

Uniwersytet Wrocławski

KATARZYNA BARBARA GOCLIK, MICHAŁ PFANHAUSER

ORCID: 0000-0001-6403-0004; katarzynagoclik1@gmail.com

ORCID: 0000-0002-3955-4516; michal443201@gmail.com

Materialna cecha przestępstwa – słuszna koncepcja czy socjalistyczna naleciałość?

Material Feature of the Crime – a Valid Concept or a Socialist Taint?

WPROWADZENIE

Spółeczna szkodliwość czynu to tzw. materialny element przestępstwa, czyli swoisty pierwiastek zła w danym zachowaniu, którego stopień nasilenia przesądza o *ratio* karania. W obecnie funkcjonującej dogmatycznej strukturze przestępstwa stanowi ona karygodność. Kwestia materialnego elementu przestępstwa, choć aktualnie zasadniczo pozytywnie oceniana w doktrynie, jest też przedmiotem krytyki, która była szczególnie intensywna w okresie transformacji ustrojowej. Działo się to przede wszystkim z uwagi na socjalistyczną proveniencję tego elementu, jako że wprowadzony został dopiero w okresie PRL. Pomimo zmian, które zaszły w materialnym elemencie przestępstwa, stanowi on nadal przedmiot krytyki. Celem niniejszego artykułu jest krótkie omówienie znaczenia materialnego elementu przestępstwa w kontekście powoływanych na jego rzecz argumentów za i przeciw, jego historii oraz wątpliwości i problemów, które ten element wzbudza, zarówno w aspekcie doktrynalnym, jak i w praktycznym stosowaniu prawa.

PODSTAWOWE WYJAŚNIENIE POJĘCIA SPOŁECZNEJ SZKODLIWOŚCI CZYNU

Jednoznaczne zdefiniowanie pojęcia społecznej szkodliwości czynu nie należy do zadań najłatwiejszych, gdyż w obecnym systemie prawa karnego brak jest

definicji legalnej utworzonej przez ustawodawcę, a ponadto stanowi ono klauzulę generalną¹. Za J. Majewskim i P. Kardasem czynem społecznie szkodliwym możemy nazwać czyn godzący w krąg uznanych i chronionych prawem wartości i przez to zagrażający pośrednio lub bezpośrednio aprobowanemu przez ustawodawcę układowi stosunków społeczno-ekonomicznych i politycznych, panujących w danym miejscu i czasie². Społeczna szkodliwość wiąże się więc z negatywnymi następstwami czynu, których charakter bywa różny: materialny, fizyczny lub niematerialny, psychiczny, duchowy³. Należy przy tym jednak podkreślić, że społeczna szkodliwość określonego rodzaju zachowań wskazuje na ich negatywny wpływ na akceptowany w danym społeczeństwie system wartości bez względu na to, czy została ona prawidłowo dostrzeżona przez ustawodawcę, czy też nie. Wynika to z faktu, że uznanie przez ustawodawcę danych zachowań za społecznie szkodliwe nie ma charakteru konstytutywnego i tym samym nie kreuje społecznej szkodliwości danego zachowania⁴.

Szkodliwość społeczna czynu znana jest również jako materialna cecha przestępstwa. W literaturze prawnokarnej wskazuje się na dwa podstawowe znaczenia pojęcia społecznej szkodliwości⁵. Pierwsze ujęcie związane jest z realizacją adresowanej do ustawodawcy zasady *nullum crimen sine periculo sociali*. Zgodnie z poglądem M. Rodzyńkiewicza ustawodawca wyraża swoje przekonania aksjologiczne oraz preferencje co do uznawanej przez niego grupy dóbr na tyle społecznie istotnych, że powinny one podlegać ochronie prawnej poprzez penalizację oraz typizację określonych czynów jako przestępstw⁶. W związku z tym proces kryminalizacji określonych czynów przez ustawodawcę powinien stanowić następstwo zaklasyfikowania przez niego danej grupy zachowań jako społecznie szkodliwych. Rozpoznany przez ustawodawcę stopień społecznej szkodliwości powinien mieć także wpływ na wysokość ustawowego zagrożenia karą⁷. Drugie ujęcie społecznej szkodliwości nawiązuje do sposobu jej przedstawienia w obecnie obowiązującym Kodeksie karnym. Zgodnie z art. 1 § 2 k.k. nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego szkodliwość społeczna jest znikoma. Z tego przepisu wynika karygodność jako element dogmatycznej struktury przestępstwa. Ze standardowego przepisu prawa karnego materialnego typizującego

¹ A. Strzembosz, *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 96.

² J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 10, s. 69.

³ M. Derlatka, *Społeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, „Prawo i Prokuratura” 2006, nr 6, s. 123.

⁴ M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2020, s. 94.

⁵ E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2011, s. 26.

⁶ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1988, s. 67.

⁷ E. Plebanek, *op. cit.*, s. 16.

czyn zabroniony pierwotnie wynika możliwość zdekodowania jedynie dwóch elementów dogmatycznej struktury przestępstwa: bezprawności z normy sankcjonowanej (prawnego zakazu określonego zachowania) oraz karalności z normy sankcjonującej (ta norma wskazuje na ustawowe zagrożenie karą za naruszenie)⁸. Te elementy stanowią ściśle obiektywną podstawę odpowiedzialności karnej, ale są niewystarczające przy ocenie odpowiedzialności. Karygodność w strukturze przestępstwa pozwala na ocenę konkretnego czynu pod kątem zawartej w nim negatywnej treści i tym samym na pełną indywidualizację odpowiedzialności karnej. Instytucja ta opiera się na założeniu, że nie wszystkie czyny spośród tych, które są bezprawne i karalne, powinny w praktyce podlegać reakcji karnej, gdyż poziom społecznej szkodliwości niektórych z nich jest na tyle niski, że byłoby to niecelowe⁹. W praktyce nie jest możliwa taka redakcja przepisów prawa karnego materialnego, która zapewniłaby wzięcie pod uwagę wszystkich cech indywidualizujących i charakteryzujących różnorodne zachowania, które mogą przecież wypełniać znamiona, lecz zawartość elementu materialnego może nie być typowa dla kategorii, do której w związku z tym one należą¹⁰. Właśnie w ten sposób uzasadniania jest w doktrynie potrzeba występowania karygodności jako dodatkowe- go elementu dogmatycznej struktury przestępstwa.

Społeczna szkodliwość stanowi kategorię jakościową oraz ilościową, wymagającą odpowiedniej kwantyfikacji i podlegającą stopniowaniu¹¹. Można wyróżnić trzy podstawowe koncepcje wyznaczające grupy okoliczności, które powinny być brane pod uwagę podczas próby oceny stopnia społecznej szkodliwości. Są to koncepcje: przedmiotowa (obiektywistyczna) – najstarsza, skupiająca się na ocenie okoliczności zewnętrznych; przedmiotowo-podmiotowa (zwana również kompleksową) – skupiająca się, oprócz sfery zewnętrznej, także na wewnętrznych przeżyciach psychicznych sprawcy; całościowa – zwraca uwagę na potrzebę oceny także okoliczności dotyczących samego sprawcy, ale niepozostających w bezpośrednim związku z popełnionym przez niego czynem¹². Zgodnie z art. 115 § 2 k.k. rzeczona szkodliwość powinniśmy mierzyć przy wykorzystaniu odpowiednich kwantyfikatorów, a więc zobiektywizowanych wskaźników mających umożliwić zmierzenie stopnia społecznej szkodliwości. Są to: rodzaj i charakter naruszonego dobra; rozmiar wyrządzonej lub grożącej szkody; sposób i okoliczności popełnienia czynu; waga naruszonych przez sprawcę obowiązków; postać zamiaru; motywacja sprawcy; rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Katalog z art. 115 § 2 k.k. jest zamknięty, gdyż nie można przy ocenie

⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 162.

⁹ E. Plebanek, *op. cit.*, s. 28.

¹⁰ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, nr 23, s. 92.

¹¹ M. Bojarski (red.), *op. cit.*, s. 95.

¹² *Ibidem*.

stopnia społecznej szkodliwości czynu wykorzystywać innego rodzaju kwantyfikatorów¹³. Ma on też charakter kompleksowy, znajdują się w nim bowiem elementy mieszane. Mimo że przeważająca liczba kwantyfikatorów jest czysto powiązana z samym czynem, to należy mieć na uwadze, że postać zamiaru oraz motywacja sprawcy – choć stanowią w ogólności elementy czynu w jego finalnej koncepcji – jako elementy decyzji sprawcy ze względu na określony cel zachowania mają jednak charakter podmiotowy i przeżyć psychicznych, a nie przedmiotowy.

Materialna cecha przestępstwa odgrywa swoją rolę w polskim prawie karnym zarówno na etapie przypisywania odpowiedzialności karnej, jak i przy wymiarze kary. Na etapie przypisywania odpowiedzialności karnej społeczna szkodliwość czynu decyduje o tym, czy w ogóle mamy do czynienia z przestępstwem, natomiast na etapie wymiaru kary pełni funkcję ocenną, gdyż w myśl art. 53 § 1 k.k. sąd ma obowiązek uwzględnić stopień społecznej szkodliwości w procesie tego wymiaru. Warto jednak zauważyć, że społeczna szkodliwość jest tu w pewien sposób limitowana. Powołany przepis *in fine* dekretuje, że dolegliwość kary nie może przekraczać stopnia winy. J. Majewski i P. Kardas wskazują, że oznacza to, iż wina pełni funkcję limitującą i ukazującą nieprzekraczalną granicę kary, którą sprawcy można wymierzyć, bez względu na wysokość stopnia społecznej szkodliwości czynu¹⁴. Oznacza to, że mimo iż rzeczona społeczna szkodliwość jest istotnym i niejako wyjściowym kryterium mającym na celu ustalenie wysokości dolegliwości reakcji karnej, to nie jest najważniejszym kryterium, ponieważ nieprzekraczalną granicę dla kary adekwatnej do jej stopnia stanowi właśnie granica stopnia winy.

HISTORIA MATERIALNEGO ELEMENTU PRZESTĘPSTWA W POLSKIM PRAWIE KARNYM – PROBLEM SPOŁECZNEGO NIEBEZPIECZEŃSTWA CZYNU

Od samego początku istnienia represji karnej była ona kierowana przeciwko zjawiskom ocenianym ujemnie w społecznej świadomości. W okresie wczesnego średniowiecza były to czyny łamiące mir, czyli porządek, pokój panujący w danej społeczności, które to czyny skutkowały wykluczeniem sprawcy z danego porządku poprzez pozbawienie go ochrony prawnej¹⁵. Następnie, wskutek wpływu tomizmu, silnie rozwinął się sakralny aspekt przestępstwa poprzez podporządkowanie

¹³ Postanowienie SN z dnia 19 października 2010 r., II KK 213/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 1977; postanowienie SN z dnia 17 grudnia 2010 r., V KK 383/10, OSP 2011, nr 12, poz. 129.

¹⁴ J. Majewski, P. Kardas, *op. cit.*, s. 78.

¹⁵ K. Krasowski, B. Lesiński, K. Sikorska-Dzięgielewska, J. Walachowicz, *Powszechna historia państwa i prawa*, Poznań 2007, s. 348.

jego pojęcia grzechowi¹⁶. W okresie nowożytnym powiązanie przestępstw z negatywnie ocenianymi zjawiskami zostało utwierdzone przede wszystkim przez C. Beccarię, który wskazał, że jedyną i prawdziwą miarą wagi przestępstw jest szkoda wyrządzona narodowi¹⁷, a także przez J. Benthama, który zwrócił uwagę na to, że według zasady użyteczności tylko takie czyny powinny być przestępstwami, które należy uznać za przestępstwa ze względu na dobro społeczeństwa¹⁸. Należy podkreślić, że postulaty te miały charakter przednormatywny – wskazywały jedynie, czym powinien kierować się prawodawca przy ustalaniu zakresu kryminalizacji ludzkich zachowań. Upraszczały więc rzeczywistość, generalizując określoną klasę zachowań jako moralnie nagannych i je penalizując. Problem występowania karygodności w przypadku indywidualnie oznaczonego czynu powstał podczas dziewiętnastowiecznych badań nad pojęciem przestępstwa i jego strukturą.

Przedwojenne prawo karne nie wprowadzało materialnego elementu przestępstwa do jego ustawowej definicji. Zgodnie z art. 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny¹⁹ odpowiedzialności karnej ulega ten, kto dopuszcza się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Przepis ten wskazuje na trzy elementy struktury przestępstwa, tj. istnienie czynu, jego bezprawność rozumianą jako prawny zakaz oraz karalność rozumianą jako zagrożenie sankcją karną za naruszenie tego zakazu. z przepisów art. 17–20 i art. 69 § 1 k.k. Makarewicz można wyinterpretować również element zawinienia poprzez wyłączenie karalności (niepoczytalność, nieletniość) bądź bezprawności (*vis absoluta*, błąd). W rzeczonej ustawie nie sposób jednak dostrzec wprowadzenia karygodności jako elementu przestępstwa. Przedwojenne prawo karne nie zdecydowało się na jej wprowadzenie, mimo że ówcześni przedstawiciele doktryny wskazywali na to, iż zachowanie powinno być uznawane za bezprawne jedynie wtedy, gdy formalne naruszenie zakazu karnego jest powiązane z naruszeniem normy zasadniczej, tj. interesem chronionym przez ustawę karną²⁰.

Pierwszy raz do polskiego prawa karnego materialny element przestępstwa został wprowadzony przy pomocy ustawy z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego²¹. Ustawa ta wprowadziła w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania

¹⁶ Zob. T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju państwa i prawa*, Warszawa 2007, s. 353.

¹⁷ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 73, 75.

¹⁸ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasady moralności*, Warszawa 1958, s. 281–282.

¹⁹ Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571, dalej: k.k. Makarewicz.

²⁰ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1920, s. 164.

²¹ Dz.U. 1949, nr 32, poz. 238.

karnego²² art. 55¹, który dawał prokuratorowi możliwość umorzenia śledztwa, jeżeli wniesienie oskarżenia do sądu byłoby niecelowe ze względu na znikomą szkodliwość społeczną czynu²³. Zmiana ta nie modyfikowała więc struktury przestępstwa wprost, a jedynie wprowadzała element oportunistyczny procesowego, z którego można było wyciągać wnioski co do istnienia kolejnego elementu tej struktury, którym była karygodność. E. Plebanek zauważa niezwykle podobieństwo powołanego przepisu do art. 4 Kodeksu postępowania karnego ZSRS²⁴, jednocześnie nie kryjąc zdziwienia, że tak ważna dla wprowadzania nowego ustroju instytucja, która miała pełnić rolę ideologiczno-polityczną, nie została już wtedy wprowadzona bezpośrednio jako element struktury przestępstwa²⁵. Pewną odpowiedzią na to może być fakt, że zmiana ta następowała w środku okresu recypowania na grunt polski stalinizmu, co sprawiło, że polski ustawodawca, chcąc być maksymalnie wierny sowieckiemu wzorcowi, przeniósł w stanie relatywnie niezmiennym instytucję z radzieckiego prawa karnego procesowego do prawa polskiego, bez głębszej refleksji nad jej istotą oraz innymi potencjalnymi możliwościami jej implementacji²⁶.

Ostatecznie materialna cecha przestępstwa jako element jego ustawowej definicji została wprowadzona do ustawodawstwa PRL w art. 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny²⁷. Zgodnie z tym przepisem odpowiedzialności karnej podlegał ten tylko, kto dopuszczał się czynu społecznie niebezpiecznego, zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jej popełnienia. Doprecyzowaniem tej regulacji był art. 26 d.k.k., zgodnie z którym nie stanowił przestępstwa czyn, którego społeczne niebezpieczeństwo jest znikome, co jednak nie wyłączało ewentualnej odpowiedzialności sprawcy na drodze administracyjnoprawnej, dyscyplinarnej lub innej. Problem natury ideologicznej związany z pojęciem społecznego niebezpieczeństwa, oprócz jego sowieckiej proveniencji, przejawiał się też w braku zdefiniowania przez ustawodawcę kwantyfikatorów, przy pomocy których można było oceniać jego stopień. Część doktryny, wiążąc treść społecznego niebezpieczeństwa czynu tylko z nim samym i przyjmując jako kryteria ocenne stopień natężenia różnych czynników dotyczących tylko i wyłącznie znamion strony przedmiotowej przestępstwa, przyjmowała

²² Dz.U. 1928, nr 33, poz. 313.

²³ Tekst jednolity wyżej wskazanego aktu prawnego nadał wspomnianemu przepisowi numer artykułu 49 i pod tym numerem przepis ten pozostał aż do uchwalenia nowego Kodeksu postępowania karnego.

²⁴ Przepis ten pozwalał na odstąpienie od ścigania czynu, który nie mógł być uważany za społecznie niebezpieczny ze względu na swoją nieznaczność i znikomość swoich następstw, gdy ściganie było oczywiście niecelowe, a także gdy ze względu na swoją oczywistą małą szkodliwość i brak szkodliwych następstw pozbawiony był społecznie niebezpiecznego charakteru.

²⁵ E. Plebanek, *op. cit.*, s. 30.

²⁶ Por. M. Michalik (red.), *Kronika XX wieku*, Warszawa 1991, s. 718.

²⁷ Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94, dalej: d.k.k.

przedmiotowe ujęcie społecznego niebezpieczeństwa czynu²⁸. Inni przedstawiciele z kolei, rozszerzając treść społecznego niebezpieczeństwa o elementy podmiotowe związane z czynem sprawcy, proponowali ujęcie kompleksowe²⁹. Ostatnia część doktryny, najpełniej odwołująca się do ideologicznej proveniencji społecznego niebezpieczeństwa czynu, postanowiła pod kategorię społecznego niebezpieczeństwa czynu podciągnąć zarówno „niebezpieczeństwo czynu”, jak i „niebezpieczeństwo sprawcy”, a więc wskazywała na koncepcję całościową³⁰. Spór ten sprawił, że materialna treść przestępstwa była niejednoznaczna i enigmatyczna. Instytucja, która miała wyrazić społeczną treść przestępstwa i w ten sposób pozwolić przeciętnemu człowiekowi lepiej ją zrozumieć, paradoksalnie stała się dla typowego odbiorcy mniej zrozumiała, co doskonale wyraził W. Wolter, wskazując, że brak konsensusu co do treści społecznego niebezpieczeństwa czynu sprawia, iż konsument prawa karnego musi wiedzieć o nim więcej (żeby nie popełniać czynów społecznie niebezpiecznych w stopniu większym niż znikomy) niż jego producent, czyli ustawodawca³¹. Nic dziwnego więc, że podczas transformacji ustrojowej problem materialnej cechy przestępstwa budził wiele wątpliwości co do jej znaczenia.

ARGUMENTY PRZECIWKO KARYGODNOŚCI JAKO ELEMENTOWI STRUKTURY PRZESTĘPSTWA

Aktualnie w doktrynie polskiego prawa karnego zasadniczo nie ma sprzeciwu względem tego, że karygodność powinna stanowić element dogmatycznej struktury przestępstwa. Nie umniejszając w żadnej mierze wartości tego głosu, wydaje się jednak właściwe dla uczciwości debaty akademickiej wskazanie pewnych mankamentów tej instytucji, które pojawiały się lub pojawiają się w doktrynie.

²⁸ S. Pławski, *Prawo karne. Część ogólna. Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1952, s. 87; M. Szerer, *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 29 i n.; K. Mioduski, *Spoleczne niebezpieczeństwo czynu jako zagadnienie terminologii*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1955, nr 3, s. 33; wyrok TK z dnia 23 stycznia 1950 r., K 816/59, DPP 1950, nr 5.

²⁹ T. Kaczmarek, *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Wrocław 1968, s. 15–27; J. Sawicki, *Ochrona czci na tle krytyki i samokrytyki. Zagadnienie wolności krytyki w Polsce Ludowej*, Warszawa 1953, s. 77–78; M. Olszewski, *Czy utrzymać pojęcie społecznego niebezpieczeństwa czynu w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1958, nr 3, s. 433–434; wyrok SN z dnia 21 sierpnia 1958 r., KRN 148/58, OSPiKA 1959, nr 7–8, poz. 19.

³⁰ M. Brzeźnicki, *Umorzenie postępowania w trybie art. 49 k.p.k. w praktyce prokuratorskiej i sądowej w woj. katowickim w latach 1960–66*, „Nowe Prawo” 1968, nr 6, s. 995; Z. Sobolewski, *Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu jako podstawa stosowania art. 49 k.p.k.*, „Annales UMCS sectio G (Ius)” 1959, vol. 6, s. 186; wyrok SN z dnia 29 stycznia 1957 r., II KRN 1052/57, NP 1958, nr 10; wyrok SN z dnia 11 grudnia 1958 r., III KRN 989/59, OSNGP 1959, nr 3, poz. 16.

³¹ W. Wolter, *Uwagi o podmiotowej stronie czynu przestępnego w ujęciu projektu kodeksu karnego PRL*, „Prokuratura i Prawo” 1956, nr 8–9, s. 299.

Pierwszym problemem, z jakim należy zmierzyć się podczas oceny karygodności jako elementu struktury przestępstwa, jest jej historia w polskim prawie karnym. Doktryna okresu transformacji ustrojowej poddawała to pojęcie bardzo surowej krytyce, wskazując, że jest ono w swej istocie bolszewickie³² oraz należy do najbardziej szkodliwych w dotychczasowym prawie karnym instytucji, która spowodowała najwięcej szkód w praktyce sądowej, służąc jako wytrych pozwalający sędziom uniknąć istotnej analizy poprzez puste stwierdzenie, że coś jest lub nie jest społecznie niebezpieczne³³. Argumenty te są jednak trudne do obrony, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że – jak to określił T. Bojarski – materialne pojmowanie przestępstwa nie jest wyłączną domeną prawa radzieckiego, skoro pisali o nim równolegle W. Makowski, W. Wolter czy J. Makarewicz³⁴. Ostatecznie zrezygnowano z odrzucenia materialnego elementu przestępstwa i zastąpienia pojęcia społecznego niebezpieczeństwa pojęciem społecznej szkodliwości. T. Bojarski wskazuje, że jeżeli sformułowanie „społeczne niebezpieczeństwo czynu” razi odbiorców swoim ideologiczno-politycznym obciążeniem i deformacjami w zakresie praktyki, wyzbycie się (tego sformułowania) może być usprawiedliwione, zwłaszcza gdy chce się, aby prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości było wolne od tych cech³⁵. Jednak najistotniejszym elementem redefinicji karygodności w okresie transformacji było wprowadzenie do Kodeksu karnego przepisu art. 115 § 2. Dzięki temu przepisowi zniknęły obecne w okresie PRL problemy dotyczące treści społecznej szkodliwości czynu, zadekretowano bowiem w ustawie konkretne kwantyfikatory mające służyć ocenie stopnia karygodności danego zachowania. Ustawodawca ostatecznie przyjął ujęcie kompleksowe, co do zasady dekretnując przedmiotowe kryteria oceny czynu oraz w niewielkim zakresie wprowadzając kryteria podmiotowe w postaci motywacji sprawcy, postaci zamiaru oraz stopnia i rodzaju naruszenia reguł ostrożności³⁶. Dzięki temu wyeliminowano ujęcie całościowe, które było najbardziej podatne na ideologiczną manipulację oraz wykazywało najściślejszy związek z sowieckim rozumieniem społecznego niebezpieczeństwa.

Z niechlubnego rodowodu społecznego niebezpieczeństwa czynu można wyprowadzić jeszcze jeden argument przeciwko tej instytucji. Chodzi o to, że tego typu ocenny element może osłabiać funkcję ochronną prawa karnego z uwagi na to, że może pozwolić na nadużycia w postaci arbitralnego uznania, iż jakiś czyn narusza w stopniu subminimalnym dobro prawem chronione, podczas gdy

³² M. Filar, *Co piszczy w prawie? „Półprzestępstwa”*, „Palestra” 1995, nr 9–10, s. 53.

³³ J. Kochanowski, *Przeciwko pospiesznej kodyfikacji karnej*, „Palestra” 1990, nr 6, s. 15–16.

³⁴ T. Bojarski, *Społeczna szkodliwość i wina w projekcie k.k.*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego...*, s. 74–75.

³⁵ *Ibidem*, s. 73.

³⁶ M. Hypś, M. Gałązka, R. Hałas, A. Grześkowiak, D. Szeleszczuk, K. Wiak, *Komentarz do art. 115*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Legalis 2021.

tak nie będzie, co spowoduje osłabienie ochrony tego dobra. Chodzi tutaj w szczególności o typy czynów, których szkodliwość społeczna jest wysoka *in abstracto*³⁷. Odnosnie do tego argumentu należy wskazać na dwie kwestie. Po pierwsze, podobnie jak w d.k.k. zasada *nullum crimen sine periculo sociali* została umieszczona nie zamiast, lecz obok zasady *nullum crimen sine lege anteriori*. To zaś oznaczało i oznacza m.in. tyle, że ujęcie społecznego niebezpieczeństwa czynu (a obecnie społecznej szkodliwości) w charakterze ustawowej cechy przestępstwa nie uchylało zasady „legalizmu” wyrażonej w art. 1 d.k.k. i art. 1 § 1 k.k. ani jej nie zastępowało, lecz stanowiło tylko dodatkowy wymóg odpowiedzialności karnej³⁸. Drugim argumentem jest konstatacja, że nie jest *de facto* możliwe absolutnie pełne zabezpieczenie prawa, również karnego, przed nadużyciami, także ze strony samych sędziów. Sądowe stosowanie prawa to proces, w którym zawsze występują elementy wartościowania i nie da się go sprowadzić do dokonania mechanicznej subsumpcji stanu faktycznego do treści normy prawnej, która miałaby służyć odkryciu czegoś, co mogłoby istnieć niezależnie od ocen i wartościowania sędziego³⁹. Istnienie art. 115 § 2 k.k. prowadzi do konieczności uzasadnienia, dlaczego w konkretnym przypadku nie dochodzi do przestępstwa, mimo że zasadniczo do niego dojść powinno, co oznacza, że arbitralność sędziowska pozostaje w pewnym stopniu ograniczona. Można więc ostatecznie uznać, że ujednolicenie kryteriów ocen natężenia zła w danym czynie razem ze zmianą pojęciową sprawiło, że wątpliwości co do materialnego elementu przestępstwa związane z przeszłością tej instytucji są nieaktualne.

Innego rodzaju problemem, przytoczonym przez T. Tyburcy, jest fakt, że wprowadzenie karygodności do dogmatycznej struktury przestępstwa ogranicza organ procesowy w analizie odpowiedzialności karnej sprawcy oraz nie uwzględnia innych okoliczności wpływających na racjonalizację pociągnięcia do niej, co stanowi rozwiązanie wybiórcze, niepozwalające na podjęcie decyzji o reakcji prawnokarnej w oparciu o inne okoliczności niż społeczna szkodliwość czynu. Powołany tutaj został przykład wielokrotnego recydywisty, który popełnia czyn zabroniony o znikomym stopniu społecznej szkodliwości i nie naprawia szkody, a także osoby o nieposzlakowanej opinii, która nigdy wcześniej nie wchodziła w konflikt z prawem, ale pierwszy raz popełniła czyn zabroniony o stopniu społecznej szkodliwości minimalnie wyższym od znikomego i również naprawiła szkodę – ta osoba, w odróżnieniu od pierwszej, popełnia przestępstwo i ponosi

³⁷ Por. E. Plebanek, *op. cit.*, s. 274.

³⁸ B. Kunicka-Michalska, *Projekt kodeksu karnego w świetle art. 7 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw i Podstawowych Wolności Człowieka*, [w:] *Problemy reformy prawa karnego*, red. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin 1993, s. 85–86.

³⁹ R. Dębski, J. Giezek, Z. Jędrzejewski, T. Kaczmarek, V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, Ł. Pohl, A. Szwarc, R. Zawłocki, *Przestępstwo i jego struktura*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Legalis 2017, Nb 140.

odpowiedzialność karną⁴⁰. z tego wynika, że remedium na ten problem powinno być usunięcie karygodności jako bezpośredniego elementu struktury przestępstwa i wprowadzenie na jej miejsce pełnego oportunizmu procesowego. Ten pogląd napotyka dwie przeszkody. Po pierwsze, umorzenie postępowania karnego z uwagi na znikomą szkodliwość społeczną czynu jest postrzegane również jako instytucja o charakterze oportunistycznym⁴¹. Rodzi się w związku z tym pytanie, jaki sens miałyby usuwanie karygodności ze struktury przestępstwa, skoro byt przestępstwa z uwagi na obecność wszystkich elementów jego dogmatycznej struktury jest niezależny od oceny celowości ścigania karnego. Po drugie, przewartościowanie właściwości i warunków osobistych sprawcy ponad stopień społecznej szkodliwości czynu stanowi drogę do bardzo groźnych nadużyć, w myśl których możliwe jest zaniechanie ścigania karnego względem osób, które – mimo popełnionego zła – są uznawane powszechnie za wzorce dla społeczeństwa. Można tutaj odwrócić wyżej wskazany przykład i podnieść, że równie dobrze osoba w sposób niezwykle zasłużona dla społeczeństwa mogłaby np. popełnić przestępstwo kradzieży na dość niewielką kwotę, która jednak byłaby wystarczająca, by czyn ten był szkodliwy społecznie w stopniu nieco wyższym niż znikomy. W takiej sytuacji właściwości i warunki osobiste sprawcy, całkowicie niezwiązane z czynem, mogłyby sprawić, że – w obawie przed społecznym odbiorem lub z przyczyn politycznych – organy procesowe podjęłyby decyzję o zaniechaniu ścigania karnego.

Powołana wyżej koncepcja wskazuje na utrzymywanie szkodliwości społecznej jedynie *in abstracto* i przednormatywnie⁴². Takie ujęcie zobowiązuje ustawodawcę do analizy wyłącznie dwóch kwestii w procesie stanowienia prawa, które to mogą być podstawą merytorycznej oceny konstytucyjności przepisów karnych w świetle ujemnej oceny potencjalnie kryminalizowanych zjawisk. Po pierwsze, ustawodawca musi – poprzez precyzyjny opis zachowania – w sposób niebudzący wątpliwości określić, jakie dobro prawne jest na tyle istotne, by oceniać ujemnie zachowania w nie godzące. Wynika to z zasady demokratycznego państwa prawnego i art. 2 Konstytucji RP, ale też z zadekretowanej w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP zasady określoności, która powinna obejmować nie tylko bezpośrednio sam opis przestępnego postępowania, ale również – w sposób pośredni – wartości, które interwencja ustawodawcy ma chronić⁴³. Po drugie, ustawodawca zobowiązany jest do oceny, czy dana klasa zachowań (nawet wyznaczona na

⁴⁰ T. Tyburcy, *Dlaczego Twórcy k.k. z 1997 przyjęli obowiązującą w krajach tzw. realnego socjalizmu definicję przestępstwa, tj. nie zmienili jej?*, 29.10.2022, <https://www.facebook.com/Tyburcy/posts/pfbid02sjZC4wmq3kC2gzs8pPmPjQMa84ggTPEugzrXWfsSD37EU91xWYkvcGMKDW9FK358l> (dostęp: 28.02.2023).

⁴¹ J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2020, s. 135.

⁴² T. Tyburcy, *op. cit.*

⁴³ Wyrok TK z dnia 9 października 2012 r., P 27/11, OTK-A 2012, nr 9, poz. 104.

tyłe precyzyjnie, by wyraźnie określić opis czynu zabronionego i co za tym idzie wartości chronione przez zakaz karny) zawiera w sobie na tyle wysoki ładunek ujemnej oceny społecznej, by zasadna była jej kryminalizacja. Tym samym koncepcja ta nie zezwala na indywidualne badanie konkretnego czynu pod kątem natężenia jego negatywnej zawartości na potrzeby stwierdzenia, czy jest on przestępstwem. Takie ujęcie jest nie do przyjęcia, jeżeli weźmie się pod uwagę funkcję gwarancyjną prawa karnego, a także art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Funkcja gwarancyjna prawa karnego stanowi określenie relacji między władzą a obywatelem, gwarantując temu ostatniemu, że nie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej za czyn niestanowiący przestępstwa czy to z braku realizacji znamion, czy też z braku negatywnej treści jego zachowania⁴⁴. Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP stanowi natomiast, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, przy czym ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Każdy zakaz karny jest tego rodzaju ograniczeniem poprzez wskazanie zakazanych zachowań, których realizacja będzie skutkowałą sankcją karną. W kontekście oceny społecznej szkodliwości *in concreto* niezwykle istotne znaczenie będzie miała wypracowana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasada proporcjonalności. Jej elementami są trzy zasady składowe: zasada przydatności, zasada konieczności oraz zasada proporcjonalności *sensu stricto*. Zasada przydatności realizowana jest przez ustalenie, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków. Zasada konieczności wymaga oceny, czy badane przepisy są niezbędne dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także czy spośród środków skutecznie chroniących te wartości zostały wybrane środki najmniej uciążliwe. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* wymaga zaś ustalenia, czy efekty danej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela⁴⁵. Co prawda powołane tu orzecznictwo odwołuje się do wykorzystania rzeczonego testu na etapie stanowienia prawa, ale należy pamiętać też o tym, że art. 8 ust. 2 Konstytucji RP zobowiązuje do bezpośredniego stosowania jej przepisów, przy czym pod pojęciem stosowania należy rozumieć w pierwszym rzędzie sądowe stosowanie prawa⁴⁶. Oznacza to, że również art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz wyprowadzona z niego zasada proporcjonalności powinny być współstosowane tam, gdzie organ władzy publicznej podejmuje

⁴⁴ M. Bojarski (red.), *op. cit.*, s. 33.

⁴⁵ Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2019 r., SK 16/19, Legalis nr 2258670; wyrok TK z dnia 29 maja 2001 r., K 5/01, OTK 2001, nr 4, poz. 87.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1998 r., I PKN 90/98, OSNP 2000, nr 1, poz. 6.

decyzję o indywidualnym ograniczeniu praw i wolności jednostki. Badanie karygodności wiąże się z oceną, czy rzeczony ograniczenie poprzez zakaz karny spełni test konieczności (czy w danej, konkretnej sytuacji zachowanie będzie naruszać lub narażać dobro będące przedmiotem prawnokarnej ochrony, a więc będzie konieczne działanie w postaci reakcji karnej) albo proporcjonalności *sensu stricto* (czy naruszenie bądź narażenie dobra będącego przedmiotem prawnokarnej ochrony będzie zbyt blache, by reakcja karna, traktowana jako *ultima ratio*, była do niego proporcjonalna). Taka ocena wzmacnia funkcję gwarancyjną prawa karnego, gwarantuje bowiem jednostce, że jej prawa i wolności nie zostaną ograniczone poprzez pociągnięcie jej do odpowiedzialności karnej za zachowania realizujące te prawa i wolności, a nienaruszające (bądź naruszające w minimalnym stopniu) żadnego z dóbr wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Patrząc na to z tej perspektywy, nie sposób odnieść wrażenia, że brak uregulowania odpowiednio stopniowalnej społecznej szkodliwości przestępstwa mógłby budzić wątpliwości, czy art. 1 k.k. w brzmieniu pozbawionym obecnego § 2 byłby zgodny z Konstytucją RP w zakresie braku możliwości oceny w konkretnych przypadkach oraz czy ograniczenie prawa lub wolności przez zakaz karny spełnia wymogi testu proporcjonalności.

KWESTIA UREGULOWANIA DOGMATYCZNEJ STRUKTURY PRZESTĘPSTWA W INNYCH KRAJACH EUROPEJSKICH

Argumentem przytaczanym przez przeciwników umiejscowienia społecznej szkodliwości w dogmatycznej strukturze przestępstwa, oprócz już wspomnianego socjalistycznego rodowodu, jest brak występowania materialnej cechy przestępstwa jako elementu dogmatycznej struktury przestępstwa w porządkach prawnych wielu krajów europejskich, w tym także krajów postsocjalistycznych⁴⁷.

Przykładem braku występowania materialnej cechy przestępstwa w jego dogmatycznej strukturze jest regulacja niemieckiego prawa karnego. Definicja legalna przestępstwa, zawarta w niemieckim kodeksie karnym⁴⁸ i oznaczająca czyny karalne zagrożone karą pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej jednego roku, różni się od definicji przestępstwa wypracowanej przez doktrynę niemieckiego prawa karnego, która za przestępstwo przyjmuje szerzej rozumiany czyn zabroniony, a więc każde zachowanie objęte treścią przepisu karnego, wywołujące negatywną reakcję karną ze strony państwa, niezależnie od jego ciężaru gatunkowego⁴⁹. W nauce prawa niemieckiego możemy wyróżnić także priorytetową, formalną definicję przestępstwa, która zapewnia realizację funkcji

⁴⁷ T. Tyburcy, *op. cit.*

⁴⁸ Jest ona zawarta w § 12 (1) Strafgesetzbuch.

⁴⁹ W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2005, s. 90.

gwarancyjnej prawa karnego materialnego poprzez określenie zasięgu kryminalizacji. Na dogmatyczną strukturę przestępstwa, związaną z definicją formalną, w niemieckim prawie karnym składają się następujące elementy: czyn, ustawowa określoność (wyczerpanie przez zachowanie sprawcy ustawowych znamion typu czynu), bezprawność oraz zawinienie. Mamy więc tutaj do czynienia z czterostopniową strukturą przestępstwa, w której nie przewidziano społecznej szkodliwości.

Kwestia materialnej cechy przestępstwa w niemieckim porządku prawnym jest otwarta⁵⁰. Można więc uznać, że spór dotyczący materialnej cechy przestępstwa widoczny jest również w niemieckiej doktrynie prawa karnego materialnego. Słyszalne są głosy zarówno aprobaty, jak i sprzeciwu dla tej instytucji. Jako krytykę materialnej cechy przestępstwa przywoływany jest fakt jej niedostatecznego doprecyzowania oraz charakteru klauzuli generalnej, którą trudno jest zrozumieć przeciętnemu obywatelowi, nieposiadającemu wykształcenia prawniczego. Ponadto uwypuklona bywa kwestia istotnej roli polityki kryminalnej przy jej konkretyzacji, co może stanowić obszar nadużyć. Należy jednak podkreślić, że definicja formalna na etapie stosowania niemieckiego prawa góruje nad ujęciem materialnym i powoduje związanie sądów treścią prawidłowo ustanowionych norm karnych, nawet jeśli w konkretnym przypadku materialna definicja przestępstwa się temu sprzeciwia, co stanowi wyraz funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Materialna cecha przestępstwa oddziałuje w sposób pośredni i nie jest wiążąca dla sędziego orzekającego w konkretnej sprawie. Jej pośredni sposób oddziaływania wyraża się w traktowaniu jej jako ważnego instrumentu polityki karnej i stanowi odzwierciedlenie tego, w jaki sposób – w ramach swych konstytucyjnych uprawnień – ustawodawca karny powinien zakreślić sferę zachowań podlegających karze⁵¹. Społeczna szkodliwość stanowi więc rodzaj wskazówki przy kryminalizacji określonych czynów przez ustawodawcę.

Pomimo braku ujmowania materialnej cechy przestępstwa jako elementu jego dogmatycznej struktury w niemieckim prawie karnym, pojęcie to w pewnym zakresie rozumiane jest w podobny sposób. Niemiecki sąd konstytucyjny w swoim orzecznictwie wskazywał, że przestępstwo w ujęciu materialnym stanowi zawinione naruszenie powszechnie chronionego dobra prawnego i jako takie stanowi zakłócenie spokoju publicznego. Decyzja, jakim dobrem prawnym należy przypisać tak doniosłe znaczenie, aby ich naruszenie sankcjonowane było wymierzeniem kary, należy do ustawodawcy⁵². Również niemieccy dogmatycy, tacy jak G. Jakobs, H. Zipf czy W. Gropp, uznawali, że społecznie szkodliwe są takie zachowania, które podważają lub w nieakceptowalnym stopniu naruszają

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 października 1971 r., 2 BvR 65/71, BVerfGE, t. 32, poz. 2.

relacje społeczne, z czego można wyprowadzić wniosek, że kluczowe dla materialnego ujęcia przestępstwa w prawie niemieckim jest pojęcie dobra prawnego, a konkretnie jego naruszenie bądź zagrożenie jako podstawowy element składowy definicji przestępstwa⁵³.

W prawie karnym francuskim w ramach budowy przestępstwa⁵⁴ można wyróżnić cztery elementy jego struktury: *element legal*, stanowiący realizację zasady *nullum crimen sine lege*; *element materiel*, oznaczający zewnętrzny przejaw zachowania sprawcy, wskazujący na materializację jego nagannej postawy; *element moral*, nazywany również elementem intelektualnym, intencjonalnym bądź psychologicznym; *element injuste*, spełniony, gdy w zaistniałym stanie faktycznym brak jest okoliczności wyłączających bezprawność, usprawiedliwiających zachowanie sprawcy⁵⁵. Tutaj również nie uwzględniono jego materialnej cechy.

W hiszpańskim prawie karnym z kolei, w myśl treści art. 10 hiszpańskiego Kodeksu karnego⁵⁶, na przestępstwo składają się: czyn stypizowany w ustawie, bezprawność, wina i karalność⁵⁷, a samo hiszpańskie prawo również nie przewiduje w strukturze przestępstwa odpowiednika społecznej szkodliwości czynu zabronionego⁵⁸. Materialna cecha przestępstwa jest jednak wywodzona z materialnego ujęcia bezprawności oraz poprzez określone stopniowanie karalności lekkich przestępstw.

Pomimo tego, że w zaprezentowanych wyżej strukturach przestępstw społeczna szkodliwość nie jest traktowana jako ich element składowy, to nie sposób nie zwrócić uwagi na fakt jej pośredniego oddziaływania na postrzeganie przestępstwa. Jest to szczególnie uwypuklone na etapie stanowienia prawa. Trudno bowiem nie zgodzić się z twierdzeniem, że kryminalizowane przez ustawodawcę powinny być jedynie takie czyny, które w sposób negatywny wpływają na wartości uznawane przez dane społeczeństwo za wartości ochrony. Element materialny na płaszczyźnie przedmiotowej nie znika więc, pomimo braku jego uwypuklenia jako części składowej przestępstwa, i musi być uwzględniany przez ustawodawcę choćby na etapie podejmowania decyzji o penalizacji konkretnych zachowań.

⁵³ R. Dębski, J. Giezek, Z. Jędrzejewski, T. Kaczmarek, V. Konarska-Wrżosek, J. Lachowski, Ł. Pohl, A. Szwarc, R. Zawłocki, *op. cit.*

⁵⁴ Co można wyprowadzić z art. 111-3 ust. 1 francuskiego Kodeksu karnego.

⁵⁵ P. Salvage, *Droit pénal général*, Grenoble 1994, s. 18; J. Languier, *Droit pénal général*, Paris 1993, s. 12.

⁵⁶ Ustawa organiczna nr 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r. o Kodeksie karnym.

⁵⁷ Zob. M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 1995, s. 230.

⁵⁸ R. Dębski, J. Giezek, Z. Jędrzejewski, T. Kaczmarek, V. Konarska-Wrżosek, J. Lachowski, Ł. Pohl, A. Szwarc, R. Zawłocki, *op. cit.*, Nb 19.

PRAKTYCZNE PROBLEMY WYNIKAJĄCE ZE STOSOWANIA INSTYTUCJI SPOŁECZNEJ SZKODLIWOŚCI CZYNU

Na koniec rozważań dotyczących słuszności istnienia społecznej szkodliwości w dogmatycznej strukturze przestępstwa należy zwrócić uwagę na dość istotny problem pojawiający się w orzecznictwie, związany z obecnością materialnego elementu przestępstwa podczas stosowania prawa. Poniższa analiza przykładowych orzeczeń sądowych skłania do stwierdzenia, że kwestia karygodności jako elementu przestępstwa nie ma doniosłego praktycznie znaczenia. Dokonana ocena wyroków wskazuje, że sądy, zwłaszcza rejonowe, w przeważającej większości skupiają się jedynie na fakcie zrealizowania przez sprawcę znamion czynu zabronionego. Stopień społecznej szkodliwości danego czynu zabronionego często bywa przez te sądy lekceważony, nawet na etapie wymiaru kary (bezpośrednie odnoszenie się przez te sądy w uzasadnieniach wyroków do kwantyfikatorów z art. 115 § 2 k.k. jest nader rzadkie). Element materialny tym bardziej jest pomijany przy analizie, czy dany czyn w ogóle stanowi przestępstwo.

Tytułem przykładu można przywołać sytuację, w której sprawca powieścił komentarz na portalu internetowym, w którym zawarta była informacja, że oskarżyciel prywatny bije swoją żonę⁵⁹. Jeśli wziąć pod uwagę, że komentarz został powielony w postaci szczątkowej i o wydźwięku lekko ironicznym, to dochodzimy do wniosku, że jest jedynie pochodną pierwotnej informacji puszczanej do sieci, przez co rodzaj i rozmiar ujemnych następstw tego zachowania jest na tyle niewielki i na tyle nie pogarsza dobrego imienia oskarżyciela prywatnego, że niewłaściwe było zakwalifikowanie tego czynu jako społecznie szkodliwego w stopniu większym niż znikomy. Do podobnego wniosku doszedł sąd II instancji, który przychylił się do apelacji oskarżonego i umorzył względem niego postępowanie z uwagi na znikomą szkodliwość społeczną czynu.

Innym przykładem może być sprawa, w której ojciec – zobowiązany względem dziecka alimentacyjnie – wniósł powództwo o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa. Do momentu uprawomocnienia się orzeczenia o tym ustaleniu dokonywał niewielkich, nieregularnych wpłat na dziecko, co zostało poczytane za uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego⁶⁰. Trudno uznać, że przedmiot ochrony, jakim dla przestępstwa niealimentacji jest zagwarantowanie osobom uprawnionym do alimentów minimum środków do życia i niezbędnego rozwoju oraz

⁵⁹ Wyrok SR Lublin-Zachód w Lublinie z dnia 8 lipca 2020 r., III K 503/19, za: wyrok SO w Lublinie – XI Wydział Karny Odwoławczy z dnia 10 listopada 2020 r., XI Ka 661/20, Legalis nr 2560088.

⁶⁰ Wyrok SR w Złotowie z dnia 29 stycznia 2020 r., II K 126/19, za: wyrok SO w Poznaniu – IV Wydział Karny Odwoławczy z dnia 21 lipca 2020 r., IV Ka 470/20, Legalis nr 2531825.

zaspokojenie ich podstawowych potrzeb życiowych⁶¹, został naruszony w przypadku, w którym została ustalona bezskuteczność uznania ojcostwa, a więc oskarżony nie miał obowiązku płacenia alimentów, jako że wyrok ten ma charakter deklaratoryjny⁶². Jeśli nawet by uznać, że taki obowiązek istniał do momentu uprawomocnienia się wyroku, to dokonywanie pewnych wpłat przez oskarżonego zdecydowanie zaniżało rozmiary wyrządzonej szkody.

Jeszcze innym przykładem jest sytuacja, w której pasjonat broni i militariów znalazł na terenie nieruchomości należącej do stowarzyszenia historycznego, którego był członkiem, skorodowane elementy broni. Przekazał je Policji, po czym postawiono mu zarzut przestępstwa z art. 263 k.k.⁶³. W tej sytuacji trudno mówić tak naprawdę o jakiegokolwiek społecznej szkodliwości, biorąc pod uwagę czy to motywację sprawcy (zbieranie antyków jako hobby), czy też rozmiary grożącej szkody (trudno powiedzieć, że skorodowane elementy broni stanowią zagrożenie). z tego powodu sąd II instancji umorzył postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.

Powyższe przykłady w sposób generalny wskazują, że na poziomie praktyki stosowania prawa, zwłaszcza w sądach rejonowych, istnieją problemy z oceną przez sędziów jedynie formalnych znamion typu czynu zabronionego. Sędziowie wychodzą z założenia, że skoro ustawodawca sklasyfikował jakieś zachowanie jako szkodliwe społecznie, to nie powinni go „poprawiać”, co w gruncie rzeczy sprowadza się do tego, że ocena karygodności w konkretnych przypadkach jest często iluzoryczna. Co za tym idzie zasadne wydaje się stwierdzenie, że instytucja materialnej cechy przestępstwa jako elementu jego dogmatycznej struktury ma dość znikome znaczenie praktyczne. Powstaje jednak pytanie, czy pełen oportunizm procesowy mógłby stanowić remedium na ten praktyczny problem. W ocenie autorów nie jest to takie oczywiste. Skoro bowiem analiza samego czynu pod kątem jego społecznej szkodliwości (wymagająca jedynie przyjęcia pewnego systemu ocen, a więc wartościowania na płaszczyźnie aksjologicznej) już zniechęca do siebie sędziów, to tym bardziej będą oni niechętni dużo szerszej analizie, która musiałaby dodatkowo objąć kontekst nie tylko aksjologiczny, ale też społeczno-ekonomiczny, w tym polityczny. Zwłaszcza ten ostatni może budzić duże wątpliwości, ponieważ ocena celowości ścigania, w którą w choćby minimalny i pośredni sposób wkracza czynnik polityczny, może stanowić skazę na niezawisłości sędziego, a co za tym idzie podważać zaufanie do wymiaru sprawiedliwości. Oznacza to, że nawet jeżeli słuszna jest konstatacja, iż stopień społecznej

⁶¹ J. Kosonoga, *Komentarz do art. 209*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis 2023.

⁶² Wyrok SN z dnia 16 lipca 2003 r., V CK 37/02, Legalis nr 65251.

⁶³ Wyrok SR w Kamiennej Górze z dnia 25 września 2020 r., II K 243/20, za: wyrok SO w Jeleniej Górze – VI Wydział Karny Odwoławczy z dnia 26 kwietnia 2021 r., VI Ka 577/20, Legalis nr 2585917.

szkodliwości przy ocenie bytu przestępstwa ma bardzo niewielkie znaczenie, to zastępowanie materialnej cechy przestępstwa przez oportunistyczny procesowy, który nie dość, że jeszcze bardziej utrudnia analizę, to przy tym potencjalnie może narazić jedną z podstawowych wartości wymiaru sprawiedliwości na szwank, nie jest krokiem słusznym.

PODSUMOWANIE

Przeciwnicy społecznej szkodliwości jako elementu dogmatycznej struktury przestępstwa przywołują przede wszystkim: negatywne historyczne konotacje tej instytucji, osłabienie funkcji ochronnej prawa karnego, ograniczenie organu procesowego w analizie odpowiedzialności karnej sprawcy oraz brak możliwości uwzględnienia innych okoliczności wpływających na racjonalizację jego odpowiedzialności. Podnoszona bywa także kwestia braku występowania społecznej szkodliwości jako elementu dogmatycznej struktury przestępstwa w innych krajach europejskich czy też nikłe zastosowanie tej instytucji w praktyce. Pierwszą grupę wyżej wskazanych argumentów nietrudno jest odeprzeć. Problemy, które zagadnienie społecznej szkodliwości powodowało w przeszłości, są już nieaktualne w obecnie obowiązującym systemie prawnym ze względu na dodanie ustawowo określonych kwantyfikatorów jej oceny. Funkcja ochronna prawa karnego nie jest tutaj zagrożona, gdyż powołując się na jej stopień niższy niż znicomny, wskazujemy w istocie, że czyn sprawcy będący przedmiotem prawnokarnej oceny ani nie naruszył, ani nie naraził żadnego dobra prawem chronionego, co wyłącza konieczność ochrony tego dobra. Usunięcie materialnej cechy przestępstwa mogłoby natomiast spowodować naruszenie funkcji gwarancyjnej prawa karnego, której zadanie sprowadza się do ochrony dóbr prawnych osób, którym przestępstwo miałoby zostać przypisane. Ograniczenie okoliczności, które organ procesowy powinien brać pod uwagę podczas racjonalizacji odpowiedzialności karnej sprawcy, nie stanowi wady, lecz zaletę aktualnego kształtu materialnej cechy przestępstwa. Ogranicza to możliwość nadużyć ze strony organu procesowego i powoduje brak możliwości powoływania się na takie okoliczności jak np. pozycja społeczna sprawcy. Trudno jest jednak polemizować z kwestią braku występowania społecznej szkodliwości w dogmatycznej strukturze przestępstwa innych państw Europy Zachodniej. Warto jednak wskazać, że – pomimo braku literalnego występowania społecznej szkodliwości jako elementu przestępstwa w systemach wymienionych państw – materialna cecha oddziałuje na racjonalizację odpowiedzialności karnej we wskazanych ośrodkach choćby w sposób pośredni. Wychodząc z założenia, że racjonalny ustawodawca penalizuje jedynie czyny, które wpływają negatywnie i powodują szkodę lub grożą powstaniem szkody na dobrach uznawanych za warte ochrony w danym społeczeństwie, należy zgodzić się z twierdzeniem, że nie da się wyeliminować elementu zła z żadnego

czynu uznanego przez ustawodawcę za przestępstwo, bez względu na strukturalne wyróżnienie elementów składających się na przestępstwo. Immanentną i niepozwalającą się usunąć cechą każdego przestępstwa (nawet przestępstw *mala prohibita*, których negatywny wpływ na społeczeństwo i wartości w nim chronione może nie być na pierwszy rzut oka oczywisty) jest zło, a materialna cecha przestępstwa, będąca przecież wyrazem stopnia zła koniecznego do wystąpienia w czynie, aby stał się przestępstwem, bez względu na sposób jej wyrażenia lub wręcz jego brak w dogmatycznej strukturze, i tak zawsze pozostanie nierozłączną częścią przestępstwa. Mając na uwadze całość powyższych rozważań, mimo wszystko autorzy dochodzą do konkluzji, że choć możliwe jest sprawne funkcjonowanie systemu prawnokarnego bez wyszczególnienia w nim jako elementu dogmatycznej struktury przestępstwa społecznej szkodliwości czynu, to przez wzgląd na funkcje prawa karnego, o których była mowa wcześniej, warto – nawet mając na względzie wszystkie przywołane argumenty przeciwko – zachować ją ostatecznie jako odrębny element dogmatycznej struktury przestępstwa.

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA

- Beccaria C., *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959.
- Bentham J., *Wprowadzenie do zasady moralności*, Warszawa 1958.
- Bereźnicki M., *Umorzenie postępowania w trybie art. 49 k.p.k. w praktyce prokuratorskiej i sądowej w woj. katowickim w latach 1960–66*, „Nowe Prawo” 1968, nr 6.
- Bojarski M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2020.
- Bojarski T., *Společna škodlivost' i vina v projekcie k.k.*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993.
- Cobo del Rosal M., Vives Antón T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 1995.
- Derlatka M., *Společna škodlivost' czynu a definicja przestępstwa*, „Prawo i Prokuratura” 2006, nr 6.
- Dębski R., Giezek J., Jędrzejewski Z., Kaczmarek T., Konarska-Wrzonek V., Lachowski J., Pohl L., Szwarc A., Zawłocki R., *Przestępstwo i jego struktura*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Legalis 2017.
- Filar M., *Co piszczy w prawie? „Półprzestępstwa”*, „Palestra” 1995, nr 9–10.
- Gropp W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2005.
- Hypś M., Gałązka M., Hałas R., Grześkowiak A., Szeleszczuk D., Wiak K., *Komentarz do art. 115*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Legalis 2021.
- Kaczmarek T., *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Wrocław 1968.
- Kochanowski J., *Przeciwko pospiesznej kodyfikacji karnej*, „Palestra” 1990, nr 6.
- Kosonoga J., *Komentarz do art. 209*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis 2023.
- Krasowski K., Lesiński B., Sikorska-Dzięgielewska K., Walachowicz J., *Powszechna historia państwa i prawa*, Poznań 2007.
- Kunicka-Michalska B., *Projekt kodeksu karnego w świetle art. 7 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw i Podstawowych Wolności Człowieka*, [w:] *Problemy reformy prawa karnego*, red. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin 1993.
- Larguier J., *Droit pénal général*, Paris 1993.

- Maciejewski T., *Historia powszechna ustroju państwa i prawa*, Warszawa 2007.
- Majewski J., Kardas P., *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 10.
- Makowski W., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1920.
- Michalik M. (red.), *Kronika XX wieku*, Warszawa 1991.
- Mioduski K., *Spoleczne niebezpieczeństwo czynu jako zagadnienie terminologii*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1955, nr 3.
- Olszewski M., *Czy utrzymać pojęcie społecznego niebezpieczeństwa czynu w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1958, nr 3.
- Plebanek E., *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2011.
- Pławski S., *Prawo karne. Część ogólna. Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1952.
- Rodzyńkiewicz M., *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1988.
- Salvage P., *Droit pénal général*, Grenoble 1994.
- Sawicki J., *Ochrona czci na tle krytyki i samokrytyki. Zagadnienie wolności krytyki w Polsce Ludowej*, Warszawa 1953.
- Skorupka J. (red.), *Proces karny*, Warszawa 2020.
- Sobolewski Z., *Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu jako podstawa stosowania art. 49 k.p.k.*, „Annales UMCS sectio G (Ius)” 1959, vol. 6.
- Strzembosz A., *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993.
- Szerer M., *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964.
- Wolter W., *Uwagi o podmiotowej stronie czynu przestępnego w ujęciu projektu kodeksu karnego PRL*, „Prokuratura i Prawo” 1956, nr 8–9.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, nr 23.

ŹRÓDŁA INTERNETOWE

- Tyburcy T., *Dlaczego Twórcy k.k. z 1997 przyjęli obowiązującą w krajach tzw. realnego socjalizmu definicję przestępstwa, tj. nie zmienili jej?*, 29.10.2022, <https://www.facebook.com/Tyburcy/posts/pfbid02sjZC4wmq3kC2gzs8pPmPjQMa84ggTPEugzrXWfsSD37EU91xWYkvcGMKD9W9FK358l> (dostęp: 28.02.2023).

AKTY PRAWNE

- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1928, nr 33, poz. 313).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571).
- Ustawa organiczna nr 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r. o Kodeksie karnym.
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. 1949, nr 32, poz. 238).
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94).

ORZECZNICTWO

- Postanowienie SN z dnia 19 października 2010 r., II KK 213/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 1977.
- Postanowienie SN z dnia 17 grudnia 2010 r., V KK 383/10, OSP 2011, nr 12, poz. 129.
- Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 października 1971 r., 2 BvR 65/71, BVerfGE, t. 32, poz. 2.
- Wyrok SN z dnia 29 stycznia 1957 r., II KRN 1052/57, NP 1958, nr 10.
- Wyrok SN z dnia 21 sierpnia 1958 r., KRN 148/58, OSPiKA 1959, nr 7–8, poz. 19.

- Wyrok SN z dnia 11 grudnia 1958 r., III KRN 989/59, OSNGP 1959, nr 3, poz. 16.
Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1998 r., I PKN 90/98, OSNP 2000, nr 1, poz. 6.
Wyrok SN z dnia 16 lipca 2003 r., V CK 37/02, Legalis nr 65251.
Wyrok SO w Poznaniu – IV Wydział Karny Odwoławczy z dnia 21 lipca 2020 r., IV Ka 470/20, Legalis nr 2531825.
Wyrok SO w Lublinie – XI Wydział Karny Odwoławczy z dnia 10 listopada 2020 r., XI Ka 661/20, Legalis nr 2560088.
Wyrok SO w Jeleniej Górze – VI Wydział Karny Odwoławczy z dnia 26 kwietnia 2021 r., VI Ka 577/20, Legalis nr 2585917.
Wyrok SR w Złotowie z dnia 29 stycznia 2020 r., II K 126/19.
Wyrok SR Lublin-Zachód w Lublinie z dnia 8 lipca 2020 r., III K 503/19.
Wyrok SR w Kamiennej Górze z dnia 25 września 2020 r., II K 243/20.
Wyrok TK z dnia 23 stycznia 1950 r., K 816/59, DPP 1950, nr 5.
Wyrok TK z dnia 29 maja 2001 r., K 5/01, OTK 2001, nr 4, poz. 87.
Wyrok TK z dnia 9 października 2012 r., P 27/11, OTK-A 2012, nr 9, poz. 104.
Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2019 r., SK 16/19, Legalis nr 2258670.

ABSTRACT

The social dangerousness of an act, as a substantive element of a crime, constitutes the meaning of a criminal prohibition and describes the negative social evaluation of a given behavior. Although, in general, its presence as an element of the dogmatic structure of the crime is positively evaluated, there are some critical voices of this presence. Opponents of including social dangerousness as an element of the structure of a crime justify their position mainly by the negative history of this institution, the weakening of the protective function of the criminal law, the limitation of the analysis of the procedural body and the lack of consideration of other factors in the assessment of criminal responsibility. However, it seems that the historical problems have been eliminated by the introduction of statutory quantifiers that allow the examination of the degree of social dangerousness, as well as the protective function of the criminal law is not compromised, since acts with less than negligible social harmfulness do not harm the goods protected by law in such a significant way as to require state protection. In addition, the limitation of taking into account other circumstances closely related to the offender, rather than to the act, reduces the possibility of abuse by the trial authority. Despite the absence of the presence of social dangerousness as an element of the dogmatic structure of the crime in other European countries, the material feature of the crime affects the rationalization of criminal responsibility indirectly, so it is somehow present there anyway. Indeed, evil remains an immanent part of the crime, regardless of whether it is decreed explicitly as a component of the crime. Taking into account the functions of criminal law, it seems that, despite the doubts described in the article, it is worth preserving social dangerousness as an element of the structure of the crime, not replacing it with the introduction of full procedural opportunism, involving the procedural authorities' assessment of the desirability of criminal prosecution.

Keywords: social dangerousness of the act; material feature of the crime; dogmatic structure of the crime; procedural opportunism; criminal law of the People's Republic of Poland

ABSTRAKT

Spółeczna szkodliwość czynu, jako materialny element przestępstwa, stanowi sens zakazu karnego oraz opisuje negatywną społeczną ocenę danego zachowania. Choć zasadniczo jej obecność

jako elementu dogmatycznej struktury przestępstwa jest oceniana pozytywnie, pojawiają się pewne głosy krytyczne w stosunku do tej obecności. Przeciwnicy uwzględniania społecznej szkodliwości jako elementu struktury przestępstwa uzasadniają swoje stanowisko głównie negatywnie nacechowaną historią tej instytucji, osłabieniem funkcji ochronnej prawa karnego, ograniczeniem analizy organu procesowego oraz brakiem uwzględnienia innych czynników w ocenie odpowiedzialności karnej. Wydaje się jednak, że problemy historyczne zostały zlikwidowane poprzez wprowadzenie ustawowych kwantyfikatorów pozwalających na badanie stopnia społecznej szkodliwości, a funkcja ochronna prawa karnego nie jest zagrożona, ponieważ czyny o społecznej szkodliwości niższej niż znikoma nie godzą w dobra chronione prawem w sposób na tyle istotny, by wymagało to ochrony państwowej. Ponadto ograniczenie uwzględniania innych okoliczności powiązanych ściśle ze sprawcą, a nie z czynem, ogranicza możliwość nadużyć ze strony organu procesowego. Pomimo braku obecności społecznej szkodliwości jako elementu dogmatycznej struktury przestępstwa w innych krajach europejskich, materialna cecha przestępstwa wpływa na racjonalizację odpowiedzialności karnej pośrednio, więc i tak jest w jakiś sposób obecna. Zło pozostaje bowiem immanentną częścią przestępstwa bez względu na to, czy zadekretuje się je wprost jako część składową przestępstwa. Biorąc pod uwagę funkcje prawa karnego, wydaje się, że – mimo opisanych w artykule wątpliwości – warto zachować społeczną szkodliwość jako element struktury przestępstwa, nie zastępując jej wprowadzeniem pełnego oportunizmu procesowego, polegającego na procesowej ocenie celowości ścigania karnego przez organy procesowe.

Słowa kluczowe: społeczna szkodliwość czynu; materialna cecha przestępstwa; dogmatyczna struktura przestępstwa; oportunizm procesowy; prawo karne Polski Ludowej

