

BOGUSŁAW JANISZEWSKI

UJĘCIE RECYDYWY SPECJALNEJ W PRZYSZŁYM KODEKSIE KARNYM

I. Przedstawione w ostatnich wersjach projektu kodeksu karnego ujęcie recydywy specjalnej oraz towarzyszące mu uzasadnienie, a także rozmiar podjętej reformy prawa karnego skłaniają do udzielenia raz jeszcze odpowiedzi na podstawowe pytania dotyczące reakcji karnej na powrót do przestępstwa: 1) chodzi przede wszystkim o bardziej dokładne sprecyzowanie politycznokryminalnego celu w odniesieniu do różnych odmian recydywy i związanych z nimi konsekwencji w zakresie wymiaru kary, a także o rodzaj i zakres tychże konsekwencji: a) o nadanie recydywie prawnokarnego znaczenia proporcjonalnego do wagi innych zjawisk przestępczości powrotnej w rozumieniu kryminologicznym ("intensywnej", zawodowej, składającej się na ciąg przestępstw itd.), b) o odpowiednie rozłożenie akcentów w polityce kryminalnej pomiędzy zadania wymiaru i wykonania kary, c) o uzasadnienie celowości zaproponowanego rozwarstwienia recydywy; 2) problemem wymagającym podjęcia jest harmonizacja ujęcia recydywy, w szczególności recydywy specjalnej z aprobowanymi założeniami polityki karnej, w tym także z zasadami (dotychczas dyrektywami) sądowego wymiaru kary; 3) zastanowienia wymaga również dobór poszczególnych przesłanek recydywy i ich przystawanie do stawianych celów w zakresie konsekwencji wymiaru kary, tak, by projektowane ujęcie nie stanowiło nowej treści w częściowo starej formie. Być może uda się ten niewątpliwie poważny i wyważony krok w kierunku "racjonalnej polityki karnej", jaki uczynił projektodawca, postawić na omawianym odcinku nieco śmieiej.

Refleksja nad złożoną, aktualną problematyką recydywy specjalnej w jej warstwie ustawowej przywodzi na myśl dwie wypowiedzi na ten temat czołowych karnistów. Jedną autorstwa H.-H. Jeschecka, w której podkreśla on, iż problem zwalczania recydywy nie został dotąd rozwiązany i być może pozostaje on w ogóle nierozwiązywalny¹. W innej wypowiedzi H. Zipf wyraził pogląd, że prawdziwym problemem niemal każdego ustawowego ujęcia recydywy jest nietrafnie wybrana kategoria sprawców przyjęta jako punkt wyjścia². W odniesieniu do tej ostatniej kwestii można powiedzieć o występowaniu u nas szczególnego paradoksu, jako że zagadnienie powrotności do przestępstwa zostało dogłębnie zbadane i opisane

¹ H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1988, s. 4.

² H. Zipf, *Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB*, (w:) H.-H. Jescheck, T. Vogler (red. red.) *Festschrift für H. Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York 1989.

przez naszych kryminologów, tak jak rzadko inne. Zgłaszali oni zresztą, co najmniej od czasu S. Batawii, konkretne postulaty w tej materii pod adresem prawa karnego. Problematyka recydywy znalazła też wyjątkowo dużo miejsca w nauce tej dziedziny prawa. Można by tutaj sparafrazować znaną wypowiedź M. Cieślaka wyrażoną w kontekście problematyki celów kary, a mianowicie, iż wartość praktyczna rozwiązań ustawowych w odniesieniu do recydywy okazała się odwrotnie proporcjonalna do bogactwa i ładunku myślowego nauki prawa karnego i kryminologii w tym zakresie. Jak wiemy ujęcia prawne od 1969 roku do niedawna kształtowane były niezgodnie, a właściwie przeciwstawnie do wyników badań kryminologicznych, dominującego nurtu krytyki naukowej i w końcu w stosunku do zwykłego zdrowego rozsądku. Obecnie więc, wydaje się usprawiedliwione dodanie kilku uwag do ponownego spojrzenia na całość problemu z punktu widzenia wewnętrznej i zewnętrznej spójności tj. zgodności przesłanek z następstwami recydywy oraz zgodności ustawowego jej ujęcia z podstawowymi założeniami polityki karnej i z przepisami, które formułują te założenia.

II. System sądowego wymiaru kary i środków karnych został w projekcie k.k. odmiennie skonstruowany niż w obowiązującym art. 50 k.k. Dyrektywę współmierności kary do społecznego niebezpieczeństwa czynu zastąpiła przede wszystkim zasada winy, wyznaczająca górną granicę dla kary orzekanej w celach prewencyjnych. "Dolną granicę konkretnej kary - czytamy w uzasadnieniu do projektu k.k. z 1995 roku, wyznaczają w zasadzie (...) potrzeby stabilizacji (porządku prawnego B.J.), górną natomiast wyznacza (limituje) zasada winy. W tych granicach sąd może wymierzać karę, wg. potrzeb prewencji indywidualnej"³. Uwzględnia on też, jak dodano ostatnio, stopień społecznej szkodliwości czynu. Pomijając kontrowersje a nawet obawy związane z takim ujęciem zasady winy oznacza to, jak podkreśla K. Buchała, "...że dla wyraźnie wymienionych celów zapobiegawczych i wychowawczych, [...] wyrażających racjonalizację indywidualno-prewencyjną postawiono normatywną granicę nieprzekraczania w dolegliwości kary stopnia winy, co ma szczególne znaczenie odnośnie kar orzekanych wobec recydywistów i przestępców zawodowych"⁵.

Zatem bezsporne wydaje się stanowisko projektu k.k., że wina wyznacza górną granicę wymiaru kary⁶. Z kolei górna granica sankcji odpowiada w jakimś sensie generalnie górnemu pułapowi winy jaką można przypisać

³ *Projekt kodeksu karnego, uzasadnienie*, Warszawa, sierpień 1995, niepublikowany, s. 39; cytowany dalej jako: *Uzasadnienie...*

⁴ Por. T. Kaczmarek, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary jako problem kodyfikacyjny*, (w:) *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993; W. Mąciór, *Założenia polityki karnej w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.*, "Przełom Sądowy" 1996 nr 9, s. 72.

⁵ "Kary orzekane wobec nich nie są wyznaczane przez winę, jak to ma miejsce według § 46 k.k. RFN, a co wskazuje jednak na prymat zasady odpłaty, a mogą być niższe od winy byleby zapewniły osiągnięcie celów indywidualno-prewencyjnych, winy jednak w żadnym wypadku przekroczyć nie mogą, choćby potrzeby, np. resocjalizacji lub izolacji na to wskazywały (mogą to czynić środki zabezpieczające nie znane projektowi)". K. Buchała, *Założenia modelu sankcji karnych i ich orzekania według projektu kodeksu karnego*, (w:) *Problemy reformy...*, ibidem, s. 44 - 45.

⁶ Projekt k.k. formułuje to następująco: "Sąd wymierza karę według swego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu..." (art. 54 § 1). Por. uwagi krytyczne m.in. co do określenia "dolegliwość kary": B. Janiszewski, *Recydywa specjalna a wymiar kary oparty na zasadzie winy*, PIP 1993 z. 2, s. 77 - 78.

sprawcy za dane przestępstwo. Oczywiście, pułap ten podlegać będzie indywidualizacji na gruncie konkretnego przypadku, tzn. może być niższy, ale nie wyższy. Można więc powiedzieć, że tak jak wina ma wyznaczać górną granicę kary, tak sankcja zakreśla niejako nieprzekraczalną granicę prawnokarnej winy w odniesieniu do danego przestępstwa. Zarówno bowiem i co do winy i co do sankcji odnajdujemy te same kryteria wartościowania o charakterze sprawiedliwościowym.

Przy takim podejściu do omawianego zagadnienia rodzi się pytanie o stosunek zaostrzenia kary z powodu recydywy specjalnej do zasady winy, jako zasady wymiaru kary. Projektodawca tego pytania nie stawia. Trudno byłoby przyjąć pogląd, iż przepisy regulujące recydywę po prostu poszerzają górne granice sankcji grożących za niektóre przestępstwa, jakie miałyby być wyznaczone nie tylko z punktu widzenia społecznego poczucia sprawiedliwości, ale miałyby uwzględniać też ewentualne potrzeby prewencyjne. Należy z naciskiem podkreślić, iż jedynym powodem nadzwyczajnego zaostrzenia kary ponad górną granicę sankcji jest w przepisach normujących recydywę specjalną - właśnie powrót do przestępstwa.

Można pozwolić sobie w tym miejscu na przytoczenie konkluzji stanowiska zajętego już wcześniej w tej sprawie, zgodnie z którym "...ustawowe dyrektywy nadzwyczajnego zaostrzenia kary w przypadku recydywy nie mogą być uzasadniane przez zwiększony stopień winy również dlatego, że recydywa jako cecha biograficzna sprawcy wiąże się z jego osobą, a nie z czynem, a w konsekwencji z celami prewencyjnymi kary, nie zaś z jej celem sprawiedliwościowym"⁷. Po przyjęciu oczywistego założenia, że wina stanowi wartościowanie czynu, a nie osoby sprawcy można tylko potwierdzić pogląd, że nie ma mowy o "zwiększonej winie" jako o przyczynie surowszej kary z powodu recydywy. A więc w projekcie k.k. mamy do czynienia z propozycją wymiaru kary "ponad winę", co wymaga uzasadnienia jako wyjątku od reguły.

W odniesieniu do recydywy specjalnej zwykłej, gdy sąd zgodnie z proponowaną kompetencją wymierzy karę grzywny albo ograniczenia wolności mając jednak możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności i tę łagodniejszą karę zaostrzy orzekając ją powyżej górnej granicy (wynikającej z sankcji) - to o naruszeniu zasady winy mówić można dopiero na gruncie konkretnego przypadku. Natomiast w tym zakresie, w jakim z powodu powrotu do przestępstwa stwarza się sądowi możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności powyżej górnej granicy określonej sankcją, nie da się uniknąć konfliktu z zasadą winy. Wypada dodać, że mamy na myśli sankcje, w których kara pozbawienia wolności jest karą najsurowszą. Zatem, powstaje pytanie o uzasadnienie takiego odstępstwa od zasady winy. Projektodawca niestety nie wypowiedział się na ten temat.

Koncentrując się na problematyce recydywy specjalnej, której konsekwencje pozostają w sprzeczności z zasadą winy można zająć następujące stanowisko w sprawie jej politycznokryminalnego celu:

Ibidem, s. 77. Por. też uwagi o możliwościach wpływu recydywy na stopień winy.

1. Skoro powrót do przestępstwa generalnie nie wpływa na stopień winy, a więc na ocenę czynu, nie można zatem opierać nadzwyczajnego zaostrzenia kary z powodu recydywy na sprawiedliwościowym celu kary.

2. Cele poprawcze nie zawieszanej kary pozbawienia wolności orzeczonej na okres choćby kilkuletni, aby nie powiedzieć, że tej kary w ogóle, nie pozwalają się przyjąć, gdyż w zasadzie nie są do osiągnięcia w naszej praktyce wykonawczej. Treści poprawcze pozostają, oczywiście, zadaniami procesu jej wykonywania, choć uruchomienie poważnych przedsięwzięć sprzyjających przyszłej społecznej readaptacji sprawców przestępstw stale należy bardziej do sfery postulatycznej niż do rzeczywistości. Nie lekceważąc probacyjnych możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia oraz pomocy postpenitencjarnej trzeba jednak uznać, że wszystko to nie pozostaje w związku ani z wyborem kary izolacyjnej, ani z określeniem jej rozmiaru w toku wymierzania kary.

3. Wśród prewencyjnych celów kary pozbawienia wolności odnoszonych do recydywistów, jeden tylko cel zasługuje na przyznanie mu priorytetu przed zasadą winy, mianowicie ochrona społeczeństwa (potencjalnych ofiar), realizowana dzięki izolacji sprawcy. Uruchomienie tego celu w drodze stosowania kary pozbawienia wolności wymaga spełnienia trzech podstawowych warunków: 1) skazania sprawcy po raz drugi za umyślne, poważne (w konkretnym przypadku) przestępstwo przeciwko osobie, bezpieczeństwu publicznemu lub przeciwko mieniu, lecz z użyciem przemocy albo jej groźby; 2) odbycia kary, szczególnie kary pozbawienia wolności, przynajmniej w pewnym minimalnym pensum, za poprzednio popełnione poważne przestępstwo; 3) realnego prawdopodobieństwa popełnienia przez tegoż sprawcę podobnego przestępstwa w przyszłości. Ponadto sam wymiar tej kary i określenie jej rozmiaru powinny pozostawać w proporcji przede wszystkim do wagi ostatniego czynu i stopnia winy. Czynniki prewencyjne mogą stanowić podstawę jedynie do pewnej modyfikacji tak określonej kary.

III. Przed sformułowaniem propozycji ustawowej regulacji recydywy specjalnej można zasugerować przyjęcie kilku wyjściowych założeń w tej mierze.

1. Powrót do przestępstwa umyślnego wymaga prawie każdorazowo pewnej surowszej reakcji w obrębie wymiaru kary, mimo, że sama reakcja karna jest daleko niewystarczająca do "rozwiązania" problemu powrotności. Powinna ona, jak podkreślano to od wielu lat w literaturze kryminologicznej i karnistycznej, być daleko zindywidualizowana i zróżnicowana. Dlatego też ujęcie kodeksowe winno oddawać w ręce sędziego pewne szersze kompetencje i w jak najmniejszym stopniu krępować go przepisami o charakterze obligatoryjnym⁸. Projekt kodeksu karnego realizuje to założenie.

2. Rozwarstwienie recydywy przyjęte w projekcie k.k. wyznacza trzy kierunki działania w zakresie wymiaru kary. Pierwszy to zakaz orzeczenia

⁸ W naszej literaturze stanowisko takie konsekwentnie zajmował przede wszystkim J. Jasiński. Por. tego autora: *Propozycje uregulowania odpowiedzialności osób poprzednio karanych (Kryminologiczny punkt widzenia)*, PiP 1989 z. 8, s. 118.

łagodniejszej kary nie przewidzianej w sankcji oraz względny zakaz warunkowego zawieszenia wykonania kary. Drugi kierunek to stworzenie możliwości nadwyzczanego zaostżenia kary z pozostawieniem sądowi swobody jej wyboru według sankcji i z zachowaniem preferencji dla orzekania kar wolnościowych (recydywa specjalna zwykła). W końcu trzeci kierunek działania prowadzi do obligatoryjnego wymiaru kary pozbawienia wolności ze względny zakazem jej warunkowego zawieszenia oraz z możliwością jej wymiaru ponad górną granicę ustawowego zagrożenia tą karą (recydywa specjalna wielokrotna). Te trzy kierunki działania, o których mowa, można by zaaprobować, jednak po gruntownej zmianie przesłanek, na których opiera się rozwarstwienie w obrębie recydywy specjalnej oraz po ograniczeniu możliwych konsekwencji recydywy specjalnej zwykłej.

3. Następstwa powrotu do przestępstwa w zakresie wymiaru kary, jak wspomniano już, powinny być tu tak ukształtowane, by kara zachowywała swą współmierność do wagi ostatniego przestępstwa (by była orzekana na podstawie tego przestępstwa), a modyfikowana tylko względami recydywy, nie zaś odwrotnie. Realizacja celów prewencyjnych w wymiarze kary nie może, jak wiadomo, zależeć w pierwszym rzędzie od oceny (prognozy) wobec sprawcy, lecz aktualizuje się wtedy dopiero, gdy popełnił on przestępstwo o większej wadze.

Inną sprawą związaną z omawianym założeniem jest potrzeba reagowania w praktyce wymiaru sprawiedliwości na powrót do przestępstwa, tak wobec sprawców występów, jak i zbrodni. Z uwagi na układ sankcji oraz na zakres dotychczasowej regulacji prawnej recydywy specjalnej powstaje wrażenie, że najdalej idące konsekwencje powrotu do przestępstwa kojarzą się z drobną i średnią przestępczością.

4. Poprowadzenie linii granicznej w obrębie recydywy specjalnej według kryterium liczby powrotów do przestępstwa i związany z tym podział na recydywę zwykłą i wielokrotną nie wydają się słuszne ani ze stanowiska kryminologicznego ani z politycznokryminalnego. Jako punkt wyjścia dla przeprowadzenia innego podziału recydywy specjalnej przyjąć można wytyczenie celów reakcji karnej na różne rodzaje powrotu do przestępstwa i dostosowanie odpowiednio do tych celów przesłanek i konsekwencji prawnego ujęcia recydywy.

IV. Analizę prawnej regulacji recydywy specjalnej trzeba poprzedzić refleksją nad przepisem, w którym powrót do przestępstwa uznany został za negatywną przesłankę orzekania łagodniejszej rodzajowo kary, nie określonej w sankcji. Artykuł 59 projektu k.k. przewiduje, że jeżeli przestępstwo jest zagrożone tylko karą pozbawienia wolności nie wyższą niż 5 lat, sąd może orzec zamiast tej kary, karę grzywny albo karę ograniczenia wolności, w szczególności jeżeli orzeka równocześnie środek karny (§ 3). W ten sposób realizowana jest tu zasada o *ultima ratio* kary pozbawienia wolności. Jednak przepis ten nie ma być stosowany do sprawcy występkę umyślnego, który był uprzednio skazany na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 6 miesięcy bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (§ 4). W tym ostatnim przypadku sąd wymierza karę pozbawienia

wolności mając możliwość warunkowego zawieszenia jej wykonania, wtedy, gdy zostanie orzeczona na okres nie przekraczający 2 lat.

Ograniczenie tegoż powrotu do przestępstwa tylko do sytuacji, w których była orzekana tzw. bezwzględna kara pozbawienia wolności wynika, jak można przypuszczać, z zamiaru zawężenia jego zakresu działania, a także z potrzeby uwzględnienia takiego powrotu do przestępstwa, w którym pierwsze przestępstwo miało w konkretnym przypadku większą wagę. Odnośnie do nowo popełnionego przestępstwa podobną rolę spełnia warunek jego umyślności. Rozwiązanie to jest trafne z dwóch powodów: słuszną jest bowiem tutaj rezygnacja z możliwości orzeczenia kary łagodniejszej rodzajowo, która nie jest przewidziana w sankcji, słuszne jest jednocześnie pozostawienie sądowi kompetencji do warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Kompetencja ta będzie tu miała, jak można się spodziewać, bardzo ważne znaczenie praktyczne.

W art. 60 projektu k.k. przewidziano jeszcze dalej idące możliwości łagodzenia kary. Pozwala on na odstępianie od wymierzenia kary i orzeczenie tzw. środka karnego, jeżeli przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nie przekraczającą 3 lat albo karami łagodniejszymi, a ponadto gdy społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna i gdy cele kary zostaną spełnione przez orzeczony środek karny. Ta kompetencja sądu nie została zaś obwarowana wymaganiem niekaralności. Projektodawca pozostawia zatem sądowi swobodę oceny powrotu do przestępstwa nie mieszczącego się w ramach recydywy specjalnej. Dopiero w przypadku spełnienia wszystkich przesłanek recydywy specjalnej "...sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo..." (art. 65 § 1 proj.).

V. Przepis art. 65 projektu k.k. regulujący recydywę specjalną podstawową ("zwykłą") brzmi następująco: Jeżeli sprawca skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności popełnia w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany, sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (§ 1). Z uzasadnienia do projektu k.k. dowiadujemy się, że projektodawca wyszedł z założenia, iż w zakresie recydywy zwykłej chodzi w zasadzie, o drobną przestępczość i bardzo zróżnicowane jej uwarunkowanie, w zasadzie - czytamy tam - o powrót zwany potocznie "przypadkowym". Możliwość nadzwyczajnego obostrzenia kary pozwala odmiennie potraktować pozostałych recydywistów⁹.

Celem tego przepisu, jak powiedziano wyżej, jest stworzenie możliwości reagowania na recydywę z konsekwentnym zachowaniem preferencji kar wolnościowych. Można się spodziewać, że zapewne ze względu na jego fakultatywność oraz ze względu na projektowany układ sankcji karnych w praktyce większe znaczenie związane z powrotem do przestępstwa zyska zakaz stosowania kar łagodniejszego rodzaju (art. 59 § 4 proj.) oraz brak

⁹ Uzasadnienie..., ibidem, s. 44.

zakazu warunkowego zawieszenia wykonania kary, co zresztą byłoby zgodne z intencją autorów projektu. Ostateczne przyjęcie wersji przepisu o recydywie specjalnej, zobowiązującego sąd do wymierzenia sprawcy kary w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia oznacza wprowadzenie pewnej, niewielkiej zresztą, "stałej taryfy", co jest konsekwencją potraktowania recydywy tak, jak okoliczności obciążającej¹⁰.

W odniesieniu do omawianego przepisu nasuwa się kilka następujących uwag:

1. Jeżeli uwzględnimy fakt, że część przestępczości powrotnej to drobna przestępczość, na którą można reagować przy pomocy samoistnej kary grzywny albo kary ograniczenia wolności z ewentualnym zastrzeżeniem górnej granicy tych kar to, jak wydaje się, przesłanki zawarte w art. 65 § 1 proj. zakreślają tu zbyt wąski krąg sprawców w stosunku do potrzeb tego rodzaju reakcji. W szczególności przyjęcie za podstawę recydywy uprzedniego wykonywania kary pozbawienia wolności, skłoni raczej sąd podczas orzekania za ostatnio popełnione przestępstwo do sięgnięcia po tę samą karę. Tym bardziej, iż ma to być przestępstwo podobne do poprzedniego. Trzeba też uwzględnić i to, że sądy skazując za pierwsze przestępstwo, będą pod rządami nowego kodeksu karnego zdecydowanie preferować kary wolnościowe. W ten sposób ewentualny powrót do przestępstwa będzie niepotrzebnie zbagatelizowany. Tymczasem fakultatywność stosowania omawianego przepisu może zabezpieczyć celowość uruchomienia przewidzianych w nim konsekwencji.

2. Warunek o konieczności odbycia kary 6 miesięcy pozbawienia wolności za poprzednie przestępstwo trudno zaakceptować w omawianym przepisie, również z innych powodów. Został on przejęty bezpośrednio z obowiązującego aktualnie kodeksu karnego i ma rodowód z czasu "euforii resocjalizacji", który, jak wiadomo, należy już do historii prawa karnego. Jeżeli zaś ten warunek ma mieć charakter czysto formalny, selektywny, to zgodnie z tym co powiedziano w powyższym punkcie rozważań, zakreśla on zbyt wąski krąg sprawców i uniemożliwia przyznanie sędziemu potrzebnych mu kompetencji.

3. Kolejna uwaga dotyczy warunku podobieństwa przestępstw tworzących recydywę¹¹. Jeżeli poszukuje się, jak mówi Uzasadnienie do projektu k.k., recydywy "nieprzypadkowej", to oprócz stałego, zawodowego wyspecjalizowanego popełniania przestępstw, bardzo często powrót do przestępstwa wiąże się z czynnikami, które można by swobodnie określić jako syndrom społecznej marginalizacji. Jak jednak wiemy, przestępstwa popełnione na tle dominującego, tego samego czynnika kryminogennego (np. alkoholizmu połączonego z degradacją osobowościową i przejawami demoralizacji) wcale nie muszą być do siebie podobne, również w rozumieniu projektu k.k.¹².

¹⁰ Por. B. Janiszewski, *Powrót do przestępstwa jako "okoliczność obciążająca"*, RPEiS, 1993 z. 1.

¹¹ Szerzej na ten temat: B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna w prawie karnym zagadnienia nadzwyczajnego wymiaru kary*, Warszawa, Poznań 1992, s. 157 - 162.

¹² Projekt k.k. definiuje "podobieństwo" przestępstw w następujący sposób: "Przestępstwami podobnymi są przestępstwa należące do tego samego rodzaju; przestępstwa z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia albo przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uważa się za przestępstwa podobne" (art. 116 § 3).

Projekt ten przewiduje ponadto wyższe ustawowe zagrożenie za zbrodnię zabójstwa dla sprawcy wcześniej prawomocnie skazanego za zabójstwo (art. 150 § 3).

Raz może mieć miejsce "bezinteresowne" zniszczenie mienia, a innym razem pobicie przechodnia. Poszukiwanie podobieństwa przestępstw łączy się z chęcią ustalenia czynników diagnostycznych co do osoby sprawcy, z określeniem konkretnej prognozy kryminalnej, a w końcu z prewencyjnymi celami kary. Nie poruszając tych złożonych problemów, które często pozostają trudne do rozwikłania w toku postępowania karnego, można postulować oparcie recydywy specjalnej podstawowej nie na podobieństwie, lecz na samej umyślności tworzących ją przestępstw. Wystarcza to z punktu widzenia celów kary i stwarza sądowi lepszą, szerszą płaszczyznę dla ewentualnego ustalenia, tam gdzie jest to możliwe, rzeczywistego, kryminologicznego podobieństwa kolejnych przestępstw.

4. Inne problemy wiążą się z możliwością orzekania kary pozbawienia wolności powyżej górnej granicy jej ustawowego zagrożenia. Chodzić tu będzie, zgodnie zresztą z zamierzeniem projektodawcy, o sytuacje rzadkie, powroty nieprzypadkowe i dodajmy o poważniejsze przestępstwa. Sąd zyskuje jednak kompetencję daleko idącą i jest władny podwyższyć karę za kradzież z 5 lat do 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a za przestępstwo oszustwa z 8 do 12 lat. Ta kompetencja sądu nie powinna jednak zostać zaaprobowana. Nie pozwalają na to cele tak zaostrojonej kary wobec wyraźnej sprzeczności z zasadą winy. Przyjęto już wyżej, że podwyższenie górnej granicy kary pozbawienia wolności może być uzasadnione ochroną społeczeństwa realizowaną w drodze eliminacji sprawcy powracającego do przestępstwa oraz, że muszą być tu spełnione jeszcze dalsze warunki. Cel taki stanowi więc wyjątkową konieczność. Tymczasem przepis projektu regulujący recydywę specjalną zwykłą, wraz z zawartymi w nim przesłankami otwiera w tym punkcie zdecydowanie zbyt szerokie pole jego zastosowania. Można by nawet ostatecznie uznać za celową kompetencję do zwiększania górnej granicy ustawowego zagrożenia co do kary pozbawienia wolności, lecz tylko do takiej granicy, jaka daje jeszcze możliwość na warunkowe zawieszenie wykonania tej kary. Nawet jednak i to posunięcie pozostaje problematyczne wtedy, gdy sąd w ramach przyznanej kompetencji orzekłby np. zamiast kary 1 roku pozbawienia wolności, karę o 6 miesięcy wyższą, lecz w wymiarze bezwzględnym. Jeżeli chodzi o karę pozbawienia wolności wyższą niż 2 lata, której nie można warunkowo zawiesić należy uznać za wystarczającą taką reakcję na powrót do przestępstwa, jaka mieści się w granicach sankcji ustawowej, poza przypadkami, które wejdą w zakres normowania § 2 art. 65 przyszłego kodeksu karnego.

W każdym razie analiza art. 65 § 1 projektu k.k. w jego aktualnym brzmieniu unaocznia, iż trudno jest skoordynować przesłanki z tak szeroko zakrojonymi kompetencjami sądu, jak zostało to ujęte w tym właśnie przepisie. W jednej bowiem i tej samej sprawie sąd może wymierzyć warunkowo zawieszoną karę grzywny albo ograniczenia wolności, a może też zamiast kary pozbawienia wolności w wysokości 2 lat orzec tę karę w wymiarze 3 lat bez warunkowego zawieszenia. W dwóch różnych sprawach kompetencja ta ma zakres daleko szerszy.

Reasumując uwagi wypowiedziane na tle projektowanego ujęcia recydywy specjalnej zwykłej, można stwierdzić, że w odniesieniu do przypadków,

w których przewiduje się stosowanie kary grzywny albo kary ograniczenia wolności przesłanki zawarte w art. 65 § 1 pozostają zbyt wąskie. Natomiast jeżeli założymy, iż jedynym pozwalającym się przyjąć celem zaostrezenia kary pozbawienia wolności powyżej górnej granicy jest eliminacja sprawcy, to przesłanki, o których mowa, generalnie nie są wystarczające, tzn. wyznaczają zbyt szeroki krąg sprawców powrotnych.

VI. Obok recydywy specjalnej zwykłej projektodawca zachował instytucję recydywy specjalnej wielokrotnej, uzasadniając to potrzebą uwzględnienia przy wymiarze kary zapobiegawczych celów indywidualnoprewencyjnych, "...które mogą polegać np. na izolacji niebezpiecznego sprawcy bez szans na jego resocjalizację, jednak w granicach winy". W Uzasadnieniu do projektu k.k. podkreślono zarazem fakt przyjęcia za podstawę powrotności innego kręgu przestępstw, wskazującego na inne uwarunkowania osobowościowe recydywy. "W zasadzie chodzi więc o przestępstwa związane ze stosowaniem przemocy oraz przestępstwa o dużej społecznej wadze"¹³.

Ostatecznie projekt przyjął następującą formułę recydywy specjalnej wielokrotnej: Jeżeli sprawca uprzednio skazany w warunkach określonych w § 1, który odbył łącznie co najmniej rok kary pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary popełnia ponownie, podobne do tego, za które był uprzednio skazany, umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, przestępstwo zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, (art. 65 § 2).

Konsekwencje prawne przewidziane w projekcie wobec wielokrotnych recydywistów zostały odniesione także do sprawców, którzy z popełniania przestępstw uczynili sobie stałe źródło dochodu lub popełniają przestępstwo działając w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu przestępstwo (art. 66 projektu).

Trzeba przyznać, że recydywa specjalna wielokrotna w przedstawionym wyżej ujęciu nie jest "ilościową" odmianą recydywy zwykłej, tak co do przesłanek, jak i co do konsekwencji. W projekcie k.k. bowiem oba rodzaje recydywy specjalnej są wyrazem podziału preferencji pomiędzy orzekanie kar wolnościowych a stosowanie kary pozbawienia wolności. Recydywa wielokrotna została odniesiona do zakreślonego kręgu przestępstw, tworząc odmianę recydywy grupowej.

Pierwszą konsekwencją ma tu być obowiązek orzekania kary pozbawienia wolności. Jeżeli jednak uwzględnimy rodzaje sankcji przepisów przyjętych za podstawę tej recydywy, to okaże się, iż zaledwie w dwóch sankcjach pojawia się alternatywa łagodniejszych rodzajowo kar. Skorzystanie z art. 59 § 3 projektu nie jest tu możliwe, gdyż wyklucza to szerzej ujęty powrót do przestępstwa w art. 59 § 4 proj. niż w art. 65 § 2. A zatem trudno jest mówić o wpływie recydywy wielokrotnej na wybór rodzaju kary.

W odniesieniu do przestępstw o stosunkowo mniejszej wadze istotne znaczenie przybiera fakt, iż zakaz warunkowego zawieszenia wykonania kary nie ma charakteru bezwzględny¹⁴. Z kolei zobowiązanie sądu do orzekania kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, podobnie jak w przypadku recydywy specjalnej zwykłej, wskazuje na nadanie omawianemu powrotowi do przestępstwa charakteru okoliczności obciążającej, w tym niewielkim zakresie.

W końcu sąd zyskuje kompetencję wymierzenia kary pozbawienia wolności do górnej granicy określonej w sankcji zwiększonej o połowę, nie więcej jednak niż do 15 lat. Granica określona we wchodzących w grę sankcjach wynosi od 1 roku do 12 lat pozbawienia wolności.

Trzy kwestie wymagają teraz krótkiego omówienia: 1) wymiar kary pozbawienia wolności powyżej górnej granicy sankcji, 2) krąg przestępstw przyjęty za podstawę tej recydywy oraz 3) wielokrotność powrotu do przestępstwa.

ad. 1 Zgodnie z przedstawionym wyżej stanowiskiem, wymierzenie kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia ponad górną granicę ustawowego zagrożenia może być tutaj podyktowane względami społeczno-zabezpieczającymi, stanowiąc wyjątek od zasady winy, przy jednoczesnym spełnieniu wymienionych już warunków¹⁵. Trudno byłoby jednak uzasadnić wymiar czasowy niezbędnej izolacji sprawcy. Czasu tego nie da się bowiem z góry przewidzieć, w szczególności wtedy, gdy chodzi o okresy kilkuletnie, a nawet kilkunastoletnie. Toteż trzeba raz jeszcze podkreślić, że cel prewencyjny, o którym mowa, nie może być odrywany od racji sprawiedliwościowych kary, mierzonych społeczną szkodliwością czynu i rozmiarem winy. Zatem czas, na jaki orzeka się karę izolacyjną powinien pozostawać w proporcji do wagi ostatniego czynu i do stopnia winy. Dopiero tak określoną karę można modyfikować stosownie do wyników prognozy w zakresie przestrzegania prawa przez danego sprawcę. Tego rodzaju podejście uwydatnia różnicę pomiędzy przyjmowanym celem eliminacji sprawcy a celem środków zabezpieczających.

W wielu przypadkach przestępstw, do których odnosi się art. 65 § 2 projektu, szeroko zakrojone sankcje okazują się w zasadzie wystarczające dla zrealizowania eliminacyjnej funkcji kary. Nie można tego jednak powiedzieć o wszystkich sankcjach stanowiących tu przedmiot zainteresowania. Ponadto, nie należy lekceważyć funkcji samego zagrożenia, jakie stwarza możliwość wymierzenia nadzwyczajnie zaostrożonej kary.

Gdy mamy do czynienia ze zbrodnią trudno jest mówić o przedłużaniu kary pozbawienia wolności ze względów eliminacyjnych ponad górną granicę ustawową. W przypadkach najcięższych przestępstw niewątpliwie będzie to problem wyboru najsurowszych kar. Natomiast przy wymiarze tej kary

¹⁴ Przepis art. 70 § 3 projektu k.k. brzmi: "Zawieszenia wykonania kary nie stosuje się do sprawcy określonego w art. 65 § 2, chyba, że zachodzi wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami...".

¹⁵ W niektórych europejskich systemach prawa karnego problem eliminacji "niebezpiecznych" recydywistów jest rozwiązywany przez umieszczanie ich w specjalnych zakładach izolacyjnych, niezależnie od stosowania kary pozbawienia wolności. Zakłady te pełnią funkcję środków zabezpieczających, a więc stosowanych poza zasadą winy.

w granicach od 3 do 15 lat, należy konsekwentnie postulować, by eliminacyjny cel kary, po wyczerpaniu przesłanek zawartych w art. 65 § 2 proj., został powiązany z wagą popełnionego przestępstwa, podobnie, jak w przypadku nadzwyczajnego zaostrzenia kary przewidzianego w tym przepisie.

ad. 2 Fakt, że konsekwencje omawianego powrotu do przestępstwa dotyczą wybranych występków, a nie zbrodni nie wymaga większego uzasadnienia. Była o tym mowa w punkcie poprzedzającym.

W cytowanym art. 65 § 2 projektu wymienione zostały, jako tworzące recydywę: grupa przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu oraz inne przestępstwa, które obecnie stanowią poważny problem w strukturze i dynamice przestępczości w Polsce. Są wśród nich najcięższe występkę: zabójstwa, rozbój, zgwałcenie, są jednak także przestępstwa o generalnie mniejszej wadze, takie jak lekkie uszkodzenie ciała, narażenie na zakażenie chorobą weneryczną lub zakaźną. Toteż z punktu widzenia celu eliminacyjnego kary można rozważyć potrzebę wprowadzenia warunku, że ostatnio popełnione przestępstwo jest *in concreto* przestępstwem o znacznej społecznej szkodliwości, a równie poważny powrót do podobnego przestępstwa uzasadnia negatywną prognozę kryminalną wobec danego sprawcy.

Wybór kręgu przestępstw określić można tutaj jako w zasadzie trafny. Z punktu widzenia przyjętych założeń minimalnych co do aprobaty eliminacyjnej funkcji pozbawienia wolności jedynie obecność wśród nich kradzieży z włamaniem budzi zastrzeżenia. Można by też rozważyć włączenie tu przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, czy spowodowania katastrofy w komunikacji albo jej bezpośredniego niebezpieczeństwa. W sumie jednak nie wydaje się to konieczne ze względów politycznokryminalnych, natomiast wysokie ustawowe zagrożenia pozwalają na odpowiednią reakcję karną w przypadku powrotu do któregoś z tych przestępstw. W przedstawionej niżej propozycji dodano jednak kilka innych przestępstw, respektując jednocześnie założenie, iż uznanie długoterminowego pozbawienia wolności za *prima ratio* winno być czymś całkowicie wyjątkowym w polityce karnej.

ad. 3 Oparcie recydywy wielokrotnej w kodeksie karnym z 1969 r. na trzech wcześniejszych skazaniach sprawcy było nietrafne z politycznokryminalnego punktu widzenia, również dlatego, że statystycznie prawdopodobieństwo popełnienia kolejnego przestępstwa przez osoby już dwukrotnie karane przewyższało prawdopodobieństwo, jakie występowało w takich przypadkach u sprawców karanych już trzykrotnie¹⁶. A zatem ta "zdecydowana" reakcja karna którą przewidywał ówczesny art. 60 § 2 k.k. okazała się po prostu spóźniona. Nie prowadzi to bynajmniej do wniosku o celowości wyodrębnienia recydywy specjalnej opartej na dwóch uprzednich skazaniach.

Wypada podkreślić, że oparcie jednej z odmian recydywy na formalnie traktowanej wielokrotności uprzednich skazań i powrotów do przestępstwa, pomimo walorów legalistycznych, nie zbliża do uchwycenia rzeczywistej (kryminologicznie istotnej) powrotności do przestępstwa, ani też nie poma-

ga w wyselekcjonowaniu sprawców najgroźniejszych dla porządku prawnego. Pominięte pozostają bowiem między innymi takie czynniki, jak przestępczość z okresu nieletniości, ciemna liczba przestępstw, czy związana z tą ostatnią selektywna funkcja systemu wymiaru sprawiedliwości.

Kiedy zanalizujemy przesłankę o wielokrotności powrotów do przestępstwa zawartą w art. 65 § 2 projektu k.k. na tle § 1 tego artykułu oraz z uwzględnieniem aprobowanych przez ten projekt zasad polityki karnej, wtedy dojdziemy do wniosku, iż instrument przekazany sądowi w postaci zaostżenia kary pozbawienia wolności wobec wielokrotnych recydywistów w wielu sytuacjach nie będzie mógł zostać użyty we właściwym czasie. Trzeba zwrócić uwagę na to, że wymaganie, o którym mowa w art 65 § 2 projektu, by sprawca był już skazany w warunkach § 1 tegoż artykułu, można spostrzegać pozornie jako skoncentrowanie się na wcześniej popełnionych poważniejszych przestępstwach i na powrotach nieprzypadkowych. Jednak w rzeczywistości pomijane zostają tu takie występki, co do których sąd z uwagi na zagrożenie wyższą sankcją nie stosował przepisów o recydywie specjalnej zwykłej¹⁷. To samo dotyczy sytuacji, gdy poprzednie przestępstwo było zbrodnią. Istnieje zatem niebezpieczeństwo, że te poważne przestępstwa nie zostaną po prostu uwzględnione jako podstawa tak skonstruowanej recydywy wielokrotnej, jak w projekcie k.k.

Bliższe spojrzenie na typy przestępstw wymienione w omawianym przepisie oraz wzięcie pod uwagę aktualnych zjawisk kryminalnych w naszym kraju prowadzą zaś do wniosku, że nie ma potrzeby oczekiwać, by sprawcy takich przestępstw, jak zgwałcenie, pobicie, czy wymuszenie rozbójnicze popełnili aż po raz trzeci podobne, ciężkie przestępstwo. Wydaje się, że można wyposażyć sędziego w instrument pozwalający na orzeczenie dłuższej kary eliminacyjnej już przy pierwszym powrocie do przestępstwa, jeżeli przyjmie się zarazem jako przesłankę recydywy negatywną prognozę wobec sprawcy uzasadnioną również charakterem popełnionych dotąd przestępstw oraz tym, że nie wyciągnął on właściwych wniosków z faktu odbywania kary pozbawienia wolności. Brak jakiegokolwiek automatyzmu, fakultatywność w sięganiu po ten instrument w dostatecznym stopniu zabezpieczają przed jego nadmiernym wykorzystywaniem. Należy przyznać, że przepis projektu k.k., regulujący recydywę specjalną zwykłą pozwala na reagowanie przy pomocy zwiększonej kary na pierwszy powrót do przestępstwa, jednak w zakresie nadzwyczajnego wymiaru kary pozbawienia wolności rozwiązanie to zostało tu generalnie zakwestionowane. Nie bez znaczenia jest też potrzeba bardziej wyrazistego zharmonizowania celów i środków przeciwdziałania powrotności do przestępstwa¹⁸.

VII. Na zakończenie niniejszych rozważań spróbujmy przedstawić własną następującą propozycję ujęcia recydywy specjalnej:

¹⁷ Pozostają oczywiście problemy: interpretacji zwrotu: "skazany w warunkach § 1" oraz wiedzy sądu skazującego o fakcie uprzedniego skazania w takich warunkach, szczególnie gdy przepis o recydywie specjalnej nie został powołany.

¹⁸ "W wypadkach, podkreśla J. Waszczyński, w których pozbawienie wolności jest karą groźącą za czyn jako kara jedyna, różnica między uprawnieniami sądu przewidzianymi w § 1 i § 2 jest praktycznie żadna". J. Waszczyński, *O recydywie w "Projekcie kodeksu karnego"*, "Palestra" 1992 nr 5 - 6, s. 27.

Recydywa specjalna zwykła.

§ 1 Jeżeli sprawca skazany za przestępstwo umyślne w ciągu 5 lat od wykonania choćby w części kary popełnia ponownie przestępstwo umyślne, sąd wymierza karę przewidzianą za to przestępstwo w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Tak wymierzona kara pozbawienia wolności nie może przekraczać 2 lat. Orzekając tę karę powyżej 2 lat sąd uwzględnia wpływ określonego tu powrotu do przestępstwa na jej wymiar w granicach ustawowego zagrożenia.

Recydywa specjalna kwalifikowana.

§ 2 Jeżeli sprawca uprzednio skazany za przestępstwo umyślne przeciwko życiu lub zdrowiu, wolności seksualnej (art. 201, 202, 208 k.k.), rozboju, lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia popełnia w ciągu 5 lat, po odbyciu za nie co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności, jedno z tych przestępstw, a ponadto istnieje uzasadnione przypuszczenie, że w przyszłości może dopuścić się popełnienia tego rodzaju przestępstwa sąd wymierza karę pozbawienia wolności do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

§ 3 Przepisu § 2 nie stosuje się, gdy przestępstwo jest zbrodnią.

Powyższe ujęcie recydywy specjalnej jest próbą bardziej wyrazistego dostosowania celów i środków wymiaru kary do trzech różnych obszarów zjawisk powrotu do przestępstwa. Zmierza ono też do przyjęcia za podstawę karania recydywistów przede wszystkim charakteru ostatnio popełnionego przestępstwa, oraz wagi powrotu do przestępstwa, a nie kategorii sprawców powrotnych.

1. Tam, gdzie w grę wchodzi drobniejsza przestępczość i w zakresie, w którym dominować mają tendencje do orzekania kar wolnościowych przepis o recydywie specjalnej zwykłej wyposaża sąd w możliwość zaostrożenia kary bez sprzeciwiania się tym ogólnym tendencjom w polityce karnej.

Użycie w § 1 przedstawionej wyżej propozycji zwrotu "sąd wymierza karę" ma na celu uniemożliwienie tu poprzedzania na orzeczeniu środka karnego albo odstąpienie od wymierzenia kary.

2. W obszarze poważniejszej przestępczości, właśnie ze względu na większą wagę czynu oraz na rozmiar sankcji karnej proponuje się poprzedzanie na zaleceniu (§ 1 ostatnie zdanie), by sąd rozważył uwzględnienie powrotu do przestępstwa w rozmiarze kary pozbawienia wolności orzekanej w granicach ustawowego zagrożenia.

Podobnie ma się sprawa z powrotem do przestępstwa, gdy nowe przestępstwo jest zbrodnią. Do jego wzięcia pod uwagę zobowiązuje zresztą ogólny przepis o zasadach wymiaru kary.

3. Wobec najpoważniejszych występków i najgroźniejszych sprawców, źle rokujących na przyszłość, pozostaje niestety funkcja izolacyjna kary. Tworzenie perspektyw ich przyszłej społecznej reintegracji jest nie tylko zadaniem systemu penitencjarnego, ale może przede wszystkim zadaniem innych czynników odpowiedzialnych za politykę społeczną państwa.

Przyjęcie negatywnej prognozy kryminalnej wobec sprawcy, jako warunku recydywy specjalnej kwalifikowanej, jest konsekwencją wymagań stawianych tu przed celem izolacyjnym (społeczno-ochronnym) kary. Cel ten usprawiedliwia bowiem naruszenie zasady winy (art. 54 § 1 proj.) przez nadzwyczajne zaostwienie kary pozbawienia wolności orzekanej w przypadku tej odmiany recydywy.

FORMULATION OF SPECIAL RECIDIVISM IN THE FUTURE POLISH PENAL CODE

S u m m a r y

The project of penal code is in the Diet nowadays and the parliamentary debate preceding its voting is far advanced. The present proposition is an attempt to suggest some important changes in provisions that regulate penalization of special recidivism. These are changes which however still do have a chance to be accepted by the parliamentary commission.

The propositions in question aim at adapting in a clearer way the purposes and means of statutory penalty to the there different areas of facts resulting in relapse into crime. They also intend to adopt as a basis for punishing the recidivists first of all the character of the last crime committed and the importance of the latter rather than the category itself of perpetrators relapsing in crime.

1. Where more trivial offence is involved and within the scope where tendencies not to decree imprisonment penalties should be dominating - the provision on special recidivism permits the court to increase these penalties without opposing general trends in penal policy.

2. As far as more serious crime is concerned - just for the reason of its importance and of the scale of sanctions - the author proposes a confinement to advising the court to take into consideration the relapse into crime when fixing up penalty of deprivation of liberty decided within the framework of statutory punishability.

3. In relation with most serious misdemeanors and their most threatening perpetrators (what more is - expecting badly for the future) the author proposes to apply here the isolating function of the punishment as an exception from the guilt principle which is accepted as a pattern for sentencing. In case of a relapse into the statutory cited crime, the court is legally bound to decree the penalty of deprivation of liberty without conditional stay of the carrying out of a sentence decided. The upper limit of the punishment may be then augmented by a half but may not exceed 15 years.