

BOGUSŁAW JANISZEWSKI

POWRÓT DO PRZESTĘPSTWA JAKO "OKOLICZNOŚĆ OBCIĄŻAJĄCA"

1. Obowiązujący kodeks karny nie wymienia tzw. okoliczności obciążających i łagodzących jakie spotkać można w uzasadnieniach wyroków sądowych dotyczących wymiaru kary. Wyjątkiem na gruncie kodeksu karnego jest recydywa ogólna określona w art. 52¹. Zgodnie z jego treścią uprzednie skazanie sprawcy za przestępstwo umyślne albo za podobne przestępstwo nieumyślne sąd uwzględnia jako okoliczność wpływającą na zaostrzenie kary. Zawarta w tym przepisie wskazówka wyboru rodzaju kary "... ma (...) charakter względny i raczej ukierunkowuje myślenie sędziego o wymiarze kary niż daje mu granice wyboru"². Pogląd iż sądowi pozostawiono wybór rodzaju kary nie był jednak zawsze podzielany zarówno w orzecznictwie sądowym, jak w literaturze przedmiotu³.

W projekcie kodeksu karnego z 1991 r.^{3a}, który proponuje zasadnicze zmiany w określeniu ogólnych i szczególnych dyrektyw wymiaru kary nie znajdujemy odpowiednika art. 52 k.k. W art. 50 projektu normującym ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary postanowiono, podobnie zresztą jak w obecnie obowiązującym kodeksie karnym oraz w kodeksie z 1932 r., iż sąd uwzględnia w toku wymiaru kary m.in. sposób życia sprawcy przed popełnieniem przestępstwa. W tym szerokim zakresowo określeniu mieszczą się, bez wątpienia, poprzednio popełnione przestępstwa oraz orzeczone i odbyte kary. Nasuwa się jednak pytanie, czy i kiedy okoliczności te, podobnie jak czyni to art. 52 k.k. w stosunku do poprzedniego skazania, mogą zyskać podczas wymiaru kary charakter okoliczności obciążających (w ramach albo poza oceną winy), czy też należałoby je raczej traktować w sposób czysto "techniczny" jako czynniki prognozy kryminalnej formułowanej wobec danego sprawcy.

Uznanie powrotu do przestępstwa za okoliczność obciążającą przy wymiarze kary związane jest z wieloma wątpliwościami wyrażanymi w nauce prawa karnego⁴. W ramach różnych stanowisk w tej kwestii dochodzi do

¹ Por. Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego z 1968 r., s. 113; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 234, (art. 52, t. 1).

³ K. Buchała (red.), Z. Ćwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego część ogólna*, Warszawa 1990, s. 246, (art. 52, t. 9).

³ Por. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks*, s. 235, (art. 52, t. 11); J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny komentarz*, Warszawa 1987, s. 216, (art. 52, t. 13). Zagadnienie to omawia D. Pieńska, *Zagadnienia recydywy wprawie karnym*, Warszawa 1974, s. 73 - 75.

^{3a} Projekt k.k. w redakcji z listopada 1992 r. nie wprowadza zmian do treści przepisów zawartych w jego ujęciu redakcyjnym z grudnia 1991 r., a powoływanych w niniejszym opracowaniu.

⁴ Problematyka ta wzbudziła szeroką dyskusję w niemieckim i austriackim prawie karnym. Por. m.in.: H. Zipf, *Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB*, w: *Festschrift für H. Tröndle*, pod red. H.-H. Jescheka i T. Voglera, Berlin, New York 1989, G. Kunst, *Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls*, "Österreichische Juristen Zeitung" 1980 z. 12.

kategorialnego pomieszczenia racji uzasadniających karę, co nie jest pozbawione znaczenia zarówno z punktu widzenia gwarancji praw jednostki karanej, jak i z punktu widzenia kształtowania polityki kryminalnej.

2. Pominięcie w projekcie kodeksu karnego treści obowiązującego art. 52 k.k. o recydywie ogólnej przypomina poniekąd unormowanie kwestii powrotu do przestępstwa w ramach sądowego wymiaru kary, jakie zawierał kodeks karny z 1932 r. Jedną z okoliczności, które sąd miał brać pod uwagę podczas wymiaru kary, wymienioną z art. 54 tamtego kodeksu, było "dotychczasowe życie" sprawcy. Warto przypomnieć tu poglądy J. Makarewicza odnoszące się do tego zagadnienia. Był on, jak wiadomo, zdecydowanym zwolennikiem oparcia kary na podstawie winy, a także zwolennikiem indywidualno-prewencyjnego celu kary. Uważał zarazem, iż jakiegokolwiek uprzednie ukaranie, a nawet życie bez określonego zawodu stanowią wystarczające "tytuły do stosowania kary surowej"⁵. Powrót do przestępstwa uznawał on za czynnik daleko istotniejszy dla sądowego wymiaru kary, niż wagę popełnionego czynu mierzoną wielkością winy i szkody⁶. W stosunku do przypadków nie mieszczących się w ramach przepisu o recydywie specjalnej (art. 60 § 1 k.k. z 1932 r.) ze względu na brak podobieństwa pobudek przestępstw tworzących recydywę, a zatem przypadków pozostających w ramach oceny "dotychczasowego życia" sprawcy, (zdaniem J. Makarewicza) "... sędzia wobec faktu popełnienia przestępstwa po odcierpieniu kary za inne przestępstwo winien zbliżyć się do ustawowego maximum" wymiaru kary⁷.

Również inny pogląd tego autora wydają się ważny dla niniejszych rozważań. Otóż podkreślał on, iż zadaniem okoliczności wymienionych w przepisie o sądowym wymiarze kary (art. 54) jest "... zwrócenie uwagi sędziego na etyczną wartość przestępcy"⁸. Wypowiedź ta wiązała się z aprobatą indywidualno-prewencyjnego celu kary, którego treścią miało być "... oddziaływanie na psychikę przestępcy, jego regeneracja etyczna"⁹. Wypada przypomnieć, że k.k. z 1932 r. uważał karę więzienia za "noszącą specyficzne zabarwienie potępienia moralnego", co wykluczało stosowanie kary areštu wtedy, gdy skazanie dotyczyło przestępstwa popełnionego z niskich pobudek. Juliusz Makarewicz wyraził pogląd, że "... recydywista (normalny) według kodeksu zasługuje na r ó w n e potępienie (z jakiegokolwiek pobudek działa), jak przestępca działający z pobudek niskich"¹⁰.

Z wypowiedzi tych wynika, że ich autor wiązał wyraźnie szczególnie-prewencyjną koncepcję kary nie tylko z dezaprobatą (potępieniem) czynu lecz

⁵ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 206.

⁶ Autor ten uważał, iż takie czynniki, jak wyrządzona szkoda i inne okoliczności należące do strony przedmiotowej przestępstwa uwzględniane są przede wszystkim już w samym ustawowym wymiarze kary. "Tam, gdzie chodzi o indywidualizację kary, o zastosowanie sankcji karnej odpowiednio do konkretnego wypadku, tam sędzia powinien zwracać uwagę na inne okoliczności, na te mianowicie, które podkreślają psychiczną indywidualność przestępcy z jednej strony, a ustosunkowanie się psychiczne do danego czynu z drugiej strony". Jw., s. 206 - 207. Podobnie w tej kwestii S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne część ogólna*, Warszawa 1946, s. 435.

⁷ J. Makarewicz, *Kodeks karny*, s. 209.

⁸ Ibidem, s. 205.

⁹ Ibidem, s. 206.

¹⁰ Ibidem, s. 223.

także z dezaprobatą samego sprawcy. Indywidualne cechy sprawcy i fakty z jego życia datujące się jeszcze sprzed popełnienia przestępstwa nie miały znaczenia tylko z punktu widzenia oceny winy, nie stanowiły też jedynie czynników prognostycznych pozbawionych ocen wartościujących, lecz podlegały negatywnej ocenie (naganie), z którą miało wiązać się bezpośrednio orzeczenie surowszej kary. Poglądy te, szczególnie w odniesieniu do podstawowej dla prawa karnego kwestii potępienia sprawcy przestępstwa, trudno byłoby zaaprobować w świetle dzisiejszych zapatrywań na prawa jednostki.

3. Wyrazić można przekonanie, że nie uzyska się należytej jasności w ocenie "dotychczasowego sposobu życia", a w tym powrotu do przestępstwa, jak długo nie określi się wyraźnie co jest tutaj przedmiotem potępienia związanego z wymiarem kary¹¹. Pytanie to nie jest tożsame z pytaniem o adresata nagany zawartej w karze, ani o to przeciwko komu toczy się postępowanie karne. Nie jest to także pytanie o społeczny odbiór kary. Wiąże się ona bowiem w opinii szerokich kręgów społecznych właśnie z potępieniem osoby sprawcy. Tego rodzaju potępienie można też wyczytać z funkcjonowania organów prawno-wykonawczych, a szczególnie penitencjarnych. Ze stanowiska tzw. koncepcji społecznej reakcji wyjaśniających dewiację jednostki wejście do instytucji "totalnej", do której zaliczane jest więzienie, odbywa się w drodze "procesu degradacji" samego sprawcy¹². Wydaje się to zresztą nieodłącznym elementem kar izolacyjnych. Społeczna degradacja sprawcy wiąże się także z karą pozbawienia praw publicznych.

Pozostaje też poza sporem, iż wymierzona jednostce kara jest zawsze naruszeniem jej najistotniejszych dóbr, "gwałtownym wkroczeniem w podstawowe jej wolności...", "... jest więc ze swej istoty złem zadany jednostce, wymagającym zawsze usprawiedliwienia"¹³.

W postawionym tutaj pytaniu chodzi o coś zupełnie innego, a mianowicie o z a k r e s państwowego jus puniendi przejawiającego się w sądowym wymiarze kary. Chodzi o to, czy współczesny wymiar sprawiedliwości realizowany przez w zasadzie liberalne państwo upoważniony jest do piętnowania i związanego z tym karania indywidualnych i biograficznych cech sprawcy, wykraczającego poza ocenę konkretnego czynu. Pytanie to wprowadza niewątpliwie w obręb sporu o koncepcję kary. Nie podejmując tego rodzaju z natury obszernej dyskusji wypada zwrócić uwagę na pewne założenia i ich konsekwencje ważne z punktu widzenia propozycji zawartych w cytowanym projekcie kodeksu karnego z 1991 r.

4. W historii myśli penologicznej nie tylko w koncepcjach kary jako odpłaty lecz także w koncepcjach prewencyjnych kary (J. Bentham) spotyka

¹¹ Niniejsze uwagi nie odnoszą się tylko do poglądów J. Makarewicza. Por. m.in. A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1986, s. 121 ("Kara jest środkiem przymusu stosowanego przez państwo. Stanowi wyraz potępienia sprawcy z racji popełnionego przezeń przestępstwa"); A. Marek, *Prawo karne część ogólna*, Bydgoszcz 1992, s. 231 ("Reakcja ta (kara B. J.) ma charakter ujemny, wyraża się w niej dezaprobatą czynu i jego sprawcy"). W świetle pierwszej z tych definicji zapewne nie chodzi o potępienie sprawcy jako takiego, lecz jako autora czynu. W każdym razie obie definicje znajdują uzasadnienie w stanie normatywnym, którego dotyczą.

¹² Por. E. Goffman, *Charakterystyka instytucji totalnych*, w: W. Derczyński, A. Jasińska-Kania, J. Szacki (red.), *Elementy teorii socjologicznych*, Warszawa 1975, s. 150 i n.

¹³ A. Zoll, *Wymiar kary w aspekcie praw jednostki karanej*, "Palestra" 1986 nr 5 - 6, s. 40; Por. też definicję kary S. Śliwińskiego, *Polskie prawo*, s. 434.

się ściśle jej związanie z przestępstwem, a nie z osobą sprawcy. Jedna z podstawowych wersji retributywizmu dostrzega nawet istotę kary w tym, iż jest ona środkiem dezaprobaty, potępienia czynów przestępczych¹⁴. Twierdzenie, iż kara jest i pozostaje odpłatą pociąga za sobą tę zupełnie konkretną konsekwencję, że "... jeżeli przestępstwo nie zostało popełnione, nie ma 'za co płacić'"¹⁵.

Kara jako odpłata wiąże się z ideą sprawiedliwości. Retributywizm zakłada właśnie, że wina powinna decydować nie tylko o kręgu osób ukaranych, ale także o surowości kar. W tym zakresie, stwierdza W. Sadurski, jest to niewątpliwie doktryna moralna, a nie wyłącznie definicja kary¹⁶. Potępienie zawarte w karze kryminalnej, o czym mowa, nie jest, jak wiadomo, jednoznaczne z moralną dezaprobatą czynu. "Szerokie luzy decyzji sądu stosującego współczesne prawo karne (...) w dużej mierze uzależnione są od stopnia dezaprobaty moralnej konkretnego c z y n u (podkr. B. J.) ze względu na jego intencje i jego skutki"¹⁷.

W nauce prawa karnego rozpowszechnione jest obecnie stanowisko, że nie należy obejmować winą indywidualnych cech osobowościowych i elementów biograficznych sprawcy¹⁸, choć z punktu widzenia aprobowanych skądinąd wartości mogą być one naganne. Stanowisko to opiera się na przyjmowanych pryncypiach karalności, zgodnie z którymi kara i jej intensywność wiążą się z wartością naruszonego przestępstwem dobra i z wagą zawinionego czynu. Wobec koncepcji "winy sposobu życia", mających już wartość historyczną, można by skierować zarzut, iż prawno-karne formuły winy nie nadają się do oceny omawianych okoliczności bez uciekania się do fikcji czy domniemań podczas ustalania takiej winy. Formuły te nie pozwalają odrzucić tych czynników indywidualnych, na które jednostka nie miała wpływu albo wpływ ten był minimalny.

Prawo karne, zauważa H.-H. Jescheck, nie powinno tylko ograniczać wolności lecz także "wyznaczać" wolność. Dlatego myśli ludzkie, plany, charakter i sposób życia ludzi nie mogą być przedmiotem prawno-karnej regulacji, lecz jedynie ich czyny. Wynika z tego, iż bezprawność i wina mogą być odnoszone wyłącznie do ludzkiego działania lub zaniechania, jako określonego czynu¹⁹.

Przyjąć trzeba zatem, iż karanie za konkretny czyn nie powinno prowadzić do ogólnego rozliczania ze sposobem życia sprawcy ani z punktu widzenia "wyrównania" winy, ani też z punktu widzenia prewencji²⁰. Czynnikiem

¹⁴ Por. W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, s. 257 i n. Autor krytycznie ocenia tę koncepcję.

¹⁵ L. Lernell, *Podstawowe zagadnienia penologii*, Warszawa 1977, s. 107. Por. też U. Klug, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, tom II Materiele und formelle Strafrechtsprobleme, Berlin 1981, s. 28 - 42 i in.; E. Schmidthfluser, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen 1963.

¹⁶ W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości*, s. 246. Por. Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 153; J. Widacki, *Filozofia prawa karnego z punktu widzenia nauki Kościoła*, w: *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości prawach człowieka i miłosierdziu*, pod red. A. Strzembosza, Lublin 1988, s. 20 - 28; A. Strzembosz, *Chrześcijańska koncepcja celów kary*, tamże, s. 225 i in.

¹⁷ Z. Ziemiński, *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław... 1972, s. 187.

¹⁸ Por. H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, wyd. 4. Berlin 1988, s. 18 - 19, 48; H. J. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, Köln 1985, s. 147, 192 - 193, 219 i n.

¹⁹ H.-H. Jescheck, *Lehrbuch*, s. 177.

²⁰ Por. H. J. Bruns, *Das Recht*, s. 219 i 222.

prognostycznym na gruncie prawa karnego należy nadawać znaczenie czysto "techniczne", pozbawione charakteru aksjologicznego. W przeciwnym razie dojdzie do sprzeczności, w które popadła tutaj przewencyjna ideologia resocjalizacji sprawcy. "Pojęcie resocjalizacji, jak trafnie stwierdzili M. Porowski i A. Rzepliński, wypracowane w teoretycznej konwencji pedagogiki, jest zupełnie asymetryczne w stosunku do technicznych konstrukcji prawa karnego materialnego. Pograża to politykę penitencjarną w natłoku notorycznych wewnętrznych sprzeczności"²¹.

5. Nadanie w art. 52 k.k. powrotowi do przestępstwa charakteru ogólnej okoliczności wpływającej na zaostrenie kary wiąże wyraźnie tę okoliczność z celem kary jako odpłaty. Mówiło o tym wprost Uzasadnienie do projektu k.k. z 1968 r.²². Przypadki powrotu do przestępstwa, w których przepis ten nie może być zastosowany, (a które nie stanowią zarazem innego rodzaju recydywy) wchodzą w zakres art. 50 § 2 k.k. i znajdują się w obrębie "sposobu życia" sprawcy przed popełnieniem przestępstwa, o jakim tam mowa.

Zarówno w naszej literaturze fachowej, jak i w orzecznictwie sądowym ukształtowanym na gruncie obowiązującego art. 50 k.k. spotkać można pogląd, iż wszystkie okoliczności, które sąd bierze pod uwagę w toku wymiaru kary, a wymienione w § 2 tego przepisu, za wyjątkiem jednej, mogą być uznawane za obciążające bądź łagodzące²³. Dotyczy to także wymienionego "sposobu życia" sprawcy. Nie mniej rozpowszechniony jest pogląd, iż okoliczności nie zawinione przez sprawcę nie mogą być nigdy traktowane jako obciążające²⁴. Skoro skonfrontuje się oba powyższe poglądy, to nasuwa się wniosek, iż dana okoliczność może być uznana za obciążającą wtedy tylko, gdy wpływa ona na wzrost winy (społecznego niebezpieczeństwa czynu)²⁵. Twierdzenia o zawinionym charakterze omawianych okoliczności nie zawsze precyzują należycie przedmiot tej oceny. Możliwe jest więc, iż mniej czy bardziej świadomie aprobowane są takie koncepcje, jak "wina sposobu życia", "wina osobowości" itp.

Przykładem stanowiska nie uwzględniającego tutaj w ogóle problemu winy były wypowiedzi Sądu Najwyższego odnośnie do tzw. pasożytniczego trybu życia. Taki tryb życia uznał SN w orzeczeniu z 1973 r. za okoliczność wpływającą zarówno na zaostrenie kary, jak i na wybór surowszego rodzaju kary, a więc za okoliczność obciążającą²⁶. Chodziło tu jednocześnie o negatywną ocenę takiego trybu życia ze stanowiska zakładanych wartości, a więc w sumie o potępienie czegoś więcej niż konkretnego czynu sprawcy stypizowanego w ustawowych znamionach.

Interesującym przykładem dogmatycznego ujęcia okoliczności obciążających i łagodzących jest unormowanie austriackiego kodeksu karnego

²¹ M. Porowski, A. Rzepliński, *Granice reformy więziennictwa* "Archiwum kryminologii" tom XIII, 1986, 8. 172.

²² Uzasadnienie, s. 113; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 538.

²³ Por. m.in. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny*, s. 209, (art. 50, t. 87); K. Buchała, *ibidem*; OSNKW 4/79 poz. 39.

²⁴ Por. m.in. A. Ratajczak, *Stan nietrzeźwości w polskim prawie karnym*, Poznań 1969, s. 194; J. Bafia, *ibidem*, s. 204, (art. 50, t. 50).

²⁵ Por. w kontekście recydywy. W. Wróbel, A. Zoll, *Usprawiedliwienie karania (założenia systemu wymiaru kary w przyszłym kodeksie karnym)* w: *O prawo karne*, s. 262.

²⁶ OSNKW 12/73, poz. 151; por. też W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 333.

z 1974 r. Okoliczności te zostały wyodrębnione w dwu wykazach (§ 33 i 34). Jednak zauważyć można występujący między nimi brak symetrii. Do okoliczności łagodzących zaliczono np. dotychczasowe prowadzenie przemyślnego trybu życia, podczas gdy czyn pozostaje w rażącej sprzeczności z uprzednim postępowaniem sprawcy. Po stronie okoliczności obciążających nie zamieszczono natomiast zarzutu co do nagannego trybu życia, gdyż nie jest to zapewne przedmiotem potępienia w ramach wymiaru sprawiedliwości. Wśród okoliczności obciążających znajduje się jednak uprzednie skazanie za czyn wynikający z tej samej szkodliwej skłonności. Ta postać recydywy ogólnej budzi skądinąd w piśmiennictwie austriackim wiele zastrzeżeń z punktu widzenia czynnika indywidualnej winy²⁷.

6. W Uzasadnieniu do omawianego projektu czytamy: "Projekt nie wprowadza okoliczności obciążających i łagodzących, niemniej wymienia najważniejsze okoliczności o ambiwalentnym charakterze, które sąd winien uwzględnić (art. 50 § 2)"²⁸. Wypowiedź ta dopuszcza więc możliwość traktowania powrotu do przestępstwa jako okoliczności obciążającej. Jednocześnie w świetle wymienionych w § 1 tego artykułu "celów zapobiegawczych i wychowawczych", które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, wydaje się niewątpliwie uzasadnione nadawanie okolicznościom związanym ze "sposobem życia przed popełnieniem przestępstwa" charakteru czynników prognostycznych.

Ocena sposobu życia sprawcy przed popełnieniem przestępstwa jako okoliczności związanej z sądowym wymiarem kary, a więc także ocena poprzednio popełnionych przestępstw powinna być dokonywana w kontekście ogólnych dyrektyw tego wymiaru sformułowanych w § 1 art. 50 projektu. Pierwsza z nich określa górną granicę kary w ten sposób, "aby jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy". Wynika z tego, iż zwiększonej karze powinien towarzyszyć odpowiednio wzrost stopnia winy. Każdą z okoliczności wymienionych w § 2 art. 50 projektu można więc uznać za obciążającą tylko wtedy, gdyby udało się wykazać jej wpływ na zwiększenie winy związanej z czynem. W przeciwnym razie okoliczność taka pełnić może tylko funkcję łagodzącą karę, bądź funkcję czynnika prognozy kryminalnej formułowanej w celach indywidualno-prewencyjnych. Kara motywowana tymi celami nie powinna zaś przekraczać granicy wynikającej z rozmiaru winy. Zawiniony charakter okoliczności zawartych w omawianym przepisie (obciążających i łagodzących) znajduje tu, w odróżnieniu od obowiązującego k.k., grunt normatywny.

Zupełnie innym zagadnieniem jest powszechnie nie kwestionowana konieczność uwzględniania w toku ustalania winy i oceny jej rozmiaru czynników indywidualnych i biograficznych dotyczących sprawcy przestępstwa. Trudno byłoby wyobrazić sobie pominięcie ich np. podczas dokonywania odpowiednich ocen związanych z występowaniem afektu, niedbalstwa czy błędu co do bezprawności²⁹. Uwzględnienie tychże czynników służy ustalaniu

²⁷ Por. E. Foregger, *Die Problematik der rechtlichen Behandlung des Rückfalls*, w: *Rückfallkriminalität, Führerscheintzug* (Bericht über die XXIII. Tagung der Gesellschaft für die gesamte Kriminologie), pod red. H. Goppinger i R. Vossena, Stuttgart 1986, s. 5 in.

²⁸ Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego z 1991 r. Warszawa, s. 39.

²⁹ Por. H. H. Jescheck, Lehrbuch, s. 381; H.-J. Bruns, *Das Recht*, s. 192 - 193.

winy i jej kwantyfikacji w ogóle, a nie tylko celowi wykazania zmniejszonej wielkości winy lub jej wyłączenia. Spełniając tę funkcję omawiane okoliczności podmiotowe nie zyskują autonomicznego znaczenia w ramach sądowego wymiaru kary i nie są, jako takie, poddawane naganie z punktu widzenia prawa. Ich znaczenie wiąże się ściśle z bezprawnością i winą.

Na marginesie wypowiedzianych uwag można zauważyć, iż wprowadzenie przez projekt dyrektywy nadzwyczajnego zaostrożenia kary wobec "osób, które z popełnienia przestępstw uczyniły sobie stałe źródło dochodu"(art. 62), nie pociąga za sobą uznania takich czynników jak: styl życia, osobowość, przekonania, jako istotnych probierzy wymiaru kary. W zaproponowanym przepisie mowa jest bowiem o okolicznościach ściśle związanych z popełnianymi przestępstwami. Fakt uzyskiwania przez sprawcę stałego dochodu w drodze popełniania przestępstw nie pozostaje też bez wpływu na ocenę ich strony podmiotowej. A zatem w omawianym projekcie kodeksu karnego nie chodzi o ustawową kwalifikację sprawcy w postaci przestępcy zawodowego, znaną np. kodeksowi karnemu z 1932 r., lecz o czynnik "zawodowego popełniania przestępstw" kwalifikujący czyn. Uwzględnienie tego czynnika w wymierzanej karze nie musi kolidować z zasadą zakreślającą jej górną granicę przez współmierność do rozmiaru winy.

7. Zgodnie z postanowieniami omawianego projektu kodeksu karnego powrót do przestępstwa (pomijając recydywę specjalną) jedynie wtedy może wpływać na wymiar surowszej kary, gdy pociąga za sobą wzrost winy czynu podlegającego ukaraniu. Wpływ recydywy na wielkość winy stanowił przez długi czas sporne zagadnienie prawa karnego³⁰. Ograniczając wypowiedź na ten temat do niezbędnych rozmiarów, za błędny trzeba uznać pogląd przesadzający, że każdy przypadek powrotu do przestępstwa powoduje wzrost stopnia winy. Stopień ten wyznaczony jest bowiem nie tylko przez rozmiar sprzeniewierzenia się społecznym wymaganiom, ale także przez indywidualne możliwości konkretnego sprawcy. Oceny obu tych elementów są silnie zróżnicowane w przypadku przestępstw popełnianych przez recydywistów. Zakwalifikowanie recydywy do ogólnych okoliczności obciążających, tak jak uczyniono to w przypadku art. 52 k.k., nie jest trafnym rozwiązaniem, jeżeli chce się oprzeć karę na zasadzie winy.

W nauce prawa karnego szeroko reprezentowany jest pogląd o wzroście winy proporcjonalnie do wielkości przewyżczanych przez jednostkę tzw. wewnętrznych oporów, związanych z popełnieniem przestępstwa³¹. Zmniejszenie winy ma następować natomiast wtedy, gdy sprawcy towarzyszy "nadmierne psychiczne obciążenie", kiedy np. nie dorasta on do sprostania stawianym mu wymaganiom. Mówiąc inaczej, tym większy jest stopień winy, im sprawca pokonywał w czasie popełnienia przestępstwa większe trudności, tzn. im uporczywiej zmierzał do osiągnięcia swego przestępczego celu. Pogląd ten, zdaniem wybitnego znawcy przedmiotu H.-J. Bruns, zaaprobo-

³⁰ Por. J. Waszczyński, *Problem stopniowania winy w polskiej nauce prawa karnego*, RPEiS 1976, nr 4; B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna w prawie karnym zagadnienia nadzwyczajnego wymiaru kary*, Warszawa, Poznań 1992, s. 96 - 111.

³¹ Por. H.-J. Bruns, *Das Recht*, s. 211.

wać można jedynie jako ogólną dyrektywę nie pozbawioną wyjątków. Byłby nim przypadek sprawcy działającego bez wewnętrznych skrupułów albo lekceważącego zupełnie nasuwające się wątpliwości związane z dokonaniem przestępstwa³². Tego rodzaju stosunek psychiczny sprawcy do czynu nie zasługuje naturalnie na usprawiedliwienie. Nie można by też uznać go z góry za bardziej naganny bez bliższego wyjaśnienia jego przyczyn.

Wielu karnistów przyjmowało też pogląd, zgodnie z którym, powodem wzrostu stopnia winy w przypadku powrotu do przestępstwa było lekceważenie poprzednich skazań i odbytych kar, szczególnie wtedy, gdy ponownie popełnione przestępstwo wykazywało jakieś podobieństwo do poprzedniego³³. Miał to być dowód wyjątkowej "zatwardziałości" sprawcy. Badania kryminologiczne przeprowadzone w skali międzynarodowej nie potwierdziły jednak tego stanowiska w odniesieniu do znacznej części sprawców powrotnych. Społeczne wykoślenie i marginalizacja, długotrwałe pobyty w więzieniu, procesy neuro-psychicznej degradacji wcale nie utrudniają tym sprawcom podejmowania decyzji o ponownym popełnieniu przestępstwa, lecz przeciwnie, stanowią tutaj czynniki stymulujące³⁴. Nie wkraczając w szczegółowe rozważania na ten temat wyrazić można przekonanie, iż ocena winy (czynu) sprawcy powracającego do przestępstwa wymaga zindywidualizowanych, wnikliwych analiz z wykorzystaniem nierzadko wiedzy specjalistycznej. Poza tym, jak wiadomo, recydywiści nie stanowią jednolitej zbiorowości, tak z fenomenologicznego, jak i z etiologicznego punktu widzenia.

Jeżeli jednak w konkretnym przypadku sąd zdoła uzasadnić wzrost winy (czynu) związany z powrotem do przestępstwa, wtedy należy założyć, iż wielkość tego wzrostu nie będzie decydować o ogólnym stopniu winy, lecz że będzie modyfikować jedynie jej stopień wyznaczony przez wagę popełnionego czynu i rozmiar zarzutu postawionego sprawcy. W związku z tym można sądzić, iż stopień winy sprawców powracających do przestępstwa w zdecydowanej mierze zależeć będzie właśnie od wagi przestępstwa, a w niewielkim zakresie od takich czynników, jak: podobieństwo przestępstw, odbyte kary, wielokrotność powrotów itp. Inaczej mówiąc, "udział" tych ostatnich w globalnej ocenie winy nie może być znaczący, jeśli chce się pozostać na gruncie "prawa karnego czynu".

8. Opowiedzenie się za bardzo ograniczonym uznaniem powrotu do przestępstwa jako okoliczności obciążającej na gruncie sądowego wymiaru kary, nie oznacza wcale lekceważenia problemu przestępczości powrotnej, ani też ulegania opiniom o potrzebie nadmiernej liberalizacji karania recydywistów. Stanowi ono wyraz aprobaty dla takich wartości jak: nierozdzielny związek kary z winą oraz przyjmowanie za przedmiot karania (potępienia) - czynu, a nie sprawcy, bez jednoczesnego tracenia z pola wi-

³² Ibidem.

³³ Por. m.in. jw., s. 224, D. Pieńska, *Zagadnienia recydywy*, s. 12, 79 i n.; B. Janiszewski, *Recydywa*, s. 63 in., 157 i n.

³⁴ Zagadnienie to ma u nas bogatą literaturę kryminologiczną, na którą składają się przede wszystkim prace S. Batawii, Z. Ostrowskiej, S. Szelhausa, A. Siemaszki, T. Szymanowskiego i W. Poznaniaka. Por. też: G. Kaiser, *Przestępczość powrotna - problemy analizy kryminologicznej i jej zwalczanie przez prawo karne w ujęciu porównawczym*, w: *Problemy recydywy (w teorii i praktyce)* pod red. L. Boguni, Wrocław 1900, s. 112 i in.; H. J. Schneider, *Kriminologie*, Berlin, New York 1987, s. 314 i n. 845.

dzenia konkretnej jednostki, której kara dotyczy i prewencyjnych, odpowiednio sprecyzowanych, zadań kary.

Rozważania powyższe dotyczą też problemów związanych zaledwie z jednym fragmentem reakcji karnej na recydywę. Należy z uznaniem podkreślić wielki wkład projektu kodeksu karnego z 1991 r. w nadawanie całości tej reakcji kształtu, który z jednej strony uwzględnia pryncypia współczesnego prawa karnego w zakresie kary, a z drugiej strony sprowadza reakcję karną na recydywę do proporcji odpowiadających potrzebom i możliwościom racjonalnej polityki kryminalnej. Zharmonizowano w nim zarazem różne postaci recydywy z instytucjami wymiaru kary mieszczącymi się w ramach aksjologii i socjotechniki dalekiej od prymitywnego "zwalczania przestępczości". Wykorzystanie wiedzy kryminologicznej i penitencjarnej na temat przestępczości powrotnej³⁵, jaka została zgromadzona w nie dających się wprost określić rozmiarach, upoważnia do przeciwstawienia się nieproporcjonalnym do czynu surowym karom, szczególnie izolacyjnym oraz do postulowania przeniesienia akcentu w polityce kryminalnej prowadzonej wobec recydywistów z wymiaru na wykonanie kary.

Podejmowane zagadnienie ujmowania powrotu do przestępstwa jako okoliczności obciążającej wiąże się w jakiejś mierze z tymi postaciami recydywy, z którymi łączą się zakazy stosowania łagodniejszych rodzajowo kar (poza recydywą specjalną), czy też warunkowego umorzenia postępowania³⁶. Zakazy te można by różnie uzasadniać, zarówno względami prewencji szczególnej, jak i koniecznością zabezpieczenia prawidłowego wykonania orzeczonej kary. Jeżeli jednak w wielu przypadkach, w których osoba dotąd nieposzlakowana dopuszcza się przestępstwa należałoby orzekać karę na poziomie dolnej granicy zawinienia³⁷, a nawet niekiedy zrezygnować z jej orzeczenia, o tyle w odniesieniu do sprawców powracających do przestępstwa ta forma "bonifikaty" nie musi być właściwa. Zakaz jej udzielania może jednak stać się tutaj wystarczającym przejawem potraktowania powrotu do przestępstwa jako tak rozumianej "okoliczności obciążającej", unormowanej oczywiście w innych przepisach, niż ten, który wymienia okoliczności stanowiące podstawę sądowego wymiaru kary. Omawiana wyżej okoliczność "sposobu życia sprawcy przed popełnieniem przestępstwa" i zawarte w niej poprzednio popełnione przestępstwa oraz odbywane kary mogą oczywiście pełnić funkcję traktowanych czysto "technicznie" czynników prognostycznych, służących prewencyjnym celom wymiaru kary w granicach zakreślonych przez jej współmierność do stopnia winy.

³⁵ Por. jw. oraz S. Lelental, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności w zakładach karnych dla recydywistów*, Warszawa, Łódź 1992 oraz *Prawnikarne i penitencjarne środki zwalczania recydywy specjalnej*, pod red. S. Lelentala, Łódź 1988.

³⁶ Por. poglądy o potrzebie wprowadzenia jednego, uniwersalnego przepisu określającego recydywę ogólną: D. Pieńska, *Zagadnienia recydywy*, s. 78; A. Kabat, *Powrót do przestępstwa w ujęciu kodeksu karnego - próba oceny i propozycje zmian*, "Nowe Prawo" 1981 nr 7 - 8, s. 124.

³⁷ Przyjąć można pogląd, iż współmierność kary do winy daje się określić jedynie w pewnych granicach, wyznaczonych z jednej strony przez karę już odpowiadającą winie, a z drugiej strony przez karę jeszcze jej odpowiadającą. (Por. H. Marquardt, *O teoretycznym i praktycznym znaczeniu celów kary w zachodnioniemieckim prawie karnym*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, pod red. T. Kaczmarka, Wrocław 1990, s. 115 i in.). W. Sadurski poniekąd słusznie podkreśla, że postulat proporcjonalności, o jakim mowa nie wymaga porównania kary z przestępstwem, lecz porównania danej kary z innymi karami za inne przestępstwa. (*Teoria sprawiedliwości*, s. 246).

RETURN TO CRIME AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE

S u m m a r y

One of the circumstances taken into account in deciding on the measure of penalty is "the past behaviour" of an offender. However, as long as one does not specify what, in such a context, is the object of condemnation (disapproval) connected with the measure of penalty, one will be unable to reach a necessary degree of clarity in evaluating this circumstance. The object of such condemnation is an offensive act, and return to crime has no influence, with few exceptions, on the evaluation of such an act from the point of view of the measure of penalty. Return to crime is here merely a prognostic factor, and is treated purely "technically". It may serve the preventive aims of the measure of penalty, within the limits determined by the commensurability of penalty to the degree of guilt.