



Katowice, dnia 30 września 2021 r.

## **Opinia**

### **w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 września 2021 r.**

#### **1. Przedmiot opinii.**

W piśmie przewodnim kierującym do zaopiniowania projekt z dnia 16 września o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw projektodawca wyraźnie wskazuje, że zawiera on w przeważającej mierze powielenie rozwiązań prawnych przyjętych w ustawie z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, która nie weszła w życie ze względu na zakwestionowanie trybu jej uchwalenia przez Trybunał Konstytucyjny. W rzeczywistości zakres zmian przewidzianych w tym projekcie jest szerszy, obejmuje bowiem także szereg dodatkowych propozycji zmian legislacyjnych, dotyczących w szczególności obszaru prawa karnego procesowego oraz prawa karnego wykonawczego. Niewątpliwie natomiast rdzeń omawianego projektu stanowią liczne i daleko idące propozycje zmian w obrębie prawa karnego, dlatego im głównie będzie poświęcona uwaga w dalszej części niniejszej opinii. Obok nich analizie poddane zostaną kluczowe propozycje zmian ustawy karnoprosesowej.

#### **2. Założenia legislacyjne.**

Nawiązanie w opiniowanym projekcie do powołanej wyżej ustawy ujawnia się niemal w pełni w aspekcie głównych motywów, które mu przyświecają. Jej zasadniczym założeniem legislacyjnym jest dostarczenie normatywnej odpowiedzi na potrzebę wzmocnienia ochrony prawnokarnej w zakresie czynów godzących w tak fundamentalne dobra prawne jak życie i zdrowie człowieka, wolność,



wolność seksualna i własność. Służyć ma temu przede wszystkim odpowiednie ukształtowanie rodzaju i wysokości sankcji karnej grożącej za dany typ przestępstwa, dla którego uzasadnieniem ma być pozytywna funkcja sprawiedliwościowej teorii proporcjonalności, wywodzonej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, która stanowi konstrukt nieznanym doktrynie prawa karnego, zdający się *sui generis* hybrydą funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego oraz konstytucyjnej zasady proporcjonalności reakcji prawnokarnej. Ani uzasadnienie projektu, ani szczegółowe propozycje w nim zawarte, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że projektodawca upatruje urzeczywistnienia tej funkcji w istotnym zwiększeniu stopnia punitywności prawa karnego w porównaniu z obowiązującym stanem prawnym. Ma to odpowiadać postulatowi wynikającym z funkcji ochronnej, a co za tym idzie zapewnieniu wystarczających narzędzi dla ograniczenia przestępczości i zabezpieczenia istotnych wartości społecznych.

Na tle przytoczonych ogólnych założeń projektowanych zmian i kierunkowo określonego sposobu ich realizacji do miana oczywistych może pretendować teza, że są one wyrazem polityki karnej opartej na założeniu wpływu surowości karania na stan przestępczości. Rzecz w tym, że założenie to nie wytrzymuje konfrontacji z wynikami badań dotyczącymi punitywności wymiaru sprawiedliwości, świadczącymi o braku podstaw do twierdzenia, że surowość represji karnej przekłada się na zmniejszenie przestępczości, a tym samym wzmocnienie ochrony prawnokarnej określonych dóbr prawnych (zob. T.Szymanowski, *Polityka karna i penitencjarna w Polsce w okresie przemian prawa karnego*, Warszawa 2005, s. 81 i n.; M.Melezini, *Punitywność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX w.*, Białystok 2003, *passim*). Niekiedy wręcz w rezultacie tych badań podkreśla się, że myślenie kategoriami surowości kary w kontekście prewencji generalnej jest dość prymitywne (B.Szamota, *Prewencja ogólna w świetle badań empirycznych*, PiP 1986, nr 5, s. 57-58). W przedstawionych założeniach i proponowanych szczegółowych rozwiązaniach wyraźnie uwidacznia się położenie nacisku na realizację funkcji sprawiedliwościowej w jej prostej postaci nawiązującej do idei odpłaty za przestępstwo, z pominięciem tego,



że w ramach racjonalnej i zrównoważonej polityki karnej funkcja ta powinna być limitowana przy uwzględnieniu innych funkcji i celów reakcji karnej. Ujawnia się w tym aspekcie dążenie do sprostania oczekiwaniom społecznym co do surowości tej reakcji, podyktowane zasadą *vox populi vox iuris*, znamionującą zjawisko populizmu penalnego. Należy w tym kontekście wyraźnie podkreślić, że rolą władzy publicznej i zadaniem polityki karnej nie jest prosta realizacja woli większości, nierzadko odwołującej się do niskich pobudek związanych z chęcią odwetu, lecz jej racjonalizacja m.in. poprzez uwzględnianie wartości uniwersalnych dla całego społeczeństwa i właściwe rozeznanie rzeczywistych potrzeb związanych z zapewnieniem prawnokarnej ochrony określonych dóbr prawnych oraz niedomagań dotychczasowych rozwiązań, które temu są podporządkowane. Konsekwencją tego powinny stanowić umiarkowane, rozważne i – co ważne – zróżnicowane działania w dziedzinie represji karnej. Z perspektywy podniesionych uwag wydaje się wprost niemożliwe zaakceptowanie radykalizmu analizowanego projektu w zakresie, w jakim jego twórcy upatrują „uniwersalnej recepty na przestępczość” w daleko idącym zwiększeniu represyjności prawa karnego, przewidzianym zarówno na gruncie ogólnych przepisów ustawy karnej, jak i na gruncie części szczególnej tej ustawy. Nie może ująć uwagi, że przyjęcie proponowanych w projekcie rozwiązań będzie niosło ze sobą uwstecznienie polskiego prawa karnego i zahamowanie jego racjonalnej ewolucji, mimo że, poza ogólnikowymi, przytoczonymi częściowo wyżej tezami, nie jest ono poparte ani dostatecznymi argumentami ani wszechstronną diagnozą stanu obowiązującego.

Niezależnie niejako od poddanego wyżej ocenie kierunku zmian przepisów ustawy karnej, projektodawca przewiduje usunięcie niekwestionowanych niedociągnięć obowiązującej regulacji prawnej, utrudniających efektywną realizację norm prawa karnego. Tę intencję legislacyjną należy w pełni zaaprobować, zauważając jedynie, że jej urzeczywistnienie nie obejmuje niestety wszystkich mankamentów dostrzeganych w piśmiennictwie na gruncie aktualnego stanu prawnego. Będące wyrazem tej intencji propozycje normatywne, które nie nasuwają w ogóle lub większych zastrzeżeń,



pozostają poza zakresem szczegółowej analizy składającej się na dalszą część niniejszej opinii.

### **3. Zakres proponowanych zmian Kodeksu karnego.**

Jak już zasygnalizowano powyżej omawiany projekt przewiduje szeroki zakres zmian ustawy karnej, obejmujący zarówno rozwiązania prawne zawarte w jej części ogólnej, jak i uregulowania części szczególnej tej ustawy. Realizacja w tym zakresie założenia zwiększenia stopnia represyjności prawa karnego ma charakter trójstopniowy. Po pierwsze dotyczy surowości sankcji karnych i konstrukcji poszczególnych typów czynów zabronionych. Drugi stopień należy łączyć z istotnym rozbudowaniem i przemodelowaniem instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary. Trzeci stopień stanowią zmiany w ogólnych dyrektywach wymiaru kary nastawione w istocie na wymuszenie w praktyce wyboru surowszej reakcji karnej. Względ na rozległość tych zmian i kilkustopniowe zwiększenie represyjności prawa karnego pogłębia jedynie podniesione wcześniej zastrzeżenia dotyczące zasadniczego założenia analizowanego projektu. Na tym tle w sposób jaskrawy uwidacznia się brak głębokiej analizy istniejącego stanu prawnego i stanu przestępczości w Polsce, która nie bazowałaby jedynie na arbitralnych ocenach i odwołaniu do oczekiwań części społeczeństwa odnośnie do rozszerzenia poczucia bezpieczeństwa w oparciu o surową reakcję karną, lecz uwzględniała badania struktury i dynamiki przestępczości oraz szeroko zakrojone badania praktyki sądowej. Poprzestanie w tym względzie na ogólnych danych statystycznych, bez wglądnięcia m.in. w racje, które decydują poszczególnych sprawach lub rodzajach spraw o takim, a nie innym ukształtowaniu poziomu reakcji karnej, trzeba uznać za zdecydowanie niewystarczające dla uzasadnienia rozległych, kilkupoziomowych, zmian proponowanych w opiniowanym projekcie.

### **4. Propozycje zmian w części ogólnej Kodeksu karnego.**

Całość zmian normatywnych zawartych w opiniowanym projekcie otwiera propozycja zmiany regulacji odpowiedzialności karnej nieletnich. Dotyczy ona jej dwóch aspektów. Po pierwsze, projekt przewiduje skorygowanie zawartego w art. 10 § 2 KK katalogu



przestępstw, w przypadku których nieletni sprawca może odpowiadać na zasadach określonych w Kodeksie karnym. Korekta ta dotyczy przestępstwa zgwałcenia i polega na dodaniu do tego katalogu typu podstawowego tego przestępstwa (art. 197 § 1 KK) oraz dostosowaniu odniesienia do typów kwalifikowanych do proponowanej w projekcie zmiany regulacji wskazanego przestępstwa. W przedstawionym zakresie omawiana propozycja nie nasuwa zastrzeżeń. W drugim aspekcie polega ona na obniżeniu granicy wiekowej odpowiedzialności nieletniego na zasadach określonych w Kodeksie karnym do 14 lat w przypadku postaci zabójstwa kwalifikowanego typizowanego w art. 148 § 2 i § 3 KK. O możliwości pociągnięcia takiego nieletniego, który ukończył 14 lat, a nie ukończył 15 roku życia do odpowiedzialności karnej za zabójstwo kwalifikowane miałyby zasadniczo decydować te same okoliczności, które warunkują obniżenie granicy odpowiedzialności karnej nieletniego do 15 lat, uzupełnione o warunek prognostyczny w postaci „uzasadnionego przypuszczenia, że zastosowanie środków wychowawczych lub poprawczych nie jest w stanie zapewnić resocjalizacji nieletniego”. Na tle zarysowanego rozwiązania nasuwa się jedno spostrzeżenie, mianowicie ograniczenie jego uzasadnienia do wykazania, że proponowany próg odpowiedzialności karnej nieletniego za zabójstwo kwalifikowane mieści się w granicach wiekowych odpowiedzialności karnej nieletnich przyjmowanych w innych krajach Unii Europejskiej. Należałoby oczekiwać, że w uzasadnieniu znajdą się powody dyktujące obniżenie progu odpowiedzialności karnej nieletniego w polskim porządku prawnym, a w szczególności jego ukształtowanie na poziomie 14 lat.

Odrębną grupę zmian stanowią propozycje legislacyjne dotyczące katalogu kar i wyznaczenia granic ich wymiaru.

Na ich czele sytuuje się projektowane uchylenie odrębnego rodzaju kary izolacyjnej w postaci kary 25 lat pozbawienia wolności (uchylenie pkt 4 w art. 32 KK) i bezpośrednio z nim związane podwyższenie górnej granicy podstawowej kary izolacyjnej w postaci pozbawienia wolności z 15 do 30 lat (art. 37 KK). Można zgodzić się, że propozycje te, przewidując wypełnienie przestrzeni istniejącej obecnie między terminową karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi 15 lat, i rodzajową



karą 25 lat pozbawienia wolności, mogą uczynić łatwiejszym zadanie indywidualizacji wymiaru kary w odniesieniu do najpoważniejszych przestępstw. Nie daje to jednak dostatecznych podstaw do ich przyjęcia, zważywszy przede wszystkim na to, że stanowią one sztandarowe rozwiązanie podporządkowane poddanemu wcześniej krytyce założeniu zwiększenia represyjności prawa karnego. W tym względzie wymaga zwrócenia uwagi, że prowadzą one w istocie do zburzenia utrwalonej struktury kary izolacyjnej - w ich rezultacie kara 25 lat pozbawienia wolności utraci swój odrębny, ale co ważniejsze, ekstraordynaryjny charakter i stanie się składową karą pozbawienia wolności o górnej granicy podniesionej do 30 lat. Istotniejszy być może, a z pewnością bardziej wymierny przejaw zaostrzenia represji w drodze przedstawionych propozycji, wiąże się z ich następstwami w postaci projektowanego, nieproporcjonalnego podniesienia górnego progu kary pozbawienia wolności określonego w części szczególnej Kodeksu karnego w odniesieniu do poszczególnych typów czynów zabronionych (np. do 25 lat - art. 118a § 2, art. 122 § 1, art. 123 § 2, art. 166 § 3, art. 189 § 3, art. 252 § 2, art. 277a § 1, art. 294 § 4; do 20 lat - art. 118a § 3, art. 124 § 1, art. 128 § 1, art. 156 § 1, art. 166 § 2, art. 197 § 3, art. 252 § 1, art. 258 § 4, art. 270a § 2, art. 271a § 2, art. 280 § 2, art. 294 § 3).

W wyróżnionej grupie zmian mieszczą się propozycje limitowania wymiaru kar nieizolacyjnych (grzywny i ograniczenia wolności) w odniesieniu do przestępstw zagrożonych sankcjami ujętymi w formie alternatywnej, oparte na zrelatywizowaniu dolnej granicy tych kar do wysokości kary pozbawienia wolności przewidzianej w odniesieniu do określonego typu czynu zabronionego (projektowany art. 33 § 1a i art. 34 § 1a KK). Wynikający z nich *sui generis* taryfikator dolnej granicy kar nieizolacyjnych oznacza ograniczenie sfery swobody sądu (sędziowskiego uznania) w zakresie wymiaru kary, z którym nie sposób się zgodzić. Nie tylko dlatego, że sprowadza rolę sądu do mechanicznych działań, podyktowanych wysokością kary pozbawienia wolności, w których trudno upatrywać istoty wymiaru sprawiedliwości, lecz przede wszystkim dlatego, że może stać na przeszkodzie indywidualizacji kary i prowadzić do niesprawiedliwości, gdy nawet najniższa liczba stawek będzie nieproporcjonalna



do społecznej szkodliwości określonego czynu. Takie niebezpieczeństwo ulega spotęgowaniu w związku z propozycją odniesienia ustalonych limitów dolnej granicy wymiaru kary grzywny do przypadków, w których kara ta byłaby wymierzana obok kary pozbawienia wolności (proponowany art. 33 § 2a KK).

Do omawianej grupy należy również propozycja zmiany art. 37a KK, dotycząca kilku aspektów regulacji prawnej zawartej w tym przepisie. Przyświecające całości projektowanych zmian założenie zaostrzenia sankcji karnych znajduje na gruncie omawianej propozycji odbicie w podniesieniu minimalnych granic kary grzywny i ograniczenia wolności, które mogą być orzeczone w miejsce kary pozbawienia wolności stanowiącej jedyną sankcję przewidzianą na gruncie przepisu szczególnego typizującego określony czyn zabroniony. Pozytywnie należy ocenić propozycję uelastycznienia stosowania modyfikatora ustawowego zagrożenia karą uregulowanego w art. 37a § 1 KK poprzez rezygnację z jego obwarowania obligatoryjnym orzeczeniem środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku na rzecz przyjęcia, że ich równoczesne orzeczenie może stanowić dodatkowy argument przemawiający za zastosowaniem powołanego przepisu. Zbędne natomiast, a przede wszystkim niedostatecznie uzasadnione, wydaje się ograniczenie zakresu zastosowania art. 37a § 1 KK poprzez jego generalne wyłączenie w § 2 w odniesieniu do sprawców określonych w art. 64 § 1 KK, a więc popełniających przestępstwo w warunkach powrotu do przestępstwa. Wolno sądzić, że w przypadku takich sprawców kwestia modyfikacji ustawowego zagrożenia karą na podstawie art. 37a § 1 KK powinna być pozostawiona uznaniu sądu, opartemu na zindywidualizowanej ocenie odnoszącej się konkretnego sprawcy i konkretnej sprawy.

Konsekwencję poddanej już wyżej ocenie likwidacji odrębnego rodzaju kary izolacyjnej w postaci 25 lat pozbawienia wolności stanowi propozycja dostosowawczej zmiany maksymalnego wymiaru kary nadzwyczajnie obostrzonej, przewidująca podniesienie jej granicy do 30 lat (projektowany art. 38 § 2 KK). Tymi samymi względami podyktowana jest propozycja zmiany art. 38 § 3 KK w zakresie dotyczącym określenia granicy standardowej kary pozbawienia wolności w wypadku jej nadzwyczajnego obniżenia,





jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą 30 lat pozbawienia wolności. Zważywszy na to, że chodzi o karę rozciągającą się w wymiarze czasowym od 1 miesiąca do 30 lat, należy uznać, że przedstawiona propozycja, służąca wytyczeniu jej granicy w przypadku nadzwyczajnego obniżenia, razi sztucznością i jest w gruncie rzeczy zbędna.

Kolejna grupa propozycji normatywnych dotyczy środków karnych w postaci określonych zakazów. W zakresie dotyczącym zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką projekt przewiduje zmianę jego charakteru w art. 41 § 1a KK z fakultatywnego na obligatoryjny. Propozycja ta wpisuje się wyraźnie w kierunek projektowanych zmian zakładający ograniczenie sędziowskiego uznania w sferze orzekania środków reakcji karnej i nie może spotkać się z aprobatą. Tak samo należy ocenić analogiczną propozycję zmiany charakteru orzekania środka karnego polegającego na zakazie przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, jak również na nakazie okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, przy czym w tym wypadku na pozytywną ocenę zasługuje projektowane rozszerzenie zakresu zastosowania omawianego środka związane ze zniesieniem ograniczenia jego stosowania do przypadków, w których pokrzywdzonym przestępstwem przeciwko wolności seksualnej jest małoletni (art. 41a § 2 KK). Z perspektywy wzmocnienia funkcji profilaktycznej tego środka karnego na aprobatę zasługuje nie tylko przedstawione rozszerzenie zakresu jego zastosowania, ale również propozycja dodania do art. 41a KK przepisu § 6, przewidującego wprost, że zakaz kontaktowania się z określoną osobą obejmuje wszelkie czynności związane z próbą nawiązania kontaktu z osobą chronioną, w tym podejmowane przez skazanego za pośrednictwem innej osoby lub z wykorzystaniem sieci teleinformatycznej.

Na gruncie unormowania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych projekt przewiduje rozszerzenie zakresu jego zastosowania na przypadki, w których sprawca określonego przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji 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. Opisane zachowanie sprawcy jest również włączone do katalogu przyczyn nadzwyczajnego obostrzenia kary wobec sprawców przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji w ramach projektowanej zmiany art. 178 KK oraz do znamion typu kwalifikowanego w ramach propozycji zmiany art. 178a § 4 KK. Racje leżące u podłoża przedstawionych propozycji legislacyjnych są dość oczywiste. Mają one na celu wyeliminowanie w praktyce sytuacji, w których sprawca określonego przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, popełnionego w stanie nietrzeźwości lub odurzenia, w celu uniknięcia związanej z tym surowszej odpowiedzialności karnej kwestionowałby pozostawanie w jednym ze wskazanych stanów w czasie przestępstwa, wskazując na spożycie alkoholu lub zażycie środka odurzającego po jego popełnieniu. Przedstawione propozycje opierają się więc w zasadzie na domniemaniu, że sprawca, który spożywał alkohol lub zażywał środek odurzający po popełnieniu określonego przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, zanim nastąpiło poddanie go badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka odurzającego, znajdował się w stanie nietrzeźwości lub odurzenia w chwili przestępstwa. Nie kwestionując celowości przyjęcia takiego rozwiązania, należy stwierdzić, że powinno być ono opatrzone w formie odrębnego przepisu (paragrafu) zastrzeżeniem przewidującym możliwość przedstawienia przez sprawcę przestępstwa przeciwdowodu znoszącego wskazane domniemanie. Potrzeba wprowadzenia takiego zastrzeżenia wydaje się w pełni zrozumiała, jeśli tylko weźmie się pod uwagę, że odległość czasowa dzieląca czas popełnienia przestępstwa i moment ustalenia jego potencjalnego sprawcy oraz poddania go badaniu wcale nie musi być mała.

Przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji dotyczy także kolejna, wysoce kontrowersyjna propozycja zmiany części ogólnej Kodeksu karnego, przewidująca obowiązek orzeczenia przepadku pojazdu mechanicznego lub jego równowartości



w wypadkach przewidzianych w ustawie (projektowany art. 44b i art. 44c KK), znajdujących określenie w projektowanych przepisach art. 178 § 3 oraz art. 178a § 5 KK. Zastrzeżenia, jakie wyłaniają się na tle tej propozycji wiążą się bezpośrednio z założeniem ograniczenia swobodnego uznania sądu w zakresie orzekania przepadku pojazdu mechanicznego lub jego równowartości poprzez nadanie jego orzeczeniu charakteru obligatoryjnego. Nie uchyla ich, a jedynie nieco pozwala złagodzić ich wymowę, projektowane odchylenie od obowiązku orzeczenia przepadku pojazdu mechanicznego w przypadku przestępstwa prowadzenia takiego pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, dotyczą wypadków uzasadnionych szczególnymi okolicznościami (art. 178a § 5 in fine KK w projektowanym brzmieniu). Zastrzeżenia te dotyczą przede wszystkim zgodności omawianej propozycji z konstytucyjną zasadą proporcjonalności reakcji prawnokarnej oraz konstytucyjnym standardem równości wobec prawa. W aspekcie odnoszącym się do wymienionej zasady wymaga zwrócenia uwagi, że w rezultacie przyjęcia analizowanej propozycji podobny czyn popełniony w podobnych okolicznościach będzie pociągał za sobą orzeczenie przepadku pojazdów o istotnie różniącej się wartości, a to może powodować, że realna dolegliwość wynikająca z tego orzeczenia, przy uwzględnieniu okoliczności popełnienia przestępstwa i właściwości sprawcy, będzie w jednych wypadkach nieproporcjonalnie wysoka (np. w stosunku do osoby o niskim stopniu zamożności), w innych nieproporcjonalnie niska. Jeśli chodzi o równość wobec prawa to jej naruszenie na gruncie omawianej regulacji staje się jeszcze bardziej oczywiste, jeśli tylko weźmie się pod uwagę wspomniane, istotne różnice w zakresie wartości pojazdów mechanicznych, które podlegałyby automatycznemu przepadkowi. Naruszenie zasady proporcjonalności i zasady równości ujawnia się również w sposób jaskrawy na gruncie propozycji uregulowania przepadku równowartości pojazdu mechanicznego, gdy nie stanowiłby on własności sprawcy lub stanowił jego współwłasność (art. 44b § 2 KK w projektowanym brzmieniu). Aby je unaocznić wystarczy zauważyć, że w przypadku wypożyczenia lub użytkowania takiego samego pojazdu mechanicznego, stanowiącego własność kogo innego, realna dolegliwość wynikająca z orzeczenia przepadku jego równowartości będzie istotnie różniła się w przypadku osób, których dochody i status



majątkowy sytuują się na wyraźnie różnym poziomie. Podniesione zastrzeżenia, jakie wzbudza przewidziana w opiniowanym projekcie propozycja uregulowania obowiązkowego przepadku pojazdu mechanicznego w wypadkach określonych w ustawie, wykluczają możliwość jej zaakceptowania. Należy przy tym jednocześnie wyraźnie zaznaczyć, że w zasadzie od zastrzeżeń tych i ewentualnych zarzutów niekonstytucyjności proponowanej regulacji prawnej pozwoliłaby uwolnić się jej modyfikacja polegająca na pozostawieniu orzeczenia przepadku pojazdu mechanicznego uznaniu sądu, oznaczająca zarazem nadanie orzeczeniu w tym przedmiocie charakteru fakultatywnego.

Dalszą, odrębną grupę propozycji zmian części ogólnej Kodeksu karnego, tworzą propozycje dotyczące uregulowania dyrektyw i zasad wymiaru kary. W określonym obszarze normatywnym kluczowe znaczenie mają propozycje zmiany art. 53 KK. Dotyczą one z jednej strony odmiennego ukształtowania uregulowanych w tym przepisie dyrektyw wymiaru kary, z drugiej strony priorytetu dyrektyw, z trzeciej zaś uregulowania okoliczności obciążających i łagodzących. W zakresie dyrektywy prewencji ogólnej projektodawca proponuje odejście od jej ujęcia od strony pozytywnej, znajdującego odzwierciedlenie w odwołaniu do potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, na rzecz przyjęcia, że uwzględnieniu przy wymiarze kary mają podlegać jej cele w zakresie społecznego oddziaływania. W powiązaniu z zasadniczym kierunkiem zmian forsowanych w opiniowanym projekcie, nastawionych na zaostrzenie represji karnej, przedstawiona propozycja dotycząca uregulowania dyrektywy prewencji ogólnej oznacza w istocie bezpośrednie nawiązanie do schematów myślowych, które były charakterystyczne dla niedemokratycznego porządku prawnego i ustroju, który obowiązywał przed odzyskaniem pełnej niepodległości w 1989 r. W tych schematach prewencja ogólna mogła być sensownie pomyślana tylko przez pryzmat odstraszającego oddziaływania na społeczeństwo poprzez m.in. stosowanie surowych kar, a więc jako negatywna prewencja ogólna. Bez odpowiedzi musi pozostać pytanie, czy w istocie do takich wzorców normatywnych chce nawiązywać obecnie projektodawca ?



Proponowane w projekcie uszeregowanie dyrektyw wymiaru kary w art. 53 KK zdaje się wyrazem preferencji dyrektywy stopnia społecznej szkodliwości czynu, uwzględnienia okoliczności obciążających i okoliczności łagodzących oraz dyrektywy negatywnej prewencji ogólnej. W dalszej kolejności ujęta jest zawężona do oddziaływania zapobiegawczego dyrektywa prewencji indywidualnej, która – jak można sądzić na podstawie lektury uzasadnienia projektu – w sytuacji konfrontacji z dyrektywą negatywnej prewencji ogólnej powinna jej ustępować pierwszeństwa. Wyraźnie odsunięta na dalszy plan jest dyrektywa winy, którą ujęto w odrębnym zdaniu umiejscowionym za określeniem katalogu dyrektyw wcześniej wymienionych w art. 53 § 1 zd. pierwsze w proponowanym brzmieniu. Przedstawione rozłożenie akcentów w obrębie regulacji dyrektyw wymiaru kary nie może spotkać się z akceptacją. Nie tylko dlatego, że oznacza formalne zerwanie z obowiązującą aksjologią, jeśli chodzi o wymiar kary, dla której znamienne jest traktowanie poszczególnych dyrektyw podlegających uwzględnieniu przy jej wymiarze zazwyczaj w sposób równorzędny. Przede wszystkim dlatego, że w drodze analizowanej propozycji normatywnej rolę dyrektywy wiodącej przyznaje się oddziaływaniu o charakterze odwetowym i odstraszającym. Nie do zaakceptowania jest również towarzyszące temu obniżenie rangi dyrektywy winy, która jako podstawowa dyrektywa sprawiedliwościowa, powinna pozostać równorzędną z innymi dyrektywami gwarancją wymiaru kary współmiernej do zawinienia, a tym samym wymiaru kary zasłużonej przez sprawcę (kary sprawiedliwej).

Mało przekonująco wypada propozycja uregulowania w art. 53 KK katalogu okoliczności obciążających oraz okoliczności łagodzących. Na płaszczyźnie terminologicznej wątpliwości nasuwa kwalifikacja okoliczności, które miałyby być brane pod uwagę przy wymiarze kary jako okoliczności obciążających i łagodzących. Powstaje pytanie względem czego mają znaczenie obciążające lub łagodzące, skoro podlegają uwzględnieniu przy wymiarze kary. Wydaje się, że właściwsze byłoby ich całościowe ujęcie jako okoliczności wpływających na wymiar kary. Jeśli weźmie się jednak pod uwagę, że wyliczenie tych okoliczności ma charakter wyłącznie egzemplifikacyjny, to z kolei nasuwa się myśl, że ich skatalogowanie jest w gruncie rzeczy zbędne.



Wyrazem zaostrzenia reakcji karnej i zarazem zawężenia granic sądowego wymiaru kary jest propozycja zmiany art. 57b KK, regulującego od niedawna karalność czynu ciągłego. Odnosi się ona do kar nieizolacyjnych i polega na podniesieniu dolnej granicy wymiaru kary grzywny i kary ograniczenia wolności za czyn ciągły do podwójnej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. W przypadku powołanego przepisu należałoby raczej oczekiwać zmiany, która przyniosłaby wyeliminowanie niekompatybilności pomiędzy ukształtowaniem górnej granicy wymiaru kary w przypadku czynu ciągłego na poziomie podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia i utrzymaniem górnej granicy wymiaru kary w przypadku ciągu przestępstw, zbliżonego do czynu ciągłego pod względem stopnia społecznej szkodliwości, na poziomie górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

Proponowane w drodze zmiany art. 60 § 3 KK uzależnienie zastosowania przewidzianego w tym przepisie nadzwyczajnego złagodzenia kary tzw. małego świadkowi koronnemu od wniosku prokuratora oznacza ewidentne wzmocnienie pozycji organu prokuratorskiego i jego wpływu na wymiar kary kosztem ograniczenia kompetencji sądu w tym zakresie, z czym w żadnej mierze nie można się zgodzić. Należy w związku z tym jednoznacznie stwierdzić, że odebranie sądowi kompetencji do stosowania z własnej inicjatywy nadzwyczajnego złagodzenia kary w wypadkach określonych w powołanym przepisie nie znajduje dostatecznego uzasadnienia.

Kolejne propozycje legislacyjne, zasługujące na kilka słów uwagi w niniejszej opinii, dotyczą unormowania reakcji karnej za przestępstwo popełnione w warunkach powrotu do przestępstwa (recydywy). W świetle dotychczasowych obserwacji do miana oczywistych może pretendować spostrzeżenie, że propozycje te zmierzają do zaostrzenia kary dla recydywistów. Jest to przewidziane na trzech płaszczyznach. Po pierwsze, na płaszczyźnie uregulowania recydywy zwykłej w art. 64 § 1 KK, w odniesieniu do którego proponuje się wprowadzenie obowiązku orzeczenia kary w wysokości przewyższającej dolną granicę ustawowego zagrożenia za dane przestępstwo. Po drugie, na płaszczyźnie unormowania multirecydywy w art. 64 § 2 KK poprzez podniesienie dolnej granicy wymiaru kary przy zastosowaniu powołanego



przepisu do wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Po trzecie, na płaszczyźnie proponowanego nowego przepisu, stanowiącego w istocie *lex specialis* względem art. 64 § 1 KK, a przewidującego w stosunku do sprawcy skazanego za przestępstwo zabójstwa w związku ze zgwałceniem lub za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi 8 lat, który w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary popełnia ponownie takie przestępstwo, wymierzenie kary w granicach od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. W restrykcyjności przedstawionych rozwiązań przejawia się po raz kolejny poddane już krytyce przekonanie, że surowość kary jest najbardziej efektywnym sposobem zwalczania przestępczości, w przypadku wskazanych rozwiązań - przestępczości powrotnej. Należy w tym kontekście podkreślić, że przekonanie to nie jest na gruncie uzasadnienia opiniowanego projektu poparte analizą dynamiki powrotnej przestępczości i przyczyn powrotu do przestępstwa, z którą można by konfrontować inny punkt widzenia, nie schodząc na poziom polemiki z arbitralnymi ocenami, odwołującymi się społecznych (populistycznych) oczekiwań co do traktowania recydywistów.

Osobną grupę projektowanych zmian tworzą propozycje legislacyjne dotyczące regulacji środków związanych z poddaniem sprawcy próbie. Spośród tych zmian na uwagę zasługuje propozycja skreślenia art. 75 a KK, który przewiduje możliwość, w miejsce zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, dokonania jej zamiany na karę ograniczenia wolności albo na grzywnę, jeżeli cele kary zostaną w ten sposób spełnione i przemawia za tym względ na wagę i rodzaj czynu zabronionego przypisanego skazanemu. Zgodnie z treścią uzasadnienia opiniowanego projektu uchylenie zarysowanej możliwości ma służyć wyeliminowaniu kontrowersji, jakie ona wywołuje, związanych ze sprzecznością istniejącą między konstrukcją przewidzianą w powołanym przepisie i treścią art. 58 § 1 KK, zgodnie z którym sąd orzeka karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary. Uzasadnienie to wydaje się wyrazem jednostronnego spojrzenia na uregulowanie



art. 75a KK. Uchodzi uwadze projektodawcy to, że przepis ten zwiększa elastyczność decyzji sądu, stwarzając możliwość ponownego niejako przemyślenia, w kontekście orzekania co do zarządzenia wykonania kary, zasadności poprzestania na zastosowaniu wobec skazanego kary wolnościowej. Rezygnacja z tej możliwości powoduje więc ograniczenie swobody sędziowskiej przy decydowaniu o wykonaniu warunkowo zawieszanej kary pozbawienia wolności i daje pierwszeństwo tej karze przed karami wolnościowymi, które mogłyby zostać orzeczone przy wykorzystaniu obowiązującego art. 75a KK.

Istotne zastrzeżenia wywołują propozycje zmian dotyczące warunkowego przedterminowego zwolnienia w przypadku wymierzenia kary pozbawienia wolności. Projekt przewiduje możliwość orzeczenia przez sąd zakazu takiego zwolnienia (art. 77 § 3 i § 4 w projektowanym brzmieniu). Propozycja ta nasuwa zastrzeżenia z punktu widzenia jej zgodności ze standardami praw człowieka, przede wszystkim z art. 3 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, zgodnie z którym nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. Podobny zakaz jest statuowany w art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do ugruntowanych należy pogląd, zgodnie z którym wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności pełnoletniemu sprawcy przestępstwa nie jest samo w sobie zabronione lub niezgodne z art. 3, ani z żadnym innym artykułem Konwencji, pod warunkiem iż nie jest rażąco nieproporcjonalne. Kara ta pozostaje zgodna z powołanym przepisem Konwencji tylko wówczas, gdy istnieje zarówno perspektywa zwolnienia, jak i możliwość kontroli kary, przy czym oba te warunki muszą być spełnione od momentu wymierzenia kary (wyrok ETPCz z 26 kwietnia 2016 r. w sprawie Murray przeciwko Holandii, skarga 10511/10). W sprawie Vinter i inni przeciwko Wielkiej Brytanii Trybunał podkreślił dodatkowo, że w sprawach, w których wyrok, w chwili jego wydania, jest nieredukowalny na podstawie prawa wewnętrznego – nieracjonalnym byłoby oczekiwanie od skazanego czynienia starań w kierunku własnej resocjalizacji bez posiadania przez niego jakiegokolwiek wiedzy czy w jakimś





nieokreślonym terminie w przyszłości zostanie ewentualnie wprowadzony mechanizm umożliwiający mu ubieganie się, na podstawie efektów tej właśnie resocjalizacji, o zwolnienie. Osoba skazana na dożywocie ma prawo wiedzieć, na początku wykonywania kary, co musi zrobić by możliwe stało się rozpatrzenie możliwości jej zwolnienia, włącznie z tym kiedy zostanie dokonana ocena odbywania przez nią kary, lub kiedy będzie się mogła o to ubiegać. W sytuacji, w której prawo krajowe nie przewiduje takiej możliwości – kara bezwzględnego dożywotniego pozbawienia wolności nie spełnia standardów art. 3 Konwencji (wyrok ETPCz z dnia 9 lipca 2013 r., skargi nr 66069/06, 130/10 i 3896/10). Nie powinno ująć uwadze, że przeciwko analizowanej propozycji normatywnej przemawia również wzgląd na konstytucyjny zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania (art. 40 Konstytucji RP) oraz na zasadę humanitaryzmu wyrażoną w art. 3 KK. W świetle przytoczonych rozwiązań normatywnych i przywołanych orzeczeń należy w konkluzji zdecydowanie krytycznie odnieść się do proponowanej możliwości wyłączenia warunkowego zwolnienia w razie wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności. Wolno sądzić, biorąc pod uwagę przykładowo wskazane orzecznictwo ETPCz oraz prokonstytucyjną i prokonwencyjną wykładnię przepisów ustawy karnej przez sądy, że przepisy art. 77 § 3 i § 4 KK w projektowanym brzmieniu byłyby w praktyce przepisami martwymi.

Z przedstawionych powyżej powodów należy również poddać w wątpliwość propozycję wydłużenia do 30 lat okresu, po którym skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności może być warunkowo zwolniony (art. 78 § 3 KK w projektowanym brzmieniu). Warto w tym aspekcie przytoczyć wyrok ETPC z dnia 4 października 2016 roku (skarga nr 37871/14), w którym Trybunał wyraził przekonanie, że wydłużenie okresu, po którym skazany na karę pozbawienia wolności może ubiegać się o warunkowe zwolnienie ponad okres 25 lat, przyjmowany w przypadku większości państw członkowskich Rady Europy, de facto pozbawia więźnia nadziei na zwolnienie, co sprawia, że wymierzona mu kara staje się nieludzka i poniżająca. Chcąc uniknąć stwierdzenia przez ETPCz naruszenia przez Polskę art. 3 EKPCz w omawianym zakresie,



należałoby utrzymać obowiązujące rozwiązanie prawne, gwarantujące skazanemu na karę dożywotniego pozbawienia wolności prawo do występowania o warunkowe zwolnienie po odbyciu 25 lat kary.

Względy humanitarne, zwłaszcza wzgląd na zakaz poniżającego i nieludzkiego traktowania, skłania również do tego, aby opowiedzieć się przeciwko propozycji normatywnej, przewidującej utrzymywanie dożywotnio okresu próby w razie warunkowego zwolnienia skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności (art. 80 § 3 w projektowanym brzmieniu).

Na zakończenie niniejszego fragmentu opinii, dotyczącego części szczególnej Kodeksu karnego, kilku słów uwagi wymagają propozycje legislacyjne dotyczące regulacji przedawnienia karalności przestępstw. Trzeba przyznać projektodawcy, że wprowadzenie przedawnienia karalności oraz długość terminów przedawnienia karalności należą do elementów polityki karnej państwa. Przede wszystkim warto zaznaczyć, że sprawcy przestępstwa nie przysługuje ekspektatywa prawa do przedawnienia karalności. Z tej perspektywy nie sposób zakwestionować ani proponowanego wydłużenia terminu przedawnienia karalności w przypadku zbrodni zabójstwa (art. 101 § 1 pkt 1 KK w proponowanym brzmieniu), ani projektowanego rozszerzenia kręgu przestępstw, co do których przedawnienie karalności jest wyłączone (art. 105 KK w projektowanym brzmieniu), obejmującego m.in. kwalifikowane typy zgwałcenia (art. 197 § 4 i § 5 KK w projektowanym brzmieniu), jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni poniżej 15 lat lub jeśli sprawca działał ze szczególnym okrucieństwem, a także kwalifikowane typy zabójstwa (art. 148 § 2 pkt 2 lub § 3 KK), jeżeli zostały popełnione na w związku ze zgwałceniem małoletniego poniżej 15 lat lub w związku ze zgwałceniem ze szczególnym okrucieństwem. Na tle przedstawionych propozycji mogą nasuwać się pewne wątpliwości co do konsekwencji legislacyjnej i wewnętrznej sprawiedliwości ustawy, jeśli weźmie się pod uwagę, że jakkolwiek projektowane rozszerzenie wyłączenia przedawnienia karalności jest przewidziane niewątpliwie w odniesieniu do przestępstw o dużym ciężarze gatunkowym, to w przypadku przestępstwa zabójstwa, a więc przestępstwa o największym ciężarze gatunkowym,



za wyjątkiem jego kwalifikowanych postaci, które wskazanym wyłączeniem są objęte, nadal utrzymuje się możliwość ustania jego karalności po upływie określonego w ustawie czasu.

Projekt przewiduje rozbudowanie regulacji dotyczącej przedłużenia (przerwy) biegu terminu przedawnienia karalności przestępstwa poprzez dodanie w art. 102 KK przepisu § 2, zgodnie z którym w razie powzięcia w toku wszczętego postępowania uzasadnionego podejrzenia 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. Sens tego rozwiązania staje pod znakiem zapytania, jeśli się je zestawi z uregulowaniami ustawy karnoprocesowej dotyczącymi wszczęcia procesu karnego. W tym względzie należy przede wszystkim podkreślić, że uzasadnione podejrzenie popełnienia (innego) przestępstwa, o którym mowa w proponowanym art. 102 § 2 KK, stanowi – w myśl art. 303 KPK – podstawę wszczęcia postępowania karnego, a dokonanie tej czynności jest – zgodnie z zasadą legalizmu (art. 10 § 1 KPK) – obowiązkiem organów procesowych. Biorąc to pod uwagę trzeba stanowczo stwierdzić, że czynność dowodowa służąca weryfikacji wskazanego podejrzenia, dokonywana w konsekwencji jego powzięcia, może być realizowana wyłącznie w warunkach procesu karnego wszczętego w związku z tym podejrzeniem, także wtedy, gdy powzięcie takiego podejrzenia następuje w toku postępowania w innej sprawie. Kodeks postępowania karnego przewiduje dwie formy wszczęcia procesu karnego, mianowicie, formalną, związaną z wydaniem postanowienia o wszczęciu dochodzenia lub śledztwa (art. 303 KPK), oraz tzw. faktyczne wszczęcie postępowania karnego w ramach dochodzenia w niezbędnym zakresie podejmowanego w granicach koniecznych dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem (art. 308 § 1 KPK). W przypadku tej drugiej formy wszczęcia procesu karnego następuje ono poprzez dokonanie pierwszej czynności o charakterze procesowym. Nie jest znane ustawie karnoprocesowej wszczęcie postępowania dla zweryfikowania uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, które nie mieściłoby się w żadnej z tych form.



W świetle podniesionych uwag można więc stwierdzić, że ową pierwszą czynność dowodową zmierzającą do ustalenia, czy zostało popełnione przestępstwo, na którą wskazuje przepis art. 102 § 2 KK w projektowanym brzmieniu, można rozpatrywać – przy założeniu że nie poprzedza jej formalne wszczęcie postępowania co do innego przestępstwa, co do którego powzięto uzasadnione podejrzenie jego popełnienia w trakcie postępowania prowadzonego w innej sprawie – jedynie w kontekście czynności faktycznie inaugurującej postępowanie karne, wszczynającej dochodzenie w niezbędnym zakresie. Z tego punktu widzenia proponowane rozwiązanie okazuje się w istocie zbędne, ponieważ przedłużenie (przerwanie) terminu przedawnienia karalności w rezultacie wszczęcia postępowania karnego, także przecież faktycznego, w oparciu o przepis art. 308 KPK, jest przewidziane w art. 102 KK w jego obowiązującym kształcie.

#### **5. Propozycje zmian w części szczególnej Kodeksu karnego.**

Znaczna część propozycji zmian przepisów części szczególnej Kodeksu karnego wiąże się ściśle – jak już wyżej zaznaczono - z proponowanym uchYLENIEM odrębnej kary izolacyjnej w postaci kary 25 lat pozbawienia wolności i podniesieniem górnej granicy podstawowej kary izolacyjnej, „zwykłej” kary pozbawienia wolności, do 30 lat. Polegają one najczęściej na wyznaczeniu górnej granicy ustawowego zagrożenia na poziomie 20 lub 25 lat. Zbliżony charakter mają propozycje zmian sprowadzających się do modyfikacji ustawowego zagrożenia, podporządkowanego myśli przewodniej projektu odwołującej się do idei surowej kary i zaostrzenia represji karnej. Nie wytrzymują one krytyki, uwzględniającej wspomniane już także wcześniej wyniki badań i analiz zjawiska przestępczości, wskazujące na brak podstaw do tego, aby w surowości kary upatrywać wpływu na zmniejszenie przestępczości. Można w tym miejscu jedynie dodać, nawiązując do słynnej myśli C.Beccarii, że nie surowość kary, lecz jej nieuchronność jest tym czynnikiem, który istotnie wpływa na zwalczanie przestępczości. I od razu w związku z tym trzeba podkreślić, że to nie płaszczyzna normatywna prawa karnego, lecz prawa karnego procesowego wymaga zmian pod kątem urzeczywistnienia idei nieuchronności kary w polskim porządku prawnym.



Dotychczasowe, często rozległe zmiany ustawy karnoprocesowej, które zostały przeprowadzone od początku 2016 r., nie przyniosły w tym względzie zadowalających rezultatów.

Obok wskazanych propozycji legislacyjnych w części szczególnej Kodeksu karnego sytuuje się odrębna ich grupa, na którą składają się propozycje wprowadzenia zmian w układzie znamion określonych typów czynów zabronionych. Niektóre z nich zostały już wspomniane w poprzednim punkcie opinii (np. propozycje dotyczące art. 178a KK). W tym miejscu kilka innych zasługuje na uwypuklenie. W wyróżnionej grupie mieści się szereg propozycji zmian dotyczących regulacji przestępstwa zgwałcenia, polegających na rozbudowaniu znamion przesądzających o typie kwalifikowanym tego przestępstw, m.in. o posługiwanie się bronią palną lub nożem czy utrwalanie obrazu lub dźwięku z przebiegu czynu (art. 197 § 3 pkt 4-6 KK w proponowanym brzmieniu), wprowadzeniu typu kwalifikowanego przez następstwo w postaci śmierci człowieka (art. 197 § 5 KK w projektowanym brzmieniu) czy zaostrzeniu sankcji karnych w odniesieniu do zgwałcenia wobec małoletniego poniżej lat 15. Zmiany te nie nasuwają większych zastrzeżeń, choć oczywiście można zastanawiać się, na ile zaostrzenie sankcji karnych, o którym już zresztą wspomniano wyżej, zauważalne generalnie w odniesieniu do przestępstw przeciwko wolności seksualnej, w szczególności do przestępczości pedofilskiej, jest podyktowane realnymi potrzebami wynikającymi ze stanu tej przestępczości w Polsce, na ile zaś jest wyrazem populistycznego dążenia do sprostania oczekiwaniom społecznym.

Do omawianej grupy propozycji legislacyjnych należą również projektowane zmiany regulacji przestępstwa kradzieży, dotyczące m.in. wprowadzonej niedawno w art. 278a KK wzbudzającej zastrzeżenia typizacji kradzieży szczególnie zuchwałej, która zostaje w myśl proponowanych zmian ujęta w § 3a w art. 278 KK. Na aprobatę zasługuje wyraźne objęcie zakresem penalizacji w art. 278 § 5 KK kradzieży paliwa ciekłego lub gazowego, ponieważ wywoływała ona kontrowersje w orzecznictwie sądowym.



W art. 282 § 1 KK regulującym przestępstwo wymuszenia rozbójniczego projektodawca przewiduje rozszerzenie ustawowo określonych skutków stosowania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przemocy, groźby zamachu na życie lub zdrowie albo gwałtownego zamachu na mienie i objęcie nimi, obok zaprzestania działalności gospodarczej, także jej ograniczenia. Zmiana ta niewątpliwie przyniesie wzmocnienie prawnokarnej ochrony przedsiębiorców, w praktyce jednak mogą wiązać się z nią pewne trudności interpretacyjne ze względu na znaczną pojemność znaczeniową skutku w postaci „ograniczenia działalności gospodarczej”. Przy założeniu, że funkcję limitującą w tym aspekcie powinny odgrywać na gruncie konkretnych realiów faktycznych znamiona czynności sprawczej, przedstawioną propozycję można ocenić pozytywnie. Na gruncie propozycji regulacji art. 280 KK, w dodanym do tego przepisu § 2 projektodawca, odwołując się do poglądów doktryny wskazujących na lukę w zakresie prawnokarnej ochrony mienia, wprowadza nową formę przestępstwa wymuszenia rozbójniczego, którą znamionuje stosowanie, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, groźby rozgłoszenia dotyczącej innej osoby lub osoby dla niej najbliższej wiadomości uwłaczającej czci lub istotnie naruszającej prywatność lub zarzutu, który może poniżyć w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, i doprowadzenie w ten sposób innej osoby do rozporządzenia mieniem własnym lub cudzym albo do zaprzestania lub ograniczenia działalności gospodarczej.

Oddzielną grupę propozycji normatywnych tworzą propozycje wprowadzenia nowych typów czynów zabronionych.

Do tej grupy można zakwalifikować propozycję wprowadzenia odpowiedzialności karnej za przygotowanie do popełnienia przestępstwa zabójstwa typizowanego w art. 148 § 1, § 2 lub § 3 KK. Propozycja ta wywołuje zastrzeżenia natury faktyczno-dowodowej, głównie ze względu na trudności lub wręcz brak możliwości rozpoznania i zakwalifikowania określonych czynności jako czynności przygotowawczych do popełnienia przestępstwa zabójstwa. Uwidacznia się to w pełni na tle spostrzeżenia, że proste czynności przygotowawcze nie muszą wcale same przez się wykazywać jakiejś



ujemnej wartości, lecz mogą stanowić zachowania społecznie aprobowane, składające się na zwykłe czynności dnia codziennego. Wypada w związku z tym dodatkowo zaznaczyć, że przestępstwo zabójstwa jest popełniane z reguły przy użyciu przedmiotów powszechnie dostępnych, których pozyskanie trudno byłoby dowodowo zakwalifikować w kategorii czynności przygotowawczych. W tych wypadkach, w których czynności przygotowawcze przybierają bardziej złożoną formę, np. wiążą się z wejściem w posiadanie broni palnej, mogą podlegać w pewnym sensie odrębnej ocenie prawnokarnej przez pryzmat wyczerpania znamion określonego typu czynu zabronionego, w podanym przykładzie posiadania broni palnej bez zezwolenia (art. 263 KK). Z podanych względów wprowadzenie szeroko zakreślonej karalności przygotowania do zabójstwa, rozciągającej się na czynności, co do których wykazanie ich przygotowawczego byłoby niepodobieństwem lub natrafiałoby na istotne trudności, nie może spotkać się z aprobatą. Można by natomiast w sposób racjonalny rozważyć kryminalizację przygotowania do zabójstwa polegającego na wejściu w tym celu w porozumienie z innymi osobami (zob. T.Dukiet-Nagórska (red.), Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa, Warszawa 2014, s. 117).

Projekt przewiduje również wprowadzenie odpowiedzialności karnej za przyjęcie zlecenia zabójstwa człowieka w zamian za udzieloną lub obiecaną korzyść majątkową lub osobistą (art. 148a § 1 w projektowanym kształcie). Proponowanej penalizacji opisanego zachowania towarzyszy konstrukcja czynnego żalu, przewidująca wyłączenie odpowiedzialności karnej za przyjęcie zlecenia zabójstwa, jeżeli przyjmujący to zlecenie przed wszczęciem postępowania karnego ujawniłby wobec organu ścigania karnego osobę lub osoby zlecające zabójstwo oraz istotne okoliczności popełnienia czynu (art. 148a § 2 w proponowanym brzmieniu). Nie negując racji kryminalnopolitycznych przemawiających za penalizacją zachowania polegającego na przyjęciu zlecenia zabójstwa, należy stwierdzić, że objęcie jej zakresem zachowań, które mogą polegać na formalnym tylko, podyktowanym „chęcią zysku” przyjęciem zlecenia, bez zamiaru jego realizacji, wydaje się zbyt daleko idące. Dlatego też należałoby przemyśleć zawężenie zakresu kryminalizacji przewidzianego w art. 148a § 1 KK w proponowanym brzmieniu





przy wykorzystaniu kryterium zamiaru realizacji zlecenia zabójstwa przez tego, który je przyjmuje.

Zastrzeżenia nasuwa propozycja penalizacji zachowania polegającego na tworzeniu w toku postępowania karnego fałszywych dowodów mających służyć uniknięciu lub zmniejszeniu odpowiedzialności karnej za popełnione przez siebie lub osobę najbliższą przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe (art. 235 § 2 w projektowanym brzmieniu). Dotyczą one kilku aspektów przedstawionej propozycji normatywnej. Kluczowe znaczenie mają wątpliwości, jakie propozycja ta wywołuje z punktu widzenia prawa do obrony oskarżonego. Powstają one w związku ze sporą pojemnością znaczeniową zwrotu „tworzenie fałszywych dowodów mających służyć uniknięciu lub zmniejszeniu odpowiedzialności karnej”. Jeśli weźmie się pod uwagę, że pod pojęciem dowodu kryje się także środek dowodowy w postaci wyjaśnień oskarżonego, to nie sposób uchylić się od spostrzeżenia, że analizowane rozwiązanie mogłoby otwierać drogę do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej oskarżonego za złożenie fałszywych wyjaśnień. Uderzałoby to wprost w prawo do obrony oskarżonego, z którym łączy się w realiach obowiązującego systemu prawa karnego procesowego brak obowiązku składania przez niego prawdziwych oświadczeń dowodowych. Omawiana rozwiązanie mogłoby stanowić również przeszkodę dla podejmowania przez oskarżonego, dla potrzeb związanych z obroną w procesie karnym, własnych czynności o znaczeniu dowodowym, mających na celu np. rozpytanie potencjalnych świadków co do okoliczności relewantnych prawnokarnie w określonej sprawie. Takie działania mogłyby być kwalifikowane jako usiłowanie popełnienia przestępstwa typizowanego w projektowanym art. 235 § 2 KK. Nie podważając bynajmniej podniesionych okoliczności, przesądzających w istocie negatywną ocenę omawianej propozycji legislacyjnych, na marginesie można zauważyć, że niekonsekwentne jest pozostawienie poza zakresem proponowanej kryminalizacji zachowań polegających na tworzeniu fałszywych dowodów poza toczącym się postępowaniem karnym. Wreszcie od strony czysto konstrukcyjnej należy zauważyć, że końcowa część proponowanego przepisu, obejmująca zwrot „przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe” może sugerować,



że przestępstwo skarbowe jest rodzajem przestępstwa. Trzeba w tym kontekście wyraźnie podkreślić, że w obowiązującym stanie prawnym taka sugestia jest w najlepszym razie nieuprawniona, ponieważ przestępstwa i przestępstwa skarbowe stanowią autonomiczne kategorie czynów zabronionych.

W art. 241 KK projektodawca proponuje rozszerzenie zakresu penalizacji poprzez objęcie nim (w dodanym § 3) zachowań polegających na publicznym rozpowszechnianiu bez zezwolenia wiadomości z postępowania prowadzonego na podstawie przepisów o postępowaniu w sprawach nieletnich. Biorąc pod uwagę z jednej strony to, że w określonym we wskazanym postępowaniu nie prowadzi się postępowania przygotowawczego, a jednocześnie, ponieważ w jego miejsce, mogą być przeprowadzane czynności dowodowe poprzedzające ewentualną rozprawę główną, zaś do rozstrzygnięcia sprawy nieletniego może dojść także na posiedzeniu bez przeprowadzenia rozprawy, można stwierdzić, że analizowane rozwiązanie stanowi podyktowane ochroną nieletniego oraz postępowania w jego sprawie uzupełnienie regulacji prawnej zawartej w art. 241 § 1 i § 2 KK, która takiej ochrony w wymiarze prawnokarnym nie zapewnia. Podniesione na końcu względy, zwłaszcza względ na ochronę nieletniego, dyktuje pozytywną ocenę tego rozwiązania. Jedynie od strony stylistycznej wypada poddać pod rozagę nieco inne ujęcie omawianego przepisu poprzez zastąpienie zwrotu „rozpowszechnia bez zezwolenia publicznie wiadomości” zwrotem „bez zezwolenia rozpowszechnia publicznie wiadomości”.

W omawianej grupie projektowanych rozwiązań legislacyjnych mieści się także propozycja typizacji czynu zabronionego polegającego na uchylaniu się od wykonania orzeczonego przez sąd środka kompensacyjnego, o którym mowa w art. 46, w postaci obowiązku naprawienia szkody, obowiązku zadośćuczynienia za doznaną przez inną osobę krzywdę lub nawiązki, orzeczonych za przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego (art. 244c § 1 w projektowanym brzmieniu). W związku z tą typizacją projektodawca przewiduje szczególną konstrukcję czynnego żalu, opartą na wyłączeniu karalności, jeżeli sprawca przestępstwa wykonał w całości orzeczony wobec niego środek kompensacyjny nie później niż przed upływem 30 dni od pierwszego



przesłuchania w charakterze podejrzanego albo nie później niż przed upływem nieprzekraczającego 12 miesięcy terminu wyznaczonego podejrzanemu przez prokuratora w wypadkach, w których ze względu na rozmiar świadczenia będącego przedmiotem środka kompensacyjnego jego uiszczenie w całości w podstawowym, 30-dniowym terminie, byłoby niemożliwe lub bardzo utrudnione (art. 244c § 2 KK w projektowanym brzmieniu). Przedstawione rozwiązanie nawiązuje koncepcyjnie do unormowań w art. 244, art. 244 a i art. 244b KK, w których przewidziana jest penalizacja zachowań polegających na niezastosowaniu się do określonego rozstrzygnięcia, np. w zakresie środka karnego, zawartego w prawomocnym orzeczeniu sądu. Nie wydaje się jednak, aby takie nawiązanie w przypadku niewykonania środka kompensacyjnego było uzasadnione. I nie chodzi tylko o to, że oznacza ono rozszerzenie zakresu represji karnej na zachowania, których skutecznego wyeliminowania, choćby ze względu na cywilną naturę środków kompensacyjnych, należałoby poszukiwać przy użyciu narzędzi spoza prawa karnego. Przede wszystkim wymaga zwrócenia uwagi, że pociągnięcie do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 244c KK w proponowanym kształcie, zważywszy na przewidzianą w tym przepisie sankcję prostą w postaci kary pozbawienia wolności, może w gruncie rzeczy, zamiast zapewnić pokrzywdzonemu odszkodowanie lub zadośćuczynienie, oddalać ich uzyskanie. To, czy przyniesie w tym względzie pozytywne efekty specyficzna konstrukcja czynnego żalu proponowana w art. 244c § 2 KK nie jest pewne, trudno więc na tym opierać akceptację dla analizowanej propozycji normatywnej. Zwłaszcza, że nasuwa ona także zastrzeżenia z punktu widzenia konsekwencji legislacyjnej. Aby zdać z nich sprawę wystarczy zauważyć, że w proponowanym przepisie projektodawca przewiduje penalizację uchylenia się od obowiązku statuowanego w art. 46 KK, co oznacza, że poza zakresem ochrony prawnokarnej w jego ramach przewidzianej pozostaje realizacja obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia doznanej krzywdzie w sytuacjach, w których stanowi on warunek probacyjny związany z zastosowaniem warunkowego zawieszenia wykonania kary lub warunkowego umorzenia postępowania karnego. Przekłada się to bezpośrednio na nieznajdujące dostatecznego uzasadnienia zróżnicowanie sytuacji prawnej skazanego, na którym ciąży taki sam co do istoty



obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienie krzywdzie, w zależności od tego, czy został orzeczony jako środek kompensacyjny na podstawie art. 46 KK czy jako środek warunkujący zastosowanie określonej instytucji probacyjnej. Ujmując w jedną całość podniesione uwagi krytyczne, należy negatywnie odnieść się do propozycji nowego typu czynu zabronionego polegającego na uchylaniu się od wykonania środka kompensacyjnego.

W wyróżnionej grupie propozycji legislacyjnych należy również pomieścić rozbudowanie zawartości normatywnej art. 272 KK poprzez dodanie w nim § 2 typizującego czyn polegający na tym, że w celu uzyskania dokumentu wystawianego przez funkcjonariusza publicznego lub inną osobę upoważnioną do jego wystawienia, przedkłada się funkcjonariuszowi lub innej osobie upoważnionej oświadczenie zawierające nieprawdę co do okoliczności mającej istotne znaczenie dla wystawienia dokumentu lub jego treści. Przepis ten przewiduje kryminalizację zachowania zmierzającego do uzyskania dokumentu niezależnie od tego, czy ma on poświadczać nieprawdę. Nie to jednak stanowi o wątpliwościach, jakie wywołuje przedstawiona propozycja, te bowiem ujawniają się na tle spostrzeżenia, że ochrony prawnokarnej przed zachowaniami objętymi penalizacją na gruncie art. 270 § 2 KK w projektowanym brzmieniu można upatrywać na gruncie istniejących już rozwiązań prawnych, przewidujących kryminalizację np. posługiwania się dokumentem sfałszowanym (art. 270 KK), używania dokumentu poświadczającego nieprawdę (art. 273 KK) czy też złożenia fałszywego oświadczenia pod groźbą odpowiedzialności karnej (art. 233 § 6 KK).

W grupie nowych typów czynów zabronionych określonych w opiniowanym projekcie, które wymagają kilku słów uwagi, mieszczą się czyny zabronione typizowane w projektowanym art. 306c KK. W § 1 tego przepisu projektodawca przewiduje penalizację dokonania zaboru tablicy rejestracyjnej pojazdu mechanicznego, umożliwiającej dopuszczenie tego pojazdu do ruchu na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie odrębnych przepisów, a także podrobienia lub przerobienia takiej tablicy. W § 2 typizowane jest zachowanie polegające na używaniu tablicy rejestracyjnej



pojazdu mechanicznego, umożliwiającą dopuszczenie tego pojazdu do ruchu na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie odrębnych przepisów, nieprzypisanej do tego pojazdu, podrobionej albo przerobionej, jeżeli może to uniemożliwić albo utrudnić identyfikację tego pojazdu. Nie kwestionując celowości kryminalizacji opisanych zachowań, można podnieść pewne zastrzeżenia co do propozycji ich normatywnego ujęcia. Wydaje się, że zbędne jest podkreślenie w ramach omawianej propozycji normatywnej, że to odrębne przepisy stanowią podstawę dopuszczenia określonego pojazdu do ruchu na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Jeśli chodzi o projektowany art. 306c § 2 KK, to należałoby rozważyć uproszczenie jego treści poprzez odwołanie do zawartości normatywnej art. 306c § 1 KK, np. poprzez odniesienie znamienia czasownikowego „używania” do tablicy rejestracyjnej pochodzącej z czynu zabronionego określonego w § 1.

Na zakończenie tego fragmentu opinii odrębnej uwagi wymaga lansowana w opiniowanym projekcie *sui generis* hipertrofia typów kwalifikowanych określonych przestępstw, oparta na kryteriach odwołujących się do wysokości (wartości) korzyści majątkowej, mienia czy szkody. Można ją zaobserwować już w odniesieniu do przestępstw łapownictwa czynnego i biernego na tle propozycji dodania przepisów § 5a w art. 228 i § 4 w art. 229 KK, przewidujących typy kwalifikowane oparte na kryterium korzyści majątkowej wielkiej wartości - odpowiednio - przyjmowanej albo udzielanej lub obiecywanej. Przyjmuje ona w pewnym sensie skrajną postać w odniesieniu do określonych przestępstw przeciwko mieniu (art. 294 § 3 i § 4 KK w projektowanym brzmieniu) oraz określonych przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 306b KK w projektowanym brzmieniu). W powołanych przepisach przewiduje się konstrukcję typów kwalifikowanych w oparciu o to, czy wartość lub wysokość mienia lub szkody, należących do znamion przedmiotowych określonych przestępstw przeciwko mieniu lub przestępstw gospodarczych, przekracza pięciokrotność albo dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości. Tego rodzaju multiplikacyjnej konstrukcji typów kwalifikowanych określonych typów czynów zabronionych, zmierzającej - jak wolno sądzić - do tego, żeby sądom wprost



narzucić wymiar określonej kary, przynajmniej na jej minimalnym poziomie, nie sposób zaakceptować, nie tylko dlatego, że prowadzi do ograniczenia sędziowskiego uznania w zakresie wymiaru kary, ale także z tego względu, że w gruncie rzeczy stanowi jaskrawy przejaw braku zaufania do oceny sądów, który w szerszym kontekście należy rozpatrywać w kategorii podważenia społecznego zaufania do sądowego wymiaru sprawiedliwości. Nie może przy tym ująć uwadze, że wynikające z opisanej konstrukcji kwalifikowanie w kategorii zbrodni łapownictwa biernego lub czynnego albo np. zwykłej kradzieży zaburza wewnętrzną sprawiedliwość ustawy, co widać najlepiej na tle zestawienia tych czynów zabronionych chociażby ze zbrodnią zabójstwa (art. 148 KK) czy kwalifikowanego zgwałcenia (art. 197 § 3 i § 4 KK w projektowanym brzmieniu). W analizowanych przypadkach zaburzenie to oznacza jednocześnie naruszenie zasady proporcjonalności reakcji karnej, znajdującej zakotwiczenie w płaszczyźnie konstytucyjnej.

#### **6. Propozycje zmian w Kodeksie postępowania karnego.**

Zamieszczone w opiniowanym projekcie propozycje zmian przepisów Kodeksu postępowania karnego w przeważającej mierze nawiązują i stanowią w pewnym sensie konsekwencję propozycji legislacyjnych dotyczących ustawy karnej. One też wymagają w pierwszym rzędzie zwrócenia uwagi.

Do wyróżnionej grupy należy projektowana zmiana art. 49a KPK, która łączy się ściśle z przewidzianym w art. 41a § 1a KK w projektowanym brzmieniu uzależnieniem od wniosku pokrzywdzonego orzeczenia przez sąd, w wypadkach skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej, zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonym, zakazu zbliżania się do pokrzywdzonego lub nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Można powiedzieć, że proponowana zmiana powołanego przepisu ustawy karnoprocesowej, wprowadzająca prawo złożenia wniosku dotyczącego orzeczenia środka karnego określonego w art. 41a § 1a KK, urealnia w istocie zastosowanie przez sąd tego środka. Jakkolwiek na tle propozycji normatywnej dotyczącej wskazanego na końcu przepisu



można mieć zastrzeżenia co do trafności narzucenia sądowi obowiązku orzeczenia określonego w tym przepisie środka karnego, to nie ulega z kolei wątpliwości, że zapewnienie na gruncie karnoprocesowym możliwości realizacji warunku takiego orzeczenia, związanego z ochroną pokrzywdzonego, należy ocenić pozytywnie.

Konsekwencją propozycji wprowadzenia w Kodeksie karnym instytucji obligatoryjnego przepadku pojazdu mechanicznego lub jego równowartości stanowi projektowana zmiana art. 291 § 2 KPK, przewidująca objęcie unormowanym w tym przepisie zabezpieczeniem majątkowym mienia podlegającego przepadkowi pojazdu mechanicznego. Nie podważając podniesionych wcześniej zastrzeżeń co do obowiązkowej formy orzeczenia takiego przepadku, w odniesieniu wyłącznie do płaszczyzny karnoprocesowej należy stwierdzić, że projektowana możliwość zastosowania zabezpieczenia majątkowego co do mienia zagrożonego przepadkiem pojazdu mechanicznego nie nasuwa w zasadzie wątpliwości. „W zasadzie”, ponieważ wątpliwości takie powstają na tle konstrukcji proponowanej zmiany art. 291 § 2 KPK i wiążą się z rozpoczynającym wyróżniony w nim punkt 2 zwrotem „już po wszczęciu postępowania karnego”. Nie sposób znaleźć uzasadnienia dla takiego ujęcia analizowanego przepisu, natomiast konieczne w związku z nim staje się podkreślenie, że zabezpieczenie majątkowe stanowi czynność procesową, która w każdym wypadku może być dokonana jedynie w realiach toczącego się postępowania karnego, a więc po jego wszczęciu.

Kolejna propozycja legislacyjna dotycząca ustawy karnoprocesowej, która ma swoje źródło w projektowanych zmianach ustawy karnej dotyczy przepisu art. 318a KPK w projektowanym brzmieniu, którego dodanie służyłoby urealnieniu konstrukcji czynnego żalu w kształcie proponowanym w art. 244c KK w ramach regulacji przestępstwa uchylania się od wykonania środka kompensacyjnego określonego w art. 46 KK. Rzecz w tym, że zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w poprzednim punkcie opinii, wprowadzenie wskazanego typu czynu zabronionego do ustawy karnej nie znajduje dostatecznego uzasadnienia. Konsekwentnie stojąc na tym stanowisku





należy w rezultacie stwierdzić, że brak jest tym samym również uzasadnienia dla wprowadzenia regulacji art. 318a KPK do ustawy karnoprocesowej.

Spośród projektowanych zmian Kodeksu postępowania karnego, które nie pozostają w związku z propozycjami zmian ustawy karnej, na kilka słów uwagi zasługują propozycje dotyczące uregulowania instytucji skargi subsydiarnej. Wymagają one wstępnie zwrócenia uwagi, że w obowiązującym stanie prawnym pokrzywdzony uzyskuje prawo do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia i tym samym zainaugurowania postępowania sądowego w sprawie publicznoskargowej zamiast oskarżyciela publicznego w konsekwencji utrzymania przez prokuratora nadrzędnego ponownego postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przygotowawczego, wydanego w następstwie przeprowadzenia poprzedniego postanowienia w tym przedmiocie kontroli sądowej. W świetle analizy logiczno-językowej i systemowej art. 330 w zw. z art. 306 KPK powszechnie przyjmuje się w piśmiennictwie, że decyzją ponowną w rozumieniu art. 330 § 2 KPK jest postanowienie, które jest rodzajowo tożsame z poprzedzającym jego wydanie postanowieniem o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przygotowawczego, uchylonym w trybie kontroli zażaleniowej przez sąd. Można więc stwierdzić, że:

- 1) decyzją ponowną względem poprzednio wydanego postanowienia odmawiającego wszczęcia postępowania przygotowawczego, które zostało uchylone przez sąd, jest ponowne postanowienie o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia;
- 2) decyzją ponowną względem poprzednio wydanego postanowienia umarzającego postępowanie przygotowawcze, które zostało uchylone przez sąd, jest ponowne postanowienie o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia.

Wynika z tego jednocześnie, że jeżeli w następstwie przeprowadzenia przez sąd kontroli postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego dojdzie do wszczęcia postępowania karnego, to ewentualne postanowienie o jego umorzeniu w stadium przygotowawczym nie stanowi decyzji ponownej w rozumieniu art. 330 KPK



i wymaga powtórnej sądowej kontroli. Dopiero, gdy w jej następstwie prokurator kolejny raz, trzeci z kolei, podejmie decyzję o zaniechaniu ścigania karnego, którą w przedstawionej konfiguracji procesowej może być wyłącznie postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego, to decyzja ta podlega jedynie kontroli prokuratora nadrzędnego nad nim, a jej utrzymanie w mocy otwiera drogę do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia przez pokrzywdzonego. Jakkolwiek projektodawca zdaje się reprezentować inną koncepcję interpretacyjną w kwestii „ponowności” postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przygotowawczego, nie ma potrzeby ani jej rozwijania ani kontestowania, ponieważ w opiniowanym projekcie dokonuje zmiany, która oznacza, że każde kolejne postanowienie o zaniechaniu ścigania karnego, wydane w następstwie sądowej kontroli pierwszej decyzji w tym przedmiocie, będzie podlegało już tylko kontroli organu prokuratorskiego, niezależnie od tego, czy jest rodzajowo tożsame z decyzją, która została uchylona przez sąd. Mówiąc prościej, w zarysowanej już konfiguracji procesowej, w której pierwszą decyzją o zaniechaniu ścigania karnego jest postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, uchylone przez sąd wyniku kontroli zażaleniowej, każda kolejna decyzja o zaniechaniu ścigania, także wówczas, gdy stanowi ją postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego, podlega wyłącznie kontroli organu prokuratorskiego, a jej utrzymanie w mocy oznacza uzyskanie przez pokrzywdzonego uprawnienia do zainaugurowania procesu sądowego zamiast oskarżyciela publicznego. Przedstawioną propozycję legislacyjną, dotyczącą uregulowań art. 55 § 1 i art. 330 § 2 KPK, należy ocenić zdecydowanie pozytywnie. Skracając i tak złożony tryb kontroli zażaleniowej wiodący do wniesienia przez pokrzywdzonego subsydiarnego aktu oskarżenia, służy wzmocnieniu przysługującego mu w tym względzie uprawnienia i zwiększeniu szans na jego realne wykorzystanie. W panujących realiach, w których może dostrzec rozwijanie się zjawiska faktycznego oportunistu w działalności organów ścigania, proponowana zmiana, oprócz tego, że służy pokrzywdzonemu, wzmacnia również od strony gwarancyjnej zasadę legalizmu, której treścią jest obowiązek ścigania przestępstw ściganych z urzędu. Warto dodać, że zaprezentowanej propozycji normatywnej towarzyszy jednocześnie podkreślenie



w ramach projektowanej zmiany art. 330 § 2 KPK, że uprawnienie do wniesienia aktu oskarżenia przysługuje pokrzywdzonemu, który nie tylko wykorzystał dwukrotnie prawo do zaskarżenia decyzji o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przygotowawczego, ale jednocześnie w tym zakresie zaskarżył decyzję prokuratora utrzymaną w mocy przez prokuratora nadzrędnego, a więc decyzję, z której wydaniem nastąpiło w istocie wyczerpanie trybu kontroli zażaleniowej zaniechania ścigania karnego w postępowaniu przygotowawczym. Doprecyzowanie w ten sposób tego z pokrzywdzonych, w przypadku ich wielości, który może wnieść subsydiarny akt oskarżenia nie nasuwa zastrzeżeń.

### **Wnioski końcowe**

Na kanwie przedstawionych w niniejszej opinii szczegółowych uwag krytycznych w konkluzji, odnosząc się tylko do proponowanych zmian ustawy karnej, można stwierdzić, że zarówno na założeniach leżących u podłoża poddanego analizie projektu, jak i większości proponowanych rozwiązań prawnych, służących urzeczywistnieniu tych założeń, ciąży myślenie kategoriami restrykcyjnej polityki karnej, upatrującej skuteczności w zwalczaniu przestępczości w odwecie i odstraszaniu opartym na surowości reakcji karnej. Nie wydaje się, aby był to właściwy kierunek polityki karnej, nie tylko dlatego, że jego obranie nie jest dostatecznie poparte analizami dynamiki i struktury przestępczości, które dostarczałyby mu uprawomocnienia, ale także z tego względu, że wiedzie on niejednokrotnie do propozycji rozwiązań, które są niemożliwe do zaakceptowania z punktu widzenia zakotwiczonej w płaszczyźnie konstytucyjnej zasady proporcjonalnej reakcji karnej. Nie wydaje się również, aby w tym kierunku można było upatrywać optymalnej reakcji karnej, hołdującej racjonalnemu założeniu dążenia do wzmocnienia ochrony prawnokarnej dla potrzeb zapewnienia bezpieczeństwa i porządku prawnego w tych wypadkach, w których przy pomocy innego instrumentarium niż prawnokarne nie jest to możliwe i zarazem dyktują to przyjmujące realny kształt zagrożenia dla tego bezpieczeństwa i porządku, a nie społeczne poczucie co do występowania takich zagrożeń i odpowiadające mu,



niejednokrotnie wyraźnie populistyczne, oczekiwania i postulaty co do zaostrzenia polityki karnej.

Nie można wreszcie zgodzić się z ograniczeniem swobodnego uznania sądu w zakresie wymiaru kary, ujawniającym się w sposób jaskrawy na gruncie wielu szczegółowych rozwiązań przedstawionych w opiniowanym projekcie. Projektodawca zamiast wykazać dbałość o wzmocnienie zaufania do sądowego wymiaru sprawiedliwości, w gruncie rzeczy w drodze forsowanych regulacji prawnych zdaje się wyrażać brak po jego stronie takiego zaufania, narzucając w rezultacie sądom i sędziom szereg mechanizmów i miar, wedle których powinna być wymierzana kara za przestępstwo. Jakkolwiek może to zakrawać na truizm, w kontekście projektowanych zmian ograniczających swobodną ocenę sądu przy wymiarze kary, zasługuje na podkreślenie, że prawdziwy i prawidłowy wymiar sprawiedliwości karnej, hołdujący wartościom i standardom wyrażanym na płaszczyźnie konstytucyjnej i traktatowej, nie ma i mieć nie może nic wspólnego z mechanicznym i schematycznym stosowaniem prawa karnego.

Na zakończenie warto pokusić się o wniosek natury ogólnej dotyczący opiniowanego projektu, celem zwrócenia uwagi, że zdaje się on wyrazem upatrywania problemu, jeśli chodzi o zwalczanie zjawiska przestępczości, nie tam, gdzie on w istocie tkwi. Przywołując w tym miejscu ponownie myśl C.Beccarii należy stwierdzić, że nie w surowości kary i podporządkowanej jej zaostrzeniu reformie prawa karnego należy widzieć drogę do powstrzymania przestępczości, lecz w nieuchronności kary, której zapewnieniu powinna służyć – jak już wcześniej sygnalizowano – nowoczesna reforma procesu karnego, oparta na założeniu odejścia od jego inkwizycyjnych barier przy jednoczesnym rozszerzeniu konsensualizmu procesowego.

**dr hab. Jarosław Zagrodnik prof. UŚ**  
**radca prawny**