



SĄD NAJWYŻSZY

Rzeczypospolitej Polskiej

Sąd Najwyższy

Biuro Studiów i Analiz

BSA II – 021 – 112/19

Warszawa, dnia 26 kwietnia 2019 r.

**Opinia do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny
oraz niektórych innych ustaw**

I. Uwagi ogólne

Przedłożony do zaopiniowania projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw jest w swej zasadniczej treści zbieżny z projektem z dnia 25 stycznia 2019 r., do którego Sąd Najwyższy przedstawił uwagi w opinii o sygn. BSA – 021 – 40/19.

W zw. z powyższym w dużej części zachowują aktualność uprzednio zgłoszone uwagi. Tytułem przypomnienia wskazać należy, że Projektodawca zakłada znaczne zwiększenie stopnia punitowności Kodeksu karnego w odniesieniu do obecnego stanu prawnego. Planowane przekształcenia normatywne dotyczą trzech płaszczyzn, tj. zmian w zakresie surowości sankcji karnych i konstrukcji poszczególnych typów czynów zabronionych, zmian w zakresie instytucji nadzwyczajnego zaostrzenia kary oraz zmian w ogólnych dyrektywach wymiaru kary ukierunkowanych w stronę wyboru bardziej surowej represji karnej. Ponadto nowelizacja ma na celu usunięcie powszechnie dostrzeganych na gruncie obowiązujących przepisów kodeksu trudności w racjonalnym i efektywnym stosowaniu instrumentów prawa karnego oraz zmiany w obrębie tych instytucji, które dotknięte są wadami merytorycznymi, bądź które uniemożliwiają osiągnięcie pożądanych i oczekiwanych rezultatów w zakresie polityki karnej. Zgodnie z deklaracjami Projektodawcy, przedłożone uregulowania ukierunkowane są również na wyeliminowanie niespójności i luk prawnych, jakie zostały ujawnione w trakcie stosowania obowiązujących unormowań.

Należy się zgodzić z twierdzeniem, że proponowane zmiany w bardzo znacznym stopniu wzmogą represyjność Kodeksu karnego, co w zależności od przyjmowanych założeń teoretycznych może być różnie oceniane. Surowość karania i zagrożenia ustawowego za poszczególne czyny jest niewątpliwie elementem polityki kryminalnej realizowanej przez władzę państwową, choć podkreślić należy, że państwo nie ma w tym zakresie pełnej swobody, ponieważ kara kryminalna musi spełniać warunek proporcjonalności. W dalszych uwagach kwestia represyjności proponowanych zmian, a także relacji represyjności do skuteczności regulacji karnej będą jednak analizowane jedynie w tym zakresie w jakim pozostają one w koincydencji z innymi wartościami znajdującymi się w obszarze zainteresowania władzy sądowniczej, min. uznania sądowego w ramach granic kary.

Już na wstępie należy także zauważyć, że z uwagi na obszerność projektu niniejsza opinia została ograniczona jedynie do kwestii, które mogą wywołać trudności w stosowaniu prawa tak ze strony adresatów norm sankcjonowanych jak i adresatów norm sankcjonujących.

II. Zasady i dyrektywy sądowego wymiaru kary

Należy zauważyć, że projekt istotnie ogranicza sędziowskie uznanie w zakresie wymiaru kary, wprowadzając szereg typów kwalifikowanych i innych obostrzeń w zakresie wymierzania kary (np. projektowany art. 33 § 1a k.k.). Zważywszy na różne czynniki brane pod uwagę przy wymiarze kary, w szczególności okoliczności popełnienia czynu i różny stopień społecznej szkodliwości, przyznanie sądowi orzekającemu w konkretnej sprawie szerokich możliwości co do wymiaru kary wypada uznać za uzasadnione chociażby ze względu na zasadę indywidualizacji odpowiedzialności karnej.

O ile przewidziane w projekcie ograniczenie uznania sędziowskiego można generalnie traktować jako dyskusyjne czy też nieprzekonujące, to za mankament w zakresie zasad legislacji trzeba już uznać to, że w niektórych przypadkach projekt wprowadza zbędną kazuistykę. Jako przykład można tu podać chociażby art. 200 § 1 i 1a k.k. Wprowadzenie odrębnego przepisu kryminalizującego obcowanie płciowe z dzieckiem poniżej 7 lat trudno racjonalnie uzasadnić, zwłaszcza w kontekście niewielkiej różnicy w zakresie dolnej granicy kary i wysokiej górnej granicy zagrożenia w typie podstawowym. Nie sposób przyjąć też, że 8-latek z założenia mniej odczuwa wyrządzoną krzywdę niż 6 – latek. Konsekwencje czynu są wypadkową wielu okoliczności i nie jest zasadne przyjmowanie wieku dziecka jako

pierwszoplanowej okoliczności w każdym postępowaniu. W tym aspekcie zasadne jest wzięcie pod uwagę tej okoliczności przy wymiarze kary w ramach art. 53 k.k. Analogiczne zastrzeżenia należy zgłosić do projektowanego art. 200 § 1d i 1e k.k.

Podobnie w przypadku projektowanego art. 294 § 3 i 4 k.k. zróżnicowanie zagrożenia ustawowego w zależności od tego, czy szkoda przekraczała pięciokrotność kwoty określającej mienie znacznej wartości, czy też jej dziesięciokrotność nie znajduje głębszego uzasadnienia. Jeśli już Projektodawca chce zaostrzenia kar, bardziej racjonalnym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie jednego typu kwalifikowanego, przewidującego karalność czynów skierowanych przeciwko mieniu o wartości co najmniej pięciokrotności kwoty określającej mienie znacznej wartości. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku projektowanego art. 306a k.k.

Dyskusyjnym ograniczeniem uznania w zakresie wymiaru kary jest projektowany art. 33 § 1a k.k. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, kiedy np. w przypadku czynu zagrożonego alternatywnie karą grzywny i pozbawienia wolności do 3 lat, orzeczenie kary 200 stawek dziennych grzywny będzie nieproporcjonalnie wysokie do społecznej szkodliwości czynu. Nie znajduje natomiast uzasadnienia rozciągnięcie stosowania projektowanego art. 33 § 1a na sytuacje, kiedy możliwe jest wymierzenie grzywny obok kary pozbawienia wolności (art. 33 § 2a). Tutaj jednak nie mamy do czynienia z orzeczeniem kary grzywny jako najniższej przewidzianej za dany czyn, lecz wymierzeniem jej obok kary izolacyjnej.

W kontekście dyrektyw wymiaru kary trzeba także zwrócić uwagę na projektowany art. 53 § 2a pkt 2 k.k., zgodnie z którym jako okoliczność obciążająca ma być traktowane bezprawne wpływanie na treść zeznań lub oświadczeń pokrzywdzonego, zeznań świadków lub opinii biegłych, lub treść wyjaśnień innych oskarżonych. Powstaje wątpliwość, czy takie działanie oskarżonego, jeżeli będzie przedmiotem odrębnego postępowania (np. o nakłanianie do składania fałszywych zeznań) i będzie skutkować nałożeniem osobnej kary, może być dodatkowo traktowane jako okoliczność obciążająca. Za wątpliwą należy natomiast uznać propozycję, aby okolicznością łagodzącą był fakt popełnienia przestępstwa pod wpływem gniewu (art. 53 § 2b pkt 2). Gniew jest emocją ocenianą generalnie negatywnie, czasami występującą z nastawieniem agresywnym i trudno znaleźć powody, dla których działający w nim np. sprawca znęcania czy uszkodzenia ciała miałby być traktowany łagodniej.

Wątpliwość budzi sformułowane w projektowanym art. 37a § 1 k.k. odwołanie się do prognozowanej wysokości kary pozbawienia wolności. Zmuszałoby to sąd to podwójnych ustaleń w zakresie wymiaru kary: najpierw w odniesieniu do kary pozbawienia wolności, następnie zaś co do kary ograniczenia wolności lub grzywny. Powstaje tu też pewien paradoks: mianowicie sąd najpierw ma ustalić prognozowaną karę, a następnie orzec zupełnie inną karę. Jest to niepotrzebne komplikowanie możliwości zamiany rodzaju kary, która powinna być uzależniona tylko od zagrożenia ustawowego. Mając na względzie fakultatywność tej regulacji, sąd w okolicznościach danej sprawy może ocenić, czy ją zastosować czy nie.

III. Zakres odpowiedzialności karnej nieletniego

W stosunku do projektu z dnia 25 stycznia 2019 r. w opiniowanej regulacji w sposób istotny zmodyfikowano regulację art. 10 Kodeksu karnego. Obecna propozycja regulacji art. 10 § 2a k.k. zakłada odpowiedzialność nieletniego na podstawie przepisów Kodeksu karnego, jeżeli po ukończeniu 15 lat ponownie dopuszcza się jednego z czynów wymienionych w § 2 pomimo wcześniejszego wymierzenia mu kary pozbawienia wolności i wcześniejszego umieszczenia go w zakładzie poprawczym. Tak ukształtowany przepis zasługuje na pełną aprobatę, gdyż wprowadzony w nim rygoryzm postępowania znajduje swoje uzasadnienie w braku skutecznego oddziaływania prewencyjnego na nieletniego.

IV. Kary i środki karne

Art. 38 § 3 k.k. stanowi obecnie o karze dożywotniego pozbawienia wolności oraz 25 lat pozbawienia wolności w sytuacji, w której ustawa wymaga wymierzenia kary poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia. Jako *ratio legis* tego przepisu podaje się usunięcie ewentualnych wątpliwości w jaki sposób wskazany obowiązek realizować w odniesieniu do przestępstw zagrożonych karami niestopniowalnymi. W tym ujęciu wydaje się, że błędnie i niepotrzebnie zakłada się w proponowanej nowej treści art. 38 § 3 k.k., że „Jeżeli ustawa przewiduje obniżenie górnej granicy ustawowego zagrożenia (...) kara wymierzona za przestępstwo zagrożone karą 30 lat pozbawienia wolności nie może przekroczyć 25 lat pozbawienia wolności”. Zgodnie z założeniami projektu, kara pozbawienia wolności będzie stopniowalna w wymiarze od 1 miesiąca do 30 lat, wobec czego nie występuje potrzeba

określenia granicy takiej kary w przypadku obowiązku orzekania poniżej górnej granicy ustawowego zagrożenia.

Wprowadzenie obostrzonej sankcji do konstrukcji czynu ciągłego (planowany art. 57b) z pewnością znajduje odzwierciedlenie w potrzebach kryminalnopolitycznych. Czyn ciągły jako konstrukcja zakładająca wiele zachowań, czynów w ujęciu ontologicznym, spiętych co do zasady wspólnym zamiarem jest przykładem tzw. przestępstwa zbiorowego. Jednakże planowane podniesienie dolnej granicy ustawowego zagrożenia o połowę oraz górnej dwukrotnie może wzbudzić obawę o brak symetryczności reakcji karnej. W szczególności planowana konstrukcja będzie niekompatybilna z określonym w art. 91 k.k. ciągiem przestępstw. Pozostawiając poza marginesem rozważań sensowność utrzymywania obydwu uregulowań, należy zauważyć, że osoba która popełniła dwa lub więcej przestępstw z wykorzystaniem takiej samej sposobności (a więc bez z góry powziętego zamiaru) może liczyć na karę w wysokości „do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę”, osoba zaś która popełniła jedno przestępstwo, w warunkach określonych w art. 12 § 1 k.k. spotka się z reką określoną powyżej. Nie powinno budzić wątpliwości, że skala represji powinna być co do zasady odwrotna, tj. łagodniej powinien odpowiadać sprawca czynu ciągłego, a surowiej osoba działająca w ramach ciągu przestępstw. Przy przyjęciu proponowanych regulacji okolicznością obciążającą będzie „z góry powzięty zamiar”, co w praktyce będzie skłaniało sprawców do wskazywania, że takowego nie posiadali. Innymi słowy, żeby odpowiadać ze względniejszych przepisów sprawcy będą argumentować, że popełnili dwa lub więcej przestępstw w miejsce jednego przestępstwa, o konstrukcji wielozachowaniowej. Z drugiej strony obostrzenie odpowiedzialności w przypadku czynu ciągłego z art. 12 § 1 k.k. pozostawia otwartym pytanie o brak adekwatnej reakcji w przypadku sprawców przestępstw wieloczynowych czy trwałych, której już w znamionach mają wpisana powtarzalność zachowań i co do których z założenia wykluczone jest stosowanie art. 12 § 1 k.k.

Zasadniczej zmianie ulega regulacja art. 60 § 7 k.k. *Ratio legis* obecnie obowiązującego przepisu wiąże się ukształtowaniem nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku przestępstw najdrobniejszych o stosunkowo niewielkim ładunku bezprawia i ocenianej abstrakcyjnie małej społecznej szkodliwości. Z założenia bowiem tylko takie czyny zagrożone są sankcją alternatywną określoną w art. 32 pkt 1-3 k.k. Z tego też powodu nadzwyczajne

złagodzenie kary polega w takim przypadku na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu samoistnego środka penalnego. Bez wątpliwości stwierdzić należy, że obecna redakcja art. 60 § 7 jest wadliwa, gdyż otwiera dyskusję odnośnie do przypadków szczególnych m.in. zbrodni zagrożonych koniunkcyjnie karą pozbawienia wolności i grzywny, przykładowo, art. 53 ust. 2 i art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1030) przewidują zbrodnie zagrożone karą grzywny i karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. Dotychczasowe rozwiązanie pozostaje zatem w aksjologicznej sprzeczności z założeniami leżącymi u jego podstaw. Art. 60 § 7 k.k. wymaga zmiany, która wyeliminuje z niego wskazane przypadki szczególne, z założenia nie zasługujące na tak daleko idące złagodzenia kary. Projektodawca zakłada słuszne rozwiązanie, tj. proponuje przyjęcie przepisu art. 60 § 7 zgodnie z którym „Jeżeli czyn jest zagrożony nadto karą ograniczenia wolności lub grzywną, stosuje się odpowiednio § 6” oraz przepisu art. 60 § 7a, zgodnie z którym „Jeżeli czyn nie jest zagrożony karą pozbawienia wolności, stosuje się § 6 pkt 5”. Z kolei w art. 60 § 6 pkt 5 stanowi się, „jeżeli czyn stanowi występki zagrożony karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 2 lat, nadzwyczajne złagodzenie kary polega na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu środka karnego wymienionego (...)”. Unormowania takie stanowią realizację wskazanego *ratio* regulacji. W rzeczywistości jednoznacznie włączają one stosowanie odstąpienia od wymierzenia kary i orzekanie samoistnego środka penalnego jako formy jej nadzwyczajnego złagodzenia w stosunku do najdrobniejszych przestępstw. Jedyna pojawiająca się wątpliwość dotyczy relacji wskazanego art. 60 § 6 pkt 5 do nowej treści art. 60 § 6 pkt 4, który stanowi o nadzwyczajnym złagodzeniu kary odnośnie do przypadku występku zagrożonego w dolnej granicy karą pozbawienia wolności niższą od roku, a w górnej karą pozbawienia wolności nie niższą od lat 3. Mając świadomość, że punkty 5 i 6 są w praktyce między sobą wyłączne i z uwagi na tradycję legislacyjną trudno jest spodziewać się, aby w jakiegokolwiek regulacji karnej pojawił się typ czynu zabronionego zagrożony w górnej granicy karą 2 lat i 6 miesięcy, to mimo wszystko należy zasugerować, żeby pkt 4 stanowił „a górną – kara pozbawienia wolności przekraczająca 2 lata”. W ten sposób zostanie zachowane logicznie poprawne rozróżnienie pkt 4 i 5.

V. Recydywa (art. 64 k.k.)

Projekt zakłada zaostrenie warunków odpowiedzialności karnej wobec wielokrotnych recydywistów (art. 64 § 2 k.k.), czyli osób, które przynajmniej trzykrotnie zostały skazane na

kary pozbawienia wolności. Projekt przewiduje, że wobec takich sprawców sąd będzie musiał wymierzyć karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości „od podwójnej wysokości dolnego ustawowego zagrożenia do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę”. Tak ukształtowana sankcja, w ocenie Projektodawcy, pozwoli na zrealizowanie zamierzonych celów w zakresie oddziaływania kary na tę kategorię sprawców, znacząco przyczyniając się do ograniczenia rozmiarów zjawiska recydywy wielokrotnej. Takie określenie sankcji karnej wobec recydywistów budzi wątpliwości, ponieważ motywy projektowanych zmian, nie są poparte ani rzetelną analizą dynamiki przestępstw popełnianych przez recydywistów, ani ich przyczyn, lecz nawiązują do tzw. kryminalizacji emocjonalnej (por. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 53 i n.), wedle której karze się, ponieważ odpowiada to potrzebom społeczności. Emocjonalna kryminalizacja opiera się na karaniu „ponieważ” (zostało popełnione przestępstwo) a nie na karaniu „aby” (osiągnąć jakiś cel). Dotyczy to również projektowanych zmian, które zdają się bazować na swoistej chęci odpłaty, tudzież populizmie penalnym.

Przeciwko nowemu brzmieniu art. 64 § 2 k.k. przemawiają nie tylko względy kryminalnopolityczne, lecz także względy sprawiedliwościowe i konstytucyjne. Mechanizm automatycznego podwajania dolnej granicy ustawowego zagrożenia rodzi poważne niebezpieczeństwo naruszenia zasady, że dolegliwość kary nie może przekraczać stopnia winy, która wiąże również w przypadku sprawców powracających do przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej. Zasada ta, „zadekretowana” również w Kodeksie karnym (art. 53 § 1 k.k.), ma charakter konstytucyjny: daje się wyprowadzić zarówno z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP), jak i zasady przyrodzonej godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP).

Projektowana zmiana w zakresie art. 64 § 2 k.k. (ale także w zakresie szeregu innych kwestii związanych z kształtem sankcji karnych) nawiązuje również do negatywnej prewencji ogólnej, wedle której prawo karne ma wywoływać obawę przed karą. W tym ujęciu stosowanie sankcji karnych ma li tylko odstraszać potencjalnych sprawców i przez to prowadzić do mniej lub bardziej skutecznej likwidacji określonych sposobów postępowania w społeczeństwie. Nie sposób jednak nie zauważyć, że wymierzanie sankcji karnej sprawcy przestępstwa głównie po to, by odstraszyć innych, narusza konstytucyjną zasadę ochrony godności człowieka. Sprawca przestępstwa nie może być traktowany w sposób przedmiotowy, jako środek do odstraszenia

innych potencjalnych sprawców. Podkreśla się przy tym, iż wątpliwa jest efektywność tak uzasadnianej kary (por. K. Buchała (w:) K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 1998, s. 415). Stąd też obowiązujący kodeks karny odrzuca prewencję generalną w znaczeniu negatywnym jako cel kary. Nie wyklucza to faktu, iż w pewnych, jednostkowych sytuacjach orzeczonej wobec sprawcy przestępstwa kara może działać odstraszańco wobec innych osób. Odstraszanie może być zatem jedną z faktycznych funkcji kary, nigdy jednak celem kary. Współczesna nauka prawa karnego zakłada, że sankcja karna wymierzana sprawcom przestępstw ma na celu wyrobienie przekonania o nieuchronności sankcji, a tym samym nieopłacalności popełniania przestępstw, ugruntowania poczucia obowiązki określonych norm i wartości oraz zaufania do instytucji państwa i obowiązującego w tym państwie prawa. Chodzi tu bowiem o „zespół oddziaływań kształtujących postawy społeczne - w tym indywidualne - które nie sprzyjałyby podejmowaniu decyzji dokonania przestępstwa, a nawet pojawieniu się podobnych zamiarów, zaś osoby prawa przestrzegające utwierdzałyby w przekonaniu o słuszności prowadzenia poprawnego życia” (por. wyrok SA w Krakowie z 11 czerwca 1992 r., II Akc 62/92, KZS 1992, z. 3-9, poz. 44). Jak widać, zwolennicy tego stanowiska inaczej rozkładają akcenty dotyczące społecznej roli prawa karnego. Kluczowe w nim nie jest wywołanie strachu przed sankcją karną, lecz rozwijanie, stabilizowanie oraz rozwijanie zjawisk pożądaných, co w założeniach skutkować winno eliminacją potępianych działań (por. wyrok SA w Krakowie z 11 czerwca 1992 r., II Akc 62/92, KZS 1992, z. 3-9, poz. 44).

Należy także zauważyć, że swoboda ustawodawcy w określeniu surowości sankcji karnych musi zmierzyć się z konwencją i tradycją polityki karnej i kryminalizacji w danym społeczeństwie oraz z wypadkową panujących w nim ocen dotyczących zachowań szkodliwych. Trzeba jednocześnie uwzględnić kontekst konstytucyjny, który nie tylko wyznacza katalog i hierarchię dóbr chronionych, ale określa zasady wprowadzania ustawodawstwa ograniczającego pewne uznane prawa i wolności człowieka i obywatela. Dobór sankcji i zasad ich wymiaru musi spełnić przynajmniej trzy zasadnicze kryteria, które powinny odzwierciedlać typowy ciężar danego przestępstwa, przy czym im w bardziej ogólny sposób zostały określone typy przestępstw, tym bardziej sankcja karna musi uwzględniać różne natężenie winy i szkody, które może zająć w konkretnym przypadku, a zatem musi być określona przez odległe od siebie na skali surowości minimum i maksimum kary; oddać wystarczająco

wyraźnie zmianę charakteru i znaczenia chronionego dobra między różnymi typami przestępstw, a także wyrazić aksjologię stosowania kary kryminalnej właściwą dla państwa demokratycznego, co w szczególności oznacza podmiotowe traktowanie sprawcy i ofiary przestępstwa, priorytetowe potraktowanie integrujących form karania (kary wolnościowe o charakterze probacyjnym, możliwość reżimu resocjalizacyjnego w ramach kary bezwzględnej pozbawienia wolności itp.), jak również uzależnienie wymiaru kary od ciężaru przestępstwa sprawcy.

VI. Zmiany w zakresie rozdziału VIII Kodeksu karnego

Wątpliwości budzą także zmiany, które dotyczą warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności oraz warunkowego przedterminowego zwolnienia. Są one ukierunkowane na zaostrzenie represji karnej poprzez ograniczenie możliwości stosowania instytucji probacyjnych, tudzież całkowite ich wyeliminowanie, jak ma to miejsce w przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 77 § 4 i 5 k.k.).

Budzi wątpliwości uchylenie przepisu art. 75a k.k., przewidującego możliwość – zamiast zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności – zamiany jej na karę ograniczenia wolności w formie obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne albo na grzywnę. W uzasadnieniu projektu wskazuje się, że powodem uchylenia przepisu art. 75a k.k. jest to, że wzbudza on kontrowersje w doktrynie. Dodaje się również, że przepis ten opiera się „na sprzecznym wewnątrznie założeniu”, jako że „decyzja o dokonaniu opartej na art. 75a § 1 zamiany kary jest w istocie podważeniem trafności zapadłego w sprawie wyroku orzekającego karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania”. Oba argumenty należy odrzucić. Po pierwsze, *de lege lata* trudno znaleźć instytucję, która nie wzbudzałaby kontrowersji czy głosów sprecznych w doktrynie. Nie oznacza to, jednak że każdą z nich należy zmienić bądź usuwać. Po drugie, trudno mówić o rzekomej wewnętrznej sprzeczności przepisu art. 75a k.k. Należy wskazać, że racją wprowadzenia uregulowanej w art. 75a k.k. instytucji była dążność do ograniczenia liczby osób wykonujących karę pozbawienia wolności w sytuacji, gdy kary nieizolacyjne wydają się spełniać cele kary. Celem instytucji z art. 75a k.k. jest zwiększenie elastyczności decyzji sądu w konkretnej sprawie i preferowanie kary wolnościowej – kary ograniczenia wolności lub grzywny.

Nie można pominąć, że usuwana instytucja stanowi także wyraz swobody sędziowskiej przy wymiarze kary. Zastąpienie karą ograniczenia wolności lub grzywną zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności ma charakter fakultatywny i pozostawione zostało do uznania sądu, ze wskazaniem jednak, aby cele kary zostały w ten sposób spełnione, przy czym sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę, wagę i rodzaj czynu zabronionego przypisanego skazanemu. Oznacza to, że zastępowanie karami wolnościowymi kary pozbawienia wolności, gdy są spełnione przesłanki zarządzenia jej wykonania, nie może się odbywać automatycznie, lecz musi być poprzedzone analizą ciężaru gatunkowego przestępstwa, za które sprawca został skazany, oraz przynależnością do określonej grupy przestępstw, która wskazuje rodzaj dobra zaatakowanego przez skazanego sprawcę. Należy w tym miejscu podkreślić, że chodzi o wagę i rodzaj czynu zabronionego przypisanego skazanemu, za który wymierzono mu karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, której zarządzeniem wykonania sąd się zajmuje i rozważa ewentualność zamiany na którąś z kar wolnościowych. Decyzja o zamianie może jednak być podjęta przez sąd pod warunkiem, że cele kary zostaną w drodze tej zamiany spełnione. Chodzi w tym przypadku o przekonanie sądu, że wszystkie cele stawiane przed karą orzeczoną zostaną osiągnięte, a więc cele, o jakich mowa w art. 53 § 1 k.k., tj. sprawiedliwościowy, szczególnieprewencyjny i w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Dyskusyjne jest również wyłączenie przedterminowego zwolnienia w przypadku osób skazanych karą dożywotniego pozbawienia wolności. Otóż, zgodnie z projektowanym brzmieniem art. 77 § 3 k.k. wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności sprawcy za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za inne przestępstwo na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat, sąd orzeka zakaz warunkowego zwolnienia. Ponadto, w § 4 tegoż przepisu proponuje by sąd, wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności, mógł orzec zakaz warunkowego zwolnienia sprawcy, jeżeli charakter i okoliczności czynu oraz właściwości osobiste sprawcy wskazują, iż jego pozostawanie na wolności spowoduje trwałe niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób.

Rozwiązanie to pozostaje w sprzeczności z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym już kilkakrotnie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, brak możliwości warunkowego zwolnienia osoby skazanej na dożywotnie

pozbawienie wolności narusza art. 3 EKPCz przewidujący zakaz niehumanitarnego i poniżającego traktowania. Trybunał każdorazowo podkreślał przy tym, że o ile sama kara dożywotniego pozbawienia wolności nie narusza art. 3 Konwencji, to narusza go już brak w prawie krajowym regulacji przewidującej możliwość przeprowadzenia kontroli zasadności dalszego wykonywania takiej kary po upływie ustalonego w ustawie terminu, który zwykle wynosi 25 lat. Możliwość ta nie oznacza prawa do bycia zwolnionym z zakładu karnego po wskazanym okresie, lecz powinna dać skazanemu nadzieję na odzyskanie wolności, choćby w dłuższej perspektywie czasowej. W tym kontekście można przywołać wyroki ETCPz – z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Vinter i inni v. Wielkiej Brytanii*, skargi nr 66069/06, 130/10 i 3896/10 oraz z dnia 4 września 2014 r. w sprawie *Trabelsi v. Belgii*, skarga nr 140/10, w których stwierdzono, iż z perspektywy gwarancji wynikającej z art. 3 Konwencji 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 (zob. szerzej B. Nita-Światłowska, *Możliwość orzeczenia kary dożywotniego pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia jako przeszkoda ekstradycyjna wynikająca z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Europejski Przegląd Sądowy 2017, nr 6, s. 29 i n.).

Na uwagę zasługuje również wyrok ETPCz z 4 października 2016 r. w sprawach *T.P. i A.T. v. Węgrom*, skarga nr 37871/14, uznał, iż węgierska ustawa, która przyznaje osobie skazanej na dożywotnie pozbawienie wolności możliwość ubiegania się o przedterminowe, warunkowe zwolnienie dopiero po 40 latach, narusza zakaz niehumanitarnego i poniżającego traktowania i karania (art. 3 Konwencji), jeżeli osoba skazana nie ma realnej możliwości ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie najdalej po odbyciu 25 lat kary pozbawienia wolności. Wydłużenie tego okresu do 40 lat w praktyce pozbawia więźnia nadziei na zwolnienie, co sprawia, że wymierzona mu kara staje się niehumanitarna i poniżająca. Ponadto, ETPCz wskazała, że akt łaski prezydenta nie jest wystarczający, bo ze względu na swój dyskrejonalny charakter udzielenie zwolnienia w takim wypadku nie podlega żadnym obiektywnym kryteriom ani przesłankom zależnym od zachowania skazanego. Dodać należy, że z perspektywy gwarancji określonej w art. 3 Konwencji istotne jest również i to, aby wymierzona kara dożywotniego pozbawienia wolności nie była dalej wykonywana w sytuacji, gdy wszystkie cele kary zostały spełnione i jej dalsze stosowanie nie jest uzasadnione.

Tymczasem w razie przyjęcia przepisów art. 77 § 3 i 4 k.k. wskazane zastrzeżenia będą aktualne także wobec Polski, ponieważ istniejący system prawny będzie wykluczał osoby objęte ww. przepisami z systemu kontroli dalszej zasadności odbywania przez skazanego kary dożywotniego pozbawienia wolności. Osoby, które zostaną skazane w warunkach określonych w art. 77 § 3 i 4 k.k. będą wyłączone z realnej możliwości zwolnienia na precyzyjnie określonych warunkach, wiadomych już w czasie orzeczenia wobec nich kary dożywotniego pozbawienia wolności (podobnie zob. wyrok w sprawie Matiošaitis i inni przeciwko Litwie z dnia 23 maja 2017 r.).

Nie sposób przy tym pominąć, że stosownie do treści art. 3 k.k. wymierzając karę sądy mają uwzględniać zasadę humanitaryzmu, a przede wszystkim szanować godność osoby karanej. Sprawca ma być celem działań związanych z procesem wymierzania kary i jej wykonywania. Niedopuszczalne jest zatem kierowanie się prewencją ogólną w ujęciu negatywnym, tzn. odstraszenie innych potencjalnych sprawców przez wymierzanie surowych kar, przekraczających swoją surowością stopień zawinienia i potrzeby resocjalizacyjne sprawcy, czyli kar lub środków karnych, z którymi związane cierpienia przekraczałyby potrzeby wynikające z funkcji sprawiedliwościowej i resocjalizacyjnej prawa karnego (por. A. Zoll (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny część ogólna, Komentarz*, t. I, Komentarz do art. 1-52, Warszawa 2016, s. 102-103).

Wreszcie dodać należy, że kara dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego zwolnienia jest wręcz uważana za karę niehumanitarną, pozbawiającą skazanego nadziei na powrót do społeczeństwa, czego wyrazem jest wprowadzenie w instrumentach europejskiej współpracy w sprawach karnych możliwości odmowy współpracy, jeśli miałyby ona dotyczyć takiej kary (zob. np. art. 607r § 1 pkt 6 k.p.k. w kontekście europejskiego nakazu aresztowania).

VII. Kara łączna

Poważnym modyfikacjom ulegają przepisy o karze łącznej. W pierwszej kolejności Projektodawca chce zrezygnować z koncepcji kary łącznej wprowadzonej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396) i powrócić do kary łącznej jako do konstrukcji realnego zbiegu przestępstw. Do zmiany tej trudno jest się odnieść zważywszy na fakt, że nie została ona w żaden sposób umotywowana. Projektodawca nie zawarł bowiem w uzasadnieniu projektu nawet

zdawkowych uwag odnośnie do zmian w zakresie kary łącznej, w tym nie wskazał z jakich powodów wycofuje się ze stosunkowo młodej konstrukcji normatywnej. Jak się wydaje jest to przeoczenie, gdyż we wcześniejszym projekcie zmiany w zakresie kary łącznej były szeroko uzasadnione (s. 21-24 uzasadnienia projektu z dnia 25 stycznia 2019 r.).

Z pewnością kara łączna jako forma realnego zbieg przestępstw może być traktowana jako instytucja bardziej sprawiedliwa, gdyż w określonych układach sytuacyjnych, sprawca będzie musiał odbyć kilka niezależnych od siebie kar łącznych. Jednakże wadą tej instytucji jest jej ogromne skomplikowanie, które było przedmiotem krytyki tak sądownictwa jak i doktryny. Z kolei obecnie obowiązujące regulacje kary łącznej wprowadziły *de facto* system przyłączny, który również jest bardzo skomplikowany, tak w zakresie określenia normatywnego (*vide* art. 85 § 3 k.k., w szczególności w pierwotnym brzmieniu) jak i stosowania w przypadkach intertemporalnych. W tym ujęciu rozważenia wymaga, czy bardziej odpowiednia nie jest próba wypośrodkowania koncepcji kary łącznej ew. rezygnacja z niej kosztem zmiany regulacji o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z reszty kary.

W opiniowanym projekcie zmianie ulegają także przepisy wyznaczające granice orzekanej kary. Obecnie granice te wyznaczone są „od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy”, innymi słowy granice te wyznaczone są przez zasadę pełnej absorpcji i kumulacji. W projekcie wskazuje się natomiast na konieczność orzekania kary łącznej „powyżej najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy” (*vide* art. 86 § 1 k.k.). Zmiana ta nie wydaje się praktycznie istotna, w znakomitej większości wypadków wydłuży ona bowiem karę pozbawienia minimalnie, np. karę pozbawienia wolności o jeden miesiąc. Co prawda trudno jest zanegować hipotetyczne *ratio* takiej zmiany, jednakże pytaniem jest czy nie wprowadza ona zbędnych komplikacji przy wyznaczaniu granic kary łącznej. Dodatkowa trudność pojawia się przy analizie proponowanego brzmienia art. 89a § 1 k.k., w którym przewidziano możliwość orzeczenia kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w przypadku, w którym co najmniej jedna z kar orzeczona została z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na podstawie art. 60 § 5 k.k. Z treści przepisu wynika wszak, że sąd będzie władny orzec najwyższą z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa, jeżeli będzie to kara orzeczona z dobrodziejstwem, o którym mowa w art. 60 § 5 k.k. Tym samym wskazany przepis wprowadzałby wyjątek od planowanej treści regulacji art. 86 § 1 k.k.

W stosunku do projektu z dnia 25 stycznia 2019 r. w opiniowanej regulacji zrezygnowano z art. 86 § 1a k.k., zgodnie z którym kara łączna miała być podnoszona o jedną czwartą sumy pozostałych kar podlegających łączeniu. Decyzję taką należy w pełni poprzeć. Analogicznie, o uwzględnieniu uwag zgłoszonych w stanowisku Sądu Najwyższego świadczy to, że w opiniowanej regulacji przedstawiono modyfikację regulacji art. 88 Kodeksu karnego, która zasługuje na pełną aprobatę. W tym samym tonie należy wypowiedzieć się o rezygnacji z **planowanego** art. 89a § 4 k.k.

VIII Przedawnienie

Krytycznie należy ocenić proponowany § 2 art. 102 k.k. Dotychczas funkcjonującą klarowną regulację w zakresie wydłużenia terminu przedawnienia proponuje się uzupełnić poprzez odwołanie do podjęcia pierwszej czynności dowodowej zmierzającej do ustalenia, czy zostało popełnione przestępstwo. Powyższy moment nie jest wystarczająco jednoznaczny do ustalenia i można zakładać, że wprowadziłby w praktyce wątpliwości co do momentu, od którego doszło do przedłużenia karalności. Szczególnie problematyczne w tym kontekście będzie ustalenie, w szczególności po upływie długiego czasu, czy w danym postępowaniu organ procesowy powziął uzasadnione podejrzenie popełnienia innego czynu. Ponadto, z treści projektowanego art. 102 § 2 k.k. nie jest jasne, czy chodzi o czynność dowodową podjętą po powzięciu uzasadnionego podejrzenia przestępstwa, czy także powziętą wcześniej, z której dopiero takie podejrzenie wyniknęło. Mogłyby też powstać wątpliwości, czy czynność dowodowa była rzeczywiście ukierunkowana na ustalenie popełnienia danego czynu. Z uwagi na fakt, że przedawnienie jest negatywną przesłanką procesową, powinno pozostać uregulowane w sposób pozwalający na jego szybkie i jednoznaczne ustalenie.

IX. Uwagi do części szczególnej Kodeksu karnego

Zastrzeżenia należy zgłosić wobec propozycji wprowadzenia odpowiedzialności karnej za przygotowanie do przestępstwa zabójstwa. Jak wynika z części ogólnej Kodeksu karnego (art. 16 § 2 k.k.), ustawa karna ujmuje karalność przygotowania, jako formy stadialnej przestępstwa, tylko w przypadkach wyraźnie przez ustawę wskazanych. Regułą jest więc bezkarność czynności przygotowawczych, wynikająca z kilku powodów. W przypadku przestępstwa zabójstwa brak penalizacji wynika przede wszystkim z trudności dowodowych. Jak trafnie wskazuje T. Bojarski, w wielu wypadkach poważnych przestępstw, jak np. zabójstwo, „czynności przygotowawcze mogą być trudno rozpoznawalne jako przedsięwzięte

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” (por. T. Bojarski, Polskie prawo karne Zarys części ogólnej, Warszawa 2012, s. 207). Z kolei A. Marek zauważa, że karalność przygotowania uzasadnia po pierwsze wysoki stopień społecznej szkodliwości zamierzonych czynów, a po drugie ocena, iż ich popełnienie nie może nastąpić bez określonych czynności przygotowawczych bądź też, że same te czynności charakteryzują się społeczną szkodliwością (urządzenia i materiały wybuchowe, urządzenia do fałszerstwa pieniędzy itp.). Autor wskazuje dalej, że w kodeksie nie przewidziano karalności przygotowania do zbrodni zabójstwa, bowiem często jest ona popełniana za pomocą przedmiotów powszechnie dostępnych, używanych przez sprawców jako narzędzia przestępstwa (nóż, siekiera itp.) – por. A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004, s. 152-153. Nie sposób byłoby w takich sytuacjach wykazać, że osoba czyni przygotowanie do zbrodni zabójstwa. Jedynie, co byłoby możliwe do wykazania dowodowego, to przygotowanie zabójstwa w postaci wieloosobowej, czyli wejścia w porozumienie z inną osobą.

Pewne wątpliwości wzbudza treść projektowanego art. 148a § 1 k.k. Karalne ma być przyjęcie zlecenia zabójstwa człowieka, a więc zadeklarowanie gotowości uczynienia tego bez wprowadzenia wymogu, aby osoba taka miała zamiar wykonania zlecenia. Znamiona przestępstwa wyczerpie zatem także taka osoba, która ma zamiar wyłudzić od zlecającego korzyść majątkową lub osobistą, wprowadzając go w błąd co do gotowości wykonania zlecenia. Takie określenie znamion czynu zabronionego wprowadza zbyt szeroką karalność, co przy uwzględnieniu wysokiego zagrożenia karą, trudno zaakceptować.

Projektodawca proponuje zmianę art. 190a § 1 i 2 k.k. W pierwszym przypadku zakłada on rozszerzenie efektu działań sprawcy uporczywego nękania o poczucie poniżenia lub udręczenia. Dodanie znamienia „poniżenia” jest wątpliwe, albowiem zmienia charakter przepisu, zbliżając go do przestępstwa znęcania.

Jeśli zaś chodzi o art. 190a § 2 k.k. należy poczynić dwie uwagi. Po pierwsze, nie wydaje się uzasadnione wprowadzanie obok danych osobowych dodatkowej kategorii innych danych, za pomocą których osoba jest publicznie identyfikowana. Pojęcie danych osobowych w rozumieniu Rozporządzenia ogólnego w sprawie ochrony danych osobowych (RODO) jest

na tyle pojemne, aby objąć wszelkie kluczowe informacje odnoszące się do określonej osoby, których nieautoryzowane wykorzystanie zasługuje na reakcję prawnokarną. Po drugie, zmiana charakteru przestępstwa z formalnego na materialne tylko pozornie rozwiązuje problem niefortunnie wprowadzonego w pierwotnej wersji przepisu wymogu istnienia zamiaru kierunkowego. Powoduje bowiem, że do wyczerpania znamion przestępstwa dochodzi dopiero w momencie wyrządzenia szkody. Tymczasem ze względów prewencyjnych i mając na względzie istotę tzw. kradzieży tożsamości, karalność przestępstwa powinna być uniezależniona od nastąpienia skutku. Stąd należałoby poprzestać na abstrakcyjnym lub konkretnym narażeniu na niebezpieczeństwo (zob. A. Lach, Karnoprawna reakcja na zjawisko kradzieży tożsamości, Warszawa 2015, s. 91 – 92).

Projekt powiela także istniejącą niespójność granic ustawowego zagrożenia określonych w planowanych art. 190a § 3 k.k. i art. 207 § 3 k.k. W obydwu regulacjach przewidziano typ kwalifikowany skutkiem w postaci „targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie”. Zważywszy na zbieżny skutek oraz faktyczne podobieństwo ładunku bezprawia wiążącego się z obydwoma typami czynów zabronionych nie znajduje uzasadnienia zróżnicowanie granic ustawowego zagrożenia, tymczasem w planowanym art. 190a § 3 k.k. przewidziano sankcję w postaci „kary pozbawienia wolności od roku do lat 10”, w planowanym zaś art. 207 § 3 k.k. widnieje natomiast sankcja w postaci „kary pozbawienia wolności od lat 2 do lat 15”.

Krytycznie należy ocenić projektowany art. 212 § 2a k.k. Z jednej strony wprowadza się karalność specyficznej formy przygotowania, które nie ma większego uzasadnienia w sprawach prywatnoskargowych i będzie trudne do udowodnienia ze względu na wymóg wykazania celu. Wystarczająca jest tu możliwość skazania danej osoby za zniesławienie, skoro rozgłaszane informacje okazały się nieprawdziwe. Z kolei w przypadku działań podejmowanych po popełnieniu zniesławienia, wystarczające są przepisy karne chroniące dobro wymiaru sprawiedliwości.

Istotne zastrzeżenia budzi także użyte w projektowanym art. 212 § 2a k.k. oraz 235 § 2 k.k. pojęcie tworzenia fałszywych dowodów mających służyć uniknięciu lub zmniejszeniu odpowiedzialności karnej. Pod tym pojęciem można rozumieć między innymi składanie fałszywych wyjaśnień, co na dzień dzisiejszy co do zasady nie jest karalne i nie ma przekonujących argumentów za zmianą tego stanu rzeczy. Można też powziąć wątpliwość, czy

tak skonstruowany przepis nie będzie służył do ograniczania gwarantowanego konstytucyjnie i konwencyjnie prawa do obrony oskarżonego. Jeśli Projektodawca widzi potrzebę rozszerzenia ochrony świadków i biegłych przed wpływaniem na ich zeznania i opinie (co można uznać za uzasadnione), powinien rozważyć nowelizację art. 245 k.k.

Należy zgłosić wątpliwość, czy zasadne jest wprowadzenie kryminalizacji uchylania się od wykonania orzeczonego obowiązku naprawienia szkody, obowiązku zadośćuczynienia za doznaną przez inną osobę krzywdę lub nawiązki (projektowany art. 244c k.k.). Należy bowiem odnotować, że powyższe środki nie są już środkami karnymi, a stały się środkami kompensacyjnymi, do których orzekania stosuje się także przepisy prawa cywilnego. Wniosek o nałożenie obowiązku naprawienia szkody zyskał w ten sposób charakter *sui generis* uproszczonego powództwa cywilnego. Powstaje zatem pytanie, czy uzasadnione jest różnicowanie sytuacji, kiedy pokrzywdzony dochodzi roszczeń cywilnoprawnych wynikających z przestępstwa w procesie karnym i kiedy robi to w postępowaniu cywilnym. Następowaloby bowiem *de facto* ukaranie za niewywiązanie się z obowiązku mającego w dużej mierze charakter cywilnoprawny. Nieproporcjonalna jest tutaj także proponowana kara. Oczywiście, wzmocnienie ochrony pokrzywdzonych jest celem zasługującym na aprobatę, proponowana regulacja może zostać wszakże uznana za niespełniającą wymogu niezbędności i proporcjonalności kryminalizacji.

W przypadku projektowanego art. 272 § 2 k.k. zachodzi wątpliwość, czy przepis ten jest potrzebny. Nawet bowiem przyjmując, że powinno być karalne wprowadzenie w błąd nie tylko w celu uzyskania dokumentu poświadczającego nieprawdę, lecz również takiego, który jej nie poświadcza, należy pamiętać o kryminalizacji posługiwania się dokumentem sfałszowanym (art. 270 k.k.), używania dokumentu poświadczającego nieprawdę (art. 273 k.k.), czy też złożenia fałszywego oświadczenia pod groźbą odpowiedzialności karnej (art. 233 § 6 k.k.).

Z uwagi na spadek przestępstw kradzieży i rozbojów w Polsce wątpliwości budzi postulat wprowadzenia do Kodeksu karnego nowego typu kradzieży, tj. kradzieży szczególnie zuchwałej. Rodzi się pytanie jaki jest sens wprowadzenia tego typu czynu zabronionego skoro istniejące instrumenty prawne pozwalają skutecznie ograniczać przestępczość przeciwko mieniu i zabezpieczać istotne dobra prawne. Propozycja wprowadzenia tzw. kradzieży szczególnie zuchwałej nie jest rozwiązaniem nowatorskim. Stanowi bowiem powrót do

rozwiązania występującego w art. 208 k.k. z 1969 r. Jednocześnie Projektodawca wprowadza ustawową definicję szczególnej zuchwałości przy kradzieży (nowy art. 115 § 9a k.k.). Według niej „kradzieżą szczególnie zuchwałą jest: 1) kradzież, której sprawca swoim zachowaniem wykazuje postawę lekceważącą lub wyzywającą wobec posiadacza rzeczy lub innych osób lub używa przemocy innego rodzaju niż przemoc wobec osoby, w celu zawładnięcia mieniem; 2) kradzież mienia ruchomego znajdującego się bezpośrednio na osobie lub w noszonym przez nią w czasie czynu ubraniu albo przenoszonym przez tę osobę lub znajdującym się w przenoszonych przez tę osobę przedmiotach”. Przywołana definicja daleka jest od doskonałości, o czym może świadczyć fakt, że wszystkie kradzieże w Polsce, zarówno te, będące wykroczeniami, jaki i występami, mogą na jej podstawie być kwalifikowane jako tzw. kradzież szczególnie zuchwałą. Otóż jedną z autonomicznych przesłanek kwalifikujących zachowane przestępne jako tzw. kradzież szczególnie zuchwałą jest to, że sprawca swoim zachowaniem wykazuje postawę lekceważącą wobec posiadacza rzeczy. Wydaje się, że każdy sprawca, który dokonuje kradzieży wykazuje postawę lekceważącą wobec posiadacza rzeczy, ergo każdy, może zostać uznany za sprawcę wskazanej kradzieży. Występek ten, wedle opiniowanego projektu, zagrożony jest karą pozbawienia wolności do 8 lat.

Zbędne jest wprowadzenie do Kodeksu karnego kolejnego typu przestępstwa przeciwko mieniu, dotyczącego nieautoryzowanej transakcji przy użyciu pieniądza elektronicznego. Według projektowanego art. 279a § 1 k.k., kto dokonuje transakcji płatniczej przy użyciu pieniądza elektronicznego bez zgody osoby uprawnionej do dysponowania tym pieniądzem, będzie podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Istniejące trudności w związku z kwalifikacją prawną kradzieży dokonanej za pomocą płatności skradzioną kartą płatniczą zostały rozwiane wyrokiem SN z 22 marca 2017 r., III KK 349/16 (OSNKW 2017, z. 9, poz. 50). W wyroku tym wskazano, że włamanie jako sposób działania sprawcy kwalifikowanego typu kradzieży określonej w art. 279 § 1 k.k. nie polega wyłącznie na przeniknięciu sprawcy do wnętrza zamkniętego pomieszczenia na skutek przełamania jego zabezpieczeń, lecz może polegać na przełamaniu zabezpieczeń zamykających dostęp do mienia i jednoznacznie manifestujących wolę właściciela (użytkownika) mienia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób. Stwierdzono również, że dokonanie płatności kartą płatniczą w formie tzw. płatności zbliżeniowej przez osobę nieuprawnioną, która weszła

w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.). Proponuję usunięcie tego fragmentu, podobnie jak w poprzedniej opinii.

Należy odstąpić od wprowadzania jednostki redakcyjnej 306a do Kodeksu karnego, a projektowane w niej regulacje zawrzeć w innym przepisie. Uwaga ta wynika z uchwalenia przez Sejm ustawy z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny, w której w art. 306a k.k. stypizowane zostało tzw. oszustwo licznikowe (w chwili sporządzania niniejszej opinii ustawa oczekuje na podpis Prezydenta RP).

W projektowanym art. 306b § 1 k.k. można skreślić zwrot „na podstawie odrębnych przepisów”. Jest to oczywiste, że dopuszczenie pojazdu do ruchu odbywa się na podstawie innych przepisów niż Kodeks karny. Z kolei w § 2 tego przepisu należy zrobić odwołanie do tablic rejestracyjnych uzyskanych w sposób określony w § 1, co obejmie tablice zabrane, podrobione lub przerobione.

Ponownego przeanalizowanie i uzasadnienia wymaga art. 9 projektowanej ustawy, zgodnie, z którym „W ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396) uchyla się art. 16 i 17”. We wskazanych regulacjach znajdują się przepisy epizodyczne o mieszanym charakterze, tj. materialnoprawnym i wykonawczym. Jak należy wnioskować przepisy te mogą pozostawać w zakresie regulacji art. 4 § 1 k.k., wobec czego ich formalne uchylenie nie przełoży się na brak możliwości ich stosowania w odniesieniu do osób, które uzyskały stosowne orzeczenia przed 1 lipca 2015 r. Proponowany art. 11 projektu warunkujący skuteczność zastosowania wskazanych unormowań art. 16 i 17 od złożenia przez skazanego stosownego wniosku przed dniem wejścia w życie opiniowanej ustawy nie wydaje się w tym ujęciu rozstrzygający.

W podsumowaniu należy wyrazić pogląd, że zgłoszony projekt wymaga dalszych prac. Dostrzeżone uchybienia są przy tym bardzo różnej natury, z jednej strony część instytucji wymaga drobnych korekt, z drugiej niektóre wymagają gruntownego przemyślenia i przemodelowania. Część zmian bez wątpienia zasługuje natomiast na aprobatę.