

Materialne określenie przestępstwa

Ewa Plebanek



Oficyna
a Wolters Kluwer business

Materialne określenie przestępstwa

Prawo jest na naszej stronie!

**www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl**

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Materialne określenie przestępstwa

Ewa Plebanek



Oficyna
a Wolters Kluwer business

Warszawa 2009

Stan prawny na 1 lipca 2009 r.

Wydawca:
Magdalena Górniewicz

Redaktor prowadzący:
Małgorzata Buczna

Opracowanie redakcyjne:
Studio Diament

Skład, łamanie:
Studio Diament

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2009

ISBN 978-83-7601-809-6

ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek

01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00, (022) 535 82 00

31-156 Kraków, ul. Zaczysze 7
tel. (012) 630 46 00

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

*Panu Profesorowi Andrzejowi Zollowi oraz Rodzicom
wdzięczna za okazaną pomoc
pracę tę poświęcam*

Spis treści

Wykaz skrótów	13
Słowo wstępne	15
Wprowadzenie	25
1. Podstawowe pojęcia związane z materialnym ujęciem przestępstwa w polskich ustawach karnych	25
2. Geneza wprowadzenia materialnego ujęcia przestępstwa do ustawodawstwa karnego PRL	29
3. Zmiany wprowadzone w materialnym określeniu przestępstwa w Konstytucji RP i kodeksie karnym	36
CZĘŚĆ I	
W poszukiwaniu definicji społecznej treści przestępstwa	
Pojęcie społecznej szkodliwości a definicja przestępstwa	45
Wstęp	47
Rozdział I	
Spółeczna szkodliwość (społeczne niebezpieczeństwo) jako termin opisowy	49
1. Próby dekodowania definicji materialnej treści przestępstwa z semantycznego znaczenia w języku potocznym pojęć „społecznej szkodliwości” i „społecznego niebezpieczeństwa”	49
2. Krytyka przedstawionych koncepcji	53
3. Społeczne niebezpieczeństwo jako obiektywnie istniejące zjawisko społeczne (niezależne od oceny prawodawcy). Próby dekodowania definicji materialnej treści przestępstwa przez poszukiwanie cech zjawisk społecznie szkodliwych (niebezpiecznych) w języku socjologii	55
4. Krytyka przedstawionej koncepcji	62

5. Materialna a formalna definicja przestępstwa – zasada analogii	67
---	----

Rozdział II

Společna škodliwóść (společne niebezpieczeństwo)

jako termin oceniający	72
-------------------------------------	-----------

1. Uwagi wstępne	72
2. Společna škodliwóść (společne niebezpieczeństwo) jako ocena zrelatywizowana instrumentalnie	74
3. Společna škodliwóść (společne niebezpieczeństwa) jako ocena zrelatywizowana systemowo w oparciu o pozaprawny system aksjologiczny. Prawo karne a moralność	75
3.1. Zagadnienia wstępne	75
3.2. Koncepcja tzw. neutralności moralnej prawa	79
3.3. Próba relatywizacji systemowej	88
4. Pojęcie społecznej škodliwóści – stanowisko własne	94
4.1. Uwagi wprowadzające	94
4.2. Dobro prawne jako podstawa definicji pojęcia „společnej škodliwóści”	98
4.3. Koncepcja norm sprzężonych a zasady państwa prawnego i społeczna treść przestępstwa	102
4.4. Konstytucja RP a materialne ujęcie definicji przestępstwa	103
4.5. Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji RP a materialne ujęcie przestępstwa	107
4.6. Ocena stopnia społecznej škodliwóści na płaszczyźnie stanowienia prawa – pytanie o kwantyfikatory	114
4.7. Pojęcie karygodności na płaszczyźnie stanowienia prawa	116

Rozdział III

Materialne ujęcie definicji przestępstwa w okresie zmiany ustroju.

Ułomności: chlubić się czy przezwyęczać?	119
---	------------

1. Uwagi wstępne	119
2. Zmiana systemu aksjologicznego a ocena stopnia społecznej škodliwóści	122
3. Zmiana stosunków społecznych a ocena stopnia społecznej škodliwóści	129
4. Zmiana systemu aksjologicznego i zasada <i>lex poenali retro non agit</i> a materialne ujęcie przestępstwa	131
5. Upływ czasu a materialne ujęcie przestępstwa	133

Rozdział IV**O dwóch znaczeniach społecznej szkodliwości – z problematyki****pogranicza płaszczyzny stanowienia i stosowania prawa**..... 136

1. Artykuł 1 § 1 oraz § 2 k.k. a art. 1 § 1 d.k.k. 136

2. Przedstawienie problemów teoretycznych towarzyszących
nieostremu oddzieleniu płaszczyzny stanowienia i stosowania
prawa w kontekście oceny stopnia społecznego niebezpieczeństwa
przed wejściem w życie kodeksu karnego z 1997 r. 140

2.1. „Czy zbrodnię można uznać za bagatelkę?”.

Koncepcja W. Woltera dotycząca zastosowania i wzajemnych
związków art. 26 i 27 d.k.k. 140

2.2. Wypadek mniejszej wagi a materialne ujęcie przestępstwa 146

2.3. Prywatnoskargowy tryb ścigania a materialne ujęcie
przestępstwa 1512.4. Przestępstwo a wykroczenie: kryterium delimitacji
a materialne ujęcie przestępstwa 1552.4.1. Społeczna treść przestępstwa i wykroczenia: różnica
ilościowa czy jakościowa? 1552.4.2. Czy karygodność to element struktury jedynie czynu
przestępnego? Model struktury i społeczna treść
wykroczenia, przewinienia dyscyplinarnego i deliktu
administracyjnego 163

2.4.3. Społeczna treść tzw. typów przepołowionych 168

3. Materialne określenie przestępstwa na płaszczyźnie
generalno-abstrakcyjnej: uwagi końcowe 172**CZĘŚĆ II****Karygodność jako element struktury przestępstwa** 175**Wstęp** 177**Rozdział I****Społeczna treść czynów prawnokarnie irrelevantnych, okoliczności
wyłączających bezprawność i czynów o znikomym stopniu
szkodliwości społecznej** 185

1. Uwagi wstępne 185

2. Przedstawienie poglądów doktryny i ich krytyka 186

3. Stanowisko stworzone w oparciu o przyjętą w opracowaniu
strukturę przestępstwa 203

3.1. Wprowadzenie	203
3.2. Społeczna treść zachowań „formalnie bezprawnych – realizujących pozornie znamiona typu”	207
3.3. Rodzaj i stopień naruszonych reguł ostrożności (reguł postępowania z dobrem) jako jeden z czynników wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu (art. 115 § 2 k.k.)	210
3.4. Społeczna treść zachowań podjętych w warunkach „ryzyka dnia codziennego”	214
3.5. Społeczna treść okoliczności wyłączających bezprawność	222
3.6. Społeczna treść kontratypów pozaustawowych	225
3.7. Charakter i społeczna treść czynów zabronionych o znikomym stopniu społecznej szkodliwości	228
3.8. Społeczna treść przestępstw niesprowadzających zagrożenia dla dobra prawnego	229
3.8.1 Wprowadzenie	229
3.8.2. Społeczna treść przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo	230
3.8.3. Społeczna treść postaci stadialnych przestępstwa: usiłowanie nieudolne i bezwzględnie nieudolne	233

Rozdział II

Materialne ujęcie przestępstwa a zagrożenie winy: czysta normatywna teoria winy i praktyczne konsekwencje jej przyjęcia dla problematyki społecznej treści przestępstwa	236
1. Uwagi wstępne	236
2. Obiektywistyczne, kompleksowe oraz całościowe ujęcie czynników wyznaczających stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu	240
3. „Kwadrat świadomości i woli” i inne problemy związane z brakiem oddzielenia pojęć społecznej szkodliwości i winy a kompleksowe ujęcie czynników wyznaczających stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu	244
4. Praktyczne konsekwencje ujęcia płaszczyzny winy jako elementu następującego po stwierdzeniu wystąpienia cechy karygodności czynu zabronionego	247
5. Wina a stopień społecznej szkodliwości czynu na przykładzie art. 94 i 66 § 1 k.k.	249

Rozdział III

Faktory wyznaczające stopień społecznej szkodliwości czynu	252
1. Próby odnalezienia obiektywnych mierników ilościowych stopnia społecznej szkodliwości czynu	252
2. Relacje między faktorem społecznej szkodliwości czynu. Zależność między elementem przedmiotowym a podmiotowym w aspekcie ich stopniowania	254
3. Recydywa a stopień społecznej szkodliwości czynu	256
4. Nagminność a stopień społecznej szkodliwości czynu	257
5. Upływ czasu a stopień społecznej szkodliwości czynu	258
6. Chuligański charakter występkę a stopień społecznej szkodliwości czynu	259
7. Konstytucja RP i kodeks karny z 1997 r. a ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu	261
7.1. Wprowadzenie	261
7.2. Katalog artykułu 115 § 2 k.k.: <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	263
7.3. Katalog okoliczności z art. 115 § 2 k.k. – charakter otwarty czy zamknięty? Relacje między pojęciami „stopnia społecznej szkodliwości czynu” i „karygodności”: w ramach czynów realizujących znamiona tego samego typu oraz różnych typów czynów zabronionych.....	270

Rozdział IV

Uwagi dotyczące wpływu rozpracowania teoretycznego instytucji na praktykę wymiaru sprawiedliwości	276
Podsumowanie	288
Orzecznictwo	297
Bibliografia	307

Wykaz skrótów

- d.k.k. – ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94)
- d.k.p.k. – ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 96, z późn. zm.)
- AUMCS – Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska
- BMS – Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości
- BPK – Biuletyn Prawa Karnego
- CzPKiNP – Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
- DPP – Demokratyczny Przegląd Prawniczy
- GW – Gazeta Wyborcza
- k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
- k.k. z 1932 r. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. (Dz. U. Nr 60, poz. 571)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- k.k.s. – ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 z późn. zm.)
- k.p.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
- k.p.k. z 1928 r. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 33, poz. 313)
- k.w. – ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 109, poz. 756 z późn. zm.)

k.p.s.w.	– ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 133, poz. 848 z późn. zm.)
KSP	– Krakowskie Studia Prawnicze
NP	– Nowe Prawo
OSA	– Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSNCP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Cywilna i Pracy
OSNIK	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Karna
OSNKW	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Karna i Wojskowa
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPiKA	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OSNwSK	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych
Pal.	– Palestra
PiP	– Państwo i Prawo
PP	– Problemy Praworządności
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
PPK	– Przegląd Prawa Karnego
PS	– Przegląd Sądowy
SA	– Sąd Apelacyjny
SF	– Studia Filozoficzne
SI	– Studia Iuridica
SKKiP	– Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne
SN	– Sąd Najwyższy
SP	– Studia Prawnicze
SPE	– Studia Prawno-Ekonomiczne
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
Rz.	– Rzeczpospolita
TK	– Trybunał Konstytucyjny
WPP	– Wojskowy Przegląd Prawniczy
WSA	– Wyższy Sąd Administracyjny
ZNASW	– Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych
ZNIBPS	– Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego
ZNUJ	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
ZNUMK	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika

Słowo wstępne

Pojęcie społecznej szkodliwości umiejscowione w ustawie karnej stanowi punkt styczny między teoretycznymi rozważaniami o naturze i strukturze przestępstwa a codzienną praktyką wymiaru sprawiedliwości. Punkt styczny i niestety także punkt zapalny. Dlatego też teoretyczna czystość konstrukcji wydaje się tu niezwykle istotna – wszelkie deformacje i uproszczenia w sferze dogmatycznej zawsze wywołują nieprawidłowości w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Być może powodem, dla którego efekt nie zawsze wiernie oddaje założenia teorii, jest wypowiedanie ich wieloma różnymi głosami, językami lub głosem niewyraźnym. Jeżeli zatem istnieje, choćby nawet szczególnie wyrafinowana, konstrukcja teoretyczna, to jeśli tylko jest poprawna, winna wytyczać ścieżki rozwiązaniom ustawowym i ich wykładni, a tym samym mieć szansę przeniknięcia, nawet w ograniczonym zakresie, do praktyki. Zagadnienia elementów decydujących o cesze społecznej szkodliwości czynu i o nasileniu występowania tej cechy mają niebagatelne znaczenie praktyczne. Nawet pobieżna analiza publikowanego orzecznictwa wskazuje, jak niezwykle często i w jak różnorodnych sytuacjach zagadnienie społecznej szkodliwości pojawia się w praktyce, nie tylko w sprawach karnych. W opracowaniu starałam się nie tylko proponować pewne rozwiązania teoretyczne, ale też wskazać, jak mogą wpływać na konkretne rozstrzygnięcia. Przyjęcie jasno określonych, dostosowanych do litery prawa koncepcji teoretycznych, umożliwia ujednolicenie praktyki: taki efekt, zwłaszcza w prawie karnym, jest z punktu widzenia jego funkcji gwarancyjnej i zasady równości nie do przecenienia. Rozstrzygnięcie przynajmniej podstawowych sporów związanych ze społeczną szkodliwością czynu ma kluczowe znaczenie dla interpretacji i stosowania instytucji uregulowanej w art. 1 § 2 k.k., będącej podstawą uznania czynu za przestępny, nie mniej ważnych, a w praktyce ściśle z nią powiązanych instytucji warunkowego umorzenia postępowa-

nia (66 § 1 k.k.), dokonania prawidłowego wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.), odstąpienia od wymierzenia kary (art. 59 k.k.), stosowania niektórych środków zabezpieczających (art. 94 k.k.), jest też bazą dla definicji i stosowania instytucji okoliczności wyłączających bezprawność. W tym opracowaniu prezentowany jest także pogląd, że społeczna szkodliwość i jej odpowiednio wysoki stopień stanowią przesłankę kryminalizacji.

Dzięki pojęciu społecznej szkodliwości czynu definicja przestępstwa w polskim kodeksie karnym nie opiera się jedynie na ujęciu formalnym, gdyż obok elementu formalnego wskazuje się także na element materialny rozumiany jako ujemna z punktu widzenia przyjętych w społeczeństwie założeń aksjologicznych wartość zachowania. Owo ujemne wartościowanie jest zarazem merytorycznym uzasadnieniem karalności takiego czynu¹. Ta złożona definicja przestępstwa wynika z jego podwójnej natury. Z jednej bowiem strony przestępstwo jest zjawiskiem społecznym, funkcjonującym w rzeczywistości społecznej. Z drugiej strony, choć zjawisko to bytuje w rzeczywistości, to dopiero opisane językiem ustawy i przeniesione na płaszczyznę normatywną staje się tym, co w prawie karnym rozumiemy pod pojęciem przestępstwa z wszelkimi konsekwencjami przewidzianymi w przepisach kodeksu karnego². Dopiero zjawisko społeczne rozpoznane jako ujemne wyzwala akt ustawodawczy, nadający mu cechy przestępne. Normy prawa karnego są zatem wtórne wobec zjawiska przestępstwa³. Społeczna szkodliwość – jako stopniowalna cecha zachowania – odnosi się przeto do elementu ontologicznego, będąc zarazem pojęciem z języka prawnego. Jest ona przesłanką i uzasadnieniem typizacji danej kategorii zachowań, jest też przesłanką i uzasadnieniem karania konkretnego czynu.

Moim zamiarem było odnalezienie odpowiedzi na pytanie o wzorce, wedle których rozpoznaje się, czy dana klasa zachowań bądź dane zachowanie podlegające prawnokarnemu wartościowaniu charakteryzuje się określonym „kwantum” społecznej szkodliwości⁴. U podstaw opracowania

¹ A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa* (w:) *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 106; A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego* (w:) *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 83 i n.; A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa*, Prok. i Pr. 1997, nr 2, s. 7.

² M. Dąbrowska-Kardas, *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu*, CZPKiNP 1997, z. 1, s. 21.

³ *Ibidem*; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 11.

⁴ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1997, s. 68.

legło założenie, że analizy ocen dokonywanych przez wymiar sprawiedliwości, ocen precyzujących, które faktory i w jakim stopniu wpływają na stopień społecznej szkodliwości konkretnego czynu, nie sposób dokonać, nie odwołując się do litery Konstytucji RP, a dopiero w następnej kolejności do ustawy karnej. Należy bowiem ustalić, czy system prawa dał ustawodawcy oraz praktyce wymiaru sprawiedliwości odpowiednie narzędzie do dokonywania oceny stopnia społecznej szkodliwości. Dopiero w oparciu o tak ustalone kryteria można oceniać poczynania legislatora i praktykę. Dodatkowym walorem niniejszych rozważań będzie możliwość porównania ich z licznymi danymi empirycznymi zgromadzonymi w czasie obowiązywania wcześniejszych regulacji prawnych. Pozwoli to stwierdzić czy istotnie zmiana ustroju i ustawy karnej ma tak znaczny wpływ na praktykę wymiaru sprawiedliwości, jak mieć powinna. Z tych powodów wydaje się, iż obie części niniejszego opracowania, tak jak i ocena stopnia społecznej szkodliwości na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej i indywidualno-konkretnej, wzajemnie się uzupełniają i pod żadnym pozorem nie powinny być traktowane jako dwa odrębne, niezależne od siebie zjawiska.

We współczesnej nauce prawa karnego za ugruntowany należy uznać pogląd, że materialny element definicji przestępstwa, zwłaszcza przepisy pozwalające uznawać sędziemu, iż konkretny czyn z uwagi na znikomy stopień społecznej dysfunkcyjności nie jest przestępstwem, nie rodzą konkurencji między sędzią a ustawodawcą, ani nie pozwalają uznać, że rola sądu i ustawodawcy w kształtowaniu norm prawa jest równoprawna. Nie budzi bowiem wątpliwości fakt, że nazwa „społeczna szkodliwość” odnosi się w istocie do dwóch różnych pojęć. Dwojaki charakter omawianej instytucji, wynikający z różnych, lecz komplementarnych funkcji przynależnych dwóm znaczeniom pojęcia „społecznej szkodliwości”, wpłynął na konstrukcję niniejszego opracowania. W monografii tej przyjąłam bowiem pogląd, że nie dość, że pojęcie to ma dwoisty charakter, to jeszcze zbyt dużym uproszczeniem byłoby stwierdzenie, że „ocena społecznego niebezpieczeństwa czynu zarówno ustawowego typu, jak i konkretnego już przestępstwa opiera się na tych samych przesłankach i kryteriach (...)”⁵. Przyjęłam bowiem założenie, że owe kryteria są do siebie podobne, lecz nie takie same. Jedne i drugie oparte są na tym samym kanonie zasad państwa prawa, jednak oceny te są odnoszone do zupełnie innych przedmiotów, dokonywane

⁵ Z. Sienkiewicz, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary (na tle teorii i praktyki sądowej)*, Wrocław 1977, s. 26.

są przez inne podmioty, dla odmiennych celów. Rozważania dotyczące procesu rozpoznawania przez ustawodawcę zachowań społecznie szkodliwych, ujmowania ich w opisane ustawowo kategorie, wskazania kryteriów oceny stopnia społecznej szkodliwości, wpływu prawidłowo ocenionego stopnia na decyzję o kryminalizacji (penalizacji) danej kategorii zachowań oraz wysokość zagrożenia ustawowego, zostały przedstawione w części I niniejszej opracowania. Tam też pojawi się próba odpowiedzi na pytanie, czy istnieją „różne” społeczne szkodliwości, inne dla przestępstw, inne dla przewinień dyscyplinarnych, wykroczeń czy deliktów administracyjnych, czy też ich materialna treść jest jednorodna, a różni się jedynie stopniem społecznej szkodliwości. Przy tej okazji postaram się zbadać, czy ocenione na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej „stopnie” społecznej szkodliwości przestępstw, wykroczeń, deliktów administracyjnych i przewinień dyscyplinarnych można uporządkować liniowo w tym sensie, że np. dolny próg społecznej szkodliwości przestępstwa wyznacza górną granicę społecznej szkodliwości wykroczenia.

Nawet jeśli przyjąć, że dla prawa karnego bardziej istotnym z punktu widzenia praktyki wymiaru sprawiedliwości jest opracowanie wyczerpującej definicji i kryteriów oceny stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu zabronionego, nie sposób poczynić tego rodzaju ustaleń, nie odwołując się do rozważań teoretycznych części I opracowania. Dlatego też trudno się zgodzić z twierdzeniem, że organ stosujący prawo ma badać „jedynie ustawowe znamiona”, pomijając przyczyny, dla których znalazły się one w ustawie karnej. Organ stosujący prawo, nim przejdzie do zbadania „znamion ustawowych”, musi zawsze sprawdzić, czy w ogóle istnieje racja dla ich egzystowania, ta sama racja, którą badał ustawodawca, typizując daną kategorię zachowań społecznie szkodliwych. Ocena szkodliwości poszczególnych znamion typu, dokonana *in abstracto*, jest podstawą badania, czy dany czyn jest karygodny, gdyż owego „wystarczającego” dla przyjęcia karygodności stopnia społecznej szkodliwości danego zachowania nie sposób wyznaczyć inaczej, niż przez odwołanie się do pewnego minimalnego poziomu, wyznaczonego przez konstruującego dany typ ustawodawcę. Dlatego nie można zgodzić się z tezą R. Zawłockiego, że te dwa zagadnienia są od siebie całkiem niezależne⁶. Jak zauważa ten autor „Sąd nie bada czy konkretny typ zachowania ma być czynem zabronionym, lecz

⁶ R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 152–155.

czy określony popełniony czyn zabroniony ma być podstawą zastosowania reakcji karnoprawnej”⁷. W przedstawionym w tym opracowaniu ujęciu sąd, zanim zbada, czy czyn realizujący znamiona typu zasługuje na reakcję prawnokarną – a więc czy jest karygodny – bada, czy jest on także bezprawny. Operacja ta wymaga zbadania w stosunku do konkretnego czynu tych samych racji, które legły u podstaw kryminalizacji całej kategorii. W opracowaniu podjęłam także próbę opisu materialnej treści zachowań podjętych w warunkach kontratypu oraz okoliczności wyłączających winę, a także w wyróżnianych przez część doktryny „kontratypach pozaustawowych” np. ryzyka dnia codziennego, zgody pokrzywdzonego czy działania w ramach przyznanych przez prawo uprawnień i obowiązków.

W praktyce ustawodawczej często zdarza się, że pewne kategorie zachowań penalizowane są niezgodnie z generalno-abstrakcyjną oceną stopnia społecznej szkodliwości, ale np. wedle wskazań prewencji negatywnej lub z przyczyn wynikających z potrzeb aktualnie prowadzonej polityki. Może też zdarzyć się tak, że kryminalizowane lub nadmiernie penalizowane są czyny, które przez społeczeństwo oceniane są odmiennie niż uczynił to ustawodawca. Takie niebezpieczeństwo istnieje nie tylko w państwach niedemokratycznych. Również współcześnie nierzadkie są sytuacje, w których ustawodawca, wychodząc naprzeciw nie zawsze racjonalnym oczekiwaniom części społeczeństwa, kryminalizuje lub nadmiernie penalizuje zachowania, które z punktu widzenia zasad ustrojowych powinny być odmiennie wartościowane. Wówczas praktyka staje przed pytaniem, jak traktować konkretne czyny, które niewątpliwie realizują znamiona danego typu, ale intuicja nie pozwala uznać ich w przeważającej części za karygodne. W opracowaniu zostanie podjęta próba odpowiedzi na pytanie, czy nie jest tak, że pojęcie społecznej szkodliwości i karygodności jest swoistym „papierkiem lakmusowym”, ujawniającym fałszywe kroki ustawodawcy.

Silne wzajemne związki między dwoma pojęciami określanymi jedną nazwą zadecydowały nie tylko o strukturze opracowania, ale i o umieszczeniu w jego tytule pojęcia „materialnego określenia przestępstwa”, nie zaś np. „karygodności” czy „społecznej szkodliwości czynu”⁸. Zabieg ten miał na celu podkreślenie zakresu prowadzonych rozważań, nieogranicza-

⁷ *Ibidem*, s. 155.

⁸ Pojęcia społecznej szkodliwości nie użyto także jeszcze z innego powodu. Poprzedzające kodeks karny z 1997 r. ustawy karne, a za nimi także i doktryna, posługiwały się pojęciem „społeczno-niebezpieczeństwa”.

jących się tylko do jednej z dwóch możliwych płaszczyzn. By nie zagubić się w gęstwinie różnorodnych nazw zdecydowałam, by w dalszych częściach niniejszego opracowania posługiwać się pojęciami „materialnego określenia przestępstwa” oraz „materialnego ujęcia przestępstwa” jako najbardziej ogólnymi terminami odnoszącymi się do wszystkich aspektów funkcjonowania przestępstwa jako zjawiska istniejącego w rzeczywistości społecznej, zarówno na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej, jak i indywidualno-konkretnej. Pojęcia „społecznej treści przestępstwa” oraz „materialnej treści przestępstwa” odnosić się będą do społecznego wymiaru całych kategorii przestępstw bądź konkretnego czynu, jako zjawisk występujących w rzeczywistości społecznej. Pojęcia „materialnej definicji przestępstwa” i „materialnej ustawowej definicji przestępstwa” określać będą takie postanowienia systemu prawnego, które dekretują konieczność zbadania występowania oraz stopnia społecznej szkodliwości jako przesłanki kryminalizacji. Pojęciem „materialnego elementu definicji przestępstwa” określać będą takie rozwiązania ustawowe, które nakazuje zbadanie występowania oraz stopień nasilenia ujemnej treści przestępstwa organowi stosującemu prawo, oceniającemu konkretny czyn zabroniony.

Monografie poświęcone badaniom aktowym nad praktyką stosowania materialnej definicji przestępstwa oraz materialnego elementu definicji przestępstwa (najpóźniejsze pochodzą z wczesnych lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku)⁹ nie przedstawiały w tym zakresie wniosków zbyt optymistycznych – zachęcających do pozostawienia materialnego elementu definicji przestępstwa w kodeksie karnym. Pomimo to ustawodawca zdecydował się pozostać przy rozwiązaniu karnomaterialnym. Powstają zatem kolejne pytania: czy z uwagi na zmianę warunków i rozwój doktryny np. w zakresie stworzenia adekwatnej do polskiego systemu pra-

⁹ Z. Sobolewski, *Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu jako podstawa stosowania art. 49 k.p.k.*, Lublin 1960; J. Tylman, *Zasada legalizmu w procesie karnym*, Warszawa 1965; K. Ifkiewicz, *Znikomość społeczne niebezpieczeństwa czynu w sprawach z oskarżenia prywatnego w świetle badań aktowych*, PiP 1966, z. 12; A. Zoll, *Wpływ stopnia społecznego niebezpieczeństwa na ocenę przestępności czynu*, niepublikowana rozprawa doktorska, Kraków 1967; O. Górniok, *Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu jako podstawa stosowania art. 49 k.p.k.*, Wrocław 1968; A. Marek, *Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako podstawa warunkowego umorzenia postępowania*, Toruń 1970; M. Leonien, W. Michalski, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w świetle ustawy i praktyki sądowej*, Warszawa 1972; A. Zoll, *Materialno-prawna problematyka warunkowego umorzenia postępowania*, ZNUJ Prace Prawnicze, nr 62, Kraków 1973; A. Krukowski, *Społeczna treść przestępstwa*, Warszawa 1973; Z. Sienkiewicz, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary (na tle teorii i praktyki sądowej)*, Wrocław 1977; B. Kunicka-Michalska, *Warunkowe umorzenie postępowania w latach 1970–1977*, Ossolineum 1982.

wa karnego struktury przestępstwa¹⁰, popularyzacji czystej normatywnej koncepcji winy, uporządkowania i wyraźnego odgraniczenia od siebie na gruncie normatywnym pojęć abstrakcyjnej i konkretnej społecznej szkodliwości czynu, niektóre z zacieklých niegdyś sporów teoretycznych – przekładających się na problemy praktyki – straciły rację bytu, a inne można rozstrzygnąć z pomocą zupełnie odmiennej niż ówczesna argumentacji – proponując nowe rozwiązania, uwzględniające większość dostrzeganych i niedostrzeganych przez dawnych antagonistów subtelności? Czy tym samym dostarczono praktyce narzędzie służące do stworzenia właściwego wzorca? Czy też, tak jak twierdzą niektórzy przedstawiciele współczesnej doktryny, obecne rozwiązanie prawne wciąż jest przyczyną negatywnych zjawisk w praktyce wymiaru sprawiedliwości: czy to z uwagi na „zło” tkwiące w samej instytucji, czy to z uwagi na istotne wady w przyjętych rozwiązaniach prawnych? Monografia powinna dać odpowiedź na pytanie: czy ewentualne nieprawidłowości związane z definiowaniem i stosowaniem materialnego ujęcia przestępstwa mogące mieć miejsce we współczesnej praktyce, mają swe źródło w istocie tej instytucji albo w jej niewłaściwym ujęciu w ustawie? Jeśli w toku analizy aktualnego orzecznictwa zostaną ujawnione nieprawidłowości, to zostaną one zestawione z błędami praktyki ujawnionymi w badaniach aktowych prowadzonych od lat pięćdziesiątych do końca siedemdziesiątych ubiegłego wieku. Podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie: na ile owe nieprawidłowości są do siebie podobne i czy można twierdzić, że powodują je te same przyczyny?

Z podwójnej natury przestępstwa, z jednej strony będącego zjawiskiem ontologicznym, z drugiej zaś posiadającym naturę normatywną, wynika, iż występowanie materialnej definicji przestępstwa nie jest zależne od przyjęcia konkretnego rozwiązania ustawowego¹¹. Jednak wymienienie w ustawie karnej elementu materialnego przestępstwa obok elementu formalnego jest już rozwiązaniem stosunkowo oryginalnym, związanym z określonym porządkiem prawnym. Zasada wyrażona w art. 1 § 2 k.k.

¹⁰ Wydaje się, że model struktury przestępstwa A. Zolla, niczym dogmatyczna nauka o czynie E. Belinga, pchnął dogmatyczną naukę o materialnej istocie przestępstwa dotychczas „zakradającą się w filcowych pantoflach” na nowe szybkie tory (por. E. Beling, *Lehre von Verbrechen*, Tybinga 1906). Por. np. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982; A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa* (w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990; A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, nr XXIII; A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego...*, Kraków 1993).

¹¹ Por. A. Zoll, *Materialne określenie...*, s. 2.

jest bowiem wyrazem określonego modelu polityki kryminalnej – w przeciwieństwie do zasady *nullum crimen sine periculo sociali* adresowanej do ustawodawcy – i z uwagi na umieszczenie w Konstytucji RP zasady proporcjonalności, niemogącej być zastąpioną żadną inną. Zasadniczym powodem wprowadzenia do ustawodawstwa karnego materialnego elementu definicji przestępstwa jest „przełamywanie” normy sankcjonującej, gdy obejmuje ona swym zakresem czyny tak drobne, że niezaskładujące na prawnokarną reakcję¹². O wprowadzeniu materialnego elementu definicji przestępstwa do ustawy karnej nie zdecydowała zatem jedynie adekwatność takiego rozwiązania do zasady państwa prawa, ale względy pragmatyczne. Czyny o znikomym stopniu społecznej szkodliwości stanowią na tyle liczną grupę przypadków, iż aby zapewnić wymiarowi sprawiedliwości możliwość należytego koncentrowania się na sprawach istotnych, ustawodawca musi w systemie prawa karnego umieścić rozwiązanie umożliwiające rezygnację z reakcji karnoprawnej w przypadkach błahych. Alternatywnym sposobem radzenia sobie wymiaru sprawiedliwości z tego rodzaju drobnymi sprawami jest zasada oportunistu, wprowadzona do procedury karnej. Jest to rozwiązanie najbardziej rozpowszechnione w państwach europejskich, niemających za sobą socjalistycznej przeszłości. Wydaje się, że z punktu widzenia zasady *ultima ratio* prawa karnego jedno i drugie rozwiązanie winno być ocenione pozytywnie. Konsekwencją ujęcia, na które zdecydował się polski ustawodawca jest przyjęcie, że jednym z elementów struktury przestępstwa jest karygodność, tzn. odpowiedni, uzasadniający reakcję prawnokarną, stopień ujemnej zawartości czynu. Powoduje on, iż bezwarunkowe umorzenie postępowania jest dyktowane przesłankami materialnoprawnymi (brak przestępstwa), a nie procesowymi. W niniejszym opracowaniu bronię poglądu, że kryterium procesowe, choć nieobciążone historycznie, nie jest rozwiązaniem lepszym. Chociażby dlatego, że nie daje podstaw do odróżnienia, czy umorzenie następuje z powodu błahości czynu zabronionego, czy też jego braku, a kryterium celowości kontynuowania postępowania karnego jest z powodu swej nieostrości mniej adekwatne z punktu widzenia wymagań stawianych przez gwarantującą funkcję prawa karnego¹³.

Jak zauważył przed laty I. Andrejew żywa dyskusja wokół materialnego określenia przestępstwa, mimo iż nie doprowadziła do ostatecznych

¹² M. Cieślak, *Pojęcie i funkcje społecznego niebezpieczeństwa czynu w prawie karnym*, Pal. 1979, nr 6, s. 57.

¹³ Por. A. Zoll, *Materialne określenie...*, s. 9.

konkluzji, „wzbudza rumieniec życia w na ogół monotonnym życiu przepisotwórców i egzegetyków”¹⁴. Jednak jak trafnie, acz gorzko konstatował ten sam autor: „jest więc teoria matką, która potrafiła dziecko urodzić, ale zamiast zapewnić mu wychowania – rzuciła samopas”¹⁵. Współcześnie, wciąż z wyrzutem pod adresem dogmatyki prawa karnego, M. Filar uważa, że społeczna szkodliwość wciąż stoi przed przedstawicielami doktryny „golusieńka”, a my chcemy ją ubrać w jakieś „spodenki, koszulkę, jakieś normatywne formuły (...)”¹⁶. Materialne ujęcie przestępstwa nie posiada aktualnego, całościowego opracowania opartego na współczesnych założeniach systemowych. Tworząc monografię wychodzącą naprzeciw potrzebom współczesnej praktyki, nie sposób swoich rozważań oderwać od zasad konstytucyjnych (zasad stanowienia i stosowania prawa), oraz nie podjąć próby wpisania pojęcia w obecnie przyjmowaną w nauce prawa karnego strukturę przestępstwa i tym samym wskazania jego praktycznych walorów. Materialne określenie przestępstwa zasługuje, aby je ubrać w kreację odpowiednią do doniosłych funkcji, które przyszło pełnić mu w polskim systemie prawa karnego. Zwłaszcza, że przez lata owa wyrodna matka uzbierała spory zbiór ubranek – wydaje się więc, że należy je tylko dobrze do siebie dopasować – zamiarem moim jest próba skompletowania stosownego do okazji, współczesnego stroju.

Podstawą niniejszej monografii jest rozprawa doktorska przyjęta przez Radę Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w 2008 r. Promotorem tej rozprawy był Pan Prof. dr hab. Andrzej Zoll, któremu pragnę serdecznie podziękować za życzliwą opiekę i troskę w trudnych momentach w czasie studiów doktoranckich oraz po obronie pracy.

Dziękuję także recenzentom pracy doktorskiej: Pani Prof. dr hab. Mirosławie Melezini i Panu Prof. dr hab. Włodzimierzowi Wróblowi. Ich uwagi pozwoliły mi na nowo przemyśleć niektóre tezy stawiane w dysertacji.

¹⁴ I. Andrejew, *Kilka uwag o treści art. 384 pkt 2 k.p.k. w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, NP 1957, nr 9, s. 40.

¹⁵ *Ibidem*, s. 45.

¹⁶ M. Filar, *II Bielańskie Kolokwium Karnistyczne – Zapis dyskusji* (w:) J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Materiały III Bielańskiego kolokwium karnistycznego, Toruń 2007.

Wprowadzenie

1. Podstawowe pojęcia związane z materialnym ujęciem przestępstwa w polskich ustawach karnych

Pozornie w doktrynie prawa karnego panuje pełna zgodność w przedmiocie definicji pojęcia społecznej szkodliwości czynu, zgodnie z którą czyn społecznie szkodliwy oznacza czyn godzący w krąg uznanych i chronionych prawem wartości i przez to zagrażający bezpośrednio lub pośrednio aprobowanemu przez ustawodawcę układowi stosunków społeczno-ekonomicznych i politycznych, panujących w danym miejscu i czasie¹⁷. Wydaje się, że choć definicja ta trafnie oddaje znaczenie wspomnianego terminu, jej walor praktyczny, oceniany w aspekcie funkcji, jakie wyznacza pojęciu społecznej szkodliwości system prawa karnego, tak dla ustawodawcy, jak i dla organu stosującego prawo, jest niewielki. Tymczasem rozwinięcie definicji w taki sposób, aby podmiot odpowiedzialny za realizację zadań pojęcia społecznej szkodliwości mógł na

¹⁷ J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP 1993, nr 10, s. 69 i n. Tak też T. Kaczmarek, *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Wrocław 1966, s. 8; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 3; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 111–113; J. Majewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 27 II 1991, II KRn 69/91*, PS 1992, nr 5–6, s. 151–152. Należy stwierdzić, że sformułowania użyte w definiendum mogą na pozór wydać się anachroniczne (np. odwołanie do układów społeczno-ekonomicznych i politycznych), ale właśnie te elementy w zasadniczy sposób są wyznacznikami badanego pojęcia – także w państwie prawnym o gospodarce wolnorynkowej. Ostatnie lata wyraźnie wskazały, że ów „układ” może mieć do tego stopnia silny wpływ na kształt prawa karnego, że nawet przewyżcza niezgodność niektórych stanowionych praw z ustawą zasadniczą. Por. np. art. 1 pkt 2, 12, 14 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 1363); art. 1 pkt 2 i art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1648).

niej faktycznie opierać swe rozstrzygnięcia, wydaje się szczególnie ważne właśnie z uwagi na konieczność precyzyjnej realizacji owych zadań w państwie prawa.

Pojęcie społecznej szkodliwości występuje w języku prawniczym w dwóch znaczeniach, a co za tym idzie – przypisuje mu się dwie, wzajemnie uzupełniające się funkcje. Pierwsze ze znaczeń odnosi się do ujemnej zawartości danej kategorii zachowań (inaczej: płaszczyzny ustawowej określoności typu), gdzie wyraża je jedna z podstawowych zasad prawa karnego: *nullum crimen sine periculo sociali* – adresowana do ustawodawcy. Rozpoznany przez ustawodawcę stopień społecznej szkodliwości danej kategorii zachowań powinien motywować ustawodawcę do wprowadzenia ich karalności oraz być podstawowym czynnikiem wpływającym na wysokość ustawowego zagrożenia karą. Ustawodawca bowiem, przez decyzję o wprowadzeniu sankcji, a następnie przez ich dyferencjacje, wyraża swe przekonania aksjologiczne i preferencje co do hierarchii dóbr społecznie cennych¹⁸. W drugim znaczeniu, w którym społeczna treść przestępstwa występuje w kodeksie karnym, społeczna szkodliwość czynu stanowi w strukturze przestępstwa stopniowaną cechę zachowania spełniającego „model” czynu. Na płaszczyźnie konkretnego indywidualnego zachowania termin ten określa element wewnętrznej struktury przestępstwa – nazwany w języku prawniczym karygodnością¹⁹. Powodem „ponownej” oceny stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu, realizującego znamiona typu, jest konieczność pominięcia przez ustawodawcę, oceniającego stopień szkodliwości społecznej ujętej w typ danej kategorii zachowań, okoliczności indywidualizujących, charakterystycznych tylko dla konkretnych zachowań spełniających znamiona typu. Ustawowy opis znamion typu czynu zabronionego, choć stanowi w stosunku do ogólnego pojęcia materialnej treści przestępstwa daleko posuniętą konkretyzację, wciąż jednak pozostaje uogólnieniem w odniesieniu do konkretnego czynu²⁰. Jeśli typ czynu ujęty jest prawidłowo, tzn. określa wszystkie elementy konstytutywne dla ujemnej oceny uzasadniającej uznanie danej kategorii za karalną, to ocena ujemnej zawartości konkretnego zachowania realizującego znamiona typu będzie z reguły pokrywała się z ujemną oceną ustawodawcy związaną z typem. Oznacza to, iż ustawowe ramy odzwierciedlające poziom ujemnej treści danej kategorii będą adekwatne do konkretnego zachowania podlegającego subsumpcji. Może się jednak zdarzyć,

¹⁸ Por. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, s. 67.

¹⁹ Por. M. Dąbrowska-Kardas, *O dwóch...*, s. 20.

²⁰ A. Zoll, *Materialne określenie...*, s. 6.

nawet w przypadku doskonale skonstruowanego typu, że natężenie cech konstytutywnych oraz występowanie nietypowych cech indywidualizujących, które przy konstruowaniu typu – jako pewnego uogólnienia – nie mogły zostać wzięte pod uwagę, powoduje, że zawartość elementu materialnego w danym czynie nie będzie typowa dla kategorii, do której należy²¹. W końcu należy podkreślić, że opis znamion typu tworzy zaledwie pewne ramy, w których mogą mieścić się zachowania bardzo różnorodne pod względem swej materialnej treści, zaś ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu, np. w ramach wymiaru kary, pozwala potraktować je indywidualnie. Ustawowe znamiona mają za zadanie najdokładniej jak to możliwe oddać istotę tego zachowania, tak, aby uzasadnić wysokość sankcji karnej, która jest do tego opisu „przywiązana”²². Różnica między oceną stopnia społecznej szkodliwości czynu dokonaną przez organ stosujący prawo, a oceną danej kategorii dokonaną uprzednio przez ustawodawcę ujawnia się „na krańcach” ustawowego zagrożenia. Po pierwsze, różnica w ocenie ujawnia się, gdy górny próg ustawowego zagrożenia – w mniemaniu organu orzekającego – jest zbyt niski dla odzwierciedlenia atypowo wysokiego jak na daną kategorię stopnia społecznej szkodliwości zawartego w konkretnym czynie i nie pozwala na zastosowanie właściwej kary zgodnie z dyrektywami jej wymiaru. Tu organ orzekający, mimo pokusy poszukiwania przepisu o adekwatnym, jego zdaniem, ustawowym zagrożeniu, ale znamionach niekoniecznie oddających istotę tego zachowania, zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege* ma obowiązek stosować przepis, którego znamiona są adekwatne do ocenianego zachowania wraz z sankcją karą w nim przewidzianą²³. Jeśli „nadwyżka” stopnia społecznej szkodliwości występuje w praktyce często, ustawodawca powinien rozważyć możliwość skonstruowania typu kwalifikowanego albo zmianę wysokości zagrożenia ustawowego. Jest też możliwa sytuacja przeciwna, z punktu widzenia problematyki opracowania znacznie bardziej interesująca – gdy minimum ustawowego zagrożenia jest zbyt wysokie w stosunku do stopnia szkodliwości konkretnego czynu. Chodzi tu o kategorię czynów zabronionych o atypowo niskim stopniu społecznej szkodliwości, gdzie ów „niedobór” jest na tyle znaczny, że aż wyłączający cechę karygodności czynu. W tym wypadku względy gwarancyjne nie sprzeciwiają się stworzeniu możliwości ocenienia takiego czynu inaczej, a zasada *ultima ratio* prawa karnego wręcz to nakazuje. Dlatego też zasadne wydaje

²¹ A. Zoll, *O normie...*, s. 92.

²² T. Florek, *Typizacja czynu – pojęcie, zakres, funkcja*, ZNUJ 1977, z. 74, s. 45.

²³ *Ibidem*, s. 46–47.

się wprowadzenie dalszego elementu struktury przestępstwa: karygodności czynu²⁴. Cecha karygodności służy niejako wyłowieniu z morza czynów bezprawnych i karalnych tych, których stopień społecznej szkodliwości jest na tyle wysoki, że zgodnie ze standardami państwa prawa należy wobec ich sprawców uruchomić reakcję karną. Na takim założeniu co do struktury przestępstwa oparta jest, ujęta w § 2 art. 1 k.k., instytucja znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu²⁵. Studiując publikacje (także współczesne) z zakresu problematyki materialnego ujęcia przestępstwa można odnieść wrażenie, że większość przedstawicieli doktryny uznaje pojęcia „karygodności” oraz „stopnia społecznej szkodliwości” za nazwy, których używa się zamiennie²⁶. Tymczasem karygodność jako element struktury przestępstwa nie jest w prezentowanym w tej monografii ujęciu cechą stopniowalną. Cecha ta, podobnie jak cecha bezprawności, jest konieczna do uznania danego czynu zabronionego za przestępny. W obliczu takiego ujęcia twierdzenie, że „(...) przyjęte w art. 1 § 2 k.k. z 1997 r. rozwiązanie stanowi potwierdzenie, że nasze prawo karne oparte jest na zasadzie karalności czynu społecznie szkodliwego (...)” lub, że „(...) warunek karygodności czynu określony (jest – przyp. aut.) również zwrotem «społecznej szkodliwości czynu»”²⁷ jawią się jako nadmierne uproszczenie.

Zgodnie ze standardami państwa prawa społeczna szkodliwość jest przesłanką, na której ustawodawca opiera decyzję o kryminalizacji danej kategorii zachowań. W niniejszym opracowaniu przyjęto pogląd, którego szersze uzasadnienie znajduje się w rozważaniach części I opracowania, że dla decyzji o kryminalizacji nie wystarcza jakikolwiek stopień społecznej szkodliwości danej kategorii, ale taki, który uzasadnia zastosowanie sankcji karnej. Owa cecha istotna, oznaczająca dostateczny dla podjęcia decyzji o kryminalizacji stopień społecznej szkodliwości oceniany na płaszczyz-

²⁴ A. Zoll, *O normie...*, s. 92–93.

²⁵ *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego przygotowane w departamencie Kadr i Szkolenia Ministerstwa Sprawiedliwości*, wkładka do *Pr.* 1994, nr 3, s. 117–118.

²⁶ Tak np. J. Majewski, pisząc o „typowo najbardziej karygodnych przypadkach usiłowania nieudolnego” (J. Majewski, *O różnicy i granicy między usiłowaniem a usiłowaniem nieudolnym* (w:) J. Majewski (red.), *Formy stadialne...*, s. 28–29). Tak też A. Zoll (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2007, art. 1, teza 29, s. 28). Por. też wyrok SN z dnia 17 grudnia 2008 r., III KK 372/08, BPK 2009, nr 2. Mam jednak świadomość, że przyjęte przeze mnie założenie nie wprowadza zasadniczych nowości do modelu struktury przestępstwa przyjmowanego przez obu tych autorów, a jest przede wszystkim pewnym doprecyzowaniem stosowanej przez nich terminologii.

²⁷ J. Zientek, *Karygodność i вина jako przesłanki odpowiedzialności w nowym kodeksie karnym*, *Pr.* i *Pr.* 1998, z. 6, s. 7 i n.

nie generalno-abstrakcyjnej, nie ma jednak w języku prawniczym swojej nazwy. Na płaszczyźnie oceny społecznej dysfunkcyjności konkretnego czynu cechą tę określa się mianem karygodności, dzięki czemu można bez rozbudowanych opisów wskazać czyn karalny (jeszcze nie przestępstwo, ponieważ może zostać stwierdzony brak możliwości przypisania winy sprawcy) i odróżnić go od innych czynów bezprawnych realizujących znamiona typów opisanych w ustawie karnej, jednak z uwagi na subminimalny ładunek społecznej szkodliwości niezasługujących na określenie ich mianem „przestępnych”. Kluczowe znaczenie dla uzasadnienia racji bytu proponowanego w tej monografii pojęcia „karygodności *in abstracto*” ma brak możliwości stopniowania cechy bezprawności i brak pojęcia o odpowiedzialności funkcjach na płaszczyźnie tworzenia prawa.

Jednocześnie należy zauważyć, iż przedstawiciele współczesnej doktryny chętnie posługują się pojęciem „społecznego niebezpieczeństwa” dla oznaczenia społecznej szkodliwości danej kategorii zachowań. Być może, gdyby nie bagaż ideologiczny i chaos pojęciowy, także autorka niniejszego opracowania pokusiłaby się o zastąpienie niezbyt wdzięcznej nazwy „karygodność *in abstracto*” np. mianem „społecznego niebezpieczeństwa”. Wydaje się jednak, że roboczo przyjęta w tym opracowaniu nazwa, choć niezbyt elegancka, nie może być uznana za dwuznaczną i nie powinna nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Nazwa „społeczne niebezpieczeństwo” będzie się jednak w tym opracowaniu pojawiać wszędzie tam, gdzie występowała w aktualnie omawianym tekście źródłowym. O ile dany autor nie zastrzegł temu pojęciu jakiegos specyficznego znaczenia istotnego z punktu widzenia komentowanej tezy (co będzie każdorazowo wskazywane) należy uznać, że traktuję je jako równoznaczne z pojęciem społecznej szkodliwości.

2. Geneza wprowadzenia materialnego ujęcia przestępstwa do ustawodawstwa karnego PRL

Powszechnie przyjmuje się, że ustawowe określenie materialnego elementu przestępstwa wprowadzono do polskiego prawa karnego ustawą z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego, w której art. 55 k.p.k. z 1928 r. otrzymał następujące brzmienie: „Prokurator może jednak umorzyć śledztwo, jeżeli wniesienie oskarżenia do

sądu byłoby niecelowe ze względu na znikomą szkodliwość społeczną czynu”²⁸. W późniejszym tekście jednolitym artykuł ten został oznaczony jako art. 49 k.p.k. z 1928 r.²⁹ – tak też będzie umownie określany w dalszych częściach tej monografii. Podobną definicję, stopniowo eksportowaną do ustawodawstw krajowych poszczególnych państw należących do obozu socjalistycznego, posiadał już Związek Radziecki. Nie sposób nie dostrzec podobieństwa pomiędzy pierwszą redakcją art. 55 k.p.k. z 1928 r. a wprowadzonym w 1925 r. do kodeksu postępowania karnego ZSRR art. 4, który pozwalał odstąpić od ścigania czynu, który „nie może być uważany za społecznie niebezpieczny ze względu na swą nieznacność, znikomość swych następstw”, jak również wtedy, gdy „ściganie jest oczywiście niecelowe” czy też „ze względu na swą oczywistą małożnacność i brak szkodliwych następstw jest pozbawiony społecznie niebezpiecznego charakteru”³⁰.

Obok względów ideologicznych o wprowadzeniu materialnej definicji przestępstwa do polskiego ustawodawstwa zadecydowały także „względdy praktyczne”, tj. potrzeba „uaktualnienia i uelastycznienia ocen prawnych” w celu zabezpieczenia przed „błędną interpretacją” i stosowaniem „nieaktualnych” przepisów przedwojennych³¹. Pojęcie niebezpieczeństwa, nadające się do stopniowania, mogło więc zapewnić niezbędną, przy tak gwałtownych zmianach ustrojowych, swobodę praktyce prokuratorskiej i sądowej. W zamierzeniu ówczesnego ustawodawcy pojęcie „społecznego niebezpieczeństwa czynu” miało bowiem służyć „rozmiękczeniu” prawa pozytywnego, aby lepiej mogło ono pełnić funkcje ideologiczne i polityczne. Z tego punktu widzenia nieco dziwi, że tak ważną dla socjalistycznego ustawodawcy instytucję wprowadzono „tylnymi drzwiami”, wbrew wszelkim zasadom techniki legislacyjnej.

²⁸ Dz. U. z 1949 r. Nr 32, poz. 238 jako art. 55 k.p.k. (następnie na podstawie obwieszczenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 maja 1949 r. o ogłoszeniu jednolitego tekstu kodeksu postępowania karnego – Dz. U. Nr 33, poz. 243 – przepis ten został oznaczony jako art. 54).

²⁹ Dz. U. z 1950 r. Nr 38, poz. 348.

³⁰ Z materialnym określeniem przestępstwa, zdaniem A. Zolla, można spotkać się już w Wytocznych prawa karnego ZSRR z dnia 12 grudnia 1919 r. (art. 5 i 6). Także art. 6 kodeksu karnego ZSRR z 1922 r. określał przestępstwo jako działanie lub zaniechanie społecznie niebezpieczne zagrażające podstawom radzieckiego ustroju i porządku prawnego (por. A. Zoll, *Materiałne określenie...*, przypis 2). L. Gardocki wspomina natomiast o odwoływaniu się do „rewolucyjnego sumienia” (czyli zasadzie *analogii iuris*) już w latach 1917–1918. L. Gardocki *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 16.

³¹ Por. T. Kaczmarek, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność*, Wrocław 1966, s. 41.

Polskie rozwiązanie ustawowe korzystnie różniło się poziomem „rewolucyjności” od swojego pierwowzoru. Pomimo że na pierwszy plan wysuwano znaczenie ideologiczne materialnej definicji przestępstwa, polegające na „podkreśleniu społecznej treści i funkcji prawa karnego”, to rodzimy ustawodawca nie zdecydował się na wskazanie w ustawie hierarchii dóbr prawnych, których zagrożenie decyduje o społecznym niebezpieczeństwie czynu³². Ponadto ustawodawstwo karne ZSRR, a za nim innych państw socjalistycznych, zdecydowało się na rozwiązanie pozwalające na teoretyczne i praktyczne uzasadnienie karania na zasadzie analogii³³. W samym ZSRR na pewien czas zarzucono nawet całkowicie stosowanie formalnej definicji przestępstwa wraz z zasadą *nullum crimen sine lege poenali* na rzecz jedynie materialnej definicji przestępstwa i najbardziej osłabiającej funkcję gwarancyjną prawa karnego *analogii iuris*, tj. odwołania się do podobieństwa do ducha całego systemu prawnego³⁴.

W polskiej nauce prawa karnego, tak jak i w ustawodawstwie, warstwa ideologiczna pojęcia społecznego niebezpieczeństwa nie zdominowała jednak warstwy dogmatycznej, czyniąc materialną definicję przestępstwa oraz element materialny definicji przestępstwa przedmiotem dogłębnej naukowej analizy³⁵. Dlatego też można zdecydowanie stwierdzić, iż pomimo niedobrego wzorca polskiej nauce prawa karnego, a po części także i ustawodawcy, udało się opracować samodzielną, choć niespójną interpretację tego pojęcia³⁶. Pomimo niechwalebnego rodowodu instytucji, część doktryny – także ta, która niekoniecznie podzielała ideowe przekonania ówczesnego ustawodawcy – spoglądała bowiem na materialne ujęcie przestępstwa z nadzieją rozwiązania problemów teorii i praktyki powstających na gruncie formalnej definicji przestępstwa, a dotyczących tak kluczowych zagadnień jak definicja bezprawności, karalności, ustawowych znamion przestępstwa i ich wzajemnych relacji.

Wspomniano już, że materialny element definicji przestępstwa wprowadzono do kodeksu „połowicznie i kuchennymi schodami”. Umieszczenie go w kodeksie postępowania karnego, redakcja przepisu, a także uzasadnienie rządowe do projektu jednoznacznie wskazywały bowiem na

³² M. Cieślak, *Pojęcie...*, s. 56.

³³ Por. *ibidem*, s. 57.

³⁴ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 125.

³⁵ M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2006, s. 76.

³⁶ Por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 249.

wyrażenie w art. 54 k.p.k. z 1928 r. zasady oportunistu prokuratorskiego i stworzenie tym samym „wyjątku” od zasady legalizmu³⁷. Pozostawienia prokuratorowi, a w kolejnej redakcji art. 49 k.p.k. z 1928 r. także sądowi, na wniosek prokuratora, swobody decyzji w sprawie czynu o znikomym stopniu społecznego niebezpieczeństwa, wyrażającego się w sformułowaniu „może jednak”, nie można odczytywać inaczej niż pozostawienia decyzji co do korzystania z tego przepisu organom procesowym. Także nakazanie organom wymiaru sprawiedliwości kierowania się względami celowości i umieszczenie przepisu nie w kodeksie karnym, a w kodeksie postępowania karnego jednoznacznie wskazuje, że z materialnym elementem definicji przestępstwa i zasadą legalizmu przepis ten nie miał, poza towarzyszącymi mu pustymi deklaracjami, nic wspólnego. Element znikomości społecznego niebezpieczeństwa czynu stanowił jedynie ograniczenie oportunistu do czynów mniejszej wagi³⁸. O traktowaniu przez część doktryny art. 49 k.p.k. z 1928 r. w jego dwóch początkowych redakcjach jak materialnego elementu definicji przestępstwa zadecydowały, jak się wydaje, względy ideologiczne³⁹. Dopiero dekret z dnia 21 grudnia 1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego wprowadził zmianę pozwalającą na wykładnię art. 49 k.p.k. z 1928 r. w duchu materialnego elementu definicji przestępstwa⁴⁰: „Jeżeli społeczne niebezpieczeństwo czynu jest znikome prokurator umarza śledztwo lub dochodzenie; po wniesieniu aktu oskarżenia postępowanie umarza sąd”⁴¹. Usunięcie słowa „może” i zastąpienie go kategorią nakazem dla prokuratora albo sądu oraz zastąpienie względów celowości zobiektywizowaną podstawą („jeżeli społeczne niebezpieczeństwo jest znikome”) pozwoliło na legalistyczną interpretację art. 49 k.p.k. z 1928 r. i przyjęcie, że czyn zabroniony przestaje być czynem

³⁷ Szerzej L. Lernell, *Reforma procedury karnej*, PiP 1948, z. 6–7, s. 71; J. Potępa, *Reforma postępowania karnego w sądach powszechnych*, Warszawa 1949, s. 21; J. Deręgowski, *Kółko w paragrafie, czyli art. 49 k.p.k.*, NP 1957, nr 12, s. 110–112; A. Marek, *Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako podstawa warunkowego umorzenia postępowania*, Toruń 1970, s. 92; J. Tylman, *Zasada legalizmu w procesie karnym*, Warszawa 1965, s. 3.

³⁸ J. Tylman, *Zasada legalizmu...*, s. 172.

³⁹ Por. I. Andrejew, J. Sawicki, *Istota przestępstwa w Polsce Ludowej. Kilka uwag z zakresu teorii prawa karnego*, Warszawa 1949, s. 94; L. Schaff, *Stan nauki prawa karnego w Polsce – referat zbiorowy*, Warszawa 1950, s. 124–127.

⁴⁰ Tak S. Śliwiński, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego (wykładnia art. 49 k.p.k.)*, PiP 1958, z. 3, s. 458–460; W. Daszkiewicz, *Przekazanie sprawy sądowi społecznemu*, PiP 1963, z. 5–6, s. 884 i n. Inaczej: A. Bachrach, *Kto „za”, a kto „przeciw”, czyli o poszukiwaniu nowego oblicza oportunistu*, NP 1958, nr 7–8, s. 28–38.

⁴¹ Dz. U. Nr 46, poz. 309.