

PREZES
NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ

Jacek Trela



Warszawa, dnia 22 maja 2019 r.

Pan
Stanisław Gogacz
Przewodniczący
Komisji Ustawodawczej Senatu

NRA-145-U.2.2019

W załączeniu uprzejmie przesyłam opinię Komisji Legislacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej do projektu ust. o zmianie ustawy – **Kodeks karny (druk senacki 1184)** przygotowaną przez adw. prof. Jacka Giezka i adw. prof. Roberta Zawłockiego.

Uwagi zgłaszane przez NRA w piśmie z dnia 14.02.2019 skierowanym do Ministra Sprawiedliwości nadal pozostają aktualne.

OPINIA
W SPRAWIE RZĄDOWEGO PROJEKTU USTAWY
O ZMIANIE USTAWY - KODEKS KARNY ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW
(Z DNIA 25.01.2019 R.)

Niniejsza opinia dotyczy wyłącznie najważniejszych kwestii ogólnych, związanych z generalnymi założeniami i celami przedłożonego projektu ustawy. Odrębnie zostanie opracowana opinia szczegółowo odnosząca się do proponowanych zmian.

Opinię na temat projektu ustawy zmieniającej Kodeks karny należałoby zacząć od dwóch następujących bezspornych stwierdzeń. Po pierwsze, materia ta jest niezwykle doniosła dla funkcjonowania państwa i stosunków społecznych. Po drugie, każdy rząd ma pełne prawo do kształtowania i realizowania własnej polityki karnej. Kwestie te nie wymagają ani uzasadnienia ani też szerszej dyskusji. Konieczne jest jednak wskazanie i podkreślenie, co z tymi okolicznościami – również w sposób oczywisty – jest nierozzerwalnie związane. Z pierwszego - konieczność jawnych, szerokich i autentycznych konsultacji społecznych i specjalistycznych. Z drugiego - racjonalne uzasadnienie dla proponowanych rozwiązań. Już na wstępie należy wyrazić wątpliwość co do spełnienia tych przesłanek.

Proponowane zmiany w Kodeksie karnym mają dwojaki charakter. Pierwsza – jak się wydaje, najbardziej doniosła grupa zmian, wynika wprost z polityczno-kryminalnego postulatu o konieczności zaostrzenia karan. Druga grupa zmian ma charakter „porządkowy” i sprowadza się do poprawienia pomyłek lub niedociągnięć legislacyjnych.

Odnosząc się do pierwszej grupy zmian należałoby przywołać uzasadnienie projektodawców, którzy wskazują, co następuje:

„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. 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. Uzasadnienia dla określonego stopnia represyjności

systemu prawa karnego dostarcza pozytywna funkcja sprawiedliwościowej teorii proporcjonalności wywodzonej z art. 31 ust. 3 Konstytucji, której towarzyszy nakaz zapewnienia dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych, zarówno o charakterze indywidualnym, jak i kolektywnym. Zaniechanie ustanowienia odpowiedniej ochrony praw człowieka lub innych interesów jednostki można przy tym traktować jako szczególną formę ingerencji w dane prawo lub interes.

Obecny stan prawny nie odpowiada postulatowi wynikającemu z funkcji ochronnej prawa karnego, przez co nie zapewnia wystarczających narzędzi dla ograniczenia przestępczości i zabezpieczenia istotnych wartości społecznych. W szczególności przewidywane dotychczas sankcje za przestępstwa najcięższe, skierowane przeciwko dobrom prawnym o wysokiej randze w hierarchii dóbr prawnych, nie odzwierciedlają w pełni stopnia społecznej szkodliwości tych przestępstw, prowadząc do zbyt łagodnego traktowania ich sprawców i naruszając w ten sposób społeczne poczucie sprawiedliwości. Okoliczności te uzasadniają podjęcie działań legislacyjnych zmierzających do zwiększenia surowości sankcji karnych i ukształtowania instytucji wpływających na wymiar kary w taki sposób, że ukierunkowują one decyzję sądu w stronę ograniczenia możliwości korzystania z redukcji sankcji karnej lub rozszerzają możliwość zwiększenia represji karnej wobec sprawców przestępstw o wysokim stopniu karygodności. Projektowane zwiększenie stopnia punitywności - w odniesieniu do obecnego stanu ukształtowanego w zasadniczych zrębach przez Kodeks karny z 1997 r. (z pewnymi późniejszymi, istotnymi zmianami) - odbywa się na trzech stopniach. Pierwszy stanowią proponowane zmiany w zakresie surowości sankcji karnych i konstrukcji poszczególnych typów czynów zabronionych. Obostrzenia drugiego stopnia przewidują rozszerzenie instytucji nadzwyczajnego zaostrzenia kary. Z kolei obostrzenia trzeciego stopnia dotyczą zmian w ogólnych dyrektywach wymiaru kary ukierunkowanych w stronę wyboru bardziej surowej represji karnej."

Istota zmian w projektowanej ustawie sprowadza się do zaostrzenia sankcji karnych na poziomie reguł ogólnych jak i szczególnych. Wobec tego, w pierwszej kolejności należałoby odnotować, że wyżej przywołane uzasadnienie dla takiej poważnej zmiany jest nad wyraz lakoniczne. Kilka ogólnych zdań to zdecydowanie za mało na uzasadnienie wprowadzenia do Kodeksu karnego postulatów nowej polityki karnej. Przy czym, owa lakoniczność dotyczy nie tylko płaszczyzny ilościowej, lecz przede wszystkim jakościowej. Rozpatrując ten drugi niedostatek należy wskazać na dwie kwestie.

Po pierwsze, w warstwie idei polityczno-kryminalnej, przedstawiona argumentacja jawi się jako nader kontrowersyjna. Projektodawcy powołują się na racje, których ma dostarczać „[...] pozytywna funkcja sprawiedliwościowej teorii proporcjonalności wywodzonej z art. 31 ust. 3

Konstytucji, której towarzyszy nakaz zapewnienia dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych, zarówno o charakterze indywidualnym, jak i kolektywnym.” Stwierdzenie to opiera się na istotnym nieporozumieniu. Wyróżnia się bowiem podstawową funkcję sprawiedliwościową prawa karnego oraz konstytucyjną zasadę proporcjonalności reakcji karnoprawnej. Lecz „sprawiedliwościowa teoria proporcjonalności” to byt w dyskursie naukowym zupełnie nowy. Zostawiając jednak na boku semantykę, można w istocie wskazywać na ściśle powiązanie funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego z konstytucyjną zasadą proporcjonalnej reakcji karnoprawnej. Powiązanie to wyraża się w bezspornym postulatcie (konieczności) realizacji idei sprawiedliwości poprzez reakcję karnoprawną proporcjonalną do wagi i charakteru naruszenia dóbr ogólnospołecznych. Jeżeli jednak projektodawcy ten właśnie postulat zamierzali przywołać w uzasadnieniu zmian (ustawy), to należy zauważyć, że jest on na tyle ogólny, że można z pełną odpowiedzialnością przyjąć, że jest on już odpowiednio realizowany przez obecnie obowiązujące przepisy Kodeksu karnego. W każdym razie, postulat tak ogólnie i lakonicznie wyrażony jak w uzasadnieniu, nie może być przyjęty jako racjonalne i wystarczające usprawiedliwienie proponowanych zmian.

Projektodawcy wskazują w ww. uzasadnieniu, że ciężkie przestępstwa „budzą silną społeczną potrzebę odpłaty i napiętnowania”. Należy więc przypomnieć wiedzę podręcznikową, że funkcja sprawiedliwościowa prawa karnego, sprowadzająca się do odpowiedniej odpłaty za przestępstwo jest w sposób oczywisty limitowana innymi funkcjami prawa karnego i celami kary. Faktory te racjonalizują odpłatę, czyniąc z niej pożyteczną reakcją państwa na przestępstwo, a nie reakcją jedynie zaspokajającą chęć zemsty. Myśl ta cechuje nowożytne prawo karne już od dwustu lat.

Nie sposób uniknąć wrażenia, że u podstaw proponowanych zmian spoczywa przekonanie, że surowa kara jest głównym wyznacznikiem skuteczności prawa karnego i regulatorem zachowań społecznych. Przekonanie to jest generalnie kontrowersyjne. Jednak może być ona weryfikowalne tylko wtedy, gdy jest szczegółowo i faktograficznie uzasadnione. W tym miejscu pojawia się kwestia kolejna, czyli faktograficzne uzasadnienie zmian.

Po drugie, w warstwie faktograficznej (kryminologicznej) również jawi się jako co najmniej kontrowersyjna. Należałoby zacząć od intrygującej obserwacji, że projektodawcy w uzasadnieniu w ogóle nie odwołują się do argumentacji o charakterze kryminologicznej, w tym statystycznej.¹ Oznacza to, że argumentacja ta opiera się przede wszystkim na ideach i

¹ W całym uzasadnieniu projektodawcy tylko raz odwołują się do danych kryminologicznych (statystycznych). Na stronie 37 uzasadnienia, odnośnie art. 190a KK wskazują na rosnące zagrożenie przestępstwem stalkingu przywołując wzrost skazań od roku 2011. Tymczasem jest to nieporozumienie, ponieważ przepis ten wszedł w życie właśnie w roku 2011, a zatem nie chodzi tutaj o wzrost przestępczości, lecz wzrost liczby spraw rozpoczętych dopiero w 2011 r.

przekonaniach nie popartych faktami.

Brak argumentacji statystycznej jest tutaj nader istotny. Po pierwsze, nie ma bowiem lepszego kryterium kształtowania postulatów racjonalnej polityki kryminalnej niż fakty dotyczące przestępczości. Po drugie, rząd (Ministerstwo Sprawiedliwości) posiada w tym zakresie odpowiednie dane. Znajdują się one m.in. na stronie internetowej tegoż ministerstwa pod następującym adresem:

<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/roczniki-statystyczne-gus/>

Ze statystyk tych wynika na przykład to, że w zakresie całej przestępczości odnotowywany jest jej spadek. Niewątpliwie nie jest to argument na rzecz zaostrzenia polityki karnej (sankcji karnych). W zakresie zaś przestępstw stanowiących główny przedmiot troski projektodawców, czyli przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, jak wynika z ww. statystyk, już od kilkunastu lat odnotowywany jest spadek tego rodzaju przestępczości, a w ostatnim statystycznie wykazanym roku 2016 poziom tej przestępczości był zbliżony do poprzedzającego roku 2015 i był znacznie niższy niż 5 i 10 lat wcześniej. Na marginesie należy dodać, że priorytetowo traktowane przez projektodawców przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu nie tylko w wymiarze liczbowym nie wzrastają, lecz stanowią ledwie około 2% wszystkich przestępstw. Okoliczności te niewątpliwie również nie stanowią podstawy do zaostrzenia polityki karnej, w szczególności z odwołaniem się do wskazanej grupy przestępstw.

Projektodawcy wyraźnie przyjmują, że obecne sankcje karne za najcięższe przestępstwa są zbyt łagodne. Należałoby w związku z tym oczekiwać przywołania odpowiednich danych, które potwierdzałyby to domniemanie. Danych tych niestety brak, co jest tym bardziej zastanawiające, że nawet z powierzchownej obserwacji praktyki wymiaru sprawiedliwości nie wynika, aby kary za najcięższe przestępstwa lokowały się w górnych granicach obecnych zagrożeń.

Najdalej idące zmiany kodeksu karnego w projekcie przygotowanym przez Ministerstwo Sprawiedliwości dotyczą kar, zasad ich wymiaru oraz granic sankcji przewidzianych w przepisach części szczególnej. Taki kierunek nowelizacji odpowiada przyjętemu przez projektodawców 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. Projektowane zwiększenie stopnia

punitywności – w odniesieniu do obecnego stanu ukształtowanego w zasadniczych zrębach przez Kodeks karny z 1997 r. (z pewnymi późniejszymi, istotnymi zmianami) – miałyby zostać dokonane na trzech poziomach. Pierwszy stanowią proponowane zmiany w zakresie surowości sankcji karnych i konstrukcji poszczególnych typów czynów zabronionych. Obostrzenia drugiego stopnia przewidują rozszerzenie instytucji nadzwyczajnego zaostrenia kary. Z kolei obostrzenia trzeciego stopnia dotyczą zmian w ogólnych dyrektywach wymiaru kary ukierunkowanych w stronę wyboru bardziej surowej represji karnej.

Otóż, jeśli takie były założenia projektodawców, to przyznać trzeba – opierając się na lekturze oraz analizie przedstawionych w tym zakresie propozycji – że ich realizacja powiodła się niemal „doskonale”. Projektodawcom udało się bowiem przygotować propozycje, których ewentualne przyjęcie przez ustawodawcę uczyni kodeks karny nieporównanie bardziej represyjnym. Inna sprawa, że zmiana przepisów w sposób zwiększający punitywność nie jest zadaniem szczególnie skomplikowanym. Przykładowo – podwyższenie górnej granicy kary pozbawienia wolności do lat trzydziestu lub zaostrenie granic ustawowego zagrożenia za dowolnie wybrane typy przestępstw nie wymaga jakiegось szczególnego wysiłku intelektualnego, a zaprojektowanie przepisów, z których wynikają normy prowadzące do prostego zaostrenia represji karnej, jawi się jako przedsięwzięcie relatywnie łatwe do przeprowadzenia. O wiele trudniej w sposób przekonujący zracjonalizować tego rodzaju zmiany, uzasadnić ich potrzebę oraz zadbać o to, aby były one wewnętrznie spójne, wolne od sprzeczności utrudniających ich interpretację.

W kwestii racjonalizacji zaproponowanych zmian należy 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. Uzasadnienie przedłożonego projektu warunku tego nie spełnia. Trudno odnaleźć w nim bardziej pogłębioną 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 rozwiązania nie tylko umożliwiające, ale także zmuszające do zaostrzenia orzekanych kar.

Już na marginesie należy dodać, że opieranie polityki karnej na karze pozbawienia wolności w sposób oczywisty wymaga zapewnienia odpowiednich warunków dla odbywania tej kary w zakładach karnych. Obecne warunki skutkują jednym z wyższych współczynników recydywy w UE. Ewentualne zwiększenie liczby odbywających tę karę bez jednoczesnego zmiany warunków jej odbywania może doprowadzić do sytuacji z pewnością przez wszystkich niepożądaną.

Wynika z powyższego, że podstawowa argumentacja projektodawców, tak na płaszczyźnie idei jak i faktów, a co za tym idzie generalne uzasadnienie dla proponowanych zmian są zasadniczo chybione.

Wydaje się, że kluczem do zrozumienia motywów projektodawców są pierwsze dwa zdania uzasadnienia projektu ustawy, z których bezpośrednio wynika, że celem zmian jest wzmocnienie poczucia bezpieczeństwa obywateli w związku z najcięższą przestępczością. Należy w związku z tym podkreślić, że głównym celem prawa karnego nie jest ochrona poczucia bezpieczeństwa, lecz zapewnienie realnego bezpieczeństwa. Odbiór prawa karnego jest w oczywisty sposób mniej ważny niż jego rzeczywiste oddziaływanie.

Zadaniem państwa jest ochrona przed zamachami na najważniejsze dobra prawne. Konieczne jest jednak dostrzeżenie, że specyfiką polskiego obrazu przestępczości jest przeważająca liczba drobnych przestępstw o charakterze majątkowym. To właśnie na tym odcinku ustawodawca powinien przede wszystkim podejmować kroki w celu ochrony społeczeństwa. Dodać należy, że zwalczanie takiej przestępczości powinno polegać nie tylko na surowym karaniu, lecz również na rozwiązaniach o charakterze kompensacyjno-konsensualnych. Przestępczość ta należy bowiem do takiego rodzaju konfliktów, których rozwiązanie przez państwo i z korzyścią dla państwa wymaga przede wszystkim uwzględnieniem interesów pokrzywdzonego. Tymczasem propozycji takich brakuje.

Odnosząc się do zmian drugiej grupy proponowanych zmian należałoby przywołać uzasadnienie projektodawców, którzy wskazują, co następuje:

„Ponadto nowelizacja ma na celu usunięcie powszechnie dostrzeganych na gruncie obowiązujących przepisów kodeksu trudności w racjonalnym i efektywnym stosowaniu instrumentów prawa karnego, zmianę w obrębie tych instytucji, które dotknięte są wadami merytorycznymi, bądź które uniemożliwiają osiągnięcie pożądaných i oczekiwanych rezultatów w zakresie polityki karnej, w tym w szczególności w płaszczyźnie realizacji funkcji

sprawiedliwościowej oraz ochronnej prawa karnego i powiązanych z nią funkcji afirmacyjno-motywacyjnej oraz prewencyjnej. Projekt ukierunkowany jest również na wyeliminowanie niespójności i luk prawnych, jakie zostały ujawnione w trakcie stosowania obowiązujących unormowań.”

Zmiany z tej grupy mają charakter „techniczny”. Wobec tego ww. uzasadnienie ma charakter niepotrzebnie ideologiczny. Dodać też należy, że – wbrew wstępnym deklaracjom projektodawców – niemała część zmian szczegółowych nie dotyczy najcięższych przestępstw, tj. godzących w podstawowe dobra społeczne.

Nie ulega wątpliwości, że obowiązujący Kodeks karny wymaga wielu poprawek. Z przedstawionych w projekcie część zasługuje na pozytywną ocenę, a pozostała część ma charakter kontrowersyjny. Ich generalna analiza skłania do gorzkiej refleksji, że Ministerstwo Sprawiedliwości ponownie nie skorzystało z tego, co już posiada, a co w omawianym zakresie jest cennym wynikiem kilkuletniej pracy ostatniej Komisji Kodyfikacyjnej przy Ministrze Sprawiedliwości. Propozycje te znajdują się na stronie tego ministerstwa:

<https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/makarewicz>

Część widniejących tamże propozycji jest emanacją odmiennej polityki karnej, jednak znaczna część ma charakter „techniczny” i powinna być wykorzystana.

Inny zupełnie problem stanowi wewnętrzna spójność przedłożonego projektu. Na rozmaitych przykładach można by ilustrować rodzące się w tym zakresie wątpliwości. I tak:

Po pierwsze – dodany przez projektodawców przepis art. 57b stanowi, że skazując przy zastosowaniu instytucji uregulowanej 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. W kontekście tej propozycji wyłania się szereg rozmaitych wątpliwości. Pojawia się m.in. pytanie, dlaczego popełnione w czynnie ciągłym przestępstwo, którego poszczególne zachowania (objęte z góry powziętym zamiarem) realizowałyby jedynie znamiona wykroczenia, miałyby być traktowane znacznie surowiej niż przestępstwo, którego znamiona zrealizowane zostały jednym zachowaniem. Z kolei przy założeniu, że obowiązująca od niedawna norma wynikająca z art. 12 § 2 jest podstawą konstrukcji jednoczynowej (czynu ciągłego), nie sposób sensownie oraz racjonalnie rozstrzygnąć kwestii, którą można by wyrazić w pytaniu: dlaczego w przypadku przestępstwa składającego się z szeregu

realizujących znamiona wykroczenia zachowań, które podjęte zostały w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, sprawca miałby odpowiadać znacznie surowiej (bo w granicach wyznaczonych projektowanym art. 57b k.k.), aniżeli sprawca przestępstwa konstrukcyjnie bardzo zbliżonego, którego poszczególnym zachowaniom nie towarzyszyłby jednak z góry powzięty zamiar, lecz wykonane zostałyby w podobny sposób lub przy wykorzystaniu tej (takiej) samej sposobności.

Po drugie – z ogólnym założeniem o konieczności zaostrożenia 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:

- 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;
- 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.
- 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.
- 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.

- 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.

Po trzecie – wątpliwości wywołuje także sam zaproponowany przez projektodawców katalog okoliczności wpływających na wymiar kary, w tym zwłaszcza okoliczności obciążających. Wystarczyłoby wskazać, że wśród tego rodzaju okoliczności 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.

Po czwarte – projektodawca wprowadza karalność przygotowania do przestępstwa zabójstwa, obwarowując je sankcją w postaci kary pozbawienia wolności od 2 do 15 lat. Jednocześnie w dodanym art. 148a § 1 uregulowany został – jako przestępstwo *sui generis* – nieznany dotychczas typ czynu zabronionego, polegający na przyjęciu zlecenia zabójstwa w zamian za udzieloną lub obiecaną korzyść majątkową lub osobistą, zagrożony taką samą sankcją, jak przygotowanie do zabójstwa (tzn. od 2 do 15 lat pozbawienia wolności). Z kolei w paragrafie drugim tego artykułu przewidziana została klauzula niepodlegania karze, w przypadku, gdy przyjmujący zlecenie – 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. Łatwo jednak zauważyć, że uregulowane w art. 17 kodeksu przesłanki niepodlegania karze za przygotowanie do zabójstwa różnią się dość istotnie od przesłanek niepodlegania karze za przyjęcie zlecenia zabójstwa, co oznacza, że przyjmujący takie zlecenie – nawet jeżeli miałyby nie podlegać karze ze względu na treść normy wynikającej z dodanego art. 148a § 2 – może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za przygotowanie zabójstwa (którym może się okazać już samo przyjęcie zlecenia), skądinąd zresztą w takich samych granicach ustawowego zagrożenia.

Na koniec tej wstępnej i generalnej oceny konieczne jest jeszcze wskazanie na trzy okoliczności:

- 1) Jakiegokolwiek zmiany w prawie karnym materialnym nie mają większego praktycznego znaczenia w świetle obecnych rzeczywistych warunków procesowych. Brak reformy obecnej procedury karnej zniweczy wszelkie, nawet racjonalne, próby poprawy skuteczności prawa karnego materialnego.
- 2) Idea proponowanych zmian ściśle koresponduje w innymi zgłaszanymi w ostatnich latach, a będących przejawem restrykcyjnej polityki karnej. Idea ta nie wydaje się być optymalna z pragmatycznego punktu widzenia interesów społeczeństwa i państwa.
- 3) Proponowane zmiany zostały opracowane w sposób hermetyczny, czyli bez szerokiego i

transparentnego udziału specjalistów w tej dziedzinie. Okoliczność ta jest wyraźnie widoczna w projektowanej ustawie i ciąży jej wieloma rozwiązaniami zasługującymi na negatywną ocenę.

Adwokat prof. dr hab. Jacek Giezek

Adwokat prof. dr hab. Robert Zawłocki