

Paweł Daniluk

Warunki determinujące skuteczność zgody uprawnionego w prawie karnym

Palestra 50/1-2(565-566), 34-44

2005

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

WARUNKI DETERMINUJĄCE SKUTECZNOŚĆ ZGODY UPRAWNIONEGO W PRAWIE KARNYM

Prawo karne uwzględnia niekiedy wolę osoby, której dobra zostają naruszone lub zagrożone przez czyn zabroniony. Wydaje się, iż najszerszym tego wyrazem jest zgoda uprawnionego¹, ujmowana jako okoliczność wyłączająca bezprawność karłą czynów naruszających pewne kategorie dóbr prawnych². Aby jednak można było mówić o prawnej skuteczności tej instytucji, musi ona odpowiadać pewnym warunkom. Polskie ustawodawstwo karne nie reguluje tej problematyki i dlatego brak jest jednolitych kryteriów, w oparciu o które można by było weryfikować znaczenie udzielonego zezwolenia na gruncie prawa karnego. Wobec takiego stanu rzeczy stało się to zadaniem doktryny prawa karnego, która jednak nie wykazuje w tym zakresie jednomyślności.

Określanie warunków determinujących skuteczność zgody uprawnionego ma bezpośredni związek z przyjętym charakterem prawnym tej instytucji. Opowiedzenie się bowiem za daną koncepcją charakteru prawnego zezwolenia implikuje konieczność spełnienia statuujących go elementów, które mogą być inaczej ujmowane bądź w ogóle nie występować w obrębie innych koncepcji. Tytułem przykładu można wskazać, iż zgoda dysponenta identyfikowana jest niekiedy z czynnością prawną. Przyjęcie takiego jej charakteru powoduje bardzo poważne konsekwencje, formuje ją bowiem jako jednostronną, odwoalną czynność prawną, do podjęcia której konieczna jest pełna zdolność do czynności prawnych i której ocena ważności następuje w oparciu o przepisy ogólne

¹ W nauce prawa karnego na określenie podmiotu udzielającego zezwolenia na naruszenie dóbr prawnych znajdujących się w jego dyspozycji używa się różnych terminów. Mówi się tu o „pokrzywdzonym”, „uprawnionym”, a także o „dysponencie”. Wszystkie te określenia, z wyjątkiem „zgody pokrzywdzonego”, któremu można przypisać wewnętrzną sprzeczność, uznaję za trafnie oddające istotę omawianej instytucji i będę ich używał zamiennie.

² Katalog dóbr prawnych mogących być przedmiotem dyspozycji w warunkach kontraktu zgody uprawnionego jest ograniczony. W literaturze wskazuje się, iż należą do niego przede wszystkim takie dobra jak mienie, wolność, cześć i nietykalność cielesna. Por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 239; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 123; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 206.

prawa cywilnego³. W opozycji do stanowiska ujmującego zezwolenie jako czynność prawną powstała koncepcja zezwolenia jako działania prawnego. Charakterystyczne dla niej jest to, iż nie podkreśla ona cywilistycznych cech zgody, które niemniej jednak mogą wystąpić, lecz nie są one konieczne do uznania jej skuteczności. Jest to szczególnie ważne, jeżeli badamy tę skuteczność na gruncie prawa karnego. Działanie prawne można zdefiniować jako wyrażenie woli danego podmiotu prawnego, którego skutki prawne nie są określane przez ową wolę (gdyż może ona być nakierowana jedynie na skutek czysto faktyczny), lecz przez ustawę⁴. Istnieje też stanowisko, zgodnie z którym zgody nie można zakwalifikować do jakiegokolwiek kategorii działań prawnych⁵.

W polskiej doktrynie prawa karnego koncepcja utożsamiająca zezwolenie uprawnionego z czynnością prawną została co do zasady zanegowana. Jednak poszczególni autorzy, omawiając warunki skuteczności zgody, w mniejszym lub większym stopniu nawiązują do rozwiązań cywilistycznych⁶. Odrzucenie koncepcji zezwolenia dysponenta dobrem jako czynności prawnej jest niewątpliwie słuszne. Wynika to z tego, iż oparcie się w tym zakresie o formalne warunki prawa cywilnego zupełnie nie sprawdza się na gruncie prawa karnego. Zgoda w ujęciu cywilistycznym cechuje się bowiem wielością wymogów, od których spełnienia zależy jej skuteczność. Czyni to z niej instytucję bardzo restrykcyjną i nieelastyczną, co nie sprzyja odnoszeniu jej do zróżnicowanych i wielowątkowych stanów faktycznych. Ze stanami takimi wielokrotnie mamy do czynienia na gruncie prawa karnego, co tym samym dyskwalifikuje przydatność ujęcia cywilistycznego dla karnisty. Zezwolenie uprawnionego jako okoliczność wyłączająca bezprawność karną czynu wymaga określenia swoich przesłanek w sposób elastyczny, oparty bardziej na faktycznej realizacji danych stanów, niż na kryteriach sformalizowanych. Koncepcja czynności prawnej zapewnić tego nie może. Dlatego badając warunki skuteczności zgody na gruncie prawa karnego, należy odrzucić, choć nie w każdym wypadku, kryteria sformalizowane. Nie wyklucza to jednocześnie pośredniego odnoszenia się do koncepcji cywilistycznych, co może być niekiedy wielce pomocne. I mam tu na myśli nie tylko konstrukcję czynności prawnej, ale także i inne instytucje, np. odwołanie się w art. 5 k.c. do zasad współżycia społecznego.

³ M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze 1959, z. 6, s. 137–139; A. J. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*, Poznań 1975, s. 62.

⁴ M. Sośniak, *Znaczenie zgody...*, s. 140–141; A. J. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 66–67.

⁵ M. Sośniak, *Znaczenie zgody...*, s. 139; A. J. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 66.

⁶ Czynią tak chociażby I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1980, s. 220–221; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 317; M. Cieślak, *Polskie prawo...*, s. 240; A. Grześkowiak (w:) A. Marek (red.), M. Filar, A. Grześkowiak, D. Gajdus, E. Pływaczewski, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 139.

Wśród kryteriów warunkujących skuteczność zezwolenia na naruszenie dóbr prawnych wyróżnia się pewne cechy, którym powinna odpowiadać osoba udzielająca zgody. Cechy te określa się mianem kryteriów podmiotowych⁷ i od ich spełnienia zależy, czy daną osobę można uznać za zdolną do wyrażenia prawnie skutecznego zezwolenia. Na kryterium podmiotowe składają się dwa elementy: poczytalność i odpowiedni wiek. Dysponent dobra prawnego, aby skutecznie zezwolić na jego naruszenie, musi spełniać obie wymienione cechy.

W doktrynie przesłanka poczytalności uprawnionego jest powszechnie akceptowana. Wprost pojęciem poczytalności posługuje się zdecydowana większość autorów⁸. Niekiedy mówi się także o zrozumieniu wagi i zakresu uszczerbku⁹ bądź o świadomym udzieleniu zezwolenia¹⁰. Mimo tych różnic terminologicznych wszystkim autorom piszącym o zezwoleniu dysponenta chodzi w zasadzie o to samo. Mianowicie o to, aby zgoda była udzielona z właściwym rozeznaniem, w sposób wolny od jakichkolwiek czynników, które zaburzają sferę intelektu bądź woli uprawnionego. Stanowisko to należy uznać za słuszne. Zgoda skuteczna to bowiem zgoda pochodząca od osoby w pełni poczytalnej. Znajdowanie się z jakichkolwiek powodów w stanie niepoczytalności uniemożliwia udzielenie istotnego zezwolenia na naruszenie dobra chronionego przez prawo. Przy definiowaniu tego kryterium wielce pomocne mogą być przepisy art. 31 k.k. i art. 82 k.c. Co prawda żaden z nich nie odnosi się bezpośrednio do sytuacji wyrażania zgody na naruszenie swoich interesów, ale przecież nie ma podstaw aby twierdzić, iż poczytalność dysponenta ma inny charakter niż poczytalność sprawcy czynu zabronionego czy poczytalność osoby składającej oświadczenie woli. Dlatego, opierając się na wskazanych przepisach, należy stwierdzić, iż zgoda prawnie skuteczna do wyłączenia bezprawności karnej czynu to zgoda wyrażona przez osobę znajdującą się w chwili jej udzielania w takim stanie, który wolny jest od chorób psychicznych, upośledzenia umysłowego i innych zakłóceń (zaburzeń) czynności psychicznych. Przy czym chodzi tylko o taki wpływ tych czynników na psychikę ludzką, który za-

⁷ A. J. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 112.

⁸ I. Andrejew, *Polskie prawo...*, s. 220; K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 317; M. Cieślak, *Polskie prawo...*, s. 240; L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 124; A. Grześkowiak (w:) *Prawo karne...*, s. 139; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 186; A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, Państwo i Prawo 1972, nr 3, s. 86; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 160; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 207.

⁹ S. Lelental (w:) J. Waszczyński (red.), S. Lelental, H. Maliszewska, A. Zębik, *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992, s. 187; K. Mioduski (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 72.

¹⁰ J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 195; T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2002, s. 157; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 81; K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002, s. 148; L. Lennell, *Wykład prawa karnego – część ogólna*, t. I, Warszawa 1969, s. 244.

burza sferę intelektu (niemożność rozpoznania znaczenia czynu, brak świadomości) bądź woli (niemożność pokierowania swym postępowaniem, brak swobody).

Pewne wątpliwości pojawić się natomiast mogą w związku z określeniem kryterium wieku. Element ten można bowiem weryfikować na różne sposoby. Możliwe jest odniesienie się do prawa cywilnego i ustanowionego tam pułapu wieku decydującego o zdolności do czynności prawnych¹¹. Można również odwołać się do przepisów karnych dotyczących wieku odpowiedzialności karnej¹². Niewykluczone jest także odrzucenie formalnego kryterium wieku i oparcie się na faktycznych przesłankach świadomości i dobrowolności¹³. U podstaw tej ostatniej koncepcji leży założenie o tak znacznym zróżnicowaniu rozwoju jednostek w tym samym wieku, że stworzenie formalnej granicy rozeznania jest w zasadzie niemożliwe.

Kolejnym elementem, który warunkuje skuteczność zgody dysponenta dobrem prawnym, jest jej niewadliwość. Zgoda wadliwa to zgoda udzielona w warunkach pozorności, groźby, podstępny, błędu bądź wyzysku. Podobne stanowisko należy zająć co do zgody udzielonej nie na serio. Autorzy piszący o zezwoleniu uprawnionego często wskazują na ten problem¹⁴. Jednak bardzo rzadko rozwijają go szerzej, zwłaszcza w kierunku określenia przesłanek, w oparciu o które będzie można zeweryfikować udzieloną zgodę właśnie w kontekście groźby, podstępu czy błędu. Wobec niewypracowania na gruncie prawa karnego samodzielnych konstrukcji odnoszących się do wadliwości zgody na naruszenie własnych dóbr prawnych najlepszym rozwiązaniem będzie tu odwołanie się do przepisów k.c., a także orzecznictwa i wypowiedzi doktryny prawa cywilnego, dotyczących wad oświadczeń woli w postaci pozorności (art. 83 k.c.), błędu (art. 84 k.c.), podstępu (art. 86 k.c.), groźby (art. 87 k.c.) i wyzysku (art. 288 k.c.). Pragnę przy tym zauważyć, iż nie mam tu na myśli odwołania wprost, lecz tylko w takim zakresie, jaki jest niezbędny z punktu

¹¹ W polskiej doktrynie prawa karnego do granicy wieku określonej w prawie cywilnym odwołują się m.in. I. Andrejew, *Polskie prawo...*, s. 220–221; T. Bojarski, *Polskie prawo...*, s. 157; K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 317; M. Cieślak, *Polskie prawo...*, s. 240; A. Grześkowiak (w:) *Prawo karne...*, s. 139; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 207.

¹² Tak m.in. T. Cyprian (w:) T. Cyprian, P. Aslanowicz, *Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*, Kraków 1949, s. 27–28; W. Świda, *Prawo karne...*, s. 160; W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 216.

¹³ W tym kierunku idą wypowiedzi takich autorów jak np. L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 123–124; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności...*, s. 81; K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne...*, s. 148–149; S. Lelental (w:) *Prawo karne...*, s. 187; K. Mioduski (w:) *Kodeks karny...*, s. 72; S. Popower, *Lekarz* (w:) *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. II, red. W. Makowski, Warszawa (bez roku wydania), s. 807; H. Rajzman, *Z problematyki zgody pokrzywdzonego*, *Nowe Prawo* 1959, nr 12, s. 1484–1485; A. Spotoski, *Zezwolenie uprawnionego...*, s. 85–86; A. J. Szwarz, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 134.

¹⁴ J. Bafia, *Polskie prawo...*, s. 195; K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 317; M. Cieślak, *Polskie prawo...*, s. 240; L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 124; A. Grześkowiak (w:) *Prawo karne...*, s. 139; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności...*, s. 81; S. Lelental (w:) *Prawo karne...*, s. 187; L. Lemell, *Wykład prawa...*, s. 244; A. Marek, *Prawo karne...*, s. 186; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 207.

widzenia karnoprawnych skutków zgody uprawnionego. Korzystanie z przepisów k.c. dotyczących wad oświadczeń woli nie stoi też w sprzeczności z odrzuconym przeze mnie charakterem prawnym zezwolenia jako czynności prawnej. Zanegowanie bowiem tej koncepcji nie wyklucza posługiwania się pewnymi rozwiązaniami, które jej dotyczą, zwłaszcza jeśli nie dzieje się to wprost.

Odpowiedni czas udzielenia zgody jest kolejną z przesłanek, od której zależy skuteczność omawianego kontraktu. W doktrynie przyjmuje się powszechnie, iż zgoda powinna być udzielona przed czynem sprawcy zmierzającym do naruszenia dysponowanego dobra (*ex ante*)¹⁵. Późniejsza akceptacja takiego czynu nie ma znaczenia na gruncie prawa karnego materialnego, może natomiast odegrać rolę w zakresie prawa karnego procesowego. Chodzi mianowicie o przestępstwa ścigane w trybie prywatnoskargowym, gdzie akceptacja czynu *ex post*, a co za tym idzie brak skargi, będzie skutkowałą brakiem postępowania karnego i nieodpowiedzialnością karną sprawcy. Nie będzie to powodowało jednak wyłączenia przestępności danego czynu. Uwagi te należy także odnieść do tzw. przestępstw wnioskowych. Zgoda *ex post* może być ponadto uwzględniona jako okoliczność wywierająca wpływ na sądowy wymiar kary¹⁶. Podnosi się niekiedy, iż zezwolenie może zostać wyrażone także w trakcie czynu, a więc w tym przedziale czasowym, w którym czyn trwa¹⁷. Należy mieć tu jednak na uwadze bardzo płynną granicę pomiędzy trwaniem naruszania dobra a już jego naruszeniem. Dlatego kwestię skuteczności zgody udzielonej w trakcie czynu trzeba oceniać w każdym konkretnym przypadku, gdyż sformułowanie generalnej tezy o jej skuteczności bądź nieskuteczności nie wydaje się w zasadzie możliwe¹⁸.

Niektórzy autorzy wskazują w swoich pracach na tzw. zgodę domniemaną¹⁹. Termin ten określa sytuację, w której sprawca narusza określone dobra w takich warunkach, w których uprawniony, gdyby był obecny fizycznie i świadom sytuacji, zgodziłby się na ten czyn. Mamy tu więc do czynienia z okolicznościami, w których

¹⁵ Np. T. Bojarski, *Polskie prawo...*, s. 157; K. Indecki, A. Liszewska, *Prawo karne...*, s. 148; A. Marek, *Prawo karne...*, s. 186; K. Mioduski (w:) *Kodeks karny...*, s. 72.

¹⁶ S. Lelental (w:) *Prawo karne...*, s. 187.

¹⁷ M. Cieślak, *Polskie prawo...*, s. 240; S. Lelental (w:) *Prawo karne...*, s. 187; A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918–1999). Piśmiennictwo*, Kraków 2000, s. 45.

¹⁸ Z propozycją w tym zakresie wystąpił J. Warylewski, postulując, aby dysponent mógł udzielić zezwolenia do chwili, aż zostaną wypełnione wszystkie ustawowe znamiona czynu, a przy przestępstwach materialnych aż do wystąpienia skutku. Jeżeli chodzi o przestępstwa z zaniechania, ostatecznym momentem do wyrażenia zgody byłaby chwila, w której sprawca jest jeszcze w stanie zapobiec wystąpieniu przestępnego skutku. Por. J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym* (niepublikowana rozprawa doktorska), Sopot 1997, s. 199.

¹⁹ J. Bafia, *Polskie prawo...*, s. 195–196; K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 318; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności...*, s. 82; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 152–153; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 207–208.

sprawca działa bez zgody *ex ante*, bez znaczenia jest tu także potwierdzenie (zgoda *ex post*). Zezwolenie domniemane może funkcjonować tylko w określonych warunkach. W literaturze wskazuje się na to, że dotyczy ono tylko naruszeń dóbr małej wagi, przy uwzględnieniu szczególnych stosunków pomiędzy dysponentem dobra a podmiotem je naruszającym. Należy jednak zauważyć, iż niektórzy przedstawiciele doktryny prawa karnego dla uzasadnienia legalności tzw. wypadków sportowych powołują się na kontratyp zgody zainteresowanego w formie domniemanej²⁰. A przecież zakres naruszania dóbr w tych przypadkach wykracza poza kryterium małej wagi (chodzi tu przecież najczęściej o życie i zdrowie), nie można tu także mówić o żadnych szczególnych stosunkach między uczestnikami tych wypadków. Przy ocenie zgody domniemanej mogą się także pojawić wątpliwości co do kryteriów jej oceny, możliwe jest tu bowiem kryterium subiektywnego odczucia sprawcy, jak i kryteria obiektywne. Prymat należy przyznać tym drugim. Kończąc ten wątek należy zauważyć, że o ile w zakresie rozważań co do skuteczności zezwolenia udzielonego uprzednio, a także nieistotności zezwolenia *ex post* nie ma większych wątpliwości, to zgoda domniemana rodzi ich całe mnóstwo. Uważa się niekiedy, iż poza nazwą nie ma ona nic wspólnego z kontratypem i ewentualnie można ją rozpatrywać jako osobną podstawę, wyłączającą w pewnych przypadkach odpowiedzialność karną²¹.

Należy przyjąć, że zezwolenie na naruszenie dóbr prawnych może być odwołane. Odwołanie to musi jednak nastąpić do chwili podjęcia działania, na które wyrażono zgodę²², a nawet już po podjęciu, lecz przed jego wykonaniem²³. Oczywiście ta druga sytuacja będzie możliwa tylko wówczas, gdy tok zdarzeń spowodowany podjętym czynem możliwy jest do zatrzymania, a tym samym do zapobieżenia jego wykonaniu. Późniejsze cofnięcie zgody nie ma żadnego znaczenia prawnego. W literaturze wyraża się niekiedy stanowisko, że zezwolenie można odwołać jedynie w odniesieniu do przypadków naruszenia dóbr osobistych²⁴. Natomiast w przypadku zgody na naruszenie dóbr majątkowych ma ona charakter nieodwołalny. Wynikać to ma z tego, iż jej udzielenie powoduje przeniesienie na sprawcę praw zezwalającego. Tego rodzaju rozróżnienie ma jednak charakter bezzasadny, gdyż przy zezwoleniu na naruszenie dobra prawnego nie może być mowy o powstaniu jakie-

²⁰ A. J. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 152.

²¹ A. J. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 61.

²² M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych* (w:) *Prace z prawa cywilnego. Wydane dla uczczenia pracy naukowej profesora Józefa Stanisława Piątkowskiego*, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Wrocław 1985, s. 71; A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1990, z. 1, s. 55.

²³ A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego...*, s. 86.

²⁴ W polskiej doktrynie karnistycznej w przekonaniu o istnieniu przypadków nieodwołalności zezwolenia tkwią S. Śliwiński i W. Wolter. Por. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 185; W. Wolter, *Prawo karne...*, s. 217.

gokolwiek prawa do tego dobra po stronie sprawcy. Uzyskuje on jedynie zgodę na jego naruszenie i nic ponadto, a w związku z tym nie przysługuje mu żadne władztwo wobec przedmiotu naruszenia²⁵. Podnosi się także, że odwołanie zgody powinno nastąpić w taki sam sposób, w jaki została ona udzielona²⁶. Pogląd ten nie wydaje się jednak słuszny przy omawianiu zezwolenia jako okoliczności wyłączającej bezprawność karną czynu. Na tym bowiem gruncie sposób jego wyrażenia nie ma żadnego znaczenia dla skuteczności, dlatego należy przyjąć, że także jakiegokolwiek sposób odwołania powinien być prawnie skuteczny. Inną sprawą są mogące w związku z tym wystąpić trudności dowodowe, gdy np. zgody udzielono w formie pisemnej, odwołano ją natomiast w formie ustnej.

Kolejną kwestią jest to, czy warunkiem skuteczności zgody uprawnionego jest wyrażenie jej na zewnątrz, a jeżeli tak, to w jakiej formie. Omawiane zagadnienie pozostaje w ścisłym związku z przyjętym charakterem prawnym zezwolenia. Spojrzenie na nie jako na czynność prawną implikuje konieczność uwzględniania kryteriów jego ważności, wynikających z prawa cywilnego. Zasadniczym elementem każdej czynności prawnej jest oświadczenie woli, które zawiera treść czynności prawnej i określa jej konsekwencje²⁷. Na gruncie art. 60 k.c. oświadczenie woli może być wyrażone poprzez każde zachowanie się osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Tak więc bez zachowania dysponenta, które ujawnia jego wolę, nie można mówić o oświadczeniu woli, a w konsekwencji i o czynności prawnej. Nie jest przy tym istotne, w jaki sposób owo oświadczenie zostanie złożone. Może to nastąpić w sposób wyraźny lub dorozumiany, przybierając formę językową bądź znaków pozajęzykowych²⁸. Zgoda jako sam akt wewnętrzny i niezakomunikowany na zewnątrz nie posiada doniosłości prawnej. Co prawda na gruncie doktryny i orzecznictwa dopuszcza się wyjątki od tej zasady²⁹, nie mają one jednak większego znaczenia dla omawianego tematu. W przypadku zanegowania koncepcji zezwolenia uprawnionego jako czynności prawnej kwestia wyrażenia woli na zewnątrz nie przybierze tak kategorię wymiaru i pozostanie sprawą otwartą. Tak też się dzieje we współczesnym prawie karnym.

W. Wolter³⁰, podkreślając, iż stanowisko mówiące o konieczności uzewnętrznienia woli wynika z cywilistycznego sposobu podejścia do problemu, uważa, że dla prawa karnego ważniejsze jest to, czy dysponent dobra prawnego jest faktycznie

²⁵ M. Sośniak, *Znaczenie zgody...*, s. 150.

²⁶ M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność...*, s. 71.

²⁷ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999, s. 194.

²⁸ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 207–208.

²⁹ Dotyczy to najczęściej dwóch sytuacji: gdy dysponent powinien i mógł oświadczyć wolę na zewnątrz i gdy z wcześniejszej umowy między stronami wynika taki skutek. Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 276–277.

³⁰ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 208.

zainteresowany jego ochroną. Już więc samo wewnętrzne zezwolenie na naruszenie dobra powoduje, iż jego ochrona traci sens. W takiej sytuacji sprawca, popełniając czyn wypełniający znamiona ustawy karnej, nie wiedząc nawet o tym, że dysponent zgadza się na takie zachowanie, nie powinien ponieść odpowiedzialności karnej. Nie wyklucza to jednak odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne, gdy sprawca nie uświadamia sobie, iż dokonanie czynu zabronionego jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim tego czynu. O nieistotności uzewnętrznienia zgody przekonanych jest także kilku innych autorów, przy czym niektórzy z nich zauważają również negatywne konsekwencje przyjęcia takiego stanowiska³¹. Z drugiej strony wielu przedstawicieli doktryny uznaje wyrażenie woli na zewnątrz za element konieczny prawidłowości zgody dysponenta dobrem prawnym. A. Spotowski³² uważa za znaczące tylko wyraźne oświadczenie, z którego wynika w sposób jasny, na jakie działanie sprawcy i na jaki skutek tego działania uprawniony się zgadza. Z kolei A. Grześkowiak³³ pisze: „nie wymaga się jakiejś szczególnej formy wyrażenia zgody”, z czego wynika, iż mimo nieistotności formy samo wyrażenie zgody na zewnątrz jest konieczne³⁴. Z pozycji zwolennika uzewnętrznienia woli występuje też J. Warylewski³⁵. Twierdzi on, że dopóki zgoda nie została wyrażona na zewnątrz, dopóty należy zakładać, iż nie została udzielona w ogóle. Podnosi on przy tym m.in. argument natury procesowej, o trudnościach dowodowych, które byłyby skutkiem przyjęcia skuteczności zezwolenia wewnętrznego. Innym argumentem za wymogiem uzewnętrznienia woli jest jego funkcja gwarancyjna, która pozwoli uniknąć absolutnej dowolności w ocenie zgody uprawnionego.

Przy przyjęciu, że warunkiem skuteczności zezwolenia dysponenta jest jego wyrażenie na zewnątrz, pojawia się kolejny problem. Chodzi mianowicie o to, w jakiej formie powinno nastąpić to wyrażenie. Zgoda może być bowiem ujawniona w sposób wyraźny lub dorozumiany, jej forma wyraźna może być przy tym zakomunikowana ustnie bądź pisemnie. W opinii większości autorów prawo karne nie stawia zezwoleniu żadnych warunków w tym zakresie i w związku z tym może być ono wyrażone w dowolnej formie. W grę wchodzi więc zarówno forma wyraźna (ustna lub pisemna), jak i dorozumiana³⁶. Zdarzają się jednak i głosy stawiające zgodzie warunek wyraźnego jej uzewnętrznienia. Tak do tego zagadnienia podchodzi

³¹ J. Bafia, *Polskie prawo...*, s. 195; S. Popower, *Lekarz...*, s. 805; S. Śliwiński, *Polskie prawo...*, s. 184; J. Śliwowski, *Prawo karne...*, s. 152.

³² A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego...*, s. 86.

³³ A. Grześkowiak (w:) *Prawo karne...*, s. 139.

³⁴ Taki sam wniosek można wysnuć z wypowiedzi K. Buchały i W. Świdy. Por. K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 318; W. Świda, *Prawo karne...*, s. 160.

³⁵ J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 224–227.

³⁶ K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 318; A. Grześkowiak (w:) *Prawo karne...*, s. 139; A. Marek, *Prawo karne...*, s. 186; W. Świda, *Prawo karne...*, s. 160.

A. Spotowski³⁷, który stwierdza, iż oświadczenie woli dysponenta powinno być wyraźne i w sposób jasny określać działanie i skutek, na jaki się on godzi.

Należy uznać, że warunkiem prawidłowego udzielenia zezwolenia, jako przesłanki statuującej kontratyp zgody dysponenta dobrem prawnym, jest jego wyrażenie na zewnątrz. Nie jest przy tym istotne, czy nastąpiło to w sposób wyraźny, czy dorozumiany. Ważne jest to, aby było ono niewątpliwe. U podstaw tego stanowiska leży przekonanie, iż rzeczą wysoce niepożądaną byłoby przyznanie sprawcy możliwości „odgadywania” niewyrażonej woli uprawnionego. Nie można oczywiście wykluczyć tu trafnego „odgadnięcia” i wówczas jego zachowanie będzie zgodne z tą wolą. Sytuacja taka powodowałaby jednak, że zarówno dysponent, jak i sprawca znajdowaliby się w stanie niepewności. Dysponent – co do bezpieczeństwa swojego i innych należących do niego dóbr prawnych, sprawca – co do możliwości legalnego ich naruszania, i to zarówno co do samej zgody na takie zachowanie, jaki i jej zakresu. Aby omawiana instytucja nie stanowiła instrumentu destabilizującego porządek prawny, nie występowała przeciwko bezpieczeństwu obrotu prawnego, nie osłabiała funkcji gwarancyjnej prawa karnego, którego zadaniem jest ochrona stosunków społecznych i dóbr podmiotów w nich uczestniczących, musi być ona oparta na uzewnętrznieniu woli, które to w sposób wyraźny lub dorozumiany wskazywać ma dobro i zakres jego naruszenia. Inną jeszcze sprawą są negatywne konsekwencje procesowe mogące wyniknąć z akceptacji skuteczności nieujawnionej zgody. Trudności dowodowe powstałe w ten sposób niekiedy zupełnie uniemożliwiałyby weryfikację jej istnienia i zakresu.

Zezwolenie w swojej treści musi mieć charakter konkretny. Ma ono przede wszystkim wskazywać w sposób wyraźny dobro, co do którego jest wyrażane. Ponadto treść zgody powinna obejmować zakres i sposób naruszenia owego dobra. Nie ulega więc wątpliwości, że zgoda nie może mieć charakteru ogólnego (blankietowego), zezwalającego na naruszanie dóbr prawnych dysponenta w sposób bliżej niesprecyzowany. Pewne wątpliwości może jednak budzić problem, jak dalece zezwolenie ma być skonkretyzowane. W doktrynie pojawiają się niekiedy głosy, aby jego treść zawierała pełną charakterystykę czynu, którego ma dopuścić się sprawca³⁸. Powstaje jednak pytanie, czy taka sytuacja jest w ogóle możliwa. O ile w odniesieniu do wskazania danego dobra mającego być przedmiotem zamachu, jak i sposobu jego naruszenia należy dać odpowiedź twierdzącą, o tyle co do zakresu owego naruszenia nie można mieć już takiej pewności. Dysponent bowiem nie zawsze jest w stanie przewidzieć wszelkie konsekwencje, które nastąpią w wyniku czynu, na jaki wyraził zgodę. Wydaje się, że bardziej właściwe byłoby tutaj mówienie o akceptacji ryzyka nastąpienia skutków, których, rozumując zdroworozsądowo, można się spodziewać. Jeżeli np. w trakcie zabawy uprawniony udziela zezwo-

³⁷ A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego...*, s. 86. Podobnie T. Bojarski, *Polskie prawo...*, s. 157.

³⁸ J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 227.

lenia na zadanie mu ciosu kijem, ustalając jednocześnie sposób i siłę tego uderzenia, godząc się przy tym jedynie na naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 § 1 k. k.), sprawca natomiast, realizując zgodnie z ustalonymi warunkami umówione zachowanie, powoduje lekki uszczerbek na zdrowiu (art. 157 § 2 k. k.), to w takiej sytuacji jego czyn powinien się mieścić w omawianym kontraktynie, mimo że wywołany skutek nie był objęty treścią zgody. Tak więc w odniesieniu do wskazania dobra prawnego, które ma zostać naruszone, jak i sposobu, w jaki ma to nastąpić, należy postawić wymóg ścisłego sprecyzowania. Naruszenie przez sprawcę ustalonych w ten sposób warunków skutkowałoby wyłączeniem kontraktynizacji dokonanego czynu. Inaczej natomiast należy podejść do kwestii konkretyzacji następstw, mogących wyniknąć z ustalonego w powyższy sposób zachowania. Tutaj precyzyjne określenie nie jest rzeczą zawsze możliwą. Dlatego zainteresowany, udzielając zezwolenia na naruszenie w ściśle określony sposób ściśle określonego dobra, powinien przyjmować na siebie ryzyko wynikające z tak zaakceptowanego czynu. Chodzi tu jednak tylko o ryzyko typowe. Przez pojęcie to rozumiem ten rodzaj ryzyka, który zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania nieodłącznie towarzyszy zaakceptowanemu zachowaniu. Oprócz wskazania dobra będącego przedmiotem zezwolenia oraz sposobu jego naruszenia elementem treści zgody powinien być także termin, w którym ma nastąpić owo naruszenie. Wskazuje na to J. Warylewski³⁹, słusznie zauważając, iż to, na co zezwala uprawniony jednego dnia, może mu już nie odpowiadać dnia następnego.

Ważkim problemem jest także to, czy zgoda może obejmować więcej niż jeden czyn. J. Warylewski⁴⁰ uważa to za niedopuszczalne, czego skutkiem jest niemożność skutecznego wyrażenia zezwolenia kontraktynizującego przestępstwa ciągle lub pozostające w realnym zbiegu. Jest to moim zdaniem pogląd zupełnie nieuprawniony. Nie widzę bowiem żadnych przeszkód co do tego, aby dysponent udzielił, w sposób konkretny, zgody na kilka czynów, określając przy tym dobra prawne oraz sposób i termin ich naruszenia⁴¹.

Treść zgody obejmuje swoim zakresem nie tylko wskazane wyżej elementy przedmiotowe, dotyczące czynu mającego dotknąć dobra prawne dysponenta, ale także element podmiotowy. Element podmiotowy to wskazanie konkretnej osoby, na której zachowanie udziela się zezwolenia. Omawiając warunki kontraktynu zgody uprawnionego, nie można pominąć tej okoliczności, bowiem jednostka niekiedy wyraża zezwolenie na naruszenie swoich dóbr jedynie ze względu na specyficzne stosunki łączące go ze sprawcą. Powoduje to, że nie jest jej obojętne, kto narusza jej dobra, a w związku z tym na ich naruszenie przez inną osobę nie wyraziłaby zgody.

³⁹ J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 228.

⁴⁰ J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 227–228.

⁴¹ O dopuszczalności takiego rodzaju sytuacji, określając ją mianem zezwolenia zbiorowego, pisze S. Popower, *Lekarz...*, s. 808.

Koniecznym elementem naruszenia bądź unicestwienia dóbr prawnych w warunkach omawianego kontraktu jest istnienie po stronie sprawcy świadomości co do tego, że jego czyn jest zaakceptowany przez uprawnionego. Jest to jedna z tych przesłanek, wobec której przedstawiciele doktryny nie mają większych wątpliwości. Na tym tle, jako wyjątki od reguły, pojawiają się głosy odmienne J. Bafii⁴² i S. Popowera⁴³. O ile pierwszy z wymienionych autorów jedynie lakonicznie stwierdza: „(...) wystarczy sam akt zgody, o którym sprawca nie musi wiedzieć”, o tyle drugi przeprowadza szerszą i umotywowaną analizę. Podnosi on mianowicie, wychodząc z założenia, że zezwolenie zainteresowanego ma usuwać nie winę, lecz bezprawność, która jest elementem obiektywnym, iż do jego skuteczności prawnej wystarczy sam fakt obiektywnego istnienia. Świadomość sprawcy co do zgody jest w tym przypadku o tyle obojętna, że już samo jej istnienie czyni przedmiot zamachu niezdatnym do dokonania na nim przestępstwa. Powodem tego jest odpadnięcie interesu chronionego przez określoną normę prawa karnego. Nie sposób odmówić pewnych racji tak przeprowadzonemu tokowi rozumowania. Jednak akceptacja tego stanowiska stwarzałaoby podobne niebezpieczeństwa jak te, o których była mowa przy omawianiu kwestii, czy wyrażanie zezwolenia na zewnątrz jest warunkiem jego skuteczności. Należy zauważyć ponadto, iż nie można akceptować zachowań cechujących się złą wolą, zmierzających do naruszenia dobra chronionego przez prawo. W takich warunkach działa przecież sprawca, który nie ma świadomości zgody jednostki na naruszenie swojego dobra. Działanie takie zmierza do wyrządzenia szkody, przy czym dokonujący go nie liczy się i jest mu obojętne, czy dysponent godzi się na to, czy też nie. A to, że akurat szczęśliwie złożyło się, iż sprawca swoim zachowaniem „trafił w oczekiwania uprawnionego”, który nie jest zainteresowany w ochronie swoich dóbr, nie może stanowić podstawy dla jego bezkarności.

Inną sytuacją jest urojenie sobie przez sprawcę zezwolenia osoby zaatakowanej. W takim układzie podejmuje się on realizację czynu zabronionego, będąc przekonanym o istnieniu zgody dysponenta, ta jednak w rzeczywistości nie istnieje. Zachowanie takie należy oceniać na gruncie błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność (art. 29 k.k.). W przypadku błędu usprawiedliwionego sprawcy nie można by było przypisać winy, a tym samym nie mogłoby być mowy o przestępstwie. Natomiast gdyby błąd był nieusprawiedliwiony, powodowałoby to zmniejszenie winy i możliwość zastosowania przez sąd nadzwyczajnego złagodzenia kary.

⁴² J. Bafia, *Polskie prawo...*, s. 195.

⁴³ S. Popower, *Lekarz...*, s. 805–806.