

Niniejszy materiał został opublikowany 12 IX 2016 r. w postaci preprintu na stronie internetowej < www.czpk.pl/preprinty > pod pozycją **6/2016**. Preprint należy cytować z powołaniem się na nr pozycji w wydaniu internetowym. Wersja podstawowa tekstu ukaże się drukiem w zeszycie 3/2016 Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych w trzecim kwartale 2016 r. Zob. <www.czpk.pl/zeszyty>

PREPRINT

Agnieszka Barczak-Oplustil

Prezydencki projekt nowelizacji Kodeksu karnego i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (kilka uwag krytycznych)

Dnia 5 września 2016 r. do Kancelarii Sejmu skierowany został prezydencki projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich¹, którego głównym celem jest zwiększenie ochrony osób małoletnich, przede wszystkim poniżej 15 roku życia oraz osób nieporadnych ze względu na swój stan psychiczny lub fizyczny. Analiza wniesionego projektu i jego uzasadnienie prowadzi do kilku wniosków.

1. Przede wszystkim zwraca uwagę brak nowelizacji art. 10 § 2 k.k.², w którym enumeratywnie wskazane zostały typy czynów zabronionych, za których popełnienie może ponieść odpowiedzialność nieletni popełniający czyn zabroniony pomiędzy 15 a 17 rokiem życia. Konieczność dokonania zmian w tym przepisie stanowi konsekwencję przewidzianej w pro-

¹ Projekt w momencie oddawania tekstu do publikacji dostępny był na stronie: < <http://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/zgloszone/art,5,prezydencki-projekt-zwiekszajacy-ochrone-dzieci.html> >, dalej: „projekt nowelizacji Kodeksu karnego”, „projekt”.

² Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 ze zm., dalej: „Kodeks karny”, „k.k.”

jekcie „rozbudowy” art. 156 k.k. (ma mieć teraz 5 paragrafów). Na gruncie aktualnie obowiązującego stanu prawnego wskazany powyżej nieletni ponosił odpowiedzialność na podstawie Kodeksu karnego, jeżeli popełnił m.in. czyn zabroniony opisany w art. 156 § 1 i § 3 k.k. Spowodowanie umyślnie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, którego następstwem będzie skutek w postaci śmierci po nowelizacji Kodeksu karnego miałyby być karane na podstawie art. 156 § 5 k.k. (dotychczas na podstawie art. 156 § 3 k.k.). Brak wskazania tego przepisu w art. 10 § 2 k.k. spowoduje, że po wejściu w życie nowelizacji nieletni sprawca czynu w nim opisanego nie poniesie już odpowiedzialności karnej. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku spowodowania umyślnie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu małoletniego poniżej 15 roku życia lub osoby nieporadnej ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny (dodany w projekcie art. 156 § 4 k.k.). Nieletni popełniający ten czyn – dotychczas kwalifikowany z art. 156 § 1 k.k. – nie będzie mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej, ze względu na to, że art. 156 § 4 k.k. nie jest wymieniony w art. 10 § 2 k.k.³

2. Trudno przyjąć, iż nowelizacja podwyższyłaby poziom ochrony małoletnich od 15 do 18 roku życia, w takim zakresie, w jakim „zyczyłby” sobie to projektodawca. Miałby on wynikać z nowego brzmienia art. 53 § 2 k.k. Zgodnie z tym przepisem wymierzając sprawcy karę sąd ma uwzględnić m.in. popełnienie przestępstwa na szkodę małoletniego. Takie unormowanie projektowanego art. 53 § 2 k.k. nie daje podstaw do twierdzenia zawartego w uzasadnieniu, że popełnienie przestępstwa na szkodę małoletniego od 15 do 18 roku życia „powinno wiązać się z wymierzeniem odpowiednio wyższej kary w granicach przewidzianych w danym typie czynu zabronionego”. Z przepisu ustawy wynika jednoznacznie (i jedynie), że sąd ma uwzględnić przy ustalaniu wysokości wymierzonej sprawcy kary, że szkodę poniosła osoba małoletnia. Trudno natomiast przyjąć, że wiek pokrzywdzonego ma być okolicznością automatycznie podwyższającą wysokość wymierzonej sprawcy karę. Takie podwyższenie

³ Podobna sytuacja miała miejsce po wejściu w życie nowelizacji Kodeksu karnego z dn. 27 lipca 2005 r., Dz.U. 2005, nr 163, poz. 1363, w której nowelizując art. 197 k.k. (dodając m.in. § 4) nie rozszerzono zakresu art. 10 § 2. Błąd ten został naprawiony dopiero przez ustawę o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw z dn. 5 XI 2009 r., Dz.U. 2009, nr 206, poz. 1589.

kary byłyby zresztą w niektórych sytuacjach nieracjonalne. Przykładowo w przypadku, w którym dwóch 17-letnich sprawców spowoduje u siebie nawzajem średni uszczerbek na zdrowiu, wymierzenie im obu wyższej kary za popełniony czyn zabroniony z tego tylko względu, że nie ukończyli (jako pokrzywdzeni) w chwili czynu 18 lat, nie znajduje uzasadnienia ani w dyrektywie prewencji generalnej, ani indywidualnej. Pojawić się też musi pytanie o *ratio legis* uwzględniania wieku pokrzywdzonego w przypadku, w którym szkoda wyrządzona mu przestępstwem miała charakter majątkowy. Nie ma bowiem podstaw do przyjęcia, że stopień społecznej szkodliwości kradzieży jest odmienny w zależności od tego czy właściciel miał 18 czy 19 lat. Z uzasadnienia projektu, w którym podkreślono, że chodzi o wszystkie sprawy karne, można jednak wnioskować, iż zdaniem projektodawcy sąd ma obowiązek wymierzyć wyższą karę w przypadku wszystkich przestępstw popełnionych na szkodę małoletniego, także o charakterze niemajątkowym. Trudno znaleźć w uzasadnieniu projektu wyjaśnienia dla takiego rozstrzygnięcia.

3. Projekt nowelizacji Kodeksu karnego powoduje przekwalifikowanie całej kategorii zachowań z występku na zbrodnie, czego konsekwencje wykraczają poza zwiększenie granic ustawowego zagrożenia, a czego projektodawca może nie być świadomy (nie odnosi się do tych zmian w uzasadnieniu). Wspomnieć chociażby należy o niemożności zastosowania w takim przypadku art. 37b k.k., który pozwala na wymierzenie tzw. kar sekwencyjnych (krótkoterminowej kary pozbawienia wolności oraz kary ograniczenia wolności), a możliwy jest do zastosowania tylko do występków, czy też automatycznej zmianie zasad nadzwyczajnego złagodzenia kary (za zbrodnie kara nadzwyczajnie złagodzona nie może być karą wolnościową).

4. Projekt podwyższa granicę umyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w typie podstawowym (art. 156 § 1 k.k.) i kwalifikowanym (dotychczasowy art. 156 § 3 k.k.). W uzasadnieniu projektu trudno znaleźć przekonujące wyjaśnienia, dlaczego aktualnie przewidziana górna granica ustawowego zagrożenia (10 lat pozbawienia wolności w przypadku ciężkiego uszczerbku w typie podstawowym i 12 lat pozbawienia wolności w przypadku kwalifikowanego typu) jest, zdaniem projektodawcy, niewystarczająca. Budzić musi zdziwienie twierdzenie,

że kara ta (10 lat) jest stosunkowo niską karą. Trudno też zrozumieć, dlaczego projektodawca porównuje generalnie spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu do zabójstwa, a nie do spowodowania średniego uszczerbku na zdrowiu; przykładowo spowodowanie choroby długotrwałej, trwającej 7 miesięcy, bliższe jest zdecydowanie średniemu uszczerbkowi na zdrowiu niż spowodowaniu śmierci. Przebieg czynności sprawczej – na którą wskazuje projektodawca w uzasadnieniu proponowanych zmian – może równie dobrze doprowadzić do średniego uszczerbku na zdrowiu, a nie do ciężkiego uszczerbku i być tego rodzaju, że wykluczy *ex ante* spowodowanie śmierci. Dlaczego zatem ustawodawca zdecydował się podwyższyć dolną granicę ustawowego zagrożenia w typie podstawowym, który obejmuje wszak spowodowanie ciężkiego uszczerbku u osób, które nie są ani małoletnim poniżej 15 roku życia, ani osobą nieporadną ze względu na swój stan fizyczny i psychiczny, ani sprawca nie działał ze szczególnym okrucieństwem (te przypadki objęte są przecież zakresem typów kwalifikowanych)?

5. Umyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku u dziecka poniżej 15 roku życia i osoby nieporadnej ze względu na jej stan fizyczny i psychiczny, jak też nieumyślne spowodowanie śmierci stanowiące efekt umyślnego, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (także popełnionego z zamiarem wynikowym), stanowić będzie zbrodnię zagrożoną karą pozbawienia wolności od lat 3 (w pierwszym przypadku) albo od lat 5 (w drugim przypadku). Nieumyślne spowodowanie śmierci będące następstwem nieumyślnie spowodowanego ciężkiego uszczerbku na zdrowiu dalej będzie zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności i pozbawienia wolności do 5 lat. Uregulowania nadzwyczajnego złagodzenie kary w przypadku, w którym konkretne zachowanie będzie wprawdzie realizowało znamiona typu z art. 156 § 4 lub 5 k.k., ale będzie charakteryzowało się stosunkowo niewielkim stopniem społecznej szkodliwości czynu (np. działanie z zamiarem wynikowym), jak też stopień zawinienia będzie niewysoki, nie pozwolą sądowi wymierzyć sprawcy innej kary niż kara pozbawienia wolności. Oczywistym jest zatem, że w przypadkach najbardziej rażących, aby uniknąć zarzutu wymierzenia kary niewspółmiernie surowej, sądy będą próbowały wykazywać, że sprawca co do skutku w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu działał ze świadomą nieumyślnością, a nie z zamiarem wynikowym (kryteria rozróżniania świadomej nie-

umyślności od zamiaru wynikowego są bardzo płynne), co pozwoli skazać sprawcę z art. 155 k.k., a nie z art. 156 § 5 k.k. Projektodawca jest zresztą w swoim rozumowaniu niekonsekwentny. Trudności z rozróżnieniem strony podmiotowej – na które wskazuje w uzasadnieniu – występują nie tylko przy spowodowaniu śmierci, ale także w ramach ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Skąd zatem takie duże różnice w granicach ustawowego zagrożenia (projekt je jeszcze zwiększa) pomiędzy nieumyślnym a umyślnym spowodowaniem ciężkiego uszczerbku na zdrowiu?

Poza tym podany w uzasadnieniu argument, że są przypadki, w których trudno rozróżnić stronę podmiotową i zachowanie sprawcy czynu zakwalifikowanego jako spowodowanie ciężkiego uszczerbku, którego nieumyślnym następstwem jest śmierć, zbliżone jest do zbrodni zabójstwa, uzasadnić mogłyby podwyższenie górnej granicy ustawowego zagrożenia. Choć nawet ta argumentacja nie jest przekonująca, ponieważ już na gruncie aktualnie obowiązującego stanu prawnego można było sprawcy wymierzyć karę 12 lat pozbawienia wolności, która to kara mieści się w granicach zagrożenia za zabójstwo (dolna granica kary za zabójstwo wynosi 8 lat). Nie sposób jednak nie postawić pytania, w jaki sposób przypadki, w których jest problem z rozróżnieniem strony podmiotowej co do spowodowania śmierci, uzasadniają podwyższenie dolnej granicy zagrożenia z art. 156 § 5 k.k.? Typ opisany w projekcie w art. 156 § 5 k.k. obejmuje także sytuacje spowodowania ciężkiego uszczerbku z ewidentnym zamiarem wynikowym i nie budzącej wątpliwości nieumyślności odniesionej do śmierci (przy czym pokrzywdzonym nie musi być małoletni; art. 156 § 5 k.k. jest typem kwalifikowanym także względem § 1). Dlaczego do tych przypadków znaleźć ma zastosowanie wyższa dolna granica ustawowego zagrożenia? Podkreślić w tym miejscu raz jeszcze należy, że przekwalifikowanie w projekcie nowelizacji całej kategorii zachowań z występków na zbrodnie uniemożliwia zastosowanie wielu instytucji przewidzianych w przepisach części ogólnej Kodeksu karnego. Wspomnieć chociażby należy o niemożności zastosowania w takim przypadku art. 37b k.k., który pozwala na wymierzenie tzw. kar sekwencyjnych (krótkoterminowej kary pozbawienia wolności oraz kary ograniczenia wolności) czy zmianę zasad nadzwyczajnego złagodzenia kary (niemożność wymierzenia kary wolnościowej).

Projektodawca – jak wynika z uzasadnienia – miał przed oczami jedynie sytuacje, w których sprawca celowo, z wyrachowaniem, powoduje

ciężki uszczerbek na zdrowiu u osoby małoletniej lub nieporadnej ze względu na swój stan fizyczny lub psychiczny. Zdaje się jednak zapominać, że znamiona tego typu mogą być zrealizowane także w warunkach, w których sprawca działał z przekroczeniem granic obrony koniecznej (nie spełniającego jednak przesłanek z art. 25 § 3 k.k.), w nieusprawiedliwionym błędzie co do znamion kontratypu czy też przez osoby działające w stanie ograniczonej poczytalności. Popęlnienie przestępstwa umyślnego na szkodę małoletniego nie musi w takim przypadku oznaczać – jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu – „braku jakichkolwiek zahamowań moralnych i szacunku dla elementarnych zasad współżycia społecznego”. Tymczasem także we wspomnianych powyżej przypadkach po nowelizacji Kodeksu karnego nawet nadzwyczajnie łagodząc sprawcy karę będzie można orzec jedynie karę pozbawienia wolności, której (w przypadku typu z art. 156 § 5 k.k.) nie będzie można nawet warunkowo zawiesić. W jaki sposób przy takim zagrożeniu sąd ma wymierzyć sprawcy realizującemu znamiona z art. 156 § 5 k.k. karę nie przekraczającą stopnia winy, gdy działa on w stanie ograniczonej poczytalności albo w nieusprawiedliwionym błędzie co do znamion kontratypu (pokrzywdzony małoletni wprawdzie był nietrzeźwy i wymachiwał nożem, jednakże sprawca powinien i mógł zauważyć, że nie jest to zamach na jego dobra prawne)?

6. Zbrodnią na gruncie projektu nowelizacji Kodeksu karnego staje się ponadto pozbawienie wolności (także takie, które nie łączyło się ze szczególnym udręczeniem) dokonane na małoletnim poniżej 15 roku życia. Dotychczas takie zachowanie (o ile nie realizowało znamion typu kwalifikowanego) stanowiło występki zagrożony karą grzywny, ograniczenia wolności i pozbawienia wolności do lat 5, od momentu wejścia w życie projektowanej nowelizacji byłaby to zbrodnia, zagrożona wyłącznie karą pozbawienia wolności. Zdaniem projektodawcy „odebranie wolności osobie małoletniej, przetrzymywanie jej w zamkniętych pomieszczeniach może mieć dalece bardziej szkodliwe skutki niż te, które występują w przypadku bezprawnego pozbawienia wolności osób dorosłych”. Wydaje się, że takie pobieżne uzasadnienie (brak wyjaśnienia, na czym te szkodliwe skutki miałyby polegać, brak powołania jakichkolwiek badań potwierdzających tę ogólną tezę) w żaden sposób nie usprawiedliwia drastycznego zwiększenia granic ustawowego zagrożenia w każdym przy-

padku pozbawienia wolności osoby poniżej 15 roku życia, trwającego krócej niż 7 dni i nie łączącego się ze szczególnym udręczeniem. Przypomnieć należy, że właściwości osoby pokrzywdzonej przestępstwem z art. 189 § 1 k.k. mają znaczenie w perspektywie oceny, czy w konkretnej sytuacji doszło do szczególnego udręczenia ofiary (czy mamy do czynienia z typem kwalifikowanym)⁴. Truizmem wydaje się też twierdzenie, że nie każde odebranie wolności osobie poniżej 15 roku życia będzie łączyło się z jakimiś szkodliwymi skutkami i cechować się będzie takim stopniem społecznej szkodliwości, który uzasadnia uznanie go za zbrodnię. Przykładowo zamknięcie przez 17-latkę swojej 15-letniej siostry (lub koleżanki, sąsiadki) w domu na okres dwóch godzin, nawet dokonane złośliwie, nie daje podstaw do przyjęcia, że czyn ten jest na tyle społecznie szkodliwy, że winien stanowić zbrodnię.

7. Musi budzić wątpliwości zwiększenie granicy ustawowego zagrożenia za typ opisany w art. 210 § 1 k.k. Z uzasadnienia wynika, że w ocenie prezydenta typ ten godzi nie tylko w opiekę, ale w dobra prawne, jakimi są życie lub zdrowie pokrzywdzonych tym przestępstwem i że dobra te – przy aktualnych granicach ustawowego zagrożenia – nie są dostatecznie chronione. W tym kontekście warto tylko zwrócić uwagę na art. 160 § 2 k.k., który przewiduje karalność narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu przez osobę, na której ciążył obowiązek opieki nad pokrzywdzonym. Typ ten zagrożony jest karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W przypadku, w którym porzucając osobę małoletnią powoduje się niebezpieczeństwo dla jej życia lub powstania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, możliwa jest kumulatywna kwalifikacja tego zachowania z art. 210 § 1 k.k. w zw. z art. 160 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Zachowanie to będzie wtedy zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy dla lat 5. Dlaczego taką samą karą ma być zagrożone zachowanie stanowiące samo porzucenie, które nie stwarza zagrożenia dla życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu człowieka? Trudno znaleźć odpowiedź na to pytanie w uzasadnieniu projektu.

⁴ Zob. wyrok SA w Białymstoku z 20 X 2003 r., II AKa 131/03.

8. Wątpliwości – szczególnie w perspektywie znowelizowanego art. 240 § 1 k.k. – musi budzić bardzo krótki okres *vacatio legis*. Aktualnie brak zawiadomienia o wiarygodnym usiłowaniu lub dokonaniu typu z art. 156, art. 189a, art. 197 § 3 i 4, art. 198, art. 200, art. 202 § 3-4 oraz art. 204 § 3 k.k. nie jest zachowaniem bezprawnym. W tej sytuacji uzasadnione jest pytanie, czy brak zawiadomienia o popełnieniu jednego z tych przestępstw w przekonaniu sprawcy, że istnieje tylko społeczny, a nie prawny obowiązek poinformowania o tym organów ścigania, uzasadni przyjęcie usprawiedliwionego błędu co do bezprawności, czy też nie? Tym bardziej, że z treści przepisu wynika, iż także w przypadku wiarygodnych informacji o popełnieniu przestępstwa z art. 156 k.k. na szkodę innej osoby niż osoba małoletnia lub nieporadna ze względu na swój stan fizyczny lub psychiczny (w tym nieumyślnego popełnienia przestępstwa z art. 156 § 2 k.k.) ciąży na osobie posiadającej taką informację prawny obowiązek przekazania jej organom ścigania. Na marginesie tylko wskazać należy na pewnego rodzaju niekonsekwencję, jaka będzie miała miejsce po nowelizacji. Obowiązek prawny zadenuncjonowania będzie występował przy nieumyślnym spowodowaniu ciężkiego uszczerbku, a przy nieumyślnym spowodowaniu śmierci (art. 155 k.k.) już nie.

9. Wątpliwości budzić musi jedno z ostatnich zdań uzasadniania: projekt nie wywołuje skutków finansowych i gospodarczych. Biorąc pod uwagę, że projekt drastycznie podnosi kary przewidziane za wybrane przestępstwa na szkodę małoletnich poniżej 15 roku życia i osób nieporadnych ze względu na stan zdrowia psychicznego lub fizycznego, niekiedy w sposób uniemożliwiający wymierzenie kar wolnościowych czy to przy zastosowaniu art. 37b k.k., czy też jako kar nadzwyczajnie złagodzonych, liczyć się należy z koniecznością stworzenia nowych miejsc w zakładach karnych, co niestety pociągać musi za sobą koszty finansowe.

10. Z uzasadnienia projektu przebijają konieczność podwyższenia poziomu ochrony osób małoletnich, jako tych podmiotów, którym trudno samodzielnie dbać o swoją podmiotowość; które nie mogą same się bronić. W tym kontekście musi budzić wątpliwości brak kryminalizacji zachowań polegających na nieumyślnym spowodowaniu śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu dziecka poczętego (a przynajmniej dziecka zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki). Spowodowanie

śmierci dziecka poczętego (zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, mającego przykładowo 8 miesięcy) na skutek rażącego niedbalstwa czy to lekarza, czy innej osoby, jest czynem o dużym stopniu społecznej szkodliwości i powinno być – w kontekście celów przedstawionych w uzasadnieniu projektu – zagrożone karą kryminalną. Nowelizacja nie tylko, że pomija problem ochrony osób najsłabszych, to jeszcze przez pozostawienie bez zmian art. 157a § 1 k.k.⁵ zwiększa dysproporcje między ochroną najmłodszych.

11. Na koniec trudno oprzeć się refleksji: najłatwiej jest chronić najmłodszych i osoby nieporadne, podwyższając drastycznie kary przewidziane za przestępstwa popełniane na ich szkodę, co nie oznacza jednak, że taka ochrona jest najskuteczniejsza.

Copyright © 2016 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja

⁵ Art. 157a § 1 k.k. głosi: „Kto powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrożający jego życiu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

CZASOPISMO PRAWA KARNEGO i NAUK PENALNYCH



CZPK.PL



ZESZYTY



ZAMÓWIENIA



**Zamawiaj najnowsze
i archiwalne zeszyty**

- Omówienia **najnowszych zmian** w prawie karnym materialnym, procesowym i wykonawczym
- **Interpretacje** obowiązujących przepisów
- Objaśnienia **skomplikowanych** zagadnień prawnych
- **Krytyczne analizy** orzecznictwa i piśmiennictwa
- Dyskusje o najbardziej kontrowersyjnych problemach **współczesnej nauki** prawa karnego

**Kolekcjonuj kolejne zeszyty CPKiNP
w domowej lub firmowej bibliotece**