

dr hab. Anna Golonka, prof. UR

Zakład Prawa Karnego

Uniwersytet Rzeszowski

(Nie)stabilność przepisów karnych a dogmat o racjonalności prawodawcy, czyli kilka uwag na tle nowelizacji kodeksu karnego

Ang.: (In)stability of penal provisions and legislator's rationality dogma - a few notes on the background of the amendment of the Criminal Code

Przedmiotem opracowania są wybrane kwestie natury dogmatycznej, stanowiące fundament rozważań nad istotą zmian przepisów karnych przeprowadzanych za sprawą ostatnich nowelizacji kodeksu karnego. Szczególna uwaga została w nim poświęcona nowelizacji k.k. przeprowadzona ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. (obowiązującą od dnia 1 lipca 2015 r.). Analizie zostały poddane pewne zmiany wprowadzone tą ustawą i uchylone ustawą nowelizującą k.k. z dnia 11 marca 2016 r. (obowiązującą od dnia 15 kwietnia 2016 r.), tudzież zmiany przeprowadzone w kontekście prawno-porównawczym, uwzględniające nie tylko bieżący kształt przepisów k.k., ale również przepisów karnych innych ustaw. Na tej podstawie zostały wyciągnięte wnioski, odwołujące się do podstawowych założeń, na jakich winien opierać się ustawodawca podejmując decyzję w przedmiocie nowelizacji przepisów i celów, jakie powinien mieć przy tym na względzie.

Słowa kluczowe:

nowelizacja kodeksu karnego, nowelizacja prawa karnego z 2015 r., *ratio legis*,

Keywords:

amendment of the Criminal Code, the amendment to the criminal law of 2015., *ratio legis*,

I. Wstęp

Prawo karne, jako dziedzina prawa publicznego, zajmuje się regulacją stosunków prawnych między obywatelami i organami państwowymi. Dysponuje więc

instrumentami przymusu, służącymi egzekwowaniu posłuchu dla normy prawnej. Jako takie winno ono zatem z całą stanowczością sprzyjać realizacji podstawowych zasad państwa prawa, z których na czoło, jako jedna z fundamentalnych, wysuwa się przy tym zasada *nullum crimen sine lege*. O jej doniosłości świadczy chociażby nadana jej ranga zasady konstytucyjnej. Została ona wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Powody uznania tzw. zasady określoności za zasadę konstytucyjną, w przypadku przepisów karnych wydają się nader oczywiste. W tym miejscu jedynie gwoli przypomnienia wypada wskazać na to, że jej wagę podkreślił Trybunał Konstytucyjny jeszcze po rządami Ustawy konstytucyjnej z 1992 r. (tzw. Małej konstytucji)¹, sygnalizując, iż: „(...) orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego prowadzi do wniosku, że ustawowe sformułowanie przepisów karnych (represyjnych) musi w sposób zupełny odpowiadać zasadzie określoności. Oznacza to, że sama ustawa musi w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny definiować wszystkie znamiona czynów zagrożonych karą. (...) Ustawa musi więc w sposób kompletny wyznaczyć kategorie osób, które mogą ponosić odpowiedzialność za dany czyn. Nie może tego natomiast dokonywać akt wykonawczy, bo w prawie karnym wyłączość ustawy ma charakter bezwzględny. Wynika to z zasady *nullum crimen sine lege*, stanowiącej nieodłączny element państwa prawnego (art. 1 przepisów konstytucyjnych)”². Powołując się na treść uzasadnienia przytoczonej sentencji, także Sąd Najwyższy (zresztą niejednokrotnie) stwierdził *expressis verbis*, że: „(...) niedopuszczalne definiowanie znamion czynu zabronionego aktami pozaustawowymi, gdyż >>w prawie karnym wyłączość ustawy ma charakter bezwzględny<<”³. W świetle powyższego nie pozostawia zatem żadnych wątpliwości to, iż przepis karny musi być wyrażony w ustawie (*lex scripta*), obowiązującej w czasie popełnienia czynu zabronionego (*lex severior rerto non agit*).

Rozwinięciem i zarazem doprecyzowaniem zasady *nullum crimen sine lege* są dalsze zasady to jest: przewidująca zakaz stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy zasada *nullum crimen sine lege stricta*, wyrażająca postulat zapewnienia możliwie największej określoności typów czynów zabronionych i unikania posługiwania się

¹ Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym, Dz. U. z 1992 r., nr 84, poz. 426.

² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1999 r., III KKN 391/97, OSNKW 1999, z. 9-10, poz. 52; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 22/99, OSNKW 1999, z. 9-10, poz. 51; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2000 r., V KKN 390/00, Prokuratura i Prawo (wkładka) 2001, nr 3, poz. 1.

zwrotami o charakterze ocennym, bądź znamionami nieostrymi zasada *nullum crimen sine lege certa*, czy wreszcie zasada winy (łac. *nullum crimen sine culpa*)⁴.

W obliczu obowiązywania powyższych zasad, rolą ustawodawcy jest takie rozsądne i przemyślane tworzenie przepisów, aby były one przede wszystkim zrozumiałe dla możliwie szerokiego kręgu adresatów zawartych w nich norm i przy tym, aby dawały im one poczucie stabilności ich sytuacji prawnej. Nie trzeba chyba nikogo przekonywać, że wymagania takie w odniesieniu do przepisów karnych są bezwzględną koniecznością, a zarazem także wyznacznikiem dobrze funkcjonującego państwa prawa. Z całą pewnością przestrzeganiu tych zasad nie służą zaś częste zmiany przepisów, które nie tylko, że mogą rodzić obawy o spójność uregulowań obowiązujących w ramach całego systemu prawa czy danej jego dziedziny, ale nadto także narażać na zarzut braku stabilizacji w zakresie forsowanych rozwiązań prawnych. W niektórych przypadkach mogą one zaś prowadzić nawet do zakwestionowania racjonalności działań samego ustawodawcy, który- jak dowodzi praktyka- decyduje się w takich przypadkach sięgnąć po swoją „ostateczną broń”, jaką jest kolejna zmiana przepisów. Mnożenie tych zmian i dalsze, przeprowadzane nierzadko w pośpiechu legislacyjnym, modyfikacje obowiązujących przepisów (w założeniu polegające na korekcie poprawionych przecież poprzednią nowelizacją treści normatywnych) nie sprzyjają jednak budowaniu bezpieczeństwa w obrocie prawnym. Najlepszym tego przykładem są, niestety, ostatnie zmiany przepisów karnych. Ich analiza prowadzi do mało optymistycznego wniosku, że nie w każdym przypadku oparcie się na przepisach karnych daje poczucie należytej pewności, a tym samym i nasuwa wątpliwości dotyczące poszanowania zasady *nullum crimen sine lege*. Można by wskazać na liczne tego przykłady. W tym opracowaniu, z uwagi na obszerny charakter zagadnienia, dyktowany nie mniej gruntowną reformą przepisów prawa karnego, podniesione zostaną jednak tylko wybrane kwestie obrazujące ten problem, istotne z punktu widzenia tematyki poruszanej na tej konferencji.

II. Pewność przepisu karnego – uwagi natury dogmatycznej

Dogmatyka prawa stanowi dział nauk prawnych, zajmujący się badaniami prawa obowiązującego w takiej postaci, w jakiej zostało ono ustanowione przez ustawodawcę. Badania te prowadzone są pod kątem systematyzacji, interpretacji i analizy obowiązujących

⁴ Por. M. Dąbrowska- Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Wolters Kluwer, 2012, s. 67-69.

norm prawnych. W literaturze przedmiotu zwykło się tradycyjnie przyjmować, że dogmatyka prawa obejmuje nie tylko działalność badawczą *sensu stricto* (tzw. aspekt pragmatyczny dogmatyki prawa), ale również wytwory tej działalności, tj. publikacje i zespół twierdzeń na temat prawa (tzw. aspekt apragmatyczny dogmatyki prawa)⁵. Warto nadmienić również, iż pozytywizm prawniczy ograniczał się do opisu i interpretacji prawa obowiązującego (szczególna dogmatyka prawa) oraz opisu i systematyzacji źródeł prawa i argumentów prawniczych (ogólna dogmatyka)⁶. Dogmatyka prawa, pomimo iż skupia się zasadniczo na tworzeniu prawa, to jednak w wielu przypadkach prowadzi do jego zmiany, kreując obiekty badań (nie tylko je selekcjonując), co jest możliwe dzięki podejmowanej krytyce obowiązujących przepisów⁷.

Karnistyka, jako dziedzina dogmatyki prawa (poza typowymi dla dogmatyki prawa zadaniami ogólnymi, takimi jak m.in.: systematyzacja norm prawnych i ich opis, wskazywanie, które z nich należy uznać za obowiązujące w razie pojawienia się jakichkolwiek wątpliwości, wykładnia normy prawnej, interpretacja przepisów, wskazywanie kierunku pożądanych zmian w prawie w oparciu o analizę bieżącego stanu prawnego (postulaty *de lege ferenda*)⁸, stawia sobie dodatkowe cele, wynikające z charakterystyki i specyfiki, jaką w stosunku do przepisów innych dziedzin wykazują przepisy karne. Ta specyfika przepisów karnych wiąże się z charakterem norm prawnych zakodowanych w przepisach karnych, ich budową, przyjmowanymi klasyfikacjami przepisów karnych, wyrażonymi w przepisach karnych dyrektywami, tendencjami w zakresie interpretacji przepisów, co związane jest poniekąd także istotą samej typizacji zachowań bezprawnych⁹. Nie bez znaczenia pozostają przy tym kwestie dotyczące aspektu językowego, w tym tak ważne w prawie karnym postulaty odnoszące się do posługiwania się w opisie typu czynu zabronionego znamionami potocznymi i unikanie znamion ocennych (czy szerzej-nieostrych)¹⁰.

Nie sposób byłoby jednak nie wspomnieć w tym miejscu i o tym, iż dogmatyka prawa opiera się na założeniu, że system prawa jest zupełny i niesprzeczny. Zupełność systemu oznacza, iż z przyjętych w danym systemie prawa aksjomatów da się wyprowadzić (zgodnie z

⁵ J. Guść [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, wydawn. C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 53-54.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*. Por. także: M. Cieslak, W. Wolter, *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa: księga pamiątkowa ku czci profesora Władysława Woltera*, Wydawn. Prawnicze, Warszawa 1959 s. 186-187.

⁹ Por. M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna ...*, *op. cit.*, s. 11-22.

¹⁰ *Ibidem*, s. 23-26. Por. także: K. Opałek, J. Wróblewski, *Prawo metodologia, filozofia, teoria prawa*, PWN, Warszawa 1991, s. 157

akceptowanymi regułami budowy tego systemu) dowolne zdanie albo jego negację, jeżeli są one sformułowane w języku danego systemu. W dyskursie nad zupełnością, ustaleniu podlega kilka kwestii, a mianowicie to czy:

- 1) do danego systemu prawnego należą te normy które z natury powinny do niego należeć,
- 2) o każdej jednoznacznej wypowiedzi dyrektywnej wyrażonej w danym języku można w danym momencie stwierdzić, że jest ona (albo nie jest) obowiązującą normą prawną danego systemu,
- 3) wszelkie postępowanie podmiotów podległych danemu systemowi w określonego rodzaju sytuacjach ze względu na normy danego systemu ma określoną kwalifikację normatywną?¹¹

W wypadku, gdy panuje powszechne przekonanie, stanowiące nie tylko pojedynczy postulat *de lege ferenda* (choć niekiedy od takiegoż zapoczątkowane) o tym, iż w danym systemie powinna obowiązywać jakaś norma postępowania, której w nim brak, mamy do czynienia z luką aksjologiczną w systemie. Na ogół zapatrywanie takie dotyczy spraw ważnych z punktu widzenia funkcjonowania obrotu prawnego. Natomiast w sytuacji, w której w danym systemie obowiązują normy wzajemnie się wykluczające (tj. takie, z których jedna nakazuje jakieś postępowanie, a druga go zakazuje) to mamy do czynienia z luką logiczną. Niekiedy mówi się jeszcze o luce konstrukcyjnej (tetycznej), czyli sytuacji, w której nakazuje się podmiotowi dokonanie pewnej czynności konwencjonalnej, przy czym w danym systemie brak jest reguł określających sposób wykonywania tej czynności¹².

Reguły prawne (jako elementy systemu) są w pewnym sensie na ogół nieostre. Ta „nieostrość” może dotyczyć reguły jako części systemu prawa, ale także wiązać się z obowiązaniem danej normy. Nieostrość reguły jako elementu systemu prawa może odnosić się: po pierwsze, do znaczenia tej reguły, co ma miejsce wówczas, gdy jej zakres nie jest wystarczająco ściśle określony, a zatem nie daje się wyodrębnić tego, co mieści się w zakresie klas denotowanych przez występujące w nich nazwy (deskrypcje), a po wtóre, nieostrość reguły może wynikać z jej złożoności jako wyrażenia językowego (ze względu na jego niejednoznaczność syntaktyczną)¹³.

Z kolei o „sprzeczności” norm będziemy mogli mówić zarówno wówczas, gdy między normami zachodzi niezgodność zasadnicza (*sensu stricto*) typu logicznego, bądź

¹¹ Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1974, s. 226.

¹² *Ibidem*, s. 227.

¹³ K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo metodologia...*, *op. cit.*, s. 157-160.

przeciwieństwo norm, jak i występuje niezgodność norm typu prakseologicznego (zrealizowanie jednej normy wyklucza zrealizowanie innej normy)¹⁴.

U podstaw supozycji dotyczącej zupełności i niesprzeczności systemu prawa leży zaś twierdzenie o racjonalności ustawodawcy. Racjonalny ustawodawca, jak zwykle się zakładać, to taki, który dobiera najwłaściwsze środki dla założonego celu w oparciu o wiedzę i preferencje (tzw. prawodawca racjonalny *sensu stricto*). J. Wróblewski, oprócz tego modelu racjonalnego prawodawcy, wyróżnia także model prawodawcy doskonałego, czyli takiego, który z punktu widzenia innego podmiotu kieruje się najlepszą wiedzą i ocenami podczas tworzenia prawa (konceptja prawodawcy doskonałego stanowi jedną z form krytyki obowiązującego prawa)¹⁵. Niezależnie jednak od przyjętej koncepcji i jej autora, w każdym ujęciu racjonalnego prawodawcy akcentowane są zawsze dwa elementy tj.: wiedza (jako element poznawczy) oraz ocena (oznaczająca konsekwentne posługiwanie się przez prawodawcę ustaloną hierarchią wartości, a nie odbiór społeczny)¹⁶. Wyartykułowanie celu działania jest przy tym pierwszym i podstawowym warunkiem tego, aby dane działania uznać za racjonalne. Nie jest jednak ono warunkiem wystarczającym.

Konceptja racjonalności prawodawcy (obok jasnego postawienia celu) zakłada bowiem także¹⁷:

- 1) dobór najskuteczniejszych środków dla jego osiągnięcia oraz maksymalne ich wykorzystanie, zastosowanie najwłaściwszych metod (przy najmniejszym wysiłku osiągnąć możliwie maksymalne wyniki),
- 2) skonfrontowanie wyników działania z celem i planem przedsięwzięcia,
- 3) dokonanie analizy przyczyn odchylenia od zamierzonych celów i trudności, jakie wystąpiły w czasie realizacji,
- 4) podjęcie decyzji w przedmiocie zmian środków, metod działania etc.

Założenie o racjonalności prawodawcy, które w swojej istocie sprowadza się do pewnej fikcji, napotyka na problemy wynikające z tego, że: po pierwsze, jest ono odnoszone do aspektu związanego z procesem stosowania prawa (tzn. fikcja ta ma służyć uzasadnieniu tego, aby „(...) podmiot stosujący prawo mógł znaleźć podstawę prawną swej decyzji wówczas, gdy z tekstu prawnego nie wynika bezpośrednio kryterium oceny danego stanu faktycznego”¹⁸), a po drugie, sprowadza się ono do sformułowania warunków, jakie powinien

¹⁴ Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia ...*, op. cit., s. 231.

¹⁵ J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, PWN, Warszawa 1989, s. 45-49.

¹⁶ A. Bałaban, L. Dubiel, L. Leszczyński, *Zasady tworzenia prawa*, wyd. III zm., Lublin 1986, s. 56.

¹⁷ *Ibidem*, s. 54.

¹⁸ *Ibidem*, s. 55.

spełniać prawodawca, żeby jego działanie nazwać racjonalnym (to ujęcie obejmuje szereg wielorakich i zróżnicowanych cech, a także niejednorodnych postulatów i wskazówek wysuwanych przez przedstawicieli nauki prawa)¹⁹. Te, nazwijmy to, słabe punkty założenia o racjonalności prawodawcy nie mogą jednak prowadzić do jego negacji. Wobec tego samo prawo jest postrzegane także jako rezultat działania racjonalnego prawodawcy, czyli takiego, który nie popełnia błędów, lecz „(...) co najwyżej niewłaściwie czasem formułuje swą wolę, doprowadzając do powstania pozornych sprzeczności”²⁰. Jak pisał J. Wróblewski, prawodawcy nie można bowiem przypisywać takiej regulacji prawnej, która „prowadzi do decyzji stosowania prawa niecelowych, niesprawiedliwych, niesłuszných; nie można mu przypisać dążenia do celów, których zrealizować się nie da”²¹.

Przekonanie o racjonalności poczynań prawodawcy, jak i model racjonalnego stanowienia prawa, opartego na założeniu, że prawodawca dąży w tym procesie do obranego i precyzyjnie określonego celu stanowią fundament rozważań nad zasadnością przeprowadzania zmian przepisów. Każda taka zmiana uderza przecież w poczucie stabilności przepisów i podważa zaufanie adresatów zawartych w ich norm do ustawodawcy. Ponadto może ona również rodzić obawy dotyczące braku należytej spójności i dostatecznej pewności regulacji prawnych, co w przypadku przepisów karnych zdaje się nabierać szczególnego znaczenia. W takim właśnie kontekście (a więc z uwzględnieniem założenia dotyczącego racjonalnej działalności prawodawcy) warto byłoby przeanalizować kilka zmian, jakie miały miejsce w przepisach karnych (przede wszystkim karnomaterialnych), tudzież przyjrzeć się uzasadnieniu ich przeprowadzenia.

III. Nowelizacje kodeksu karnego – *ratio legis* a pewność przepisów karnych

Kodeks karny z 1997 r. doczekał się już około siedemdziesięciu nowelizacji. Jedną z większych została przeprowadzona ustawą z dnia 20 lutego 2015 r., która weszła w życie w dniu 1 lipca 2015 r.²² Zasadniczym powodem wprowadzenia zmian w zakresie przepisów prawa karnego materialnego, jaki w tym przypadku przyświecał ustawodawcy było m.in. zapewnienie właściwych proporcji między karami izolacyjnymi i nieizolacyjnymi (na korzyść orzekania tych ostatnich), szersze stosowanie (szeroko pojętych) środków penalnych, modyfikacja pewnych regulacji k.k. dotyczących zasad wymiaru kary. Nie bez znaczenia dla

¹⁹ *Ibidem*, s. 55.

²⁰ Por. J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa...*, *op. cit.*, s. 45.

²¹ *Ibidem*.

²² Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

nadania nowego kształtu niektórym przepisom kodeksu karnego była również gruntowna reorganizacja zasad prowadzenia procesu karnego. Jej rezultatem, na płaszczyźnie karnomaterialnej było m.in. nadanie nowego statusu obowiązkowi naprawienia szkody oraz nawiązce, które do dnia 30 czerwca 2015 r. funkcjonowały w kodeksie karnym jako środki karne, zaś od dnia wejścia w życie wspomnianej nowelizacji, nadano im charakter środków kompensacyjnych, co – jak się zdaje – ukróciło zarazem wiele dyskusji na temat prymatu funkcji, jakie pełnią one w systemie prawa karnego. Ustawodawca karny zdecydował się także na daleko idące zmiany w zakresie środków zabezpieczających, polegające nie tylko na wprowadzeniu nowych środków takich, jak: elektroniczna kontrola miejsca pobytu, terapia czy terapia uzależnień (stosowana także pod rządami k.k. sprzed omawianej nowelizacji – por. art. 96 k.k.) – art. 93a § 1 k.k. k, ale nadto także zdefiniowaniu na nowo przesłanek ich stosowania, w tym określeniu kategorii sprawców, do jakich mogą one mieć zastosowanie (art. 93c k.k.). Znaczące zmiany objęły także regulacje k.k. dotyczące zasad wymiaru kar, zbiegu przestępstw oraz zasad łączenia kar. Ściśle związana z nowelizacją k.p.k. była przy tym w szczególności zmiana k.k., polegające na wprowadzeniu do niego art. 59a oraz art. 60a, czemu w kontekście problematyki poruszanej w niniejszym opracowaniu warto poświęcić nieco więcej miejsca.

Art. 59a k.k., obowiązujący od dnia 1 lipca 2015 r., w brzmieniu nadanym mu nowelizacją k.k. z dnia 20 lutego 2015 r., przewidywał instytucję tzw. umorzenia konsensualnego (zwanego również umorzeniem restytucyjnym lub kompensacyjnym)²³. Polegała ona na umorzeniu na wniosek pokrzywdzonego postępowania karnego o występki zagrożony karą nieprzekraczającą 3 lat pozbawienia wolności, występki przeciwko mieniu zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, tudzież występki określony w art. 157 § 1, jeżeli sprawca (nie skazany uprzednio za przestępstwo umyślne z użyciem przemocy) przed rozpoczęciem przewodu sądowego w pierwszej instancji pojednał się z pokrzywdzonym, w szczególności w wyniku mediacji i naprawił szkodę lub zadośćuczynił wyrządzonej krzywdzie (art. 59a § 1 k.k.). Jak podano w Uzasadnieniu do projektu zmiany: „Poprzez wprowadzenie możliwości umorzenia postępowania karnego za zgodą pokrzywdzonego w przypadku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia krzywdzie, rola pokrzywdzonego w postępowaniu karnym niewątpliwie ulegnie wzmocnieniu. Nie bez znaczenia także pozostaje fakt, że z procesu karnego w szybszy sposób będą eliminowane sprawy, których sam pokrzywdzony nie jest zainteresowany już prowadzeniem, z uwagi na

²³ Art. 59a k.k. dodany przez art. 12 pkt. 1 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

zakończenie sporu, a do uczestniczenia w których byłby jednak zobowiązany bez wprowadzenia tej instytucji. Nieuwzględnienie wniosku o umorzenie postępowania możliwe będzie jedynie w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach²⁴. Projektodawca zaznaczył także, iż instytucja ta (według założenia) powinna mieć zastosowanie przede wszystkim do występków przeciwko mieniu z uwagi na przewidzianą dla nich granicę zagrożenia karą, determinującą możliwość skorzystania z dobrodziejstwa przewidzianego w art. 59a k.k. Ideą wprowadzenia do kodeksu karnego tego przepisu było więc realizowanie na szerszą, niż dotychczas skalę, polityki sprawiedliwości naprawczej.

Już *prima facie* nasuwało się jednak trafne spostrzeżenie dotyczące miejsca zamieszczenia tej regulacji, która (z uwagi na podstawę umorzenia) miała charakter bardziej procesowy niż karnomaterialny²⁵. Niemniej jednak wysunięto także i pogląd, w świetle którego umorzenie konsensualne miało wykazywać „pewne merytoryczne powinowactwo” z przepisami określającymi konsekwencje czynnego żalu skutecznego²⁶. Niektórzy autorzy widzieli w tym unormowaniu nawet przejaw oportunistycznego procesowego²⁷. Takie stanowisko zdawał się podzielać również projektodawca²⁸. Zakwestionowano jednak takie podejście, argumentując to brakiem typowych dla oportunistycznego cech, w szczególności swobody organu postępowania karnego w przedmiocie wszczęcia postępowania, tudzież brakiem odwołania się do typowych dla oportunistycznego kryteriów takich, jak np. interes społeczny czy celowość²⁹. Z całą pewnością jednak, „twór” w postaci umorzenia konsensualnego, chociaż stanowił regulację karnomaterialną (przynajmniej w swoim założeniu), to jednak nie stanowił umorzenia „właściwego”, w sensie, jaki w prawie karnym materialnym zwykło się nadawać środkom probacyjnym. Wynikało to nie tyle z braku określenia typowych dla środka probacyjnego wymogów merytorycznych związanych z popełnionym przez sprawcę

²⁴ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 8 listopada 2012 r. (druk sejmowy nr 870, Sejm VII kadencji). Druk dostępny na stronie: www.sejm.gov.pl. Dokument dostępny na stronie internetowej: www.sejm.gov.pl

²⁵ A. Lach, *Umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 59a k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2015, z. 1-2, s. 137-138. Publikacja dostępna na stronie internetowej: <http://www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura/pdf/2015/01-02/10lach.pdf> [dostęp dnia 12.05.2016 r.]

²⁶ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian*, Dokument LEX 2015, komentarz do art. 59a k.k. - teza nr 4.

²⁷ A. Pilch, *Umorzenie postępowania w trybie projektowanego art. 59a k.k.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 4, s. 100; I. Sepiolo, *Pojednanie pokrzywdzonego ze sprawcą jako podstawa do umorzenia postępowania w świetle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, nr 2, s. 113; A. Lach, *Umorzenie postępowania karnego...*, *op. cit.*, s. 138-139 i 147.

²⁸ Por. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 stycznia 2016 r. (druk sejmowy nr 207, Sejm VIII kadencji). Druk dostępny na stronie: www.sejm.gov.pl (s. 17)

²⁹ Por. A. Lach, *Umorzenie postępowania karnego...*, *op. cit.*, s. 137-138 i powołana tam literatura, a także: W. Wróbel, *Umorzenie kompensacyjne z art. 59a k.k. - problemy do rozstrzygnięcia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 2, s. 10.

przestępstwem (które- wbrew pewnym twierdzeniom, wysuwanim niekiedy w piśmiennictwie³⁰- dawało się w pewnym zakresie wyinterpretować z art. 59a k.k.) czy brakiem przesłanek rzutujących na prognozę kryminologiczną sprawcy takich, na jakie wskazuje m.in. art. 66 k.k., ale przede wszystkim z bezwarunkowego charakteru tej instytucji. Kodeks karny nie przewidywał żadnej regulacji pozwalającej na wzruszenie wniosku w sposób przewidziany dla środków probacyjnych (np. podjęcie postępowania, które zostałyby umorzone na podstawie art. 59a k.k.)³¹. Co więcej, jak słusznie dostrzeżono, art. 59a k.k. zawierał w sobie „wiele norm o charakterze czysto procesowym” takich, jak w szczególności wskazanie terminu, do którego może nastąpić złożenie wniosku³². Ponadto stosowanie art. 59a k.k. nie było uwarunkowane uprzednim stwierdzeniem procesowym faktu popełnienia czynu zabronionego, wobec czego „(...) odmiennie niż warunkowe umorzenie postępowania karnego (...) – nie obala chroniącego podejrzanego (oskarżonego) domniemania niewinności”³³. Jako instytucja wyymykająca się spod „ściślych granic” regulacji karnomaterialnej (mimo jej zamieszczenia w k.k.), umorzenie konsensualne doczekało się zresztą raczej mało pochlebnych opinii ze strony tak niektórych praktyków, jak i teoretyków prawa karnego³⁴.

Od początku zarzucano mu również i to, że opiera się ono w swoim założeniu na mylnym przekonaniu, iż „prywatna sprawiedliwość”, czyni zadość poczuciu sprawiedliwości społecznej, tymczasem „(...) można tu mówić tylko o pozorze sprawiedliwości”, a rozwiązanie przewidziane w art. 59a k.k. żadną miarą nie mieści się w regule dyktowanej teoretyczno-prawnymi rozważaniami nad „prawem słusznym”³⁵. W piśmiennictwie prawnokarnym podniesiono nawet, że w obliczu postulatu odnoszącego się do zakazu stosowania zawężającej wykładni przepisów określających ustawowe okoliczności wyłączające przestępność czynu (*sensu largo*), art. 59a k.k. może rodzić wątpliwości

³⁰ Por. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik M., wydawn. Wolters Kluwer- LEX 2015. Dokument LEX- komentarz do art. 59a k.k. - teza nr 3.

³¹ Podobnie: A. Lach, *Umorzenie postępowania karnego...*, *op. cit.*, s. 137-138, por. także: W. Wróbel, *Umorzenie kompensacyjne...*, *op. cit.*, s. 8-9.

³² Więcej na ten temat- por. P. Hofmański [w:] M. Berent, J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar (red.), W. Filipkowski, O. Górniok, E.M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E.W. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer&LEX 2014. Dokument LEX- tezy nr 5-8.

³³ *Ibidem*, teza 5.

³⁴ Por. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.* Dokument LEX- komentarz do art. 59a k.k. - teza nr 2; A. Pilch, *Umorzenie kompensacyjne w trybie art. 59a k.k.- wybrane zagadnienia*, Palestra 2015, z. 7-8, s. 63; W. Wróbel, *Umorzenie kompensacyjne...*, *op. cit.*, s. 7; A. Lach, *Umorzenie postępowania karnego...*, *op. cit.*, s. 147.

³⁵ T. Bojarski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski (red.), A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, wydawn. Wolters Kluwer- LEX 2015. Dokument LEX- komentarz do art. 59a k.k.

związane z zasadą *nullum crimen*, co oczywiście wiązało się z dostrzeganiem w tej instytucji podobieństwa do czynnego żalu³⁶. Stwierdzenie takie, chociaż znajduje swoje uzasadnienie w przypadku postrzegania umorzenia restytucyjnego jako przejawu dążenia sprawcy do zapewnienia sobie swoistej „bezkarności”, wydaje się jednak nieco przesadzone w kontekście porównania go z konsekwencjami, jakie pociąga za sobą czynny żal. Inną sprawą pozostaje natomiast wymiar etyczny (a i sprawiedliwościowy) związany z „wykupieniem się” od ponoszenia odpowiedzialności.

Z kolei art. 60a k.k. przewidywał możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary przez sąd w innych przypadkach, niż przewidziane w art. 60 § 1-4 k.k. i pod warunkiem złożenia przez sprawcę wniosku w sprawie konsensualnego zakończenia postępowania, a konkretnie wniosku prokuratora o skazanie bez rozprawy (art. 335 k.p.k.), wniosku oskarżonego o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie mu określonej kary lub środka karnego, orzeczenie przepadku lub środka kompensacyjnego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego przed doręczeniem mu zawiadomienia o terminie rozprawy (art. 338a k.p.k.), bądź wniosku oskarżonego o dobrowolne poddanie się karze na rozprawie, złożonego na podstawie art. 387 k.p.k.³⁷

Regulacja ta stanowiła wyraz „preferencji” w sferze wymiaru kary, jakie ustawodawca przewidział dla sprawców decydujących się na zakończenie postępowania w „trybie konsensualnym”. Dodanie art. 60a do k.k. szło zresztą w parze ze zmianą brzmienia art. 343 § 1 i 2 k.p.k., który (po zmianie ustawą nowelizującą z dnia 27 września 2013 r.³⁸) uprawniał sąd (w wypadku uwzględnienia wniosku prokuratora, o którym mowa w art. 335 k.p.k.) do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, warunkowego zawieszenia jej wykonanie albo orzeczenia wyłącznie środka karny wymieniony w art. 39 pkt. 1-3, 5-8. W wyniku wspomnianej zmiany, przepisowi temu nadano nowe brzmienie, w świetle którego w wypadku złożenia wniosku w sprawie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności przez prokuratora oraz wobec braku stosowania art. 46 k.k., sąd może uzależnić uwzględnienie wniosku, o którym mowa w art. 335, od naprawienia szkody w całości albo w części lub od zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, o ile nie sprzeciwi się temu pokrzywdzony, należycie powiadomiony o terminie posiedzenia (art. 343 § 1 i 2 k.p.k.)³⁹.

³⁶ Por. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian, op. cit.*, teza nr 5.

³⁷ Art. 60a k.k. został dodany ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. - o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 396. Dokument dostępny na stronie: www.sejm.gov.pl

³⁸ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

³⁹ Dz. U. z 2015r., poz. 396.

Jak wskazywał prawodawca w uzasadnieniu do projektu nowelizacji k.k., dodanie powyższego przepisu zostało podyktowane potrzebą jeszcze bardziej dobitnego opowiedzenia się przez ustawodawcę karnego za priorytetem kar wolnościowych, a także koniecznością uporządkowania zasad wymiaru kary w przypadku dobrowolnego poddania się karze. Jak podkreślono w Uzasadnieniu do projektu zmiany, w ramach dobrowolnego poddania się karze orzekanych jest większość kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania⁴⁰. Dalej wskazano zaś: „Dzieje się tak ze względu na atrakcyjność tego wymiaru kary dla skazanego (ze względu na brak odczuwalnej dolegliwości oraz możliwość wielokrotnego warunkowego zawieszania kary pozbawienia wolności w kolejnych wyrokach) oraz organów ścigania (ze względu na to, że następuje orzeczenie kary pozbawienia wolności, do osiągnięcia której prokuratorów stymulują wytyczne Prokuratora Generalnego)”⁴¹. Wprowadzenie dodatkowej, „autonomicznej” podstawy nadzwyczajnego złagodzenia kary, przewidzianej w art. 60a k.k. (stosowanej w niezależnie od przesłanek określonych w art. 60 § 1-4 k.k.), nie pozostawało w oderwaniu od regulacji dotyczących warunkowego zawieszenia wykonania kary. Zastosowanie art. 60a k.k. było bowiem możliwe jedynie w razie spełnienia przesłanek określonych w art. 69 k.k.⁴² W tym ostatnim wprowadzono zresztą również zmiany polegające na tym, iż od dnia 1 lipca 2015 r. stosowanie określonego w tym przepisie środka probacyjnego jest możliwe wyłącznie w odniesieniu do kary pozbawienia wolności (a nie także ograniczenia wolności i grzywny, co było możliwe do dnia 30 czerwca 2015 r.). Dodatkowo warunkowe zawieszenie wykonania tej kary w bieżącym stanie prawnym jest możliwe jedynie w odniesieniu do (orzeczonej) kary pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym roku i o ile sprawca w czasie popełnienia przestępstwa nie był skazany na karę pozbawienia wolności, a przy tym (nadal) zachowana jest przesłanka w postaci osiągnięcia pomimo zastosowania tego środka celów kary, w szczególności zapobieżenie powrotowi do przestępstwa. Powyższe zabiegi legislacyjne, podkreślające prymat stosowania kar wolnościowych i promujące ich orzekanie, w założeniu miały za zadanie również doprowadzić do uporządkowania zasad wymiaru kary w przypadku dobrowolnego poddania się karze⁴³. Tak, w pewnym skrócie, prezentują się podstawowe założenia nowelizacji k.k. i jawiącego się na tle uzasadnienia tych zmian ich deklarowanego *ratio legis*.

⁴⁰ Druk sejmowy nr 2393, *ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

W dniu 15 kwietnia 2016 r. weszła w życie kolejna nowelizacja przepisów karnych, która m.in. uchyliła wspomniane wyżej artykuły k.k.⁴⁴ Tym razem, jak przekonywał w dosyć lakoniczny zresztą sposób projektodawca tych zmian, powodem zmiany był charakter oportunistyczno-konsensualny tych dwóch instytucji, stanowiących, jako takie, „(...) nadmierny wyraz udziału tego typu środków w sferze prawa karnego materialnego i procesowego”⁴⁵. Co prawda ustawodawca podkreślił słuszność „wplatania” pewnych elementów restytucyjnych do procesu karnego, niemniej jednak zaznaczył także, iż: „rozwiązania takie nie powinny odrywać formy konkluzji procesowej od czynu popełnionego przez sprawcę”, a zatem znosić priorytetowy cel postępowania karnego, jakim pozostaje „odpłata za popełnienie czynu zabronionego”⁴⁶. Słusznie, jak się zdaje, wskazał przy tym projektodawca powołanej nowelizacji na to, że umorzenie konsensualne umożliwiło „(...) poprzez względną obligatoryjność jego zastosowania – uniknięcie odpowiedzialności karnej przez sprawców nawet poważnych przestępstw (w potocznym rozumieniu >>wykupienie się<< od odpowiedzialności)”, a wymóg dotyczący wniosku pokrzywdzonego mógł rodzić obawy o jego wykorzystanie jako „karty przetargowej” w procesie, służącej wywieraniu przez oskarżonego niedozwolonego nacisku na pokrzywdzonym o jego złożenie⁴⁷.

Wydaje się, że pewne z problemów, o jakich sygnalizował projektodawca zmiany, mogły wzbudzać uzasadnione obawy o ich wystąpienie w rzeczywistości, w szczególności argument dotyczący swoistego „wykupienia się” przez zamożnego oskarżonego i tym samym uniknięcie konsekwencji w zakresie odpowiedzialności karnej. Rzecz jasna, że zastrzeżenie w postaci konieczności „osiągnięcia celów kary” pomimo zastosowania instytucji przewidzianej w art. 59a k.k. ograniczało możliwość jej stosowania. Z uwagi na negatywny sposób sformułowania przepisu § 3 art. 59a k.k., dopuszczającego stosowanie umorzenia kompensacyjnego w każdym przypadku, o ile nie zachodzi „szczególna okoliczność uzasadniająca przekonanie, że umorzenie postępowania byłoby sprzeczne z potrzebą realizacji celów kary (i oczywiście pod warunkiem spełnienia podstawowych przesłanek w tym względzie), wypełnienie koronnej funkcji prawa karnego, jaką jest funkcja prewencyjna zostało wyraźnie zepchnięte na drugi tor. Inną sprawą pozostaje zaś przytoczony przez projektodawcę powyższej zmiany powód odnoszący się do wymagania realizacji funkcji

⁴⁴ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 437. Dokument dostępny na stronie: www.sejm.gov.pl

⁴⁵ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 stycznia 2016 r. (druk sejmowy nr 207, Sejm VIII kadencji). Dokument dostępny na stronie: www.sejm.gov.pl (s. 17-18)

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibidem.*

sprawiedliwościowej (odpłata sprawcy za popełniony przez niego czyn). Jak sygnalizowano o już tym w literaturze przedmiotu, wprowadzanie rozwiązań prawnych, które w swoim założeniu sprowadzają się do dążenia do wyrównania skutków czynu przestępnego poprzez dobrowolne świadczenie sprawcy, ma zapewnić nie tylko naprawienie wyrządzonej szkody, ale również służyć przywróceniu zakłóconego przestępstwem ładu i porządku społecznego (swoiste wyrównanie szkody wyrządzonej społeczeństwu faktem popełnienia przestępstwa)⁴⁸. Stanowi to wyraz opowiedzenia się prawodawcy za wprowadzeniem systemu sprawiedliwości naprawczej, w którym to pokrzywdzony i sprawca odgrywają zasadnicze znaczenie, natomiast państwo (a ściślej władza państwowa) zostaje zepchnięte na drugi plan. Zarazem jednak, co należy podkreślić *expressis verbis* koncepcja ta nie opiera się na pojęciu „odpłaty” sprawcy za popełnione przestępstwo (taką rolę w prawie karnym odgrywa bowiem przede wszystkim kara), ale raczej na swoiście postrzeganej sanacji⁴⁹. Innymi słowy: „Sprawiedliwość naprawcza daje wiele wyraźnych korzyści. Sprawcy mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności, ofiary mogą zostać wysłuchane i poczuć się lepiej w wyniku procesu, mogą zostać osiągnięte rozwiązania, które lepiej zaspokajają potrzeby lub chęci ofiary i przestępcy”⁵⁰.

Nie podejmując się jeszcze w tym miejscu oceny postępowania (racjonalnego) prawodawcy karnego w zakresie opisanych powyżej „modyfikacji” stanu prawnego (co rzecz jasna przyjdzie wszakże uczynić w podsumowaniu poczynionych tutaj wywodów), warto byłoby poruszyć jeszcze jedną kwestię dotyczącą wątpliwości związanych z racjonalnym tworzeniem prawa.

Tym razem chodzi o instytucję błędu co do znamienia typu czynu zabronionego określonego w art. 28 § 1 k.k. (zwanego także niekiedy błędem co do faktu, bądź błędem co do okoliczności faktycznej). Zmiana tego przepisu, przeprowadzona mocą powołanej już wyżej ustawy nowelizującej z dnia 20 lutego 2015 r., sprawiła, że w obecnym stanie prawnym ma on następujące brzmienie: „Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”⁵¹. Do dnia 30 czerwca 2015 r. ustawodawca przewidywał, iż błąd uregulowany w art. 28 § 1 k.k.

⁴⁸ Por. E. Weigend, *Niemiecki projekt ustawy z 1991 roku o naprawieniu szkody przez sprawcę przestępstwa. Problematyka materialno prawna*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, wydawn. UJ, Kraków 1994, s. 308-309.

⁴⁹ Tak: J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego*, Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej, Warszawa 2004, s. 206.

⁵⁰ Cytat za: J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza...*, *op. cit.*, s. 215.

⁵¹ Art. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności za przestępstwo umyślne („Nie popełnia umyślnie przestępstwa...”). Jak przyjmowano więc na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, błąd co do faktu prowadził do „dekompletacji” strony podmiotowej czynu zabronionego charakteryzującego się umyślnością⁵², czego uzasadnieniem była nieświadomość okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego (jako że tę formę najczęściej przybierał błąd)⁵³, wykluczająca przypisanie sprawcy czynu zabronionego zamiaru jego popełnienia. Jak przekonywali twórcy projektu nowelizacji k.k., przepis ten nie wprowadzał jednak „(...) żadnej nowej treści normatywnej”, a konsekwencje związane z odpowiedzialnością karną, wynikające ze stanu nieświadomości sprawcy i tak dawało się wyinterpretować z art. 9 k.k.⁵⁴ Wysłunięto wówczas postulat nadania nowego brzmienia przepisowi art. 28 § 1 k.k. takiego, z którego wynikałoby ewentualne wyłączenie odpowiedzialności sprawcy także za przestępstwo nieumyślne, a mianowicie: „Nie popełnia przestępstwa nieumyślnego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”⁵⁵. Zmiana powyższego artykułu, przeprowadzona za sprawą nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r., pozwoliła na wyraźne zaakcentowanie usprawiedliwionego charakteru błędu co do znamienia typu czynu zabronionego prowadzącego do wyłączenia winy. Kryterium usprawiedliwienia, jak trafnie dostrzeżono to w literaturze przedmiotu, rozpatrywane jest na płaszczyźnie winy, nie zaś strony podmiotowej⁵⁶. Zatem odróżnienia wymagają konsekwencje faktyczne, jakie pociąga za sobą nieświadomość (bądź urojenie sobie) okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego, a co znajduje swoje odzwierciedlenie na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu, od skutków, jakie wywołuje zachowanie karalne podejmowane w stanie usprawiedliwionego błędu co do znamienia w sferze odpowiedzialności karnej. Sprawcy czynu zabronionego, znajdującemu się w takim błędzie w czasie popełnienia tego czynu, z całą pewnością nie będzie można przypisać winy. Należałoby jednak zwrócić uwagę na to, iż powodem zasadności rezygnacji z pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej jest w

⁵² Por. A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*,

⁵³ Precyzyjniej należałoby napisać: nieświadomość znamienia pozytywnego, bądź urojenie- w przypadku znamienia negatywnego.

⁵⁴ Por. A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej Kodeksu karnego*, Państwo i Prawo 2012, z. 11, s. 9.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Por. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2015, nr 3, s. 7-8. Publikacja dostępna na stronie internetowej: http://www.czpk.pl/dokumenty/publikacje/2015/04/3_2015-M_Malecki-Usprawiedliwiony_blad_co_do_okolicznosci_stanowiacej_znamie_czynu_zabronionego..pdf [dostęp dnia 25.05.2015 r.]

tym przypadku stan nieświadomości (bądź szerzej- stan psychiki sprawcy), „ukształtowany” niepoprawnie w wyniku wystąpienia błędu. Tym samym w tym przypadku pozostaje on nieświadom tego, że swoim zachowaniem wypełnia on znamiona typu czynu zabronionego. Otwarte pozostaje pytanie o to, czy w danym przypadku występowała możliwość przewidzenia tego, że dojdzie do realizacji znamion? Jeżeli odpowiedź na to pytanie będzie twierdząca, słuszne wydaje się pozostawienie możliwości pociągnięcia takiego sprawcy do odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne (popelnione w formie nieświadomej nieumyślności). W większości przypadków jednak, jak się zdaje, stawianie takiego oczekiwania osobie znajdującej się w błędzie co do tego, że dana okoliczność występuje (okoliczność *de facto* stanowiąca znamię typu czynu zabronionego) będzie pozbawione sensu. W pewnym uproszczeniu, jak by można rzec, nie jest ona bowiem świadoma tego, że popełnia czyn zabroniony z powodu okoliczności towarzyszących realizacji tych znamion⁵⁷. Nie dochodzi zatem do zrealizowania znamion (podmiotowych) typu czynu zabronionego. Prawodawca dostrzega to jednak na znacznie bardziej odległym stopniu wyznaczającym strukturę przestępstwa, czyli na etapie związanym z winą (zawinieniem). Takie podejście może wprawdzie znajdować swoje oparcie w przyjętym sposobie postrzegania winy, niemniej jednak, bardziej przekonujące wydaje się stanowisko prawodawcy zajmowane w tej sprawie przed nowelizacją sprzed 1 lipca 2015 r. Najbardziej istotne w kontekście poruszanej w tym opracowaniu problematyki wydaje się natomiast to, iż nasz legislator nie zdecydował się na wprowadzenie podobnej zmiany do przepisów karnoskarbowych, pozostawiając art. 10 § 1 k.k.s. w niezmienionym brzmieniu. W myśl tego przepisu: „Nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię”⁵⁸. Podobnie postąpił on w przypadku regulacji dotyczącej wykroczeń⁵⁹.

Drugim przykładem ilustrującym brak systemowego podejścia ustawodawcy do kwestii przeprowadzania zmian w regulacjach karnych są konsekwencje, jakie implikuje za sobą nadanie nowego brzmienia art. 7 k.k. W obecnym stanie prawnym⁶⁰, w myśl § 3 tego przepisu, występkiem jest czyn zabroniony zagrożony karą ograniczenia wolności przekraczającą miesiąc albo karą pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc, a także

⁵⁷ Nie oznacza to braku świadomości pojmowanej w znaczeniu nadawanym temu pojęciu w psychopatologii. Problematyka ta jest zresztą nieco bardziej skomplikowana. Należy przy tym podzielić uwagi poczynione na temat nieświadomości (i jej rozpatrywanie jako formy nieumyślności) przez J. Giezka- J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, WolterKluwer&LEX 2013. Dokument LEX: Rozdział III.6 „Wyznaczenie granicy między nieświadomą nieumyślnością a nieświadomością”.

⁵⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 186 ze zm.

⁵⁹ Por. art. 7 § 2 k.w. Tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1094 ze zm.

⁶⁰ Zmiana art. 7 k.k. nastąpiła na mocy art. 1 pkt. 2 ustawy z dnia z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

grzywną, jednak już nie tylko wymierzaną w stawkach dziennych (nadal w wysokości powyżej 30 stawek dziennych), ale również czyn, który zagrożony jest grzywną wymierzaną kwotowo (powyżej 5 000 złotych). W uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej w odniesieniu do tej zmiany czytamy: „Definicja występku w obowiązującym Kodeksie karnym nie jest pełna, gdyż nie uwzględnia granicy zagrożenia przy grzywnie orzekanej kwotowo. Granica 5.000 zł pozostaje spójna z art. 1 Kodeksu wykroczeń. W przepisach wprowadzających przedstawiany projekt powinien zostać rozstrzygnięty problem występujących stosunkowo często w ustawach pozakodeksowych typów czynów zabronionych zagrożonych karami przekraczającymi 5.000 zł, a które zostały przez ustawodawcę zaliczone do kategorii wykroczeń. Należało także doprowadzić do zgodności z Kodeksem wykroczeń granicę pomiędzy występkiem i wykroczeniem przy zagrożeniu karą ograniczenia wolności”⁶¹.

W świetle takiego uzasadnienia *ratio legis* przeprowadzonej zmiany wydaje się nie budzić większych zastrzeżeń. Problem pojawia się jednak wtedy, gdy sięgnąć do przepisów karnych innych ustaw przewidujących takie zagrożenie karne za dany typ czynu zabronionego, które pozwala na uznanie go za występki (zgodnie z aktualną jego definicją wynikającą z art. 7 § 3 k.k.), ale zarazem przewidujących tryb postępowania w sprawie o popełnienie takiego czynu uregulowany w ustawie z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia⁶². W tym miejscu tytułem przykładu wystarczy wskazać na art. 51a ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych⁶³, bądź art. 19 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyposażeniu morskim. W tym ostatnim przewidziano, że orzekanie w sprawach o czyny określone w art. 15- 18 tej ustawy następuje na podstawie Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia⁶⁴. Czyny opisane w tych artykułach zagrożone są zaś karą grzywny do 100 000 zł, wobec czego bez wątplenia stanowią one przestępstwa a nie wykroczenia⁶⁵. Rodzącą się na tym tle wątpliwość

⁶¹ Por. druk sejmowy nr 2393, s. 26 (III.2 „Dostosowanie Kodeksu karnego do grzywien kwotowych”).

⁶² Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 395 ze zm.

⁶³ Art. 51a ust. 1: „Kto, będąc członkiem zarządu biura, nie zawiadamia ministra właściwego do spraw gospodarki o podjęciu oraz o zaprzestaniu wykonywania działalności gospodarczej, a także o adresie, na który należy przekazywać informacje gospodarcze, i o jego zmianach, w terminie 7 dni od dnia zaistnienia tych zdarzeń, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny.

2. Orzekanie w sprawach o czyny, o których mowa w ust. 1, następuje w trybie przepisów ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. - Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. z 2013 r. poz. 395, z późn. zm.)”. Tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1015 ze zm.

⁶⁴ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 395 ze zm.

⁶⁵ Na temat rozbieżności w zakresie zagrożeniu karą a dyspozycją co do przepisów stanowiących podstawę orzekania w sprawach o dane czyny- por. W. Zontek [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015*.

doktryna prawa karnego i orzecznictwo sądowe polecają rozstrzygać na korzyść oskarżonego, czyli uznawać ten czyn za wykroczenie⁶⁶. Wydaje się jednak, iż taka argumentacja, chociaż w pełni przekonująca, to żadną miarą nie usprawiedliwia ustawodawcy karnego, który raz jeszcze udowadnia w ten sposób, że forsowane przez niego rozwiązania prawne niejednokrotnie pozostają w sprzeczności z obowiązującymi już przepisami prawnymi.

IV. Podsumowanie

Zaprezentowane wyżej zmiany przepisów Kodeksu karnego, stanowią jedynie przykłady dającej się zakwestionować racjonalności w poczynaniach ustawodawcy, który to przymiot, w świetle wciąż aktualnego założenia obowiązującego w dogmatyce prawa należałoby mu nadawać. Prawodawca, decydując się na wprowadzenie w życie pewnych zmian do przepisów, powinien bowiem w każdym wypadku działać w sposób celowy i przemyślany. Z całą pewnością również, bazując na powyższym, przyświeca mu jakieś *ratio legis* podczas tworzenia czy modyfikacji przepisów prawa. Dokładniejsza analiza zarówno samej drogi legislacyjnej, jaką podążały niektóre zmiany k.k., jak i ich zestawienie z innymi rozwiązaniami, obowiązującymi już w systemie prawa karnego mogą jednak skłaniać do podważenia tej tezy i przysłaniać, aż nazbyt wymownie, dogmat o racjonalnym ustawodawcy.

Przeprowadzanie częstych zmian przepisów nie służy z całą pewnością realizacji celów, w szczególności tych długoterminowych i prowadzi do zachwiania poczucia stabilizacji prawnej, co w odniesieniu do przepisów karnych, z uwagi na charakter normowane przez nie materii, wydaje się nie do pogodzenia z zasadą pewności przepisu karnego. Co więcej kolejne nowelizacje nie budują także zaufania obywateli do państwa (prawa) i nie służą one wzmacnianiu autorytetu prawodawcy zwłaszcza, że wcale nierzadko są one podyktowane wyłącznie potrzebą dostosowania stanu prawnego do potrzeb bieżącej sytuacji politycznej. Nie dziwi zatem, że w niejednym przypadku prowadzi to do zasadnego kwestionowania sensu wprowadzania danego przepisu do systemu prawa. W kontekście poczynionych wcześniej uwag na temat (dogmatu o) racjonalności ustawodawcy, powstaje zatem w tym miejscu postawić pytanie, czy nasz legislator decydując się na takie

Komentarz, pod red. W. Wróbla, Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków 2015, s. 41-42.

⁶⁶ Por. T. Bojarski [w:] T. Bojarski (red.), A. Michalska- Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, 2016, dokument LEX, który uznaje, iż w przewidziane przepisach pozakodeksowych zagrożenie za dany czyn grzywną przekraczającą 5000 zł nie przeszkadza w traktowaniu tych czynów jako wykroczeń, „ (...) jeżeli przepis ustawy wskazuje na postępowanie wykroczeniowe”. Por. także powołane tam postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2006 r., I KZP 52/05.

„żonglowanie” przepisami prawa wykazuje się ową racjonalnością, a jeżeli tak, to czy *ratio legis* zmian samo przez się uzasadnia przekonanie o takiej racjonalności? Racjonalny ustawodawca, co raz jeszcze wypada zaznaczyć, to taki, który forsuje rozwiązania prawne wynikające z realnej potrzeby ich ustanowienia, przeważnie popartej rzeczywistą zmianą stosunków społeczno-gospodarczych panujących w danym kraju, a z całą pewnością nie podyktowane wyłącznie zmianą wizji funkcjonowania systemu prawa, bądź pewnego jego aspektu. Prawodawca stanowiąc prawo winien kierować się przy tym najlepszą wiedzą i preferencjami, w oparciu o które dobiera on środki służące realizacji celów przede wszystkim długoterminowych. Model racjonalnego tworzenia prawa zakłada zatem takie stanowienie prawa, które zapewni poczucie stabilizacji sytuacji prawnej obywateli, i nie doprowadzi do sprzeczności przepisów.

W kontekście poczynionych wyżej wywodów (i w tym także w zakresie) założenie na temat racjonalności naszego legislatora wydaje się pozostawać niespełnionym oczekiwaniem. W odniesieniu do postulatu zupełności i wzajemnej niesprzeczności przepisów o jego niezrealizowanym charakterze świadczą, z jednej strony kolejne zmiany, które same w sobie dowodzą często o istnieniu luk i nieścisłości, jakie powstały w wyniku wcześniejszych nowelizacji przepisów, z drugiej zaś, wybiórczość forsowanych przez niego rozwiązań prawnych. W tym względzie za przykłady mogą posłużyć przepisy karne innych niż k.k. ustaw, rozpatrywane na gruncie rozwiązań prawnych obowiązujących w całym systemie prawa karnego, bądź też regulacje instytucji funkcjonujących w prawie karnym, jednak (mimo tożsamości ich podstawowych cech) postrzeganych odmiennie w różnych unormowaniach karnych. Składają się one na obraz (nie)racjonalnego, w swoich poczynaniach, ustawodawcy, którego tło tworzy (nie)stabilność tworzonych przez niego przepisów karnych.