

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Uniwersytet Wrocławski

OPINIA

na temat projektu zmian przepisów kodeksu karnego

(uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2019 roku)

I. Uwagi wprowadzające

Autorzy:

prof. dr hab. Jacek Giezek

dr Konrad Lipiński

Przystępując do oceny najnowszych zmian przepisów kodeksu karnego – przyznać trzeba, dość rozległych i z tego względu pretendujących do miana reformy, choć wprowadzanych w trybie, który rodzić może poważne wątpliwości – już na wstępie odróżnić należy dwa aspekty poczynań reformatorskich. Pierwszy z nich – nazwijmy go umownie zewnętrznym – to formułowanie celów i założeń, na jakich opierać się będzie reforma oraz tworzony w jej ramach model. Z kolei aspekt drugi, który można by – zachowując pewną konsekwencję terminologiczną – określić jako wewnętrzny, sprowadza się do opartego na przyjętych wcześniej założeniach konstruowania modelu, określania jego poszczególnych elementów oraz ich wzajemnego dopasowywania. Rozróżnienie obu aspektów – w praktyce zapewne niełatwe – pożyteczne byłoby z tego przede wszystkim względu, że porządkować mogłoby dyskusję nad reformą. Pozwoliłoby także na określenie zadań spoczywających na prawnikach zajmujących się teorią i dogmatyką prawa, wskazując na to, jaka jest ich kompetencja, jednocześnie również czyniłoby w pełni uprawnionymi wszelkie wypowiedzi na temat podstawowych założeń tworzonego modelu, pochodzące od osób z prawem profesjonalnie nie związanych.

Analizę opiniowanych zmian przepisów kodeksu karnego w kontekście pierwszego ze wskazanych aspektów rozpocząć należałoby od ogólnego i w pewnym sensie retorycznego pytania, czemu właściwie miałyby one służyć oraz jaki jest zasadniczy cel ich wprowadzania. Czy potrzeba zmiany prawa powiązana została z koniecznością stosownego zareagowania na zmieniającą się rzeczywistość, czy może raczej współczesny ustawodawca uznał z siebie tylko znanych powodów, że dotychczasowa reakcja na rozmaite przejawy patologii życia społecznego powinna ulec modyfikacji, gdyż w obowiązującym stanie prawnym jest ona nieprawidłowa, niewystarczająca lub w ogóle jej brak (choćby powinna wystąpić). Przystępując do reformowania prawa karnego należałoby więc przede wszystkim rozważyć, czy mamy do czynienia z dysfunkcjonalnością podstaw odpowiedzialności karnej oraz norm z nimi powiązanych.

Rozważania na temat celowości i prawidłowości proponowanych zmian legislacyjnych wymagają zatem postawienia kilku podstawowych pytań, a mianowicie:

- co stanowi cel nowelizacji,
- czy zmiana kodeksu karnego w kierunku zwiększenia jego punitowności – stanowiącej rdzeń projektu – jest potrzebna i dobrze uzasadniona (prawidłowo zrjonalizowana),
- czy właściwym środkiem do osiągnięcia celu nowelizacji jest „mechaniczna” modyfikacja granic ustawowego zagrożenia oraz zasad wymiaru kary, a zatem czy zwiększenie represji – zakładając, że nie jest celem samym w sobie – odniesie dalej idący skutek (a zatem np. spadek przestępczości),
- w przypadku pozytywnej odpowiedzi na poprzednie pytania: czy modyfikacja poszczególnych przepisów kodeksu karnego powinna nastąpić w projektowanej (przyjętej przez Senat) formie.

Pytania tego rodzaju, które po odpowiednim uogólnieniu przedstawić można by było w syntetycznej formie – czy zmieniać, co zmieniać oraz jak zmieniać – towarzyszyć powinny wszelkiej racjonalnej działalności, w szczególności zaś wszelkiej zmianie obowiązującego stanu prawnego. W teorii prawa przyjmuje się bowiem, że zachowanie ludzkie jest racjonalne wówczas, gdy jest działaniem celowym, a zatem takim, w którym wybiera się środki do założonego celu na podstawie wiedzy o powiązaniach wiedzy między zjawiskami rzeczywistości i przy przyjęciu określonych kryteriów wyboru. Na tej podstawie tworzy się model racjonalnego tworzenia prawa, składający się z (1) założenia celu, (2) ustalenia prawidłowości – potencjalnych środków do celu, (3) ustalenia, jakie ze środków potencjalnych mogą być środkami prawnymi realizacji celu, (4) wyboru określonego środka prawnego oraz – finalnie – (5) ustanowienia określonych przepisów prawnych¹. Odwołując się zaś do znanego w prawoznawstwie podziału na oceny o charakterze zasadniczym, jak i te o charakterze celowościowym (zrelatywizowane instrumentalnie)², każdorazowo należy rozważyć, czy potencjalny stan rzeczy, jakiego osiągnięcie zakładamy, określić można by było jako pożądany oraz czy – w przypadku odpowiedzi twierdzącej – dobrane narzędzia pomogą go zrealizować. Racjonalna polityka kryminalna, która miałaby w sposób celowy kształtować rzeczywistość, musi się bowiem opierać na wiedzy dotyczącej zjawisk i prawidłowości, które miałyby regulować³.

Treść nowelizacji oraz – być może przede wszystkim – uzasadnienia jej projektu, skonfrontować należy zatem z poszczególnymi elementami modelu racjonalnego tworzenia prawa. Rekonstrukcja **celu nowelizacji** nie nastęrczy raczej większych trudności. Już bowiem w pierwszych zdaniach uzasadnienia projektu wskazano: „Zasadniczym założeniem, które legło u podstaw prac nad projektem zmian Kodeksu karnego była potrzeba wzmocnienia ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w tak fundamentalne dobra prawne jak życie i zdrowie człowieka, wolność seksualna czy własność. Jest rzeczą oczywistą, że prawo karne ma, za pomocą swoich instrumentów, służyć zaspokojeniu społecznego poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości”. Przyjąć tedy trzeba, że zasadniczymi celami projektu są:

- 1) wzmocnienie ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w życie i zdrowie człowieka, wolność seksualną oraz własność,
- 2) zaspokojenie społecznego poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości.

¹ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 421-422.

² A. Bator (w:) A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2008, s. 128; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 25 i n.

³ Szerzej: K. Lipiński, *Ochrona małoletnich a populizm penalny. Uwagi na marginesie prezydenckiego projektu nowelizacji Kodeksu karnego oraz finalnego brzmienia ustawy*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 10, s. 541 i n.

Dalsza część uzasadnienia pozwala również na zidentyfikowanie kilku celów o charakterze pobocznym. W kontekście dostrzeżonych na etapie prac senackich daleko idących niedoskonałości projektu (przyjęto wszak ponad 40 poprawek), pewne zaskoczenie budzić może pewność, z jaką autorzy nowelizacji przyjęli, że *„Projekt ukierunkowany jest również na wyeliminowanie niespójności i luk prawnych, jakie zostały ujawnione w trakcie stosowania obowiązujących unormowań”*.

W jednoznaczny sposób projektodawca określa **środki służące do osiągnięcia założonych przez siebie celów**, wskazując wprost w uzasadnieniu nowelizacji: *„Dla realizacji tych celów niezbędne jest odpowiednie ukształtowanie rodzaju i wysokości sankcji karnej grożącej za dany typ przestępstwa, uwzględniające potrzebę surowej represji wobec sprawców tych czynów, które budzą silną społeczną potrzebę odpłaty i napiętnowania”*. Środek jest zatem jeden – zwiększenie punitywności kodeksu. Jego wprowadzanie – zgodnie z treścią początkowej części uzasadnienia nowelizacji – odbywać ma się na trzech stopniach, konkretniej zaś poprzez:

- 1) zmiany w zakresie surowości sankcji karnych i konstrukcji poszczególnych typów czynów zabronionych,
- 2) rozszerzenie instytucji nadzwyczajnego zaostrzenia kary,
- 3) zmiany w ogólnych dyrektywach wymiaru kary ukierunkowane w stronę wyboru bardziej surowej represji karnej.

Taki kierunek nowelizacji odpowiada przyjętemu założeniu, że należy podjąć działania legislacyjne, które – posługując się językiem projektodawców – zmierzałyby do zwiększenia surowości sankcji karnych i ukształtowania instytucji wpływających na wymiar kary tak, aby ograniczyć możliwości korzystania z redukcji sankcji karnej lub rozszerzyć możliwość zwiększenia represji karnej wobec sprawców przestępstw o wysokim stopniu karygodności.

Jest oczywiste, że ustawodawca zwykły dysponuje relatywnie szeroką swobodą w zakresie kształtowania polityki karnej oraz sposobów jej wdrażania za pomocą regulacji prawnej. Spostrzeżenie to nie zwalnia jednak od racjonalnego wyboru realizowanych w tym przedmiocie celów. Odnosząc się zatem do pierwszego założenia projektu, zgodnie z którym ma on służyć *„wzmocnieniu ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w życie i zdrowie człowieka, wolność seksualną oraz własność”*, sformułować należy przede wszystkim zastrzeżenie, że w treści uzasadnienia projektu trudno doszukać się jakiegokolwiek – w szczególności popartego danymi empirycznymi – argumentu, który wskazywałby, że tego rodzaju zwiększona ochrona w ogóle jawi się jako z jakichś przyczyn potrzebna.

Próbując zracjonalizować zaproponowane zmiany projektodawca powinien przede wszystkim zdać sobie sprawę, że po to, by wytyczyć jakiś ich kierunek, trzeba – po pierwsze – umiejętnie zdiagnozować stan obowiązujący oraz wskazać występujące w nim braki lub niedoskonałości. Łatwo zauważyć, że przedstawione przez projektodawców uzasadnienie warunku tego nie spełnia. Trudno odnaleźć w nim bowiem bardziej pogłębioną – a nawet jakąkolwiek – diagnozę stanu obecnego, która – z jednej strony – obejmowałaby analizę struktury oraz dynamiki przestępczości, z drugiej zaś – zawierała wiarygodne odniesienia do ukształtowanej obecnie praktyki wymiaru sprawiedliwości, wskazujące na nadmierny liberalizm sądów orzekających w sprawach karnych. Innymi słowy – projektodawcy nie wykazali, że stan przestępczości jest alarmujący, a skuteczna walka z nią wymaga nowego instrumentarium oraz że dotychczasowa reakcja ze strony wymiaru sprawiedliwości jest co najmniej niewystarczająca. Opierając się na mocno uproszczonym oraz nie popartym żadnymi badaniami założeniu, że im więcej represji, tym mniej popełnianych przestępstw, projektodawcy uznali, że należy wprowadzić do kodeksu karnego rozwiązanie nie tylko umożliwiające, ale także zmuszające do zaostrzenia orzekanych kar.

Być może uzasadnieniem – na zasadzie swoistej samospełniającej się przepowiedni – mógłby być drugi z celów projektu, a zatem zaspokojenie społecznego poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Dochodzimy jednak w tym miejscu do kolejnego problemu. Dalece niewłaściwe wydaje się bowiem modyfikowanie prawa karnego – a zatem tej gałęzi prawa, która ingeruje w prawa i wolności obywatelskie w sposób najbardziej drastyczny – tylko po to, aby **zaspokoić czyjekolwiek (z natury rzeczy – subiektywne) poczucie** bezpieczeństwa. Rolą racjonalnie stanowionego prawa nie może być wszak zaspokajanie odczuć (a zatem – jakby nie patrzeć – uleganie emocjom) lecz rozwiązywanie konkretnych, rzetelnie zidentyfikowanych problemów społecznych. Inaczej bowiem zmiana prawa stałaby się celem samym w sobie – niezależnie od osiągniętych w ten sposób skutków społecznych. Rzecz przy tym znamienita, że mimo braku odniesienia do rzeczywistości pozaprawnej (choćby do skonkretyzowanych danych statystycznych⁴), projektodawca wielokrotnie wskazuje, że proponowane rozwiązania przyczynią się do racjonalizacji polityki karnej, podczas gdy dotychczasowe brzmienie przepisów okazuje się – zdaniem autorów nowelizacji – nieracjonalne (zob. m.in. s. 10, 15, 25, 42, 44 uzasadnienia⁵).

Przejszć zatem należy do skrótowego omówienia środków, które projektodawca obrał jako służące do osiągnięcia wyselekcjonowanych wcześniej celów, a zatem przejawiającego się na kilku płaszczyznach zwiększenia represyjności prawa karnego. Dobór tego środka w konfrontacji z zasadniczym celem nowelizacji – selektywnego zwiększenia prawnokarnej ochrony – pozwala na jednoznaczne uznanie, że **w przekonaniu projektodawcy większa kara za określone przestępstwo wprost przekłada się na zwiększenie prawnokarnej ochrony**, według schematu „wyższa (surowsza) kara = większa ochrona”. Przypomnieć jednak należy, że kary kryminalne mają jedynie moc leczenia objawowego, a nie przyczynowego⁶. Kara nie stanowi wszak środka zapobiegającego popełnieniu danego przestępstwa, lecz jest nań reakcją. Skoro zaś dostrzeżemy tę zależność, to zauważyć również powinniśmy powszechnie uznawaną prawidłowość, zgodnie z którą skuteczniejsza ze względów prewencyjnych jest kara nieuchronna, a nie (nadmiernie) surowa. Gdyby wszak prosta zależność „wyższa (surowsza) kara – większa ochrona” okazała się trafna, to optymalna ochrona dóbr prawnych musiałaby zostać zapewniona możliwością wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności za każde niemal przestępstwo. Również zatem z tej perspektywy trudno przyjąć, aby „mechaniczna” modyfikacja granic ustawowego zagrożenia poszczególnych typów przestępstw w kierunku ich obostrzenia mogła odnieść zamierzony przez projektodawcę skutek.

Przyznać natomiast trzeba, że zwiększenie punitivności kodeksu może się okazać adekwatnym środkiem do osiągnięcia drugiego z celów – zaspokojenia **poczucia** bezpieczeństwa, a nawet – być może – **poczucia** sprawiedliwości. W mocy pozostaje jednak

⁴ W treści uzasadnienia nowelizacji znajduje się jedynie odwołanie do „znacznego zwiększenia w ostatnich latach liczby popełnianych przestępstw” polegających na stalkingu (s. 35) na przestrzeni lat 2011-2015. Projektodawca zdaje się jednak nie dostrzegać, że przepis art. 190a k.k. wszedł w życie dopiero w czerwcu 2011 roku, stąd też ilość zapadających prawomocnych rozstrzygnięć z istoty rzeczy okaże się wyższa w latach późniejszych.

⁵ W kontekście niekonsekwencji w zakresie wyrównania kar za zbliżone typy przestępstw dostrzeżonych w opinii Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego w wątpliwość podać należy w szczególności zawartą na s. 25 uzasadnienia projektu deklarację, zgodnie z którą „Projekt dokonuje zaostrzenia odpowiedzialności karnej za niektóre przestępstwa, jednak czyni to w sposób selektywny i racjonalny”.

⁶ T. Kaczmarek, *Opinia o rządowym i poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (druki nr 2510, 2335, 1672)* (w:) *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006, s. 806.

wcześniejsza uwaga, że „zaspokajanie poczucia” to nie innego, jak „sprawianie wrażenia”, a nie rozwiązanie rzeczywistego problemu. Rodzi się zatem dość dobrze uzasadniona wątpliwość, czy cel taki w ogóle powinien zostać przez projektodawcę obrany oraz czy zaspokojenie poczucia bezpieczeństwa i sprawiedliwości nie stoi przypadkiem w sprzeczności z rzeczywistym osiągnięciem zwiększenia bezpieczeństwa i trafnej reakcji karnej, a przynajmniej czy nie jest z takim stanem rzeczy niezgodne. Zaspokajanie emocji – samo w sobie – zdaje się zaś stanowić cel nieakceptowalny z perspektywy racjonalnego tworzenia prawa.

Problem polega wszakże na tym, że lektura uzasadnienia projektu, opierającego się w dużej mierze na ogólnikowych, niedookreślonych twierdzeniach o racjonalności lub zasadności wprowadzenia takiej, a nie innej zmiany, może rodzić wrażenie, że u podstaw przedłożenia projektu w Sejmie nie legła głębsza diagnoza i analiza rzeczywistego stanu rzeczywistości pozaprawnej. Można natomiast odnieść wrażenie, że przedstawiana na kartach uzasadnienia noweli argumentacja, nawiązująca do bliżej niesprecyzowanych społecznych odczuć, „potrzeby surowej represji”, „społecznej potrzeby odpłaty i napiętnowania”, **uderza w tony charakterystyczne dla populizmu penalnego**. Jednym z charakterystycznych sposobów działania dla populizmu penalnego jest bowiem właśnie odwołanie się do zapewnienia przez państwo absolutnego bezpieczeństwa obywatelom – zazwyczaj właśnie przez zwiększanie kar. Przy takiej argumentacji popełnienie przestępstwa jest błędem w systemie ochrony, dowodzącym niepoprawnej konstrukcji prawa, „naprawianą” poprzez usunięcie błędu, za który traktuje się najczęściej kary zbyt niskie⁷.

Analiza zmian wprowadzanych w części szczególnej kodeksu karnego pozwala zarazem na przyjęcie, że w dużej mierze rozmiągają się one z deklaracją „wzmocnienia ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w życie i zdrowie człowieka, wolność seksualną oraz własność”. Zmiany te tną bowiem strukturę kodeksu karnego dużo głębiej i szerzej niż tylko w zakresie rzekomej ochrony tych właśnie dóbr prawnych. Modyfikacja dotyczy wszak również takich dóbr jak prawidłowość działania instytucji państwowych i samorządowych, rzetelność obrotu gospodarczego, bezpieczeństwo w komunikacji, wolność, porządek publiczny i wiele innych. Zmiany zaś dotyczące części ogólnej kodeksu karnego – czy to w zakresie granic poszczególnych kar, czy też zasad ich wymiaru – charakteryzują się w istocie **nieograniczonym zasięgiem rażenia**. W szczególności – wbrew wielokrotnie publicznie powtarzanym przez projektodawców deklaracjom – nie mają one już niemal nic wspólnego z przestępstwami o charakterze pedofilskim.

Pośród uwag o charakterze przednawiasowym podnieść należy jeszcze daleko idącą kazuistykę dotyczącą zarówno części ogólnej kodeksu karnego (projektowany art. 34 § 1aa, art. 53 § 2a i 2b k.k.) jak i jego części szczególnej (art. 197 § 3, art. 200 k.k.). Nie ulega wątpliwości, że nadmierna kazuistyka zmniejsza przejrzystość ustawy karnej, w związku z czym tworzenie przepisów dotyczących wąsko sprecyzowanych sfer dóbr i interesów prawnych powinno być stosowane możliwie powściągliwie. Dotyczy to również wielości typów kwalifikowanych przestępstw, w sytuacji, gdy trudno sobie wyobrazić, aby okoliczności kwalifikujące wskazywane przez ustawodawcę nie zostały uwzględnione przez sąd w ramach sądowego wymiaru kary⁸. Kazuistyka tego rodzaju zresztą w sprzeczności z tradycją legislacyjną powstała na gruncie syntetycznego w swej treści kodeksu karnego z

⁷ W. Wróbel, *Czy powrót do racjonalizmu? Projekty nowelizacji kodeksu karnego w perspektywie zmian dokonanych w prawie karnym w latach 2005-2007* (w:) Z. Sienkiewicz, R. Kokot, *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, Wrocław 2009, s. 107.

⁸ Zob. szerzej K. Lipiński, *Ochrona małoletnich...*

1932 roku⁹, choć w treści uzasadnienia projektodawca znacznie częściej odwołuje się do powstałego w warunkach realnego socjalizmu kodeksu karnego z 1969 roku (zob. s. 9, 35, 45, 49, 52 uzasadnienia). Do tego też, niezwykle punitywnego kodeksu nawiązuje wiele uchwalonych rozwiązań, poczynając od zmian w zakresie wymiaru kary za recydywę, a kończąc na – budzącym wątpliwość co do dopasowania do współczesnych realiów nawet na płaszczyźnie czysto językowej – kwalifikowanym typie kradzieży „szczególnie zuchwałej”. Uwzględnianie w treści ustawy poszczególnych (kwalifikowanych) wariantów zachowań przestępnych poczytywane jest w doktrynie prawa karnego jako przejaw niewiary w kompetencje sędziów¹⁰, ograniczający ich niezawisłość i ograniczający możliwość pełniejszego dopasowania wymiaru kary do okoliczności konkretnego przypadku. Potwierdzeniem tej obawy zdają się być rozważania projektodawcy zawarte na przełomie s. 7 i 8 uzasadnienia noweli: *„Taki stan prawny, przy uwzględnieniu faktu, iż w zakresie drobnej i średniej przestępczości kary nieizolacyjne powinny być karami o pierwszoplanowym znaczeniu, utrudnia prowadzenie spójnej i efektywnej polityki karnej, ustalając dolną granicę kar grożących za przestępstwa zagrożone tymi rodzajami kar na bardzo niskim, nieadekwatnym do ich karygodności poziomie, i to granicę jednolitą w odniesieniu do czynów o bardzo różnym, nieporównywalnym stopniu społecznej szkodliwości, a tym samym nadając decyzjom orzeczniczym o wymierzeniu tych kar nazbyt arbitralny, a przy tym często nieracjonalny charakter. Obniża to efektywność polityki karnej, stanowi zagrożenie dla zasady równości stosowania prawa, a nadto sprzyja kształtowaniu się, w ramach jednego systemu prawnego, niepożądanego zjawiska odmiennych praktyk orzeczniczych”*. Projektodawca zdaje się zatem wychodzić z założenia, że orzekana przez sądy *in concreto* kara ograniczenia wolności lub grzywny w dolnych granicach jej wymiaru jest „zbyt arbitralna, a przy tym często nieracjonalna”. Trudno jednak zrozumieć, dlaczego racjonalne miałyby być ograniczenie możliwości orzeczniczych sądu, a tym samym uniemożliwienie wymierzenia kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia w sytuacji, gdy stopień karygodności lub dającej się przypisać winy jawi się jako relatywnie niski.

Dotychczasowe, ogólne rozważania pozwalają zatem przyjąć, że projekt nowelizacji budzi zasadnicze wątpliwości zarówno na płaszczyźnie założonego celu, jak i środków służących do jego realizacji. Dlaczego zatem uznano – w sposób zresztą dość ostentacyjny lekceważąc potrzebę zasięgnięcia opinii specjalistów (zarówno teoretyków, jak i praktyków wymiaru sprawiedliwości – że kodeks karny powinien zostać zreformowany? Otóż najprawdopodobniej dlatego, że ten niewątpliwie podstawowy dla demokratycznego państwa prawnego akt prawny stał się kolejnym narzędziem uprawiania polityki. Z jednej strony trudno oprzeć się przecież wrażeniu, że mamy do czynienia ze swoistą fasadowością dokonanych zmian, wykorzystywaną zwłaszcza w przestrzeni medialnej, z drugiej natomiast – projektodawcy ulegli pokusie, by stworzyć instrumenty, dzięki którym można by z perspektywy władzy wykonawczej, reprezentowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości oraz podległą ministrowi prokuraturę oddziaływać na władzę sądowniczą, ograniczając swobodę podejmowania decyzji głównie na płaszczyźnie sądowego wymiaru kary. Przejść zatem należy do oceny poszczególnych rozwiązań przyjętych przez projektodawcę w ich kształcie przyjętym przez Senat.

⁹ M. Filar, *Polityka kryminalizacyjna III Rzeczypospolitej*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 11, s. 47.

¹⁰ *Ibidem*.

II. Opinia na temat wybranych zmian przepisów kodeksu karnego

Autorzy:

prof. dr hab. Jacek Giezek

dr Joanna Brzezińska

dr Dagmara Gruszecka

dr Rajnhardt Kokot

dr Konrad Lipiński

Aktualne brzmienie ustawy	Ustawa uchwalona przez Sejm	Poprawki Senatu (ujednolicone)
Art. 32. Karami są: 1) grzywna; 2) ograniczenie wolności; 3) pozbawienie wolności; 4) 25 lat pozbawienia wolności; 5) dożywotnie pozbawienie wolności.	Art. 32. Karami są: 1) grzywna; 2) ograniczenie wolności; 3) pozbawienie wolności; 4) (uchylony); 5) dożywotnie pozbawienie wolności.	
Art. 37. Kara pozbawienia wolności wymieniona w art. 32 pkt 3 trwa najkrócej miesiąc, najdłużej 15 lat; wymierza się ją w miesiącach i latach.	Art. 37. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, kara pozbawienia wolności wymieniona w art. 32 pkt 3 trwa najkrócej miesiąc, najdłużej 30 lat; wymierza się ją w miesiącach i latach	Art. 37. Kara pozbawienia wolności wymieniona w art. 32 pkt 3 trwa najkrócej miesiąc, najdłużej 30 lat; wymierza się ją w miesiącach i latach.

Ustawa zmieniająca przewiduje wprowadzenie istotnych zmian do tzw. katalogu kar, rezygnując m.in. z kary 25 lat pozbawienia wolności oraz modyfikując górną granicę kary pozbawienia wolności poprzez jej podwyższenie do 30 lat. Z jednej strony można by uznać, że w ten sposób wypełniona została swoista luka pomiędzy dotychczasową górną granicą tej kary wynoszącą 15 lat a karą 25 lat pozbawienia wolności, a jednocześnie poszerzony został obszar przysługującego sądowi luzu decyzyjnego, umożliwiającego bardziej elastyczne oraz dostosowane do okoliczności konkretnej sprawy reagowanie karą, z drugiej jednak strony dostrzec tutaj można wyraźną skłonność do zaostrzania represji karnej. Zauważyć także należy, że z uwagi na tak wysoką górną granicę tego rodzaju kary w sankcjach wynikających z przepisów części szczególnej jest ona relatywnie często modyfikowana.

	Art. 33 § 1a. Jeżeli przestępstwo jest zagrożone zarówno grzywną, jak i karą pozbawienia wolności, grzywnę wymierza się w wysokości nie niższej od: 1) 50 stawek – w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku; 2) 100 stawek – w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności	Art. 33 § 1a. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, a przestępstwo jest zagrożone zarówno grzywną, jak i karą pozbawienia wolności, grzywnę wymierza się w wysokości nie niższej od: 1) 50 stawek – w przypadku czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku; 2) 100 stawek – w przypadku czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności
--	--	--

	nieprzekraczającą 2 lat; 3) 200 stawek – w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat; 4) 300 stawek – w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata.	nieprzekraczającą 2 lat; 3) 200 stawek – w przypadku czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat; 4) 300 stawek – w przypadku czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata.
	Art. 33 § 2a. Przepis § 1a stosuje się również do grzywny wymierzanej obok kary pozbawienia wolności	Art. 33 § 2a. Przepis § 1a stosuje się również do grzywny wymierzanej obok kary pozbawienia wolności
	Art. 34 § 1aa. Jeżeli przestępstwo jest zagrożone zarówno karą ograniczenia wolności, jak i karą pozbawienia wolności, karę ograniczenia wolności polegającą na potrąceniu, o którym mowa w art. 34 § 1a pkt 4, wymierza się w wysokości nie niższej od: 1) 2 miesiące – w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku; 2) 3 miesiące – w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 2 lat; 3) 6 miesięcy – w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat; 4) 9 miesięcy – w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata.	Art. 34 § 1aa. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, a przestępstwo jest zagrożone zarówno karą ograniczenia wolności, jak i karą pozbawienia wolności, karę ograniczenia wolności wymierza się w wysokości nie niższej od: 1) 2 miesiące – w przypadku czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku; 2) 3 miesiące – w przypadku czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 2 lat; 3) 6 miesięcy – w przypadku czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat; 4) 9 miesięcy – w przypadku czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata.

Przejawem wyraźnie zaznaczającej się tendencji do ograniczania luzu decyzyjnego w zakresie sądowego stosowania prawa, będącego odzwierciedleniem braku zaufania wobec wymierzających kary sądów jest niezwykle kazuistyczne określenie wymiaru kary ograniczenia wolności w sytuacji, gdy przestępstwo jest zagrożone alternatywnie zarówno taką karą, jak i karą pozbawienia wolności. Trudno znaleźć argumenty – a projektodawca swej propozycji w istocie także nie uzasadnia – dlaczego surowość kary ograniczenia wolności miałyby być powiązana z górną granicą występującej w sankcji kary pozbawienia wolności. Wszak już sam fakt sięgnięcia przez sąd do kary ograniczenia wolności musi wskazywać na to, że z uwagi na wszystkie chodzące w rachubę dyrektywy jej wymiaru ten rodzaj kary uznany został za wystarczającą reakcję na popełnione przestępstwo. Górna granica zagrożenia karą pozbawienia wolności nie ma tutaj nic do rzeczy. Niezrozumiałe jest także, dlaczego to dolna granica zagrożenie karą ograniczenia wolności miałyby być w jakikolwiek sposób korelowana z górną (a nie dolną) granicą kary pozbawienia wolności. Czy z punktu widzenia prawidłowej racjonalizacji kary kryminalnej ma jakikolwiek sens zasada, że im wyższa jest górna granica kary pozbawienia wolności, tym wyższa powinna być dolna granica kary ograniczenia wolności?

<p>Art. 37a. Jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4.</p>	<p>Art. 37a § 1. Jeżeli przestępstwo jest zagrożone tylko karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a wymierzona za nie kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od roku, sąd może zamiast tej kary orzec karę ograniczenia wolności nie niższą od 3 miesięcy albo grzywnę nie niższą od 100 stawek dziennych, jeżeli równocześnie orzeka środek karny, środek kompensacyjny lub przepadek.</p> <p>§ 2. Przepisu § 1 nie stosuje się do sprawców występków określonych w art. 178a § 4, sprawców, którzy popełniają przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym oraz sprawców, którzy uprzednio odbywali karę pozbawienia wolności, z wyłączeniem zastępczej kary pozbawienia wolności.</p>	<p>Art. 37a § 1. Jeżeli przestępstwo jest zagrożone tylko karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a wymierzona za nie kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od roku, sąd może zamiast tej kary orzec karę ograniczenia wolności nie niższą od 3 miesięcy albo grzywnę nie niższą od 100 stawek dziennych, jeżeli równocześnie orzeka środek karny, środek kompensacyjny lub przepadek.</p> <p>§ 2. Przepisu § 1 nie stosuje się do sprawców, którzy popełniają przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym.</p>
---	---	--

Znowelizowany art. 37a k.k. okazuje się problematyczny z przynajmniej trzech względów. Po pierwsze – na co trafnie zwrócono uwagę w opinii Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego – przepis ten okazuje się wewnątrznie sprzeczny, bowiem zakłada dokonanie przez sąd dwóch niedających się pogodzić ocen. Sąd miałby bowiem zarazem dojść do wniosku, że chciałby wymierzyć karę pozbawienia wolności (choć jedynie taką, która nie byłaby surowsza od roku) oraz że wystarczające jest jednak wymierzenie kary wolnościowej. Dodać przy tym należy, że takie rozumowanie w przypadku przestępstw zagrożonych wyłącznie karą pozbawienia wolności do lat 5 okazałoby się niezgodne z dyrektywą *ultima ratio* kary pozbawienia wolności z art. 58 § 1 k.k., skoro sąd w pierwszej kolejności miałby jednak – zgodnie z projektowanym brzmieniem art. 37a k.k. – uznać, że należałoby wymierzyć karę pozbawienia wolności, a następnie „zadowolić” się ograniczeniem wolności lub grzywną. Rozwiązanie to jest o tyle zaskakujące, że w przypadku niektórych przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 5 ustawodawca z trudnych do wyjaśnienia przyczyn usunął kary wolnościowe z granic ustawowego zagrożenia (zob. np. znowelizowany art. 270 § 1 k.k.). Po drugie – zmianie ulega także charakter nowelizowanego przepisu, bowiem przepis ten – wobec faktu, że ograniczenie wolności oraz grzywna stanowią alternatywę dla kary, jaka zgodnie z przewidzianymi w art. 53 k.k. dyrektywami miałaby zostać wymierzona – przestaje pełnić funkcję regulacji modyfikującej (współokreślającej) granice ustawowego zagrożenia, a staje się instrumentem sądowego wymiaru kary. Nietrafne jest zatem zawarte w treści uzasadnienia projektu twierdzenie, jakoby znowelizowany art. 37a k.k. „współokreślał ustawowe zagrożenie”. Z tego też względu zastrzeżenia rodzi jego usytuowanie w rozdziale IV kodeksu (grupującym przepisy określające zagrożenie karą), a właściwszym dla niego miejscem byłby rozdział VI, dotyczący zasad wymiaru kary, w szczególności zaś sąsiedztwo podobnego w charakterze art. 58 k.k. Po trzecie – skoro już projektodawca założył konieczność dokonania przez sąd skonkretyzowanej oceny odniesionej

do określonego czynu i jego sprawcy, to trudno zrozumieć, dlaczego w kolejnym paragrafie tego przepisu wprowadzono ograniczenia eliminujące możliwość jego zastosowania wobec pewnych kategorii sprawców, natomiast w paragrafie pierwszym zmodyfikowano dolne granice potencjalnie wymierzanych kar grzywny oraz ograniczenia wolności.

<p>Art. 41 § 1a. Sąd może orzec zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego. Sąd orzeka zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego.</p>	<p>Art. 41 § 1a. Sąd orzeka zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego; 2) za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. 	
--	---	--

Przedstawioną regulację należy ocenić negatywnie, podkreślając jednocześnie, że decyzja o zastosowaniu wskazanego środka powinna być pozostawiona uznaniu sądu. Modyfikacja przewidzianej w obowiązującym stanie prawnym fakultatywności orzekania oznacza w istocie, że sąd sprowadzony zostanie do roli organu bezrefleksyjnie stosującego przepis ustawy.

<p>Art. 42 § 2. Sąd orzeka, na okres nie krótszy niż 3 lata, zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów albo pojazdów określonego rodzaju, jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa wymienionego w § 1 był w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia określonego w art. 173, art. 174 lub art. 177.</p>	<p>Art. 42 § 2. Sąd orzeka, na okres nie krótszy niż 3 lata, zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów albo pojazdów określonego rodzaju, jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa wymienionego w § 1 był w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego, zbiegł z miejsca zdarzenia określonego w art. 173, art. 174 lub art. 177 lub spożywał napój alkoholowy lub zażywał środek odurzający po zdarzeniu określonym w art. 173, art. 174 lub art. 177, a przed poddaniem go przez uprawniony organ badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu.</p>	
--	---	--

Zarówno do art. 42 § 2 i 3, 178 § 1, jak i 178a § 4, wprowadza się dodatkową okoliczność w postaci spożywania napoju alkoholowego lub zażywania środka odurzającego po popełnieniu przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, a przed badaniem w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu. Niezależnie od tego, że określenie „spożywania napoju alkoholowego” budzić może pewne wątpliwości (nie obejmuje bowiem wprowadzenia alkoholu do organizmu w jakiegokolwiek innej postaci niż napój), zauważyć trzeba, że zmiany w przepisach typizujących nie prowadzą do ochrony jakiegokolwiek dobra prawnego, a w szczególności bezpieczeństwa w komunikacji. Wbrew sugestiom zawartym w uzasadnieniu projektu, spożycie alkoholu lub zażycie środka odurzającego po popełnieniu przestępstwa w żaden sposób nie wpływa przecież na zwiększenie stopnia społecznej szkodliwości popełnionego już czynu. Z porządku prawnego niepodobna również wyinterpretować normy zakazującej spożycia alkoholu po zaistnieniu wypadku komunikacyjnego. Wszak tego rodzaju zachowanie nie wywołuje jakiegokolwiek niebezpieczeństwa dla innych uczestników ruchu drogowego ani nie wpływa na powiększenie rozmiarów negatywnego skutku przestępstwa już dokonanego. Jest zatem oczywiste, że nowelizacja w rozważanym zakresie dąży wyłącznie do usunięcia problemów o charakterze dowodowym, a zatem ściśle procesowym. Problem polega jednak na tym, że naruszenie dobra prawnego lub narażenie go na niebezpieczeństwo musi stanowić podstawę legitymizacji ingerencji ustawodawcy w prawa i wolności obywatelskie poprzez ustanowienie określonych przepisów o charakterze represyjnym. Innymi słowy, naruszenie lub choćby narażenie dobra przedstawiającego wartość społeczną stanowi aksjologiczną podstawę kryminalizacji. Podstawy takiej nie gwarantuje projektowana zmiana przepisów.

<p>Art. 53 § 1. Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.</p>	<p>Art. 53 § 1. Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych w ustawie, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu, okoliczności obciążające i okoliczności łagodzące, cele kary w zakresie społecznego oddziaływania, a także cele zapobiegawcze, które ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego. Dolegliwość kary nie może przekraczać stopnia winy.</p>	
--	--	--

Z ogólnym założeniem o konieczności zaostrzania represji karnej korespondują także zmiany w obszarze ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary. Nie przeceniając znaczenia tychże dyrektyw dla praktyki wymiaru sprawiedliwości, a – z drugiej strony – nie tracąc z pola widzenia, że są one jednak, przynajmniej na poziomie deklaracji, brane przez orzekające w sprawach karnych sądy pod uwagę, warto odnotować, iż:

1. przesunięto limitującą funkcję winy przy wymiarze kary, co należy chyba odczytywać w taki oto sposób, iż surowość (dolegliwość) kary nie będzie już tak ściśle limitowana stopniem zarzucalności, jaka wiąże się z popełnionym czynem zabronionym;
2. inaczej zostały ujęte dyrektywy wskazujące na prewencyjną funkcję oraz cel kary kryminalnej. W miejsce pozytywnej prewencji generalnej miałyby się na powrót – tak jak to było w kodeksie z 1969 roku – pojawić się negatywna prewencja generalna. Potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa zastąpione zostały celami kary w zakresie społecznego oddziaływania. Jest to w istocie powrót do takiego ujęcia dyrektywy prewencji ogólnej, jakie obowiązywało w kodeksie z 1969 roku. Mogłoby to oznaczać, że w ocenie Ministerstwa Sprawiedliwości dyrektywa

prewencji ogólnej w okresie PRL ujęta była lepiej niż w budowanej po 1989 roku wolnej i demokratycznej Polsce;

3. modyfikując ujęcie dyrektywy prewencji szczególnej zrezygnowano z celów wychowawczych, jakie spełniać miałyby kara, ograniczając się wyłącznie do celów zapobiegawczych, jakie kara miałyby osiągać w stosunku do skazanego;
4. istotną nowość stanowi wprowadzenie do przepisu regulującego dyrektywy wymiaru kary nakazu uwzględniania okoliczności obciążających oraz łagodzących. Zbudowany także został ustawowy katalog tego rodzaju okoliczności. Być może dążenie do sformułowania katalogu okoliczności wpływających na wymiar kary nie jest pomysłem chybionym, pojawia się jednak pytanie, czy okoliczności na wymiar kary wpływające powinny być wartościowane jako łagodzące lub obciążające;
5. wiele zależy oczywiście od tego, jak zdefiniowana zostanie istota okoliczności wpływającej na wymiar kary. Na wiele sposobów można by wykazać, że okolicznością wpływającą na wymiar kary jest każda okoliczność, która powoduje, że wymierzona kara jest surowsza lub łagodniejsza od tej, jaka zostałaby wymierzona, gdyby okoliczność taka nie wystąpiła. Oznacza to jednak, że w miejsce katalogu okoliczności obciążających oraz łagodzących należałoby raczej wprowadzić – o ile w ogóle pomysł taki uznalibyśmy za rozsądny oraz wart rozważenia – katalog okoliczności wpływających na wymiar kary.

	<p>Art. 53 § 2a. Okoliczności obciążające stanowią w szczególności:</p> <ol style="list-style-type: none">1) uprzednia karalność za przestępstwo umyślne lub podobne przestępstwo nieumyślne;2) bezprawne wpływanie na treść zeznań lub oświadczeń pokrzywdzonego, zeznań świadków lub opinii biegłych, lub treść wyjaśnień innych oskarżonych;3) wykorzystanie bezradności, niepełnosprawności, choroby lub podeszłego wieku pokrzywdzonego;4) sposób działania, prowadzący do poniżenia lub udręczenia pokrzywdzonego;5) popełnienie przestępstwa z premedytacją;6) popełnienie przestępstwa z motywacją zasługującą na szczególne potępienie lub z niskich pobudek;7) popełnienie z użyciem przemocy przestępstwa motywowanego nienawiścią z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej lub wyznaniowej ofiary albo z powodu jej bezwyznaniowości;8) działanie ze szczególnym okrucieństwem;9) popełnienie przestępstwa w stanie po spożyciu alkoholu lub	
--	--	--

	<p>środka odurzającego, jeżeli stan ten był czynnikiem prowadzącym do popełnienia przestępstwa lub istotnego zwiększenia jego skutków;</p> <p>10) popełnienie przestępstwa we współdziałaniu z małoletnim lub z wykorzystaniem jego udziału.</p>	
--	--	--

Umieszczenie w kodeksie karnym otwartego katalogu okoliczności obciążających i łagodzących budzi wątpliwości zarówno o charakterze ogólnym – w zakresie samej idei wprowadzenia tego rodzaju regulacji – jak i co do kształtu poszczególnych rozwiązań. Wydawałoby się bowiem oczywiste, że orzekający w sprawie sąd sam jest w stanie ocenić, jaka okoliczność powinna wpływać na wymierzenie kary surowszej, a jaka – łagodniejszej. Trudno wszak wyobrazić sobie, aby sąd nie uwzględnił na płaszczyźnie wymiaru kary działania ze szczególnym okrucieństwem, uprzedniej karalności, motywacji zasługującej na szczególne potępienie czy szczególnego poniżenia lub udręczenia pokrzywdzonego. Tego rodzaju kazuistyka zdaje się zatem stanowić wyraz pewnej nieufności projektodawcy wobec władzy sądowniczej. Z drugiej strony, z tego samego względu nie wydaje się, aby wprowadzenie otwartego katalogu okoliczności miało w jakikolwiek sposób oddziaływać na strukturę orzekanych kar.

Kilku uwag szczegółowych wymagają również konkretne okoliczności zawarte w projektowanym art. 53 § 2a k.k. Przykładowo, trudno założyć aby „popełnienie przestępstwa z premedytacją” (którym to skądinąd potocznym określeniem projektodawca zapewne obejmuje zamiar przemyślany) każdorazowo miało działać szczególnie obciążająco – zwłaszcza w przypadku tych przestępstw, które wymagają przygotowania, a zatem zasadniczo nie jest możliwe ich popełnienie z zamiarem nagłym. Nietrafne wydaje się również zgeneralizowane założenie, zgodnie z którym każdorazowo okolicznością obciążającą miało być popełnienie przestępstwa w stanie po spożyciu alkoholu lub środka odurzającego, jeżeli stan ten był czynnikiem prowadzącym do popełnienia przestępstwa lub istotnego zwiększenia jego skutków. Projektodawca zdaje się bowiem nie dostrzegać, że obok tzw. zawinionego stanu niepoczytalności (art. 31 § 3 k.k.), istnieje również stan niezawiniony, do którego nie stosuje się art. 31 § 3 k.k., a zatem powoduje on zmniejszenie kwantum dającej się przypisać winy. Z kolei okoliczność w postaci popełnienia przestępstwa we współdziałaniu z małoletnim lub z wykorzystaniem jego udziału stanowi *superfluum*, skoro projektodawca w żaden sposób nie modyfikuje art. 53 § 2 k.k., zgodnie z którym „wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim (...)”. Projektowany art. 53 § 2a k.k. zbędnie powtarza również inne fragmenty tego przepisu.

	<p>Art. 53 § 2b. Okoliczności łagodzące stanowią w szczególności:</p> <p>1) działanie z pobudek zasługujących na uwzględnienie;</p> <p>2) popełnienie przestępstwa pod wpływem gniewu, strachu lub wzburzenia, usprawiedliwionych okolicznościami zdarzenia;</p> <p>3) działanie pod wpływem osoby, wobec której sprawca pozostawał w stosunku zależności;</p>	<p>Art. 53 § 2b. Okoliczności łagodzące stanowią w szczególności:</p> <p>1) działanie z pobudek zasługujących na uwzględnienie;</p> <p>2) popełnienie przestępstwa pod wpływem gniewu, strachu lub wzburzenia, usprawiedliwionych okolicznościami zdarzenia;</p> <p>3) działanie pod wpływem osoby, wobec której sprawca pozostawał w stosunku zależności;</p>
--	--	--

	<p>4) popełnienie przestępstwa w reakcji na nagłą sytuację, której prawidłowa ocena była istotnie utrudniona z uwagi na okoliczności osobiste, zakres wiedzy lub doświadczenia życiowego sprawcy;</p> <p>5) działanie pod wpływem szczególnie ciężkich warunków osobistych;</p> <p>6) dobrowolne podjęcie działań zmierzających do zapobieżenia szkodzie lub krzywdzie, wynikającej z przestępstwa, albo ograniczenia jej rozmiaru;</p> <p>7) skuteczne skłonienie osób współdziałających do odstąpienia od czynu zabronionego lub podjęcia działań zapobiegających powstaniu szkody lub służących ograniczeniu jej rozmiaru;</p> <p>8) dobrowolne naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem;</p> <p>9) dobrowolne zadośćuczynienie pokrzywdzonemu;</p> <p>10) dobrowolne ujawnienie popełnionego przez siebie przestępstwa organowi powołanemu do ścigania przestępstw.</p>	<p>4) popełnienie przestępstwa w reakcji na nagłą sytuację, której prawidłowa ocena była istotnie utrudniona z uwagi na okoliczności osobiste, zakres wiedzy lub doświadczenia życiowego sprawcy;</p> <p>5) działanie pod wpływem szczególnie ciężkich warunków osobistych;</p> <p>6) dobrowolne podjęcie działań zmierzających do zapobieżenia szkodzie lub krzywdzie, wynikającej z przestępstwa, albo ograniczenia jej rozmiaru;</p> <p>7) pojednanie się z pokrzywdzonym;</p> <p>8) dobrowolne naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem;</p> <p>9) dobrowolne zadośćuczynienie pokrzywdzonemu;</p> <p>10) dobrowolne ujawnienie popełnionego przez siebie przestępstwa organowi powołanemu do ścigania przestępstw.</p>
--	---	---

W odniesieniu do projektowanego art. 53 § 2b k.k. co do zasady aktualne pozostają uwagi dotyczące art. 53 § 2a k.k. Jako szczególnie enigmatyczny jawi się jego pkt 1, zgodnie z którym – syntetycznie rzecz ujmując – sąd na płaszczyźnie wymiaru kary miałby uwzględnić okoliczności zasługujące na uwzględnienie. Punkty 2-5 obejmują z kolei okoliczności wpływające na stopień zawinienia. Wyliczenie to wydaje się przejawem niepotrzebnej kazuistyki, choć – z drugiej strony – nie wydaje się, aby mogło negatywnie (jak i pozytywnie) wpłynąć na strukturę orzekanych kar. W toku prac senackich zmodyfikowano natomiast pkt 7, który wcześniej stał w sprzeczności z uregulowaniem zawartym w art. 23 k.k. Obecne brzmienie omawianego fragmentu przepisu – „pojednanie się z pokrzywdzonym” – wymagałoby natomiast uzupełnienia, że z pokrzywdzonym pojednać ma się sprawca.

Posługując się przykładem warto wskazać, że wśród okoliczności obciążających wymienione zostało popełnienie przestępstwa w stanie po spożyciu alkoholu lub środka odurzającego, jeżeli stan ten był czynnikiem prowadzącym do popełnienia przestępstwa lub istotnego zwiększenia jego skutków. Jest oczywiste, że wśród przestępstw, których popełnienie w tego rodzaju stanie (lub nawet w stanie nietrzeźwości) jawi się – z punktu widzenia wymiaru kary (nie tylko sądowego, ale także ustawowego) – jako szczególnie istotne, na pierwszy plan wysuwają się przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. Z art. 178 § 1 k.k. wynika bowiem, że skazując sprawcę, który popełnił przestępstwo określone w art. 173, art. 174 lub art. 177 znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, zbiegł z miejsca zdarzenia, lub spożywał napój alkoholowy lub zażywał środek odurzający po zdarzeniu, a przed poddaniem go przez uprawniony organ badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu, sąd orzeka karę pozbawienia wolności

przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, a w wypadku przestępstwa określonego w art. 177 § 2 w wysokości nie niższej niż 2 lata, do górnej granicy tego zagrożenia zwiększonego o połowę. Łatwo zauważyć, że jeśli stanu nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego nie będziemy traktować jak znamienia modyfikującego (tworzącego tzw. typ kwalifikowany), to – przy uwzględnieniu obu wskazanych wyżej regulacji – stanowić on będzie okoliczność podwójnie obciążającą (uwzględnianą zarówno na płaszczyźnie ustawowego, jak i sądowego wymiaru kary). Nic nie zmienia w tym zakresie wprowadzony do projektu przepis art. 53 § 2c, zgodnie z którym nie stanowi okoliczności, o której mowa w § 2a i § 2b (a więc także okoliczności obciążającej w postaci stanu nietrzeźwości) okoliczność stanowiąca znamię przestępstwa, które popełnił sprawca, o ile nie wystąpiła ona ze szczególnie wysokim albo ze szczególnie niskim nasileniem. Rzecz bowiem w tym, że okoliczność w postaci stanu nietrzeźwości – zgodnie z poglądem prezentowanym co najmniej przez część doktryny i judykatury – nie jest znamieniem tworzącym tzw. typ kwalifikowany.

	<p>Art. 57b. Skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości od dolnej granicy zagrożenia zwiększonego o połowę do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia.</p>	<p>Art. 57b. Skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia.</p>
--	---	---

Zmianę szczególnie istotną – także z punktu widzenia praktyki wymiaru sprawiedliwości – stanowi przewidziana w art. 57b podstawa nadzwyczajnego obostrzenia kary. Wprowadzona zmiana uderza swą surowością i automatyzmem, godząc w ideę swobodnego uznania sądu. Nie wymaga szerszego dowodzenia zwłaszcza to, iż dwukrotne (a nie o połowę!) podniesienie górnego progu odpowiedzialności przewidzianego w sankcji prowadzi do możliwości wymierzania kar wyjątkowo surowych, tym surowszych, im wyższa będzie górna granica ustawowego zagrożenia przewidziana za dany typ przestępstwa. Swym radykalizmem odbiega nie tylko od zasady obostrzenia kary wynikającej z art. 58 kodeksu karnego z 1969 r. wobec sprawcy wskazanego w tym przepisie „przestępstwa ciągłego”, dającej możliwość wymierzenia kary do górnej granicy ustawowego zagrożenia podniesionej o połowę, czy analogicznych w zakresie reformy granic odpowiedzialności następstw ciągu przestępstw, określonych w art. 91 § 1 k.k., ale także od wszystkich pozostałych reguł nadzwyczajnego obostrzenia znanych kodeksowi karnemu. Taki model nadzwyczajnego obostrzenia górnej granicy występuje jedynie w art. 38 § 2 kodeksu karnego skarbowego z 10 września 1999 r., obejmując stosunkowo wąski krąg przypadków o szczególnym stopniu szkodliwości. Nie można przy tym tracić z pola widzenia, iż ustawa ta w stosunku do unormowań kodeksu karnego operuje sankcją znacznie bardziej „spłaszczoną”, co sprawia, iż konsekwencje takiego modelu modyfikacji górnych progów odpowiedzialności karnej są zupełnie inne niż w przypadku sankcji wynikających z kodeksu karnego.

Zgodnie z projektowanym brzmieniem analizowanego przepisu, sprawca musiałby się liczyć z surowszą odpowiedzialnością w przypadku popełnienia przestępstwa w warunkach czynu ciągłego (art. 12 § 1 k.k.), niż wówczas, gdyby znamiona identycznego przestępstwa (zwłaszcza pod względem rozmiaru wyrządzonej nim szkody) zrealizował jednym zachowaniem. Projektodawca zdaje się zapominać, że w art. 12 k.k. uregulowana została racjonalizująca odpowiedzialność dyrektywa interpretacyjna, której funkcję najlepiej dostrzec można w przypadku przestępstwa popełnionego na raty, a więc – niejako z natury rzeczy – składającego się z wielu zachowań. Rozwiązanie to prowadzi do szeregu niekonsekwencji,

bowiem – posługując się przykładem – sprawcy bardziej „opłacałoby się” ukraść lub wyrządzić szkodę majątkową większej wartości jednym zachowaniem, niż dopuścić się kradzieży lub wyrządzić szkodę o takich samych lub nawet mniejszych rozmiarach kilkoma (co najmniej dwoma) zachowaniami spiętymi powziętym z góry zamiarem. Co więcej – sprawcy takiemu opłacałoby się również dopuścić ciągu przestępstw bardziej niż czynu ciągłego, jako że w niedotkniętym nowelizacją art. 91 § 1 k.k. modyfikacji ulega jedynie górna granica ustawowego zagrożenia (i to o połowę, a nie podwójnie), a nie – jak w przypadku projektowanego art. 57b k.k. – zarówno granica górna, jak i dolna. Jakkolwiek Senat wprowadził w tym zakresie pewną poprawkę, to jest to jedynie zmiana o charakterze ilościowym, a nie jakościowym. Dolna granica ustawowego zagrożenia przy czynie ciągłym wciąż ulega modyfikacji na niekorzyść w stosunku – z jednej strony – do realizacji znamion jednym zachowaniem, jak również – ze strony drugiej – w porównaniu z ciągiem przestępstw.

W wersji uchwalonej przez Senat sąd wciąż będzie bowiem zobligowany do wymierzenia kary „powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia”. Wydawać by się mogło, że jest to jedynie różnica o charakterze kosmetycznym, podnosząca dolną granicę ustawowego zagrożenia *de facto* o 1 miesiąc ograniczenia lub pozbawienia wolności (zob. art. 37 k.k. w obecnym oraz nowym brzmieniu). Nie można jednak tracić z pola widzenia, że w przypadku przestępstw zagrożonych karą nie niższą od 1 roku pozbawienia wolności, będzie to okoliczność wykluczająca możliwość zawieszenia wykonania kary. Przykładem takiej sytuacji może być nowy art. 279a § 1 k.k., przewidujący karę pozbawienia wolności w wymiarze od roku do lat 10 za przestępstwo polegające na dokonaniu transakcji płatniczej przy użyciu pieniądza elektronicznego bez zgody osoby uprawnionej do dysponowania tym pieniądzem. Podobny problem występuje choćby w przypadku kradzieży z włamaniem albo przestępstwa z art. 296 § 3 k.k., jak również – co jawi się jako szczególnie istotne – nieumyślnego spowodowania śmierci wobec ustalenia w drodze nowelizacji dolnej granicy ustawowego zagrożenia za to przestępstwo na poziomie jednego roku (nowy art. 155 § 1 k.k.). Trudno również zrozumieć, dlaczego sprawca wywołujący jednym zachowaniem większą szkodę miałby zasługiwać na możliwość zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary, a sprawca wywołujący szkodę o rozmiarach mniejszych, lecz w ramach kilku zachowań, miałby zostać tej możliwości pozbawiony. Przedstawiając ten problem w sposób nieco bardziej plastyczny, wyobrazić można sobie trzy sytuacje kradzieży w typie podstawowym popełnionej w nieznacznie zmienionych okolicznościach:

- 1) w sytuacji pierwszej sprawca – działając w ramach powziętego z góry zamiaru – dopuszcza się w krótkich odstępach czasowych dwóch zachowań realizujących znamiona typu czynu zabronionego z art. 278 § 1 k.k., dwukrotnie kradnąc po 1000 zł (a zatem w sumie 2000 zł),
- 2) w sytuacji drugiej kradzież dokonywana jest jednym zachowaniem, obejmując jednak kwotę 180.000 zł, a zatem dziewięćdziesięciokrotnie wyższą,
- 3) w trzeciej sytuacji sprawca dokonuje dwóch, zupełnie niezależnych od siebie kradzieży kwot po 10.000 zł, choć wykorzystuje do ich popełnienia taką samą (powtarzającą się) sposobność, zaś pomiędzy tymi osobnymi przestępstwami występują krótkie odstępy czasu.

Zróznicowanie kary grożącej sprawcy w trzech powyższych sytuacjach, wprowadzone nowelizowaną ustawą, jawi się jako całkowicie nieracjonalne. W sytuacji pierwszej (kradzież 2000 zł w czynie ciągłym), uwzględniając poprawki Senatu, sprawcy grozić będzie kara od 4 miesięcy pozbawienia wolności do 10 lat pozbawienia wolności. W sytuacji drugiej („pojedyncza”, obejmująca jedno zachowanie kradzież 180.000 zł) sprawca musi się liczyć z możliwością wymierzenia kary w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności. W trzeciej zaś sytuacji (dwie osobne kradzieże 10.000 zł w warunkach ciągu przestępstw)

grożąca sprawcy kara obejmować będzie przedział od 3 miesięcy do 7 i pół roku pozbawienia wolności. Sytuacja stanie się jeszcze bardziej kuriozalna, jeśli zdamy sobie sprawę, że oskarżony zainteresowany będzie wykazaniem, że zamiar popełnienia przestępstwa powstawał u niego dwukrotnie, jako że ustalenie, iż dwa następujące w bliskiej odległości czasowej zachowania stanowiły w istocie realizację jednego zamierzenia, prowadzić będzie do surowszej odpowiedzialności karnej. Zarazem zawsze dużo bardziej opłacalna okaże się jednorazowa kradzież relatywnie dużej kwoty (aż do osiągnięcia progu, o którym mowa w art. 294 § 1 k.k.), niż podzielona na dwa akty kradzieży znacznie niższej kwoty. Warto także zwrócić uwagę – w kontekście wprowadzonego do ustawy art. 12 § 2 – iż z punktu widzenia sprawcy najkorzystniejsze okaże się popełnianie szeregu nieobjętych jednym zamiarem wykroczeń przeciwko mieniu (nawet jeśli suma będących ich przedmiotem kwot okaże się wysoka), jako że przewidziana w art. 57b k.k. modyfikacja wymiaru kary dotyczy wyłącznie uregulowania z art. 12 § 1 k.k., ale już nie z art. 12 § 2 k.k.

W konstrukcji analizowanego przepisu w istocie niewiele zmieniła poprawka wniesiona przez Senat. Zaproponowana zmiana dotyczy bowiem jedynie innego ujęcia sposobu obostrzenia doleżej granicy odpowiedzialności karnej wynikającej z granic ustawowego zagrożenia. Jej podwyższenie „o połowę” zastąpione zostało modelem wymiaru kary nadzwyczajnie obostrzonej polegającym na wymierzeniu jej „powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia”, czym nawiązuje do formuły nadzwyczajnego obostrzenia kary w przypadku recydywy wielokrotnej z art. 64 § 2 w jej dotychczasowym, przednowelizacyjnym brzmieniu, choć bez wynikającego z tego przepisu wymogu, by tak obostrzona kara była karą pozbawienia wolności. Zmiana ta, jako wyraz choć częściowego odejścia od represyjnego modelu przyjętego w uchwalonej wersji art. 57b k.k. niewątpliwie zasługuje na aprobatę. Poprawka ta uzupełniła także uchwaloną przez Sejm wersję tego przepisu poprzez wyraźne wskazanie, iż chodzi w nim o modyfikację „ustawowego” zagrożenia karą. Zmiany tej, mimo iż wydaje się być jedynie zmianą z rzędu „kosmetycznych”, nie można jednak bagatelizować. Usuwa istotne „przeoczenie” legislatora przywracając ustawowej regulacji konsekwencję terminologiczną w posługiwaniu się tradycyjnymi, pełnymi formułami nazewniczymi. Bez satysfakcji należy wszakże odnotować, iż poprawka senacka w najmniejszym stopniu nie odniosła się do przyjętego w ustawie modelu nadzwyczajnego obostrzenia górnego progu odpowiedzialności karnej. Ten niezmiennie sięga dwukrotności górnej granicy ustawowego zagrożenia karą. Jest to rozwiązanie nie do przyjęcia. Wyrazić należy pogląd, iż rozwiązanie to zamiast przywrócić – postulowaną zresztą także w nauce prawa karnego¹¹ – „symetrię” karalności czynu ciągłego i ciągu przestępstw, mających wszakże wspólne korzenie w postaci przestępstwa ciągłego ujętego w art. 58 kodeksu karnego z 1969 r., rozdzwięk ten jeszcze pogłębiło. Próba realizacji idei przywrócenia „równowagi” karalności czynów popełnianych sekwencyjnie – taki bowiem zapewne był zamysł ustawodawcy, choć nie wynika on z Uzasadnienia projektu, które zresztą w kwestii motywowania tej zmiany całkowicie milczy – zrealizowana została z przesadnym „rozmachem”, którego zaakceptować niepodobna.

¹¹ Por. K. Daszkiewicz, *Kary za przestępstwa ciągłe i ciągi przestępstw*, Prok. i Pr. 2000, nr 5, s. 23-24; K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne obostrzenie kary*, [w:] Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze, z. 7, Warszawa 1998, s. 84; Ł. Pohl, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 191; A. Michalska-Warias, *Niektóre problemy przestępstwa ciągłego i tzw. ciągu przestępstw w rozumieniu art. 12 k.k. i art. 91 k.k.*, AUMCS 2000, Vol. XLVII, Sectio G, s. 216; Ł. Pohl, *O potrzebie zmian w części ogólnej k.k. na tle węzłowych zagadnień nauki o przestępstwie (wybrane propozycje de lege ferenda)*, [w:] D. Mucha (red.), *O stabilności kodeksu karnego w świetle realiów*, Księga Jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Hoca, Tom II, Opole 2018, s. 155-156.

Podwyższenie górnego progu odpowiedzialności karnej za czyn ciągły stanowi oczywisty wyraz i owoc „przereagowania” ustawodawcy na zgłaszane w tym zakresie potrzeby praktyki orzeczniczej motywowane argumentami kryminalnopolitycznymi. Przyjąć należy, iż podjęta w tym zakresie próba zakończyła się fiaskiem. W szczególności – jeśli rzecz jasna zaakceptować samą ideę przemodelowania odpowiedzialności karnej za wielość zachowań zintegrowanych jednym zamiarem – zmiana ta powinna uwzględniać ważki argument przeciwników zmian w zakresie następstw czynu ciągłego, odwołujący się do zakazu podwójnego brania pod uwagę tej samej okoliczności w wymiarze kary. Możliwość nadzwyczajnego obostrzenia kary w przypadku czynu ciągłego z art. 12 § 1 k.k. powinna być więc ograniczona do tych tylko przypadków, gdy jednostkowe zachowania tworzące przestępstwo ciągłe stanowią odrębne przestępstwa, których wielość nie znajduje możliwości surowszego potępienia w ramach sankcji przewidzianej dla typu kwalifikowanego wyodrębnionego w oparciu o znamię ilościowe. Zgodzić należy się wszakże z poglądem, iż nie tym samym jest przecież popełnienie dziesięciu kradzieży – także wówczas, gdy wynikają one z jednego zamiaru – czym jest popełnienie tylko jednej. W żadnym razie natomiast reguła nadzwyczajnego obostrzenia kary przewidziana w dodanym mocą nowelizacji kodeksu karnego art. 57b nie może odnosić się do przypadków, w których poszczególne zachowania składające się na jeden czyn ciągły nie stanowią przestępstwa, czy to ze względu na znikomy stopień społecznej szkodliwości, czy też dlatego, iż są jedynie wykroczeniami, względnie, jak wspomniano, ich sumaryczne ujęcie wiedzie sąd do wymiaru kary na podstawie sankcji przewidzianej w typie kwalifikowanym ze względu na realizację znamienia ilościowego. Wyłączeń takich art. 57b jednak nie przewiduje. W takich przypadkach dochodzi bowiem do dublowania się reguł zwyczajnego i nadzwyczajnego wymiaru kary. Najpierw bowiem zachowanie, które nie stanowiło przestępstwa, przestępstwem się staje, następnie zaś z tego samego powodu, ściślej z powodu „z góry powziętego zamiaru”, grozi za nie kara nadzwyczajnie obostrzona i to w sposób zdumiewający swą surowością. Zwrócić należy uwagę także i na to, iż wprowadzony do ustawy karnej przepis art. 57b określający konsekwencje w postaci nadzwyczajnego obostrzenia kary nie odnosi się do przypadków, gdy poszczególne „zachowania” składające się na czyn ciągły stanowią objęte klamrą tego samego zamiaru zbrodnie, czego ani teoretycznie ani w praktyce nie można wykluczyć. Brakuje zatem w tym przypadku unormowania stanowiącego swoisty odpowiednik regulacji art. 64 § 3 k.k.

Konkludując należy wyrazić nadzieję, iż ustawodawca wycofa się z tak radykalnej zmiany zasad odpowiedzialności za przestępstwo ciągłe w ujęciu art. 12 § 1 k.k. Rozwiązanie co do arytmetycznego przelicznika wymiaru kary nadzwyczajnie obostrzonej za czyn ciągły uznać należy, jako nazbyt represyjne, za całkowicie nieadekwatne i niewłaściwe. W takim kształcie godzi w ideę spójności systemu prawnego, zasadę proporcjonalności i aksjologii karania. Regulacja art. 57b pozostaje w rażącej sprzeczności w stosunku do następstw wynikających z art. 91 § 1 k.k. Jest z nimi całkowicie niekompatybilna. W znacznie lepszej sytuacji stawia bowiem sprawcę kilku przestępstw realizujących wymogi przyjęcia ich ciągu, niż sprawcę dopuszczającego się takich samych przestępstw w warunkach „z góry powziętego zamiaru”. Jeżeli więc sprawca dopuściłby się kilku przestępstw zagrożonych karą od roku do 10 lat pozbawienia wolności w warunkach art. 91 § 1, odpowiadałby w przedziale od roku do lat 15, natomiast dopuściwszy się kilku przestępstw objętych klamrą tego samego zamiaru ponosiłby odpowiedzialność od roku i miesiąca (w razie przyjęcia poprawki Senatu) do 20 lat pozbawienia wolności. W praktyce wymiaru sprawiedliwości będzie to prowadziło sprawców sekwencyjnie popełnianych przestępstw do negowania za wszelką cenę i na wszelkie sposoby ich „ratalnego” charakteru. W zakresie poszukiwania wspomnianej już „symetrii” odpowiedzialności karnej za ciąg przestępstw i czyn ciągły w pełni wystarczające byłoby zatem – przy zachowaniu przyjętego w ustawie kierunku zmian – posłużenie się

analogiczną formułą progresji karania, jak ta, która wynika z art. 91 § 1. W przeciwnym razie jeden rodzaj asymetrii karalności tych istotowo zbliżonych konstrukcji prawnych, zastąpi inny, z perspektywy zasad racjonalnego wymiaru kary kryminalnej, znacznie bardziej niebezpieczny.

<p>Art. 60 § 3. Sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet może warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia.</p>	<p>Art. 60 § 3. Na wniosek prokuratora sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet może warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia.</p>	
---	--	--

Projektowana regulacja art. 60 § 3 k.k. budzi daleko idące wątpliwości co do jej zgodności z Konstytucją RP – w szczególności art. 2, art. 45 ust. 1 oraz 178 ust. 1. Wobec językowego kształtu przepisu, zgodnie z którym „na wniosek prokuratora sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary”, przyjęć trzeba, że od arbitralnej decyzji prokuratora zależy obowiązek sądu wymierzenia kary nadzwyczajnie złagodzonej. Przy takim ujęciu jedynie prokurator może złożyć wniosek, podczas gdy sąd – jeśli tylko taka będzie wola prokuratora – musi mu się podporządkować. To zatem oskarżyciel publiczny – będący wszak tylko stroną procesu przed niezależnym i niezawisłym sądem – podejmuje decyzję o nadzwyczajnym złagodzeniu kary, która okazuje się bezwzględnie wiążąca dla sądu. Tego rodzaju rozwiązanie – wpisujące się w szerszy nurt przyznawania prokuratorowi kompetencji wiążących sąd (zob. też obowiązujący art. 360 § 2 k.p.k.) – trudne jest do pogodzenia z zasadami demokratycznego państwa prawnego, w szczególności zaś niezawisłości sędziowskiej. Na marginesie warto zauważyć, że analogiczny problem występuje w przypadku art. 259b k.k., który wszedł w życie 2 lipca 2016 roku.

	<p>Art. 64 § 1a. Jeżeli sprawca skazany za przestępstwo umyślne przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na karę pozbawienia wolności popełnia w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary ponownie umyślne przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości od podwójnej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.</p>	<p>Art. 64 § 1a. Jeżeli sprawca skazany za przestępstwo określone w art. 197–200 na karę pozbawienia wolności popełnia w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary przestępstwo określone w tych przepisach, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.</p>
--	---	---

Nowelizacja wprowadziła do ustawy karnej – wpisujący się w deklarację zawartą w Uzasadnieniu podkreślającą potrzebę wzbogacenia katalogu okoliczności stanowiących

podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary – nowy rodzaj recydywy specjalnej. Został on w ustawie oznaczony jako art. 64 § 1a. Jak wynika z tego przepisu, „jeżeli sprawca skazany za przestępstwo umyślne przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na karę pozbawienia wolności popełnia w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary ponownie umyślne przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości od podwójnej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę”. Niewątpliwie rozwiązanie przyjęte w art. 64 § 1a wpisuje się w nurt unormowań „antypedofilskich”. Zakresem swojej regulacji, poza przestępstwami przeciwko wolności seksualnej, objęło jednak również przestępstwa przeciwko obyczajności. Tak szerokie ujęcie nowego rodzaju recydywy specjalnej spotkało się z surową, a trzeba dodać, w pełni uzasadnioną falą krytyki. Podstawowy zarzut formułowany pod jego adresem oprócz można właśnie na zbyt szerokim zakresie tej regulacji. Co do zasady akceptując potrzebę surowszego karania przestępstw przeciwko wolności seksualnej, zwłaszcza tych o charakterze pedofilskim, zwrócić należy uwagę, iż omawiany przepis rykoszetem trafia w zachowania, które z tak surową represją karną spotykać się nie muszą, a wręcz – mając na uwadze założenia racjonalnego modelu karania – z reakcją taką spotkać się nie powinny, brak bowiem ku temu głębszego, kryminologicznego uzasadnienia. Z tego właśnie powodu dodana do ustawy karnej nowa postać recydywy – nie bez ironii – okrzyknięta została mianem „recydywy pornograficznej”. W zakresie unormowań tego przepisu znalazły się bowiem także przestępstwa, których związek z naruszeniem wolności seksualnej oraz dóbr małoletnich ofiar takich przestępstw może być w pewnych przypadkach trudny do uchwycenia, a nawet niemożliwy.

Jak wynika z formuły uchwalonego przepisu, regulacja ta w zakresie skutków karnych uderza swą surowością, zwłaszcza na poziomie dolnej, zmodyfikowanej granicy odpowiedzialności karnej. Sąd zobligowany jest bowiem do wymierzenia kary pozbawienia wolności przewidzianej za przypisane przestępstwo w wysokości od podwójnej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Recydywa ta prowadzi zatem do takich samych następstw jak te, które w kodeksie karnym – w wersji po uchwaleniu nowelizacji – są udziałem sprawców odpowiadających w warunkach recydywy wielokrotnej z art. 64 § 2 k.k., a także, za sprawą klauzuli odsyłającej z art. 65 § 1 k.k., innych szczególnie niebezpiecznych kategorii sprawców – zawodowych, „zorganizowanych”, a także dopuszczających się przestępstw o charakterze terrorystycznym. Zwraca przy tym uwagę, iż droga do stania się recydywistą w rozumieniu art. 64 § 1a jest znacznie krótsza niż ta, która prowadzi do statusu sprawcy wielokrotnie powrotnego. Jak bowiem wynika z omawianego przepisu, wystarczające dla nadzwyczajnego obostrzenia kary na podstawie tego przepisu jest „ponowne” popełnienie umyślnego przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności w ciągu 5 lat od odbycia co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za poprzednie przestępstwo. Recydywę tę tworzą zatem już dwa przestępstwa objęte zakresem regulacji art. 64 § 1a, przy czym wystarczające jest odbycie jedynie półrocznej kary pozbawienia wolności za poprzednie przestępstwo, podczas gdy status recydywisty wielokrotnego wymaga dwukrotnie dłuższego doświadczenia w zakresie odbywania takiej kary. Zaskakujące jest także, iż przepis art. 64 § 1a wymaga, by popełnione przez sprawcę przestępstwa były przestępstwami „umyślnymi”. Rzecz bowiem w tym, iż rozdział XXV kodeksu karnego innych przestępstw nie przewiduje. Wymóg ten jest więc tymczasem wymogiem „na wyrost”. Nie można oczywiście wykluczyć, iż w przyszłości znajdą się w tym rozdziale kodeksu – lub poza regulacją kodeksową – również nieumyślne zamachy na te dobra, które już w obecnym stanie prawnym „wspaniałomyślnie” wyłączone zostały z zakresu recydywy określonej w tym przepisie.

Z aprobatą należałoby odnieść się do poprawek, jakie w konstrukcji tego przepisu, w kształcie uchwalonym przez Sejm, wniósł Senat. Poprawki te oznaczają istotną liberalizację „recydywy seksualnej”, zarówno w zakresie jej przesłanek, jak i następstw karnych. Z jednej bowiem strony znacznie ograniczony został – a z innej perspektywy, zrjonalizowany – katalog przestępstw mogących tę recydywę tworzyć, z drugiej natomiast istotnie złagodzone regułę progresji karania na poziomie dolnej granicy wymiaru kary nadzwyczajnie obostrzonej. Za w pełni trafny uznać należy zabieg redakcyjny polegający na usunięciu z konstrukcji tej recydywy wymogu „ponowności”. Jak słusznie zwrócono uwagę w uzasadnieniu tej poprawki, przepis art. 64 § 1a stanowi swoiste *lex specialis* w stosunku do normy zapisanej w art. 64 § 1, dlatego nie powinien zawierać w swojej treści wyrazu „ponownie”, który pełni swą szczególną funkcję w opisie recydywy wielokrotnej, ujętej w art. 64 § 2.

O ile zaproponowane przez Senat poprawki można by zaakceptować, o tyle akceptacja samej instytucji, której one dotyczą, już tak łatwo nie przychodzi. Zarówno zaproponowana, jak i poprawiona wersja tego unormowania wywołuje bowiem poważne wątpliwości. Z jednej strony, jak wspomniano, recydywa ujęta w tym przepisie wpisuje się w społecznie wyczekiwany „program” walki z przestępczością pedofilską, co niewątpliwie stawia ją w szeregu instytucji społecznie, ale i kryminalnopolitycznie pożądaných, z drugiej jednak obejmować będzie zakresem swej regulacji także takie zachowania, które tak wyraźnie obostrzonej reakcji karnej nie wymagają. Reakcja ta na poziomie dolnego progu obostrzenia kary ma zaś charakter obligatoryjny, odstępianie od którego – zgodnie z regulacją art. 57 § 2 k.k. – wymagałoby skutecznego poszukiwania choćby jednej z okoliczności co uprawniających do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Ponadto zwrócić należy uwagę, iż surowość represji karnej wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej odbywa się niejako dwutorowo. Z jednej strony znacznie zwiększono surowość kar przewidzianych za poszczególne przestępstwa z rozdziału XXV kodeksu karnego. Zwiększono zatem w widoczny sposób surowość kar grożących za te przestępstwa w ramach tzw. zwyczajnego ustawowego wymiaru kary. Z drugiej natomiast strony, sprawcy tych przestępstw – przy ponownym lub wielokrotnym ich popełnieniu – stali się obiektem znacznie surowszej reakcji karnej także na płaszczyźnie nadzwyczajnego wymiaru kary. Wydaje się więc, iż minimalną spośród zmian mogących zrjonalizować to unormowanie byłoby odstępianie od przewidzianej w tym przepisie formuły nadzwyczajnego obostrzenia wymagającej podniesienia dolnego progu odpowiedzialności karnej o połowę i ograniczenie ustawowych następstw tak wyodrębnionej recydywy do możliwości modyfikacji górnego progu odpowiedzialności poprzez jego podniesienie o połowę. W przeciwnym razie trudny, a nawet niemożliwy do odparcia może okazać się zarzut pod adresem tej regulacji, iż prowadzi ona do „mechanicznego” i „automatycznego” karania ponad niezbędną miarę, co choćby z perspektywy wymogu uwzględniania przy wymiarze kary stopnia winy sprawcy, regulację tę może dyskwalifikować.

<p>Art. 64 § 2. Jeżeli sprawca uprzednio skazany w warunkach określonych w § 1, który odbył łącznie co najmniej rok kary pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary popełnia ponownie umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, przestępstwo zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z</p>	<p>Art. 64 § 2. Jeżeli sprawca uprzednio skazany w warunkach określonych w § 1 lub 1a, który odbył łącznie co najmniej rok kary pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary popełnia ponownie umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, przestępstwo zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z</p>	<p>Art. 64 § 2. Jeżeli sprawca uprzednio skazany w warunkach określonych w § 1 lub 1a, który odbył łącznie co najmniej rok kary pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary popełnia ponownie umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, przestępstwo zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z</p>
--	---	---

użyciem przemocy lub groźbą jej użycia, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.	użyciem przemocy lub groźbą jej użycia, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości od podwójnej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.	użyciem przemocy lub groźbą jej użycia, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości od podwójnej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.
---	---	---

Nowelizacja kodeksu karnego ominęła – w zasadzie – konstrukcję recydywy specjalnej w ujęciu art. 64 § 1 i § 2 k.k., jedyna bowiem zmiana w tym zakresie wynika z uzupełnienia art. 64 § 2 k.k. o przesłankę uprzedniej odpowiedzialności karnej w warunkach określonych nie tylko w § 1 tego przepisu, ale także w jego § 1a. O ile jednak w przypadku recydywy specjalnej prostej bez zmian pozostały nie tylko jej przesłanki, ale i następstwa w zakresie wymiaru kary, w odniesieniu do recydywy specjalnej wielokrotnej ustawodawca bardzo wyraźnie granice odpowiedzialności karnej obostrzył. Jak wynika z uchwalonego, nowego ujęcia formuły nadzwyczajnej progresji karania multirecydywistów – sama bowiem konstrukcja tej odmiany recydywy specjalnej, jak wspomniano, zmianie nie uległa, gdyż sąd zobowiązany jest do wymierzenia kary pozbawienia wolności od podwójnej wysokości dolnego ustawowego zagrożenia do jego górnej granicy zwiększonej o połowę (art. 64 § 2). Do uchwalonego przez Sejm nowego ujęcia reguły nadzwyczajnego obostrzenia kary Senat poprawek nie wniósł. O ile więc nowelizacja nic nie zmienia się w zakresie modyfikacji górnego progu odpowiedzialności karnej za ten rodzaj recydywy, tudzież obligatoryjnego wymogu stosowania kary izolacyjnej, także wówczas, gdy zwyczajny ustawowy wymiar kary przewiduje obok kary pozbawienia wolności także kary wolnościowe, o tyle zupełnie inaczej, choć trudno powiedzieć, że oryginalnie, przedstawia się, znacznie surowsza od obowiązującej, reguła nadzwyczajnego obostrzenia dolnego progu odpowiedzialności wielokrotnego recydywisty, a tym samym i pozostałych sprawców objętych regulacją art. 65 § 1. Ta nawiązuje bowiem wprost, a wręcz jest z nią identyczna, do zasady nadzwyczajnego obostrzenia kary przewidzianej wobec recydywistów w rozumieniu regulacji art. 60 § 1 kodeksu karnego z 1969 r. normującego tzw. recydywę specjalną prostą, sprzed jego nowelizacji z 12 lipca 1995 r. Jak wskazano w Uzasadnieniu projektu nowelizacji, zmiana ta motywowana była zarówno potrzebami prewencji indywidualnej, „wedle której w stosunku do tej kategorii sprawców jedynie intensywne oddziaływanie w warunkach penitencjarnych jest w stanie skutkować wzbudzeniem pożądanых postaw społecznych”, jak i prewencji generalnej, co z kolei polega na „unaocznieniu społeczeństwu nieopłacalności takich czynów oraz tego, że ich popełnienie będzie spotykało się z surową karą”. Zmiana ta – zdaniem projektodawców – miałaby pozwolić „na zrealizowanie zamierzonych celów w zakresie oddziaływania kary na tę kategorię sprawców, znacząco przyczyniając się do ograniczenia rozmiarów zjawiska recydywy wielokrotnej”. Uzasadnienie nie zawiera przy tym choćby próby wykazania realnej potrzeby jej wprowadzenia, na przykład poprzez odwołanie się do statystyk sądowych ilustrujących poziom wskaźnika dynamiki najgroźniejszych form powrotności do przestępstwa czy wykazanie innej konieczności jej wprowadzenia, w tym przydatności w praktyce wymiaru sprawiedliwości, wpisując się tym samym w nurt określany w nauce prawa karnego mianem kryminalizacji emocjonalnej. W tym stanie rzeczy – na co wskazywać mogą też przywołane wcześniej motywy z Uzasadnienia wprowadzonych zmian – wydaje się, iż rzeczywistym i jedynym ich celem była aktywizacja mechanizmów powściągowych oparta na strachu przed surową odpowiedzialnością karną.

Przyjęty w znowelizowanym przepisie kierunek zmian nawiązujący do stanu prawnego sprzed ponad dwóch dekad, pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. naznaczony był nieustającą krytyką doktryny. Jej ostrze skierowane było między innymi właśnie na model przewidzianego w tej kodyfikacji karnej nadzwyczajnego obostrzenia kary. Regule, której restytucja nastąpiła w uchwalonej nowelizacji, powszechnie zarzucano „mechaniczny” charakter i wiążący sędziom ręce „automatyzm” nadzwyczajnego wymiaru kary, sprzeczny z ideą indywidualizacji i sprawiedliwości karania. W kontekście przyjętej zmiany, która wpisuje się w ciąg podejmowanych już i wcześniej prób rekonstrukcji ducha „starszego modelu” reakcji na recydywę specjalną, aktualizują się wszystkie dotychczasowe, krytyczne argumenty podnoszone w nauce prawa karnego na przestrzeni kilku dekad obowiązywania art. 60 kodeksu karnego z 1969 r. Ich ponowne przytaczanie zdaje się mijać z celem, są one bowiem powszechnie znane każdemu, komu bliskie jest dobro prawidłowo funkcjonującego wymiaru sprawiedliwości wobec sprawców powrotnych, opartego na racjonalnych podstawach. Ograniczyć można się zatem do ogólnej konkluzji, iż przeciwko zmodyfikowanej formule następstw recydywy wielokrotnej 64 § 2 k.k. – a poprzez art. 65 § 1 k.k. także następstw wobec zachowań innych kategorii sprawców – przemawiają zarówno względy kryminalnopolityczne, jak i sprawiedliwościowe. W pełni podzielić należy powszechnie wyrażany pogląd, iż technika „automatycznego” podwajania dolnej granicy ustawowego zagrożenia rodzi poważne niebezpieczeństwo naruszenia elementarnych zasad wymiaru kary, w tym bodaj najważniejszej z nich, jaką jest zasada nieprzekraczania dolegliwością kary stopnia winy charakteryzującego zachowanie sprawcy odpowiadającego w warunkach powrotności do przestępstwa lub w innych okolicznościach, do których reguła art. 64 § 2 znajduje adekwatne zastosowanie. Przyjęta w ustawie nowa, a właściwie zrekonstruowana, formuła nadzwyczajnego obostrzenia kary wobec sprawców wielokrotnie powrotnych, wspomniane ryzyko wymuszonego wymiaru kary łamiącej tę pryncypialną zasadę prawa karnego wynosi na poziom dawno już zapomniany.

Na marginesie refleksji dotyczących zmienionych, ściślej zaś obostrzonych zasad odpowiedzialności za przestępstwa popełnione w warunkach powrotności, zwrócić wypada uwagę także na przemodelowanie konstrukcji art. 37a poprzez dodanie do niego § 2 przewidującego ograniczenie zakresu stosowania tej regulacji. Abstrahując w tym miejscu od zmian w konstrukcji § 1 tego przepisu – które trudno uznać za idące we właściwym aksjologicznie kierunku – choć z pewnością realizują one ogólne założenia, które legły u podstaw modyfikacji ustawy karnej przyjętych w nowelizacji z 16 maja 2019 r., odnieść należy się do wyłączeń stosowania dobrodziejstwa sankcji zamiennej. W uchwalonej przez Sejm nowelizacji, przepis art. 37a § 2 wyklucza stosowanie § 1 wobec sprawców występków określonych w art. 178a § 4, sprawców, którzy popełnili przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym oraz sprawców, którzy uprzednio odbywali karę pozbawienia wolności, z wyłączeniem zastępczej kary pozbawienia wolności. Podstawowym, choć nie jedynym, defektem tak ujętej konstrukcji tego przepisu zdaje się być wyłączenie możliwości stosowania sankcji zamiennej wobec sprawców, „którzy uprzednio odbywali karę pozbawienia wolności”. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było wyłącznie stosowania sankcji zamiennej wobec sprawców powrotnych w ujęciu art. 64 k.k., ale także wszelkich innych sprawców uprzednio skazanych i odbywających karę pozbawienia wolności. Mimo, iż przepis z tego zakresu wyłącza „odbywanie” zastępczej kary pozbawienia wolności, pozostaje kwestia użytego w przepisie zwrotu „odbywał karę” pozbawienia wolności, która fakt ten rozciąga na wszelkie przypadki oceny tego rodzaju „doświadczeń” sprawcy *pro futuro*. Odwołując się do „odbywania kary”, nie zaś ulegającego przedawnieniu skazania sprawcy, i nie podając jednocześnie żadnego „punktu granicznego” działania zakazu wynikającego z tego przepisu, ustawodawca w

zasadzie bez czasowych ograniczeń wyłącza stosowanie sankcji zamiennej wobec ukaranych karą izolacyjną. W tym kontekście z satysfakcją odnotować należy przyjętą przez Senat poprawkę usuwającą to ograniczenie. Jak wynika z brzmienia tego przepisu po korekcie senackiej, przepisu art. 37a § 1 nie stosuje się do sprawców, którzy popełnili przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym. Satysfakcja jest przy tym połowiczna. Wydaje się bowiem, iż dotychczasowe brzmienie przepisu art. 37a k.k., w połączeniu z regułami obostrzonej odpowiedzialności karnej sprawców „zorganizowanych” i „terrorystów” wobec dyrektywy wynikającej z art. 65 § 1 k.k., dawało wystarczającą gwarancję „wyważonego” stosowania przez sądy sankcji zamiennej wobec tych kategorii sprawców, ograniczając ją do przypadków zupełnie wyjątkowych, w razie zbiegu podstaw nadzwyczajnego obostrzenia i złągodzenia kary z art. 57 § 2 k.k. Ustawowy zakaz wydaje się być z tej perspektywy zbędny.

Art. 64 § 3. Przewidziane w § 1 lub 2 podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy zbrodni.	Art. 64 § 3. Przewidziane w § 1, 1a lub 2 podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy zbrodni	
---	--	--

Nowelizację art. 64 § 3 k.k. – zwłaszcza wobec wprowadzenia nowego rodzaju recydywy związanej z przestępstwami przeciwko wolności seksualnej – również uznać należy za nieracjonalną. Utrzymanie przepisu w mocy powoduje bowiem istniejącą już, a po ewentualnym wejściu w życie nowelizacji jeszcze pogłębiającą się niespójność, zgodnie z którą w sytuacji, gdy czyn zabroniony w typie podstawowym jest występkiem, a w typie kwalifikowanym – zbrodnią, ponowne jego popełnienie w warunkach recydywy okaże się dla sprawcy bardziej opłacalne w typie kwalifikowanym. Tytułem przykładu, ponowne popełnienie rozboju z art. 280 § 1 k.k. w warunkach multirecydywy okaże się – po nowelizacji – zagrożone karą od 4 do 30 lat pozbawienia wolności, podczas gdy popełnienie rozboju kwalifikowanego (a zatem np. posługując się bronią palną) zagrożone będzie karą pozbawienia wolności w wymiarze od lat 6 do 20. Analogiczny problem powstanie wobec wprowadzenia nowego typu recydywy z art. 64 § 1a k.k., do której zastosowanie znajdzie art. 64 § 3 k.k. Dla sprawcy bardziej opłacalne (z perspektywy granic możliwej do wymierzenia kary) okaże się zgwałcenie w typie kwalifikowanym (a zatem – przykładowo – zgwałcenie kobiety ciężarnej) niż zgwałcenie w typie podstawowym. W pierwszym przypadku będzie mu bowiem grozić kara pozbawienia wolności w wymiarze od 4 lat i 6 miesięcy do lat 20, w drugim zaś – od lat 3 do 22 lat i 6 miesięcy.

	Art. 77 § 3. Wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności sprawcy za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za inne przestępstwo na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat, sąd orzeka zakaz warunkowego zwolnienia.	Art. 77 § 3. Wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności sprawcy za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za inne przestępstwo na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat, sąd może orzec zakaz warunkowego zwolnienia.
--	---	---

	<p>Art. 77 § 4. Wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności sąd może orzec zakaz warunkowego zwolnienia sprawcy, jeżeli charakter i okoliczności czynu oraz właściwości osobiste sprawcy wskazują, iż jego pozostawanie na wolności spowoduje trwałe niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób.</p>	
--	---	--

Juz na wstępie należy zauważyć, że po uwzględnieniu poprawki wprowadzonej przez Senat, obligatoryjność orzekania o zakazie warunkowego zwolnienia sprawcy skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności zastąpiono fakultatywnością. Rezygnacja z obowiązku orzekania zakazu warunkowego zwolnienia na rzecz jedynie możliwości wydania takiej decyzji, nie zmienia niczego w sprzeczności powyższej regulacji ze standardem konwencyjnym i konstytucyjnym odnoszącym się do orzekania długoterminowych kar pozbawienia wolności i nadal musi być uznana za naruszającą art. 2, art. 10 ust. 2., art. 30, art. 31 ust. 3, art. 40, art. 45 ust. 1, art. 173, art. 175 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 3 EKPCz. Zakaz warunkowego zwolnienia pozostaje bowiem prawnie dopuszczalny, orzeczonej prawomocnie nie będzie też podlegał ewentualnej późniejszej modyfikacji przez organ postępowania wykonawczego, a zatem skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności musi brać pod uwagę, iż poza nadzieją na ewentualne ułaskawienie, nie ma już żadnych perspektyw na redukcję wykonania kary, a tym samym do śmierci ma przebywać w warunkach izolacji penitencjarnej. Przychylając się w pełni do coraz liczniejszych głosów doktryny o niemożności pogodzenia takiego stanu rzeczy z obowiązującymi Polskę regulacjami międzynarodowymi i porządkiem konstytucyjnym oraz nie widząc potrzeby by je w tym miejscu *in extenso* powtarzać, można jedynie skłonić się ku pewnemu ich uzupełnieniu kilkoma uwagami natury prawnoporównawczej. Otóż patrząc na najbardziej chyba zbliżony do polskich rozwiązań niemiecki system prawa karnego, wypada wskazać, że problem istnienia zakazu warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary, przy karze dożywotniego pozbawienia wolności był przedmiotem debaty nad prawem karnym RFN jeszcze w latach 70-tych minionego wieku i został zakończony jednoznacznym orzeczeniem Federalnego Sądu Konstytucyjnego¹², w którym podkreślono, że wprawdzie sama kara dożywotniego pozbawienia wolności nie może być uznana za sprzeczną z konstytucją, ale bez wątpienia z konstytucyjną zasadą państwa prawa i zasadą ochrony godności człowieka nie da się pogodzić wyłączenia możliwości, by każdy osadzony mógł mieć chociażby szansę na ubieganie się o odzyskanie wolności, przy czym sama instytucja ułaskawienia nie może być tu uznana za wystarczającą. Może warto, by polski ustawodawca, którego też wiąże nadrzędność norm konstytucyjnych i tych samych zasad wyraźnie statuowanych przez polską Ustawę zasadniczą, zapoznał się z obszernym uzasadnieniem powyższego judykatu, skoro chce powracać do rozwiązań dawno i zasadnie, wydawałoby się, zarzuconych.

Zresztą nawiązanie do przykładu niemieckiego może być w omawianym kontekście o tyle interesujące, że – po zniesieniu, zgodnie z wymogami wskazywanego wcześniej

¹² BVerfG 21.6.1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187

orzeczenia Sądu Konstytucyjnego, ustawą nowelizującą (ustawa z 8.12.1981, BGBl. I S. 1329) zakazu warunkowego zwolnienia z reszty kary przez skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności, obecna regulacja § 57a StGB zawiera tzw. klauzulę szczególnego ciężaru winy. Otóż instytucja warunkowego zwolnienia w przypadku kary dożywotniego pozbawiania wolności uzależniona jest od współwystąpienia przesłanek formalnych i materialnych, zasadniczo tożsamy w swoim charakterze z regulacją art. 77 § 1 k.k. (minimum formalne odbytej kary i pozytywna prognoza kryminologiczna), z tą jednakże różnicą, że Sąd meriti może w wyroku skazującym, na zasadzie wyjątku, rozstrzygnąć o występowaniu w danym przypadku szczególnego stopnia (ciężaru) winy (w odniesieniu do kwalifikowanych typów zabójstwa, rozstrzygnięcie to należy do składu ławniczego – tzw. *Schwurgerichtslösung*). Owo zawarte w tenorze wyroku rozstrzygnięcie jest dla sądu penitencjarnego o tyle wiążące, że nie mogąc odmiennie ocenić stopnia winy, uprawniony jest jedynie do zbadania, czy ów szczególny stopień w świetle realizacji przez prawo karne funkcji ochronnej uzasadnia dalsze wykonywanie wobec skazanego kary. Ani Sąd meriti, ani Sąd penitencjarny nie mogą przy tym dokonać swoistego „przeliczenia” większego stopnia winy na podniesienie wartości progowych przy wymogu formalnym odbycia części kary (odpowiednio do niefortunnego unormowania polskiego), ani tym bardziej wprost wyłączyć możliwości ubiegania się przez skazanego o warunkowe przedterminowe zwolnienie.

Najistotniejszy przy powyższym wydaje się jednak fakt, że nawet tak – systemowo, konstrukcyjnie i dogmatycznie – nieporównywalnie lepsze rozwiązanie, jest w nauce przedmiotem zdecydowanej i doskonale uzasadnionej krytyki. Podnosi się przede wszystkim, że szczególny stopień (ciężar) winy jest tu pojęciem wysoce nieprecyzyjnym, mglistym, pozbawionym wyraźnych konturów (zwłaszcza że doszło przecież do orzeczenia kary dożywotniego pozbawienia wolności, a zatem stopień winy musiał być najwyższy z możliwych, skoro – zgodnie z funkcją limitacyjną, umożliwił sięgnięcie po tę karę, jak zatem osiągnąwszy swoją krańcową wartość wina ta miałaby być jeszcze stopniowana „w górę”); podejmowane w judykaturze próby wskazania, że chodzi o okoliczności o szczególnym ciężarze gatunkowym są czystą tautologią (ciężar winy to okoliczności o szczególnym ciężarze), ocena na postawie „wspólnej ewaluacji zarówno czynu jak i osobowości sprawcy” stanowi w istocie pustą formułę, daleką od wymogów operatywności¹³.

Warto wskazać, że analogiczne komplikacje staną się nieuchronnie konsekwencją proponowanej zmiany legislacyjnej w prawie polskim. Przesłanki ujęte w art. 77 § 4 – nawet przy najzyczliwszej próbie odkodowania ich znaczenia - są jeszcze mniej precyzyjne („charakter i okoliczności czynu oraz właściwości osobiste sprawcy”). O ile okoliczności czynu należałyby interpretować tożsamo z pojęciem „okoliczności popełnienia przestępstwa”, co jednakowoż wcale nie jest pewne, to oznaczałyby one wszystkie te fakty i sytuacje, które pozostawały w związku z popełnionym przez skazanego przestępstwem i tłumaczyłyby powody jego popełnienia. Do okoliczności tych nie zaliczały się jednak te, które należały do znamion typu czynu, natomiast mogły one dotyczyć samych cech skazanego. Wydaje się, że taka wykładnia nie jest dalej możliwa, o ile popełnienie przestępstwa może być powiązane z

13 por. K.-H. Groß [w:] W. Joecks, K. Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2 §§ 38-79b, München 2016, s. 721-726; M. Braasch [w:] D. Dölling, G. Duttge, S. König, D. Rössner (Hrsg.), *NomosKommentar. Gesamtes Strafrecht*, Baden-Baden 2017, s. 606-608; F. Dünkel [w:] U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, Baden-Baden 2017; s. 2305-2308; Müller-Dietz, *Lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung*, Jura 1994, s. 72 i n., G. Heine, *Mord und Mordstrafe. Grundmängel der deutschen Konzeption und rechtsvergleichende Reformüberlegungen*, GA 2000, s. 322.)

cechami sprawcy, bo do popełniania konieczne jest współwystępowanie elementów obiektywnych i subiektywnych, to okoliczności czynu kierują nas raczej wyłącznie ku parametrom przedmiotowym, zewnętrznym. Jeszcze bardziej konfundująca jest przesłanka charakteru czynu – byłaby to bowiem dotąd nieznaną przesłanką prognozy, która musiałaby się odnosić do tych okoliczności, jakie objęte są znamionami danego typu. Warto też zwrócić uwagę, że z zupełnie niewiadomych przyczyn ustawodawca uznał, że dla nowej prognozy całkowicie obojętne są warunki osobiste skazanego, a tym bardziej jego zachowanie po popełnieniu przestępstwa. Nie sposób sobie powyższego tłumaczyć inaczej, niż odnajdując w tym fundamentalne dla całej wdrażanej polityki karania przekonanie o możliwości takiego wypaczenia osobowości niektórych sprawców, że z góry należy wykluczyć jakiegokolwiek poszukiwanie przyczyn ich postępowania, a tym bardziej ich zdolność do skruchy czy poprawy. Można mówić o ich swoistej predestynacji do zła.

Otwartą pozostaje również kwestia: jak i w oparciu o jakie kryteria spośród czynów, których charakter został już oceniony jako pozwalający na wymierzenie kary najsurowszej, dokonać dalszej stratyfikacji i wskazać spośród nich te, które wykazują jakiś poziom przeciętny, średni wciąż maksymalnego przedziału szkodliwości (czyli zasługują na najwyższy wymiar kary, ale niekoniecznie na zakaz warunkowego zwolnienia), te które odznaczają się minimalną maksymalną szkodliwością (tu – oczywiście - Sąd nie orzekłby zakazu) i wreszcie tych, przy których zachodzi co najmniej większa niż średnia (aż do maksymalnej, o ile w ogóle istnieje jakiś limes) maksymalna szkodliwość, uzasadniająca sięgnięcie po zakaz warunkowego zwolnienia. Ilość problemów, jakie generuje podobne rozwiązanie wydaje się zatem tak samo pozbawiona górnej granicy przedziału, jak ów podwójnie stopniowany charakter przestępstwa. Nie da się też nie dostrzec, że pojawia się tu kolejny problem – jak poradzić sobie z zarzutem podwójnego uwzględniania tej samej okoliczności (tej samej ich grupy) dla dodatkowego zaostrzenia konsekwencji prawnych.

Analiza nowelizacji, a zwłaszcza jej uzasadnienie wskazuje też jednoznacznie, że projektodawcy tkwią w całkowicie błędnym przekonaniu co do funkcji, a przede wszystkim dogmatycznych i teoretycznych założeń, na których oparty został środek związany z poddaniem sprawcy próbie, jakim jest warunkowe przedterminowe zwolnienie. Przede wszystkim należy przychylić się do zdecydowanie większościowego poglądu, ponadto ugruntowanego też w anglosaskim porządku prawnym, któremu zawdzięczamy samą ideę probacji, że omawianą instytucję trzeba odróżnić od środków probacyjnych. Mimo bowiem współdzielenia przez oba instrumenty takich elementów jak: prognoza kryminologiczna, okres próby, nałożenie obowiązków czy dozór, **warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary nie stanowi – w przeciwieństwie do probacji - bezpośredniej reakcji na popełnione przestępstwo.** Takiego jego stosunku do środków probacyjnych nie zmienia nawet okoliczność, że z warunkowym zwolnieniem mogą w większym lub mniejszym stopniu łączyć się pewne elementy natury probacyjnej. Nie ma to bowiem wpływu na bezpośrednie przyporządkowanie i charakter jurydyczny tego środka. Odwołując się do istniejących w tym zakresie koncepcji teoretycznych, można by wskazać chociażby na (przyjmując porządek chronologiczny): teorię ułaskawienia czy darowania kary (mające już w zasadzie znaczenie historyczne), modyfikacji kary, teorię formy wykonania kary oraz teoria przystosowania społecznego, poprawy i ochrony. Każde z wyszczególnionych stanowisk, nawet przy najpoważniejszych między nimi różnicach, w ostatecznych wnioskach nie pozwala na traktowanie warunkowego zwolnienia jako bezpośredniego środka reakcji na popełnione przestępstwo, tym samym też - **taką reakcją nie może być wyłączenie warunkowego zwolnienia.** Powyższe stoi jednak w rażącej sprzeczności z przeświadczeniem, któremu dano wyraz w uzasadnieniu projektowanych zmian, gdzie wprost uznaje się, że „zakaz warunkowego przedterminowego zwolnienia *stanowiąc będzie reakcją na popełnione*

przestępstwo” czy określa warunkowe przedterminowe zwolnienie jako „**środek probacyjny**” (uzasadnienie, s. 18).

Z uwagi na powyższe, nie bardzo zatem wiadomo, do której (o ile w ogóle do jakiejś) z wymienionych, egzystujących w nauce prawa karnego, teorii tłumaczących istotę warunkowego przedterminowego zwolnienia nawiązuje nowelizator, gdy powołuje się na „*wzięcie pod uwagę charakteru prawnego tej instytucji*” (uzasadnienie, s. 18). Z kilkakrotnie podkreślanego przez niego stwierdzenia, że żadną miarą „*nie można mówić o prawie do warunkowego przedterminowego zwolnienia*” (uzasadnienie, s. 18), da się jedynie odnieść wrażenie, że najbliżej mu do przekonania, iż dotychczasowy sens omawianego rozwiązania sprowadzał się do idei ujmujących je świetle ułaskawienia czy rodzaju ułaskawienia warunkowego bądź nagrody dla skazanego. Wprawdzie taka perspektywa przynależała do wieku XIX i początków wieku XX, ale regresywne przyjęcie jej obecnie za punkt wyjścia, może w jakimś stopniu tłumaczyć próbę polemicznego spojrzenia i starania o wyeliminowanie lub ograniczenie – znowu posiłkując się cytatem z uzasadnienie projektu - „*korzystania z dobrodziejstwa przedmiotowego środka probacyjnego.*”.

Dodatkowego wsparcia dla tych „reformacyjnych” zamierzeń dostarczać ma – skądinąd nie budzące przecież wątpliwości – uznanie, że „*kodeks karny i kodeks karny wykonawczy nie kształtuje instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia jako prawa podmiotowego. To sąd, zgodnie z art. 77 i 78 k.k. może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary skazanego na karę pozbawienia wolności (...) upływ wymaganego quantum kary stanowi tylko jedną z przesłanek przedterminowego zwolnienia, konieczna aby doszło w ogóle do rozpoznania wniosku. Spełnienie tej przesłanki nie oznacza jednak, że zwolnienie warunkowe zostanie skazanemu udzielone*” (uzasadnienie, s. 18). Pomijając pewną niejasność nawiązania do praw podmiotowych, rozumianych tu chyba jako roszczenie, udowadnianie, że skazany, po upływie określonego ustawą okresu wykonywania kary, nie nabywa prawa do skutecznego domagania się od sądu jako dłużnika zachowania polegającego na zwolnieniu z reszty kary, jest więcej niż zbędne, a jakkolwiek sens może mieć tylko wówczas, gdy podziela się wspomniane już zapatrywanie, że warunkowe przedterminowe zwolnienie to jednak jest jakiś rodzaj łaski czy nagrody, która pewnym jednostkom ze względu na jakieś intuicje sprawiedliwościowe decydenta przysługiwać nie powinna. Tylko, że tym akurat wspomniany instrument zdecydowanie nie jest. Nie jest też aktem litości nad skazanym czy darowaniem kary. Jak obszernie i to od dłuższego już czasu wskazuje się w doktrynie¹⁴, o darowaniu kary czy choćby analogii do niej nie może być mowy, gdyż darowanie kary stanowi definitywną rezygnację z jej części lub całości. Wiąże się też z korektą jej wymiaru, a ten w przypadku warunkowego zwolnienia pozostaje niezmienny. Z chwilą warunkowego zwolnienia nie dochodzi też do warunkowego darowania kary, ponieważ kara pozbawienia wolności w tej sytuacji w ogóle nie jest darowana. Może ona wszak na nowo zostać wprowadzona do wykonania, jeżeli przebieg okresu próby okaże się negatywny. W chwili zwolnienia skazanego z zakładu karnego kara pozbawienia wolności orzeczona w wyroku (w takim samym wymiarze) pozostaje w mocy do chwili upływu okresu, w którym niewłaściwe zachowanie skazanego jest sankcjonowane możliwością odwołania zwolnienia. Zgodnie zresztą z regulacją kodeksową pozytywny przebieg próby oznacza, że karę pozbawienia wolności uznaje się za odbytą, tj. za wykonaną, a nie za darowaną. Podobnie nietrafne byłoby ujmowanie warunkowego przedterminowego zwolnienia w kategoriach modyfikacji wymiaru kary (**a takie sformułowanie wprost pojawia się w uzasadnieniu projektu** – por. s. 19),

¹⁴ por. choćby Z. Świda, S. Lelental, A. Lach

ponieważ modyfikacja orzeczenia o karze w wyroku może przybrać jedynie trzy formy: zmiany rodzaju kary, zmiany jej wymiaru w wyroku lub zmiany w zakresie sposobu wykonywania kary (np. zmiany systemu odbywania kary pozbawienia wolności). Zastosowanie warunkowego przedterminowego zwolnienia z dobytca reszty kary, nie zmienia jednak niczego ani w jej rodzaju, ani w wymiarze na który została orzeczona w prawnomocnym wyroku. Skrócenie ulega jedynie sam okres wykonywania kary.

Odróżnienie instytucji warunkowego zwolnienia od form probacji ma bezpośredni wpływ na jej poprawne stosowanie w praktyce orzeczniczej. Uniemożliwia przede wszystkim odwoływanie się do dyrektyw i zasad, którymi sąd kierował się przy wymiarze kary podczas orzekania w jej przedmiocie. Przesłanki warunkowego przedterminowego zwolnienia mają charakter odrębny i obejmują przesłanki formalne (skazanie na karę pozbawienia wolności i odbycie wymaganej części kary pozbawienia wolności) oraz przesłankę materialną „*gdy postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa*” art. 77 § 1 k.k.). Jak jednak w tym kontekście ocenić nową przesłankę „charakteru czynu”?

Warunkowe zwolnienie nie jest również stadium wykonywania kary pozbawienia wolności. Pogląd przeciwny zakładający, że warunkowe zwolnienie jest karą, nie jest spójny z pojęciem kary kryminalnej, przyjętym w doktrynie prawa karnego. Jest nią wyłącznie przewidziana przez prawo karne konsekwencja popełnienia przestępstwa, która zawiera określoną dolegliwość i w której wyraża się dezaprobatę popełnienia czynu i jego sprawcy. Bezpośrednią konsekwencją przestępstwa jest kara pozbawienia wolności orzekana przez sąd *meriti*. Można jedynie twierdzić, że gdyby przestępstwa nie popełniono, nie byłoby potrzeby orzekania kary pozbawienia wolności i nie powstałaby również kwestia warunkowego zwolnienia. Natomiast projektodawca wyraźnie łączy orzekanie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z charakterem czynu popełnionego przez sprawcę i orzeczoną wobec niego karą, sprowadzając je do jeszcze jednej z konsekwencji prawnych popełnionego przestępstwa, do kolejnej zadanej mu dolegliwości. Sąd ma bowiem dodatkowo zaostrzać te konsekwencje poprzez wyłączenie „zawczasu” i nieodwołalnie dopuszczalności samego uruchomienia przed sądem penitencjarnym postępowania w sprawie warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Co jeszcze bardziej kuriozalne projektodawca stwierdza też w uzasadnieniu (s. 19), że o zakazie warunkowego zwolnienia decydować będzie prognoza społeczno-kryminologiczna, tj. „*prognoza co do funkcjonowania skazanego w warunkach wolnościowych, nie zaś prognoza penitencjarna*”. Po pierwsze wypadałoby zadać pytanie, czy w dotychczasowym brzmieniu art. 77 k.k. prognoza kryminologiczna była prognozą penitencjarną, jak zdaje się powyższe sugerować? Wszak była to prognoza co do funkcjonowania skazanego w warunkach wolnościowych, nie zaś dalszego funkcjonowania skazanego w zakładzie karnym, oparta jednak na ocenie zachowania i postawy skazanego w ciągu całego pobytu w zakładzie karnym, gdyż pozwalało to ustalić, czy ewolucja w procesie jego resocjalizacji jest widoczna i czy ma ona charakter trwały, rokujący osiągnięcie celów kary. Nie wiadomo, jak bez tego elementu – oceny zachowania w warunkach penitencjarnych i zachowania po popełnieniu przestępstwa, Sąd wyrokujący w sprawie ma dokonać oceny prognostycznej? Jeżeli ma w ogóle pominąć te okoliczności, to wówczas nie ma mowy o prognozie kryminologiczno-społecznej. Jeżeli zaś ma antycypować wynik oddziaływania penitencjarnego na skazanego w przyszłości, jeszcze przed rozpoczęciem wykonywania przez niego kary, wnosząc to jedynie – stosownie do art. 77 § 4 k.k. – z „charakteru i okoliczności czynu” oraz „właściwościach osobistych” sprawcy, to jest to z oczywistych powodów niewykonalne. Swoisty pat przy oby

próbach rozwiązania tego problemu, pozostaje jednak poza polem refleksji projektodawcy, który w pełni zadowala się zastępczym etykietowaniem sprawców, jako z góry niezdatnych do jakiegokolwiek pozytywnej przemiany i niestwarzania swoim zachowaniem dalszego niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych. W ten sposób prawo karne czynu zostaje zamienione na prawo karne sprawcy-wroga, zaś punktem odniesienia funkcji ochronnej jego norm nie jest już niebezpieczeństwo dla społecznie uznanych wartości, ale niebezpieczeństwo tkwiące w samym sprawcy, w jego **zdeprawowanej naturze**, której już nic nie jest w stanie zmienić.

Pozostając w tym nurcie rozważań można też wyrazić wątpliwość, czy nowelizator w swoim w istocie nowatorskim podejściu do istoty warunkowego zwolnienia nie dąży do nadania mu rysów *sui generis* środka zabezpieczającego. Wszak pisze, że „*orzeczenie zakazu warunkowego przedterminowego zwolnienia ma na celu skuteczną ochronę społeczeństwa (...) gdy w ocenie sądu zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że [sprawcy brutalnych przestępstw] dopuszczą się ich w przyszłości*” oraz „*projektowane rozwiązanie powinno zatem znaleźć zastosowanie wobec najbardziej niebezpiecznych sprawców*”. Argument, że takie zbliżenie do funkcji i istoty środków zabezpieczających nie da się pogodzić z wcześniej deklarowanym uznaniem, że chodzi tu o reakcję na popełniony czyn zabroniony czy próbację, dodatkową dolegliwość zadaną sprawcy, jak też zarzut popadania przez ustawodawcę w wewnętrzną sprzeczność, nie wydaje się stanowić jakiegokolwiek przeszkody.

Jeszcze większą jurydyczną zagadkę stanowi w tym kontekście orzeczenie o zakazie warunkowego przedterminowego zwolnienia na podstawie § 3 art. 77 k.k. Po dokonanej przez Senat zmianie, polegającej na zastąpieniu trybu obligatoryjnego, fakultatywnym podejmowaniem przez Sąd takiego rozstrzygnięcia, zapomniano w ogóle wskazać jakimi to przesłankami ma się organ przy podejmowania swojej decyzji kierować. Jest to szczególnie rażące uchybienie, niespełniające minimalnego wymogu określoności regulacji, niepozwalające poddać decyzji Sądu kontroli procesowej i nadające jej charakter czysto arbitralny, co implikuje też realne niebezpieczeństwo poważnej niejednolitości orzecznictwa. Jak już stwierdzono, ani warunkowe zwolnienie, ani tym bardziej zakaz ubiegania się o nie, nie może być rozpatrywany w analogii do kary kryminalnej, stąd Sąd nie może kierować się dyrektywami jej wymiaru. Nie jest to też – wbrew niezdecydowaniu nowelizatora – jakiś nowy środek karny. Pozostaje oczywiście wciąż niezmienny w swoim brzmieniu § 1, który uwzględniając wewnętrzną systematykę całego przepisu art. 77 k.k., powinien być odnoszony także do decyzji o zakazie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Problem jednak w tym, że określone w nim elementy prognozy kryminologicznej zupełnie nie konwenują z regulacją art. 77 § 4 k.k., i z momentem dokonywania oceny, w którym Sąd nie może przecież wziąć pod uwagę „zachowania w czasie odbywania kary”. Ponadto – przy takiej interpretacji i obecnym ukształtowaniu przesłanek z art. 77 § 4 k.k., orzeczenie zakazu warunkowego zwolnienia w stosunku do sprawcy skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności mogłoby być znacznie łatwiejsze i częstsze niż w odniesieniu do recydywisty, wobec którego orzeczono karę dożywotniego pozbawienia wolności za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu już raz na tę karę lub karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat (art. 77 § 3 k.k.).

Wreszcie w wykazywaniu całkowitej nietrafności – i to na wszystkich możliwych płaszczyznach merytorycznej oceny – proponowanego rozwiązania, można pokrótce przypomnieć, że wyrazem podobnych tendencji stało się istniejące unormowanie art. 77 § 2 k.k., wprowadzone też bez dyskusji eksperckiej, wolą reprezentanta, z towarzyszącym mu tożsamym przekonaniem, że w ten sposób zaspokaja się społeczną potrzebę kary surowej. Punkty krytyki powyższej regulacji, z których bodajże najważniejsze dotyczyły wskazania, że – po pierwsze: instytucja ta stanowi wyraz braku zaufania do sędziów orzekających w sprawach o warunkowe zwolnienie (skądinąd pochodzące z glosy W. Wróbla, na którą próbuje się powołać projektodawca w uzasadnieniu – s. 18, choć – jak widać – odczytując ją

w sposób niezwykle selektywny), po drugie: ma zdecydowanie represyjny charakter i budzi wątpliwości z uwagi na standard konwencyjny postępowania ze skazanymi na kary długoterminowe, po trzecie zaś: niesie ze sobą ryzyko niejednorodnych rozstrzygnięć, trudno bowiem jednoznacznie stwierdzić czym sąd powinien kierować się, zaostrożając minima formalne, znajdując jeszcze silniejszy wydzźwięk w odniesieniu do nowelizowanego art. 77 § 3 i 4 k.k.

Nowelizator zdaje się całkowicie nie zważać na okoliczność, że zasada humanitaryzmu powoduje zawężenie celów wykonania kary pozbawienia wolności w stosunku do celów jej wymiaru, nadając szczególne znaczenie prewencji indywidualnej, która jednak – jak znowu błędnie przyjmuje – nie koliduje w tym zakresie wcale z prewencją ogólną. Uznanie, że wykonanie kary pozbawienia wolności ma do spełnienia te same cele, które stawia przed sobą wymiar kary, jest wewnętrznie niespójne i mogłoby prowadzić do przetrzymywania skazanych w zakładach karnych ponad niezbędną potrzebę, mimo pozytywnych efektów readaptacyjnych, pozytywnej prognozy oraz bez związku z popełnionym przestępstwem. Takie postępowanie z pewnością nie przyczyniałoby się ani do kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, ani nie umacniałoby poczucia sprawiedliwości i praworządności. Prowadziłoby też do naruszenia art. 5 EKPCz. „Zwolnienie warunkowe nie jest wyrazem dezaprobaty popełnienia czynu i jego sprawcy. Wręcz przeciwnie – stanowi ono wyraz »upodmiotowienia« skazanego oraz uwzględnia pozytywne rokowania wobec niego w zakresie powrotu na drogę przestępstwa” Funkcja wychowawcza warunkowego zwolnienia realizuje się przede wszystkim przez to, że realna perspektywa wcześniejszego opuszczenia zakładu karnego działa motywująco na skazanych w zakresie kształtowania społecznie pożądanых postaw, w tym unikania drogi przestępstwa. Aby tak się działo, instytucja ta powinna być dostępna dla wszystkich skazanych, w tym na kary najsurowsze, a jej przesłanki muszą być ujęte w sposób na tyle precyzyjny, aby sam skazany mógł zrozumieć, jakie warunki musi spełnić, aby wcześniej opuścić zakład karny.

Podsumowując powyższe rozważania, w charakterze ogólniejszej refleksji należy stwierdzić, że podstaw dla poglądu o potrzebie czy zasadności wprowadzania zakazu ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie (bez względu na to, czy orzeczonego obligatoryjnie czy „tylko” fakultatywnie), można poszukiwać jedynie w całkowitym nieporozumieniu, a nazywając rzecz wprost – niezrozumieniu charakteru prawnego instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia (powtórzmy, że ujmowanego w noweli jako środek probacyjny, stanowiący bezpośrednią reakcję na popełnione przestępstwo). Prowadzi to do całkowitego zlekceważenia uwarunkowań systemowych, w których funkcjonuje powyższa instytucja, stanowiąc w istocie przejaw braku zaufania oraz dążenia do ograniczania niezawisłości i niezależności sędziowskiej, wyrażającego się w próbie takiego przeformułowania istniejących rozwiązań, by przynajmniej mocno zawęzić pole decyzji, w których sąd może samodzielnie – kierując zgodną z prawem oceną zaistniałych *in concreto* okoliczności, a nie wiążącymi go odgórnymi wskazaniem ustawodawcy – kształtować sytuację prawną obywatela.

Art. 78 § 3. Skazanego na karę 25 lat pozbawienia wolności można warunkowo zwolnić po odbyciu 15 lat kary, natomiast skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności po odbyciu 25 lat kary.	Art. 78 § 3. Skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności można warunkowo zwolnić po odbyciu 35 lat kary.	Art. 78 § 3. Skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności można warunkowo zwolnić po odbyciu 35 lat kary.
--	--	--

Art. 79 § 2. Skazanego można, niezależnie od warunków określonych w art. 78 § 1 lub 2, zwolnić warunkowo po odbyciu 15 lat pozbawienia wolności.	Art. 79 § 2. Skazanego można, niezależnie od warunków określonych w art. 78 § 1 lub 2, zwolnić warunkowo po odbyciu 25 lat pozbawienia wolności.	
--	--	--

Oprócz formalnego zakazu warunkowego zwolnienia, ustawodawca tak znacząco podwyższył minima formalne warunkowego zwolnienia przy karze dożywotniego pozbawienia wolności (nowy art. 78 § 3 k.k. wprowadza tu próg minimalny odbycia 35 lat kary), że można mówić o faktycznym wyłączeniu możliwości ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie w zasadniczej liczbie przypadków. Stąd zarzuty sprzeczności z unormowaniami konwencyjnymi i konstytucyjnymi należałoby na równi z wprowadzaniem wcześniejszego zakazu odnosić także do tej regulacji. Warto przy tym wskazać, że już minimum w wysokości 25 lat było jednym z najwyższych w krajach europejskich – przeciętna i najpowszechniejsza granica to 15 lat (choć w przypadku Danii jest ona jeszcze niższa – 12 lat). Polska znajdowała się tym samym w osamotnionej grupie państw byłego bloku wschodniego (wraz z Czechami – 20 lat, Rosją – 25 lat oraz Estonią – 30 lat), co tłumaczono przywiązaniem zarówno wyborców jak i polityków do założeń socjalistycznego prawa karnego oraz polityczną ceną rezygnacji z kary śmierci¹⁵. Obecne obostrzenie minimów formalnych (także w art. 79 § 2 k.k. z 15 na 25 lat) spowodowało, że polski ustawodawca zdołał przewyżżyć wszystko, co i tak wydawało się nadmiernie drastyczne w regulacji przesłanek warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Art. 80 § 3. W razie warunkowego zwolnienia z kary 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności okres próby wynosi 10 lat	Art. 80 § 3. W razie warunkowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności okres próby trwa dożywotnio.	
--	---	--

Nie da się również znaleźć żadnego uzasadnienia dla wydłużenia okresu próby przy warunkowym zwolnieniu z kary dożywotniego pozbawienia wolności na czas nieoznaczony tj. „dożywotni”, o czym stanowi nowy art. 80 § 3 k.k. Pomijając już zarzuty odnoszące się do warstwy aksjologicznej, zwłaszcza niehumanitarności całego kierunku nowelizacji, którego powyższe jest przykładem, jedną z cech konstrukcyjnych środków związanych z poddaniem sprawcy próbie jest właśnie określony czas owej próby. Okres próby nie może trwać „do śmierci”, gdyż z jego przebiegiem wiąże się też dolegliwość wykonywania obowiązków, dozoru i możliwości odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia. Dożywotnie utrzymywanie tych elementów, jest sprzeczne z samą istotą próby, powoduje, że o żadnym okresie próby nie może być mowy, skoro i tak sprawca będzie już zawsze podlegał oddziaływaniu środków penalnych. Jak też sensownie stwierdzić pozytywny przebiegu okresu próby i do czego miałby on prowadzić?

Wprawdzie analizowaną zmianę wprost można uznać za jeszcze jeden przejaw radykalnego i instrumentalnego punitywizmu, do którego dąży ustawodawca, jednak należy wyraźnie zaznaczyć, że jej krytyki nie da się sprowadzić wyłącznie do odmiennej (inna sprawa czy zasługującej na akceptację, ale niewątpliwie mogącej być przynajmniej

¹⁵ F. Dünkel [w:] U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar. Strafgesetzbuch, Baden-Baden 2017; s. 2309.

przedmiotem dyskusji) aksjologii karania czy polityki kryminalnej, mamy bowiem w rozważanym przypadku do czynienia z najpoważniejszym błędem konstrukcyjnym i systemowym, który jest absolutnie niedopuszczalny.

<p>Art. 81. W razie odwołania warunkowego zwolnienia ponowne warunkowe zwolnienie nie może nastąpić przed odbyciem, po ponownym osadzeniu, przynajmniej roku kary pozbawienia wolności, a w wypadku kary 25 lat pozbawienia wolności lub kary dożywotniego pozbawienia wolności przed odbyciem przynajmniej 5 lat kary.</p>	<p>Art. 81. W razie odwołania warunkowego zwolnienia ponowne warunkowe zwolnienie nie może nastąpić przed odbyciem, po ponownym osadzeniu, przynajmniej roku kary pozbawienia wolności, a w wypadku kary dożywotniego pozbawienia wolności przed odbyciem przynajmniej 5 lat kary.</p>	
---	--	--

Uregulowanie art. 81 k.k. zdaje się stanowić rezultat przeoczenia projektodawcy. Brzmienie przepisu przyjęte przez Sejm i Senat spowoduje bowiem złagodzenie rygorów ponownego warunkowego przedterminowego zwolnienia dla sprawców skazanych na kary 25 i więcej lat pozbawienia wolności. O ile bowiem aktualnie w przypadku „punktowej” kary 25 lat pozbawienia wolności ponowne warunkowe zwolnienie może zostać udzielone dopiero po 5 latach od ponownego osadzenia, o tyle po nowelizacji będzie to 1 rok (jak dla wszystkich kar terminowego pozbawienia wolności), zaś okres 5 lat pozostaje zarezerwowany wyłącznie dla dożywotniego pozbawienia wolności.

<p>Art. 85 § 1. Jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, sąd orzeka karę łączną.</p> <p>§ 2. Podstawą orzeczenia kary łącznej są wymierzone i podlegające wykonaniu, z zastrzeżeniem art. 89, w całości lub w części kary lub kary łączne za przestępstwa, o których mowa w § 1.</p> <p>§ 3. Jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu.</p> <p>§ 3a. Jeżeli kara wykonywana lub orzeczona, o której mowa w § 3, stanie się następnie podstawą orzeczenia kary lub kar łącznych, zakaz łączenia kar odnosi się również do tej kary lub kar łącznych.</p> <p>§ 4. Karą łączną nie obejmuje się kar orzeczonych wyrokami, o których mowa w art. 114a.</p>	<p>Art. 85 § 1. Jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, sąd orzeka karę łączną, biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa.</p> <p>§ 2. Karą łączną nie obejmuje się kar orzeczonych wyrokami, o których mowa w art. 114a.</p>	
--	--	--

W ramach nowelizacji projektodawca całkowicie zmienia paradygmat orzekania kary łącznej, powracając do systemu obowiązującego przed 1 lipca 2015 roku. Jakkolwiek dotychczasowy system również budzić może pewne wątpliwości, to jego wprowadzenie poprzedzone zostało rzetelną diagnozą stanu rzeczy sprzed nowelizacji oraz obszerną dyskusją na temat zmiany modelu orzekania kary łącznej. W aktualnie procedowanej nowelizacji projektodawca osiągnięty stan rzeczy całkowicie odwraca, nie poświęcając zagadnieniu choćby jednego zdania uzasadnienia projektu ustawy. Zmiany tej niepodobna zatem ocenić pozytywnie, ponieważ szanse takiej nie daje sam projektodawca.

Art. 85a. Orzekając karę łączną, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.		Art. 85a. Orzekając karę łączną, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim cele kary w zakresie społecznego oddziaływania, a także cele zapobiegawcze, które ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego
---	--	--

Modyfikacji ulegają dyrektywy wymiaru kary łącznej. O ile z obecnym brzmieniem art. 85a k.k. decydującym znaczeniem charakteryzować się ma dyrektywa prewencji indywidualnej, o tyle po nowelizacji, wymierzając karę łączną sąd kierować się musi przede wszystkim (negatywną) prewencją generalną. Rodzi się jednak pytanie czemu miałyby służyć dyrektywa negatywnej prewencji ogólnej w przypadku kary łącznej. Nie chodzi wszak już w tym przypadku o odstraszenie od popełniania przestępstw – temu bowiem służy negatywna prewencja ogólna na płaszczyźnie wymiaru kar jednostkowych. Czy zatem negatywna prewencja generalna miałyby służyć odstraszeniu potencjalnych sprawców od popełniania przestępstw w realnym zbiegu, a zatem – uwzględniając treść nowelizacji – od popełniania dwóch lub więcej przestępstw zanim zapadł pierwszy, choćby nieprawomocny wyrok? Negatywna prewencja generalna niosłaby w takim przypadku ze sobą przekaz: „nie popełniaj kilku przestępstw zanim zapadnie choćby nieprawomocny wyrok, bo spotka cię surowa kara”. Można by jednak mieć wątpliwość, czy na większe potępienie nie zasługuje popełnienie przestępstwa po zapadnięciu wyroku, a w szczególności po wykonaniu kary. Innymi słowy, wydaje się, że prewencja generalna (czy to w jej wersji pozytywnej, czy negatywnej) kategorycznie nie przystaje do kary łącznej.

	Art. 101 § 3a. W przypadku przestępstwa popełnionego w czasie dłuższym niż jeden dzień bieg przedawnienia rozpoczyna się z upływem ostatniego dnia, w którym sprawca swoim zachowaniem wypełniał znamiona przestępstwa.	
--	---	--

Projektowany art. 101 § 3a k.k. uznać należy za przykład redundancji informacji normatywnej. Skoro bowiem czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany (art. 6 § 1 k.k.), zaś w przypadku przestępstw skutkowych bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się od czasu, gdy skutek nastąpił (art. 101 § 3 k.k.), to oczywiste jest, że w przypadku przestępstwa popełnionego w czasie dłuższym niż jeden dzień bieg przedawnienia rozpoczyna się z upływem ostatniego dnia, w którym sprawca swoim zachowaniem wypełniał znamiona przestępstwa, co będzie miało zastosowanie w szczególności do czynu ciągłego. Nie wydaje

się przy tym, aby kwestia ta budziła kontrowersje teoretyczne lub praktyczne, stąd też nowelizacja w tym zakresie wydaje się niepotrzebna.

	<p>Art. 102 § 2. Jeżeli w toku wszczętego postępowania powzięto uzasadnione podejrzenie popełnienia innego przestępstwa, karalność tego przestępstwa ulega przedłużeniu w sposób określony w § 1 z dniem, w którym podjęto pierwszą czynność dowodową zmierzającą do ustalenia, czy zostało ono popełnione.</p>	
--	---	--

Daleko idące problemy praktyczne spowoduje kolejna modyfikacja tzw. dodatkowego terminu przedawnienia, który według projektowanego art. 102 § 2 k.k. miałby znajdować zastosowanie już wówczas, gdy podjęto pierwszą czynność dowodową zmierzającą do ustalenia, czy przestępstwo zostało popełnione. Trudno bowiem określić, czy za czynność taką można uznać – przykładowo – przesłuchanie świadka w innym postępowaniu, zadając mu jednak pytanie obejmujące przedmiot wątpliwości przesłuchującego. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie jest tym trudniejsze, że projektodawca nie poświęca nowelizacji art. 102 k.k. ani jednego zdania. Trudności interpretacyjne budzi przy tym zarówno określenie „powzięcia wątpliwości popełnienia innego przestępstwa” jak i „podjęcia pierwszej czynności dowodowej zmierzającej do ustalenia, czy zostało ono popełnione”.

	<p>Art. 115 § 9a. Kradzieżą szczególnie zuchwałą jest:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) kradzież, której sprawca swoim zachowaniem wykazuje postawę lekceważącą lub wyzywającą wobec posiadacza rzeczy lub innych osób lub używa przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby, w celu zawładnięcia mieniem; 2) kradzież mienia ruchomego znajdującego się bezpośrednio na osobie lub w noszonym przez nią w czasie czynu ubraniu albo przenoszonym przez tę osobę lub znajdującego się w przenoszonych przez tę osobę przedmiotach. 	
--	---	--

Pomysł wprowadzenia do kodeksu karnego kradzieży szczególnie zuchwałej jako kwalifikowanego typu kradzieży już ze względów czysto językowych sprawia wrażenie reminiscencji poprzedniego systemu. Kradzież szczególnie zuchwała znajdowała się zresztą w kodeksie karnym z 1969 roku, do którego – również w tym przypadku – aprobowo odnosi się projektodawca (s. 45 uzasadnienia). Uregulowanie to budzi przynajmniej dwie wątpliwości o charakterze jurystycznym. Po pierwsze, spowoduje radykalne przesunięcie sporej części kradzieży drobnych z kategorii wykroczeń do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Zapewne wbrew intencji projektodawcy, rozwiązanie takie otworzy również możliwość stosowania do przypadków drobnych klauzuli znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu, nawet pomimo rozszerzenia o art. 279a § 1 k.k. wypadków mniejszej wagi przewidzianych znowelizowanym przepisem art. 283 k.k. Po

drugie, definicja legalna kradzieży szczególnie zuchwałej wprowadzana do art. 115 § 9a k.k. zdaje się nie spełniać postulatu *nullum crimen sine lege certa* (zob. też opinię Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego). Trudno bowiem za spełniające wymóg jednoznaczności uznać wytlumaczenie pojęcia „zuchwałości” poprzez odwołanie do lekceważenia pokrzywdzonego lub prezentowanie wobec niego postawy wyzywającej. Niepodobna również zrozumieć, dlaczego kradzież szczególnie zuchwała miałaby obejmować przypadki lekceważenia lub wyzywającej postawy prezentowanej przez sprawcę wobec innej osoby niż pokrzywdzony. Czy bowiem możliwe jest popełnienie jakiegokolwiek kradzieży w sposób nielekceważący lub niewyzywający, a zatem – innymi słowy – czy da się komuś coś ukraść z pełnym poszanowaniem jego godności i oddając mu należyty szacunek? Jeśliby na to pytanie spróbować udzielić odpowiedzi twierdzącej, to pojawiłby się z kolei problem ścisłego rozróżnienia „kradzieży lekceważących” od „kradzieży nielekceważących”. Od tego wszak znamienia częstokroć zależeć będzie, czy sprawca poniesie odpowiedzialność wyłącznie za wykroczenie, czy też już za przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8.

<p>Art. 148 § 1. Kto zabija człowieka, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.</p> <p>§ 2. Kto zabija człowieka:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) ze szczególnym okrucieństwem, 2) w związku z wzięciem zakładnika, zgwałceniem albo rozbojem, 3) w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, 4) z użyciem materiałów wybuchowych, <p>podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 12, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.</p>	<p>Art. 148 § 1. Kto zabija człowieka, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 10 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.</p> <p>§ 2. Kto zabija człowieka:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) ze szczególnym okrucieństwem, 2) w związku z wzięciem zakładnika, zgwałceniem albo rozbojem, 3) w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, 4) z użyciem materiałów wybuchowych, <p>podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 15 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.</p> <p>(...)</p> <p>§ 5. Kto czyni przygotowania do przestępstwa określonego w § 1, 2 lub 3, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.</p>	
---	--	--

Kryminalizacja przygotowania do zabójstwa racjonalizowana jest w treści uzasadnienia projektu dwoma względami – wysokim stopniem społecznej szkodliwości inicjowania działań zmierzających do zabójstwa oraz tym, że karalność przygotowania wprowadzana jest w tych przypadkach, w których dokonanie nie jest możliwe bez wcześniejszego przygotowania (s. 27 uzasadnienia). Pierwszy z argumentów jawi się jako trafny. Można jednak mieć wątpliwość co do możliwości odniesienia drugiego z argumentów – który koncentruje się na elemencie niezbędności przygotowania – akurat do przestępstwa zabójstwa. Jakkolwiek bowiem projekt z zasady nie odnosi się do danych statystycznych czy innego rodzaju diagnozy rzeczywistego obrazu przestępczości, to należałoby wyrazić przekonanie, że spora część (zapewne większość) przestępstw zabójstwa wyodrębnionym i odpowiednio długim stadium przygotowania poprzedzona jednak nie jest. Do popełnienia zabójstwa skomplikowane zachowania przygotowawcze nie są wszak potrzebne. Penalizacja przygotowania do zabójstwa wywołać może również zasadnicze trudności o charakterze

dowodowym z uwagi na konieczność udowodnienia, że określone czynności (uzyskiwanie lub przysposabianie środków czy zbieranie informacji) przedsięwzięte są w tym właśnie celu. W tych dwu okolicznościach poszukiwać należy przyczyn braku penalizacji przygotowania do zabójstwa w obecnym, ale i poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Dla porównania, problemy te zasadniczo nie występują w przypadku takich przestępstw jak przywołane przez projektodawcę wszczęcie lub prowadzenie wojny napastniczej, zamach na konstytucyjny organ państwa czy fałszerstwo pieniędzy.

Wśród motywów analizowanej propozycji legislacyjnej trudno znaleźć jakiegokolwiek merytoryczne uzasadnienie dla tak znacznego rozszerzenia zakresu kryminalizacji na dalekim wszak przedpolu naruszenia dobra prawnego, poza jakąś wybrzmiewającą intuicją, że życie człowieka, jako wartość hierarchicznie najwyższa, wymaga najpełniejszej ochrony (chciałoby się zapytać, co ustawodawca przez powyższą ochronę rozumie, i czy zdaje sobie sprawę, że dążenie do ochrony totalnej jest po prostu przeciwskuteczne?). Czynione też w tekście odwołanie do pozostałych przypadków karalności przygotowania (art. 117 § 2, art. 128 § 2, art. 175 k.k., art. 189a k.k., art. 270 § 3 k.k. i art. 310 § 4 k.k.) pozwalać ma na rzekomy wniosek, że najpoważniejsze rodzaje przestępstw wymagają wprowadzenia kary za samo podjęcie czynności przygotowawczych do nich, wobec czego dotychczasowy brak w tym zestawieniu przygotowania do zabójstwa, jako przestępstwa zagrożonego najsurowszą karą spośród tych, skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu i odznaczającego się wysokim stopniem społecznej szkodliwości (uzasadnienie, s. 27-28) musi być luką ustawodawczą wymagającą natychmiastowej naprawy.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że ustawowe wyliczenie czynności przygotowawczych jest wyliczeniem przykładowym, ze względu na użycie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności”, co sprawia, że definicja zakresowa jest niepełna. Zgodnie bowiem z art. 16 § 1 k.k.:

1. „Przygotowanie zachodzi tylko wtedy, gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego podejmuje czynności mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania”, oraz
2. „Przygotowanie zachodzi w szczególności wtedy, gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego wchodzi w porozumienie z inną osobą, uzyskuje lub przysposabia środki, zbiera informacje lub sporządza plan działania”.

Ma to olbrzymie znaczenie dla zrozumienia, jak w istocie szeroki może być zakres kryminalizacji w przypadku wprowadzenia karalności przygotowania do konkretnego typu czynu zabronionego, zwłaszcza o tak syntetycznie ujętych znamionach jak zabójstwo. O ile bowiem definicja zakresowa (druga) wyszczególnia niektóre formy, w jakich przygotowanie do przestępstwa może występować (odnoszące się do konfiguracji jedno- i wieloosobowej), to pierwsza definicja (treściowa) obejmuje po prostu wszystkie inne możliwe czynności podjęte w celu dokonania określonego typu przestępstwa rodzajowego, które mają stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego w sposób bezpośredni do jego dokonania. Tu zaś krytyczne staje się jedynie podjęcie tych czynności w określonym celu.

Wprawdzie cel dokonania przestępstwa znajduje się w zakresie normowania normy sankcjonowanej zakazującej podejmowania czynności przygotowawczych do danego rodzaju przestępstwa, nie zaś w jej zakresie zastosowania, jednak bez wątpienia to on stanowić będzie element drastycznie zmieniający prawnokarne wartościowanie zachowania. W wielu bowiem przypadkach wskazane w przepisie czynności same w sobie nie są zachowaniami ujemnie ocenianymi, a nawet wręcz przeciwnie – często stanowią one zachowania społecznie aprobowane, a nawet pożądane. Dopiero towarzysząca im strona podmiotowa, opisująca cel ich podjęcia, zmienia w sposób znaczący ich prawnokarną ocenę. Przykładowo gromadzenie benzyny nie jest bezwzględnie czynnością prawnokarnie relatywną. Określonego znaczenia nabiera ona dopiero w momencie, kiedy sprawca podejmuje ją w celu spowodowania pożaru

zagrożącemu wielu osób lub mieniu w znacznych rozmiarach. Rzecz jednak w tym, że przy zwykłych czynnościach, jakich codziennie wykonujemy dziesiątki, przesądzenie ich charakteru tylko na podstawie zamiaru (skoro nie odznaczają się one żadnymi szczególnymi cechami zewnętrznymi, wyróżniającymi je spośród zachowań społecznie adekwatnych), jest od strony postępowania dowodowego, w którym ma zapaść to ustalenie, praktycznie niewykonalne. Zwłaszcza akurat przy przestępstwie zabójstwa trudno wyobrazić sobie, by owe czynności przygotowawcze do jego popełnienia mogły same w sobie, choćby w jakiejś części odznaczać się właściwościami pozwalającymi na powiązanie ich z planowaną zbrodnią. W takim razie, albo czeka nas odpowiedzialność karna – i to w granicach od 2 do 15 lat pozbawienia wolności – za przysłowiowy zakup noża (lub trutki na szczury czy sznura, lub za próbę ustalania adresu zamieszkania innej osoby), np. tylko na tej podstawie, że być może ktoś słyszał, jak sprawca dał wyraz temu, że kiedyś kogoś zabije, albo będziemy mieli do czynienia z wprowadzeniem normy, która i tak nie będzie mogła być stosowana.

Realną przeszkodą w stosowaniu nowego art. 148 § 5 k.k., czyniącą całe zamierzenie intensyfikacji ochrony czysto iluzorycznym, może być bowiem okoliczność, że i tak nie da się wykazać odpowiedniego poziomu zwiększenia ryzyka zabójstwa przez czynności w rodzaju choćby wyszczególnionych powyżej, zaś te które już taki poziom ryzyka osiągną, będą karane w oparciu o odrębną normę dotyczącą usiłowania. Warto bowiem w tym kontekście zadać pytanie, co właściwie oddziela niekaralny zamiar od przygotowania w pochodzie przestępstwa. Rzecz jasna nie chodzi tu o oczywistą odmienność polegającą na wewnętrznym jedynie bycie tego pierwszego, a zaistnieniem w obiektywnej rzeczywistości jakiejś formy oddziaływania, która ma prowadzić do realnego ułatwienia realizacji znamion czynu zabronionego, ale o odpowiedź na pytanie, czy – podobnie jak w przypadku form stadialnych przygotowania i usiłowania – pomiędzy zamiarem a przygotowaniem także nie istnieje „pole niczyje”. Otóż odpowiedź powinna być negatywna. O ile wszystko, co jeszcze nie jest przygotowaniem, stanowi już usiłowanie, to nie wszystko, co już nie jest tylko zamiarem wchodzi automatycznie w stadium przygotowania, skoro przygotowanie polega – najogólniej rzecz ujmując – na ułatwieniu realizacji zamiaru, czyli na wystarczająco istotnym zwiększeniu szans powodzenia przestępnego przedsięwzięcia, nie zaś tylko na samym zmanifestowaniu, że zamiar taki w ogóle powstał. Niekiedy zaś – jak w przypadku zabójstwa właśnie – praktyczne oddzielenie od siebie tego, co następuje przed przygotowaniem do jego popełnienia od tego, co nim już jest (choć zarazem nie jest jeszcze usiłowaniem), staje się niezwykle skomplikowane, właściwie niewykonalne, stąd względ na czystą operatywność stanowionych rozwiązań normatywnych i możliwość osiągnięcia za ich pomocą zakładanych rezultatów przemawia za brakiem karalności przygotowania do zabójstwa.

Zwrócić także należy uwagę, że cechą charakterystyczną czynności przygotowawczych jest to, iż same z siebie nie są one w stanie zaatakować dobra prawnego, chronionego przez konkretny przepis typizujący przestępstwo, do którego dokonania sprawca dąży. Związane są one jedynie z potencjalnym zagrożeniem dla dobra prawnego, które będzie coraz intensywniejsze w momencie przejścia na każdy z kolejnych etapów realizacji znamion na tzw. *iter delicti*. Przygotowanie musi zatem odznaczać się tym, że poprawia jakość i stan zorganizowania zamierzonego przedsięwzięcia. Można zatem – z jednej strony – zgodzić się ze stwierdzeniem, że „przygotowanie do przestępstwa jako jeden z etapów przeddokonania czynu zabronionego zwiększa prawdopodobieństwo, że czyn zabroniony zostanie dokonany”. Rzecz jednak w tym, że czyny, które nie zagrażają dobru prawnemu ani w sposób konkretny ani nawet abstrakcyjny, nie powinny być zakazywane. Uznanie danego zachowania za czyn bezprawny (zabroniony) oznacza zaś przesądzenie, że przekroczył on granicę takiego poziomu ryzykowności, który otwiera dopuszczalność jego sankcjonowania. Przy czym samo uzasadnienie kryminalizowania przez odwołanie się do elementów subiektywnych (innymi

słowy – bo sprawca ma przecież zamiar), nie może się ostać, podobnie jak nie ostaje się w czystej postaci nawet przy karalności usiłowania nieudolnego.

Na koniec warto wyraźnie zaakcentować, że ewentualna karalność tak odległej formy przed dokonaniem, jaką jest przygotowanie musi podlegać najściślejszemu badaniu pod względem zachowania wymogów związanych z konstytucyjną zasadą proporcjonalności, wskazaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wśród przesłanek uzasadniających penalizację przygotowania do określonych czynów zabronionych wymienia się przy tym nie tylko, i nie na pierwszym miejscu, wagę chronionego dobra prawnego, ale równoczesną samą istotność zachowań przygotowawczych w popełnieniu przestępstwa (wyrażającą się w swoistym tekście, czy w ogóle możliwe byłoby popełnienie określonego czynu zabronionego bez wcześniejszego przedsięwzięcia tych czynności – np. sporządzenie matryc do wydruku banknotów) oraz względy dowodowe. Zasada proporcjonalności to jednak nie tylko zakaz ingerencji nadmiernej (w tym przypadku wręcz się narzucający), ale i nakaz ingerencji dostatecznej, czyli stanowienia takich regulacji, które będą efektywnym narzędziem ochrony. Z pewnym zdziwieniem można skonstatować, że ustawodawcy udało si naruszyć oba te zakazy. Albo zatem będziemy mieli do czynienia z normą totalną, obejmującą wszelkie zachowania i tym samym prowadzącą do zaprzeczenia funkcji ochronnej, a nie jej sprawniejszej realizacji, albo z normą pustą, gdyż żadne z zachowań dopiero i w jakimś stopniu tylko wydających się „stwarzać warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania” nie będzie mogło w praktyce zostać subsumowane pod tego rodzaju zakazu karny, z uwagi chociażby na niewykazywanie dostatecznego poziomu ryzykowności dla dóbr prawnych.

	<p>Art. 148a § 1. Kto przyjmuje zlecenie zabójstwa człowieka w zamian za udzieloną lub obiecaną korzyść majątkową lub osobistą, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.</p> <p>§ 2. Nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1, kto nie usiłując dokonać zleconego zabójstwa, przed wszczęciem postępowania karnego ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw osobę lub osoby zlecające zabójstwo oraz istotne okoliczności popełnionego czynu.</p>	
--	---	--

W znowelizowanym kodeksie karnym w art. 148a § 1 znalazł się nowy typ przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, w postaci przyjęcia zlecenia zabójstwa. Karalne ma być zatem przyjęcie zlecenia popełnienia takiego przestępstwa, wynikające – jak można założyć – z zadeklarowanej przez sprawcę „gotowości” jego popełnienia. Już w tym miejscu zwrócić należy uwagę na ryzyko powstania ogromnych trudności z dowodzeniem realizacji znamion, która – w rzeczy samej – następuje w sferze przeżyć wolicjonalnych, o ile oczywiście założy się, iż warunkiem ich realizacji jest powstanie zamiaru wykonania zlecenia zabójstwa, a nie jedynie wyrażenie takiej gotowości, nawet wtedy, gdy jest ona wyrażona jedynie „dla pozorów”.

Jest to rozwiązanie bezprecedensowe, a jednocześnie budzące niemało, a być może nawet i nadmiar wątpliwości. W konstrukcji tego przestępstwa bezsporne wydaje się bowiem jedynie pojęcie korzyści majątkowej lub osobistej – i to w ograniczonym zakresie – w takim bowiem, w jakim odnosi się do niego definicja legalna zawarta w art. 115 § 4 k.k., z której

wynika, iż jest to „korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego”. To, co może być treścią tych korzyści, należy już do sfery wykładniczej tego pojęcia, dla której spory interpretacyjne są wszakże znakiem rozpoznawczym. Nie inaczej rzecz się ma z pojęciem „obietnicy” korzyści. Szczęśliwie, w zakresie interpretacji zakresu treściowego tych znamion z pomocą może przyjść bogaty dorobek interpretacyjny tych pojęć – tak na płaszczyźnie egzegezy sądowej, jak i doktrynalnej – choćby w kontekście znamion przestępstwa z art. 228 k.k. czy art. 229 k.k.

Regulacja operująca konstrukcją sprawstwa zleceńbiorniczego zawarta w przepisie art. 148a § 1 noweli z 16 maja 2019 r. przesuwając ochronę życia w bardzo odległe od wystąpienia skutku śmiertelnego przestrzenie zachowania sprawcy. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy – z perspektywy gwarancyjnych reguł prawa karnego – aby nie nazbyt głęboko. Konstrukcja tego przestępstwa zakłada istnienie określonego układu między dwoma podmiotami, z których jeden zleca zabójstwo, udzielając jednocześnie korzyści majątkowej lub osobistej lub składając obietnicę korzyści o takim charakterze, drugi natomiast w zaistniałych okolicznościach „przyjmuje zlecenie zabójstwa”.

Przyjęcie zlecenia zabójstwa można postrzegać jako najwcześniejszy etap stadialny realizacji znamion przestępstwa umyślnego, wyrażający się w podjęciu zamiaru popełnienia takiego przestępstwa. Może powstać jednak wątpliwość, czy tak ujęty „etap stadialny” jest już „formą stadialną” czynu zabronionego – pojęć tych wszakże utożsamiać nie można – samo przyjęcie zlecenia zabójstwa nie realizuje bowiem jeszcze znamion jego przygotowania. Gdyby bowiem tak było, regulacja art. 148a § 1 wobec przestępstwa z art. 148 § 5 przewidującego karalność przygotowania do zabójstwa byłaby całkowicie zbędna. Nie powinno przy tym budzić wątpliwości, iż za przygotowanie do zabójstwa nie można uznać samego „wejścia w porozumienie”, które można wyinterpretować ze znamion art. 148a § 1, między dającym a przyjmującym zlecenie zabójstwa. Musi wszakże między nimi dojść do określonego konsensusu. Wejście w porozumienie w ujęciu art. 16 § 1 k.k. należy bowiem interpretować jedynie jako układ integrujący współsprawców, nie zaś sprawcę i podżegającego.

Czynnikiem motywującym do przyjęcia zlecenia zabójstwa jest udzielenie korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy. Użycie w konstrukcji dyspozycji tego przestępstwa znamienia „w zamian” nie może być zatem odczytane inaczej, jak w ten sposób, iż czynnik „korzyści” warunkuje odpowiedzialność za to przestępstwo. W sytuacji więc, w której sprawca przyjmie zlecenie zabójstwa w zamian za udzielenie korzyści majątkowej lub osobistej lub jej obietnicę realizuje znamiona czynu zagrożonego karą od 2 do 15 lat, jeśli jednak zlecenie takie przyjmie z innego powodu, np. z powodu przyjaźni łączącej go ze zleceńodawcą zabójstwa albo wręcz całkowicie „bezinteresownie”, jego zachowanie nie będzie podlegało karze, a właściwie – jeśli nie przejdzie z fazy zamiaru popełnienia zabójstwa w co najmniej w fazę czynności przygotowawczych – w ogóle nie będzie stanowiło czynu, skoro zamiar ten nie został uzewnętrzniony. Poza dyskusją jest, rzecz jasna, w takim przypadku odpowiedzialności dającego zlecenie, który poniesie karę za podżeganie do zabójstwa w postaci dokonanej, brak natomiast podstaw do ścigania tego, kto zlecenie przyjął, w myśl zasady *cogitationis poenam nemo patitur*, znajdującej swe rozwinięcie w gwarancyjnej formule *nullum crimen sine actione*, skoro powstały zamiar zabójstwa człowieka po stronie zleceńbiornicy nie został uzewnętrzniony co najmniej – zgodnie z treścią art. 16 § 1 k.k. – w podjęciu czynności mających stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania zabójstwa. Rozumowanie to prowadzi prostą drogą do wniosku, iż norma sankcjonowana, którą można wyprowadzić z przepisu art. 148a § 1 k.k. zabrania nie tyle samego przyjmowania zlecenia zabójstwa – takie zachowanie w świetle konstrukcji znamion tego przepisu pozostaje niezmiennie zachowaniem „legalnym” – a jedynie przyjmowania takiego zlecenia „odpłatnie”, w zamian za określony w przepisie rodzaj

korzyści bądź choćby jej obietnicę, a więc określoną formę gratyfikacji lub nawet jedynie formę jej zapewnienia. Wynikająca z tego założenia dyferencjacja prawnokarnej oceny zrodzonego po stronie „przyjmującego zlecenie zabójstwa” sprawcy zamiaru zabójstwa wydaje się bardzo kontrowersyjna.

Kryminalizację przestępstwa polegającego na przyjęciu zlecenia zabójstwa w obecnym kształcie ocenić należy negatywnie także w kontekście uzasadnienia przedstawionego przez projektodawców. Otóż czytamy w nim, że *„propozycja penalizacji tego zachowania stanowi refleks postulatu karalności przygotowania do zabójstwa (...) Przyjęcie zlecenia zabójstwa jest natomiast zachowaniem podjętym na tym samym, wstępnym etapie zmierzającym finalnie do realizacji zasadniczego zamierzenia przestępnego, lecz przez osobę trzecią już w chwili zaakceptowania (choćby milczącego, a więc jest to możliwe również poprzez zaniechanie) propozycji, której przedmiotem jest zabójstwo człowieka. Takie zaś zachowanie nie mieści się w prawnych ramach przygotowania do popełnienia zabójstwa”* (s. 28 uzasadnienia). Z cytowanej wypowiedzi można by wszak wyinterpretować, że – w ocenie projektodawców – przyjęcie zlecenia zabójstwa stanowi *sui generis* przygotowanie zabójstwa przez zaniechanie. Jeśliby jednak uznać, że przyjęcie zlecenia zabójstwa znajduje się „na tym samym etapie” co przygotowanie tego przestępstwa, to w istocie cały projektowany typ czynu zabronionego z art. 148a § 1 k.k. dotyczyłby milczącego przyjęcia zlecenia. Analiza językowego projektowanego przepisu pozwala raczej na przyjęcie, że obejmuje on jednak zachowania o charakterze przedprzygotowawczym, co z kolei nakazuje przyjąć, że mielibyśmy do czynienia z karalnością samego zamiaru zabójstwa (wbrew zasadzie *cogitationis poenam nemo patitur – Gedanken sind zollfrei*). Poprzestając zaś na językowej wykładni przepisu, można by dojść do wniosku, że – niewątpliwie wbrew intencji projektodawcy – karalność przyjęcia zlecenia zabójstwa uzależniona jest w istocie jedynie od faktu przyjęcia tego rodzaju propozycji (i to – co więcej – jak wskazuje się w uzasadnieniu, nawet milczącego), niezależnie od tego, czy zamiar zabójstwa u przyjmującego zlecenie w rzeczywistości powstał, czy też nie. Wykładnię taką należałoby jednak odrzucić, włączając w proces interpretacji znamię dobra prawem chronionego, a zarazem dochodząc do wniosku, że zlecenie jest przyjęte w momencie podjęcia decyzji o jego realizacji. Z uzasadnienia bowiem wynika, że dobrem chronionym jest tu życie ludzkie – *„(...) biorąc pod uwagę charakter tego czynu, którego istota społecznej szkodliwości sprowadza się do rozciągniętego w czasie zagrożenia dla dobra prawnego w postaci ludzkiego życia (...)”* (s. 28-29 uzasadnienia). Karze podlegałoby zatem wyłącznie przyjęcie zlecenia zabójstwa z zamiarem jego zrealizowania. Inna sprawa, że i w tym zakresie można by mieć dwie dość dobrze uzasadnione wątpliwości. Po pierwsze – należałoby rozważyć, czy na etapie przedprzygotowawczym (a zatem jedynie przyjęcia zlecenia zabójstwa) zagrożenie dla dobra prawnego w ogóle występuje, skoro nie znajduje ono żadnego uzewnętrznienia (niebezpieczeństwo znajduje się wszak jeszcze tylko „w głowach” zleceniodawcy i przyjmującego zlecenie). Po drugie – choć jest to już wątpliwość o charakterze praktycznym – przypisanie popełnienia przestępstwa z art. 148a § 1 k.k. musiałoby oznaczać konieczność udowodnienia w procesie karnym w żaden jeszcze sposób nieuzewnętrznionego zamiaru (jeśli uznać, że nie wystarczy samo przyjęcie zlecenia bez zamiaru jego realizacji), co wiązać się będzie z niebywałymi wręcz trudnościami dowodowymi. Powszechnie wiadome jest bowiem, że zamiar udowadnia się na podstawie zewnętrznego zachowania się człowieka, skoro nie jest

możliwe „wejrzenie do głowy” konkretnego sprawcy¹⁶. Idąc jednak dalej, nasuwa się pytanie, dlaczego – skoro przedmiotem ochrony rzeczonoego przepisu jest życie ludzkie – projektodawca przyjął, że reakcji karnej wynika jedynie przyjęcie zlecenia zabójstwa w zamian za korzyść majątkową lub osobistą. Zlecenie zabójstwa przyjęte – przykładowo – dla samej satysfakcji nie stwarza przecież mniejszego zagrożenia dla dobra prawem chronionego niż takie, którego przyjęcie wiązałoby się z osiągnięciem korzyści majątkowej lub osobistej. Nie wydaje się przy tym – a w szczególności jakichkolwiek danych w tym zakresie nie przedstawia uzasadnienie projektu – aby konieczne było zwalczanie szerszego zjawiska polegającego na przyjmowaniu zleceń zabójstw przez płatnych zabójców. Nie wydaje się zatem, aby tego działalność stanowiła problem wymagający przesunięcia się z ochroną prawnokarną na zachowania o charakterze przedprzygotowawczym.

Wobec **najpoważniejszych** obiekcji co do możliwości legitymizacji wprowadzania kary kryminalnej za zachowania stanowiące jedynie jakąś formę „przygotowania” do popełnienia zbrodni zabójstwa, dodanie powyższego typu czynu zabronionego, w przypadku którego zakres ingerencji prawnokarnej jest jeszcze szerszy, musi napotykać na zdecydowany opór. Nowy art. 148a § 1 stanowi: *„Kto przyjmuje zlecenie zabójstwa człowieka w zamian za udzieloną lub obiecaną korzyść majątkową lub osobistą”*. Jest to też bez wątpienia przeformułowanie jednej z możliwych czynności przygotowawczych w odrębny typ czynu zabronionego z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo (nawiązujący do podklasy tzw. przestępstw przygotowawczych *Vorbereitungsdelikte*). Zresztą sam projektodawca przyznaje w uzasadnieniu: *„propozycja penalizacji tego zachowania stanowi refleks postulatu karalności przygotowania do zabójstwa, podobna szkodliwość społeczna przyjęcia zlecenia zabójstwa uzasadnia zaś koncepcję analogicznego ustawowego zagrożenia karą tego czynu od 2-15 lat pozbawienia wolności”* (s. 28).

Dodać także należy, że karalne będą nie tylko zachowania podejmowane w zamiarze bezpośrednim, ale nawet zamiarze ewentualnym (jest to zatem kryminalizacja przygotowania w zamiarze ewentualnym). Po drugie, za realizację znamion czynnościowych tego typu ustawodawca rozumie też „milczącą akceptację”, lecz pisze o niej jako o „możliwości popełnienia tego przestępstwa przez zaniechanie” (!) (uzasadnienie, s. 28), co będzie powodować, że w istocie brak wypełnienia znamion będzie miał miejsce dopiero w momencie, gdy sprawca podjął jakieś czynności zapobiegawcze, np. wyraźnie sprzeciwił się składanej mu propozycji, którego to wniosku już zupełnie nie da się zaakceptować (kierunek wykładni powinien być tu wszak analogiczny do przyjęcia korzyści przy przestępstwie sprzedajności, oznaczając przynajmniej tyle, że sprawca wyraził zgodę, choćby tylko w swojej świadomości na proponowany mu „układ” wraz ze spodziewaną korzyścią). Ponadto otwiera się problem odpowiedzialności za usiłowanie tego przestępstwa (umówienie się na spotkanie z potencjalnym zleceniodawcą, przyjście na to spotkanie, wskazanie mu przed przyjęciem zlecenia konta bankowego?). Rodzi się też pytanie, jak będzie wyglądała odpowiedzialność karna samego „zleceniodawcy”. Do tej pory zasadnie wskazywano na możliwość w takich przypadkach stosowania konstrukcji podżegania do popełnienia przestępstwa zabójstwa. Gdy samo przyjęcie zlecenia stanowi już będzie osobny rodzajowy typ przestępstwa, zlecający w istocie podżegał będzie w pierwszej kolejności do popełnienia tego przestępstwa (chce bowiem, żeby zlecenie zostało przyjęte i w momencie wzbudzenia zamiaru jego przyjęcia od zleceniobiorcy dokonuje swojego podżegania). Czy takie

¹⁶ Zob. szerzej M. Laskowski, *Ustalanie umyślności w praktyce orzeczniczej* (w:) J. Majewski (red.), *Umyślność i jej formy*, Toruń 2011, s. 51 i n.; K. Lipiński, *O dwóch odmianach wzorców osobowych w prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 2, s. 61 i n.

podżeganie będzie pozostawało w zbiegu (i jakim) z podżeganiem do przestępstwa zabójstwa (dlatego bowiem zleceniodawca chce przyjęcia zlecenia, by zostało ono zrealizowane).

Przepis art. 148a § 2 przewiduje ustawową klauzulę niekaralności sprawcy zachowania stypizowanego w § 1, która aktualizuje się w przypadku, gdy przyjmujący zlecenie zabójstwa: 1) nie usiłował dokonać tego przestępstwa, 2) ujawniając jednocześnie wobec organu powołanego do ścigania przestępstw przed wszczęciem postępowania karnego osobę lub osoby zlecające zabójstwo oraz 3) istotne okoliczności popełnionego czynu. Także to rozwiązanie budzi istotną wątpliwość z perspektywy efektywnej realizacji celu polityki kryminalnej, którym w tym przypadku jest skuteczna zachęta do rezygnacji z dokonania zabójstwa. Jeżeli bowiem sprawca „przyjęcia zlecenia zabójstwa” wkroczy w etap jego usiłowania, a następnie w warunkach czynnego żalu określonego w art. 15 § 1 dobrowolnie odstąpi od dokonania zabójstwa względnie zapobiegnie wystąpieniu skutku śmiertelnego, nie poniesie odpowiedzialności za usiłowanie zabójstwa – a ewentualnie jedynie za skutki powstałe na drodze do bezpośredniego zmierzania do skutku śmiertelnego w warunkach usiłowania kwalifikowanego – z mocy art. 17 § 2 k.k. nie poniesie także odpowiedzialności za przygotowanie do zabójstwa z art. 148 § 5. Aktualna pozostanie natomiast jego odpowiedzialność na podstawie art. 148a § 1. W tym stanie rzeczy nieodzowne byłoby dodanie do art. 148a klauzuli analogicznej do tej, która wynika z art. 17 § 2 k.k., a która gwarantowałaby brak odpowiedzialności karnej także za przyjęcie zlecenia zabójstwa. Analogiczną funkcję pełnią w ustawie przepisy art. 229 § 6, art. 230a § 3 k.k., czy art. 296a § 5, przy czym te, w warunkach realizacji zbliżonych przesłanek, gwarantują nie podleganie karze udzielającemu korzyści lub jej obietnicy, a nie temu, komu jest ona lub jej obietnica udzielana. Nie tak daleko idące dobrodziejstwa zapewnia z kolei art. 250a § 4 k.k., który w razie czynnego żalu sprawcy gwarantuje nadzwyczajne złagodzenie kary, z możliwością odstąpienia od jej wykonania.

Nie ulega także wątpliwości, iż przepis ten aktualizuje rozterki interpretacyjne ogólniejszej natury wynikające z warunku „ujawnienia” wobec organu powołanego do ścigania osoby lub osób zlecających zabójstwo oraz istotnych okoliczności popełnienia czynu. Mimo iż jasne jest, że określenie użyte w tym przepisie należy rozumieć w analogiczny sposób, jak w przypadku innych, dotychczasowych kodeksowych regulacji czynnego żalu operujących tym znamieniem (np. art. 60 § 3 k.k. czy art. 259 k.k.), również oczywiste jest i to, iż nieuniknione w tym kontekście jest odświeżenie sporów wynikających z interpretacji tego warunku, który zarówno w nauce prawa karnego, jak i na gruncie praktyki orzeczniczej, rodzi liczne i niegasnące kontrowersje.

Także brak wymogu, by ujawnienie określonych informacji wobec organu powołanego do ścigania przestępstw, było „dobrowolne” uznać można za rozwiązanie, co do zasady, dyskusyjne. Absolutna większość konstrukcji instytucji czynnego żalu wynikających z kodeksu warunkiem tym wszakże operuje. Choć jednak przyjęta w art. 148a § 2 formuła obejmować może także „skruczę wymuszoną” przyjmującego zlecenie zabójstwa, rozwiązanie to należy zaakceptować, służy ono bowiem ochronie życia człowieka znajdującego się w stanie potencjalnego niebezpieczeństwa, skoro daje sprawcy tego przestępstwa szersze możliwości korzystania z dobrodziejstwa wynikającego z klauzuli niepodlegania karze.

Omawianej wyżej niespójności nie usunięto w ramach prac senackich. Art. 148a § 2 k.k. w obecnym brzmieniu prowadzi tymczasem do sytuacji, w której w stosunku do sprawcy mającego jedynie zamiar popełnienia przestępstwa (jak bowiem wskazano, wbrew intencji projektodawcy art. 148a § 1 k.k. obejmuje swym zakresem czynności przedprzygotowawcze w stosunku do czynu z art. 148 k.k.) dla bezkarności wymaga się więcej, niż od sprawcy odstępującego od przygotowania lub usiłowania.

<p>Art. 155. Kto nieumyślnie powoduje śmierć człowieka, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.</p>	<p>Art. 155 § 1. Kto nieumyślnie powoduje śmierć człowieka, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. § 2. Jeżeli sprawca powoduje śmierć więcej niż jednej osoby, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.</p>	
--	---	--

Ustawodawca wprowadza w nowelizacji zasadnicze zmiany dotyczące kształtu art. 155 k.k. Po pierwsze modyfikacji uległ zakres odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka. Zaostrzenie odpowiedzialności karnej w odniesieniu do analizowanego typu czynu zabronionego objęło zarówno dolną, jak i górną granicę odpowiedzialności karnej i rozpiętość zagrożenia ustawowego przybiera aktualnie zakres od roku do 10 lat pozbawienia wolności (dotychczas od 3 miesięcy do lat 5 pozbawienia wolności). Jednocześnie zdecydowano się również na rozwarstwienie typologiczne art. 155 k.k. poprzez wkomponowanie w jego strukturę niewystępującego wcześniej typu kwalifikowanego. Obecnie art. 155 § 2 k.k. zyskał następujące brzmienie: Jeżeli sprawca powoduje śmierć więcej niż jednej osoby, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15. Znamieniem kwalifikującym uczyniono zatem wielość skutków o charakterze jednorodnym w postaci śmierci więcej niż jednej osoby. W kontekście znowelizowanego brzmienia art. 155 k.k. jako nader istotne jawi się zagadnienie relacji wskazanego przepisu do art. 173 § 4 k.k. Bowiem jeżeli w wyniku nieumyślnego sprowadzenia katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym dojdzie do śmierci kilku osób zakres odpowiedzialności sprawcy oscyluje jedynie w przedziale od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności. Tym samym w zależności od okoliczności zakres odpowiedzialności sprawcy może być zróżnicowany, co wskazuje na brak konsekwencji ustawodawcy i poważną niespójność wskazanych kodeksowych regulacji. Analogiczny brak spójności normatywnej wskazać można w relacji art. 155 k.k. do art. 177 §2 k.k. oraz art. 163 §4 k.k., art. 165 § 4 k.k.

<p>Art. 178 § 1. Skazując sprawcę, który popełnił przestępstwo określone w art. 173, art. 174 lub art. 177 znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia, sąd orzeka karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, a w wypadku przestępstwa określonego w art. 177 § 2 w wysokości nie niższej niż 2 lata, do górnej granicy tego zagrożenia zwiększonego o połowę.</p>	<p>Art. 178 § 1. Skazując sprawcę, który popełnił przestępstwo określone w art. 173, art. 174 lub art. 177 znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, zbiegł z miejsca zdarzenia, lub spożywał napój alkoholowy lub zażywał środek odurzający po zdarzeniu, a przed poddaniem go przez uprawniony organ badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu, sąd orzeka karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, a w wypadku przestępstwa określonego w art. 177 § 2 w wysokości nie niższej niż 2 lata, do górnej granicy tego zagrożenia zwiększonego o</p>	
--	---	--

	połowę.	
--	---------	--

Przejawem zmian w kodeksie karnym realizujących jeden z ogólnych ich kierunków wytyczonych w Uzasadnieniu projektu, choć już nie tak wyrazistym, jak w przypadku przemodelowanych reguł odpowiedzialności karnej sprawców czynu ciągłego bądź sprawców wielokrotnie powracających do przestępstwa, jest też zmiana wynikająca z uzupełnienia katalogu podstaw nadzwyczajnego obostrzenia kary przewidzianych w art. 178 § 1 k.k. W obowiązującym stanie prawnym okolicznością szczególnie negatywnie charakteryzującą postawę sprawcy wobec uprzednio popełnionego, jednego z wymienionych w tym przepisie przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji (art. 173, art. 174 i art. 177), jest jego ucieczka z miejsca zdarzenia. W zakresie reguły nadzwyczajnego wymiaru kary jest ona traktowana analogicznie, jak „charakteryzujący” sprawcę w związku z czynem stan jego nietrzeźwości lub stan pod wpływem środka odurzającego. Analogię tę uzasadnia przy tym nie fakt nieudzielenia pomocy poszkodowanym w zdarzeniu – za to bowiem sprawca powinien odpowiadać osobno w warunkach realnego zbiegu przestępstw – ale uniemożliwienie lub utrudnienie pewnej diagnozy stanu sprawcy w chwili popełnienia czynu. Jak wskazuje Uzasadnienie projektu, do zbiegnięcia z miejsca zdarzenia „podobna pod względem aksjologicznym sytuacja zachodzi wówczas, gdy sprawca, bezpośrednio po popełnieniu w stanie nietrzeźwości lub odurzenia przestępstwa określonego w art. 178 § 1 k.k. spożywa napój alkoholowy lub zażywa środek odurzający po to, aby wykazywać, że w czasie popełnienia przestępstwa był trzeźwy lub nie był odurzony” (uzasadnienie, s. 36). Ten rodzaj logiki ma zatem uzasadniać zmianę polegającą na dodaniu do tego przepisu kolejnej podstawy nadzwyczajnego obostrzenia wynikającej z zachowania sprawcy polegającego właśnie na spożywaniu alkoholu lub zażywaniu środka odurzającego po zdarzeniu, a przed poddaniem się badaniu mającego na celu ustalenie stanu sprawcy w chwili popełnienia przestępstwa. Zachowanie takie objęte zostało zatem domniemaniem, tak radykalnie wpływającym na ocenę naganności postawy sprawcy, iż tą drogą chciał on ukryć rzeczywisty stan rzeczy, ściślej zaś stan nietrzeźwości lub stan pod wpływem środka odurzającego, w którym się znajdował. Jest więc ono traktowane jako swoisty „substytut” zbiegnięcia z miejsca zdarzenia, które również uniemożliwia, bądź co najmniej poważnie utrudnia, ocenę

stanu sprawcy *tempore criminis*. Choć wynikające jedynie ze wspomnianego domniemania, zachowanie takie na poziomie wymiaru kary będzie traktowane tak samo, jak spowodowanie jednego z przestępstw wskazanych w tym przepisie w niewątpliwym pod względem dowodowym stanie nietrzeźwości lub odurzenia, względnie jak ucieczka z miejsca popełnienia jednego z tych przestępstw, poszerzając katalog podstaw nadzwyczajnego obostrzenia wynikających z art. 178 § 1 k.k.

Nowa formuła art. 178 § 1 k.k. może budzić nowe wątpliwości. Niewątpliwie z jednej strony regulacja ta może sprawiać wrażenie narzędzia znakomicie służącego wymiarowi sprawiedliwości, który w obowiązującym stanie prawnym nierzadko zmagają się z poważnymi trudnościami w zakresie dowodzenia faktu wprawienia się przez sprawcę zdarzenia komunikacyjnego w stan nietrzeźwości bądź odurzenia przed czy też po zdarzeniu objętym postępowaniem karnym. Z drugiej jednak, na co wskazuje się w krytycznych wypowiedziach odnoszących się do tego „przyrostu” wśród podstaw nadzwyczajnego obostrzenia kary za niektóre spośród przestępstw w komunikacji, proces dowodzenia w toku postępowania karnego szczególnie naganego stanu lub zachowania skutkującego obostrzoną odpowiedzialnością może też znacznie utrudnić. W obliczu zmian w konstrukcji omawianego przepisu sąd zobowiązany będzie bowiem do niebudzącego wątpliwości wskazania, czy sprawca *tempore criminis* znajdował się w stanie nietrzeźwości lub odurzenia, czy też w stan ów wprawił się dopiero po czynie, reagując „instyktownie” na stres powypadkowy w poszukiwaniu możliwości „odreagowania” emocjonalnego napięcia. Z tej perspektywy niedopuszczalne jest bowiem ograniczenie się organu rozstrzygającego sprawę do stwierdzenia, że sprawca w chwili przeprowadzania badania na obecność w organizmie niedozwolonych środków był w stanie po ich spożyciu. Sąd w nowym stanie prawnym będzie więc zobligowany do stanowczego wskazania czy sprawca był nietrzeźwy względnie odurzony w czasie zdarzenia, czy też wprawił się w ten stan już po nim, mimo iż skutki obu wariantów zaistnienia tych okoliczności w zakresie wymiaru kary są takie same. Formuła wyroku „warunkowego” obejmującego ustalenie sądu, iż sprawca wprawił się w stan nietrzeźwości przed lub „co najmniej” po zdarzeniu, z tej perspektywy nie wydaje się być do zaakceptowania, choć niewątpliwie problem dowodzenia realizacji jednej z alternatywnych podstaw nadzwyczajnego obostrzenia kary czyniłaby nieaktualnym. Idąc tym tokiem rozumowania w przypadkach ekstremalnie dowodowo trudnych, nowe rozwiązanie może więc prowadzić do konieczności uruchomienia procesowej zasady *in dubio pro reo*, w tych mianowicie, gdy niewątpliwe ustalenie chwili wprawienia się sprawcy w stan objęty regulacją art. 178 § 1 k.k. będzie niemożliwe.

Wątpliwość, jaka nasuwa się w związku tym unormowaniem wiąże się także z pytaniem, czy dopuszczalne jest, w imię zapobiegania trudnościami dowodowym, wymaganie, aby człowiek, sprawca zdarzenia w komunikacji, zwłaszcza naznaczonego tragicznymi skutkami, pozostając niewątpliwie w anormalnym stanie psychiki, bezwzględnie unikał stosowania środków, które w sytuacji niewątpliwie głębokiego stresu powypadkowego mogą jego psychice ulżyć. Traktowanie spożywania alkoholu po zdarzeniu na równi ze spowodowaniem wypadku, katastrofy, względnie jej niebezpieczeństwa w stanie nietrzeźwości czy odurzenia albo zbiegnięcia z miejsca takiego zdarzenia wydaje się w tym kontekście rozwiązaniem dość kontrowersyjnym.

W kontekście analizowanych zmian należy również zwrócić uwagę na użycie w nowej odsłonie konstrukcji art. 178 § 1 k.k., obok pojęcia „środka odurzającego”, także pojęcia „środka działającego podobnie do alkoholu”. Niejasne są – Uzasadnienie projektu milczy bowiem w tej kwestii – motywy takiego rozróżnienia. W tle licznych wypowiedzi doktryny prawa karnego pojęć tych utożsamiać bowiem nie można. Wprowadzenie do art. 178 § 1 tego nowego określenia burzy dotychczasową, względną zresztą, pewność i stabilność znaczeniową użytych w nim terminów.

<p>Art. 178a § 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 był wcześniej prawomocnie skazany za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo za przestępstwo określone w art. 173, 174, 177 lub art. 355 § 2 popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo dopuścił się czynu określonego w § 1 w okresie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo,</p> <p>podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.</p>	<p>Art. 178a § 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 był wcześniej prawomocnie skazany za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo za przestępstwo określone w art. 173, art. 174, art. 177 lub art. 355 § 2 popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo spożywał napój alkoholowy lub zażywał środek odurzający po zdarzeniu, a przed poddaniem go przez uprawniony organ badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu albo dopuścił się czynu określonego w § 1 w okresie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo,</p> <p>podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.</p>	
---	---	--

Niezależnie od ogólniejszych uwag dotyczących samej idei wprowadzenia do art. 42, 178 i 178a k.k. klauzuli spożywania napoju alkoholowego lub zażywania środka odurzającego po zdarzeniu, a przed poddaniem badaniu – omawiany art. 178a § 4 k.k. zdaje się być błędnie sformułowany. Wydaje się, że projektodawcy chodziło o to, aby nową okoliczność kwalifikującą potraktować analogicznie, jak poprzednie, co przejawiałoby się w możliwości wymierzenia sprawcy surowszej kary w sytuacji, w której ponownie dopuścił się popełnienia jednego z wymienionych w przepisie przestępstw w warunkach wpływających na podwyższenie karalności. Obecnie bowiem uregulowanie zawarte w art. 178a § 4 k.k. obejmuje sytuacje, w których sprawca przestępstwa z art. 178a § 1 k.k.:

- 1) **był wcześniej skazany** za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego,
- 2) **był wcześniej skazany** za przestępstwo określone w art. 173, 174, 177 lub art. 355 § 2 popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, a w końcu
- 3) dopuścił się czynu określonego w § 1 **w okresie obowiązywania zakazu** prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo (a zatem również w warunkach **wcześniejszego skazania**).

Wszystkie z tych okoliczności dotyczą zatem zdarzeń, które miały miejsce w stosunku do skazanego w przeszłości, tworząc tym samym *quasi*-recydywę. Tymczasem błędne pod względem językowym dodanie nowej okoliczności kwalifikującej do art. 178a § 4 k.k. powoduje, że przepis ten obejmuje sytuacje, w których sprawca przestępstwa z art. 178a § 1 k.k.:

- 1) **był wcześniej skazany** za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego,
- 2) **był wcześniej skazany** za przestępstwo określone w art. 173, 174, 177 lub art. 355 § 2 popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego,

- 3) **spożywał napój alkoholowy lub zażywał środek odurzający** po zdarzeniu, a przed poddaniem go przez uprawniony organ badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu (**a nie: był wcześniej skazany za spowodowanie przestępstwa obejmującego spożycie napoju alkoholowego lub zażycie środka odurzającego po zdarzeniu a przed badaniem**),
- 4) dopuścił się czynu określonego w § 1 w **okresie obowiązywania zakazu** prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo (a zatem również w warunkach **wcześniejszego skazania**).

Projektowany art. 178a § 4 k.k. obejmuje zatem swoim zakresem zastosowania już tych sprawców, którzy **po raz pierwszy** dopuścili się przestępstwa prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (z uwagi na zawarte w początkowej części art. 178a § 4 odesłanie do art. 178a § 1), **a zarazem** stwierdzono, że po prowadzeniu pojazdu mechanicznego w tym stanie – spożyli napój alkoholowy lub zażyli środek odurzający. Konieczne będzie zatem zarówno udowodnienie prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, jak również osobne udowodnienie późniejszego spożycia tych substancji, co wpływać będzie na zakwalifikowanie przestępstwa z art. 178a § 4 k.k. Z uwagi na jego ulokowanie, omawiany fragment przepisu nie łączy się z wcześniejszym popełnieniem przestępstw, o których mowa w art. 173, 174, 177 lub art. 355 § 2 k.k. Ze względu zatem na błędne sformułowanie przepisu, w sposób zupełnie nieracjonalny okolicznością przesądzającą o zaktualizowaniu się art. 178a § 4 k.k. jest jednorazowe wprowadzenie do organizmu alkoholu lub środków odurzających po fakcie prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem tych środków, a zupełnie niezależnie od ewentualnego wcześniejszego skazania za tego rodzaju czyn. Jeżeli zatem intencją projektodawcy było objęcie kryminalizacją sytuacji, w których sprawcy twierdzą, iż spożyli alkohol lub zażyli środek odurzający dopiero po prowadzeniu pojazdu mechanicznego (na co wskazuje treść uzasadnienia), to okoliczność, o której mowa, nie powinna zostać umieszczona akurat w paragrafie 4 art. 178a. Obecne ukształtowanie przepisu nie pozwoli na osiągnięcie zamierzonego rezultatu, a spowoduje, że konieczne będzie zarówno ustalenie, że sprawca znajdował się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środków odurzających, jak również że substancji tych użył już po prowadzeniu pojazdu mechanicznego, co bez racjonalnego uzasadnienia spowoduje daleko idące obostrzenie odpowiedzialności karnej. Poddając zaś przepis art. 178a § 4 k.k. głębszej nieco analizie, dojść należy do wniosku, że sytuacja w nim przewidziana jest z przyczyn logicznych niemożliwa lub przynajmniej dalece nieprawdopodobna do udowodnienia. Aby bowiem doszło do realizacji znamion typu czynu zabronionego z art. 178a § 4 k.k. w omawianym fragmencie, sprawca musiałby: prowadzić pojazd mechaniczny w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, a następnie ponownie spożyć napój alkoholowy lub zażyć środek odurzający po tym zdarzeniu. Obie z tych okoliczności musiałyby jednak zostać udowodnione. Oczywistym środkiem dowodowym, który się w tym kontekście nasuwa, jest – jak zresztą wymaga tego sam przepis – badanie w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu. Problem polega wszakże na tym, że badanie takie – w celu udowodnienia prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego – musiałoby być przeprowadzone od razu po zakończeniu prowadzenia pojazdu (na przykład w wyniku kontroli drogowej). W przypadku uzyskania wyniku pozytywnego, doszłoby do realizacji znamion typu czynu zabronionego z art. 178a § 1 k.k. Żeby jednak doszło do realizacji znamion art. 178a § 4 k.k., sprawca – co do którego stwierdzono już, że prowadził pojazd w określonym ustawą stanie – musiałby jeszcze raz spożyć napój alkoholowy lub zażyć środek odurzający. Nawet jednak jeśliby został ponownie

zbadany (choć rodziłoby się oczywiście zasadnicze pytanie – po co?), to do badania nie doszłoby przecież „po zdarzeniu, a przed poddaniem go przez uprawniony organ badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu”, bowiem do jednego badania już przecież doszło, a zatem sprawca jest zarówno „po zdarzeniu” (którym to zdarzeniem samym w sobie jest prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości) jak i po badaniu. Innymi słowy, **w przypadku przestępstwa z art. 178a § 1 k.k. stan „po zdarzeniu, a przed badaniem” zasadniczo w ogóle nie występuje, skoro kierowca badany jest w ramach kontroli drogowej, zaś owym „zdarzeniem” jest prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego.** Jediną sytuacją, w której realizację znamion nowego art. 178a § 4 k.k. oraz jej dowodowe wykazanie można by sobie w ogóle wyobrazić, byłby stan faktyczny, w którym kierowca prowadzi pojazd mechaniczny w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, a następnie – przykładowo – wybiera się do baru, stan ten pogłębiając. Dalej, z całkowicie niezrozumiałych przyczyn, sprawca poddawany jest badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu, zaś z treści badania wynikają obie wymagane okoliczności: fakt pozostawania w określonym ustawą stanie w trakcie prowadzenia pojazdu mechanicznego oraz fakt późniejszego pogłębienia tego stanu poprzez wprowadzenie do organizmu większej jeszcze ilości alkoholu lub środka odurzającego, który przecież dla bezpieczeństwa w komunikacji nie ma już najmniejszego znaczenia. Nowelizacja art. 178a § 4 k.k. w sposób zaproponowany przez Sejm, a zaaprobowany przez Senat, jawi się zatem jako całkowicie chybiona w kontekście celu obranego przez ustawodawcę. Miałaby ona jakiegokolwiek uzasadnienie jedynie w przypadku przestępstw z art. 173, art. 174, art. 177 lub art. 355 § 2 k.k., w związku z czym to jedynie w stosunku do nich – w ramach nowelizacji art. 178 k.k. – powinna zostać dołączona nowa okoliczność kwalifikująca (choć, jak już wspomniano, wprowadzenie jej również w innych miejscach zdaje się być pozbawione aksjologicznej podstawy kryminalizacji w postaci zagrożenia dla dobra prawnego). Nie ma jednak na nią miejsca w art. 178a.

	Art. 190 § 1a. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 grozi popełnieniem przestępstwa zabójstwa lub uszkodzenia ciała, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.	
--	---	--

Projekt wprowadza typ kwalifikowany przestępstwa groźby karalnej. Niestety trudno stwierdzić, co legło u podstaw nowelizacji, bowiem uzasadnienie o tej zmianie – podobnie jak o wielu innych – nie wspomina ani słowem. Selekcja okoliczności o charakterze kwalifikującym wydaje się arbitralna. Trudno bowiem zrozumieć, dlaczego okolicznością nie zasługującą na surowsze potraktowanie nie miałyby być groźba – przykładowo – spowodowania zdarzenia powszechnie niebezpiecznego w postaci pożaru. Odwołanie z kolei do „uszkodzenia ciała” zdaje się obejmować wszelkiego rodzaju uszczerbki na zdrowiu, w tym również naruszenie czynności narządu ciała przez okres krótszy niż 7 dni.

Art. 197 § 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. (...) § 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się	Art. 197 § 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15. (...) § 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się	Art. 197 § 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15. (...) § 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się
---	---	---

<p>zgwałcenia:</p> <p>1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec małoletniego poniżej lat 15, 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.</p> <p>§ 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1-3 działa ze szczególnym okrucieństwem, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5.</p>	<p>zgwałcenia:</p> <p>1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, 3) posługując się bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub środkiem obezwładniającym albo działając w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu, 4) wobec kobiety ciężarnej, jeżeli wiedział o tym, że jest ona w ciąży albo z łatwością mógł się o tym dowiedzieć, 5) utrwalając obraz lub dźwięk z przebiegu czynu, podlega karze pozbawienia wolności od lat 3 do 20.</p> <p>§ 3a. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia wobec małoletniego poniżej lat 15, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5.</p> <p>§ 3b. Jeżeli czyn określony w § 3a został popełniony na szkodę małoletniego, który pozostaje w stosunku zależności od sprawcy, w szczególności pod jego pieczę, lub z wykorzystaniem krytycznego położenia małoletniego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8.</p> <p>§ 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1-3a działa ze szczególnym okrucieństwem lub następstwem tego czynu jest ciężki uszczerbek na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 10.</p> <p>§ 5. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1-4 jest śmierć człowieka, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 10 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.</p>	<p>zgwałcenia:</p> <p>1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, 3) posługując się bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub środkiem obezwładniającym albo działając w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu, 4) wobec kobiety ciężarnej, 5) utrwalając obraz lub dźwięk z przebiegu czynu, podlega karze pozbawienia wolności od lat 3 do 20.</p> <p>§ 3a. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia wobec małoletniego poniżej lat 15, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5.</p> <p>§ 3b. Jeżeli czyn określony w § 3a został popełniony na szkodę małoletniego, który w chwili czynu pozostawał w stosunku zależności od sprawcy, w szczególności pod jego pieczę, lub z wykorzystaniem krytycznego położenia małoletniego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8.</p> <p>§ 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1-3b działa ze szczególnym okrucieństwem lub następstwem tego czynu jest ciężki uszczerbek na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 10.</p> <p>§ 5. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1-4 jest śmierć człowieka, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 10 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.</p>
--	--	---

Przedstawione powyżej szerokie spektrum typów kwalifikowanych skłania ku poszukiwaniu między nimi swoistych podobieństw. Niewątpliwie należy podkreślić, że najczęściej odnoszą się one albo do samego statusu pokrzywdzonego, albo do sposobu jego popełnienia. Ustawodawca precyzyjnie wskazuje krąg podmiotów, które mogą stać się ofiarą przestępstwa zgwałcenia. Nie ma wątpliwości, że podstawą surowszej odpowiedzialności wobec sprawcy jest relacja pokrewieństwa (wstępny, zstępny, rodzeństwo) lub adopcji (przysposobiony, przysposabiający) między nim, a pokrzywdzonym.

Jeśli chodzi o przypadki typów kwalifikowanych przestępstwa zgwałcenia zważywszy na sposób jego dokonania należy podkreślić, że ustawodawca przewiduje możliwość posługiwania się przez sprawcę określonymi kategoriami przedmiotów (broń palna, nóż lub inny podobny przedmiot/narzędzie) lub środków o charakterze obezwładniającym ewentualnie dopuszcza ich pominięcie jeśli sprawca działa w sposób, który stanowi bezpośrednie zagrożenie dla życia ofiary.

Wprowadzona przez ustawodawcę wielość typów zmodyfikowanych analizowanego przestępstwa wyrażona w znowelizowanym art. 197 § 3 pkt 1-5 k.k. wymaga odpowiedzi na pytanie, czy dokonano kompleksowej typizacji kwalifikowanych odmian zgwałcenia. Wydaje się, że odpowiedź na tak zakreślone pytanie z oczywistych względów musi być negatywna. Istnieje bowiem szereg, odmiennych od przedstawionych, znamion kwalifikowanych, których nie sposób odnaleźć w znowelizowanym przepisie, jak choćby działanie w związku z wzięciem zakładnika, znęcaniem się albo rozbojem lub będące następstwem przestępstwa bazowego, targnięcie się przez pokrzywdzonego na własne życie. Tym samym, mimo że znowelizowany przepis pozostaje w wysokim stopniu kazuistyczny, jednocześnie nie stanowi regulacji, której można by przypisać kompleksowy charakter.

Drugą kategorią okoliczności uzasadniających penalizację przestępstwa zgwałcenia w typie kwalifikowanym stanowią te, które dotyczą realizacji jego znamion wobec szczególnej kategorii podmiotu, jakim pozostaje małoletni poniżej 15 roku życia. Według obowiązującej nowelizacji znamieniem kwalifikującym, które różnicuje zakres odpowiedzialności sprawcy na podstawie art. 197 §3a i §3b k.k. jest występowanie relacji zależności między małoletnim a sprawcą, która związana jest ze sprawowaniem nad nim pieczy lub wyzyskaniem jego wyjątkowo niekorzystnego położenia. W takim przypadku dolna granica ustawowego zagrożenia przewidzianego za ten typ czynu zabronionego kształtuje się na zaawansowanym poziomie 8 lat pozbawienia wolności. Tymczasem jeżeli znamię kwalifikujące dotyczy wyłącznie statusu małoletniego poniżej 15 roku życia, zachowuje charakter zindywidualizowany i nie pozostaje „obudowane” innymi okolicznościami, wpływa na mniej surowy zakres odpowiedzialności karnej sprawcy, gdyż w takim przypadku dolna granica ustawowego zagrożenia, przewidziana za wskazany czyn zabroniony kształtuje się na poziomie 5 lat pozbawienia wolności.

<p>Art. 200 § 1. Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.</p> <p>§ 2. (uchylony).</p> <p>§ 3. Kto małoletniemu poniżej lat 15 prezentuje treści pornograficzne lub udostępnia mu przedmioty mające taki charakter albo rozpowszechnia treści pornograficzne w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.</p> <p>§ 4. Karze określonej w § 3 podlega, kto w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub</p>	<p>Art. 200 § 1. Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.</p> <p>§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 dotyczy małoletniego poniżej lat 7, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 3 do 20.</p> <p>§ 3. Kto dopuszcza się wobec małoletniego poniżej lat 15 innej czynności seksualnej lub doprowadza go do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.</p> <p>§ 4. Jeżeli czyn określony w § 3 dotyczy małoletniego poniżej lat 7, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.</p> <p>§ 5. Kto małoletniemu poniżej lat</p>	<p>Art. 200 § 1. Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub doprowadza takiego małoletniego do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.</p> <p>§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 dotyczy małoletniego poniżej lat 7, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 3 do 20.</p> <p>§ 3. Kto dopuszcza się wobec małoletniego poniżej lat 15 innej czynności seksualnej lub doprowadza go do poddania się takiej czynności albo do jej wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.</p> <p>§ 4. Jeżeli czyn określony w § 3 dotyczy małoletniego poniżej lat 7, sprawca podlega karze pozbawienia</p>
---	---	---

<p>zaspokojenia seksualnego innej osoby prezentuje małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej.</p> <p>§ 5. Karze określonej w § 3 podlega, kto prowadzi reklamę lub promocję działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15.</p>	<p>15 prezentuje treści pornograficzne lub udostępnia mu przedmioty mające taki charakter albo rozpowszechnia treści pornograficzne w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi,</p> <p>podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.</p> <p>§ 6. Karze określonej w § 5 podlega, kto w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby prezentuje małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej.</p> <p>§ 7. Karze określonej w § 5 podlega, kto prowadzi reklamę lub promocję działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15.</p> <p>§ 8. Skazując sprawcę, który popełnił przestępstwo określone w § 1–6 wobec małoletniego, który pozostaje w stosunku zależności od sprawcy, w szczególności pod jego pieczę, lub z wykorzystaniem krytycznego położenia małoletniego sąd orzeka karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.</p>	<p>wolności od lat 2 do 15.</p> <p>§ 5. Kto małoletniemu poniżej lat 15 prezentuje treści pornograficzne lub udostępnia mu przedmioty mające taki charakter albo rozpowszechnia treści pornograficzne w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi,</p> <p>podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.</p> <p>§ 6. Karze określonej w § 5 podlega, kto w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby prezentuje małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej.</p> <p>§ 7. Karze określonej w § 5 podlega, kto prowadzi reklamę lub promocję działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15.</p> <p>§ 8. Skazując sprawcę, który popełnił przestępstwo określone w § 1–6 wobec małoletniego, który w chwili czynu pozostawał w stosunku zależności od sprawcy, w szczególności pod jego pieczę, lub z wykorzystaniem krytycznego położenia małoletniego sąd orzeka karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.</p>
--	---	---

Ustawodawca zdecydował się wyraźnie zmodyfikować brzmienie art. 200 k.k. penalizującego przestępstwo obcowania płciowego z małoletnim. Po pierwsze rozszerzono zakres dotychczasowego przepisu (art. 200 § 1 k.k.) wkomponowując w jego strukturę nowe jednostki redakcyjne (art. 200 § 1-4 k.k.). Ponadto, mimo że charakteryzowany w § 1 czyn zabroniony nadal stanowi występki, zdecydowano się na zaostrzenie górnej granicy odpowiedzialności karnej sprawcy (z 12 do 15 lat pozbawienia wolności) zachowując dotychczasową dolną granicę odpowiedzialności (nadal 2 lata pozbawienia wolności). Ponadto wprowadzono do struktury art. 200 k.k. dwa nowe typy czynu zabronionego o charakterze zmodyfikowanym w ujęciu kwalifikowanym, wyodrębnione zważywszy na znamie braku dojrzałości małoletniego (art. 200 § 2 i § 4 k.k.). Pierwszy z nich odnosi się do sytuacji obcowania płciowego z nieletnim poniżej 7 roku życia. Radykalne obniżenie wieku ofiary przestępstwa z 15 do 7 lat, jej wyższa niesamodzielnosc i niedojrzałość, przesądziły zapewne o uczynieniu ze wskazanego typu czynu zabronionego zbrodni (sprawca podlega pozbawieniu wolności od 3 do 20 lat). Drugi z typów kwalifikowanych dotyczy dopuszczenia

się innej czynności seksualnej, względnie poddania się im lub ich wykonania względem małoletniego poniżej 7 roku życia. W tym wypadku ustawodawca zdecydował się potraktować wskazany typ czynu zabronionego jako występki (sprawca podlega pozbawieniu wolności od 2 do 15 lat). Zasadniczym novum, które dotyczy analizowanego przepisu jest wkomponowanie w jego strukturę normatywną dwóch typów kwalifikowanych, powstałych w oparciu o znamię progu dojrzałości ofiary. Jako zasadne jawi się w tym miejscu pytanie, czy zaproponowana przez ustawodawcę granica wiekowa, kształtująca się poniżej 7 roku życia została „oszacowana” prawidłowo.

Analizując strukturę znowelizowanego art. 200 k.k. można odnieść wrażenie, że ustawodawca nie uchronił się niestety przed zaawansowaną kazuistyką podjętych zabiegów legislacyjnych. Skutkiem zaproponowanego rozwarstwienia typologicznego dotychczasowej struktury art. 200 k.k. jest wprowadzenie aktualnie kilkunastu samodzielnych i odrębnych typów czynu zabronionego wraz z zastosowaniem aż czterech odrębnych zakresów odpowiedzialności karnej (od 2 do 12 lat pozbawienia wolności, od 2 do 15 lat pozbawienia wolności oraz od 3 do 20 lat pozbawienia wolności i od miesiąca do 3 lat pozbawienia wolności), co skutkuje pewnym nieporządkiem normatywnym.

	<p>Art. 235 § 2. Tej samej karze podlega, kto w toku postępowania karnego tworzy fałszywe dowody mające służyć uniknięciu lub zmniejszeniu odpowiedzialności karnej albo odpowiedzialności karnoskarbowej za czyn przez siebie popełniony.</p>	
--	--	--

Uzasadnienie projektu milczy na temat wprowadzenia karalności zachowań objętych art. 235 § 2 k.k. W przypadku tego przepisu pojawiłby się niewątpliwie problem interpretacyjny dający się sprowadzić do pytania, czy składanie wyjaśnień o nieprawdziwej treści stanowi już „tworzenie fałszywego dowodu”. Ze względów systemowych i gwarancyjnych na pytanie takie należałoby udzielić odpowiedzi przeczącej. Wydaje się bowiem, że penalizacja składania fałszywych wyjaśnień stałaby w sprzeczności zarówno z przepisami kodeksu postępowania karnego, jak i Konstytucji dotyczącymi przysługującego oskarżonemu prawa do obrony. Trudno natomiast określić, dlaczego przepis obejmuje wyłącznie tworzenie fałszywych dowodów „w toku postępowania karnego”. Jeśliby bowiem art. 245 § 2 k.k. wszedł w życie w projektowanym brzmieniu, nie obejmowałby on swoim zakresem tworzenia fałszywych dowodów niewinności jeszcze przed wszczęciem postępowania karnego, czego projektodawca zapewne chciałby uniknąć.