

Grzegorz Goniewicz¹

Znaczenie pozytywnego wyniku mediacji dla możliwości zastosowania środków probacyjnych²

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest omówienie wpływu pozytywnego rezultatu mediacji przeprowadzonej pomiędzy sprawcą czynu zabronionego a pokrzywdzonym na możliwość zastosowania przez sąd środków probacyjnych. Autor dokonał tej analizy zarówno z perspektywy treści przepisów regulujących środki probacyjne, jak i ich funkcji. We wstępie pracy została zawarta charakterystyka mediacji jako instrumentu sprawiedliwości naprawczej oraz jej umiejscowienie w polskim systemie prawa karnego. Autor opisał przesłanki ustalania pozytywnej prognozy kryminologicznej w kontekście orzekania warunkowego umorzenia postępowania, warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności oraz warunkowego przedterminowego zwolnienia oraz wpływ, jaki może mieć pozytywny wynik mediacji na możliwość stosowania każdego z tych środków. Wobec niewystarczającego stosowania mediacji w praktyce, w artykule przedstawiono propozycje legislacyjne, których wprowadzenie powinno wpłynąć na jej rozpowszechnienie, co będzie miało także wpływ na orzekanie środków probacyjnych.

Słowa kluczowe: sprawiedliwość naprawcza, mediacja, środki probacyjne, pozytywna prognoza kryminologiczna, warunkowe umorzenie postępowania, warunkowe zawieszenie wykonania kary, warunkowe przedterminowe zwolnienie

¹ Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantem adwokackim.

² Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2014-2018 jako projekt badawczy w ramach programu pod nazwą „Diamentowy Grant”.

1. Wstęp – przedmiot artykułu

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza regulacji kodeksowych dotyczących środków związanych z poddaniem sprawcy czynu zabronionego próbie (tzw. środków probacyjnych): warunkowego umorzenia postępowania karnego (dalej jako: „**warunkowe umorzenie**”), warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności (dalej jako: „**warunkowe zawieszenie**”) oraz warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności (dalej jako: „**warunkowe zwolnienie**”) z perspektywy wpływu jaki może mieć pozytywny wynik mediacji na możliwość ich zastosowania.

Jak wynika z analizy orzecznictwa sądowego w sprawach, w których orzeczono warunkowe umorzenie lub warunkowe zawieszenie, pomimo tego, że mediacja w sprawach karnych jest obecna w polskim systemie od niemal 20 lat, nie znajduje ona praktycznego przełożenia na stosowanie tych środków probacyjnych. Wynika to zarówno z faktu, że mediacja w sprawach karnych jest wciąż niewykorzystywana w odpowiednim stopniu, jak i z tego, że sądy stosujące środki probacyjne (lub odmawiające ich zastosowania) w uzasadnieniach swoich orzeczeń zasadniczo ograniczają się do powołania na kodeksowe przesłanki zastosowania tych środków i do stwierdzenia, że w przypadku sprawcy te przesłanki zachodzą lub nie zachodzą, nie analizując szczegółowo okoliczności konkretnego przypadku. Jeżeli chodzi zaś o mediację w toku postępowania wykonawczego, która może być wzięta pod uwagę przy stosowaniu warunkowego zwolnienia, stanowi ona w istocie instytucję martwą.

Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest brak odpowiednich przepisów k.k., które umożliwiałyby sądowi orzekającemu w przedmiocie stosowania środków probacyjnych brać pod uwagę pozytywnego wyniku mediacji pomiędzy sprawcą czynu zabronionego a pokrzywdzonym.

2. Mediacja jako instrument sprawiedliwości naprawczej

Wprowadzenie mediacji do systemu prawa karnego wiąże się z odchodzeniem od retributywizmu, opartego przede wszystkim na karze pozbawienia wolności, na rzecz koncepcji sprawiedliwości naprawczej (ang. *restorative justice*). Koncepcja ta wyłoniła się w wyniku zauważonej w doktrynie nieefektywności wykonywania kary pozbawienia wolności. Opiera się ona na założeniu, że pokrzywdzonemu należy przyznać większe uprawnienia w toku postępowania karnego, które powinno przy tym zmierzać do usunięcia lub co najmniej zmniejszenia konfliktu, jaki wytworzył się pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym w wyniku popełnionego przestępstwa, a także do zaspokojenia słuszych interesów pokrzywdzonego.

Sprawiedliwość naprawcza nie została zdefiniowana w żadnym krajowym akcie prawnym. Jej definicja legalna znajduje się za to w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 roku. Zgodnie z art. 2 ust. 1d tej dyrektywy, „sprawiedliwość naprawcza” oznacza wszelkie procedury, dzięki którym ofiara oraz sprawca mają możliwość, pod warunkiem wyrażenia przez nich na to dobrowolnej

zgody, czynnego udziału w rozwiązaniu kwestii będących wynikiem przestępstwa przy pomocy bezstronnej strony trzeciej. Jak wskazuje Ministerstwo Sprawiedliwości na stronie internetowej mającej popularyzować stosowanie mediacji, mediacja karna to „sposób dobrowolnego rozwiązywania problemów, powstałych w wyniku przestępstwa, na drodze porozumiewania się pokrzywdzonego i podejrzanego lub oskarżonego, z pomocą mediatora. Mediacja może dotyczyć wszystkich przestępstw”³.

Zgodnie z koncepcją sprawiedliwości naprawczej, celem polityki karnej jest rozwiązanie konfliktu między sprawcą a ofiarą przestępstwa w ten sposób, że sprawca zrekompensował ofierze doznane krzywdy i szkody, w zamian za co zostanie łagodniej potraktowany przez organy wymiaru sprawiedliwości⁴. Nurt sprawiedliwości naprawczej pozwala więc na uwzględnienie w procesie karnym słusznych interesów pokrzywdzonego⁵.

Mediacja jest jednym z podstawowych instrumentów współczesnego prawa karnego, uwzględniającym postulaty sprawiedliwości naprawczej. Umożliwia ona bowiem spotkanie sprawcy czynu zabronionego oraz jego ofiary, dzięki której mają oni możliwość – przy udziale bezstronnej osoby trzeciej (mediatora) – dojścia do porozumienia w zakresie sposobu naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem⁶.

Zastosowanie mediacji może się przyczynić do pełniejszej realizacji celów postępowania karnego, określonych w art. 2 § 1 k.p.k. W szczególności, pozwala ona na uwzględnienie w postępowaniu prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.), ale także na realizację zasady szybkości procesowej (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.). Należy stwierdzić, że mediacja oraz uwzględnienie jej wyniku przy rozstrzygnięciu nie stanowi odstępstwa od przewidzianej w art. 2 § 1 k.p.k. zasady trafnej reakcji karnej. Co prawda uwzględnienie pozytywnego wyniku mediacji może doprowadzić do obniżenia dolegliwości zastosowanej wobec sprawcy (czyli w istocie do łagodzenia odpowiedzialności karnej), jednakże następuje to w granicach ogólnych dyrektyw wymiaru kary, przewidzianych w art. 53 k.k. Co za tym idzie, między dyrektywą uwzględniania wyniku mediacji przy wymiarze kary a zasadą trafnej reakcji karnej nie ma sprzeczności – wręcz przeciwnie, należy przyjąć, że realizacja tej dyrektywy stanowi wyraz trafnego zastosowania środków przewidzianych w prawie karnym, zgodnie z dyspozycją art. 2 § 1 pkt. 2 k.p.k.

³ Informacja na stronie internetowej <http://mediacja.gov.pl/>, 01.10.2016. Z praktycznego punktu widzenia mediacja ma największe szanse powodzenia w przypadku mniej poważnych przestępstw oraz przestępstw nieumyślnych, gdyż z reguły nie generują one tak natężonego konfliktu między sprawcą a pokrzywdzonym, jak przykładowo przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu lub przeciwko wolności seksualnej.

⁴ E. Bienkowska, *Mediacja w sprawach karnych. Stan prawny na 1 września 2011*, Ministerstwo sprawiedliwości 2011.

⁵ C. Kulesza, *Mediacja jako program sprawiedliwości naprawczej w Polsce (uwagi na tle dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r.)* [w:] *Unijne standardy programów sprawiedliwości naprawczej*, red. L. Mazowiecka, LEX/el. 2015; zob. także: K. Mamak, P. Czarnecki, *Triumfy funkcji kompensacyjnej w prawie karnym na marginesie art. 59a k.k.* [w:] *Nowelizacja części ogólnej Kodeksu karnego – nieunikniona konieczność czy pozorna potrzeba*, Kraków 2013, s. 89–112, s. 92–93.

⁶ K. Dąbkiewicz, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym – refleksje na tle historii pewnej nowelizacji (art. 162 § 1 k.k.w.)*, *Probacja* 2013, Nr 4.

3. Przepisy Kodeksu postępowania karnego dotyczące mediacji

Mediacja została wprowadzona do polskiego systemu prawa karnego w 1997 roku, wraz z uchwaleniem nowego k.k.⁷ oraz k.p.k.⁸ Mediacja była pierwotnie uregulowana w artykułe 320 k.p.k. a skierowanie sprawy do mediacji było zastrzeżone do wyłącznej kompetencji prokuratora. Na mocy ustawy z dnia 10 stycznia 2003 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, mediacja została przeniesiona do przepisów ogólnych k.p.k. (nowo utworzony artykuł 23a) oraz bardziej rozbudowana⁹. Kompetencja do skierowania sprawy do mediacji została przyznana także sądowni. Ostatnia nowelizacja przepisów k.p.k. dotyczących mediacji została dokonana na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁰. Szczegółowe zasady prowadzenia postępowania mediacyjnego zawiera Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych¹¹, wydane na podstawie delegacji zawartej w artykułe 23a § 8 k.p.k.

4. Wpływ pozytywnego wyniku mediacji na stosowanie instytucji przewidzianych w Kodeksie karnym

Uregulowanie instytucji mediacji w przepisach wstępnych Kodeksu postępowania karnego (art. 23a k.p.k.) powoduje, że została ona niejako wyjęta przed nawias, co daje możliwość jej zastosowania na każdym etapie procesu karnego¹². Dotyczy to również orzekania w przedmiocie stosowania środków związanych z poddaniem sprawcy czynu zabronionego próbie (tzw. środków probacyjnych).

Zgodnie z artykułem 53 § 3 k.k., wymierzając karę sąd bierze także pod uwagę pozytywne wyniki mediacji przeprowadzonej pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem. Na mocy artykułu 56 k.k., przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do orzekania innych środków przewidzianych w tym kodeksie, z wyjątkiem obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Jak wynika zarówno z literalnego brzmienia artykułu 53 § 3 k.k. oraz z gwarancyjnej funkcji prawa karnego, wynik mediacji może mieć wyłącznie pozytywne przełożenie na sytuację procesową sprawcy czynu zabronionego¹³. Niedopuszczalna jest bowiem sytuacja by sąd wziął pod uwagę negatywny wynik mediacji (tj. fakt niedojścia sprawcy i pokrzywdzonego do porozumienia w jej toku) jako okoliczność obciążającą sprawcę. Wobec tego, w art. 53 § 3 k.k.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88 poz. 553 ze zm.).

⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89 poz. 555 ze zm.).

⁹ Dz.U.2003.17.155.

¹⁰ Dz.U.2013.1247.

¹¹ Dz.U. 2015 poz. 716.

¹² *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, LEX/el.2016.

¹³ T. Bojarski, *Komentarz do art. 53 KK [w:] Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, LEX/el. 2016.

ustawodawca wprowadził istotny bodziec dla sprawcy, skłaniający go do pojednania się z pokrzywdzonym, w tym także za pomocą udziału w mediacji.

Z formalnego punktu widzenia art. 53 § 3 k.k. nie przewiduje uwzględniania przy wymiarze kary okoliczności, że między sprawcą a pokrzywdzonym była prowadzona mediacja, jednak jej wynik nie był pozytywny. Jeżeli jednak z okoliczności sprawy wynika, że sprawca rzeczywiście (a nie tylko pozornie) dążył do pojednania się z pokrzywdzonym poprzez mediację, do czego jednak nie doszło (przykładowo ze względu na postawę pokrzywdzonego), sąd powinien to wziąć pod uwagę. Takie zachowanie sprawcy stanowi bowiem przejaw starania o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, co powinno zostać uwzględnione zgodnie z art. 53 § 2 k.k.

Jeżeli zaś to pokrzywdzony dąży do pojednania się ze sprawcą w wyniku mediacji, jednak sprawca nie wykazuje takiej inicjatywy, stosownie do okoliczności może to zostać wzięte przez uwagę jako okoliczność obciążająca sprawcę, co również jest dopuszczalne na gruncie art. 53 § 2 k.k., przewidującym obowiązek uwzględnienia zachowania sprawcy po popełnieniu przestępstwa przy orzekaniu.

Co zrozumiałe, przeprowadzenie mediacji nie jest możliwe w przypadku każdego przestępstwa. Dotyczy to w szczególności tzw. przestępstw bez ofiar, w przypadku których nie występuje pokrzywdzony.

Instytucją, która dawała szansę na szersze stosowanie mediacji, było przewidziane w artyku 59a k.k. umorzenie postępowania na wniosek pokrzywdzonego przed wszczęciem przewodu sądowego. Przesłanką tego umorzenia było pojednanie się sprawcy z pokrzywdzonym, w szczególności w wyniku mediacji. Przepis ten, który został wprowadzony do k.k. od 1 lipca 2015 roku, został jednak usunięty z k.k. z dniem 15 kwietnia 2016 roku¹⁴. Zbyt krótkie obowiązywanie artykułu 59a k.k. nie pozwoliło na zaobserwowanie, czy w dłuższym okresie spowoduje on popularyzację mediacji w sprawach karnych w Polsce.

De lege lata pojednanie się sprawcy z pokrzywdzonym może wpłynąć na wymierzenie nawiązki w niższej wysokości (art. 47 § 4 k.k.) oraz jest przesłanką fakultatywną nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 2 k.k.).

5. Pozytywna prognoza kryminologiczna jako przesłanka zastosowania środków probacyjnych

Przesłanką zastosowania każdego ze środków probacyjnych jest zaistnienie tzw. pozytywnej prognozy kryminologicznej, która pozwala na warunkowe odstąpienie od orzekania lub wykonywania kary. Ze względu na autonomiczny charakter tych środków, pozytywna prognoza kryminologiczna będzie miała dla każdego z nich inne przesłanki i funkcje¹⁵. W przypadku warunkowego umorzenia, ustalenie pozytywnej prognozy

¹⁴ Na mocy ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.437).

¹⁵ Zob. J. Skupiński, *Komentarz do art. 77 KK, teza 27* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Legalis/el. 2014.

kryminologicznej polega na stwierdzeniu, że postawa sprawcy niekaranego za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa (art. 66 § 1 k.k.). Warunkowe zawieszenie jest zaś możliwe, jeżeli jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa (art. 69 § 1 k.k.), przy czym sąd uwzględnia „przede wszystkim¹⁶ postawę sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa” (art. 69 § 2 k.k.). Warunkowe umorzenie oraz warunkowe zawieszenie są stosowane przez sąd orzekający w przedmiocie odpowiedzialności karnej. W odróżnieniu od powyższych środków, decyzję w przedmiocie zastosowania warunkowego zwolnienia podejmuje sąd penitencjarny. Może to mieć miejsce po upływie określonego w ustawie *quantum* kary pozbawienia wolności wprowadzonej do wykonania (tzw. przesłanka formalna warunkowego zwolnienia, określona w art. 78 i 79 k.k.). Pomimo że warunkowe zwolnienie jest stosowane przez sąd penitencjarny na etapie wykonawczym postępowania karnego, tzw. przesłanka materialna jego stosowania znajduje się w k.k. Zgodnie z art. 77 § 1 k.k., w kontekście warunkowego zwolnienia pozytywna prognoza kryminologiczna wobec skazanego zachodzi tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa.

Jak wynika z powyższej analizy, żaden z przepisów k.k. dotyczących możliwości zastosowania środków probacyjnych nie odnosi się bezpośrednio do pozytywnego wyniku mediacji jako okoliczności przemawiającej za jego zastosowaniem. Możliwość taką można jednak wyinterpretować z treści oraz funkcji poszczególnych regulacji.

6. Wpływ pozytywnego wyniku mediacji na możliwość zastosowania warunkowego umorzenia

Zgodnie z art. 66 k.k. w wersji obowiązującej przed 1 lipca 2015 r., zastosowanie warunkowego umorzenia było możliwe jeżeli przestępstwo zarzucane sprawcy było zagrożone karą do 3 lat pozbawienia wolności. Wyjątek od tej zasady przewidywał art. 66 § 3 k.k., który umożliwiał zastosowanie warunkowego umorzenia wobec sprawcy, którego czyn jest zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, jeżeli pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą, sprawca naprawił wyrządzoną przestępstwem szkodę lub uzgodnił z pokrzywdzonym sposób jej naprawienia. Mimo że z literalnego brzmienia tego przepisu nie wynikała szersza możliwość zastosowania warunkowego umorzenia w wypadku, gdy sprawca oraz pokrzywdzony zawrą ugodę w wyniku mediacji, nie

¹⁶ Na uwagę zasługuje fakt, iż w przeciwieństwie do przesłanki materialnej warunkowego umorzenia postępowania oraz warunkowego zwolnienia, przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary katalog czynników wpływających na ocenę pozytywnej prognozy kryminologicznej jest otwarty.

ulega wątpliwości, że było to dopuszczalne. W wyniku mediacji sprawca może bowiem zarówno pojednać się z pokrzywdzonym, jak i uzgodnić z nim sposób naprawienia szkody, co było przesłanką zastosowania warunkowego umorzenia wobec sprawcy czynu zagrożonego karą do 5 lat pozbawienia wolności.

Na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁷ rozszerzono możliwość zastosowania warunkowego umorzenia¹⁸. Warunkowe umorzenie jest bowiem obecnie możliwe wobec sprawców czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności w wymiarze do 5 lat¹⁹. Tą samą nowelizacją dokonano jednak skreślenia § 3 art. 66 k.k., co oznacza, że *de lege lata* ustawa nie przewiduje wpływu pojednania się sprawcy z pokrzywdzonym na możliwość wydania wyroku warunkowo umarzającego postępowanie. Stan ten nie był niewątpliwie zamierzony przez ustawodawcę. Nie ma bowiem funkcjonalnego uzasadnienia dla wykreślenia przesłanki pojednania się sprawcy z pokrzywdzonym (do którego mogło dojść w wyniku mediacji) z regulacji dotyczącej warunkowego umorzenia. Zamierzenie takie nie wynika również z uzasadnienia rządowego projektu k.k.²⁰, co przemawia za stwierdzeniem, że omówiony wyżej skutek jest efektem ubocznym wprowadzonej nowelizacji.

Pozytywny wynik mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym (w postaci pojednania czy uzgodnienia sposobu naprawienia szkody) nie zawiera się w zakresie żadnej z elementów kształtowania pozytywnej prognozy kryminologicznej warunkowego umorzenia (art. 66 § 1 k.k.). Nie oznacza to jednak, że ugoda zawarta w wyniku mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym nie może być obecnie wzięta pod uwagę przy orzekaniu o warunkowym umorzeniu. Konkluzja taka byłaby nieprawidłowa jako równoznaczna ze stwierdzeniem, że również w poprzednim stanie prawnym pozytywny wynik mediacji nie mógł doprowadzić do warunkowego umorzenia, jeżeli czyn sprawcy był zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3. Wniosek taki wynika z funkcjonalnej i systemowej wykładni art. 66 k.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 roku. Pojednanie się sprawcy z pokrzywdzonym było uznane za wyjątkową okoliczność, mogącą uzasadniać szersze zastosowanie warunkowego umorzenia. Nie ma jednak podstaw do przyjęcia, że okoliczność zawarcia ugody w wyniku mediacji nie mogła być wzięta pod uwagę w wypadku sprawcy czynu zagrożonego karą do 3 lat pozbawienia wolności, tj. w „zwykłym” przypadku zastosowania warunkowego umorzenia.

Podstawą normatywną do uwzględnienia pozytywnego wyniku mediacji przy orzekaniu o warunkowym umorzeniu postępowania jest – oprócz wspomnianego już art. 53 § 3 k.k. – także art. 53 § 2 w zw. z art. 56 k.k. Zgodnie z art. 56 k.k., określone w art. 53, art. 54 § 1 oraz art. 55 k.k. dyrektywy wymiaru kary stosuje się również do innych

¹⁷ Dz.U.2013.1247; weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

¹⁸ J. Majewski, *Komentarz do art. 66 KK [w:] Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, teza 1*; LEX/el. 2015.

¹⁹ Zob. G. Goniewicz, *Orzekanie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbywania reszty kary pozbawienia wolności po nowelizacji kodeksu karnego*, *Palestra* 7-8/15, s. 75-85.

²⁰ W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw kwestia ta nie została w ogóle poruszona. Projekt ten nie zawierał zresztą założeń o skreśleniu art. 66 § 3 k.k. Poprawka ta pojawiła się na etapie prac legislacyjnych.

środków przewidzianych w kodeksie. Jak wskazuje się w nauce prawa, do „innych środków” w rozumieniu tego przepisu należą również środki probacyjne, w tym także warunkowe umorzenie²¹. Zgodnie zaś z art. 53 § 2 k.k., sąd orzekający karę ma obowiązek uwzględnić m.in. zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa, a zwłaszcza starania o naprawienie szkody. Nie ulega wątpliwości, że pozytywny wynik mediacji może być zatem uwzględniony w procesie orzekania warunkowego umorzenia, gdyż sam udział w mediacji – szczególnie zaś dojście w jej ramach do porozumienia z pokrzywdzonym – stanowi istotny przejaw zachowania sprawcy po popełnieniu przestępstwa. W okolicznościach konkretnej sprawy może to także zostać uznane za dążenie do naprawienia szkody (a już na pewno gdy po zawarciu ugody w czasie mediacji sprawca tą szkodę w istocie naprawił). Zastosowanie art. 53 § 2 k.k. może przyczynić się do orzeczenia warunkowego umorzenia w sytuacji, gdy z różnych względów (np. ze względu na brak woli lub inicjatywy pokrzywdzonego) nie doszło do ugody w wyniku mediacji, zatem niemożliwe jest zastosowanie art. 53 § 3 k.k.

Jak wynika z powyższego, zarówno art. 53 § 2 jak i art. 53 § 3 w zw. z art. 56 k.k. dają podstawę do uwzględnienia pozytywnego wyniku mediacji przy orzekaniu o warunkowym umorzeniu²².

Co oczywiste, pozytywny wynik mediacji nie jest przesłanką wystarczającą do zastosowania warunkowego umorzenia w tym sensie, że dla jego orzeczenia muszą wystąpić także pozostałe elementy pozytywnej prognozy kryminologicznej, określone w art. 66 § 1 k.k.²³ Sąd orzekający ma bowiem obowiązek łącznego rozpatrywania tych przesłanek. Trudno zatem wyobrazić sobie sytuację, kiedy wina sprawcy i społeczna szkodliwość jego czynu są znaczne, jednak pojednał się on ze sprawcą w toku mediacji, zatem mógłby skorzystać z dobrodziejstwa warunkowego umorzenia. Takie rozwiązanie byłoby sprzeczne z funkcją, jaką pełni warunkowe umorzenie w systemie prawnym. Byłby to również wyraz nie tyle uwzględnienia funkcji kompensacyjnej prawa karnego i postulatów sprawiedliwości naprawczej, ale przyznanie im prymatu nad funkcją represyjną oraz prewencyjno-indywidualną i ogólnoprewencyjną. W obecnym stanie prawnym nie ma zaś podstaw do takiego zabiegu.

Podsumowując, *de lege lata* istnieje możliwość wzięcia pod uwagę pozytywnego wyniku mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym i orzeczenia na tej podstawie – choć, co oczywiste, nie tylko na niej – warunkowego umorzenia. Rozwiązanie takie jest przy tym funkcjonalnie uzasadnione. Z jednej strony czyni ono zadość funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego, z drugiej może mieć istotny walor indywidualno-prewencyjny. Sprawca czynu zabronionego mający świadomość, że dzięki pojednaniu się

²¹ Tak W. Wróbel, *Komentarz do art. 56 KK*, teza 2 [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, Komentarz do art. 53-116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, wyd. 5, Wolters Kluwer 2016 (zob. także powołaną tam literaturę). Autor niniejszego artykułu opowiada się jednak przeciwko stosowaniu tych dyrektyw przy orzekaniu o warunkowym zwolnieniu, co zostanie szczegółowo wyjaśnione poniżej.

²² Zaś art. 53 § 2 w zw. z art. 56 k.k. pozwala także na uwzględnienie okoliczności, że sprawca próbował zawrzeć z pokrzywdzonym ugodę w wyniku mediacji, do czego jednak nie doszło.

²³ G. Łabuda, *Komentarz do art. 66 KK*, teza 5 [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, wyd. II, WKP 2012.

z pokrzywdzonym w drodze mediacji będzie miał szansę uniknąć wyroku skazującego, będzie bowiem bardziej chętny co najmniej do podjęcia próby takiego pojednania. To zaś może doprowadzić do zażegnania lub chociażby załagodzenia konfliktu pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym. Z systemowego punktu widzenia okoliczność ta jest na tyle istotna, że uzasadnia odstąpienie od wydania wyroku skazującego i poprzestanie na orzeczenie środka probacyjnego w postaci warunkowego umorzenia.

Tym niemniej, ze względu na wciąż niewystarczające wykorzystywanie mediacji w postępowaniach karnych, *de lege ferenda* należałoby wprowadzić regulację, z której wynikałoby jednoznacznie, że pozytywny wynik mediacji może wpłynąć na zastosowanie warunkowego umorzenia. Mogłoby to nastąpić poprzez wprowadzenie art. 66a k.k. o brzmieniu: „Sąd uwzględni także ugodę zawartą pomiędzy skazanym a pokrzywdzonym w wyniku mediacji”. Regulacja taka stanowiłaby czytelny sygnał, że pozytywny wynik mediacji może mieć istotne znaczenie dla możliwości zastosowania warunkowego umorzenia (bez potrzeby odwoływania się do art. 53 § 3 k.k.).

7. Wpływ pozytywnego wyniku mediacji na możliwość zastosowania warunkowego zawieszenia

Wzięcie pod uwagę pozytywnego wyniku mediacji w kontekście orzeczenia warunkowego zawieszenia jest o wiele prostsze, aniżeli w przypadku pozostałych dwóch przewidzianych w k.k. środków związanych z poddaniem sprawcy próbie. Co prawda ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. ustawodawca znacznie ograniczył możliwość stosowania warunkowego zawieszenia²⁴, jednak zmiana ta nie dotyczyła czynników wpływających na określenie prognozy kryminologicznej sprawcy, a jedynie na przesłanki formalne stosowania tego środka.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że katalog okoliczności branych pod uwagę w kontekście warunkowego zawieszenia jest otwarty. Świadczy o tym literalne brzmienie art. 69 § 1 i 2 k.k.

Po pierwsze, zastosowanie warunkowego zawieszenia jest możliwe gdy jest to wystarczające do osiągnięcia wobec sprawcy celów kary. Kodeks nie określa w art. 69 § 1 tych celów, wskazując jedynie, że wśród nich prymat należy przyznać zapobiegzeniu powrotowi sprawcy do przestępstwa²⁵. Ustawodawca pozostawił zatem sądowi orzekającemu w przedmiocie odpowiedzialności karnej szeroką swobodę w zakresie określenia, jakie cele ma spełnić kara pozbawienia wolności stosunku do konkretnego sprawcy. Po drugie, art. 69 § 2 k.k. zawiera otwarty katalog czynników branych pod uwagę przy orzekaniu warunkowego zawieszenia, co umożliwia uwzględnienie w tym zakresie również ugody zawartej przez sprawcę z pokrzywdzonym w wyniku mediacji.

Warunkowe zawieszenie jest karą pozbawienia wolności, tyle że niepodlegającą wykonaniu. W związku z tym, aby określić jej cele, pomocniczo można odnieść się do treści art. 67 k.k.w., który przewiduje cele kary pozbawienia wolności podlegającej wykonaniu.

²⁴ Zob. G. Goniewicz, *Orzekanie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbywania reszty kary pozbawienia wolności po nowelizacji kodeksu karnego*, Palestra 7-8/15, s. 75-85.

²⁵ Wniosek taki wynika z użytego w przepisie zwrotu „w szczególności”.

Zgodnie z tym przepisem (§ 1) wykonywanie kary pozbawienia wolności ma na celu wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanых postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. Należy stwierdzić, że pozytywny wynik mediacji przeprowadzonej między sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym może niewątpliwie przyczynić się do realizacji tak rozumianych celów kary pozbawienia wolności. Samo uczestnictwo w mediacji – co do zasady – świadczy bowiem o woli sprawcy w zakresie kształtowania jego społecznie pożądanых postaw, w tym poczucia odpowiedzialności za popełniony czyn²⁶.

Jeżeli za jeden z celów kary uznamy zadośćuczynienie słusznym interesom pokrzywdzonego (zapłata odszkodowania i/lub zadośćuczynienia) oraz społecznemu poczuciu sprawiedliwości, niewątpliwie ugoda zawarta w wyniku mediacji może przyczynić się do ich realizacji. Biorąc udział w mediacji pokrzywdzony będzie miał bowiem poczucie, że jego interesy zostały uwzględnione a on sam był dysponentem postępowania w dużo większym stopniu, aniżeli gdyby sprawa była rozpoznawana w zwykłym trybie. Także w odbiorze społecznym zawarcie ugody tworzy odczucie, że interesy pokrzywdzonego zostały w należyтым stopniu uwzględnione, i to z udziałem i z inicjatywy samego pokrzywdzonego, nie zaś organów procesowych.

Co więcej, art. 69 § 2 każe sądowi uwzględniać zachowanie sprawcy po popełnieniu czynu zabronionego. *Lege non distinguente*, przepis ten obejmuje wszystkie zachowania sprawcy od momentu realizacji znamion czynu zabronionego do czasu orzekania. Nie chodzi tu zatem wyłącznie o zachowanie sprawcy przed wszczęciem postępowania karnego. Nie ma zatem przeszkód, by w ramach tej przesłanki sąd uwzględnił również chęć sprawcy do pojednania się z pokrzywdzonym (w tym także w wyniku mediacji), wzięcie udziału w mediacji, w szczególności zaś – jej pozytywny wynik.

Należy zauważyć, że w odróżnieniu od pozostałych środków związanych z poddaniem sprawcy próbie, orzeczenie warunkowego zawieszenia następuje w wyroku skazującym a warunkowe zawieszenie jest karą. W związku z tym, dyrektywy wymiaru kary (w tym określone w art. 53 § 2 i 3 k.k.) znajdują doń bezpośrednio zastosowanie.

Podsumowując, pozytywny wynik mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym może mieć istotne znaczenie dla możliwości orzeczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Rozwiązanie to jest przy tym akceptowalne z funkcjonalnego i systemowego punktu widzenia. Sprawca zostanie co prawda skazany na karę pozbawienia wolności, jednak względ na cele sprawiedliwości naprawczej przemawia za możliwością zawieszenia tej kary na okres próby. Pojednanie sprawcy z pokrzywdzonym jest ważkim powodem do nieorzekania kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia, która powinna być stosowana na zasadzie *ultima ratio*, a zatem wyłącznie wówczas, gdy orzeczenie kary łagodniejszej będzie niewystarczające. Jednocześnie, ze względu na otwarty katalog celów kary (art. 69 § 1 k.k.) oraz czynników

²⁶ Okoliczności konkretnej sprawy, z których wynika, że sprawca bierze udział w mediacji w celu uzyskania partykularnych korzyści procesowych, nie zaś po to aby pojednać się z pokrzywdzonym, mogą być wzięte pod uwagę przez sąd orzekający.

branych pod uwagę przy orzekaniu warunkowego zawieszenia (art. 69 § 1 k.k.), sąd może uwzględnić pozytywny wynik mediacji bez potrzeby sięgania do art. 53 § 2 i 3 k.k.

8. Wpływ pozytywnego wyniku mediacji na możliwość zastosowania warunkowego zwolnienia

Przesłanka materialna zastosowania warunkowego zwolnienia została określona w art. 77 § 1 k.k. Ponadto, art. 162 § 1 k.k.w., dotyczący orzekania o warunkowym zwolnieniu, stanowi, że sąd penitencjarny uwzględni ugodę zawartą w wyniku mediacji. Na tle tych przepisów powstają jednak zasadnicze wątpliwości dotyczące wpływu pozytywnego wyniku mediacji na możliwość zastosowania warunkowego zwolnienia. Pierwszym z nich jest kwestia stosunku art. 162 § 1 k.k.w. do art. 77 § 1 k.k., drugim zaś – czy w art. 162 § 1 k.k.w. chodzi o mediację przeprowadzoną na etapie postępowania przygotowawczego bądź jurysdykcyjnego, czy też już na etapie wykonania kary pozbawienia wolności.

Art. 90 § 1 *in fine* k.k. z 1969 r., który określał przesłankę materialną warunkowego zwolnienia, stanowił, że warunkowe zwolnienie może być zastosowane, jeżeli „mimo niewykonania kary w całości jej cele zostały osiągnięte”. *De lege lata* brak jest zaś uzależnienia możliwości zastosowania warunkowego zwolnienia od osiągnięcia celów kary. Nie ma zatem podstaw do uzależnienia stosowania warunkowego zwolnienia od osiągnięcia celów kary pozbawienia wolności, określonych w art. 67 § 1 k.k.w. Przemawia za tym również zawarte w art. 77 § 1 k.k. sformułowanie „tylko wówczas”, które można rozumieć dwojako – po pierwsze, jako zaakcentowanie wyjątkowego charakteru stosowania instytucji warunkowego zwolnienia, niepozostawiającego szerokiej swobody sądu orzekającego, po drugie zaś – jako wskazanie, że sąd orzekający w przedmiocie warunkowego zwolnienia nie może brać pod uwagę żadnych innych okoliczności, poza tymi wymienionymi w dyspozycji art. 77 § 1 k.k. Odnośnie pierwszego aspektu, w orzecznictwie sądowym wskazano, iż „Wolą ustawodawcy było uczynienie z warunkowego przedterminowego zwolnienia instytucji niemal wyjątkowej, a już na pewno nie miał on zamiaru dopuszczenia do liberalnej praktyki stosowania omawianego przepisu prawa”²⁷.

W związku z powyższym powstaje wątpliwość co do funkcji art. 162 § 1 k.k.w. oraz jego znaczenia w procesie orzekania o warunkowym zwolnieniu. W szczególności, rozstrzygnięcia wymaga czy zawarty w tym przepisie obowiązek uwzględnienia ugody zawartej w wyniku mediacji statuuje dodatkowy element pozytywnej prognozy kryminologicznej.

W nauce prawa nie brak poglądów, w myśl których pozytywny wynik mediacji zalicza się do czynników wpływających na ocenę prognozy kryminologicznej skazanego²⁸. Jak twierdzi S. Lelental, nawet bez istnienia art. 162 § 1 k.k.w. sąd penitencjarny

²⁷ Post. SA w Łodzi z dnia 23 marca 1999 r., II AKz’ 114/99, OSNPK 7-8/00, s. 89 (z częściowo krytyczną glosą G. Wicińskiego, który pisał, że „Zarówno orzekanie kar, jak i stosowanie warunkowego zwolnienia po spełnieniu przesłanek formalnych nie może być ani surowe, ani łagodne – ma być racjonalne” – KZS 9/00, poz. 46), LEX 41523.

²⁸ M. Melezini (red.), *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej [w:] System Prawa Karnego*, tom 6, teza 416.

powinien uwzględnić pozytywny wynik mediacji przy orzekaniu o warunkowym zwolnieniu, gdyż podstawę do tego daje zawarta w art. 77 § 1 k.k. przesłanka zachowania się skazanego po popełnieniu przestępstwa²⁹.

Powinność uwzględnienia przez sąd penitencjarny ugody zawartej w wyniku mediacji została wprowadzona do k.k.w. od 1 września 2003 r.³⁰ Redakcja przepisu uległa zmianie od 1 stycznia 2012 r.³¹ i uwzględnienie ugody zawartej w wyniku mediacji jest obecnie nie tylko powinnością, ale i obowiązkiem sądu penitencjarnego. Jednocześnie brak jest podstaw do stwierdzenia, że przed wprowadzeniem powyższych zmian do art. 162 § 1 k.k.w. sąd penitencjarny był pozbawiony formalnej możliwości uwzględnienia pozytywnego wyniku mediacji przy orzekaniu o warunkowym zwolnieniu. Przywołany wyżej pogląd S. Lelenta należy zatem uznać za uzasadniony. Niewątpliwie bowiem dążenie skazanego do pojednania się z pokrzywdzonym w drodze mediacji – w szczególności jej pozytywny wynik – jest przejawem zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa, który wpływa na ocenę jego prognozy kryminologicznej. Z punktu widzenia funkcji warunkowego zwolnienia nie ma praktycznego znaczenia czy pozytywny wynik mediacji zostanie przez sąd penitencjarny uwzględniony jako element zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa, czy też jako samoistna przesłanka przewidziana w art. 162 § 1 k.k.w.

W związku z tym, zamknięty charakter katalogu określonych w art. 77 § 1 k.k. czynników wpływających na kształtowanie prognozy kryminologicznej nie może być przeszkodą w uwzględnieniu pozytywnego wyniku mediacji jako okoliczności przemawiającej za udzieleniem skazanemu dobrodziejstwa warunkowego zwolnienia. Należy jednak zaznaczyć, że obecna redakcja art. 162 § 1 k.k.w. jest wadliwa, co może powodować określone trudności.

Warunkowe zwolnienie jest instytucją o charakterze mieszanym, z elementami materialnymi oraz karno-wykonawczymi. *De lege lata* mamy do czynienia z repartycją przepisów dotyczących warunkowego zwolnienia. W przepisach k.k. uregulowano przesłanki merytoryczne i formalne jego stosowania (art. 77-80 k.k.) oraz skutki pozytywnego upływu okresu próby (art. 82 k.k.), zaś procedura orzekania w przedmiocie udzielenia i odwołania warunkowego zwolnienia, ustalenia i modyfikacji obowiązków w okresie próby oraz przebieg dozoru określone są w art. 159-163 k.k.w. Repartycja ta została poddana słusznej krytyce w nauce prawa³².

Abstrahując jednak od zasadności umieszczenia regulacji warunkowego zwolnienia zarówno w k.k. jak i k.k.w., treść art. 162 § 1 k.k.w. stanowi wyraz niekonsekwencji ustawodawcy. O ile bowiem określone w tym przepisie wysłuchanie przedstawiciela

²⁹ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 719-720.

³⁰ Na podstawie ustawy z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2003.142.1380).

³¹ Na podstawie ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2011.240.1431).

³² S. Lelental, § 28 *Warunkowe przedterminowe zwolnienie* [w:] *System Prawa Karnego, t. 6, Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, Warszawa 2010, s. 1085-1087; J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 137.

zakładu karnego oraz sądowego kuratora zawodowego, jeżeli składał wniosek o warunkowe zwolnienie, jest elementem procedury orzekania o warunkowym zwolnieniu (co może uzasadniać umieszczenie tej regulacji w k.k.w.), o tyle uwzględnienie ugody zawartej w wyniku mediacji pomiędzy skazanym a pokrzywdzonym ma charakter zbliżony do czynników wymienionych w art. 77 § 1 k.k., składających się na tzw. przesłankę materialną warunkowego zwolnienia. W celu usunięcia tej niespójności, *de lege ferenda* należałoby zatem umieścić obowiązek uwzględnienia przez sąd penitencjarny pozytywnego wyniku mediacji. Powinno to nastąpić poprzez wprowadzenie art. 77 § 1a k.k. o treści: „Sąd uwzględnia także ugodę zawartą pomiędzy skazanym a pokrzywdzonym w wyniku mediacji”³³.

Zasygnalizowana propozycja legislacyjna wymaga krótkiego komentarza. Po pierwsze, w ocenie autora niewłaściwe byłoby umieszczenie obowiązku uwzględnienia ugody zawartej w wyniku mediacji w treści art. 77 § 1 k.k. Z wyjątkiem bowiem badania tego, czy skazany po udzieleniu warunkowego zwolnienia będzie przestrzegał orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego – która to przesłanka została wprowadzona do art. 77 § 1 k.k. na mocy ustawa o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 20 lutego 2015 r.³⁴ – wszystkie czynniki, które mają być wzięte pod uwagę przez sąd penitencjarny orzekający w przedmiocie warunkowego zwolnienia, mogą być oceniane w stosunku do każdego skazanego na karę pozbawienia wolności. Można bowiem badać postawę, właściwości i warunki osobiste każdego skazanego, okoliczności popełnionego przezeń przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności. Co oczywiste, nie wobec każdego skazanego orzeczono zaś środek karny lub środek zabezpieczający. Prognoza co do stosowania się, po udzieleniu zwolnienia, do takiego środka będzie zatem brana pod uwagę wyłącznie w stosunku do skazanego, wobec którego zapadło takie orzeczenie. Gdyby zatem wprowadzić obowiązek uwzględniania ugody zawartej w wyniku mediacji do art. 77 § 1 k.k., mogłoby to sugerować, że udzielenie warunkowego zwolnienia jest możliwe tylko wówczas, gdy do takiej ugody doszło. Takie rozwiązanie jest zaś nieakceptowalne z systemowego punktu widzenia. Wystarczy zaakcentować, że do ugody może nie dojść ze względu na postawę pokrzywdzonego lub na brak osoby pokrzywdzonej przestępstwem (w przypadku tzw. przestępstw bez ofiar). Z powyższych względów zasadne jest przeniesienie obowiązku uwzględniania ugody zawartej w wyniku mediacji z art. 162 § 1 k.k.w. do nowoutworzonej jednostki redakcyjnej w ramach art. 77 k.k.

W nauce prawa brak jest zgody co do tego czy art. 162 § 1 k.k.w. dotyczy mediacji prowadzonej przed orzeczeniem kary pozbawienia wolności (w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym), czy też mediacji prowadzonej na etapie postępowania wykonawczego. Spór ten wynika przede wszystkim z mieszanego charakteru instytucji warunkowego zwolnienia (mającej elementy materialno-prawne jak i karno-wykonawcze). Zwolennicy obu poglądów wysuwają na ich uzasadnienie ważne argumenty.

³³ Propozycja ta stanowiłaby regulację analogiczną do proponowanego art. 66 § 1a k.k.

³⁴ Dz.U.2015.396; weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

Do autorów twierdzących, że art. 162 § 1 k.k.w. odnosi się do mediacji prowadzonej wyłącznie w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym zaliczają się K. Postulski, S. Lelental, C. Kulesza i K. Dąbkiewicz. S. Lelental wskazuje, że mediacja, o której mowa w art. 53 § 3 k.k., została uregulowana w art. 23a k.p.k. i odnosi się wyłącznie do postępowania przygotowawczego i sądowego. Art. 162 § 1 k.k.w. dotyczy zaś postępowania wykonawczego, przy czym odpowiednie zastosowanie w tym postępowaniu art. 23a k.p.k. wykracza poza zakres wynikającego z art. 1 § 2 k.k.w. odpowiedniego stosowania przepisów k.p.k. w postępowaniu wykonawczym³⁵. K. Postulski wskazuje, że k.k.w. nie przewiduje w postępowaniu wykonawczym instytucji mediacji, a zatem zawartą w art. 162 § 1 k.k.w. dyrektywę należy rozumieć w ten sposób, aby sąd penitencjarny orzekając o warunkowym zwolnieniu, uwzględniał ugodę mediacyjną zawartą we wcześniejszych stadiach postępowania karnego³⁶. C. Kulesza twierdzi zaś, że pomimo iż po reformie z 2003 r. art. 23a k.p.k. został niejako wyjęty przed nawias i może znaleźć zastosowanie w całym procesie karnym, to uwzględniając fakt, że na mocy art. 53 § 3 k.k. wyniki mediacji mają zostać uwzględnione na etapie wymiaru kary, dotyczy to w zasadzie stadium przygotowawczego i sądowego³⁷. I wreszcie, K. Dąbkiewicz podkreśla wadliwą redakcję art. 162 § 1 k.k.w., gdyż przepis ten – ani żaden inny w k.k.w. – nie określa trybu prowadzenia postępowania mediacyjnego na etapie wykonania kary. Prowadzi to tego autora do stwierdzenia, że brak jest możliwości przeprowadzenia mediacji w postępowaniu wykonawczym, co oznacza, że art. 162 § 1 k.k.w. jest regulacją pozbawioną większego znaczenia i sensu³⁸.

Z drugiej strony, autorzy tacy jak E. Bieńkowska, T. Szymanowski, D. Michta i A. Szczepański opowiadają się za autonomicznym charakterem regulacji art. 162 § 1 k.k.w. i dopuszczają możliwość przeprowadzenia postępowania mediacyjnego w postępowaniu wykonawczym. E. Bieńkowska odwołuje się do wykładni funkcjonalnej wskazując, że podstawowym celem mediacji w kontekście orzekania o warunkowym zwolnieniu jest zagwarantowanie pokrzywdzonemu poczucia bezpieczeństwa i spełnienie jego oczekiwań w tym zakresie poprzez „oswojenie go z możliwością spotkania sprawcy na wolności” i wywołanie u pokrzywdzonego przekonania, że skazany po opuszczeniu zakładu karnego nie będzie mu zagrażał³⁹. T. Szymanowski wskazuje, że podstawą do przeprowadzenia mediacji w postępowaniu wykonawczym jest art. 1 § 2 k.k.w.⁴⁰ D. Michta i A. Szczepański twierdzą zaś, że ugoda, o której stanowi art. 162 § 1 k.k.w., jest instytucją autonomiczną, właściwą jedynie postępowaniu

³⁵ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 719–720.

³⁶ K. Postulski, *Komentarz do art. 162 k.k.w.* [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. III; WK 2016.

³⁷ C. Kulesza, *Za i przeciw mediacji w sprawach karnych na gruncie aktualnej regulacji prawnej* [w:] *Mediacja karna jako forma sprawiedliwości naprawczej*, red. L. Mazowiecka, LEX/el. 2014.

³⁸ K. Dąbkiewicz, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym – refleksje na tle historii pewnej nowelizacji (art. 162 § 1 k.k.w.)*, *Probacja* 2013, nr 4, s. 67; zob. także: K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. III, WK 2015.

³⁹ E. Bieńkowska, *Mediacja w sprawach karnych*, Warszawa 2011, s. 14–15.

⁴⁰ T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, *PiP* 2012, z. 2, s. 58; zob. także: T. Szymanowski, *Kodeks karny wykonawczy po nowelizacjach z 2003 r.*, *PiP* 2004, z. 3, s. 40; podobnie: A. Murzynowski, *Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji*

wykonawczemu. Autorzy ci uzasadniają swój pogląd tym, że mediacja uregulowana w k.p.k. (pomiędzy pokrzywdzonym a podejrzanym lub oskarżonym) służy innym celom niż mediacja przewidziana w art. 162 § 1 k.k.w. (pomiędzy pokrzywdzonym a skazanym). Ponadto, na etapie orzekania o warunkowym zwolnieniu nie można ponownie uwzględniać tej samej okoliczności (tj. zawartej w wyniku mediacji ugody), która została już uwzględniona w procesie wymierzania kary (na podstawie art. 53 § 3 k.k.). Co więcej, gdyby regulacja art. 162 § 1 k.k.w. jedynie powieliała treść stosownych przepisów k.k. i k.p.k., jej wprowadzenie byłoby zbędne, co byłoby sprzeczne z zasadą działania racjonalnego ustawodawcy⁴¹. Wypada również zasygnalizować, że w doktrynie są także obecne głosy pośrednie, które nie opowiadają się jednoznacznie po żadnej ze stron zasygnalizowanego wyżej sporu⁴².

Należy przychylić się do poglądu autorów traktujących art. 162 § 1 k.k.w. jako autonomiczną regulację, umożliwiającą przeprowadzenie mediacji w postępowaniu wykonawczym. Jedynie taka konkluzja jest prawidłowa ze względu na funkcje warunkowego zwolnienia. Orzekając w przedmiocie warunkowego zwolnienia, sąd penitencjarny ma bowiem za zadanie określić, jakie będzie zachowanie skazanego po ewentualnym udzieleniu zwolnienia, a nie dalsze zachowanie w warunkach izolacyjnych⁴³. Z tego punktu widzenia niewątpliwie ugoda zawarta na etapie wykonania kary pozbawienia wolności ma zdecydowanie większy walor prognostyczny, aniżeli taka ugoda zawarta jeszcze w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym, co mogło mieć przecież miejsce wiele lat przed rozpatrywaniem przez sąd penitencjarny wniosku o warunkowe zwolnienie.

Ponadto, argumentacja autorów twierdzących, że art. 162 § 1 k.k.w. dotyczy wyłącznie mediacji prowadzonej w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym, bazuje na treści art. 53 § 3, zgodnie z którym pozytywne wyniki mediacji są uwzględniane przez sąd na etapie wymiaru kary. Tymczasem przepis ten – podobnie jak pozostałe dyrektywy sądowego wymiaru kary – nie znajdują zastosowania na etapie orzekania w przedmiocie warunkowego zwolnienia. Warunkowe zwolnienie nie jest zaś desygnatem pojęcia „innego środka przewidzianego w tym kodeksie”, o którym mowa w art. 56 k.k. Ustawodawca wprowadził bowiem autonomiczne przesłanki zastosowania warunkowego zwolnienia (w art. 77 oraz 78 i 79 k.k.), które mają charakter przepisów szczególnych względem dyrektyw wymiaru kary⁴⁴.

w stosowaniu prawa karnego w Polsce [w:] *W kręgu kryminologii romantycznej*, red. M. Fajst, M. Płatek, Warszawa 2004, s. 214–215.

⁴¹ D. Michta, A. Szczepański, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym*, Palestra 7-8/2013, s. 79–85.

⁴² L. Osiński, *Komentarz do art. 162 k.k.w.* [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. J. Lachowski, Warszawa 2016.

⁴³ Post. SA w Lublinie z dnia 27 czerwca 2007 r., II AKz 451/07, K-528, KZS 10/07 poz. 68, LEX nr 344493.

⁴⁴ A. Marek, *Komentarz do art. 56 k.k.*, teza 1 [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2010; post. SA w Białymstoku z dnia 31 stycznia 2013 r., II AKz 43/13, Legalis nr 665853; pogląd o braku możliwości odpowiedniego zastosowania dyrektyw wymiaru kary w orzekaniu o warunkowym zwolnieniu został także zaprezentowany przez SA we Wrocławiu z dnia 31 stycznia 2007 r., II AKz 1238/06, Legalis nr 95386; zob. także: J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 253. Sąd Najwyższy podzielił ten pogląd w uchwale 7 sędziów z dnia 26 kwietnia 2017 roku w sprawie

Wniosek o tym, że art. 162 § 1 k.k.w. dotyczy mediacji prowadzonej w toku postępowania wykonawczego znajduje również potwierdzenie w przeprowadzonej wykładni historycznej. Mianowicie, przed wprowadzeniem powinności uwzględniania ugody zawartej w wyniku mediacji w dniu 1 września 2003 r., brak było bezpośredniej podstawy (i to istniejącej w k.k.w.) pozwalającej na przeprowadzenie mediacji w toku postępowania wykonawczego. Wobec braku bezpośredniego odniesienia do mediacji w przepisach dotyczących warunkowego zwolnienia oraz zasygnalizowanego wyżej braku możliwości odpowiedniego zastosowania art. 53 § 3 k.k., ugoda zawarta przez sprawcę z pokrzywdzonym na etapie postępowania przygotowawczego lub jurysdykcyjnego mogła być uwzględniona jako element przesłanki zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa (art. 77 § 1 k.k.).

Przesłanka zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa dotyczy zaś wszystkich zachowań sprawcy od momentu popełnienia przestępstwa do wprowadzenia do wykonania kary pozbawienia wolności. Przyjęcie innego wniosku świadczyłoby o niespójności systemowej. Sąd penitencjarny musi mieć bowiem możliwość kompleksowej oceny wszystkich okoliczności związanych z zachowaniem skazanego od momentu popełnienia przestępstwa aż do orzekania o warunkowym zwolnieniu⁴⁵. Jest przy tym oczywiste, że to samo zachowanie skazanego nie powinno być oceniane w ramach dwóch różnych przesłanek, określonych w art. 77 § 1 k.k. Skoro zaś ustawodawca zawarł w art. 77 § 1 k.k. przesłankę badania zachowania skazanego w trakcie odbywania kary, wynika z tego, że zachowanie skazanego w toku odbywania kary pozbawienia wolności nie stanowi już „zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa” w rozumieniu art. 77 § 1 k.k.

To z kolei oznacza, że o ile przed dniem 1 września 2003 r. nie było formalnej podstawy do przeprowadzenia mediacji w toku odbywania kary pozbawienia wolności oraz do uwzględnienia jej pozytywnych wyników w orzekaniu o warunkowym zwolnieniu, o tyle możliwość taka powstała po wprowadzeniu art. 162 § 1 k.k.w. w obecnym brzmieniu. Należy przy tym przyjąć, że wzięcie udziału w mediacji stanowi szczególnie przejaw zachowania skazanego w czasie odbywania kary pozbawienia wolności, niezwiązany ze specyfiką przebywania w warunkach izolacji więziennej, co uzasadnia wprowadzenie osobnej przesłanki uwzględniania przez sąd penitencjarny pozytywnego wyniku mediacji przy orzekaniu o warunkowym zwolnieniu (pomimo że z czysto formalnego punktu widzenia, wzięcie przez skazanego udziału w takiej mediacji stanowi desygnat jego zachowania w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności).

Nie należy przy tym ignorować argumentu, że k.k.w. nie przewiduje procedury przeprowadzenia mediacji w postępowaniu wykonawczym, zaś art. 162 § 1 k.k.w. jest

o sygn. akt: I KZP 2/17; pogląd przeciwny został również zaprezentowany w doktrynie – zob. W. Wróbel, *Komentarz do art. 56 KK, teza 2* [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, t. I, *Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Kraków 2004; tak też M. Budyn-Kulik, M. Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2014, komentarz do art. 56 KK oraz V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 56 KK, teza 2* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, wyd. 10, Legalis/el. 2014; podobnie N. Kłaczyńska, *Komentarz do art. 56 KK, teza 2* [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, WKP 2012, LEX/el.,

⁴⁵ J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 261-262.

w istocie jedynym przepisem karno-wykonawczym dotyczącym mediacji. Przeprowadzenie mediacji w toku postępowania wykonawczego w warunkach określonych w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2016 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych byłoby zaś co najmniej znacznie utrudnione, chociażby ze względu na fakt przebywania skazanego w warunkach izolacyjnych. Należy zatem zgodzić się z postulatem, że mediacja w postępowaniu wykonawczym powinna zostać szerzej uregulowana w k.k.w., najlepiej w osobnej jednostce redakcyjnej, na wzór art. 23a k.p.k.⁴⁶ Pewnym rozwiązaniem byłoby też wprowadzenie do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych rozwiązań umożliwiających prowadzenie mediacji z uwzględnieniem charakteru postępowania wykonawczego.

Wskazane powyżej trudności powodują, że art. 162 § 1 k.k.w. w zakresie, w jakim przewiduje (*implicite*) możliwość przeprowadzenia mediacji w toku postępowania wykonawczego, jest regulacją praktycznie martwą. Jest to niewątpliwie stan niekorzystny z punktu widzenia funkcjonowania instytucji warunkowego zwolnienia, jak również celów wykonywania kary pozbawienia wolności. Realna możliwość prowadzenia mediacji w toku odbywania kary pozbawienia wolności niewątpliwie mogłaby się bowiem przyczynić do wzbudzania w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądaných postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego. Taka mediacja, prowadzona nierzadko po wielu latach od popełnienia przestępstwa, miałaby tę specyfikę, że byłaby prowadzona już nie w napiętej atmosferze postępowania przygotowawczego czy sądowego, ale w sytuacji, gdy konflikt na linii sprawca (skazany) – pokrzywdzony nie musi być już na tyle zaogniony co w niedługim czasie po popełnieniu przestępstwa, co zwiększałoby szanse na osiągnięcie porozumienia przez uczestników mediacji. Poza tym, pozytywny wynik takiej mediacji mógłby skłonić sąd penitencjarny do udzielenia warunkowego zwolnienia, co w sposób oczywisty prowadziłoby do poprawienia sytuacji skazanego.

Zasadne wydaje się zatem przypuszczenie, że z tych względów w razie istnienia regulacji pozwalających na efektywne prowadzenie mediacji już na etapie wykonania kary, możliwość taka spotkałaby się z dużym zainteresowaniem ze strony skazanych, odbywających karę pozbawienia wolności.

9. Podsumowanie

Jak szczegółowo wykazano powyżej, obecnie obowiązujące przepisy k.k., k.p.k. i k.k.w. dają formalną możliwość uwzględnienia przez sąd pozytywnego wyniku mediacji pomiędzy sprawcą przestępstwa (w przypadku warunkowego zwolnienia – skazanym) a pokrzywdzonym przy orzekaniu środków probacyjnych, jednak brak jest przewidujących taką możliwość przepisów dotyczących bezpośrednio środków probacyjnych.

⁴⁶ T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, PiP 2/2012, s. 58; D. Michta, A. Szczepański, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym*, Paestra 7-8/2013, s. 79–85.

Brak takich przepisów stanowi jedną ze wskazanych we wstępie do niniejszego artykułu barier dla szerszego stosowania mediacji, a także uwzględnienia jej pozytywnego wyniku przy orzekaniu w przedmiocie środków probacyjnych. Wprowadzenie stosownych regulacji do k.k. mogłoby skłonić strony do częstszego brania udziału w mediacji, zaś sądy – do uwzględniania jej pozytywnego rezultatu w orzekaniu, w tym w kontekście stosowania środków probacyjnych. Zbyt rzadkie stosowanie mediacji wynika bowiem nie tylko z barier instytucjonalnych oraz stosunkowo niewielkiej świadomości społecznej co do istnienia takiej możliwości, ale także stąd, że przepisy k.k. w ograniczonym stopniu eksponują jej rolę. Wprowadzenie proponowanych przepisów art. 66 § 1a oraz 77 § 1a stanowiłoby bodziec do zaangażowania się stron postępowania karnego w mediację. Wobec obserwowanej w orzecznictwie tendencji do pobieżnej analizy okoliczności konkretnego przypadku i badania osoby konkretnego sprawcy przy orzekaniu o stosowaniu (lub o odmowie zastosowania) środków probacyjnych, wprowadzenie przepisów, które dawałyby sądom bezpośrednią podstawę do uwzględnienia pozytywnego wyniku mediacji przy ich orzekaniu, z dużą dozą prawdopodobieństwa wywarłoby pozytywny wpływ na praktykę orzeczniczą. To z kolei prowadziłoby do potencjalnej możliwości szerszego stosowania zarówno mediacji, jak i samych środków probacyjnych. Jako że ustawodawca stopniowo wprowadza do k.k., k.p.k. oraz k.k.w. przepisy dające wyraz koncepcji sprawiedliwości naprawczej, takie rozwiązanie należy uznać za korzystne z systemowego punktu widzenia. Ponadto, szersze niż obecnie stosowanie środków probacyjnych byłoby zgodne z zasadą *ultima ratio* kary pozbawienia wolności oraz pozwoliłoby na zmniejszenie wskaźnika prizonizacji i prowadzenie bardziej efektywnych działań resocjalizacyjnych wobec sprawcy w okresie próby w warunkach wolnościowych, co przełożyłoby się też na prowadzenie bardziej racjonalnej polityki kryminalnej. Stanowiłoby to również dodatkowy bodziec dla sprawcy do zażegnania konfliktu z pokrzywdzonym, wywołanego popełnieniem przestępstwa. W związku z tym, organy postępowania powinny dążyć do jak najszerszego korzystania z mediacji, zaś ustawodawca – do wprowadzenia regulacji, które umożliwią jej szersze zastosowanie, w tym także w postępowaniu wykonawczym.

* * *

The Meaning of a Positive Outcome of Mediation on a Possibility to Apply Probationary Measures

The article comprises a description of an impact of a positive outcome of mediation carried out between an offender and a victim on a possibility to impose a probationary measure by the court. The author makes the said analysis with regard to respective statutory regulations concerning probation, as well as their functions. The introduction to the article includes an overview of mediation as a restorative justice factor and its place in the Polish system of criminal law. The Author describes the prerequisites of determining the positive criminological forecast with regard to applying conditional discontinuation of proceedings, conditional suspension of penalty of imprisonment and conditional early release, as well as an impact of a positive

outcome of mediation on the application of each of these measures. Due to the insufficient use of mediation in practice, the article sets out legislative proposals, introduction of which should spread its use, which would also have an impact on the application of probationary measures.

Key words: restorative justice, mediation, probationary measures, positive criminological forecast, conditional discontinuation of proceedings, conditional suspension of penalty, conditional early release