

Ograniczenie uznaniowości sędziowskiej w prawie karnym poprzez wprowadzenie w Niemczech *Sentencing Guidelines*? – streszczenie

*Dariusz Lubowski**, *Renata Pawlik***

I. Identyfikacja problemu

Dyskrecjonalna władza sędziego przy wymierzaniu kary jest istotna wówczas, gdy ustawodawca wprowadził otwarte ramy ustawowego zagrożenia karą [przewidział za określony czyn zabroniony sankcje względnie oznaczone – przyp. tłumacza], albowiem w prawie karnym ramy ustawowego zagrożenia są punktem wyjścia dyskrecjonalności sędziowskiej. Tam, gdzie nie istnieją ramy ustawowego zagrożenia [np. kara dożywotniego pozbawienia wolności przewidziana jako jedyna w przypadku kwalifikowanego zabójstwa – § 211 ust. 1 StGB – przyp. tłumacza], nie istnieje także, zgodnie z logiką, możliwość dyskrecjonalnego wymierzania kary. Ramy ustawowego zagrożenia karą są środkiem niezbędnym, powinny one (zgodnie z *ratio legis* niemieckiego prawa karnego) być, w odniesieniu do konkretnego czynu zabronionego, ukształtowane w taki sposób, aby dawały możliwość sprawiedliwego wymiaru kary zarówno dla najcięższych, jak i najłżejszych postaci określonego czynu zabronionego¹, pozwalając na znalezienie dla każdego konkretnego stanu faktycznego odpowiedniej kary.

W ten sposób ustawodawca przyznaje sędziemu orzekającemu w konkretnej sprawie, tylko w ograniczonym stopniu weryfikowaną przez instancję odwoławczą, dyskrecjonalną władzę wymierzania odpowiedniej kary. Po-

* Sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie.

** Doktor nauk prawnych, Zastępca Redaktora Naczelnego Kwartalnika Krajowej Szkoły Sądownictwa i Pr. ratury, Dział Organizacyjny Biura Dyrektora – główny specjalista, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

¹ Prof. dr Hans-Jürgen Bruns, *Leitfaden des Strafzumessungsrechts* 1980, s. 37.

twierdza to orzecznictwo Federalnego Sądu Najwyższego dotyczące tzw. *Punktstrafe*²[objektywnie sprawiedliwej kary za dany czyn, idealnie odpowiadającej założeniom wynikającym z dyrektyw wymiaru kary – przyp. tłumacza]. Przyznanie dyskrecjonalnej władzy w zakresie wymiaru kary wywołuje kontrowersje, przynajmniej u niektórych uczestników postępowania karnego, a w konsekwencji wiele starań o powiązanie wymiaru kary, w miarę możliwości, z zawinieniem sprawcy, aby uniknąć arbitralności sędziowskiej³.

Jako jedna z możliwości, która prowadzi do ograniczenia nałożonego przez ramy ustawowego zagrożenia karą marginesu swobody sędziego, obok innych wytycznych wymiaru kary, w angloamerykańskim systemie prawnym rozwinęły się tzw. *Sentencing Guidelines* [wytyczne w sprawie orzekania o karach – przyp. tłumacza], dające możliwość określania odpowiednich kar.

II. Pojęcie i funkcja istniejących *Sentencing Guidelines*

Pod pojęciem *Sentencing Guidelines* należy rozumieć dyrektywy stworzone w celu „skanalizowania” uznaniowości sędziowskiej⁴ w ramach ustawowego zagrożenia karą. Zawężają one ustawowo otwarte ramy zagrożenia karą, które dla poszczególnych konkretnych stanów faktycznych odbierane są jako zbyt szerokie, określając albo sugerując w sposób wiążący, doradczy czy fakultatywny (*presumptive, statutory, advisory or voluntary*)⁵ węższe ramy. W ten sposób powinny one zapobiegać orzekaniu kar zróżnicowanych lub co najmniej znacząco od siebie odbiegających w takich samych lub podobnych stanach faktycznych i rzeczywiście ograniczać przyznaną przez ustawodawcę uznaniowość sędziowską w określaniu konkretnego wymiaru kary.

1. Amerykańskie *Federal Sentencing Guidelines*

Najbardziej znanymi istniejącymi wytycznymi w wymiaru kary w USA są *Federal Sentencing Guidelines*. W ich przypadku w sposób systematyczny opracowane zostały cechy dotyczące czynu i sprawcy i podzielone na poszczególne pola w tabeli zwanej *grid*⁶ [siatka – przyp. tłumacza]. Wpisując poszczególne charakterystyczne punkty wyjścia do tabeli, zostaje określona odpowiednia – zawężona – wysokość kary, która powinna być wymierzona.

Aby zrozumieć, dlaczego ustawodawca lub ustanowiona przez niego Komisja ds. Zasad Wymiaru Kary poprzez system wytycznych o wysoce uszczegóło-

² Por. prof. dr Hans-Jürgen Bruns, „Der Bestimmtheitsgrad“ der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht, NJW 1979, s. 289.

³ Adwokat Max Alsberg, za: prof. dr Hans-Jürgen Bruns, *op. cit.*, s. 11.

⁴ Prof. dr Susanne Walthers, *Neues im Strafzumessungsrecht der USA* MschrKrim 88 – 2005, s. 362 i n., s. 364.

⁵ Lisa M. Seghetti, CRS Congressional Research Service, *Federal Sentencing Guidelines: Background, Legal Analysis and Policy Opinions* Juni 2007, s. 14.

⁶ Zob. niniejsze opracowanie, s. 107.

wionych kryteriach drastycznie zawęży uznaniowość sędziowską⁷, niezbędne jest najpierw spojrzanie na rozwój systemu zasad wymiaru kary w USA.

a) Sytuacja wyjściowa

Postępowanie karne w USA składa się z dwóch wzajemnie od siebie odrębnych etapów: postępowania w przedmiocie ustalenia winy, które odbywa się przed ławą przysięgłych, i postępowania w przedmiocie wymiaru kary, które co do istoty przeprowadzane jest przez sędziów zawodowych.

Przed wprowadzeniem wytycznych w sprawie wymiaru kary, miarkowanie kary, ze względu na niezwykle szerokie ramy ustawowego zagrożenia, było możliwe tylko w ramach jej minimalnej lub maksymalnej ustawowej wysokości, również ze względu na brak ustalonych reguł sędziowskiego wyrokowania (tzw. *common law of sentencing*, które ani wówczas, ani dzisiaj nie istniały) i oddane było niemal całkowicie sędziowskiej swobodzie decyzji⁸.

Aby zmienić ten stan rzeczy, Kongres w 1984 r. na poziomie federalnym powołał *United States Sentencing Commission*, niezależną, przyporządkowaną władzy sądowniczej Komisję⁹, która do 1987 r. opracowała *Federal Sentencing Guidelines* (FSG) [Federalne Wytyczne w sprawie orzekania o karach – dop. tłumacza]. FSG zostały początkowo wydane jako wiążące wytyczne wymiaru kary. W 2005 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (*Supreme Court*) w drugiej części wyroku w sprawie *Zjednoczone Stany v Booker* uznał ten wiążący skutek za niekonstytucyjny, a *Sentencing Guidelines* określił jako mające jedynie walor doradczy (*advisory*)¹⁰.

Zgodnie z FSG wymiar kary ustalany jest w istocie na podstawie dwóch czynników: sposobu postępowania przy popełnieniu przestępstwa, który określa ciężar gatunkowy czynu [jego kategorię – przyp. tłumacza] (*offense level*), oraz uprzedniej karalności sprawcy (*criminal history*). Do określenia wymiaru kary czyny zabronione są początkowo podzielone na 43 poziomy ciężarów gatunkowych (*offense levels*).

Na podstawie czynu polegającego na rozboju Autor pokazuje funkcjonowanie rozwiązania w praktyce.

Określony ciężar gatunkowy (*offense level*) składa się z trzech komponentów:

- poziomu podstawowego (*base offense level*), który jest określony dla każdej kategorii kar (w przypadku rozboju jest to poziom 20¹¹),

⁷ Prof. dr Susanne Walthers, *op. cit.*, s. 365.

⁸ Dr Frank Meyer „*Gesprengte Ketten? Zur Zukunft des Guidelines Sentencing im US-amerikanischen Strafzumessungsrecht*“ ZStw 118 (2006), s. 512 i n.

⁹ Dr Frank Meyer „*Gesprengte Ketten? Zur Zukunft des Guidelines Sentencing im US-amerikanischen Strafzumessungsrecht*“ ZStw 118 (2006), s. 512 i n., 517.

¹⁰ Za: prof. dr Winfried Brugger, „*Neuere Rechtsprechung des US Supreme Court*” JZ 2009, s. 609 i n., 619.

¹¹ § 2 B3.1.(a) FSG.

- z okoliczności łagodzących i obciążających określonych w odniesieniu do każdego czynu, mających wpływ na ciężar gatunkowy określonego czynu (i tak np. jeżeli miał miejsce napad na bank lub pocztę: 2 poziomy¹², jeżeli strzelano z broni palnej: + 7 poziomów¹³, jeżeli broń palna została użyta w inny sposób: + 6 poziomów¹⁴, jeżeli sprawca posiadał przy sobie broń palną: + 5 poziomów¹⁵, jeżeli użyte zostało niebezpieczne narzędzie: + 4 poziomy itd.),
- innych, ogólnych okoliczności związanych z zachowaniem się sprawcy (jak „szczególna wrażliwość ofiary”: wzrost o 2 punkty¹⁶ lub „uznanie odpowiedzialności za czyn” (*acceptance of responsibility*): potrącenie 2 punktów¹⁷).

W konsekwencji rozbój – w zależności od okoliczności indywidualnego czynu – może być przyporządkowany do poziomów od 18 do 27 tabeli na s. 107.

Odnosząc się zaś do uprzedniej karalności sprawcy (*criminal history*), wprowadzonych zostało 6 kategorii stopniowanych w zależności od punktów za uprzednią karalność:

- Kategoria 1: 0-1 punktów za uprzednią karalność;
- Kategoria 2: 2-3 punkty za uprzednią karalność;
- Kategoria 3: 4-6 punktów za uprzednią karalność;
- Kategoria 4: 7-9 punktów za uprzednią karalność;
- Kategoria 5: 10-12 punktów za uprzednią karalność;
- Kategoria 6: > 13 punktów za uprzednią karalność.

Punkty oblicza się w następujący sposób:

- 3 punkty za każde uprzednie skazanie na więcej niż 13 miesięcy;
- 2 punkty za każde uprzednie skazanie na 60 dni do 13 miesięcy pozbawienia wolności;
- 1 punkt za każde uprzednie skazanie na kare poniżej 60 dni pozbawienia wolności.

Każdorazowo dolicza się:

- 2 punkty, jeżeli sprawca w chwili czynu znajdował się w okresie próby itd.,
- 2 punkty, jeżeli sprawca dokonał czynu w czasie krótszym niż dwa lata od skazania go na karę wyższą niż 60 dni pozbawienia wolności,
- w przypadku zbiegu obu okoliczności dolicza się łącznie 3 punkty.

¹² § 2 B3.1.(b) (1) FSG.

¹³ § 2 B3.1.(b) (2) FSG.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ § 3 A.1.1. FSG.

¹⁷ § 3 E.1.1. FSG.

Na podstawie tabeli na s. 107 obejmującej 43 poziomy ciężarów gatunkowych na osi Y i 6 kategorii uprzedniej karalności na osi X, wprowadzając zidentyfikowane i przetworzone fakty, określa się odpowiednie, znacznie zawężone ramy kary [ramy ustawowego zagrożenia – przyp. tłumacza].

Jednocześnie została uregulowana także kwestia możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Dotychczas komisje penitencjarne (*parole boards*) miały bardzo dużą swobodę w tym zakresie, faktycznie współdecydowały o wymiarze kary podlegającej wykonaniu (*indeterminate sentencing*).

Poprzez FSG kary pozbawienia wolności zostały podzielone na cztery „strefy” w zależności od ich wysokości (zob. tabela na s. 107), a z nimi powiązane zostały możliwości w zakresie warunkowego zawieszenia wykonania:

- Strefa A: 0-6 miesięcy pozbawienia wolności; warunkowe zawieszenie wykonania możliwe, o ile nie jest konieczne bezwzględne wykonanie kary;
- Strefa B: 6-12 miesięcy pozbawienia wolności; wykonany musi być jeden miesiąc pozbawienia wolności, w odniesieniu do pozostałej kary może nastąpić warunkowe zawieszenie jej wykonania;
- Strefa C: powyżej 12 miesięcy; maksymalnie 16 miesięcy – warunkowe zawieszenie po odbyciu połowy kary;
- Strefa D: powyżej 16 miesięcy pozbawienia wolności; możliwe warunkowe przedterminowe zwolnienie za dobre sprawowanie.

W końcu FSG przewidują możliwość zmiany ram ustawowego zagrożenia (*departures*), na wypadek gdyby okoliczności sprawy znacząco odbiegały od typowych spraw danego rodzaju (*heartland of the cases*), a to w trzech różnych wariantach:

- *identified departures*, które zostały szczegółowo wymienione w FSG (np. śmierć¹⁸, uszkodzenie ciała¹⁹, szkody na psychice²⁰, popełnienie czynu z użyciem broni palnej lub niebezpiecznego narzędzia²¹ itd. prowadzą do przesunięcia do zaostrożonej kategorii ram ustawowego zagrożenia, dobrowolne ujawnienie czynu zabronionego²² lub umniejszona zdolność do ponoszenia winy²³ itd., mogą zaś prowadzić do łagodniejszego zaszeregowania);
- *unidentified departures*, nadzwyczajne okoliczności, które nie zostały wymienione w FSG, ale które istotnie wymagają odstępstwa od ogólnych ram ustawowego zagrożenia;

¹⁸ § 5 K.2.1. FSG.

¹⁹ § 5 K.2.2. FSG.

²⁰ § 5 K.2.3. FSG.

²¹ § 5 K.2.6. FSG.

²² § 5 K.2.16 FSG.

²³ § 5 K.2.13.

- *heartland departures*, okoliczności, które są wprawdzie omawiane w FSG, ale nie zostały należycie uwzględnione²⁴.

W rezultacie sztywne stosowanie wyżej wymienionej tabeli zostało, choć tylko w wyjątkowych wypadkach, ograniczone.

2. *Sentencing Guidelines* w Wielkiej Brytanii

W Wielkiej Brytanii – w przeciwieństwie do USA – z powodu indywidualnych, pozytywnych za zbyt surowe wyroków²⁵ już od wczesnych lat 80. sformułowane zostały przez Najwyższy Sąd Apelacyjny (*Court of Appeal*)²⁶ wytyczne dotyczące wymiaru kar w formie wyroków.

Z uwagi na to, że wspomniane wytyczne obejmowały jedynie niewielki wycinek spraw karnych, w 1988 r. utworzony został *Sentencing Advisory Panel* (SAP) [Panel Doradczy do spraw Wyrokowania – przyp. tłumacza], który stanowił gremium doradcze w sprawach skazań i miał opracować projekt wytycznych wymiaru kary. Od 2003 r. wytyczne wymiaru kary były opracowywane przez *Sentencing Guidelines Council*, a od 2009 r. przez *Sentencing Council*.

Wytyczne te opracowane zostały jako „opisowa instrukcja dla wyrokujących” (*narrative guidance to sentencers*)²⁷, w których w odniesieniu do poszczególnych czynów karalnych przedstawione są przede wszystkim punkty wyjściowe (*Starting points*) powiązane ze stanami faktycznymi. Nawiązując do czynników dotyczących czynu i sprawcy wytyczne wyliczają okoliczności łagodzące i obciążające, które muszą być brane pod uwagę. Sąd orzekający musi te wytyczne stosować, chyba że jest przekonany, że jest to sprzeczne z zasadami sprawiedliwości²⁸.

Ponownie na przykładzie rozboju Autor przedstawia, jak w praktyce funkcjonują brytyjskie *Sentencing Guidelines*:

1. Punkty wyjściowe:

- Jeżeli czyn karalny został popełniony przy minimalnym zagrożeniu lub użyciu przemocy albo użycie przemocy nastąpiło przy osiągnięciu minimalnej korzyści, to wówczas punkt wyjściowy ma wartość 12 miesięcy pozbawienia wolności (w ramach ustawowego zagrożenia do 3 lat pozbawienia wolności)²⁹.
- Jeżeli sprawca posiadał broń i użył jej w celu zastraszenia lub zastosował przemoc, a pokrzywdzony doznał obrażeń ciała, to wówczas punkt star-

²⁴ § 5 K.2.0(a)(2) FSG.

²⁵ Sentencing Commission Working Group, „*Sentencing Guidelines in England and Wales: an Evolutionary Approach*” 2008, s. 3, No. 1.4.

²⁶ Jest najwyższym sądem w sądach wyższej instancji Anglii i Walii [przyp. tłumacza].

²⁷ Sentencing Commission Working Group, „*Sentencing Guidelines in England and Wales: an Evolutionary Approach*” 2008, s. 3, No. 1.4.

²⁸ *Coroners and Justice Act 2009*, Section 125 (1), lit. (a) and (b).

²⁹ *SGC Definitive Guideline Robbery*, s. 14.

towy ma wartość 4 lat pozbawienia wolności (w ramach ustawowego zagrożenia od 2 do 7 lat pozbawienia wolności)³⁰.

- Jeżeli pokrzywdzony doznał ciężkich obrażeń ciała w wyniku zastosowania gwałtu na osobie albo w wyniku użycia broni, to wówczas punkt startowy ma wartość 8 lat pozbawienia wolności (w ramach ustawowego zagrożenia od 7 do 12 lat pozbawienia wolności)³¹.

Po określeniu punktu wyjściowego ustalane są okoliczności obciążające, które należy wziąć pod uwagę przy wydawaniu wyroku (więcej niż jeden sprawca, czyn był zaplanowany, wybrana została szczególnie wrażliwa ofiara itd.) i łagodzące (niewielka rola w popełnieniu czynu, zwrot zagarniętego mienia, czynny żal itd.)³². Za ich pomocą dalszemu zawężeniu ulegają ramy ustawowego zagrożenia.

III. *Sentencing Guidelines* jako środek pomocniczy w niemieckim systemie wymiaru kary?

1. Wątpliwości konstytucyjne, niezawisłość sędziowska

Zgodnie z art. 97 ust. 1 GG³³, § 1 GVG³⁴, § 25 DRiG³⁵ sędziowie są niezawisli i podlegają tylko ustawie. Jednakże wprowadzenie *Sentencing Guidelines* w Niemczech jako środka pomocniczego przy wymiarze kary nie wzbudziło żadnych konstytucyjnych zastrzeżeń, gdyby zostały uchwalone jako przepisy rangi ustawowej, które pozostawiłyby niezmienną rdzeń niezawisłości sędziowskiej lub posiadałyby jedynie charakter doradczy, a zatem nie wpływałyby to na niezawisłość sędziowską.

2. Niezbędność *Sentencing Guidelines* przy szczególnym uwzględnieniu systemu wymiaru kary w prawie niemieckim?

Aby udzielić odpowiedzi na pytanie, czy wytyczne wymiaru kary w formie *Sentencing Guidelines* są przydatnym środkiem w niemieckim systemie wymiaru kary, niezbędnym jest przyjrzenie się istniejącemu systemowi wymiaru kary wprowadzonemu w obecnej formie we wczesnych latach 80., do którego ewentualnie musiałyby być włączone *Sentencing Guidelines*.

Podstawą wymiaru kary jest, zgodnie z dyspozycją § 46 ust. 1 StGB³⁶, wina sprawcy, przy czym pod uwagę brane być powinny także skutki kary dla przyszłego życia sprawcy w społeczeństwie. W ramach całościowej oceny sąd orze-

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec – dop. tłumacza].

³⁴ *Gerichtsverfassungsgesetz* [Ustawa o Sądzie Konstytucyjnym – dop. tłumacza].

³⁵ *Deutsches Richtergesetz* [Ustawa o Sędziach – dop. tłumacza].

³⁶ *Strafgesetzbuch* [Kodeks karny – dop. tłumacza].

kający powinien zważyć wszystkie okoliczności przemawiające na korzyść i na niekorzyść sprawcy, a w szczególności:

- motyw i cele,
- sytuację emocjonalną i zamiar sprawcy,
- stopień naruszenia reguł postępowania z dobrem,
- sposób działania sprawcy i zawinione skutki czynu,
- dotychczasowe życie sprawcy (w szczególności uprzednia karalność), stosunki majątkowe i osobiste sprawcy,
- sposób postępowania po popełnieniu przestępstwa, w szczególności wysiłki na rzecz naprawienia szkody i jego wysiłki zmierzające do osiągnięcia porozumienia z poszkodowanym.

Przy uwzględnieniu tych zasad w ramach ustawowego zagrożenia związanego z każdym stanem faktycznym należy dokonać miarkowania konkretnej kary. Pomocne są przy tym ustawowe zasady wymiaru kary w formie stypizowanych podstaw złagodzenia kary, mniejszej wagi albo (nazwanych lub nienazwanych) szczególnie ciężkich wypadków.

Ich funkcje Autor uwypukla ponownie na przykładzie stanu faktycznego dotyczącego rozboju:

- W typie podstawowym czynu zabronionego (§ 249/I StGB) ramy ustawowego zagrożenia karą wynoszą od jednego roku do 15 lat pozbawienia wolności.
- Jeżeli zachodzi wypadek mniejszej wagi, a zatem przy użyciu przemocy w niewielkim rozmiarze, niewielkiej intensywności gróźb itd. (§ 249/II StGB), ramy ustawowego zagrożenia karą wynoszą od sześciu miesięcy do 10 lat pozbawienia wolności.
- W przypadku ciężkiego rozboju – kiedy sprawca dokonuje czynu, mając przy sobie broń lub inne niebezpieczne narzędzie, naraża inną osobę na ryzyko poważnego uszczerbku na zdrowiu itd. (§ 250/I 1 StGB) lub dokonuje rozboju jako członek grupy przestępczej (§ 250/I 2StGB) – ramy ustawowego zagrożenia karą wynoszą od trzech do 15 lat pozbawienia wolności.
- W przypadku szczególnie ciężkiego rozboju – gdy sprawca w czasie czynu używa broni lub innego niebezpiecznego narzędzia lub powoduje u innej osoby niebezpieczeństwo utraty życia itd. (§ 250/II StGB) – ramy ustawowego zagrożenia karą wynoszą od pięciu do 15 lat pozbawienia wolności.
- W wypadku mniejszej wagi ciężkiego lub szczególnie ciężkiego rozboju (§ 250/III StGB), ramy ustawowego zagrożenia karą wynoszą od jednego roku do 10 lat pozbawienia wolności.
- Jeśli sprawca powoduje śmierć innej osoby w wyniku rozboju co najmniej lekkomyślnie (rozbój ze skutkiem śmiertelnym, § 251 StGB), ramy ustawowego zagrożenia karą wynoszą nie mniej niż 10 lat pozbawienia wolności aż do dożywotniego pozbawienia wolności.

Ponadto zgodnie z dyspozycją § 49 StGB indywidualne okoliczności (jak np. pojednanie się przez sprawcę z pokrzywdzonym w trybie § 46a StGB) prowadzi do zmiany (złagodzenia) ram ustawowego zagrożenia karą. W konsekwencji przy zastosowaniu wyżej wymienionych regulacji do konkretnego przypadku, podlegającego subsumcji do abstrakcyjnego stanu faktycznego z abstrakcyjnymi ramami ustawowego zagrożenia karą, otrzymujemy konkretne ramy ustawowego zagrożenia, wprowadzając przy zastosowaniu typowych kryteriów, uwzględniające jednak cechy indywidualnego stanu faktycznego, w ramach których to ram ustawowego zagrożenia wymierzyć należy konkretną karę uwzględniającą winę sprawcy. Ustawodawca poprzez takie zasady wymiaru kary daje sędziemu orzekającemu skuteczny instrument wymierzania współmiernej kary w ramach ustawowego zagrożenia. Dlatego zdaniem Autora nie istnieje konieczność wprowadzenia do prawa niemieckiego wytycznych wymiaru kary.

Należy jednak przyznać, że w niemieckich zasadach wymiaru kary tabele sprawdzają się przy ustalaniu i ocenie niektórych znamion typu czynu zabronionego. W tym przypadku chodzi wszakże o proste stany faktyczne, zazwyczaj nie przeliczane na punkty, lecz kwantyfikowalne znamiona typów czynów. Takie nieformalne wytyczne wymiaru kary mają zastosowanie w poszczególnych rodzajach spraw, w szczególności w sprawach dotyczących wypadków komunikacyjnych i spraw karno-podatkowych. Wpisanie do tabeli danych o uprzedniej karalności i np.:

- w sprawach dotyczących nieujawnienia dochodów podlegających opodatkowaniu – wysokości szkody,
- w sprawach dotyczących wypadków drogowych z ucieczką z miejsca zdarzenia – wysokości szkody,
- w przypadku prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości – ustalonej zawartości alkoholu we krwi,

służą określeniu punktu wyjścia dla określonej wysokości kary.

Federalny Sąd Najwyższy w swoim wyroku z 2.12.2008 r. dotyczącym przestępstwa nieujawnienia dochodów podlegających opodatkowaniu, o którym mowa w § 370 AO³⁷ (tutaj w odniesieniu do ust. 3 pkt 1 „uchylił się od obowiązku podatkowego w znacznym rozmiarze”), orzekł jednak, że każda indywidualna sprawa podlega ocenie na podstawie kryteriów sformułowanych w § 46 StGB; kara nie może być różnicowana wyłącznie wysokością ukrytych dochodów, być niejako wymierzana «taryfowo»³⁸.

Na nieformalne zapytanie Autora do BMJ³⁹, czy wprowadzenie wytycznych wymiaru kary jest planowane w przewidywalnym czasie, Autor otrzymał odpo-

³⁷ *Abgabenordnung* [Ordynacja podatkowa – dop. tłumacza].

³⁸ Az.: 1 S. 416/08; cyt. za: juris Nb: 24.

³⁹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz [Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości – dop. tłumacza].

wiedź, że postulat katalogu sankcji na wzór katalogu kar grzywny także w prawie karnym jest wciąż podnoszony przez obywateli, media i organizacje społeczne, jednakże nie było inicjatyw parlamentarnych ani rządowych dla takiego rozwiązania; w tym zakresie ugruntowane podstawy niemieckiej nauki są zbyt silne. Także w *Sanktionenreform-Kommission* [Komisji ds. Reformy Sankcji – dop. tłumacza] w latach 90. postulat ten nie odegrał żadnej znaczącej roli.

IV. Wnioski

Zawsze jest się skłonny dać pierwszeństwo systemowi, który się zna i którego się doświadczyło przed innym, który na pierwszy rzut oka wydaje się co najmniej skomplikowany. Autor po głębszym przeanalizowaniu FSG wyraża pogląd, że nie może się utożsamiać ani z tymi wytycznymi, ani z ich schematycznym sposobem stosowania. Zdaniem Autora mogły one być w określonych warunkach praktyki orzeczniczej w USA metodą walki wyborczej, aby z zasady *law without order*⁴⁰ znów uczynić zasadą *law and order*. W szczególności za wątpliwe uważa Autor przyporządkowanie poszczególnych wartości punktowych do określonych czynników dotyczących czynu i sprawcy. Nie ma bowiem możliwości ich zweryfikowania.

Autor wyraża także wątpliwości, czy przy zastosowaniu tych wytycznych podczas wyrokowania możliwe jest kompleksowe uwzględnienie w ramach całościowej oceny wymagane przez Federalny Sąd Najwyższy indywidualnych okoliczności wynikających z faktów ujawnionych w trakcie rozprawy i w czasie tejże rozprawy wyrobionego poglądu o osobie oskarżonego⁴¹. W ramach specjalnych uwarunkowań prawa niemieckiego – a według wiedzy Autora także i prawa kontynentalnej Europy – nie są one przydatne do lepszego miarkowania konkretnej kary, lecz zawężają tylko w schematyczny sposób zakres dyskrecjonalnej władzy sędziego orzekającego przyznanej mu przez ustawodawcę.

Praktykę, według wiedzy Autora istniejącą w Kalifornii, która polega na wprowadzeniu do tabeli FSG (zob. s. 107) w komputerze niezbędnych okoliczności dotyczących czynu i sprawcy i wyliczaniu w ten sposób [przez komputer – przyp. tłumacza] kary, Autor także odrzuca ze względów zasadniczych.

Brytyjskie *Sentencing Guidelines* z ich „listą instrukcyjną dla orzekających” uwzględniają, w ocenie Autora, w istocie te same okoliczności łagodzące i obciążające które są brane pod uwagę w niemieckim wymiarze kary (rzecz jasna z innym systemowym wprowadzeniem), dlatego też wytyczne wymiaru kary na nich wzorowane nie przyniosłyby w ocenie Autora żadnej wartości dodanej w postaci dodatkowego zabezpieczenia przy ustalaniu wysokości kary.

⁴⁰ Za: dr Frank Meyer, *op. cit.*, s. 514.

⁴¹ BGH St 27, s. 1 i n.