



Adam Bodnar

II.510.177.2019

Opinia
Rzecznika Praw Obywatelskich
do ustawy z dnia 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych
innych ustaw

Nowelizacja Kodeksu karnego przyjęta przez Sejm RP w dniu 16 maja 2019 r. charakteryzuje się nadmierną punitywnością i represyjnością. Przypomnieć należy, że oprócz podwyższenia sankcji za poszczególne czyny z części szczególnej Kodeksu karnego, istotny zwrot w kierunku zwiększenia represyjności prawa karnego zakładają zmiany systemowe wprowadzone do części ogólnej, tj. podwyższenie górnej granicy wymiaru kary pozbawienia wolności do lat 30 (art. 37) i w konsekwencji podwyższenie maksymalnego wymiaru kary łącznej (art. 86 § 1), ograniczenie możliwości orzeczenia kary wolnościowej w miejsce pozbawienia wolności (art. 37a § 1 i 2), rozszerzenie stosowania środków karnych, w tym obligatoryjne orzeczenie środków karnych w sytuacjach, w których obecnie jest ono fakultatywne (art. 41 § 1a, art. 41 § 2, art. 42 § 2 i 3), podniesienie granicy kary wymierzanej za czyn ciągły (art. 57b), stosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec tzw. małego świadka koronnego (art. 60 § 3) podniesienie dolnej granicy kary wymierzanej w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej (64 § 1a i 2), przedłużenie okresu po zakończeniu okresu próby, w którym można zarządzić wykonanie kary warunkowo zawieszanej (art. 75 § 4), wyłączenie możliwości zamiany zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności na karę ograniczenia wolności (uchylenie art. 75a), przedłużenie terminu po zakończeniu okresu próby po którym następuje zatarcie skazania (art. 76 § 1), wyłączenie możliwości uzyskania przez skazanego warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 77 § 3 i 4), przedłużenie okresu po którym można udzielić warunkowego przedterminowego zwolnienia osobie skazanej na karę dożywotniego pozbawienia wolności (art. 78 § 3), przedłużenie okresu po którym można warunkowo zwolnić osobę skazaną na karę pozbawienia wolności (art. 79 § 2), wydłużenie okresu próby dla

warunkowo zwolnionej osoby skazanej na karę dożywotniego pozbawienia wolności (art. 80 § 3), orzekanie kary łącznej powyżej najwyższej z kar uprzednio orzeczonych (art. 85 § 1 k.k.), przedłużenie okresu przedawnienia zbrodni zabójstwa (art. 101 § 1 pkt 1), przyznanie organom ścigania dodatkowych możliwości przedłużania okresu przedawnienia zgodnie z art. 102 k.k. (art. 102 § 2), wprowadzenie instytucji kradzieży szczególnie zuchwałej (art. 115 § 9a), zmiana definicji osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 115 § 19) oraz szereg zmian ustawowych zagrożeń w części szczególnej Kodeksu karnego.

Zwiększenie represyjności nie przyczyni się do zmniejszenia przestępczości. Lepszy skutek odstraszący wywołuje bowiem łagodniejsza, lecz nieuchronna kara, niż sankcja surowsza, której sprawca oczekuje, że uniknie. W doktrynie prawa karnego od dawna wyrażany jest pogląd, poparty licznymi badaniami kryminologów, iż o zapobiegawczym wpływie kary nie stanowi bynajmniej jej surowość, lecz jej nieuchronność¹, co już w XVIII w. podkreślał C. Beccaria twierdząc, że "nieuchronność kar, pewność ukarania choćby umiarkowanego zrobi większe wrażenie niż strach przed inną surowszą karą, z którą łączy się nadzieja na bezkarność"². W literaturze zwraca się uwagę na to, że w warunkach wysokiej pewności ukarania znacznie łatwiej jest tworzyć w społeczeństwie odpowiednie standardy postępowania czy też wprowadzać zmiany motywacyjne, bez potrzeby zaostrzania kar³.

Nieuchronność kary, obok trafności orzeczonej kary oraz odpowiedniej o niej informacji, decyduje bez wątpienia o skuteczności prewencji generalnej. Dlatego też współcześnie społeczne oddziaływanie kary rozpatruje się przede wszystkim nie z punktu widzenia prewencji generalnej rozumianej jako odstraszenie, lecz z punktu widzenia tzw. pozytywnej prewencji generalnej⁴. Tak pojmowana prewencja akcentuje właśnie elementy nieuchronności, jak też sprawiedliwości kary jako najistotniejsze w kształtowaniu (utwierdzaniu) prawidłowych postaw wobec prawa⁵. Cele pozytywnej prewencji generalnej tworzą barierę przed niekaraniem osób nienaruszających norm prawno-karnych oraz wyznaczają pewne minimum reakcji karnej organów wymiaru sprawiedliwości,

¹ Zob. m.in M. Szerer, *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 145; K. Buchała, *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, Warszawa 1964, s. 78; L. Lernel, *Podstawy polityki kryminalnej*, Warszawa 1967, s. 458; T. Kaczmarek, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 1980, s. 44; I. Andrejew, *Spoleczne oddziaływanie kary*, *Studia Iuridica* 8/1979 s. 112.

² C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 68.

³ Por. np. T. Kaczmarek, *W sprawie nadmiernej represyjności polityki karnej*, *Nowe Prawo* 5/1981, s. 104.

⁴ Zob. zwłaszcza K. Krajewski, *Kilka uwag w kwestii tzw. prewencji pozytywnej* (w:) *Problemy nauk penalnych*, Katowice 1996, s. 90-91.

⁵ Zob. np. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 437-438; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 237; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 180; V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 95-99; T. Kaczmarek, *O pojęciu prewencji ogólnej w ujęciu projektu kodeksu karnego z 1994 r.*, *Palestra* 3-4/1995, s. 65 i nast.

które kształtuje się na poziomie dolnej granicy społecznej tolerancji, przy czym nie stanowi zachęty do łamania prawa dla żadnej części członków społeczeństwa⁶.

Zaostrzenie polityki karnej nie znajduje uzasadnienia także w świetle danych statystycznych zbieranych przez Policję. Wynika z nich, że przynajmniej od 10 lat przestępczość w Polsce systematycznie spada⁷.

Uchwalona w dniu 16 maja 2019 roku nowelizacja Kodeksu karnego przewiduje wydłużenie okresu odbywania kary, po którym skazany na dożywotnie pozbawienie wolności może starać się o uzyskanie warunkowego zwolnienia z 25 do 35 lat (art. 78 § 3 k.k.) oraz całkowite i obligatoryjne wyłącznie możliwości ubiegania się przez skazanego o uzyskanie warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 77 § 3 k.k.), a także całkowite fakultatywne wyłącznie możliwości ubiegania się przez skazanego o uzyskanie warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 77 § 4 k.k.). Wskazać należy, że rozwiązania takie pozostają w jawnej sprzeczności z gwarancjami wynikającymi art. 3 EKPC, który stanowi, że nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu. W tym względzie wskazać należy, że w wyroku ETPC z dnia 20 maja 2014 roku, 73593/10 Trybunał przyjął, że „dokonany przez Państwo wybór konkretnego systemu wymierzania sprawiedliwości karnej, wraz z uregulowaniami kontroli wymiaru kary i możliwości zwolnienia, znajduje się co do zasady poza zakresem kontroli sprawowanej przez Trybunał na szczeblu europejskim z tym zastrzeżeniem, iż taki wybrany system nie może naruszać zasad przyjętych w Konwencji. (...) Nie pojawia się kwestia naruszenia art. 3, jeżeli kara dożywocia w świetle prawa i faktycznie może ulec skróceniu. (...) Po drugie, rozstrzygając, czy kara dożywotniego pozbawienia wolności w danej sprawie może zostać uznana za niepodlegającą skróceniu, Trybunał dąży do ustalenia, czy skazany na dożywocie ma jakąkolwiek perspektywę zwolnienia. (...) Prawo krajowe nie przewiduje możliwości odnośnej kontroli, to całokształt kary dożywotniego pozbawienia wolności nie będzie realizować standardów art. 3 Konwencji. (...) Osoba skazana na karę dożywotniego pozbawienia wolności ma prawo wiedzieć, od początku kary, co zrobić, aby ubiegać się o zwolnienie i na jakich warunkach zwolnienie to może nastąpić, włącznie z momentem, w którym może zostać przeprowadzona kontrola wyroku lub w którym powstaje możliwość wniesienia o przeprowadzenie takiej kontroli. W konsekwencji wówczas, gdy prawo krajowe nie przewiduje żadnego mechanizmu ani możliwości kontroli kary dożywotniego pozbawienia wolności, niezgodność z art. 3 istnieje już w momencie wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności,

⁶ J. Jakubowska-Hara, *Grzywna w prawie wykroczeń. Model ustawowy i praktyka*, Warszawa 2004, s. 78-79; K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1997, s. 416-417.

⁷ <http://statystyka.policja.pl/st/przestepstwa-ogolem/121940,Przestepstwa-ogolem.html>, <http://www.statystyka.policja.pl/st/raporty/roczne-raporty-statyst> (dostęp: 12.02.2019 r.).

a nie na późniejszym etapie pozbawienia wolności.”⁸. Standard minimum wymaga zatem funkcjonowania w ramach porządku prawnego mechanizmów umożliwiających skazanemu poddanie dolegliwości orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności weryfikacji pod kątem realizacji jej celów, której to wynikiem będzie możliwość skrócenia okresu jej odbywania w warunkach penitencjarnych. Nie oznacza to, że skazany uzyskuje uprawnienie do wcześniejszego zakończenia odbywania kary, a oznacza konieczność takiego ukształtowania systemu wykonywania kary pozbawienia wolności, aby czas jej wykonywania uzależniony był od postępów resocjalizacyjnych skazanego, w tym od prezentowanej przez niego postawy i podjętej przez niego decyzji o poddaniu się oddziaływaniu resocjalizacyjnemu. Ponadto z godności ludzkiej, co do której w art. 30 Konstytucji zadeklarowano, że jest przyrodzona, niewzruszalna i stanowi ona źródło praw, wywieść należy obowiązek władz publicznych czynienia z każdego człowieka celu oddziaływać, a nie ich przedmiotu. Upredmiotowanie osoby ludzkiej zawsze stanowić będzie naruszenie jej godności. Będzie ono miało miejsce przy takim ukształtowaniu mechanizmów wykonywania kary pozbawienia wolności, w ramach których potencjalna możliwość zmiany sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności z osadzenia w zakładzie karnym na system wolnościowy - probacyjny, nie zależy od woli skazanego, od jego nastawienia do porządku prawnego, od jego decyzji w zakresie poddania się oddziaływaniom penitencjarnym. Skoro przyjmuje się, że zawinienie oparte zostaje o możliwość wyboru ze strony sprawcy, to konsekwentnie przyjąć należy, że zasłużenie również powinno zostać oparte o możliwość wyboru po stronie skazanego. Spójny system prawa zbudowany w oparciu o założenie przyrodzonej i niezbywalnej godności ludzkiej wymaga tego, aby jednostka miała wpływ na jej sytuację prawną. W spójności z powyższym pozostaje kolejne orzeczenie ETPC z dnia 3 lutego 2015 r., Hutchinson przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 57592/08, w ramach którego Trybunał stwierdził, że „w kontekście kary dożywotniego pozbawienia wolności, art. 3 Konwencji musi być interpretowany jako artykuł nakazujący wprowadzenie możliwości redukcji wymierzonej kary, w rozumieniu kontroli pozwalającej władzom krajowym na rozpatrzenie, czy zmiany w życiu osadzonego są tak poważne, a postęp resocjalizacyjny w toku odbywania kary jest tak znaczny, iż oznaczają, że dalsze pozbawienie wolności nie jest uzasadnione z uprawnionych względów

⁸ Wyrok ETPC z dnia 20 maja 2014 roku, skarga nr 73593/10, LEX nr 1460574; zob. również K. Warecka, László Magyar przeciwko Węgrom - wyrok ETPC z dnia 20 maja 2014 r., skarga nr 73593/10; zob. również wyrok ETPC z dnia 9 lipca 2013 roku, Vinter i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skargi nr 66069/06, 130/10, 3896/10; Wyrok ETPC z dnia 4 września 2014 roku, Trabelsi przeciwko Belgii, skarga nr 140/10 - dostępne na: www.etpcz.ms.gov.pl.

penologicznych (...) Gdy prawo krajowe nie przewiduje możliwości takiej kontroli, całość kary dożywotniego pozbawienia wolności nie będzie zgodna z art. 3 EKPC”⁹.

Wprowadzenie mechanizmów kontroli i następnie redukcji wymierzonej kary powinno mieć charakter realny, co oznacza nie tylko zakaz wyłączania możliwości jego zastosowania wprost, ale także pośrednio, poprzez wprowadzenie na tyle wyraźnych ograniczeń czasowych, które w praktyce uniemożliwią skazanemu skorzystanie z niego. Tak orzeczona kara jest pozbawiona systemu redukcyjnego i tym samym prowadzi do uprzedmiotowienia skazanego. W tym względzie warto przytoczyć wyrok ETPC z dnia 4 października 2016 roku, skarga nr 37871/14, w którym Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 EKPC wskazując, iż w większości państw członkowskich Rady Europy okres, po którym skazany na dożywocie może ubiegać się o przedterminowe, warunkowe zwolnienie, wynosi 25 lat. Wydłużenie tego okresu do 35 lat w praktyce pozbawia więźnia nadziei na zwolnienie, co sprawia, że wymierzona mu kara staje się nieludzka i poniżająca¹⁰. ETPC wywiódł, że z perspektywy gwarancji wynikającej z art. 3 EKPC skazani na karę dożywotniego pozbawienia wolności powinni mieć prawo do uruchomienia procedury oceny potrzeby dalszego pozbawienia wolności po odbyciu nie więcej niż 25 lat kary, a ponadto w późniejszym okresie - w rozsądnych odstępach czasowych. Dla zachowania owego minimalnego standardu, zgodnie z orzecznictwem ETPC odnoszącym się do kary dożywotniego pozbawienia, wystarczy, że złagodzenie kary jest możliwe *de iure* i *de facto*, nawet jeśli w praktyce więzień będzie musiał ją jednak odbyć w całości¹¹. System prawa winien zostać tak ukształtowany, aby skazany miał hipotetyczną możliwość ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie¹².

W tym kontekście odnieść się należy do treści uzasadnienia projektu omawianej ustawy z dnia 5 kwietnia 2019 r. i uwypuklić wybiórczość materiału komparatystycznego, co potraktowane powinno być jako rażące uchybienie. W uzasadnieniu nie wykazano, jakie związki z francuskim prawem karnym ma doktryna polskiego prawa karnego oraz nie wykazano, dlaczego skorzystanie z rozwiązań francuskich jawi się jako pożądane. Nie przeprowadzono także analizy wskazanych przepisów francuskich w szerszym kontekście całego ustawodawstwa karnego. W treści uzasadnienia

⁹ Wyrok ETPC z dnia 3 lutego 2015 roku, Hutchinson przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 57592/08; zob. również decyzja ETPC z dnia 27 września 2011 roku, Khamtokhu, Lebetskiy, Suzdalev i Aksenich przeciwko Rosji, skargi nr 60367/08, 11637/09, 48156/09, 961/11 - opublikowane: www.echr.coe.int.

¹⁰ Wyrok ETPC z dnia 4 października 2016 r., T.P. i A.T. przeciwko Węgrom, skarga nr 37871/14 - opublikowane: www.echr.coe.int.

¹¹ A. M. Nowicki, Komentarz do art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, (w:) *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII, WKP 2017; zob. decyzja Gagarin v. Włochy z 29 kwietnia 2008 roku, Izba (Sekcja II), skarga nr 33290/07.

¹² W odniesieniu do obecnie obowiązującego prawa zob. A. Zoll, w: *Kodeks kamy. Część ogólna. Komentarz, t. I*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 889.

do projektu (patrz str. 14-15), w ramach którego proponuje się wyłączenie możliwości skorzystania przez skazanego z instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia wskazanie, że stanowi to nawiązanie do rozwiązań zawartych we francuskim kodeksie karnym, jest w najwyższym stopniu dotknięte błędem.

Uwypuklić bowiem należy, że w każdym z wymienionych w uzasadnieniu projektu z dnia 5 kwietnia 2019 r. przypisów kodeksu karnego francuskiego, których, zdaniem projektodawcy, następstwem jest m.in. zakaz warunkowego zwolnienia, tj. art. 222-25, art. 222-26, art. 222-34, art. 222-35, art. 222-36, art. 224-1, art. 224-6 *Code penal* (francuskiego kodeksu karnego), znajduje się proste odesłanie do dwóch pierwszych ustępów art. 132-23 *Code penal* (francuskiego kodeksu karnego). Wbrew twierdzeniu projektodawcy, wskazane ustępy, nie wyłączają możliwości ubiegania się przez skazanego o warunkowe przedterminowe zwolnienie. Przywołany art. 132-23 *Code penal* (francuskiego kodeksu karnego), który łącznie z art. 729 *Code de procedure penale* (francuskiego kodeksu postępowania karnego) pełni w tamtejszym systemie prawnym podobną funkcję, jak art. 78 k.k. i art. 79 k.k. Artykuł ten w ustępie pierwszym stanowi, że w okresie ochronnym w przypadku kary pozbawienia wolności orzeczonej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w wymiarze dziesięciu lub więcej lat, skazany nie może korzystać z wymienionych w tym przepisie środków, głównie o charakterze probacyjnym, w tym między innymi z instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia. W ustępie drugim wskazano, że długość okresu ochronnego wynosi połowę kary lub, w przypadku kary dożywotniego pozbawienia wolności, osiemnaście lat. Jednakże sąd rozpoznający sprawę - sąd karny (*une cour d'assises*) albo trybunał może, na podstawie decyzji o charakterze wyjątkowym, orzec o przedłużeniu wskazanych terminów okresu ochrony do dwóch trzecich kary, a w odniesieniu do kary dożywotniego pozbawienia wolności do dwudziestu dwóch lat, albo może orzec o skróceniu tychże czasookresów. W przypadku orzeczenia kary pozbawienia wolności na okres dłuższy niż pięć lat, bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, sąd może wyznaczyć okres ochronny, w czasie trwania którego wyłączona zostaje możliwość zastosowania wobec skazanego wymienionych w tym przepisie środków, głównie o charakterze probacyjnym, w tym między innymi z instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia. Okres ten nie może przekroczyć dwóch trzecich kary, a w przypadku kary dożywotniego pozbawienia wolności - dwudziestu dwóch lat. Art. 729 *Code de procedure penale* (francuskiego kodeksu postępowania karnego) wskazuje, że warunkowe zwolnienie służy reintegracji skazanych i zapobieganiu recydywie oraz w ustępie trzecim, wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności okres ten wynosi osiemnaście lat, a jeżeli skazanym jest osoba skazana w warunkach recydywy, okres ten wynosi dwadzieścia dwa lata.

W tym kontekście wskazać należy, że ustawą z dnia 1 lutego 1994 r. wprowadzono we Francji możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności bez możliwości ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie poprzez wskazanie, że okres ochronny jest nieograniczony i tym samym skazany nie może skorzystać z wymienionych art. 132-23 *Code penal* (francuskiego kodeksu karnego) środków, głównie o charakterze probacyjnym, w tym między innymi z instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia. Wskazać jednakże należy, że zgodnie z art. 720-4 ustęp trzeci i czwarty *Code de procedure penale* (francuskiego kodeksu postępowania karnego), w przypadku, gdy sąd rozpoznający sprawę - sąd karny (*une cour d'assises*) orzeknie, że żaden ze środków wymienionych w art. 132-23 *Code penal* (francuskiego kodeksu karnego) nie może zostać zastosowany wobec skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd wykonujący orzeczenie o karze - sąd wykonawczy (*le tribunal de l'application des peines*) może przyznać takiemu skazanemu jeden ze wskazanych środków tylko wówczas, gdy skazany był pozbawiony wolności przez okres co najmniej trzydziestu lat. Orzeczenie takie może być wydane dopiero po zasięgnięciu opinii zespołu trzech biegłych z zakresu medycyny wpisanych na listę biegłych akredytowanych przy Sądzie Kasacyjnym, którzy wypowiadają się o istnieniu zagrożenia ze strony skazanego.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wydał w sprawie Bodein przeciwko Francji z dnia 13 listopada 2014 r., skarga nr 40014/10, wyrok dotyczący wskazanych rozwiązań francuskich, w którym stwierdził, że możliwość ubiegania się o przedterminowe zwolnienie przez skazanego na dożywocie po 26 latach od wymierzenia kary pozbawienia wolności nie stanowi niehumanitarnego i poniżającego traktowania. W omawianej sprawie skarżący był tymczasowo aresztowany przez okres 4 lat, stąd możliwość ubiegania się o warunkowe zwolnienie po 26 latach. ETPC stwierdził, iż ten stan rzeczy jest zgodny z gwarancjami z art. 3 EKPC, gdyż skarżący nie został pozbawiony wszelkiej nadziei na wyjście z więzienia.

Wskazać należy, że reguła 103 Europejskich Reguł Więziennych stanowi, że w rygorze przeznaczonym dla więźniów skazanych, sporządza się indywidualne plany odbywania kary, które powinny obejmować między innymi przygotowanie do zwolnienia i ma ona zastosowanie do również osób skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności¹³. Ponadto Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy 2003(23) przyjęta w dniu 9 października 2003 r. podkreśla w sposób wyraźny, że skazani na dożywotnie pozbawienie wolności powinni mieć możliwość warunkowego przedterminowego zwolnienia. Ponadto na podobnym stanowisku stanął także Komitet Ministrów Rady Europy w Rekomendacji 2003(22) przyjętej w dniu 24 września 2003 roku wskazując, że

¹³ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy (2006)2 w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, dostęp pod adresem: <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae>

skazani na karę dożywotniego pozbawienia wolności nie powinni zostać pozbawieni nadziei na zwolnienie.

Podsumować należy, że zmiana art. 77 § 2 i 3 k.k. oraz art. 78 § 3 k.k. jest niezgodna ze standardami wynikającymi z orzecznictwa ETPC, w tym z orzeczeń w sprawie Vinter i in. przeciwko Wielkiej Brytanii (9 lipca 2013 r.), Ocalan przeciwko Turcji (18 lutego 2014 r.) i Laszló Magyar przeciwko Węgrom (20 maja 2014 r.), w których wskazano, że kara dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości uzyskania wcześniejszego zwolnienia stanowi nieludzkie i poniżające traktowanie, a zatem naruszenie art. 3 EKPC oraz z orzeczeniem w sprawie Harakchiev i Tolumov przeciwko Bułgarii (8 lipca 2014 r.), w ramach którego ETPC wskazał, że uznaniowe prawo łaski przysługujące prezydentowi nie jest wystarczające do zagwarantowania zgodności takich przepisów z art. 3 EKPC.

W tym stanie rzeczy przyjęte rozwiązania z art. 77 § 3 i 4 k.k. oraz z art. 78 § 3 k.k. pozbawiające skazanego możliwości ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie oraz wydłużająca okres, po upływie którego skazany może ubiegać się o warunkowe zwolnienie, powyżej 25 lat pozbawienia wolności pozostaje w jawnej sprzeczności z gwarancjami wynikającymi art. 3 EKPC oraz art. 30 Konstytucji w zw. z art. 40 Konstytucji.

Podkreślić następnie wypada, że uchwalone rozszerzenie art. 10 k.k. prowadzi będzie do ograniczenia swobody orzekania przez sąd. W obecnym brzmieniu art. 10 § 2 k.k. pozwala na postawienie przed sądem małoletniego, który ukończył 15 lat jako dorosłego za enumeratywnie wymienione tam typy czynów zabronionych. Nowe § 2a i 2b tego przepisu sprowadzają się w istocie do wskazania przypadków, w których byłoby to obligatoryjne. Tymczasem aprioryczne określenie sytuacji, kiedy małoletni może odpowiadać jak dorosły wydaje się niezwykle trudne, wręcz niemożliwe, bowiem zależy ono od stopnia dojrzałości, rozwoju intelektualnego i środowiska, w którym sprawca się wychowuje. Wydaje się, że decyzję o tym, czy stosować reżim odpowiedzialności karnej *sensu stricto*, czy też środki i procedury przewidziane w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich¹⁴ należy pozostawić sądowi, który będzie mógł podjąć decyzję w tym zakresie po kompleksowym zbadaniu indywidualnej sytuacji danego sprawcy.

W trend zwiększania represyjności prawa karnego wpisuje się także uchwalone brzmienie art. 37a k.k., które znacznie ogranicza zakres przestępstw, w przypadku których sąd może odstąpić od wymierzenia kary pozbawienia wolności i zastosować w jej miejsce karę wolnościową. Wprowadza

¹⁴ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 969).

się wymóg, aby przewidywana kara pozbawienia wolności nie była wyższa od roku ale wówczas orzeczona kara ograniczenia wolności nie może być niższa od 3 miesięcy albo orzeczona grzywna niższa od 100 stawek dziennych, a także wymóg równoczesnego orzeczenia środa karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku. Wreszcie, art. 37a § 2 k.k. zawiera katalog sprawców, co do których instytucja ta w ogóle nie ma zastosowania. Na szczególną uwagę zasługuje zwrot „sprawców, którzy uprzednio odbywali karę pozbawienia wolności, z wyłączeniem kary zastępczej”, który wyklucza zastosowanie art. 37a § 1 k.k. w stosunku do każdego, który przed wydaniem wyroku, w ramach którego sąd rozważa zastosowanie art. 37a § 1 k.k., odbywał karę pozbawienia wolności. Oznacza to, że fakt zatarcia skazania czy też upływ kilkudziesięciu lat od odbywania kary pozbawienia wolności nie ma znaczenia dla wykluczenia zastosowania art. 37a § 1 k.k. Wskazana interpretacja wynika z faktu posłużenia się przez ustawodawcę zwrotem „odbywania kary”, a nie zwrotem odwołującym się do skazania, które ulega zatarciu. Przyjęte w art. 37a § 2 k.k. rozwiązanie odwołujące się do faktu „odbywania kary pozbawienia wolności” nie różnicuje, za jakie przestępstwo oraz jakiej długości kara pozbawienia wolności była przez sprawcę odbywana. Jest to zatem rozwiązanie nieracjonalne oraz sprzeczne z zasadą traktowania kary pozbawienia wolności jako ostateczności, *ultima ratio*, która to zasada leżała u podstaw art. 37a k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 16 maja 2019 r.

Innymi przykładami kierunku zmian dążącego do zwiększenia represyjności prawa karnego są wprowadzone wydłużenia czasu na zarządzenie wykonania kary z 6 miesięcy do 1 roku od zakończenia okresu próby (art. 75 § 4 k.k.), wydłużenia czasu zatarcia skazania z 6 miesięcy do 1 roku od zakończenia okresu próby (art. 76 § 1 k.k.), wydłużenia okresu kary, którą należy odbyć przed udzieleniem zwolnienia warunkowego (art. 78 § 3 i 79 § 2 k.k.), wydłużenia okresu próby po udzieleniu zwolnienia warunkowego (art. 80 § 2a i 3 k.k.) oraz uchylecia art. 75a k.k., który obecnie stwarza możliwość zamiany kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na karę ograniczenia wolności albo na grzywnę.

Wskazać należy, że nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 16 maja 2019 roku usuwa z art. 53 § 1 k.k., czyli z katalogu dyrektyw wymiaru kary konieczności wzięcia pod uwagę celów wychowawczych kary, co pozostaje w sprzeczności ze standardem przyjętym w art. 10 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, w ramach którego wprost wskazano, że system penitencjarny obejmować będzie traktowanie więźniów, którego zasadniczym celem będzie ich poprawa i rehabilitacja społeczna.

Niezwykle krytycznie oceniam wprowadzenie przykładowej listy okoliczności łagodzących i obciążających mających wpływ na wymiar kary (art. 53 § 2a i 2b k.k.). Może to prowadzić do

automatyzmu w orzekaniu i zniechęcać organy ścigania do poszukiwania innych okoliczności niemieszczących się w tym katalogu, a mogących mieć wpływ na wymiar kary. Pomijając już fakt, że część z nich jest nieprzydatna do tego celu ze względu na nadmierną ogólność („premedytacja”, „ciężkie warunki osobiste”), to mogą one stanowić zachętę do nadmiernie formalistycznego podejścia do oceny okoliczności obciążających i łagodzących w oderwaniu od konkretnej sprawy. Sąd orzekający będzie bowiem musiał wykazać jedynie, że rozważył enumeratywnie wskazane w Kodeksie karnym okoliczności, nie prowadząc pogłębionej analizy, czy w sprawie wystąpiły inne, szczególne czynniki zasługujące na uwzględnienie i mające wpływ na wymiar orzeczonej kary.

Podkreślić nadto należy sprzeczność pomiędzy art. 53 § 2a pkt 9 k.k. o treści „okoliczności obciążające stanowią w szczególności: popełnienie przestępstwa w stanie po spożyciu alkoholu lub środka odurzającego, jeżeli stan ten był czynnikiem prowadzącym do popełnienia przestępstwa lub istotnego zwiększenia jego skutków”, a niezawinionym popełnieniem przez sprawcę przestępstwa w warunkach art. 31 § 2 k.k., w więc takim, co do którego art. 31 § 3 k.k. nie znajdzie zastosowania. Przykładowo zatem niezawinione wprowadzenie w stan odurzenia stanowi zgodnie z art. 31 § 2 k.k. okoliczność łagodzącą, a zgodnie z art. 53 § 2a pkt 9 k.k. okoliczność obciążającą i stanu tego nie konwaliduje reguła zawarta w art. 53 § 2c k.k., gdyż ta odnosi się tylko do znamion czynu zabronionego.

Podobna w skutkach sprzeczność zachodzi pomiędzy art. 53 § 2b pkt 7 k.k. o treści „Okoliczności łagodzące stanowią w szczególności: skuteczne skłonienie osób współdziałających do odstąpienia od czynu zabronionego lub podjęcia działań zapobiegających powstaniu szkody lub służących ograniczeniu jej rozmiaru” oraz art. 23 § 1 i 2 k.k., w ramach którego „nie podlega karze współdziałający, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego”, a więc sprawca, który skutecznie skłonił osoby współdziałających do odstąpienia od usiłowania, czyli od popełnienia czynu zabronionego, w ogóle nie podlega karze, zatem okoliczność wymieniona w art. 53 § 2b pkt 7 k.k. nie może być wobec takiego sprawcy okolicznością łagodzącą. Podjęcie przez sprawcę, który wszedł w porozumienie z inną osobą w celu popełnienia czynu zabronionego, istotnych starań zmierzających do zapobieżenia dokonaniu czynu zabronionego, stanowi nadto na podstawie art. 17 § 1 zd. 2 k.k. okoliczność wyłączającą karalność za przygotowanie.

Już tylko wspomnieć należy, że naprawienie szkody, które zgodnie z art. 53 § 2b pkt 8 k.k. stanowić ma okoliczność łagodzącą, stanowi okoliczność przesądzającą o niepodleganiu przez sprawcę karze w przypadku art. 209 § 4 k.k., art. 296 § 5 k.k. i art. 297 § 3 k.k. W przypadku wskazanych przepisów również mamy do czynienia z oczywistą wewnętrzną sprzecznością

uchwalonych przez Sejm w dniu 16 maja 2019 roku unormowań z przepisami obecnie obowiązującymi.

Jednoznacznie negatywnie oceniam art. 1 pkt 12 wprowadzający art. 57b k.k., w którym ustawodawca wprowadza nadzwyczajne obostrzenie kary w wysokości od dolnej granicy zagrożenia zwiększonego o połowę do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia za czyn ciągły z art. 12 § 1 k.k. Abstrahując od nieprawidłowej redakcji wskazanego unormowania, w ramach którego ustawodawca posłużył się sformułowaniem „skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 k.k.”, podczas, gdy art. 12 § 1 k.k. sam w sobie nie jest przepisem typizującym, to zaznaczyć należy, że uzasadnienie projektu milczy na temat art. 57b k.k. Ustawodawca nie wypowiedział się w przedmiocie zaostżenia odpowiedzialności karnej, a tym samym nie wykazał przesłanek koniecznych z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przypomnieć należy, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. W tym względzie wskazać należy, że w przypadku popełnienia przez sprawcę kilku przestępstw w warunkach ciągu przestępstw z art. 91 § 1 k.k. sąd orzeka karę w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Przypomnieć zatem należy, że ustawodawca nie jest nieskrępowany w kształtowaniu ustawowego zagrożenia karnego, a wszelkie zmiany w tym zakresie podlegają nie tylko rygorom z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale też z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Przykładowo dokonanie przez sprawcę dwóch kradzieży z art. 278 § 1 k.k. przedmiotów o wartości po 500 złotych każdy w warunkach czynu ciągłego z art. 12 § 1 k.k., a więc w ramach z góry powziętego zamiaru oraz w krótkim odstępie czasu, w wyniku wprowadzenia art. 57b k.k. zagrożone będzie znacznie wyższą karą niż popełnienie jednej kradzieży z art. 278 § 1 k.k. przedmiotów o wartości 1000 złotych. Wskazane zróżnicowanie nie znajduje uzasadnienia w abstrakcyjnie ujmowanym stopniu społecznej szkodliwości obu opisanych czynów zabronionych.

Zwrócenia uwagi wymaga wprowadzenie nowego brzmienia art. 60 § 3 k.k., który możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary uzależnia wyłącznie od działań prokuratora (sąd nie może go orzec bez wniosku prokuratora, z drugiej strony jest zaś związany wnioskiem, jeśli prokurator go złoży). Przenosi ono na prokuratora decyzję o możliwości zastosowania przez sąd instytucji tzw. małego świadka koronnego, co pozostaje w jawnej sprzeczności z zasadą podziału władzy z art. 10 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 175 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 173 Konstytucji.

Krytycznie oceniam przyjęte brzmienie art. 64 § 1a i 2 k.k. Nadmienić w tym względzie należy, że w uzasadnieniu zmiany art. 64 § 1a i 2 k.k., która polega na tym, że skazując sprawcę w warunkach art. 64 § 2 k.k. sąd wymierza karę pozbawienia wolności w wysokości od podwójnej wysokości dolnego ustawowego zagrożenia do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, ustawodawca wskazał, że tak ukształtowana sankcja pozwoli na zrealizowanie zamierzonych celów w zakresie oddziaływania kary na tę kategorię sprawców, znacząco przyczyniając się do ograniczenia rozmiarów zjawiska recydywy wielokrotnej. Brak choć próby wykazania potrzeby wprowadzenia wskazanej zmiany, poprzez odwołanie się do statystyk sądowych czy wykazanie konieczności jej wprowadzenia oraz jej przydatności w perspektywie wprowadzenia ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, do których zalicza się wolność osobistą, nie spełnia w żaden sposób przesłanek koniecznych z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Nie podzielam argumentacji projektu dotyczącej przyjętego w nowelizacji z dnia 16 maja 2019 roku rozwiązania uchylającego art. 75a k.k. Projektodawca wskazał w tym zakresie, że w jego opinii stosowanie art. 75a § 1 k.k. aktualizuje się wtedy, gdy zachodzą przesłanki do zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, a więc gdy prognoza kryminologiczna okazała się nietrafna, zatem nie tylko orzeczenie kar innych niż kara pozbawienia wolności nie wchodziło w rachubę w czasie orzekania, lecz także zastosowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności okazało się nieuzasadnione. Uzasadnienie projektu pomija całkowicie okoliczność, że sąd wykonujący orzeczenie o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności stosując art. 75a k.k. orzeka na podstawie przesłanek, u podstaw których leżą fakty mające miejsce w okresie następującym już po skazaniu. W perspektywie postępowania w przedmiocie zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, sąd stwierdzając brak podstaw do zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, przykładowo po upływie czterech lat z pięciu lat pozbawienia wolności jest władny do zastosowania art. 75a k.k., a po jego uchyleniu będzie zmuszony orzec tylko o braku podstaw do zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności. Uchylenie art. 75a k.k. prowadzić będzie do zawężenia dyskrecjonalności sądu w postępowaniu wykonawczym w przedmiocie wykonania kary warunkowo zawieszanej, zawężenia, które nie zostało przez projektodawcę w żaden sposób uzasadnione w perspektywie art. 10 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Zaznaczyć muszę, że ustawa przewiduje istotną zmianę modelu orzekania kary łącznej, przewidując w istocie powrót do pierwotnego brzmienia art. 85 k.k. z 1997 r. Podobnie, jak miało to miejsce do 2015 r., kara łączna ma obejmować czyny, których popełnienie nie zostało „przedzielone” przez wyrok, choćby nieprawomocny (art. 85 § 1). Ma też obejmować kary już wykonane (art. 91a).

Ten system wymiaru kary łącznej był niezwykle skomplikowany i wywoływał liczne wątpliwości i trudności w jego praktycznym stosowaniu. Obecny sposób określania, które kary podlegają łączeniu, wprowadzony w 2015 r., upraszczał i urealniał wymiar kary łącznej, w większym stopniu realizując postulaty racjonalizacji wymiaru kary i usprawnienia organizacji wymiaru sprawiedliwości. Podkreślić należy, że uzasadnienie projektu całkowicie milczy w zakresie proponowanych zmian dotyczących kary łącznej, nie przedstawiając żadnych argumentów za tym, dlaczego powrót do poprzednio obowiązującego systemu miałby być korzystny lub wskazany. Skoro zatem nawet projektodawca nie znalazł argumentów, które by za tym przemawiały, skonstatować należy, że one nie istnieją, zaś od zmian w tym zakresie należy odstąpić.

Ponadto proponowane przepisy dotyczące wymiaru kary łącznej także charakteryzują się zwiększoną punitywnością. Przyjęto całkowitą rezygnację z zasady absorpcji przy określeniu wymiaru kary łącznej, wprowadzając regułę, że wymiar tej kary musi zawsze być wyższy od najsurowszej z łączonych kar (chyba że najsurowsza z kar łączonych już jest maksymalnym wymiarem dla danego rodzaju kary).

Chciałbym zwrócić uwagę na konsekwencje zmiany brzmienia art. 115 pkt 19 k.k. dotyczącego definicji osoby pełniącej funkcję publiczną. Zmiana art. 115 pkt 19 k.k. poprzez dodanie zwrotu „spółce handlowej z udziałem Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego lub państwowej osoby prawnej” stanowi w istocie rozszerzenie penalizacji typów, w ramach których ustawodawca posługuje się znamieniem osoby pełniącej funkcję publiczną. *A contrario*, po wprowadzeniu do ustawy art. 115 § 19 k.k. dotychczasowe skazania na podstawie obecnie obowiązujących przepisów, w ramach których sądy przyjmowały, że osobą pełniącą funkcję publiczną jest także osoba zatrudniona w spółce handlowej z udziałem Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego lub państwowej osoby prawnej, winny zostać uznane za zatarte z mocy prawa na podstawie art. 4 § 4 k.k.

Podtrzymać wreszcie trzeba wyrażone przeze mnie już wcześniej zastrzeżenia do uchwalonej definicji aktu agresji (art. 115 § 23a k.k.). Definicja ta powinna możliwie najbliżej odpowiadać standardom międzynarodowym, wynikającym z rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 3314 (XXIX) z dnia 14 grudnia 1974 r. oraz art. 8bis Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego¹⁵ (MTK). Tymczasem przyjęta w ustawie definicja przewiduje elementy dodatkowe, niewynikające z tych aktów prawa międzynarodowego, w szczególności działanie przeciwko „istotnym interesom gospodarczym innego państwa”. Ponadto wątpliwości może budzić końcowa część definicji, która

¹⁵ Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708 ze zm. Rozwinięcie definicji zbrodni agresji zawiera dokument zatytułowany „Elementy Definicji Zbrodni” przyjmowany przez Zgromadzenie Państw-Stron Statutu MTK, zgodnie z art. 9 tegoż Statutu.

mówi o udostępnianiu terytorium najemnikom, jednostkom nieregularnym lub uzbrojonym grupom do dokonania aktu agresji przez inne państwo. Wydaje się zatem, że poza zakresem penalizacji pozostanie sytuacja, gdy wspomniani najemnicy, jednostki lub grupy nie działają na rzecz innego państwa, lecz w interesie własnym lub podmiotu prywatnego. Ustawodawca ma oczywiście prawo do odejścia od ogólnie przyjętej w prawie międzynarodowym definicji aktu agresji na potrzeby prawa wewnętrznego, lecz krok taki powinien być rzetelnie uzasadniony, ze wskazaniem powodów, dla których zdecydowano się na wprowadzenie dodatkowych elementów tej definicji. Tymczasem uzasadnienie projektu całkowicie milczy na temat tej zmiany.

W zakresie zmian wprowadzonych do części szczególnej Kodeksu karnego zwrócić należy uwagę przede wszystkim na następujące kwestie:

1. Przygotowanie do zabójstwa.

Projektodawca wskazuje, że „nie można aprobować tego, że aktualnie ustawa karna nie przewiduje karalności przygotowania do zabójstwa, przestępstwa zagrożonego najsurowszą karą spośród tych, skierowanych przeciwko zdrowiu i życiu. W praktyce zaś można podejmować, i niejednokrotnie ma to miejsce, wiele czynności, które wyczerpują znamiona przygotowania z art. 16 § 1 k.k., a jednocześnie pozostają bezkarne, jak np. wejście w porozumienie z przyszłym współsprawcą albo pomocnikiem. Są to zachowania wysoce społecznie szkodliwe i z punktu widzenia aksjologii systemu prawa karnego materialnego wymagają penalizacji”. W związku z powyższym zaproponowano wprowadzenie art. 148 § 5 k.k. – przygotowania do zabójstwa zagrożonego karą od 2 do 15 lat pozbawienia wolności.

Powyższe rozwiązanie budzi zastrzeżenia, przede wszystkim polityczno-kryminalne jak i w zakresie przesłanek natury faktycznej. Do tej pory polskie prawo karne nie penalizowało przygotowania do najbardziej szkodliwych przestępstw, w tym do zabójstwa. Istnieje wiele powodów braku penalizacji. Po pierwsze, jak wskazuje T. Bojarski: „ustawodawca wprowadza karalność przygotowania do tych tylko przestępstw, przy których czynność przygotowawcza daje się łatwo rozpoznać jako właśnie czynność nastawiona na stworzenie warunków do dokonania przestępstwa w przyszłości. W wielu wypadkach innych poważnych przestępstw, jak np. zabójstwo, czynności przygotowawcze mogą być trudno rozpoznawalne jako przedsiębrane w tym właśnie celu. Proste czynności przygotowawcze niejednokrotnie mogą się niełatwo wyróżniać od zwykłych czynności

dnia codziennego, dlatego też nie wprowadza się karalności przy tych przestępstwach, przy których rozpoznawalność charakteru danej czynności jako czynności przygotowawczej byłaby utrudniona”¹⁶. Trudność polega na tym, że często „środki mogą służyć celom przestępnym, jak i nieprzestępnym”¹⁷, a przestępstwo zabójstwa jest często popełniane „za pomocą przedmiotów powszechnie dostępnych, używanych przez sprawców jako narzędzia przestępstwa (nóż, siekiera itp.)”¹⁸. Chodzi więc przede wszystkim o „trudności, jakie napotyka udowodnienie zamiaru dokonania na podstawie zachowania się, które z reguły na taki zamiar wyraźnie nie wskazuje, np. nabycie siekiery nie upoważnia do wniosku, że tą właśnie siekierą sprawca zamierza zadać śmierć upatrzonej ofierze i w tym celu ją nabył”¹⁹. W tej sytuacji kryminalizacja mogłaby dotyczyć jedynie przygotowania zabójstwa w postaci wieloosobowej (tzn. wejścia w porozumienie)”²⁰.

Warto tym samym przypomnieć, że samo przygotowanie do zabójstwa „nie tylko nie stanowi realizacji znamion danego głównego czynu zabronionego, lecz zasadniczo odnosi się do zachowań na tyle daleko poprzedzających dokonanie, że w warunkach procesowych niemożliwe byłoby jednoznaczne wykazanie określonego przestępnego zamiaru. Dla przykładu, przygotowanie sobie przez zamachowca stanowiska strzelniczego nie daje wystarczających podstaw do przypisania mu zamiaru zarówno pozbawienia życia w ogóle (bo realnie mógł on dążyć jedynie do nastraszenia albo zranienia), jak i pozbawienia życia określonego człowieka (bo daleko przed wystrzałem nie można przyjąć bezspornie do kogo oddałby strzał), jako warunków koniecznych dla chociażby postawienia sprawcy w stan oskarżenia. W rezultacie należy przyjąć, że wprowadzenie karalnego przygotowania stanowi wypadkową ocenę wagi chronionego dobra, jak i faktycznego charakteru (karnoprawnej «wymowy») czynności przygotowawczych do dokonania określonego przestępstwa. Nie sposób przy tym uniknąć wrażenia, że ustawodawca zasadniczo restrykcyjnie wprowadza karalne przygotowanie, co – jak się wydaje – stanowi odpowiednią realizację zasady *nullum crimen sine lege* i postulatu *ultima ratio* prawa karnego”²¹.

Dodatkowo należy zauważyć, że w niektórych wypadkach, związanych ze specyfiką danego przestępstwa, przygotowanie do zabójstwa podlega karze (art. 118 § 3 k.k., art. 128 § 2 k.k.).

¹⁶ T. Bojarski, *Polskie prawo karne Zarys części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 207.

¹⁷ E. Kunze, *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1991, s. 97.

¹⁸ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa–Kraków 2010, s. 57.

¹⁹ K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 72; tak również O. Sitarz wskazująca na trudności dowodowe: O. Sitarz, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególnie i wojskowa*, Warszawa 2010, s. 118.

²⁰ J. Małecki, *Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna*, WK 2016.

²¹ R. Zawłocki, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31. Tom I*, Warszawa 2001, s. 663-664.

Warto jednocześnie nadmienić, że w porównaniu z pierwotnym brzmieniem projektu, w uchwalonej ustawie zaostrza się minimalny wymiar kary za zabójstwo z 8 do 10 lat (art. 148 § 1 k.k.) i z 12 do 15 lat pozbawienia wolności (art. 148 § 2 k.k.). Z uzasadnienia projektu nie wynika jednak dlaczego doszło do zaostrzenia odpowiedzialności.

2. Przyjęcie zlecenia do zabójstwa

Negatywnie należy ocenić art. 1 pkt 45 wprowadzający art. 148a § 1 i 2 k.k., a więc wprowadzenie do Kodeksu karnego typu czynu zabronionego polegającego na przyjęciu zlecenia do zabójstwa, gdyż ustawodawca penalizuje zachowanie, które w istocie stanowi przygotowanie do czynu zabronionego, wprowadzając jednocześnie odrębny typ czynu zabronionego polegający na przygotowaniu do art. 148 § 1, 2 i 3 k.k. Ponadto wskazany typ czynu zabronionego będzie rodził kontrowersję co do odpowiedzialności osoby dającej zlecenie (podżegacz, sprawca poleceniodawczy, niekaralne danie zlecenia z zamiarem ewentualnym) oraz z wyłączeniem odpowiedzialności zleceniobiorcy, który skutecznie odstąpił od usiłowania. Przyjęcie zlecenia w kontekście karalności czynności przygotowawczych do zabójstwa oznacza w istocie karanie za samo podjęcie zamiaru popełnienia czynu zabronionego, gdyż podjęcie jakiegokolwiek czynności w celu wykonania zlecenia przez sprawcę, który zlecenie przyjął, winno być kwalifikowane jako przygotowanie.

3. Nieumyślne spowodowanie śmierci więcej niż jednej osoby.

Projektodawca wprowadza kwalifikowaną formę nieumyślnego spowodowania śmierci – przez skutek w postaci śmierci więcej niż jednej osoby (art. 155 § 2 k.k.). W ocenie projektodawcy „przy ocenie stopnia szkodliwości społecznej przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka nie można przejść do porządku nad znaczną różnicą w zakresie stopnia społecznej szkodliwości czynu tego przestępstwa w wypadku, gdy jego skutkiem jest śmierć jednej lub większej liczby osób. Te różnice powinny manifestować się również przyjęciem w tym drugim wypadku surowszych granic odpowiedzialności karnej sprawcy (...) Tego ogólnoprewencyjnego efektu nie można w sposób pożądaný osiągnąć jedynie w ramach podstawowego typu czynu, przewidującego zagrożenie karne nieprzekraczające 5 lat pozbawienia wolności”.

Przede wszystkim należy wskazać, że jednocześnie projektodawca zaostrza wymiar kary za nieumyślne spowodowanie śmierci (teraz od roku do lat 10 pozbawienia wolności, a nie jak wskazuje się w uzasadnieniu do lat 5). W mojej ocenie, nie jest konieczne wprowadzanie w tym wypadku

przestępstwa nieumyślnego spowodowania śmierci więcej niż jednej osoby, a wystarczy zastosowanie sędziowskiego wymiaru kary i jej orzeczenie w górnych granicach.

Zwracam również uwagę, że projektodawca całość uzasadnienia zmiany art. 155 k.k. poświęcił wprowadzeniu typu kwalifikowanego z § 2 k.k. o treści „jeżeli sprawca powoduje śmierć więcej niż jednej osoby”, a tymczasem proponuje się podwyższenie dwukrotnie granicy ustawowego zagrożenia za typ podstawowy czynu zabronionego nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka. Brak choćby próby wykazania potrzeby wprowadzenia wskazanej zmiany, poprzez odwołanie się do statystyk sądowych czy wykazanie konieczności jej wprowadzenia oraz jej przydatności w perspektywie wprowadzenia ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, do których zalicza się wolność osobistą, nie spełnia w żaden sposób przesłanek koniecznych z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ponadto wskazać należy na błąd dotyczący treści art. 155 § 2 k.k., gdyż brak jest wskazania, iż sprawca powoduje śmierć więcej niż jednej osoby jednym czynem, który to zwrot funkcjonuje w art. 148 § 3 k.k. Niezgodność pomiędzy art. 155 § 2 k.k. i art. 148 § 3 k.k. prowadzić może do znacznych rozbieżności interpretacyjnych i z tego względu nie spełnia standardu wynikającego z zasady *nullum crimen sine lege certa* leżącej u podstaw zasady państwa prawnego wynikającej z art. 2 Konstytucji.

4. Uzupelnienie katalogu przyczyn nadzwyczajnego obostrzenia kary wobec sprawców przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji wskazanego w art. 178 § 1 k.k.

Projektodawca planuje penalizować sytuacje, gdy sprawca, bezpośrednio po popełnieniu w stanie nietrzeźwości lub odurzenia przestępstwa określonego w art. 178 § 1 k.k. spożywa napój alkoholowy lub zażywa środek odurzający po to, aby wykazywać, że w czasie popełnienia przestępstwa był trzeźwy lub nie był odurzony. „Praktykę taką należy ocenić jednoznacznie krytycznie, prowadzi ona de facto do uprzywilejowania sprawców, którzy w ten sposób chcą doprowadzić do złagodzenia swej odpowiedzialności karnej, kosztem tych, którzy pozostają na miejscu zdarzenia...” Projektodawca poszerza więc art. 178 k.k. o spożywanie napoju alkoholowego lub zażywanie środka odurzającego po zdarzeniu, a przed poddaniem sprawcy przez uprawniony organ badaniu w celu ustalenia w organizmie zawartości alkoholu lub obecności środka działającego podobnie do alkoholu. Takie zachowanie będzie traktowane tak samo jak prowadzenie pojazdu w stanie odurzenia, nietrzeźwości lub ucieczka z miejsca wypadku i powodować będzie zastosowanie konsekwencji prawnokarnych wynikających z przyjęcia kwalifikacji prawnej z art. 178 § 1 k.k.

Traktowanie spożywania alkoholu po zdarzeniu na równi z prowadzeniem pojazdu w stanie nietrzeźwości czy odurzenia czy nawet ucieczki wydaje się kontrowersyjne z punktu widzenia zasady proporcjonalności. Należy wyrazić wątpliwość, czy trzeźwy sprawca, który pod wpływem szoku spowodowanego wypadkiem, pozostając na miejscu zdarzenia, pomagając ofierze wypadku, spożyje alkohol czy też środki odurzające po wypadku powinien być objętym obligatoryjnym obostrzeniem kary.

5. Kwalifikowana groźba (art. 190 § 1a k.k.)

Zastanawia wprowadzenie kwalifikowanej formy groźby. W typie podstawowym ma być zagrożona karą pozbawienia wolności do lat 2. Typ kwalifikowany wyróżniony jest przez zagrożenie popełnieniem „przestępstwa zabójstwa lub uszkodzenia ciała” i jest zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3. Taka specyfikacja budzi jednak wątpliwości. Dlaczego groźba zgwałcenia miałaby być typem podstawowym, a groźba uszkodzenia ciała kwalifikowanym. Pytanie też, co należy rozumieć przez uszkodzenie ciała. Termin ten bowiem znajduje się (w odniesieniu do ciała) przy przestępstwie z art. 157a k.k. (uszkodzenie ciała dziecka poczętego). Powyższe rozróżnienie budzi więc wątpliwości. Wydaje się, że w tych przypadkach wystarczyłaby zmiana kary i pozostawienie typu podstawowego, przy założeniu, że w zależności od przedmiotu groźby, sąd będzie stosował odpowiednią karę.

6. Ocena proporcjonalności sankcji karnych.

Duże wątpliwości budzą sankcje określone w art. 228 § 5 k.k. oraz art. 229 § 4a k.k. (łapownictwo bierne i czynne kwalifikowane przez wielką wartość korzyści), art. 294 § 3 k.k. (przestępstwa przeciwko mieniu przy pięciokrotności kwoty określającej mienie wielkiej wartości), czy też w sytuacji przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu w stosunku do mienia o wartości większej niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości (art. 306a § 1 k.k.), podobnie zresztą jak art. 270a § 2 k.k., art. 271a § 2 k.k. oraz art. 277a k.k. Przypomnieć należy, że zgodnie z nowym brzmieniem Kodeksu karnego powyższe przestępstwa są zbrodniami (podlegają karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3).

Minimalnym wymogiem konstytucyjnym jest to aby sankcje karne przeszły test „konieczności w demokratycznym państwie prawnym”. Nie wystarczy, zatem sama celowość, użyteczność, tania czy łatwość posługiwania się przez władzę – w odniesieniu do użytego środka,

ale o zastosowanie środków niezbędnych (koniecznych), w tym sensie, że będą one chronić określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny być to środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają ograniczeniu²².

Zdarzają się sytuacje, gdy jesteśmy w stanie ocenić, że zakłócona została proporcja między wagą czynu a grożącą za jego popełnienie karą²³. Najłatwiej takiej oceny dokonać w przypadkach, które można określić jako graniczne, gdy chodzi o najcenniejsze dobra bądź o najsurowszą karę. Miernikiem oceny decyzji prawodawcy w tym przedmiocie może być również jego dotychczasowe postępowanie, tym bardziej jeśli w stosunku do rodzaju i wysokości kary grożącej za popełnienie czynów o podobnym charakterze nie było wysuwanych głosów krytycznych. Dlatego warto zakazać zachowanie, którego popełnienie prawodawca zamierza poddać sankcji karnej, przyrównać do innych już zagrożonych tym rodzajem represji.

Po pierwsze, należy wskazać, że taką samą karą pozbawienia wolności, to jest na czas nie krótszy niż 3 lata, zagrożone są zbrodnie: udziału w masowym zamachu (art. 118a § 3 k.k.), zmuszenie do służby w nieprzyjacielskich siłach zbrojnych, do uczestnictwa w działaniach zbrojnych i stosowanie kar cielesnych (art. 124 k.k.), uszkodzanie lub zabieranie dóbr kultury znacznej wartości albo o szczególnym znaczeniu dla kultury na obszarze okupowanym, zajęтым lub na którym toczą się działania zbrojne (art. 125 § 2 k.k.), przygotowanie do wojny napastniczej, ludobójstwa, stosowania środków masowej zagłady (art. 126c § 1 k.k.), przygotowanie do zdrady stanu (art. 127 § 2 oraz art. 128 § 1 k.k.), udzielanie obcemu wywiadowi wiadomości, których przekazanie może wyrządzić szkodę Rzeczypospolitej Polskiej (art. 130 § 2 k.k.), sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób poprzez przejęcie kontroli nad statkiem wodnym lub powietrznym (art. 166 § 2 k.k.), pozbawienie wolności ze szczególnym udręczeniem (art. 189 § 3 k.k.), handel ludźmi (art. 189a § 1 k.k.), zgwałcenie zbiorowe, osoby małoletniej czy kazirodcze (art. 197 § 3 k.k.), wzięcie zakładnika (art. 252 § 1 k.k.), zakładanie organizacji terrorystycznej (art. 258 § 4 k.k.), rozbój z użyciem broni palnej, noża lub innego niebezpiecznego narzędzia (art. 280 § 2 k.k.).

Dodatkowo powyższe rozwiązania są dużo bardziej restrykcyjne niż np. w przypadku przestępstwa obcowania seksualnego z małoletnim powyżej lat 7 (art. 200 § 1 k.k.).

²² Por. wyrok TK z dnia 3 października 2000 r., sygn. K 33/99, OTK ZU 2000, Nr 6, poz. 188.

²³ Zob. L. Gardocki, *O relacji między typem przestępstwa a zagrożeniem ustawowym*, Państwo i Prawo 1979, z. 8–9, s. 132.

Jeszcze surowsze kary wprowadza art. 277a k.k., który karę od 5 do 25 lat pozbawienia wolności proponuje jeśli fałszerstwo dotyczy faktur, których łączna wartość jest większa niż dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości albo w sytuacji art. 294 § 4 k.k. - przestępstwa przeciwko mieniu przy dziesięciokrotności kwoty określającej mienie wielkiej wartości, czy też w sytuacji przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu w stosunku do mienia o wartości większej niż dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości (art. 306a § 2 k.k.). Proponowane zagrożenia karne sytuują te czyny wśród przestępstw zagrożonych najsurowszymi karami w systemie prawa polskiego, takimi jak zabójstwo (art. 148 § 1 i 2 k.k.), przestępstwa przeciwko pokojowi lub ludzkości oraz przestępstwa wojenne (np. art. 118 § 2 k.k., art. 122 k.k.). Nadto, powyższe przestępstwo byłoby karane surowiej niż np. przestępstwo zgwałcenia w typie kwalifikowanym (art. 197 § 3 k.k.).

Tego typu porównanie prowadzi do wniosku, iż wprowadzone zmiany naruszają wewnętrzną spójność Kodeksu karnego pod kątem wartościowania poszczególnych dóbr prawnych. Dobra o podobnej wartości powinny być chronione na porównywalnym poziomie. Nowelizacja istotnie zaburzy ten porządek, naruszając wewnętrzną strukturę Kodeksu karnego.

7. Pozbawienie wolności ze szczególnym udręczeniem osoby

Na etapie sejmowym w projekcie z nieznanymi przyczyn zaostrzono odpowiedzialność karną z już niezwykle wysokiej kary pozbawienia wolności (od 3 do 20 lat) do od 5 do 25 lat za czyn z art. 189 par. 3 k.k. – pozbawienie wolności ze szczególnym udręczeniem osoby. Z uwagi na brak uzasadnienia wątpliwości budzi spójność tej kary z innymi karami kodeksowymi. Przykładowo, za handel ludźmi (art. 189a k.k.) grozi kara pozbawienia wolności od 3 do 20 lat.

8. Kazuistyczny katalog kwalifikowanej formy zgwałcenia

Kazuistycznie uzupełniono również katalog tzw. zgwałcenia kwalifikowanego, poprzez wyróżnienie sprawcy, który działa:

3) posługując się bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub środkiem obezwładniającym albo działając w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu,

4) wobec kobiety ciężarnej, jeżeli wiedział o tym, że jest ona w ciąży albo z łatwością mógł się o tym dowiedzieć,

5) utrwalając obraz lub dźwięk z przebiegu czynu.

Wydaje się, że biorąc pod uwagę obowiązujące zagrożenie karą, sądy mogłyby brać powyższe okoliczności jako obostrzające przy wymiarze kary.

9. Rozszerzenie karalności pomówienia

Uchwalona ustawa przewiduje wprowadzenie nowej formy popełnienia przestępstwa pomówienia (zniesławienia) wprowadzając nowy przepis art. 212 § 2a k.k. o treści „Tej samej karze [grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku] podlega, kto w celu popełnienia przestępstwa określonego w § 1 albo po jego popełnieniu tworzy fałszywe dowody na potwierdzenie nieprawdziwego zarzutu lub nakłania inne osoby do potwierdzenia okoliczności objętych jego treścią.” Penalizacją obejmuje się więc wszelkie działania, które miałyby uprawdopodobnić nieprawdziwy zarzut.

Po pierwsze zaznaczyć należy, że omawiany nowy typ przestępstwa dotyczyć będzie jedynie pomówienia dokonywanego za pomocą innych środków, niż środki masowego komunikowania; odwołuje się on bowiem do art. 212 § 1 k.k., lecz już nie do art. 212 § 2 k.k. W tym kontekście trudno nie zauważyć, że działanie polegające na próbie uprawdopodobnienia nieprawdziwego zarzutu podlegać ma surowszej karze niż samo postawienie tego zarzutu, które zagrożone jest jedynie karą grzywny i ograniczenia wolności.

Ponadto, o ile samo pomówienie określone w art. 212 § 1 k.k. pozostaje przestępstwem ściganym z oskarżenia prywatnego, nowowprowadzony art. 212 § 2a k.k. przewiduje czyn ścigany z urzędu, bowiem nie został on dodany do art. 212 § 4 k.k. określającego prywatnoskargowy tryb ścigania. Dojść może zatem do paradoksalnej sytuacji, w której nie będzie ścigane samo pomówienie (np. ponieważ pokrzywdzony nie będzie zainteresowany ściganiem sprawcy), lecz działania peryferyjne wobec niego będą objęte obligatoryjnym ściganiem z urzędu (zgodnie z art. 10 § 1 k.p.k.).

Już samo umiejscowienie tego przepisu, za przestępstwem zniesławienia, budzi wątpliwości co do intencji ustawodawcy. Gdyby bowiem jego celem była ochrona wymiaru sprawiedliwości, w szczególności sądu przed tworzeniem fałszywych dowodów, to przepis ten znalazłby się w rozdziale XXX Kodeksu karnego, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”. Należy podkreślić, że nie ma potrzeby wprowadzenia takiego przepisu, przy założeniu prawdziwości intencji projektodawcy, z uwagi na to, że aktualnie obowiązujące przepisy pozwalają chronić wymiar sprawiedliwości przed bezprawnymi próbami wpływania na jego funkcjonowanie. Istnieje zatem

ryzyko, że przepis ten będzie stanowić narzędzie służące wywołaniu efektu mrożącego i ograniczenia wolności słowa. Przepis ten bowiem, biorąc pod uwagę upolitycznienie prokuratury, może stanowić narzędzie wywierania presji na niewygodnych dziennikarzy i aktywistów, godząc w pluralizm mediów oraz zamykając usta przeciwnikom politycznym.

Istnieje również obawa, że przepis może obejmować autorów memów internetowych. Nadto, samo ograniczenie do powtórzenia za innym medium niewygodnych informacji czy też publikacji, bez uprzedniego sprawdzenia ich prawdziwości mogłoby być uznane przez organy ścigania za tworzenie fałszywych dowodów, zwłaszcza że powszechne jest tzw. szerowanie informacji czy też jej powielanie, rozpowszechnianie przez internautów bez sprawdzenia ich wiarygodności.

Dodatkowo, zniechęca to do składania prywatnych aktów oskarżenia w przypadku tworzenia fałszywych dowodów czy też pomówienia i przerzucenia na organy ścigania ciężaru ustalania faktów oraz prowadzenia postępowania przygotowawczego. Może się to również wiązać z próbą wikłania w długoletnie wyczerpujące procesy niewygodnych dziennikarzy.

Wydaje się, że tak ukształtowany reżim odpowiedzialności za pomówienie nie znajduje uzasadnienia. Wskazać w tym miejscu należy, że zarówno w doktrynie prawa²⁴, jak i w działalności Rzecznika Praw Obywatelskich²⁵ od dawna zgłaszane są postulaty całkowitej depenalizacji czynu z art. 212 k.k. i pozostawienia odpowiedzialności prawnej za pomówienie jedynie na gruncie prawa cywilnego. Podobne głosy podnoszone były podczas debaty na temat potrzeby utrzymania art. 212 k.k. w polskim systemie prawa, która odbyła się w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich w dniu 5 marca 2019 r.²⁶

10. Podsumowanie

Reasumując wskazać należy, że procedowana obecnie w Parlamencie ustawa z dnia 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw zawiera szereg rozwiązań, które budzą uzasadnione zastrzeżenia, co stanowi, że winna być ona przedmiotem pogłębionej

²⁴ Np. I. Kamiński, *Wykreślić art. 212 k.k.!*, Na Wokandzie 2(12)/2012, s. 50; D. Sześciło, *Paragraf 212. Karanie dziennikarzy za zniesławienie w polskiej praktyce*, Warszawa 2009 r., s. 42.; W. Mojski, *Prawnokarne ograniczenia wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym. Analiza wybranych przepisów*, Studia Iuridica Lublinensia 2009, t. 12, s. 183-184.

²⁵ Wystąpienie z dnia 6.03.2012 r., nr RPO-649645-II/10/MWa, wystąpienie z dnia 1.09.2016 r., nr VII.564.23.2016.MM; wystąpienie z dnia 9.02.2017 r., nr VII.564.23.2016.MM/AG.

²⁶ Sprawozdanie, nagranie oraz konkluzje debaty dostępne są na stronie internetowej Biura Rzecznika Praw Obywatelskich pod adresem <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/debata-wolnosc-slowa-a-znieslawienie>.

analizy podjętej przez Senat RP, w tym, w celu usunięcia rozwiązań, które sprzeciwiają się nie tylko standardom konstytucyjnym, ale również międzynarodowym wiążącym Polskę.

Co istotne, wiele z zaproponowanych zmian nie zostało w żaden sposób uzasadnionych, ani popartych jakimikolwiek badaniami naukowymi. Na etapie sejmowym prac nad projektem (2 dni) wprowadzono nowe typy czynów zabronionych. Wydaje się, że dwudniowe prace i brak uzasadnienia powyższych propozycji, brak czasu na stworzenie rozsądnych rozwiązań w tym zakresie oraz brak debaty społecznej zmuszają do krytycznego stosunku do nich.

Wszystkie powyższe uwagi skłaniają do wniosku, że uchwaloną w dniu 16 maja 2019 r. przez Sejm ustawę o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw należy ocenić negatywnie.