

MAŁGORZATA DĄBROWSKA-KARDAS

O DWÓCH ZNACZENIACH POJĘCIA SPOŁECZNEGO NIEBEZPIECZEŃSTWA CZYNU

I. Pojęcie społeczne niebezpieczeństwa czynu pojawiło się w polskim ustawodawstwie najpierw za sprawą prawa procesowego (art. 54, późniejszy art. 49 k.p.k. z 1928 r. zmienionego w 1949 r.), potem dopiero stało się instytucją prawa materialnego. Definicja przestępstwa z art. 1 Kodeksu karnego z 1969 r. ugruntowała jego pozycję w systemie prawa karnego. Przez wszystkie lata funkcjonowania tego pojęcia w systemie prawa społeczne niebezpieczeństwo czynu nie doczekało się precyzyjnej definicji, a określeniu jego charakteru towarzyszyły liczne kontrowersje dotyczące jego miejsca w strukturze przestępstwa, zakresu okoliczności, które składają się na określenie jego istoty, przede wszystkim zaś przynależnej temu pojęciu funkcji.¹

Społeczne niebezpieczeństwo czynu ma niezwykle bogatą literaturę i także orzecznictwo. Pomimo tego trudno jednak w doktrynie prawa karne-

¹ Zob. T. Kaczmarek: *Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa*, Wrocław 1966, s. 18 i n.; tenże: *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Wrocław 1968, s. 8 i n.; I. Andrejew: *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 94 i n.; K. Buchała: *Z rozważań nad społecznym niebezpieczeństwem czynu*, *Studia Iuridica* 1991, r. XIX, s. 17 i n.; tenże: *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 273; M. Cieślak: *Pojęcie i funkcje społecznego niebezpieczeństwa w polskim prawie karnym*, *Palestra* 1979, nr 6, s. 56 i n.; tenże: *Faktory przestępczości czynu w związku z projektem k.k. z 1963 r.*, *WPP* 1963, nr 3, s. 266 i n.; A. Marek: *O społecznym niebezpieczeństwie*, *NP* 1966, nr 2, s. 199 i n.; A. Krukowski: *Społeczna treść przestępstwa*, Warszawa 1973; W. Wolter: *O stopniu społecznego niebezpieczeństwa czynu karalnego*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1970, r. III; K. Mioduski: *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako zagadnienie terminologii*, *WPP* 1955, nr 3; W. Wolter, K. Buchała, K. Mioduski, F. Wróblewski: *Materialne pojęcie przestępstwa i jego konsekwencje w prawie karnym. Problemy nowego prawa karnego*, Warszawa 1973; W. Świda: *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 118; A. Zoll: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 31; J. Majewski, P. Kardas: *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, *PiP* 1993, nr 10, s. 76.

go doszukać się zgodności poglądów co do jego charakteru i funkcji. Jak się wydaje, większość kontrowersji związanych z rozumieniem pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu opiera się na niedostrzeżeniu faktu, iż w prawie karnym występuje ono niejako w dwóch znaczeniach. Z jednej bowiem strony interpretowane jest z art. 1 Kodeksu karnego z 1969 r. — jako materialny element ustawowej definicji przestępstwa. W tym kształcie występuje jako jedna z podstawowych zasad prawa karnego *nullum crimen sine periculo sociali*. Jako zasada tak określona ma ono charakter generalny i abstrakcyjny, nie jest stopniowalne, adresatem zaś jego jest ustawodawca. Z drugiej strony społeczne niebezpieczeństwo czynu interpretowane jest z art. 26 Kodeksu karnego z 1969 r. (art. 1 § 2 nowego Kodeksu karnego, przy zmianie terminologii na „społeczną szkodliwość czynu zabronionego”) — i w tym znaczeniu występuje jako element wewnętrznej struktury przestępstwa, innymi słowy płaszczyzna wartościowania konkretnego zachowania, które aby mogło być uznane za czyn przestępny musi być między innymi ocenione jako karygodne. W tym kształcie ma ono charakter konkretny i indywidualny, jest stopniowalne, adresatem zaś jego jest organ procesowy orzekający w sprawie.

Ten właśnie dwójaki charakter instytucji społecznego niebezpieczeństwa czynu, jak również próba pokazania wyraźnej różnicy dotyczącej charakteru, funkcji i przynależnej tym dwóm pojęciom normie kompetencyjnej, przede wszystkim zaś zmiany w jej obowiązywaniu związane z wejściem w życie nowej Konstytucji i uchwaleniem nowego Kodeksu karnego — będą przedmiotem niniejszego artykułu.

II. Pojęcie społecznego niebezpieczeństwa czynu zawarte w art. 1 Kodeksu karnego z 1969 r. i zasada określoności czynu zabronionego kreują dwa filary ustawowej definicji przestępstwa. Definicja ta obejmuje dwie zasady: *nullum crimen sine periculo sociali* (nie ma przestępstwa bez społecznego niebezpieczeństwa czynu) i *nullum crimen sine lege poenali* (nie ma przestępstwa bez ustawy karnej).² W związku z kształtem tej definicji pojawia się sporna w doktrynie prawa karnego kwestia ustawowego określenia istoty przestępstwa, a sprowadzająca się do problemu — czy mianowicie określenie definicji przestępstwa w Kodeksie karnym powinno opierać

² Por. K. Buchała: *Prawo ...*, op. cit, s. 151; K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 220. Stwierdzenie, iż definicja przestępstwa obejmuje dwie zasady: *nullum crimen sine lege* i *nullum crimen sine periculo sociali* jest oczywiście pewnym skrótem myślowym uzasadnionym przedmiotem niniejszych rozważań. W istocie na definicję tę składają się jeszcze zasada czynu oraz zasada *lex retro non agit*.

się na tzw. ujęciu formalnym, czy też obejmować winno również jego aspekt merytoryczny. Pierwsze ujęcie sprowadza się do tego, iż dla charakterystyki istoty przestępstwa odwołujemy się wyłącznie do ustawy. Przestępstwo to czyn zabroniony przez ustawę pod groźbą kary kryminalnej. Ujęcie materialno-formalne natomiast wskazuje na element materialny rozumiany jako ujemna wartość zachowania z punktu widzenia pewnych przyjętych w społeczeństwie założeń aksjologicznych.³ To ujemne wartościowanie zachowania jest zarazem merytorycznym uzasadnieniem jego karalności.⁴

Aby rozstrzygnąć postawiony wyżej problem dotyczący wyboru między formalnym a materialno-formalnym ujęciem przestępstwa należy w pierwszej kolejności dostrzec pewien wydawałoby się oczywisty fakt dotyczący fenomenu przestępstwa, a konkretnie jego podwójnej natury. Z jednej bowiem strony jest ono zjawiskiem społecznym funkcjonującym w rzeczywistości społecznej i w tym sensie opisujemy je w płaszczyźnie ontologicznej. Jako takie jest oczywiście niebezpieczne społecznie bez względu na to, czy jest opisane w ustawie karnej czy też nie. Ale przestępstwo ma też drugą naturę — normatywną. Dopiero bowiem to zjawisko bytujące w rzeczywistości, opisane językiem ustawy i przeniesione na płaszczyznę normatywną staje się tym, co w prawie karnym rozumiemy przez pojęcie przestępstwa ze wszelkimi jego konsekwencjami przewidzianymi w przepisach Kodeksu karnego.⁵ Życie kreuje zachowania społeczne, obiektywnie istniejące, pozytywnie lub negatywnie wartościowane — ustawa kreuje zaś normatywnie rozumiane przestępstwo i, jak pisał Wolter: „Niewątpliwie ustawa karna jako taka nie może kreować zjawiska przestępnego w tym sensie, by przez nią powstawało to zjawisko społecznie ujemne. Mówiąc inaczej, dopiero jakies zjawisko społeczne, rozpoznane jako ujemne, może wyzwolić akt ustawodawczy nadający temu zjawisku cechy przestępne. Zakaz karny jest więc czymś wtórnym, nie stanowi jakiegoś logicznego *prius*.”⁶ Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako pewna cecha zachowania odnosi się oczywiście do elementu ontologicznego przestępstwa. Jego stwierdzenie jest pierwotne w stosunku do

³ Por. A. Zoll: *Materialne określenie przestępstwa w projekcie Kodeksu karnego (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Prof. Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 83 i n.; tenże: *Materialne określenie przestępstwa*, Prokuratura i Prawo 1997, nr 2, s. 7.

⁴ Por. K. Buchała, A. Zoll: *Polskie ...*, op. cit, s. 220; 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.

⁵ Por. P. Kardas, J. Majewski: *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jej rozstrzygnięcia (w:) Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora K. Buchały*, Kraków 1994, s. 182 i n.

⁶ W. Wolter: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 11.

ustawowej typizacji zachowania, stanowi jej przesłankę i uzasadnienie zarazem. Jako takie nie musi i nie powinno być wyrażone w Kodeksie karnym. Rodzi to bowiem pewien bałagan kompetencyjny. Umieszczenie zasady społecznej niebezpieczeństwa czynu w art. 1 k.k. sprawia, iż pojawia się pokusa, aby uznać tę zasadę za skierowaną do sądu orzekającego, zatem podlegającą jego interpretacji.⁷ Stanowisku takiemu zadają jednak kłam podstawowe reguły dotyczące procesu wykładni tekstu prawnego. Artykuł 1 Kodeksu karnego z 1969 r. dając podstawę do interpretacji ustawowej definicji przestępstwa nie stwarza zarazem możliwości odmiennej interpretacji, czy też przypisywania innego charakteru normatywnego poszczególnym jej elementom. Obie zasady — *nullum crimen sine lege* i *nullum crimen sine periculo sociali* — mają ten sam status normatywny. Normę dekodowaną z art. 1 Kodeksu karnego z 1969 r. należy uznać za definicję legalną, która zgodnie z powszechnym w literaturze teoretycznej poglądem nie podlega interpretacji przez podmiot podlegający kompetencji takiej normy, tylko bezwzględnie go wiąże.⁸ Jeśli zatem zasada określoności czynu jest niekwestionowana przez sąd orzekający, co nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie, to podobnie zasada społecznej niebezpieczeństwa czynu jest poza zasięgiem jego kompetencji interpretacyjnych. Są to podstawowe zasady prawa karnego, bezwzględnie wiążące sąd orzekający. Sąd nie jest władny zmieniać zakresu ich obowiązywania, byłoby to bowiem naruszenie podstawowych standardów praworządności poprzez wkroczenie w zakres kompetencji ustawodawczej.⁹

W sytuacji jednak, gdy zasada społecznej niebezpieczeństwa czynu jest wyrażona w Kodeksie karnym, nie była natomiast, podobnie jak żadna z naczelných zasad prawa karnego, wprost wysłowiona w konstytucji, jak miało to miejsce pod rządami przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą RP oraz o samorządzie terytorialnym (zwanych dalej p.u.m.) — pojawia się pytanie o charakter normatywny tego pojęcia. W szczególności zaś pytanie — do kogo skierowany jest nakaz optymalizacyjny płynący z tej zasady. Wydaje się, że poglądem poprawnym na gruncie systemu prawa ukształtowanego przepisa-

⁷ Por. postanowienie SN z dnia 9 stycznia 1996 r., II KR 159/95, OSNKW 1996, z. 3–4, poz. 20, wyrok SN z dnia 12 maja 1992 r., II KRN 39/92, OSNKW 1992, z. 9–10, poz. 61.

⁸ Por. Z. Ziemiński: *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 310–311.

⁹ Por. P. Samecki: *Komentarz do art. 1 Ustawy Konstytucyjnej z 17 października 1992 r.* (w:) *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* pod red. L. Garlickiego, Warszawa 1995, s. 11.

mi p.u.m. i Kodeksu karnego z 1969 r. jest sąd, iż zasada społecznej niebezpieczeństwa czynu skierowana jest do ustawodawcy.¹⁰ Zawiera ona nakaz kryminalizacji jedynie czynów zagrażających lub naruszających dobra społeczne powszechnie uznane za wartościowe. Nie jest to idea nowa. Historycznie teza, że społeczne niebezpieczeństwo czynu jako cecha pewnej kategorii zachowań stanowi przesłankę ich penalizacji wywodzi się od myślicieli oświecenia: „kategoryczny postulat kryminalizowania tylko czynów społecznie niebezpiecznych można znaleźć u Beccarii, Feuerbacha i innych myślicieli tego okresu, a następnie u Benthama i Milla. W postaci normy ogólnie wiążącej ustawodawcę został on sformułowany w art. 5 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r.”¹¹

Współcześnie pojęcie społecznej niebezpieczeństwa czynu wiąże się nierozdzielnie z pojęciem dóbr społecznych. Nie ma bowiem niebezpieczeństwa absolutnego, abstrakcyjnie ocenianego. Ujemna ocena, związana immanentnie z tym pojęciem, płynie z dodatniego wartościowania zagrożonego dobra.

Społeczne niebezpieczeństwo jako dyrektywa skierowana do ustawodawcy uzasadniająca wprowadzenie ustawowego zagrożenia karą stanowi pewną obiektywną cechę — oznacza, że określone zachowanie stanowi zagrożenie dla dóbr społecznych i jest wynikiem relacji tej cechy do świadomości ustawodawcy.¹² „Niebezpieczeństwo” to zawiera w sobie tylko potencjalną możliwość zagrożenia lub naruszenia dóbr prawnych, nigdy zaś ich konieczność. Dlatego ocena społecznej niebezpieczeństwa możliwa jest tylko ze stanowiska *ex ante*.¹³ Opiera się ona zarazem na pewnym uogólnieniu, odwołując się do pewnej generalnie scharakteryzowanej klasy zachowań.

Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako cecha obiektywna nie jest stopniowalne — zachowanie albo zagraża bądź narusza określone dobro prawne albo nie — i tylko ta kwestia jest przedmiotem oceny dokonywanej przez ustawodawcę. Fakt niestopniowalności społecznej niebezpieczeństwa czynu

¹⁰ Zob. A. Zoll: *Materialne ...*, op. cit., s. 10; P. Kardas: *Glosa do postanowienia SN z dnia 9 stycznia 1996 r.*, II KRN 159/95, Palestra 1997, nr 1–2, s. 246.

¹¹ L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 166. Por. też T. Bojarski: *Społeczna szkodliwość czynu i wina w projekcie k.k.* (w:) *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 74.

¹² Niekiedy uznaje się niebezpieczeństwo wręcz za centralne pojęcie nauki o przestępstwie bądź też konstruuje się cały system prawa karnego bazujący na pojęciu niebezpieczeństwa. Zob. szerzej w tej kwestii A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 308 i n. Por. też K. Engisch: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin 1931, s. 41 i n.

¹³ Por. T. Kaczmarek: *Społeczne ...*, op. cit., s. 26.

z art. 1 Kodeksu karnego uzasadnia, oprócz samego charakteru tej zasady, również sformułowanie kodeksowe, jeśli porównamy je ze sposobem wysłowienia społecznego niebezpieczeństwa konkretnego zachowania w art. 26 k.k. W art. 1 k.k. mowa jest bowiem o „czynnie społecznie niebezpiecznym” bez żadnego dodatkowego zwrotu językowego odnoszącego się do kwantum tego niebezpieczeństwa. Artykuł 26 k.k. zaś odnosi się do „czynu, którego społeczne niebezpieczeństwo jest znikome,” zakłada tym samym ocenę stopnia niebezpieczeństwa. Z założenia o racjonalności prawodawcy wynika, iż ta różnica w sformułowaniu jest zamierzona.

Nie przeczy tezie o niestopniowości społecznego niebezpieczeństwa czynu fakt umieszczenia tej klauzuli w Kodeksie wykroczeń. Artykuł 1 k.w. mówi bowiem o „czynnie społecznie niebezpiecznym,” nie zaś o czynnie w niższym stopniu niebezpiecznym niż czyny uznawane za przestępstwa. Zakładać trzeba, że taki sposób zdefiniowania wykroczenia jest wynikiem świadomej decyzji ustawodawcy. Kształt, jaki nadano zasadzie społecznego niebezpieczeństwa czynu w Kodeksie wykroczeń potwierdza jedynie jej charakter jako pewnej cechy, która może być przypisana zachowaniom ludzkim lub nie — kwestia stopniowości nie należy do jej istoty. Wystarczy bowiem zwrócić uwagę na granicę między występkami a wykroczeniami, która nie jest determinowana oceną jakiegoś kwantum społecznego niebezpieczeństwa czynu. Niewątpliwie o przesunięciu pewnych czynów do kategorii wykroczeń zadecydowały względy dyktowane polityką kryminalną oraz polityką sądowo-proceduralną.¹⁴

Przyjęcie niestopniowości społecznego niebezpieczeństwa czynu można uzasadnić także na płaszczyźnie teoretycznej. Należy przy tym odwołać się do zaproponowanej przez R. Alexego koncepcji podziału wszystkich norm prawnych należących do systemu prawa na zasady (*Prinzipien*) i reguły (*Regeln*).¹⁵ Według tej koncepcji zasada to nakaz optymalizacyjny. Cechą zasad jest to, że mogą być one spełniane w różnym stopniu, przy czym realizacja zasady tylko w pewnym stopniu nie przesądza o jej naruszeniu. Reguły natomiast to normy, które muszą być spełnione w 100%. Jakikolwiek odstępnie od reguły prawnej stanowi jej naruszenie. W odróżnieniu od zasad treść reguły ustala się na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej. I tak

¹⁴ Por. W. Wolter: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 21–22.

¹⁵ R. Alexy: *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden 1985; por. też: T. Gizbert-Studnicki: *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, nr 3; tenże: *Konflikt dóbr i kolizja norm*, RPEiS 1989, nr 1; P. Tuleja: *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych*, Warszawa 1997; M. Dąbrowska-Kardas: *Kara jako konflikt dóbr i kolizja norm w świetle koncepcji R. Alexy'ego konfliktu reguł i kolizji zasad. Rozważania na tle konstytucyjnych norm stanowienia i stosowania prawa*, Przegląd Sejmowy 1996, nr 4, s. 22 i n.

np. *nullum crimen sine lege* to reguła, która w sposób jednoznaczny formułuje dyspozycję skierowaną do ustawodawcy. Podobny charakter ma norma *nullum crimen sine periculo sociali*, w szczególności jest to reguła, która może być zrealizowana lub nie — nie może być natomiast zrealizowana tylko w pewnym stopniu. Przesądza to o jej niestopniowości.

Pomimo niewyrażenia wprost w konstytucji podstawowych zasad prawa karnego, w tym zasady społecznego niebezpieczeństwa czynu, ich obowiązywanie na płaszczyźnie konstytucyjnej Trybunał Konstytucyjny wywodził z treści art. 1 p.u.m — a konkretnie z wyrażonej w nim zasady demokratycznego państwa prawa, której wprowadzenie do konstytucji kreuje funkcjonowanie tzw. praworządności materialnej (*Rechtstaatlichkeit in materieller Hinsicht*). Oznacza to, że z treści art. 1 p.u.m. wywodzi się wprost szereg zasad prawnych mających tym samym charakter konstytucyjny.¹⁶ Tak więc bez względu na fakt wysłowienia zasady społecznego niebezpieczeństwa czynu w Kodeksie karnym miała ona swoje zakorzenienie w konstytucji i była, podobnie jak *nullum crimen, nulla poena sine lege*, normą konstytucyjną. W swej treści wyrażała ona pewne obiektywne kryterium uruchomienia procesu legislacyjnego. Jako zasada konstytucyjna skierowana do ustawodawcy składała się wraz z innymi dyrektywami konstytucyjnymi na zespół reguł dotyczących procesu kryminalizacji.¹⁷ Ustawodawca ocenia czy określone zachowania naruszają bądź zagrażają określonym dobrom prawnym czy nie, innymi słowy przypisuje im cechę społecznego niebezpieczeństwa lub nie. Kwestia czy to naruszenie jest istotne z punktu widzenia decyzji politycznej, jaką jest decyzja o kryminalizacji jest kwestią odrębną. Wiąże się ona właśnie z innymi zasadami o randze konstytucyjnej składającymi się na reguły kryminalizacji określonych zachowań: zasadą subsydiarności, zasadą efektywności i zasadą proporcjonalności.¹⁸

Ustawodawca decydując o wprowadzeniu karalności określonych zachowań zagrażających dobrom prawnym, a więc społecznie niebezpiecznych, musi przede wszystkim zbadać, czy prawo karne jest w ogóle zdatnym środkiem do ochrony danego dobra i czy nie da się tego celu osiągnąć w inny sposób. Wiadomo bowiem, że pewne sfery życia społecznego nie nadają się do regulacji prawnokarnej. Wiąże się to z powszechnie przyjmowanym twierdzeniem, że prawo karne ma charakter subsydiarny, tzn. powinno dopiero

¹⁶ Zob. orzeczenie TK K. 1/92, OTK 1992, cz. II, poz. 23, s. 3; orzeczenie TK S. 6/91, OTK 1991, poz. 34, s. 249.

¹⁷ Na temat zasad, norm i reguł kryminalizacji zob. szerzej L. Gardocki: *Zagadnienia ...*, op. cit., s. 90 i n.

¹⁸ Zob. orzeczenie TK U.10/92, OTK 1993, cz. I, poz. 2, s. 32.

wtedy interweniować, a więc kryminalizacja dopiero wtedy może mieć miejsce, gdy inne rodzaje reakcji nie są wystarczające. Zasada *ultima ratio* ma swoje źródło w potrzebie ochrony pewnych sfer wolności obywatelskich przed ingerencją prawnokarnych regulacji.¹⁹ Zasada subsydiarności odwołuje się też do argumentów pragmatyczno-prakseologicznych. Łączy się to z założeniem, że karanie nastawione jest na osiąganie pewnych celów, do których dążyć należy możliwie najmniejszym kosztem.

Kryminalizacja musi być także poprzedzona pewnym rachunkiem zysków i strat²⁰ — i z tego punktu widzenia opłacalna. Z problematyką tą wiąże się kwestia zasady proporcjonalności używanych środków do zamierzanych celów. Zasada ta implikuje konieczność rozważenia w każdym przypadku, czy planowane ustawowe zagrożenie karą i stopień jego surowości oddaje wartość dobra, które przy pomocy sankcji jest chronione. Kwestia ta ma również odzwierciedlenie w zasadzie stosunkowości określanej jako zakaz stosowania przez państwo środków przekraczających stosowną miarę.²¹ Trybunał Konstytucyjny poruszając w jednym ze swych orzeczeń tę problematykę stwierdził, że każde ograniczenie praw obywatelskich musi być poprzedzone każdorazowo wyważeniem rangi prawa, ze względu na które to ograniczenie następuje. Niezachowanie koniecznej w tym przypadku proporcjonalności, bądź stwierdzenie, że przyjęte ograniczenie jest w niepotrzebny sposób nadmierne, skutkować może niekonstytucyjnością danej regulacji.²²

Mając powyższe na uwadze stwierdzić trzeba, że przesądzenie o społecznym niebezpieczeństwie określonej kategorii zachowań nie jest jednoznaczne z uzasadnieniem dla ich kryminalizacji.²³ Dopiero poddanie tej kategorii zachowań ocenie z punktu widzenia innych zasad dotyczących procesu ustawodawczego i stwierdzenie, że kryminalizacja w ich przyzmacie jest dopuszczalna i opłacalna — skutkuje wprowadzeniem karalności.

Reasumując, społeczne niebezpieczeństwo czynu jest pewną obiektywną cechą zachowania i jako takie nie jest stopniowalne. Jako pojęcie zrelacjonowane do ontologicznego charakteru fenomenu przestępstwa może po-

¹⁹ Zob. orzeczenie TK K. 11/94, OTK 1995, cz. I, poz. 12; uchwała TK W. 3/93, OTK 1994, cz. I, poz. 17, s. 158–159.

²⁰ Przy całej świadomości enigmatyczności takiej dyrektywy, trudno bowiem wyobrazić sobie sformułowania *a priori* ocen preferencyjnych, według których można by poświęcać jedne dobra kosztem innych. Por. Z. Ziemiński: *Metodologiczne problemy prawoznawstwa*, Warszawa 1974, s. 187.

²¹ Por. P. Tuleja, W. Wróbel: *Konstytucyjne standardy prawa karnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* (w:) *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Prof. K. Buchały*, Kraków 1994, s. 263.

²² Zob. orzeczenie TK 10./92, op. cit., s. 32.

²³ Por. L. Gardocki, op. cit., s. 47.

siadać desygnaty w rzeczywistości lub nie. Dla istoty społecznego niebezpieczeństwa czynu istotny jest negatywny aspekt tej zasady, a więc zakaz kryminalizowania czynów, które nie są społecznie niebezpieczne. Stwierdzenie cechy społecznego niebezpieczeństwa jest wskazówką dla ustawodawcy o ewentualnej potrzebie kryminalizacji — czy jednak taka decyzja zostanie podjęta zależy to od treści nakazów optymalizacyjnych płynących z dyrektyw dotyczących procesu ustawodawczego. Opierając się na charakterystyce systemu prawa jako hierarchicznej strukturze o powiązaniach descendencji kompetencyjnej stwierdzić należy, że norma ta, mając swe zakorzenienie w konstytucji jest skierowana do ustawodawcy i jemu daje kompetencje do podejmowania określonych czynności konwencjonalnych doniosłych prawnie.²⁴ Jako zasada o takim charakterze nie powinna być wysłowiona w Kodeksie karnym i obecne jej umieszczenie w art. 1 k.k. należy uznać za błędne.

III. Zgoła odmienna sytuacja powstała po wejściu w życie nowej Konstytucji²⁵ i uchwaleniu nowej kodyfikacji karnej.²⁶ Nowy Kodeks karny nie przewiduje bowiem społecznego niebezpieczeństwa czynu jako elementu definicji przestępstwa, art. 1 § 1 mówi: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia.” Przestępstwo określone jest zatem czysto formalnie. Twórcy projektu przyjęli, że postulat, aby czynami zabronionymi pod groźbą kary były czyny społecznie niebezpieczne jest adresowany do ustawodawcy, „postulat taki odpowiada więc normie wyższego rzędu niż normy wyrażone przepisami Kodeksu karnego. Elementu materialnego, związanego z określonym typem zachowania nie udowadnia się w postępowaniu karnym.”²⁷ Jest to zatem rozwiązanie zgodne z postulatami na-

²⁴ Zob. Z. Ziemiński: *Problemy ...*, op. cit., s. 121, tenże: *Metodologiczne ...*, op. cit., s. 220; K. Pleszka: *Hierarchia w systemie prawa*, ZNUJ CM XXI, s. 65–119.

²⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483.

²⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny, Dz.U. z dnia 2 sierpnia 1997 r. Nr 88, poz. 553. Dla jasności wyводу nie będzie przedmiotem niniejszej analizy krótkotrwała sytuacja prawna powstała po wejściu w życie nowej konstytucji, a jeszcze podczas obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r.

²⁷ Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego, wkładka PiP 1994, z. 3, Warszawa 1994, s. 4 i n.; Sejm RP II kadencji Druk sejmowy Nr 1274 i 1275, uzasadnienie projektu Kodeksu karnego, s. 2–3, ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny, Wyd. Praw. 1997, uzasadnienie rządowego projektu nowego Kodeksu karnego, s. 117. Tekst tego uzasadnienia został zaktualizowany w Departamencie Kadry i Szkolenia Ministerstwa Sprawiedliwości zgodnie z brzmieniem ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny, stąd też dla oddania istoty przyjmowanych przez twórców projektu założeń, leżących u podstaw poszczególnych rozwiązań, konieczne jest sięgnięcie nie tylko do tekstu uzasadnienia opublikowanego wraz z nową ustawą karną, lecz także do jego wcześniejszych wersji.

uki i uznać je trzeba za słuszne. Zasada społecznego niebezpieczeństwa czynu jako dyrektywa skierowana do ustawodawcy nie została zamieszczona w ustawie karnej, co automatycznie ucina wszelkie spory dotyczące technicznych kwestii związanych z terminologią, charakterem normatywnym tej klauzuli, a także m.in. bardzo istotnego problemu ważności orzecznictwa sądowego, szczególnie Sądu Najwyższego, pochodzącego zwłaszcza z okresu przed 1989 r.

Jednakże nowa sytuacja prawna powstała również po wejściu w życie Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. Akt ten w rozdz. II zatytułowanym Wolności, Prawa i Obowiązki Człowieka i Obywatela, w części dotyczącej praw i wolności osobistych — w art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze — określa konstytucyjne zasady odpowiedzialności karnej: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia.” Ich określenie opiera się jednak tylko na elemencie formalnym definicji przestępstwa, wskazując jako jedyną podstawę odpowiedzialności zgodność czynu z ustawową definicją czynu zabronionego. Nie ma zatem w Konstytucji skierowanej do ustawodawcy dyrektywy nakazującej mu kryminalizowanie tylko czynów społecznie niebezpiecznych. Powstaje pytanie, czy nadal, tak jak to było pod rządami przepisów Konstytucji z 1952 r. utrzymanych w mocy, można zasadę społecznego niebezpieczeństwa czynu interpretować z art. 2 Konstytucji (dawnego art. 1 p.u.m.), a więc z zasady demokratycznego państwa prawa. Trybunał Konstytucyjny, jak wiadomo, z normy tej wywodził wszystkie podstawowe zasady prawa karnego, słusznie przyjmując, iż w sytuacji, gdy nie są one wprost wysłowione w Konstytucji — można i należy szukać ich źródła w ogólnej zasadzie państwa prawa.

Na gruncie obecnej Konstytucji sytuacja jest jednak nieco odmienna. Inaczej niż to było w p.u.m. we wspomnianym już rozdz. II zawiera ona przepis określający zasady odpowiedzialności karnej. Nie jest tam jednak wysłowiona zasada społecznego niebezpieczeństwa czynu. W tej sytuacji przyjmując, że ustawodawca celowo nie zawarł tej zasady w Konstytucji — interpretowanie jej z zasady państwa prawa uznać należy za niedopuszczalne wkroczenie w zakres kompetencji ustawodawczych. Tym samym zasada społecznego niebezpieczeństwa czynu jako materialnego elementu w definicji przestępstwa traci swoje zakorzenienie w przepisach rangi konstytucyjnej. Jako, że nie jest ona także wysłowiona w Kodeksie karnym, uznać należy, że jako norma prawna przestała obowiązywać w naszym systemie prawnym. A jeśli tak, to znów pojawia się pytanie, czy stanowi to zagrożenie dla pra-

widowości procesu legislacyjnego, innymi słowy, czy derogacja jednej z norm składających się na proces kryminalizacji może skutkować rozluźnieniem ram nałożonych na tę specyficzną, bo bardzo dalece wkraczającą w sferę wolności obywatela, część prawodawstwa.

Odpowiedzi na to pytanie szukać należy w istocie i treści zasady społecznego niebezpieczeństwa czynu. Jak to było wyżej wspomniane, zasada ta jako cecha przypisywana pewnej kategorii zachowań była wskazówką skierowaną do ustawodawcy i przesłanką zarazem wszczęcia procesu kryminalizacyjnego. Elementem przy tym relewantnym był negatywny aspekt tej zasady, a więc zakaz kryminalizowania czynów, którym nie można przypisać tej cechy, że zagrażają dobrom społecznym. Wydaje się bezspornym, iż takie ograniczenie ustawodawcy w swobodzie stanowienia norm sankcjonujących wynika z podstawowych zasad procesu legislacyjnego, o których była już mowa, interpretowanych z zasady państwa prawa, zasady proporcjonalności, stosunkowości i subsydiarności. Jak się zatem wydaje, po utracie mocy obowiązywania przez zasadę społecznego niebezpieczeństwa czynu nie powstała w systemie prawa luka, która mogłaby stanowić zagrożenie dla prawidłowego procesu kryminalizacji. Jej funkcję gwarancyjną z powodzeniem przejmują bowiem inne konstytucyjne zasady związane z procesem prawotwórczym — w szczególności zaś zasada proporcjonalności, która w zakresie ochrony obywatela przed nadmierną ingerencją państwa idzie o wiele dalej, aniżeli zasada społecznego niebezpieczeństwa czynu. Ta ostatnia bowiem ogranicza swobodę ustawodawcy w decyzjach kryminalizacyjnych poprzez wyznaczenie warunku koniecznego dla rozpoczęcia takiego procesu w postaci zastrzeżenia, iż kryminalizowane mogą być tylko czyny społecznie niebezpieczne. Zasada proporcjonalności zaś nakłada znacznie bardziej surowe, a przede wszystkim precyzyjnie określone rygory na wszelką działalność prawotwórczą, na mocy której wprowadzane mają być ograniczenia praw i wolności obywatelskich. Zasada ta jest elementem składowym zasady państwa prawnego. Państwo prawne opiera się na założeniu racjonalności prawodawcy, a warunkiem koniecznym realizacji tego założenia jest przestrzeganie proporcjonalności w stanowieniu prawa. Racjonalny prawodawca stanowi prawo sprawiedliwe, a zatem również w zasadzie sprawiedliwości należy upatrywać podstaw obowiązywania zasady proporcjonalności.²⁸ Zdaniem TK z zasady proporcjonalności wypływa przede wszystkim dyrektywa przyjmowania danej regulacji jedynie wówczas, gdy jest niezbędna dla

²⁸ Zob. orzeczenie TK K. 9/95, OTK 1996, cz. I, s. 59.

ochrony interesu społecznego a nadto dyrektywy; kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków oraz zachowania proporcji między efektem wprowadzonej regulacji a ciężarami wynikającymi z niej dla obywateli. W innym orzeczeniu TK wyjaśniając treść zasady proporcjonalności podkreślił, iż ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapoznających proporcję między stopniem naruszania uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie.²⁹ Tak więc wydaje się, że zasada proporcjonalności obejmuje swą treścią zasadę społecznego niebezpieczeństwa czynu, jakkolwiek oczywiście nie ogranicza się ona do regulacji prawno-karnych, ale obejmuje całość procesu prawotwórczego.

Powszechny postulat zapisania zasady społecznego niebezpieczeństwa czynu wprost w konstytucji wiązał się z faktem jej spornego charakteru na gruncie Kodeksu karnego. Obecnie, gdy zasada ta została pominięta jako element definicji przestępstwa i nie została umieszczona w nowym Kodeksie karnym — postulat jej konstytucjonalizacji stracił uzasadnienie. Szczególnie, że jak to zostało wykazane, treść stanowiąca jej istotę znajduje odzwierciedlenie w innych konstytucyjnych zasadach dotyczących procesu legislacyjnego i gwarancyjny charakter związany z zasadą społecznego niebezpieczeństwa czynu jest zachowany poprzez niekwestionowany fakt obowiązywania tych zasad na gruncie konstytucji.

IV. Wypada teraz odnieść się do pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu występującego jako element wartościowania konkretnego zachowania, a więc element wewnętrznej struktury przestępstwa. Źródłem tego pojęcia jest art. 26 Kodeksu karnego z 1969 r., w nowym zaś Kodeksie karnym występuje ono w art. 1 § 2 jako społeczna szkodliwość czynu. Taka zmiana terminologii, zgodnie z deklaracją projektodawców, uzasadniona była koniecznością oderwania się od kontekstu politycznego związanego z pojęciem społecznego niebezpieczeństwa czynu i, co za tym idzie koniecznością zdezaktualizowania orzecznictwa z tym pojęciem związanego. W szczególności chodzi o potrzebę odcięcia się od tych tendencji, wyrażonych głównie w orzecznictwie SN, które uzależniały odpowiedzialność karną od postawy politycznej osoby popełniającej czyn zabroniony, oraz praktyk uzależniających ocenę stopnia karygodności czynu od dotychczasowego życia sprawcy,

jego postaw, poprzedniej karalności, innymi słowy od okoliczności nie związanych ani z przedmiotową, ani podmiotową stroną czynu.³⁰ Zmiana ta była postulowana od początku prac nad nowym Kodeksem karnym i nie budziła większych kontrowersji. Pamiętać jednak należy, że chodzi tu tylko o pewną konwencję językową. Treść bowiem normatywna pojęcia, pomimo zmiany terminologii, pozostała taka sama.

Racją obowiązywania normy z art. 26 k.k. z 1969 r. i art. 1 § 2 nowego k.k. jest oczywista konstatacja, iż generalnie ujęte typy czynów zabronionych sankcjonujące zachowania, które w świetle oceny ustawodawcy dokonanej abstrakcyjnie i *ex ante* — zagrażają określonym dobrom prawnym — nie zawsze przełożone na obraz konkretnego czynu adekwatnie oddają jego ujemną treść. Innymi słowy zdarza się, że ze względu na jakieś indywidualne właściwości zachowanie spełniające warunki opisu, zawartego w typie czynu karalnego, ma odbiegający od standardowego, niski stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu.³¹ Angażowanie wymiaru sprawiedliwości do oceny i sankcjonowania takich zachowań byłoby nie tylko nieopłacalne społecznie, ale i w jakimś sensie naruszające zasadę *ultima ratio* prawa karnego w jej aspekcie konkretno-indywidualnym.

Istnieją dwa sposoby „naprawy” tej swoistej nieadekwatności stypizowanych w części szczególnej k.k. zachowań do sytuacji, jakie kreuje rzeczywistość. Rozwiązanie może mieć swoje źródło w prawie procesowym, poprzez wprowadzenie do procedury karnej zasady oportunistu, która pozwala na umorzenie postępowania karnego w sytuacji pragmatycznie rozumianego braku potrzeby prawnokarnej reakcji. Takie rozwiązanie przyjmował polski k.p.k. z 1928 r. (art. 54, później art. 49), obowiązuje ono również w ustawodawstwie niemieckim (§ 153 St PO). Innym sposobem rozwiązania tego problemu jest uznanie czynów o znikomym stopniu społecznej szkodliwości za nie stanowiące przestępstwa. W tym wypadku rozstrzygnięcie kwestii zdadności danego zachowania do podlegania prawnokarnej ocenie pozostawione jest prawu materialnemu. Takie rozwiązanie przyjmował Kodeks karny z 1969 r., zostało ono też utrzymane w nowym Kodeksie karnym.

Zachowanie człowieka, aby mogło być uznane za przestępstwo musi m.in. mieć tę cechę, że jest karygodne, a więc przypisać mu można odpowiednio wysoki, uzasadniający reakcję prawnokarną, stopień ujemnej zawartości czynu. Jeżeli stopień ujemnej zawartości czynu jest poniżej tej granicy — czyn nie może być uznany za przestępstwo. Organ procesowy umarza po-

²⁹ Zob. orzeczenie TK K. 18/95, OTK 1996, cz. I, s. 29.

³⁰ Por. uzasadnienie rządowego projektu nowego Kodeksu karnego, op. cit., s. 117 i n.

³¹ Por. A. Zoll: *Materiałne ...*, op. cit., s. 13; P. Kardas: *Glosa ...*, op. cit., s. 249.

stępowanie na zasadzie art. 11 ust. 2 k.p.k. z 1969 r. (art. 17 § 1 pkt 3 nowego k.p.k.), jednak źródłem tej decyzji jest prawo materialne, nie zaś względy prakseologiczne związane z prowadzeniem postępowania karnego.³²

Odpowiedni stopień ujemnej zawartości czynu został tym samym zaliczony do warunków przestępności czynu — a zatem stał się elementem struktury przestępstwa. Tak rozumiana społeczna szkodliwość czynu odnosi się do konkretnego zachowania, jest jedną z płaszczyzn jego wartościowania składającą się na wewnętrzną strukturę przestępstwa.³³ Zachowanie człowieka, aby mogło być uznane za przestępstwo musi być:

- 1) czynem,
- 2) naruszającym normę sankcjonowaną, który zarazem nie został popełniony w okolicznościach wyłączających bezprawność — a więc bezprawnym,
- 3) realizującym wszystkie znamiona czynu karalnego, nie popełnionym w sytuacji wyłączającej karalność — a więc karalnym,
- 4) którego stopień społecznej szkodliwości jest wyższy niż znikomy — a więc karygodnym,
- 5) popełnionym w sytuacji, w której można postawić sprawcy zarzut, iż nie dał posłuchu nakazowi płynącemu z normy prawnej — a więc zwinionym.

Redakcja art. 1 nowego Kodeksu karnego stanowiącego podstawę do interpretowania ustawowej definicji przestępstwa, sprawia, iż wszystkie elementy składające się na strukturę przestępstwa są w nim wprost wysłowione. W szczególności jednoznacznie przesądza, iż karygodność jednostkowego zachowania stanowi element tej struktury. Na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. przyjmowanie, iż społeczne niebezpieczeństwo czynu było elementem struktury przestępstwa nie wynikało wprost z ustawy karnej. Artykuł 1 zawierający definicję przestępstwa kreował wraz z innymi przepisami rozdz. I zasady odpowiedzialności karnej. Natomiast art. 26 dający podstawę do interpretacji społecznego niebezpieczeństwa czynu w znaczeniu konkretno-indywidualnym umieszczony został w rozdz. III zatytułowanym „Wyłączenie odpowiedzialności karnej.” Systematyka kodeksowa przemawiać mogła za tym, że art. 26 kreuje jakąś szczególną sytuację wyłączającą odpowiedzialność karną na wzór kontratypów. Struktura przestępstwa prezentowana w niniejszej pracy była zatem pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. tylko pew-

³² Por. A. Zoll: *Materialne ...*, op. cit., s. 13.

³³ Zob. A. Zoll: *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, rok XXIII, s. 93–94; tenże: *Karalność ...*, op. cit., s. 108 i n.

nym konstruktem dogmatycznym.³⁴ Podobnie przedstawiał się normatywny charakter zasady winy, której obowiązywanie było na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. jedynie wnioskowane na podstawie obowiązywania innych przepisów.

Nie ulega wątpliwości, że adresatem normy przyznającej kompetencje do poddania jednostkowego zachowania wartościowaniu w płaszczyznach składających się na elementy struktury przestępstwa i tym samym przesądzenia o przestępności zachowania jest sąd orzekający w sprawie. Wynika to z konstatacji, iż jeśli w przepisie sformułowana jest norma nakazująca jakiemuś podmiotowi dokonanie określonych czynności konwencjonalnych doniosłych prawnie, to przyjąć należy, że w tym przepisie zawarta jest norma udzielająca temu podmiotowi kompetencji do dokonania tej czynności.³⁵ Norma ta, o złożonej strukturze jest dekodowana z szeregu tekstów prawnych, w tym także z przepisów prawno-karnych. Z tych ostatnich w szczególności odkodowana jest norma merytoryczna nakazująca sądowi uczynić użytek z przyznanej kompetencji oraz zakreślająca możliwy zakres ustanowionej normy pod względem adresatów, sytuacji, w których może być zastosowana i charakteru nakładanych obowiązków.

Dokonując oceny jednostkowego zachowania w kontekście społecznego niebezpieczeństwa sąd nie kwestionuje decyzji ustawodawcy wprowadzającej karalność zachowań określonego typu. Stwierdza jedynie, że typ objął swym zakresem zachowanie, które ze względów merytorycznych nie może być uznane za przestępstwo.³⁶

Społeczne niebezpieczeństwo czynu, odnoszone do konkretnego stanu faktycznego, oceniane *ex post*, ma charakter konkretno-indywidualny i niewątpliwie posiada tę cechę, że jest stopniowalne. Oceniane w pryzmacie art. 26 Kodeksu karnego zachowanie wypełniające znamiona typu, musi jeszcze charakteryzować się wyższym niż znikomy stopniem społecznego niebezpieczeństwa. I to właśnie wyznaczenie kręgu czynników decydujących o społecznym niebezpieczeństwie czynu i jego stopniu stanowiło źródło sporów nierozwiązanych jednoznacznie ani przez doktrynę, ani też przez orzecznictwo SN. Powszechnie przyjmuje się istnienie trzech grup poglądów związanych z tą kwestią.

³⁴ Kształt wewnętrznej struktury przestępstwa należy zresztą w doktrynie prawa karnego do zagadnień spornych, zob. L. Tyszkiewicz: *O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego, Problemy Prawa Karnego 1995, nr 21, s. 38 i n.

³⁵ Por. Z. Ziemiński: *Problemy ...*, op. cit., s. 289.

³⁶ Por. K. Buchała, A. Zoll: *Polskie ...*, op. cit., s. 224.

W myśl ujęcia obiektywistycznego do kręgu okoliczności wyznaczających stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu zalicza się jedynie te o charakterze przedmiotowym, związane z zewnętrznymi cechami czynu, a więc charakter i wartość zaatakowanego dobra, wielkość i rodzaj wyrządzonej szkody, waga naruszonych przez sprawcę obowiązków, rodzaju użytego narzędzia etc. — z wyłączeniem okoliczności zaliczanych do subiektywnej strony przestępstwa.³⁷

W ujęciu kompleksowym o społecznym niebezpieczeństwie decydują zarówno okoliczności natury przedmiotowej wyżej wskazane, jak i podmiotowej, a więc w szczególności umyślność, nieumyślność, cel, pobudka, motyw. Nie są natomiast istotne okoliczności związane z osobą sprawcy i te, które wpływają li tylko na wymiar kary. Taki pogląd reprezentowany był przez większość autorów.³⁸ Również większość orzeczeń Sądu Najwyższego zdaje się stać na stanowisku ujęcia kompleksowego.³⁹ Na tle tego ujęcia istnieje jednak pewne nieporozumienie, a mianowicie pogląd, iż do okoliczności podmiotowych wpływających na społeczne niebezpieczeństwo czynu należy wliczyć winę i jej stopień.⁴⁰ W istocie jest odwrotnie, to stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jest jedną z przesłanek wyznaczających stopień zawinienia.⁴¹

Wreszcie kierunek uniwersalny przyjmuje, iż o społecznym niebezpieczeństwie i jego stopniu decydują obok okoliczności przedmiotowych i podmiotowych także i okoliczności nie związane z samym czynem, a więc nagminność, naprawienie szkody po popełnieniu przestępstwa oraz okoliczności związane z osobą sprawcy, takie jak dotychczasowa karalność, cechy osobowości, opinia.⁴²

Stanowisko kompleksowe najtrafniej oddaje charakter okoliczności decydujących o społecznym niebezpieczeństwie i jego stopniu. Za jego przyjęciem przemawiały przede wszystkim racje normatywne; treść art. 27 Ko-

³⁷ Zob. K. Mioduski: *Spoleczne ...*, op. cit., s. 24–25.

³⁸ Zob. K. Buchała: *Prawo ...*, op. cit., s. 181; K. Buchała, A. Zoll: *Polskie ...*, op. cit., s. 226; W. Wolter: *Nauka ...*, op. cit., s. 252; I. Andrejew: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1978, s. 93 i n.; J. Majewski, P. Kardas: *O dwóch ...*, op. cit., s. 76.

³⁹ Por. wyrok SN V KRN 240/72, OSNPG 1972, z. 12, poz. 188; wyrok SN V KRN 336/84, OSNPG 1985, z. 5, poz. 66; wyrok SN Rw 843/82, OSNKW 1983, z. 1–2, poz. 8; wyrok SN V KRN 2/84, OSNPG 1984, z. 6, poz. 51; wyrok SN II KR 115/84, OSNPG 1985, z. 1, poz. 2.

⁴⁰ Por. M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. II, Warszawa 1994, s. 305; zob. też wyrok SN Rw 991/85, OSNKW 1986/5–6/40; wyrok SN V KRN 135/89, OSNPG 1989, z. 12, poz. 121.

⁴¹ Por. A. Zoll: *Materialne określenie przestępstwa w projekcie Kodeksu karnego (w:) Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 90.

⁴² Por. W. Świda: *Prawo ...*, op. cit., s. 152.

deksu karnego z 1969 r, zagrożenia karą przewidziane za przestępstwa umyślne i nieumyślne.⁴³ Główną wadą ujęcia obiektywistycznego była właśnie niemożność uzasadnienia różnej karalności za umyślne i nieumyślne zniszczenie tego samego dobra. Pamiętać też trzeba, że elementy subiektywne w znacznej mierze uzasadniają karalność usiłowania, przesądzając o ujemnej wartości czynu. Stanowisku uniwersalnemu zarzucić natomiast trzeba, iż wliczając do kręgu okoliczności decydujących o społecznym niebezpieczeństwie czynu tych, które związane są z osobą sprawcy, zaciera różnicę między prawem karnym czynu a prawem karnym sprawcy. Nadto zaciera granicę pomiędzy okolicznościami przesądzającymi o ujemnej wartości zachowania a tymi, które wpływają na wymiar kary.

Nowy Kodeks karny, aby ujednoczyć interpretację pojęcia „społeczna szkodliwość czynu” i przesądzić o kręgu okoliczności wpływających na jej stopień wprowadza w słowniczku wyrażen ustawowych w art. 115 § 2, który wskazuje sądowi, jakie czynniki determinują stopień społecznej szkodliwości; „Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia.” Ustawodawca przesądził więc długoletnie kontrowersje dotyczące kręgu okoliczności wyznaczających karygodność czynu ustalając, iż na stopień społecznej szkodliwości wpływ mają okoliczności zarówno przedmiotowej, jak i podmiotowej strony przestępstwa, a więc opowiedział się za stanowiskiem kompleksowym. Jednocześnie zostało przesądzone, iż o stopniu społecznej szkodliwości nie decyduje stopień winy, „społeczna szkodliwość czynu i wina są dwoma różnymi elementami przestępstwa, wynikającymi z dwóch, opartych na różnych kryteriach, ocen czynu zabronionego.”⁴⁴

Podkreślając fakt potwierdzenia w nowym Kodeksie karnym normatywnego statusu społecznej szkodliwości czynu jako elementu wewnętrznej struktury przestępstwa zauważyć trzeba, iż nie zmieniły się uregulowania Kodeksu postępowania karnego dotyczące konsekwencji stwierdzenia przez organ procesowy znikomego stopnia karygodności. Zgodnie z art. 1 § 2 k.k. znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu prowadzi do braku przestępczości czynu, podobnie jak stwierdzenie braku zawinienia po stronie sprawcy. Konsekwencje procesowe są natomiast różne. Zgodnie bowiem z art. 17

⁴³ Por. K. Buchała: *Prawo ...*, op. cit., s. 181 i n.

⁴⁴ *Uzasadnienie ...*, op. cit., s. 118.

§ 3 w zw. z art. 414 § 1 nowego k.p.k.⁴⁵ w razie stwierdzenia po rozpoczęciu przewodu sądowego znikomej społecznej szkodliwości czynu sąd wyrokiem umarza postępowanie. Natomiast w przypadku, gdy ustawa stanowi, iż sprawca nie popełnia przestępstwa sąd wydaje wyrok uniewinniający.

Podsumowując, zmiany legislacyjne związane z uchwaleniem nowego Kodeksu karnego nie doprowadziły — inaczej niż w przypadku społecznego niebezpieczeństwa czynu z art. 1 Kodeksu karnego z 1969 r. — do zasadniczej zmiany charakteru normatywnego cechy, jaka jest przypisywana jednostkowemu zachowaniu relewantnemu prawnie, a więc jego karygodności. Nowy Kodeks karny dał jedynie wyraz statusowi tej cechy, jako elementu wewnętrznej struktury przestępstwa, wysławiając ją w art. 10 bok innych płaszczyzn wartościowania zachowania na tę strukturę się składających. Nastąpiła też zmiana terminologii, ze wszech miar uzasadniona i pożądana. Społeczna szkodliwość czynu pozostała nadal cechą konkretnego zachowania, stopniowalną i wreszcie pozostawioną do oceny organowi orzekającemu w sprawie.

V. Zmiany legislacyjne związane z uchwaleniem nowego Kodeksu karnego w kontekście pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu należy uznać za pozytywne i racjonalne. Z ustawowej definicji przestępstwa usunięty został element materialny — społeczne niebezpieczeństwo jako cecha pewnej kategorii czynów. Wydaje się, że zmiana ta ma charakter porządkujący, uściśla definicję legalną przestępstwa usuwając z niej klauzulę generalną o spornej treści i statusie normatywnym.

Jeśli zaś chodzi o społeczną ujemność konkretnego zachowania wartościowanego prawnokarnie, to potwierdzony został jej charakter prawny jako równorzędnego z innymi ustawowego znamienia przestępstwa, dając jasny obraz wewnętrznej struktury tego złożonego zjawiska społecznego o tak ważkich i dalece wkraczających w sferę praw jednostki konsekwencjach.

CIASOPISMO PRAWA KARNEGO
i NAUK PENALNYCH
Rok I: 1997, z. 1

FRIEDER DÜNKEL

STATUS PRAWNY SKAZANYCH I MOŻLIWOŚCI PRAWNEJ KONTROLI ROZSTRZYGNIEŃ WYDANYCH W POSTĘPOWANIU WYKONAWCZYM W RFN¹

Artykuł² koncentruje się wokół problematyki szeroko rozumianej ochrony prawnej więźniów, która oprócz indywidualnego prawa do zażalenia obejmuje również inne formy kontroli wykonania kary. Zażalenia i wnioski o orzeczenie sądowe składane przez poszczególnych więźniów rzadko okazują się skuteczne ze względu na szeroki zakres uznania i ocen przewidziany przez ustawę penitencjarną. Ponadto strukturalne niedociągnięcia w dziedzinie wykonywania kary tylko w ograniczonym zakresie podlegają kontroli. Inne istniejące formy nadzoru i kontroli wykonania kary (nadzór służbowy przez organy nadzoru, zakładowe komitety doradcze, kontrole parlamentarne itd.) również mają ograniczony zasięg. Niezależnie od rozszerzenia możliwości kontroli wykonywania kary w konkretnych, pojedynczych przypadkach, pożądanym byłoby powołanie niezależnego gremium, podobnego do Europejskiego Komitetu do Spraw Zapobiegania Torturom, które sporządzałoby okresowe sprawozdania dotyczące warunków uwięzienia w zakładach

¹ Artykuł dedykowany jest Prof. dr h.c. Heinzowi Müller-Dietzowi z okazji 65 rocznicy urodzin. Müller-Dietz należy do tych prekursorów ustawy penitencjarnej z 1976 r., którzy później wielokrotnie wskazywali na jej niedociągnięcia i niezakończony proces reform, por. np. Müller-Dietz: *15 Jahre Strafvollzugsgesetz. Reform oder Ruine?* Neue Kriminalpolitik 1992, z. 1, s. 27–33. W dowód uznania dla jego pracy naukowej por. życzenia z okazji 60 rocznicy urodzin w ZfStrVo 1992, s. 5 i n. oraz artykuły w tymże zeszycie.

Wykaz skrótów użytych w przypisach zamieszczono na str. 63.

² Jest to zmienione i rozszerzone wydanie wykładu przygotowanego na „Journé d'étude” Belgijskiego Towarzystwa Kryminologicznego na temat „Position en droit et droit de plainte du détenu,” 16 lutego 1996 r., Bruksela. Z uwagi na zagranicznych słuchaczy zrozumiałe są — doskonale znane niemieckim ekspertom w dziedzinie wykonania kary — objaśnienia poszczególnych instytucji prawnych.