

Warszawa, dnia 17 lutego 2010 r.

**Komisja Kodyfikacyjna
Prawa Karnego
przy Ministrze Sprawiedliwości**

Opinia

dotycząca proponowanej nowelizacji art. 434 k.p.k. i art. 443 k.p.k., według projektu figurującego w uchwale Senatu RP z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie wniesienia do Sejmu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (druk Sejmowy Nr 2616) oraz art. 2 pkt 9 projektu rządowego ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (wersja z dnia 1 października 2009 r.)

I. W obu projektach proponowana nowelizacja art. 434 oraz art. 443 k.p.k. ma tożsame brzmienie, co znacznie ułatwia konstruowanie dalszych uwag.

II. Bezsprzecznie kluczowe znaczenie ma proponowana nowelizacja art. 434 k.p.k., albowiem nowelizacja art. 443 k.p.k. ma charakter klasycznie „wtórny”, zależny od kierunku nowelizacji art. 434 k.p.k. – zgodnie z założeniem, że zakres działania tzw. pośredniego zakazu *reformationis in peius* jest, na gruncie obowiązującego kodeksu postępowania karnego, zrównany z zakresem obowiązywania tzw. bezpośredniego zakazu *reformationis in peius*.

III. W obu projektach przyjmuje się – i słusznie – że programem minimum jest to, aby wprowadzona zmiana dostosowywała brzmienie przepisu do standardu, który wskazany został przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 kwietnia 2009 r., sygn. P 22/07 (dodać należy, że także i w uzasadnieniu postanowienia Trybunału z dnia 1 lipca 2009 r., sygn. P 3/08).

Problem podstawowy sprowadza się jednak do tego, że proponowana nowelizacja standardu tego, niestety, nie odzwierciedla.

IV. Już w tym miejscu zauważyć należy, że w projekcie proponuje się całkowitą rezygnację z ograniczenia działania zakazu *reformationis in peius* wobec tzw. małych świadków koronnych, prowadzących nielojalną grę z organami wymiaru sprawiedliwości, a problemem tym Trybunał zajmował się tylko na marginesie swoich rozważań i bynajmniej nie sformułował zaleceń, które nakazywałyby podjęcie tak radykalnych kroków nowelizacyjnych; do tego tematu opinia niniejsza nawiązuje w odrębnym punkcie, w końcowej jej części.

V. W tym punkcie sformułowane są uwagi krytyczne co do projektowanego rozwiązania, dotyczącego ograniczenia zakazu *reformationis in peius* w wypadku zaskarżenia orzeczenia wydanego w jednym z tzw. trybów konsensualnych, t. j. w wypadku skazania z zastosowaniem art. 343 lub art. 387 k.p.k.

1. Gdyby nawet uznać, że proponowane rozwiązanie realizuje wskazania zawarte w - stanowiącym punkt wyjściowy rozważań - wyroku Trybunału Konstytucyjnego (o tym, że tak nie jest – zob. podpunkt następny), redakcję projektowanego przepisu i tak należałoby ocenić negatywnie. Otóż podstawową jednostką redakcyjną jest w strukturze przepisu art. 434 k.p.k.

przepis paragrafu pierwszego i już z tego przepisu wynika, że sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego „także w wypadku skazania z zastosowaniem art. 343 lub art. 387” k.p.k. (oczywiście w wypadku spełnienia warunków określonych w zdaniu pierwszym, a jeśli środek odwoławczy pochodzi od podmiotu fachowego – także i w zdaniu drugim, paragrafu pierwszego). Przy proponowanej stylizacji paragrafu trzeciego, jako przepisu wyjątkowego, i przy umiejscowieniu wyrazu „także” (w miejscu odniesienia do „wypadku skazania z zastosowaniem art. 343 lub art. 387” k.p.k.) oraz wyrazu „jeżeli” (tu następuje opis warunków), może zrodzić się zatem wątpliwość, czy w wypadku skazania w jednym z trybów konsensualnych sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego tylko wówczas, gdy spełnione są warunki określone właśnie w tym przepisie. Tak więc „wyjątkowość” sytuacji opisywanej w paragrafie trzecim winna być osiągnięta poprzez zmianę umiejscowienia wyrazu „także”, a tym samym poprzez odniesienie go do innego jego fragmentu. Programem minimum, dla uniknięcia niezręczności redakcyjnej, byłaby zatem następująca zmiana : „Sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego, w wypadku skazania z zastosowaniem art. 343 lub art. 387 Kodeksu postępowania karnego albo art. 156 Kodeksu karnego skarbowego, **także wówczas**, jeżeli środek odwoławczy wniesiono **wyłącznie** na korzyść oskarżonego, zaskarżając rozstrzygnięcie co do winy lub co do kary lub środka karnego, objęte uprzednim porozumieniem”. Pełną jednoznaczność – w zestawieniu z § 1 – treści osiąga się jednak dopiero przy nadaniu przepisowi art. 434 § 3 k.p.k. brzmienia : „W wypadku skazania z zastosowaniem art. 343 lub art. 387 Kodeksu postępowania karnego albo art. 156 Kodeksu karnego skarbowego, sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego **także wówczas**, jeżeli środek odwoławczy wniesiono **wyłącznie** na korzyść oskarżonego, zaskarżając rozstrzygnięcie co do winy lub co do kary lub środka karnego, objęte uprzednim porozumieniem”. Dodatkowe znaczenie precyzujące pełni w proponowanej redakcji wyraz „wyłącznie”.

2/ O wiele istotniejsze jest jednak to, czy proponowana zmiana, niezależnie od jej redakcji, rzeczywiście odzwierciedla standardy, których konieczność spełnienia założył Trybunał Konstytucyjny. Na wstępie zauważyć należy, że sformułowanie „rozstrzygnięcie co do winy” to – w języku prawniczym, ale także i prawnym (zob. art. 447 § 1 k.p.k.) rozstrzygnięcie co do „całości wyroku”, zaś „rozstrzygnięcie co do kary” (zob. art. 447 § 2 k.p.k.) to całość „rozstrzygnięcia o środkach karnych”. Tak więc od tej strony nie osiągamy w projekcie żadnego „zawężenia” ograniczenia działania zakazu *reformationis in peius* w wypadku zaskarżenia wyroku wyłącznie przez oskarżonego. Może więc ograniczenie to należycie delimituje końcowa część projektowanego przepisu : „...objęte uprzednim porozumieniem” ? Idzie, oczywiście, o rozstrzygnięcie objęte uprzednim porozumieniem. Niestety, jest to założenie zawodne, co najłatwiej wykazać stawiając kilka przykładowych, mających zupełnie podstawowy charakter, pytań :

a/ czy zaskarżenie wyroku, wydanego w wyniku zaakceptowanego przez sąd „dogadania” się oskarżonego z prokuratorem (art. 343 k.p.k.) albo porozumienia oskarżonego z sądem (art. 387 k.p.k.) za przestępstwo wadliwie „zakwalifikowane” jest zaskarżeniem „rozstrzygnięcia co do winy ...objętego uprzednim porozumieniem” ?

b/ czy zaskarżenie wyroku, wydanego w wyniku zaakceptowanego przez sąd „dogadania” się oskarżonego z prokuratorem (art. 343 k.p.k.) albo porozumienia oskarżonego z sądem (art. 387 k.p.k.) na karę nieznaną ustawie albo karę, której wymiar przekracza ustawowe granice (przy czym w wyroku nie odwołano się do przepisu o nadzwyczajnym jej wymiarze), w części dotyczącej orzeczenia o karze, jest zaskarżeniem „rozstrzygnięcia co do kary...objętego uprzednim porozumieniem” ?

c/ czy zaskarżenie wyroku, wydanego w wyniku zaakceptowanego przez sąd „dogadania” się oskarżonego z prokuratorem (art. 343 k.p.k.) albo porozumienia oskarżonego z sądem (art. 387 k.p.k.), które to orzeczenie wydane zostało przez sąd w składzie, w którym brała udział

osoba nieuprawniona, niezdolna do orzekania bądź podlegająca wyłączeniu na podstawie art. 40 k.p.k. lub choćby tylko przez sąd nienależycie obsadzony, jest zaskarżeniem „rozstrzygnięcia co do winy ...objętego uprzednim porozumieniem” ?

d/ czy zaskarżenie wyroku, wydanego w wyniku zaakceptowanego przez sąd „dogadania” się oskarżonego z prokuratorem (art. 343 k.p.k.) albo porozumienia oskarżonego z sądem (art. 387 k.p.k.), które to orzeczenie obarczone jest jakąkolwiek inną tzw. bezwzględną przyczyną uchylecia orzeczenia, jest zaskarżeniem „rozstrzygnięcia co do winy ...objętego uprzednim porozumieniem” ?

Bez zignorowania podstawowej metody wykładni, to jest wykładni językowej (czego projektodawcy chyba nie zakładali), na każde z tych pytań jawi się wręcz jednoznaczna odpowiedź : tak, jest to zaskarżenie rozstrzygnięcia (co do winy lub co do kary) „objętego uprzednim porozumieniem” w rozumieniu tezy wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Tak więc, przy tekście zmiany zaproponowanym w obu projektach, w każdym z tych wypadków, powinno być wyłączone działanie reguły gwarancyjnej zakazu *reformationis in peius*. Wypada zatem skonfrontować odpowiedzi uzyskane na powyższe pytania (zawarte w pkt. a-d) z zapatrywaniami Trybunału Konstytucyjnego (skądinąd prawidłowo przytoczonymi w uzasadnieniach obu projektów nowelizacyjnych). Przypomnieć w tym miejscu wypada fundamentalne wskazówki zawarte w uzasadnieniu wyroku Trybunału : *Należy uznać, że o ile wprowadzenie w zakwestionowanych przepisach ograniczenia zakazu reformationis in peius wiąże się z zachowaniem oskarżonego, zmierzającym do zniweczenia celów zakładanych przez ustawodawcę, a więc ze złamaniem porozumienia karnoprocesowego, to w tym zakresie należy uznać, że powyższe ograniczenie zachowuje właściwą miarę, proporcję między efektem ograniczenia a pewną dolegliwością dla jednostki. Zasadnie służy przeciwdziałaniu sytuacji, w której oskarżony najpierw inicjuje dobrowolne poddanie się karze, a następnie dąży do podważenia wyroku, licząc na dalsze polepszenie swej sytuacji procesowej i korzystając z zakazu reformationis in peius. W tym zakresie wyłączenie zakazu reformationis in peius spełnia test proporcjonalności sensu stricto. W związku z powyższym art. 434 § 3 i art. 443 zdanie pierwsze in fine k.p.k., w zakresie, w jakim dopuszczają możliwość orzeczenia na niekorzyść oskarżonego w oparciu o zarzuty związane ze skazaniem w trybie art. 387 k.p.k. w sytuacji zaskarżenia wyroku wyłącznie na korzyść oskarżonego, są zgodne z art. 42 ust. 2 Konstytucji. I dalej : Natomiast trudno uznać zachowanie proporcjonalności sensu stricto w stosunku do wprowadzonego ograniczenia zakazu reformationis in peius w sytuacji, w której przyczyna uchylecia wyroku nie leży po stronie oskarżonego, lecz po stronie sądu. W takich przypadkach wyłączenie zakazu orzekania na niekorzyść oskarżonego, a tym samym ograniczenie prawa do obrony, nie znajduje uzasadnienia w wartościach wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji i nie spełnia też warunków zasady proporcjonalności. Co więcej, sprzecznie z zasadą proporcjonalności dopuszcza do ograniczenia konstytucyjnego prawa do obrony w zakresie zakazu orzekania na niekorzyść oskarżonego. A następnie zaś już zupełnie jednoznacznie : Chodzi przede wszystkim o sytuacje, gdy oskarżony podnosi zasadne zarzuty obrazy przepisów prawa materialnego - art. 438 pkt 1 k.p.k., przepisów prawa proceduralnego w zakresie nieobjętym porozumieniem zawartym w trybie art. 387 k.p.k. - art. 438 pkt 2 k.p.k., albo też mają miejsce uchybienia stanowiące tzw. bezwzględne przyczyny odwoławcze - art. 439 k.p.k. Trybunał wyjaśnia zresztą, dlaczego zajmuje takie stanowisko, stwierdzając, że : W sytuacjach wyżej wskazanych dochodzi do naruszenia przepisów prawa materialnego lub procesowego, za które odpowiedzialność ponosi przede wszystkim sąd. Zakwestionowane przepisy art. 434 § 3 i art. 443 zdanie pierwsze in fine k.p.k., wyłączając zakaz reformationis in peius, pozwalają natomiast na obciążenie oskarżonego konsekwencjami błędu, którego dopuścił się sąd, procedując w sprawie bez dopełnienia należytej staranności. Należy się zgodzić, że "w takiej sytuacji obarczenie oskarżonego*

negatywnymi skutkami wniesienia przez niego zasadnego środka odwoławczego byłoby całkowicie niezrozumiałe i sprzeczne z podstawowymi założeniami procesu karnego".

Z powyższego wywodu wynika jasny wniosek. **Jeżeli mają być zachowane standardy wytyczone przez Trybunał, ograniczenie działania wyłączenia normy gwarancyjnej (wyjątek od reguły określonej w § 1) konstruowane być musi nie w zależności od tego, czego dotyczy rozstrzygnięcie, objęte uprzednim porozumieniem, ale w zależności od tego, do jakich racji odwołuje się autor środka odwoławczego, zaskarżając rozstrzygnięcie, które uprzednio zaakceptował** („objął porozumieniem”, wszakże gdyby tego nie uczynił, w ogóle nie mogłoby dojść do wydania rozstrzygnięcia w tzw. trybie konsensualnym). Komisja uważa, że Trybunał wytyczył właściwą ścieżkę. Przyznać jednak należy, że rzeczywiste zrealizowanie standardu wskazanego przez Trybunał niepomiernie komplikuje redakcję przepisu. **Dla osiągnięcia jednoznaczności językowej najlepszym rozwiązaniem jest takie, przy którym najpierw zniesione zostanie ograniczenie wyznaczone treścią paragrafu pierwszego, następnie zaś od tak określonego wyjątku skonstruowany zostanie wyjątek niejako „drugiego stopnia”. Intencją Trybunału oddałby zatem w pełni dopiero przepis w następującym brzmieniu :** „W wypadku skazania z zastosowaniem art. 343 lub art. 387 Kodeksu postępowania karnego albo art. 156 Kodeksu karnego skarbowego, sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego także wówczas, jeżeli środek odwoławczy wniesiono wyłącznie na korzyść oskarżonego. Nie dotyczy to jednak wypadku zasadnego podniesienia zarzutu obrazy prawa materialnego lub wskazania jednego z powodów określonych w art. 439 § 1 k.p.k.”. Ewentualnie, przy odwołaniu się do redakcji bardziej zbliżonej do tej, którą zaproponowano w dotychczasowych projektach : „Sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego, w wypadku skazania z zastosowaniem art. 343 lub art. 387 Kodeksu postępowania karnego albo art. 156 Kodeksu karnego skarbowego, także wówczas, jeżeli środek odwoławczy wniesiono na korzyść oskarżonego. Nie dotyczy to jednak wypadku zasadnego podniesienia zarzutu obrazy prawa materialnego lub wskazania jednego z powodów określonych w art. 439 § 1 k.p.k.”.

VI. W tym punkcie podniesione zostaną uwagi krytyczne Komisji wobec projektowanego rozwiązania, dotyczącego likwidacji ograniczenia zakazu *reformationis in peius* w wypadku zaskarżenia orzeczenia wydanego w wypadkach określonych w art. 60 § 3 i 4 Kodeksu karnego lub w art. 36 § 3 Kodeksu karnego skarbowego.

Jak to już zasygnalizowano w pkt IV opinii, w projekcie proponuje się całkowitą rezygnację z ograniczenia działania zakazu *reformationis in peius* wobec tzw. małych świadków koronnych, w tym także wobec tych z nich, którzy prowadzą nielojalną grę z organami wymiaru sprawiedliwości. Wypada zatem postawić trzy pytania. Po pierwsze, czy dotychczasowe unormowanie dotyczące tej problematyki wymaga zmian. Po drugie, czy proponowane rozwiązanie o radykalnym charakterze stanowi, istotnie, nowelizację „dostosowawczą” do standardu nakreślonego przez Trybunał Konstytucyjny. Po trzecie, czy proponowana zmiana jest racjonalna i odpowiada wymogom tzw. spójności systemowej.

1. Odpowiedź na pierwsze z postawionych pytań jest, rzecz jasna, pozytywna : tak, przepis art. 434 § 3 także i w zakresie omawianym w pkt VI opinii wymaga nowelizacji. Dano temu wyraz w piśmiennictwie prawniczym, którego nie ma potrzeby w tym miejscu przytaczać, z uwagi na jego powołanie w uzasadnieniu orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, stanowiącego asumpt do nowelizacji, jak i w orzeczeniach Sądu Najwyższego, w których rezygnując z czysto literalnego odczytania tekstu przepisu, z odwołaniem się do innych metod wykładni interpretowano „zweźajaco” przepis art. 434 § 3 k.p.k.

2. Odpowiedź na drugie z pytań powinna być już jednak negatywna. Proponowana zmiana o radykalnym charakterze, nie stanowi klasycznej nowelizacji o charakterze „dostosowawczym”. Po pierwsze dlatego, że ani w wyroku z dnia 28 kwietnia 2009 r., ani

tym bardziej w postanowieniu z dnia 1 lipca 2009 r., w związku z zakresem tzw. pytania prawnego skierowanego do Trybunału, sąd konstytucyjny nie był uprawniony do kontroli zgodności normy zawartej w art. 434 § 3 k.p.k., a dotyczącej sytuacji procesowej tzw. małych świadków koronnych, z którymkolwiek z wzorców konstytucyjnych. Uwagi Trybunału, zawarte w części motywacyjnej pierwszego ze wskazanych wyżej orzeczeń, mogą mieć zatem jedynie charakter kierunkowy, ale bynajmniej nie „wiązący”, czy wręcz nakazujący nowelizację „dostosowawczą”. Po drugie, owe uwagi o charakterze kierunkowym, przekazane przez Trybunał, są niezwykle enigmatyczne. W końcowych fragmentach wskazał on jedynie, że „niezbędna nowelizacja nie powinna ograniczać się wyłącznie do nowego uregulowania sytuacji wyłączenia zakazu orzekania na niekorzyść oskarżonego w wypadkach uprzedniego skazania z zastosowaniem art. 387 k.p.k., a więc dobrowolnego poddania się karze”, a zatem, że w pełni uzasadnione jest rozważenie „celowości zmiany również w zakresie dotyczącym sytuacji określonych w art. 60 § 3 i 4 k.k. lub art. 36 § 3 k.k.s. - na co wyraźnie wskazuje także doktryna postępowania karnego”. Jeśli już w wyroku Trybunału poszukiwać jakiegoś punktu odniesienia, to jest nim zasada proporcjonalności oraz poglądy „doktryny postępowania karnego”, do których zdaje się odsyłać sąd konstytucyjny. Należy zatem skonkludować, że w uzasadnieniu wyroku Trybunału nie napotkamy sformułowań, które nakazywałyby w omawianym tu zakresie nowelizację tak radykalną, jak zawarta w opiniowanych projektach senackim i rządowym. Także większość poglądów wyrażonych w piśmiennictwie nie jest tak radykalna.

3. Najbardziej skomplikowana i wymagająca najdłuższego wywodu jest odpowiedź na pytanie trzecie. Może bowiem niezależnie od tego, że radykalna propozycja zawarta w obu projektach z pewnością nie jest nowelizacją o charakterze *stricte* „dostosowawczym”, charakteryzując ją takie walory, iż powinna ona zyskać akceptację? Byłoby to możliwe, ale przy spełnieniu dwóch podstawowych warunków, a mianowicie, że proponowana zmiana jest w pełni racjonalna, a nadto, że odpowiada wymogom tzw. spójności systemowej. W odniesieniu do obu tak zakreślonych kryteriów rodzą się jednak poważnej natury wątpliwości. Należy spojrzeć, jakie uzasadnienie jest wskazywane już nie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego, ale w obu projektach nowelizacyjnych. W projekcie senackim przywoływany jest jedynie fragment uzasadnienia wyroku TK, który – jak to wykazano, po jego zacytowaniu, w poprzednim podpunkcie opinii – niczego nie determinuje i nie wyjaśnia. Nadto w zakończeniu uzasadnienia tego projektu (w punkcie 4., zatytułowanym „konsultacje”) następuje odesłanie do stanowiska wyrażonego w opinii Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, iż należy „wyłączyć w ogóle z zakresu wyjątku od zakazu te orzeczenia, które zapadły w warunkach art. 60 § 3 k.p.k. (oczywisty błąd – idzie oczywiście o art. 60 § 3 k.k., przy czym nie wiadomo dlaczego brak jest odniesienia także do art. 60 § 4 k.k.) albo art. 36 § 3 k.k.s.”. To ostatnie zauważenie nie jest jednak także uzasadnieniem, a jedynie stwierdzeniem, czy postulatem. W projekcie rządowym zawarty jest nieco szerszy (1/2 strony maszynopisu) wywód, zawierający pewne, ale jakże niepełne, elementy o charakterze motywacyjnym. Można je sprowadzić do argumentu, iż o ile w przypadku wydawania wyroku z zastosowaniem art. 343 lub 387 k.p.k. albo art. 156 k.k.s. oskarżony ma „bezpośredni wpływ na wysokość orzekanej kary lub środka karnego”, o tyle w przypadku dotyczącym małego świadka koronnego „orzeczenie karze i środkach, pomimo zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia, jest wyłącznie domeną sądu. Sąd pomimo stosowania reguł określonych w art. 60 § 6 k.k. wciąż bowiem wymierza karę według swego uznania i jest obowiązany uwzględnić wszystkie okoliczności mające wpływ na jej wymiar, wskazane w art. 53 k.k.”, a zatem oskarżony „winien mieć nieskrepowaną możliwość kontroli takich orzeczeń (...) bez jakichkolwiek obaw o pogorszenie swej sytuacji procesowej”. Nie negując zasadności podniesionej przez projektodawcę różnicy, wypada jednak postawić pytanie, czy argument ten przemawia za zmianą o charakterze aż tak radykalnym, jak proponowana.

Komisja doszła do przekonania, że co prawda jest to argument istotny, ale tylko przy wywodzeniu, że w wypadku tzw. małego świadka koronnego ograniczenie działania normy gwarancyjnej z art. 434 § 1 k.p.k. powinno być konstruowane w oparciu o całkowicie inne kryterium niż w wypadku orzeczeń wydawanych w trybie konsensualnym, a zatem, że częściowo zawodne jest tu kryterium racji, do jakich odwołuje się autor środka odwoławczego, zaskarżając rozstrzygnięcie. Co więcej, że w tym wypadku należy skarżącemu przyznać prawo oparcia środka odwoławczego nawet na najbardziej ocennej podstawie, jaką stanowi pkt. 4 art. 438 k.p.k. (rażąca niewspółmierność kary), bez ponoszenia ryzyka pogorszenia sytuacji procesowej. Nie jest to spostrzeżenie odkrywcze, albowiem wskazywano na nie w publikacjach poświęconych krytyce dotychczasowych unormowań. W rezultacie, Komisja uważa, że tzw. **mały świadek koronny powinien mieć nieskrępowaną możliwość zaskarżania orzeczeń, pod jednym wszakże warunkiem, a mianowicie, że zachowuje elementarną lojalność wobec organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, a więc nie zmienia, w szczególności nie odwołuje, treści swych depozycji, których złożenie stanowiło warunek sine qua non zastosowania wobec jego osoby jednego z dobrodziejstw określonych w art. 60 § 3 lub § 4 k.k. albo w art. 36 § 3 k.k.s.** Taka była bowiem fundamentalna racja (aczkolwiek, co już wyżej przyznano, niefortunnie zredegowana) przy wprowadzaniu tego ograniczenia w tzw. noweli styczniowej z 2003 r. (modyfikowanej nowelą z lipca 2005 r.) do kodeksu postępowania karnego i tej fundamentalnej racji, co do zasady, nie podważano w piśmiennictwie. Nie stoi ona także w sprzeczności z zasadą proporcjonalności, na której ufundował swoje zastrzeżenia Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 kwietnia 2009 r. Odejście w tym wypadku, gdy tzw. mały świadek koronny prowadzi instrumentalną, nielojalną, grę z organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości, od rozwiązania, które legło u podstaw nowelizacji art. 434 § 3 k.p.k. w styczniu 2003 roku, nie znajduje w pełni racjonalnego uzasadnienia. Warto w tym miejscu przypomnieć, że w wypadku innego rozwiązania, a mianowicie ustawy o „dużym” świadku koronnym cały model procedowania nastawiony jest na podjęcie ostatecznej decyzji o zastosowaniu profitów dopiero po „wywiązaniu się” przez takiego świadka w całości ze współpracy z organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Należy też dostrzec to, że proponowana nowelizacja doprowadziłaby do niespójności systemowej, zarówno „zewnątrznej” (porównanie sytuacji nielojalnego „małego” świadka koronnego z sytuacją nielojalnego „dużego” świadka koronnego), jak i - co jeszcze istotniejsze - do niespójności systemowej „wewnętrznej”. Ani w projekcie senackim, ani w projekcie rządowym nie zaproponowano bowiem jednoczesnej rezygnacji z drugiego, niejako „równoległego” rozwiązania wprowadzonego w noweli styczniowej z 2003 roku, dotyczącego podstaw wznowienia postępowania karnego na niekorzyść skazanego. Opiniowane projekty nie postulują uchylecia możliwości wznowienia *propter malitiam (propter machinationem)* – przewidzianego w art. 540a pkt 1 k.p.k. Tak więc taka sama nielojalność miałaby – w zależności od etapu postępowania, na którym oskarżony dopuści się jej – pozostać obłożona swoistą „sankcją procesową” (art. 540a pkt 1 k.p.k.) lub też pozostawać bezkarna (projektowane brzmienie art. 434 § 3 k.p.k.).

4. Końcowa część wywodu opinii poświęcona jest zagadnieniu, jaki powinien być kierunek nowelizacji art. 434 § 1 k.p.k. w zakresie wyjątku od reguły zakazu *reformationis in peius*, gdy idzie o nielojalnych „małych” świadków koronnych. Podstawowe założenie zasygnalizowane zostało już w poprzednim podpunkcie – **należy sięgnąć do rozwiązania przywiązującego decydującą wagę do tego, czy „mały” świadek koronny potwierdza na dalszym etapie postępowania** (to jest już po skorzystaniu z profitów, określonych w art. 60 § 3 lub § 4 k.k. albo w art. 36 § 3 k.k.s., ale jeszcze przed uprawomocnieniem się wyroku) **swoje wyjaśnienia lub zeznania**. Takie też rozwiązanie przewidziano w projektach nowelizacji k.p.k. przygotowanym przed laty przez zespoły powołane najpierw przez minister H.Suchocką, a następnie przez ministra (wówczas) L.Kaczyńskiego. Proponowano w nich

nawet taką samą stylizację przepisów. Godne przypomnienia jest to, że na etapie prac parlamentarnych z pięciu ekspertyz, zamówionych przez Biuro Studiów i Ekspertyz Sejmu RP, dotyczących zmian w kodeksie postępowania karnego, tylko w jednej zakwestionowano wprowadzenie sygnalizowanych tu ograniczeńⁱ. W dwóch ekspertyzach zaakceptowano je poprzez „przemilczenie”ⁱⁱ, zaś w następnych dwóch zaakceptowano je w sposób wyraźnyⁱⁱⁱ. W kolejnych dwóch ekspertyzach, zamówionych już przez Dział Ekspertyz Kancelarii Senatu RP, znów w nader wyraźny sposób zaaprobowano tak właśnie ograniczony model zakazu *reformationis in peius*^{iv}. W sposób jednoznaczny zaakceptowała też model ograniczonego zakazu *reformationis in peius* Krajowa Rada Sądownictwa^v. Zatem, **jeśli „mały” świadek koronny nie zmienia treści swoich depozycji, powinien on być objęty pełną gwarancją zakazu *reformationis in peius*, niezależnie od tego, na jakich podstawach opiera wniesiony na swą korzyść środek odwoławczy.** Gwarancję tę możnaby i należałoby pozostawić także w tych sytuacjach, gdy co prawda „mały” świadek koronny złamał swoistą umowę, która przyniosła mu nadzwyczajne profity, ale wniesiony środek odwoławczy oparty jest na zasadnie wskazanym uchybieniu, należącym do katalogu art. 439 § 1 k.p.k. Całkowicie niefunkcjonalne byłoby bowiem rozwiązanie, w świetle którego dostrzegając jedno z uchybień, stanowiących tzw. bezwzględną przyczynę uchylenia orzeczenia, oskarżony taki – z ostrożności, aby nie narazić się na pogorszenie swej sytuacji – rezygnowałby z zaskarżenia wyroku obarczonego jednym z najpoważniejszych błędów, o uniknięcie których dbać powinien przede wszystkim sąd i którego sygnalizacja dopiero po uprawomocnieniu się orzeczenia powodowałaby konieczność wznowienia postępowania z urzędu na podstawie art. 542 § 3 k.p.k. Można ewentualnie przedyskutować nadto potrzebę rozciągnięcia owego „wyjątku od wyjątku” także na sytuację, w której sąd stosując nadzwyczajne złagodzenie kary naruszył jednak prawo materialne przy wymiarze owej kary nadzwyczajnie łagodzonej.

Ponieważ zarówno formułowanie wyjątku od reguły, przewidzianej w przepisie art. 434 § 1 k.p.k., jak i następnie wyjątku od owego wyjątku, wymaga w tym wypadku odwołania się do innych kryteriów niż w wypadku sytuacji dotyczącej postępowań zakończonych w formie konsensualnej, niezbędne byłoby poświęcenie temu układowi procesowemu **odrębnej jednostki redakcyjnej** (wadą dotychczasowego rozwiązania jest to, że starało się w jednej jednostce redakcyjnej opisać diametralnie odmienne konfiguracje). **Odrębny § 4 art. 434 mógłby otrzymać np. brzmienie** : „W wypadku skazania z zastosowaniem art. 60 § 3 lub 4 Kodeksu karnego lub art. 36 § 3 Kodeksu karnego skarbowego, sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego także wówczas, jeżeli środek odwoławczy wniesiono wyłącznie na korzyść oskarżonego, który po wydaniu wyroku nie potwierdził w postępowaniu karnym ujawnionych przez siebie wcześniej informacji. Nie dotyczy to jednak wypadku zasadnego podniesienia zarzutu obrazy prawa materialnego lub wskazania jednego z powodów określonych w art. 439 § 1 k.p.k.” Przy innej zaś stylizacji brzmienie : „Sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego, w wypadku skazania z zastosowaniem art. 60 § 3 lub § 4 Kodeksu karnego albo art. 36 § 3 Kodeksu karnego skarbowego, także wówczas, jeżeli środek odwoławczy wniesiono na korzyść oskarżonego. Nie dotyczy to jednak wypadku zasadnego podniesienia zarzutu obrazy prawa materialnego lub wskazania jednego z powodów określonych w art. 439 § 1 k.p.k.”.

VII. Na marginesie wypada zasygnalizować, że jeśli w strukturze przepisu art. 434 k.p.k. pozostanie jednostka redakcyjna przewidująca wyjątki od reguły określonej w art. 434 § 1 k.p.k., to właściwe byłoby, umiejscowienie tych wyjątków bezpośrednio po regule, a więc po paragrafie pierwszym. Przepis obecnego § 2. art. 434 k.p.k. formułuje zupełnie inną normę, niezwiązaną funkcjonalnie ani z normą stanowiącą regułę, ani z normami regulującymi wyjątki od reguły. **W strukturze przepisu powinien zatem być paragrafem ostatnim.**

Takie „przenumerowanie” paragrafów wymagałoby jednak, zgodnie z zasadami techniki prawodawczej, nadania nowego brzmienia całemu przepisowi art. 434 k.p.k.

Przypisy:

ⁱ Ekspertyza prof. K.Zgryzka, datowana 20 lutego 2001 r. (s. 56 i 57 maszynopisu), w której autor stwierdził m.in. „Moralnie rzecz tę ujmując, mielibyśmy tu zatem do czynienia, w przypadku wprowadzenia w życie proponowanego rozwiązania, ze swego rodzaju odpłatą za to, że organy wymiaru sprawiedliwości zostały oszukane i na podstawie później odwołanych wyjaśnień zastosowały wobec takiego oskarżonego dobrodziejstwo wynikające z przepisu art. 60 § 3 k.k. Jest to jednak jedyna, dość zresztą wątpliwa, zaleta proponowanego rozwiązania. Postulat bowiem zmierza w kierunku pozbawienia oskarżonego ochrony wynikającej z fundamentu prawa do obrony, jakim jest zakaz *reformationis in peius*.”

ⁱⁱ Ekspertyzy prof. A.Gaberle, datowana 12 lutego 2001 r. oraz prof. P.Kruszyńskiego, datowana 15 lutego 2001 r. Wolno bowiem przyjąć, że skoro autorzy ci w swych ekspertyzach zgłosili wiele zastrzeżeń, zarówno o charakterze ogólnym, jak i odnośnie do poszczególnych proponowanych rozwiązań, zaś ani słowem nie kwestionują zmian proponowanych w art. 434 § 3 i art. 443 k.p.k., tym samym milcząco akceptują przyjęte tam rozwiązania.

ⁱⁱⁱ Ekspertyzy prof. P. Hofmańskiego, datowana 1 lutego 2001 r (s. 42 maszynopisu) oraz SSN S. Zabłockiego, datowana 12 lutego 2001 r. (s. 51 maszynopisu).

^{iv} Ekspertyzy prof. J.Tylmana, datowana 3 września 2001 r. (s. 26 maszynopisu) oraz prof. Z.Świdy, datowana „wrzesień 2001 r.” (s. 2 maszynopisu).

^v Por. „Stanowisko Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 14 marca 2000 r. do projektu ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw”, KRS-141-16-2000, s. 8 maszynopisu.