugiej zapewne także pod wpływem jednoznacznych w tej mierze unormowań karnoskarbowych. Należy zauważyć, że w obecnym stanie prawnym za zauważalny w literaturze brak jednolitości terminologicznej w piśmiennictwie karnistycznym, poza tradycją swobody w tym zakresie, odpowiedzialny jest w pewnym sensie sam ustawodawca, legitymizujący niejako taką praktykę. Kodeks karny skarbowy z 1999 r. konsekwentnie posługuje się określeniem „nadzwyczajne obostrzenie kary”, które występuje w związku z ustawowymi przesłankami (art. 37 u.k.s.) oraz zasadami stosowania tej instytucji (art. 28 i 38 u.k.s.)⁴³⁾. Inaczej rzecz się ma w kodeksie karnym z 1997 r., gdzie dla określenia analogicznej instytucji ustawodawca w różnych przepisach posługuje się wieloma nazwami, a ściślej – odmiennymi przedrostkami tego samego pojęcia. W art. 38 § 2 i 3 k.k., odnoszącym się do zakresu oraz ogólnych zasad modyfikacji zagrożenia karą, została użyta nazwa „nadzwyczajne obostrzenie kary”, podobnie jak w art. 57 § 1 i 2 k.k., regulującym zbieg jednokierunkowych oraz kolizję między różnokierunkowymi podstawami modyfikacji sankcji. W art. 65 § 2 k.k.⁴⁴⁾, odsyłającym do stosowania wobec sprawcy przestępstwa z art. 258 k.k. przepisów odnoszących się do sprawcy określonego w art. 64 § 2 k.k., wyłącza z kolei z tej delegacji „przewidziane w tym przepisie zaostrenie kary” (podk. – R.K). Skoro więc przepis „t e n” traktuje wyłącznie o następstwach recydywy wielokrotnej w obszarze modyfikacji granic odpowiedzialności karnej, użyte w nim określenie odnosić się musi do nadzwyczajnego obostrzenia kary. Powyższe zastrzeżenia nie znajdowałyby uzasadnienia, gdyby art. 65 § 2 k.k. odwoływał się do ogółu ustawowych następstw multirecydywy, wynikających także z innych przepisów. Pozwalałoby to na rozumienie określenia użytego w tym przepisie jako „zaostrenie wymiaru kary”, będące pojęciem szerszym w stosunku „nadzwyczajne obostrzenie kary”. Redakcja przepisu nie dostarcza jednak podstaw dla takiej „ratunkowej” egzegezy. Można domniemywać, że – nowelizując

⁴²⁾ Zarówno w kodeksie z 1932 r., jak i z 1969 r. oba te terminy występowały jako pojęcia prawne (np. art. 59 k.k. z 1932 r. oraz art. 57 k.k. z 1969 r.).

⁴³⁾ Szerzej na temat przesłanek nadzwyczajnego obostrzenia kary w prawie karnym skarbowym zob. J. Sawicki, *op. cit.*

⁴⁴⁾ W brzmieniu zmienionym przez art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz.U. z 2004 r., Nr 93, poz. 889), która weszła w życie dnia 1 maja 2004 r.

przepis art. 65 k.k. – ustawodawca przeoczył konsekwentnie do tej chwili używaną w kodeksie karnym, choć już nie w literaturze, nazwę „nadzwyczajnego obostrzenia kary” (art. 38 i 57 k.k.). Nie ma jednak wątpliwości, że jego właśnie znowelizowany przepis dotyczy. Traktując powyższe uwagi jako jedynie porządkujące przedpole nazewnicze i marginalne na tle istoty oraz funkcji tej instytucji wymiaru kary, wypada zwrócić uwagę na potrzebę ujednoczenia nazewnictwa na poziomie ustawowym i kosmetyczną korektę użytego w art. 65 § 2 k.k. przedrostka, wraz z sugestią konsekwentnego stosowania w języku prawniczym wyłącznie nazwy „nadzwyczajne obostrzenie kary”, jako odpowiadającej stabilnej konwencji nazewniczej zastosowanej w kodeksie karnym z 1997 r. oraz przejętej przez kodeks karny skarbowy z 1999 r., a zachwianej przez terminologicznie niefortunną nowelizację ustawy karnej z 2004 r. Realizacja tego postulatu nie tylko spełniałaby wymóg precyzyjnego posługiwania się w języku prawniczym nazwami zaczerpniętymi z języka prawnego, ale – co stanowi już drugoplanowy i wyłącznie „techniczny” skutek uboczny – ułatwiłaby rozróżnianie skrótów obu przeciwstawnych instytucji nadzwyczajnego wymiaru kary (NOK oraz NZK), chętnie stosowanych w opracowaniach prawniczych.