

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

dr Julia Kosonoga-Zygmunt

Recydywa jurydyczna
w wybranych państwach członkowskich
Unii Europejskiej

Warszawa 2016

Spis treści

Wprowadzenie	1
Rozdział I	6
Kształtowanie się regulacji dotyczących recydywy w polskim prawie karnym ..	6
1. Recydywa w Kodeksie karnym z 1932 r.....	6
1.1. Wprowadzenie	6
1.2. Przesłanki	8
1.2.1. Jednorodzaowość przestępstw	8
1.2.2. Tożsamość pobudek	11
1.2.3. Warunek odbycia kary	12
1.2.4. Okres przedawnienia recydywy	14
1.3. Przestępca zawodowy lub z nawyknienia	16
1.4. Konsekwencje recydywy	20
1.4.1. Wymiar kary	20
1.4.2. Wyłączenie możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary	21
1.4.3. Zakaz warunkowego zwolnienia	22
1.4.4. Umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych	22
1.5. Regulacje pozakodeksowe	25
1.6. Główne kierunki badań nad zjawiskiem recydywy	27
2. Recydywa w Kodeksie karnym z 1969 r.....	29
2.1. Recydywa ogólna	30
2.2. Recydywa specjalna	34
2.2.1. Recydywa specjalna podstawowa (zwykła)	35
2.2.1.1. Umyślność popełnionych przestępstw	36
2.2.1.2. Podobieństwo przestępstw	36
2.2.1.3. Warunek orzeczenia i odbycia co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności	42
2.2.1.4. Przedawnienie recydywy	45
2.2.2. Recydywa specjalna wielokrotna (multirecydywa)	46
2.3. Następstwa prawne recydywy specjalnej podstawowej i wielokrotnej	48
2.4. Nowela z 1995 r.	55
2.5. Główne kierunki badań nad zjawiskiem recydywy	58
Rozdział II	60
Recydywa w Kodeksie karnym z 1997 r.....	60
1. Recydywa ogólna	60
2. Recydywa specjalna podstawowa	62
2.1. Umyślny charakter przestępstwa	62

2.2. Wyrok skazujący.....	64
2.3. Prawomocność skazania.....	64
2.4. Skazanie na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 6 miesięcy	66
2.5. Odbycie co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności	66
2.6. Przedawnienie recydywy	70
2.7. Pojęcie przestępstwa podobnego.....	72
W doktrynie ocena zasadności odwoływania się do instytucji przestępstw podobnych nie przedstawia się jednoznacznie. Podnosi się, że jurydyczne kryteria podobieństwa przestępstw bywają zawodnym wskaźnikiem z punktu widzenia kryminologicznego dla ustalenia antyspołecznej postawy sprawcy powrotnego. Twierdzi się również, że dokonywanie trafnych ocen co do osoby sprawcy powrotnego wymaga badania wielu różnorodnych okoliczności, których nie sposób skatalogować, gdyż mogą występować <i>a casu ad casum</i>. <i>De lege ferenda</i> sformułowano nawet postulat oparcia recydywy specjalnej podstawowej nie na podobieństwie, lecz na samej umyślności tworzących ją przestępstw. W ocenie zwolenników tego postulatu byłoby to wystarczające z punktu widzenia celów kary i stwarzało sądowi lepszą oraz szerszą płaszczyznę dla ewentualnego ustalenia rzeczywistego, kryminologicznego podobieństwa przestępstw.....	
2.7.1. Przestępstwa należące do tego samego rodzaju.....	75
2.7.3. Działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej	80
3. Recydywa specjalna wielokrotna (multirecydywa)	82
3.1. Upřednie skazanie w warunkach recydywy podstawowej.....	82
3.2. Odbycie kary pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej roku	83
3.3. Przedawnienie multirecydywy	85
3.4. Ponowne popełnienie jednego z przestępstw wskazanych w art. 64 § 2 k.k.	85
3.5. Podstawa skazania i podstawa wymiaru kary	87
4. Konsekwencje popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej ...	88
Rozdział III.....	92
Recydywa jurydyczna w ustawodawstwach wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej	92
I. Austria	92
1. Recydywa jako okoliczność obciążająca.....	92
2. Recydywa specjalna	94
3. Umieszczenie w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów.....	95
II. Belgia.....	98
1. Definicja recydywy	98
2. Warunki formalne recydywy	101
2.1. Upřednie skazanie a res iudicata.....	101

2.2. Popęlnienie nowego przestępstwa po skazaniu za zbrodnię, występęk lub wykroczenie.....	103
3. Sytuacje szczególne	104
3.1. Recydywa i zbieg przestępstw	104
3.2. Recydywa i okoliczności łagodzące.....	104
4. Rodzaje recydywy	104
4.1. Zbrodnia po zbrodni.....	105
4.2. Występek po zbrodni	105
4.3. Występek po występku.....	106
4.4. Wykroczenie po wykroczeniu	108
4.5. Zbrodnia po występku	109
4.6. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego	109
5. Pozostawanie do dyspozycji sądu wykonania kary	110
5.1. Pojęcie.....	110
5.2. Przestanki.....	111
5.3. Procedura.....	112
5.4. Kontrola zasadności stosowanego środka	112
5.5. Uchylenie pozostawienia do dyspozycji.....	113
III. Francja.....	113
1. Wprowadzenie	113
2. Definicja recydywy	114
3. Rodzaje recydywy	115
4. Warunki formalne recydywy	117
4.1. Prawomocne skazanie	117
4.2. Popęlnienie nowego przestępstwa	119
4.3. Upływ czasu	121
5. Sądowy wymiar kary	123
6. Kary minimalne	124
7. Recydywa a powrót do przestępstwa.....	124
8. Reforma recydywy (aspekt prewencyjny).....	126
9. Recydywa osoby prawnej	127
10. Stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.....	129
IV. Hiszpania	130
2. Przestanki	131
3. Konsekwencje recydywy	134
4. Uzasadnienie recydywy	136
V. Niemcy	140

1. Recydywa w ujęciu historycznym.....	140
2. Recydywa w części szczególnej kodeksu karnego	143
3. Uprzednia karalność a zasady wymiaru kary	144
4. Postpenalne środki zabezpieczające	145
VI. Portugalia.....	158
1. Pojęcie recydywy	158
2. Przesłanki formalne.....	160
3. Przesłanka materialna.....	162
4. Skutki recydywy	162
VII. Włochy	165
1. Wprowadzenie	165
2. Rodzaje recydywy	167
2.1. Recydywa zwykła	167
2.2. Recydywa obostrzona	167
2.3. Recydywa wielokrotnie obostrzona	169
2.4. Recydywa ponowna (wielokrotna)	169
2.5. Recydywa obligatoryjna.....	170
3. Granica podwyższenia kary	173
4. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego.....	173
5. Pojęcie przestępstwa tego samego rodzaju	175
6. Znaczenie wyroków zagranicznych w sprawach karnych	177
7. Pozostałe konsekwencje prawne recydywy	178
8. Instytucje nawyknienia, zawodowości, skłonności do przestępstwa	180
Rozdział IV.....	184
Regulacje w państwach spoza Unii Europejskiej na przykładzie Szwajcarii i Lichtensteinu	184
I. Szwajcaria	184
1. Pojęcie recydywy	184
2. Regulacje dotyczące recydywy	184
II. Lichtenstein	189
Rozdział V.....	191
Ocena modelu recydywy jurydycznej w prawie polskim na tle rozwiązań obcych	191

Wprowadzenie

Problematyka przestępczości powrotnej stanowi przedmiot szczególnego zainteresowania nie tylko prawa karnego, ale również innych dziedzin w tym zwłaszcza kryminologii i penitencjarystyki. Jak trafnie ujął to G. Radbruch, opisywanie systemu recydywy oznacza w istocie opisywanie systemu polityki kryminalnej¹. W przestępczości powrotnej znajdują bowiem odzwierciedlenie znamienne cechy przestępczości jako całości, w szczególnie skoncentrowanej i wyraźnej formie².

Recydywa nie jest terminem języka prawnego, lecz prawniczego. Pochodzi od łacińskiego słowa *recedere*, co oznacza ponownie wpadać. Semantycznie termin ten nawiązuje do powtórności, do ponownego popadnięcia w pewną sytuację³. Najogólniej rzecz ujmując, recydywa oznacza powrót do przestępstwa, powtarzanie przestępstwa, czyli ponowne lub wielokrotne popełnienie przestępstwa przez tego samego sprawcę. Trafnie zauważa jednak L. Lernell, że pojęcie to ma sens przenośny, gdyż do faktu przeszłego niepodobna przecież wrócić; w znaczeniu dosłownym nie sposób go powtarzać⁴.

W literaturze karnistycznej wyróżnia się różne rodzaje recydywy, w tym w szczególności: recydywę w znaczeniu kryminologicznym, penitencjarnym i jurydycznym. Recydywa w ujęciu kryminologicznym to występujące w społeczeństwie zjawisko przestępczości powrotnej, a w wymiarze jednostkowym – ponowne lub wielokrotne popełnianie przestępstw przez tę samą osobę. Recydywa

¹ G. Radbruch, *Die gesetzliche Strafänderung, Rückfall oder Gewohnheitsmässigkeit* [w:] *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, t. 3, 1908, s. 204.

² G. Kräupl, *Przestępczość powrotna – jej charakterystyka oraz kierunki dalszych jej badań*, [w:] A. Gaberle (red.), *Powrót do przestępstwa (zagadnienia prawne i kryminologiczne)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1979, z. 89, s. 57. Autor wskazuje dalej, że badanie recydywy służy nie tylko pogłębieniu znajomości tego specyficznego zjawiska, lecz zaostrza także spojrzenie na jakość i determinanty przestępczości, jak również na składniki decydujące o skuteczności reakcji administracyjno-społecznych, nastawionych na zapobieganie i zwalczanie przestępczości.

³ Tak D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, Warszawa 1974, s. 23.

⁴ L. Lernell, *Zarys kryminologii ogólnej*, Warszawa 1978, s. 287. Autor zwraca uwagę, że każde zachowanie człowieka, choćby było podobne do poprzedniego pod wieloma względami, nie jest z nim nigdy identyczne. Ma bowiem własne uwarunkowania obiektywne i subiektywne, jest odrębnym aktem woli człowieka, przebiega w niepowtarzalnym układzie okoliczności.

kryminologiczna – poza uznaniem czynu za przestępstwo przez ustawę – jest niezależna od kryteriów formalnych, a także od tego, czy recydywista został za to przestępstwo skazany, czy odbył karę, a nawet od tego, czy jego przestępstwo lub przestępstwa zostały wykryte⁵. Jak trafnie wskazuje D. Pleńska, kryminologiczne ujęcie recydywy nawiązuje do „powrotu faktycznego, do rzeczywistego powtarzania przez sprawcę zachowań zakazanych, jeżeli może to charakteryzować osobowość i jeśli mogą stąd wynikać jakieś postulaty co do środków (reedukacyjnych, eliminacyjnych, leczniczych), którym należałoby poddać sprawcę”⁶.

Z kolei za recydywę penitencjarną uznaje się odbywanie co najmniej po raz drugi kary pozbawienia wolności orzeczonej za jakiekolwiek przestępstwo, niezależnie od tego, kiedy i w jakim zakresie sprawca odbył karę pozbawienia wolności orzeczoną poprzednio⁷. Recydywa penitencjarna jest pojęciem zakresowo szerszym niż recydywa jurydyczna (prawna), gdyż dotyczy ponownego odbywania kary pozbawienia wolności w wyniku skazania nie tylko za przestępstwa podobne⁸. Zwrócić należy przy tym uwagę na określenie recydywy penitencjarnej na gruncie Kodeksu karnego wykonawczego⁹ (zob. art. 86 k.k.w.). Jak wskazuje T. Szymanowski, pojęcie recydywy penitencjarnej zrywa z określeniem powrotu do przestępstwa, o jakim mowa w art. 64 k.k., w którym przesłanki formalne, opierające się na czynniku czasu odbywania kary i następnie popełnienia umyślnie czynu karalnego oraz rodzaju przestępstwa, odgrywają podstawową rolę. W świetle art. 86 k.k.w. dla recydywy penitencjarnej istotne są natomiast dwie okoliczności: ukaranie po raz drugi za przestępstwo umyślne karą pozbawienia wolności lub zastępczą karą pozbawienia wolności lub ukaranie za wykroczenie umyślne karą aresztu lub zastępczą karą aresztu osób, które uprzednio już odbywały takie kary, lub karą aresztu wojskowego za umyślne przestępstwa lub wykroczenia, oraz czas ponownego popełnienia przestępstwa¹⁰. W takim ujęciu recydywistą penitencjarnym

⁵ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 310.

⁶ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 23.

⁷ M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 207.

⁸ A. Marek, *Prawo...*, s. 311.

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 665) – dalej: „k.k.w.”.

¹⁰ T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Warszawa 2010, s. 195.

może być nawet ten, kto został ukarany uprzednio za wykroczenie umyślne karą aresztu, a następnie skazany na karę pozbawienia wolności za przestępstwo umyślne¹¹. Istotnym elementem określenia recydywy penitencjarnej jest także fakultatywność zaklasyfikowania skazanego do recydywistów penitencjarnych pomimo spełnienia wymienionych w art. 86 k.k.w. przesłanek¹².

Recydywą w znaczeniu jurydycznym (prawnym) jest ta część zjawiska recydywy, która odpowiada ujętym w ustawie kryteriom. Ogólnym warunkiem recydywy w tym znaczeniu jest uprzednie skazanie za przestępstwo, co odróżnia recydywę od konstrukcji realnego zbiegu przestępstw¹³. Recydywa penitencjarna też jest recydywą prawną, w tym sensie, że jest określona przez przepisy prawne, jednakże tradycyjnie w literaturze termin „recydywa jurydyczna (legalna)” odnosi się do recydywy, której przesłanki i konsekwencje normują przepisy ustawy karnej. Różnica między recydywą jurydyczną a penitencjarną leży w sferze funkcjonowania każdego z tych pojęć. Pierwsze z nich – występuje w sferze wymierzania kary, drugie natomiast – w sferze wykonania kary.

W ramach recydywy jurydycznej rozróżnia się na ogół dwa rodzaje recydywy, tj. recydywę ogólną oraz recydywę specjalną¹⁴. Na gruncie obowiązującej ustawy karnej brak definicji ustawowych tych terminów, a ustalenie zakresu ich desygnatów jest sprawą pewnej konwencji. Przez pojęcie recydywy ogólnej rozumie się na ogół powrotność do przestępstwa, z którą przepisy karne wiążą określone konsekwencje w zakresie wymiaru kary, polegające na uniemożliwieniu zastosowania wobec sprawcy instytucji regresji karania. Dla aplikacji unormowań przynależnych do tej kategorii w zasadzie nie jest istotny okres, jaki upłynął od skazania za przestępstwo,

¹¹ J. Lachowski, [w:] J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 86 k.k.w., teza 6.

¹² T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce...*, s. 196.

¹³ A. Marek, *Prawo...*, s. 310–311.

¹⁴ Zob. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, cz. 2, Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016, s. 227–228; R.G. Hałas, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 470; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 526; M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, s. 207. Odnotować należy jednak pogląd odmienny, że obowiązująca ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm. – dalej: „k.k.”) nie przewiduje recydywy ogólnej. Wyróżniać zatem należy recydywę specjalną oraz „konsekwencje prawne wcześniejszego ukarania” (tak A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 2, Komentarz. Art. 32–116*, Warszawa 2015, s. 287).

byleby tylko nie nastąpiło zatarcie skazania, skutkujące uznaniem skazania za niebyłe. Ponadto różnica pomiędzy recydywą ogólną i specjalną polega na konsekwencjach ich stosowania. Jedynie recydywa specjalna stanowi podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary¹⁵.

Przedmiot dalszych rozważań stanowi recydywa jurydyczna (prawna) w ustawodawstwie polskim oraz systemach prawnych wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej. Generalnym założeniem przyjętym w opracowaniu jest zaprezentowanie tego zagadnienia na szerokim tle: normatywnym, dogmatycznym, historycznym oraz komparatystycznym. W tym celu posłużono się przede wszystkim metodą analizy dogmatycznej, do której najbardziej istotnych aspektów w doktrynie zalicza się takie kwestie jak: obowiązywanie norm prawa, interpretacja prawa, definicje i ustalenie pojęć, analiza praktyki stosowania prawa oraz jego doskonalenie¹⁶. Uwzględniono także metodę historyczną. Odwołując się do regulacji prawnych przyjętych w kolejnych polskich kodyfikacjach karnych, przedstawiono genezę i ewolucję modelu zwalczania powrotności do przestępstwa. Przeanalizowano również obowiązujący stan prawny. Podstawowe znaczenie miała jednak metoda prawnoporównawcza. Analizie poddano unormowania dotyczące recydywy obowiązujące w wybranych państwach Unii Europejskiej. Zbadano ustawodawstwo austriackie, belgijskie, francuskie, hiszpańskie, niemieckie, portugalskie oraz włoskie. Dokonując wyboru poszczególnych państw, kierowano się przede wszystkim potrzebą ukazania różnorodności porządków prawnych i wynikających z tego odmienności w ujęciu recydywy jurydycznej. Stąd też zestawiono rozwiązania obowiązujące w krajach o zdecydowanie odmiennej kulturze prawnej i tradycjach historyczno-ustrojowych. Dla stworzenia pełniejszego spectrum analizy porównano także regulacje prawne obowiązujące w dwóch krajach spoza Unii Europejskiej (Szwajcaria oraz Lichtenstein).

Opracowanie zostało podzielone na pięć rozdziałów problemowych, a jego struktura jest wynikiem przyjętego toku rozważań. Rozdział I poświęcony został kształtowaniu

¹⁵ J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego, t. 5, Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2015, s. 488–489.

¹⁶ J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] J. Wróblewski (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej*, Łódź 27-28 marca 1980 r., Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1982, s. 124.

się regulacji dotyczących recydywy w polskim prawie karnym. Analizie poddano regulacje recydywy na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r., a następnie Kodeksu karnego z 1969 r. Każdorazowo poruszono takie zagadnienia jak: rodzaje recydywy, przesłanki ją kształtujące i konsekwencje prawne. Wskazano także na główne kierunki badań nad zjawiskiem recydywy w analizowanych okresach. W rozdziale II zaprezentowano unormowania w zakresie recydywy przewidziane w obowiązującym Kodeksie karnym z 1997 r. Omówiono poszczególne rodzaje recydywy, tj. ogólną, specjalną podstawową (zwykłą) oraz specjalną wielokrotną (tzw. multirecydywa). Zasadniczą część rozważań poświęcono przesłankom oraz konsekwencjom popełnienia przestępstwa w warunkach tzw. recydywy specjalnej. W opracowaniu szeroko uwzględniono poglądy doktryny, jak również bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych w zakresie analizowanej instytucji. Rozdział III ma bezpośredni związek z tytułową problematyką. Przedmiotem rozważań uczyniono rozwiązania w zakresie recydywy w systemach prawnych państw Unii Europejskiej. Analizie poddano ustawodawstwa karne takich państw jak: Austria, Belgia, Francja, Hiszpania, Niemcy, Portugalia oraz Włochy. Każdorazowo starano się wyeksponować specyfikę danej regulacji w poszczególnych porządkach prawnych. W tym celu zwrócono uwagę na takie kwestie jak: charakter prawny i istota recydywy, rodzaje recydywy, przesłanki ją kształtujące oraz konsekwencje prawne popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy. Odwołano się przy tym nie tylko do tekstów ustaw karnych, lecz także wybranej literatury obcej, jak również orzecznictwa sądowego. W rozdziale IV dodatkowo zaprezentowano rozwiązania w zakresie recydywy obowiązujące w kodeksach karnych państw spoza Unii Europejskiej takich jak Szwajcaria i Lichtenstein. Ostatnią część opracowania (rozdział V) poświęcono ocenie modelu recydywy jurydycznej w prawie polskim na tle rozwiązań obcych. Przeprowadzona analiza uregulowań w wybranych europejskich ustawodawstwach karnych pozwoliła na sformułowanie szeregu spostrzeżeń natury ogólnej i uwag o charakterze szczegółowym.

Rozdział I

Kształtowanie się regulacji dotyczących recydywy w polskim prawie karnym

1. Recydywa w Kodeksie karnym z 1932 r.

1.1. Wprowadzenie

Kolejne polskie kodyfikacje karne posługują się niejednorodnym modelem reagowania na zjawisko powrotności do przestępstwa. W Kodeksie karnym z 1932 r.¹⁷ recydywie poświęcony został art. 60, zgodnie z którym, jeżeli sprawca w ciągu 5 lat po odbyciu kary w kraju lub za granicą, w całości lub przynajmniej w trzeciej części, albo w ciągu 5 lat po uwolnieniu z zakładu zabezpieczającego, popełnił nowe przestępstwo z tych samych pobudek lub należące do tego samego rodzaju co poprzednie, sąd mógł wymierzyć karę wyższą o połowę od najwyższego ustawowego wymiaru kary, nie przekraczając jednak ustawowej granicy danego rodzaju kary. Jeżeli ustawa dawała sądowi możliwość wyboru między karą więzienia a karą aresztu, nie można było wymierzyć kary aresztu (§ 1). W art. 60 § 2 przewidziano, że przepis § 1 stosuje się do przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, choćby nie zachodził przypadek powrotu do przestępstwa.

Szczególny przypadek obostrzenia kary uregulowany był w art. 291 k.k. z 1932 r., według którego, jeżeli urzędnik dopuścił się jakiegokolwiek przestępstwa podczas urzędowania lub w związku z urzędowaniem, sąd mógł wymierzyć karę wyższą o połowę od najwyższego wymiaru kary, przepisanego za dane przestępstwo. W uzasadnieniu projektu wskazano, że popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa powszechnego przez urzędnika w związku z jego urzędowaniem lub podczas

¹⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571) – dalej: „k.k. z 1932 r.”.

urzędowania nie zmienia – z wyjątkiem niektórych wypadków – istoty samego przestępstwa, ale tylko stanowi okoliczność kwalifikującą¹⁸.

Kodeks karny z 1932 r. nie znał recydywy ogólnej, rozumianej jako ponowne dopuszczenie się przestępstwa jakiegokolwiek rodzaju. Recydywa opierała się na powrocie do przestępstwa tego samego rodzaju lub z tych samych pobudek. W piśmiennictwie wskazywano, że pod art. 60 § 1 k.k. z 1932 r. podpadają recydywiści właściwi i grupowi. Recydywa właściwa polegała na ponownym dopuszczeniu się tego samego przestępstwa, z kolei recydywa grupowa na popełnieniu przestępstwa tego samego rodzaju. Na równi z tego rodzaju przestępcami ustawa stawiała przestępcę, który popełnił przestępstwo z tych samych pobudek (warunek identyczności pobudek), choć nie musiały być to pobudki niskie¹⁹. Recydywa grupowa, polegająca na przynależności nowego przestępstwa do tej samej grupy, do której należało przestępstwo poprzednie, nie wymagała identyczności pobudek²⁰. Według Kodeksu karnego z 1932 r. wystarczała zatem jednorodność obu przestępstw albo przy różnorodności przestępstw – identyczność pobudek. Przykładowo recydywa nie zachodziła przy oszustwie i zabójstwie, przy kradzieży i zniewadze itp., jeżeli przestępstwa te popełniono z różnych pobudek.

Artykuł 60 § 1 k.k. z 1932 r. przyjmował zatem dwa zupełnie różne kryteria recydywy. Jak trafnie zauważył W. Wolter, oparcie powrotu do przestępstwa na dwóch tak różnych elementach jak element prawno-materialny identycznej rodzajowości przestępstw oraz element raczej charakterologiczny identyczności pobudki świadczy dobitnie o trudności stopienia w jedną całość typów przestępstw i typów przestępców. Rodzajowość przestępstw to typ przestępstw, zaś identyczność pobudki wskazuje na typ przestępców²¹.

¹⁸ *Motywy Komisji Kodyfikacyjnej* t. V, z. 4, s. 253–254.

¹⁹ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego: prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy oraz do rozporządzenia Prezydenta R. P. o niektórych przestępstwach przeciw bezpieczeństwu państwa z dnia 24 października 1934 roku (Dz. U. nr 94, poz. 851): z uwzględnieniem ustawy karnej skarbowej, ordynacji podatkowej, kodeksu karnego wojkowego, ustaw dodatkowych, orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Kraków 1936, s. 167–168.

²⁰ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 172.

²¹ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 2, Kraków 1934, s. 103.

Regulacja recydywy została ukształtowana na podstawie jednego powrotu do przestępstwa i nie wyróżniała recydywy wielokrotnej.

1.2. Przesłanki

1.2.1. Jednorodzaowość przestępstw

Kwestia rozumienia terminu „przestępstwo należące do tego samego rodzaju, co poprzednie” na gruncie art. 60 § 1 k.k. z 1932 r. budziła spory. Dominowało stanowisko, że przestępstwo jest tego samego rodzaju, jeżeli skierowane jest przeciwko takiemu samemu dobru chronionemu prawem²². Zasadniczo za przestępstwa tego samego rodzaju uznawano przestępstwa ujęte w tym samym rozdziale części szczególnej Kodeksu karnego. Jednocześnie większość przedstawicieli doktryny przyjmowała, że kryterium to ma charakter pomocniczy. Dostrzegano bowiem, że systematyka kodeksowa spełnia swoiste cele i może odwoływać się posiłkowo do innych kryteriów niż dobro prawne²³. Z tego też względu dyrektywa interpretacyjna wynikająca z systematyki kodeksowej nie wiąże bezwzględnie, a jedynie stanowi istotną wskazówkę przy ustalaniu jednorodzaowości przestępstw. Przestępstwa zamieszczone w różnych rozdziałach Kodeksu karnego lub w różnych ustawach szczególnych mogą być uznane za przestępstwa tego samego rodzaju²⁴. Także w judykaturze podkreślano,

²² Zob. m.in. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 481 i n.; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 249; K. Bzowski, *Powrót do przestępstwa*, [w:] W. Makowski (red.), *Encyklopedia Prawa Karnego*, t. 3, z. XXIII, Warszawa 1936-1937), s. 1448; zob. także wyroki SN: z dnia 14 marca 1968 r., V KRN 90/68, OSNKW 1968, nr 8, poz. 91; z dnia 22 lutego 1968 r., V KRN 16/68, OSNPG 1968, nr 4, poz. 38; z dnia 14 listopada 1968 r., VI KZP 6/68, OSNPG 1969, nr 1, poz. 3. Odnotować jednak należy odmienny pogląd W. Woltera, zdaniem którego chodzi o przestępstwa, które godzą w tego samego rodzaju dobra chronione prawem, co nie znaczy w takie samo dobro. Autor wyraźnie wskazywał, że jednorodzaowe są wszystkie przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu – W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, t. 1, Warszawa 1947, s. 424.

²³ Zob. I. Andrejew, *Systematyka projektu kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 11, s. 741.

²⁴ Zob. m.in. W. Wolter, *Zarys...*, s. 102; L. Lernell, *Wykład prawa karnego – część ogólna*, Warszawa 1961, s. 309–310; L. Peiper, *Komentarz...*, s. 168; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa popełnione z tych samych pobudek i przestępstwa tego samego rodzaju*, „Nowe Prawo” 1962, nr 7–8, s. 1028; H. Popławski, Z. Zbiciński, *Recydywa w polskim prawie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1962, nr 2, s. 191. Za zdecydowanie mniejszościowy należy uznać pogląd przyjmujący, że kodeksowy podział na rozdziały jest rozstrzygający w kwestii jednorodzaowości przestępstw – zob. J. Aker, *Przyczynek do pojęcia recydywy i zatarcia skazania*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 29–30, s. 142.

że o jednorodzaowości rozstrzyga nie numeracja przestępstw w Kodeksie karnym, lecz charakter przestępstwa pozwalający zaliczyć je do tej samej kategorii ze względu na rodzaj dobra chronionego²⁵. Z drugiej strony wskazywano na „rodzajową zgodność” w przypadku przestępstw z różnych rozdziałów (np. targnięcie się na zdrowie Prezydenta RP – art. 94 § 1 oraz czynna napaść na osobę Prezydenta RP – art. 125; fałszywe oskarżenie – art. 143 i zniewaga – art. 255), jak również na brak takiej jednorodzaowości przestępstw z tego samego rozdziału (np. przestępstwo uszkodzenia cielesnego – art. 236 i przestępstwo spędzenia płodu – art. 231)²⁶.

Jednocześnie podkreślano, że nie ma znaczenia fakt, iż jedno z przestępstw, poprzednie lub nowe, narusza ponadto inny jeszcze przedmiot ochrony karnej lub zagraża mu²⁷. Ekwiwalentność głównego i dodatkowego przedmiotu ochrony przy uznawaniu, czy porównywane przestępstwa należą do tego samego rodzaju, kwestionował L. Lernell. Jego zdaniem ustalenie jednorodzaowości przestępstw na tle art. 60 k.k. z 1932 r. opiera się w zasadzie na pokrewieństwie przedmiotów głównych, a nie dodatkowych²⁸.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego sformułowano także inne kryteria jednorodzaowości, takie jak wina, pobudki czy cechy podmiotu²⁹ (przedmiotowo-podmiotowe ujęcie jednorodzaowości)³⁰. Sąd Najwyższy stał na stanowisku, że ten sam rodzaj przestępstwa wymaga rodzajowego podobieństwa czynu nie tylko pod względem przedmiotowym, lecz także pod względem podmiotowym. Skazanie np. z art. 230 § 1 k.k. z 1932 r. za nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka wywołane nieostrożnym obchodzeniem się z bronią nie może być uznane za skazanie za przestępstwo tego samego rodzaju co umyślne pozbawienie życia

²⁵ Por. m.in. wyrok składu 7 sędziów SN z dnia 4 października 1962 r., V K 910/61, OSNKW 1963, nr 7–8, poz. 121; wyrok SN z dnia 18 stycznia 1954 r., III K 844/53, OSNCK 1954, nr 3, poz. 52.

²⁶ Zob. W. Wolter, *Zarys...*, s. 102–103; L. Peiper, *Komentarz...*, s. 168; M. Popławski, Z. Zbiciński, *Recydywa...*, s. 196.

²⁷ Uchwała SN z dnia 4 lutego 1965 r., VI KO 52/64, OSNKW 1965, nr 10, poz. 113; zob. także D. Pleńska, *Glosa do uchwały SN z dnia 4 lutego 1965 r. – VI KO 52/64*, OSPiKA 1966, nr 2, s. 84–88.

²⁸ L. Lernell, *Wykład prawa karnego – część ogólna...*, s. 76.

²⁹ Do znaczenia elementu cech podmiotu przy ustalaniu jednorodzaowości przestępstw odwołano się w wyroku składu 7 sędziów SN z dnia 4 października 1962 r., V K 910/61.

³⁰ Tak D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 115–116.

przewidziane w art. 225 § 1 k.k. z 1932 r.³¹ Z kolei w uchwale z dnia 14 września 1961 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że różny rodzaj winy – umyślnej lub nieumyślnej – sam przez się nie pozbawia możliwości uznania dwóch czynów za przestępstwa tego samego rodzaju. Jednakże konkretne okoliczności faktyczne danych czynów mogą stanowić podstawę do wyłączenia tożsamości rodzajowej przestępstw, jeżeli wskazują na zupełnie odmienny charakter podmiotowy tych czynów z punktu widzenia niebezpieczeństwa społecznego, jaki reprezentują³².

Także w doktrynie widoczna była polaryzacja stanowisk w tej kwestii. Za jednorodzaowością przestępstw opartych na różnych rodzajach winy opowiedziała się m.in. K. Daszkiewicz³³. Pogląd przeciwny wyrażali m.in. H. Rajzman³⁴, A. Kabat³⁵ i S. Pławski³⁶. W piśmiennictwie podnoszono, że skoro w art. 60 § 1 k.k. z 1932 r. mowa jest o poprzednim „przestępstwie” i o powtórnym „przestępstwie” oraz oba te przestępstwa mają być „tego samego rodzaju”, to tożsamość rodzajowa odnosić się ma nie tylko do znamion przedmiotowych przestępstw, lecz także do ich znamion podmiotowych. Nie można zatem przyjąć recydywy, gdy jedno z przestępstw było przestępstwem umyślnym, a drugie nieumyślnym, niezależnie od tego, w jakiej kolejności następowały one po sobie. Możliwa jest natomiast recydywa przestępstw nieumyślnych, co nie jest jednak rozwiązaniem słusznym. Zasadnie zatem postulowano ograniczenie recydywy tylko do przestępstw umyślnych³⁷.

³¹ Wyrok SN z dnia 18 stycznia 1954 r., III K 844/53, OSNCK 1954, nr 3, poz. 52; zob. także postanowienie SN z dnia 24 marca 1961 r., II KZ 56/61, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1961, nr 4, s. 303; wyrok SN z dnia 11 października 1962 r., V K 190/62, „Nowe Prawo” 1963, nr 2, s. 213.

³² Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 14 września 1961 r., VI KO 9/61, OSNKW 1962, nr 1, poz. 2; aprobuje M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 113.

³³ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa...*, s. 1020–1029.

³⁴ H. Rajzman, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 14 września 1961 r.*, VI KO 9/61, „Nowe Prawo” 1962, nr 1, s. 133–136.

³⁵ A. Kabat, *Tożsamość rodzajowa przestępstw i jej kryteria w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Palestra” 1967, nr 12, s. 50.

³⁶ S. Pławski, *Recydywa*, Warszawa 1966, s. 121–122.

³⁷ S. Pławski, *Recydywa...*, s. 121–122. Jak wskazuje Autor, na gruncie art. 60 k.k. z 1932 r. możliwa jest recydywa przestępstw nieumyślnych, co nie jest rozwiązaniem słusznym. S. Pławski wyraził postulat ograniczenia recydywy tylko do przestępstw umyślnych – S. Pławski, *Recydywa* (1966), s. 122–123.

1.2.2. Tożsamość pobudek

Drugie kryterium recydywy na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. stanowiło popełnienie przestępstwa „z tych samych pobudek” co poprzednie. Pojęcia pobudki i relacja, w jakiej pozostaje ona do motywu, były niejednolicie ujmowane zarówno przez doktrynę, jak i judykaturę³⁸. Na marginesie tylko należy zauważyć, że stanowisko przyjmujące szerokie rozumienie terminu pobudka, utożsamiające ją z motywem, znajdowało oparcie w art. 47 § 2 k.k. z 1932 r., w którym mowa o przestępstwach popełnionych „z chęci zysku lub z innych niskich pobudek”³⁹.

J. Makarewicz wskazywał na takie pobudki jak chęć zysku, litość, głód, obawa przed odpowiedzialnością karną oraz obawa hańby⁴⁰. Z kolei w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmowano bardzo szerokie rozumienie tego terminu. Za pobudkę uznano m.in. potrzeby biologiczne (głód, popęd płciowy), uczucia (zazdrość, gniew, litość, rozpacz, strach) oraz dążenia (chęć wystąpienia w obronie uzasadnionego interesu, zemsta, chęć okazania lekceważenia dla zasad współżycia, chęć zysku, gonitwa za sensacją), jak również takie postawy jak fanatyzm religijny czy fałszywa ambicja⁴¹. Pobudki, o których mowa w art. 60 k.k. z 1932 r., nie musiały być niskie; mogły być niehańbiące, np. ponowna kradzież dla ratowania chorego dziecka czy uchronienia bliskich od głodu⁴².

Jak podkreślił Sąd Najwyższy, przy ustalaniu tożsamości pobudek przestępnego działania nie można wychodzić z rozważań abstrakcyjnych, do których dawałoby materiał samo rodzajowe zbliżenie przestępstw, np. przywłaszczenie, kradzież, oszustwo, lecz należy rozważyć, czy *in concreto* pobudka działania danego sprawcy

³⁸ Szerzej na ten temat zob. m.in.: K. Daszkiewicz, *Motyw przestępstwa*, „Palestra” 1961, nr 9; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa...*; S. Pławski, *Recydywa* (1966); A. Tobis, *Pobudki przestępczego działania recydywisty*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, z. 2, s. 119-133; a także judykaty: postanowienie składu 7 sędziów SN z dnia 21 stycznia 1939 r., 3 K. 1024/38, Zb. Orz. 1939, nr 3, poz. 52; wyrok SN z dnia 6 stycznia 1966 r., IV KR 195/65, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1966, z. 7-8, poz. 187; wyrok SN z dnia 30 maja 1966 r., IV KR 15/66, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1967, z. 3, poz. 77; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 7 marca 1968 r., VI KZP 9/67, OSNKW 1968, nr 5, poz. 51.

³⁹ Tak D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 141; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa...*, s. 1022.

⁴⁰ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 163.

⁴¹ Zob. D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 139, przypis 131 i przywołane tam orzecznictwo SN.

⁴² L. Peiper, *Komentarz...*, s. 168.

była w poszczególnych wypadkach taka sama⁴³. Ponadto, sąd nie chcąc naruszyć art. 60 k.k. z 1932 r., musi w uzasadnieniu wyroku ustalić pobudki ponownego przestępstwa i ich tożsamość z pobudkami poprzedniego przestępstwa⁴⁴.

W przypadku identyczności pobudek obojętny był rodzaj popełnionego przestępstwa⁴⁵.

1.2.3. Warunek odbycia kary

Dla stwierdzenia powrotu do przestępstwa nie wystarczał sam fakt prawomocności poprzedniego wyroku skazującego. Powrót do przestępstwa zachodził dopiero w wypadku popełnienia nowego przestępstwa po odbyciu kary za przestępstwo poprzednie przynajmniej w trzeciej części. W literaturze wskazywano, że jeśli sprawca po odbyciu 1/3 części orzeczonej wyrokiem kary uciekł, fakt odbycia tej części kary wystarczy do stwierdzenia powrotu do przestępstwa. Podobnie, jeśli sprawca uzyskał „przerwę” w wykonywaniu kary, w okresie której popełnia nowy czyn karygodny, to jeżeli przed udzieleniem przerwy sprawca odbył już 1/3 część orzeczonej wyrokiem kary, można było stwierdzić powrót do przestępstwa⁴⁶.

Istotne wątpliwości interpretacyjne wywoływało rozumienie kodeksowego wyrażenia „odbycie kary”. W szczególności niejasne było, czy „odbyciem kary” jest odcierpienie każdej kary zasadniczej. Początkowo określenie to rozumiano w sposób bardzo szeroki, przyjmując, że chodzi o każdą karę zasadniczą, w tym grzywnę⁴⁷. Dopiero S. Śliwiński trafnie zwrócił uwagę, że powrót do przestępstwa nie zachodzi w razie orzeczenia kary grzywny. Odbywa się bowiem tylko karę pozbawienia wolności⁴⁸.

⁴³ Orzeczenie SN, Zb. 87/36 – cyt. za Z. Hofmokr-Ostrowski, *Kodeks karny i orzecznictwo Sądu Najwyższego ogłoszone w Zbiorze Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego, w Orzecznictwie Sądów Polskich oraz w Głosie Sądownictwa*, cz. I, Warszawa 1935–1936, teza 29 do art. 60 k.k.

⁴⁴ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 168; podobnie W. Wolter, *Zarys...*, s. 102.

⁴⁵ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 168.

⁴⁶ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 170.

⁴⁷ Takie stanowisko wyraził J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 220; zob. także orzeczenie SN z dnia 22 marca 1937 r., III K 2574/36, OSN(K) 1937, nr 10, poz. 279, w którym stwierdzono, że „odbyciem kary” w rozumieniu art. 60 § 1 k.k. jest odcierpienie każdej kary zasadniczej, bądź rzeczywiste bądź takie, które w myśl ustawy ma być równoznaczne z rzeczywistym odcierpieniem (art. 68 k.k.). Kara grzywny stanowi jedną z kar zasadniczych, przeto w razie jej orzeczenia zachodzi w warunkach, przewidzianych w art. 60 k.k., recydywa.

⁴⁸ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 479.

Dopiero w okresie powojennym w zasadzie jednolicie przyjmowano, że podstawą recydywy może być jedynie poprzednie odbycie kary pozbawienia wolności. Pogląd taki kilkakrotnie wyraził Sąd Najwyższy. Jak wskazano w wyroku z dnia 21 maja 1953 r., „odbycie” kary nie dotyczy wypadków skazania na grzywnę⁴⁹. Podobne stanowisko, znacznie szerzej uzasadnione, zaprezentował Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 grudnia 1962 r. W jej świetle, przez odbycie kary, o którym mowa w art. 60 § 1 k.k. z 1932 r., rozumieć należy wyłącznie odbycie kary pozbawienia wolności. Zastosowanie do grzywny użytego w powołanym przepisie wyrażenia „odbycie kary” nie dałoby się bowiem pogodzić z wymaganiami semantyki. Nikt grzywny nie „odbywa”, lecz ją uiszcza. Ponadto, zdaniem Sądu Najwyższego stanowisko, że przez pojęcie „odbycia kary” należy rozumieć również uiszczenie grzywny, naruszałoby zasadę niedopuszczalności stosowania wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy w sferze norm ustanawiających dla niego rygory obostrzające (w tym wypadku – nadzwyczajne obostrzenie kary z art. 60 § 1 k.k. z 1932 r.)⁵⁰. Pogląd ten zaaprobowano także w doktrynie⁵¹.

Na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze przeważał pogląd, że „odbycie kary” nie obejmuje zamknięcia w zakładzie poprawczym⁵². Natomiast za „odbycie kary” konsekwentnie uważano pobyt w areszcie śledczym zaliczonym na poczet kary, ponieważ stanowił on surogat kary pozbawienia wolności⁵³. Odmienny pogląd wyraził Sąd Najwyższy, przyjmując, że tymczasowe aresztowanie jest tylko jednym ze środków zapobiegających uchylaniu się od sądu i – do czasu prawomocnego skazania – ani z kodeksowego

⁴⁹ Zob. wyrok SN z dnia 21 maja 1953 r., III K 162/53, OSN 1954, nr 3, poz. 54.

⁵⁰ Uchwała SN z dnia 20 grudnia 1962 r., VI KO 36/62, OSNKW 1963, nr 7–8, poz. 129; zob. także A. Kabat, J. Śliwowski, *Glosa do uchwały SN z dnia 20 grudnia 1962 r., VI KO 36/62*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 5–6, s. 932–936; por. także uchwała SN z dnia 4 czerwca 1964 r., VI KO 11/64, OSNKW 1964, nr 10, poz. 151; postanowienie SN z dnia 3 marca 1964 r., Rw 214/64, OSNKW 1964, nr 6, poz. 90.

⁵¹ Zob. m.in. L. Lernell, *Wykład prawa karnego – część ogólna...*, s. 308; S. Pławski, *Recydywa* (1966), s. 108; M. Szerer, *Grzywna a recydywa*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 10, s. 517–525; M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach...* (1965), s. 112–113.

⁵² J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 171–172; W. Wolter, *Zarys...*, s. 101; M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach...* (1965), s. 112; zob. także wyrok SN z dnia 10 października 1946 r., K 326/46, „Państwo i Prawo” 1948, nr 2, s. 155; uchwała SN z dnia 5 listopada 1964 r., VI KO 34/64, OSNKW 1965, nr 1, poz. 9; uchwała SN z dnia 4 czerwca 1964 r., VI KO 11/64; postanowienie SN z dnia 28 maja 1965 r., Rw 401/65, OSNKW 1965, nr 10, poz. 112.

⁵³ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 170–172; zob. także postanowienie SN z dnia 28 marca 1957 r., VI KO 187/56, niepubl. oraz postanowienie SN z dnia 14 listopada 1957 r., VI KO 14/57, „Nowe Prawo” 1957, nr 7–8.

punktu widzenia, ani w subiektywnym odczuciu osoby tymczasowo aresztowanej nie jest i nie może być uważane za karę. Dopóki więc sąd kary nie orzeknie, dopóty pobyt w areszcie tymczasowym nie jest „odbywaniem kary”⁵⁴.

W doktrynie i judykaturze sporna była także kwestia tego, jaki okres należy uznawać za odbywanie kary w wypadku przedterminowego zwolnienia. Zdaniem jednych odbycie kary równało się okresowi pobytu w zakładzie karnym oraz okresowi próby⁵⁵. Według odmiennego poglądu bieg przedawnienia recydywy należało liczyć dopiero od upływu 3 miesięcy po upływie okresu próby, a nie od chwili opuszczenia zakładu karnego przez warunkowo zwolnionego ani też od upływu okresu próby⁵⁶. Według trzeciego stanowiska przez odbycie kary należało rozumieć jedynie faktyczny pobyt w zakładzie karnym⁵⁷.

Kodeks karny z 1932 r. zrównywał karę odbyłą za granicą z karą odbyłą w kraju.

Na równi z odbyciem kary ustawa traktowała uwolnienie z jakiegokolwiek zakładu zabezpieczającego (nie zaś z zakładu wychowawczego lub z zakładu poprawczego). Zakład zabezpieczający musiał być jednak zakładem polskim, gdyż – jak trafnie podnoszono w doktrynie – przecinek po słowie „zagranicą” przesądzał, że słowa „w kraju lub zagranicą” należało łączyć jedynie ze słowami po odbyciu kary⁵⁸.

1.2.4. Okres przedawnienia recydywy

Kodeks karny z 1932 r. przewidywał 5-letni okres tzw. przedawnienia powrotu do przestępstwa. Jak wskazywano w literaturze, „ponieważ dotkliwość odcierpianej

⁵⁴ Tak w wyroku SN z dnia 3 lutego 1967 r., V KRN 832/66, OSNKW 1967, nr 8, poz. 75.

⁵⁵ Tak W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 237; I. Urzędowski, *Kiedy należy uważać za odbyłą karę w przypadku warunkowego zwolnienia*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1938, nr 2.

⁵⁶ Tak J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 187–188; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne...*, (1946), s. 511; L. Peiper, *Komentarz...*, s. 169.

⁵⁷ Tak S. Paweła, *Wykonanie orzeczeń w sprawach karnych*, Warszawa 1965, s. 157–158; A. Kabat, Z. Młynarczyk, *Przedawnienie recydywy*, „Nowe Prawo” 1966, nr 3, s. 318 i n.; por. także uchwały: składu 7 sędziów SN z dnia 20 grudnia 1962 r., VI KO 37/62, OSNKW 1963, nr 6, poz. 102 oraz pełnego składu Izby Wojskowej SN z dnia 11 czerwca 1963 r., RNw 1/63, OSNKW 1963, nr 12, poz. 210, w których akcentuje się warunek faktycznego odcierpienia – przynajmniej w pewnej części – orzeczonej kary [„W wypadku warunkowego zwolnienia wymierzoną skazanemu karę pozbawienia wolności uważa się za odbyłą z dniem rzeczywistego zwolnienia go z zakładu karnego (...)”].

⁵⁸ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 169; podobnie W. Wolter, *Zarys...*, s. 101.

kary z upływem czasu zaciera się w pamięci, przeto powrót do przestępstwa po upływie dłuższego czasu nie rzuca już ujemnego światła na mentalność i charakter przestępcy i nie budzi już tak silnych obaw co do jego przyszłego zachowania się”⁵⁹; „ponowne popełnienie przestępstwa może być tylko wtedy symptomem charakteru sprawcy, jeśli nową kolizję z ustawą nie oddziela od poprzedniej czasokres zbyt długi, który zrywa związek między tymi dwoma faktami”⁶⁰.

Okres 5-letni zaczynał biec od chwili odbycia kary w całości lub w trzeciej części. Obojętne było, z jakich powodów nie doszło do całkowitego odcierpienia kary, np. czy miało miejsce wcześniejsze darowanie kary czy też warunkowe zwolnienie (art. 65 k.k. z 1932 r.), zastosowane z wynikiem dodatnim (art. 68 k.k. z 1932 r.). Jeśli więc kara została w całości darowana albo warunkowe zawieszenie wykonania kary nie zostało odwołane (art. 64 k.k. z 1932 r.), nie było podstaw do przyjęcia recydywy⁶¹.

W doktrynie niejednolicie określano moment początkowy biegu okresu przedawnienia recydywy w przypadku art. 58 k.k. z 1932 r., tj. zaliczenia na poczet kary pozbawienia wolności okresu tymczasowego aresztowania. Zdaniem J. Makarewicza, ponieważ przy stosowaniu przepisu art. 60 k.k. z 1932 r. chodziło o wrażenie dolegliwości, które ulega zatarciu po upływie lat 5, przeto przyjmując, iż areszt śledczy jest surogatem kary, należy liczyć 5-lecie od zwolnienia z aresztu śledczego, o ile zastępuje on w zupełności orzeczoną wyrokiem karę⁶². Według poglądu przeciwnego okres 5-letni przedawnienia recydywy należało liczyć nie od dnia uchylenia tymczasowego aresztowania, lecz od dnia uprawomocnienia się wyroku. Dopiero z tym dniem zachodziły obie przesłanki logiczne, na których opierał się art. 60 § 1 k.k. z 1932 r.⁶³

⁵⁹ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 169.

⁶⁰ W. Wolter, *Zarys...*, s. 100.

⁶¹ W. Wolter, *Zarys...*, s. 100.

⁶² J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 171.

⁶³ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 168.

1.3. Przestępca zawodowy lub z nawyknienia

Identyczne konsekwencje jak te określone wobec recydywistów Kodeks karny z 1932 r. przewidywał w odniesieniu do sprawców zawodowych oraz z nawyknienia, choćby nie zachodził przypadek powrotu do przestępstwa.

W orzecznictwie wskazywano, że nawyknienie do przestępstwa na równi z zawodowością i recydywą nie stanowi elementu stanu faktycznego przestępstwa, a jedynie jest okolicznością podwyższającą karalność⁶⁴.

Kodeks karny z 1932 r. nie definiował pojęć „zawodowości” i „nawyknienia”. Jak zauważał W. Makowski, wyrażenia tego rodzaju nie poddają się traktowaniu schematycznemu, a muszą być pozostawione ocenie sędziowskiej w poszczególnym wypadku⁶⁵.

W Motywach Komisji Kodyfikacyjnej wskazano, że za przestępcę zawodowego uznaje się jednostkę, która z dokonywania przestępstw uczyniła sobie stałe źródło zarobkowania. Z kolei przestępcą nałogowym (z nawyknienia) jest ten, kto popełnia przestępstwa jako rzecz zwyczajną, od popełnienia przestępstw wstrzymać się nie może, aczkolwiek nie przynoszą mu one dochodu, nie przedstawiają się jako podstawa jego życia gospodarczego⁶⁶.

W doktrynie podniesiono, że pojęcie zawodowości oparte jest na kryterium obiektywnym, wskazującym, że sprawca uczynił sobie z popełniania przestępstw źródło dochodów⁶⁷. Zdaniem J. Makarewicza przestępstwo zawodowe będzie z reguły przestępstwem przeciwko mieniu⁶⁸. Z kolei W. Świda zaznaczał, że termin przestępcy zawodowego dotyczy tylko przestępców w dziedzinie przestępstw zyskowych; jego wymienienie w kodeksie jest uzasadnione ze względu na praktykę sądową, albowiem charakteryzujący go moment zatwardziałości (uczynienie z popełniania przestępstw stałego źródła zarobkowania) daje się stosunkowo łatwo

⁶⁴ Wyrok SN z dnia 17 września 1934 r., III K 848/34, OSN(K) 1935, nr 3, poz. 101.

⁶⁵ W. Makowski, *Kodeks...*, s. 214.

⁶⁶ *Motywy Komisji Kodyfikacyjnej...*, t. V, z. 3, s. 89–91; por. orzeczenie SN Zb. 101/35 – cyt. za Z. Hofmoki-Ostrowski, *Kodeks...*, teza 13 do art. 60 k.k.

⁶⁷ W. Makowski, *Kodeks...*, s. 214–215.

⁶⁸ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 173.

ustalić. Termin przestępca zawodowy nie dotyczy natomiast przestępców zatwardziałych, popełniających np. przestępstwa płciowe, zniewagi czy uszkodzenia ciała⁶⁹.

Wyrażano także pogląd, że możliwe jest uznanie przez sąd za działającego zawodowo lub z nawyknienia takiego sprawcy, który po raz pierwszy stanął przed sądem, ale swoją działalność przestępną traktował zawodowo lub przez dłuższy czas, unikając wymiaru sprawiedliwości⁷⁰.

W jednym z pierwszych orzeczeń po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1932 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że przestępcą zawodowym jest ten, dla którego przestępstwo jest wyłącznym środkiem utrzymania lub zarobkowania⁷¹. Pogląd ten spotkał się z uzasadnioną krytyką. Podniesiono, że traktowanie przestępstwa jako wyłącznego źródła dochodów nie stanowi koniecznej cechy przestępstwa zawodowego⁷². W późniejszych orzeczeniach podkreślono, że pojęcie zarobkowości nie pokrywa się z pojęciem zawodowości, które polega na dokonywaniu danej czynności: 1) w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i 2) z zamiarem rozciągnięcia jej na dłuższy okres czasu, w celu zdobycia w ten sposób stałego, choćby ubocznego źródła dochodu. Zawodowość jest czymś więcej niż zarobkowość, która z kolei jest czymś więcej niż chęć korzyści materialnej⁷³.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano także, że nawet sześciokrotna kradzież nie świadczy sama przez się o zawodowości, gdyż przestępcą zawodowym w kradzieży jest ten, kto z dokonywania kradzieży uczynił sobie zawód i postanowił czerpać z tego środki utrzymania⁷⁴. Z drugiej strony przyjmowano, że przy przestępstwach zawodowych już pierwsze przestępstwo może prowadzić

⁶⁹ W. Świda, *Przestępca z nawyknienia w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1938, nr 1, s. 39.

⁷⁰ W. Makowski, *Kodeks...*, s. 214.

⁷¹ Orzeczenie SN z dnia 27 lutego 1933 r., III K 45/33, OSN(K) 1933, nr 4, poz. 79.

⁷² Por. S. Czerwiński, *Przestępcy niepoprawni (recydywiści, z nawyknienia i zawodowi) na tle przepisów kodeksu karnego i rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dn. 15 I 34*, „Gazeta Administracji” 1936, nr 16, s. 492.

⁷³ Zob. orzeczenie składu 7 sędziów z dnia 26 lutego 1938 r., Zb. O. 51/39 oraz orzeczenie SN z dnia 4 czerwca 1946 r., ZO 33/47 – cyt. za J. Fajenberg, M. Leonien, *Kodeks karny z orzecznictwem okresu powojennego*, Warszawa 1956, s. 101.

⁷⁴ Zob. wyrok SN z dnia 23 stycznia 1933 r., 2 K 1714/34, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1936, nr 1; por. także Z. Hofmokr-Ostrowski, *Kodeks...*, teza 28 do art. 60 k.k.

do zastosowania ustawowo przewidzianej represji karnej, jeśli tylko da się ustalić, że popełnione przestępstwo powstało pod wpływem zamiaru rozpoczęcia serii przestępstw, z których sprawca miał czerpać główne lub przynajmniej uboczne źródło dochodu⁷⁵.

W orzecznictwie zwracano uwagę, że istotne znaczenie dla przyjęcia zawodowości ma ustalenie zamiaru sprawcy przestępstwa powtarzania czynu, by mieć stąd stałe, choćby w pewnych odstępach czasu, źródło dochodu⁷⁶. Sąd wyrokujący uznając oskarżonego za przestępcę zawodowego, powinien ustalić, że oskarżony dokonuje przestępstw w tym celu, aby z tego źródła czerpać środki utrzymania, tudzież, że inkryminowanego mu czynu dopuścił się w celu osiągnięcia zysku⁷⁷. W razie ustalenia, że zamiarem oskarżonego było stworzenie sobie z działalności przestępczej stałego źródła dochodu, czas faktycznego trwania tej działalności nie ma dla przyjęcia zawodowości rozstrzygającego znaczenia⁷⁸.

W odniesieniu do przestępcy z nawyknięcia Sąd Najwyższy wskazał, że stwierdzenie z karty karnej faktu poprzednich skazań sprawcy samo przez się nie stanowi dostatecznej przesłanki do przypisania nawyknięcia⁷⁹. Termin przestępca z nawyknięcia został użyty w kodeksie pod kątem teleologicznym, tj. w celu wskazania praktyce sądowej również na tych przestępców zatwardziałych, których nie charakteryzuje zawodowość bądź też powrót do przestępstwa⁸⁰. Zdaniem W. Świdy uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej odnośnie do treści określenia przestępcy z nawyknięcia wskazuje, że przestępstwo ma być trwałym przejawem osobowości przestępcy, a nie wynikiem nadzwyczajnych okoliczności zewnętrznych; nie określono przy tym, co jest przyczyną tego stanu rzeczy. Pozwala to na uznanie za przestępcę z nawyknięcia osobników o najrozmaitszym skombinowaniu w ich osobowości czynników egzogennych i endogennych, aby tylko w ostatecznym

⁷⁵ Wyrok SN z dnia 24 lutego 1936 r., 2 K 2024/35, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1936, nr 5–6, poz. 373.

⁷⁶ Zob. Z. Hofmoki-Ostrowski, *Kodeks...*, teza 49 do art. 60 k.k.

⁷⁷ Zob. Z. Hofmoki-Ostrowski, *Kodeks...*, teza 7 do art. 60 k.k.

⁷⁸ Zob. Z. Hofmoki-Ostrowski, *Kodeks...*, teza 50 do art. 60 k.k.

⁷⁹ Wyrok SN z dnia 28 lipca 1936 r., II K 755/36, OSN(K) 1936, nr 12, poz. 457.

⁸⁰ W. Świda, *Przestępca...*, s. 42.

wyniku wyrażało się to w tym, że przestępca „popelnia przestępstwa jako rzecz zwyczajną, od popelniania przestępstw wstrzymać się nie może”⁸¹.

Zdaniem W. Makowskiego pojęcie nawyknienia albo nałogu przestępnego opierało się na ocenie subiektywnych właściwości sprawcy, ujawnionych w fakcie popelniania przestępstw, a mianowicie na szczególnej skłonności przestępnej⁸². L. Peiper dodawał, że przestępca taki szuka niejako sposobności popelnienia przestępstwa, a z chwilą nadarzenia się tej sposobności rodzi się u niego niesamowity wprost pęd do jej popelnienia⁸³. Z kolei według J. Makarewicza „nawyknienie” wypływa z przyzwyczajenia do dokonywania pewnych czynów mimo świadomości, że są zabronione⁸⁴. Podobne zapatrywanie wyraził Sąd Najwyższy, dodając, że przyzwyczajenie to wytwarza stały popęd do popelnienia pewnych przestępstw⁸⁵. Jednak w późniejszym judykacie Sąd Najwyższy uznał, że przyzwyczajenie to wytwarza „stały popęd do popelniania przestępstw w ogólności lub przestępstw pewnego rodzaju”. Podkreślano przy tym, że ustawa nie ogranicza sądu co do okoliczności, z jakich może wnosić o istnieniu nawyknienia⁸⁶.

W literaturze podnoszono także, że „przestępstwo z nawyknienia wynika najczęściej z pewnego psychicznego nastroju sprawcy, jak przestępstwa o podkładzie erotycznym, mania pojedynków, udział w bijatyce itp.”⁸⁷. Nawyknienie zachodzi zwykle przy przestępstwach płciowych; sprawca popelnia czyn, aczkolwiek nie przynosi mu on dochodu⁸⁸. Także w przypadku przestępstw przeciw mieniu nie wykluczano popelnienia ich z nawyknienia, jeśli wynikały z pewnego psychicznego nastroju sprawcy, który stanowił właściwy podkład czynów, zresztą w każdym przypadku przynoszących zysk np. u włóczęgów, żyjących z żebraniny i okolicznościowych kradzieży, wywołanych wprost pędem do kradzieży. Kradzież taka może przejść w nawyk. Sprawca dopuszcza się jej bez względu na to, czy jest

⁸¹ W. Świda, *Przestępca...*, s. 41.

⁸² W. Makowski, *Kodeks...*, s. 214–215.

⁸³ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 170.

⁸⁴ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 173.

⁸⁵ Tak w orzeczeniu SN z dnia 27 lutego 1933 r., III K 45/33, OSN(K) 1933/4, poz. 79.

⁸⁶ Por. wyrok SN z dnia 11 stycznia 1937 r., I K 924/36, OSN(K) 1937, nr 6, poz. 171.

⁸⁷ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 173.

⁸⁸ Zob. orzeczenie SN, Zb. 101/35 – cyt. za L. Peiper, *Komentarz...*, s. 172–173.

w potrzebie, ale i bez myśli, że ona ma stanowić stałe źródło jego dochodów życiowych⁸⁹.

Nałogowym był zatem także przestępca, u którego – mówiąc potocznie – popełnianie przestępstw stało się, podobnie jak inne nałogi, niejako drugą naturą z powodu stałego skierowania woli ku tej dziedzinie czynności⁹⁰. Przypisanie nałogowości polegać miało na ocenie subiektywnych właściwości sprawcy ujawnionych na tle jego przestępnej działalności⁹¹. Dopiero ocena wewnętrznego oblicza sprawcy, takiego, jakie się przejawia na tle obiektywnie dowiedzionych faktów ze wszystkimi istotnymi okolicznościami, wśród których się zdarzyły, może prowadzić do usprawiedliwionego wniosku, że popełnianie przestępstw weszło u sprawcy w nałóg, który opanował jego wolę i popycha go do popełniania przestępstwa dla przestępstwa samego, którego się domaga zdeprawowana natura sprawcy⁹².

1.4. Konsekwencje recydywy

1.4.1. Wymiar kary

Najistotniejszą konsekwencją recydywy, o której mowa w art. 60 § 1 k.k. z 1932 r., była możliwość wymierzenia kary przekraczającej górną granicę zagrożenia o połowę, nieprzekraczającej jednak ustawowej granicy przewidzianej dla danego rodzaju kary (15 lat więzienia, 5 lat aresztu). Podwyższenie kary nie było obowiązkowe, lecz pozostawione do uznania sądu. Dolna granica kary pozostawała bez zmian. Ponadto, w przypadku recydywy nie można było wymierzyć kary aresztu tam, gdzie ustawa przewidywała możliwość wyboru między karą więzienia a aresztem, co automatycznie wiązało się z koniecznością wymierzenia kary surowszej, tj. zamiast od jednego tygodnia aresztu, co najmniej od 6 miesięcy więzienia. Jak podkreślał J. Makarewicz, wobec konsekwentnego stanowiska kodeksu, który uważa karę więzienia za noszącą specyficzne zabarwienie potępienia

⁸⁹ Zob. orzeczenie SN z dnia 27 lutego 1933 r., Zb. 79/33 – cyt. za L. Peiper, *Komentarz...*, s. 171–172.

⁹⁰ Zob. Z. Hofmoki-Ostrowski, *Kodeks...*, teza 45 do art. 60 k.k.

⁹¹ Zob. Z. Hofmoki-Ostrowski, *Kodeks...*, teza 44 do art. 60 k.k.

⁹² Zob. orzeczenie SN, Zb. 457/36, Osp. 766/36 – cyt. za Z. Hofmoki-Ostrowski, *Kodeks...*, teza 46 do art. 60 k.k.

moralnego (por. art. 57 § 1 i art. 59 § 2 k.k. z 1932 r.) wykluczające karę aresztu przy niskich pobudkach, należy przyjąć, że recydywista według kodeksu zasługuje na równe potępienie (z jakichkolwiek pobudek działa) jak przestępca działający z pobudek niskich⁹³.

W doktrynie trafnie przyjmowano, że możliwość podwyższenia kary na podstawie art. 60 k.k. z 1932 r. nie powodowała zmiany stopnia ciężkości przestępstwa, tj. nie wpływała na zmianę kwalifikacji przestępstwa jako zbrodni lub występku⁹⁴.

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego recydywa w rozumieniu art. 60 § 1 k.k. z 1932 r., jak również chuligański charakter przestępstwa, nie wyłączały możliwości zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w sposób określony w art. 59 § 1 lit. c k.k. z 1932 r. i wymierzenia sprawcy kary aresztu zamiast przewidzianej za dany występki kary więzienia⁹⁵.

1.4.2. Wyłączenie możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary

Na podstawie art. 61 § 3 k.k. z 1932 r. wyłączono możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary do osób wymienionych w art. 60 k.k. z 1932 r., a zatem recydywistów, jak również sprawców zawodowych i z nawyknięcia. Ustawodawca wyszedł bowiem ze słusznego zapatrywania, że nie można oczekiwać poprawy tych kategorii przestępców, lecz należy ich uspołecznic⁹⁶. Sędzia mógł natomiast zastosować warunkowe zawieszenie kary do osoby już karanej, o ile nastąpiło przedawnienie recydywy lub powrót do przestępstwa nie odpowiadał warunkom z art. 60 § 1 k.k. z 1932 r.⁹⁷

⁹³ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 172–173.

⁹⁴ Tak m.in. W. Wolter, *Zarys...*, s. 103; por. także powołane przez tego Autora postanowienie składu 7 sędziów SN z dnia 10 czerwca 1933 r., II K 148/33, OSN(K) 1933, nr 9, poz. 167; M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach...*(1965), s. 114.

⁹⁵ Zob. uchwała SN z dnia 25 września 1969 r., VI KZP 1/69, OSNKW 1969, nr 12, poz. 152.

⁹⁶ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 176.

⁹⁷ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 179.

1.4.3. Zakaz warunkowego zwolnienia

W art. 65 § 4 k.k. z 1932 r. przewidziano zakaz warunkowego zwolnienia w stosunku do skazanego, do którego po odbyciu kary miały być zastosowane środki zabezpieczające. Artykuł 65 k.k. z 1932 r. utracił moc z wejściem w życie ustawy z dnia 31 października 1951 r. o warunkowym przedterminowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności⁹⁸.

1.4.4. Umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych

Artykuł 84 k.k. z 1932 r. normował stosowanie postpenitencjarnego środka o charakterze represyjnym, tj. zakładu dla niepoprawnych, wobec przestępcy, u którego stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa w rozumieniu art. 60 § 1 k.k. z 1932 r., a także przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, jeśli sąd uznał, że ich pozostawanie na wolności „grozi niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu”⁹⁹. Sąd zarządzał umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych, po odbyciu kary, przestępcy, u którego stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa (art. 60 § 1 k.k. z 1932 r.), tudzież przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawanie ich na wolności groziło niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu. Umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawanie ich na wolności groziło niebezpieczeństwem dla porządku prawnego, było niezależne od stwierdzenia trzykrotnego powrotu do przestępstwa¹⁰⁰.

Wymóg stwierdzenia niebezpieczeństwa dla porządku prawnego odnosił się do wszystkich kategorii sprawców wymienionych w art. 84 § 1 k.k. z 1932 r. Nieodzownym warunkiem umieszczenia w zakładzie dla niepoprawnych było nie tylko stwierdzenie recydywy, zawodowości lub działania z nawyknięcia, lecz także stwierdzenie i uzasadnienie, że pozostawanie sprawcy na wolności grozi niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu¹⁰¹. Sam fakt trzykrotnego powrotu

⁹⁸ Dz.U. Nr 58, poz. 399.

⁹⁹ Zob. także rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 stycznia 1934 r. w sprawie organizacji zakładów dla niepoprawnych przestępców (Dz.U. Nr 5, poz. 38 ze zm.).

¹⁰⁰ Wyrok SN z dnia 13 maja 1935 r., III K 447/35, OSN(K) 1935, nr 12, poz. 526.

¹⁰¹ Wyrok SN z dnia 30 listopada 1934 r., II K 1392/34, OSN(K) 1935, nr 6, poz. 244.

do przestępstwa nie dowodził jeszcze niebezpieczeństwa w dziedzinie recydywy; niebezpieczeństwo to musiało wynikać jako wniosek z rozważenia okoliczności czynu (czynów) w tej dziedzinie oraz właściwości samego sprawcy, wykazanych na tle tych właśnie, a nie innych czynów; między stwierdzeniem powrotu i ustaleniem niebezpieczeństwa musiał zachodzić ścisły związek niejako przyczyny i skutku, niebezpieczeństwa nie można było dopatrywać w dziedzinie innej, aniżeli ta, na tle której możliwe było stwierdzenie recydywy¹⁰². Z kolei dla zastosowania art. 84 k.k. z 1932 r. względem przestępcy z nawyknięcia wymagano, aby czyn będący przedmiotem postępowania w danej sprawie, znajdował się w związku przyczynowym z nawyknięciem przestępnym oskarżonego, był jednym z przejawów tego nawyknięcia a nie czymś oderwanym, leżącym poza dziedziną nawyknięcia. Podkreślono, że stwierdzenie przestępnego nawyknięcia jest częścią oceny czynu, przypisanego oskarżonemu w konkretnej sprawie, musi zatem polegać na ustaleniu, że ten właśnie czyn jest przejawem nawyknięcia, jako stałej skłonności do popełnienia pewnej kategorii przestępstw i tylko takie ustalenie daje podstawę do zastosowania zarówno art. 60 § 2 jak i 84 k.k. z 1932 r.¹⁰³.

W judykaturze podniesiono także, że „zarządzenie umieszczenia przestępcy w zakładzie dla niepoprawnych nie jest karą, lecz środkiem zabezpieczającym, do zastosowania zaś tego środka nie jest konieczne ustalenie, iż sprawca zmierzał do wywołania niebezpieczeństwa, lub uświadamiał je sobie, lecz wystarcza stwierdzenie obiektywnego niebezpieczeństwa, jakim jego pozostawanie na wolności zagraża. Z przepisu art. 84 k.k. wynika, iż zarządzenie o umieszczeniu oskarżonego w zakładzie dla niepoprawnych sąd powinien oprzeć na ocenie jego osoby pod kątem widzenia przyszłości, a mianowicie pod kątem widzenia tego niebezpieczeństwa, jakie w przyszłości zagrażać może porządkowi prawnemu z jego strony”¹⁰⁴. Sąd Najwyższy wyraził także zapatrywanie, że podstawy stwierdzenia szczególnego niebezpieczeństwa, uzasadniające zastosowanie art. 84 § 1 k.k., mogą być rozmaite, „np. atakowanie dóbr społecznie szczególnie doniosłych, gromadne popełnienie przestępstwa, zbrojne stawianie oporu przeciw pościgowi, szczególna przebiegłość lub okrucieństwo w sposobie popełnienia przestępstwa

¹⁰² Wyrok SN z dnia 23 września 1935 r., III K 802/35, OSN(K) 1936, nr 3, poz. 111.

¹⁰³ Wyrok SN z dnia 25 listopada 1937 r., III K 1203/37, OSN(K) 1938, nr 6, poz. 141.

¹⁰⁴ Wyrok SN z dnia 15 czerwca 1938 r., II K 587/38, OSN(K) 1939, nr 3, poz. 58.

i tym podobne przejawy, leżące tak w sferze psychiki sprawcy, jak i w przedmiotowej postaci czynu”¹⁰⁵.

Zamknięcie w zakładzie trwało w miarę potrzeby, w każdym razie najmniej 5 lat; po upływie każdego 5-letniego okresu sąd rozstrzygał, czy pozostawienie sprawcy w zakładzie na dalszy okres 5-letni jest konieczne (art. 84 § 2 k.k. z 1932 r.). Zarządzenie umieszczenia w zakładzie dla niepoprawnych następowało zatem obligatoryjnie („sąd zarządza”) i na czas nieoznaczony. Kodeks nie określał zasadniczych granic trwania zamknięcia w zakładzie dla niepoprawnych; nic nie stało na przeszkodzie nawet dożywotniemu internowaniu sprawcy¹⁰⁶.

Sąd stosował umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych z własnej inicjatywy w interesie publicznym i niezależnie od wniosku oskarżyciela¹⁰⁷.

Warto odnotować, że środek ten orzekano wobec recydywistów stosunkowo rzadko (w 1935 r. wobec 392, a w 1938 r. wobec 420 na średnio około 15 000 recydywistów). Wątpliwości co do przydatności tego rodzaju środków ujawniły również wyniki badań S. Batawii, według których w zakładach dla niepoprawnych, zamiast autentycznych przestępców zawodowych osadzano najczęściej drobnych, chronicznych sprawców kradzieży, dla których przestępstwo stanowiło zazwyczaj uboczne lub przejściowe źródło dochodu¹⁰⁸. Środek ten stał się także przedmiotem krytyki doktryny¹⁰⁹. Wydaje się, że najmniej kategoryczny pogląd prezentował W. Świda, który w celu utrudnienia sądom zbyt pochopnego szafowania zakładem dla niepoprawnych proponował przeprowadzenie reformy w dziedzinie prawa materialnego i formalnego. Autor ten postulował m.in. ograniczenie stosowania zakładu do przestępców zawodowych i z nawyknięcia tylko w razie ich co najmniej trzykrotnej karalności; dalsze ograniczenie – jak podkreślał – np. tylko

¹⁰⁵ Wyrok SN z dnia 20 stycznia 1938 r., I K 2255/37, OSN(K) 1938, nr 7, poz. 178.

¹⁰⁶ Zob. J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 209; W. Świda, *Zakład dla niepoprawnych w praktyce sądów polskich*, „Głos Sądownictwa” 1936, nr 7–8, s. 536 i n.; por. także wyrok SN z dnia 23 stycznia 1936 r., III K 2302/35, OSN(K) 1936, nr 8, poz. 301, w którym stwierdzono, że „nieokreślenie przez sąd czasu zamknięcia przestępcy w zakładzie poprawczym, jest zgodne z przepisem art. 84 k.k.”. Na temat zakładu dla niepoprawnych zob. także W. Wolter, *Zarys...*, s. 140–147.

¹⁰⁷ Wyrok SN z dnia 24 listopada 1947 r., K 1551/47, OSN(K) 1948, nr 2, poz. 35.

¹⁰⁸ Zob. S. Batawia, *Niepoprawni przestępcy w świetle 150 wyroków z art. 84 k.k.*, „Archiwum Kryminologii” 1937, z. 3–4, s. 440 i n.; por. W. Świda, *Zakład...*, s. 536 i n.

¹⁰⁹ Zob. m.in. A. Flatau-Kowalska, *Środki zabezpieczające w prawie karnym*, Warszawa 1956, s. 308 i n.

do przestępców cięższych, nie byłoby wskazane. Opowiadał się – *de lege ferenda* – za przekazaniem orzekania zakładu dla niepoprawnych do wyłącznej właściwości sądów okręgowych¹¹⁰.

W latach 50. XX wieku Sąd Najwyższy stwierdził, że stosowanie środków zabezpieczających w postaci umieszczenia w zakładzie dla niepoprawnych jest zasadniczo sprzeczne z podstawami socjalistycznego prawa karnego. Podniesiono także, że w nowych warunkach ustrojowych należy odrzucić pojęcie przestępcy niepoprawnego¹¹¹. *De facto* judykatem tym zniesiono zakłady dla niepoprawnych, jakkolwiek formalnie przepisy art. 83–84 k.k. z 1932 r. nadal obowiązywały.

1.5. Regulacje pozakodeksowe

Na przełomie lat 50. i 60. ubiegłego wieku w ramach walki z recydywą wprowadzono istotne zmiany w ustawodawstwie karnym polegające m.in. na: podnoszeniu dolnych granic ustawowego zagrożenia karą¹¹²; podnoszeniu dolnych i górnych granic tego zagrożenia i tworzeniu przestępstw kwalifikowanych z uwagi na powrót do przestępstwa bez względu na odbycie części kary¹¹³; wyłączeniu recydywistów z zakresu stosowania warunkowego zwolnienia z odbycia części kary¹¹⁴; wyłączeniu recydywistów spod dobrodziejstwa działania amnestii oraz traktowaniu wykroczeń

¹¹⁰ W. Świda, *Zakład...*, s. 549–550.

¹¹¹ Zob. wyrok SN z dnia 8 kwietnia 1952 r., IV K 19/51, OSN(K) 1952, nr 5, poz. 67. W uzasadnieniu judykatu podkreślono, że instytucja ta w Polsce Ludowej w żadnym razie nie powinna być stosowana, będąc w zasadniczej sprzeczności z podstawami praworządności socjalistycznej i z naczelną tezą, iż w warunkach państwa ludowego nie może być mowy o przestępcach niepoprawnych, gdyż państwo ludowe w pełni umożliwia włączenie każdego przestępcy – po odbyciu przez niego kary – do twórczego wysiłku narodu, przyczyniając się do wychowania przestępcy.

¹¹² Zob. ustawa z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo (Dz.U. Nr 34, poz. 152 ze zm.).

¹¹³ Zob. dekrety z dnia 4 marca 1953 r.: o wzmożeniu ochrony własności społecznej (Dz.U. Nr 17, poz. 68 ze zm.), o ochronie własności społecznej przed drobnymi kradzieżami (Dz.U. Nr 17, poz. 69 ze zm.); ustawa z dnia 18 czerwca 1959 r. o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciw własności społecznej (Dz.U. Nr 36, poz. 228 ze zm.); ustawa z dnia 22 kwietnia 1959 r. o zwalczaniu niedozwolonego wyrobu spirytusu (Dz.U. Nr 27, poz. 169 ze zm.).

¹¹⁴ Zob. ustawa z dnia 29 maja 1957 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. z 1961 r. Nr 58, poz. 321).

przeciwko mieniu jako przestępstw, gdy zostały popełnione w warunkach powrotu do czynu będącego wykroczeniem¹¹⁵.

Pośród regulacji szczególnych obowiązujących w ustawodawstwie karnym PRL odmiennie traktujących recydywę określonych przestępstw wskazać należy na:

1) dekret z dnia 4 marca 1953 r. o wzmożeniu ochrony własności społecznej, który w art. 1 § 1 przewidywał, że: „Kto kradnie, przywłaszcza sobie, wyłudza lub w jakikolwiek inny sposób zagarnia mienie społeczne, podlega karze więzienia do lat 5”. Zaś § 2 stanowił, że: „Kto dopuszcza się przestępstwa określonego w § 1 będąc już skazanym za zagarnięcie mienia społecznego, podlega karze więzienia do lat 10”;

2) dekret z dnia 4 marca 1953 r. o ochronie własności społecznej przed drobnymi kradzieżami, którego art. 1 § 1 stanowił, że: „Kto w uspołecznionym zakładzie pracy lub w innym miejscu dopuszcza się drobnej kradzieży mienia społecznego, podlega karze aresztu do roku”. W § 2 dodawał, że: „Kto dopuszcza się przestępstwa określonego w § 1 będąc już skazanym za drobną kradzież lub za jakiegokolwiek inne zagarnięcie mienia społecznego, podlega karze więzienia do lat 2”;

3) ustawę z dnia 18 czerwca 1959 r. o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciw własności społecznej. Zgodnie z treścią art. 6, kto będąc już skazany za zagarnięcie mienia społecznego lub indywidualnego w ciągu 5 lat po odbyciu kary, w całości lub przynajmniej w trzeciej części, a jeżeli kary nie odbył nawet w tej części lub w ogóle jej nie odbywał – w ciągu 5 lat od dnia prawomocnego skazania dopuszcza się przestępstwa:

a) określonego w art. 1 § 1 (kradzieży, przywłaszczenia, wyłudzenia lub w jakikolwiek inny sposób zagarnięcia mienia społecznego), podlega karze więzienia od roku do lat 10 i karze grzywny; jeżeli wartość zagarniętego mienia nie przekracza 300 zł, sąd może wymierzyć karę więzienia do lat 3 i karę grzywny;

b) określonego w art. 2 § 1 i 2 (zagarnięcie mienia społecznego, nad którym sprawca sprawuje zarząd albo za którego ochronę, przechowanie lub zabezpieczenie jest

¹¹⁵ Por. K. Buchała, *Zasady karania recydywistów w polskim prawie karnym, [w:] Powrót do przestępstwa (zagadnienia prawne i kryminologiczne)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1979, z. 89, s. 30.

odpowiedzialny w związku z zajmowanym stanowiskiem albo sprawowaną funkcją; zagarnięcie mienia społecznego dokonane w zorganizowanej grupie przestępczej lub z dokonaniem kradzieży z włamaniem) podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 3 i karze grzywny; jeżeli wartość zagarniętego mienia nie przekracza 2000 zł, sąd może wymierzyć karę więzienia do lat 5 i karę grzywny;

Ponadto, w art. 7 ustawy przewidziano, że kto, będąc już skazany za podobne przestępstwo, dopuszcza się czynu określonego w art. 4 § 1 (paserstwo mienia społecznego) w ciągu 5 lat po odbyciu kary w całości lub przynajmniej w trzeciej części, a jeżeli kary nie odbył nawet w tej części lub w ogóle jej nie odbywał – w ciągu 5 lat od dnia prawomocnego skazania, podlega karze więzienia na czas od lat 2 do lat 10 i karze grzywny; jeżeli wartość przedmiotu przestępstwa nie przekracza 300 zł, sąd może wymierzyć karę więzienia do lat 5 i karę grzywny. Jeżeli sprawca dopuszcza się tego przestępstwa w stosunku do mienia społecznego, którego wartość wynosi ponad 50 000 zł – podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 5 i karze grzywny nie niższej niż 30 000 zł;

4) ustawę z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo¹¹⁶ stanowiła w art. 2, że jeżeli sprawca w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub przynajmniej w trzeciej części kary pozbawienia wolności popełni z tych samych pobudek lub tego samego rodzaju nowe przestępstwo, będące czynem o charakterze chuligańskim, wymierza się karę pozbawienia wolności przy zastosowaniu art. 60 § 1 k.k. z 1932 r., jednak nie niższą od:

1) 6 miesięcy za przestępstwo określone w art. 127, 129, 130, 132, 156, 237 § 1, art. 250, 251, 252 § 1 lub art. 263 § 1 k.k. z 1932 r.;

2) roku za przestępstwo określone w art. 131, 133 § 1, art. 154, 163, 235 § 1, art. 236 § 1, art. 240 lub 241 k.k. z 1932 r.

1.6. Główne kierunki badań nad zjawiskiem recydywy

Problematyka recydywy uregulowanej w Kodeksie karnym z 1932 r. była przedmiotem zainteresowania nie tylko dogmatyki prawa karnego. W okresie

¹¹⁶ Dz.U. Nr 34, poz. 152 ze zm.

powojennym badania nad zjawiskiem recydywy dotyczyły także takich kwestii problemowych i zagadnień szczegółowych jak np.:

- statystyczny obraz recydywy¹¹⁷;
- zjawisko recydywy w wojsku¹¹⁸;
- zjawisko recydywy w świetle badań psychologicznych¹¹⁹;
- recydywa w aspekcie penologicznym¹²⁰;
- zagadnienia recydywy penitencjarnej¹²¹;
- problematyka kryminologiczna recydywy¹²².

¹¹⁷ Zob. S. Paweła, *Recydywa*, „Prawo i Życie” 1965, nr 6, s. 3; M.D. Pełka-Sługocka, *Powrót do przestępstwa w latach 1959–1963 na podstawie statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości*, „Nowe Prawo” 1965, nr 7–8, s. 899–905; A. Stolarz, *Próba oceny zjawiska recydywy kryminalnej w Polsce*, „Problemy Kryminalistyki” 1966, nr 61–62, s. 418–446; J. Jasiński, *Ocena rozmiarów dalszej karalności recydywistów*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 8–9, s. 317–322; S. Pławski, *Recydywa*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1968, nr 12, s. 7 i n.; J. Szczucki, *Recydywa w świetle statystyki*, „Nowe Prawo” 1957, nr 5, s. 74–81; L. Lernell, *Zagadnienie recydywy na tle statystyki przestępczości za lata 1953–1955*, „Nowe Prawo” 1957, nr 9, s. 19–38; B. Mądrzak, A. Kobus, *Recydywa przestępczości w świetle statystyki więziennictwa*, *Przegląd Więziennictwa* 1958, nr 2, s. 53–70; M. Raczko, Z. Krauze, *Stosowanie art. 61 k.k. przy przestępstwach zagarnięcia mienia społecznego w praktyce sądowej (IV kwartał 1958 r.)*, *Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości* 1959, nr 10, s. 11–19; Z. Łukaszewicz, *Poprzednia karalność i recydywa za przestępstwa przeciwko mieniu społecznemu i prywatnemu*, *Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości* 1964, nr 1, s. 21–26; J. Jasiński, *Zwiększanie się recydywy – rzeczywistość czy pozory*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 9, s. 362–368.

¹¹⁸ Zob. J. Olejniczak, *Z zagadnień recydywy w wojsku*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1968, nr 2, s. 136–148; H. Popławski, Z. Zbiciński, *Recydywa...*, s. 180–200; J. Olejniczak, *Uprzednia karalność sądowa a problem recydywy wśród żołnierzy*, „Wojsko Ludowe” 1967, nr 9, s. 30–36.

¹¹⁹ Zob. J. Sikora, *Zagadnienie recydywy w świetle badań psychologicznych*, „Przegląd Penitencjarny” 1963, nr 1, s. 89–99.

¹²⁰ S. Pławski, *Poszukiwanie nowych środków przymusu w walce z przestępczością*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1966, z. 44, s. 5–11; J. Bednarzak, *Zasady wymiaru kary według przepisów projektu kodeksu karnego*, „Biuletyn Generalnej Prokuratury” 1968, z. 7, s. 3–22.

¹²¹ Zob. T. Szymanowski, *Niektóre aspekty penitencjarnej recydywy więźniów młodocianych*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 12, s. 1000–1009; T. Szymanowski, *Recydywa w systemie penitencjarnym PRL*, „Przegląd Penitencjarny” 1969, nr 3, s. 3–16.

¹²² Zob. S. Batawia, *Sankcje wobec recydywistów w projekcie kodeksu karnego a problematyka kryminologiczna recydywy*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 8–9, s. 259–276; L. Lernell, *Zagadnienia recydywy w świetle obrad III Międzynarodowego Kongresu Kryminologów*, „Problemy Kryminalistyki” 1957, nr 6–7, s. 79–89.

2. Recydywa w Kodeksie karnym z 1969 r.

W piśmiennictwie wskazywano na wadliwość uregulowania problemu recydywy, poddając krytyce art. 60 § 1 k.k. z 1932 r. Podnoszono, że badania podejmowane zarówno w okresie przedwojennym, jak i powojennym dowiodły, iż sądy z reguły nie korzystały z zawartego w nim upoważnienia do przekroczenia górnego progu zagrożenia ustawowego, co więcej – często wymierzały karę nawet wielokrotnemu recydywiście w wysokości jej dolnej ustawowej granicy. Na tak kształtującą się praktykę zwrócono uwagę już w 1934 r. w badaniach nad sądowym wymiarem kary przeprowadzonych przez L. Kuleszę i J. Śliwowskiego¹²³. W doktrynie sformułowano postulat surowszego traktowania recydywistów. Wskazywano m.in. na konieczność podwójnego zaostrzenia kary, poprzez obligatoryjne podwyższenie dolnej granicy kary i fakultatywne podwyższenie górnej granicy, jak również wprowadzenie specjalnych środków zabezpieczająco-terapeutycznych¹²⁴. W zdecydowanej mniejszości pozostawali autorzy kwestionujący wiarygodność powoływanych danych statystycznych wskazujących na stały wzrost recydywy w Polsce oraz przeciwstawiający się obligatoryjnemu zaostrzaniu kar recydywistom¹²⁵.

Kodeks karny z 1969 r.¹²⁶ w pełni zrealizował postulat obostrzenia przepisów dotyczących recydywy. W nowej ustawie karnej wyróżniono dwa jej rodzaje, a mianowicie recydywę ogólną oraz recydywę specjalną. Szczególnie

¹²³ M.L. Kulesza, J.W. Śliwowski, *Ustawowy a sędziowski wymiar kary*, Warszawa 1936, s. 78; zob. także W. Świda, B. Wróblewski, *Sędziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej. Ankieta*, Wilno 1939, s. 319 i n.; W. Gutekunst, *Z problematyki recydywy w Polsce Ludowej*, „Nowe Prawo” 1957, nr 7–8, s. 152; W. Gutekunst, *Studia nad sędziowskim wymiarem kary*, „Państwo i Prawo” 1959, nr 1, s. 131; K. Buchała, *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, Warszawa 1964, s. 18 i n.; M. Leonieni, *Wymiar kary przy powrocie do przestępstwa i recydywie*, „Nowe Prawo” 1967, nr 3, s. 361.

¹²⁴ S. Pławski, *Recydywa...*, s. 138–140; S. Pławski, *Zapobieganie recydywie*, „Przegląd Penitencjarny” 1965, nr 2, s. 41; por. M. Leonieni, *Wymiar...*, s. 360 i n.; W. Świda, *Projekt kodeksu karnego z 1968 roku ze stanowiska polityki karnej*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 4–5, s. 627; W. Świda, *Wielokrotna recydywa w Polsce*, „Nowe Prawo” 1968, nr 10, s. 1428–1435; W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1966, s. 256; A. Zbroja, *Nie tolerować recydywistów*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1966, nr 19, s. 7; T. Kaczmarek, *Sędziowski wymiar kary w PRL*, Wrocław 1972, s. 197; K. Daszkiewicz, *Recydywa w projekcie kodeksu karnego z 1968 r.*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 8–9, s. 277.

¹²⁵ J. Jasiński, *Zwiększanie...*, s. 362 i n.; J. Jasiński, *Rozmiary przestępczości i recydywy młodocianych w Polsce. (Próba oceny)*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 6; J. Jasiński, *Ocena rozmiarów dalszej karalności recydywistów*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 8–9, s. 317–322; S. Batawia, *Młodociani i młodzi recydywiści w świetle badań kryminologicznych*, „Archiwum Kryminologii” 1965, t. 3; S. Batawia, *Sankcje...*, s. 260 i n.

¹²⁶ Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm. – dalej: „k.k. z 1969 r.”.

wyeksponowana została recydywa specjalna, czego wyrazem było wydzielenie jej z rozdziału o wymiarze kary (jak czynił to Kodeks karny z 1932 r.) do odrębnego rozdziału zatytułowanego „Powrót do przestępstwa”. W ramach recydywy specjalnej dokonano dalszego jej rozwarstwienia na recydywę specjalną podstawową (art. 60 § 1 k.k. z 1969 r.) i recydywę wielokrotną (art. 60 § 2 k.k. z 1969 r.).

W doktrynie podnoszono, że recydywa specjalna charakteryzuje się takim powrotem do przestępstwa, na podstawie którego można domniemywać, iż istnieje jakaś więź między przestępstwem poprzednim a nowym. Więż ta wskazuje na czynniki osobowościowe właściwe danemu przestępcy lub na warunki środowiskowe, w których przebywa; czynniki, których usunięcie nie może nastąpić przez zwykłe ukaranie odpowiednio do stopnia społecznego niebezpieczeństwa popełnionego czynu. Więż tę stwierdza się za pomocą kryteriów podobieństwa przestępstw. Z kolei w przypadku recydywy ogólnej chodzi o sprawcę już uprzednio karanego, co jednak nie przesądza o jego znacznej demoralizacji, niemniej okoliczność ta stanowi istotny element charakteryzujący tryb jego dotychczasowego życia¹²⁷.

2.1. Recydywa ogólna

Podstawowy rodzaj recydywy ogólnej uwzględniał art. 52 k.k. z 1969 r. W doktrynie przyjmowano jednak, że recydywa tego typu występuje w kodeksie także w innych przypadkach, m.in. w art. 54 § 2 i art. 27 k.k. z 1969 r.¹²⁸ Stosownie do art. 52 k.k. z 1969 r. uprzednie skazanie sprawcy za przestępstwo umyślne albo za podobne przestępstwo nieumyślne sąd uwzględniał jako okoliczność wpływającą na zaostrzenie kary; w wypadku jeżeli ustawa dawała możliwość wyboru rodzaju kary, sąd wymierzał karę łagodniejszego rodzaju wtedy tylko, gdy za tym przemawiały względy wymienione w art. 50 k.k. z 1969 r.

W doktrynie wskazywano na szeroki zakres recydywy ogólnej z art. 52 k.k. z 1969 r. Przemawiało za tym przyjęcie za jej podstawę faktu uprzedniego skazania, bez

¹²⁷ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1970, s. 310.

¹²⁸ Zob. m.in. D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 72 i n. A. Zoll zwrócił jednak uwagę, że w istocie recydywa ogólna występowała w kodeksie w wielu odmianach wynikających jeszcze z art. 78 i art. 95 k.k. z 1969 r. Por. A. Zoll, Recenzja pracy D. Pleńskiej, *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 2, s. 124.

względu na jego rodzaj (skazanie na jakąkolwiek karę), jak również brak wymogu odbycia kary. Ponadto, w odróżnieniu od art. 60 k.k. z 1969 r. omawiany przepis nie przewidywał okresu tzw. przedawnienia recydywy. Przeważał pogląd, że uprzednie skazanie wywierało skutki określone w art. 52 k.k. z 1969 r. aż do momentu uznania tego skazania za niebyłe ze względu na abolicję lub zatarcie skazania¹²⁹. W doktrynie wyrażano także odmienne zapatrywanie, że popełnienie przestępstwa po wielu latach, zwłaszcza nieumyślnego, nie może mieć merytorycznego związku z poprzednim skazaniem, stąd też dla przedawnienia należy przyjąć, w drodze analogii do przepisów art. 60 § 1 i 2 k.k. z 1969 r., okres 5 lat liczony od wykonania kary¹³⁰.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego twierdzono, że użyte w art. 52 k.k. z 1969 r. sformułowanie „uprzednie skazanie” dotyczyło przypadku, gdy oskarżony przed popełnieniem czynu, za który jest sądzony, skazany był za przestępstwo umyślne albo za podobne przestępstwo nieumyślne, popełnione – historycznie biorąc – wcześniej. Przepis ten regulował tzw. recydywę ogólną – zachodzącą wtedy, gdy ten sam sprawca po ukaraniu za jedno przestępstwo dopuszczał się ponownie przestępstwa, przy czym nie zachodziły okoliczności dotyczące recydywy specjalnej określonej w art. 60 k.k. z 1969 r.¹³¹ W Wytycznych Wymiaru Sprawiedliwości Sądu Najwyższego z dnia 22 grudnia 1978 r. przyjęto, że „przez „uprzednie skazanie” (art. 52 k.k. z 1969 r.) należy rozumieć każde prawomocne jednorazowe lub wielokrotne poprzednie skazanie na karę zasadniczą lub dodatkową za jakiekolwiek przestępstwo umyślne albo też za podobne przestępstwo nieumyślne, jeżeli przestępstwo ponowne popełnione zostało przed zatarciem poprzedniego skazania do chwili orzekania. Wykonanie, chociażby w części, kar wymierzonych poprzednio nie jest konieczną przesłanką zastosowania art. 52 k.k. z 1969 r.¹³² Uprzednie skazanie nieprawomocnym wyrokiem nie mogło być uwzględnione jako okoliczność

¹²⁹ K. Mioduski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 189; W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 235.

¹³⁰ K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Cwiągalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 318.

¹³¹ Wyrok SN z dnia 20 lipca 1973 r., IV KR 58/73, OSNPG 1974, nr 1, poz. 3.

¹³² Wytyczne Wymiaru Sprawiedliwości Sądu Najwyższego z dnia 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77 (w sprawie prawidłowego stosowania przepisów dotyczących przestępstw popełnianych w warunkach recydywy), OSNKW 1979, nr 1–2, poz. 1.

obciążająca, gdyż przepis art. 52 k.k. z 1969 r., nakazujący uwzględnić uprzednie skazanie sprawcy jako okoliczność wpływającą na zaostrenie kary, miał na uwadze uprzednie skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne albo za podobne przestępstwo nieumyślne¹³³.

W odróżnieniu od art. 60 § 1 k.k. z 1932 r. na gruncie art. 52 k.k. z 1969 r. chodziło jedynie o prawomocne skazanie przez sąd krajowy (a nie zagraniczny)¹³⁴.

Dla przyjęcia recydywy ogólnej z art. 52 k.k. z 1969 r. wystarczyło uprzednie skazanie za jakiegokolwiek przestępstwo umyślne albo nieumyślne, jeżeli zachodziło podobieństwo między tym przestępstwem nieumyślnym a przestępstwem ponownym, za które sąd miał wymierzyć karę. Wątpliwości wywoływała kwestia, czy recydywa ogólna mogła mieć miejsce, gdy tylko jeden z czynów popełniony był z winy nieumyślnej. Zdaniem D. Pleńskiej z ograniczenia, że poprzednie skazanie za przestępstwo nieumyślne ma być brane pod uwagę tylko wtedy, gdy jest to przestępstwo podobne do nowego, nie wynika jeszcze wymóg, aby oba przestępstwa – poprzednie i nowe – miały być nieumyślne. Argumentowano, że przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do niesłuszných i nielogicznych rozstrzygnięć¹³⁵. Odmienny pogląd wyraził jednak Sąd Najwyższy, wskazując, że z zestawienia przepisów art. 60 § 1 i art. 52 k.k. z 1969 r. wynika, iż nie zachodzi wypadek powrotu do przestępstwa, jeżeli jeden z czynów jest popełniony z winy nieumyślnej¹³⁶.

Stosownie do art. 120 § 2 k.k. z 1969 r. przez przestępstwa podobne rozumiano przestępstwa skierowane przeciwko temu samemu lub zbliżonemu rodzajowo dobru chronionemu prawem, a także przestępstwa popełnione z takich samych pobudek; przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uważano za przestępstwa podobne. W doktrynie podnoszono, że podobieństwa przestępstw nieumyślnych nie da się oprzeć na tożsamości pobudek; znaczenie miało jedynie

¹³³ Wyroki SN z dnia 18 października 1972 r., Rw 1926/72, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 1972, nr 12, poz. 151; z dnia 18 października 1972 r., Rw 1026/72, OSNKW 1973, nr 1, poz. 14.

¹³⁴ Zob. np. K. Mioduski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 189; W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 234.

¹³⁵ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 71–72; możliwości takiej nie wykluczał także W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 234.

¹³⁶ Wyrok SN z dnia 4 marca 1970 r., IV KR 301/69, OSNKW 1970, nr 7–8, poz. 80; podobnie J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 288.

kryterium przedmiotowe w postaci tożsamości lub bliskości rodzajowej naruszonego dobra prawnego¹³⁷.

Recydywa ogólna, o której mowa w art. 52 k.k. z 1969 r., stanowiła okoliczność wpływającą na zaostrenie kary, niezmienającą jednak jej granic¹³⁸. Także w orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreślono, że przepis ten dotyczy jednej z okoliczności obciążających niezmienających ustawowego zagrożenia, a zatem nie ma powodu do powoływania tego przepisu ani w opisie przypisanego oskarżonemu czynu, ani jako podstawy skazania. Miejscem właściwym do powołania tego przepisu było uzasadnienie wyroku w części dotyczącej wymiaru kary¹³⁹.

Konsekwencją recydywy ogólnej był także nakaz wymierzenia kary surowszego rodzaju w wypadku, gdy przepis dawał możliwość wyboru rodzaju kary. Od tego nakazu sąd mógł odstąpić, gdy przemawiały za tym względy wymienione w art. 50 k.k. z 1969 r., tj. społeczne niebezpieczeństwo, prewencja indywidualna, brak przeciwwskazań z zakresu prewencji generalnej, rozmiar szkody, pobudki i sposób działania sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, sposób jego życia przed popełnieniem i zachowanie się po popełnieniu przestępstwa, a także współdziałanie z nieletnim przy popełnieniu przestępstwa. Sporne było to, czy w przypadku sankcji alternatywnej, obejmującej karę pozbawienia wolności, ograniczenia wolności i grzywny, sąd obowiązany był do wymierzenia kary pozbawienia wolności. Zdaniem jednych sąd mógł wybrać także karę ograniczenia wolności, skoro art. 52 k.k. z 1969 r. nie nakazuje wymierzać kary najsurowszego rodzaju. W takiej konfiguracji karą łagodniejszego rodzaju była grzywna, stąd też należało orzec bądź karę

¹³⁷ Zob. m.in. D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 70–71; K. Mioduski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 188; H. Pławski, Z. Zbiciński, *Recydywa...*, s. 194–195. Kryterium tożsamości pobudek przy ustalaniu podobieństwa pierwszego przestępstwa nieumyślnego do drugiego przestępstwa umyślnego lub nieumyślnego nie wykluczała całkowicie W. Świda, podając przykład sytuacji, gdy chęć popisania się zręcznością czy brawurową jazdą doprowadziła sprawcę do popełnienia nieumyślnego uszkodzenia ciała (art. 155 § 2 k.k. z 1969 r.), a następnie do uszkodzenia mienia w zamiarze ewentualnym (art. 122 k.k. z 1969 r.) – W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 234.

¹³⁸ Zob. np. K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 317–318.

¹³⁹ Wyrok SN z dnia 26 września 1972 r., V KRN 389/72, OSNKW 1973, nr 7–8, poz. 95; zob. także wyrok SN z dnia 26 listopada 1971 r., IV KR 236/71, Legalis nr 15842, w którym stwierdzono, że „recydywę ogólną z art. 52 k.k. – traktuje się jako okoliczność wpływającą na zaostrenie kary, co oczywiście nie uzasadnia przyjęcia tego przepisu w wyroku jako podstawy skazania”.

ograniczenia wolności, bądź pozbawienia wolności¹⁴⁰. Według poglądu odmiennego sąd obowiązany był wymierzyć karę pozbawienia wolności; łagodniejszy rodzaj kary można było orzec wtedy, gdy przemawiały za tym dyrektywy zawarte w art. 50 k.k. z 1969 r.¹⁴¹

Recydywa ogólna występowała także w art. 54 § 2 k.k. z 1969 r. Przepis ten wyłączał możliwość zastosowania do sprawcy występkę umyślnego, który był już uprzednio skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności, określonej w art. 54 § 1 k.k. z 1969 r. instytucji zamiany rodzaju kary na łagodniejszą¹⁴². Z kolei art. 27 k.k. z 1969 r. przewidywał wyłączenie stosowania warunkowego umorzenia postępowania karnego wobec sprawcy już karanego za przestępstwo¹⁴³.

2.2. Recydywa specjalna

Kodeks karny z 1969 r. dokonał rozwarstwienia recydywy na recydywę specjalną podstawową (prostą) (art. 60 § 1 k.k.) oraz recydywę specjalną wielokrotną (multirecydywę) (art. 60 § 2 k.k.).

Artykuł 60 § 1 k.k. z 1969 r. w swoim pierwotnym brzmieniu (aż do czasu wejścia w życie noweli z dnia 12 lipca 1995 r.¹⁴⁴) przewidywał, że jeżeli sprawca skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności popełnia w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary umyślnego przestępstwa podobne do przestępstwa, za które był już skazany, sąd wymierza mu karę pozbawienia wolności w granicach od podwójnej wysokości dolnego zagrożenia do najwyższego

¹⁴⁰ Tak D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 74–75.

¹⁴¹ Tak W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 235.

¹⁴² Stosownie do art. 54 § 1 k.k. z 1969 r., „jeżeli przestępstwo zagrożone jest tylko karą pozbawienia wolności, przy czym dolna granica zagrożenia nie jest wyższa niż 3 miesiące, a wymierzona za nie kara nie byłaby surowsza od 6 miesięcy pozbawienia wolności, sąd uznając, że skazanie na taką karę nie byłoby celowe, może orzec karę ograniczenia wolności albo grzywnę”.

¹⁴³ Art. 27 § 1 k.k. z 1969 r. przewidywał, że „postępowanie karne można warunkowo umorzyć, gdy stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu nie jest znaczny, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, a postawa sprawcy nie karanego za przestępstwo, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa”.

¹⁴⁴ Ustawa z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. Nr 95, poz. 474).

ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Zgodnie z art. 60 § 2 k.k. z 1969 r. recydywa specjalna wielokrotna zachodziła, gdy sprawca skazany dwukrotnie w warunkach określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r., odbył łącznie co najmniej rok pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu ostatniej kary popełnił ponownie umyślne przestępstwo z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej albo o charakterze chuligańskim; podobne chociażby do jednego z poprzednio popełnionych przestępstw. Sąd wymierzał wtedy karę w granicach od potrójnej wysokości dolnego zagrożenia, nie mniej jednak od 2 lat, do najwyższego ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia nie była wyższa niż 3 lata – do 5 lat pozbawienia wolności. Jednocześnie w art. 60 § 3 k.k. z 1969 r. zastrzeżono, że przewidziane w art. 60 § 1 lub 2 k.k. z 1969 r. podwyższenie dolnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy wypadków, gdy przestępstwo jest zbrodnią; w wypadkach tych sąd uwzględnia popełnienie przestępstwa w warunkach określonych w art. 60 § 1 lub 2 k.k. z 1969 r. jako okoliczność wpływającą na zaostrzenie kary. Kara orzeczona w myśl art. 60 § 1, 2 lub 3 k.k. z 1969 r. nie może przekraczać 15 lat pozbawienia wolności (art. 60 § 4 k.k. z 1969 r.).

2.2.1. Recydywa specjalna podstawowa (zwykła)

Recydywa podstawowa zachodziła w przypadku kumulatywnego spełnienia następujących kryteriów:

- popełnienie co najmniej dwóch przestępstw umyślnych,
- ustalenie podobieństwa przestępstw w rozumieniu art. 120 § 2 k.k. z 1969 r. (tzn. nowe przestępstwo musiało być podobne do poprzedniego, za które nastąpiło skazanie, a nie jakiegokolwiek innego),
- skazanie sprawcy za pierwsze przestępstwo na karę pozbawienia wolności w wymiarze nie niższym niż 6 miesięcy i odbycia co najmniej 6 miesięcy tej kary,
- popełnienie nowego przestępstwa nie później niż w ciągu 5 lat po odbyciu kary pozbawienia wolności za pierwsze przestępstwo.

2.2.1.1. Umyślność popełnionych przestępstw

Jednym z warunków koniecznych określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. było popełnienie umyślnego przestępstwa po uprzednim skazaniu za przestępstwo umyślne, a zatem popełnienie co najmniej dwóch przestępstw umyślnych. Wątpliwości wywoływało natomiast przyjmowanie recydywy w przypadku przestępstw z winy kombinowanej. W doktrynie zasadnie podnoszono, że przestępstwa kwalifikowane przez następstwo mogą z uwagi na umyślne typy zasadnicze pozostawać w warunkach recydywy¹⁴⁵.

2.2.1.2. Podobieństwo przestępstw

Kodeks karny z 1932 r. nie posługiwał się pojęciem przestępstwa podobnego. Z kolei na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. (art. 120 § 2) przez przestępstwa podobne rozumiano przestępstwa skierowane przeciwko temu samemu lub zbliżonemu rodzajowo dobru chronionemu prawem, a także przestępstwa popełnione z takich samych pobudek. Ponadto uznano, że przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej mają charakter przestępstw podobnych. Wprowadzono tym samym trzy niezależne od siebie kryteria ustalania podobieństwa między przestępstwami: 1) tożsamość lub bliskość rodzajowa dobra chronionego prawem, przeciwko któremu skierowane są podobne przestępstwa (obiektywne kryterium podobieństwa); 2) tożsamość pobudki, z której popełnione są te przestępstwa (subiektywne kryterium podobieństwa); 3) cel osiągnięcia korzyści majątkowej, w jakim popełnione są te przestępstwa (subiektywne kryterium podobieństwa). Tak szeroka formuła kodeksowa podobieństwa wpisywała się w sygnalizowane już represyjne podejście do problemu recydywy¹⁴⁶.

W orzecznictwie sądowym wyrażono zapatrywanie, że „przedmiotowe podobieństwo przestępstw ustala się na podstawie porównywania dóbr chronionych prawem atakowanych przez te przestępstwa. Kryterium pomocniczym jest systematyka

¹⁴⁵ Zob. K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Cwiągalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 375; D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 83 i n. oraz przywołana tam literatura; L. Lernell, *Wykład prawa karnego. Część ogólna, t. II*, Warszawa 1971, s. 139.

¹⁴⁶ Tak też W. Zalewski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 64 k.k., teza 29.

kodeksowa, z której wynika, że przestępstwa podobne są z reguły zamieszczone w tych samych rozdziałach części szczególnej i wojskowej kodeksu karnego¹⁴⁷.

Z kolei w doktrynie wskazywano, że tożsamość dobra prawnego zachodziła zawsze wtedy, gdy porównywane przestępstwa miały identyczną kwalifikację prawną. O tożsamości świadczyć mogło także to, że były one umieszczone w tym samym rozdziale Kodeksu karnego, choć zastrzegano, iż nie jest to wskaźnik niezawodny. Nie był on właściwy np. w odniesieniu do przestępstw umieszczonych w rozdziale XXXVI „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”¹⁴⁸. Rozdział ten grupował przestępstwa chroniące najróżniejsze dobra konkretne, stąd też fakt zaszeregowania dwóch przepisów do rozdziału XXXVI nie mógł być dostateczną podstawą dla stwierdzenia ich podobieństwa, jeżeli nie łączył się z rzeczywistą zbieżnością konkretnych dóbr, przeciwko którym przestępstwa te były skierowane¹⁴⁹. Tożsamość dobra prawnego mogła zachodzić także pomiędzy czynami kwalifikowanymi z różnych przepisów (np. art. 148 i 149, 149a, 149b–151, 203 i 208, 212 i 208, 203 i 210) bez względu na to, czy przepisy te znajdowały się w tym samym rozdziale Kodeksu¹⁵⁰.

W Kodeksie karnym z 1969 r. podstawą podobieństwa było także skierowanie przestępstwa przeciwko zbliżonemu rodzajowo dobru chronionemu prawem. W doktrynie, jak i orzecznictwie brak było natomiast zgodności co wykładni tzw. „zbliżoności rodzajowej” dóbr chronionych prawem. Zdaniem jednych bliskość rodzajowa zachodzić miała wówczas, gdy dobra prawne, przeciwko którym były skierowane porównywane przestępstwa, zostały wymienione razem w tytule rozdziału, jak np. życie i zdrowie (rozdział XXI), cześć i nietykalność cielesna (rozdział XXIV), ale nie był to wymóg konieczny¹⁵¹. Inni z kolei podnosili, że o przestępstwach skierowanych przeciwko zbliżonemu rodzajowo dobru

¹⁴⁷ Uchwała SN z dnia 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77, teza 7.

¹⁴⁸ Tak W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 372–373.

¹⁴⁹ Zob. D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 124.

¹⁵⁰ K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Ćwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 503.

¹⁵¹ W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 373.

prawnemu nie można mówić, w odniesieniu do czynów umieszczonych w różnych rozdziałach kodeksu karnego¹⁵².

W orzecznictwie i doktrynie zarysowały się także odmienne poglądy co do sposobu ustalania podobieństwa przestępstw z punktu widzenia kryterium przedmiotowego (w postaci tego samego lub zbliżonego przedmiotu ochrony)¹⁵³. Wedle pierwszego z nich, podobieństwo to należy badać *in abstracto*, tzn. bez wnikania w konkretny stan faktyczny, a jedynie w oparciu o ustawowe znamiona danego typu czynu zabronionego¹⁵⁴. Zgodnie z przeciwnym ujęciem, przedmiotowe podobieństwo przestępstw powinno być ustalane metodą *in concreto*, która polega na porównaniu nie typów czynów zabronionych, lecz konkretnych, wchodzących w grę przestępstw. Zwolennicy tej koncepcji podkreślali, że podobieństwa nie należy przyjmować automatycznie, na podstawie zestawienia ustawowych znamion przestępstw wchodzących w grę. Chodzi bowiem nie o formalne, abstrakcyjne podobieństwo popełnionych przez sprawcę przestępstw, lecz o ustalenie ich rzeczywistego pokrewieństwa, wskazującego na kontynuację przez sprawcę określonego rodzaju przestępczej działalności, o ciągłość jego antyspołecznego nastawienia¹⁵⁵.

Niejednolicie oceniano także znaczenie ubocznego (dodatkowego) przedmiotu ochrony dla ustalenia podobieństwa przestępstw w oparciu o kryterium tożsamości lub bliskości rodzajowej dobra prawnego¹⁵⁶. Niektórzy autorzy odnosili się sceptycznie do równorzędnego traktowania dóbr prawnych stanowiących główny

¹⁵² A. Kabat, *Przestępstwa podobne w ujęciu kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1970, nr 11, s. 1580.

¹⁵³ Szerzej na ten temat zob. A. Rybak, *Kontrowersje wokół przestępstwa podobnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, z. 2, s. 75 i n.; J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe podobieństwa przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 11, s. 38 i n.

¹⁵⁴ Pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. Sąd Najwyższy wydał szereg orzeczeń, w których wskazał na słuszność takiego podejścia. Zob. m. in. uchwała SN z dnia 25 listopada 1971 r., VI KZP 57/71, OSNKW 1972, nr 2, poz. 27; wyrok SN z dnia 7 lipca 1978 r., RW 247/78, OSNKW 1978, nr 9, poz. 100; wyrok SN z dnia 28 sierpnia 1984 r., IV KR 187/84, OSNPG 1985, nr 6, poz. 81; Wytyczne Wymiaru Sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie prawidłowego stosowania przepisów dotyczących przestępstw popełnianych w warunkach recydywy, VII KZP 23/27, OSNKW 1979, nr 1, poz. 1.

¹⁵⁵ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 129; D. Pleńska, *Przedmiotowe podobieństwo przestępstw*, „Nowe Prawo” 1991, nr 10, s. 1415; zob. np. wyrok SN z dnia 7 lutego 1972 r., II KR 302/71, OSNKW 1972, nr 6, poz. 100; uchwała SN z dnia 22 czerwca 1972 r., VI KZP 24/72, OSNKW 1972, poz. 134.

¹⁵⁶ Szerzej na ten temat zob. P. Daniluk, *Przestępstwa podobne w polskim prawie karnym*, Warszawa 2013, s. 198 i n.

i uboczny przedmiot ochrony przy ustalaniu podobieństwa przestępstw¹⁵⁷. Część przedstawicieli doktryny uznawała, że podobieństwo takie powstaje nie tylko w wypadku, gdy porównywane były główne przedmioty ochrony, lecz również wtedy, gdy zestawiano uboczne przedmioty ochrony¹⁵⁸. Podobieństwo między przestępstwami mogło zachodzić także wtedy, gdy naruszone zostały tożsame lub rodzajowo bliskie dobra, z których jedno występowało jako dobro główne, przeciwko któremu było skierowane przestępstwo, a w innym przestępstwie – jako dobro poboczne; dopuszczano także przyjęcie podobieństwa w razie tożsamości dóbr pobocznych występujących w porównywanych przestępstwach¹⁵⁹. Wątpliwości wywoływało podobieństwo przestępstw w przypadku bliskości rodzajowej dóbr pobocznych (np. naruszenie nietykalności cielesnej występujące jako dobro poboczne w przestępstwach znęcania się nad osobą zależną – art. 184 § 1 k.k. z 1969 r. oraz rabunku – art. 210 k.k. z 1969 r.)¹⁶⁰. Z uwagi na punitivność ówczesnych unormowań w zakresie recydywy, w doktrynie sformułowano postulat, aby dla ustalenia podobieństwa przestępstw tożsamość lub bliskość rodzajowa dóbr zachodziła między dobrami stanowiącymi bądź przedmiot główny analizowanych przestępstw, bądź przedmiot główny jednego z analizowanych przestępstw, a uboczny pozostałych¹⁶¹.

Także w orzecznictwie Sądu Najwyższego zauważalny był brak ekwiwalentnego ujmowania głównego i dodatkowego przedmiotu zamachu przy ustalaniu podobieństwa przestępstw. Sąd Najwyższy twierdził, że przez dobro chronione prawem „rodzajowo zbliżone” rozumieć należy dobro stanowiące zarówno główny, jak i uboczny przedmiot ochrony, pod warunkiem że ten uboczny przedmiot ochrony stanowi istotny element przestępstwa. Podobieństwo czynów, o którym mowa w art. 120 § 2 k.k. z 1969 r., mogło występować także wówczas, gdy porównywane czyny określone były w różnych rozdziałach części szczególnej Kodeksu karnego lub w ustawach związkowych. Przestępstwa, do których miała zastosowanie

¹⁵⁷ Zob. m.in. J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 113; M. Filar, *Glosa do wyroku SN z dnia 10 marca 1976 r., IV KR 3/76*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1978, z. 4, s. 153.

¹⁵⁸ Por. szerzej J. Waszczyński, *O prawnej regulacji recydywy (Uwagi de lege ferenda)*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 5, s. 56; W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 373; D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 130 i n.

¹⁵⁹ Zob. K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 504.

¹⁶⁰ K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 504.

¹⁶¹ Tak A. Zoll, *Przestępstwa podobne*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 3, s. 82–83.

kumulatywna kwalifikacja prawna lub co do których zachodził pozorny („pomijalny”) zbieg przepisów ustawy, mogły być uznane za podobne, jeżeli podobieństwo to dotyczyło istotnego elementu porównywanych przestępstw¹⁶². W innym judykacie stwierdzono, że „ustalenie podobieństwa przestępstw w oparciu o tzw. poboczny przedmiot zamachu (...) powinno mieć miejsce wówczas, gdy dobro «poboczne» miało wartość na tyle istotną, iż musi nastąpić jego naruszenie w każdym wypadku naruszenia danym czynem dobra głównego, zaś sprawca dokonując zamachu na dobro główne zmierzał niejako «równorzędnie» do naruszenia dobra pobocznego”¹⁶³.

Niejednolicie oceniano także przydatność dla określenia podobieństwa przestępstw kryterium sposobu działania. Jeszcze pod rządem Kodeksu karnego z 1932 r. Sąd Najwyższy przyjął, że jednorodzaowość czynów przestępnych polegać może nie tylko na dokonywaniu zamachów na to samo dobro prawne, lecz również na podobnym sposobie działania, w trakcie którego ujawniają się u sprawcy identyczne – z punktu widzenia szkodliwości społecznej – wysoce niebezpieczne cechy podmiotowe towarzyszące czynom, np. gwałtowność, agresywność, brutalność¹⁶⁴. Stanowisko to spotkało się z uzasadnioną krytyką doktryny¹⁶⁵. Problem ten pozostał aktualny na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. Z jednej strony Sąd Najwyższy podkreślał znaczenie sposobu działania w kontekście podobieństwa przestępstw, stwierdzając, że jednorodzaowość czynów przestępczych może polegać nie tylko na dokonywaniu zamachów na to samo dobro prawne, lecz również na podobnym sposobie działania¹⁶⁶. Z drugiej strony twierdził, że jeżeli występuje odmiennność dóbr chronionych prawem i odmiennność pobudek czynu, samo tylko podobieństwo w zakresie sposobu działania (np. użycie przemocy lub groźby) nie wystarczy do przyjęcia podobieństwa przestępstw w rozumieniu art. 120 § 2 i art. 60 § 1 k.k.

¹⁶² Uchwała SN z dnia 29 grudnia 1977 r., VII KZP 45/77, OSNKW 1978, nr 1, poz. 4.

¹⁶³ Wyrok SN z dnia 6 października 1995 r., II KRN 114/95, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 1996, nr 4, poz. 8.

¹⁶⁴ Wyrok SN z dnia 22 lutego 1968 r., V KRN 16/68, OSNPG 1968, nr 4, poz. 38.

¹⁶⁵ Zob. J. Szwacha, *Glosa do wyroku SN z 22 lutego 1968 r., V KRN 16/68*, „Nowe Prawo” 1969, nr 1, s. 162 i n.; A. Krukowski, *Glosa do wyroku SN z 22 lutego 1968 r., V KRN 16/68*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 4–5, s. 937 i n.

¹⁶⁶ Wyrok SN z dnia 16 lipca 1970 r., I KR 91/70, LEX nr 22696; zob. także wyroki SN z dnia 10 września 1970 r., R Nw 56/70, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 1970, nr 10, poz. 174; z dnia 24 lutego 1972 r., III KR 233/71, OSNPG 1972, nr 8, poz. 125; z dnia 13 września 1972 r., IV KR 176/72, OSNPG 1973, nr 3, poz. 23.

z 1969 r.¹⁶⁷ Podobny pogląd wyrażano także w doktrynie¹⁶⁸. Dostrzegano jednocześnie, że sposób popełnienia czynu może jednak wskazywać na dysonans między racjami kryminologicznymi i prawnymi przy bliskości rodzajowej dobra prawnego (np. pomoc do samobójstwa, zabójstwo eutanatyczne i ciężkie uszkodzenie ciała z przekroczeniem obrony koniecznej, użycie niebezpiecznego narzędzia w bójce i w obronie własnej z przekroczeniem jej granic); jego właściwa merytoryczna ocena była możliwa na podstawie art. 61 k.k. z 1969 r.¹⁶⁹

Kryterium subiektywnym podobieństwa przestępstw było popełnienie przestępstwa z takich samych pobudek lub w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Jak wskazywano w doktrynie, przez pobudkę „należy rozumieć motyw dynamizujący zachowanie jednostki, bezpośrednio pobudzający ją do zachowania”¹⁷⁰; „pobudki, których Kodeks bliżej nie określa, (...) należy rozumieć szeroko. Jest to nie tylko rodzaj uczucia, będący motorem czynu, jak uczucie zemsty, zazdrości, litości, nienawiści itp., lecz również motyw czynu, czyli element intelektualnowolicjonalny psychiki sprawcy”¹⁷¹. Tożsamość pobudek postępowania uzasadniała fakt recydywy niezależnie od rodzaju popełnionych przestępstw¹⁷². Omawiana regulacja wprawdzie nie ograniczała zakresu pobudek do ujemnych w rozumieniu społecznym, lecz – jak trafnie wskazywał K. Buchała – taki warunek należy wyprowadzić z funkcji, jaką podobieństwo przestępstw pełni (rzutuje negatywnie na prognozę społecznego zachowania się). W konsekwencji popełnienie dwóch różnych przestępstw z pobudek altruistycznych nie stanowiło podstawy przyjęcia podobieństwa przestępstw¹⁷³.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego konsekwentnie twierdzono, że chuligański charakter przestępstwa nie świadczył sam w sobie o ich podobieństwie¹⁷⁴;

¹⁶⁷ Wyrok SN z dnia 10 maja 1974 r., IV KR 63/74, OSNKW 1974, nr 9, poz. 167; zob. także wyrok SN z dnia 2 sierpnia 1972 r., II KR 106/72, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 1973, nr 1, poz. 3.

¹⁶⁸ Zob. np. D. Pleńska, *Pojęcie recydywy w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1976, nr 5, s. 201; J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 223.

¹⁶⁹ K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 378.

¹⁷⁰ L. Lernell, *Wykład...*, t. II, s. 140.

¹⁷¹ W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 374.

¹⁷² J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 224.

¹⁷³ K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 504–505; zob. także D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy ...*, s. 146–148.

¹⁷⁴ Zob. uchwała SN z dnia 14 września 1972 r., VI KZP 39/72, „Państwo i Prawo” 1973, nr 4.

przestępstwa chuligańskie są podobne wówczas, gdy są popełnione z tych samych pobudek¹⁷⁵.

Pośród różnorodnych celów, w jakich popełnia się przestępstwa, jedynie cel osiągnięcia korzyści majątkowej decydował o istnieniu podobieństwa przestępstw. Przestępstwa popełnione w takim celu uznawano za podobne, niezależnie od pobudek działania lub dobra prawnego, przeciwko któremu były skierowane¹⁷⁶. W doktrynie zauważono, że w ramach „celu osiągnięcia korzyści majątkowej” mieścić się mogą natomiast rozmaite motywy (motyw posiadania wartości materialnych szczególnie cennych, obdarowanie zdobytą korzyścią majątkową innych osób, czy motyw konsumpcyjny)¹⁷⁷.

2.2.1.3. Warunek orzeczenia i odbycia co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności

Warunkiem recydywy specjalnej podstawowej było orzeczenie i odbycie za poprzednie przestępstwo kary pozbawienia wolności. W odniesieniu do tego wymogu w doktrynie i judykaturze zwracano uwagę na szereg kwestii szczegółowych, w tym m.in. przyjęto, że:

- jeżeli w chwili orzekania poprzednie skazanie uległo zatarciu, nie może ono uzasadniać przyjęcia powrotności do przestępstwa w rozumieniu art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. nawet wtedy, gdy kolejne przestępstwo zostało popełnione przed upływem terminu przewidzianego dla zatarcia poprzedniego skazania¹⁷⁸;
- „odbycie kary” polega na odcierpieniu zasadniczej kary pozbawienia wolności, odbycie zaś zastępczej kary pozbawienia wolności zamiast orzeczonej kary

¹⁷⁵ Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 27 lipca 1972 r., VI KZP 57/71, OSNKW 1972, nr 10, poz. 149.

¹⁷⁶ W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 374.

¹⁷⁷ Zob. L. Lernell, *Wykład...*, t. II, s. 140.

¹⁷⁸ Tak w uchwale SN z dnia 15 grudnia 1987 r., VI KZP 39/87, OSNKW 1988, nr 3–4, poz. 19.

ograniczenia wolności (art. 84 § 2 i 3 k.k. z 1969 r.) nie jest „odbyciem kary” w rozumieniu art. 60 § 1 k.k.¹⁷⁹;

– pobyt w schronisku dla nieletnich lub zakładzie poprawczym – choćby zaliczony na poczet wymierzonej kary pozbawienia wolności – nie stanowi „odbycia kary” w rozumieniu art. 60 § 1 k.k. z 1969 r.¹⁸⁰;

– darowanie na podstawie przepisów ustawy o amnestii kary pozbawienia wolności wchodzącej w skład kary łącznej nie stoi na przeszkodzie przyjęciu, że ponowne przestępstwo zostało popełnione w warunkach powrotu do przestępstwa w rozumieniu art. 60 k.k. z 1969 r., jeżeli kara ta do dnia wejścia w życie ustawy o amnestii została odbyta co najmniej w rozmiarze 6 miesięcy albo roku, a zachodzą pozostałe warunki z art. 60 § 1 lub § 2 k.k. z 1969 r.¹⁸¹;

– za odbytą nie uważa się kary darowanej w całości na mocy amnestii lub aktu łaski;

– w wypadku orzeczenia wyrokiem łącznym kary łącznej pozbawienia wolności 5-letni okres przewidziany w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. biegnie od odbycia w całości lub w części (co najmniej 6 miesięcy) kary łącznej, przy czym kara za przestępstwo poprzednie, do którego odnosi się podobieństwo przestępstwa ponownego, musi być orzeczona w rozmiarze co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności¹⁸²;

– w wypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności karę tę – w rozmiarze podlegającego zaliczeniu na jej poczet tymczasowego aresztowania – uważa się za odbytą i mogącą stanowić podstawę do przyjęcia powrotu do przestępstwa dopiero wtedy, gdy nastąpiło prawomocne zarządzenie jej

¹⁷⁹ Tak w wyroku SN z dnia 24 stycznia 1976 r., IV KRN 97/75, OSNKW 1976, nr 6, poz. 76; zob. także wyrok SN z dnia 19 września 1978 r., III KR 156/78, Legalis nr 21068, w którym wskazano, że „jeśli skazany odbywa karę pozbawienia wolności, ale nie jako karę zasadniczą orzeczoną w wyroku, a tylko zastępczo za inną karę orzeczoną w wyroku, to brak jest podstaw do przyjęcia, że skazany poddany był procesowi penitencjarnej reedukacji i nie odniosło to pozytywnych rezultatów, a wobec czego zachodzi potrzeba zastosowania obostrzeń przewidzianych w art. 60 § 1 k.k.”.

¹⁸⁰ Uchwała SN z dnia 23 stycznia 1980 r., VI KZP 19/79, OSNKW 1980, nr 1–2, poz. 16.

¹⁸¹ Tak w uchwale składu 7 sędziów SN z dnia 31 marca 1971 r., VI KZP 97/70, OSNKW 1971, nr 6, poz. 79; por. także uchwała SN z dnia 15 października 1970 r., VI KZP 52/70, OSNKW 1970, nr 12, poz. 160 z glosą W. Woltera, „Nowe Prawo” 1971, nr 3, s. 460 i n.

¹⁸² Uchwała SN z dnia 24 kwietnia 1985 r., VI KZP 5/85, OSNKW 1985, nr 7–8, poz. 54, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2010, nr 6A, poz. 515.

wykonania, a skazany popełnił podobne przestępstwo umyślne w ciągu 5 lat po tym zarządzeniu¹⁸³;

– do odbycia kary nie zalicza się okresu próby w związku z warunkowym zawieszeniem lub zwolnieniem ani okresu przerwy czy odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności¹⁸⁴;

– nie można uważać za odbytą kary, której wykonanie przerwano bezprawnie, np. przez ucieczkę skazanego z więzienia¹⁸⁵;

– do okresu 6 miesięcy kary pozbawienia wolności zalicza się także areszt tymczasowy zaliczony przez sąd na poczet orzeczonej kary¹⁸⁶;

– warunek faktycznego odbycia w całości lub w części kary należy uważać za spełniony w wypadku darowania lub złagodzenia odbytej już części kary zasadniczej w drodze amnestii lub ułaskawienia¹⁸⁷.

Na marginesie należy odnotować, że o ile podstawą przyjęcia recydywy, o jakiej mowa w art. 60 § 1 k.k. z 1932 r., było „odbycie kary w kraju lub za granicą”, o tyle Kodeks karny z 1969 r. nie wspominał o karze odbytej za granicą. Problem ten rozstrzygnął Sąd Najwyższy, przyjmując, że odbycie za granicą co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności, na którą sprawca został tam skazany za czyn stanowiący przestępstwo według przepisów polskiej ustawy karnej, stanowi podstawę do przyjęcia powrotu do przestępstwa w rozumieniu art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. przy spełnieniu pozostałych wymagań tego przepisu. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podniósł, że skoro obecnie ustawa stanowi ogólnie o „odbyciu kary” bez wskazania, że kara ta ma być odbyta w kraju, to unormowanie takie oznacza to samo co określenie „w kraju lub za granicą”, wyrażone jedynie syntetycznie¹⁸⁸. W doktrynie

¹⁸³ Zob. uchwała SN z dnia 22 marca 1973 r., VI KZP 74/72, OSNKW 1973, nr 6, poz. 73.

¹⁸⁴ K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Ćwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 379; W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 270.

¹⁸⁵ J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 225.

¹⁸⁶ K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Ćwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 379; W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 270.

¹⁸⁷ Postanowienie SN z dnia 30 maja 1980 r., VI KZP 13/80, OSNPG 1980, nr 8, poz. 102.

¹⁸⁸ Zob. uchwała SN z dnia 24 kwietnia 1975 r., VI KZP 59/74, OSNKW 1975, nr 6, poz. 71 wraz z glosą aprobowaną L. Gardockiego, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1976, nr 6, poz. 121.

argumentowano dodatkowo, że pomijanie kryminalnej przeszłości sprawcy za granicą prowadziłoby do fałszywego obrazu jego przestępczej sylwetki¹⁸⁹.

2.2.1.4. Przedawnienie recydywy

W przeciwieństwie do recydywy ogólnej z art. 52 k.k. z 1969 r., która była permanentna, recydywa specjalna z art. 60 k.k. z 1969 r. miała działanie czasowo ograniczone. Kodeks przewidywał bowiem 5-letni okres przedawnienia recydywy. Jak podnoszono w literaturze, recydywa nie może działać permanentnie, jeśli ma stanowić wyraz nieskuteczności kary czy uporczywości sprawcy w łamaniu prawa. Popołnienie przestępstwa w długi czas po ukaraniu za poprzednie nie może dowodzić nieskuteczności poprzedniej kary, przeciwnie – świadczy o tym, że przez długi czas działała ona powściągająco¹⁹⁰.

Problematyka przedawnienia recydywy wywoływała szereg problemów interpretacyjnych. W bogatym dorobku orzeczniczym wyróżnić można następujące tezy:

– określony w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. okres 5-letni, w którym sprawca, skazany poprzednio za przestępstwo umyślne, popełnia nowe umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany, należy liczyć od odbycia zasadniczej kary pozbawienia wolności¹⁹¹;

– w wypadku gdy skazany po odbyciu części kary pozbawienia wolności – mniej niż 6 miesięcy – przebywał na wolności i pozostałą część kary – łącznie co najmniej 6 miesięcy – odbył dopiero po ponownym osadzeniu w zakładzie karnym, okres 5-letni, przewidziany w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r., należy liczyć od chwili ostatniego zwolnienia skazanego z wymienionego zakładu¹⁹²;

¹⁸⁹ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 96; zob. także L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1985, s. 211; R.A. Stefański, *Czy „odbycie kary”, o którym mowa w art. 60 § 1 k.k. obejmuje także karę pozbawienia wolności orzeczoną za granicą i tam wykonaną?*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 2, s. 93–96; K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 379.

¹⁹⁰ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 107.

¹⁹¹ Uchwała SN z dnia 14 maja 1971 r., VI KZP 11/71, OSNKW 1971, nr 7–8, poz. 103.

¹⁹² Uchwała SN z dnia 30 grudnia 1978 r., VII KZP 45/78, OSNKW 1979, nr 3, poz. 19.

– w wypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności karę tę – w rozmiarze podlegającego zaliczeniu na jej poczet tymczasowego aresztowania – uważa się za odbytą i mogącą stanowić podstawę do przyjęcia powrotu do przestępstwa dopiero wtedy, gdy nastąpiło prawomocne zarządzenie jej wykonania, a skazany popełnił podobne przestępstwo umyślne w ciągu 5 lat po tym zarządzeniu¹⁹³.

2.2.2. Recydywa specjalna wielokrotna (multirecydywa)

W świetle art. 60 § 2 k.k. z 1969 r. do skazania w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej konieczne było spełnienie następujących warunków:

- dwukrotne skazanie w warunkach recydywy określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r.,
- odbycie łącznie co najmniej roku pozbawienia wolności,
- popełnienie następnego przestępstwa w ciągu 5 lat po odbyciu ostatniej kary,
- ponowne przestępstwo musiało być przestępstwem umyślnym popełnionym z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej albo o charakterze chuligańskim,
- ponowne przestępstwo musiało być podobne chociażby do jednego z poprzednio popełnionych przestępstw.

Do przyjęcia recydywy wielokrotnej niezbędne było zatem, aby sprawca popełnił co najmniej czwarte przestępstwo w szczególnym układzie, tj. dwukrotnego skazania w warunkach określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. oraz po trzykrotnym odbyciu kary pozbawienia wolności (w tym dwukrotnie jako przestępca powrotny). Jak zauważyła D. Pleńska, miało to „nie tylko pełne oparcie w omawianym przepisie, ale odpowiadało też jego istotnej funkcji – wydzieleniu najbardziej niebezpiecznych form uporczywej recydywy. Tę uporczywość należało upatrywać zarówno w liczbie przestępstw poprzednio popełnionych (w myśl art. 60 § 2 musiało ich być co najmniej

¹⁹³ Uchwała SN z dnia 22 marca 1973 r., VI KZP 74/72. Szerzej na temat początku biegu 5-letniego okresu przedawnienia recydywy zob. D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 106 i n. oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo sądowe.

trzy), jak i w niepodatności na kolejno odbywane kary, na kilkakrotnie podejmowane zabiegi resocjalizacyjne”¹⁹⁴.

Warunek dwukrotnego skazania sprawcy z zastosowaniem art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. był spełniony tylko wtedy, gdy skazania te następowały każdorazowo po odbyciu przez sprawcę kolejnych kar (co najmniej 6 miesięcy – łącznie co najmniej roku), co oznaczało, że wielokrotność powrotu do przestępstwa w rozumieniu art. 60 § 2 k.k. z 1969 r. wyrażała się w tym, iż sprawca powracał do przestępstwa po raz czwarty, po trzykrotnym odbyciu kary pozbawienia wolności – w tym dwukrotnie jako przestępca powrotny, jeśli oczywiście zaistniały pozostałe warunki recydywy wielokrotnej¹⁹⁵. Przewidziane w art. 60 § 2 k.k. z 1969 r. wymaganie dwukrotnego skazania sprawcy w warunkach określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. i odbycia co najmniej kary jednego roku pozbawienia wolności było spełnione, jeżeli takie skazania następowały po sobie oraz po odbyciu przez sprawcę kolejno wymierzanych mu kar tego rodzaju w wysokości nie niższej niż 6 miesięcy, pomiędzy zaś okresami odbywania tych kar a datami czynów, za które je orzeczono, nie minęły okresy 5-letnie¹⁹⁶.

W orzecznictwie powszechnie przyjmowany był także pogląd, że sprawca skazany przy zastosowaniu art. 61 k.k. z 1969 r. nie był sprawcą „skazanym w warunkach określonych” w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. w rozumieniu art. 60 § 2 k.k. z 1969 r. Skoro przy skazaniu odstąpiono od zasad wymiaru kary określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r., to takie skazanie nie mogło w przyszłości być uwzględnione jako jedno ze skazań w warunkach określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r., stanowiących podstawę przyjęcia wielokrotnej recydywy specjalnej¹⁹⁷.

Przedawnienie recydywy specjalnej wielokrotnej następowało również z okresem 5 lat. Warunkiem skazania z art. 60 § 2 k.k. z 1969 r. było popełnienie ponownie przestępstwa umyślnego w ciągu 5 lat od odbycia ostatniej kary. Ponowne przestępstwo musiało być popełnione z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej albo

¹⁹⁴ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 160.

¹⁹⁵ Wyrok SN z dnia 12 listopada 1990 r., V KRN 258/90, OSNKW 1991, nr 4–6, poz. 23.

¹⁹⁶ Wyrok SN z dnia 16 października 1990 r., V KRN 292/90, Legalis nr 27097.

¹⁹⁷ Wyrok SN z dnia 4 listopada 1992 r., III KRN 164/92, OSNKW 1993, nr 3–4, poz. 18; zob. także wyroki SN z dnia 23 grudnia 1981 r., V KRN 248/81, OSNKW 1982, nr 3, poz. 11 oraz z dnia 27 czerwca 1972 r., V KRN 221/72, OSNKW 1972, nr 12, poz. 190.

mieć charakter chuligański i być podobne chociażby do jednego z poprzednio popełnionych przestępstw. W literaturze wskazywano jednak, że wbrew językowej wykładni podobieństwo musiało zachodzić nie do jakiegokolwiek poprzednio popełnionego przestępstwa, lecz do tego, za które nastąpiło skazanie w warunkach art. 60 § 1 k.k. z 1969 r., które stanowiło przesłankę przyjęcia multirecydywy. Przykładowo zatem mogły to być wszystkie cztery podobne do siebie przestępstwa z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej lub tylko trzy z nich, tj. ostatnie i poprzednie dwa lub drugie i pierwsze (pod warunkiem zachowania terminu 5 lat)¹⁹⁸.

2.3. Następstwa prawne recydywy specjalnej podstawowej i wielokrotnej

Zaostrzenie kary w przypadku recydywy prostej (art. 60 § 1 k.k. z 1969 r.) polegało na obligatoryjnym wymierzeniu kary pozbawienia wolności¹⁹⁹ oraz podwyższeniu granic tej kary – przez podwojenie minimum i podwyższenie o połowę maksimum. W przypadku recydywy wielokrotnej (art. 60 § 2 k.k. z 1969 r.) zaostrzenie miało charakter surowszy, gdyż polegało na wymierzeniu kary pozbawienia wolności w granicach od potrójnej wysokości dolnego zagrożenia, nie mniej jednak od 2 lat, do najwyższego ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia nie była wyższa niż 3 lata – do 5 lat pozbawienia wolności. Przewidziane w art. 60 § 1 lub 2 k.k. z 1969 r. podwyższenie dolnego ustawowego zagrożenia nie dotyczyło wypadków, gdy przestępstwo było zbrodnią; w wypadkach tych sąd uwzględniać miał popełnienie przestępstwa w warunkach określonych w § 1 lub § 2 jako okoliczność wpływającą na zaostrzenie kary (zob. art. 60 § 3 k.k. z 1969 r.). Kara orzeczona w myśl § 1, 2 lub 3 nie mogła przekraczać 15 lat pozbawienia wolności (art. 60 § 4 k.k. z 1969 r.).

¹⁹⁸ Tak K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 381–382.

¹⁹⁹ Odmienny pogląd prezentował J. Bafia, który przyjmował, że w sformułowaniu „sąd wymierza karę pozbawienia wolności”, zawarta jest dyrektywa orzekania kary pozbawienia wolności tylko wówczas, gdy jest ona wyłączną karą przewidzianą za dane przestępstwo; a zatem przewidziane w art. 60 § 1 k.k. zaostrzenie dotyczy wymiaru kary pozbawienia wolności, ale nie ogranicza sądu w wyborze rodzaju kary; J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 226; J. Bafia, *Powrót do przestępstwa w ujęciu projektu k.k. z 1968 r.*, „Problemy Kryminalistyki” 1968, nr 76, s. 625. W orzecznictwie Sądu Najwyższego pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. ugruntował się pogląd, zgodnie z którym art. 60 k.k. nakazuje wymierzenie kary pozbawienia wolności z wyłączeniem kar innego rodzaju – por. np. uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 15 lipca 1971 r., VI KZP 42/70, OSNKW 1971, nr 11, poz. 163; wyrok SN z dnia 7 lipca 1970 r., V KRN 211/70, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 1970, nr 7–8, poz. 107.

Poza nadzwyczajnym obostrzeniem kary ustawodawca wyłączył możliwość zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary w stosunku do osób określonych w art. 60 § 1 i 2 k.k. z 1969 r. (zob. art. 73 § 3 k.k. z 1969 r.).

Wprowadzono także względny zakaz stosowania wobec recydywistów przedterminowego warunkowego zwolnienia. Stosownie do art. 91 § 2 k.k. z 1969 r., jeżeli skazany powracał wielokrotnie do przestępstwa w warunkach określonych w art. 60 § 2 lub 3 k.k. z 1969 r., warunkowego zwolnienia nie stosowało się, chyba że szczególne okoliczności za tym przemawiały, jednakże w wypadku takim warunkowe zwolnienie mogło nastąpić po odbyciu przez skazanego co najmniej trzech czwartych kary.

Zakaz warunkowego umorzenia w stosunku do recydywistów nie został wyrażony wprost, niemniej wynikał z przesłanek instytucji warunkowego umorzenia („sprawca niekarany”).

W stosunku do sprawcy występkę umyślnego, który był już uprzednio skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności, wyłączono możliwość zastosowania instytucji zamiany rodzaju kary na łagodniejszy (zob. art. 54 k.k. z 1969 r.), jak również poprzestania na orzeczeniu kary dodatkowej wymienionej w art. 38 pkt 2–4 i 6 k.k. (art. 55 k.k. z 1969 r.).

Regulacja prawna recydywy specjalnej była nazbyt represyjna i nastawiona na automatyczne orzekanie zaostrej bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Pozytywną rolę w zakresie indywidualizacji wymiaru kary wobec recydywistów odgrywał art. 61 k.k. z 1969 r., jednakże zasięg jego zastosowania w praktyce sądowej był bardzo wąski²⁰⁰. Artykuł 61 k.k. z 1969 r. pełnił funkcję swego rodzaju „bezpiecznika” czy „wentyla bezpieczeństwa”, ale jego stosowanie ograniczone było do wypadków szczególnych²⁰¹. Stosownie do jego postanowień, w szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara wymierzona na podstawie

²⁰⁰ Więcej na ten temat zob. A. Staczyńska, *Odstąpienie od stosowania wzmożonej represji wobec recydywistów*, „Nowe Prawo” 1980, nr 7–8, s. 136–137; J. Szumski, *Zmiany w zasadach odpowiedzialności recydywistów*, [w:] T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, Lublin 1995, s. 29.

²⁰¹ K. Buchała podaje, że art. 61 k.k. z 1969 r. stosowano w praktyce w wyjątkowych wypadkach, tj. około 5% odnośnie do recydywy zwykłej i około 9% w przypadku multirecydywy. Zob. K. Buchała, *Zasady...*, s. 37.

art. 60 § 1 lub 2 k.k. z 1969 r. byłaby niewspółmiernie surowa ze względu na pobudki działania sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste oraz sposób jego życia przed popełnieniem i zachowanie się po popełnieniu przestępstwa, sąd mógł odstąpić od stosowania przy wymiarze kary zasad określonych w art. 60 § 1 lub 2 k.k. z 1969 r.; w wypadkach tych sąd uwzględniał popełnienie przestępstwa w warunkach określonych w art. 60 § 1 lub 2 k.k. z 1969 r. jako okoliczność wpływającą na zaostrzenie kary.

Jedną z konsekwencji zastosowania art. 61 k.k. z 1969 r. była możliwość wymierzenia sprawcy powrotnemu kary ograniczenia wolności lub grzywny, gdy kary te przewidziane były w zastosowanym przepisie części szczególnej²⁰².

Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze jednolicie przyjmowano, że wobec recydywistów, którzy skorzystali z dobrodziejstwa art. 61 k.k. z 1969 r., nie ma zastosowania nadzór ochronny²⁰³. Więcej wątpliwości wywoływała kwestia, czy w tych przypadkach aktualizuje się zakaz stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary. W orzecnictwie Sądu Najwyższego dominował pogląd, że zastosowanie art. 61 k.k. z 1969 r. nie uchyla jednak zakazu z art. 73 § 3 k.k. z 1969 r., przewidującego wyłączenie wobec sprawców powrotnych możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary²⁰⁴.

Kontrowersje wywoływały także takie kwestie jak dopuszczalność stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec recydywistów w rozumieniu art. 60 k.k. z 1969 r.²⁰⁵, czy możliwość traktowania czynu popełnionego w warunkach powrotu do przestępstwa jako wypadku mniejszej wagi²⁰⁶.

²⁰² Tak w wyroku SN z dnia 7 lipca 1970 r., V KRN 211/70; zob. także uchwała SN z dnia 30 marca 1971 r., VI KZP 78/70, „Nowe Prawo” 1971, nr 6, s. 985 i n.; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 15 lipca 1971 r., VI KZP 42/70.

²⁰³ Zob. K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary w polskim kodeksie karnym*, Warszawa 1976, s. 186–187 oraz powołane tam orzecznictwo Sądu Najwyższego w tej kwestii.

²⁰⁴ Por. uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 9 czerwca 1971 r., VI KZP 61/70, „Nowe Prawo” 1971, nr 10, s. 1557 i n. W doktrynie poglądy w tej kwestii były niejednolite. Część autorów opowiadała się za tym, że zastosowanie art. 61 k.k. z 1969 r. oznacza, iż sąd nie zaliczył skazanego do „osób określonych” w art. 60 § 1 i § 2 k.k. z 1969 r. i można wobec tego stosowania do takiego sprawcy warunkowego zawieszenia wykonania kary pozwala na indywidualizowanie tego wymiaru kary w szerszych ramach, tak H. Rajzman, *Glosa do uchwały SN w składzie 7 sędziów z 9 czerwca 1971 (VI KZP 61/70)*, „Nowe Prawo” 1971, nr 10, s. 1560.

²⁰⁵ Szerzej na ten temat zob. m.in. D. Pleńska, *Karanie recydywistów (W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego)*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 10, s. 108 i n.; W. Wolter, *Nadzwyczajne złagodzenie kary*

Kodeks karny z 1969 r. wprowadził także środki specjalne stosowane wobec recydywistów w postaci nadzoru ochronnego i ośrodka przystosowania społecznego. W literaturze przedmiotu sporo uwagi poświęcono kwestii charakteru prawnego nowych środków oraz ich miejsca w strukturze systemu środków reakcji karnej²⁰⁷.

W stosunku do sprawcy skazanego w warunkach określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. sąd mógł orzec nadzór ochronny (art. 62 § 1 k.k. z 1969 r.), a zatem w stosunku do tej grupy skazanych jego zastosowanie było fakultatywne. W przypadku recydywistów skazanych w warunkach art. 60 § 2 k.k. z 1969 r. obligatoryjne było orzeczenie jednego ze środków specjalnych, przy czym zasadą miało być orzekanie nadzoru ochronnego. Stosownie do postanowień art. 62 § 2 k.k. z 1969 r. w stosunku do sprawcy skazanego w warunkach określonych w art. 60 § 2 k.k. z 1969 r. sąd orzekał nadzór ochronny; jeżeli orzeczenie takiego nadzoru nie było wystarczające dla zapobieżenia powrotowi do przestępstwa, sąd orzekał umieszczenie skazanego w ośrodku przystosowania społecznego. W kontekście tej regulacji w orzecznictwie Sądu Najwyższego zasadnie podnoszono, że sądy powinny w pierwszej kolejności orzekać nadzór ochronny. W postępowaniu zaś wykonawczym powinno dokładać się maksymalnych starań, aby nadzór ochronny był prawidłowo wykonywany. Orzeczenie o umieszczeniu w ośrodku przystosowania społecznego może nastąpić tylko wtedy, gdy na podstawie dotychczas zebranego materiału dotyczącego zarówno osobowości sprawcy, jak i uprzednio popełnionych

przestępcom powrotnym, „Państwo i Prawo” 1970, nr 12, s. 985 i n.; I. Andrejew, *Sporne kwestie w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 7, s. 3–17; A. Kabat, *Wymiar kary w stosunku do przestępcy powrotnego*, „Problemy Praworządności” 1971, nr 10, s. 36–37; A. Zelga, *Glosa do uchwały SN z dnia 15 lipca 1971 r.*, VI KZP 42/70, „Nowe Prawo” 1972, nr 1, s. 143; K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne...*, s. 194 i n., oraz judykaty: wyrok SN z dnia 4 maja 1971 r., V KRN 128/71, „Nowe Prawo” 1972, nr 4, s. 599; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 28 lipca 1971 r., VI KZP 84/70, „Nowe Prawo” 1971, nr 11, s. 1722.

²⁰⁶ Szerzej na ten temat zob. m.in. uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 15 lipca 1971 r., VI KZP 42/70; wyrok SN z dnia 19 marca 1970 r., Rw 179/70, OSNKW 1970, nr 7–8, poz. 83; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 29 lipca 1970 r., VI KZP 32/70, OSNKW 1970, nr 10, poz. 117; D. Pleńska, *Karanie...*, s. 110–111 oraz powołana tam literatura.

²⁰⁷ W doktrynie pojawiły się rozmaite określenia nowej grupy środków stosowanych wobec recydywistów, w tym m.in.: środki ochronne (T. Leśko, *System środków karnych*, Warszawa 1974, s. 37), środki postpenalne o charakterze resocjalizacyjno-ochronnym (S. Walczak, *Środki postpenalne w systemie zapobiegania przestępczości powrotnej*, [w:] B. Hołyst (red.), *III Seminarium Kryminologii Porównawczej*, Warszawa 1978, s. 8–9); inne środki oddziaływania obejmujące środki o charakterze probacyjnym oraz środki stosowane wobec recydywistów (K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 45 i n.); szerzej na ten temat zob. I. Rzeplińska, B. Szamota, *Stosowanie środków specjalnych – nadzoru ochronnego i ośrodka przystosowania społecznego – wobec recydywistów skazanych w warunkach art. 60 k.k.*, „Archiwum Kryminologii” 1982, t. 8–9, s. 153, przypis 2 oraz powołana tam literatura.

przez niego przestępstw nadzór ochronny nie jest wystarczający do zapobieżenia powrotowi do przestępstwa, albo wtedy, gdy orzeczonego nadzór ochronny okazał się nieskuteczny. Ocena nieskuteczności nadzoru musi być poprzedzona wszechstronną analizą materiału zebranego w postępowaniu wykonawczym co do uchylania się przez nadzorowanego od wykonywania nałożonych na niego obowiązków albo też utrudniania lub udaremniania osiągnięcia celów nadzoru ochronnego²⁰⁸. Nadzór ochronny mógł być orzeczonego na okres od 3 do 5 lat (art. 63 § 1 k.k. z 1969 r.). Instytucja ta miała służyć zapobieżeniu ponownemu popełnieniu przestępstwa (por. art. 63 § 3 pkt 7 k.k. z 1969 r.). W tym celu w art. 63 § 2 i 3 k.k. z 1969 r. przewidziano szereg ograniczeń i obowiązków, które przestępca powrotny miał wykonywać po zwolnieniu z zakładu karnego. Wyróżniano dwie grupy obowiązków, tj. prewencyjno-wychowawcze, do których zaliczano: obowiązek łżenia na utrzymanie rodziny, wykonywania określonych prac na cele społeczne, obowiązek pracy zarobkowej, podjęcia nauki lub przygotowania się do zawodu, powstrzymania się od nadużywania alkoholu, poddania się leczeniu) i porządkowe (zabezpieczające kontrolę w trakcie dozoru), takie jak: zakaz zmiany miejsca stałego pobytu bez zgody sądu, obowiązek stawienia się na jego wezwanie²⁰⁹. W doktrynie podkreślano resocjalizacyjno-prewencyjny charakter nadzoru ochronnego²¹⁰. Wskazano także, że ten system rygorów nie może być jednak uważany za zespół kar dodatkowych, gdyż pozbawione są one elementów odpłaty, jak również nie spełniają faktycznie roli prewencji generalnej. Nakazy i zakazy obciążające skazanego podyktowane są głównie celami prewencji indywidualnej²¹¹.

²⁰⁸ Wytyczne Wymiaru Sprawiedliwości SN z dnia 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77.

²⁰⁹ Tak S. Paweła, *Istota i zadania nadzoru ochronnego*, „Nowe Prawo” 1970, nr 4, s. 447; D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 177.

²¹⁰ Tak D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 177; J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 230–232; J. Waszczyński, *Ewolucja środków penalnych w prawie karnym PRL*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1974, nr 1, s. 81–82; por. W. Świda, który nadzór ochronny zaliczył do środków zabezpieczających o charakterze resocjalizacyjnym (W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1982, s. 385). Wyrażono także pogląd, że zasadnicze zadanie nadzoru ochronnego, jakim było ułatwienie recydywistom wymienionym w art. 60 k.k. z 1969 r. readaptacji społecznej w warunkach kontrolowanej wolności po wykonaniu kary pozbawienia wolności, upodobiło tę instytucję do środków probacyjnych (T. Szymanowski, *Powrotność do przestępstwa po wykonaniu kary pozbawienia wolności*, Warszawa 1976, s. 37; podobnie S. Walczak, *Prawo penitencjarne. Zarys systemu*, Warszawa 1972, s. 303 i n.; por. S. Paweła, *Resocjalizacja recydywistów w systemie nadzoru ochronnego*, Warszawa 1977, s. 16 i n.).

²¹¹ L. Lernell, *Wykład...*, t. II, s. 184.

Z kolei do ośrodka przystosowania społecznego prowadziły niejako dwie drogi, a mianowicie poprzez orzeczenie tego środka w wyroku skazującym lub wskutek niepowodzenia nadzoru ochronnego, orzeczonego w wyroku lub pod koniec wykonywania kary pozbawienia wolności. Ta pierwsza droga dotyczyła wyłącznie wielokrotnych recydywistów, z kolei tą drugą do ośrodka mogli trafić także recydywiści zwykli²¹². Stosownie do art. 64 k.k. z 1969 r., jeżeli przestępca powrotny uchylał się od wykonywania obowiązków określonych w art. 63 § 2 i 3 k.k. z 1969 r. albo w inny sposób udaremniał lub utrudniał osiągnięcie celów nadzoru ochronnego, sąd orzekał umieszczenie go w ośrodku przystosowania społecznego.

W założeniu celem ośrodka przystosowania społecznego było dalsze oddziaływanie resocjalizacyjne w warunkach ograniczenia wolności; sprawdzanie stopnia przystosowania do zgodnego z porządkiem prawnym życia w społeczeństwie poprzez stopniowe zwiększanie uprawnień; ochrona społeczeństwa przed dalszym naruszaniem prawa przez recydywistów. Podstawową metodą oddziaływania resocjalizacyjnego w takich ośrodkach miała być praca społecznie użyteczna (art. 95 Kodeksu karnego wykonawczego z 1969 r.²¹³). Czasu pobytu w ośrodku przystosowania społecznego nie określano z góry, nie mógł on jednak przekraczać 5 lat. Po upływie 2 lat można było skazanego zwolnić, jeżeli istniały podstawy do przypuszczenia, że na wolności nie popełni on przestępstwa. W czasie pobytu sprawcy w ośrodku przystosowania społecznego zawieszeniu ulegał bieg 5-letniego okresu przedawnienia recydywy specjalnej (podstawowej, wielokrotnej) (zob. art. 65 k.k. z 1969 r.).

W literaturze trafnie przyjmowano, że jeśli ośrodek przystosowania społecznego był stosowany bezpośrednio po karze pozbawienia wolności (art. 62 § 2 *in fine* k.k. z 1969 r.), bieg przedawnienia recydywy rozpoczynał się dopiero z chwilą zwolnienia skazanego z ośrodka. Jeżeli natomiast został on zastosowany w czasie odbywanego nadzoru ochronnego, to okres przedawnienia recydywy zaczynał biec od chwili zwolnienia skazanego z zakładu karnego do chwili zastosowania ośrodka, a następnie po okresie zawieszenia biegu przedawnienia w czasie pobytu skazanego

²¹² Szerzej na temat podstaw prawnych stosowania środków specjalnych zob. przykładowo I. Rzeplińska, B. Szamota, *Stosowanie...*, s. 151–156.

²¹³ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 13, poz. 98 ze zm.).

w ośrodku przystosowania społecznego, przedawnienie bieгло dalej od chwili wyjścia skazanego z ośrodka²¹⁴.

Zasady wykonywania umieszczenia w ośrodku przystosowania społecznego upodabniały pobyt w tego typu ośrodku do odbywania kary pozbawienia wolności w łagodniejszym reżimie²¹⁵. Na tym tle pojawiły się rozbieżności co do charakteru prawnego tego środka, a mianowicie, czy jest to rodzaj środka zabezpieczającego czy swoisty środek opieki postpenitencjarnej. Zdaniem części autorów umieszczenie w ośrodku przystosowania społecznego to w istocie resocjalizacyjny środek zabezpieczający, nacechowany dużym stopniem dolegliwości²¹⁶, podczas gdy inni podkreślali, że nie jest ono ani środkiem zabezpieczającym ani przedłużeniem kary pozbawienia wolności. Jednocześnie zwolennicy drugiego z zaprezentowanych stanowisk kładli nacisk na jego funkcje uzupełniające w stosunku do nadzoru ochronnego, dążenie do stworzenia w ośrodku modelu normalnego środowiska społecznego oraz wskazywali, że wykonywanie umieszczenia w ośrodku powinno w większości swych elementów różnić się istotnie od wykonywania kary pozbawienia wolności²¹⁷. Argumenty adherentów drugiej koncepcji w pełni oddają istotę omawianego środka.

Umieszczenie skazanego w ośrodku przystosowania społecznego orzekane było przez sądy stosunkowo rzadko; przeciętnie w latach 70. XX wieku w stosunku do około 500 osób rocznie, a w latach 80. ubiegłego wieku w stosunku do około 800 skazanych, co stanowiło 3–5% skazanych w warunkach recydywy specjalnej²¹⁸. Ośrodek przystosowania społecznego stał się faktycznie środkiem stosowanym nie tylko wobec wielokrotnych recydywistów, lecz również dużej grupy sprawców

²¹⁴ W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 282.

²¹⁵ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 179; podobnie T. Szymanowski, *Powrotność...*, s. 39; L. Lernell, *Wykład...*, t. II, s. 184.

²¹⁶ Zob. D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 180–181; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1973, s. 296; L. Lernell, *Wykład...*, t. II, s. 185; W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1970, s. 374 i n.; T. Szymanowski, *Powrotność...*, s. 41; S. Pławski, *Recydywa w projekcie kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1969, nr 1; S. Batawia, *Sankcje...*, s. 259–266; W. Szkotnicki, *Z problematyki zwalczania recydywy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1995, t. XXXII, s. 128; W. Szkotnicki, *Ośrodek przystosowania społecznego w teorii i praktyce*, Wrocław 1988, s. 119–132.

²¹⁷ J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks...*, s. 232; S. Paweła, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 298 i n.; S. Walczak, *Prawo...*, s. 432 i n.

²¹⁸ Tak K. Buchała, *Powrotność do przestępstwa a wymiar kary*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1, s. 13.

skazanych w ramach recydywy specjalnej podstawowej. Pomimo że w wyroku skazującym recydywistę, o jakim mowa w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r., możliwe było jedynie orzeczenie nadzoru ochronnego, to wskutek niepowodzenia nadzoru do ośrodka przystosowania społecznego trafiało około 20% skazanych w warunkach recydywy specjalnej podstawowej²¹⁹. Środek ten obejmował w znacznej mierze osoby z anomaliami psychicznymi, niepełnosprawnych fizycznie, alkoholików i inne osoby wymagające leczenia²²⁰. W literaturze przeważała krytyczna ocena ośrodków przystosowania społecznego²²¹. Odnosić jednak należy, że niektórzy autorzy w oparciu o przeprowadzone badania potwierdzali możliwość skutecznego oddziaływania poprawczego na skazanych recydywistów²²².

2.4. Nowela z 1995 r.

Wyniki badań na populacjach osób karanych potwierdziły tezę, że wydłużanie kar pozbawienia wolności nie zmniejsza prawdopodobieństwa powrotu do przestępstwa, a wręcz przeciwnie, prowadzi do odwrotnego w stosunku do zamierzeń skutku, tzn. do skracania się pobytów na wolności²²³. Niejednokrotnie więc podnoszono w literaturze, że ujęcie prawne recydywy od 1969 r. było kształtowane przeciwstawnie do wyników badań kryminologicznych, dominującego nurtu krytyki naukowej, a nawet do zwykłego zdrowego rozsądku²²⁴.

Ocena skuteczności surowego prawnokarnego sposobu postępowania z recydywistami w okresie pierwszych 14 lat obowiązywania Kodeksu wypadła

²¹⁹ Z. Ostriańska, B. Szamota, *Problematyka kryminologiczna recydywy*, [w:] J. Skupiński (red.), *Problem recydywy i drobnej przestępczości w prawie Polski i RFN*, Wrocław 1984, s. 46.

²²⁰ K. Buchała, [w:] K. Buchała (red.), Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz...*, s. 391.

²²¹ Zob. J. Śliwowski, A. Baziak, *Przeciwko ośrodkom przystosowania społecznego*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 6, s. 82 i n.; I. Rzeplińska, B. Szamota, *Stosowanie...*, s. 151 i n.; J. Waszczyński, *O założeniach na których oparta jest odpowiedzialność recydywistów specjalnych*, [w:] S. Lelental (red.), *Prawnokarne i penitencjarne środki zwalczania recydywy specjalnej*, Łódź 1988, s. 14 i n.

²²² Zob. W. Szkotnicki, *Ośrodek...*, s. 318 i n.; S. Lelental, *Ocena skuteczności umieszczenia w ośrodku przystosowania społecznego*, [w:] S. Lelental (red.), *Prawnokarne i penitencjarne środki zwalczania recydywy specjalnej*, Łódź 1988, s. 151 i n.

²²³ A. Siemaszko, *Przestępczość wielokrotnych recydywistów i stosowana wobec nich polityka karna*, „Archiwum Kryminologii” 1983, t. X, s. 42; por. W. Szkotnicki, *Uwagi na temat kary pozbawienia wolności i dozoru przystosowawczego dla recydywistów na tle projektów zmian kodeksu karnego*, „Palestra” 1993, nr 11, s. 29.

²²⁴ B. Janiszewski, *Ujęcie recydywy specjalnej w przyszłym kodeksie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, z. 1, s. 14.

fatalnie. W latach 1970–1984 nie udało zahamować wzrostu recydywy, a wręcz przeciwnie – odnotowano systematyczny wzrost liczby recydywistów w stosunku do ogółu skazanych, jak również udziału procentowego recydywistów wielokrotnych, karanych uprzednio trzy i więcej razy, w ogóle skazanych recydywistów²²⁵. Dane empiryczne jednoznacznie potwierdziły nieskuteczność strategii zwalczania przestępczości powrotnej za pomocą drakońsko zaostrzanych kar. Również przeprowadzone badania kryminologiczne wykazały, że orzekanie długoterminowych kar pozbawienia wolności nie jest wcale skuteczniejsze w zwalczaniu recydywy niż stosowanie kar krótkoterminowych lub kar nieizolacyjnych, jak grzywna lub kara ograniczenia wolności²²⁶.

Modyfikację prawnokarnego modelu zwalczania recydywy zapoczątkowano w 1990 r., ustawą z dnia 23 lutego 1990 r. o zmianie Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw²²⁷. Powołaną nowelą zlikwidowano postpenalne środki w postaci nadzoru ochronnego i ośrodka przystosowania społecznego.

Główną przebudowę przepisów dotyczących powrotności do przestępstwa dokonano ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym. Zmiany objęły zarówno recydywę ogólną (art. 52 k.k. z 1969 r.), jak i recydywę specjalną. Powołaną nowelą zmodyfikowano recydywę specjalną zwykłą (art. 60 § 1 k.k. z 1969 r.) w zakresie jej skutków, jak również recydywę specjalną wielokrotną (art. 60 § 2 k.k. z 1969 r.) w zakresie jej warunków konstytutywnych oraz następstw prawnych²²⁸.

W przypadku recydywy ogólnej w drodze powołanej noweli wyeliminowano ograniczenie dotyczące wyboru rodzaju kary łagodniejszego rodzaju, uznając,

²²⁵ W. Świda podaje, że odsetek recydywistów wśród ogółu skazanych wynosił w 1970 r. 29,2%, a w 1984 r. osiągnął już wysokość 39,6%. Natomiast w 1970 r. udział recydywistów wielokrotnych wynosił w stosunku do ogółu skazanych recydywistów 25,3%, a w 1984 r. wzrósł do 38,9% – W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 281–283.

²²⁶ Por. Z. Ostrojańska, *Wielokrotni recydywiści w świetle badań kryminologicznych i psychologicznych*, „Archiwum Kryminologii” 1976, t. VIII; S. Szelhaus, *Kwestia skuteczności długoterminowych kar pozbawienia wolności*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 11; T. Szymanowski, *Powrotność...*

²²⁷ Dz.U. Nr 14, poz. 84.

²²⁸ Szerzej na ten temat R.A. Stefański, *Nowe ujęcie recydywy w znowelizowanym kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 4, s. 15 i n.

że uprzednie skazanie sprawcy za przestępstwo umyślne albo za podobne przestępstwo nieumyślne sąd będzie uwzględniał jako okoliczność wpływającą na zaostrenie kary. Artykuł 52 k.k. z 1969 r. otrzymał następujące brzmienie: „Uprzednie skazanie sprawcy za przestępstwo umyślne albo za podobne przestępstwo nieumyślne sąd uwzględnia jako okoliczność wpływającą na zaostrenie kary”.

Recydywa specjalna podstawowa zachodziła wtedy, gdy sprawca skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności popełniał w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany. W takiej sytuacji sąd mógł wymierzyć karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 60 § 1 k.k. z 1969 r.). Zrezygnowano z zakazu stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary (art. 73 § 3 k.k. z 1969 r.).

Recydywa specjalna wielokrotna zachodziła wtedy, gdy sprawca uprzednio skazany w warunkach określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r., który odbył łącznie co najmniej rok kary pozbawienia wolności, w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary popełnił ponownie umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, przestępstwo zgwałcenia, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia. W takim przypadku sąd wymierzał karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 60 § 2 k.k. z 1969 r.). Ponadto w art. 60 § 3 k.k. z 1969 r. przewidziano, że kara orzeczona w myśl § 1 lub 2 nie może przekroczyć ustawowej granicy danego rodzaju kary. Istotną zmianą było także dopuszczenie na zasadzie wyjątku („wypadek uzasadniony szczególnymi okolicznościami”) możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary w stosunku do multirecydywistów (art. 73 § 3 k.k. z 1969 r.). Nowela z 1995 r. wyeliminowała także względny zakaz stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. W art. 91 § 3 k.k. z 1969 r. przewidziano, że skazanego, który powracał do przestępstwa w warunkach określonych w art. 60 § 2 k.k. z 1969 r., można było warunkowo zwolnić po odbyciu co najmniej trzech czwartych kary.

2.5. Główne kierunki badań nad zjawiskiem recydywy

W okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. zagadnienie recydywy było przedmiotem nie tylko analiz prawnokarnych. Jako zagadnienie o charakterze interdyscyplinarnym cieszyło się ono dużym zainteresowaniem także przedstawicieli innych dziedzin, w tym zwłaszcza kryminologów, socjologów, penitencjarystów, psychologów czy statystyków. W ramach badań poruszano m.in. takie kwestie jak:

- recydywa jako kryterium efektywności kary pozbawienia wolności²²⁹;
- recydywa w aspekcie statystycznym²³⁰;
- recydywa w aspekcie psychologicznym²³¹;
- recydywa w aspekcie socjologicznym²³²;
- recydywa a alkoholizm²³³;
- czynniki determinujące zjawisko powrotności do przestępstwa²³⁴;
- kryminalistyczne aspekty zwalczania recydywy²³⁵;

²²⁹ T. Szymanowski, *Powrotność...*; T. Szymanowski, *Powrót do przestępstwa skazanych, którzy uzyskali zawód w czasie odbywania kary pozbawienia wolności*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1976, z. 4, s. 52–74; T. Szymanowski, *Efektywność kary pozbawienia wolności mierzona powrotnością do przestępstwa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1979, z. 89, s. 89–103.

²³⁰ J. Waszczyński, *Ocena ilościowa zjawiska wielokrotnej recydywy w Polsce*, Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne 1976, nr 5, s. 177–190; A. Gaberle, *Dynamika i struktura powrotności do przestępstwa w Polsce w latach 1970–1975*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1979, nr 89, s. 41–55.

²³¹ Z. Ostriańska, *Wielokrotni...*, s. 7–139; M. Kolejwa, *Osobopoznawcze badania recydywistów*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1979, nr 24, s. 174–191; R. Dolmierski, *Spostrzeżenia kliniczne nad psychopatologicznymi czynnikami w genezie przestępstw recydywistów*, „Psychiatria Polska” 1970, nr 4, s. 385–394.

²³² J. Olejniczak, *Niektóre socjologiczno-prawne aspekty powrotności do przestępstwa wśród żołnierzy służby zasadniczej*, „Badanie Społeczne w Wojsku” 1972, nr 2, s. 95–108.

²³³ S. Batawia, S. Szelhaus, *Recydywiści alkoholicy w wieku 35–41 lat o późnym początku przestępczości*, „Archiwum Kryminologii” 1972, nr 5, s. 213–268; A. Gubiński, *Recydywa a alkohol*, „Problemy Alkoholizmu” 1973, nr 11, s. 7–10, A. Gubiński, *Recydywa a alkohol*, „Problemy Alkoholizmu” 1974, nr 12, s. 6–9.

²³⁴ M. Rudnik, *Uwarunkowania wielokrotnej powrotności do przestępstwa*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1979, nr 9, s. 173–191; L. Sługocki, *Zatrudnienie przed skazaniem a powrotność do przestępstwa*, „Studia Kryminologiczne” 1975, nr 3, s. 333–348; M. Rudnik, *Powrotność do przestępstwa – badania nad czynnikami determinującymi zjawisko*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1979, z. 89, s. 73–87.

- środki postpenalne zapobiegania przestępczości powrotnej²³⁶;
- recydywa w świetle badań praktyki²³⁷;
- recydywa wśród żołnierzy²³⁸;
- recydywa młodocianych²³⁹;
- recydywa wśród skazanych, którzy odbyli kary długoterminowe²⁴⁰;
- polityka karna wobec recydywistów²⁴¹.

²³⁵ T. Hanausek, J. Widacki, *Niektóre kryminalistyczne aspekty zwalczania recydywy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1979, z. 89, s. 105–116.

²³⁶ S. Paweła, *Społeczne i kryminalne racje stosowania nadzoru ochronnego*, „Nowe Prawo” 1975, nr 2, s. 184–192; S. Milewski, *Potrzebne i skuteczne nadzory ochronne*, „Gazeta Sądowa” 1975, nr 2, s. 1–4; I. Brulikowska, *Negatywna prognoza społeczna skazanego jako podstawa orzekania nadzoru ochronnego przez sąd penitencjarny*, „Studa Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1975, nr 3, s. 315–332; S. Fidecki, *Nadzór ochronny i ośrodek przystosowania społecznego w praktyce*, „Nowe Prawo” 1975, nr 12, s. 1538–1548; S. Walczak, *Środki postpenalne w systemie zapobiegania przestępczości powrotnej*, „Nowe Prawo” 1976, nr 12, s. 1625–1638; J. Śliwowski, P. Wierzbicki, *Nadzór ochronny (badania wstępne)*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1977, z. 6, s. 114–147; A. Bałandynowicz, *Nadzór ochronny i ośrodki przystosowania społecznego czy środki zabezpieczające?*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1979, z. 9, s. 315–337; S. Szelhaus, *Recydywiści, wobec których orzeczono umieszczenie w ośrodku przystosowania społecznego (wstępne wyniki badań)*, „Państwo i Prawo” 1977, nr 11, s. 36–43; J. Śpiewak, Z. Śpiewak, *Orzeczenie o umieszczeniu w ośrodku przystosowania społecznego jako następstwo nieskutecznego nadzoru ochronnego*, „Nowe Prawo” 1979, nr 7–8, s. 95–104; J. Majer, *Zmodyfikować, ale jak? Dyskusja nad kształtem o.p.s.*, „Gazeta Prawnicza” 1977, nr 16, s. 5; S. Paweła, *Resocjalizacja...*

²³⁷ Z. Młynarczyk, *Recydywa w świetle badań praktyki*, „Nowe Prawo” 1971, nr 9, s. 1284–1299; Z. Jadziak, E. Kisielewski, *Przestępcy powrotni i uprzednio karani (z doświadczeń praktyki prokuratorskiej i sądowej w woj. opolskim)*, „Problemy Praworządności” 1971, nr 10, s. 38–49.

²³⁸ J. Olejniczak, *Niektóre...*, s. 95–108.

²³⁹ T. Szymanowski, *Badania nad recydywą młodocianych*, „Gazeta Sądowa” 1974, nr 12, s. 5 i n.

²⁴⁰ E. Janiszewska-Talago, *Powrotność skazanych po odbyciu długoterminowych kar pozbawienia wolności*, „Przegląd Penitencjarny” 1971, nr 2, s. 59–67.

²⁴¹ J. Malec, *Polityka karna wobec recydywistów. Analiza kar wymierzonych za zagarnięcie mienia i za uchylanie się od alimentacji*, Warszawa 1970.

Rozdział II

Recydywa w Kodeksie karnym z 1997 r.

1. Recydywa ogólna

Kodeks karny z 1997 r.²⁴² nie przewiduje odpowiednika art. 52 k.k. z 1969 r. dotyczącego recydywy ogólnej, jednakże w wielu wypadkach uprzednia karalność sprawcy pociąga za sobą ujemne konsekwencje. Najczęściej recydywę ogólną objaśnia się jako powrotność do przestępstwa, z którą przepisy karne wiążą określone konsekwencje w zakresie wymiaru kary, polegające na wyłączeniu stosowania wobec sprawcy niektórych instytucji regresji karania. Inaczej niż przy recydywie specjalnej, popełnienie przestępstwa w warunkach recydywy ogólnej nie jest powiązane z modyfikacją ustawowego zagrożenia karą. W zasadzie dla recydywy ogólnej nie ma znaczenia, jaki czas upłynął od poprzedniego skazania za przestępstwo, byleby tylko nie nastąpiło jego zatarcie, gdyż powoduje ono uznanie skazania za niebyłe²⁴³.

Systematyka recydywy jest w istocie sprawą konwencji. W literaturze przyjmuje się, że recydywa ogólna obejmuje wypadki popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa przez: osobę uprzednio karaną za przestępstwa umyślne (konsekwencją jest wówczas wyłączenie dopuszczalności stosowania instytucji warunkowego umorzenia postępowania – art. 66 § 1 k.k.) oraz osobę uprzednio skazaną na karę pozbawienia wolności (konsekwencją jest wyłączenie dopuszczalności stosowania instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary – art. 69 § 1 i art. 89 § 1 k.k.)²⁴⁴.

W zależności od przyjmowanej konwencji do kategorii recydywy ogólnej lub recydywy umiejscawianej na granicy między recydywą ogólną a specjalną zalicza się następujące przypadki:

²⁴² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.) – dalej: „k.k.”

²⁴³ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 171–172.

²⁴⁴ J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 228.

- wskazane w art. 42 § 4 k.k. obligatoryjne orzeczenie zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów dożywotnio w razie ponownego skazania osoby prowadzącej pojazd mechaniczny w warunkach określonych w art. 42 § 3 k.k.;
- wskazany w art. 148 § 3 k.k. przypadek popełnienia zabójstwa przez osobę wcześniej już prawomocnie skazaną za zabójstwo;
- popełnienie przestępstwa określonego w art. 178a § 1 k.k. przez osobę wcześniej prawomocnie skazaną za takie przestępstwo albo za przestępstwo określone w art. 173, 174, 177 lub art. 355 § 2 k.k. popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego z konsekwencją w postaci odpowiedzialności w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za typ kwalifikowany przestępstwa prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (art. 178a § 4 k.k.);
- obligatoryjne orzeczenie dożywotnio zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo rodzajów działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na zawsze w razie ponownego skazania sprawcy w warunkach, o których mowa w art. 41 § 1a k.k. (art. 41 § 1b k.k.);
- dożywotni zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu dożywotnio w razie ponownego skazania sprawcy w warunkach określonych w art. 41a § 2 k.k. (art. 41a § 3 k.k.)²⁴⁵.

Niezależnie od powyższego katalogu powrotność do jakiegokolwiek przestępstwa stanowi okoliczność, którą sąd powinien zawsze uwzględnić przy wymiarze kary, oceniając w szczególności sposób życia sprawcy przed popełnieniem przestępstwa i biorąc pod uwagę cele z zakresu prewencji indywidualnej²⁴⁶ (por. art. 53 § 2 k.k.).

²⁴⁵ Por. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 527; J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 228–229; G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2012, komentarz do art. 64 k.k., tezy 1–2.

²⁴⁶ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 528.

2. Recydywa specjalna podstawowa

Recydywa specjalna (szczególna) występuje w dwóch postaciach: recydywy specjalnej podstawowej (zwykłej, prostej), której przesłanki określa art. 64 § 1 k.k., oraz recydywy specjalnej wielokrotnej (multirecydywa), którą reguluje art. 64 § 2 k.k.

Artykuł 64 § 1 k.k.²⁴⁷ określa następujące przesłanki recydywy specjalnej podstawowej (zwykłej):

- 1) uprzednie skazanie za przestępstwo umyślne,
- 2) skazanie na karę pozbawienia wolności,
- 3) odbycie co najmniej 6 miesięcy orzeczonej kary pozbawienia wolności,
- 4) popełnienie kolejnego przestępstwa w ciągu 5 lat od odbycia kary pozbawienia wolności,
- 5) ponownie popełnione przestępstwo ma również charakter umyślny,
- 6) ponownie popełnione przestępstwo jest podobne do przestępstwa wcześniej popełnionego, za które sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności.

Wskazane przesłanki mają charakter równoważny i muszą być spełnione łącznie²⁴⁸.

2.1. Umyślny charakter przestępstwa

Warunkiem stwierdzenia, że sprawca powraca do przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej podstawowej, jest ustalenie, iż oba przestępstwa – uprzednie, za które sprawca był skazany na karę pozbawienia wolności, oraz nowe są przestępstwami umyślnymi. W grę wchodzi każde przestępstwo umyślne – zarówno występki, jak i zbrodnie – popełnione z zamiarem bezpośrednim (*dolus directus*) lub

²⁴⁷ 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 może wymierzyć karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

²⁴⁸ Zob. wyrok SN z dnia 8 marca 2013 r., III KK 317/12, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2013, nr 6, poz. 5, s. 6; wyrok SN z dnia 7 stycznia 2003 r., III KK 395/02, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2003, poz. 5, s. 8.

z zamiarem ewentualnym (*dolus eventualis*)²⁴⁹. Trafnie podnosi się w judykaturze, że „przypisanie oskarżonemu popełnienia przestępstwa nieumyślnego wyklucza możliwość stosowania wobec niego art. 64 § 1 k.k. i stanowi rażące naruszenie powołanego przepisu”²⁵⁰.

Wątpliwości wywołuje kwestia, czy termin „przestępstwo umyślne” obejmuje także tzw. przestępstwa umyślno-nieumyślne (chodzi o niektóre przestępstwa kwalifikowane przez następstwo – art. 9 § 3 k.k., a także niektóre przestępstwa kumulatywnie kwalifikowane – art. 11 § 2 i 3 k.k.). W doktrynie nie wyklucza się możliwości przyjęcia recydywy specjalnej w takich przypadkach, z tym zastrzeżeniem że w przypadku przestępstw umyślno-nieumyślnych o podobieństwie powinno decydować to, co było objęte umyślnością sprawcy (w przypadku przestępstw kwalifikowanych przez następstwo to, co było objęte znamionami typu podstawowego)²⁵¹. O podobieństwie nie mogą natomiast decydować elementy nieumyślne pierwszego lub drugiego z przestępstw. Wątpliwości wywołuje także ocena sytuacji, gdy przestępstwo umyślno-nieumyślne jest przestępstwem uprzednim, a skazanie na nie opiewało na karę pozbawienia wolności w wymiarze równym lub niewiele przekraczającym 6 miesięcy. Można bowiem zakładać, że co najmniej w części ze wskazanych przypadków o spełnieniu wymogu orzeczenia kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności przesądził element przestępstwa objęty nieumyślnością²⁵². Przeciwno temu stanowisku zasadnie jednak podnosi się, że trudno je pogodzić z wykładnią językową art. 64 k.k., która nie pozwala na takie ograniczenie zakresu jego stosowania²⁵³.

²⁴⁹ W. Zalewski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 432; G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 7.

²⁵⁰ Wyrok SN z 4 września 2008 r., II KK 120/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1752; zob. także wyrok SN z dnia 13 lutego 2006 r., V KK 36/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 326.

²⁵¹ Tak J. Majewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, cz. 1, Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012, s. 886–887; aprobując także G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 7; A. Sakowicz [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 291; J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek, *System...*, s. 493–494.

²⁵² Tak J. Majewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 1, s. 887; aprobując także G. Łabuda, który podnosi, że za propozycją J. Majewskiego przemawia swoistość przestępstw umyślno-nieumyślnych oraz funkcje recydywy – G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 7.

²⁵³ Tak A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 291–292.

2.2. Wyrok skazujący

Przepis art. 64 § 1 k.k. statuuje warunek uprzedniego skazania sprawcy za podobne przestępstwo umyślne. Podstawą recydywy specjalnej może być zatem tylko wyrok skazujący. Trafnie zauważa się, że przypisanie przestępstwa w wyroku warunkowo umarzającym postępowanie nie spełnia tej przesłanki²⁵⁴. Podstawy przyjęcia recydywy nie może stanowić skazanie, w ramach którego sąd odstąpił od wymierzenia kary²⁵⁵.

Wyrokiem skazującym może być również wyrok wydany przez sąd innego państwa Unii Europejskiej (art. 114a k.k.)²⁵⁶. Zasadnie podnosi się przy tym, że rozwiązanie to implikuje trudności praktyczne, związane przede wszystkim z pewnymi niedoskonałościami przepływu informacji dotyczącymi skazań wewnątrz Unii Europejskiej²⁵⁷.

2.3. Prawomocność skazania

W orzecznictwie Sądu Najwyższego konsekwentnie wskazuje się, że ponieważ w art. 64 § 1 k.k. jest mowa o „skazaniu” za poprzednie przestępstwo, dlatego dane przestępstwo może utworzyć układ odpowiadający warunkom recydywy specjalnej podstawowej tylko z takim późniejszym przestępstwem tego samego sprawcy, które zostało przez niego popełnione już po jego (tj. wcześniejszego przestępstwa) prawomocnym osądzeniu. Warunek uprzedniego skazania zawarty w art. 64 § 1 k.k. nie jest spełniony, jeżeli sprawca popełnił nowe umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, o które został tylko oskarżony, choćby później zapadł wobec niego wyrok skazujący²⁵⁸. O „odbывaniu” kary pozbawienia wolności orzeczonej

²⁵⁴ Zob. J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzonek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, komentarz do art. 64 k.k., teza 5.

²⁵⁵ Zob. J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzonek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 5.

²⁵⁶ Por. W. Zalewski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...*(2015), s. 435.

²⁵⁷ M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, s. 207.

²⁵⁸ Wyrok SN z dnia 4 sierpnia 2008 r., IV KK 202/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1558; zob. także wyroki SN z dnia 22 sierpnia 2002 r., V KK 182/02, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003, nr 8, poz. 11, s. 7; z dnia 14 lipca 2016 r., III KK 221/16, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 10, poz. 10; z dnia 1 sierpnia 2012 r., III KK 210/12, Legalis nr 537128.

za przestępstwo uprzednie może być mowa dopiero po uprawomocnieniu się wyroku skazującego²⁵⁹.

Za sprawcę skazanego w rozumieniu art. 64 k.k. uważa się osobę prawomocnie skazaną, co jasno wynika nie tylko z dyspozycji art. 5 § 1 Kodeksu postępowania karnego²⁶⁰, ale przede wszystkim z art. 42 ust. 3 Konstytucji RP²⁶¹. Stan uprzedniego skazania za podobne przestępstwo umyślne następuje z chwilą uprawomocnienia się wyroku skazującego, tj. z upływem 7 dni od daty wydania tego wyroku, z upływem terminu do złożenia apelacji po doręczeniu odpisu wyroku z uzasadnieniem lub z dniem wydania wyroku przez sąd odwoławczy, utrzymującego w mocy wyrok sądu I instancji²⁶². Do momentu uprawomocnienia się wyroku obejmującego takie skazanie, osobę, wobec której toczy się postępowanie karne, uważa się za oskarżonego, nie zaś skazanego²⁶³.

Konsekwentnie także Sąd Najwyższy podkreśla, że jeżeli w chwili orzekania poprzednie skazanie uległo zatarciu, nie może ono uzasadniać przyjęcia powrotności do przestępstwa w rozumieniu art. 64 § 1 k.k. nawet wtedy, gdy kolejne przestępstwo zostało popełnione przed upływem terminu przewidzianego do zatarcia poprzedniego skazania²⁶⁴. Dotyczy to zatarcia skazania zarówno na wniosek, jak i z urzędu²⁶⁵.

²⁵⁹ Wyrok SN z dnia 6 czerwca 2007 r., V KK 150/07, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 10, poz. 16.

²⁶⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1749 ze zm.) – dalej: „k.p.k.”.

²⁶¹ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483. Wyrok SN z dnia 25 marca 2009 r., III KK 36/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 759; zob. także wyroki SN z dnia 27 stycznia 2010 r., III KK 396/09, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 156; z dnia 8 marca 2013 r., III KK 317/12; z dnia 22 kwietnia 2015 r., III KK 419/14, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2015, nr 9, poz. 7.

²⁶² Wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2008 r., III KK 418/07, LEX nr 393929.

²⁶³ Wyrok SN z dnia 30 lipca 2007 r., II KK 168/07, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 10, poz. 21; zob. także wyroki SN z dnia 25 lipca 2006 r., II KK 86/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1479; z dnia 12 sierpnia 2008 r., II KK 176/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1613.

²⁶⁴ Wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2015 r., III KK 80/15, Legalis nr 1326226. Pogląd taki wyraził SN jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. – zob. uchwała SN z dnia 15 grudnia 1987 r., VI KZP 39/87; wyroki SN z dnia 27 kwietnia 1988 r., V KRN 72/88, OSNPG 1988, nr 11, poz. 111; z dnia 23 grudnia 1976 r., IV KRN 69/75, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1987, nr 2, poz. 31.

²⁶⁵ A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...* s. 292.

2.4. Skazanie na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 6 miesięcy

Wprawdzie w art. 64 § 1 k.k. *expressis verbis* mowa jest jedynie o tym, aby sprawca był uprzednio skazany na karę pozbawienia wolności, ale niewątpliwie, ze względu na warunek faktycznego odbycia co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności, nie chodzi tu o każde skazanie na karę pozbawienia wolności, lecz wyłącznie o skazanie na tę karę w wymiarze minimum 6 miesięcy. Wymóg ten nie dezaktualizuje się też w przypadku orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności, obejmującej także karę orzeczoną za popełnienie przestępstwa będącego podstawą przyjęcia recydywy specjalnej podstawowej²⁶⁶. Nie zachodzi zatem układ recydywy specjalnej podstawowej, jeżeli sprawca był skazany za uprzednie przestępstwo na karę pozbawienia wolności niższą niż 6 miesięcy, nawet gdyby ta kara została następnie połączona z inną karą w ramach instytucji kary łącznej i sprawca odbył z tej kary łącznej co najmniej 6 miesięcy²⁶⁷.

Podstawą recydywy może być również skazanie na karę aresztu wojskowego na okres co najmniej 6 miesięcy. Stosownie bowiem do art. 322 § 1 k.k. do kary aresztu wojskowego stosuje się przepisy o karze pozbawienia wolności²⁶⁸.

2.5. Odbycie co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności

W odniesieniu do warunku odbycia co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności w orzecznictwie sądowym i doktrynie prawa karnego zwraca się uwagę na następujące kwestie szczegółowe:

– karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania uważa się za mogącą stanowić podstawę do przyjęcia powrotu oskarżonego do przestępstwa dopiero wtedy, gdy nastąpiło prawomocne zarządzenie jej wykonania, a skazany

²⁶⁶ Tak trafnie w wyroku SN z dnia 30 stycznia 2014 r., II KK 348/13, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2014, nr 4, poz. 17; podobnie A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 292; J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 238.

²⁶⁷ Tak A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 292; J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 238; zob. także uchwałę SN z dnia 24 kwietnia 1985 r., VI KZP 5/85; wyrok SN z dnia 20 marca 2013 r., IV KK 51/13, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2013, nr 6, poz. 22; wyrok SN z dnia 9 maja 2011 r., V KK 130/11, Legalis nr 440173; wyrok SA w Lublinie z dnia 25 czerwca 2012 r., II Aka 126/12, Legalis nr 733793.

²⁶⁸ Zob. J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 6.

popęłnił podobne przestępstwo umyślne w ciągu 5 lat po tym zarządzeniu i po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary za umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany²⁶⁹;

– przez odbycie co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności należy rozumieć faktyczne odbycie orzeczonej prawomocnie kary w całości lub w części w wymiarze nie niższym niż 6 miesięcy. Jednocześnie w orzecznictwie sądowym wskazuje się, że przyczyny nieodbycia kary w całości nie mają w kwestii przyjęcia powrotu do przestępstwa żadnego prawnego znaczenia. Obojętne jest w szczególności, czy przyczyny te są natury prawnej, np. przerwa w odbywaniu kary, warunkowe zwolnienie, ułaskawienie, darowanie części kary na podstawie amnestii, czy też natury faktycznej, np. ucieczka z zakładu karnego, czy popełnienie nowego przestępstwa w trakcie odbywania kary²⁷⁰;

– podstawę do przyjęcia powrotu do przestępstwa stanowi także odbycie za granicą co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności, na którą sprawca został tam skazany za czyn stanowiący przestępstwo według przepisów polskiej ustawy karnej²⁷¹;

– warunek odbycia kary jest spełniony także wówczas, gdy sprawca odbywał karę pozbawienia wolności z przerwami. W orzecznictwie sądowym jeszcze pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. ugruntował się pogląd, że przepis art. 60 § 1 k.k. ma zastosowanie do skazanego, który w ciągu 5 lat po faktycznym odbyciu w okresie ciągłym lub w kilku okresach co najmniej 6 miesięcy kary, popełnił umyślne

²⁶⁹ Zob. wyroki SN z dnia 15 lutego 2005 r., III KK 348/04, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 362; z dnia 14 grudnia 2010 r., III KK 394/10, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2011, nr 4, poz. 22; podobnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 240; G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 10; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 292.

²⁷⁰ Zob. uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 17 września 1991 r., I KZP 17/91, OSNKW 1992, nr 1–2, poz. 1.

²⁷¹ Uchwała SN z dnia 24 kwietnia 1975 r., VI KZP 59/74 z glosą L. Gardockiego; podobnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 240; J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 6; W. Zalewski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...*(2015), s. 434.

przestępstwo podobne, nawet wtedy, gdy odbył tylko część kary i gdy jest ona niższa niż kara orzeczona w prawomocnym wyroku²⁷²;

– warunek odbycia kary 6 miesięcy pozbawienia wolności jest spełniony także wtedy, gdy kara tego rodzaju była wykonywana w całości lub w części w systemie dozoru elektronicznego²⁷³. W doktrynie podnosi się, że art. 64 § 1 k.k. wymaga, aby sprawca odbył karę pozbawienia wolności w wymiarze nie niższym niż 6 miesięcy, nie zaś, by odbył co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności w warunkach izolacji więziennej²⁷⁴;

– za karę „odbytą” nie uważa się kary darowanej na mocy amnestii lub aktu łaski, chyba że w razie darowania części kary warunek odbycia 6 miesięcy pozbawienia wolności zostanie spełniony, gdy sprawca rzeczywiście odbywał najmniej 6 miesięcy kary²⁷⁵;

– nie stanowi odbycia kary pozbawienia wolności pobyt w schronisku dla nieletnich albo w zakładzie poprawczym²⁷⁶;

²⁷² Zob. uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 17 września 1991 r., I KZP 17/91; uchwała SN z dnia 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77; uchwała SN z dnia 30 grudnia 1978 r., VII KZP 45/78; podobnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 240; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 292.

²⁷³ Zob. wyrok SN z dnia 23 maja 2014 r., III KK 16/14, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2015, nr 1, poz. 16; aprobująco wypowiadają się także P. Czarnecki, P. Hofmański, L.K. Paprzycki, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, komentarz do art. 64 k.k., teza 8; J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 241; odmiennie J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...* komentarz do art. 64 k.k., teza 7; R.A. Stefański, *Kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 4, s. 29 i n.; T. Bojarski, *Problemy regulacji prawnej powrotu do przestępstwa*, [w:] J. Majewski (red.), *Nadzwyczajny wymiar kary*, Toruń 2009, s. 97.

²⁷⁴ Tak J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 241.

²⁷⁵ Zob. uchwała SN z dnia 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77; postanowienie SN z dnia 30 maja 1989 r., V KZP 6/89, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1990, nr 8, poz. 307; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 17 września 1991 r., I KZP 17/91; wyrok SN z dnia 12 października 2005 r., III KK 134/05, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2006, nr 3, poz. 4; tak również A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 294; J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 244.

²⁷⁶ Uchwała SN z dnia 23 stycznia 1980 r., VI KZP 19/79; wyrok SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III KKN 442/01, Legalis nr 59241; wyrok SN z dnia 9 lutego 2006 r., III KK 326/05, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 318; podobnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 241; J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 7; P. Czarnecki, P. Hofmański, L.K. Paprzycki, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks...* komentarz do art. 64 k.k., teza 8; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 293; J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System...*, s. 495.

– nie stanowi odbycia kary pozbawienia wolności odbycie przez sprawcę zastępczej kary pozbawienia wolności²⁷⁷;

– nie stanowi odbycia kary pozbawienia wolności okres próby w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary bądź warunkowego przedterminowego zwolnienia; to samo dotyczy okresu przerwy albo odroczenia wykonania kary²⁷⁸.

Problematyczna jest kwestia, czy za odbycie kary należy uznać także okresy faktycznej izolacji sprawcy, które następnie zostały zaliczone na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności. W praktyce chodzi najczęściej o zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania. Prezentowane są dwa przeciwstawne stanowiska. Znakomita część przedstawicieli doktryny²⁷⁹ oraz judykatura²⁸⁰ przyjmuje, że do okresu 6 miesięcy pozbawienia sprawcy wolności wlicza się okres rzeczywistego pozbawienia wolności, który następnie został mu zaliczony na poczet kary pozbawienia wolności. Z chwilą uprawomocnienia się wyroku skazującego okres tymczasowego aresztowania zaliczony na poczet tej kary staje się częścią odbytej przez niego kary. Jednocześnie zastrzega się, że aresztowanie odbyte w innej sprawie, a następnie zaliczone na podstawie art. 417 k.p.k. na poczet kary wymierzonej w sprawie, która miałaby stanowić podstawę do ustalenia powrotu do przestępstwa, nie spełnia kryterium „odbycia kary” z art. 64 § 1 k.k. Zaliczenie spełniające kryteria z art. 64 § 1 k.k. może dotyczyć wyłącznie aresztowania

²⁷⁷ Tak w wyroku SN z dnia 24 stycznia 1976 r., IV KRN 97/75; podobnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 240; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 293.

²⁷⁸ Zob. J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System...*, s. 496; P. Czarnecki, P. Hofmański, L.K. Paprzycki, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 8.

²⁷⁹ K. Buchała, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2000, s. 468; M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, s. 209; Z. Sienkiewicz, [w:] M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, (art. 32–116), Gdańsk 2001, s. 155; J. Wojciechowska, [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 975; P. Czarnecki, P. Hofmański, L.K. Paprzycki, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 8; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, teza 14; J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 7.

²⁸⁰ Uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77, teza 3; postanowienie SN z dnia 30 maja 1980 r., VI KZP 13/80; uchwała SN z dnia 16 czerwca 1993 r., I KZP 13/93, OSNKW 1993, nr 7–8, poz. 42; wyroki SN z dnia 12 października 2005 r., III KK 134/05; z dnia 25 kwietnia 2006 r., III KK 409/05, OSNKW 2006, nr 7–8, poz. 72; z dnia 3 marca 2009 r., III KK 296/08, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 587; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 października 2014 r., II AKa 42/14, LEX nr 1621282.

odbytego w tej samej sprawie, która następnie jest badana jako sprawa stanowiąca podstawę do przyjęcia recydywy²⁸¹. Na aprobatę zasługuje jednak pogląd przeciwny, według którego okres pozbawienia wolności w ramach tymczasowego aresztowania, chociażby nawet został zaliczony na poczet kary pozbawienia wolności, nie stanowi odbycia tej kary w rozumieniu art. 64 § 1 k.k.²⁸² Jego adherenci trafnie argumentują, że odbycie kary pozbawienia wolności musi być poprzedzone prawomocnym orzeczeniem sądu. W świetle językowych dyrektyw wykładni niepodobna odbywać kary, której jeszcze nie nałożono. Trafnie zauważa się, że odmienne podejście prowadziłoby do rozszerzającej wykładni art. 64 § 1 k.k., ta zaś jako wykładnia zmierzająca do rezultatu na niekorzyść sprawcy jest niedopuszczalna²⁸³.

2.6. Przedawnienie recydywy

Przepis art. 64 § 1 k.k. wymaga, aby kolejne przestępstwo zostało popełnione w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za przestępstwo uprzednie. Z upływem tego okresu następuje tzw. przedawnienie recydywy specjalnej. Czas ten na gruncie przepisów Kodeksu karnego z 1932 r. doktryna wiązała z zacieraniem się w umyśle sprawcy faktu odbycia kary²⁸⁴. Z kolei współcześnie przyjęcie 5-letniego okresu przedawnienia uzasadnia się brakiem powiązania czynu popełnionego po tym czasie z dawniejszym zachowaniem przestępczym; można wówczas mówić raczej o przypadkowości powtórnie popełnionego przestępstwa²⁸⁵.

²⁸¹ Zob. wyrok SN z dnia 26 stycznia 2012 r., IV KK 312/11, Legalis nr 471301; uchwały SN z dnia 22 lutego 1990 r., V KZP 29/89, OSNKW 1990, nr 4–6, poz. 13; z dnia 16 czerwca 1993 r., I KZP 13/93, OSNKW 1993, nr 7–8, poz. 42.

²⁸² Zob. wyrok SN z dnia 2 czerwca 1989 r., IV KR 108/89, Legalis nr 26694; uchwała SN z dnia 22 lutego 1990 r., V KZP 29/89; wyrok SN z dnia 22 sierpnia 2002 r., V KK 182/02; T. Bojarski, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 176; J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...* t. 1, cz. 2, s. 243; G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 15.

²⁸³ Zob. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 243; G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 15.

²⁸⁴ S. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 471.

²⁸⁵ T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce...*, s. 32.

Okres, o którym mowa w art. 64 § 1 k.k., należy liczyć od zakończenia odbywania kary pozbawienia wolności²⁸⁶. W razie odbywania kary pozbawienia wolności z przerwami okres przedawnienia liczy się od chwili ostatniego zwolnienia skazanego z zakładu²⁸⁷.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że w wypadku orzeczenia wyrokiem łącznym kary łącznej pozbawienia wolności, 5-letni okres przewidywany w art. 64 § 1 k.k. biegnie od odbycia w całości lub w części co najmniej 6 miesięcy kary łącznej, przy czym kara za przestępstwo poprzednie, do którego odnosi się podobieństwo przestępstwa ponownego, musi być orzeczona w rozmiarze co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności²⁸⁸.

Problematyczne jest określenie 5-letniego terminu przedawnienia recydywy przy przestępstwach cechujących się czasową rozciągłością, co dotyczy np. czynu ciągłego lub przestępstw trwałych. W tej kwestii widoczna jest polaryzacja stanowisk. Z jednej strony prezentowany jest pogląd, że jeżeli sprawca rozpoczyna realizację znamion nowego przestępstwa przed upływem 5-letniego okresu, to do przedawnienia recydywy nie dochodzi, chociażby nawet ukończenie przestępstwa nastąpiło już po upływie tego okresu²⁸⁹. W opozycji do zaprezentowanego poglądu stoi stanowisko, zgodnie z którym, jeśli sprawca podjął zachowanie składające się na czyn ciągły przed upływem określonego w art. 64 § 1 i 2 k.k. terminu, natomiast ostatnie zachowanie objęte znamieniem ciągłości zakończył już po upływie tego terminu, to wykluczone jest przyjęcie recydywy. Warunek czasowy, uzasadniający stosowanie w stosunku do sprawcy czynu ciągłego recydywy, związany jest z ostatnim działaniem lub zaniechaniem sprawcy²⁹⁰. Fakt, że niektóre z zachowań

²⁸⁶ Zob. uchwała SN z dnia 14 maja 1971 r., VI KZP 11/71.

²⁸⁷ Zob. uchwała SN z dnia 30 grudnia 1978 r., VI KZP 45/78, OSNKW 1979, nr 3, poz. 19.

²⁸⁸ Por. uchwała SN z dnia 24 kwietnia 1985 r., VI KZP 5/85; wyroki SN z dnia 26 stycznia 2006 r., IV KK 464/05, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 217; z dnia 25 listopada 2010 r., V KK 331/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 2362; z dnia 9 maja 2011 r., V KK 130/11; z dnia 20 marca 2013 r., IV KK 51/13.

²⁸⁹ Tak J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 245; podobnie M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, s. 209; aprobując także wyrok SN z dnia 25 października 2012 r., IV KK 213/12, „Biuletyn Prawa Karnego” 2013, nr 1, s. 29–31; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 18 marca 2010 r., II AKA 320/09, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2010, nr 7-8, poz. 55,.

²⁹⁰ Tak P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 258; podobnie A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 294–295.

stanowiących elementy składowe czynu ciągłego popełnione zostały w warunkach recydywy, pozostałe zaś już po upływie terminu uzasadniającego jej przyjęcie, nie daje zatem podstaw do wydzielenia ich jako odrębnego przestępstwa, jeśli w stosunku do wszystkich zachowań spełnione są przesłanki czynu ciągłego określone w art. 12 k.k.²⁹¹

2.7. Pojęcie przestępstwa podobnego

Zgodnie z art. 115 § 3 k.k. 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. Przepis ten wskazuje trzy niezależne i samodzielne kryteria podobieństwa przestępstw: 1) tożsamość rodzajową, 2) zastosowanie przy popełnieniu przestępstwa przemocy lub groźby jej użycia oraz 3) działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Jednocześnie w doktrynie zauważa się, że „zwrot przestępstwa z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia” wprowadza nie dwa, lecz jedno kryterium podobieństwa przestępstw. Wynika stąd, że relacja podobieństwa zachodzi nie tylko pomiędzy dwoma przestępstwami popełnionymi z groźbą użycia przemocy, lecz także między przestępstwem popełnionym z zastosowaniem przemocy oraz przestępstwem popełnionym z zastosowaniem groźby użycia przemocy²⁹².

Szczegółowa analiza zagadnienia przestępstw podobnych przekracza ramy niniejszego opracowania. Problematyka ta stanowi przedmiot wielu wypowiedzi doktrynalnych i orzeczniczych; doczekała się także odrębnego opracowania monograficznego (zob. P. Daniluk, *Przestępstwa podobne w polskim prawie karnym*,

²⁹¹ Zob. postanowienie SN z dnia 26 stycznia 1978 r., VII KZP 52/77, OSNPG 1978, nr 4, poz. 47.

²⁹² J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 960; tak również w postanowieniu SN z dnia 11 maja 2006 r., V KK 442/05, LEX nr 186972; odmienny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 8 grudnia 2004 r., II AKa 460/04, OSA 2005, nr 9, poz. 64, s. 17. Sąd Apelacyjny w Warszawie przyjął, że to, iż ustawa wymienia dwa sposoby działania (przemoc, groźba), nie oznacza, że podobne są przestępstwa, z których jedno popełnione zostało z użyciem przemocy, a drugie z groźbą jej użycia. Ustawa uznaje za podobne przestępstwa popełnione w taki sam sposób i wskazuje dwa takie sposoby, których użycie skutkuje uznaniem przestępstwa za podobne, ale są to dwa różne sposoby działania; aprobuje W. Zalewski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...*(2015), s. 437.

Warszawa 2013 i powołana tam literatura). Z tego względu ograniczono się do wskazania na najbardziej podstawowe kwestie.

Podstawowym zadaniem kryterium podobieństwa przestępstw jest rozpoznanie „recydywy rzeczywistej” („nieprzypadkowej”) i odrzucenie „recydywy pozornej” („przypadkowej”). Innymi słowy chodzi o ustalenie, czy powrót do przestępstwa ma charakter epizodyczny i nie jest związany z trwałym zagrożeniem dla porządku prawnego, czy też przeciwnie – jest wyrazem stałej tendencji sprawcy do popełniania przestępstw i jego niebezpieczeństwa dla społeczeństwa²⁹³. Funkcja ta została zaakceptowana także na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego. Jak wynika z rządowego uzasadnienia projektu kodeksu, przyjęte określenie przestępstwa podobnego ma „w większym stopniu od dotychczasowego wskazywać na trwałość negatywnie ocenianej postawy sprawcy kolejnych przestępstw”²⁹⁴.

Trafnie zauważa się, że przesłanka podobieństwa przestępstw odgrywa szczególne znaczenie w przypadku pierwszego powrotu do przestępstwa, przy którym zachodzi większe prawdopodobieństwo jego przypadkowości. Stąd też konieczność ściślejszego dociekania, czy nowe przestępstwo ma charakter epizodyczny²⁹⁵.

W doktrynie podkreśla się także, że 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 kary²⁹⁶. Już na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu karnego wyrażono pogląd, iż dopuszczenie się przestępstwa podobnego stanowi jak gdyby ustawową presumpcję zwiększonego niebezpieczeństwa sprawcy i powoduje odrębne, surowsze potraktowanie go przez prawo. Pojęcie przestępstw podobnych wiąże się ze sprawcą, z jego osobowością. Ma tę osobowość lepiej charakteryzować, wskazując na uporczywość w powtarzaniu podobnych zachowań antyspołecznych²⁹⁷. Ustawowe określenie podobieństwa ma także pomagać w formułowaniu prognozy

²⁹³ Tak m.in. B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna w prawie karnym. Zagadnienia nadzwyczajnego wymiaru kary*, Warszawa-Poznań 1992, s. 157; P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 96-97.

²⁹⁴ Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 175.

²⁹⁵ B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna...*, s. 157.

²⁹⁶ B. Janiszewski, *Ujęcie recydywy specjalnej w przyszłym kodeksie karnym*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, z. 1, s. 20.

²⁹⁷ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 118 i n.

kryminologicznej co do sprawcy czynu zabronionego. Popełnienie przestępstwa podobnego stanowi w istocie dowód negatywnej prognozy kryminologicznej²⁹⁸. Dla ustalenia tej prognozy ważne są postawy sprawcy, których trwałość wyraża się powtarzającym się zachowaniem²⁹⁹. Wątpliwości wywołuje jednak pogląd, zgodnie z którym popełnienie przestępstwa podobnego do tego, za które sprawca był już skazany, świadczy o niepowodzeniu przeprowadzonego procesu resocjalizacyjnego i dowodzi trwałości negatywnych postaw wobec określonych wartości stanowiących dobra prawne³⁰⁰. Trafnie zauważa się, że należy tu raczej mówić nie o dowodzie, lecz o domniemaniu prawnym dopuszczającym przeciwdowód. Sprawca ponownego, podobnego przestępstwa mógł wcześniej nie być poddawany procesowi resocjalizacyjnemu albo uprzednio stosowane wobec niego „środki oddziaływania resocjalizacyjnego”, z jakiś powodów działały na niego demoralizująco³⁰¹.

Ustawowe określenie pojęcia przestępstw podobnych wpływa jednak przede wszystkim na stopień represyjności prawa karnego wobec przestępczości powrotnej. Im szerzej ujmuje się podobieństwo przestępstw, tym większa grupa sprawców powrotnych kwalifikuje się do objęcia ich obostrzeniami wynikającymi z recydywy. Z kolei zawężenie pojęcia przestępstw podobnych redukuje liczbę sprawców powracających do przestępstwa, których mogą dotknąć takie skutki³⁰².

W doktrynie ocena zasadności odwoływania się do instytucji przestępstw podobnych nie przedstawia się jednoznacznie. Podnosi się, że juredyczne kryteria podobieństwa przestępstw bywają zawodnym wskaźnikiem z punktu widzenia kryminologicznego dla ustalenia antyspołecznej postawy sprawcy powrotnego³⁰³. Twierdzi się również, że dokonywanie trafnych ocen co do osoby sprawcy powrotnego wymaga badania wielu różnorodnych okoliczności, których nie sposób skatalogować, gdyż mogą występować *a casu ad casum*³⁰⁴. *De lege ferenda* sformułowano nawet postulat oparcia recydywy specjalnej podstawowej nie na podobieństwie, lecz na samej

²⁹⁸ Zob. A. Zoll, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 626; podobnie W. Zalewski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...*, s. 436-437.

²⁹⁹ A. Zoll, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 626.

³⁰⁰ Tak jednak A. Zoll, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 624.

³⁰¹ A. Wąsek, [w:] M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2 (art. 32 - 116), Gdańsk 2001, s. 376.

³⁰² Tak trafnie P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 108.

umyślności tworzących ją przestępstw. W ocenie zwolenników tego postulatu byłoby to wystarczające z punktu widzenia celów kary i stwarzało sądowi lepszą oraz szerszą płaszczyznę dla ewentualnego ustalenia rzeczywistego, kryminologicznego podobieństwa przestępstw³⁰⁵.

2.7.1. Przestępstwa należące do tego samego rodzaju

Kryterium podobieństwa oparte na przynależności rodzajowej zostało ujęte wężiej niż w poprzednio obowiązującym Kodeksie karnym, który przyjmował podobieństwo przestępstw nie tylko w przypadku tożsamości rodzajowej, lecz również w razie ich bliskości rodzajowej.

Na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. kryterium jednorodzaowości przestępstw stwarza nadal wiele wątpliwości interpretacyjnych, a jego kodeksowe ujęcie nie jest pozbawione wad. W doktrynie zasadnie zwraca się uwagę, że w unormowaniu art. 115 § 3 k.k. mamy do czynienia z próbą objaśnienia niejednoznacznego określenia „przestępstwa podobne” za pomocą równie niejednoznacznego zwrotu „przestępstwa należące do tego samego rodzaju”, co stanowi błąd w definiowaniu określany mianem *ignotum per ignotum*³⁰⁶.

Niesporne jest, że o przynależności przestępstw do tego samego rodzaju przesądza porównanie dóbr prawnych, w jakie godzą zestawiane przestępstwa³⁰⁷. Brak jest natomiast zgody co do tego, jaki stosunek między tymi dobrami pozwala przyjąć

³⁰³ Zob. A. Wąsek, w: M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 376; D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 118 i n.; B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna...*, s. 11 i n.

³⁰⁴ Tak P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 415.

³⁰⁵ B. Janiszewski, *Ujęcie recydywy...*, s. 20; w nowszej literaturze postulat taki zgłosił P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 424 i n. Pod rządem kodeksu karnego z 1932 r. także S. Pławski proponował odrzucenie ograniczenia recydywy tylko do przestępstw tego samego rodzaju i z tych samych motywów co poprzednie, zob. S. Pławski, *Recydywa...*, s. 137.

³⁰⁶ Na błąd ten zwraca uwagę J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 960 i A. Rybak, *Kontrowersje wokół przestępstwa podobnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, z. 2, s. 75, przy czym powołana Autorka mylnie określa go mianem błędu *idem per idem*.

³⁰⁷ Zob. P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 137–144 oraz przywołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo.

tożsamość rodzajową przestępstw³⁰⁸. W doktrynie zasadnie podnosi się, że ustawodawca nie posłużył się pojęciem przestępstwa skierowanego przeciwko temu samemu dobru chronionemu prawem, ale szerszym - przestępstwa należącego do tego samego rodzaju. Niewątpliwie identyczne dobra prawne są jednorodziejowe³⁰⁹, ale nie można wykluczyć, że dobra nieidentyczne również mogą być jednorodziejowe³¹⁰. Na aprobatę zasługuje stanowisko, wedle którego o przynależności przestępstw do tego samego rodzaju rozstrzyga nie tyle tożsamość, co jednorodziejowość przedmiotu ochrony. W kontekście tzw. indywidualnego przedmiotu ochrony za jednorodziejowe uznać należy przestępstwa wymierzone przeciwko dobru prawnym tego samego rodzaju, niekoniecznie dobru identycznym³¹¹. Podobne zapatrywanie wyrażono w judykaturze. Sąd Najwyższy podniósł, że ze względu na to, iż wspólnym rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów kryminalizujących zniszczenie mienia oraz przepisów kryminalizujących kradzież jest mienie, przestępstwo zniszczenia mienia oraz przestępstwo kradzieży są przestępstwami należącymi do tego samego rodzaju³¹².

W doktrynie wskazuje się na znaczenie systematyki części szczególnej i wojskowej Kodeksu karnego przy ustalaniu jednorodziejowości przestępstw. Zastrzega się jednocześnie, że jednorodziejowymi ze względu na przedmiot ochrony mogą być także przestępstwa znajdujące się nie tylko w różnych rozdziałach kodeksu, ale nawet w różnych ustawach. Niektóre przepisy służą bowiem nie tylko ochronie dóbr

³⁰⁸ Szerzej na temat prezentowanych w tym zakresie ujęć zob. m. in. A. Rybak, *Kontrowersje...* s. 71 i n.; J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe podobieństwa przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 11, s. 26 i n.; W. Grzeszczyk, *Pojęcie przestępstwa podobnego w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 9, s. 147 i n.; P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 165 i n.

³⁰⁹ Zarówno w doktrynie, jak i w orzecnictwie nie kwestionuje się spełnienia kryterium „podobieństwa” przez przestępstwa godzące w identyczne co do tożsamości dobra prawne. W przypadku przestępstw godzących w to samo dobro prawne spełnione są kryteria „podobieństwa” przestępstw w rozumieniu art. 115 § 3 k.k., są to bowiem przestępstwa tego samego rodzaju, zob. postanowienie SN z dnia 30 marca 2016 r., I KZP 23/15, Legalis nr 1413004 oraz przywołane tam piśmiennictwo.

³¹⁰ Tak M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, s. 317.

³¹¹ Tak J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 963; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...* s. 289; A. Marek, *Kodeks...*, s. 257; J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe...*, s. 33. Odmienne m.in. P. Daniluk, którego zdaniem z przestępstwami należącymi do tego samego rodzaju mamy do czynienia wówczas, gdy przestępstwa te godzą w takie samo dobro prawne. Przy czym chodzi tu o jego ujęcie jako rodzajowego, nie zaś szczególnego (indywidualnego) przedmiotu ochrony (zamachu) – P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 417; P. Daniluk, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny...*, s. 671; P. Daniluk, *Glosa do postanowienia SN z dnia 23 maja 2013 r., IV KK 68/13*, „Orzecnictwo Sądów Polskich” 2014, nr 5, s. 49 i n.

³¹² Postanowienie SN z dnia 23 maja 2013 r., IV KK 68/13, OSNKW 2013, nr 9, poz. 77.

wymienionych w tytule danego rozdziału, lecz także innych jeszcze dóbr, które *in concreto* mogą stanowić podstawę ustalenia jednorodzaowości przestępstw³¹³.

Kwestia podobieństwa przestępstw w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. nie może być oceniana w perspektywie abstrakcyjnej – jako „podobieństwo” typów czynów zabronionych – ale wyłącznie w perspektywie konkretnej. Przedmiotem oceny są więc konkretne czyny realizujące znamiona typów czynów zabronionych. Trzeba przy tym mieć na uwadze fakt, że dany typ czynu zabronionego może chronić różne dobra prawne i dopiero ocena konkretnego zachowania pozwala na ustalenie, które z chronionych dóbr zostało przez ten czyn naruszone bądź zagrożone³¹⁴.

Zwraca się również uwagę, że w przypadku przestępstw posiadających tzw. główny oraz uboczny (dodatkowy) przedmiot ochrony podstawą ustalenia przynależności do tego samego rodzaju może być każde z zaatakowanych dóbr, wzięte z osobna. Nie jest więc wykluczone, że o przynależności dwóch przestępstw do tego samego rodzaju zadecyduje jednorodzaowość dóbr będących ich ubocznym przedmiotem ochrony³¹⁵.

³¹³ Zob. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 964–965; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, s. 317; J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe...*, s. 36; por. wyr. SN z dnia 30 grudnia 1971 r., III KR 207/71, Legalis nr 15927.

³¹⁴ Tak SN w postanowieniu z dnia 30 marca 2016 r., I KZP 23/15, OSNKW 2016, nr 5, poz. 29; zob. także: postanowienie SN z dnia 17 czerwca 1998 r., IV KRN 157/98, „Prokuratura i Prawo” 1998, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11–12, poz. 3; uchwała SN z dnia 22 czerwca 1972 r., VI KZP 24/72, OSNKW 1972, poz. 134; wyrok SN z dnia 7 lutego 1972 r., II KR 302/71, OSNKW 1972, nr 6, poz. 100. Pogląd ten zyskał także aprobatę doktryny, np. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 966; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, s. 317; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 289; A. Rybak, *Kontrowersje...*, s. 78; D. Pleńska, *Przedmiotowe podobieństwo przestępstw*, „Nowe Prawo” 1991, nr 10, s. 1415. Odnosić jednak należy pogląd odmienny, zgodnie z którym, w zależności od sytuacji, możliwe jest posługiwanie się, zarówno metodą *in concreto*, jak i *in abstracto* przy ustalaniu tożsamości rodzajowej przestępstw, tak P. Daniluk, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny...*, s. 672; P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 190 i n. oraz powołana tam literatura.

³¹⁵ Zob. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 966; podobnie A. Wąsek, [w:] M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, (art. 32–116), Gdańsk 2001, s. 380; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, s. 317; J. Giezek [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 706; J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe...*, s. 37; A. Rybak, *Kontrowersje...*, s. 80–82; B. Kieres, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 1972 r., I KR 302/71*, „Nowe Prawo” 1973, nr 6, s. 974; zob. także wyr. SN z dnia 17 lutego 1975 r., I KR 225/74, niepubl.; wyr. SN z dnia 27 stycznia 1988 r., KRN 366/87, OSNPG 1988, nr 8-9, poz. 76.

2.7.2. Przestępstwa z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia

Podobieństwo porównywanych przestępstw może być oparte również na kryterium zastosowania przemocy lub groźby jej użycia, chociażby czyny te skierowane zostały przeciwko różnym rodzajowo dobrom³¹⁶. W doktrynie wskazuje się, że ograniczając zakres omawianej przesłanki podobieństwa przestępstwa ustawodawca dał wyraz przekonaniu, iż to właśnie ten sposób działania atakuje dobra najcenniejsze dla człowieka, tj. nietykalność cielesną, zdrowie, wolność³¹⁷.

W doktrynie i orzecznictwie przeważa stanowisko, że dla przyjęcia podobieństwa przestępstw na podstawie omawianego kryterium nie jest konieczne, aby do ich ustawowych znamion należało zastosowanie przemocy lub groźby jej użycia. Podobieństwo przestępstw należy przyjmować także wtedy, gdy zastosowana przemoc lub groźba jej użycia pozostają poza zakresem znamion popełnionych przestępstw, ale faktycznie zostały one zrealizowane w warunkach wystąpienia takiego sposobu działania, który powinien być objęty opisem przypisanego sprawcy czynu³¹⁸. Zwraca się przy tym uwagę na prognostyczny charakter podobieństwa przestępstw. Popełnienie przestępstwa podobnego jest dowodem negatywnej prognozy kryminologicznej. Dla ustalenia tej prognozy nie ma zasadniczego znaczenia, czy zastosowana przy popełnieniu przestępstwa, za które sprawca był już skazany, i przy popełnieniu przestępstwa aktualnie ocenianego przemoc lub groźba jej użycia stanowi znamię zrealizowanych czynów zabronionych, czy też jest okolicznością pozostającą poza zakresem tych znamion³¹⁹. Wedle mniejszościowego poglądu opozycyjnego, pojęcie „przestępstwo przy użyciu przemocy” powinno być odnoszone do typów czynów, w jakich jest ono formułowane w Kodeksie karnym,

³¹⁶ W. Grzeszczyk, *Pojęcie przestępstwa podobnego w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 9, s. 149.

³¹⁷ J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe...*, s. 44; podobnie A. Rybka, *Kontrowersje...*, s. 87.

³¹⁸ Tak w uchwale SN z dnia 23 października 2002 r., I KZP 33/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 93; podobnie SN w postanowieniu z dnia 11 maja 2006 r., V KK 442/05 oraz w wyroku z dnia 30 czerwca 2009 r., V KK 71/09, LEX nr 512076, a także SA we Wrocławiu w postanowieniu z dnia 14 października 2005 r., II AKz 696/05, OSA 2006, z. 2, poz. 5, oraz w wyroku z dnia 8 października 2014 r., II AKa 282/14, LEX nr 1545003; aprobująco wypowiada się J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 968; A. Wąsek, [w:] M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 384; A. Marek, *Kodeks...*, s. 258; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, s. 317–318.

³¹⁹ A. Zoll, [w:] K. Buchała, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 2000, s. 626.

a nie do konkretnych czynów konkretnych sprawców³²⁰. Mankamentem obowiązującego unormowania jest brak ustawowego określenia definicji terminów „przemoc” oraz „użycie przemocy”. Jednocześnie trudno jednoznacznie przyjąć, że ustaliło się jakieś powszechnie aprobowane rozumienie tych terminów w języku prawniczym³²¹. Wiele elementów składających się na treść tego pojęcia nadal objętych jest sporem w doktrynie i judykaturze³²². Na potrzeby prowadzonych tu rozważań przyjęto, iż przemocą jest takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszanego, ma albo nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrządzaną dolegliwością na jego procesy motywacyjne, nastawić jego decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku³²³. Przemoc w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. to nie tylko bezpośrednie oddziaływanie siłą fizyczną na osobę, lecz także przemoc pośrednia, polegająca na oddziaływaniu na pokrzywdzonego poprzez siłę fizyczną skierowaną na innego człowieka, zwierzę lub rzecz³²⁴. W konsekwencji podobieństwo przestępstw zachodzi także wtedy, gdy jedno z porównywanych przestępstw popełniono z użyciem przemocy wobec osoby, drugie zaś z użyciem przemocy poprzez zwierzę lub rzecz³²⁵.

Z kolei przez groźbę użycia przemocy rozumie się zapowiedź użycia siły fizycznej, aby zmusić pokrzywdzonego do pożądanego przez sprawcę zachowania (działania,

³²⁰ Zob. T. Bigoszewski, *Przemoc jako znamię strony przedmiotowej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, nr 2, s. 22.

³²¹ Tak również J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe...*, s. 44.

³²² Szerzej na ten temat zob. P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 213 i n. oraz przywołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo sądowe.

³²³ T. Hanausek, *Przemoc jak forma działania przestępnego*, Kraków 1966, s. 65; podobnie M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, s. 317; J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 967. Pogląd T. Hanauska został zaaprobowany także w judykaturze, zob. uchwałę SN z dnia 18 listopada 1997 r., I KZP 31/97, OSNKW 1998, nr 1–2, poz. 2 oraz przywołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo sądowe.

³²⁴ Zob. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 967; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, s. 317; A. Marek, *Kodeks...*, s. 258; A. Wąsek, [w:] M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 384; P. Daniluk, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks...*, s. 673. Odmienny pogląd prezentuje G. Rejman, która opowiada się na gruncie art. 115 § 3 k.k. za wykładnią ścieśniającą „przemocy”. Pojęcie to nie obejmuje zdaniem Autorki zachowań, które nie są adresowane przez sprawcę przestępstwa wprost do osoby pokrzywdzonej, lecz poprzez rzecz lub osobę trzecią, zob. G. Rejman, [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 1429. Pogląd ten podziela W. Grzeszczyk, *Pojęcie...*, s. 149–150.

³²⁵ P. Daniluk, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks...*, s. 673; tak również w postanowieniu SA we Wrocławiu z dnia 14 października 2005 r., II AKzW 696/05.

zaniechania lub znoszenia)³²⁶; każdy rodzaj zachowania sprawcy, który – nie będąc jeszcze przemocą – znamionuje realne prawdopodobieństwo (niebezpieczeństwo) jej użycia, a to z uwagi na jednoznacznie wyrażaną przez sprawcę wolę użycia przemocy wobec adresata groźby³²⁷.

2.7.3. Działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej

Odrębne kryterium podobieństwa przestępstw stanowi cel działania sprawcy, jakim jest chęć osiągnięcia korzyści majątkowej. Chęć osiągnięcia korzyści majątkowej może zespalać różne przestępstwa bez względu na ich rodzaj³²⁸.

Pojęcie korzyści majątkowej nie zostało zdefiniowane w Kodeksie karnym. W art. 115 § 4 k.k. ograniczono się jedynie do wskazania, że korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego. W odróżnieniu od korzyści osobistej, korzyścią majątkową jest to, co ma zdolność do zaspokojenia potrzeby człowieka i co można przeliczyć na pieniądze, a tym samym określić w pieniądzu³²⁹. Pojęcie korzyści majątkowej jest szersze od zysku i obejmuje zarówno zwiększenie aktywów, jak i zmniejszenie pasywów, a także inne polepszenie sytuacji majątkowej³³⁰. W doktrynie i judykaturze ugruntował się pogląd, że zakres korzyści majątkowej jako terminu kodeksowego ogranicza się wyłącznie do korzyści nienależnych (niegodziwych, bezprawnych)³³¹. Ocena należności lub nienależności korzyści majątkowej powinna mieć charakter *stricte* prawny, nie zaś np. moralny³³².

³²⁶ A. Marek, *Kodeks...*, s. 258.

³²⁷ R. Zawłocki, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 2, Komentarz do art. 32–116*, Legalis 2015, komentarz do art. 115 § 3 k.k., teza 10.

³²⁸ Zob. np. W. Zalewski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...* (2015), s. 437.

³²⁹ P. Daniluk, *Pojęcie korzyści majątkowej w prawie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, nr 1, s. 33 i n.

³³⁰ Por. np. wyroki SN: z dnia 19 marca 2008 r., V KK 363/07, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2008, nr 9, poz. 7; z dnia 16 stycznia 2009 r., IV KK 269/08, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 173; z dnia 12 października 2010 r., III KK 76/10, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2011, nr 5, poz. 20.

³³¹ Por. wyrok SN z dnia 17 maja 1972 r., III KR 67/72, OSNKW 1972, nr 10, poz. 157, z glosą B. Kunickiej-Michalskiej, „Państwo i Prawo” 1973, nr 6, s. 181 i n.; uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 15 lutego 1977 r., VII KZP 16/76, OSNKW 1977, nr 4–5, poz. 34; uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 30 stycznia 1980 r., VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, poz. 24, z glosą K. Daszkiewicz, „Nowe Prawo” 1980, nr 11–12, s. 213 i n.

³³² Zob. P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 393–395 oraz przywołane tam piśmiennictwo.

Zasadnie podnosi się, iż nastawienia psychicznego, jakim jest cel osiągnięcia korzyści, nie wolno przyjmować *a priori*, ale należy je każdorazowo ustalić na tle konkretnych okoliczności sprawy. Ponadto należy wartościować wypadki dążenia do osiągnięcia korzyści majątkowej i wyłączać poza zakres recydywy te, które nie mają nagannego charakteru. Samo bowiem dążenie do osiągnięcia korzyści materialnej nie zawsze zasługuje na ocenę negatywną³³³.

Przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej są przestępstwami podobnymi niezależnie od tego, czy cel ten należy do ustawowych znamion czynu zabronionego³³⁴. W doktrynie przeważa pogląd, że w tym drugim przypadku okoliczność, iż sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, powinna znaleźć odzwierciedlenie w zawartym w wyroku opisie czynu przypisanego sprawcy; wymóg ten uzasadniany jest przede wszystkim „względami gwarancyjnymi”³³⁵. Wedle poglądu odmiennego dla przyjęcia podmiotowego podobieństwa przestępstw nie jest wymagane, aby kierowanie się przez sprawcę celem osiągnięcia korzyści majątkowej zostało objęte opisem czynu w wyroku skazującym³³⁶.

Mając na uwadze funkcje przypisywane przez ustawodawcę instytucji przestępstw podobnych z aprobatą należy odnieść się do propozycji oparcia podmiotowego kryterium podobieństwa przestępstw na kategorii zbiorczej, jaką jest motywacja

³³³ Tak D. Pleńska, *Zagadnienia...*, s. 148.

³³⁴ Zob. wyrok SA w Łodzi z dnia 12 czerwca 2013 r., II AKa 87/13, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2014, nr 7–8, poz. 93; wyrok SA w Katowicach z dnia 28 grudnia 2006 r., II AKa 405/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 5, poz. 71; podobnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 967–968; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 290; A. Marek, *Kodeks...*, s. 258; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, s. 318; P. Daniluk, *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 12 czerwca 2013 r., II AKa 87/13*, „Palestra” 2014, nr 5–6, s. 168–172.

³³⁵ Zob. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 968; A. Zoll, [w:] K. Buchała, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 626. W doktrynie wyrażono także pogląd, że błędne pominięcie w wyroku takiego elementu, zawarcie go w uzasadnieniu jako przypuszczenia, jak również faktyczne istnienie po stronie sprawcy takiego celu (bez formalnego stwierdzenia), są karnoprawnie obojętne w kontekście art. 115 § 3 k.k., tak R. Zawłocki, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 115 § 3 k.k., teza 14.

³³⁶ P. Daniluk, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...*, s. 675; P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 338–340. Identyfikacja pogląd Autor ten wypowiada w odniesieniu do kryterium podobieństwa przestępstw z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia, zob. P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 226–230.

zasługująca na potępienie, a nie na skonkretyzowanym przeżyciu psychicznym, jakim jest *de lege lata* cel osiągnięcia korzyści majątkowej³³⁷.

3. Recydywa specjalna wielokrotna (multirecydywa)

Artykuł 64 § 2 k.k. określa trzy warunki recydywy specjalnej wielokrotnej:

- uprzednie skazanie w warunkach recydywy podstawowej z art. 64 § 1 k.k.,
- odbycie łącznie co najmniej roku kary pozbawienia wolności;
- popełnienie ponownie jednego z przestępstw wymienionych w art. 64 § 2 k.k. w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary.

3.1. Uprzednie skazanie w warunkach recydywy podstawowej

Podstawową przesłanką umożliwiającą przypisanie sprawcy popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej jest uprzednie skazanie go w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k. Wymóg ten oznacza, że na sprawcy ciążyą dwa wyroki skazujące za umyślne przestępstwa podobne, z których drugie popełnił w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej za pierwsze.

W judykaturze podkreślono, że wyrażenie „uprzednio skazany” oznacza, iż czyn popełniony w warunkach recydywy specjalnej podstawowej musi być osądzony prawomocnie; w innym bowiem wypadku, tj. do momentu uprawomocnienia się wyroku obejmującego takie skazanie, osobę, wobec której toczy się postępowanie karne, uważa się za oskarżonego, nie zaś skazanego³³⁸.

W kontekście art. 64 § 2 k.k. powstał problem, czy dopuszczalne jest przypisanie przestępstwa z zastosowaniem art. 64 § 2 k.k., jeśli sąd w poprzedniej sprawie niezasadnie pominął art. 64 § 1 k.k., ewentualnie, gdy niezasadnie ten przepis

³³⁷ Szerzej zob. P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 443–446.

³³⁸ Tak w wyroku SN z dnia 30 lipca 2007 r., II KK 168/07, Lex 280719.

zastosował³³⁹. Jeszcze pod rządem Kodeksu karnego z 1969 r. w judykaturze wyrażono pogląd, że oceniając, czy oskarżony jest sprawcą wielokrotnie powracającym do przestępstwa, sąd jest związany ustaleniem o popełnieniu przez niego przestępstwa w warunkach określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. zawartym w prawomocnym wyroku skazującym³⁴⁰. W doktrynie zasadnie wskazuje się, że jeżeli sąd z jakichś powodów (np. wskutek przeoczenia) nie przywołał art. 64 § 1 k.k. w podstawie skazania, to nawet pomimo faktycznego zaistnienia recydywy podstawowej w przypadku przestępstwa uprzedniego nie ma podstaw do skazania sprawcy w warunkach multirecydywy³⁴¹.

3.2. Odbycie kary pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej roku

Warunkiem multirecydywy jest odbycie przez sprawcę łącznie co najmniej roku kary pozbawienia wolności. W doktrynie sporne jest, czy art. 64 § 2 k.k. wprowadza wymóg, aby sprawca odbył również co najmniej 6 miesięcy z kary pozbawienia wolności wymierzonej za przestępstwo popełnione w warunkach recydywy specjalnej podstawowej. Zdaniem części autorów art. 64 § 2 k.k. nie wymaga, aby sprawca odbył co najmniej 6 miesięcy z „ostatniej” kary pozbawienia wolności (tj. kary orzeczonej w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k.); wystarczające jest odbycie przez sprawcę jakiegokolwiek części tej kary, byleby tylko był spełniony wymóg odbycia przez sprawcę łącznie co najmniej roku kary pozbawienia wolności³⁴². Podnosi się także, że wykładnia językowa zwrotu „odbył łącznie co najmniej rok” ma pierwszeństwo przed innymi regułami wykładni, co oznacza, iż sumuje się okresy

³³⁹ Zob. J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 9.

³⁴⁰ Zob. uchwała SN z dnia 30 maja 1980 r., VI KZP 14/80, OSNKW 1980, nr 7, poz. 56.

³⁴¹ Por. J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System...*, s. 502; J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 9; G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks...*, komentarz do art. 64 k.k., teza 23. Odmienne w uchwale składu 7 sędziów SN z dnia 29 lipca 1971 r., VI KZP 101/70, OSNKW 1971, nr 10, poz. 142. Sąd Najwyższy wskazał, że „sąd orzekający obowiązany jest przyjąć, że sprawca został dwukrotnie skazany w warunkach określonych w art. 60 § 1 k.k. z 1969 r. – mimo niepowołania tego przepisu w wyrokach skazujących – jeżeli ustalenia tych wyroków dają podstawę do przyjęcia, że poprzednie czyny zostały przez sprawcę popełnione w warunkach powrotu do przestępstwa”.

³⁴² J. Majewski, *Glosa do uchwały SN z 26 sierpnia 2004 r., I KZP 17/04*, „Palestra” 2005, nr 11–12, s. 264–268; J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 247; aprobując G. Łabuda, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 478–479; T. Bojarski, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks...*, s. 176; W. Zalewski, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...* (2015), s. 441.

odbytych kar, i że nie mają znaczenia rozmiary odbytych kar za przestępstwa, za które wcześniej sprawca został skazany, z wyjątkiem pierwszego skazania, co do którego – zgodnie z art. 64 § 1 k.k. – istnieje wymóg odbycia co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności³⁴³.

Według drugiej grupy autorów warunkiem recydywy z art. 64 § 2 k.k. jest odbycie przez sprawcę łącznie co najmniej roku pozbawienia wolności, przy czym każda z odbywanych kar musiała wynosić co najmniej 6 miesięcy³⁴⁴. Zwolennicy tego stanowiska argumentują, że przemawia za nim potrzeba stosowania wykładni zawężającej na gruncie art. 64 § 2 k.k.³⁴⁵ Także Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 26 sierpnia 2004 r.³⁴⁶ przyjął, że „w rozumieniu art. 64 § 2 k.k. odbycie całości lub części ostatniej kary (orzeczony w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k.) oznacza odbycie tej kary pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 6 miesięcy”. Sąd Najwyższy podniósł przy tym, że proponowana w piśmiennictwie (zob. J. Majewski) wykładnia przepisu art. 64 § 2 k.k. prowadzi do wniosku niemożliwego do zaakceptowania, jeżeli uwzględni się model recydywy w polskim systemie prawa karnego, funkcjonujący, co prawda z wieloma zasadniczymi zmianami, ale co do istoty niezmienny, od kilkadziesiąt lat. Oznaczałoby to bowiem, że dla przyjęcia recydywy wielokrotnej wystarczy, by sprawca z ostatniej kary za przestępstwo popełnione w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k. odbył nawet tylko jeden dzień pozbawienia wolności, także wynikający tylko z zaliczenia na poczet tego rodzaju kary zatrzymania (art. 63 § 1 k.k.). Żadne dalsze reguły wykładni, wobec takiego wyniku wykładni językowej, w tym wykładnie systemowa, celowościowa czy historyczna, nie mogą więc mieć zastosowania dla wywiedzenia, że ten okres odbywania kary powinien być dłuższy, np. tak jak w art. 64 § 1 k.k. – co najmniej 6 miesięcy.

³⁴³ Zob. R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2004 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 1, s. 88; podobnie W. Szkotnicki, *Nowa regulacja recydywy specjalnej w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1998, nr 1, s. 92.

³⁴⁴ A. Marek, *Kodeks...*, s. 174; K. Buchała, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 469; J. Wojciechowska, [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks...*, s. 977; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 298; A. Sakowicz, *Glosa do uchwały SN z 26 sierpnia 2004 r.*, I KZP 17/04, „Państwo i Prawo” 2005, nr 11, s. 122–124.

³⁴⁵ A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 298.

³⁴⁶ Uchwała z dnia 26 sierpnia 2004 r., I KZP 17/04, OSNKW 2004, nr 7–8, poz. 69.

Przekonuje pierwsze z zaprezentowanych stanowisk. Przemawia za nim nie tylko взгляд na wykładnię językową, lecz także *ratio legis* istnienia wymogu „odbycia łącznie co najmniej roku kary pozbawienia wolności” z art. 64 § 2 k.k. Trafnie podnosi J. Raglewski, że należy upatrywać je w uświadomieniu sprawcy, iż ponoszenie konsekwencji prawno-karnych za popełniony czyn przestępny nie tylko wynika z przepisów karnych, lecz jest również zjawiskiem realnym. Odbycie przez niego co najmniej roku kary pozbawienia wolności ma uświadomić mu ten fakt. Z tego punktu widzenia obojętne jest, czy na ten okres składać się będą wymiary po 6 miesięcy orzekanej kary pozbawienia wolności, czy np. 8 miesięcy i 4 miesiące³⁴⁷.

Niesporne natomiast jest stwierdzenie, że użyte w art. 64 § 2 k.k. zwroty „odbył łącznie” oraz „po odbyciu w całości lub w części ostatniej kary” oznaczają konieczność faktycznego odbywania kary pozbawienia wolności nie tylko za pierwsze, lecz także i za drugie przestępstwo objęte układem recydywy³⁴⁸.

3.3. Przedawnienie multirecydywy

Termin tzw. przedawnienia recydywy specjalnej wielokrotnej jest taki sam jak w przypadku recydywy podstawowej i wynosi 5 lat. Okres ten należy liczyć od odbycia przez sprawcę w całości lub części ostatniej kary.

3.4. Ponowne popełnienie jednego z przestępstw wskazanych w art. 64 § 2 k.k.

Warunkiem multirecydywy jest popełnienie jednego z przestępstw wymienionych w art. 64 § 2 k.k., tj.: przeciwko życiu lub zdrowiu, zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem, innego (niż rozbój oraz kradzież z włamaniem) przestępstwa przeciwko mieniu popełnionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia. Ograniczenie w możliwości zaistnienia recydywy następuje przez wprowadzenie warunku ich „ponownego” popełnienia³⁴⁹. Z uwagi na fakt, że multirecydywa

³⁴⁷ J. Raglewski, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Majewski (red.), *Nadzwyczajny wymiar kary*, Toruń 2009, s. 133–134; J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System...*, s. 503.

³⁴⁸ Tak w wyroku SN z dnia 21 stycznia 2008 r., V KK 37/07, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 164.

³⁴⁹ Por. wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2006 r., III KK 364/05, LEX nr 182996. Sąd Najwyższy wskazał, że dla przyjęcia tzw. multirecydywy nie wystarcza sam tylko fakt aktualnego dopuszczenia się przez sprawcę jednego z przestępstw wymienionych w art. 64 § 2 k.k., lecz ponadto jest nieodzowne, aby

obejmuje układ co najmniej trzech przestępstw, mogą powstać wątpliwości, do którego przestępstwa należy odnosić „ponowne” popełnienie. W literaturze dominuje stanowisko, że użyte w art. 64 § 2 k.k. określenie „ponownie” oznacza, iż dla przyjęcia multirecydywy konieczne jest uprzednie skazanie sprawcy w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k., za takie samo przestępstwo jak aktualnie zarzucone (tzw. recydywa jednorodziejowa) albo za przestępstwo należące do którejkolwiek z kategorii przestępstw wymienionych w art. 64 § 2 k.k. (recydywa grupowa)³⁵⁰. Podobny pogląd przeważa także w orzecznictwie sądowym³⁵¹. Według odmiennego stanowiska pojęcie „ponowności” należy odnosić do jakiegokolwiek przestępstwa objętego układem recydywy specjalnej podstawowej³⁵². Podnosi się, że przepis art. 64 § 2 k.k. statuuje jedynie wymóg, aby ponownie popełnione przestępstwo po odbyciu ostatniej kary stanowiło drugie przestępstwo tego samego typu w grupie trzech przestępstw. Nie muszą to być przestępstwa popełnione w kolejności, jako drugie i trzecie, gdyż z przepisu nie wynika wymóg, aby poszczególne przestępstwa były popełniane w określonej kolejności³⁵³.

Przestępstwem przeciwko mieniu popełnionym z użyciem przemocy, w rozumieniu art. 64 § 2 k.k., może być każde przestępstwo – w którym przedmiotem ochrony jest mienie – popełnione przez fizyczne oddziaływanie na osobę środkiem fizycznym bezpośrednio lub pośrednio (tzn. przez postępowanie z osobą trzecią lub oddziaływanie na rzecz)³⁵⁴. Jednocześnie w literaturze słusznie podnosi się, że

także uprzednio został on skazany za przestępstwo należące do którejkolwiek z kategorii przestępstw wskazanych tym przepisem.

³⁵⁰ Zob. np. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 251; R.A. Stefański, *Nowe...*, s. 27; P. Hofmański, L.K. Paprzycki, *Zasady wymiaru kar i środków karnych*, [w:] *Nowa Kodyfikacja Karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 26, Warszawa 1999, s. 75; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 299; A. Sakowicz, Glosa do wyroku SN z dnia 17 listopada 2004 r., V KK 321/04, „Państwo i Prawo” 2006, nr 8, s. 121.

³⁵¹ Tak w uchwale SN z dnia 25 kwietnia 1996 r., I KZP 3/96, OSNKW 1996, nr 5–6, poz. 23; zob. też wyrok SA w Białymstoku z dnia 14 stycznia 2003 r., II AKA 35/02, OSA 2003, nr 5, poz. 55; wyroki SN z dnia 7 lutego 2001 r., IV KKN 496/00, Legalis nr 58984; z dnia 17 września 2003 r., II KK 162/03, OSNWSK 2003, nr 1, poz. 1298; z dnia 14 stycznia 1999 r., V KKN 136/98, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 1999, nr 9, poz. 2.

³⁵² Tak m.in. K. Buchała, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 470; Z. Sienkiewicz, [w:] M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 157; tak też SN w wyrokach: z dnia 17 listopada 2004 r., V KK 321/04, OSNWSK 2004, nr 1, poz. 2107 oraz z dnia 27 lutego 2008 r., II KK 316/07, OSNWSK 2008, nr 1, poz. 456.

³⁵³ J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System...*, s. 505; podobnie T. Bojarski, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks...*, s. 177.

³⁵⁴ Tak w uchwale SN z dnia 18 listopada 1997 r., I KZP 31/97, OSNKW 1998, nr 1–2, poz. 2 wraz z aprobującą glosą S. Łagodzińskiego, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1998, nr 7–8, poz. 145.

w art. 64 § 2 k.k. nie stawia się warunku, aby użycie środków, o których mowa, należało do znamion typu czynu zabronionego³⁵⁵. W świetle powyższego krytycznie należy ocenić pogląd Sądu Apelacyjnego w Lublinie, że „występek z art. 288 § 1 k.k. nie należy do katalogu przestępstw wymienionych w art. 64 § 2 k.k., gdyż stosowanie przemocy do zniszczenia mienia nie wchodzi w skład znamion tego przepisu, a jest środkiem służącym do dokonania takiego czynu”³⁵⁶.

3.5. Podstawa skazania i podstawa wymiaru kary

Ustalenie dopuszczenia się przez sprawcę przestępstwa w warunkach multirecydywy zawsze powinno znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w kwalifikacji prawnej czynu³⁵⁷. W każdym przypadku skazania w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej konieczne jest także powoływanie w podstawie wymiaru kary przepisu art. 64 § 2 k.k.³⁵⁸ Przepis art. 64 § 2 k.k. podwyższa dolną granicę zagrożenia, zatem sprawcy skazanemu w warunkach tego artykułu sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia i dlatego przepis ten powinien być powołany w podstawie wymiaru kary³⁵⁹. Błędny jest natomiast pogląd „o niedopuszczalności powołania w podstawie wymiaru kary przepisu art. 64 § 2 k.k., jeżeli nie doszło do nadzwyczajnego obostrzenia kary. Również w takim przypadku konieczne jest wprowadzenie do podstawy prawnej wymiaru kary przepisu art. 64 § 2 k.k., gdyż obliuguje on sąd do orzeczenia kary pozbawienia wolności powyżej dolnej granicy

³⁵⁵ J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 252; aprobowano także A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 299.

³⁵⁶ Wyrok SA w Lublinie z dnia 31 maja 2000 r., II AKA 68/01, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2001, nr 1, poz. 20.

³⁵⁷ Zob. m.in. J. Majewski, [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 252; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 301; zob. także: wyrok SN z dnia 24 sierpnia 2000 r., IV KKN 325/00, Legalis nr 57954, w którym przyjęto, że „popelnienie przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej należy do istoty przestępstwa, a zatem przyjęcie lub nieprzyjęcie przesłanek tejże recydywy – jako kwestia kwalifikacji prawnej czynu – ma znaczenie nie tylko dla wymiaru kary”; wyrok SN z dnia 29 stycznia 1974 r., V KRN 6/74, OSNKW 1974, nr 7–8, poz. 136, w którym wskazano, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem art. 60 k.k. z 1969 r. – jako norma części ogólnej kodeksu karnego tworząca szczególne obostrzenie kary – jest elementem z zakresu prawidłowej kwalifikacji prawnej czynu.

³⁵⁸ Zob. m.in. J. Raglewski, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System...*, s. 506, przypis 214; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 300–301.

³⁵⁹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 22 września 2004 r., II AKa 193/04, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005, nr 9, poz. 36; tak również w wyroku SN z dnia 11 października 2011 r., V KK 234/11, OSNwSK 2011, nr 1, poz. 1811.

ustawowego zagrożenia”³⁶⁰. Nie sposób również podzielić zapatrywania Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, który ogranicza ten obowiązek tylko do wypadków, w których wymierzona kara pozbawienia wolności przekracza górną granicę ustawowego zagrożenia³⁶¹. Trafnie zauważa J. Majewski, że obowiązek wymierzenia multirecydywistycznej kary pozbawienia wolności, i to w rozmiarze wyższym od dolnego progu ustawowego zagrożenia, nie aktualizuje się jedynie wyjątkowo (por. art. 57 § 2 k.k.)³⁶².

4. Konsekwencje popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej

Ustalenie, że sprawca powrócił do przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej podstawowej, stwarza podstawę do wymierzenia sprawcy kary przewidzianej za przypisane mu przestępstwo w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Sąd może orzec karę pozbawienia wolności, ale istnieje również możliwość poprzestania na grzywnie lub karze ograniczenia wolności, jeśli jest ona przewidziana za przypisane sprawcy przestępstwo, z możliwością obostrzenia jej do górnej granicy sankcji zwiększonej o połowę. W wypadku przestępstw zagrożonych alternatywnie karami izolacyjnymi (kara pozbawienia wolności, areszt wojskowy) oraz nieizolacyjnymi (grzywna, ograniczenie wolności) podstawa nadzwyczajnego obostrzenia kary określona w art. 64 § 1 k.k. dotyczy każdej z kar przewidzianych w sankcji (por. art. 38 § 1 k.k.)³⁶³.

Podzielić należy także pogląd, że wobec sprawcy działającego w ramach recydywy specjalnej podstawowej można orzec karę ograniczenia wolności bądź grzywnę, nie tylko wówczas, gdy tego rodzaju sankcje karne są przewidziane za popełniony czyn przestępny w części szczególnej Kodeksu karnego lub przepisie pozakodeksowym, lecz również stosując przepis art. 37a k.k., o ile będą za tym przemawiały ogólne

³⁶⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 16 lipca 2009 r., II AKa 150/09, OSA 2011, nr 4, poz. 14.

³⁶¹ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 22 listopada 2005 r., II AKa 168/05, OSA 2006, nr 7, poz. 45 wraz z krytyczną glosą A. Sakowicza, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10, s. 153 i n.

³⁶² J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 252–253. W konsekwencji Autor uznaje za zbyt katoryczne twierdzenie, że sąd orzekający ma obowiązek powołać przepis art. 64 § 2 k.k. nie tylko w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego sprawcy przestępstwa, lecz również w podstawie prawnej „wymiaru kary”, zawarte w wyroku SN z dnia 11 października 2011 r., V KK 234/11, LEX nr 1044075.

³⁶³ J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, t. 1, cz. 2, s. 246.

dyrektywy wymiaru kary³⁶⁴. W Kodeksie karnym nie ma żadnego ustawowego wyłączenia stosowania tej regulacji prawnej wobec sprawcy przestępstwa popełnionego w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k. Zgodnie z art. 37a k.k., jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4 k.k.

Limitowanie kary w ramach nadzwyczajnego obostrzenia następuje za pomocą dwóch przepisów: art. 64 § 1 oraz art. 38 § 2 k.k. Nieprzekraczalną granicę określa art. 38 § 2 k.k., zgodnie z którym kara nadzwyczajnie obostrzona nie może przekroczyć 810 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności lub 20 lat pozbawienia wolności; karę pozbawienia wolności wymierza się w miesiącach i latach.

W przypadku multirecydywy z art. 64 § 2 k.k. ustawodawca zobowiązuje do wymierzenia kary pozbawienia wolności powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Oznacza to, że kara wymierzona takiemu sprawcy musi przekraczać co najmniej o miesiąc dolną granicę ustawowego zagrożenia³⁶⁵. Trafnie zauważa się przy tym, że obowiązek ten obejmuje nie tylko występki, lecz również zbrodnie, gdyż wyłączenie, o którym mowa w art. 64 § 3 k.k., nie dotyczy nadzwyczajnego obostrzenia w ogóle, lecz jedynie podstawy do wyjścia przy wymiarze kary ponad górną granicę ustawowego zagrożenia³⁶⁶. Podobnie natomiast jak w przypadku recydywy specjalnej podstawowej multirecydywa stwarza podstawę do wymierzenia sprawcy kary przekraczającej górny próg ustawowego zagrożenia w wymiarze aż do półtorakrotności tego progu. O tym, czy sąd skorzysta z możliwości obostrzenia górnej granicy kary, decydują dyrektywy sądowego wymiaru kary, określone w art. 53 k.k.

Nadzwyczajne obostrzenie kary przewidziane w art. 64 § 2 k.k. odnosi się wyłącznie do kary pozbawienia wolności. Nie dotyczy natomiast innych kar, w szczególności

³⁶⁴ Por. A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 296.

³⁶⁵ Tak wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 października 2000 r., II AKa 269/00, OSA 2001, z. 3, poz. 15.

³⁶⁶ J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 253; tak również w wyroku SA w Lublinie z dnia 5 maja 2015 r., II AKa 79/15, Legalis nr 1284953.

grzywny kumulatywnej³⁶⁷. Zgodnie z art. 64 § 3 k.k. przewidziane w art. 64 § 1 lub 2 k.k. podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy zbrodni. W literaturze zasadnie zwrócono uwagę na wątpliwości co do spójności tego unormowania z postanowieniami art. 38 § 2 k.k. w brzmieniu nadanym mu nowelą z dnia 20 lutego 2015 r.³⁶⁸ Z jednej bowiem strony kara pozbawienia wolności wymierzana sprawcy, który popełnił w warunkach recydywy specjalnej występki zagrożony karą pozbawienia wolności od 2 do 12 lat, może sięgnąć aż 18 lat, z drugiej zaś strony kara pozbawienia wolności wymierzana sprawcy, który popełnił w takich warunkach zbrodnię, nie może przekroczyć 15 lat. W tym zakresie sytuacja sprawcy, który popełnił w warunkach recydywy specjalnej zbrodnię, jest w istocie taka sama jak sprawcy, który popełnił w warunkach recydywy specjalnej występki zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat. Jak konkluduje J. Majewski, „stan taki niewątpliwie rażąco uchybia założeniu racjonalności prawodawcy, zwłaszcza racjonalności aksjologicznej, ale nie da się go niestety zmienić na drodze wykładni, gdyż wymagałoby to traktowania art. 64 § 3 k.k. i wyłączenia w nim zawartego *per non est* i w konsekwencji prowadziło do rozszerzającej wykładni przepisów art. 64 § 1 i 2 k.k. (...)”³⁶⁹.

Popelnienie przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej, podstawowej lub wielokrotnej, wpływa na stosowanie wielu instytucji prawa karnego. W szczególności nie jest możliwe stosowanie do sprawców, którzy popełnili przestępstwo w warunkach recydywy specjalnej, instytucji warunkowego umorzenia postępowania, z uwagi na wymóg niekaralności sprawcy za przestępstwo umyślne (art. 66 § 1 k.k.). Ponadto przewidziany w art. 69 § 1 k.k. warunek, by „sprawca w czasie popełnienia przestępstwa nie był skazany na karę pozbawienia wolności”, wyłącza stosowanie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary do sprawców, którzy powracają do przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej określonej w art. 64 § 1 lub 2

³⁶⁷ Tak trafnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 234; por. także wyrok SA w Łodzi z dnia 23 czerwca 2015 r., II AKa 297/14, LEX nr 1814775.

³⁶⁸ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396).

³⁶⁹ Tak J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 234; J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 221–222.

k.k.³⁷⁰ Należy jednak zauważyć, że *de lege lata* nie ma natomiast żadnych formalnych ograniczeń w stosowaniu do sprawców powracających do przestępstwa w warunkach określonych w art. 64 § 1 lub 2 k.k. warunkowego zawieszenia wykonania kary, o którym mowa w art. 60 § 3–5 k.k.³⁷¹

Kolejną konsekwencją skazania w ramach recydywy specjalnej jest wydłużenie okresu odbycia kary umożliwiającego przedterminowe warunkowe zwolnienie skazanego z reszty kary. Skazanego określonego w art. 64 § 1 k.k. można warunkowo zwolnić po odbyciu dwóch trzecich kary, natomiast określonego w art. 64 § 2 k.k. po odbyciu trzech czwartych kary (art. 78 § 2 k.k.). Jeżeli skazanym jest osoba określona w art. 64 § 2 k.k., okres próby nie może być krótszy niż 3 lata (art. 80 § 2 k.k.).

³⁷⁰ Zob. J. Majewski, *Kodeks...*, s. 240. W stanie prawnym obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. nie było to formalnie wyłączone i wyjątkowo można było warunkowo zawiesić wykonanie kary orzeczonej nawet wobec multirecydywisty.

³⁷¹ Tak trafnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 255–256; J. Majewski, *Kodeks...*, s. 240–241. Jak zauważa powołany Autor, jest to rezultat noweli z dnia 20 lutego 2015 r., która uchyliła art. 69 § 3 k.k. wyłączający stosowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary, o którym mowa w art. 60 § 3–5 k.k., w stosunku do tej kategorii sprawców. Wyłączenie przewidziane dotąd w art. 69 § 3 k.k. po średniku nie zostało bowiem wyrażone w żadnym innym przepisie, w związku z czym skutek derogacji wspomnianego przepisu odpadło.

Rozdział III

Recydywa jurydyczna w ustawodawstwach wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej

I. Austria

W kodeksie karnym austriackim z dnia 23 stycznia 1974 r.³⁷² (*Strafgesetzbuch*, dalej: „a.k.k.”) do recydywy odnoszą się przepisy § 23–24, 33 i 39. Popętnienie przestępstwa w warunkach recydywy:

- stanowi okoliczność obciążającą, mającą wpływ na wymiar kary (§ 33 a.k.k.);
- stanowi podstawę zaostrzenia kary (recydywa specjalna, tzw. kwalifikowana - § 39 a.k.k.);
- prowadzi do umieszczenia w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów (§ 23 a.k.k.).

1. Recydywa jako okoliczność obciążająca

W świetle § 32 a.k.k. podstawą wymiaru kary jest wina sprawcy (ust. 1). Przy wymiarze kary sąd rozważa okoliczności obciążające i łagodzące w ich wzajemnym stosunku, jeżeli nie określają one już zagrożeń karnego oraz uwzględnia wpływ kary i inne oczekiwane skutki czynu na przyszłe życie sprawcy w społeczeństwie. Zwraca się przy tym uwagę przede wszystkim na to, w jakim stopniu czyn wynika z negatywnego lub obojętnego stosunku sprawcy do wartości prawnie chronionych, a w jakim z okoliczności zewnętrznych lub motywów, z powodu których mógłby go popełnić także człowiek wykazujący poszanowanie dla tych wartości (ust. 2). W ogólności wymierza się karę tym surowszą, im większy jest uszczerbek albo zagrożenie, które sprawca spowodował ze swej winy, albo których wprowadzie nie

³⁷² Aktualny tekst austriackiego kodeksu karnego dostępny jest na stronie: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296> (dostęp dnia 4 kwietnia 2017 r.).

spowodował, ale objął swoją winą, im więcej obowiązków swym czynem naruszył, im dokładniej czyn swój rozważył, im staranniej go przygotował lub bezwzględniej dokonał oraz im mniej można było mieć się na baczności przed czynem (ust. 3)³⁷³.

Paragraf 33 a.k.k. zawiera jedynie przykładowe wyliczenie okoliczności obciążających³⁷⁴, wśród których wymieniono m.in.:

- popełnienie kilku przestępstw tego samego lub różnego rodzaju albo kontynuowanie przestępstwa przez dłuższy czas,
- uprzednie skazanie za czyn wyływający z tej samej szkodliwej skłonności³⁷⁵.

³⁷³ § 32. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters.

(2) Bei Bemessung der Strafe hat das Gericht die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen könnte.

(3) Im allgemeinen ist die Strafe umso strenger zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, die der Täter verschuldet hat oder die er zwar nicht herbeigeführt, aber auf die sich sein Verschulden erstreckt hat, je mehr Pflichten er durch seine Handlung verletzt, je reiflicher er seine Tat überlegt, je sorgfältiger er sie vorbereitet oder je rücksichtsloser er sie ausgeführt hat und je weniger Vorsicht gegen die Tat hat gebraucht werden können.

³⁷⁴ G. Reissig, G. Kunst, Das neue österreichische Strafgesetzbuch (StGB) mit Erläuterungen. Kurzkommentar, Wien 1974, s. 42.

³⁷⁵ § 33. (1) Ein Erschwerungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter

1. mehrere strafbare Handlungen derselben oder verschiedener Art begangen oder die strafbare Handlung durch längere Zeit fortgesetzt hat;

2. schon wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat verurteilt worden ist;

3. einen anderen zur strafbaren Handlung verführt hat;

4. der Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung oder an einer solchen Tat führend beteiligt gewesen ist;

5. aus rassistischen, fremdenfeindlichen oder anderen besonders verwerflichen Beweggründen, insbesondere solchen, die sich gegen eine der in § 283 Abs. 1 Z 1 genannten Gruppen von Personen oder ein Mitglied einer solchen Gruppe ausdrücklich wegen der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe richten, gehandelt hat;

6. heimtückisch, grausam oder in einer für das Opfer qualvollen Weise gehandelt hat;

7. bei Begehung der Tat die Wehr- oder Hilflosigkeit eines anderen ausgenützt hat;

8. die Tat unter Missbrauch der personenbezogenen Daten einer anderen Person begangen hat, um das Vertrauen eines Dritten zu gewinnen, wodurch dem rechtmäßigen Identitätseigentümer ein Schaden zugefügt wird.

(2) Ein Erschwerungsgrund ist es außer in den Fällen des § 39a Abs. 1 auch, wenn ein volljähriger Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung gegen eine unmündige Person oder für diese wahrnehmbar gegen eine ihr nahestehende Person begangen hat.

(3) Ein Erschwerungsgrund ist es ferner auch, wenn der Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung nach dem ersten bis dritten oder zehnten Abschnitt des Besonderen Teils,

1. gegen eine Angehörige oder einen Angehörigen (§ 72), einschließlich einer früheren Ehefrau, eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin oder eines früheren Ehemanns, eingetragenen

W literaturze austriackiej powszechny jest pogląd, że zaostrenie kary ze względu na obciążenie poprzednią karalnością rozmija się z wymiarem kary opartym na winie. Stąd też autorzy austriaccy opowiadają się za możliwością uznania recydywy za okoliczność obciążającą tylko wtedy, gdy podyktowany w ten sposób wymiar kary wyznaczony jest jednocześnie przez współmierność z wagą czynu³⁷⁶.

Zgodnie z § 71 a.k.k. za czyn wyływający z tej samej szkodliwej skłonności należy rozumieć czyn skierowany przeciwko temu samemu dobru prawnemu albo pozostający w związku z tego samego rodzaju niskimi pobudkami (*auf gleichartige verwerfliche Beweggründe*) lub z takimi samymi wadami charakteru (*auf den gleichen Charaktermangel zurückzuführen*)³⁷⁷.

2. Recydywa specjalna

Recydywa specjalna (§ 39 a.k.k.) zachodzi, jeśli sprawca był już dwukrotnie skazany na karę pozbawienia wolności za czyny wyływające z tej samej szkodliwej skłonności i kary te odbył co najmniej częściowo (choćby tylko przez zaliczenie tymczasowego aresztowania lub wykonanie środka zabezpieczającego połączonego z pozbawieniem wolności). Można wówczas w razie ponownego popełnienia przez niego po ukończeniu 19 roku życia przestępstwa wyływającego z tej samej szkodliwej skłonności orzec karę pozbawienia wolności lub grzywny w wymiarze do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Kara terminowego pozbawienia wolności nie może jednak przekroczyć 20 lat. Poprzedniej kary nie uwzględnia się jednak, jeżeli od jej odbycia do popełnienia kolejnego czynu upłynęło więcej niż 5 lat. Do tego terminu nie wlicza się okresu, w którym skazany był zatrzymany na mocy urzędowego nakazu. Jeżeli odbycie kary nastąpiło jedynie

Partners oder Lebensgefährten, als mit dem Opfer zusammenlebende Person oder eine ihre Autoritätsstellung missbrauchende Person;

2. *gegen eine aufgrund besonderer Umstände schutzbedürftige Person unter Ausnützung deren besonderer Schutzbedürftigkeit;*

3. *unter Einsatz eines außergewöhnlich hohen Ausmaßes an Gewalt oder nachdem der Tat eine solche Gewaltanwendung vorausgegangen ist;*

4. *unter Einsatz oder Drohung mit einer Waffe begangen hat.*

³⁷⁶ Zob. B. Janiszewski, *Recydywa wielokrotna w prawie karnym. Zagadnienia nadzwyczajnego wymiaru kary*, Warszawa–Poznań 1992, s. 93–94 oraz przywołana tam literatura.

³⁷⁷ § 71. *Auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen mit Strafe bedrohte Handlungen, wenn sie gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet oder auf gleichartige verwerfliche Beweggründe oder auf den gleichen Charaktermangel zurückzuführen sind.*

przez zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania, okres (5 lat) rozpoczyna bieg dopiero z chwilą uprawomocnienia się wyroku³⁷⁸.

Charakterystyczny dla recydywy specjalnej jest zatem wymóg dwukrotnego poprzedniego skazania i możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności oraz kary grzywny do górnej granicy zwiększonej o połowę. Dla przyjęcia recydywy konieczne jest, aby poprzednie skazania dotyczyły kary pozbawienia wolności za przestępstwo wynikające z tej samej szkodliwej skłonności, a po (choćby częściowym) odbyciu kary sprawca ponownie dopuścił się przestępstwa. Podwyższenie górnej granicy kary o połowę nie powinno w efekcie powodować skazania łącznie na okres ponad 20 lat.

3. Umieszczenie w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów

Austriacki kodeks karny w § 23 przewiduje wobec recydywistów środek zabezpieczający w postaci umieszczenia w zakładzie dla „niebezpiecznych recydywistów”, którego głównym celem jest ochrona społeczeństwa przed tego rodzaju sprawcami. Środek z § 23 a.k.k. ma nie tylko charakter prewencyjny, lecz także resocjalizacyjny i przeznaczony jest do stosowania w odniesieniu do przestępców wykazujących skłonności do popełniania określonych przestępstw oraz dla przestępców zawodowych³⁷⁹.

Umieszczenie to ma charakter obligatoryjny i obejmuje sprawców, którzy ukończyli 24 rok życia i skazywani są na karę co najmniej 2 lat pozbawienia wolności. Sąd

³⁷⁸ § 39. Strafschärfung bei Rückfall. (1) Ist der Täter schon zweimal wegen Taten, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen, zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden und hat er diese Strafen wenigstens zum Teil, wenn auch nur durch Anrechnung einer Vorhaft oder der mit dem Vollzug einer vorbeugenden Maßnahme verbundenen Freiheitsentziehung, verbüßt, so kann, wenn er nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres neuerlich aus der gleichen schädlichen Neigung eine strafbare Handlung begeht, das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe um die Hälfte überschritten werden. Doch darf die zeitliche Freiheitsstrafe die Dauer von zwanzig Jahren nicht überschreiten.

(2) Eine frühere Strafe bleibt außer Betracht, wenn seit ihrer Verbüßung bis zur folgenden Tat mehr als fünf Jahre vergangen sind. In diese Frist werden Zeiten, in denen der Verurteilte auf behördliche Anordnung angehalten worden ist, nicht eingerechnet. Ist die Strafe nur durch Anrechnung einer Vorhaft verbüßt worden, so beginnt die Frist erst mit Rechtskraft des Urteils.

³⁷⁹ A. Wąsek, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1982, s. 210–212.

zarządza jednocześnie umieszczenie sprawcy w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów, jeżeli spełnione są następujące przesłanki:

1) skazanie następuje wyłącznie lub głównie w związku z popełnieniem jednego albo więcej umyślnych przestępstw, skierowanych przeciw życiu i zdrowiu, wolności, cudzemu mieniu z wykorzystaniem groźby użycia przemocy przeciw osobie, przestępstw seksualnych, na podstawie § 28a ustawy o środkach odurzających, lub w związku z jednym albo więcej umyślnych przestępstw sprowadzających powszechne niebezpieczeństwo,

2) osoba ta była już dwa razy skazana wyłącznie lub głównie za czyny wymienione w pkt 1, na kary pozbawienia wolności na okres każdorazowo dłuższy niż 6 miesięcy, i z tego powodu jeszcze przed popełnieniem aktualnie sądzonych czynów, jednak po ukończeniu 19 roku życia, odbyła co najmniej 18 miesięcy kary pozbawienia wolności oraz

3) zachodzi obawa, że sprawca z powodu skłonności do przestępstw wymienionych w pkt 1 albo ze względu na to, że zwykł zdobywać środki swego utrzymania głównie za pomocą takich przestępstw, będzie nadal popełniał takie przestępstwa o poważnych następstwach (§ 23 ust. 1 a.k.k.).

Od umieszczenia w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów należy odstąpić, jeśli zachodzą warunki do umieszczenia skazanego w zakładzie dla sprawców z zaburzeniami psychicznymi (§ 23 ust. 2 a.k.k.).

Pobyty w zakładzie dla sprawców z zaburzeniami psychicznymi na podstawie § 21 ust. 2 a.k.k. lub w zakładzie dla sprawców wymagających leczenia odwykowego uważa się o tyle za równoznaczny z pozbawieniem wolności, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, że czas pobytu w zakładzie podlega zaliczeniu na poczet kary (§ 23 ust. 3 a.k.k.).

Nie bierze się pod uwagę poprzedniej kary, jeśli od jej odbycia aż do następnego czynu upłynęło ponad 5 lat. Do tego terminu nie wlicza się okresów, w których skazany był zatrzymany na mocy urzędowego nakazu. Jeśli odbycie kary nastąpiło tylko przez zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania, bieg terminu rozpoczyna się z chwilą uprawomocnienia się wyroku (§ 23 ust. 4 a.k.k.).

Skazania za granicą uwzględnia się, jeśli zachodzą warunki określone w § 73 i należy przypuszczać, że sprawca zostałby skazany także przez sąd krajowy na karę pozbawienia wolności powyżej 6 miesięcy i odbywałby ją przez okres wymagany do spełnienia warunków określonych w ust. 1 pkt 2 (§ 23 ust. 5 a.k.k.)³⁸⁰.

Umieszczenie w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów wykonuje się po karze pozbawienia wolności. Przed skierowaniem sprawcy do zakładu dla niebezpiecznych recydywistów sąd bada z urzędu, czy umieszczenie jest jeszcze konieczne (§ 24 ust. 2 a.k.k.)³⁸¹. Uznanie, że nie jest już konieczne skierowanie sprawcy do zakładu dla niebezpiecznych recydywistów, jest równoznaczne z warunkowym zwolnieniem z takiego zakładu (§ 47 ust. 4 a.k.k.)³⁸².

Austriacki kodeks karny przewiduje, że środki zabezpieczające zarządza się na czas nieoznaczony. Stosuje się je tak długo, jak tego wymaga ich cel. Jednakże

³⁸⁰ § 23. (1) Wird jemand nach Vollendung des vierundzwanzigsten Lebensjahres zu einer mindestens zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt, so hat das Gericht zugleich seine Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter anzuordnen,

1. wenn die Verurteilung ausschließlich oder überwiegend wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher strafbarer Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen fremdes Vermögen unter Anwendung oder Androhung von Gewalt gegen eine Person, gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung, nach § 28a des Suchtmittelgesetzes oder wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher gemeingefährlicher strafbarer Handlungen erfolgt,

2. wenn er bereits zweimal ausschließlich oder überwiegend wegen Handlungen der in Z 1 genannten Art zu Freiheitsstrafen in der Dauer von jeweils mehr als sechs Monaten verurteilt worden ist und deshalb vor Begehung der nunmehr abgeurteilten Handlungen, jedoch nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres mindestens achtzehn Monate in Strafhaft zugebracht hat und

3. wenn zu befürchten ist, daß er wegen seines Hanges zu strafbaren Handlungen der in Z 1 genannten Art oder weil er seinen Lebensunterhalt überwiegend durch solche strafbare Handlungen zu gewinnen pflegt, sonst weiterhin solche strafbare Handlungen mit schweren Folgen begehen werde.

(2) Von der Unterbringung ist abzusehen, wenn die Voraussetzungen für die Unterbringung des Rechtsbrechers in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher vorliegen.

(3) Die Anhaltung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 Abs. 2 oder in einer Anstalt für entöhnungsbedürftige Rechtsbrecher steht der Strafhaft (Abs. 1 Z 2) insoweit gleich, als die Zeit der Anhaltung auf die Strafe anzurechnen ist.

(4) Eine frühere Strafe bleibt außer Betracht, wenn seit ihrer Verbüßung bis zur folgenden Tat mehr als fünf Jahre vergangen sind. In diese Frist werden Zeiten, in denen der Verurteilte auf behördliche Anordnung angehalten worden ist, nicht eingerechnet. Ist die Strafe nur durch Anrechnung einer Vorhaft verbüßt worden, so beginnt die Frist erst mit Rechtskraft des Urteils.

(5) Ausländische Verurteilungen sind zu berücksichtigen, wenn die Voraussetzungen des § 73 vorliegen und anzunehmen ist, daß der Täter auch von einem inländischen Gericht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt worden wäre und die zur Erfüllung der Voraussetzungen des Abs. 1 Z 2 erforderliche Zeit in Strafhaft zugebracht hätte.

³⁸¹ § 24. (2) Die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter ist nach der Freiheitsstrafe zu vollziehen. Vor der Überstellung des Rechtsbrechers in die Anstalt für gefährliche Rückfallstäter hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Unterbringung noch notwendig ist.

³⁸² § 47. (4) Die Entscheidung, daß die Überstellung des Rechtsbrechers in die Anstalt für gefährliche Rückfallstäter nicht mehr notwendig ist (§ 24 Abs. 2), steht einer bedingten Entlassung aus der Anstalt für gefährliche Rückfallstäter gleich.

umieszczenie w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów nie może trwać dłużej niż 10 lat (zob. § 25 ust. 1 a.k.k.). O uchyleniu środka zabezpieczającego orzeka sąd (§ 25 ust. 2 a.k.k.). Co najmniej raz w roku sąd bada z urzędu, czy umieszczenie w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów jest jeszcze konieczne (§ 25 ust. 3 a.k.k.)³⁸³.

II. Belgia³⁸⁴

1. Definicja recydywy

Belgijski kodeks karny³⁸⁵ (dalej: „b.k.k.”) nie zawiera definicji legalnej recydywy. W konsekwencji przepisy art. 54–57 b.k.k. ograniczają się do wyliczenia różnych sytuacji, które mogą doprowadzić do obostrzenia wymiaru kary przez sędziego. Stosownie do postanowień powołanych regulacji:

Art. 54. Osobie skazanej za zbrodnię, która popełnia nową zbrodnię zagrożoną karą pozbawienia wolności od 5 do 10 lat, może zostać wymierzona kara pozbawienia wolności od 10 do 15 lat.

Jeżeli zbrodnia zagrożona jest karą pozbawienia wolności (*réclusion*) od 10 do 15 lat, może zostać wymierzona kara pozbawienia wolności od 15 do 20 lat.

³⁸³ § 25. (1) *Vorbeugende Maßnahmen sind auf unbestimmte Zeit anzuordnen. Sie sind so lange zu vollziehen, wie es ihr Zweck erfordert. Die Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher darf jedoch nicht länger als zwei Jahre dauern, die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter nicht länger als zehn Jahre.*

(2) *Über die Aufhebung der vorbeugenden Maßnahme entscheidet das Gericht.*

(3) *Ob die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher oder in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter noch notwendig ist, hat das Gericht von Amts wegen mindestens alljährlich zu prüfen.*

(4) *Ob die Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher aufrechtzuerhalten ist, hat das Gericht von Amts wegen mindestens alle sechs Monate zu prüfen.*

³⁸⁴ Tekst opracowano na podstawie: O. Michiels, E. Jacques, *Principes de droit penal. Note sommaires et provisoires*, 3e édition, Université de Liège 2014. Opracowanie dostępne na stronie: <http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/131572> (dostęp dnia 7 kwietnia 2017 r.).

³⁸⁵ Publication: 09-06-1867 numéro: 1867060850 page : 3133, tekst dostępny na stronie: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1867060801%2FF&caller=list&row_id=1&numero=2&rech=4&cn=1867060801&table_name=LOI&nm=1867060850&la=F&dt=CODE+PENAL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27PENAL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=41&imgcn.y=12#LNKR0022 (dostęp dnia 7 kwietnia 2017 r.).

Jeżeli zbrodnia zagrożona jest karą pozbawienia wolności od 15 do 20 lat, zostanie mu wymierzona kara co najmniej 17 lat pozbawienia wolności.

Art. 55. Osobie skazanej za zbrodnię, która popełnia nową zbrodnię zagrożoną karą pozbawienia wolności (*détention*) od 5 do 10 lat, może zostać wymierzona kara pozbawienia wolności (*détention*) od 10 do 15 lat.

Jeśli zbrodnia jest zagrożona karą pozbawienia wolności od 10 do 15 lat, sprawcy może zostać wymierzona kara pozbawienia wolności (*détention*) od 15 do 20 lat.

Jeżeli zbrodnia zagrożona jest karą pozbawienia wolności (*détention*) od 15 do 20 lat, zostanie mu wymierzona kara co najmniej 17 lat pozbawienia wolności.

Art. 56. Osobie skazanej za zbrodnię, która popełnia nowy występki, może zostać wymierzona kara w podwójnej wysokości maksymalnej kary przewidzianej ustawą za ten występki.

Taka sama kara może zostać wymierzona w przypadku uprzedniego skazania za występki na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) co najmniej roku, jeśli sprawca dopuścił się nowego występkę przed upływem 5 lat od wykonania lub przedawnienia wykonania kary.

W przypadkach opisanych w ustępach 1 i 2, jeśli nowy występki stanowił zbrodnię według starej ustawy lub gdy sąd przysięgłych (*la cour d'assises*) stwierdził istnienie podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary, górna granica kary pozbawienia wolności nie może przekroczyć maksymalnej kary pozbawienia wolności (*réclusion*) przewidzianej ustawą za tę zbrodnię lub 40 lat, jeśli maksymalną karę stanowi kara dożywotniego pozbawienia wolności.

W żadnym przypadku kara orzeczona nie może przekroczyć jednego roku kary dozoru elektronicznego, kary 300 godzin pracy lub 2 lat autonomicznego środka probacyjnego.

Art. 57. Zasady dotyczące recydywy znajdują zastosowanie, zgodnie z poprzednimi przepisami, w przypadku uprzedniego skazania, orzeczonego przez sąd wojskowy, za czyny zabronione kwalifikowane jako zbrodnia lub występki przez prawo karne powszechne oraz co do kar przewidzianych tymi przepisami.

Jeśli za czyn zabroniony wymierzono karę przewidzianą przez prawo wojskowe, sądy dokonujące oceny, czy zachodzą przesłanki recydywy, wezmą pod uwagę karę wymierzoną za ten czyn pierwszym wyrokiem, jaka zostałaby wymierzona zgodnie z prawem karnym powszechnym.

Art. 57 bis. Zasady dotyczące recydywy, przewidziane w art. 54–56 znajdują zastosowanie w przypadku uprzedniego skazania branego pod uwagę zgodnie z art. 99 bis³⁸⁶.

Recydywa w belgijskim prawie karnym oznacza zatem sytuację, w której sprawca, który był już skazany na podstawie prawomocnego orzeczenia sądowego, staje ponownie przed sądem, aby odpowiedzieć za przestępstwo. Recydywa nie jest okolicznością obciążającą przestępstwa. Wiąże się ona w rzeczywistości z osobą odpowiedzialną za czyn zabroniony i opiera się na jego skłonności do popełniania przestępstw. Z tego powodu wypływają różne konsekwencje:

³⁸⁶ Art. 53. La loi détermine dans quels cas et de quelles peines sont punies les tentatives de délits.
Art. 54. Quiconque, ayant été condamné à une peine criminelle, aura commis un crime emportant la réclusion de cinq ans à dix ans, pourra être condamné à la réclusion de dix ans à quinze ans.
Si le crime emporte la réclusion de dix ans à quinze ans, le coupable pourra être condamné à la réclusion de quinze ans à vingt ans.
Il sera condamné à dix-sept ans au moins de cette peine si le crime emporte la réclusion de quinze ans à vingt ans
Art. 55. Quiconque, ayant été condamné à une peine criminelle, aura commis un crime puni de la détention de cinq ans à dix ans, pourra être condamné à la détention de dix ans à quinze ans.
Si le crime est puni de la détention de dix ans à quinze ans, le coupable pourra être condamné à la (détention de quinze ans à vingt ans).
Il sera condamné à dix-sept ans au moins de détention, si le crime emporte la (détention de quinze ans à vingt ans).
Art. 56. Quiconque, après une condamnation à une peine criminelle, aura commis un délit, pourra être condamné à une peine double du maximum porté par la loi contre le délit.
La même peine pourra être prononcée en cas de condamnation antérieure à un emprisonnement d'un an au moins, si le condamné a commis le nouveau délit avant l'expiration de cinq ans depuis qu'il a subi ou prescrit sa peine.
Même dans les cas visés aux alinéas 1 et 2, si le nouveau délit est un crime qui a été correctionnalisé ou pour lequel la cour d'assises a admis l'existence de circonstances atténuantes, la durée de la peine d'emprisonnement ne pourra excéder celle de la peine de réclusion maximale prévue par la loi pour ce crime ou quarante ans si ladite peine est la réclusion à perpétuité.
En aucun cas, la peine prononcée ne peut excéder une année de peine de surveillance électronique, trois cents heures de peine de travail ou deux ans de peine de probation autonome.
Art. 57. Les règles établies pour la récidive seront appliquées, conformément aux articles précédents, en cas de condamnation antérieure prononcée par un tribunal militaire, pour un fait qualifié crime ou délit par les lois pénales ordinaires, et à une peine portée par ces mêmes lois
Si, pour ce fait, une peine portée par les lois militaires a été prononcée, les cours et tribunaux, dans l'appréciation de la récidive, n'auront égard qu'au minimum de la peine que le fait puni par le premier jugement pouvait entraîner d'après les lois pénales ordinaires.
Art. 57 bis. Les règles établies pour la récidive, prévues aux articles 54 à 56, sont appliquées en cas de condamnation antérieure prise en compte conformément à l'article 99bis.

- recydywa nie zmienia charakteru przestępstwa, z jakim się wiąże. Według A. Marchala i J.P. Jaspara „występek popełniony w stanie recydywy pozostaje występką, nawet jeśli obostrzenie kary wynikające z tego powodu, wydłuża wymiar kary ponad granice kary grożącej za występek”³⁸⁷;
- recydywa nie musi być koniecznie zawarta w akcie oskarżenia czy postanowieniu o skierowaniu sprawy na rozprawę³⁸⁸. Jeśli zatem sędzia uzna, że spełnione zostały warunki recydywy dopiero przy wymierzaniu kary, nie dojdzie do naruszenia prawa oskarżonego do obrony, jeśli uprzedzony o tej możliwości miał okazję zweryfikować, przed zamknięciem rozprawy, dowody świadczące, iż warunki recydywy zostały spełnione³⁸⁹;
- przewodniczący nie musi pytać przysięgłych ławników o recydywę. Jedynie w czasie narady przy wymiarze kary, sędzia i ławnicy dokonują oceny wypełnienia warunków recydywy³⁹⁰.

2. Warunki formalne recydywy³⁹¹

2.1. Uprzednie skazanie a res iudicata³⁹²

Recydywa odróżnia się od ponownego popełnienia przestępstwa tym, że dla tego drugiego wystarczy, iż poprzednie przestępstwo skutkowało jedynie nieprawomocnym skazaniem karnym³⁹³. Za tym rozróżnieniem stoją dwie przyczyny.

³⁸⁷ A. Marchal, J.P. Jaspar, *Droit criminel, Traité théorique et pratique*, Larcier, 1965, t. I, s. 140; Liège, 20 févr. 1946, J.T., 1946, s. 143; Cass., 18 avril 1910, Pas., 1910, s. 189.

³⁸⁸ Cass., 24 sept. 1962, Pas., 1963, s. 114; Cass., 14 déc. 1964, Pas., 1965, s. 374; Cass., 15 juill. 1997, R.G., no P.97.805F (Silverans); le ministère public peut requérir pour la première fois la récidive devant la cour d'appel: voir Liège, 20 févr. 1946, J.T., 1946, s. 143.

³⁸⁹ Cass., 21 juin 1954, Pas., 1954, s. 911; Cass., 23 déc. 1958, Pas., 1959, s. 423; l'état de récidive n'est pas prouvé par la production des bulletins de renseignements et les extraits du casier judiciaire: Cass., 3 janv. 1955, Pas., 1955, s. 446; Cass., 22 févr. 1960, Pas., 1960, s. 724; Cass., 9 juin 1964, Pas., 1964, s. 1083.

³⁹⁰ M. Franchimont, A. Jacobs, A. Masset, *Manuel de procédure pénale, 4e édition, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Larcier, 2012, s. 943; Cass., 17 juin 1975, Pas., 1975, s. 998.

³⁹¹ Podaję za O. Michiels, E. Jacques, *Principes de droit penal...*

³⁹² Cass., 19 déc. 1984, Bull., 1985, s. 497; Cass., 8 mars 1988, Bull., 1988, p. 822; Cass., 5 octobre 1999, Pas., 1999, s. 507; Cass., 22 septembre 2004, J.L.M.B., 2005, s. 518.

³⁹³ A. De Nauw, *Les nouvelles techniques juridiques de la récidive en droit comparé*, Rev. dr. pén., 1978, s. 352.

Po pierwsze, obostrzenie kary może być zastosowane jedynie w sytuacji, w której oskarżony otrzyma, zanim popełni kolejne przestępstwo, formalne ostrzeżenie o ryzyku związanym z ponownym popełnieniem przestępstwa. Po drugie, nie może dojść do recydywy, jeżeli od wyroku dotyczącego skazania za pierwszy czyn przysługuje środek odwoławczy, w wyniku którego dojdzie do uchylenia tego wyroku³⁹⁴.

Jeśli recydywa zakłada istnienie wyroku skazującego mającego powagę rzeczy osądzonej, przyjmuje się, że wyrok zaoczny, który nie został zaskarżony w terminie, może stanowić podstawę recydywy. Nie ma charakteru ostatecznego orzeczenie, które nie zostało jednak prawidłowo doręczone. W tym wypadku oskarżony może żądać przywrócenia swojej sprawy do rozpoznania³⁹⁵. Tego typu orzeczenie nie może więc stanowić podstawy recydywy³⁹⁶.

Recydywa jednak nie zachodzi, jeśli uprzednie postępowanie zostało zawieszone³⁹⁷, i *a fortiori*, jeśli nie doszło do skazania z uwagi na zawarcie ugody czy w wyniku mediacji. Podobnie jest w sytuacji amnestii czy zatarcia, gdyż powyższe środki prowadzą do wymazania uprzedniego skazania³⁹⁸.

Wyrok skazujący zmieniony czy też uchylony w wyniku zastosowania prawa łaski może stanowić podstawę recydywy³⁹⁹. Łaska króla ma bowiem wpływ jedynie na wykonanie wyroku skazującego, ale już nie na jego zatarcie.

Warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia kary jest środkiem wykonania kary. Uznaje się wówczas, że osadzony korzystający z tej instytucji odbył swoją karę

³⁹⁴ O. Michiels, *Les grands principes de la récidive*, J.T., 1998, s. 506.

³⁹⁵ O. Michiels, *L'opposition en procédure pénale*, Dossier du J.T., 2004, n° 47, s. 45–46 i 94.

³⁹⁶ Cass., 25 avril 2001, J.T., 2001, s. 631.

³⁹⁷ Cass., 19 décembre 1984, Bull., 1985, s. 497.

³⁹⁸ Cass., 31 mars 1992, Bull., 1992, s. 697; Cass., 22 nov. 1994, Pas., 1994, s. 198; Cass., 13 nov. 1991, Bull., 1992, s. 199. Jest oczywiste, że sędzia nie może uwzględnić recydywy, jeśli poprzednie skazanie uległo zatarciu: Cass., 22 nov. 1994, Pas., 1994, s. 996; Cass., 31 mars 1992, Pas., 1992, p. 697; Cass., 13 novembre 1991, Rev. dr. pén., 1992, s. 663.

³⁹⁹ Cass., 14 avril 1935, Pas., 1935, s. 223; F. Kefer, «*Le point de départ du délai de cinq ans en matière de récidive*», *observations*, sous Liège, 23 mars 1987, J.L.M.B., 1988, s. 1014.

z chwilą wyjścia na wolność⁴⁰⁰. Skazanie w tej sytuacji pozwala jednak na zakwalifikowanie nowego czynu w warunkach recydywy.

Podstawę recydywy może również stanowić warunkowe zawieszenie kary, ponieważ, mimo że wpływa na wykonanie kary, to jednak nie unicestwia samego skazania⁴⁰¹.

Do zachowania recydywy nie jest również konieczne, aby kara była skutecznie wykonana w chwili, gdy sprawca popełnia nowe przestępstwo⁴⁰².

2.2. *Popelnienie nowego przestępstwa po skazaniu za zbrodnię, występki lub wykroczenie*

Wyrok skazujący musi zostać wydany przez sąd zgodnie z belgijskim porządkiem prawnym. Mimo to niektóre instrumenty międzynarodowe pozwalają na odstępstwo od tej zasady, ponieważ przewidują, że wyroki skazujące wydane przez sądy obce za niektóre przestępstwa będą brane pod uwagę przy ustalaniu recydywy⁴⁰³. Również sędzia belgijski, na podstawie przepisu prawa międzynarodowego⁴⁰⁴ mającego bezpośrednie zastosowanie w sprawie, który pozwala mu na ustalenie recydywy na podstawie orzeczenia zagranicznego sądu, może zgodnie z prawem belgijskim obostrzyć karę wymierzoną oskarżonemu.

⁴⁰⁰ Cass., 23 oct. 1996, *Larcier* Cass., 1997, s. 89.

⁴⁰¹ M. Van Balberghe, *De herhaling in het strafrecht*, R.W., 1951–1952, col. 708.

⁴⁰² Cass., 21 avril 1902, *Pas.*, 1902, s. 207.

⁴⁰³ Zob. w zakresie narkotyków, Konwencja nowojorska z dnia 30 marca 1961 r. zatwierdzona ustawą z dnia 20 sierpnia 1969 r., art. 36, § 2, a, 3; W. Brossens, *De wet en de drugs*, R.W., 1976–1977, col. 1025 à 1112; zob. również art. 192 b.k.k. dotyczący fałszowania pieniędzy (F. Tulkens, M. van de Kerchove, Y. Cartuyvels, C. Guillaïn, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Kluwer, 2010, s. 492).

⁴⁰⁴ Ogólnie rzecz biorąc, orzeczenie zagraniczne jest oceniane pod kątem przepisów konstytucyjnych, przepisów krajowych oraz belgijskiego systemu sądowego w celu ustalenia, czy wszystkie konieczne gwarancje co do jakości formalnej skazania mogą stanowić podstawę recydywy bez potrzeby wznowiania postępowania; zob. również A. de Nauw, *Les nouvelles...*, s. 374–376.

3. Sytuacje szczególne⁴⁰⁵

3.1. Recydywa i zbieg przestępstw

Konieczne jest rozróżnienie pojęć recydywa i zbieg przestępstw. Recydywa zakłada uprzednie skazanie prawomocnym wyrokiem mającym powagę rzeczy osądzonej za czyn dokonany przed popełnieniem nowego czynu zabronionego. Zbieg przestępstw zachodzi, gdy pierwszy czyn nie był jeszcze prawomocnie osądzony w chwili popełnienia nowego czynu. Sędzia powinien więc dokonać oceny obu instytucji, poczynając od tego, czy spełnione zostały warunki recydywy, a jeśli nie, czy zachodzi zbieg przestępstw⁴⁰⁶.

3.2. Recydywa i okoliczności łagodzące

W doktrynie belgijskiej przyjmuje się powszechnie, że połączenie zasad dotyczących recydywy oraz okoliczności łagodzących odbywa się w sposób następujący: w sytuacji, gdy zastosowanie recydywy ma charakter fakultatywny, przy wymiarze kary najpierw należy uwzględnić okoliczności łagodzące, a dopiero później zasady recydywy; a w sytuacji gdy recydywę należy zastosować obligatoryjnie, oblicza się karę, a na koniec uwzględnia okoliczności łagodzące⁴⁰⁷.

4. Rodzaje recydywy⁴⁰⁸

Ustawodawca rozróżnia cztery rodzaje recydywy: zbrodnia po zbrodni, występki po zbrodni, występki po występkach, wykroczenie po wykroczeniu.

⁴⁰⁵ Podaję za O. Michiels, E. Jacques, *Principes de droit penal...*

⁴⁰⁶ P. Monville, *Récidive, Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2005, s. 81; Cass., 18 janvier 1938, Pas., 1938, s. 330.

⁴⁰⁷ G. Schuind, *La récidive pénale*, Rev. dr. pén., 1923, s. 631; R.P.D.B., t. VII, vo «Infractions et répression en général», s. 62, no 366; Pand. b., vo «Récidive», no 34 i n.

⁴⁰⁸ Podaję za O. Michiels, E. Jacques, *Principes de droit penal...*

4.1. Zbrodnia po zbrodni

Zgodnie z art. 54 b.k.k. sprawcy prawomocnie skazanemu za zbrodnię, który popełnia nową zbrodnię zagrożoną karą od 5 do 10 lat pozbawienia wolności (*réclusion*), może zostać wymierzona kara od 10 do 15 lat pozbawienia wolności. Jeśli zbrodnia zagrożona jest karą od 10 do 15 lat pozbawienia wolności (*réclusion*), sprawcy może zostać wymierzona kara od 15 do 20 lat pozbawienia wolności⁴⁰⁹. Tego typu recydywa ma charakter ciągły, tzn. nie ma terminu jej przedawnienia⁴¹⁰. Recydywa jest, ogólnie rzecz biorąc, fakultatywna⁴¹¹. Niemniej, obostrzenie jest obligatoryjne, gdy sprawca zostaje uznany winnym popełnienia nowej zbrodni zagrożonej karą od 15 do 20 lat pozbawienia wolności. W tym wypadku wymierza się karę co najmniej 17 lat pozbawienia wolności⁴¹².

4.2. Występek po zbrodni

Do recydywy dochodzi również w przypadku uprzedniego prawomocnego skazania za zbrodnię, jeśli zostanie następnie popełniony występki. Sprawca może wówczas zostać skazany na karę w wysokości do podwojonej maksymalnej kary przewidzianej ustawą za popełniony występki⁴¹³. Jeśli nowy występki jest karany jednocześnie karą pozbawienia wolności (*emprisonnement*) oraz grzywną, sędzia może wymierzyć obie kary w wysokości podwojonej wysokości ich maksymalnego wymiaru, czy też tylko jedną w tym wymiarze albo nie podwajać wymiaru żadnej z nich z uwagi na fakultatywny charakter recydywy⁴¹⁴. Tego typu recydywa ma charakter ciągły, ogólny i zawsze fakultatywny.

⁴⁰⁹ Zob. art. 54 b.k.k.; art. 55 b.k.k. dotyczy recydywy zbrodni po zbrodni w sytuacji, gdy nowe przestępstwo ma charakter polityczny.

⁴¹⁰ A. De Nauw, *Les nouvelles...*, s. 372; F. Tulkens, M. van de Kerchove, Y. Cartuyvels, C. Guillaïn, *Introduction...*, s. 494.

⁴¹¹ J.-S.-G. Nypels, J. Servais, *Le Code pénal belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, Bruylant, 1896, s. 133.

⁴¹² Art. 54 i 55 (*in fine*) b.k.k.

⁴¹³ Art. 56 ust. 1 b.k.k.

⁴¹⁴ O. Michiels, *Les grands...*, s. 507.

4.3. Występek po występku

Ten rodzaj recydywy zakłada istnienie uprzedniego skazania za występek na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) co najmniej roku oraz popełnienie nowego występkę przed upływem 5 lat od odbycia czy też przedawnienia wykonania kary⁴¹⁵.

Pierwszy warunek tego rodzaju recydywy wymaga istnienia kary pozbawienia wolności co najmniej roku. W związku z tym uprzednie skazanie na karę 12 miesięcy pozbawienia wolności nie może stanowić podstawy recydywy⁴¹⁶. Poza tym Sąd Kasacyjny Belgii uznał, że „dla zaistnienia recydywy, nie wystarczy, że suma różnych kar za różne występki przekroczy rok”⁴¹⁷. Wysoka Izba również doszła do wniosku, że kary uprzednio orzeczone dotyczą skazania na rok pozbawienia wolności i zostały zamienione na karę grzywny w wyniku zastosowania królewskiej łaski, są karami orzeczonymi na podstawie skazania, które spełnia wymogi recydywy: w konsekwencji orzeczenie łaski ma wpływ jedynie na wykonanie kary a nie na jej zatarcie⁴¹⁸.

Drugi warunek tego rodzaju recydywy dotyczy jej czasowego charakteru. W konsekwencji nowy występek musi zostać popełniony w ciągu 5 lat od wykonania albo przedawnienia wykonania pierwszej kary. Punktem wyjścia jest 5-letni termin, którego bieg jest różnie liczony w zależności od następujących sytuacji:

- a) jeśli wysokość orzeczonej kary została zmniejszona albo uchylona w wyniku ułaskawienia; wówczas kara zostanie uznana za wykonaną w dniu orzeczenia królewskiej łaski albo w terminie wskazanym w tym orzeczeniu;
- b) jeśli doszło do warunkowego zawieszenia kary; w takich przypadkach Sąd Kasacyjny w wyroku z dnia 24 czerwca 1992 r. uznał, że „zawieszenie wykonania kary jest środkiem dotyczącym wykonania kary, w tym znaczeniu, że orzeczenie

⁴¹⁵ Art. 56 ust. 2 b.k.k.; zbrodnia po zmianie ustawy będąca występkiem może stanowić podstawę recydywy: J. Constant, *Précis de droit pénal-Principes Généraux et Droit pénal positif belge*, 1975, s. 597; Cass., 25 sept. 1914, Pas., 1915–1916, s. 93

⁴¹⁶ Kara 12 miesięcy i kara roku pozbawienia wolności to są dwie różne kary: por. Cass., 19 déc. 1955, J.T., 1956, s. 198.

⁴¹⁷ Cass., 10 oct. 1932, Pas., 1932, s. 266.

⁴¹⁸ Cass., 14 avril 1935, Pas., 1935, s. 223.

na mocy którego zawieszono wykonanie kary, pozwala na całkowite lub częściowe wykonanie kary po upływie określonego terminu; w czasie okresu próby, skazany jest związany obowiązkami ogólnymi i szczególnymi związanymi z okresem zawieszenia zwykłego czy probacyjnego; po upływie wskazanego terminu, pod warunkiem, że nie zarządzono wykonania kary, kara nie może zostać wykonana i od tej chwili możemy mówić o wykonaniu kary⁴¹⁹. W związku z tym skazany korzystający z warunkowego zawieszenia kary jest postawiony w sytuacji dużo mniej komfortowej z punktu widzenia recydywy niż ktoś, komu nie zawieszono wykonania tej kary. W konsekwencji, jeśli data uznania tej samej kary za wykonaną jest identyczna dla skazanego korzystającego i niekorzystającego z warunkowego zawieszenia kary, termin recydywy, co do zasady, będzie dłuższy w tym pierwszym przypadku⁴²⁰. Można więc w sposób usprawiedliwiony kwestionować uzasadnienie tego typu różnicowania traktowania, mając na względzie cel oraz skutki, jakie przysługują tej instytucji. Istnieją wątpliwości co do tego, czy powyższa regulacja spełnia wymóg równego traktowania;

c) jeśli skazany korzysta z warunkowego przedterminowego zwolnienia; wówczas kara zostanie uznana za wykonaną z chwilą ostatecznego zwolnienia. Termin recydywy zacznie więc biec z chwilą wygaśnięcia okresu próby;

d) jeżeli nastąpiło przedawnienie kary; przedawnienie kary reguluje przepis art. 92 b.k.k., zgodnie z którym do przedawnienia kary dochodzi po upływie 5 lat, począwszy od daty wydania wyroku ostatecznej instancji, czy też począwszy od dnia wyroku wydanego w I instancji, który nie został następnie zaskarżony apelacją; jeśli kara orzeczona przekracza 3 lata, przedawni się po upływie 10 lat⁴²¹. Nie ma żadnej szczególnej zasady odnośnie do recydywy dotyczącej kary ograniczenia wolności (*une peine de travail*). W konsekwencji sprawca, który popełnia nowy

⁴¹⁹ Cass., 24 juin 1992, Pas., 1992, s. 949; R.D.P., 1992, s. 1006, note de G.D.; R.W., 1992–1993, s. 781; J.T., 1992, s. 639; Cass., 15 juill. 1997, R.G., no P.97.805F.

⁴²⁰ F. Kefer, *Le point...*, s. 1015–1016, który podaje następujący przykład: w przypadku skazania na karę roku pozbawienia wolności z zawieszeniem wykonania kary na 5 lat termin wygaśnięcia recydywy to 10 lat od skazania, podczas gdy w przypadku skazania na karę bez warunkowego zawieszenia, recydywa przedawni się z upływem 6 lat po skazaniu, zgodnie z datą początku wykonania kary, która byłaby taka sama w obu przypadkach.

⁴²¹ Cass., 13 nov. 1985, Pas., 1986, s. 287; dla przedawnienia kary orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zob. art. 18 ustawy z dnia 29 czerwca 1964 r. o zawieszeniu wykonania kary (art. 18 de la loi du 29 juin 1964 sur le sursis et la suspension du prononcé).

czyn po uprzednim skazaniu i wymierzeniu kary ograniczenia wolności, nie popełni czynu w warunkach recydywy. Jednakże ten, kto został skazany na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) co najmniej roku i popełnia nowy występki czy też zbrodnię, która po zmianie ustawy stała się występkiem, w terminie 5 lat od wykonania czy też przedawnienia wykonania kary, może mieć wymierzoną karę w podwójnej wysokości maksymalnego wymiaru kary. Zastosowanie tej zasady skutkuje tym, że można orzec karę ograniczenia wolności (*la peine de travail*) w wysokości do 600 godzin⁴²².

4.4. Wykroczenie po wykroczeniu

Przepis art. 565 b.k.k. dotyczy recydywy wykroczeń i reguluje ją w sposób następujący:

- sprawca wykroczenia musi zostać skazany za wykroczenie na podstawie orzeczenia mającego powagę rzeczy osądzonej;
- skazanie za wykroczenie musi zostać orzeczone w terminie 12 miesięcy poprzedzających drugie wykroczenie. Powyższy termin rozpoczyna się w chwili, kiedy pierwszy wyrok staje się ostateczny i prawomocny (uzyskuje powagę rzeczy osądzonej)⁴²³;
- nowe wykroczenie musi być takie samo jak to stanowiące podstawę uprzedniego skazania⁴²⁴.

Stopień zaostżenia kar jest określony przepisami art. 554, 558 i 562 b.k.k. Recydywa tego rodzaju ma charakter fakultatywny i czasowy. Nie dotyczy występkiw zmienionych na wykroczenia⁴²⁵.

⁴²² O. Michiels, S. Derre, *Le point sur la peine de travail, Actualités de droit pénal et de procédure pénale (II)*, in CUP, Larcier, 2004, s. 187; P. de le Court, *La peine de travail autonome : un chantier*, Rev. dr. pén., 2004, s. 13.

⁴²³ J. Constant, *Précis...*, s. 598.

⁴²⁴ Zob. Cass., 19 déc. 1984, Bull., 1985, s. 497: recydywa w znaczeniu art. 565 b.k.k. dotyczy sytuacji, w której sprawca wykroczenia został skazany w ciągu 12 miesięcy za takie samo wykroczenie.

⁴²⁵ Cass., 17 juin 1968, Pas., 1968, s. 1185.

4.5. Zbrodnia po występku

Nie istnieje recydywa zbrodni po występku⁴²⁶. Powodem jest fakt, że kary grożące za zbrodnię są wystarczające do zapewnienia sprawiedliwej oraz odpowiedniej represji. Sąd Kasacyjny przypominał o tym wyjątku w wyroku z dnia 9 sierpnia 1989 r., w którym podkreślił, że ustawa nie przewiduje istnienia recydywy za zbrodnię po skazaniu za występku⁴²⁷.

4.6. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego

Artykuł 2 ustawy z dnia 21 grudnia 2009 r. w sprawie reformy sądu przysięgłych poprzez rozszerzenie możliwości zakwalifikowania niektórych zbrodni jako występków dokonał zmiany art. 25 b.k.k. Od wejścia w życie ustawy maksymalny wymiar pozbawienia wolności za zbrodnię zakwalifikowaną jako występku po przyjęciu okoliczności łagodzących jest następujący: kara od 5 do 10 lat pozbawienia wolności (*réclusion*): do 5 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*); kara od 10 do 15 lat pozbawienia wolności (*réclusion*): do 10 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*); kara od 15 do 20 lat pozbawienia wolności (*réclusion*): do 15 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*); kara od 20 do 30 lat pozbawienia wolności (*réclusion*): do 20 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*); kara dożywotniego pozbawienia wolności (*réclusion à perpétuité*): do 20 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*). Same zasady dotyczące recydywy nie zostały zmienione. Również przez wprowadzenie zasad, po przekształceniu zbrodni w występku, sąd (*tribunal correctionnel*) może wymierzyć karę do podwojonej wysokości maksymalnego wymiaru kary przewidzianej ustawą za występku.

Powyższego uprawnienia nie ma sąd przysięgłych (*cour d'assises*), jeśli w wyniku popełnienia zbrodni dojdzie do wymierzenia kary za występku po uwzględnieniu okoliczności łagodzących. W tej sytuacji ustawodawca przyjął, że kara za zbrodnię ma wystarczającą dolegliwość oraz pozostawia sędziemu odpowiedni margines, aby zadośćuczynić wszystkim wymogom obostrzenia, jakim służy recydywa;

⁴²⁶ J.-J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II, Gand, 1874, s. 159.

⁴²⁷ Cass., 9 août 1989, Rev. dr. pén., 1989, s. 1039.

nieskuteczność pierwszego skazania znajduje więc uzupełnienie w dolegliwości koniecznej dla drugiego⁴²⁸.

Dla przykładu, sprawca zbrodni zagrożonej karą od 20 do 30 lat pozbawienia wolności (*réclusion*) może zostać skazany przez sąd (*tribunal correctionnel*) w przypadku recydywy występkę lub zbrodni przekształconej w występki, do podwojonej wysokości maksymalnego wymiaru kary po przekształceniu, tj. do 40 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*). Jeśli jednak zbrodnia nie została przekształcona, a okoliczności łagodzące zostały zastosowane przez sąd przysięgłych (*cour d'assises*), kara nie przekroczy 20 lat pozbawienia wolności (*réclusion*)⁴²⁹.

Powyższe rozróżnienie zostało zakwestionowane przez Trybunał Konstytucyjny⁴³⁰. Trybunał uznał, że ani charakter kary za zbrodnię, ani problem odciążenia sądów przysięgłych nie pozwala na racjonalne usprawiedliwienie tego typu różnego traktowania. Trybunał wskazał, że istnieje nieusprawiedliwiona różnica w traktowaniu i rolę ustawodawcy jest zapobieżenie tego typu dyskryminacji. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że w oczekiwaniu na interwencję ustawodawcy, sędzia musi, w czasie wymierzania kary, czuwać nad tym, aby nie skazać w podobnym przypadku sprawcy na karę pozbawienia wolności, której górny wymiar mógłby przekroczyć maksymalny wymiar kary, który mógłby wymierzyć sąd przysięgłych.

5. Pozostawanie do dyspozycji sądu wykonania kary⁴³¹

5.1. Pojęcie

Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. dotycząca pozostawienia do dyspozycji sądu wykonania kary⁴³² przewiduje, w pewnych okolicznościach, pozostawienie do

⁴²⁸ Chambre, 1850–1851, n° 245, s. 41–42.

⁴²⁹ A. Masset, D. Vandermeersch, *La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises: première lecture critique*, J.T., 2010, s. 222–223.

⁴³⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego nr 193/2011 z dnia 15 grudnia 2011 r., justel: F-20111215-7.

⁴³¹ Podaję za O. Michiels, E. Jacques, *Principes de droit penal...*

⁴³² Publication: 13-07-2007 numéro: 2007009525 page: 38299, tekst dostępny na stronie: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?imgcn.x=26&imgcn.y=6&DETAIL=2007042689%2FF&caller=list&row_id=1&numero=3&rech=4&cn=2007042689&table_name=LOI&nm=20070095

dyspozycji sądu wykonania kary. Powyższa ustawa stanowi, że pozostawienie do dyspozycji sądu wykonania kary jest karą dodatkową, która musi albo może zostać orzeczona w wypadkach przewidzianych ustawą w celu ochrony społeczeństwa przed osobami, które popełniły ciężkie przestępstwa przeciwko integralności fizycznej osób trzecich. Wskazana kara dodatkowa rozpoczyna się z chwilą wykonania zasadniczej kary pozbawienia wolności (*emprisonnement* czy też *réclusion*). Kara dodatkowa orzekana jest na czas co najmniej 5 lat do maksymalnie 15 lat, począwszy od dnia wykonania zasadniczej kary pozbawienia wolności (art. 34bis, art. 34ter ustawy).

5.2. Przesłanki

Sądy obligatoryjnie orzekają pozostawienie do dyspozycji na okres od co najmniej 5 do maksymalnie 15 lat w przypadku skazania: a) opartym na art. 54 b.k.k. (recydywa zbrodni po zbrodni), poza sytuacją, w której uprzednia kara została orzeczona za zbrodnię polityczną; b) opartym na art. 57 b.k.k. (kiedy uprzednie skazanie w ramach recydywy zostało orzeczone przez sądy wojskowe), w przypadku recydywy zbrodni po zbrodni, poza sytuacją, w której uprzednia kara została orzeczona za zbrodnię polityczną; c) za zbrodnię na podstawie art. 137 b.k.k., jeśli przestępstwo skutkowało śmiercią, art. 376 ust. 1, art. 417 ust. 3 oraz art. 428 § 5 b.k.k.

Sądy fakultatywnie mogą orzec pozostawienie do dyspozycji sądu wykonania kary na okres od co najmniej 5 do maksymalnie 15 lat w przypadku skazania, począwszy od dnia wykonania zasadniczej kary pozbawienia wolności w następujących okolicznościach: a) skazania osób, które będąc już skazane i którym wymierzono karę co najmniej 5 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*) za czyny umyślne, które doprowadziły do wielkich cierpień albo ciężkich zamachów na integralność fizyczną czy zdrowie fizyczne lub psychiczne, są ponownie skazane za podobne czyny w terminie 10 lat, licząc od chwili uprawomocnienia się wyroku skazującego⁴³³;

25&la=F&chercher=t&dt=LOI&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&sql=dt+cont
ains++%27LOI%27+and+dd+%3D+date%272007-04-
26%27and+actif+%3D+%27Y%27&ddda=2007&tri=dd+AS+RANK+&trier=promulgation&dddj=26&ddd
m=04#top (dostęp dnia 7 kwietnia 2017 r.).

⁴³³ F. Tulkens, M. van de Kerchove, Y. Cartuyvels, C. Guillaïn, *Introduction...*, s. 502–503.

b) skazania na podstawie od art. 136bis do art. 136septies, art. 347bis, § 4, 1°, *in fine*, od art. 393 do art. 397, art. 417quater ust. 3, 2°, art. 433octies, 1°, art. 475, art. 518, ust. 3 i art. 532 b.k.k.; c) skazania na podstawie art. 372, art. 373 ust. 2 i 3, art. 375, art. 376 ust. 2 i 3, art. 377 ust. 1, 2, 4 i 6 b.k.k.; d) w razie zastosowania art. 61, 62 lub 65 b.k.k., skazań na podstawie zbiegu przestępstw nieprzewidzianych w lit. a–c.

Nowa ustawa nie odnosi się więc już do nawykowego sprawcy, ale przewiduje pozostawienie do dyspozycji w stosunku do osób, które popełniły przestępstwo wyjątkowo ohydne („*des infractions particulièrement odieuses*”).

5.3. Procedura

Sąd wykonania kary decyduje przed upływem terminu wykonania podstawowej kary o pozbawieniu wolności albo o pozostawieniu na wolności pod nadzorem skazanego pozostawionego do dyspozycji. Po dokonaniu oceny przez sąd możliwości zastosowania kary dodatkowej skazany, który korzysta z warunkowego przedterminowego zwolnienia, pozostaje na wolności pod dozorem. Skazany pozostawiony do dyspozycji zostaje pozbawiony wolności, gdy istnieje ryzyko, że popełni ciężkie przestępstwo związane z zamachem na integralność fizyczną lub psychiczną osoby trzeciej i nie jest możliwe zastosowanie łagodniejszego środka (np. w szczególnych okolicznościach zastosowanie dozoru).

5.4. Kontrola zasadności stosowanego środka

Po upływie roku od pozbawienia wolności, zastosowanego na podstawie decyzji dotyczącej pozostawienia do dyspozycji sądu wykonania kary, sąd wykonania kary dokonuje z urzędu oceny, czy istnieje możliwość zastosowania środka wolnościowego w postaci dozoru⁴³⁴. Minister dysponuje również możliwością wszczęcia postępowania przed sądem wykonania kary w celu uchylenia dozoru w sytuacji, gdy skazany pozostawiony do dyspozycji popełni zbrodnię lub występki.

⁴³⁴ Zob. art. 95/22 i n. ustawy z dnia 17 maja 2006 r. dotyczącej statusu prawnego osób skazanych na karę pozbawienia wolności oraz uznanych praw ofiary w toku wykonania kary (la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine).

5.5. Uchylenie pozostawienia do dyspozycji

Skazany, wobec którego zastosowano dozór, może wnosić o zakończenie pozostawienia do dyspozycji. Powyższy wniosek może zostać złożony 2 lata po rozpoczęciu stosowania kary dodatkowej, a następnie co 2 lata.

III. Francja

1. Wprowadzenie

Instytucja recydywy dotyczy materii skuteczności systemu karnego, a w szczególności zdolności zapobiegania powrotowi skazanego do popełnienia przestępstwa. We Francji debata dotycząca warunkowego przedterminowego zwolnienia, wywołana sprawą Patricka Henry⁴³⁵, potwierdziła, że wciąż aktualne pozostaje poszukiwanie równowagi pomiędzy niezbędną i konieczną ochroną społeczeństwa oraz resocjalizacją skazanych.

Recydywa już we francuskim kodeksie karnym z 1810 r. była uznawana za okoliczność obciążającą. Dopiero projekt nowelizacji kodeksu karnego z 1978 r. zaproponował zniesienie recydywy jako okoliczności obciążającej w celu uproszczenia prawa oraz zwiększenia władzy sędziego. Powyższy projekt ostatecznie jednak nie został przyjęty, co spowodowało utrzymanie tradycyjnego rozróżnienia między recydywą a zbiegiem realnym w kodeksie karnym z 1994 r.⁴³⁶ (dalej: „f.k.k.”). Powyższy kodeks wprowadził również recydywę osób prawnych oraz pojęcie kary grożącej, a nieorzeczonej.

⁴³⁵ Sprawa dotyczyła Patricka Henry, mordercy 7-latka, któremu w 1976 r. groziła za to kara śmierci, jednakże jego adwokatowi Robertowi Badinterowi udało się przekonać sąd do wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności. Henry został warunkowo przedterminowo zwolniony w 2001 r., po odbyciu 25 lat kary, ale już w 2002 r. został zatrzymany w Hiszpanii za posiadanie 10 kg haszyszu. W związku z tym odwołano warunkowe zwolnienie. W 2016 r. ponownie uzyskał warunkowe zwolnienie, jednakże w wyniku odwołania prokuratury, sąd zdecydował się nie uwzględnić jego wniosku z uwagi na brak resocjalizacji; zob. W. Plummer, *Affaire Patrick Henry: la libération conditionnelle accordée*, *Le Figaro*, 7 stycznia 2016 r., artykuł dostępny na stronie <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/01/07/01016-20160107ARTFIG00144-affaire-patrick-henry-la-liberation-conditionnelle-accordee.php> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.)

⁴³⁶ Wszedł w życie w dniu 1 marca 1994 r. Aktualny tekst dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

2. Definicja recydywy

W prawie francuskim recydywa dotyczy powrotu do przestępstwa takiego samego albo podobnego do popełnionego wcześniej (recydywa szczególna) czy też do przestępstwa innego (recydywa ogólna), za które zostało się wcześniej prawomocnie skazanym. Recydywa regulowana jest przez przepisy art. 132-8 i n. f.k.k.

Powyższe pojęcie wiąże się z niebezpieczeństwem sprawcy oraz zwyczajem popełniania przestępstw: zjawiska, którego nie można uznać za marginalne w sytuacji, gdy jedna trzecia skazanych we Francji to recydywiści⁴³⁷. Jest to okoliczność obciążająca, która pozwala wymierzyć sądowi karę surowszą, aż do jej podwójnej wysokości⁴³⁸. W sytuacji, w której sprawca skazany prawomocnym wyrokiem popełnia nowe przestępstwo, po spełnieniu określonych ustawowo wymogów staje się recydywistą, a orzeczona kara może ulec obostrzeniu.

Jeżeli jednak sprawca popełni nowe przestępstwo zanim zostanie skazany prawomocnym wyrokiem za pierwsze, będzie w korzystniejszej sytuacji, ponieważ zgodnie z zasadami zbiegu realnego przestępstw (art. 132-2 i n. f.k.k.) zostanie mu wymierzona tylko jedna kara. Zgodnie z art. 132-2 f.k.k., jeżeli w toku tego samego postępowania oskarżony został uznany za winnego kilku przestępstw, może zostać orzeczona każda z grożących za nie kar. W przypadku gdy za zbiegające się przestępstwa grozi kilka kar tego samego rodzaju, można orzec jedną karę tego samego rodzaju w granicach kary przewidzianej za jedno z tych przestępstw (art. 132-3 f.k.k.).

W doktrynie pojawiają się poglądy krytyczne wobec powyższej koncepcji dogmatycznej rozróżniającej zbieg realny oraz recydywę. Najczęściej wskazuje się przy tym na badania kryminologiczne, które za recydywistów uznają wszystkie osoby ponownie popełniające przestępstwo⁴³⁹.

⁴³⁷ E. Adama, *Le traitement pénal de la récidive*; artykuł dostępny na stronie <http://www.memoireonline.com/02/10/3163/Le-traitement-penal-de-la-recidive.html> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴³⁸ J.-L. Sanchez, «*La relégation (loi du 27 mai 1885)*», *Criminocorpus, revue hypermédia [En ligne], Les bagnes coloniaux, Articles*, 1 stycznia 2005 r.; artykuł dostępny na stronie <http://criminocorpus.revues.org/181> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴³⁹ E. Adama, *Le traitement...*

3. Rodzaje recydywy

Rozwiązania legislacyjne w zakresie modelu francuskiej recydywy mają charakter bardzo kazuistyczny. Recydywistą może być zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna. Recydywie osób fizycznych poświęcone są regulacje art. 132-8 – 132-11 f.k.k.

Stosownie do postanowień art. 132-8 f.k.k. w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występki zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności, nowej zbrodni zagrożonej karą, której górna granica wynosi 20 lub 30 lat pozbawienia wolności (*réclusion criminelle* lub *détention criminelle*), górną granicę grożącej jej kary stanowi kara dożywotniego pozbawienia wolności. Jeśli górna granica kary przewidzianej za nową zbrodnię wynosi 15 lat pozbawienia wolności, górną granicę grożącej kary stanowi kara 30 lat pozbawienia wolności (*réclusion criminelle* lub *détention criminelle*)⁴⁴⁰.

Z kolei art. 132-9 f.k.k. przewiduje, że w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występki zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*), w ciągu 10 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, nowego występkę zagrożonego tą samą karą, górna granica grożącej jej kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu. W razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występki zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*), w ciągu 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, nowego występkę zagrożonego karą pozbawienia wolności od roku do mniej niż 10 lat, górna granica grożącej jej kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Article 132-8. Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet un crime, le maximum de la peine de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle est la perpétuité si le maximum fixé par la loi pour ce crime est de vingt ou trente ans. Le maximum de la peine est porté à trente ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle si le crime est puni de quinze ans.

⁴⁴¹ Article 132-9. Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, un délit puni de la même peine, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé. Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée

W razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za występki, w ciągu 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, takiego samego lub podobnego, zgodnie z zasadami recydywy, występkę, górna granica grożącej jej kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu (art. 132-10 f.k.k.)⁴⁴².

Zgodnie z art. 132-11 f.k.k. w przypadkach przewidzianych ustawą, w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za wykroczenie 5 klasy, w ciągu roku od odbycia lub przedawnienia poprzedniej kary, takiego samego wykroczenia, górna granica grożącej grzywny wzrasta do 3000 euro. W sytuacji, w której ustawa przewiduje, że recydywa wykroczenia 5 klasy stanowi występki, recydywa zachodzi, jeżeli do jego popełnienia dojdzie w ciągu 3 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzedniej kary⁴⁴³. W ten sposób ustawodawca zastrzegł sobie taką możliwość w przyszłości, aby wykroczenie 5 klasy popełnione w ramach recydywy mogło w określonych warunkach stać się występkiem. W definicji wykroczenia 5 klasy określonego w art. 131-13 f.k.k. wskazano: „Kto popełnia wykroczenie 5 klasy, grozi mu grzywna do 1500 euro, a w przypadku recydywy do 3000 euro, poza sytuacją gdy ustawa przewiduje, że recydywa wykroczenia stanowi występki”.

Wyróżnia się określone rodzaje recydywy w zależności od tego, czy mamy do czynienia z wykroczeniem, występkiem czy też zbrodnią⁴⁴⁴.

supérieure à un an et inférieure à dix ans, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.

⁴⁴² *Article 132-10. Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.*

⁴⁴³ *Article 132-11. Dans les cas où le règlement le prévoit, lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour une contravention de la 5e classe, commet, dans le délai d'un an à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, la même contravention, le maximum de la peine d'amende encourue est porté à 3 000 euros. Dans les cas où la loi prévoit que la récidive d'une contravention de la 5e classe constitue un délit, la récidive est constituée si les faits sont commis dans le délai de trois ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine.*

⁴⁴⁴ Zgodnie z art. 111-1 f.k.k. przestępstwa dzielą się, według ich ciężkości, na zbrodnie (*crimes*), występkę (*les délits*) i wykroczenia (*contraventions*). Występkę stanowią przestępstwa, które są społecznie szkodliwe. Są zagrożone karą grzywny od 3750 euro oraz karą pozbawienia wolności od 2 miesięcy do 10 lat. Termin przedawnienia karalności wynosi 3 lata. Zbrodnie stanowią najcięższe przestępstwa. Są karane, w zależności od ich ciężaru, nawet karą w maksymalnym wymiarze od

Recydywa jest szczególna (*la récidive spéciale*), gdy obostrzenie dotyczy identycznych lub podobnych przestępstw popełnionych przez sprawcę. Jeśli nie zostaną spełnione powyższe warunki, mamy do czynienia z recydywą ogólną (*la récidive générale*)⁴⁴⁵. Recydywa jest czasowa (*la récidive temporaire*) w sytuacji, gdy ustawa określa maksymalny termin pomiędzy okresem wykonania kary albo jej przedawnienia a nowym przestępstwem, po upływie którego obostrzenie nie jest już możliwe. Jeżeli żaden termin nie jest wskazany, mamy do czynienia z recydywą ciągłą (*la récidive perpétuelle*).

Recydywa w przypadku zbrodni jest recydywą ciągłą i ogólną, a w przypadku występku jest ciągła albo czasowa, ogólna albo szczególna; w przypadku wykroczenia jest zawsze szczególna i czasowa.

4. Warunki formalne recydywy

Aby doszło do popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy, muszą zostać spełnione określone warunki (przedstawione poniżej).

4.1. Prawomocne skazanie

Ustawą nr 2005-1549 z dnia 12 grudnia 2005 r. o stosowaniu recydywy w zakresie czynów zabronionych⁴⁴⁶ wprowadzono art. 132-16-6 f.k.k.⁴⁴⁷ zrównujący wyroki skazujące wydane przez państwa członkowskie Unii Europejskiej z wyrokami wydanymi przez sądy francuskie w zakresie oceny, czy doszło do recydywy czy nie.

15 lat pozbawienia wolności do dożywotniego pozbawienia wolności. Termin przedawnienia karalności to 10 lat.

⁴⁴⁵ Zob. P. Chrzczonowicz, Francja, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2007, s. 94.

⁴⁴⁶ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JORF 13 décembre 2005, tekst dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000786845> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁴⁷ W świetle art. 132-16-6 f.k.k. skazania orzeczone przez jurysdykcje karne państw członkowskich Unii Europejskiej są brane pod uwagę tytułem recydywy zgodnie z regułami przewidzianymi w niniejszej podsekcji. (*Les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union européenne sont prises en compte au titre de la récidive conformément aux règles prévues par la présente sous-section*).

Francuski sąd bierze jednak pod uwagę, jak dany stan faktyczny stanowiący podstawę skazania za granicą zostałby zakwalifikowany we Francji oraz jakie kary we francuskim kodeksie karnym są odpowiednikami kar wymierzonych za granicą. Powołany przepis obowiązywał do dnia 1 lipca 2010 r. Od tej daty przepis podobnej, lecz bardziej ogólnej treści (już nie tylko odnośnie do recydywy) znalazł się w art. 132-23-11 f.k.k., który przewiduje, że w celu zastosowania w niniejszym kodeksie oraz kodeksie postępowania karnego, skazania orzeczone przez jurysdykcje karne państwa członkowskiego Unii Europejskiej są brane pod uwagę na tych samych warunkach co skazania orzeczone przez francuskie sądy karne oraz wywołują takie same skutki prawne co te skazania⁴⁴⁸.

Wyrok skazujący powinien być ostateczny i prawomocny. Recydywa dotyczy jedynie przypadków skazania wyrokiem sądu karnego. Sankcje nakładane w sprawach administracyjnych czy gospodarczych nie wyczerpują pierwszego warunku. Podobnie mamy do czynienia z sankcjami i środkami wychowawczymi w stosunku do nieletnich. Jednakże, jak wynika z orzecznictwa Sądu Kasacyjnego, skazanie nieletniego na 4 miesiące pozbawienia wolności za przestępstwo związane z użyciem przemocy prowadzi do wypełnienia pierwszego warunku recydywy, niezależnie od tego, że drugiego czynu dopuścił się już jako dorosły⁴⁴⁹.

W wyroku stwierdzającym wypełnienie przesłanek recydywy należy wskazać wyrok skazujący za poprzedni czyn, aby pozwolić Sądowi Kasacyjnemu na ocenę, czy warunki recydywy zostały w istocie spełnione, tj. ocenę charakteru poprzedniego przestępstwa oraz orzeczonej za nie kary, a także spełnienia przesłanki prawomocności skazania w chwili popełnienia nowego czynu, stanowiącego przedmiot toczącego się postępowania karnego⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Article 132-23-11. *Pour l'application du présent code et du code de procédure pénale, les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et produisent les mêmes effets juridiques que ces condamnations.*

⁴⁴⁹ Cass. Crim., 16 listopada 2010, n° 09-87.691, niepubl.; tekst dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023221074> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁵⁰ Cass. Crim., 17 kwietnia 2013, n° 12-85.550, niepubl.; tekst dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027422917> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

Pierwsze skazanie powinno dotyczyć określonych przestępstw. Artykuły od 132-8 do 132-10 f.k.k. wyróżniają recydywę w zakresie zbrodni i występku. Jeśli chodzi o występkę, to grożąca za nie kara powinna być odpowiednio surowa, a drugi czyn musi zostać popełniony w określonym terminie.

Wyrok musi być ostateczny i prawomocny, to znaczy, że nie przysługuje od niego żaden środek zaskarżenia. Skazanie na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, z lub bez poddania sprawcy próbie, może mimo wszystko stanowić podstawę recydywy w przypadku popełnienia kolejnego przestępstwa⁴⁵¹. Podobnie, skazanie uznane następnie za nieważne może stanowić podstawę recydywy w przypadku skazania za kolejne przestępstwo⁴⁵². W razie jednak każdego innego rozstrzygnięcia niż skazanie na karę pozbawienia wolności (np. wymierzenie kary grzywny), niemożliwe będzie uznanie, iż spełniony został pierwszy warunek recydywy⁴⁵³.

Pierwsze skazanie nie może ulec zatarciu i nie być przedmiotem amnestii. Ułaskawienie nie stanowi przeszkody do wypełnienia warunków recydywy.

4.2. *Popełnienie nowego przestępstwa*

Nowe przestępstwo może być inne niż to popełnione wcześniej (recydywa ogólna) albo takie samo lub podobne do pierwszego przestępstwa (recydywa szczególna). Ustawa wyraźnie wskazuje, które występkę należy traktować jako takie same lub podobne w odniesieniu do recydywy. Zgodnie z art. 132-16 f.k.k. kradzież, wymuszenie rozbójnicze, zmuszanie (szantaż), oszustwo czy przywłaszczenie są uznane, w odniesieniu do recydywy, za takie samo przestępstwo. Ustawa nr 98-468

⁴⁵¹ Cass., avis, 26 stycznia 2009, n° 00-80.013; tekst dostępny na stronie https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/integralite_avis_classes_annees_239/2009_2_887/26_janvier_2009_0080013p_3150/0080013p_26_13228.html (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁵² Cass. crim., 11 stycznia 2011, n° 10-81.781., Bulletin criminel 2011, n° 4; tekst dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023494694> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁵³ Sąd Kasacyjny wskazał, że orzeczenie grzywny nie spełnia pierwszego warunku recydywy, o której mowa w art. 132-10 f.k.k. Zob. Cass. avis, 18 stycznia 2010, n° 09-00.005., Bulletin criminel 2010, Avis de la Cour de cassation, n° 1; tekst dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022104809> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

z dnia 17 czerwca 1998 r.⁴⁵⁴ uznała za takie same wszystkie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej. Również umyślne przestępstwa z użyciem przemocy są uznane za takie same z każdym przestępstwem, w którym okolicznością obciążającą było użycie przemocy (art. 132-16-4 f.k.k.)⁴⁵⁵.

Enumeratywne wyliczenie tego typu przestępstw zawierają przepisy art. 132-16 do art. 132-16-4 f.k.k. W świetle tej regulacji:

- kradzież, wymuszenie rozbójnicze, zmuszanie (szantaż), oszustwo czy przywłaszczenie są uznane, w odniesieniu do recydywy, za takie samo przestępstwo (art. 132-16 f.k.k.);
- występki dotyczące przemocy seksualnej oraz napaści seksualnej są uznane, na potrzeby recydywy, za takie samo przestępstwo (art. 132-16-1 f.k.k.);
- występki nieumyślnego spowodowania śmierci albo nieumyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu w związku z prowadzeniem pojazdu mechanicznego przewidziane w przepisach art. 221-6-1, 222-19-1 i 222-20-1 f.k.k. są uznane, na potrzeby recydywy, za takie samo przestępstwo (art. 132-16-2 f.k.k.);
- występki przewidziane w przepisach art. L. 221-2, L. 234-1, L. 235-1 i L. 413-1 kodeksu ruchu drogowego są uznane, na potrzeby recydywy, za takie samo przestępstwo. Są równocześnie podobne do występków wskazanych w powyższym ustępie, jeśli stanowią nowy występki (art. 132-16-2 f.k.k.);
- występki dotyczące handlu ludźmi oraz stręczycielstwa przewidziane w przepisach art. 225-4-1, 225-4-2, 225-4-8, od 225-5 do 225-7 i 225-10 są uznane, w odniesieniu do recydywy, za takie samo przestępstwo (art. 132-16-3 f.k.k.);
- występki związane z umyślnym użyciem przemocy wobec osoby podobnie jak każdy występki popełniony w okolicznościach obciążających związanych z przemocą, są uznane, w odniesieniu do recydywy, za takie samo przestępstwo (art. 132-16-4 f.k.k.);

⁴⁵⁴ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JORF 18 juin 1998. Tekst ustawy dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000556901> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁵⁵ Np. rozbój.

– występki dotyczące przemytu broni przewidziane przepisami od art. 222-52 do art. 222-67 są uważane, na potrzeby recydywy, za to samo przestępstwo (art. 132-16-4-1 f.k.k.)⁴⁵⁶.

4.3. Upływ czasu

Zgodnie z art. 132-8 f.k.k. w sytuacji popełnienia zbrodni zagrożonej karą 20 albo 30 lat pozbawienia wolności nie ma znaczenia upływ czasu od popełnienia poprzedniego przestępstwa, gdyż do recydywy dojdzie w każdej sytuacji, jeśli sprawca został skazany za przestępstwo (zbrodnię lub występki) zagrożone karą 10 lat pozbawienia wolności. W tym wypadku obostrzenie polega na możliwości wymierzenia kary nawet dożywotniego pozbawienia wolności (w przypadku zbrodni zagrożonej karą 20 lub 30 lat pozbawienia wolności) albo kary do 30 lat pozbawienia wolności (gdy zbrodnia zagrożona jest karą 15 lat pozbawienia wolności).

Można to zilustrować następującymi przykładami. Jeżeli A. został skazany na karę 6 lat pozbawienia wolności za przemyt narkotyków (występek zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności) i zakończy odbywanie kary z dniem 1 stycznia 2000 r., a następnie popełni przestępstwo zgwałcenia (zagrożone karą 15 lat pozbawienia wolności), z uwagi na recydywę grozić mu będzie kara 30 lat pozbawienia wolności zamiast 15 lat.

⁴⁵⁶ Article 132-16. Le vol, l'extorsion, le chantage, l'escroquerie et l'abus de confiance sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction.

Article 132-16-1. Les délits d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction.

Article 132-16-2. Les délits d'homicide involontaire ou d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur prévus par les articles 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1 sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction. Les délits prévus par les articles L. 221-2, L. 234-1, L. 235-1 et L. 413-1 du code de la route sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction. Ils sont également assimilés aux délits mentionnés à l'alinéa précédent lorsqu'ils constituent le second terme de la récidive.

Article 132-16-3. Les délits de traite des êtres humains et de proxénétisme prévus par les articles 225-4-1, 225-4-2, 225-4-8, 225-5 à 225-7 et 225-10 sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction.

Article 132-16-4. Les délits de violences volontaires aux personnes ainsi que tout délit commis avec la circonstance aggravante de violences sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction.

Article 132-16-4-1. Les délits relatifs au trafic d'armes prévus aux articles 222-52 à 222-67 sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction.

Jeżeli B., który został skazany na 12 lat pozbawienia wolności za morderstwo, dopuści się rozboju z użyciem broni palnej, warunki recydywy zostaną spełnione nawet 20 lat po odbyciu kary.

W pozostałych przypadkach warunki recydywy mogą zostać uznane za spełnione tylko w sytuacji, kiedy przestępstwo zostanie popełnione w określonym ustawowo czasie od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary (recydywa czasowa). Terminy różnią się w zależności od zagrożenia karą w przypadku obu czynów:

- 10 lat (w przypadku skazania za występki zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności i popełnienie nowego występu zagrożonego karą 10 lat pozbawienia wolności – art. 132-9 f.k.k.);
- 5 lat (gdy dojdzie do skazania za występki zagrożony karą mniejszą niż 10 lat pozbawienia wolności oraz dojdzie do popełnienia nowego występu zagrożonego karą nie mniejszą niż rok i nie większą niż 10 lat pozbawienia wolności – art. 132-9 f.k.k. albo występu takiego samego lub podobnego – art. 132-10, 132-16 oraz 321-5 f.k.k.);
- rok (w przypadku ukarania za wykroczenie 5 klasy i popełnienia nowego wykroczenia 5 klasy – art. 132-11 f.k.k.)⁴⁵⁷.

W przypadku recydywy czasowej odnośnie do występków górna granica grożącej kary pozbawienia wolności oraz grzywny zostaje podwojona. Podkreślić należy, że podwojenie dotyczy jedynie kary pozbawienia wolności i grzywny, a nie środków karnych jak zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych czy zakaz wykonywania zawodu.

W przypadku recydywy wykroczeniowej maksymalna wysokość grzywny wynosi 3000 euro (art. 132-11 f.k.k.).

⁴⁵⁷ Ustawa przewiduje recydywę jedynie w wypadku popełnienia wykroczenia 5 klasy. W przypadku wykroczeń 1–4 klasy nie może być mowy o recydywie.

5. Sądowy wymiar kary

Zgodnie z art. 356 francuskiego kodeksu postępowania karnego (dalej: „f.k.p.k.”) sąd rozstrzyga, a następnie glosuje, na piśmie, osobno i kolejno, co do zasadniczych faktów oraz, jeśli miały miejsce, co do okoliczności obciążających, pytań subsydiarnych oraz nad każdym faktem stanowiącym podstawę prawną wyłączenia albo obniżenia kary. Powyższy przepis wskazuje kolejność, w jakiej sąd bierze pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na wymiar kary. Okoliczności obostrzające, w tym recydywę, sąd bierze więc pod uwagę w pierwszej kolejności. Przykładowo w przypadku nieletniego, który dopuszcza się dwóch zabójstw w warunkach recydywy, gdyby istniała tylko okoliczność obostrzająca w postaci recydywy, groziłoby mu dożywocie. Z uwagi jednak na wiek, maksymalna grożąca kara zostanie obniżona ostatecznie do 20 lat⁴⁵⁸.

Należy zauważyć, że popełnienie czynu w warunkach recydywy nie skutkuje obligatoryjnym obostrzeniem kary. Możliwe jest również jej wymierzenie w dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Sąd może równie dobrze wymierzyć np. karę 6 miesięcy pozbawienia wolności za kradzież w warunkach recydywy (grożą za to 3 lata pozbawienia wolności, co przy podwojeniu jej górnej granicy daje 6 lat).

Na marginesie należy tylko zauważyć, że w stosunku do recydywistów francuski kodeks karny przewiduje także pewne odrębności w stosowaniu instytucji probacyjnych. Przykładowo zawieszenie kary z poddaniem sprawcy próbie (*sursis avec mise à l'épreuve*), gdy sprawca jest recydywistą, może być orzeczone w przypadku skazania go na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) nieprzekraczającą 10 lat (por. art. 132-41 f.k.k.); okres próby może wynieść do 5 lat, a wyjątkowo do 7 lat, jeśli znajdzie się on w stanie ponownej recydywy (por. art. 132-42 f.k.k.). Kwestię skorzystania przez skazanego recydywistę z warunkowego zwolnienia z odbywania kary pozbawienia wolności regulują przepisy art. 729 i n. f.k.p.k.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Zob. E. Adama, *Le traitement...*

⁴⁵⁹ Tekst powołanych przepisów francuskiego kodeksu postępowania karnego dostępny jest na stronie:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A7A6DCB58EC664CAB773FDBA479870AE.t>

6. Kary minimalne

Przepis art. 132-19-1 f.k.k. przewidywał, że dla osób skazanych za występki popełnione w ramach recydywy, kara pozbawienia wolności wymierzona przez sędziego nie powinna być niższa od pewnych ustalonych progów: roku, jeżeli występki były zagrożone karą od 3 lat pozbawienia wolności; a nawet 4 lat, jeżeli występki były zagrożone karą 10 lat pozbawienia wolności. Podobnie, nie można było wymierzyć kary innej niż kara pozbawienia wolności w razie ponownego popełnienia w ramach recydywy umyślnego występkę z użyciem przemocy albo występku, w których okolicznością obciążającą było użycie przemocy, ale i również występku przemocy czy napaści seksualnej, czy w końcu występku zagrożonych karą 10 lat pozbawienia wolności.

Powyższy system kar minimalnych był silnie krytykowany za ograniczenie sądowego wymiaru kary. Trzeba jednak odnotować, że sąd mógł wymierzyć karę niższą od wskazanych progów albo karę inną niż kara pozbawienia wolności, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, biorąc pod uwagę okoliczności czynu, osobowość sprawcy oraz prognozę kryminologiczną.

Ostatecznie, ustawą z dnia 15 sierpnia 2014 r.⁴⁶⁰ system kar minimalnych został ostatecznie usunięty z kodeksu karnego.

7. Recydywa a powrót do przestępstwa

Recydywa (*la récidive*) oraz ponowne popełnienia przestępstwa (*la réitération*) są to dwie ściśle powiązane ze sobą instytucje dotyczące sytuacji, gdy po prawomocnym skazaniu za popełnienie pierwszego przestępstwa sprawca popełnia kolejne przestępstwo. Obie instytucje zostały zawarte we francuskim kodeksie karnym, ale łącznie dają pewien szeroki, acz mało spójny obraz zjawiska powrotu do popełnienia przestępstwa, który w nauce nazywa się łącznie recydywą *sensu largo*. Instytucja

pdila15v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006138144&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20170127 (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁶⁰ LOI n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, JORF n°0189 du 17 août 2014; tekst dostępny na stronie: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029362502&categorieLien=id> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

ponownego popełnienia przestępstwa została wprowadzona ustawą nr 2005-1549 z dnia 12 grudnia 2005 r. dotyczącą postępowania z recydywą czynów zabronionych.

Ponowne popełnienie przestępstwa dotyczy sytuacji, w których sprawca popełnia nowe przestępstwo, które nie spełnia ustawowych wymogów recydywy (art. 132-16-7 f.k.k.). Recydywa dotyczy jedynie przypadków wymienionych w kodeksie karnym (od art. 132-8 do art. 132-11 f.k.k.).

W celu zobrazowania różnic między dwoma instytucjami, należy wskazać, że w zakresie występku ponowne jego popełnienie stanowić będzie recydywę tylko w wypadku popełnienia tego samego lub podobnego występku w rozumieniu kodeksu karnego w terminie do 5 lat (art. 132-10 f.k.k.). W przypadku ponownego popełnienia przestępstwa, co do zasady, nie chodzi o popełnienie takiego samego czy też podobnego przestępstwa jak w przypadku recydywy, ale o jakiegokolwiek przestępstwo. Ponowne popełnienie przestępstwa, w przeciwieństwie do recydywy, w przypadku występku nie jest ograniczone czasem.

Różnice między obydwoima instytucjami są widoczne choćby w zakresie kar przewidzianych za każdą z nich. W przypadku recydywy najczęściej dochodzi do podwojenia górnej granicy kary. W przypadku ponownego popełnienia przestępstwa kary ulegają kumulacji bez ograniczeń co do ich górnej granicy oraz bez możliwości zastosowania absorpcji po połączeniu z karami już prawomocnie orzeczonymi (art. 132-16-7 f.k.k.).

Podsumowując, recydywa *sensu stricto* zachodzi tylko po spełnieniu ściśle określonych ustawowo przesłanek i skutkuje obostrzeniem kary. Pośród różnych wymogów, istotny jest limit czasowy 5 lat dla recydywy szczególnej w przypadku występku (art. 132-10 f.k.k.). Jeśli warunki określone dla recydywy nie zostaną spełnione, np. limit czasowy zostanie przekroczony, będziemy mieć do czynienia z ponownym popełnieniem przestępstwa, które nie skutkuje obostrzeniem kary. Ponowne popełnienie przestępstwa nie wymaga popełnienia takiego samego czy też podobnego przestępstwa oraz obejmuje czyny bez żadnych ograniczeń czasowych.

8. Reforma recydywy (aspekt prewencyjny)

W 2010 r. wskutek afery Hodeau⁴⁶¹ doszło do debaty na temat reformy regulacji ustawowych dotyczących recydywy we francuskim kodeksie karnym. Sprawa ta dotyczyła porwania, zgwałcenia oraz zabójstwa w 2009 r. Marie-Christine Hodeau przez Manuela Da Cruz, który był już skazany prawomocnym wyrokiem za porwanie i zgwałcenie 13-letniej dziewczynki w podobnych okolicznościach na karę 11 lat pozbawienia wolności, jednakże warunkowo przedterminowo zwolniony po odbyciu 7 lat kary. Powyższa sprawa oburzyła opinię publiczną i skutkowała sporządzeniem projektu ustawy zmierzającej do zmniejszenia ryzyka recydywy oraz zawierającej różne propozycje zmiany procedury karnej. Projekt został zaakceptowany przez Zgromadzenie Narodowe w listopadzie 2009 r. w ramach procedury przyspieszonej⁴⁶². Projekt przewidywał m.in. zakaz zbliżania się przez sprawcę przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, po odbyciu kary, do miejsca zamieszkania swojej poprzedniej ofiary⁴⁶³. Zakładał również nakazanie sprawcom przestępstw seksualnych poddania się terapii hormonalnej (tzw. kastracji chemicznej). W wypadku zgody na tego typu terapię, późniejsze jej przerwanie miało skutkować powrotem do zakładu karnego. Projekt przewidywał również stworzenie „Rejestru danych osobowych zebranych w toku postępowania sądowego” (*Répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires*) dla osób ściganych lub skazanych za jedno z przestępstw, z którym związana jest kontrola społeczno-sądowa (art. 706-56-2 f.k.p.k.) oraz poszerzenie przypadków objętych wpisem do tzw. FNAEG (*Fichier national automatisé des empreintes génétiques*) (narodowy rejestr DNA). Rozszerzono również tzw. nadzór bezpieczeństwa (wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2008 r.) na osoby skazane na karę ponad 10 lat pozbawienia wolności (do tej pory było to

⁴⁶¹ *Le meurtrier de Marie-Christine Hodeau condamné à la perpétuité [archive]*, Patricia Jolly, *Le Monde.fr*, 8 listopada 2011, artykuł dostępny na stronie http://www.lemonde.fr/societe/article/2011/11/08/perpetuite-requise-a-l-encontre-du-meurtrier-presume-de-marie-christine-hodeau_1600698_3224.html (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁶² *Loi sur la récidive: les députés veulent étendre la surveillance de sûreté [archive]*, *Le Monde*, 17 listopada 2009, tekst dostępny na stronie http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/11/17/loi-sur-la-recidive-les-deputes-veulent-etendre-la-surveillance-de-surete_1268252_3224.html (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁶³ Tekst projektu dostępny na stronie: <http://www.senat.fr/leg/tas09-061.html> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

15 lat). W przypadku niepodporządkowania się temu nadzorowi (np. przez zdjęcie obroży elektronicznej z lokalizatorem GPS) sprawcy groziło zastosowanie tzw. zatrzymania dla bezpieczeństwa⁴⁶⁴ (procedura zmierzająca do umieszczenia danej osoby skazanej w toku wykonywania kary, która stanowi podwyższone ryzyko powrotu do przestępstwa i która cierpi na poważne zaburzenia osobowości w zamkniętym ośrodku medyczno-sądowym). Powyższy środek miał być ograniczony do skazań za najcięższe przestępstwa, w szczególności przestępstwa seksualne i musi być wyraźnie wskazany w orzeczeniu skazującym. Artykuł 6a ustawy przewidywał, że lokalne jednostki policji czy żandarmerii zostaną poinformowane o tożsamości oraz adresie każdej osoby skazanej na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności.

W lutym 2010 r. francuski Senat zaakceptował powyższy projekt, jednakże usunął z niego terapię hormonalną, przekształcając zobowiązanie lekarzy do informowania sędziego o leczeniu ich pacjenta jedynie w taką możliwość⁴⁶⁵.

9. Recydywa osoby prawnej

System recydywy osób prawnych jest oparty na tych samych zasadach co recydywa osób fizycznych. Szczegółowa regulacja zawarta jest w art. 132-12 – art. 132-15 f.k.k.⁴⁶⁶ Progiem jest tutaj wysokość grożącej grzywny. W wypadku osób prawnych

⁴⁶⁴ Więcej na temat Rétention de sûreté: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1278> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁶⁵ Zob. <http://www.senat.fr/leg/tas09-061.html> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁶⁶ *Article 132-12. Lorsqu'une personne morale, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques de 100 000 euros d'amende, engage sa responsabilité pénale par un crime, le taux maximum de l'amende applicable pour les personnes morales est doublé. Dans ce cas, la personne morale encourt, en outre, les peines mentionnées à l'article 131-39, sous réserve des dispositions du dernier alinéa de cet article.*

Article 132-13. Lorsqu'une personne morale, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques de 100 000 euros d'amende, engage sa responsabilité pénale, dans le délai de dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, par un délit puni de la même peine, le taux maximum de l'amende applicable pour les personnes morales est doublé.

Lorsqu'une personne morale, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques de 100 000 euros d'amende, engage sa responsabilité pénale, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, par un délit puni par la loi en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'amende supérieure à 15 000 euros, le taux maximum de l'amende applicable pour les personnes morales est doublé.

Dans les cas prévus par les deux alinéas précédents, la personne morale encourt, en outre, les peines mentionnées à l'article 131-39, sous réserve des dispositions du dernier alinéa de cet article.

progiem tym jest skazanie za zbrodnię lub występki, zagrożone karą grzywny w wysokości 100 000 euro. Ponowne popełnienie zbrodni wiąże się z tym, że maksymalna grożąca kara równa się dziesięciokrotności grożącej grzywny (art. 132-12 f.k.k.) przewidzianej za tę zbrodnię⁴⁶⁷. Podobnie jest w sytuacji ponownego popełnienia występkę zagrożonego taką samą karą w okresie 10 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary (art. 132-13 f.k.k.). Również maksymalna kara grzywny wynosi dziesięciokrotność wysokości przewidzianej za dany występki, w przypadku popełnienia w terminie 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania kary za poprzedni występki lub zbrodnię, nowego występkę, zagrożonego karą grzywny powyżej 15 000 euro⁴⁶⁸.

Zgodnie z art. 132-14 f.k.k., jeżeli osoba prawna prawomocnie skazana za występki, w okresie 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, zostanie skazana za taki sam lub podobny do niego występki (zgodnie z przepisami regulującymi recydywę), maksymalna grzywna, która może zostać orzeczona, wynosi dziesięciokrotność kary grzywny przewidzianej za dany występki.

W przypadku wykroczeń klasy 5 termin jest roczny i również skutkuje dziesięciokrotnością kary grzywny grożącej za dane wykroczenie (art. 132-15 f.k.k.).

Article 132-14. Lorsqu'une personne morale, déjà condamnée définitivement pour un délit, engage sa responsabilité pénale, dans un délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit par le même délit, soit par un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est doublé.

Article 132-15. Dans les cas où le règlement le prévoit, lorsqu'une personne morale, déjà condamnée définitivement pour une contravention de la 5e classe, engage sa responsabilité pénale, dans le délai d'un an à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, par la même contravention, le taux maximum de l'amende applicable est égal à dix fois celui qui est prévu par le règlement qui réprime cette contravention en ce qui concerne les personnes physiques.

⁴⁶⁷ Stosownie do art. 132-12 f.k.k., jeżeli osoba prawna, która została prawomocnie skazana za zbrodnię lub występki, zagrożone karą grzywny w wysokości 100 000 euro, ponownie popełni zbrodnię, maksymalna wysokość grzywny, która może być wobec niej orzeczona, równa się dziesięciokrotności wysokości grzywny przewidzianej za tę zbrodnię.

⁴⁶⁸ Artykuł 132-13 f.k.k. przewiduje, że jeśli osoba prawna prawomocnie skazana za zbrodnię lub występki, zagrożone karą grzywny w wysokości 100 000 euro, ponownie popełni występki zagrożony taką samą karą w okresie 10 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, maksymalna wysokość grzywny, która może być wobec niej orzeczona, wynosi dziesięciokrotność wysokości grzywny przewidzianej za ten występki. Ponadto, osoba prawna prawomocnie skazana za zbrodnię lub występki, zagrożone karą grzywny w wysokości 100 000 euro, w okresie 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, popełnia nowy występki, zagrożony karą grzywny powyżej 15 000 euro, maksymalna wysokość kary grzywny, która może być orzeczona w stosunku do takiej osoby prawnej, wynosi dziesięciokrotność wysokości grzywny za dany występki.

10. Stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Europejski Trybunał Praw Człowieka dwukrotnie (wyrok 1 Sekcji, a następnie Wielkiej Izby Trybunału) miał okazję przyjrzeć się francuskiej recydywie, rozpoznając sprawę *Anchour przeciwko Francji*⁴⁶⁹. Skarżący został prawomocnie skazany dnia 16 października 1984 r. za przemyt narkotyków na karę 3 lat pozbawienia wolności, którą odbył dnia 12 lipca 1986 r. W dniu 1 marca 1994 r. w życie wszedł nowy francuski kodeks karny, który w myśl art. 132-9 wydłużył termin pomiędzy odbyciem kary a popełnieniem nowego występkę z 5 do 10 lat. Dnia 7 grudnia 1995 r. skarżącego aresztowano za posiadanie kilku kilogramów haszyszu. Francuski sąd apelacyjny uznając, że nowe przestępstwo zostało popełnione w warunkach recydywy (art. 132-9 f.k.k.), podniósł karę z 8 do 12 lat pozbawienia wolności. Sąd kasacyjny oddalił kasację skarżącego, wskazując na fakt, że nowe reguły dotyczące recydywy obowiązywały od chwili wejścia w życie francuskiego kodeksu karnego. Europejski Trybunał Praw Człowieka zauważył, że nowe reguły wynikające z kodeksu karnego z 1994 r. obowiązywały w chwili, gdy skarżący w 1995 r. popełniał nowe przestępstwo. W odpowiedzi na zarzut skarżącego, że pomiędzy dniem 13 lipca 1991 r. i dniem 1 marca 1994 r. nie był uznawany za recydywistę, Trybunał podkreślił, że jego skazanie z 1984 r. nie uległo zatarcu i nadal znajdowało się w rejestrze karnym. Dlatego upływ wskazanego okresu nie wiązał się z nabyciem przez niego prawa do niebrania pod uwagę wcześniej popełnionego przestępstwa. Zdaniem Trybunału skarżący mógł przewidzieć, że popełniając nowe przestępstwo przed upływem 10-letniego terminu w dniu 13 lipca 1996 r., liczył się z ryzykiem skazania w warunkach recydywy oraz wymierzenia mu podwójnej wysokości grożącej kary. Mógł więc przewidzieć powyższe konsekwencje. Trybunał rozróżnił sytuację popełnienia kolejnego przestępstwa, skazania i ukarania pod rządami nowej ustawy karnej w przypadku braku zatarcia poprzedniego skazania, od retroaktywnego stosowania prawa. W związku z tym Wielka Izba Trybunału 16 głosami do 1 uznała, że nie doszło do naruszenia art. 7 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴⁷⁰ (*nullum crimen sine lege*).

⁴⁶⁹ Wyrok ETPC z dnia 29 marca 2006 r. w sprawie 67335/01 (Wielka Izba), *Anchour v. Francja*; wyrok ETPC z dnia 11 marca 2004 r. w sprawie 67335/01 (Sekcja 1), *Anchour v. Francja*.

⁴⁷⁰ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

IV. Hiszpania

1. Pojęcie recydywy

Recydywa jest jedną z okoliczności obciążających wymienionych w art. 22 ustawy 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r. – Kodeks karny⁴⁷¹ (dalej: „h.k.k.”). Hiszpański ustawodawca wybrał zamknięty katalog okoliczności obciążających zgodnie z zasadą zakazu analogii *in malam partem*⁴⁷².

Artykuł 22 pkt 8 h.k.k. stanowi, że recydywa zachodzi wtedy, gdy sprawca w chwili popełnienia przestępstwa był już prawomocnie skazany za przestępstwo stypizowane w tym samym tytule niniejszego kodeksu, o ile ma ono taki sam charakter (przestępstwo tej samej natury, tego samego rodzaju). Dla skutków przewidzianych w tym przepisie nie mają znaczenia poprzednie skazania, które uległy zatarciu lub powinny być zatarte⁴⁷³ ani skazania za przestępstwa lekkie⁴⁷⁴. Prawomocne skazania sądów lub trybunałów innych państw Unii Europejskiej brane są pod uwagę przy ocenie recydywy, chyba że uległy one zatarciu lub mogły ulec zatarciu zgodnie z przepisami prawa hiszpańskiego⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995). Aktualny tekst hiszpańskiego kodeksu karnego dostępny jest na stronie: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁴⁷² M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 1999, s. 891. Szerzej na temat okoliczności zaostrzających odpowiedzialność kryminalną zob. B.J. Stefańska, *Ustawowe okoliczności obciążające w hiszpańskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7-8, s. 123-131.

⁴⁷³ W Hiszpanii zatarcie skazania nie powoduje definitywnego usunięcia informacji o skazaniu. Informacje o skazaniach nie są usuwane z rejestru skazanych, bowiem w myśl art. 136 ust. 4 in fine h.k.k. na wniosek sędziów lub trybunałów podaje się informacje również o skazaniach, które zostały zatarte, z wyraźnym zaznaczeniem, że zachodzi ta okoliczność.

⁴⁷⁴ Przestępstwa lekkie to takie, za których popełnienie ustawa przewiduje kary lekkie (art. 13 ust. 3 h.k.k.). Karami lekkimi są: a) pozbawienie prawa prowadzenia pojazdów silnikowych i motorowerów na okres od 3 miesięcy do roku; b) pozbawienie prawa posiadania i noszenia broni na okres od 3 miesięcy do roku; c) pozbawienie prawa wykonywania zawodu, zajmowania stanowiska lub prowadzenia działalności gospodarczej związanej ze zwierzętami oraz prawa posiadania zwierząt na okres od 3 miesięcy do roku; d) pozbawienie prawa przebywania w określonych miejscach lub przychodzenia do nich na okres poniżej 6 miesięcy; e) zakaz zbliżania się do ofiary lub do członków jej rodziny lub innych osób określonych przez sąd lub trybunał na okres od miesiąca do poniżej 6 miesięcy; f) zakaz komunikowania się z ofiarą lub członkami jej rodziny lub z innymi osobami określonymi przez sąd lub trybunał na okres od miesiąca do poniżej 6 miesięcy; g) grzywna w stawkach dziennych do 3 miesięcy; h) areszt domowy na okres od 1 dnia do 3 miesięcy; i) praca na cele społeczne od 1 do 30 dni (art. 33 ust. 4 h.k.k.).

⁴⁷⁵ *Artículo 22 Son circunstancias agravantes:*
8. ^a *Ser reincidente.*

2. Przesłanki

Hiszpański ustawodawca za obligatoryjną okoliczność obciążającą uznaje recydywę szczególną. Przesłankami jej są:

1) powrót do przestępstwa. Upřednie przestępstwo, za które sprawca został skazany prawomocnym wyrokiem, oraz nowe przestępstwo uregulowane są w tym samym tytule (kryterium tożsamości formalnej)⁴⁷⁶. Dzięki takiej regulacji hiszpański kodeks karny wyłączył możliwość tzw. recydywy ogólnej (upřednie popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa). Co do zasady, umiejscowienie przestępstwa w tym samym tytule jest konieczną, ale niewystarczającą przesłanką dla przyjęcia recydywy;

2) upřednie skazanie musi zapać za przestępstwo zawarte w tym samym tytule kodeksu i mieć taki sam charakter (kryterium tożsamości materialnej). Wymaga się tożsamości lub podobieństwa przedmiotu ochrony. Za taką wykładnią przemawia siódme postanowienie przejściowe hiszpańskiego kodeksu karnego, które stanowi, że przy ocenie recydywy za przestępstwa zawarte w tym samym tytule niniejszego kodeksu uznaje się przestępstwa przewidziane w poprzednio obowiązującym kodeksie karnym, które mają podobną nazwę i godzą w taki sam sposób w identyczne dobra prawnie chronione⁴⁷⁷. Aby została zrealizowana przesłanka tożsamości, sprawca niekoniecznie musi dokonać tego samego przestępstwa, musi natomiast zachodzić tożsamość naruszonej normy. Powinien zostać naruszony ten sam zakaz lub obowiązek. I tak, tożsamość zachodzi pomiędzy typem podstawowym, kwalifikowanym czy też uprzywilejowanym⁴⁷⁸. Tożsamości przedmiotu ochrony towarzyszy również przesłanka obiektywna w postaci tożsamości sposobu popełnienia przestępstw. Sposób i forma popełnienia czynu,

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

⁴⁷⁶ A. Calderón, J.A. Choclán, *Código Penal Comentado*, Barcelona 2005, s. 55.

⁴⁷⁷ M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal...*, s. 903.

⁴⁷⁸ A. Calderón, J.A. Choclán, *Código Penal.....*, s. 55.

które często stanowią element strony przedmiotowej, powinny być także brane pod uwagę przy ocenie tożsamości lub podobieństwa naruszonych przepisów karnych⁴⁷⁹. W doktrynie wskazuje się, że warunek tożsamości charakteru przestępstwa jest spełniony w przypadku „ataku w ten sam sposób na identyczne dobro chronione prawem”⁴⁸⁰.

Sąd Najwyższy przy ocenie tożsamości charakteru przestępstwa nakazuje brać pod uwagę tendencję kryminalną sprawcy przestępstwa wyrażaną jego stosunkiem do określonych dóbr prawnie chronionych. Tym samym, tożsamość charakteru przestępstwa wymagana przez ustawodawcę oznacza tożsamość przedmiotu ochrony w obydwu przestępstwach oraz ponadto tożsamość sposobu zamachu na nie⁴⁸¹;

3) w chwili popełniania nowego przestępstwa sprawca był już prawomocnie skazany. Nie jest konieczne uprzednie odbycie kary i jest ona w doktrynie określana recydywą niewłaściwą. Recydywa właściwa zaś zachodzi wtedy, gdy sprawca odbył karę

⁴⁷⁹ A. Calderón, J.A. Choclán, *Código Penal*....., s. 55.

⁴⁸⁰ Tak L. Rodríguez Ramos (dir.), G. Rodríguez-Ramos Ladaria (coord.), *Código Penal Concordado y Comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, Madryt 2015, s. 324.

⁴⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo 1078/1998 de 17 de octubre de 1998, Id Cendoj: 28079120011998102861, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3097669&links=%223449%2F1997%22%20%221078%2F1998%22&optimize=20031011&publicinterface=true> (dostęp dnia 11 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 1222/1999 de 23 de julio de 1999, Id Cendoj: 28079120011999102631, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3172240&links=%22253%2F1999%22%20%221222%2F1999%22&optimize=20030830&publicinterface=true> (dostęp dnia 11 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 853/2000 de 23 de julio de 2000, Id Cendoj: 28079120012000102810, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3185354&links=%222684%2F1998%22%20%22853%2F2000%22&optimize=20030823&publicinterface=true> (dostęp dnia 11 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 5/2003 de 30 de enero de 2003, Id Cendoj: 28079120012003103653, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3149804&links=%223072%2F2001%22%20%225%2F2003%22&optimize=20030912&publicinterface=true> (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2003 de 30 de septiembre de 2003, Id Cendoj: 28079120012003103890, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3041518&links=%221305%2F2002%22%20%221250%2F2003%22&optimize=20031030&publicinterface=true> (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 971/2010 de 12 de noviembre de 2010, Id Cendoj: 28079120012010100898, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5790636&links=%22789%2F2010%22%20%22971%2F2010%22&optimize=20101202&publicinterface=true> (dostęp dnia 11 sierpnia 2016 r.).

uprzednio orzeczoną⁴⁸². Skazanie to ma być za przestępstwo⁴⁸³. Dla ustalenia recydywy uwzględnia się prawomocne skazania sądów lub trybunałów innych państw Unii Europejskiej, chyba że uległy one zatarciu lub mogły ulec zatarciu zgodnie z przepisami prawa hiszpańskiego. Poza skazaniami w innych państwach Unii Europejskiej zagraniczne wyroki brane są pod uwagę dla celów recydywy w przypadku skazania za przestępstwo terrorystyczne (art. 580 h.k.k.) oraz za niektóre przestępstwa przeciwko zdrowiu publicznemu, np. produkcja, obrót lekami bez wymaganego zezwolenia, fałszowanie dokumentów związanych z produktami medycznymi, podawanie sportowcom zabronionych substancji, dodawanie do pożywienia i napojów substancji szkodliwych dla zdrowia, uprawa i handel narkotykami i substancjami psychotropowymi itp.

W doktrynie istnieje spór co do tego, czy zachodzi recydywa w przypadku popełnienia przestępstwa umyślnego i nieumyślnego. Jedni autorzy dopuszczają możliwość recydywy w przypadku popełnienia dwóch przestępstw nieumyślnych, odrzucają zaś możliwość recydywy w przypadku popełnienia przestępstwa umyślnego i nieumyślnego, uzasadniając to brakiem w takim wypadku tożsamości obiektywnej⁴⁸⁴. Drudzy zaś twierdzą, że recydywa zachodzi między przestępstwem umyślnym i nieumyślnym, jeżeli kodeks przewiduje popełnienie tego przestępstwa w formie nieumyślnej, np. recydywa zachodzi w przypadku dokonania umyślnego zabójstwa (art. 138 h.k.k.) i usiłowania zabójstwa kwalifikowanego (art. 139 w zw. z art. 16 h.k.k.) albo dokonania zabójstwa umyślnego oraz nieumyślnego zabójstwa (art. 142 h.k.k.). Uzasadniają ten pogląd tym, że przedmiot ochrony w tych obu przypadkach jest tożsamy⁴⁸⁵.

⁴⁸² M. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII (2013), s. 102.

⁴⁸³ W Hiszpanii od dnia 1 lipca 2015 r. nie ma wykroczeń. Przepisy określające wykroczenia zamieszczone w księdze III kodeksu karnego zostały uchylone (L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, B.O.E. núm.77, de 31 de marzo de 2015).

⁴⁸⁴ A. Calderón, J.A. Choclán, *Código Penal...*, s. 55.

⁴⁸⁵ M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal...*, s. 903.

4) uprzednie skazanie nie uległo zatarciu ani nie powinno ulec zatarciu zgodnie z zasadami przewidzianymi w art. 136 h.k.k.⁴⁸⁶ Zasadnie hiszpański Sąd Najwyższy uznał, że recydywa nie zachodzi i stosując zasadę *in dubio pro reo*, wskazał, że „jeżeli w zaskarżonym wyroku brakuje daty odbycia kary (art. 136 ust. 3 h.k.k.), nie ma innej możliwości niż orzec na korzyść oskarżonego, że należy liczyć okres przewidziany w h.k.k. do zatarcia skazania od daty uprawomocnienia się wyroku, który to skazanie spowodował”⁴⁸⁷.

3. Konsekwencje recydywy

Recydywa jest jedną z okoliczności, które obostrzają wymiar kary. Hiszpański ustawodawca w art. 66 ust. 1 h.k.k.⁴⁸⁸ określił zasady wymierzania kary za popełnienie przestępstw umyślnych⁴⁸⁹. I tak w przypadku:

⁴⁸⁶ W Hiszpanii sąd lub trybunał może dokonać z urzędu zatarcia skazania wówczas, gdy pomimo spełnienia przesłanek do jego zatarcia Ministerstwo Sprawiedliwości tego nie zrobiło (zob. B.J. Stefańska, *Zatarcie skazanie*, Warszawa 2014, s. 327).

⁴⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 6365/2003 de 16 de octubre de 2003 Id Cendoj: 28079120012003103385, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2976371&links=reincidencia%20%22JOAQUIN%20DELGADO%20GARCIA%22&optimize=20031120&publicinterface=true> (dostęp dnia 9 sierpnia 2016 r.).

⁴⁸⁸ Artículo 66.

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.^a Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.^a Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.^a Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.^a Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.^a Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.^a Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

- zaistnienia jednej lub dwóch okoliczności obciążających, sądy i trybunały wymierzają karę w połowie wyższej (*superior*) kary przewidzianej w ustawie za dane przestępstwo (art. 66 ust. 1 pkt 3 h.k.k.)⁴⁹⁰;
- zaistnienia więcej niż dwóch okoliczności obostrzających i braku jakiejkolwiek okoliczności łagodzącej, sądy i trybunały mogą wymierzyć karę wyższą o stopień niż ta ustanowiona w ustawie⁴⁹¹, w jej połowie niższej⁴⁹² (art. 66 ust. 1 pkt 4 h.k.k.);
- zaistnienia okoliczności obciążającej recydywy, w myśl której sprawca w chwili popełnienia przestępstwa był prawomocnie skazany za co najmniej trzy przestępstwa stypizowane w tym samym tytule kodeksu karnego, o ile mają taki sam charakter (są tej samej natury), sądy i trybunały mogą wymierzyć karę wyższą o stopień od przewidzianej przez ustawę za dane przestępstwo, biorąc pod uwagę zarówno poprzednie skazania, jak i wagę nowego popełnionego przestępstwa. Stosując tę regułę nie bierze się pod uwagę skazań, które uległy zatarciu lub tych, które powinny być zatarte (art. 66 ust. 1 pkt 5 h.k.k.); jest to przypadek recydywy kwalifikowanej, czyli tzw. multirecydywy⁴⁹³.

W przypadku zaś przestępstw lekkich oraz przestępstw nieumyślnych, sądy i trybunały wymierzają kary według swobodnego uznania; nie obowiązują wyżej przedstawione zasady (art. 66 ust. 2 h.k.k.).

8.^a *Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

2. *En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.*

⁴⁸⁹ Na temat generalnych i specjalnych reguł wymiaru kary w prawie karnym hiszpańskim zob. B. Kunicka-Michalska, *Zarys prawa karnego Hiszpanii*, Warszawa 2009, s. 165-170.

⁴⁹⁰ W podręczniku M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal...*, s. 923 podaje się następujący przykład: kara więzienia od 10 do 15 lat za przestępstwo zabójstwa: wymiar tej kary po obostrzeniu w postaci wyższej połowy to będzie od 12 lat i 6 miesięcy do 15 lat, zaś wymiar tej kary po obostrzeniu w postaci niższej połowy to będzie od 10 do 12 lat i 6 miesięcy. Aby określić wymiar górnej połowy kary, należy podzielić różnicę pomiędzy górną a dolną granicą na połowę i dodać ją do dolnej granicy, np. w przypadku zagrożenia karą więzienia w wymiarze od 4 do 12 lat: $12-4 = 8$, $8:2 = 4$, po dodaniu do dolnej granicy wymiaru kary nowe granice wymiaru kary to 8–12 lat.

⁴⁹¹ Zgodnie z art. 70 ust. 1 pkt 1 h.k.k. górna granica kary wyższej o stopień to górna granica zagrożenia karnego danego przestępstwa zwiększona o połowę. Dolną granicą kary wyższej o stopień to górna granica zagrożenia karnego dla danego przestępstwa zwiększona o 1 dzień lub 1 stawkę dzienną, w zależności od rodzaju kary.

⁴⁹² Aby określić wymiar niższej połowy kary, należy podzielić różnicę pomiędzy górną a dolną granicą na połowę i dodać ją do dolnej granicy, aby uzyskać w ten sposób górną granicę wymiaru kary.

⁴⁹³ M. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, *Reincidencia...*, s. 101.

Reakcją hiszpańskiego ustawodawcy na recydywę jest nie tylko obostrzenie kary, lecz także wyłączenie niektórych instytucji prawa karnego. Nie można zawiesić warunkowo wykonania kary (zob. art. 80 ust. 2 h.k.k.); ponadto recydywa powoduje odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia oraz wyłącza stosowanie prawa łaski. Jest to również okoliczność brana pod uwagę przy stosowaniu tymczasowego aresztowania⁴⁹⁴.

Recydywa jest okolicznością obciążającą dotyczącą konkretnego sprawcy; obostrzenie wymiaru kary następuje tylko w stosunku do niego. Stosownie do postanowienia art. 65 ust. 1 h.k.k. okoliczności obciążające lub łagodzące dotyczące jakiegokolwiek aspektu o charakterze osobistym zaostrożają lub łagodzą odpowiedzialność tylko tych osób, których dotyczą⁴⁹⁵.

4. Uzasadnienie recydywy

Poglądy na temat istoty i charakteru prawnego recydywy oraz jej uzasadnienia są w doktrynie podzielone. Niektórzy stoją na stanowisku, że recydywa zwiększa wagę czynu, gdyż wyższy jest stopień winy⁴⁹⁶. Recydywista działa ze świadomością bezprawności swojego zachowania i jego karalności. Podejmuje przestępne działania, pomimo ostrzeżenia, jakim jest uprzednie skazanie i poddania go procesowi resocjalizacji. Wyższy stopień winy uzasadnia się tym, że sprawca w sposób szczególny swoim zachowaniem lekceważy dobra prawnie chronione, popełniając nowe przestępstwo po ostrzeżeniu, jakim jest pierwsze skazanie⁴⁹⁷. Ten ostatni pogląd został poddany krytyce. Podnoszono, że obostrzając karę w wyniku

⁴⁹⁴ M. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, *Reincidencia...*, s. 103.

⁴⁹⁵ *Artículo 65. 1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. 3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.*

⁴⁹⁶ J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III, Teoría jurídica de delito*, Madryt 2001, s. 168.

⁴⁹⁷ M. Alonso Álamo, *El sistema de circunstancias del delito*, Valladolid 1982, s. 746.

recydywy, łamie się zasadę odpowiedzialności za czyn, skoro uwzględnia się też inny czyn, tj. ten, za który został już skazany uprzednio⁴⁹⁸.

Inni uważają, że recydywa przede wszystkim świadczy o porażce funkcji prawa karnego, a mianowicie prewencji szczególnej i resocjalizacji⁴⁹⁹.

Uznaje się także, że recydywa zwiększa bezprawność czynu; powrót do przestępstwa wskazuje na większe lekceważenie dóbr prawnie chronionych oraz na krnąbrność sprawcy, który pomimo ostrzeżenia, jakim było uprzednie skazanie, narusza przepisy prawa karnego⁵⁰⁰. Jednakże takie lekceważenie dóbr prawnie chronionych czy też krnąbrność nie mają wpływu na stopień lub sposób naruszenia przedmiotu ochrony i z tego względu nie mogą uzasadniać obostrzenia kary w prawie karnym, które nie narusza prawa lokalnego i jest ukierunkowane na ochronę dóbr prawnie chronionych, zgodnie z konstytucyjnymi wymogami⁵⁰¹. W związku z tym podkreśla się, że obostrzenie na podstawie recydywy nie jest „konstytucyjnie wskazane”⁵⁰². Proponuje się więc wyeliminowanie recydywy jako okoliczności obciążającej lub ewentualnie uznanie jej za okoliczność fakultatywną. Powrót do przestępstwa powinien być uwzględniany nie w zakresie kar, lecz środków zabezpieczających⁵⁰³.

Uzasadnia się recydywę także tym, że kara wymierzona recydywiście w ramach zwykłego wymiaru kary jest niewystarczająca. Z tej perspektywy twierdzi się, że skoro uprzednia kara nie zapobiegła popełnieniu nowego przestępstwa, to względy prewencji szczególnej przemawiają za tym, aby zwiększyć wymiar kary, aby była ona skuteczna. Recydywista ze względu na swoje właściwości osobiste jest w szczególny sposób niewrażliwy na zwykłą karę, co uzasadnia potrzebę obostrzenia kary⁵⁰⁴.

⁴⁹⁸ E. Marín de Espinosa Ceballos, *La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Grenada 1999, s. 178.

⁴⁹⁹ G. Quintero Olivares, *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona 2009, s. 751.

⁵⁰⁰ S. Mir Puig, *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona 1974, s. 477.

⁵⁰¹ S. Mir Puig, *Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, s. 1145.

⁵⁰² S. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 2009, s. 641.

⁵⁰³ S. Mir Puig, *Derecho Penal...*, s. 1151.

⁵⁰⁴ S. Mir Puig, *La reincidencia...*, s. 433.

Wskazuje się jednak, że obostrzając karę recydywistę wobec porażki uprzedniej kary, może dojść do naruszenia zakazu stosowania kar niehumanitarnych lub upokarzających, zawartego w art. 15 Konstytucji Królestwa Hiszpanii⁵⁰⁵.

Wielu autorów uznaje, że recydywa jest związana z większym niebezpieczeństwem sprawcy. Powrót do przestępstwa wskazuje na skłonność lub tendencję sprawcy do popełniania przestępstw, w konsekwencji na większe prawdopodobieństwo popełniania przestępstw w przyszłości⁵⁰⁶. Zwolennicy tego poglądu nie uzasadniają tej okoliczności większą wagą czynu czy też większym stopniem winy, lecz prewencją szczególną wynikającą z niebezpieczeństwa sprawcy. Twierdzą także, że recydywa stwarza domniemanie, iż sprawca jest niebezpieczny i jest to domniemanie niewzruszalne, gdyż obostrzenie kary jest obligatoryjne, co uniemożliwia sądowi ocenę, czy w danym wypadku rzeczywiście ma miejsce negatywna prognoza kryminologiczna sprawcy⁵⁰⁷.

Inni uznają, że prognoza nie może uzasadniać obostrzenia kary. Kara, czy to w wymiarze zwykłym czy też obostrzonym, musi mieć swoje uzasadnienie w wadze czynu i być do niego proporcjonalna⁵⁰⁸.

Wskazuje się, że recydywa może znaleźć swoje wytłumaczenie, ale nie uzasadnienie, w polityce kryminalnej, przy czym powołuje się na niepokój w społeczeństwie, który wzbudza powrót do przestępstwa. Społeczeństwo nie zaakceptowałoby, gdyby recydywa nie miała żadnego znaczenia, nawet w sytuacji gdyby było ono świadome, że obostrzona kara więzienia nie służy zmniejszeniu przestępczości⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ J.M. Zugaldía Espinar, *Sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia*, „Poder Judicial” 1989, nr 13, s. 87.

⁵⁰⁶ A. Ferrer Sama, *Comentarios al. Código Penal*, t. I, Murcia, 1946, s. 411 i n.; G. Rodríguez Mourullo, *Apectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, s. 302; M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal...*, s. 899 i n.; J.M. Zugaldía Espinar, *Sobre la constitucionalidad...*, s. 86; M. Jaén Vallejo, *Reincidencia y Derecho Penal de la culpabilidad*, [w:] *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madryt 1993, s. 721 i n.

⁵⁰⁷ S. Aguado López, *La mul, tirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político criminales*, Madryt 2008, s. 49.

⁵⁰⁸ G. Rodríguez Mourullo, *Apectos críticos...*, s. 303.

⁵⁰⁹ G. Quintero Olivares, *Parte General...*, s. 751.

Wobec braku przekonującego kryterium, które uzasadnia istnienie recydywy, znacząca część doktryny postuluje *de lege ferenda* zniesienie tej okoliczności⁵¹⁰.

Brak zgodności w doktrynie co do aksjologii recydywy znajduje odzwierciedlenie także w judykaturze. Sąd Najwyższy uzasadnia obostrzenie wynikające z recydywy negatywną prewencją ogólną, gdyż wzrasta obawa przed wyższym wymiarem kary, a także względami pozytywnej prewencji ogólnej wynikającej z potrzeby utwierdzenia wartości prawa⁵¹¹. Organ ten uznał także, że recydywa z perspektywy kryminologicznej oznacza porażkę systemu więziennictwa⁵¹².

Sąd Najwyższy uzasadnia obostrzenie kary z uwagi na recydywę także koniecznością większej represji ze względu na prewencję szczególną wobec większego niebezpieczeństwa sprawcy, który powtarzając takie same czyny przestępne, ujawnia skłonność do popełniania takiego samego rodzaju przestępstw⁵¹³.

⁵¹⁰ M.in.: S. Mir Puig, *Derecho Penal...*, s. 641; S. Mir Puig, *La reincidencia...*, s. 546; G. Quintero Olivares, F. Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983*, Madryt 1983, s. 90; G. Rodríguez Mourullo [w:] J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, Madryt 1972, s. 744, G. Quintero Olivares, *Parte General...*, s. 751; M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal...*, s. 815; M. García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona 1982, s. 164; J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1986, s. 376; B. Garzón Real, A. Manjón-Cabeza Olmeda, *Reincidencia y Constitución*, „Actualidad Penal” 1991, nr 1, s. 1; A. Serrano Maíllo, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madryt 1995, s. 80; J.M. Zugaldía Espinar, *Sobre la constitucionalidad...*, s. 89.

⁵¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 535/2008 de 18 de septiembre de 2008, Id Cendoj: 28079120012008100524 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2468091&links=%221126%2F2007%22%20%22535%2F2008%22&optimize=20081009&publicinterface=true> (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.).

⁵¹² Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2003 de 30 de septiembre de 2003, Id Cendoj: 28079120012003103890, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3041518&links=%221305%2F2002%22%20%221250%2F2003%22&optimize=20031030&publicinterface=true> (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.).

⁵¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 5/2003 de 30 de enero de 2003, Id Cendoj: 28079120012003103653 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3149804&links=%223072%2F2001%22%20%225%2F2003%22&optimize=20030912&publicinterface=true> (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.), Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2003 de 30 de septiembre de 2003, Id Cendoj: 28079120012003103890, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3041518&links=%221305%2F2002%22%20%221250%2F2003%22&optimize=20031030&publicinterface=true> (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.).

Organ ten wyraził także pogląd, że recydywa jest niewłaściwym środkiem rozwiązywania problemów wynikających z niebezpieczeństwa sprawcy⁵¹⁴.

V. Niemcy

1. Recydywa w ujęciu historycznym

Recydywa definiowana jest w niemieckiej literaturze karnistycznej ogólnie jako ponowne popełnienie przestępstwa po uprzednim skazaniu. Instytucja recydywy w niemieckim prawie karnym przeszła dynamiczną ewolucję. W Reichsstrafgesetzbuch z 1871 r. opis recydywy jako czynu zabronionego ujęty został w części szczególnej kodeksu w odniesieniu do szeregu przestępstw przeciw mieniu (np. kradzież, rabunek). Działanie w warunkach recydywy powodowało zaostwienie kary poprzez podniesienie dolnej i górnej granicy zagrożenia karą. Przepisy te nie były jednolite. Ich wspólną cechą było postrzeganie recydywy jako czynu zabronionego *sensu stricto*, a więc już na etapie przesłanek, nie zaś dopiero na etapie wymiaru kary. Przesłanką konieczną dla podwyższenia kary było skazanie za uprzednio popełniony czyn karalny (*Vortat*). Recydywa ograniczona była jednak do niewielu przestępstw.

W drodze motywowanej w duchu narodowosocjalistycznym ustawy z dnia 24 listopada 1933 r. o notorycznych przestępcach, tzw. *Gewohnheitsverbrechergesetz*, wprowadzono ogólne zaostwienie kary w warunkach recydywy. Działanie w warunkach recydywy postrzegane było w świetle ustawy jako symptom notorycznej skłonności do przestępstwa i na mocy § 20a uprawniało do zastosowania po odbyciu kary środka zabezpieczającego (*Sicherungsverwahrung*) dla ochrony przed sprawcą, co do którego zachodzi wysokie prawdopodobieństwo (oparte na *praesumptio facti*), że i w przyszłości dokona przestępstwa. Regulacja spełniała cele zarówno represji, jak i prewencji.

⁵¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 917/2000 de 30 de mayo de 2000, Id Cendoj: 28079120012000103310
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3172792&links=%22917%2F2000%22&optimize=20030830&publicinterface=true> (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.).

W efekcie tzw. pierwszej reformy prawa karnego (*Strafrechtsreform*) z dnia 25 czerwca 1969 r. wprowadzono do kodeksu karnego z 1964 r. ogólny przepis o recydywie – § 17 StGB (dalej również: „n.k.k.”), uchylając jednocześnie unormowania szczególne. W drodze drugiej reformy prawa karnego z dnia 4 lipca 1969 r. został on zastąpiony regulacją § 48 n.k.k. Powodem zmiany był niejednolity charakter recydywy uregulowanej w przepisach szczególnych, zwłaszcza nierównomierne traktowanie recydywy jednorodnej i różnorodnej. Zmienił to § 17 n.k.k. i jego następca – § 48 n.k.k.

Powołany przepis § 48 n.k.k. przewidywał, że recydywa zachodzi, gdy sprawca, który skazany był już co najmniej dwa razy za przestępstwo umyślne i odbył co najmniej karę 3 miesięcy pozbawienia wolności za jedno lub więcej takich przestępstw, popełnił ponownie przestępstwo umyślne, przy czym rodzaj czynu i okoliczności jego popełnienia świadczą, że poprzednie skazania nie stanowiły dla niego ostrzeżenia. Sprawcy takiemu wymierzano wówczas, jako karę najniższą, 6 miesięcy pozbawienia wolności, jeżeli kara minimalna przewidziana za przestępstwo nie była wyższa. Górna granica kary przewidzianej za dane przestępstwo nie ulegała zmianie. Zaostrzenia nie stosowano, gdy najwyższa kara pozbawienia wolności grożąca za dane przestępstwo była niższa od roku. Skazanie na karę łączną stanowiło jedno skazanie.

Podstawą zaostrzenia kary był jak dotychczas podwyższony stopień winy sprawcy rozumiany jako zlekceważenie ostrzegawczej roli poprzednich skazań. Na podstawie tzw. materialnej klauzuli recydywy musiała istnieć możliwość postawienia sprawcy – ze względu na rodzaj i okoliczności czynu przestępnego – zarzutu, że poprzednio nałożonych kar nie potraktował on jako ostrzeżenia. W literaturze podnoszono, że nie przedstawia to większego problemu w odniesieniu do „jednorodnej” recydywy, przeciwnie przy przestępstwach różnego rodzaju⁵¹⁵. Ustawa nie wymagała identyczności czy też jednorodności czynów, ale podnoszono, że pewne podobieństwo czynów przestępnych powinno występować, ponieważ przykładowo skazanie za przestępstwo przeciwko mieniu nie może, praktycznie rzecz biorąc, powstrzymać sprawcy od popełnienia przestępstwa drogowego. Okres

⁵¹⁵ J. Meyer, *Prawnokarne aspekty recydywy...*, s. 64; H.-J. Albrecht, *Kryminologiczne aspekty przestępczości powrotnej i powrotu do przestępstwa*, [w:] J. Skupiński (red.), *Problemy recydywy i drobnej przestępczości w prawie Polski i RFN*, Wrocław 1984, s. 91.

przedawnienia recydywy wynosił 5 lat; jego bieg rozpoczynał się już z chwilą dokonania przestępstwa (bez zaliczenia okresu pobytu w zakładzie karnym)⁵¹⁶.

Obok kar przewidziano stosowanie wobec sprawców środków poprawy i zabezpieczenia. Fakt recydywy mógł uzasadniać stosowanie następujących środków: umieszczenie w zakładzie terapii społecznej (§ 65 n.k.k.); umieszczenie w ośrodku zabezpieczającym (§ 66 n.k.k.); oddanie pod nadzór (§ 68 n.k.k.)⁵¹⁷.

Stan ten utrzymał się do dnia 13 kwietnia 1986 r., kiedy ogólną regulację recydywy uchylono z powodu nikłego praktycznego zastosowania normy oraz z uwagi na podnoszone wątpliwości co do adekwatności zaostrzenia kary w relacji do stopnia zawinienia sprawcy w konkretnym przypadku. Nawet, relatywnie, tak niewielka modyfikacja sankcji, jaką przewidywał § 48 n.k.k. w drodze podniesienia dolnej granicy kary pozbawienia wolności do 6 miesięcy, nie pozwoliła ostatecznie na zharmonizowanie tej kary z zasadą winy, gdyż przewidziano tu zbyt daleko posunięty automatyzm wymiaru kary. Kara ta okazywała się nie zawsze adekwatna do niewielkiej wagi przestępstw popełnianych zresztą przez sprawców, których kręgu z punktu widzenia polityki kryminalnej ustawodawca nie wyselekcjonował w pełni trafnie⁵¹⁸. Wraz ze skreśleniem § 48 n.k.k. uchylono jednocześnie § 65 n.k.k., który przewidywał umieszczenie skazanego w zakładzie terapii społecznej, co stanowiło środek zabezpieczający i poprawczy orzekany obligatoryjnie obok kary pozbawienia wolności⁵¹⁹.

Szósta reforma prawa karnego z dnia 14 listopada 1997 r. wprowadziła z mocą od dnia 1 kwietnia 1998 r. nowe brzmienie przepisów § 176–176b n.k.k., dotyczących

⁵¹⁶ Szerzej na temat regulacji § 48 StGB zob. m.in. J. Meyer, *Prawnokarne aspekty recydywy...*, s. 57 i n.; J. Waszczyński, *Recydywa wielokrotna w ustawodawstwach obcych*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1977, t. 6, s. 52–55; A. Spotowski, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1982, s. 174-175. oraz powołana tam literatura.

⁵¹⁷ Szerzej na temat tych środków zob. J. Meyer, *Prawnokarne aspekty recydywy...*, s. 66 i n.; J. Waszczyński, *Recydywa wielokrotna...*, s. 53 i n.; A. Spotowski, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne...*, s. 167 i n.

⁵¹⁸ B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 104. Zob. także szerzej na temat winy i wymiaru kary wobec recydywistów na tle doświadczeń niemieckiego prawa karnego, s. 96 i n. oraz przywołana tam literatura.

⁵¹⁹ Szerzej na temat prawnokarnych koncepcji zakładu terapii społecznej w RFN zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 129 i n.

przestępstw na tle seksualnym przeciw małoletnim poniżej lat 14 (dzieciom), normując w § 176a ust. 1 recydywę za ciężkie seksualne wykorzystanie dziecka.

2. Recydywa w części szczególnej kodeksu karnego

Aktualnie recydywa przewidziana została w § 176a ust. 1 n.k.k. (wcześniej regulacja ta zawarta była w § 176 ust. 1 n.k.k.; ustawą z dnia 1 maja 2004 r. przepis w niezmienionym kształcie przeniesiono do § 176a ust. 1)⁵²⁰.

W § 176a ust. 1 n.k.k. przewidziano, że wykorzystywanie seksualne dzieci podlega w przypadkach określonych w § 176 ust. 1 i 2 n.k.k. karze pozbawienia wolności nie niższej niż lat 10, jeżeli sprawca w ciągu ostatnich 5 lat został ukarany prawomocnie z powodu tego czynu. Jednocześnie z § 176a ust. 6 n.k.k. wynika, że do przewidzianego w ust. 1 terminu nie wlicza się czasu, w którym sprawca przebywał na zarządzenie sądu w zakładzie. Czyn, za który skazano za granicą, uważa się w przypadkach ust. 1 za czyn równorzędny do czynu, za który orzeczono karę w kraju, jeżeli można go uznać w myśl niemieckiej ustawy karnej za zgodny z § 176 ust. 1 lub 2⁵²¹. Ponadto stosownie do postanowień § 176b n.k.k., jeżeli sprawca doprowadza przez przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (§ 176 i 176a) przynajmniej nieumyślnie do śmierci dziecka, to podlega on karze dożywotniego pozbawienia wolności lub karze pozbawienia wolności nie niższej niż 10 lat⁵²².

⁵²⁰ Aktualny tekst Strafgesetzbuch (StGB) dostępny jest na stronie <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.). Przy opracowaniu tekstu korzystano tłumaczenia niemieckiego kodeksu karnego na język polski autorstwa E. Tuory-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny w tłumaczeniu na język polski. Wydanie bilingwalne*, Verlag de-iure-pl, Regensburg 2016.

⁵²¹ Wykorzystano tłumaczenie E. Tuory-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny*...

§ 176a (1) *Der sexuelle Missbrauch von Kindern wird in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist.*

(6) *In die in Absatz 1 bezeichnete Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Eine Tat, die im Ausland abgeurteilt worden ist, steht in den Fällen des Absatzes 1 einer im Inland abgeurteilten Tat gleich, wenn sie nach deutschem Strafrecht eine solche nach § 176 Abs. 1 oder 2 wäre.*

⁵²² Wykorzystano tłumaczenie E. Tuory-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny*...

§ 176b *Verursacht der Täter durch den sexuellen Mißbrauch (§§ 176 und 176a) wenigstens leichtfertig den Tod des Kindes, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.*

Omawiana regulacja stanowi wyraz ostrzeżenia potencjalnych sprawców przed surowszym karaniem przestępstw seksualnych przeciw dzieciom, mimo zdecydowanego odrzucenia koncepcji ogólnej recydywy. Nowa regulacja jest wynikiem politycznego kompromisu w niemieckim parlamencie, jednakże wzbudza w nauce wątpliwości natury logicznej. Podnosi się w szczególności, że nie po to uchylono bowiem § 48 n.k.k. wraz z przepisami szczególnymi, krytykowanymi za ich wybiórczość i arbitralność, aby znów normować szczególny przypadek recydywy. W porównaniu jednak z poprzednią regulacją recydywa z § 176a ust. 1 n.k.k. jest recydywą jednorodną o elastyczniejszych kryteriach: wystarczy uprzednie jednokrotne prawomocne ukaranie, pominięto też ostrzegawczą funkcję poprzedniego skazania jako przesłankę winy sprawcy.

Obok wąsko rozumianej recydywy ustawodawca niemiecki w przepisach części szczególnej kodeksu karnego uwzględnia okoliczność zawodowego popełniania przestępstw danego typu, z czym wiąże odpowiednio wyższe zagrożenie karą. I tak przykładowo § 243 ust. 1 n.k.k. przewiduje, że w szczególnie ciężkich przypadkach kradzież podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 10; szczególnie ciężki przypadek to w szczególności taki, w którym sprawca kradzieżą zawodowo. Z kolei § 260 ust. 1 n.k.k. stanowi, że karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 10 lat podlega, kto oddając się paserstwu: działał zawodowo, lub jako członek bandy, która zawiązała się do ciągłego popełniania czynów rabunku, kradzieży lub paserstwa. Jednakże karze pozbawienia wolności od roku do lat 10 podlega, kto działał zawodowo jako paser, działając jako członek bandy, która zawiązała się do ciągłego popełniania czynów rabunku, kradzieży lub paserstwa. W mniej ciężkich wypadkach orzeka się karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5 (zob. § 260a ust. 1 i 2 n.k.k., a także inne przepisy np. § 263, § 276, § 282, § 283d, § 284 czy § 303 n.k.k.).

3. Uprzednia karalność a zasady wymiaru kary

Brak specjalnego uregulowania w zakresie instytucji recydywy nie oznacza jednak, że fakt popełnienia wcześniej innego przestępstwa nie wpływa na wymiar kary. W myśl § 46 n.k.k. sędzia ustalając wymiar kary, powinien, wśród innych kryteriów, brać pod uwagę również *das Vorleben des Täters*, czyli jego dotychczasowe życie oraz

zachowanie po popełnieniu czynu⁵²³. W zgodnej opinii doktryny, w pojęciu „przeszłości sprawcy” (*Vorleben*) mieszczą się również nałożone na niego kary⁵²⁴. Ustawodawca nie posługuje się terminem jednorodności uprzednio nałożonej kary, odgrywa on jednak istotną rolę w orzecznictwie. W literaturze podnosi się, że uprzednie skazanie uważa się za tego samego rodzaju, jeżeli istnieje „wewnętrzny kryminalnopolityczny” związek pomiędzy uprzednim i obecnym czynem przestępnym. Związek taki zachodzi przeważnie przy zamachu na identyczne lub podobne dobro prawne bądź przy identycznym lub podobnym sposobie działania. Także uprzednio nałożone kary za przestępstwa innego rodzaju mogą mieć wpływ na zaostrenie wymiaru kary⁵²⁵. Niejednolicie ujmowana jest natomiast kwestia tego, które z osądzonych uprzednio czynów przestępczych nie mogą być brane pod uwagę oraz czy faktu uprzedniego popełnienia przestępstwa można dowodzić w inny sposób, niż prawomocnym wyrokiem⁵²⁶.

4. Postpenalne środki zabezpieczające

Niemieckie prawo karne przewiduje szereg środków poprawczych i zabezpieczających (*Massregeln der Besserung und Sicherung*) (zob. § 61 n.k.k.).

⁵²³ Stosownie do § 46 n.k.k.: (1) Wina stanowi podstawę wymiaru kary. Uwzględnia się skutki, jakie kara może wywołać w przyszłym życiu skazanego w społeczeństwie. (2) Przy wymiarze kary sąd rozważa okoliczności, jakie przemawiają na korzyść i na niekorzyść sprawcy. Przy czym wchodzi w grę: motywy działania i cele sprawcy, w szczególności motywy rasistowskie, ksenofobiczne lub inne poniżające godność człowieka, wymowa czynu oraz wola sprawcy w czasie popełnienia czynu, stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, sposób popełnienia czynu i zawinione skutki czynu, sposób życia sprawcy przed popełnieniem czynu, jego warunki osobiste i ekonomiczne, oraz jego zachowanie po popełnieniu czynu, w szczególności podjęte przez niego wysiłki, by doprowadzić do wyrównania szkody, jak i podjęte przez niego wysiłki, by doprowadzić do pogodzenia się z pokrzywdzonym. (3) Nie można uwzględniać okoliczności, które stanowią znamiona ustawowe czynu.

⁵²⁴ H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1978, s. 713.

⁵²⁵ Por. J. Meyer, *Prawnokarne aspekty recydywy...*, s. 60–61 oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo.

⁵²⁶ Szerzej zob. B. von Heintschel-Heinegg (red.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2015, § 46 Nb 36a; W. Stree, J. Kinzig, [w:] A. Schönke, H. Schröder (red.), *Strafgesetzbuch. Kommentar, München 2010*, § 46 Nb 30, Nb 33; K. Lackner (red.), *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1995, § 46 Nb 37, Nb 40.

Najbardziej dolegliwym środkiem zabezpieczającym jest internowanie zabezpieczające (*Sicherungsverwahrung*)⁵²⁷. Jest ono orzekane zasadniczo obok kary pozbawienia wolności (bądź wyjątkowo później – por. § 66a i 66b n.k.k.) i wykonywane po jej odbyciu. Stosuje się go wobec sprawców o głęboko zakorzenionej skłonności do popełniania ciężkich przestępstw. Środek ten odpowiada potrzebie zapewnienia bezpieczeństwa społeczeństwu i pełni funkcje społeczno-prewencyjne⁵²⁸. Przesłanki zastosowania tego środka zostały określone w § 66 – § 66b n.k.k.

Stosownie do postanowień § 66 ust. 1 n.k.k. sąd zarządza obok kary także umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego, gdy:

1) sprawca został skazany za czyn umyślny na karę pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 2 lat, który to czyn umyślny:

a) był przestępstwem przeciwko życiu, zdrowiu, wolności osobistej lub czynem przeciwko wolności seksualnej,

b) jest czynem przewidzianym w pierwszym, siódmym, dwudziestym lub dwudziestym ósmym rozdziale części szczególnej kodeksu karnego lub międzynarodowego kodeksu karnego lub jeżeli jest czynem przewidzianym w ustawie o środkach odurzających i jest zagrożony karą o najwyższym wymiarze kary przynajmniej 10 lat pozbawienia wolności, albo

c) czyn ten spełnia przesłanki § 145a, o ile został orzeczony dozór z powodu popełnienia przestępstwa takiego rodzaju jak przestępstwa określone pod lit. a lub b albo spełnia przesłanki przestępstwa określonego w § 323a, o ile zostało ono popełnione w stanie nietrzeźwości i jest przestępstwem takiego rodzaju jak przestępstwa określone pod lit. a lub b;

⁵²⁷ W niemieckim kodeksie karnym instytucja ta nazywa się *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* (zob. § 61 pkt 3 n.k.k., § 66 n.k.k.). W opracowaniu użyto zamiennie tłumaczenia „internowanie zabezpieczające” i „umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego”.

⁵²⁸ C. Roxin, G. Arzt, K. Tiedemann, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Heidelberg 1983, s. 54.

2) sprawca był w przeszłości dwukrotnie skazany za czyn umyślny określony w pkt 1 na karę pozbawienia wolności o wymiarze każdorazowo przynajmniej roku, które to czyny popełnił przed nowym czynem;

3) przed popełnieniem nowego czynu odbył karę pozbawienia wolności z powodu jednego lub więcej czynów w wymiarze przynajmniej 2 lat lub orzeczono wobec niego izolacyjny środek zabezpieczający;

4) całokształt okoliczności dotyczących sprawcy i popełnionych przez niego czynów wskazuje, że z powodu jego skłonności do popełniania czynów karalnych, a zwłaszcza takich, które narażają poszkodowanego na znaczne cierpienia cielesne lub psychiczne, sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa⁵²⁹.

W świetle powyższego należy zauważyć, że niemiecki kodeks karny wobec wielokrotnych recydywistów, którzy spełniają przesłanki określone w § 66 ust. 1, przewiduje obligatoryjne umieszczenie w ośrodku zatrzymania ochronnego. Należy je orzec obok kary, gdy sprawca zostaje skazany za umyślne przestępstwo na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 2 lat, poprzednio zaś był już

⁵²⁹ Wykorzystano tłumaczenie E. Tuory-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny*....

§ 66 Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

(1) Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn

1. jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die

a) sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet,

b) unter den Ersten, Siebenten, Zwanzigsten oder Achtundzwanzigsten Abschnitt des Besonderen Teils oder unter das Völkerstrafgesetzbuch oder das Betäubungsmittelgesetz fällt und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist oder

c) den Tatbestand des § 145a erfüllt, soweit die Führungsaufsicht auf Grund einer Straftat der in den Buchstaben a oder b genannten Art eingetreten ist, oder den Tatbestand des § 323a, soweit die im Rausch begangene rechtswidrige Tat eine solche der in den Buchstaben a oder b genannten Art ist,

2. der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist,

3. er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat und

4. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.

Für die Einordnung als Straftat im Sinne von Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b gilt § 12 Absatz 3 entsprechend, für die Beendigung der in Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c genannten Führungsaufsicht § 68b Absatz 1 Satz 4.

dwukrotnie skazany na karę pozbawienia wolności każdorazowo na okres przynajmniej roku i odbył co najmniej 2 lata kary pozbawienia wolności lub zastosowano wobec niego środki zabezpieczające związane z pozbawieniem wolności, jeśli jest to celowe dla ochrony porządku publicznego⁵³⁰.

Do obligatoryjnego internowania zabezpieczającego (*Sicherungsverwahrung*) wymaga się, aby całokształt okoliczności dotyczących sprawcy i popełnionych przez niego czynów wskazywał, że z powodu jego skłonności do popełniania czynów karalnych, a zwłaszcza takich, które narażają poszkodowanego na znaczne cierpienia cielesne lub psychiczne, sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa (§ 66 ust. 1 pkt 4 n.k.k.). Materialną przesłanką jest skłonność do przestępstwa (*Hang*), tj. uprawdopodobniony pociąg do popełniania coraz to nowych przestępstw, określanych przez ustawę jako poważne (*erheblich rechtswidrige Taten*). Prognoza kryminologiczna powinna wskazywać na prawdopodobieństwo dalszej recydywy. Przesłanka społecznego niebezpieczeństwa sprawcy jest oczywiście ocenna, stąd też w odniesieniu do tej podstawy stosowania internowania zabezpieczającego można mówić o względnej obligatoryjności⁵³¹. Wszystkie te przesłanki powinny być brane pod uwagę z uwzględnieniem zasady proporcjonalności. Środek zabezpieczający nie może zostać orzeczony, jeżeli nie jest on proporcjonalny zarówno do popełnionych przez sprawcę czynów oraz czynów, jakich można po nim oczekiwać, jak i do stopnia niebezpieczeństwa wynikającego z jego zachowania (zob. § 62 n.k.k.).

Dodatkowo w § 66 ust. 2 n.k.k. przewidziano możliwość orzeczenia przez sąd obok kary umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego także wobec sprawców, którzy dotąd nie byli karani za poprzednio popełnione przestępstwa. W świetle § 66 ust. 2 n.k.k., jeżeli sprawca popełnił trzy czyny umyślne jak określone w § 66 ust. 1 zd. 1 pkt 1, w przypadku których każdorazowo należało orzec karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 1 roku oraz zostaje skazany za jedno lub więcej z tych czynów na karę przynajmniej 3 lat pozbawienia wolności, to sąd może, pod warunkiem spełnienia przesłanek określonych w § 66 ust. 1 zd. 1 pkt 4, orzec obok

⁵³⁰ Por. K. Lackner (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 66 Nb 1–24.

⁵³¹ Por. J. Skupiński, *Warunkowe skazanie w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 1992, s. 213 i n.; J. Skupiński, *System środków karnych w Republice Federalnej Niemiec*, „Studia Prawnicze” 1990, nr 4, s. 63 i n.

kary umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego także wtedy, gdy sprawca nie był uprzednio skazany lub nie był pozbawiony wolności⁵³².

W odniesieniu do regulacji zawartej w § 66 ust. 2 n.k.k. trafnie zauważa się, że w istocie chodzi tu o objęcie tym środkiem zabezpieczającym „przestępców z nawyknięcia”, którym udało się uniknąć odpowiedzialności za popełnione wcześniej przestępstwo umyślne⁵³³. W literaturze niemieckiej wskazuje się, że omawiana regulacja znajduje zastosowanie przede wszystkim wobec seryjnych sprawców, którym dotychczas udało się uniknąć skazania bądź odbycia kary, a u których pojawiła się skłonność do popełniania przestępstw (*Hangtäterschaft*)⁵³⁴. Przestanką fakultatywnego umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego jest popełnienie przez sprawcę co najmniej trzech czynów umyślnych, przy czym sposób ich popełnienia – sprawstwo, uczestnictwo, usiłowanie, karalne przygotowanie - nie ma znaczenia⁵³⁵. Orzeczenie fakultatywne następuje łącznie z nałożeniem kary pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej trzech lat. Ponadto, ogólna ocena przestępcy i całokształt popełnionych przez niego czynów musi prowadzić do wniosku, że przestępca ten, w wyniku skłonności do popełniania poważnych przestępstw jest niebezpieczny dla społeczeństwa⁵³⁶.

Wątpliwości interpretacyjne wywołuje niejednoznaczność występującego w treści § 66 ust. 2 n.k.k. sformułowania „*verwirkt*”. W doktrynie niemieckiej wskazuje się, że nie wynika z niego, aby sprawca każdorazowo był skazany lub musiał być skazany. Podnosi się, że § 66 ust. 2 n.k.k. nie wymaga, w przeciwieństwie do § 66 ust. 1 n.k.k., aby sprawca został wcześniej skazany i pozbawiony wolności. Z drugiej strony wcześniejsze skazanie, jak i odbycie kary pozbawienia wolności nie wyklucza

⁵³² § 66 *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*

(2) *Hat jemand drei Straftaten der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genannten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hat, und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzung neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen.*

⁵³³ A. Spotowski, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne...*, s. 168.

⁵³⁴ R. Rissing-van Saan/J. Peglau, [w:] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin 2008, § 66 Nb 78.

⁵³⁵ R. Rissing-van Saan/J. Peglau, [w:] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 66 Nb 80.

⁵³⁶ Zob. J. Meyer, *Prawnokarne aspekty recydywy...*, s. 69.

wydania zarządzenia o umieszczeniu w zakładzie zatrzymania ochronnego na podstawie § 66 ust. 2 n.k.k.⁵³⁷ W orzecznictwie Niemieckiego Sądu Najwyższego uznano, że przepis § 66 ust. 2 n.k.k. ma zastosowanie, jeżeli za czyn nastąpiło już ukaranie bądź w związku z toczącym się postępowaniem, w którym ma zostać wydane zarządzenie o umieszczeniu, czyn będzie dopiero przedmiotem kary⁵³⁸. O tym, czy kara przynajmniej jednego roku jest „*verwirkt*”, decyduje sąd rozpoznający sprawę (w sensie wymierzenia kary), o ile wszystkie czyny są przedmiotem rozpoznania przed tym sądem. Jeżeli natomiast nastąpiło wcześniejsze skazanie, wówczas uwzględnia się wymierzoną tam karę⁵³⁹. Wymaga się zatem, aby jeden bądź dwa z trzech czynów albo były już przedmiotem wyroku, albo wszystkie te czyny są oceniane aktualnie i jednocześnie przez sąd rozpoznający sprawę. Jeżeli nieosądzone jeszcze czyny są przedmiotem rozpoznania przez różne sądy, tylko ostatni sąd rozpoznający sprawę może zdecydować o umieszczeniu w zakładzie zatrzymania ochronnego. Wymaga tego subsydiarny charakter § 66 ust. 2 n.k.k.⁵⁴⁰

Z kolei stosownie do postanowień § 66 ust. 3 n.k.k., jeżeli sprawca z powodu jednej przestępki określonej w ust. 1 zd. 1 pkt 1 lit. a lub b popełni zbrodnię lub czyn w myśl § 174 do 174c, 176, 179 ust. 1–4, § 180, 182, 224, 225 ust. 1 lub 2 lub popełni czyn umyślny w myśl § 323a, o ile czyn został popełniony w stanie nietrzeźwości i jest jednym z wyżej wymienionych czynów przestępnych, a sprawca został skazany na karę przynajmniej 2 lat pozbawienia wolności, to sąd może orzec dodatkowo umieszczenie w zakładzie zabezpieczającym, jeżeli sprawca został skazany uprzednio przynajmniej raz na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności z powodu popełnienia takiego czynu lub takich czynów i zostały spełnione przesłanki określone w ust. 1 zd. 1 pkt 3 i 4. Jeżeli sprawca popełnił dwa czyny takiego samego rodzaju jak te określone w zd. 1, z powodu których odbył każdorazowo karę co najmniej 2 lat pozbawienia wolności i zostanie wobec niego za popełnienie jednego lub więcej czynów orzeczona kara pozbawienia wolności o wymiarze minimum 3 lat, to sąd

⁵³⁷ R. Rissing-van Saan/J. Peglau, [w:] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 66 Nb 77.

⁵³⁸ Zob. BGHSt 1 385, 386, vgl. auch BGHSt 25 44, 45 f, podaję za R. Rissing-van Saan/J. Peglau, [w:] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 66 Nb 84.

⁵³⁹ R. Rissing-van Saan/J. Peglau, [w:] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 66 Nb 85.

⁵⁴⁰ R. Rissing-van Saan/J. Peglau, [w:] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 66 Nb 86.

może, przy zachowaniu przesłanek wynikających z ust. 1 zd. 1 pkt 4, zarządzić obok kary także umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego bez wcześniejszego orzeczenia kary lub pozbawienia wolności (ust. 1 zd. 1 pkt 2 i 3). Nie dotyczy to postanowień ust. 1 i 2⁵⁴¹.

W rozumieniu § 66 ust. 1 zd. 1 pkt 2 skazanie na karę łączną uważa się za jedno skazanie. Jeżeli areszt tymczasowy lub inny rodzaj pozbawienia wolności zostały zaliczone na poczet kary, to uważa się je za odbytą karę w znaczeniu § 66 ust. 1 zd. 1 pkt 3. Nie uwzględnia się wcześniej popełnionego czynu, jeżeli pomiędzy czynem i czynem kolejno następującym upłynęło więcej niż 5 lat; dla przestępstw przeciwko wolności seksualnej termin ten wynosi 15 lat. Do tego czasu nie zalicza się okresu, w jakim sprawca przebywał w zakładzie na podstawie orzeczenia sądu. Czyn, co do którego zapadło orzeczenie poza miejscowym zakresem obowiązywania tej ustawy, uważa się za równorzędny do czynu, co do którego zapadło orzeczenie w miejscu obowiązywania tej ustawy, jeżeli byłby to taki czyn jak czyn umyślny w myśl niemieckiej ustawy karnej zgodnie z postanowieniem ust. 1 zd. 1 pkt 1, a w przypadku ust. 3 ust. 1 czyn takiego samego rodzaju (§ 66 ust. 4 n.k.k.)⁵⁴².

⁵⁴¹ Wykorzystano tłumaczenie E. Tuory-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny*....

§ 66 Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

(3) Wird jemand wegen eines die Voraussetzungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder b erfüllenden Verbrechens oder wegen einer Straftat nach den §§ 174 bis 174c, 176, 177 Absatz 2 Nummer 1, Absatz 3 und 6, §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder wegen einer vorsätzlichen Straftat nach § 323a, soweit die im Rausch begangene Tat eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten ist, zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt, so kann das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn der Täter wegen einer oder mehrerer solcher Straftaten, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon einmal zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist und die in Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und 4 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Hat jemand zwei Straftaten der in Satz 1 bezeichneten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verwirkt hat und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter den in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzungen neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen. Die Absätze 1 und 2 bleiben unberührt.

⁵⁴² Wykorzystano tłumaczenie E. Tuory-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny*....

§ 66 Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

(4) Im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 2 gilt eine Verurteilung zu Gesamtstrafe als eine einzige Verurteilung. Ist Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung auf Freiheitsstrafe angerechnet, so gilt sie als verbüßte Strafe im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3. Eine frühere Tat bleibt außer Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind; bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung beträgt die Frist fünfzehn Jahre. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Eine Tat, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes abgeurteilt worden ist, steht einer innerhalb dieses Bereichs abgeurteilten Tat gleich, wenn sie nach

Przy kontroli spełnienia przesłanki uprzedniego skazania za czyn umyślny sąd bierze pod uwagę również skazanie poza granicami Niemiec, jeśli skazanie to odbyło się według procedur właściwych dla państwa prawa, i jeśli sprawca zostałby skazany za to samo przestępstwo również według prawa krajowego. Jako skazanie w myśl przepisu uznaje się również karę nałożoną na osobę nieletnią na podstawie ustawy o sądownictwie dla nieletnich (*Jugendgerichtsgesetz*)⁵⁴³.

Nie uwzględnia się wcześniej popełnionego czynu, jeżeli pomiędzy czynem i czynem kolejno następującym upłynęło więcej niż 5 lat; dla przestępstw przeciwko wolności seksualnej termin ten wynosi lat 15.

Ponadto stosownie do postanowień § 66a n.k.k. sąd może zastrzec w wyroku umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego w przypadku:

- 1) skazania za jeden z czynów wymienionych w § 66 ust. 3 zd. 1 n.k.k.;
- 2) gdy zostały spełnione pozostałe przesłanki określone w § 66 ust. 3 n.k.k., o ile nie wskazuje na nie postanowienie § 66 ust. 1 zd. 1 pkt 4 n.k.k., oraz
- 3) nie da się z pewnością stwierdzić, aczkolwiek jest to prawdopodobne, że przesłanki określone w § 66 ust. 1 zd. 1 pkt 4 n.k.k. zostały spełnione (ust. 1).

Sąd może w wyroku orzec w myśl ust. 1 także wtedy, gdy:

- 1) sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze nie mniejszym niż 5 lat z powodu jednej lub kilku zbrodni przeciwko życiu, nienaruszalności cielesnej, wolności osobistej, wolności seksualnej w myśl postanowień rozdziału 28 albo według § 250, 251 także w zw. z § 252 albo § 255;
- 2) przesłanki § 66 n.k.k. nie zostały spełnione, oraz
- 3) z pewnością można stwierdzić lub jest przynajmniej prawdopodobne, że przesłanki określone w § 66 ust. 1 zd. 1 pkt 4 n.k.k. zostały spełnione (§ 66a ust. 2

deutschem Strafrecht eine Straftat der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, in den Fällen des Absatzes 3 der in Absatz 3 Satz 1 bezeichneten Art wäre.

⁵⁴³ Th. Ziegler, [w:] A. Schönke, H. Schröder (red.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2010, § 66 Nb 7; tekst powołanej ustawy dostępny na stronie: <https://www.gesetze-im-internet.de/jgg/BJNR007510953.html>

n.k.k.).

Oдноśnie do zastrzeżenia określonego w ust. 1 lub 2 dotyczącego umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego może orzec jedynie sąd I instancji do momentu całkowitego wykonania kary pozbawienia wolności; dotyczy to także sytuacji, gdy wykonanie reszty kary zostało zawieszone i następnie zarządzono jej wykonanie. Sąd zarządza umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego, gdy okoliczności dotyczące sprawcy, popełnionego przez niego czynu lub czynów i wynikające dodatkowo z jego rozwoju do momentu orzekania wskazują, że należy oczekiwać, iż popełni on dalsze poważne czyny karalne, w wyniku których poszkodowany zostanie narażony na ciężkie psychiczne albo fizyczne szkody (§ 66a ust. 3 n.k.k.)

544

Jeżeli umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym w myśl § 67d ust. 6 n.k.k. zostało uznane za bezprzedmiotowe ze względu na to, że stan sprawcy uzasadniający to umieszczenie, wyłączający lub ograniczający jego winę, ustał albo w momencie orzeczenia nie istniał, to sąd może następnie orzec umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego, jeżeli:

⁵⁴⁴ Por. tłumaczenie E. Tuory-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny*....

§ 66a Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

(1) Das Gericht kann im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn

1. jemand wegen einer der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Straftaten verurteilt wird,
2. die übrigen Voraussetzungen des § 66 Absatz 3 erfüllt sind, soweit dieser nicht auf § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 verweist, und
3. nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.

(2) Einen Vorbehalt im Sinne von Absatz 1 kann das Gericht auch aussprechen, wenn

1. jemand zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung, nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, verurteilt wird,
2. die Voraussetzungen des § 66 nicht erfüllt sind und
3. mit hinreichender Sicherheit feststellbar oder zumindest wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.

(3) Über die nach Absatz 1 oder 2 vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung kann das Gericht im ersten Rechtszug nur bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden; dies gilt auch, wenn die Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung ausgesetzt war und der Strafrest vollstreckt wird. Das Gericht ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

1) umieszczenie sprawcy zostało orzeczone w myśl § 63 n.k.k. z powodu kilku czynów wymienionych w § 66 ust. 3 zd. 1 n.k.k. lub jeżeli sprawca z powodu jednego lub kilku takich czynów, które popełnił zanim został umieszczony w zakładzie zatrzymania ochronnego w myśl § 63 n.k.k., został wcześniej skazany na karę pozbawienia wolności o wymiarze przynajmniej 3 lat lub był umieszczony w szpitalu psychiatrycznym, oraz

2) z okoliczności dotyczących skazanego, jego czynów i także jego dalszego rozwoju do momentu wydania orzeczenia wynika, że istnieje znaczne prawdopodobieństwo, iż popełni kolejne czyny, w wyniku których poszkodowani zostaną poważnie narażeni na psychiczne lub fizyczne szkody.

Dotyczy to także sytuacji, gdy po umieszczeniu w myśl § 63 n.k.k. będzie wykonana orzeczona dodatkowo kara pozbawienia wolności (zob. § 66b n.k.k.)⁵⁴⁵.

Umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego następuje w placówkach, które:

1) oferują umieszczonemu opiekę na podstawie szczegółowego badania i obligatoryjnie wykonanego planu wykonania kary

a) i które w sposób indywidualny i intensywny nadają się do tego, aby obudzić i wspierać jego gotowość do współdziałania, w szczególności leczenia psychiatrycznego, psychologiczno-socjalno-terapeutycznego, przewidzianego dla umieszczonego, o ile oferta leczenia standardowego nie gwarantuje rezultatu oraz

⁵⁴⁵ Wykorzystano tłumaczenie E. Tuory-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny...*

§ 66b Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn

1. die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 wegen mehrerer der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war und

2. die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

Dies gilt auch, wenn im Anschluss an die Unterbringung nach § 63 noch eine daneben angeordnete Freiheitsstrafe ganz oder teilweise zu vollstrecken ist.

b) takich, które mają na celu ograniczenie zagrożenia dla społeczeństwa z jego strony w taki sposób, że wykonanie środka zabezpieczającego zostanie w możliwie szybkim czasie orzeczone w zawieszeniu albo uznane za wykonane,

2) gwarantują:

a) możliwie nikłe obciążenie dla umieszczonego, zapewnienie wymogów opieki w znaczeniu pkt 1 oraz, o ile nie stoją temu na przeszkodzie wymogi bezpieczeństwa, dopasowanie do ogólnych stosunków życiowych, oraz

b) że wykonanie kary nastąpi w odrębnych budynkach lub oddziałach, o ile leczenie w znaczeniu pkt 1 nie wymaga wyjątkowo czegoś odmiennego, oraz

3) w dążeniu do osiągnięcia celu określonego w pkt 1 lit. b zapewniają:

a) wykonanie środków na wolności i przygotowanie środków do uwolnienia, o ile ważne powody nie stoją temu na przeszkodzie, w szczególności konkretne powody uzasadniają niebezpieczeństwo, że umieszczony będzie unikał wykonania umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego lub będzie nadużywał środków w celu popełnienia istotnych czynów karalnych, oraz

b) następczą opiekę na wolności w ścisłej współpracy z organami państwowymi i niepaństwowymi (§ 66c ust. 1 n.k.k.)

Jeżeli sąd zarządził umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego w wyroku (§ 66 n.k.k.), z zastrzeżeniem (§ 66a ust. 3 n.k.k.) lub następczo (§ 66b n.k.k.) albo zastrzegł takie zarządzenie w wyroku (§ 66a ust. 1 i 2 n.k.k.), to sprawcy należy jeszcze podczas wykonywania kary zapewnić opiekę w znaczeniu ust. 1 pkt 1, w szczególności terapię socjalno-terapeutyczną, mając na uwadze cel, że wykonanie zatrzymania ochronnego (§ 67c ust. 1 zd. 1 pkt 1) lub jego zarządzenie (§ 66a ust. 3 n.k.k.) powinno stać się zbędne (§ 66c ust. 2 n.k.k.)⁵⁴⁶.

W § 67c n.k.k. przewidziano ponadto, że jeżeli kara pozbawienia wolności zostaje wykonana przed zarządzonym umieszczeniem w zakładzie zatrzymania ochronnego z tytułu tego samego czynu lub tych samych czynów, a obowiązkowa kontrola wykonana przed zakończeniem wykonania kary wykaże, że:

⁵⁴⁶ Tłumaczenie E. Tuora-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny...*

1) cel środka zabezpieczającego już nie wymaga umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego albo

2) umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego byłoby nieproporcjonalne, albowiem uwzględniając całkowicie przebieg wykonania, nie zaoferowano sprawcy wystarczającej opieki w znaczeniu § 66c ust. 2 w zw. z § 66c ust. 1 pkt 1 n.k.k.,

to sąd orzeka o wykonaniu umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego w zawieszeniu; z chwilą orzeczenia zawieszenia następuje dozór. Nie jest wymagane dokonanie kontroli określonej w zd. 1 pkt 1, jeżeli umieszczenie w zakładzie zatrzymania ochronnego zostało orzeczone w I instancji nie wcześniej aniżeli przed rokiem od chwili zakończenia wykonania kary (§ 67c ust. 1 n.k.k.).

Jeżeli umieszczenie nie nastąpiło w ciągu 3 lat po uprawomocnieniu się orzeczenia je zarządzającego i nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 67c ust. 1 lub w § 67b, to umieszczenie może zostać wykonane jedynie wtedy, gdy sąd je zarządzi. Do tego terminu nie wlicza się czasu pobytu sprawcy w zakładzie, które zostało zarządzane przez orzeczenie sądu. Sąd zarządza wykonanie umieszczenia w zakładzie, jeżeli cel środka zabezpieczającego tego wymaga. Jeżeli cel zastosowanego środka nie został spełniony, lecz szczególne okoliczności uzasadniają przypuszczenie, że zostanie on osiągnięty w przypadku jego warunkowego zawieszenia, to sąd orzeka warunkowe zawieszenie środka zabezpieczającego; jednocześnie ustanawia się dozór. Jeżeli cel środka został osiągnięty, sąd postanawia o bezprzedmiotowości jego dalszego stosowania (§ 67c ust. 2 n.k.k.).

Należy podkreślić, że czas trwania tego środka nie został ściśle oznaczony. Stosownie do § 67d ust. 3 n.k.k., jeżeli zostało wykonanych 10 lat umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego, to sąd uznaje środek za wykonany, jeżeli nie istnieje zagrożenie, że umieszczony w wyniku swoich skłonności popełni kolejne poważne czyny, w wyniku których pokrzywdzony zostanie narażony na ciężkie psychiczne albo fizyczne szkody. Wraz ze zwolnieniem z zakładu ustanawia się dozór.

Sąd może w każdej chwili zbadać, czy dalsze wykonywanie umieszczenia w zakładzie można zawiesić, lub czy można uznać umieszczenie w zakładzie

za bezprzedmiotowe. Sąd musi dokonać tej kontroli przed upływem określonych terminów. Termin ten w przypadku umieszczenia w zakładzie zabezpieczającym zatrzymania ochronnego wynosi rok, po wykonaniu umieszczenia w zakładzie trwającego 10 lat – 9 miesięcy. Sąd może skrócić te terminy, a także w ramach ustawowych terminów wykonywania kontroli ustalić nowe terminy, przed upływem których nie będzie dopuszczalne złożenie wniosku o dokonanie kontroli. Terminy będą biegły od początku umieszczenia w zakładzie. Jeżeli sąd odmówi orzeczenia zawieszenia umieszczenia lub nie uzna, że środek uważa się za bezzasadny, to terminy do podjęcia odpowiedniego orzeczenia zaczynają biec od nowa (zob. § 67e n.k.k.)⁵⁴⁷.

Środek w postaci umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego nie pozostaje w związku ze stopniem winy sprawcy⁵⁴⁸. W literaturze niemieckiej środek ten poddano wszechstronnej krytyce. Wskazuje się w szczególności na: zacieranie się różnic pomiędzy opartą na zawinieniu karą i niezależnym od winy internowaniem zabezpieczającym; nieprecyzyjność normatywną przesłanek stosowania tego środka, trudności z właściwym prognozowaniem niebezpieczeństwa sprawcy, a także bezterminowość stosowania tego środka⁵⁴⁹. Pomimo to instytucja ta nie straciła na znaczeniu i nadal jest stosowana.

Niemiecki kodeks karny przewiduje także środek o charakterze nieizolacyjnym w postaci dozoru nad skazanym (*Führungsaufsicht*, tłumaczony także jako „nadzór nad sprawowaniem się”⁵⁵⁰, czy „nadzór nad trybem życia”⁵⁵¹). Środek ten stosuje się z mocy prawa, w szczególności w każdym przypadku zawieszenia wykonania umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego, jak również po wykonaniu 10 lat umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego (zob. m. in. § 67c n.k.k., § 67d ust. 3 n.k.k.). Celem nadzoru jest udzielenie stosownej pomocy i roztoczenie kontroli nad postępowaniem sprawców o niekorzystnej prognozie społecznej, jak również zabezpieczenie społeczeństwa przed sprawcą, z którego strony grozi dalsze

⁵⁴⁷ Tłumaczenie E. Tuora-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny*....

⁵⁴⁸ Zob. J. Meyer, *Prawnokarne aspekty recydywy*..., s. 66-67.

⁵⁴⁹ Zob. W. Zalewski, *Przestępca niepoprawny – jako problem polityki kryminalnej*, Gdańsk 2010, s. 293–294 oraz przywołana tam literatura.

⁵⁵⁰ Tak J. Skupiński, *Warunkowe skazanie*..., s. 214.

⁵⁵¹ Tak J. Meyer, *Prawnokarne aspekty recydywy*..., s. 67.

popęłnianie przestępstw. Chodzi jednak o zabezpieczenie w inny sposób niż przez jego odizolowanie⁵⁵². Ponadto, środek ten znajduje zastosowanie, jeżeli wobec sprawcy została wykonana kara pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 6 miesięcy z powodu czynu karalnego, przy którym ustawa przewiduje ustanowienie dozoru. Wówczas sąd może obok kary zarządzić nadzór, jeżeli istnieje zagrożenie, że sprawca będzie popełniał dalsze czyny karalne (zob. § 68 ust. 1 n.k.k.).

Okres pozostawania pod nadzorem może wynosić od 2 do 5 lat, przy czym sąd może skrócić nadzór mający trwać 5 lat (zob. § 68c ust. 1 n.k.k.). W określonych przypadkach sąd może orzec nadzór na czas nieokreślony (zob. § 68c ust. 2 n.k.k.), jak również przedłużyć na czas nieograniczony okres jego trwania (zob. § 68c ust. 3 n.k.k.). W okresie trwania nadzoru skazany podlega organowi nadzorczemu (*Aufsichtsstelle*); osobą bezpośrednio wykonującą nadzór jest powołany przez sąd kurator (*Bewährungshelfer*). Osoba wykonująca nadzór, jak i organ nadzorczy, działając w porozumieniu służyć skazanemu pomocą i otaczają go opieką (zob. § 68a ust. 2 i 3 n.k.k.). Na czas pozostawania pod nadzorem lub na czas krótszy sąd może nałożyć na skazanego różnorodne nakazy lub zakazy (zob. § 68b n.k.k.).

VI. Portugalia

1. Pojęcie recydywy

Portugalski kodeks karny⁵⁵³ reguluje recydywę w art. 75 i 76. Dla zastosowania recydywy muszą być spełnione przesłanki formalne i materialne określone w art. 75 p.k.k. Artykuł 76 p.k.k. precyzuje natomiast skutki recydywy.

Artykuł 75. Przesłanki

1 – Skazuje się jako recydywistę sprawcę, który sam lub w jakiegokolwiek formie współsprawstwa popełnia przestępstwo umyślne, za które winien być skazany na karę więzienia powyżej 6 miesięcy, po tym jak uprzednio został skazany

⁵⁵² Tak trafnie J. Skupiński, *Warunkowe skazanie...*, s. 214.

⁵⁵³ Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março de 1995 que aprova o Código Penal. Aktualny tekst dostępny jest na stronie: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo= (data dostępu dnia 12 sierpnia 2016 r.), dalej: „p.k.k.”.

prawomocnym wyrokiem na karę więzienia powyżej 6 miesięcy za inne przestępstwo umyślne, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że poprzednie skazanie lub skazania nie posłużyły sprawcy jako wystarczające ostrzeżenie przed popełnieniem przestępstwa.

2 – Poprzednie przestępstwo, za które sprawca został skazany, nie wpływa na recydywę, jeżeli od jego popełnienia do czasu popełnienia kolejnego przestępstwa upłynęło powyżej 5 lat; do okresu tego nie wlicza się czasu, w którym sprawca odbywał środek zapobiegawczy, karę lub środek zabezpieczający polegające na pozbawieniu wolności.

3 – Skazania wydane przez sądy zagraniczne brane są pod uwagę dla celów recydywy na zasadach wskazanych w powyższych dwóch ustępach, o ile czyn stanowi przestępstwo zgodnie z prawem portugalskim.

4 – Przedawnienie wykonania kary, amnestia, łaska nie stanowią przeszkody dla istnienia recydywy⁵⁵⁴.

Artykuł 76. Skutki

1 – W przypadku recydywy, minimalny wymiar kary za przestępstwo obostrza się o jedną trzecią, zaś maksymalny wymiar kary nie ulega zmianie. Obostrzenie kary nie może przekroczyć wymiaru najsurowszej kary wymierzonej w poprzednich skazaniach.

2 – Przepisy dotyczące kary względnie nieoznaczonej, o ile mają zastosowanie, przeważają nad zasadami karania w przypadku recydywy⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Artigo 75. Pressupostos. 1 – É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime. 2 – O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é computado o tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida processual, pena ou medida de segurança privativas da liberdade. 3 – As condenações proferidas por tribunais estrangeiros contam para a reincidência nos termos dos números anteriores, desde que o facto constitua crime segundo a lei portuguesa. 4 – A prescrição da pena, a amnistia, o perdão genérico e o indulto, não obstam à verificação da reincidência.

⁵⁵⁵ Artigo 76. Efeitos. 1 – Em caso de reincidência, o limite mínimo da pena aplicável ao crime é elevado de um terço e o limite máximo permanece inalterado. A agravação não pode exceder

Utrzymanie recydywy jako okoliczności obostrzającej wymiar kary jest tradycją portugalskiego prawa karnego, która występowała już w kodeksie karnym z 1982 r. Recydywę uzasadnia się wyższym stopniem winy sprawcy, gdyż lekceważy on poważne ostrzeżenie państwa w formie uprzedniej kary⁵⁵⁶.

2. Przesłanki formalne

Warunkami formalnymi są:

1) sprawca popełnił przestępstwo umyślne. Recydywa zachodzi wówczas, gdy sprawca dopuścił się przestępstwa umyślnego. Tylko takie przestępstwa wskazują, że sprawca lekceważy uprzednie formalne ostrzeżenie w postaci skazania. Dlatego też nie zachodzi recydywa w przypadku przestępstw nieumyślnych. Recydywa ma także zastosowanie w przypadku usiłowania przestępstwa umyślnego⁵⁵⁷. W doktrynie twierdzi się, że z faktu, iż recydywa zachodzi w przypadku przestępstwa umyślnego, wynika, że jest to recydywa szczególna. Recydywa obejmuje tylko przestępstwa umyślne, niezależnie o tego, czy o takim samym czy różnym charakterze⁵⁵⁸;

2) sprawcy grozi wymierzenie kary więzienia powyżej 6 miesięcy. Poprzedni kodeks karny z 1982 r. nie zawierał tego wymogu, przez co był krytykowany w doktrynie. Z faktu, że minimalny wymiar kary wynosi powyżej 6 miesięcy, wynika możliwość stosowania recydywy w przypadku odbywania kary więzienia w weekendy (art. 45 p.k.k.) czy też w domu (art. 46 p.k.k.), gdyż maksymalny wymiar kary w przypadku tych wariantów wynosi rok i są one karami więzienia⁵⁵⁹. Nie stosuje się recydywy

a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores. 2 – As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras da punição da reincidência.

⁵⁵⁶ M. Leal-Henriques, M. Simas Santos, *Código Penal Anotado: I volume (art.os 1.º a 130.º)*, Lizbona 2002, s. 893.

⁵⁵⁷ C. Chcechi de Assis, *A solvabilidade constitucional do regime da reincidência criminal*, praca doktorska, Universidade de Coimbra, 2014, s. 34, <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/28497> (dostęp dnia 12 sierpnia 2016 r.); M. Miguez Garcia, J.M. Rio, *Código Penal: parte geral e especial com notas e comentários*, Coimbra 2014, s. 381.

⁵⁵⁸ C. Chcechi de Assis, *A solvabilidade...*, s. 35.

⁵⁵⁹ J. Figueiredo Dias, *Direito Penal: parte geral, tomo I – questões fundamentais a doutrina geral do crime*, Coimbra 2011, s. 264–265; H. Susano, *Reincidência Penal: da teoria à prática judicial*,

w przypadku kar pieniężnych lub zamiany kar, np. w sytuacji zamiany niezapłaconej kary grzywny na zastępcze więzienie (art. 49 p.k.k.). W przeciwnym wypadku byłoby to *in sensu contrario* do przepisów kodeksu, gdyż kara więzienia ma być wymierzona bezpośrednio. Ponadto w takim wypadku sprawca, któremu zamieniono grzywnę na karę więzienia, byłby w gorszej sytuacji od sprawcy, który ją zapłacił lub zamieniono mu ją na pracę zgodnie z art. 48 p.k.k.⁵⁶⁰;

3) nastąpiło uprzednie prawomocne skazanie. Poprzedni wyrok skazujący musi być prawomocny. Wymóg ten wynika z zasady domniemania niewinności przewidzianej w art. 32 ust. 2 Konstytucji Republiki Portugalii⁵⁶¹;

4) nie upłynął okres przedawnienia recydywy. Okres ten wynosi 5 lat i jest liczony od daty popełnienia poprzedniego przestępstwa do daty następnego przestępstwa. Bieg tego okresu jest zawieszony na czas odbywania przez sprawcę kary, środka zapobiegawczego lub środka zabezpieczającego, które polegają na pozbawieniu wolności w Portugalii lub za granicą⁵⁶². W przypadku czynu ciągłego okres ten liczy się od ostatniego zachowania, tj. tak samo, jak liczy się go w przypadku przedawnienia karalności czynu ciągłego (art. 119 ust. 2 lit. b p.k.k.). W razie zbiegu przestępstw bierze się wyłącznie pod uwagę przestępstwa zagrożone karą więzienia i okres ten liczy się od daty popełnienia ostatniego przestępstwa⁵⁶³. Wymóg odbycia całkowitego bądź częściowego uprzedniej kary, który był przewidziany w poprzednim kodeksie karnym, nie został zawarty w kodeksie z 1995 r. Ustawodawca uwzględnił postulaty doktryny, która krytykowała ten wymóg, jako niemający sensu, gdyż recydywa uzasadniana jest faktem lekceważenia ostrzeżenia zawartego w wyroku skazującym, co jest niezależne od odbycia kary. Ponadto wymóg ten uprzywilejowywał skazanych, którzy unikali odbycia poprzedniej kary⁵⁶⁴.

Coimbra 2012, s. 102; V. Sá Pereira, A. Lafayette, *Código Penal anotado e comentado*, Lisboa 2014, s. 251.

⁵⁶⁰ V. Sá Pereira, A. Lafayette, *Código Penal...*, s. 251.

⁵⁶¹ C. Chcechi de Assis, *A solvabilidade...*, s. 36.

⁵⁶² C. Chcechi de Assis, *A solvabilidade...*, s. 36.

⁵⁶³ H. Susano, *Reincidência Penal...*, s. 107.

⁵⁶⁴ V. Sá Pereira, A. Lafayette, *Código Penal...*, s. 250; J. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*, Coimbra 2011, s. 267; M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português anotado e comentado*, Coimbra 2005, s. 271.

3. Przesłanka materialna

Przesłanka materialna zawarta jest w art. 75 ust. 1 *in fine* p.k.k.; polega ona na tym, że poprzednie skazanie lub skazania nie posłużyły sprawcy jako wystarczające ostrzeżenie przed popełnianiem przestępstwa. Chodzi o nieposzanowanie przez sprawcę poprzedniego skazania jako ostrzeżenia. Konieczne jest sprawdzenie, czy zachodzi związek materialny pomiędzy popełnionymi przestępstwami, który może świadczyć, że sprawca zlekceważył poprzednie skazanie. Przesłanka ta pozwala uniknąć ewentualnej pomyłki między prawdziwym recydywistą a sprawcą, który popełnia ponownie przestępstwo z przyczyn pochodzących z zewnątrz (egzogennych). Czasami trudno dostrzec ten związek w czasie postępowania przygotowawczego, głównie w przypadkach recydywy heterogennej⁵⁶⁵. Dlatego też związek materialny powinien wykazać bliskie powiązanie pomiędzy późniejszym i wcześniejszym przestępstwem; jest on bardziej dostrzegalny w przypadku przestępstw o podobnym charakterze⁵⁶⁶.

4. Skutki recydywy

Wymiar kary w przypadku recydywy odbywa się w kilku etapach. Po pierwsze zgodnie z art. 76 ust. 1 p.k.k. sąd stwierdza, czy do sprawcy stosuje się przepisy o wymiarze kary względnie nieoznaczonej, której przesłanki stosowania uregulowane zostały w rozdziale V, dziale I p.k.k. (art. 83–85 p.k.k.). W takim przypadku stosuje się zasady wymiaru tej kary, a nie zasady wymiaru kary w przypadku recydywy.

Należy w tym miejscu wskazać, że art. 83 p.k.k. stanowi, iż:

1. Kto popełnia umyślne przestępstwo, za które powinna być w danym wypadku wymierzona kara bezwzględnego więzienia powyżej 2 lat, a sprawca popełnił uprzednio dwa lub więcej przestępstw umyślnych, za które (za każde z nich) wymierzono mu karę bezwzględnego więzienia również powyżej 2 lat, skazany zostaje na karę względnie nieoznaczoną, o ile łączna ocena popełnionych czynów,

⁵⁶⁵ C. Chcechi de Assis, *A solvabilidade...*, s. 38.

⁵⁶⁶ J. Figueiredo Dias, *Direito Penal...*, s. 268–269; H. Susano, *Reincidência Penal...*, s. 109.

oraz osobowość sprawcy wykazują wyraźną skłonność do popełniania przestępstw, która to skłonność w momencie skazania nie ustała.

2. Minimalna kara względnie nieoznaczona to 2/3 kary więzienia, które rzeczywiście zostałyby wymierzone za popełnione przestępstwo, zaś maksymalna kara względnie nieoznaczona to ta konkretna kara zwiększona o 6 lat; nie może jednak przekraczać 25 lat.

3. Jakiegokolwiek przestępstwo popełnione uprzednio przestaje być brane pod uwagę dla celów ust. 1, kiedy pomiędzy jego popełnieniem a popełnieniem kolejnego przestępstwa upłynęło więcej niż 5 lat; do okresu tego nie wlicza się okresu, w czasie którego wobec sprawcy stosowano środek zapobiegawczy, karę więzienia lub środek zabezpieczający pozbawiające wolności.

4. Brane są pod uwagę czyny osądzone za granicą, za które wymierzono karę bezwzględnego więzienia powyżej 2 lat, pod warunkiem, że za takie czyny zgodnie z ustawą portugalską wymierzono by karę więzienia powyżej 2 lat.

Z kolei stosownie do art. 84 p.k.k.:

1. Kto popełnia umyślne przestępstwo, za które powinna być w danym wypadku wymierzona kara bezwzględnego więzienia i sprawca uprzednio popełnił cztery lub więcej przestępstw umyślnych, za które (za każde z nich) został skazany na bezwzględną karę więzienia, skazany zostaje na karę względnie nieoznaczoną, o ile spełnia pozostałe przesłanki wskazane ust. 1 poprzedzającego artykułu.

2. Minimalna kara względnie nieoznaczona to 2/3 kary więzienia, które rzeczywiście zostałyby wymierzone za popełnione przestępstwo, zaś maksymalna kara względnie nieoznaczona to ta konkretna kara zwiększona o 4 lata; nie może jednak przekraczać 25 lat.

3. Odpowiednio stosuje się ust. 3 poprzedniego artykułu.

4. Brane są pod uwagę czyny osądzone za granicą, za które wymierzono karę bezwzględnego więzienia, pod warunkiem, że za takie czyny zgodnie z ustawą portugalską wymierzono by karę więzienia.

Artykuł 85 p.k.k. stanowi natomiast, że:

1. Jeżeli przestępstwa zostały popełnione zanim sprawca ukończył 25 lat, przepisy art. 83 i 84 stosuje się tylko, jeżeli sprawca odbył karę w wymiarze minimum roku.
2. W wypadku z poprzedniego punktu, maksymalna kara względnie nieoznaczona zwiększona jest o 4 lub o 2 lata więzienia, o ile spełnione są przesłanki art. 83 lub z art. 84.
3. Okres wskazany w art. 83 ust. 3 dla celów niniejszego artykułu wynosi 3 lata.

Po drugie, ustala się wymiar kary, nie uwzględniając recydywy, tj. tak jakby chodziło o sprawcę, który po raz pierwszy popełnił przestępstwo w celu sprawdzenia, czy zachodzi przesłanka skazania na karę więzienia powyżej 6 miesięcy.

Po trzecie, uwzględnia się recydywę: minimalna granica przewidziana w ustawie jest zwiększona o 1/3, maksymalna zaś pozostaje bez zmian. W tych granicach określa się konkretny wymiar kary, którą orzeka się zgodnie z ogólnymi kryteriami określonymi w art. 72 p.k.k.⁵⁶⁷

Po czwarte, końcowym etapem jest ograniczenie wymierzonej kary stosownie do nakazu z art. 76 ust. 1 *in fine* p.k.k. Oznacza to, że obostrzenie nie może przekraczać najsurowszej kary z poprzednich skazań. Sąd powinien porównać karę wymierzoną bez obostrzenia z karą wymierzoną po obostrzeniu i w wypadku, gdy różnica pomiędzy karami przekracza najsurowszą karę z poprzednich skazań, należy wówczas zmienić *quantum* kary, dostosowując go do przepisów⁵⁶⁸. W literaturze takie ograniczenie uznaje się za zasadne, gdyż uniemożliwia wymierzanie kar niewspółmiernych, których obostrzenie jest większe niż cała kara wymierzona uprzednio recydywiście⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ M.J. Antunes, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra 2013, s. 53; M. Miguez Garcia, J.M. Rio, *Código Penal...*, s. 383; V. Sá Pereira, A. Lafayette, *Código Penal...*, s. 253; M. Leal-Henriques, M. Simas Santos, *Código Penal...*, s. 906.

⁵⁶⁸ H. Susano, *Reincidência Penal...*, s. 113–114; J. Figueiredo Dias, *Direito Penal...* s. 270–274; M.J. Antunes, *Consequências Jurídicas...*, s. 383; V. Sá Pereira, A. Lafayette, *Código Penal...*, s. 253–254, M. Leal-Henriques, M. Simas Santos, *Código Penal...*, s. 906.

⁵⁶⁹ C. Chcechi de Assis, *A solvabilidade...*, s. 39.

VII. Włochy

1. Wprowadzenie

Rozwiązania dotyczące recydywy znane są także włoskiemu kodeksowi karnemu (dalej: „w.k.k.”). Recydywa stanowi okoliczność obostrzającą karę. Szczegółowe unormowania w tym zakresie przewidują art. 99 i 101 w.k.k.⁵⁷⁰ Istotne zmiany w zakresie uregulowania instytucji recydywy wprowadziła ustawa *ex Cirielli* (art. 4 ustawy n. 251 z dnia 5 grudnia 2005 r.).

Stosownie do postanowień obowiązującego art. 99 w.k.k. Kto, będąc skazanym za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) popełnia ponownie przestępstwo, może zostać poddany karze podwyższonej o jedną trzecią kary przewidzianej za nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*)⁵⁷¹.

Kara może zostać podwyższona maksymalnie o połowę:

1) jeżeli nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) jest tego samego rodzaju;

⁵⁷⁰ Szerzej na temat regulacji dotyczących recydywy sprzed reformy z 2005 r. zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 76 i n.; M. Filar, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1982, s. 97 i n.

⁵⁷¹ Szczególnie problematyczne jest przeniesienie na grunt polskiej terminologii pojęcia „*delitto non colposo*” (dosłowne tłumaczenie: nie nieumyślne). Artykuł 39 w.k.k. dzieli przestępstwa (*reati*) na *delitti* i *contravvenzioni*. Polscy autorzy tłumaczą *delitti* jako występki, a *contravvenzioni* jako wykroczenia (zob. M. Filar, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2007, s. 175). Można jednak spotkać odmienne tłumaczenie – *delitti* jako zbrodnie, *contravvenzioni* – występki. Kryterium podziału przestępstw ma charakter formalny i zależy od przewidzianej za dany czyn kary. *Delitti* zagrożone są karami dożywotniego pozbawienia wolności (*ergastolo*), pozbawienia wolności (*reclusione*) oraz – w przypadkach mniejszej wagi – karą grzywny (*multa*); z kolei *contravvenzioni* karą aresztu (*l'arresto*) i karą pieniężną (*l'ammenda*) (por. art. 17 w.k.k.). Uwzględniając kryterium subiektywne (stosunku psychicznego sprawcy do czynu), *delitti* mogą być popełnione umyślnie (*per dolo, doloso*), chyba że ustawa wyraźnie przewiduje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za *delitti* nieumyślne (*colposi*) lub umyślnie – nieumyślne – (*delitti preterintenzionali*). *Contravvenzioni* mogą być popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie (art. 42 w.k.k.). Włoski kodeks karny nie definiuje pojęcia „*delitto non colposo*”, ale często posługuje się nim. W doktrynie istnieją dwa nurty interpretacyjne: pierwszy utożsamia tę kategorię z przestępstwem umyślnym (*doloso*), drugi (przeważający) wskazuje, że „*delitti non colposi*” obejmują także „*delitti preterintenzionali*” lub „*aggravati dall'evento*”. Artykuł 43 zd. 2 w.k.k. przewiduje, że przestępstwo ma charakter preterintencjonalny (*preterintenzionale*), gdy z umyślnego czynu wynika skutek cięższy od tego, który sprawca zamierzał osiągnąć. Na potrzeby opracowania przyjęto tłumaczenie „*delitti non colposi*” jako przestępstwa nie nieumyślne.

2) jeżeli nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) zostało popełnione przed upływem 5 lat od poprzedniego skazania;

3) jeżeli nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) zostało popełnione w czasie odbywania kary lub po jej odbyciu bądź w okresie, w którym skazany świadomie uchyla się od wykonania kary.

Jeżeli dochodzi do zbiegu okoliczności wskazanych w ustępie drugim, kara zostaje podwyższona o połowę.

Jeśli recydywista popełni kolejne przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*), podwyższenie kary w przypadku, o którym mowa w ustępie pierwszym, wynosi o połowę, zaś w przypadkach, o których mowa w ustępie drugim, o dwie trzecie.

W przypadku przestępstw (*delitto*) wymienionych w art. 407 ust. 2 lit. a włoskiego kodeksu postępowania karnego⁵⁷² podwyższenie kary w związku z recydywą jest obligatoryjne, a w przypadkach określonych w ustępie drugim podwyższenie kary nie może być niższe niż o jedną trzecią kary przewidzianej za nowe przestępstwo (*delitto*).

W żadnym przypadku podwyższenie kary w związku z recydywą nie może przekroczyć sumy wszystkich kar wynikających ze skazań poprzedzających popełnienie nowego przestępstwa nie nieumyślnego (*delitto non colposo*)⁵⁷³.

⁵⁷² Codice di Procedura Penale. Approvato con Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447 (Gazzetta Ufficiale 24 ottobre 1988, n. 250).

⁵⁷³ Codice Penale. Approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398 (Gazzetta Ufficiale 26 ottobre 1930, n. 251). Testo aggiornato alle modifiche (Legge 23 marzo 2016, n. 41, Gazzetta Ufficiale 24 marzo 2016, n. 70).

Art. 99 [Recidiva] 1. Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo. 2. La pena può essere aumentata fino alla metà: 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole; 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena. 3. Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà. 4. Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi. 5. Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto. 6. In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo.

2. Rodzaje recydywy

Obecnie art. 99 w.k.k. wyróżnia trzy postacie recydywy: recydywę prostą (zwykłą) (*recidiva semplice*), recydywę obostrzoną (*recidiva aggravata*) i recydywę ponowną (wielokrotną) (*recidiva reiterata*).

2.1. Recydywa zwykła

Recydywa zwykła w rozumieniu art. 99 ust. 1 w.k.k. zachodzi wówczas, gdy sprawca będąc skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*), popełnia ponownie przestępstwo, również nie nieumyślne (*non colposo*), ale innego rodzaju. W tym przypadku przewidziano fakultatywne podwyższenie kary o jedną trzecią.

2.2. Recydywa obostrzona

Recydywa obostrzona (*recidiva aggravata*), uregulowana przepisami art. 99 ust. 2 w.k.k., zachodzi wówczas, gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*):

- a) jest tego samego rodzaju (ma taki sam charakter) co przestępstwo popełnione uprzednio (tzw. recydywa szczególna – *recidiva specifica*);
- b) zostało popełnione w okresie 5 lat od poprzedniego skazania (tzw. w czasie trwania 5 lat – *recidiva infraquiniennale*);
- c) zostało popełnione w czasie odbywania kary lub po jej odbyciu (tzw. recydywa prawdziwa, właściwa – *recidiva vera*);
- d) zostało popełnione w okresie, w którym skazany uchyla się od wykonania orzeczonej kary (tzw. recydywa udawana – *recidiva finta*).

We wszystkich przedstawionych sytuacjach kara może zostać podwyższona „maksymalnie o połowę” w przypadku, gdy zachodzi choćby jedna z wymienionych powyżej okoliczności. Novum wprowadzonym przez reformę z 2005 r. jest obostrzenie wysokości kary polegające na tym, że pierwotna możliwość

elastycznego podwyższenia kary maksymalnie o jedną trzecią została zastąpiona podwyższeniem kary – również z zachowaniem takiej elastyczności – maksymalnie o połowę.

Należy zauważyć, że w przypadku recydywy zarówno zwykłej, jak i obostrzonej uznanie danego czynu za popełniony w warunkach recydywy nie jest obligatoryjne. W przypadku jednak przyjęcia popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy prostej (zwykłej) sąd nie ma możliwości dokonania jakiegokolwiek oceny dyskrecjonalnej (uznaniowej) w zakresie wysokości podwyższenia wymiaru kary, gdyż została ona w sposób sztywny określona w art. 99 ust. 1 w.k.k. (podniesienie wysokości kary o jedną trzecią kary przewidzianej za popełnienie nowego przestępstwa nie nieumyślnego). Z kolei w odniesieniu do recydywy obostrzonej przyznano sędziemu swobodę co do określenia wielkości podwyższenia kary, wskazując jedynie, że może ono wynieść maksymalnie połowę⁵⁷⁴. W literaturze przedmiotu zwrócono uwagę na wątpliwości co do tego, czy przy recydywie obostrzonej, o której mowa w art. 99 ust. 2 w.k.k., sędzia ma możliwość podniesienia wysokości kary także w wymiarze niższym niż ten określony dla recydywy prostej (zwykłej), a zatem, czy istnieje w tym przypadku jakaś granica minimalna⁵⁷⁵. Według jednego z kierunków interpretacyjnych, który zyskał uznanie także Sądu Kasacyjnego, wszystkie przypadki recydywy obostrzonej stanowią „szczególne postaci” recydywy prostej. W konsekwencji bardziej racjonalne z systemowego punktu widzenia wydaje się przyjęcie, że w przypadku recydywy obostrzonej zakres uznania sądu powinien obowiązywać od limitu minimalnego zaostżenia w wysokości jednej trzeciej kary przewidzianej dla recydywy prostej. Sąd Kasacyjny podkreślił, że odmienna interpretacja powołanego przepisu, zakładająca, iż przyjęcie recydywy zaostżonej może powodować zwiększenie wymiaru kary w stopniu niższym od tego przewidzianego dla recydywy prostej, byłaby niezgodna z Konstytucją⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Korzystano z pracy F. Lanotte, *La recidiva*, Università Degli Studi Di Torino, Dipartimento Di Giurisprudenza, 2014/2015, s. 89 i n., dostępna na stronie: http://www.ristretti.it/commenti/2015/luglio/pdf6/tesi_lanotte.pdf (dostęp dnia 10 kwietnia 2017 r.).

⁵⁷⁵ Szerzej na ten temat zob. m.in. A. Melchionda, *La nuova disciplina della recidiva*, Diritto penale e processo, n. 2, 2006, s. 179; T. Padovani, *Commento all'art. 4 l. 5-12-2005 n. 251*, Legislazione penale, 2006, s. 450.

⁵⁷⁶ Orzeczenie Sądu Najwyższego Sek. III z dnia 3 grudnia 2010 r., nr 1861.

2.3. Recydywa wielokrotnie obostrzona

Artykuł 99 ust. 3 w.k.k. reguluje recydywę wielokrotnie obostrzoną (*recidiva pluriaggravata*). Zachodzi ona wtedy, gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) łączy w sobie dwie lub więcej sytuacji recydywy obostrzonej, istotnych w związku z ustępem drugim. W tym przypadku ustawa *ex Cirielli* wprowadziła zmianę wysokości kary przez znaczne jej zaostrzenie, zastępując maksymalną granicę z możliwością jej regulowania do granicy połowy sankcji, stałą miarą równą połowie kary, czyli nastąpiło odjęcie dyskrecjonalnej oceny w kwestii *quantum* podwyższenia⁵⁷⁷.

2.4. Recydywa ponowna (wielokrotna)

Recydywa ponowna (*recidiva reiterata*) zachodzi, zgodnie z art. 99 ust. 4 w.k.k., gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) zostaje popełnione przez sprawcę będącego już recydywistą. Ze zwrotu „recydywista popełnia” wynika, że recydywa wielokrotna wymaga popełnienia co najmniej 3 przestępstw przedzielonych dwoma uprzednimi skazaniami⁵⁷⁸. W tym przypadku zaostrzenie na płaszczyźnie wymiaru kary zmienia się w zależności od rodzaju recydywy wcześniej popełnionej. Wyróżnia się recydywę ponowną zwykłą (*recidiva reiterata semplice*), która zachodzi, gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne jest innego rodzaju, oraz recydywę ponowną obostrzoną (*recidiva reiterata aggravata*), występującą, jeśli recydywista został takim już uznany za poprzednią recydywę obostrzoną. Jeśli nowe przestępstwo nie nieumyślne jest innego rodzaju, podwyższenie kary następuje o połowę; w przypadkach przewidzianych w ustępie drugim podwyższenie wynosi dwie trzecie. Należy przy tym zaznaczyć, że w przypadku, o którym mowa w art. 81 ust. 4 w.k.k. (zbieg przepisów ustawy lub popełnienie przestępstwa ciągłego), w odniesieniu do recydywisty ponownego przewidziano, że podwyższenie wymiaru kary nie może być jednak niższe od jednej trzeciej kary przewidzianej za przestępstwo największej wagi.

⁵⁷⁷ Zob. F. Lanotte, *La recidiva...*, s. 91.

⁵⁷⁸ Zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 78.

2.5. Recydywa obligatoryjna

Artykuł 99 ust. 5 w.k.k. natomiast reguluje instytucję tzw. recydywy obligatoryjnej (*recidiva obbligatoria*), która zachodzi wówczas, gdy nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) należy do przestępstw wymienionych w art. 407 ust. 2 lit. a w.k.p.k. (wśród nich np. związek przestępczy o charakterze mafijnym, przestępstwa popełnione w celach terrorystycznych lub wywrotowych, handel substancjami odurzającymi, mord masowy, zabójstwo umyślne, rozbój kwalifikowany, wymuszenia rozbójnicze). W odróżnieniu od założeń recydywy regulowanych postanowieniami art. 99 ust. 1–4 w.k.k., w których zaostrenie kary przewidzianej przez ustawodawcę jest pozostawione do decyzji sędziego, względem recydywy obligatoryjnej – podwyższenie wymiaru kary jest już automatyczne i niezależne od jakichkolwiek ustaleń dokonującego wykładni⁵⁷⁹. Nadmienić należy, że w art. 407 ust. 2 lit. a w.k.p.k. określono grupę przestępstw wymagających wydłużenia czasu na przeprowadzenie postępowania przygotowawczego. W przypadku recydywy prostej wymagane podniesienie kary wynosi o jedną trzecią wysokości kary, natomiast w przypadku recydywy obostrzonej mieści się w zakresie od jednej trzeciej (podwyższenie kary nie może być niższe niż o jedną trzecią kary przewidzianej za nowe przestępstwo) do połowy.

Poniżej przedstawiony został schemat recydywy fakultatywnej i recydywy obligatoryjnej⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Na temat rodzajów recydywy zob. C. Ruggiero, *Brevi note a margine della dichiarazione di incostituzionalità della recidiva obbligatoria: una nuova battuta d'arresto per il diritto penale d'autore*. Corte Costituzionale, Sentenza 23 luglio 2015, n. 185; artykuł dostępny na stronie: <http://www.filodiritto.com/articoli/2016/01/brevi-note-a-margine-della-dichiarazione-di-incostituzionalita-della-recidiva-obbligatoria-una-nuova-battuta-darresto.html> (dostęp dnia 11 kwietnia 2017 r.).

⁵⁸⁰ Wykorzystano opracowanie dostępne na stronie: http://www.diritto24.ilsole24ore.com/pdf/CP/064412CODPE13_014A081SCHEMII@014-15.pdf (dostęp dnia 11 kwietnia 2017 r.).

RECYDYWA

(Art. 99 włoskiego kodeksu karnego)

Recydywa fakultatywna

Recydywa prosta (*semplice*)

Kto będąc skazanym za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*), popełnia ponownie przestępstwo, może być poddany karze podwyższonej o jedną trzecią kary przewidzianej za nowe przestępstwo nie nieumyślne

Recydywa obostrzona (*aggravata*)

Recydywa ponowna (*reiterata*)

Recydywista, który popełnił kolejne przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*)

Recydywa szczególna (*specificata*)

Jeśli skazany za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*), popełnia ponownie przestępstwo tego samego rodzaju, kara za nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) może zostać podwyższona maksymalnie o połowę (art. 99 ust. 2 pkt 1 w.k.k.)

Recydywa w okresie 5 lat (*infraquinquennale*)

Jeśli skazany za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) w ciągu 5 lat od poprzedniego skazania popełnia ponownie przestępstwo, kara za nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) może zostać podwyższona maksymalnie o połowę (art. 99 ust. 2 pkt 2 w.k.k.)

Recydywa prawdziwa/właściwa (*vera*)

Jeśli skazany za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) popełnia ponownie przestępstwo w czasie odbywania kary lub po jej wykonaniu, kara za nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) może zostać podwyższona maksymalnie o połowę (art. 99 ust. 2 pkt 3 w.k.k.)

Recydywa udawana (*finta*)

Jeśli skazany za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) popełnia ponownie przestępstwo w czasie, w którym skazany umyślnie uchyla się od wykonania kary, kara za nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) może zostać podwyższona maksymalnie o połowę (art. 99 ust. 2 pkt 3 w.k.k.)

Jeżeli dochodzi do zbiegu okoliczności wskazanych powyżej, podwyższenie kary (fakultatywne) wynosi połowę wysokości kary przewidzianej za nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) (art. 99 ust. 3 w.k.k.)

W przypadku recydywisty „zwykłego” (*semplice*) podwyższenie kary (fakultatywne) wynosi połowę wysokości kary przewidzianej za nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) (art. 99 ust. 4 w.k.k.).

W przypadku recydywisty z recydywą „obostrzoną” (*aggravato*) podwyższenie kary (fakultatywne) wynosi dwie trzecie wysokości kary przewidzianej za nowe przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) (art. 99 ust. 4 k.k.)

Recydywa obligatoryjna (*obbligatoria*)

Podwyższenia kar są obligatoryjne w przypadku, gdy nowe przestępstwo stanowi jedno z przestępstw wskazanych w art. 407 ust. 2 lit. a w.k.p.k. (art. 99 ust. 5 w.k.k.)

W przypadku recydywisty z recydywą „obostrzoną” (*aggravato*) podwyższenie kary nie może być niższe niż jedna trzecia kary przewidzianej za nowe przestępstwo (*delitto*) (art. 99 ust. 5 w.k.k.)

Nieprzekraczalna granica podwyższenia wysokości kary

Podwyższenie kary w związku z recydywą nie może przekroczyć sumy wszystkich kar wymierzonych w wyrokach wydanych przed popełnieniem nowego przestępstwa nie nieumyślnego (*delitto non colposo*) (art. 99 ust. 6 w.k.k.)

3. Granica podwyższenia kary

Artykuł 99 ust. 6 w.k.k. wyznacza nieprzekraczalną granicę podwyższenia wysokości kary w związku z recydywą. W żadnym przypadku podwyższenie kary z powodu działania w warunkach recydywy nie może przekroczyć sumy wszystkich kar wynikających ze skazań poprzedzających popełnienie nowego przestępstwa nieумыślnego.

4. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego

Instytucja recydywy obligatoryjnej, wprowadzona reformą z 2005 r., została uznana przez włoski Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z konstytucją⁵⁸¹. Inicjatywa skierowania przepisu do włoskiego Trybunału Konstytucyjnego wyszła od Sądu Kasacyjnego, który w orzeczeniu z dnia 10 września 2014 r. podniósł kwestię zgodności z włoską konstytucją zapisów art. 99 ust. 5 w.k.k. w odniesieniu do art. 3 i art. 27 ust. 3 włoskiej konstytucji. Sąd inicjujący wniosek podkreślił naruszenie przez przedmiotową instytucję zapisów art. 3 włoskiej konstytucji ze względu na oczywistą bezzasadność, niesłuszność kryterium stosowanego przez ustawodawcę w celu usprawiedliwienia obligatoryjności podwyższenia kary, o której mowa w powołanym przepisie włoskiego kodeksu karnego, czyli czysto formalnego odniesienia do jednego z przestępstw (*delitti*) przewidzianych w art. 407 ust. 2 lit. a w.k.p.k.

Zgodnie z ustalonym orzecznictwem włoskiego Trybunału Konstytucyjnego możliwość zastosowania recydywy zakłada – a przynajmniej powinna zakładać – uwzględnienie przez dokonującego wykładni szeregu kryteriów (wypracowanych przez połączone wydziały Sądu Kasacyjnego) odnoszących się m.in. do: charakteru (natury) przestępstw, których dotyczy, rodzaju naruszenia normy, których oznaką są takie przestępstwa, jakości zachowań (*qualità dei comportamenti*), granicy szkodliwości zachowań oraz wszelkich innych możliwych znaczących parametrów indywidualizujących, określających osobowość sprawcy przestępstwa i stopień zawinienia. Tymczasem w poddanej analizie instytucji takie ustalenie jest całkowicie

⁵⁸¹ Zob. orzeczenie włoskiego Trybunału Konstytucyjnego nr 185 z dnia 23 lipca 2015 r., Gazz. Uff. 29 luglio 2015, n. 30 – Prima serie speciale.

wykluczone, a zastosowanie recydywy opiera się tylko na formalnym stwierdzeniu określonej przeszłości (karalności)⁵⁸².

Sędziowie *a quo* zgłosili również naruszenie art. 27 ust. 3 włoskiej konstytucji, zważywszy, że uniemożliwienie dokonania ustalenia, którego przedmiotem jest stwierdzenie istnienia zasadniczych warunków legitymujących zaostrezenie wymiaru kary za popełnienie przestępstwa w warunkach recydywy, stawiałoby taką karę „już na poziomie abstrakcyjnej sankcji ustawodawczej”, czyniąc ją zupełnie nieproporcjonalną, nieuchronnie odbieraną przez skazanego jako niesłuszną i niesprawiedliwą, niweczając tym samym jej cele wychowawcze i reedukacyjne⁵⁸³.

W efekcie podniesionych argumentów włoski Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność z konstytucją „art. 99 ust. 5 kodeksu karnego, w brzmieniu nadanym mu przez art. 4 ustawy nr 251 z 2005, tylko w odniesieniu do słów «jest obligatoryjne i» («è obbligatorio e,»)". Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 włoskiej konstytucji. Podkreślono, że decyzja, aby podwyższenie kary za przestępstwo popełnione w warunkach recydywy powiązać wyłącznie z formalną kwalifikacją prawną przestępstwa, kształtuje model automatyzmu na płaszczyźnie wymiaru kary, zupełnie pozbawiony słuszności. Powyższa konkluzja jest tym bardziej zasadna, jeśli uwzględni się, że powołanie się na treść art. 407 ust. 2 lit. a w.k.p.k. dotyczy przestępstw zupełnie niejednorodnych między sobą, połączonych przez ustawodawcę w jedną grupę z przyczyn i potrzeb czysto procesowych, dotyczących maksymalnego czasu przewidzianego na przeprowadzenie postępowania przygotowawczego.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził również niezgodność z art. 27 ust. 3 włoskiej konstytucji, uznając, że brak możliwości dokonania stwierdzenia mającego na celu ustalenie większego zawinienia sprawcy lub większej szkodliwości społecznej przestępstwa przy założeniu recydywy obligatoryjnej, w sposób nieunikniony czyni wymierzoną karę nieproporcjonalną, nieuchronnie pozbawiając ją walorów reedukacyjnych przewidzianych zapisem art. 27 ust. 3 włoskiej konstytucji.

⁵⁸² Por. orzeczenia włoskiego Trybunału Konstytucyjnego nr: 193/1990; 409/2007; 33/2008, podaję za C. Ruggiero, *Brevi note*....

⁵⁸³ Podaję za C. Ruggiero, *Brevi note*....

Podsumowując, włoski Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności zaskarżonego przepisu zarówno z treścią art. 3 włoskiej konstytucji, zważywszy, że powiązanie podwyższenia kary wyłącznie z uwagi na kwalifikację prawną popełnionego przestępstwa wydaje się w sposób oczywisty niesłuszne i bezzasadne, jak i z treścią art. 27 ust. 3 włoskiej konstytucji, gdyż uniemożliwienie stwierdzenia „konkretnego znaczenia i wagi nowego przestępczego zdarzenia” czyni *ab origine* karę nieproporcjonalną i w każdym razie nieskuteczną w aspekcie funkcji, jaką pełni w procesie integracji społecznej.

5. Pojęcie przestępstwa tego samego rodzaju

W art. 101 w.k.k. zdefiniowane zostało pojęcie przestępstwa tego samego rodzaju (charakteru). W rozumieniu włoskiej ustawy karnej za przestępstwa tego samego rodzaju uznaje się nie tylko przestępstwa naruszające ten sam przepis prawa, lecz także przestępstwa, które mimo że zostały przewidziane w różnych przepisach kodeksu karnego lub w różnych ustawach, mają w konkretnym przypadku wspólne podstawowe cechy (znamiona) ze względu na charakter stanowiących o nich faktów lub motywów, które doprowadziły do ich popełnienia⁵⁸⁴.

Z jednej strony art. 101 w.k.k. formułuje kryterium formalne, według którego rozpatruje się naruszenie tego samego przepisu prawa⁵⁸⁵, z drugiej strony zaś – zasadnicze kryteria obiektywne (przedmiotowe) i subiektywne (podmiotowe). W świetle przytoczonej definicji można zatem przyjąć, że kryterium przestępstwa tego samego rodzaju stanowi nie tylko tożsamość kwalifikacji prawnej, lecz także wspólne (podstawowe) cechy obu przestępstw – wywnioskowane z natury czynów albo z ich motywów⁵⁸⁶. Trojaki charakter przestępstwa tego samego rodzaju stał się podstawą podziału przestępstw na następujące kategorie: przestępstwa

⁵⁸⁴ Art. 101 [Reati della stessa indole]. *Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni.*

⁵⁸⁵ G. Fiandaca, E. Musco precyzują, że przez naruszenie tego samego przepisu prawa „rozumie się tę samą kwalifikację czynu zabronionego, przez co jednorodzaowość zachodzi między dokonaniem, usiłowaniem lub przygotowaniem tej samej postaci przestępstwa” – zob. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, s. 456.

⁵⁸⁶ Zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 78.

homogeniczne ze względów strukturalnych (identyczność przedmiotu zamachu), przestępstwa homogeniczne przedmiotowo (identyczność okoliczności faktycznych) i przestępstwa homogeniczne podmiotowo (identyczność motywów)⁵⁸⁷.

W odróżnieniu od kodeksu Zanardellego⁵⁸⁸, który w art. 82 wymieniał szczegółowo typy czynów zabronionych, które należało uznać za przynależne do tego samego rodzaju, art. 101 w.k.k. klasyfikuje w ten sposób te przestępstwa, które mimo że opisane w różnych przepisach, w wyniku prawidłowo przeprowadzonej oceny sądu wykazują zasadnicze cechy wspólne⁵⁸⁹.

Jednorodzajowość może być wywiedziona z przedmiotowego aspektu charakteru działania stanowiącego czyn bezprawny lub z aspektu podmiotowego stanowiącego motyw przestępstwa. Ocena taka powinna być dokonywana *in concreto*. Zdecydowanie mniejszościowy jest pogląd, według którego jednorodzajowość przestępstw może być wywodzona z umieszczenia ich w ramach tego samego rozdziału lub podrozdziału kodeksu karnego, co wprowadzałoby stosowanie kryterium opartego na podstawie abstrakcyjnej i niezwiązanej z istotą sprawy⁵⁹⁰.

Jednorodzajowość przestępstw może być traktowana jako przejaw większej szkodliwości sprawcy lub jako element zwiększonej winy, w zależności od interpretacji przyjętej w odniesieniu do *ratio* instytucji recydywy. W każdym razie można go uznać za wskaźnik głębszego związku między uprzednim i nowym przestępstwem, co uzasadnia zaostrzenie kary.

W doktrynie dostrzeżono także, że istotne znaczenie dla wykładni art. 101 w.k.k. ma zmiana wprowadzona w drodze reformy z 2005 r., polegająca na zawężeniu recydywy wyłącznie do przestępstw niebędących nieumyślnymi. Ograniczyło to margines nieokreśloności, jaki pojawiał się przy ustalaniu jednorodzajowości między przestępstwami umyślnymi i nieumyślnymi. Jak podnosi się w literaturze, obecnie

⁵⁸⁷ F. Gianniti, *I reati della stessa indole*, Mediolan 1959, s. 78 i n.

⁵⁸⁸ Kodeks karny Zanardellego przyjęty został dekretem z dnia 30 czerwca 1889 r. i obowiązywał od dnia 1 stycznia 1890 r.

⁵⁸⁹ Zob. A.R. Latagliata, który stwierdził, że szeroka formuła art. 101 w.k.k. „ogranicza swobodę decyzyjną sądu poddając ją ontologicznemu kryterium oceny wywiedzionemu z analizy konkretnego przypadku” – A.R. Latagliata, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli 1958, s. 131.

⁵⁹⁰ Więcej na ten temat zob. F. Lanotte, *La recidiva*, Università Degli Studi Di Torino, Dipartimento Di Giurisprudenza, 2014/2015 oraz przywołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo sądowe, praca dostępna na stronie: http://www.ristretti.it/commenti/2015/luglio/pdf6/tesi_lanotte.pdf

zatem chodzi o ustalenie występowania jednorodzaowości między przestępstwami niebędącymi nieumyślnymi i naruszającymi różne przepisy, czy to kodeksu czy ustawy szczególnej, czy to w końcu różnych ustaw szczególnych. Jednorodzaowość jest oceniana według konkretnych realiów i pozostawiona do swobodnego uznania sądu, opartego na bazie jednej wspólnej cechy zasadniczej lub większej ich liczby⁵⁹¹.

W orzecznictwie Sądu Kasacyjnego wyrażono zapatrywanie, że za przynależne do tej samej kategorii ze względu na wspólność cech zasadniczych można uznać przestępstwa, których obiektywne (przedmiotowe) okoliczności popełnienia są podobne lub kiedy warunki środowiskowe lub osobowe, w jakich zostały popełnione, wykazują znamiona ewidentnie świadczące o inklinacjach sprawcy do popełniania przestępstw tego samego typu. Chodzi również o sytuacje, gdy sposób działania, zastosowane środki lub sposób naruszenia chronionych dóbr prawnych świadczą o skłonności do tej samej techniki przestępczej. Konieczne jest zatem przeprowadzenie szczegółowej analizy poddanej swobodnej ocenie sądu, mającej na celu stwierdzenie lub wykluczenie istnienia powyższych cech⁵⁹².

6. Znaczenie wyroków zagranicznych w sprawach karnych

W art. 12 w.k.k. przewidziano, że orzeczenie karne zagraniczne stwierdzające popełnienie przestępstwa (*delitto*) może być uznane m.in. w celu stwierdzenia recydywy lub innego skutku karnego skazania bądź stwierdzenia nawyknienia do przestępstwa lub zawodowego charakteru przestępstw lub skłonności przestępczych. Aby uznanie było możliwe, wyrok musi być wydany przez organ władzy sądowej państwa obcego, z którym została zawarta umowa o ekstradycji. Jeżeli taka umowa nie została zawarta, dopuszcza się uznanie zagranicznego wyroku, jeżeli Minister Sprawiedliwości złoży taki wniosek. Złożenie takiego wniosku nie jest wymagane, jeżeli zostało wszczęte postępowanie o uznanie orzeczenia w rozumieniu art. 12 pkt 4.

⁵⁹¹ M. Bertolino, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2007, s. 1139.

⁵⁹² Orzeczenie Sądu Kasacyjnego Sez. III z dnia 16 grudnia 2010 r., nr 11954.

Ponadto stosownie do art. 106 w.k.k. dla określenia skutków recydywy oraz stwierdzenia nawyknienia lub zawodowego charakteru przestępstwa należy również uwzględnić skazania, względem których wystąpiła przyczyna dla wygaśnięcia (*estinzione*) przestępstwa lub kary. Przepis ten nie ma zastosowania w przypadku, gdy przyczyna umorzenia obejmuje również skutki karne⁵⁹³.

7. Pozostałe konsekwencje prawne recydywy

Stwierdzenie recydywy wpływa także na stosowanie szeregu instytucji włoskiego prawa karnego, w tym m.in.:

– amnestii nie stosuje się wobec osób popełniających przestępstwa w warunkach recydywy, w przypadkach przewidzianych w art. 99 w.k.k., jak również wobec przestępców z nawyknienia lub tych, którzy z czynu zabronionego uczynili źródło stałego dochodu (przestępca zawodowy) bądź uznanych za mających skłonności (tendencje) przestępcze, chyba że rozporządzenie (*decreto*) stanowi inaczej (art. 151 ust. 5 w.k.k.)⁵⁹⁴,

– kara (pozbawienia wolności – *reclusione*, grzywny – *multa*) nie ulega wygaśnięciu z uwagi na upływ czasu (przedawnienie wykonania kary) w przypadku przestępców popełniających przestępstwa w warunkach recydywy, w przypadkach przewidzianych w art. 99 w.k.k., jak również w stosunku do przestępców z nawyknienia, przestępców zawodowych bądź uznanych za mających skłonności przestępcze; jak również w przypadku, gdy skazany w okresie koniecznym do wygaśnięcia kary zostanie skazany na karę pozbawienia wolności za przestępstwo tego samego rodzaju (art. 172 ust. 7 w.k.k.)⁵⁹⁵,

⁵⁹³ Art. 106 [Effetti dell'estinzione del reato o della pena]. 1. Agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitudine o di professionalità nel reato, si tiene conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena. 2. Tale disposizione non si applica quando la causa estingue anche gli effetti penali.

⁵⁹⁴ Art. 151 ust. 5 w.k.k.: L'amnistia non si applica ai recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, né ai delinquenti abituali, o professionali o per tendenza, salvo che il decreto disponga diversamente.

⁵⁹⁵ Art. 172 [Estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo]. (...) 7. L'estinzione delle pene non ha luogo, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza; ovvero se il condannato, durante il tempo necessario per l'estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole.

– kara aresztu (*l'arresto*) oraz kara pieniężna (*l'ammenda*) ulegają wygaśnięciu po upływie 5 lat; okres ten zostaje podwojony w przypadku recydywistów, w sytuacjach przewidzianych w art. 99 w.k.k., jak również względem przestępców z nawyknięcia lub zawodowych bądź uznanych za mających skłonności przestępcze (art. 173 ust. 1 w.k.k.)⁵⁹⁶;

– warunkowego zawieszenia wykonania kary (*sospensione condizionale della pena*) nie stosuje się wobec poprzednio skazanego na karę izolacyjną sprawcy z nawyknięcia i zawodowego, jak również uznanego za społecznie niebezpiecznego (art. 163 w.k.k.);

– wobec osoby popełniającej przestępstwa w warunkach recydywy, w przypadkach przewidzianych w art. 99 w.k.k., skazany, aby zostać dopuszczonym do warunkowego przedterminowego zwolnienia (*liberazione condizionale*), musi odbyć co najmniej 4 lata kary i nie mniej trzy czwarte orzeczonej kary (art. 176 ust. 2 w.k.k.); jednak skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności może zostać dopuszczony do warunkowego przedterminowego zwolnienia po odbyciu co najmniej 26 lat kary (art. 176 ust. 3 w.k.k.)⁵⁹⁷;

– okres konieczny do tzw. rehabilitacji (*riabilitazione*), co zdaje się odpowiadać zatarciu skazania w terminologii polskiej, wynosi w przypadku przestępców wielokrotnych, w sytuacjach przewidzianych w art. 99 w.k.k. – co najmniej 8 lat (art. 179 ust. 2 w.k.k.); natomiast w przypadku przestępców z nawyknięcia lub zawodowych bądź tych uznanych za mających skłonności przestępcze – 10 lat (art. 179 ust. 3 w.k.k.)⁵⁹⁸. Dodać należy, że rehabilitacja nie obejmuje m.in.

⁵⁹⁶ Art. 173 [*Estinzione delle pene dell'arresto e dell'ammenda per decorso del tempo*]. 1. Le pene dell'arresto e dell'ammenda si estinguono nel termine di cinque anni. Tale termine è raddoppiato se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, ovvero di delinquenti abituali, professionali o per tendenza. (...)

⁵⁹⁷ Art. 176 [*Liberazione condizionale*]. (...) 2. Se si tratta di recidivo, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, il condannato, per essere ammesso alla liberazione condizionale, deve avere scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli. 3. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena. (...).

⁵⁹⁸ Zgodnie z art. 179 ust. 1 w.k.k. do rehabilitacji są dopuszczeni skazani po upływie co najmniej 3 lat od dnia wykonania bądź wygaśnięcia w inny sposób kary zasadniczej, którzy wykazali stałe i niezmiennie dowody dobrego zachowania.

Art. 179. [*Condizioni per la riabilitazione*]: 1. La riabilitazione è concessa quando siano decorsi tre anni dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o siasi in altro modo estinta, e il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta. 2. Il termine è di almeno otto anni se si tratta di

skazanych, wobec których zastosowano środki zabezpieczające (zob. art. 179 ust. 6 w.k.k.);

– art. 444 ust. 1 bis w.k.p.k. przewiduje wyłączenie z zakresu zastosowania art. 444 ust. 1 (instytucja dobrowolnego poddania się karze) postępowań m.in. dotyczących sprawców, którym przypisano działanie przestępcze z nawyknienia lub którzy z działalności przestępczej uczynili źródło stałego dochodu bądź uznanych za mających skłonności przestępcze, lub wobec osób popełniających przestępstwa w warunkach recydywy w rozumieniu art. 99 ust. 4 w.k.k., w przypadku gdy okres kary przekracza 2 lata tylko kary pozbawienia wolności bądź kary pozbawienia wolności łącznie z karą pieniężną⁵⁹⁹.

8. Instytucje nawyknienia, zawodowości, skłonności do przestępstwa

Włoski kodeks karny wyróżnia także przestępców z nawyknienia (art. 102–103 w.k.k.), przestępcę zawodowego (art. 105 w.k.k.) oraz przestępcę z tendencjami (skłonnościami) przestępczymi (art. 108 w.k.k.). Kryteria uznania sprawcy za należącego do jednego z wymienionych powyżej typów są sztywne.

recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99. 3. Il termine è di dieci anni se si tratta di delinquenti abituali, professionali o per tendenza e decorre dal giorno in cui sia stato revocato l'ordine di assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro. 4. Qualora sia stata concessa la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163, primo, secondo e terzo comma, il termine di cui al primo comma decorre dallo stesso momento dal quale decorre il termine di sospensione della pena. 5. Qualora sia stata concessa la sospensione condizionale della pena ai sensi del quarto comma dell'articolo 163, la riabilitazione è concessa allo scadere del termine di un anno di cui al medesimo quarto comma, purché sussistano le altre condizioni previste dal presente articolo. 6. La riabilitazione non può essere concessa quando il condannato: 1) sia stato sottoposto a misura di sicurezza, tranne che si tratti di espulsione dello straniero dallo Stato ovvero di confisca, e il provvedimento non sia stato revocato; 2) non abbia adempiuto le obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che dimostri di trovarsi nella impossibilità di adempierle.

⁵⁹⁹ Art. 444 [Applicazione della pena su richiesta]. 1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria. 1 bis. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, 600-quater, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater 1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, nonché 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria (...).

Nawyknienie (*abitudine*) domniemywane jest na podstawie ustawy (art. 102 w.k.k.) albo jest ustalane przez sędziego (art. 103 w.k.k.). Jak trafnie zauważa B. Janiszewski, to pierwsze stanowi w zasadzie postać recydywy wielokrotnej⁶⁰⁰. Nawyknienie zostało określone w sposób bardzo kazuistyczny. Za przestępcę z nawyknienia uznaje się sprawcę, który po tym jak został skazany na karę pozbawienia wolności przekraczającą łącznie okres 5 lat za trzy przestępstwa nie nieumyślne (*delitto non colposo*) o tym samym charakterze (tego samego rodzaju), popełnione w ciągu 10 lat oraz niejednocześnie, zostaje ponownie skazany za przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) tego samego charakteru (rodzaju), popełnione w ciągu kolejnych 10 lat od daty ostatniego z poprzednich przestępstw. Do okresu 10 lat wskazanych w powyższym postanowieniu nie wlicza się czasu, w którym skazany odbywał karę pozbawienia wolności lub został poddany środkom zabezpieczającym polegającym na pozbawieniu wolności (art. 102 w.k.k.)⁶⁰¹.

Przesłankami sędziowskiego stwierdzenia nawyknienia są: skazanie za trzecie nie nieumyślne przestępstwo (*delitto non colposo*) oraz ustalenie przez sędziego negatywnej prognozy kryminalnej, opartej na rodzaju oraz wadze przestępstw, okresie czasu, w jakim zostały popełnione, zachowania i sposobu życia sprawcy, jak również pozostałych okolicznościach wskazanych w art. 133 w.k.k.⁶⁰²

Szczególną postacią nawyknienia jest zawodowość. Sprawcą zawodowym jest ten, kto spełnia warunki konieczne do stwierdzenia nawyknienia (art. 102–104 w.k.k.) i zostaje ponownie skazany za inne przestępstwo, o ile można ustalić przy uwzględnieniu rodzaju przestępstw, zachowania oraz sposobu życia sprawcy, jak

⁶⁰⁰ B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 83.

⁶⁰¹ W art. 133 w.k.k. wskazuje się na okoliczności czynu, rozmiar szkody, nasilenie zamiaru i stopień winy, poprzednie kary, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa, zachowanie towarzyszące czynowi, późniejsze postępowanie sprawcy, jego warunki indywidualne, rodzinne i społeczne.
Art. 102 [Abitualità presunta dalla legge]. 1. È dichiarato delinquente abituale chi, dopo essere stato condannato alla reclusione in misura superiore complessivamente a cinque anni per tre delitti non colposi, della stessa indole, commessi entro dieci anni, e non contestualmente, riporta un'altra condanna per un delitto, non colposo, della stessa indole, e commesso entro i dieci anni successivi all'ultimo dei delitti precedenti. 2. Nei dieci anni indicati nella disposizione precedente non si computa il tempo in cui il condannato ha scontato pene detentive o è stato sottoposto a misure di sicurezza detentive.

⁶⁰² *Art. 103 [Abitualità ritenuta dal giudice]. Fuori del caso indicato nell'articolo precedente, la dichiarazione di abitudine nel delitto è pronunciata anche contro chi, dopo essere stato condannato per due delitti non colposi, riporta un'altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, ritiene che il colpevole sia dedito al delitto.*

również pozostałych okoliczności wskazanych w art. 133 w.k.k., że uczynił on z działalności przestępczej, choćby tylko częściowo, źródło stałego dochodu (art. 105 w.k.k.)⁶⁰³.

Postanowienia odnoszące się do stwierdzenia nawyknięcia lub zawodowości mają zastosowanie także w przypadku skazania jednym wyrokiem za różne przestępstwa (art. 107 w.k.k.)⁶⁰⁴.

Włoski kodeks karny posługuje się także pojęciem skłonności przestępczych (*tendenza a delinquere*). Pojęcie to nie przyjmuje jednak recydywy za kryterium definicyjne⁶⁰⁵. Sprawcą o skłonnościach przestępczych jest ten, kto chociaż nie jest recydywistą ani przestępcą z nawyknięcia, ani też przestępcą zawodowym, popełnia przestępstwo nie nieumyślne (*delitto non colposo*) przeciwko życiu albo nietykalności indywidualnej (nawet takie, które nie zostało przewidziane w rozdziale pierwszym tytułu dwunastego księgi drugiej kodeksu), które samo w sobie i wraz z okolicznościami wskazanymi w art. 133 w.k.k. ujawnia szczególną (specjalną) skłonność do przestępstwa, której przyczyna leży w szczególnie złym (niegodziwym) usposobieniu (charakterze) (*indole malvagia*) sprawcy. Regulacja ta nie ma jednak zastosowania, jeśli przyczyną skłonności przestępczych jest choroba przewidziana w art. 88 i 89 w. k.k. (zob. art. 108 w.k.k.)⁶⁰⁶.

Niezależnie od konsekwencji recydywy przewidzianych w art. 99 w.k.k. oraz w innych szczegółowych postanowieniach włoskiego kodeksu karnego, stwierdzenie nawyknięcia, zawodowości albo skłonności do przestępstwa powoduje zastosowanie

⁶⁰³ Art. 105 [Professionalità nel reato]. Chi, trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitudine, riporta condanna per un altro reato, è dichiarato delinquente, o contravventore professionale qualora, avuto riguardo alla natura dei reati, alla condotta e al genere di vita del colpevole e alle altre circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato.

⁶⁰⁴ Art. 107 [Condanna per vari reati con una sola sentenza]. Le disposizioni relative alla dichiarazione di abitudine o di professionalità nel reato, si applicano anche se, per i vari reati, è pronunciata condanna con una sola sentenza.

⁶⁰⁵ Zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 84.

⁶⁰⁶ Art. 108 [Tendenza a delinquere]. 1. È dichiarato delinquente per tendenza chi, sebbene non recidivo o delinquente abituale o professionale, commette un delitto non colposo, contro la vita o l'incolumità individuale, anche non preveduto dal capo primo del titolo dodicesimo del libro secondo di questo codice, il quale, per sé e unitamente alle circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, riveli una speciale inclinazione al delitto, che trovi sua causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole. 2. La disposizione di questo articolo non si applica se l'inclinazione al delitto è originata dall'infermità prevista dagli articoli 88 e 89.

środków zabezpieczających. Podstawą stosowania takich środków jest stwierdzenie, że osoba popełniająca czyn zabroniony przez prawo jako przestępstwo jest społecznie niebezpieczna (art. 202 w.k.k.). Za społecznie niebezpiecznego sprawcę czynu zabronionego uznaje się wtedy, kiedy jest prawdopodobne, że popełni nowe czyny przewidziane w ustawie jako przestępstwa (art. 203 w.k.k.).

Izolacyjnym środkiem zabezpieczającym stosowanym wobec recydywistów jest umieszczenie w kolonii karnej lub w domu pracy (*l'assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro*) (art. 216–218 w.k.k.). Ustawa określa tylko minimalny czas stosowania tego środka, który zasadniczo wynosi rok, wobec sprawców z nawyknięcia – 2 lata, dla sprawców zawodowych – 3 lata, a dla sprawców o tendencjach przestępczych – 4 lata (art. 217 w.k.k.). Środek zabezpieczający nie może zostać odwołany bez stwierdzenia przez sąd penitencjarny, że poddana im osoba przestała już być społecznie niebezpieczna. Po upływie określonego terminu sędzia zarządza badanie w celu stwierdzenia, czy sprawca jest nadal społecznie niebezpieczny (zob. art. 207 w.k.k.).

Rozdział IV

Regulacje w państwach spoza Unii Europejskiej na przykładzie Szwajcarii i Lichtensteinu

I. Szwajcaria

1. Pojęcie recydywy

Recydywa⁶⁰⁷ (ponowne skazanie) definiowana jest w nauce szwajcarskiego prawa karnego bardzo ogólnie jako sytuacja, gdy po wydaniu wyroku karnego zostanie popełniony czyn karalny, który prowadzi do ponownego skazania. Recydywa może być specyficzna (ta sama podstawa prawna skazania), rodzajowo podobna (przestępstwa podobnego typu, np. przeciwko mieniu) oraz niespecyficzna (dwa lub więcej zupełnie różnych przestępstw). Nauka szwajcarska rozróżnia również podział według wysokości wymierzonej kary – jeżeli drugie przestępstwo jest sankcjonowane łagodniej, tak samo albo karą wyższą. Recydywa jest pojęciem języka prawniczego, a nie prawnego.

2. Regulacje dotyczące recydywy

Recydywa jest regulowana kazuistycznie w odniesieniu do konkretnych typów przestępstw. Od dnia 1 stycznia 2008 r. w kodeksie karnym z 1937 r. (*Strafgesetzbuch*, StGB) brakuje regulacji ogólnej recydywy i związanego z nią zaostrzenia kary.

W latach 1971–2008 recydywa była unormowana w art. 67 StGB i dotyczyła sytuacji, gdy sprawca skazany na karę ciężkiego więzienia lub więzienia popełnia nowe przestępstwo, za które zostaje ponownie skazany na karę ciężkiego więzienia lub więzienia. Przedawnienie recydywy wynosiło wówczas 5 lat i liczone było od odbycia

⁶⁰⁷ Aktualne statystyki dotyczące recydywy dostępne są na stronie: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/04/03/01/05/01.html> (dostęp dnia 13.04.2017 r.).

w całości lub części kary za poprzednie przestępstwo. Następstwem recydywy było obligatoryjne zaostrenie kary. Kara wymierzona nie mogła jednak przekroczyć najwyższego wymiaru danego rodzaju kary. Na równi z odbywaniem kary traktowane było wykonywanie środków zabezpieczających. Uprzednie wykonywanie kar lub środków zabezpieczających za granicą uwzględniano, gdy wyrok taki nie sprzeciwiał się podstawowym zasadom prawa szwajcarskiego.

Natomiast sprawcy będący recydywistami wielokrotnymi mogli być potraktowani jako przestępcy z nawyknienia. W świetle art. 42 StGB środkiem zabezpieczającym przewidzianym dla przestępców z nawyknienia było odosobnienie (*Verwahrung*). Odosobnienie było orzekane obok kary ciężkiego więzienia lub więzienia, a wykonywane było zgodnie z przepisami w miejsce kary. Przestanki orzeczenia odosobnienia były następujące: popełnienie przez sprawcę licznych zbrodni lub występków, w wyniku czego przez okres co najmniej 2 lat pozbawiony był wolności, i następnie popełnienie w ciągu 5 lat od ostatecznego zwolnienia nowej umyślnej zbrodni lub występkę, co świadczyć ma o jego skłonności do popełniania przestępstw. Kodeks nie określał górnej granicy czasu wykonywania tego środka. Sprawca miał pozostawać w zakładzie co najmniej do upływu 2/3 czasu trwania kary; pobyt nie mógł być jednak krótszy niż 3 lata⁶⁰⁸. Środek zabezpieczający odosobnienia przestępców z nawyknienia był mocno krytykowany w szwajcarskiej doktrynie prawa karnego. Zastrzeżenia wzbudzało samo założenie, na jakim był oparty (założenie istnienia przestępców niepoprawnych), przesłanki jego stosowania, brak określenia górnej granicy jego trwania, jak również praktyka orzekania i wykonywania⁶⁰⁹.

Aktualne brzmienie art. 67 StGB zostało ustalone w noweli do kodeksu karnego z dnia 13 grudnia 2013 r. i obowiązuje od dnia 1 stycznia 2015 r. Zmiana brzmienia art. 67 StGB wskazuje, że ustawodawca przesunął akcenty z represyjnej funkcji prawa karnego na funkcję prewencyjną. W literaturze rozważa się raczej zagadnienie

⁶⁰⁸ Szerzej na temat stosowania tego środka zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 88 i n.; A. Wąsek, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne...*, s. 252 i n.; J. Waszczyński, *Recydywa wielokrotna...*, s. 49–51.

⁶⁰⁹ Zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 90; A. Wąsek, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne...*, s. 253–254 oraz przywołana tam literatura.

prognozowania skłonności do recydywy (pojęcia już nie języka prawnego, lecz prawniczego), niż kwestię zaostrzenia kar⁶¹⁰. W świetle powołanej regulacji:

1. Jeśli ktoś, wykonując czynności zawodowe lub w zorganizowanej formie czynności pozazawodowe popełnił zbrodnię lub występki, za które został skazany na karę pozbawienia wolności powyżej 6 miesięcy lub karę grzywny na co najmniej 180 stawek dziennych, i istnieje niebezpieczeństwo, że będzie nadal wykorzystywał swoją działalność do popełniania przestępstw lub wykroczeń, sąd może orzec względem niego zakaz prowadzenia takiej albo porównywalnej działalności na okres od 6 miesięcy do 5 lat.

2. Jeśli ktoś dopuścił się zbrodni lub wykroczenia przeciw nieletniemu lub innej osobie wymagającej szczególnej opieki i istnieje niebezpieczeństwo, że wykonując swoją działalność zawodową lub zorganizowaną działalność pozazawodową, charakteryzującą się regularnym kontaktem z nieletnim lub innymi osobami wymagającymi szczególnej opieki, popełni dalsze czyny karalne tego rodzaju, sąd może orzec wobec niego zakaz prowadzenia tej działalności na okres od roku do 10 lat.

3. Kto został skazany na karę pozbawienia wolności na okres ponad 6 miesięcy, karę grzywny na ponad 180 stawek dziennych albo zostanie orzeczone środki terapeutyczne z art. 59–61 lub art. 64 z tytułu niżej wymienionych czynów karalnych, sąd zakazuje mu na okres 10 lat jakiegokolwiek działalności zawodowej i jakiegokolwiek działalności pozazawodowej, która wymaga regularnego kontaktu z nieletnimi:

a) handel ludźmi (art. 182), przymuszenie do czynności seksualnych (art. 189), zgwałcenie (art. 190), profanacja (art. 191), czynności seksualne z poddanymi opiece, więźniami, oskarżonymi (art. 192), wykorzystanie przymusowego położenia (art. 193) lub wspieranie prostytucji (art. 195), o ile czyn karalny został popełniony z nieletnią ofiarą;

b) czynności seksualne z dziećmi (art. 187) lub czynności seksualne z osobami podlegającymi opiece (art. 188);

⁶¹⁰ Th. Noll, J. Endrass, F. Urbaniok, *Grundsätzliches zur Prognose und zum Einsatz von Prognoseinstrumenten zur Beurteilung von Rückfallgefahren bei Straftätern*, „Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie” 2006, nr 1, s. 3–13.

c) kwalifikowana pornografia (art. 197 cyfra 3), o ile jej treści obejmują dzieci lub przedstawienie czynności seksualnych z udziałem dzieci.

4. Kto wskutek jednego z następujących czynów karalnych, popełnionych na pełnoletniej, wymagającej szczególnej opieki ofierze, zostanie skazany na karę pozbawienia wolności na czas ponad 6 miesięcy, karę grzywny na ponad 180 stawek dziennych lub orzeczony zostanie wobec niego środek terapeutyczny z art. 59–61 lub art. 64, sąd zakazuje sprawcy jakiejkolwiek działalności zawodowej lub jakiejkolwiek działalności pozazawodowej, która wymaga regularnego kontaktu z osobami pełnoletnimi, wymagającymi szczególnej opieki na okres 10 lat: handel ludźmi (art. 182), przymuszenie do czynności seksualnych (art. 189), zgwałcenie (art. 190), profanacja (art. 191), czynności seksualne z poddanymi opiece, więźniami, oskarżonymi (art. 192), wykorzystanie przymusowego położenia (art. 193) lub wspieranie prostytucji (art. 195).

5. Jeśli sprawca zostanie skazany na jedną karę w postępowaniu toczącym się ze względu na wiele czynów karalnych, sąd stwierdza, która część kary albo jaki środek przypada na czyn karalny, z którym wiąże się zakaz działalności. Ta część kary, środka, jak również czyn karalny decydują o tym, czy zakaz działalności z art. 67 ust. 1, 2, 3 lub 4 StGB zostanie orzeczony. Części kary przewidziane za wiele właściwych czynów karalnych będą zsumowane. Może zostać orzeczonych wiele takich zakazów działalności.

6. Sąd może orzec zakazy, o których mowa w art. 67 ust. 2, 3 i 4 StGB, dożywotnio, jeśli można oczekiwać, że okres 10 lat nie wystarczy, aby zapewnić, iż ze strony sprawcy nie grozi już żadne niebezpieczeństwo. Zakazy orzeczone z art. 67 ust. 2, 3 i 4 StGB na czas określony można każdorazowo prolongować o maksymalnie 5 lat, jeśli okaże się to niezbędne, aby powstrzymać sprawcę od popełniania kolejnych zbrodni i występków, które były powodem orzeczenia zakazu.

7. Sąd może orzec dozór na okres próby. Orzeka on dozór na okres próby w każdym wypadku, gdy orzeczony został zakaz na podstawie art. 67 ust. 3 lub 4 StGB⁶¹¹.

⁶¹¹ Aktualny tekst dostępny na stronie: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html>

Pomijając unormowanie art. 67 StGB, kodeks karny nakazuje uwzględniać przy wymiarze kary dotychczasową historię kryminalną sprawcy. Przepis art. 47 StGB⁶¹²

Art. 67 StGB: (1) Hat jemand in Ausübung einer beruflichen oder einer organisierten ausserberuflichen Tätigkeit ein Verbrechen oder Vergehen begangen, für das er zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen verurteilt worden ist, und besteht die Gefahr, dass er seine Tätigkeit zur Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen missbrauchen wird, so kann ihm das Gericht die betreffende oder vergleichbare Tätigkeiten für sechs Monate bis zu fünf Jahren ganz oder teilweise verbieten.

(2) Hat jemand gegen einen Minderjährigen oder eine andere besonders schutzbedürftige Person ein Verbrechen oder Vergehen begangen und besteht die Gefahr, dass er in Ausübung einer beruflichen oder einer organisierten ausserberuflichen Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt mit Minderjährigen oder mit anderen besonders schutzbedürftigen Personen umfasst, weitere Straftaten dieser Art begeht, so kann ihm das Gericht die betreffende Tätigkeit für ein Jahr bis zehn Jahre verbieten.

(3) Wird jemand wegen einer der nachfolgenden Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten, einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen oder einer Massnahme nach den Artikeln 59–61 oder 64 verurteilt, so verbietet ihm das Gericht für zehn Jahre jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst:

a. Menschenhandel (Art. 182), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191), sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192), Ausnützung der Notlage (Art. 193) oder Förderung der Prostitution (Art. 195), sofern er die Straftat an einem minderjährigen Opfer begangen hat;

b. sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187) oder sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188);

c. qualifizierte Pornografie (Art. 197 Ziff. 3), sofern die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt hatten.

(4) Wird jemand wegen einer der nachfolgenden Straftaten, begangen an einem volljährigen, besonders schutzbedürftigen Opfer, zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten, einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen oder einer Massnahme nach den Artikeln 59–61 oder 64 verurteilt, so verbietet ihm das Gericht für zehn Jahre jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu volljährigen, besonders schutzbedürftigen Personen umfasst: Menschenhandel (Art. 182), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191), sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192), Ausnützung der Notlage (Art. 193) oder Förderung der Prostitution (Art. 195).

(5) Wird der Täter im selben Verfahren wegen mehrerer Straftaten zu einer Strafe oder Massnahme verurteilt, so legt das Gericht fest, welcher Anteil der Strafe oder welche Massnahme auf eine Straftat entfällt, die ein Tätigkeitsverbot nach sich zieht. Dieser Strafanteil, die Massnahme sowie die Straftat sind massgebend dafür, ob ein Tätigkeitsverbot nach Absatz 1, 2, 3 oder 4 verhängt wird. Die Strafanteile für mehrere einschlägige Straftaten werden addiert. Es können mehrere Tätigkeitsverbote verhängt werden.

(6) Das Gericht kann die Verbote nach den Absätzen 2, 3 und 4 lebenslänglich verhängen, wenn zu erwarten ist, dass die Dauer von zehn Jahren nicht ausreicht, um zu gewährleisten, dass vom Täter keine Gefahr mehr ausgeht. Es kann die befristeten Verbote nach den Absätzen 2, 3 und 4 auf Antrag der Vollzugsbehörde jeweils um höchstens fünf Jahre verlängern, wenn dies notwendig ist, um den Täter von weiteren solchen Verbrechen und Vergehen, wie sie Anlass für das Verbot waren, abzuhalten.

(7) Das Gericht kann für die Dauer der Verbote Bewährungshilfe anordnen. Es ordnet in jedem Fall Bewährungshilfe an, wenn ein Verbot aufgrund einer Straftat nach Absatz 3 oder 4 verhängt worden ist.

⁶¹² *Art. 47 ust. 1 StGB: Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters [tłum.: Sąd wymierza karę ze względu na winę sprawcy. Uwzględnia przy tym dotychczasowe życie i osobiste okoliczności, jak również wpływ kary na życie sprawcy].*

stanowi wprost, że przy wymiarze kary należy wziąć pod uwagę dotychczasowe życie sprawcy, w które wpisuje się również jego historia kryminalna. Obejmuje ona orzeczone wobec sprawcy kary, również te orzeczone za granicą⁶¹³, przy czym nie uwzględnia się kar wykreślonych z rejestru⁶¹⁴. Celem normy jest prewencyjne zaostrzenie kary wobec przestępców „niepoprawnych”. Według komentatorów art. 47 StGB pozostał jedynym instrumentem penalizacji recydywy, przy czym korzystanie z niego jest warunkowane ostrożnością, aby nie wymierzać kary nieproporcjonalnej do stopnia winy za aktualnie sądzone przestępstwo⁶¹⁵.

Na podstawie art. 42 ust. 2 StGB⁶¹⁶ recydywa wpływa na niemożność odroczenia kary. Jeśli sprawca został skazany w okresie 5 lat przed popełnieniem czynu na kary wskazane w przepisie, nie można orzec odroczenia kary, o ile nie przemawiają za tym inne przesłanki. Przepis ten wprowadzony został nowelą z dnia 24 marca 2006 r., która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2007 r.

II. Lichtenstein

W Księstwie Lichtenstein obowiązuje Kodeks karny (*Strafgesetzbuch*) z dnia 24 czerwca 1987 r. (wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1989 r.), wzorowany na kodyfikacji austriackiej. Zawiera on w § 39 przepis dotyczący zaostrzenia kary w przypadku recydywy (*Strafschärfung bei Rückfall*), którego brzmienie, poza odmienną granicą wieku sprawcy (18–19 lat), jest jednakowe jak § 39 a.k.k.

W świetle powołanej regulacji: (1) Jeśli sprawca był już dwa razy skazany na karę pozbawienia wolności za czyny, które wynikają z tej samej szkodliwej pobudki,

⁶¹³ G. Stratenwerth, W. Wohlers, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, Bern 2013, Art. 47 Nb 11.

⁶¹⁴ M. Hug, [w:] A. Donatsch et. al. (Hrsg.), *StGB Kommentar: Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG*, Zurich 2013, Art. 47 Nb 14a.

⁶¹⁵ S. Trechsel, H. Affolter-Eijsten, [w:] S. Trechsel, M. Pieth (red.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Zurich 2013, Art. 47 Nb 31.

⁶¹⁶ Art. 42 ust. 2 StGB: *Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen.* [tłum.: Jeśli sprawca w okresie ostatnich 5 lat przed popełnieniem czynu został skazany na warunkową lub bezwarunkową karę pozbawienia wolności na co najmniej 6 miesięcy lub na karę grzywny na co najmniej 180 stawek dziennych, odroczenie wykonania kary jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy przemawiają za tym wyjątkowo sprzyjające okoliczności].

i odbył te kary przynajmniej w części, nawet poprzez zaliczenie aresztu albo przez pozbawienia wolności wynikającego z orzeczenia środka zapobiegawczego, i jeżeli po ukończeniu 18 roku życia ponownie z tej samej szkodliwej pobudki popełnił czyn karalny, można górną granicę zagrożenia karą pozbawienia wolności lub grzywny podnieść o połowę. Orzeczona w ten sposób kara pozbawienia wolności nie może przekroczyć wymiaru 20 lat. (2) Poprzedniej kary nie bierze się pod uwagę, jeśli od jej orzeczenia aż do następnego czynu upłynęło więcej niż 5 lat. Na poczet tego okresu nie będzie liczony czas, w którym skazany zatrzymany został na polecenie urzędu. Jeśli kara została odbyta z zaliczeniem aresztu, czas zaczyna być liczony od uprawomocnienia się wyroku⁶¹⁷.

⁶¹⁷ § 39 Strafschärfung bei Rückfall. (1) Ist der Täter schon zweimal wegen Taten, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen, zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden und hat er diese Strafen wenigstens zum Teil, wenn auch nur durch Anrechnung einer Vorhaft oder der mit dem Vollzug einer vorbeugenden Massnahme verbundenen Freiheitsentziehung, verbüsst, so kann, wenn er nach Vollendung des achtzehnten Lebensjahres neuerlich aus der gleichen schädlichen Neigung eine strafbare Handlung begeht, das Höchstmass der angedrohten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe um die Hälfte überschritten werden. Doch darf die zeitliche Freiheitsstrafe die Dauer von zwanzig Jahren nicht überschreiten. (2) Eine frühere Strafe bleibt ausser Betracht, wenn seit ihrer Verbüssung bis zur folgenden Tat mehr als fünf Jahre vergangen sind. In diese Frist werden Zeiten, in denen der Verurteilte auf behördliche Anordnung angehalten worden ist, nicht eingerechnet. Ist die Strafe nur durch Anrechnung einer Vorhaft verbüsst worden, so beginnt die Frist erst mit Rechtskraft des Urteils.

Rozdział V

Ocena modelu recydywy jurydycznej w prawie polskim na tle rozwiązań obcych

Przeprowadzona analiza uregulowań w zakresie recydywy jurydycznej w wybranych europejskich ustawodawstwach karnych uprawnia do sformułowania następujących spostrzeżeń natury ogólnej i uwag o charakterze szczegółowym.

1. Rozwiązania obce służące zwalczaniu recydywy są bardzo niejednolite i wysoce zróżnicowane. Dotyczy to tak podstawowych kwestii jak chociażby sama struktura recydywy, przesłanki recydywy specjalnej, zasady karania recydywistów, czy też problematyka stosowania środków postpenalnych.

2. Praktycznie wszystkie analizowane regulacje, poza jednym wyjątkiem, odnoszą instytucję recydywy tylko do osób fizycznych. Jedynie francuski kodeks karny przyjmuje, że recydywistą może być zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna. System recydywy osób prawnych oparto na tych samych zasadach co recydywę osób fizycznych. Szczegółowa regulacja zawarta jest w art. 132-12 – art. 132-15 f.k.k.

3. W analizowanych ustawodawstwach karnych recydywa stanowi albo okoliczność obciążającą, pociągającą za sobą surowszy sędziowski wymiar kar, albo ustawową okoliczność uzasadniającą nadzwyczajne obostrzenie wymiaru kary. To ostatnie ujęcie jest stosowane najczęściej (Belgia, Francja, Włochy, Hiszpania, Portugalia). Od takiego powszechnie przyjmowanego wzorca odbiega jednak obowiązująca regulacja niemiecka, która nie przewiduje specjalnego unormowania w zakresie instytucji recydywy. W nauce niemieckiej przyjęto, że stopień winy nie wzrasta stosownie do poprzednio stosowanych kar. Uznano, że nawet relatywnie tak niewielka modyfikacja sankcji, jaką przewidywał § 48 n.k.k. traktujący o recydywie, nie pozwalała na zharmonizowanie tej kary z zasadą winy, z uwagi na zbyt daleko idący automatyzm⁶¹⁸. Wątpliwości te doprowadziły do uchylenia w 1986 r. § 48 n.k.k.

⁶¹⁸ B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 104 oraz przywołana tam literatura.

W efekcie wymiar kary pozbawienia wolności we wszystkich wypadkach recydywy pozostawiono sądowemu wymiarowi kary, uregulowanemu w § 46 n.k.k. W myśl § 46 n.k.k. sędzia ustalając wymiar kary, powinien – wśród innych kryteriów – brać pod uwagę również *das Vorleben des Täters*, czyli jego dotychczasowe życie. W zgodnej opinii doktryny w pojęciu „przeszłości sprawcy” (*Vorleben*) mieszczą się także uprzednie skazania za przestępstwo.

Z kolei w austriackim kodeksie karnym uprzednie skazanie za czyn wpływający z tej samej szkodliwej skłonności uznaje się za jedną z okoliczności obciążających, mającą wpływ na wymiar kary (§ 33 ust. 1 pkt 2 a.k.k.). W § 39 a.k.k. określono natomiast recydywę specjalną (wielokrotną), z którą ustawodawca wiąże możliwość nadzwyczajnego obostrzenia kary. Zachodzi ona wtedy, gdy sprawca był już dwukrotnie skazany na karę pozbawienia wolności za czyny wpływające z tej samej szkodliwej skłonności i kary te odbył co najmniej częściowo, choćby tylko przez zaliczenie tymczasowego aresztowania lub wykonanie środka zabezpieczającego połączonego z pozbawieniem wolności i po ukończeniu przez niego 19 roku życia popełnił ponownie przestępstwo wpływające z tej samej szkodliwej skłonności. W związku z nowym przestępstwem istnieje możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności oraz grzywny do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Kara terminowego pozbawienia wolności nie może przekroczyć 20 lat.

4. W niektórych analizowanych ustawodawstwach karnych rozwiązania w zakresie modelu recydywy mają charakter bardzo kazuistyczny (Francja, Belgia, Włochy). Belgijski i francuski kodeks karny szczegółowo opisują okoliczności, które mogą doprowadzić do obostrzenia wymiaru kary przez sędziego (zob. art. 54–57 b.k.k.; art. 132-8–132-11 f.k.k.). Wyróżnia się m.in. takie konfiguracje czynów mające znaczenie dla przyjęcia recydywy jak: zbrodnia po zbrodni, występku po zbrodni, występku po występku, wykroczenie po wykroczeniu.

Również w art. 99 w.k.k. przyjęto bardzo rozbudowaną strukturę recydywy. Na gruncie tej regulacji można wyróżnić: recydywę prostą (zwykłą) (*recidiva semplice*), recydywę obostrzoną (*recidiva aggravata*), recydywę wielokrotnie obostrzoną (*recidiva pluriaggravata*), recydywę ponowną (wielokrotną) (*recidiva reiterata*) oraz recydywę obligatoryjną (*recidiva obbligatoria*). Z kolei w ramach recydywy obostrzonej wyróżnia się: recydywę szczególną (*recidiva specifica*), która

zachodzi, gdy nowe przestępstwo jest tego samego rodzaju (ma taki sam charakter) co popełnione uprzednio; *recidiva infraquiniennale*, jeśli nowe przestępstwo zostało popełnione w okresie 5 lat od poprzedniego skazania; recydywę prawdziwą (właściwą) (*recidiva vera*), gdy nowe przestępstwo zostało popełnione w czasie odbywania kary lub po jej odbyciu oraz recydywę udawaną (*recidiva finta*), gdy nowe przestępstwo zostało popełnione w okresie, w którym skazany uchyla się od wykonania orzeczonej kary. Z kolei recydywa ponowna ulega dalszemu rozwarstwieniu na: recydywę ponowną zwykłą (*recidiva reiterata semplice*) oraz recydywę ponowną obostrzoną (*recidiva reiterata aggravata*).

Recydywa jest także jedną z okoliczności obciążających wymienionych w art. 22 h.k.k. i zachodzi wtedy, gdy sprawca w chwili popełnienia przestępstwa był już prawomocnie skazany za przestępstwo stypizowane w tym samym tytule niniejszego kodeksu, o ile ma ono taki sam charakter. Reakcją hiszpańskiego ustawodawcy na recydywę jest nie tylko obostrzenie kary, lecz także wyłączenie stosowania niektórych instytucji prawa karnego. Odrębnie unormowano przypadek recydywy kwalifikowanej, tzw. multirecydywy, która występuje, gdy sprawca w chwili popełnienia przestępstwa był prawomocnie skazany za co najmniej trzy przestępstwa stypizowane w tym samym tytule kodeksu karnego, o ile mają taki sam charakter (art. 66 pkt 5 h.k.k.). W tym ostatnim przypadku sądy i trybunały mogą wymierzyć karę wyższą o stopień od przewidzianej przez ustawę za dane przestępstwo, biorąc pod uwagę zarówno poprzednie skazania, jak i wagę nowego popełnionego przestępstwa.

Portugalski kodeks karny traktuje recydywę jako okoliczność obostrzającą wymiar kary. Recydywę uzasadnia się wyższym stopniem winy sprawcy, gdyż lekceważy on poważne ostrzeżenie państwa w formie uprzedniej kary. Jako recydywistę traktuje się sprawcę, który popełnia przestępstwo umyślne, za które powinien być skazany na karę więzienia powyżej 6 miesięcy, po tym jak uprzednio został skazany prawomocnym wyrokiem na karę więzienia powyżej 6 miesięcy za inne przestępstwo umyślne, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że poprzednie skazanie lub skazania nie posłużyły sprawcy jako wystarczające ostrzeżenie przed popełnieniem przestępstwa (art. 75 ust. 1 p.k.k.). W doktrynie twierdzi się, że skoro recydywa zachodzi w przypadku przestępstwa umyślnego, jest to recydywa szczególna.

5. Analizowane unormowania w zakresie recydywy różnią się między sobą także pod względem poszczególnych przesłanek recydywy.

5.1. W większości analizowanych ustawodawstw karnych przesłanką recydywy jest ponowne popełnienie przestępstwa umyślnego.

I tak przykładowo w świetle art. 75 p.k.k. recydywa zachodzi wówczas, gdy sprawca popełnia ponownie przestępstwo umyślne. Przemawia za tym dodatkowo fakt, że tylko takie przestępstwa wskazują, że sprawca lekceważy uprzednie formalne ostrzeżenie w postaci skazania. Z tego też względu nie zachodzi recydywa w przypadku przestępstw nieumyślnych. Dodatkowo wymaga się, aby nowe przestępstwo było zagrożone karą więzienia powyżej 6 miesięcy.

Z kolei włoski kodeks karny w art. 99 zawęził recydywę do przestępstw nie umyślnych (*delitto non colposo*). Włoska ustawa karna nie definiuje tego pojęcia, lecz często się nim posługuje. W doktrynie istnieją dwa nurty interpretacyjne: pierwszy utożsamia tę kategorię z przestępstwem umyślnym (*doloso*), drugi (przeważający) wskazuje, że *delitti non colposi* obejmują także *delitti preterintenzionali*. Przestępstwo ma charakter preterintencjonalny (*preterintenzionale*), gdy z umyślnego czynu wynika skutek cięższy od tego, który sprawca zamierzał osiągnąć (art. 43 zd. 2 w.k.k.).

Nadmienić także należy, że powrót do przestępstwa umyślnego ma znaczenie z punktu widzenia stosowania środków zabezpieczających. W świetle przepisów niemieckiego kodeksu karnego jednym z warunków zastosowania wobec recydywisty internowania zabezpieczającego jest popełnienie co najmniej trzech przestępstw umyślnych określonego typu, z tym że dla obligatoryjnego zastosowania tej instytucji wymaga się uprzedniego dwukrotnego skazania za przestępstwa umyślne (§ 66 ust. 1-2 n.k.k.). Podobnie kodeks karny austriacki uzależnia umieszczenie sprawcy w zakładzie dla niebezpiecznych recydywistów m.in. od skazania w związku z popełnieniem jednego lub więcej przestępstw umyślnych, o których mowa w § 23 ust. 1 pkt 1 i ustalenia, że sprawca był uprzednio dwa razy skazany za czyny wymienione w punkcie 1, na kary pozbawienia wolności na okres każdorazowo dłuższych niż 6 miesięcy (§ 23 ust. 1 a.k.k.).

Wymogu umyślności nie formułują kodeksy karne hiszpański, francuski oraz belgijski.

W świetle art. 22 pkt 8 h.k.k. recydywa zachodzi, gdy sprawca w chwili popełnienia przestępstwa był już prawomocnie skazany za przestępstwo stypizowane w tym samym tytule niniejszego kodeksu, o ile ma ono taki sam charakter. W doktrynie sporne jest, czy zachodzi recydywa w przypadku popełnienia przestępstwa umyślnego i nieumyślnego. Jedni autorzy dopuszczają możliwość recydywy w przypadku popełnienia obu przestępstw nieumyślnych, odrzucają zaś możliwość recydywy w przypadku popełnienia przestępstw umyślnego i nieumyślnego⁶¹⁹. Drudzy zaś twierdzą, że recydywa zachodzi między przestępstwem umyślnym i nieumyślnym, jeżeli kodeks przewiduje popełnienie tego przestępstwa w formie nieumyślnej, np. recydywa zachodzi w przypadku dokonania umyślnego zabójstwa (art. 138 h.k.k.) i usiłowania zabójstwa kwalifikowanego (art. 139 w zw. z art. 16 h.k.k.) albo dokonania zabójstwa umyślnego oraz nieumyślnego zabójstwa (art. 142 h.k.k.). Pogląd ten uzasadnia się tożsamością przedmiotu ochrony⁶²⁰.

Również model recydywy przyjęty w kodeksach karnych francuskim i belgijskim nie wyklucza *a priori* recydywy w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych.

Przyjęte w polskim kodeksie karnym ograniczenie recydywy specjalnej do przestępstw umyślnych należy uznać za w pełni uzasadnione. W doktrynie wielokrotnie zwracano uwagę, że przestępstwa nieumyślne stanowią odrębny problem zarówno ze stanowiska kryminologii, jak i polityki kryminalnej, chociaż w ich zakresie także występuje zjawisko recydywy⁶²¹. Z powyższego zestawienia wynika ponadto, że polskie rozwiązania wpisują się w ogólnoeuropejską tendencję.

5.2. We wszystkich analizowanych unormowaniach warunkiem recydywy jest uprzednie prawomocne skazanie sprawcy. Niejednolicie natomiast regulowana jest kwestia rodzaju kary orzeczonej w poprzednim skazaniu (chodzi o wymóg skazania na karę pozbawienia wolności).

⁶¹⁹ A. Calderón, J.A. Choclán, *Código Penal...*, s. 55.

⁶²⁰ M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal...*, s. 903

⁶²¹ Tak B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 153; por. też B. Janiszewski, *Wykonanie kary pozbawienia wolności wobec sprawców przestępstw nieumyślnych*, Warszawa 1981; S. Lelental, *Z problematyki wymiaru i wykonania kary pozbawienia wolności za przestępstwa nieumyślne*, „Przegląd Penitencjarny i Kryminologiczny” 1972, z. 2.

W przypadku Hiszpanii – recydywa specjalna (szczególna) wymaga jednokrotnego uprzedniego skazania, tzn. w chwili popełniania nowego przestępstwa sprawca musi być już prawomocnie skazany; nie wymaga się jednak, aby było to skazanie na karę pozbawienia wolności. Z kolei recydywa kwalifikowana, czyli tzw. multirecydywa, wymaga uprzedniego skazania za co najmniej trzy przestępstwa stypizowane w tym samym tytule kodeksu karnego, o ile mają taki sam charakter. Nie są brane pod uwagę skazania, które uległy zatarciu, lub powinny być zatarte ani skazania za przestępstwa lekkie. Prawomocne skazania sądów lub trybunałów innych państw Unii Europejskiej brane są pod uwagę przy ocenie recydywy, chyba że uległy one zatarciu lub mogły ulec zatarciu zgodnie z przepisami prawa hiszpańskiego. Poza skazaniami w innych państwach Unii Europejskiej zagraniczne wyroki brane są pod uwagę dla celów recydywy w przypadku skazania za przestępstwo terrorystyczne (art. 580 h.k.k.) oraz za niektóre przestępstwa przeciwko zdrowiu publicznemu, np. produkcja, obrót lekami bez wymaganego zezwolenia; fałszowanie dokumentów związanych z produktami medycznymi; podawanie sportowcom zabronionych substancji; dodawanie do pożywienia i napojów substancji szkodliwych dla zdrowia; uprawa i handel narkotykami i substancjami psychotropowymi.

W świetle ustawy portugalskiej warunkiem recydywy jest uprzednie skazanie prawomocnym wyrokiem na karę więzienia powyżej 6 miesięcy za inne przestępstwo umyślne. Poprzedni wyrok skazujący musi być prawomocny. Wymóg ten wynika z zasady domniemania niewinności przewidzianej w art. 32 ust. 2 Konstytucji Republiki Portugalii. Przedawnienie wykonania kary, amnestia, łaska nie stanowią jednak przeszkody dla istnienia recydywy. Odrębne konsekwencje na płaszczyźnie wymiaru kary ustawodawca przewiduje w przypadku popełnienia przez sprawcę uprzednio dwóch lub więcej (art. 83 p.k.k.), jak również czterech lub więcej przestępstw umyślnych (art. 84 p.k.k.), za które (za każde z nich) wymierzono sprawcy karę bezwzględnego więzienia. Brane są pod uwagę czyny osądzone za granicą, za które wymierzono karę bezwzględnego więzienia (w przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 p.k.k., powyżej 2 lat), pod warunkiem że za takie czyny zgodnie z ustawą portugalską wymierzono by karę więzienia (w przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 p.k.k., powyżej 2 lat).

Austriacka ustawa karna przewiduje, że przesłanką recydywy specjalnej (wielokrotnej) jest uprzednie dwukrotne skazanie na karę pozbawienia wolności za przestępstwo wypływające z tej samej szkodliwej skłonności (§ 39 a.k.k.).

Dla stwierdzenia recydywy regulacja belgijska wymaga uprzedniego skazania prawomocnym wyrokiem mającym powagę rzeczy osądzonej za czyn dokonany przed popełnieniem nowego czynu zabronionego. W odróżnieniu od recydywy zbieg przestępstw zachodzi, gdy pierwszy czyn nie był jeszcze prawomocnie osądzony w chwili popełnienia nowego czynu. Sędzia powinien więc dokonać oceny obu instytucji, poczynając od tego, czy spełnione zostały warunki recydywy, a jeśli nie – czy zachodzi zbieg przestępstw.

Recydywa zbrodni po zbrodni zakłada istnienie uprzedniego skazania za zbrodnię oraz popełnienie nowej zbrodni (art. 54-55 b.k.k.). Do recydywy dochodzi też w przypadku: uprzedniego prawomocnego skazania za zbrodnię i popełnienia występku (art. 56 ust. 1 b.k.k.); uprzedniego skazania za występki na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) co najmniej roku oraz popełnienia nowego występku przed upływem 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania kary (art. 56 ust. 2 b.k.k.) oraz uprzedniego skazania za wykroczenie i popełnienia w okresie 12 miesięcy od uprawomocnienia się orzeczenia nowego wykroczenia, takiego samego jak to stanowiące podstawę uprzedniego skazania (art. 565 b.k.k.).

W modelu francuskim recydywistą jest sprawca, który skazany prawomocnym wyrokiem popełnia nowe przestępstwo. Jeżeli jednak popełni nowe przestępstwo, zanim zostanie skazany prawomocnym wyrokiem za pierwsze, będzie w korzystniejszej sytuacji, ponieważ zgodnie z zasadami zbiegu realnego przestępstw (art. 132-2 f.k.k. i n.) zostanie mu wymierzona tylko jedna kara. Zgodnie z art. 132-2 f.k.k., jeżeli w toku tego samego postępowania oskarżony został uznany za winnego kilku przestępstw, może zostać orzeczona każda z grożących za nie kar. W przypadku gdy za zbiegające się przestępstwa grozi kilka kar tego samego rodzaju, można orzec jedną karę tego samego rodzaju w granicach kary przewidzianej za jedno z tych przestępstw (art. 132-3 f.k.k.). W doktrynie pojawiają się poglądy krytyczne wobec powyższej koncepcji dogmatycznej rozróżniającej zbieg realny oraz recydywę. Wskazuje się przede wszystkim na badania kryminologiczne,

w których za recydywistów uznaje się wszystkie osoby ponownie popełniające przestępstwo⁶²².

Wyrok musi być ostateczny i prawomocny, tzn. że nie przysługuje od niego żaden środek zaskarżenia. Pierwsze skazanie nie może ulec zatarciu i nie może stanowić przedmiotu amnestii. Ułaskawienie nie stanowi natomiast przeszkody do wypełnienia warunków recydywy. W orzecznictwie Sądu Kasacyjnego wyrażono pogląd, że każde inne rozstrzygnięcie niż skazanie na karę pozbawienia wolności (np. wymierzenie kary grzywny), nie spełnia warunków recydywy⁶²³. Podstawę recydywy może jednak stanowić skazanie na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, z poddaniem sprawcy próbie lub bez tego⁶²⁴.

Unormowanie francuskie przewiduje, że skazania orzeczone przez jurysdykcje karne państwa członkowskiego Unii Europejskiej są brane pod uwagę na tych samych warunkach co skazania orzeczone przez sądy karne francuskie oraz wywołują te same skutki prawne co te skazania (art. 132-23-11 f.k.k.).

Na gruncie art. 99 w.k.k. natomiast uprzednie jednokrotne skazanie jest przesłanką recydywy zwykłej (*recidiva semplice*) (art. 99 ust. 1 w.k.k.) i recydywy obostrzonej (*recidiva aggravata*) (art. 99 ust. 2 w.k.k.). Natomiast recydywa ponowna (wielokrotna) (*recidiva reiterata*) zachodzi, zgodnie z art. 99 ust. 4 w.k.k., gdy nowe przestępstwo zostaje popełnione przez sprawcę będącego już recydywistą. Ze zwrotu „recydywista popełnia” wynika, że recydywa wielokrotna wymaga popełnienia co najmniej trzech przestępstw przedzielonych dwoma uprzednimi skazaniami. W art. 12 w.k.k. przewidziano, że orzeczenie karne zagraniczne stwierdzające popełnienie przestępstwa może być uznane m.in. w celu stwierdzenia recydywy lub innego skutku karnego skazania bądź stwierdzenia nawyknienia do przestępstwa lub zawodowego charakteru przestępstw, a także skłonności

⁶²² E. Adama, *Le traitement...*

⁶²³ Sąd Kasacyjny wskazał, że orzeczenie grzywny nie spełnia pierwszego warunku recydywy, o której mowa w art. 132-10 f.k.k. Zob. Cass. avis, 18 stycznia 2010, n° 09-00.005., Bulletin criminel 2010, Avis de la Cour de cassation, n° 1; tekst dostępny na stronie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022104809> (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

⁶²⁴ Cass., avis, 26 stycznia 2009, n° 00-80.013; tekst dostępny na stronie https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/integralite_avis_classes_annees_239/2009_2887/26_janvier_2009_0080013p_3150/0080013p_26_13228.html (dostęp dnia 9 kwietnia 2017 r.).

przestępczych. Ponadto stosownie do art. 106 w.k.k. dla określenia skutków recydywy oraz stwierdzenia nawyknienia lub zawodowego charakteru przestępstwa należy uwzględnić skazania, względem których wystąpiła przyczyna dla wygaśnięcia (*estinzione*) przestępstwa lub kary. Przepis ten nie ma zastosowania w przypadku, gdy przyczyna umorzenia obejmuje również skutki karne.

Na marginesie należy zauważyć, że także uchylony § 48 n.k.k., przewidujący nadzwyczajne zaostrzenie kary wobec recydywistów, dotyczył sprawców dwukrotnie skazanych za przestępstwo umyślne.

Na tym tle rozwiązanie polskie wymagające dla stwierdzenia recydywy specjalnej podstawowej uprzedniego skazania na karę pozbawienia wolności, a dla multirecydywy uprzedniego skazania w warunkach recydywy specjalnej podstawowej wydaje się być optymalne i poprawne z punktu widzenia zasady legalizmu. Oparcie recydywy wielokrotnej w kodeksie karnym z 1969 r. na trzech wcześniejszych skazaniach było nietrafne z kryminalno-politycznego punktu widzenia. Jak zasadnie podnoszono w doktrynie, statystycznie prawdopodobieństwo popełnienia kolejnego przestępstwa przez osoby już dwukrotnie karane przewyższało prawdopodobieństwo, jakie występowało w takich przypadkach u sprawców karanych już trzykrotnie⁶²⁵.

Należy jednak przyznać, że oparcie recydywy na wielokrotności poprzednich skazań nie jest też pozbawione mankamentów. Nie bez racji wskazuje się, że przyjmowanie jako przesłanki recydywy liczby poprzednich skazań wcale nie zbliża do uchwycenia rzeczywistej powrotności do przestępstwa u danego sprawcy ani też nie pomaga w wyselekcjonowaniu sprawców najgroźniejszych dla porządku prawnego. Pominęte zostają bowiem takie czynniki jak przestępczość w okresie nieletniości czy ciemna liczba przestępstw. Zdaniem kryminologów jest to zasadniczy błąd tego rodzaju sztywnych ujęć jurydycznych⁶²⁶.

⁶²⁵ Zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 154–156 oraz powołana tam literatura; B. Janiszewski, *Ujęcie recydywy...*, s. 23.

⁶²⁶ Zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 156; B. Janiszewski, *Ujęcie recydywy...*, s. 23–24.

5.3. Na gruncie większości analizowanych ustaw karnych do przyjęcia recydywy wystarczający jest sam fakt uprzedniego skazania; do rzadkości należy wymóg odbycia przynajmniej części kary.

Do tej pierwszej grupy zaliczyć należy m.in. portugalski kodeks karny, który nie przewiduje wymogu odbycia uprzednio orzeczonej kary choćby w części. Odmienne uregulowanie w tym względzie zawierała poprzednia portugalska ustawa karna. Wymóg odbycia kary był jednak mocno krytykowany, jako pozbawiony sensu, gdyż recydywa uzasadniana jest samym faktem lekceważenia ostrzeżenia zawartego w wyroku skazującym, co jest niezależne od odbycia kary. Podnoszono także, że wymóg taki uprzywilejowywał skazanych, którzy unikali odbycia poprzedniej kary⁶²⁷.

Wymogu uprzedniego odbycia kary nie przewiduje także prawo karne: hiszpańskie, francuskie, belgijskie i włoskie. Odnotować jednak należy, że włoski kodeks karny wiąże określone konsekwencje z popełnieniem (po uprzednim skazaniu) nowego przestępstwa w czasie odbywania kary lub po jej odbyciu (tzw. recydywa prawdziwa, właściwa – *recidiva vera*). Okoliczność ta jest przesłanką przyjęcia recydywy obostrzonej (*recidiva aggravata*) uregulowanej przepisami art. 99 ust. 2 pkt 3 w.k.k. W takim przypadku kara może zostać podwyższona maksymalnie o połowę, a nie jak w przypadku recydywy zwykłej (prostej) o jedną третią kary przewidzianej za nowe przestępstwo.

Wykonanie kary co najmniej w części stanowi przesłankę recydywy wielokrotnej w prawie austriackim. Recydywa ta bowiem zachodzi, jeśli sprawca był już dwukrotnie skazany na karę pozbawienia wolności za czyny wypływające z tej samej szkodliwej skłonności i kary te odbył co najmniej częściowo, choćby tylko przez zaliczenie tymczasowego aresztowania lub wykonanie środka zabezpieczającego połączonego z pozbawieniem wolności (§ 39 ust. 1 a.k.k.).

Polska ustawa karna uzależnia recydywę specjalną podstawową od faktycznego odbycia przez sprawcę uprzednio co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności; z kolei w przypadku multirecydywy stawia się warunek „odbycia łącznie co najmniej

⁶²⁷ V. Sá Pereira, A. Lafayette, *Código Penal...*, s. 250, J. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português...*, s. 267; M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português...*, s. 271.

roku kary pozbawienia wolności”. W porównaniu zatem z wybranymi obcymi modelami recydywy polskie rozwiązanie odbiega od dominującego ujęcia.

Warunek odbycia kary nie poddaje się jednoznacznej ocenie; wszystko zależy od przyjętych założeń. W literaturze przedmiotu już na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. trafnie wskazano, że przyjęcie poprawczo-odstraszającej funkcji samego wyroku prowadzi do uznania za recydywę wypadków powrotu do przestępstwa po uprzednim skazaniu. Z kolei oparcie się na poprawczym oddziaływaniu pobytu w zakładzie karnym powoduje, że za recydywistę uznaje się tylko osobę, która poprzednio odbywała karę⁶²⁸. Argumentowano jednocześnie, że za tym drugim rozwiązaniem przemawia to, iż dopiero powrót do przestępstwa pomimo poprzedniego odczucia dolegliwości kary w odpowiednim wymiarze, pomimo poddania sprawcy zabiegom wychowawczym w zakładzie karnym, może być jednym ze wskaźników pomocnych w wyodrębnieniu grupy rzeczywiście uporczywych recydywistów⁶²⁹. Według odmiennego zapatrywania całkowicie nietrafne jest założenie o resocjalizacyjnym (powściągającym) oddziaływaniu kary pozbawienia wolności⁶³⁰. Dane empiryczne potwierdzają, że sprawcy skazani na kary niepolegające na izolacji więziennej rzadziej dopuszczają się przestępstw ponownych, niż skazani na bezwzględną karę pozbawienia wolności⁶³¹.

Wydaje się, że badania nad skutecznością kary pozbawienia wolności inspirują do głębszego przemyślenia potrzeby utrzymania w obecnym kształcie warunku odbycia kary jako komponenty recydywy specjalnej.

5.4. Przeprowadzona analiza wybranych ustawodawstw obcych uprawnia do stwierdzenia, że brak jednolitego podejścia do przesłanki recydywy w postaci podobieństwa przestępstw.

W świetle portugalskiego kodeksu karnego recydywa obejmuje tylko przestępstwa umyślne, niezależnie o tego, czy mają one taki sam charakter. Należy jednak

⁶²⁸ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 90–91.

⁶²⁹ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 92–93.

⁶³⁰ B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 164; por. T. Szymanowski, *Powrót skazanych do społeczeństwa*, Warszawa 1989; T. Szymanowski, *Powrotność...*

⁶³¹ Zob. T. Szymanowski, *Polityka karna i penitencjarna w Polsce w okresie przemian prawa karnego*, Warszawa 2004, s. 84; T. Szymanowski, *Zadania polityki kryminalnej na tle występujących trudności*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 7, s. 26.

zauważyć, że portugalskie unormowanie recydywy odwołuje się do tzw. przesłanki materialnej (art. 75 ust. 1 *in fine* p.k.k.). Polega ona na tym, że poprzednie skazanie lub skazania nie posłużyły sprawcy jako wystarczające ostrzeżenie przed popełnianiem przestępstwa. Konieczne jest zatem ustalenie, czy zachodzi związek materialny pomiędzy popełnionymi przestępstwami, który może świadczyć, że sprawca zlekceważył poprzednie skazanie. W literaturze przedmiotu podnosi się, że przesłanka ta pozwala uniknąć ewentualnej pomyłki między prawdziwym recydywistą a sprawcą, który popełnia ponownie przestępstwo z przyczyn pochodzących z zewnątrz (egzogennych). Stąd też związek materialny powinien wykazać bliskie powiązanie pomiędzy późniejszym i wcześniejszym przestępstwem; jest on bardziej dostrzegalny w przypadku przestępstw o podobnym charakterze⁶³².

Do tego rodzaju klauzuli materialnej odwoływał się także uchylony § 48 n.k.k. Chodziło o sprawcę, który popełnił ponownie przestępstwo umyślne, przy czym rodzaj czynu i okoliczności jego popełnienia świadczyły, że poprzednie skazania nie stanowiły dla niego ostrzeżenia.

Francuski model recydywy zakłada natomiast, że nowe przestępstwo może być inne niż to popełnione wcześniej (recydywa ogólna – *la récidive générale*) albo takie samo lub podobne do pierwszego przestępstwa (recydywa szczególna – *la récidive spéciale*). Recydywa w przypadku zbrodni jest recydywą ogólną, a w przypadku występku jest albo ogólna, albo szczególna; w przypadku wykroczenia jest zawsze szczególna. Ustawa wyraźnie wskazuje, które występkі należy traktować jako takie same lub podobne w odniesieniu do recydywy. Enumeratywne wyliczenie tego typu przestępstw określają przepisy art. 132-16 do art. 132-16-4 f.k.k. Zgodnie z art. 132-16 f.k.k. kradzież, wymuszenie rozbójnicze, zmuszanie (szantaż), oszustwo czy przywłaszczenie są uznane, w odniesieniu do recydywy, za takie samo przestępstwo. Ustawą nr 98-468 z dnia 17 czerwca 1998 r. za takie same uznano wszystkie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej. Również umyślne przestępstwa z użyciem przemocy są uznawane za takie same z każdym przestępstwem, w którym okolicznością obciążającą było użycie przemocy (art. 132-16-4 f.k.k.).

⁶³² J. Figueiredo Dias, *Direito Penal...*, s. 268–269; H. Susano, *Reincidência Penal...*, s. 109.

Na gruncie belgijskiego kodeksu karnego recydywa ma zasadniczo charakter ogólny i polega na popełnieniu przez danego sprawcę jakiegolwiek przestępstwa, niekoniecznie takiego samego lub podobnego do tego, za które został uprzednio skazany (dotyczy to zarówno ponownego popełnienia zbrodni lub występku, jak również popełnienia występku po zbrodni). Jedynie dla ustalenia recydywy wykroczeń wymaga się, aby nowe wykroczenie było takie samo jak to, które stanowiło podstawę uprzedniego skazania (zob. art. 565 b.k.k. dotyczący sytuacji, w której sprawca wykroczenia został skazany w ciągu 12 miesięcy za takie samo wykroczenie).

Hiszpański kodeks karny przewiduje wymóg, aby uprzednie przestępstwo, za które sprawca został skazany prawomocnym wyrokiem, oraz nowe przestępstwo uregulowane były w tym samym tytule (kryterium tożsamości formalnej) i miały taki sam charakter (kryterium tożsamości materialnej) (art. 22 pkt 8 h.k.k.). Ustawodawca hiszpański wyłączył w ten sposób możliwość tzw. recydywy ogólnej (uprzednie popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa). Umieszczenie przestępstwa w tym samym tytule jest konieczną, ale nie wystarczającą przesłanką przyjęcia recydywy. Wymaga się ponadto tożsamości lub podobieństwa przedmiotu ochrony. Aby została zrealizowana przesłanka tożsamości, sprawca niekoniecznie musi dokonać tego samego przestępstwa, musi zaś zachodzić tożsamość naruszonej normy. Powinien zostać naruszony ten sam zakaz lub obowiązek. Tożsamości przedmiotu ochrony towarzyszy również przesłanka obiektywna w postaci tożsamości sposobu popełnienia przestępstw. Sposób i forma popełnienia czynu, które często stanowią elementy strony przedmiotowej, powinny być także brane pod uwagę przy ocenie tożsamości lub podobieństwa naruszonych przepisów karnych. Sąd Najwyższy przy ocenie tożsamości charakteru przestępstwa nakazuje brać pod uwagę tendencję kryminalną sprawcy przestępstwa wyrażaną jego stosunkiem do określonych dóbr prawnie chronionych. Tym samym tożsamość charakteru przestępstwa wymagana przez ustawodawcę oznacza tożsamość przedmiotu ochrony w obydwu przestępstwach oraz ponadto tożsamość sposobu zamachu na nie⁶³³.

⁶³³ Sentencia del Tribunal Supremo 1078/1998 de 17 de octubre de 1998, Id Cendoj: 28079120011998102861, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3097669&links=%223449%2F1997%22%20%221078%2F1998%22&optimize=20031011&publicinterface=true> (dostęp dnia 11 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 1222/1999 de 23 de julio de

Włoski kodeks karny posługuje się pojęciem przestępstwa tego samego rodzaju (charakteru) przy określeniu recydywy obostrzonej (*recidiva aggravata*) uregulowanej przepisami art. 99 ust. 2 pkt 1 w.k.k. W rozumieniu włoskiej ustawy karnej za przestępstwa tego samego rodzaju uznaje się nie tylko przestępstwa naruszające ten sam przepis prawa, lecz także przestępstwa, które pomimo że zostały przewidziane w różnych przepisach kodeksu karnego lub w różnych ustawach, mają w konkretnym przypadku wspólne podstawowe cechy (znamiona) ze względu na charakter stanowiących o nich faktów lub motywów, które doprowadziły do ich popełnienia (art. 101 w.k.k.). Z jednej strony powołana regulacja formułuje kryterium formalne, według którego rozpatruje się naruszenie tego samego przepisu prawa, z drugiej strony zaś, zasadnicze kryterium obiektywne (przedmiotowe) i kryterium subiektywne (podmiotowe). W literaturze włoskiej wskazuje się, że jednorodzaowość może być wywiedziona z przedmiotowego aspektu charakteru działania stanowiącego czyn bezprawny lub z aspektu podmiotowego stanowiącego motyw przestępstwa. Ocena taka powinna być dokonywana *in concreto*. W doktrynie włoskiej zauważono także, że istotne znaczenie dla wykładni art. 101 w.k.k. ma zmiana wprowadzona w drodze reformy z 2005 r., polegająca na ograniczeniu recydywy wyłącznie do przestępstw niebędących nieumyślnymi. Doprowadziło to do zawężenia marginesu nieokreśloności, jaki pojawiał się przy ustalaniu jednorodzaowości między przestępstwami umyślnymi i nieumyślnymi. Jak podnosi się w literaturze, obecnie zatem chodzi o ustalenie występowania jednorodzaowości między przestępstwami niebędącymi nieumyślnymi i naruszającymi różne przepisy, czy to kodeksu, czy

1999,	Id	Cendoj:	28079120011999102631,
http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3172240&links=%22253%2F1999%22%20%221222%2F1999%22&optimize=20030830&publicinterface=true (dostęp dnia 11 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 853/2000 de 23 de julio de 2000,			
2000,	Id	Cendoj:	28079120012000102810
http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3185354&links=%222684%2F1998%22%20%22853%2F2000%22&optimize=20030823&publicinterface=true (dostęp dnia 11 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 5/2003 de 30 de enero de 2003,			
2003,	Id	Cendoj:	28079120012003103653
http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3149804&links=%223072%2F2001%22%20%225%2F2003%22&optimize=20030912&publicinterface=true (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2003 de 30 de septiembre de 2003,			
2003,	Id	Cendoj:	28079120012003103890,
http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3041518&links=%221305%2F2002%22%20%221250%2F2003%22&optimize=20031030&publicinterface=true (dostęp dnia 10 sierpnia 2016 r.); Sentencia del Tribunal Supremo 971/2010 de 12 de noviembre de 2010,			
2010,	Id	Cendoj:	28079120012010100898
http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5790636&links=%22789%2F2010%22%20%22971%2F2010%22&optimize=20101202&publicinterface=true (dostęp dnia 11 sierpnia 2016 r.).			

ustawy szczególnej, czy też różnych ustaw szczególnych. Jednorodzajowość jest oceniana według konkretnych realiów i pozostawiona do swobodnego uznania sądu opartego na bazie jednej wspólnej cechy zasadniczej lub większej ich liczbie⁶³⁴.

Pewną specyfiką odznacza się uregulowanie przewidziane w austriackiej ustawie karnej, która wymaga dla ustalenia recydywy specjalnej (§ 39 a.k.k.) dwukrotnego skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności za czyny wpływające z tej samej szkodliwej skłonności i popełnienia nowego (co najmniej trzeciego) przestępstwa wpływającego z tej samej szkodliwej skłonności. Za czyn wpływający z tej samej szkodliwej skłonności rozumie się czyn skierowany przeciwko temu samemu dobru prawnemu albo pozostający w związku z tego samego rodzaju niskimi pobudkami lub z takimi samymi wadami charakteru (§ 71 a.k.k.).

W polskiej ustawie karnej przyjęto koncepcję podobieństwa przestępstw opartą na trzech niezależnych i samodzielnych kryteriach: tożsamości rodzajowej, zastosowania przy popełnieniu przestępstwa przemocy lub groźby jej użycia oraz działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Polskie rozwiązanie wyróżnia się na tle analizowanych unormowań obcych. Jego zaletą jest brak nadmiernej kazuistyki, którą wykazuje przykładowo unormowanie francuskie. Dla zaistnienia recydywy specjalnej podstawowej, o której mowa w art. 64 § 1 k.k. z 1997 r. nie ma znaczenia waga (ciężar gatunkowy) przestępstwa uprzedniego i ponownego tego samego sprawcy, jak również kolejność, w jakiej zostały one popełnione (tj. zbrodnia po zbrodni, występki po zbrodni, występki po występkach, zbrodnia po występkach)⁶³⁵. Podstawą tej odmiany recydywy jest układ dwóch podobnych do siebie przestępstw umyślnych. Stanowi to niewątpliwie zaletę polskiego rozwiązania. Dużo większy formalizm i schematyzm cechuje systemy prawne przyjmujące koncepcję recydywy generalnej (np. Belgia, w pewnym zakresie także Francja i Portugalia). Obostrzenie kary zależne jest wówczas od ciężaru gatunkowego popełnionego przestępstwa, stąd inaczej potraktowana jest recydywa przy zbrodniach, występkach i wykroczeniach.

⁶³⁴ M. Bertolino, *Problemi di coordinamento...*, s. 1139.

⁶³⁵ Należy jednak zauważyć, że przewidziane w § 1 lub 2 podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy zbrodni (zob. art. 64 § 3 k.k.).

Osobną kwestią jest określenie kryteriów podobieństwa porównywanych przestępstw. Pozytywnie należy ocenić oparcie polskiej konstrukcji podobieństwa przestępstw na kryteriach przedmiotowych i podmiotowych⁶³⁶. Dużo więcej zastrzeżeń może wywoływać zastępowanie lub uzupełnianie podobieństwa przestępstw wskazaniem na cechy lub właściwości sprawcy powrotnego (np. skłonności do popełniania przestępstw, skłonności do uporczywego powracania do przestępstwa, naganny tryb życia). Trafnie podnosi się, że przesłanki tego typu są wysoce niedookreślone i w związku z tym pozostawiają nadmierną swobodę organowi stosującemu prawo⁶³⁷. Ponadto, oparcie recydywy na czynnikach o charakterze etiologicznym mogłoby prowadzić do przesunięcia karnoprawnej oceny – z oceny czynu na osobę sprawcy⁶³⁸.

Ustawodawca polski zdecydował się, w odróżnieniu od analizowanych obcych kodeksów karnych, na wąskie ujęcie kryterium podmiotowego poprzez ograniczenie go wyłącznie do „celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. Zabiegu tego nie sposób ocenić pozytywnie, zwłaszcza w kontekście funkcji przypisywanych przez ustawodawcę instytucji przestępstw podobnych. Mając na uwadze powyższe z aprobatą należy odnieść się do propozycji oparcia podmiotowego kryterium podobieństwa przestępstw na kategorii zbiorczej, jaką jest motywacja zasługująca na potępienie, a nie na skonkretyzowanym przeżyciu psychicznym, jakim jest *de lege lata* cel osiągnięcia korzyści majątkowej⁶³⁹.

Jeżeli chodzi o kryterium sposobu popełnienia porównywanych przestępstw, to jedynie rozwiązanie francuskie (w zakresie recydywy występku) *expressis verbis* wskazuje, że za takie samo przestępstwo uznaje się występkę związane z umyślnym użyciem przemocy wobec osoby. Na tle pozostałych analizowanych regulacji kryterium sposobu działania ma charakter samodzielny lub występuje jako kryterium dodatkowe (pomocnicze) stosowane dla ustalenia tożsamości charakteru przestępstwa. Na gruncie polskiego kodeksu karnego zbyt kategoriyczny wydaje się

⁶³⁶ Trafnie zauważył B. Janiszewski, że jeśli uznaje się recydywę za okoliczność obciążającą, to odpowiednią funkcję w ramach podobieństwa przestępstw mogą pełnić takie kryteria jak podobieństwo przedmiotu ochrony, podobieństwo pobudek i motywów, tenże, *Recydywa...*, s. 158-159.

⁶³⁷ Tak P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 430-431; por. także B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 171.

⁶³⁸ Zob. B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 158-159.

⁶³⁹ Szerzej na rzecz tego stanowiska zob. P. Daniluk, *Przestępstwa ...*, s. 443 – 446.

pogląd kwestionujący zasadność i przydatność posługiwania się kryterium sposobu działania sprawcy dla określenia podobieństwa przestępstw⁶⁴⁰. Oparcie podobieństwa przestępstw na kryterium wskazującym na sposób zachowania się sprawcy należy co do zasady ocenić pozytywnie. Dużo więcej wątpliwości może wywoływać aktualny kształt normatywny tego kryterium, który umożliwia nazbyt szeroką jego interpretację⁶⁴¹. Na aprobatę zasługuje zgłoszony w doktrynie postulat *de lege ferenda* doprecyzowania pojęcia przemocy⁶⁴².

Wreszcie, jeżeli chodzi o kryterium podobieństwa w postaci przynależności przestępstw do tego samego rodzaju, to należy zgodzić się z twierdzeniem, że charakteryzuje się ono zbyt dużą niejasnością i wieloznacznością, prowadząc do niejednolitości poglądów doktryny i rozbieżności w orzecznictwie⁶⁴³. Biorąc pod uwagę funkcje, jakie pełni konstrukcja przestępstw podobnych pożądanym byłoby zatem doprecyzowanie w art. 115 § 3 k.k. pojęcia przestępstwa należącego do tego samego rodzaju⁶⁴⁴.

Przyjęte w polskiej kodyfikacji karnej z 1997 r. określenie przestępstwa podobnego nie jest pozbawione wad i wywołuje nadal szereg wątpliwości interpretacyjnych. Należy zgodzić się także, że złożony charakter zjawiska recydywy powoduje, iż każde normatywne kryterium recydywy specjalnej przedstawia się jako zbyt schematyczne. Jednocześnie słabą stroną każdego ustawowego modelu recydywy specjalnej jest odniesienie go również do pewnej grupy sprawców, którzy na to nie zasługują⁶⁴⁵. Jednakże zbyt kategoryczny wydaje się postulat oparcia recydywy specjalnej podstawowej nie na podobieństwie, lecz na samej umyślności kolejnych przestępstw⁶⁴⁶. Warunek podobieństwa przestępstw ma szczególne znaczenie zwłaszcza w przypadku pierwszego powrotu do przestępstwa, przy którym zachodzi

⁶⁴⁰ D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy...*, s. 119 – 121. Autorka wskazała, że sposób działania stanowi jedynie o czysto zewnętrznym, powierzchownym podobieństwie przestępstw.

⁶⁴¹ Tak też P. Daniluk, *Przestępstwa podobne...*, s. 438.

⁶⁴² Zob. P. Daniluk, *Przestępstwa podobne w polskim prawie karnym*, s. 436-438.

⁶⁴³ Zob. J. Badziak, *Kryteria przedmiotowe podobieństwa przestępstw*, s. 44.

⁶⁴⁴ Por. P. Daniluk, *Przestępstwa podobne w polskim prawie karnym*, s. 432 i n.

⁶⁴⁵ J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 229.

⁶⁴⁶ P. Daniluk, *Przestępstwa...*, s. 425. Autor podnosi przy tym, że przesłanka ta jest nadmiernie schematyczna i nie pozwala na dokonanie koniecznych ustaleń co do cech lub właściwości sprawcy, które mogą być podstawą dla zastosowania prawidłowej reakcji karnoprawnej.

większe prawdopodobieństwo jego przypadkowości. Dodatkowo propozycja rezygnacji z kategorii przestępstw podobnych i oparcia recydywy na przesłance umyślności budzi pewne wątpliwości z punktu widzenia funkcji gwarancyjnej prawa karnego.

Zasadniczo pozytywnie należy ocenić wybór kręgu przestępstw konstytuujących multirecydywę. Jej warunkiem jest popełnienie jednego z przestępstw wymienionych w art. 64 § 2 k.k., tj.: przeciwko życiu lub zdrowiu, zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem, innego (niż rozbój oraz kradzież z włamaniem) przestępstwa przeciwko mieniu popełnionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia. Ponadto ograniczenie możliwości zaistnienia recydywy następuje przez wprowadzenie warunku ich „ponownego” popełnienia.

5.5. Niejednolicie ujmowana jest również kwestia tzw. przedawnienia recydywy, dotyczy to także określenia okresu, z upływem którego takie przedawnienie następuje, oraz oznaczenia momentu początkowego biegu tego terminu.

Portugalski kodeks karny przewiduje 5-letni okres przedawnienia, który jest liczony od daty popełnienia poprzedniego przestępstwa do daty następnego przestępstwa; do okresu tego nie wlicza się czasu, w którym sprawca odbywał środek zapobiegawczy, karę lub środek zabezpieczający polegające na pozbawieniu wolności (art. 75 ust. 2 p.k.k.). Także w przypadkach multirecydywy przyjęto, że jakiegokolwiek przestępstwo popełnione uprzednio przestaje być brane pod uwagę, kiedy pomiędzy jego popełnieniem a popełnieniem kolejnego przestępstwa upłynęło więcej niż 5 lat (zob. art. 83 ust. 3 i art. 84 ust. 3 p.k.k.).

Przedawnienie recydywy specjalnej przyjmowane jest także w austriackim ustawodawstwie karnym. Poprzedniej kary nie uwzględnia się, jeżeli od jej odbycia do popełnienia kolejnego czynu upłynęło więcej niż 5 lat. Do tego terminu nie wlicza się okresu, w którym skazany był zatrzymany na mocy urzędowego nakazu. Jeżeli odbycie kary nastąpiło jedynie przez zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania, okres (5 lat) rozpoczyna bieg dopiero z chwilą uprawomocnienia się wyroku (art. 39 ust. 2 a.k.k.).

Bardzo kazuistyczne pod tym względem jest unormowanie francuskie. Recydywa w przypadku popełnienia zbrodni ma charakter ciągły, a w przypadku występku jest

albo ciągła, albo czasowa; w przypadku wykroczenia jest zawsze czasowa. Zgodnie z art. 132-8 f.k.k. w sytuacji popełnienia zbrodni zagrożonej karą 20 albo 30 lat pozbawienia wolności nie ma znaczenia upływ czasu od popełnienia poprzedniego przestępstwa, gdyż do recydywy dojdzie w każdej sytuacji, jeśli sprawca został skazany za przestępstwo (zbrodnię lub występki) zagrożone karą 10 lat pozbawienia wolności. W pozostałych przypadkach, warunki recydywy mogą zostać uznane za spełnione tylko w sytuacji, kiedy przestępstwo zostanie popełnione w określonym ustawowo czasie od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary (recydywa czasowa). Terminy różnią się w zależności od zagrożenia karą w przypadku obu czynów:

- 10 lat (w przypadku skazania za występki zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności i popełnienia nowego występkę zagrożonego karą 10 lat pozbawienia wolności – art. 132-9 f.k.k.);
- 5 lat (gdy dojdzie do skazania za występki zagrożony karą mniej niż 10 lat pozbawienia wolności oraz dojdzie do popełnienia nowego występkę zagrożonego karą nie mniejszą niż rok i nie większą niż 10 lat pozbawienia wolności – art. 132-9 f.k.k. albo występkę takiego samego lub podobnego – art. 132-10, 132-16 oraz art. 321-5 f.k.k.);
- rok (w przypadku ukarania za wykroczenie 5 klasy i popełnienia nowego wykroczenia 5 klasy – art. 132-11 f.k.k.).

Podobne rozwiązanie przyjął belgijski ustawodawca. Recydywa typu zbrodni po zbrodni, która zakłada, że sprawca prawomocnie skazany za zbrodnię popełnia nową zbrodnię, ma charakter ciągły, tzn. nie ma terminu jej przedawnienia (art. 54-55 b.k.k.). Charakter ciągły ma także recydywa w przypadku uprzedniego prawomocnego skazania za zbrodnię, jeśli zostanie następnie popełniony występki (art. 56 ust. 1 b.k.k.). Jednakże już recydywa typu występki po występkę zakłada istnienie uprzedniego skazania za występki na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) co najmniej roku oraz popełnienie nowego występkę przed upływem 5 lat od odbycia czy też przedawnienia wykonania kary (art. 56 ust. 2 b.k.k.). Czasowy charakter ma także recydywa typu wykroczenie po wykroczeniu (art. 565 b.k.k.).

Hiszpański kodeks karny nie przewiduje okresu przedawnienia recydywy; jednakże przy ustalaniu recydywy nie bierze się pod uwagę skazań, które uległy zatarciu lub powinny być zatarte (art. 22 pkt 8 h.k.k.).

Także włoska ustawa karna nie przewiduje przedawnienia recydywy. Należy jednak zauważyć, że jeżeli nowe przestępstwo nie nieumyślne zostało popełnione przed upływem 5 lat od poprzedniego skazania, kara może zostać podwyższona maksymalnie o połowę, a nie tylko o jedną trzecią (*recidiva infraquiniennale*) (art. 99 ust. 2 pkt 2 w.k.k.).

Polski ustawodawca przyjął 5-letni okres przedawnienia recydywy zarówno specjalnej podstawowej, jak i wielokrotnej, który należy liczyć od zakończenia odbywania kary pozbawienia wolności. Czas ten na gruncie przepisów Kodeksu karnego z 1932 r. doktryna wiązała z zacieraniem się w umyśle sprawcy faktu odbycia kary⁶⁴⁷. Z kolei współcześnie przyjęcie 5-letniego okresu przedawnienia uzasadnia się brakiem powiązania czynu popełnionego po tym czasie z dawniejszym zachowaniem przestępczym; po tym czasie można raczej mówić o przypadkowości powtórnie popełnionego przestępstwa⁶⁴⁸.

Przyjęte w polskiej ustawie karnej przedawnienie recydywy nie odbiega zatem istotnie od standardów występujących w wielu obcych porządkach prawnych. W tym kontekście należy przyznać rację M. Cieślakowi, który twierdził, że nikt nie powinien być naznaczony piętnem przestępstwa na całe życie; wszelkie przestępstwo musi być kiedyś rozliczone definitywnie⁶⁴⁹.

6. Jak już zauważono, w większości analizowanych systemów prawnych zasadniczą konsekwencją popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy jest nadzwyczajne obostrzenie wymiaru kary, którego przejawy mogą być rozmaite.

W belgijskiej ustawie granice podwyższenia kary są uzależnione od rodzaju recydywy:

⁶⁴⁷ S. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 471.

⁶⁴⁸ T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce...*, s. 32.

⁶⁴⁹ M. Cieślak, *Recydywa w obowiązującym polskim prawie karnym*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1977, t. 6, s. 29.

– sprawcy prawomocnie skazanemu za zbrodnię, który popełnia nową zbrodnię zagrożoną karą od 5 do 10 lat pozbawienia wolności (*réclusion*), może zostać wymierzona kara od 10 do 15 lat pozbawienia wolności; jeśli zbrodnia zagrożona jest karą od 10 do 15 lat pozbawienia wolności (*réclusion*), sprawcy może zostać wymierzona kara od 15 do 20 lat pozbawienia wolności. Tego typu recydywa jest, ogólnie rzecz biorąc, fakultatywna. Niemniej, obostrzenie jest obligatoryjne, gdy sprawca zostaje uznany winnym popełnienia nowej zbrodni zagrożonej karą od 15 do 20 lat pozbawienia wolności. W tym wypadku zostanie mu wymierzona kara co najmniej 17 lat pozbawienia wolności;

– osobie skazanej za zbrodnię, która popełnia nowy występki, może zostać wymierzona kara w podwójnej wysokości maksymalnej kary przewidzianej ustawą za ten występki; jeśli nowy występki jest karany jednocześnie karą pozbawienia wolności (*emprisonnement*) oraz grzywną, sędzia może wymierzyć obie kary w wysokości podwojonej wysokości ich maksymalnego wymiaru, czy też tylko jedną w tym wymiarze albo nie podwajać wymiaru żadnej z nich z uwagi na fakultatywny charakter recydywy tego typu. Taka sama kara może zostać wymierzona w przypadku uprzedniego skazania za występki na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) co najmniej roku, jeśli sprawca dopuścił się nowego występkę przed upływem 5 lat od wykonania lub przedawnienia wykonania kary;

– zaostrenie kary powoduje także recydywa wykroczeń; stopień zaostrenia kar jest określony przepisami art. 554, 558 i 562 b.k.k.; recydywa tego rodzaju ma charakter fakultatywny.

Francuski kodeks karny przewiduje następujące konsekwencje na płaszczyźnie wymiaru kary:

– w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występki zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności, nowej zbrodni zagrożonej karą, której górna granica wynosi 20 lub 30 lat pozbawienia wolności (*réclusion criminelle* lub *détention criminelle*), górną granicę grożącej mu kary stanowi kara dożywotniego pozbawienia wolności; jeśli górna granica kary przewidzianej za nową zbrodnię wynosi 15 lat pozbawienia wolności, górną granicę grożącej mu kary

stanowi kara 30 lat pozbawienia wolności (*réclusion criminelle* lub *détention criminelle*);

– w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występki zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*), w ciągu 10 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, nowego występkę zagrożonego tą samą karą, górna granica grożącej mu kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu; w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za zbrodnię lub występki zagrożony karą 10 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*), w ciągu 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, nowego występkę zagrożonego karą pozbawienia wolności od roku do mniej niż 10 lat, górna granica grożącej mu kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu;

– w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za występki, w ciągu 5 lat od odbycia lub przedawnienia wykonania poprzednio orzeczonej kary, takiego samego lub podobnego, zgodnie z zasadami recydywy, występkę, górna granica grożącej mu kary pozbawienia wolności oraz grzywny ulega podwojeniu;

– przypadkach przewidzianych ustawą, w razie popełnienia przez osobę fizyczną, prawomocnie skazaną za wykroczenie 5 klasy, w ciągu roku od odbycia lub przedawnienia poprzedniej kary, takiego samego wykroczenia, górna granica grożącej grzywny wzrasta do 3000 euro.

Z powyższego wynika, że popełnienie czynu w warunkach recydywy nie skutkuje obligatoryjnym obostrzeniem kary. Możliwe jest również wymierzenie kary w jej dolnej granicy. Sąd może równie dobrze wymierzyć karę 6 miesięcy pozbawienia wolności za kradzież w warunkach recydywy (grożą za to 3 lata pozbawienia wolności, co przy podwojeniu jej górnej granicy daje sześć lat).

W stosunku do recydywistów francuski kodeks karny przewiduje także pewne odrębności w stosowaniu instytucji probacyjnych. Przykładowo zawieszenie kary z poddaniem sprawcy próbie (*sursis avec mise à l'épreuve*), gdy sprawcą jest recydywista, może być orzeczone w przypadku skazania go na karę pozbawienia wolności (*emprisonnement*) nieprzekraczającą 10 lat (por. art. 132-41 f.k.k.); okres próby może wynieść do 5 lat, a wyjątkowo do 7 lat, jeśli znajdzie się on w stanie

ponownej recydywy (por. art. 132-42 f.k.k.). Kwestię skorzystania przez skazanego recydywistę z warunkowego zwolnienia z odbywania kary pozbawienia wolności regulują przepisy art. 729 i n. f.k.p.k.

Reakcją hiszpańskiego ustawodawcy na recydywę jest przede wszystkim obostrzenie kary według następujących zasad. W przypadku:

- zaistnienia jednej lub dwóch okoliczności obciążających – sądy i trybunały wymierzają karę w połowie wyższej kary przewidzianej za dane przestępstwo;
- zaistnienia więcej niż dwóch okoliczności obostrzających i braku jakiejkolwiek okoliczności łagodzącej – sądy i trybunały mogą wymierzyć karę wyższą o stopień niż ta przewidziana w ustawie, w jej połowie niższej;
- zaistnienia okoliczności obciążającej recydywy, w myśl której sprawca w chwili popełnienia przestępstwa był prawomocnie skazany za co najmniej trzy przestępstwa stypizowane w tym samym tytule kodeksu karnego, o ile mają taki sam charakter – sądy i trybunały mogą wymierzyć karę wyższą o stopień od przewidzianej przez ustawę za dane przestępstwo, biorąc pod uwagę zarówno poprzednie skazania oraz wagę nowego popełnionego przestępstwa.

W przypadku przestępstw lekkich oraz przestępstw nieumyślnych – sądy i trybunały wymierzają kary zgodnie ze swoją rozważą; nie obowiązują wyżej przedstawione zasady. Ustalenie recydywy wyłącza także możliwość zawieszenia warunkowo wykonania kary, jak również stosowanie prawa łaski; powoduje też odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Konsekwencją recydywy w świetle portugalskiej ustawy karnej jest obostrzenie minimalnego wymiaru kary za przestępstwo o jedną trzecią, maksymalny wymiar kary nie ulega natomiast zmianie. W tych granicach sąd określa konkretny wymiar kary, którą orzeka się zgodnie z ogólnymi kryteriami określonymi w art. 72 p.k.k. Obostrzenie kary nie może przekroczyć wymiaru najsurowszej kary wymierzonej w poprzednich skazaniach. Sąd powinien zatem porównać karę wymierzoną bez obostrzenia z karą wymierzoną po obostrzeniu i w wypadku, gdy różnica pomiędzy karami przekracza najsurowszą karę z poprzednich skazań, należy wówczas zmienić *quantum* kary, dostosowując go do przepisów. Przepisy dotyczące kary względnie

nieoznaczonej, o ile mają zastosowanie, przeważają nad zasadami karania w przypadku recydywy.

Szczególne konsekwencje na płaszczyźnie wymiaru kary przewiduje się w odniesieniu do tego, kto popełnia umyślne przestępstwo, za które powinna być w danym wypadku wymierzona kara bezwzględnego więzienia powyżej 2 lat, a popełnił uprzednio dwa lub więcej przestępstw umyślnych, za które (za każde z nich) wymierzono mu karę bezwzględnego więzienia również powyżej 2 lat. W takim przypadku przewiduje się skazanie na karę względnie nieoznaczoną, o ile łączna ocena popełnionych czynów oraz osobowość sprawcy wykazują wyraźną skłonność do popełniania przestępstw, która to skłonność w momencie skazania nie ustała (art. 83 ust. 1 p.k.k.). To samo dotyczy sprawcy, który popełnia umyślne przestępstwo, za które powinna być w danym wypadku wymierzona kara bezwzględnego więzienia, a sprawca uprzednio popełnił cztery lub więcej przestępstw umyślnych, za które (za każde z nich) został skazany na bezwzględną karę więzienia (art. 84 ust. 1 p.k.k.).

Włoski kodeks karny uzależnia wielkość podwyższenia kary od rodzaju recydywy. Zgodnie z postanowieniami art. 99 w.k.k.:

- recydywa zwykła skutkuje fakultatywnym podwyższeniem kary o jedną trzecią;
- w przypadkach recydywy obostrzonej kara może zostać podwyższona „maksymalnie o połowę”;
- recydywa wielokrotnie obostrzona skutkuje możliwością podwyższenia kary o połowę, sędzia nie ma możliwości stopniowania wielkości tego podwyższenia;
- recydywa ponowna zwykła skutkuje fakultatywnym podwyższeniem kary o połowę;
- recydywa ponowna obostrzona skutkuje fakultatywnym podwyższeniem o dwie trzecie;
- w przypadku przestępstw wymienionych w art. 407 ust. 2 lit. a w.k.p.k. podwyższenie kary w związku z recydywą jest obligatoryjne i wynosi o jedną trzecią wysokości kary, natomiast w przypadku recydywy obostrzonej mieści się w zakresie od jednej trzeciej (podwyższenie kary nie może być niższe niż o jedną trzecią kary

przewidzianej za nowe przestępstwo) do połowy. Trybunał Konstytucyjny stwierdził jednak niezgodność tej regulacji w odniesieniu do słów „jest obligatoryjne i”.

W żadnym jednak przypadku podwyższenie kary z powodu działania w warunkach recydywy nie może przekroczyć sumy wszystkich kar wynikających ze skazań poprzedzających popełnienie nowego przestępstwa nie nieumyślnego.

Stwierdzenie recydywy wpływa także na stosowanie wielu innych instytucji włoskiego prawa karnego. Konsekwencją recydywy jest m.in. to, że: następuje wyłączenie stosowania amnestii; kara (pozbawienia wolności – *reclusione*, grzywny – *multa*) nie ulega wygaśnięciu z uwagi na upływ czasu (przedawnienie wykonania kary); kara aresztu (*l'arresto*) oraz kara pieniężna (*l'ammenda*) ulegają wygaśnięciu po upływie 10 lat (a nie 5 lat); nie stosuje się warunkowego zawieszenia wykonania kary wobec poprzednio skazanego na karę izolacyjną, sprawcy z nawyknienia i zawodowego, jak również uznanego za społecznie niebezpiecznego; okres konieczny do tzw. rehabilitacji (*riabilitazione*), co zdaje się odpowiadać zatarciu skazania w terminologii polskiej, wynosi w przypadku przestępców wielokrotnych, w przypadkach przewidzianych w art. 99 w.k.k. co najmniej 8 lat, a w przypadku przestępców z nawyknienia lub zawodowych bądź tych uznanych za mających skłonności przestępcze – 10 lat; rehabilitacja nie obejmuje jednak skazanych, wobec których zastosowano środki zabezpieczające.

Austriacki kodeks karny w przypadku popełnienia przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej przewiduje możliwość przekroczenia o połowę najwyższego wymiaru grożącej kary pozbawienia wolności lub grzywny. Kara terminowego pozbawienia wolności nie może jednak przekroczyć lat 20 (§ 39 a.k.k.). W reakcji prawnokarnej wobec recydywistów wielokrotnych przewidzianej w prawie austriackim zwraca uwagę możliwość wymierzenia kary nieizolacyjnej – grzywny; jej nadzwyczajne obostrzenie pozostawione jest do uznania sądu orzekającego.

Odnosząc powyższe ustalenia do polskiego unormowania z art. 64 k.k., należy zauważyć, że podobnie jak w większości analizowanych obcych systemów zasadniczą konsekwencją recydywy specjalnej jest nadzwyczajne obostrzenie kary. W przypadku recydywy specjalnej podstawowej sąd może (fakultatywnie) wymierzyć karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości do górnej

granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Skazując sprawcę w warunkach recydywy specjalnej podstawowej, sąd może orzec karę pozbawienia wolności, ale istnieje również możliwość porzucenia na karach nieizolacyjnych. Podzielić należy pogląd, że wobec sprawcy działającego w ramach recydywy specjalnej podstawowej można orzec karę ograniczenia wolności bądź grzywnę, nie tylko wówczas, gdy tego rodzaju sankcje karne są przewidziane za popełniony czyn przestępny w części szczególnej Kodeksu karnego lub przepisie pozakodeksowym, lecz również stosując przepis art. 37a k.k., o ile będą za tym przemawiały ogólne dyrektywy wymiaru kary⁶⁵⁰. W Kodeksie karnym nie ma żadnego ustawowego wyłączenia stosowania tej regulacji prawnej wobec sprawcy przestępstwa popełnionego w warunkach określonych w art. 64 § 1 k.k. Obowiązujące rozwiązanie umożliwia zatem wybór rodzaju kary, jak również określenie jej konkretnego wymiaru z możliwością wyjścia ponad górną granicę ustawowego zagrożenia. Sędziemu pozostawia się zatem możliwość określenia *quantum* takiego podwyższenia. W niektórych analizowanych rozwiązaniach podwyższenie jest określone w sposób sztywny, np. włoski kodeks karny przewiduje fakultatywne podwyższenie o jedną trzecią przy recydywie zwykłej; portugalska ustawa karna przewiduje obligatoryjne obostrzenie minimalnego wymiaru kary o jedną trzecią, maksymalny wymiar kary nie ulega zmianie.

Limitowanie kary w ramach nadzwyczajnego obostrzenia następuje za pomocą dwóch przepisów: art. 64 § 1 k.k. oraz art. 38 § 2 k.k. Nieprzekraczalną granicę określa art. 38 § 2 k.k., zgodnie z którym kara nadzwyczajnie obostrzona nie może przekroczyć 810 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności lub 20 lat pozbawienia wolności; karę pozbawienia wolności wymierza się w miesiącach i latach.

Znacznie surowsze skutki prawne wynikają ze skazania w warunkach recydywy specjalnej wielokrotnej. Sąd zobligowany jest do wymierzenia kary pozbawienia wolności przewidzianej za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Ponadto, jak stanowi art. 64 § 3 k.k., przewidziane w § 1 lub 2 podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia nie

⁶⁵⁰ Por. A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 296.

dotyczy zbrodni. W literaturze zasadnie zwrócono uwagę na wątpliwości co do spójności tego unormowania z postanowieniami art. 38 § 2 k.k. w brzmieniu nadanym mu nowelą z dnia 20 lutego 2015 r.⁶⁵¹

Przyjęte rozwiązanie, choć na tle analizowanych obcych regulacji zdecydowanie się wyróżnia, jest uzasadnione przede wszystkim kręgiem przestępstw tworzących multirecydywę, które bez wątpienia należą do kategorii czynów najpoważniejszych, wiążących się przeważnie ze stosowaniem przez sprawcę szeroko rozumianej przemocy. Odnotować jednak należy, że w niektórych ustawodawstwach istnieje możliwość wymierzenia multirecydywiście kary nieizolacyjnej – grzywny (np. austriacki kodeks karny).

Artykuł 64 k.k. nie wprowadza wyjątku od zasady winy, a zatem stopień winy także w przypadku sprawców powrotnych wyznacza nieprzekraczalną dolegliwość kary. Wina nie wzrasta automatycznie stosownie do liczby popełnionych przez danego sprawcę przestępstw czy też stosowanych względem niego kar⁶⁵².

Popełnienie przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej, podstawowej lub wielokrotnej, podobnie jak w analizowanych ustawodawstwach obcych wpływa na stosowanie wielu innych instytucji prawa karnego (por. art. 66 § 1 k.k., art. 69 § 1 k.k., art. 78 § 2 k.k., art. 80 § 2 k.k.). Należy jednak zauważyć, że *de lege lata* brak jest formalnych ograniczeń w stosowaniu do sprawców powracających do przestępstwa w warunkach określonych w art. 64 § 1 lub 2 k.k. warunkowego zawieszenia wykonania kary, o którym mowa w art. 60 § 3–5 k.k.⁶⁵³

7. Cechą charakterystyczną niektórych ustawodawstw obcych jest dualizm środków prawnokarnej reakcji na recydywę w postaci kar, kar dodatkowych lub postpenalnych środków zabezpieczających (np. Austria, Włochy, Niemcy). Modelem takim posługiwał się także polski Kodeks karny z 1932 r., który poza zaostreniem kary przewidywał stosowanie postpenitencjarnego środka o charakterze represyjnym,

⁶⁵¹ Zob. J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 234; J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 221–222.

⁶⁵² Tak B. Janiszewski, *Recydywa...*, s. 103 i n.; K. Buchała, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 473.

⁶⁵³ Tak trafnie J. Majewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 255–256; J. Majewski, *Kodeks...*, s. 240–241.

tj. zakładu dla niepoprawnych. Sąd zarządzał umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych, po odbyciu kary, przestępcy, u którego stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa (art. 60 § 1 k.k. z 1932 r.) bądź przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawanie ich na wolności groziło niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu. Z kolei polski Kodeks karny z 1969 r. przewidywał stosowanie wobec sprawców powracających do przestępstwa w warunkach recydywy specjalnej dwóch środków o charakterze postpenalnym, a mianowicie nadzoru ochronnego oraz ośrodka przystosowania społecznego. Ostatecznie ustawą z dnia 23 lutego 1990 r. wyeliminowano te środki z Kodeksu karnego. Na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego z 1997 r. niektórzy autorzy zwracają uwagę na niedostatki przyjętego modelu zwalczania recydywy, ze względu na brak należytych środków postpenalnych wobec recydywistów opuszczających zakłady karne. Podnosi się, że eliminacja krytykowanych środków specjalnych w postaci nadzoru ochronnego i ośrodków przystosowania społecznego spowodowała powstanie luki w zakresie oddziaływania postpenitencjarnego wobec recydywistów⁶⁵⁴.

Ustawodawstwo francuskie przewidywało natomiast instytucję relegacji (początkowo stosowaną obligatoryjnie, potem fakultatywnie), czyli zesłania do kolonii, której istotą było pozbycie się z terytorium Francji przestępców wielokrotnych, wykazujących trudności w readaptacji społecznej. Instytucja ta została zniesiona ostatecznie w 1970 r. W jej miejsce wprowadzono instytucję opieki karnej (*tutelle penale*), której założenia okazały się jednak trudne do realizacji.

W odniesieniu do obowiązujących unormowań należy wskazać, że austriacki kodeks karny w § 23 przewiduje wobec wielokrotnych recydywistów obligatoryjny środek zabezpieczający w postaci umieszczenia w zakładzie dla „niebezpiecznych recydywistów”. Umieszczenie w takim zakładzie wykonuje się po karze pozbawienia wolności. Środek ten obejmuje sprawców, którzy ukończyli 24 rok życia i skazywani są na karę co najmniej 2 lat pozbawienia wolności, a uprzednio byli skazani dwukrotnie na kary pozbawienia wolności na okres każdorazowo dłuższy niż 6 miesięcy, i z tego powodu jeszcze przed popełnieniem aktualnie sądzonych czynów, jednak po ukończeniu 19 roku życia, odbyli co najmniej 18 miesięcy kary pozbawienia wolności. Skazanie będące podstawą orzeczenia środka

⁶⁵⁴ T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce...*, s. 134.

zabezpieczającego, jak również uprzednie skazania muszą dotyczyć wymienionych grup przestępstw. Orzeczenie tego środka następuje wraz ze skazaniem sprawcy, jednakże czas trwania środka nie jest z góry określony.

Także w świetle uregulowań niemieckiego kodeksu karnego podstawowymi środkami walki z recydywą są środki zabezpieczające. Najbardziej dolegliwym jest internowanie zabezpieczające (*Sicherungsverwahrung*). Jest ono orzekane zasadniczo obok kary pozbawienia wolności (bądź wyjątkowo później – § 66a i 66b n.k.k.) i wykonywane po jej odbyciu. Stosuje się je wobec sprawców o głęboko zakorzenionej skłonności do popełniania ciężkich przestępstw. Środek ten odpowiada potrzebie zapewnienia bezpieczeństwa i pełni funkcje prewencyjne.

Internowanie zabezpieczające orzekane jest obligatoryjnie wobec wielokrotnych recydywistów – chodzi bowiem o sprawcę, który zostaje skazany za umyślne przestępstwo określonego typu na karę pozbawienia wolności od lat 2, i który był już dwukrotnie skazany za takie przestępstwa umyślne na karę pozbawienia wolności każdorazowo na okres przynajmniej roku, oraz odbył co najmniej 2 lata kary pozbawienia wolności lub zastosowano wobec niego środki zabezpieczające związane z pozbawieniem wolności, jeśli jest to celowe dla ochrony porządku publicznego. Do obligatoryjnego internowania zabezpieczającego (*Sicherungsverwahrung*) wymaga się, aby całokształt okoliczności dotyczących sprawcy i popełnionych przez niego czynów wskazywał, że z powodu jego skłonności do popełniania czynów karalnych, a zwłaszcza takich, które narażają poszkodowanego na znaczne cierpienia cielesne lub psychiczne, sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa (§ 66 ust. 1 pkt 4 n.k.k.). Materialną przesłanką jest skłonność do przestępstwa (*Hang*), tj. uprawdopodobniony pociąg do popełniania coraz to nowych przestępstw, określanych przez ustawę jako poważne (*erheblich rechtswidrige Taten*). Prognoza kryminologiczna powinna wskazywać na prawdopodobieństwo dalszej recydywy. Przesłanka społecznego niebezpieczeństwa sprawcy jest ocenna, stąd też w odniesieniu do tej podstawy stosowania środka trafnie mówi się o względnej obligatoryjności. Wszystkie wymienione przesłanki powinny być brane pod uwagę z uwzględnieniem zasady proporcjonalności.

Sicherungsverwahrung można stosować obok kary fakultatywnie także wobec sprawców, którzy dotąd nie byli karani za poprzednio popełnione przestępstwa (zob. § 66 ust. 2 n.k.k.). W literaturze trafnie wskazuje się, że w istocie chodzi tu o objęcie tym środkiem zabezpieczającym tych „przestępców z nawyknięcia”, którym udało się uniknąć odpowiedzialności za popełnione wcześniej przestępstwo umyślne⁶⁵⁵.

Środki przewidziane w § 66 i nast. n.k.k. nie pozostają w związku ze stopniem winy sprawcy. W literaturze niemieckiej *Sicherungsverwahrung* poddany został wszechstronnej krytyce. Wskazywano w szczególności na: zacieranie się różnic pomiędzy opartą na zawinieniu karą i niezależnym od winy internowaniem zabezpieczającym; nieprecyzyjność normatywną przesłanek stosowania tego środka, trudności z właściwym prognozowaniem niebezpieczeństwa sprawcy, a także bezterminowość stosowania tego środka⁶⁵⁶. Pomimo to instytucja nie straciła na znaczeniu.

Niemiecki kodeks karny przewiduje także środek o charakterze nieizolacyjnym w postaci nadzoru nad skazanym (*Führungsaufsicht*). Środek ten stosuje się z mocy prawa, w szczególności w każdym przypadku zawieszenia wykonania umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego, jak również po wykonaniu 10 lat umieszczenia w zakładzie zatrzymania ochronnego (zob. m. in. § 67c n.k.k., § 67d ust. 3 n.k.k.). Celem nadzoru jest udzielenie stosownej pomocy i roztoczenie kontroli nad postępowaniem sprawców o niekorzystnej prognozie społecznej, jak również zabezpieczenie społeczeństwa przed sprawcą, z którego strony grozi dalsze popełnianie przestępstw. Chodzi jednak o zabezpieczenie w inny sposób niż przez jego odizolowanie.

Włoski kodeks karny niezależnie od konsekwencji recydywy przewidzianych w art. 99 w.k.k. oraz w innych szczegółowych postanowieniach tego kodeksu przewiduje, że stwierdzenie nawyknięcia, zawodowości albo skłonności do przestępstwa powoduje zastosowanie środków zabezpieczających. Instytucje te mają ścisły związek z recydywą; nawyknięcie, o którym mowa w art. 103 w.k.k., stanowi w zasadzie postać

⁶⁵⁵ A. Spotowski, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne...*, s. 168; por. R. Rissing-van Saan/J. Peglau, [w:] H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 66 Nb 78.

⁶⁵⁶ Zob. W. Zalewski, *Przestępca niepoprawny...*, s. 293–294 oraz przywołana tam literatura.

recydywy wielokrotnej, z kolei zawodowość jest szczególną postacią nawyknienia. Podstawą stosowania takich środków jest stwierdzenie, że osoba popełniająca czyn zabroniony przez prawo jako przestępstwo jest społecznie niebezpieczna (art. 202 w.k.k.). Za społecznie niebezpiecznego sprawcę czynu zabronionego uznaje się wtedy, kiedy jest prawdopodobne, że popełni nowe czyny przewidziane w ustawie jako przestępstwa (art. 203 w.k.k.). Izolacyjnym środkiem zabezpieczającym stosowanym wobec recydywistów jest umieszczenie w kolonii karnej lub w domu pracy (*l'assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro*) – art. 216–218 w.k.k. W praktyce niejednokrotnie wykonywanie tego typu środka nie różni się od wykonywania kary pozbawienia wolności, stąd też można uznać, że mają one przede wszystkim charakter represyjny.

Na zakończenie tego przeglądu warto także odnotować, że ustawodawstwo belgijskie przewiduje instytucję w postaci pozostawienia do dyspozycji sądu wykonania kary. Pozostawienie do dyspozycji sądu wykonania kary jest karą dodatkową, która musi albo może zostać orzeczona w wypadkach przewidzianych ustawą w celu ochrony społeczeństwa przed osobami, które popełniły ciężkie przestępstwa przeciwko integralności fizycznej osób trzecich. Wskazana kara dodatkowa rozpoczyna się z chwilą wykonania zasadniczej kary pozbawienia wolności (*emprisonnement* czy też *réclusion*). Sądy obligatoryjnie orzekają pozostawienie do dyspozycji na okres od co najmniej 5 do maksymalnie 15 lat w przypadku skazania: a) opartego na art. 54 b.k.k. (recydywa zbrodni po zbrodni), poza sytuacją, w której uprzednia kara została orzeczona za zbrodnię polityczną; b) opartego na art. 57 b.k.k. (kiedy uprzednie skazanie w ramach recydywy zostało orzeczone przez sądy wojskowe), w przypadku recydywy zbrodni po zbrodni, poza sytuacją, w której uprzednia kara została orzeczona za zbrodnię polityczną; c) za zbrodnię na podstawie art. 137 b.k.k., jeśli przestępstwo skutkowało śmiercią (art. 376 ust. 1, art. 417 ust. 3 oraz art. 428 § 5 b.k.k.).

Sądy fakultatywnie mogą orzec pozostawienie do dyspozycji sądu wykonania kary na okres od co najmniej 5 do maksymalnie 15 lat w przypadku skazania, poczynwszy od dnia wykonania zasadniczej kary pozbawienia wolności w następujących okolicznościach: a) skazania osób, które będąc już skazane i którym wymierzono karę co najmniej 5 lat pozbawienia wolności (*emprisonnement*) za czyny umyślne,

które doprowadziły do wielkich cierpień albo ciężkich zamachów na integralność fizyczną czy zdrowie fizyczne lub psychiczne, są ponownie skazane za podobne czyny w terminie 10 lat, licząc od chwili uprawomocnienia się wyroku skazującego; b) skazania na podstawie od art. 136bis do art. 136septies, art. 347bis, § 4, 1° *in fine*, od art. 393 do art. 397, art. 417quater ust. 3, 2°, art. 433octies, 1°, art. 475, art. 518 ust. 3 i art. 532 b.k.k.; c) skazania na podstawie art. 372, art. 373 ust. 2 i 3, art. 375, art. 376 ust. 2 i 3, art. 377 ust. 1, 2, 4 i 6 b.k.k.; d) w razie zastosowania art. 61, 62 lub 65 b.k.k., skazań na podstawie zbiegu przestępstw nieprzewidzianych w lit. a–c.

Sąd wykonania kary decyduje przed upływem terminu wykonania podstawowej kary o pozbawieniu wolności albo o pozostawieniu skazanego pozostawionego do dyspozycji na wolności i zastosowaniu dozoru. Skazany pozostawiony do dyspozycji zostaje pozbawiony wolności, gdy istnieje ryzyko, że popełni ciężkie przestępstwo związane z zamachem na integralność fizyczną lub psychiczną osoby trzeciej i nie jest możliwe zastosowanie łagodniejszego środka (np. w szczególnych okolicznościach zastosowanie dozoru).