

Kazimierz Buchała

Dyskusja daleka od projektu kodeksu karnego i rzetelności

Palestra 36/5-6(413-414), 90-106

1992

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Kazimierz Buchała

Dyskusja daleka od projektu kodeksu karnego i rzetelności

I. W 8-9 numerze „Palestry” z 1991 r. ukazała się relacja z dyskusji redakcyjnej nad projektem kodeksu karnego pod tytułem „Daleki od doskonałości”. Ze wstępu do tej obszernej relacji wynika, że dyskusja odbyła się w sierpniu 1990 r., natomiast treść zarzutów nawiązuje do projektu w wersji z listopada 1990 r., a zatem wstęp wprowadza Czytelnika w błąd. Tu już trzeba wyjaśnić, że wersja sierpniowa projektu została przygotowana na tzw. Zjazd katedry prawa karnego (wrzesień 1990), którego wyniki zostały uwzględnione w owej wersji listopadowej. W dyskusji redakcyjnej nie wziął udziału adwokat będący członkiem Zespołu Prawa Karnego, a szkoda, gdyż pozwoliłoby to uniknąć wielu nieporozumień wynikłych z niedokładnego, nie sądzą bowiem, by tendencyjnego, odczytania projektu przez uczestników dyskusji. Każda rzeczowa dyskusja nad projektem jest niewątpliwie pożądana. Relacji z tej dyskusji nie można spokojnie czytać, pozostaje zatem alternatywa albo zlekceważenia jej ze względu na treść i formę, albo cierpliwego wyjaśnianie, dlaczego ten projekt nie ma przypisywanych mu „garbów”.

W polemice nie będę odnosił się do krytyki polityki kryminalnej ostatnich 40 lat ani do krytyki ustawodawstwa z tego okresu, którą w zasadzie podzielam, ani też do pochwał pod adresem kodeksu z 1932 r., który był niewątpliwie jednym z najlepszych karnych kodeksów euro-

pejskich, aż do lat pięćdziesiątych. Uczestnicy dyskusji zdają sobie zapewne sprawę z tego, że po 60 latach od jego wprowadzenia w życie nie można, ot tak po prostu, wrócić do niego, nowelizując ewentualnie jakiś z jego przepisów. Chwała im z tego powodu. Przy okazji chcę jednak sprostować błędne twierdzenie, że kodeks ten powstał pod wpływem skandynawskiej myśli prawniczej, gdyż wpływ ten ograniczył się do form popełnienia przestępstwa, zresztą w odniesieniu do norweskiego k.k. z 1902 r. gruntownie zmienionych przez J. Makarewicza. W istocie rzeczy decydujący wpływ na kodeks karny z 1932 r. wywarł kierunek socjologiczny (tzw. *Moderne Schule*), którego głównym reprezentantem był Fr. von Liszt. Od niego też przyjął niektóre rozwiązania tego kodeksu jego uczeń J. Makarewicz. Nie bez wpływu były jednak ówczesne poglądy kierunku klasycznego. Na chwałę komisji przygotowującej obecny projekt trzeba zapisać, że nie przyjęła skrajnych tez szkoły socjologicznej, reprezentowanych m.in. przez Fr. von Liszta, C. Stossa (którego idee rzekomo odżywiają dziś w niemieckiej literaturze, a czemu przeczy ta literatura, a także projekt szwajcarskiego kodeksu z 1987 r.), czy też prawego skrzydła szkoły ochrony społecznej.

Jego wartość polegała nie tylko na tym, co składa się na jego „dwutorowość”, (której dyskutanci słusznie nie uznali za eklektyzm, zarzucając go jed-

nak krytykowanemu projektowi z racji przejścia niektórych nowych w świecie rozwiązań, tendencję dekryminalizacji), lecz także ze względu na zwarty pozbawiony kazuistyki język, który zresztą ułatwił znacznie stosowanie kodeksu karnego z 1932 r. aż do 1970 r., a co może być poczytane na jego niekorzyść. Nie ma powrotu do tego kodeksu, co nie znaczy, że jego założenia i konkretne rozwiązania, adekwatne do współczesnych wymagań, nie powinny być przejęte, zwłaszcza, jeżeli się sprawdziły. Nie znaczy to także, że projekt nowego kodeksu powinien się odciąć od współczesnych kierunków w polityce kryminalnej, traktując kodeks karny z 1932 r., a także po części ten z 1969 r., jak więź z kości słoniowej. Świadoma rezygnacja z doświadczeń i teorii prawa karnego innych krajów byłaby dowodem głupoty komisji. W istocie bowiem podstawowa idea k.k. z 1932 r., tj. idea resocjalizacji i środków zabezpieczających, załamała się w latach siedemdziesiątych. Powstało kilka nowych kierunków, m.in. neoklasycyzm, *Diversion*, *plea bargaining*, rozwiązywanie konfliktów społecznych przez naprawienie szkody (*Restitution*, *Schlichten statt Richten*) zastąpienie odpowiedzialności karnej środkami kontroli społecznej, ograniczenie zakresu stosowania kary pozbawienia wolności na rzecz środków wolnościowych, by nie wymieniać umiarkowanego abolicjonizmu. Z dyskusji nie wynika, by jej uczestnicy mieli pełną świadomość istnienia tych kierunków i ich implikacji dla rozwiązań projektu, skoro cały problem nowych rozwiązań kwitują zarzutem eklektyzmu, a ze szkół (nurtów) wymieniają klasyczną, antropologiczną i socjologiczną, a to już daleka przeszłość, oraz szkołę „Nowej ochrony spo-

łecznej”, która nie wypracowała nowego systemu pojęć.

Skoro już mowa o niemożliwości prostego przejścia kodeksu karnego z 1932 r., to niech mi będzie wolno wytknąć temuż kodeksowi w zakresie części ogólnej kilka luk i błędów, zresztą znanych nie od dziś, które państwo mecenas przemilczeli. Przypomnijmy więc zgodnie z zasadami naukowej krytyki niektóre z nich. Są to: wadliwe rozwiązanie subiektywnej strony niedbalstwa (pówinien lub mógł), wadliwe ujęcie odpowiedzialności za przestępstwa kwalifikowane (art. 15), w dodatku niespójne z art. 7 §2, archaiczne rozwiązanie błędu co do prawa (art. 20 §2), wadliwe rozwiązanie podżegania i pełnomocnictwa do przestępstw indywidualnych, które zmusiło SN do odpowiedniej „korekty” już w 1937 r., niespójność regulacji jednocześnie i niejednocześnie sądanego zbiegu przestępstw (art. 31 i 35). Z pozycji współczesnych tendencji wymienić trzeba lukę związaną z nieuregulowaniem błędu odnośnie do kontratypu i typu uprzywilejowanego, uregulowanie odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa przez sprawcę niepoczytalnego i o umniejszonej poczytalności spowodowanej środkami odurzającymi, nieuregulowanie odpowiedzialności za niewłaściwe przestępstwa z zaniechania. Nie do utrzymania jest także system środków zabezpieczających wobec niepoprawnych recydywistów, przestępców zawodowych i z nawyknięcia oraz czujących wstręt do pracy (art. 60 §2, art. 83, 84), podobnie koncepcja odpowiedzialności nieletnich oraz środków probacyjnych w ich kształcie z 1932 r., a także i sędziowskiego wymiaru kary (art. 54, 58, 59). Moim zdaniem nie do utrzymania jest także kara śmierci oraz niejednolita kara pozbawienia wolności.

Co zatem nadaje się do przejścia bez zmian? Według dyskutantów w zasadzie wszystko, z niewielkimi zmianami, których jednak nie wymieniono.

Podjmując polemikę nie upominam się nawet o jedno słowo uznania ze względu na przyjęte rozwiązania w części ogólnej projektu. Rzecz prosta, nie mam pretensji o twierdzenia, że żaden podręcznik prawa karnego w Polsce nie jest „podręcznikiem Liszta”, gdyż współcześnie stawia się podręcznikom inne wymagania, ani też że projekt powstał pod wpływem szkoły krakowskiej (co gdyby było pełną prawdą, to byłoby w istocie pochwałą), albowiem powstał w wyniku ścierania się wielu koncepcji i głosowania nad propozycjami z różnych stron kraju, ani nawet o uwagę generalną o braku obecnie szkoły odpowiadającej rangą szkole z okresu międzywojennego (szkoda, że dyskutanci nie powiedzieli nic o tej szkole, kto ją tworzył, wszak współzawodniczyły ze sobą trzy ośrodki uniwersyteckie z bezspornymi, jednoosobowymi autorytetami i brakiem uczniów o odpowiedniej randze naukowej). Zostawmy ocenę tych kwestii kompetencji historii prawa karnego, wszak krakowska szkoła jeszcze do historii nie przeszła, czego nie można powiedzieć o wielkich nazwiskach związanych z tworzeniem nauki i prawa w Polsce powojennej, które odeszły w przeszłość, jednakże należy je ocenić sprawiedliwie, zgodnie z zasadą *suum, cuique*, lub, jeśli ktoś woli, zasadami chrześcijańskimi. To, że polskie prawo karne, mimo wschodnich inspiracji, różniło się istotnie od prawa karnego i nauki w innych krajach tzw. realnego socjalizmu, to m.in. ich zasługa. Problem praktyki wymiaru sprawiedliwości na gruncie tego prawa, to całkiem odrębna kwestia. Jeżeli ktoś sądzi, że można tak okre-

ślić zasady odpowiedzialności i typy przestępstw, aby absolutnie wykluczyć naruszenie praw człowieka, to jest raczej utopistą. Przestrzeganie tych praw bowiem to nie tylko sprawa dobrego prawa, to także sprawa systemu demokratycznego państwa prawa oraz ludzi prawo stosujących.

Uczestnicy dyskusji wyrazili pewne ogólne poglądy na temat dyskutowanego projektu, które oddają wiodące hasło tej dyskusji na temat sposobu prac Komisji i uwarunkowań wyniku tych prac. Rozwiązania projektu zostały w całości odrzucone. Wysłunięto tezę, że „należy ponownie opracować projekt kodeksu karnego (gdyż) dyskusja nad przedstawionym projektem nie jest w stanie doprowadzić do zadowalających wyników”, postawiono postulat zmiany składu osobowego Komisji (s. 7). Nie warto podejmować polemiki z argumentami, które mają te twierdzenia uzasadniać, niektóre bowiem wprost ośmieszają danego dyskutanta, np. o złym wpływie krakowskiej szkoły na projekt, który jest „jakby odbiciem krakowskiej myśli” (dlaczego tryb warunkowy?), inne polegają na braku należytego zapoznania się z projektem i w konsekwencji niezrozumienia jego rozwiązań. Osobna sprawa to rzekome działanie Komisji 2 w „konspiracji”, co wymaga kilku słów uzasadnienia. Osobiście, nie mam nic przeciwko temu, by jakkolwiek zespół opracował alternatywny projekt całego kodeksu lub jego części, np. zespół dyskutantów „Palestry” mógłby bogactwo swej myśli teoretycznej wyrazić w projekcie „bliskim doskonałości”, albo nawet pojedyncza osoba. Dyskutowany projekt nie musi się obawiać konfrontacji z jakimkolwiek innym, a na takiej konfrontacji może zyskać interes ogólny (państwa, społeczny). Taka jest bowiem

w świecie praktyka, jeżeli uważasz, że ktoś zrobił zły projekt, to zrób lepszy, pokaż, co umiesz nie tylko w krytyce, ale w pozytywnym budowaniu nowego. Osobiście sądzę, że totalna negacja projektu zapowiada projekt alternatywny, co oby jak najszybciej się urzeczywistniło.

Nie podejmując polemiki z niektórymi zarzutami, nie mogę jednak nie protestować przeciwko używaniu zwrotów stanowiących pomówienie o niekompetencję lub nieporadność, o to, że Komisja „podejmując się tak trudnego zadania okazała się bezsilna”, że ze „stale zmieniających się propozycji zawartych w poszczególnych wersjach wynika, że Komisja, czując potrzebę zmian nie wie jednak, jak to uczynić” (s. 6). Trzeba w związku z tym wyjaśnić, że Komisja nie działała w próżni, lecz licząc się z opinią środowiska prawniczego postanowiła poddać jego ocenie wersję części ogólnej, tzw. projekt wstępny w grudniu 1989 r., całość według wersji z marca 1990 r., a następnie wersję listopadową z uzasadnieniem, która zawierała wyniki dotychczasowej dyskusji. Projekty z grudnia, marca i listopada 1990 r. zostały przesłane do wszystkich ośrodków naukowych, Sądu Najwyższego, wszystkich sądów i prokuratur, Naczelnej Rady Adwokackiej a ponadto do niektórych placówek naukowych nie związanych z prawem oraz do zainteresowanych organizacji społecznych z prośbą o opinię i uwagi. Nadeszły dziesiątki uwag dotyczących części ogólnej i szczególnej od wszystkich adresatów i tylko z 3 rad adwokackich. Były one przedmiotem dyskusji, wiele z nich uwzględniono. Projekt był także przedmiotem oceny ZG Zrzeszenia Prawników Polskich, Zjazdu ZPP, sympozjum środowiska wymiaru sprawiedliwości

z udziałem ekspertów Rady Europy, innego o węższym gronie, ale z udziałem naukowców i praktyków z Czechosłowacji, narady z udziałem adwokatów w marcu 1991 r., sympozjum koło Monachium, poświęconego kodyfikacji prawa karnego, przedmiotem dyskusji naukowych w Instytucie im. Maxa Plancka, Instytucie Kryminologii w Kolonii (dwukrotnie), Frankfurcie (dwukrotnie), Moguncji, Erlangen, Wiedniu, a ostatnio na zebraniu sekcji Polskiej AJDP z referatem światowej sławy uczonego, prof. H.H. Jeschecka, który nie rezygnując z krytyki w związku z niedostatecznym uwzględnieniem, jego zdaniem, dobrych rozwiązań StGB RFN, pozytywnie ocenił nie tylko ducha, ale także wiele rozwiązań projektu (referat będzie publikowany w PiP). Sądzę zatem, że zarzut pracy „w konspiracji” jest, ogólnie mówiąc, wynikiem niewiedzy dyskutantów mimo możliwości lepszej wiedzy, a przedstawianie kolejnych wersji świadectwem poczucia odpowiedzialności, a nie bezsilności. Zmiany, jakie w trakcie prac wprowadzono do projektu, stanowią dowód, że tak szeroka konsultacja była potrzebna i pożyteczna. Prawdą jest też to, że udział adwokatury w tej dyskusji był nad wyraz skromny, dużo poniżej jej możliwości. Nie sądzę, by omawiana dyskusja w „Palestrze” ten niedostatek „nadrobiła”, a dopominanie się o ujawnienie składu Komisji (nie jest on utajniony) przypomina mi minione czasy, kiedy to nie było ważne, co się mówi, ale kto to mówi. Świadomie uchylam się od oceny wkładu adwokatów, członków Zespołu i Komisji, choć osobiście mam o udziale niektórych z nich w pracach Komisji wysokie mniemanie.

II. Zanim przejdę do polemiki z niektórymi zarzutami poczuwam się do

obowiązku sprostowania kilku istotniejszych kwestii niezgodnych z faktami. Dotyczy to m.in. twierdzenia, że wiele kodeksów pochodzi sprzed około 100 lat, co jest przedmiotem dumy naukowców i obywateli i „(...) ale na razie nikt nie uważa, że należy wszystko zmienić” (s.8). Mam w tej kwestii inny pogląd. Po pierwsze, te stare kodeksy obrosły wieloma nowelami, które niejednokrotnie burzą wewnętrzną harmonię, niesłychanie utrudniają praktyce ich stosowanie, podważają pewność prawa i zasadę równości wobec prawa, a nawet adekwatność do standardów praw człowieka. W wielu krajach podejmowano wielokrotnie próby zmian tych kodeksów (udane w Austrii w 1974 r. i w Holandii w 1982 r.), co chyba nie jest świadectwem dumy z powodu obowiązywania tych starych systemów. Niech o tym świadczą próby zmian w okresie kilku lat, których wyrazem są: projekt francuski z 1986 r., szwajcarski z 1987 r., dla Anglii i Walii z 1989 r., hiszpański z 1990 r., fiński z 1988 r., nie licząc wielu projektów w krajach Ameryki Środkowej i Południowej.

W dyskusji twierdzi się, że w projekcie nie dostrzega się powiązania przepisów prawa karnego z przepisami prawa międzynarodowego, a powinniśmy czynić zadość wymaganiom tego prawa (s.10). Cóż, można stwierdzić, że nie dostrzega ten, kto nie czyta projektu, albo nie chce dostrzec. Aby to powiązanie dostrzec wystarczy porównać odpowiednie przepisy k.k. z 1932 r. i 1969 r. z rozdziałem XII projektu, przeglądnąć część szczególną, w której znajduje się wiele typów tzw. przestępstw konwencyjnych, w tym cały rozdział XVI o przestępstwach przeciwko pokojowi, ludzkości oraz zbrodniach wojennych. Czy w dyskusji godzi się wprowadzać czytelników

„Palestry” w błąd musi sobie odpowiedzieć Komitet redakcyjny.

O wprowadzeniu Czytelników w błąd świadczy m.in. twierdzenie, że „W §152 n.k.k. (łącznie z §154 procedury karnej) wprowadzono instytucję odpowiedzialności, bez orzekania o karze”. Brzmi to uczenie. Tymczasem niemiecki k.k. przewiduje możliwość warunkowego powstrzymania się od orzeczenia kary, którą się jednak określa (*Verwarnung mit Strafvorbehalt* - §59, 59a, 59c) oraz odstąpienie od kary w razie, gdy skutki, jakie sprawcę dotknęły, są tak ciężkie, że wymierzenie sprawcy kary byłoby oczywistym błędem (§60), więc inną instytucję, natomiast §152 StGB dotyczy odpowiedzialności za fałszowanie obcych pieniędzy i papierów wartościowych. Powołany przepis procesowy (§154) dotyczy odstąpienia od ścigania przez prokuraturę. Dyskutantowi chodziło prawdopodobnie o instytucję odstąpienia od wniesienia oskarżenia, określoną w §153 i §153a StPO, odpowiadającą „z grubsza biorąc” naszemu warunkowemu umorzeniu postępowania.

Jeszcze jeden przykład. Twierdzi się w dyskusji słusznie, że o poziomie nauki prawa karnego świadczą nie podręczniki akademickie, lecz prace teoretyczne i monograficzne, ale twierdzi się również „że tych pierwszych od lat nie ma, tych drugich jest bardzo mało” (s.10). Jest to nieprawdziwe i krzywdzące polską naukę twierdzenie, o czym można się przekonać z biografii prac z zakresu prawa karnego, wśród których jest wiele prac monograficznych, niejednokrotnie więcej niż jedna na ten sam temat, mnóstwo prac teoretycznych w postaci artykułów, rozpraw, wypowiedzi w recenzjach i glosach. Mogę jednak zrozumieć, że nie są one znane adwokatom, którzy chętniej zagląдают do prac praktycznych.

Śmiem twierdzić, że liczba i jakość tych prac wytrzymuje porównanie nie tylko z publikacjami w krajach tzw. realnego socjalizmu, ale nawet z publikacjami w krajach romańskich.

III. Szczegółowe zarzuty postawione w dyskusji dotyczą kilku kwestii, lecz brak miejsca nie pozwala zająć się wszystkimi. Rozpocznijmy od kwestii dotyczącej niewłaściwych przestępstw z zaniechania. Kodeksy karne z 1932 r. i z 1969 r. nie zawierają jak wiadomo, uregulowania odpowiedzialności za takie przestępstwa. Pomimo to, zarówno w okresie międzywojennym, jak i w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r., taką odpowiedzialność przyjmowano z naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*. Projekt kodeksu karnego wprowadza przepis (art. 1 §2), który taką odpowiedzialność statuuje, czyni więc zadość zasadzie legalizmu. Dyskutanci wiele prawią w tej dyskusji o prawach człowieka. Między innymi jeden z dyskutantów stawia pytanie „Czy rzeczywiście istnieje potrzeba takiego określenia przestępstwa od jego strony formlanej?” (s. 15), inny zaś wyraża pogląd, że „(...) wprowadzenie go do przepisów prawa może wywołać wiele wątpliwości interpretacyjnych” (s. 15) w związku ze źródłem obowiązku działania, co może zacierać granicę między prawem a moralnością. Odpowiedź na te wątpliwości jest nad wyraz prosta: jeżeli przywiązuje się wagę do zasady określoności, to trzeba określić zarówno podstawę takiej odpowiedzialności, jak i źródła szczególnego obowiązku, aby usunąć sprzeczność praktyki z zasadą *nullum crimen sine lege*. Czyni to projekt nie tylko w art. 1 §2, lecz także w art. 113 §2, czego dyskutanci nie „doczytali się” przed udaniem się na dyskusję nad projektem. Tenże art.

113 §2 przesądza zakres tych źródeł (ustawa i dobrowolne przyjęcie na siebie obowiązku), czy słusznie tak wąski zakres źródeł, to już inne zagadnienie. Bez komentarza zostawiam pogląd, że „w Polsce brak jest zaplecza naukowego dla takiego potraktowania przestępstw popełnionych przez zaniechanie” (s. 15), świadczący o nieznajomości piśmiennictwa oraz niepoważne twierdzenia, że na podstawie art. 1 §2 nieodprowadzenie podatku może być uznane za kradzież, ew. przywłaszczenie (s. 16).

Sporo nieporozumień wiąże się z koncepcją kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy (art. 10 k.k. z 1969 r.). Twierdzi się w dyskusji, że przepis ten miał „fatalny wpływ na nasze prawo” (sic!), a który jest, podobnie jak ujęcie winy, również „pomysłem krakowskim”, przeszczepionym z dwóch ksiązek W. Woltera. Dyskutant ten, jak widać, nie ceni krakowskiego środowiska prawa karnego, choć starał się o przyjęcie do niego (bezsukcesyjnie). Problemu nie można jednak sprowadzić na płaszczyznę sympatii - antypatii. Twierdzi się, że jest to koncepcja niemiecka przeniesiona na nasz grunt, a „mimo że jest koncepcją niemiecką, nie znalazła odbicia w niemieckim kodeksie karnym, nie mówiąc zgoła o jakimś innym kodeksie”, wyjątkiem zaś ma być nasz kodeks karny z 1969 r. (s. 13). Otóż twierdzenie to nie odpowiada prawdzie, bo po pierwsze, niemiecki kodeks karny zna w §52 (*Tatteinheit*) odpowiednik naszego art. 10, choć nie dosłowny, co decyduje o tym, że rozwiązanie art. 10 k.k. nie stanowi kopii niemieckiego. Po drugie, idealny zbieg przestępstw jest powszechnie przyjmowaną w świecie koncepcją, choć nie wszystkie kodeksy wyraźnie to przesądzają, gdyż z istoty idealnego zbiegu przestępstw wynika, że nie trzeba tego

regulować, natomiast trzeba uregulować kwestię sankcjonowania takiego zbiegu, co różne kodeksy różnie rozstrzygają (także i niemiecki kodeks nieco inaczej niż polski). Nieznajomość obcego ustawodawstwa nie hańbi nawet naukowo utytułowanego dyskutanta, ale wprowadzenie w błąd Czytelników nie przystoi dyskutantowi z aspiracjami naukowca. Pomińmy tu teoretyczne różnice pomiędzy idealnym zbiegiem przestępstw a multikwalifikowanym jednym przestępstwem, gdyż szczupłość miejsca nie pozwala na szerszy wywód, by podjąć polemikę z innymi argumentami przytoczonymi w dyskusji. Autor przytoczonych wypowiedzi twierdzi, że było to (rozwiązanie k.k. z 1932 r.) „wówczas niezwykle nowoczesne i do dzisiaj nikt w tym zakresie nic bardziej nowoczesnego nie wymyślił” (s. 14), dlatego rozwiązanie przyjęte w k.k. 1969 r. i w projekcie jest krokiem wstecz, gdyż powraca do dawno odrzuconego idealnego zbiegu przestępstw. Rzecz w tym, że choć rozwiązanie art. 10 projektu na pierwszy rzut oka przypomina idealny zbieg przestępstw, jednak nim nie jest. Ma jednak kapitalną zaletę, gdyż przez multikwalifikację czynu oddaje całą ujemną zawartość bezprawia zawartego w czynie, zaś kwalifikacja czynu z jednego przepisu (pomijając wewnętrzną niespójność wynikającą z zasadzania z jednego przepisu, a mimo tego orzekania kar i środków karnych także z innego) fałszuje normatywny obraz popełnionego przestępstwa. Pomimo że czyn wyczerpuje znamiona kilku typów przestępstw nie znajduje to uwzględnienia w kwalifikacji prawnej. Rozwiązanie przyjęte w k.k. 1932 r. nie daje zresztą odpowiedzi, z jakiego przepisu kwalifikować czyn, gdy wchodzące w grę kilka przepisów zawierało identyczne zagro-

żenia, nad czym bezskutecznie biedziła się nauka i praktyka. Mogę zrozumieć, że z adwokackiego punktu widzenia to rozwiązanie jest korzystniejsze dla oskarżonego, ale nie podzielałam go, nie rozumiem też odwołania się w tej kwestii do praw człowieka w kontekście wzrostu recydywy (s.13, 14). Twierdzenie, że rozwiązanie przyjęte w art. 10 k.k. z 1969 r. „przyczyniło się do niezrozumiałego dla kryminologów, nie zajmujących się bliżej prawem karnym materialnym, wzrostu recydywy” (s. 14) traktuję za poważne nieporozumienie nie tylko w kontekście przesłanek recydywy w k.k. z 1932 r. i z 1969 r., ale także fenomenologii zjawiska recydywy na przestrzeni lat 1960-1980.

Kolejna kwestia dotyczy tzw. form winy. Twierdzi się w dyskusji, że „regulacja winy” w projekcie jest mniej doskonała niż w k.k. 1932 r., który, podobnie jak k.k. z 1969 r., przyjmował „czwórpodział form winy” (s. 5). Twierdzi się też, że k.k. z 1932 r., wypowiadając się na temat „form” winy „nie dotyka teorii winy, która należy do nauki. Pomińmy nieścisłości wypowiedzi związane z tym, że oba kodeksy (i projekt także) rozróżniają oprócz owych „czterech form”, „formę” piątą, tzw. winy kombinowanej (art. 15 k.k. z 1932 r. i art. 8 §3 k.k. z 1969 r.) oraz problemem, jak można regulować „formy winy” bez stanowiska w kwestii istoty winy, które się pośrednio „w formach” przejawiają, wszak panuje zgodność co do tego, że k.k. z 1932 r. identyfikował winę umyślną z zamiarem. Z uznaniem witam natomiast postulat, aby do kodeksu karnego wprowadzono przepis określający „ pewne warunki ograniczające możliwość postawienia człowiekowi zarzutu, nawet gdyby czynu dopuścił się świadomie, z zaangażowaniem własnej woli” (s. 17).

Rozumiem, że jest to opowiedzenie się za wartościującym ujęciem winy, dlatego też w całej rozciągłości podzielam twierdzenie, że „Tylko wtedy sytuacja motywacyjna może wpływać na winę, jeśli będzie wykładnikiem norm moralnych, etycznych i innych społecznych, włączając prawo karne, wraz z całą jego siatką pojęciową, do ogólnej nauki o człowieku i społeczeństwie” (s. 19).

Podnoszę, że projekt przywiązuje ogromną wagę do odpowiedzialności w granicach winy, w związku z czym formuluje zasadę winy w art. 1 §4, wprowadza błąd co do kontratypu i typu uprzywilejowanego z uwzględnieniem sytuacji motywacyjnej (zawiniony, usprawiedliwiony, art. 27, 28), inaczej ujmuje konsekwencje zawinionego błędu co do bezprawności (art. 29), oddziela stan wyższej konieczności wyłączający winę od wyłączającego bezprawność (art. 25), zgodnie z zasadą winy reguluje kwestię popełnienia przestępstwa pod wpływem odurzenia wyłączającego lub znacznie ograniczającego poczytalność (art. 30 §3), obniża sankcje do 2/3 w typowych przypadkach zmniejszonej winy (art. 9 §3, art. 30 §4) oraz stopień winy traktuje jako granicę dla sumy dolegliwości wynikającej z kary i środków karnych (art. 50). Żałuję, że tego wszystkiego nie dostrzegli dyskutanci. Dlatego też zaskoczeniem jest dla mnie stwierdzenie dokonane po opowiedzeniu się przez dyskutanta za uwzględnieniem sytuacji motywacyjnej zgodnie z normami etyczno-moralnymi, że „W każdym razie z punktu widzenia ochrony praw obywatelskich i gwarancji procesowych bezpieczniejszą jest konstrukcja winy znana polskiemu ustawodawstwu” (s.19). Dopatruję się bowiem braku spójności tych twierdzeń oraz poważnego nieporozumienia dotyczącego kilku kwestii. Pier-

wsza to twierdzenie, że projekt odchodzi od przyjętej w k.k. 1932 r. regulacji winy „na rzecz niezrozumiałych propozycji, zwłaszcza w zakresie winy nieumyślnej, którą sprowadza się do nieostrożnego postępowania” (s. 6). To zaiste niezrozumiałe, że wykształcony prawnik i dobry praktyk uznaje wypowiedź art. 8 §2 projektu dotyczącą niezachowania wymaganej od niego ostrożności za odnoszącą się do winy, mimo że tekst tegoż przepisu wprowadza ponadto warunek w postaci „przewidywania lub możliwości przewidzenia”, że sprawca popełni czyn zabroniony, oraz obszernego piśmiennictwa i orzecznictwa, które traktują obowiązek zachowania reguł ostrożności za obiektywną przesłankę odpowiedzialności za nieumyślną realizację znamion czynu zabronionego, należąca do typu czynu (bezprawności), a nie winy. Innymi słowy np. błędne hamowanie na śliskiej drodze - to naruszenie reguł zachowania się w danych warunkach, wina zaś - to zarzucalność zachowania zależna od tego, czy ten sprawca przewidywał lub mógł przewidzieć powstałą sytuację oraz, co bardzo ważne, czy w powstałej sytuacji mógł zapanować nad pojazdem, generalnie - czy mógł się zachować zgodnie z regułami ostrożności. Takie podejście znajduje wyraz w art. 1 §4 projektu w zwrocie dotyczącym przypisania winy, odpowiada współczesnym warunkom odpowiedzialności za nieumyślne popełnienie przestępstwa. Nie od rzeczy będzie przypomnieć, że SN już w latach 50 odróżniał naruszenie zasad sztuki lekarskiej od winy z powodu ich naruszenia, stanowisko takie zajmował też wielokrotnie w sprawach przestępstw drogowych, ale nie tylko. Czy zatem trafne jest twierdzenie że za propozycją projektu „nie prze-

mawia żadna argumentacja merytoryczna”? (s. 6).

W innej wypowiedzi twierdzi się, że „projekt rezygnuje z jakiegokolwiek określenia czynu nieumyślnego, poprzestając na ogólnym odniesieniu go do zasad ostrożności”, co ma w konsekwencji rzutować na kształt winy kombinowanej (s. 16). Dyskutant pomija fakt oczywisty, że wprowadzenie do określenia przestępstwa nieumyślnego naruszenia zasad ostrożności już samo przez się jest określeniem „czynu nieumyślnego”, nie dostrzega też, że art. 8 §2 projektu określa coś więcej, co jest zresztą bardzo ważne, a mianowicie, że chodzi o wymaganą od niego w danych okolicznościach ostrożność, a więc zgodnie z zasadą indywidualizacji określa ten czyn nieumyślny, co stanowi istotną z punktu widzenia indywidualizacji nowość. Dyskutant twierdzi dalej, że rzekomo projekt nie rozróżnia tego, czy skutek śmiertelny był następstwem niedozwolonego przerwania ciąży, czy też następstwem zabiegu mieszczącego się w granicach prawa (s. 16). Przytoczmy zatem treść tegoż art. 133 §2 projektu, aby Czytelnik nie miał żadnej wątpliwości. Oto ona: „jeżeli następstwem przestępstwa określonego w art. 132 (dotyczy on spędzenia płodu bez zgody ciężarnej lub doprowadzenie jej do tego przemocą itd. - przyp. mój *K.B.*) jest śmierć kobiety ciężarnej albo ciężki uszczerbek na jej zdrowiu sprawca podlega karze od lat 2 do 12”. Skutek w postaci śmierci kobiety ciężarnej w wyniku zgodnego z prawem, lecz sprzecznego z zasadami sztuki, zabiegu przerwania ciąży uzasadni zatem odpowiedzialność tylko za nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka, naturalnie, jeżeli będzie można przypisać lekarzowi winę (zasada winy, nieutożsamianie naruszenia zasad sztuki z winą). Tu

można też z ostrożności powiedzieć, że ta odpowiedzialność z art. 132 §2 projektu zależy także od naruszenia reguł sztuki i winy, a to zgodnie właśnie z art. 8 §2 projektu, który do określoności „czynu nieumyślnego” wprowadził zasady ostrożności. W tym kontekście wprowadzenie do określenia przestępstwa nieumyślnego (kombinowanego) zasad ostrożności to milowy krok w określaniu zasad odpowiedzialności.

Inny uczestnik dyskusji, oceniając prawidłowo relacje pomiędzy umyślnością i winą oraz, analogicznie, między naruszeniem zasad ostrożności a winą nieumyślną, deklaruje się, zresztą już dawniej, jako przeciwnik normatywnej teorii winy. Ważne jest w tej kwestii nie tylko wyznaczenie wiary, co argumenty przeciwko tej teorii, a niektóre z nich są co najmniej wynikiem nieporozumienia. Twierdzi więc, że normatywna teoria winy prowadzi do „przesunięcia punktu ciężkości ze sfery subiektywnej w sferę obiektywną” (s. 18), gdyż ocena sytuacji, w której sprawca działa ma wtedy zasadnicze znaczenie. To tylko częściowa prawda, gdyż ocena ta nie może pomijać strony psychicznej, (wiedzy, świadomości, stopnia zdolności rozeznania, sterowania zachowaniem itd.). To wartościowanie dokonuje się na podstawie kryteriów etyczno-moralnych, to zaś nigdy nie może postawić oskarżonego w gorszej sytuacji niż wg teorii psychologicznej, zawiera bowiem ocenę stosunku psychologicznego.

Natomiast psychologiczna teoria winy jest pozbawiona instrumentów wartościowania motywacyjnej strony zamiaru (świadomości) oraz odporności na nacisk sytuacji zewnętrznej. Innymi słowy, w sytuacji, kiedy teoria normatywna winy nie przypisze winy mimo umyślności i rozpoznawalności (świadomości) po-

pełnienia czynu zabronionego ze względu na owe wartościowanie stosunku psychicznego, tam psychologiczna teoria musi uznać winę. W sytuacji usprawiedliwionego błędu co do bezprawności normatywna teoria odrzuci winę, psychologiczna zaś uzna ją (pomijam, czy umożliwi nadzwyczajne złagodzenie kary, jak w art. 20 §2 k.k. z 1932 r., czy też przyjmie odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne); analogicznie w razie usprawiedliwionego błędu co do kontraktów. Dowodów na to, że projekt nie pomija przy ocenie przeżyć psychicznych jest więcej, np. różniące się istotnie sankcje grożące za umyślne i nieumyślne popełnienie czynu zabronionego, wprowadzenie do określenia przestępstwa nieumyślnego i z tzw. winy kombinowanej świadomości i możliwości świadomości popełnienia czynu zabronionego. Dlatego też ogromnym nieporozumieniem, by nie określać tego ostrzej, jest twierdzenie, że projekt wyraża pogląd, że „przeżycia psychiczne człowieka wyczerpują się całkowicie w jego zachowaniu” (...), a „w ten sposób dla określenia odpowiedzialności ważne jest tylko ustalenie, czy zachowanie człowieka było umyślne, czy nieumyślne” (s. 18). Sprzeciw budzi też twierdzenie sugerujące, że normatywne ujęcie winy prowadzi do odpowiedzialności tam, gdzie psychologiczna teoria przekreśla odpowiedzialność. „Konsekwencje takiego rozwiązania (...) prowadzą do takich rygorów w kwestii odpowiedzialności karnej, których unika się przy tradycyjnym rozwiązywaniu kwestii winy” (s. 18). Ma to dotyczyć np. regulacji odpowiedzialności człowieka zmęczonego, człowieka o zaburzonej świadomości na skutek używania środków leczniczych, psychotropowych itp. Nie wiem, jak sobie z tymi przypadkami poradzi psychologi-

czna teoria wobec formuły „powinien i mógł przewidzieć”, czy w każdym przypadku przyjmie nieodpowiedzialność, mam raczej wątpliwości w tej kwestii. Nie twierdzą też, że normatywna teoria, posługująca się w projekcie tylko możliwością przewidywania doprowadzi zawsze do uniewinnienia, a posługując się formułą „czy sprawca mógł się zachować zgodnie z tym, czego od niego można było w danej sytuacji wymagać” - do skazania tam, gdzie formuła „powinien i mógł” prowadziłyby do uniewinnienia, sądzę jednak, że jest wręcz odwrotnie. Krytykując normatywną teorię winy z pozycji uregulowań przyjętych w art. 7 §2 k.k. z 1969 r. (zresztą podobnych do przyjętych w art. 14 §2 k.k. z 1932 r.) nie zapominajmy, że wina nie polega na przewidywaniu możliwości popełnienia czynu zabronionego, gdyż jest ona wręcz pożądana, lecz wiąże się z zarzutem, że sprawca bezpodstawnie sądził, że tego uniknie, podobnie w przypadku niedbalstwa, które wszak oznacza brak przeżycia psychicznego („nie przewiduje”), lecz w sytuacji, w której uprawnione jest twierdzenie, że mógł przewidywać, że popełni czyn zabroniony. Oznacza to właśnie odwoływanie się do ocen etyczno-moralnych oraz cech związanych z osobowością człowieka, co właśnie charakteryzuje normatywną teorię winy, potępianą w dyskusji za wprowadzenie elementów oceny.

Jako żywo nie mogę zatem zrozumieć dlaczego, niewątpliwie zresztą, przesunięcie akcentów przy rozważaniu winy w kierunku normatywizmu „jest niezgodne z prawami człowieka do wyrażania poglądów na temat wartości, których chce przestrzegać w życiu” (s. 18), jaki związek z prawami człowieka ma psychologiczna i normatywna

teoria winy, która z nich ma „dobry”, a która „zły” związek i dlaczego? Zaiste, zarzut niezgodności owych przesunięć akcentów z prawami człowieka przypomina stare metody „załatwiania” przeciwników pryncypialnymi argumentami, zwłaszcza gdy brak było argumentów rzeczowych - dawniej klasowych, dialektycznych, politycznych - obecnie funkcję „dyżurnego” zarzutu pełni twierdzenie o sprzeczności (niezgodności) z prawami człowieka, którego się z reguły nie uzasadnia.

W związku z subiektywną stroną czynu zabronionego zarzut dotyczy także wprowadzenia do określenia zamiaru ewentualnego cechy „realnej” możliwości popełnienia czynu zabronionego („przewidując realną możliwość jego popełnienia”). Jest to reakcja Komisji na częste przypadki nadużywania w praktyce sądowej formuły zamiaru ewentualnego bez należytego oparcia w dowodach. Nie twierdzę, że jest to jedynie możliwy sposób ograniczenia dowolności sędziowskiej. Ale nie rozumiem zarzutu, że „tego rodzaju zabieg może mieć uzasadnienie przy rezygnacji z określenia lekkomyślności” (s. 16). Jest chyba wręcz odwrotnie, tj. takie ograniczenie poszerza zakres lekkomyślności, co zresztą wynika pośrednio ze zdania wypowiedzianego po przytoczonym zarzucie (s. 16), według którego „Pozostawienie niczym nieograniczonej możliwości w ramach zamiaru ewentualnego rozszerzałoby tę postać winy w sposób wyraźny (...)”. Nie podzielam też wątpliwości, czy tak określony zamiar ewentualny może odnosić się do czynu, w związku z twierdzeniem, że czyn „popełniany jest zawsze w postaci chcenia” (s. 17). Pomińmy język tej wypowiedzi, by stwierdzić, że chodzi tu o relację strony podmiotowej do czynu

zabronionego, a nie kompleksu ruchów oraz że w tym zakresie owe ograniczenia wiążące się z cechą „realna” niczego nie zmieniają w stosunku do obecnego ujęcia zamiaru ewentualnego, naturalnie poza ograniczeniem zakresu możliwego ustalania tego zamiaru. W konsekwencji nie podzielam poglądu, że proponowane rozwiązanie wywoła „wiele dyskusji jeszcze bardziej trudnych niż te, które towarzyszyły obecnemu rozwiązaniu” (s. 17). Nie przekonują mnie zresztą argumenty, używane przeciwko projektowi, że takie czy inne proponowane rozwiązanie wywoła dyskusje, gdybyśmy bowiem bali się dyskusji, to nigdy niczego nie moglibyśmy zmienić, nie tylko w sferze prawa karnego.

W dyskusji wyrażono pogląd, że proponowane ujęcie obrony koniecznej jest zbyt kazuistyczne, że „uprzywilejowuje napastnika, ograniczając prawa człowieka napadniętego do odpierania ataku (...)”, co ma nawet przekreślać w niektórych przypadkach „istnienie instytucji obrony koniecznej” (s. 19). W tych zarzutach jest wiele nieporozumień. Projekt bowiem nie ogranicza prawa człowieka do odpierania zamachu, nie zawiera zbyt daleko posuniętej kazuistyki, wszak nie powtórzono treści §2 art. 22 k.k. z 1969 r., nie rozróżniono odpierania ataku na dobra społeczne i indywidualne. W czym zatem istota rzeczy? Otóż, projekt jedynie ogranicza możliwość zgodnego z prawem celowego pozbawienia życia napastnika do sytuacji odpierania zamachu na życie, zdrowie i wolność, co wyraża zwrot zezwalający na świadome poświęcenie życia napastnika, „jeżeli zamach łączył się z zastosowaniem gwałtu na osobie lub groźbą użycia takiego gwałtu”. A zatem umyślne poświęcenie życia napastnika w związku z rabunkiem, rozbojem, kra-

dzieżą rozbójniczą mieści się w granicach obrony koniecznej wbrew oczywiste chybionej argumentacji, odwołującej się do szerzących się rozbojów, aktów terroru, a nawet zuchwałych kradzieży powiązanych z groźbą użycia gwałtu. Rzecz prosta, nieumyślne pozabawienie życia napastnika mieści się w granicach obrony koniecznej w związku z zamachami także na inne dobra lub inny sposób zamachu. Twierdzi się kategorycznie, że „(...) żadna argumentacja nie uzasadnia zmiany treści przepisu dotyczącego obrony koniecznej” (s. 19). Może jednak przeciwników tego rozwiązania, optujących za uwzględnieniem międzynarodowego prawa karnego, przekona argument, że odpowiada ono art. 2 ust. 2 Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka oraz ważniejszy chyba argument aksjologiczny, nawiązujący do podstawowego prawa do życia, przysługującemu także temu, kto np. kradnie. Sytuacja obrony koniecznej jest swoistego rodzaju sytuacją konfliktową, który to konflikt prawo musi rozwiązać, licząc się jednak z wchodzącymi w grę wartościami. Dawniej prawo pozwalało na zabicie w obronie honoru (nie we wszystkich systemach jest to kwestia „dawnego prawa”), obowiązujący kodeks karny zaś pozwala zabić w obronie mienia np. uciekającego złodzieja mienia (czego jednak w takim zakresie nie dopuszcza ustawodawstwo francuskie i włoskie). Godzi się postawić pytanie czy w katolickim kraju nie nadszedł jeszcze czas, aby uznać za nie mieszczące się w granicach obrony umyślne poświęcenie życia napastnika w sytuacjach innych niż wymienione w projekcie? Dodać tu trzeba, że projekt w tym celu zmienił przepis o przekroczeniu granic obrony koniecznej, aby

objąć nim sytuacje nie mieszczące się w art. 22 §2.

Pozostając przy okolicznościach wyłączających przestępność czynu odnosi się wrażenie, że zanegowanie potrzeby istnienia w części ogólnej kodeksu „dowolonego ryzyka” wynika głównie stąd, że takiej instytucji nie było w k.k. z 1932 r., bez uwzględnienia tego, że we współczesnym świecie ryzyko jest wszechobecne i nie każde może być usprawiedliwione, inne zaś trzeba „usprawiedliwić” w imię postępu. Krytyk zapewne nie wie, że ten kontratyp w zasadzie odpowiada uchwale Kongresu Wiedeńskiego AIDP z 1989 r. Nie docenia lub też nie zna przeprowadzonych eksperymentów nad dziedzictwem genetycznym człowieka, manipulacjami genetycznymi w ramach tzw. *Gentechnik*. Niektórym badaniom czysto poznawczym, zwłaszcza biologicznym, trzeba postawić *veto*, innym postawić warunki, które ich zakres oraz wiążące się z nim ryzyko ograniczą, uregulować eksperymenty lecznicze zgodnie z uchwałami WHO i Kongresu Wiedeńskiego. Czy tym kontratypem objąć zakres ryzyka gospodarczego, to zależy od tego, czy państwo zatrzyma w swych rękach choćby część przemysłu zbrojeniowego, czy, w innym zakresie, zatrzyma monopol produkcji lub pakiet akcji kontrolnych itd. Twierdzenie, że art. 23a definiuje eksperymenty badawcze polega na niezrozumieniu, podobnie jak twierdzenie, że problem granic nauki, to rzecz należąca do konstytucji, a nie prawa karnego (s. 20). Wszak do konstytucji należy wiele problemów, które mają odpowiedniki w przepisach sankcjonujących kodeksu karnego, jak np. prawo do życia, wolności, dobrego imienia, życia poczętego itp. Zaiste trudno zrozumieć, dlaczego postulowane w dyskusji wpro-

wadzenie odpowiednich kontratypów do poszczególnych rozdziałów miałyby być lepszym rozwiązaniem techniczno-kodyfikacyjnym, zresztą wbrew tradycji polskiego prawa, a zgodnie z tradycją b. NRD, niż rozstrzygnięcie tego w części ogólnej? Godzi się zapytać w tym miejscu, dlaczego poznawczy eksperyment na genach oraz ich zmianę miałyby się znaleźć w rozdziale o ochronie życia i zdrowia człowieka, podobnie jak eksperymenty np. na osobie upośledzonej lub pozbawionej faktycznie wolności w tymże rozdziale, skoro chronionym w tym wypadku dobrem jest przede wszystkim wolność człowieka, a może w dwóch rozdziałach? Troska o kwestie związane z odszkodowaniem jest w tym miejscu niezrozumiała, skoro nie wzbudzą jej inne kontratypy, a określenie kontratypu leczniczego i poznawczego znakomicie ułatwia dochodzenie odszkodowania w razie naruszenia znamion kontratypu. Właśnie w kontekście prawa karnego i konstytucji postawiono zarzut, że „(...) projekt nie jest spójny (...), ponieważ obecnie dużą wagę przywiązuje się do podstawowych praw człowieka, a także do włączenia podstawowych zasad prawa karnego do przepisów konstytucyjnych (...)” (s.10). Podzielał potrzebę włączenia tych zasad do konstytucji, czemu dawałem wyraz, pytam tylko, co to ma wspólnego z zarzutem niespójności projektu?

Trzeba wreszcie przejść do dość zasadniczych nieporozumień na tle materialnego elementu określenia istoty przestępstwa. W dyskusji padły twierdzenia, że definicja formalna „prowadzi do bardziej równego traktowania przepisów prawa karnego z punktu widzenia odpowiedzialności karnej” (s.10). Sądzę, że w tej wypowiedzi chodzi o równe pod względem zewnętrznym traktowanie lu-

dzi, a nie przepisów, ale nie strona językowa jest najważniejsza. Twierdzi się dalej, że definicja materialno-formalna może naruszać zasadę równości w zakresie odpowiedzialności karnej, gdyż nie daje sędziom ustawy, która by taką równość zabezpieczała (pomijam, że to sędzia może naruszyć zasadę równości, a nie definicja przestępstwa). Pomijam też dalsze wywody, aby dać wyraz ogromnemu zdziwieniu wobec twierdzenia, że skoro według art. 123 i 122 k.k. karalne jest już stadium usiłowania i przygotowania, a „stadium to może polegać tylko na samych myślach człowieka, bez odpowiedniego czynu” (s. 11), to materialne określenie przestępstwa jest potrzebne. Zdumiewa mnie też twierdzenie, że „Podmiotowe tłumaczenie «niebezpieczeństwa czynu» prowadziło do przekształcenia prawa karnego z prawa opartego «na czynie» w prawo oparte «na osobie»”. Chciałbym być oświecony i dowiedzieć się, kto takie poglądy głosił, by ten zarzut nie obciążał całej polskiej nauki.

Inny dyskutant, optując za przejęciem (z niewielką nowelą) kodeksu karnego z 1932 r., który zawiera ową formalną definicję przestępstwa, jest przekonany, że powrót do tej definicji zezwala na równe traktowanie obywateli (s. 11). Zapomina, że klasycznej definicji przestępstwa towarzyszyła „instytucja” prokuratorskiego oportunistu, która w jeszcze większym stopniu godziła w zasadę, że każde naruszenie przepisu prawa prowadzi do odpowiedzialności karnej niż materialno-formalne określenie przestępstwa. W dyskusji pomija się współczesne tendencje, którym wychodzi naprzeciw projekt, dotyczące drobnych, a nawet średnich przestępstw, ograniczania postępowania karnego w ogóle lub też ograniczania rozstrzyga-

nia konfliktów w formie rozprawy głównej i „przesuwania” go do organów społecznych, daleko idącego uproszczenia postępowania, mediacji i naprawiania szkody, a wysuwa twierdzenie, że proces karny powinien się w tych mało znaczących sprawach kończyć stwierdzeniem odpowiedzialności bez orzekania o karze (s. 12). To nieorzekanie kary musiałoby się jednak opierać na jakichś przesłankach materialno-ocennych, zresztą zablokowałoby totalnie sądy setkami tysięcy spraw o stwierdzenie odpowiedzialności z wnioskiem o nieorzekanie kar. Czy to ma sens?

Głęboko niepokoją mnie natomiast twierdzenia trudne do przyjęcia ze względu na sposób argumentowania, jak np., że za pomocą pojęć „społeczne niebezpieczeństwo czynu”, „społeczna szkodliwość czynu” „można nadać czynowi, obojętnemu z punktu widzenia prawa, surową kwalifikację prawną, jeśli tylko nie jest on zgodny z zapatrywaniami politycznymi, ideologicznymi lub żądaniami władzy” (s.13) (być może było to możliwe w związku z kryminalizacją czynów, nie wiem, kontekst jednak wskazuje na sferę stosowania prawa), dalej twierdzi się, że „U podstaw kumulatywnej kwalifikacji leży także «społeczne niebezpieczeństwo czynu»”, ale o zgrozo, zdaniem tegoż dyskutanta, można było przekształcić kilka wykroczeń w zbrodnię lub występki, a „Obecny projekt pozostawia wszystkie te możliwości, o czym świadczą przepisy o czynie i jego kwalifikacji w ramach zbiegu przepisów i propozycje dotyczące ciągu przestępstw”. Zachodzi pytanie, czy załamać ręce nad poziomem niektórych twierdzeń, złą wola czy niekompetencją, czy wszystkim po trochu i przemilczeć tę dyskusję, czy też dać świadectwo prawdzie. Wybierając to drugie sta-

nowisko, trudno oprzeć się pytaniu, o co właściwie chodzi w tej dyskusji, dlaczego „Palestra”, cenione wszak pismo prawnicze, tak bezkrytycznie podchodzi do publikowanych wypowiedzi. Trudno udowodnić, że nie jest się garbatym, trudno przekonać osoby, które nie zapoznały się dostatecznie z dyskutowanym projektem przed podjęciem dyskusji, że projekt zawiera wiele wypowiedzi, które powinny w systemie demokratycznego państwa prawa chronić przed nadużywaniem materialnego elementu w systemie prawa karnego dla celów ideologicznych czy też politycznych.

A zatem pozwolę sobie zauważyć, że projekt nie zawiera w definicji przestępstwa (art. 1 §1 i 2) elementu materialnego, nie używa pojęcia „społeczne niebezpieczeństwo czynu”, zorientowanego ku przyszłości, aby się odciąć od piśmiennictwa i orzecznictwa uształtowanego przez około 40 lat, lecz używa w art. 1 §3 pojęcia „społeczna szkodliwość czynu”, zorientowanego ku przeszłości, tj. związanego tylko z popełnionym czynem, co więcej, zgodnie z zasadą określoności projekt definiuje to pojęcie w art. 113 §3, czego żaden dyskutant nie dostrzegł, ale nie wprowadza go do wymiaru kary, co radykalnie różni ten projekt od k.k. z 1969 r. Można się spierać, jaką zatem funkcję pełni tenże art. 1 §3. Faktycznie pełni funkcję identyczną, jak oportunizm prokuratorski, ale przeniesiony do prawa materialnego i ze zdefiniowaną podstawą i konsekwencjami teoretycznymi (nie stanowi przestępstwa). Stawia więc cezurę pomiędzy czynami, które spełniają znamiona typu czynu, lecz czyn nie jest karygodny, wystarcza bowiem sankcja dyscyplinarna lub moralna dla utrzymania prestiżu prawa, oraz czynami, które są karygodne. Kwestia rodzaju sankcji, którą należy

wymierzyć, to już zupełnie inne zagadnienie. To rozwiązanie tym różni się od propozycji wysuniętych w dysusji, że wyklucza możliwość prowadzenia postępowania przygotowawczego, ustalania odpowiedzialności i odstąpienia od wymierzenia kary. Byłaby to bowiem, wobec przewidywanej liczby spraw, bardzo kosztowna procedura załatwiania spraw o niekarygodne czyny, co przemawia zdecydowanie przeciwko niej.

Nie można pominąć dalszych dwóch kwestii, ze względu na zasadnicze nieporozumienia, wywołujące, oględnie mówiąc, zdziwienie, dotyczących ciągu przestępstw i czynu ciągłego oraz systemu sankcji.

Polemikę trzeba rozpocząć od stwierdzenia, że ten stan rzeczy, który był nazywany przestępstwem ciągłym miał i ma nadal nieokreśloną naturę. Pojęcie to było wiele razy nadużywane dla przyjmowania przestępstwa kwalifikowanego z art. 201 lub 202 §2 k.k. jako aferowego przestępstwa. Ciągłość, którą dość dowolnie przyjmowano, prowadziła do nowej jakości normatywnej. Takiej manipulacji chcą twórcy projektu uniknąć, uznając, że sumowanie przestępstw nie może prowadzić do innej kwalifikacji niż właściwa dla tych przestępstw sumowanych. Wprowadzając więc do art. 89 projektu wielość czynów i wielość przestępstw, stawiają warunek, że każde z nich musi spełniać znamiona tego samego typu czynu, a ponadto inne warunki (krótkie odstępy czasu i podobny sposób popełnienia), innymi słowy, definiują ciąg przestępstw zgodnie z postulatem określoności czynu, czego jakoś uczestnicy dysusji nie tylko nie doceniają, lecz nawet tej różnicy w stosunku do art. 58 k.k. nie dostrzegają. Poza zakresem ciągu przestępstw pozostała materia społeczna, którą najczęściej zaliczano do

przestępstwa ciągłego, a którą należało wyraźnie odróżnić, niejako wyeliminować z tego ciągu i przewidzieć odrębne konsekwencje prawne w wypadku ciągu przestępstw i przestępstwa ciągłego. Uczyniono to w art. 11 projektu, biorąc pod uwagę dość często występujące w praktyce tzw. ratalne wykonanie przestępstwa. Zjawisko to cechuje zwartość czasowa, ten sam zamiar, choćby w postaci zamiaru powtórzenia czynu, zwartość miejsca ze względu na związek z właściwym rozumieniem zwrotu „w wykonaniu tego samego zamiaru”. Przykładów można przytoczyć wiele, np. złodziej zakradł się do piwnicy i zabiera różne przedmioty. Każdy zabór przedmiotu w związku z jednym wejściem do piwnicy oznacza wszak realizację znamion kradzieży. Nikomu nie przychodzi do głowy pomysł, aby z tego uczynić tyle przestępstw, ile przedmiotów zabrano. Sytuacja nie zmienia się, jeżeli sprawca kilkakrotnie wychodzi i następnie wchodzi do piwnicy, wynosząc kolejno różne przedmioty. Sądzę, że ocena nie ulega zmianie, gdy czyn swój powtarza w ciągu kilku dni. Art. 11 projektu traktuje taki stan rzeczy nie jako przestępstwo ciągłe, na które składa się wiele przestępstw, ani tym bardziej jako ciąg przestępstw, lecz jako jeden czyn ciągły, a w konsekwencji jedno przestępstwo, bez implikacji w zakresie kary.

Zarzuty postawione tym konstrukcjom polegają na ich niezrozumieniu, jak również na nieporozumieniu. Otóż, możliwość przekształcenia kilku wykroczeń w występki nie grozi wobec odrzucenia tzw. przestępstw przepołowionych (w pozostałym zakresie z braku korespondujących ze sobą występków i wykroczeń), nie grozi także przekształcenie przestępstwa ratalnego (jeden czyn) w ciąg przestępstw, czy tym bardziej

w zbrodnię, o czym przesądza definicja tego ciągu (wielość przestępstw kwalifikowana z tego samego przepisu). Twierdzenie, że na konstrukcji art. 11 ciąży sposób myślenia wypracowany na tle afer gospodarczych, jest poważnym nieporozumieniem. Może być wprawdzie odniesiony do ciągu przestępstw, ale takie odnoszenie pomija definicję tego ciągu, która zresztą zrodziła się pod wpływem intencji uniemożliwienia sumowania działalności aferowej, trwającej zwykle dłuższy czas i wyrażania tworzonej w ten sposób sumy w nowej kwalifikacji. Krzywdę wyrządza się nazwisku Woltera twierdząc, że konstrukcja ciągu przestępstw miała być uzasadnieniem przestępstw aferowych, było bowiem wręcz odwrotnie. Pomijam tutaj argumenty związane ze współczesnym wzrostem afer, chodzi bowiem o stanowisko zasadnicze, nie o argumenty kryminalno-polityczne. Nie bronię rozwiązań projektu potrzebą związaną z wzrostem afer, byłoby to bowiem wprowadzanie Czytelnika w błąd. Na marginesie pragnę zauważyć, że w związku z przestępstwami aferowymi należy się posłużyć pojęciem „przestępstwa zawodowego”, co mi odpowiada (w obecnej wersji projektu znajduje się taka próba w art. 62), ale muszę też stwierdzić, że wbrew twierdzeniu jednego z dyskutantów (s. 14), treść i istota tego pojęcia nie są szczegółowo opracowane w literaturze kryminologicznej, a rzekomo „od strony prawnej też nie wywołują większych wątpliwości”. Nie twierdzą, że rozwiązania przyjęte w art. 11, 62 i 89 projektu są doskonałe. Na takie należy poczekać w alternatywnym projekcie dyskutantów.

W kwestii systemu sankcji i ich wymiaru projekt zawiera nowoczesne rozwiązania, których krytycy nawet nie do-

strzegli. Z braku miejsca nie będę ich omawiał, poza najważniejszymi, którymi są: wprowadzenie zasady *ultima ratio* kary bezwzględnego pozbawienia wolności, przesunięcia punktu ciężkości polityki karnej na karę grzywny z zastrzeżeniem, że może być ona orzekana tylko wtedy, gdy realne jest jej zapłacenie lub wyegzekwowanie, zmiana charakteru kary ograniczenia wolności, szeroka możliwość nieorzekania kary i ograniczenia reakcji do środka karnego, naprawienia szkody jako forma rozwiązania konfliktu społecznego, wprowadzenie ambulatoryjnego środka leczniczego, przede wszystkim zaś uznawanie winy za nieprzekraczalną granicę dla sumy dolegliwości związanej z sankcją.

Dyskutanci nie zaaprobowali systemu stawek dziennych, wysuwając zarzuty, które są niepoważne, np. że „wymierzenie grzywny w stawkach dziennych to czysta fikcja” (s. 22) wobec tych, którzy oficjalnie nie mają dochodów, że sędzia będzie musiał czytać gazety z odpowiednimi komunikatami (czyżby uzasadniony był wniosek, że sędziowie nie czytają gazet?), że będzie zobowiązany „(...) do przeprowadzenia postępowań wyjaśniających, które zupełnie przekraczają jego możliwości” (z czego chyba nie wynika, że teraz może grzywnę orzec nie troszcząc się o możliwość jej uiszczenia lub ściągnięcia). Zarzuca się, że projekt nie podaje, jaką karę orzec, gdy szanse ściągnięcia grzywny są minimalne, sugerując, że można się obawiać, że wtedy nastąpi bądź warunkowe umorzenie postępowania (czego projekt nie wyklucza), „bądź umorzenie z uwagi na znikomą społeczną szkodliwość czynu (art. 1 §3) i sprawca przestępstwa pozostanie bezkarny” (s. 22), co według założeń projektu jest wykluczone, a powinno być oczywiste nawet dla aplikanta adwo-

kackiego. Te zarzuty nie wymagają polemiki, może tylko warto dodać, że sytem stawek dziennych działa sprawnie nie tylko w Finlandii, Austrii i Szwecji, ale z krajów europejskich także w Danii, RFN, Francji, Portugalii i na Węgrzech.

Krytyk systemu stawek dziennych ma zmartwienia z obowiązkiem naprawienia szkody, związanym z najbardziej przebojowym ruchem w polityce kryminalnej, zwłaszcza wobec drobnych i średnich przestępstw, co do których można, w razie dobrowolnego naprawienia szkody, zrezygnować w niektórych przypadkach z orzekania kary albo karę nadzwyczajnie złagodzić. Takie rozwiązanie konfliktu społecznego lepiej stabilizuje porządek prawny niż posyłanie sprawcy do więzienia, co, jak wiadomo, sporo kosztuje. Zmartwienia polegają m.in. na tym, że sąd cywilny uwzględni, że pokrzywdzony przyczynił się do szkody i odpowiednio miarkuje odszko-

dowanie, co rzekomo jest „w sądzie karnym niemożliwe”, gdyż szczegółowe wyjaśnianie sprawy przedłużyłoby postępowanie, „a sędzia karny musiałby zapoznać się z szeroką dziedziną prawa cywilnego i praktycznie nie mógłby zagadnienia szybko i prawidłowo rozstrzygnąć” (s. 23). Ja tych zmartwień nie mam, jestem zdania, że sędziów stać na prawidłowe orzekanie o odszkodowaniu (alternatywą jest zresztą możliwość orzeczenia nawiązki), a jeżeli nawet czas postępowania karnego się nieco wydłuży, to zaoszczędzi się go przez eliminację procesu cywilnego.

Brak miejsca nie pozwala mi, niestety, na prostowanie dalszych nieporozumień związanych z karą łączną, relacją kary pozbawienia wolności do środka leczniczego, faktycznymi tendencjami w świecie co do tych środków i in. Może przy innej okazji będę mógł to uczynić.