

# Adam Krukowski

---

## „Znikome niebezpieczeństwo społeczne czynu” na tle problematyki materialnej (społecznej) treści przestępstwa w k.k. z 1969 r.

---

Palestra 14/2(146), 46-62

---

1970

Artykuł został zdigitalizowany i 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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

## „Znikome niebezpieczeństwo społeczne czynu” na tle problematyki materialnej (społecznej) treści przestępstwa w k.k. z 1969 r.

### I. UWAGI WSTĘPNE

Fakt przyjęcia przez ustawodawcę materialnej, a ściślej — społecznej treści przestępstwa za podstawę nowego kodeksu karnego wywołuje szereg ważkich konsekwencji zarówno teoretycznej, jak i — co ważniejsze — praktycznej natury.

Wydawać by się mogło, że pod tym względem nowy kodeks karny nie wnosi — w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego — zbyt wiele nowego, że istotę zmiany stanowi właściwie tylko redakcyjny zabieg przeniesienia kwestii regulowanych dotychczas w kodeksie postępowania karnego (art. 49 i 384 pkt 2) do kodeksu karnego. W istocie jednak sprawa jest znacznie bardziej złożona. Fakt bowiem, że zwrot „niebezpieczeństwo społeczne” występuje w kodeksie w czterech różnych przepisach (art. 1, 26, 27 i 50), w kontekście różnych zupełnie instytucji, nakazuje od nowa zastanowić się nad wieloma kwestiami wielokrotnie już dyskutowanymi, dokonać przewartościowania niektórych ustalonych, zdawałoby się, twierdzeń czy założeń. Szczególne przy tym znaczenie mieć musi refleksja nad funkcjami, jakie pełni zwrot „niebezpieczeństwo społeczne”, nad charakterem zawartych w nim treści, nad ilościowymi i jakościowymi ich aspektami.

### II. PROBLEMY OGÓLNE MATERIALNEJ (SPOŁECZNEJ) TREŚCI PRZESTĘPSTWA

1. Jest rzeczą szczególnie istotną, że nowy kodeks karny — w przeciwieństwie do dotychczasowego ustawodawstwa — posługuje się jednolicie dla oznaczenia materialnej treści przestępstwa terminem „niebezpieczeństwo społeczne”. Ułatwia to niewątpliwie zarówno praktyczne stosowanie tego terminu, jak i jego teoretyczną analizę. Ułatwia, ale nie usuwa automatycznie istniejących trudności. Cóż bowiem oznacza zwrot „społeczne niebezpieczeństwo czynu” i jakże ma znaczenie praktyczne? Doktryna, zwłaszcza marksistowska, przez „społeczne niebezpieczeństwo” („społeczną szkodliwość”) rozumie z jednej strony społeczny substrat przestępstwa, jego „kryminalną zawartość” (płaszczyzna ontologiczna), a z drugiej strony zwrot ten oznacza ujemną ocenę społeczną (wyrażoną przez ustawodawcę, sąd itp.) zachowań ludzkich (płaszczyzna aksjologiczna). Ten dwojaki charakter zjawiska trzeba mieć na uwadze choćby z tego względu, że zarówno w praktyce, jak i w teorii powstaje problem zgodności istnienia (lub braku) albo stopnia „społecznego niebez-

pieczeństwa” w określonym zachowaniu (*in abstracto* lub *in concreto*) z jego rzeczywistym, obiektywnym istnieniem lub stopniem. Zabieg więc zakwalifikowania przez ustawodawcę określonego typu zachowania do kategorii przestępstw nie oznacza, że ustawodawca nadaje takiemu zachowaniu charakter społecznie niebezpieczny, przeciwnie, „wiąże się (...) jedynie z penalizacją istniejącego obiektywnie społecznie niebezpiecznego zjawiska. O bycie społecznego niebezpieczeństwa czynu nie decyduje więc ustawodawca.” Nie wyłącza to oczywiście (przynajmniej teoretycznie) możliwości rozmiękania się oceny ustawodawcy z rzeczywistą treścią społeczną danego typu zachowania się, jak również rozdziwki między oceną organu stosującego prawo a realną „zawartością kryminalną” konkretnego czynu.

2. Wiąże się z tym interesujący i ważki praktycznie problem dopuszczalności czy też potrzeby badania treści społecznej w czynie, czyli — jak to formuluje W. Wolter — badania stosunku strony merytorycznej i formalnej czynu.

W tej kwestii konieczne jest odróżnienie sytuacji ustawodawcy od sytuacji organu wymiaru sprawiedliwości. Rola i zadania pierwszego są bez porównania trudniejsze: tworząc ustawę karną, a więc niejako „konstituując przestępstwa”, musi on brać pod uwagę nie tylko to, czy określony typ zachowania zawiera w sobie „niebezpieczeństwo społeczne” i w jakim mianowicie stopniu, żeby zasługiwał na miano przestępstwa (zbrodni lub występku), lecz także to, czy dla jego zwalczania najkorzystniejszym środkiem będzie kara kryminalna (a nadto jej rodzaj i wysokość), czy też inne środki reakcji społecznej. Ten ostatni moment, głównie natury kryminalno-politycznej, choć niekiedy wkraczający w szerszą sferę polityki społecznej, nierzadko modyfikuje ocenę stopnia społecznego niebezpieczeństwa określonego typu zachowania, taryfikując go niżej lub wyżej w stosunku do rzeczywistego ładunku ujemnej wartości społecznej.<sup>2</sup>

Odmierna jest sytuacja organu wymiaru sprawiedliwości. Tu dylemat dotyczący priorytetu formalnej (przepisu ustawy) czy merytorycznej strony (społecznej treści) rozwiązywany jest najczęściej na korzyść tej pierwszej. Znamienny jest w tym względzie pogląd prof. Woltera, który odrzuca myśl, „by w razie, gdy czyn wykazuje ustawowe znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary, potrzebne było wprost pozytywne stwierdzenie tego ujemnego charakteru społecznego”, że zatem — jak stwierdza dalej ten autor — „w przypadkach, gdy konkretny czyn podpada *prima facie* pod jakiś przepis zakazujący ustawy karnej, powstaje jedynie ewentualnie problem negatywny, czy nie zachodzi sytuacja, w której mimo to brak społecznego niebezpieczeństwa co najmniej w nasileniu wystarczającym do ukarania. Jeżeli ten negatywny problem nie występuje, ustawowy zakaz przesądza społeczne niebezpieczeństwo bez potrzeby samoistnego jego ustalania i udowadniania (podkr. moje — A.K.). A więc ustalenie społecznego niebezpieczeństwa konkretnego czynu następuje nie wprost, ale poprzez pozytywnie wyszczególnione znamiona ustawowe, jeśli nie zachodzą okoliczności kasujące społeczne niebezpieczeństwo, sformalizowane w postaci kontratypów (okoliczności wyłączających obiektywną szkodliwość czynu), albo okoliczności wyłączających winę, niesformalizowane w przypadkach znikomego społecznego niebezpie-

1 A. Marek: Materialna definicja przestępstwa w związku z projektem kodeksu karnego PRL, NP nr 1/1969, s. 45.

2 A. Krukowski: Kilka refleksji wokół problematyki warunkowego umorzenia postępowania, PiP z. 12/1968, s. 974—975.

czeństwa, gdyż potrzeba tu pewnej ilościowej oceny" (podkr. moje — A.K.).<sup>3</sup>

Ten przydługi cytat konieczny był ze względu na znaczenie zawartego w nim rozumowania, a zwłaszcza ze względu na konkluzję dotyczącą ilościowej oceny społecznego niebezpieczeństwa, który to problem będzie przedmiotem odrębnych rozważań. Tu jedynie chciałbym wyrazić zdanie, że treść przestępstwa nigdy nie może występować w oderwaniu od jej ilościowej strony, że zatem w przeciwieństwie do zakazu ustawy (beprawności), który albo jest albo go nie ma, „społeczne niebezpieczeństwo” nigdy nie występuje „jako takie”, lecz zawsze występuje w ilościowo określonym stopniu jako ładunek określonej wielkości. Stąd też ta pozornie wewnętrznie spójna i logicznie zwarta konstrukcja budzi niemałe wątpliwości. Traktuje ona bowiem społeczną treść przestępstwa (czynu) abstrakcyjnie, poza ilościowymi jej aspektami, w każdym razie w zakresie „problem pozytywnego”. Pomijając już bowiem art. 1 k.k., gdzie „problem negatywny” (brak społecznego niebezpieczeństwa) występuje w postaci kategorii ilościowej (jako wielkość zerowa), czy art. 26 k.k., gdzie ten sam „problem negatywny” został wyrażony — jak to trafnie zauważył prof. Wolter — ewidentnie w sposób ilościowy („znikome” społeczne niebezpieczeństwo), to przecież także w wypadku art. 27 k.k. (gdzie chodzi o „nieznaczne” społeczne niebezpieczeństwo) oraz art. 50 (nakazującego sądowi ocenę „stopnia społecznego niebezpieczeństwa”) mamy do czynienia z problemem wymagającym ilościowej oceny, choć już z problemem w sposób oczywisty „pozytywnym”. W obydwu wypadkach bowiem chodzi o taki stopień społecznego niebezpieczeństwa, który „wystarczy do ukarania”: stwierdzono fakt popełnienia przestępstwa i winę sprawcy, mamy zatem do czynienia z czynem o wyższym od minimalnego („znikomego”) społecznym niebezpieczeństwie. A jeśli tak, to ładunek społecznej treści konkretnego czynu musi być przedmiotem oceny.

3. Istniejące w doktrynie i orzecznictwie rozbieżności dotyczą również terminologii. Kodeks karny z 1969 r. znosi, jak już zaznaczyłem, istniejącą dotychczas w ustawodawstwie różnorodność terminologiczną, wprowadzając jednolity zwrot: „niebezpieczeństwo społeczne”. Nie wydaje się jednak, by taki zabieg legislacyjny przekreślił od razu całą problematykę, która zawarta była w sponze — pozornie — o terminy. Nie ma więc chyba racji Z. Kubec, gdy twierdzi, że „szkodliwość społeczna” lub „społeczne niebezpieczeństwo” są pojęciami umownymi i mają taką treść, jaką nadaje im ustawa, chociażby nie były zgodne z zasadami semantyki czy też były sprzeczne z potocznym ich rozumieniem<sup>4</sup> W stosunku do wielu pojęć języka prawnego (i prawniczego) istotnie tak jest. W interesującym nas wypadku zasada ta nie wydaje się jednak wchodzić w rachubę. Po pierwsze bowiem kodeks karny nie wyjaśnia pojęcia „społeczne niebezpieczeństwo”, nie podaje jego desygnatów. Po drugie zaś, i to jest najważniejsze, chodzi w tym wypadku nie o instytucję prawną *sensu stricto*, lecz o obiektywną społeczną treść określonych instytucji prawnych, a zatem o kategorię socjologiczną. W tym zaś wypadku obowiązkiem nauki jest zajmować się badaniem „zawartości” pojęć, jakimi posługuje się ustawa, i formułowaniem wniosków w tym zakresie dla praktyki, a także dla ustawodawcy.

Zarówno w doktrynie, jak i w praktyce wymiaru sprawiedliwości pojęcia: „niebezpieczeństwo społeczne” i „społeczna szkodliwość” różnie bywają rozumiane.

<sup>3</sup> W. Wolter: Zasady odpowiedzialności karnej (na tle projektu k.k. z 1968 r.), PiP z. 4—5/1968, s. 609.

<sup>4</sup> Por. Z. Kubec: Społeczne niebezpieczeństwo czynu, „Gazeta Sąd. i Penit.” nr 8/1969.

Wachlarz stanowisk w tej kwestii jest b. szeroki, poczynając od identyfikacji obywatela, co jest szczególnie charakterystyczne dla orzecznictwa sądowego, aczkolwiek także w doktrynie nierzadko spotykamy takie zamienne ich traktowanie<sup>5</sup> — poprzez pogląd, według którego „społeczne niebezpieczeństwo” odnosi się do ustawowego stanu faktycznego, a „społeczna szkodliwość” do konkretnego popełnionego już przestępstwa, czy też stanowisko lansowane przez M. Szerera, że „szkodliwość społeczną” odznacza się czyn, a „niebezpieczeństwem społeczną” sprawca<sup>6</sup> — aż do wprowadzonego przez W. Woltera i szeroko rozpowszechnionego poglądu przypisującego atrybut „społecznego niebezpieczeństwa” czynowi rozumianemu w kategoriach przedmiotowo-podmiotowych, a „społecznej szkodliwości” tylko jego elementom przedmiotowym.<sup>7</sup> Dodać by tu należało jeszcze ujęcie ostatnio proponowane przez H. Rajzmana, żeby wzorem kodeksu karnego NRD (z 1968 r.) rozgraniczenie takie przeprowadzić według kryterium ilościowego: „przymiot społeczne niebezpieczeństwa wypadaloby — według niego — odnosić do czynów, których społeczna szkodliwość jest na tyle duża, że aż społecznie niebezpieczna, wymagająca zwalczania ostrymi środkami przymusu państwowego w postaci kary”, a „społeczna szkodliwość” odnosiłaby się do „innego społecznie ujemnie ocenianego zachowania się”<sup>8</sup>.

Nie miejsce tu, oczywiście, na pogłębione studia na temat semantycznych i wszelkich innych racji przemawiających za jednym czy drugim terminem, jednakże teoretyczna analiza wchodzących tu w grę pojęć sugeruje przyjęcie zróżnicowanej terminologii, odmiennej mianowicie dla oznaczenia społecznej treści przestępstwa stypizowanego w ustawie karnej („społeczne niebezpieczeństwo”) i odmiennej dla konkretnego, zaktualizowanego już w postaci „czynu” zachowania się przestępnego („społeczna szkodliwość”). O ile bowiem w pierwszym wypadku mamy do czynienia z typowymi zachowaniami, które ze względu na swe potencjalne niebezpieczeństwo (czyli „znaczne prawdopodobieństwo wywołania szkodliwych następstw”<sup>9</sup>) zostały uznane przez ustawodawcę za przestępstwo i zagrożone określoną karą, o tyle w drugim spotykamy się już z zachowaniami dokonanymi, które wyrządziły określoną szkodę społeczną, w których więc niebezpieczeństwo społeczne zostało zaktualizowane w czynie sprawcy.<sup>10</sup>

Koncepcja ta budzi jednak opory wynikające chyba przede wszystkim ze — słusznej skądinąd — dążności do utrzymania jednolitości terminologicznej. Stąd też rozmaite próby rozjaśnienia pojęcia „niebezpieczeństwa społecznego” na treść społeczną zarówno „typu” zachowania się, jak i konkretnego czynu.

Rezultaty tych prób nie są jednak najszcześniejsze. Trudno zwłaszcza zgodzić się z argumentem, że o niebezpieczeństwie społecznym konkretnego dokonanego czynu stanowić ma — jak pisze T. Kaczmarek — „potencjalna możliwość wywołania dalszych ujemnych rezonansów społecznych”, zwłaszcza w tym rozumie-

<sup>5</sup> Por. np. J. Bafia: *Polityka karania przestępstw ściganych na skutek skargi pokrzywdzonego*, Warszawa 1968, s. 88; Z. Kubec, j.w.

<sup>6</sup> M. Szerer: *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 29 i n.

<sup>7</sup> W. Wolter: *Nieświadomość społecznego niebezpieczeństwa*, NP nr 1/1955, s. 45.

<sup>8</sup> H. Rajzman: *Bezprawność, społeczne niebezpieczeństwo, wina w projekcie kodeksu karnego*, NP nr 12/1968, s. 1733.

<sup>9</sup> T. Kaczmarek: *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Wrocław 1968, s. 8.

<sup>10</sup> Por. K. Buchała: *Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w projekcie k.k.*, FiP z. 2/1969, s. 311.

niu, iż przestępstwo nie ukarane staje się impulsem do nowego przestępstwa.<sup>11</sup> W ten sposób cała dziedzina wartościowania społecznego zachowań ludzkich zostaje przeniesiona w sferę czystej abstrakcji, pojęcie zaś „społecznego niebezpieczeństwa” czy „szkodliwości społecznej” traci całkowicie charakter narzędzia prawa karnego, w szczególności zaś charakter „probierza represji”. Jak bowiem tak rozumianym „społecznym niebezpieczeństwem” ma się posługiwać sąd, wymierzając karę za konkretny czyn i opierając się zgodnie z nakazem art. 50 k.k. na dyrektywie „społecznego niebezpieczeństwa”, jeżeli to „niebezpieczeństwo” pozbawione jest wymiernych kryteriów? Rodzi się poza tym pytanie, w czym rzeczywiście może się zawiarać niebezpieczeństwo takiego czynu. Chyba w samym sprawcy, który przez dokonanie czynu zabronionego przez ustawę karną, a więc społecznie niebezpiecznego, ujawnił swój stosunek do społeczeństwa i do jego prawnie chronionych wartości i w ten sposób ujawnił swoje niebezpieczeństwo społeczne. „Przestępstwo dokonane przestało już być niebezpieczne — jak słusznie pisze M. Szerer — tak jak piorun, który uderzył, nie jest już niebezpieczny. Natomiast człowiek, który popełnił przestępstwo, objawia się dopiero od tej chwili jako niebezpieczny członek zbiorowości.”<sup>12</sup> A poza tym słuszne dążenie do jednolitego traktowania „niebezpieczeństwa społecznego” również w prezentowanym wyżej ujęciu T. Kaczmarka nie znajduje rozwiązania. O ile bowiem w wypadku ustawowego stanu faktycznego występuje ono w sensie ścisłym, o tyle dla konkretnego czynu termin ten użyty jest — jak przyznaje ten autor — w „znaczeniu konwencjonalnym”, dalekim od ścisłości.<sup>13</sup> Czy więc nie lepiej posługiwać się w tym wypadku terminologią co prawda różnicowaną, ale za to bardziej semantycznie właściwą?

### III. JAKOŚCIOWE I ILOŚCIOWE ASPEKTY SPOŁECZNEJ TREŚCI PRZESTĘPSTWA

1. Zarówno w ustawodawstwie karnym, jak i w praktyce wymiaru sprawiedliwości oraz w literaturze spotykamy liczne zwroty i terminy, które bądź wprost, bądź pośrednio oznaczają określone kategorie jakościowe z punktu widzenia zawartych w nich społecznych treści. Katalog takich terminów i zwrotów jest niemały. Poczynając bowiem od pojęcia zbiorczego „przestępstwo” — poprzez jego klasy jakościowe, jak: „zbrodnia” czy „występek” (a jak chcą zwolennicy trójpodziału przestępstw — takie „wykroczenie”), „przestępstwo umyślne”, „przestępstwo nieumyślne”, jak również „przestępstwo kierunkowe” — mamy tu do czynienia z kategoriami o ukrytej, choć bezspornej treści społecznej, wyznaczającej różnicowane ich wartościowanie w prawie karnym. Jeszcze bardziej oczywiste, bo ujawniające się wprost w semantycznym ich wyrazie, są kategorie jakościowe bezpośrednio nawiązujące do „społecznego niebezpieczeństwa”, a znajdujące się w kodeksie karnym: „znikome niebezpieczeństwo społeczne” (art. 26), „nieznaczne społeczne niebezpieczeństwo” (art. 27) czy „brak społecznego niebezpieczeństwa” (antyteza art. 1).

Na tym tle pojawia się pytanie, czy atrybut „społecznego niebezpieczeństwa” właściwy jest wyłącznie przestępstwom, czy też charakteryzuje również inne zachowania, zarówno regulowane prawnie, jak i prawem nie regulowane. Wiąże się z tym dalsza kwestia: wzajemnego stosunku społecznej treści zachowania i bezprawności zarówno kryminalnej, jak i wszelkiej innej.

<sup>11</sup> T. Kaczmarek, *Materiałna istota (...)*, jw., s. 11.

<sup>12</sup> M. Szerer, jw., s. 34 i n. Por. także: K. Buchała, jw., s. 311.

<sup>13</sup> T. Kaczmarek, *tamże*.

Nie podejmując w tym miejscu szerszych rozważań ani polemiki z odmiennymi poglądami<sup>14</sup>, chciałbym wyrazić w tej kwestii następujący pogląd:

Pomiędzy „społecznym niebezpieczeństwem” a bezprawnością istnieje stosunek względnej niezależności. Istnieją bowiem zachowania (typowe) społecznie niebezpieczne nie będące bezprawnymi, a niezależnie od tego istnieć mogą (teoretycznie) zachowania bezprawne, pozbawione cechy społecznego niebezpieczeństwa (np. w wyniku błędu ustawodawcy, zmiany stosunków społecznych). Uznanie określonego typu społecznie niebezpiecznego zachowania za bezprawne jest zdeterminowane względami płynącymi z założeń polityki prawa; w celu zwalczania rozmaitych typów zachowań społecznie niebezpiecznych państwo uruchamia stojące do jego dyspozycji środki przymusu państwowego a ściślej — środki prawne właściwe prawu karnemu, prawu karno-administracyjnemu, prawu administracyjnemu, cywilnemu itp. Pewne typy zachowań byłyby wszakże — ze względu na prakseologiczną nieprzydatność środków prawnych — pozostawione poza sferą bezprawności, a ich zwalczanie odbywałoby się tylko za pomocą środków potępienia społecznego (sfera moralności). W ten sposób należałoby uznać, że przestępstwa nie są jedynymi zachowaniami oznaczonymi cechą niebezpieczeństwa społecznego, albowiem na skali wartościowania (*continuum*) znajdują się również zakazane przez prawo zachowania społeczne nie będące przestępstwami, jak np. wykroczenia<sup>15</sup>, delikty prawa cywilnego itp.<sup>16</sup> Przestępstwem byłoby w tym układzie nie każde „społecznie niebezpieczne” zachowanie, lecz jedynie takie, którego ładunek społecznie ujemnej treści osiąga pewne minimum, stanowiące rację politycznokryminalną ustawowego zakazu i zagrożenia karą kryminalną. Poniżej tego minimum czyn zakazany przez ustawę karną traci cechę przestępstwa, nie przestając być społecznie niebezpiecznym, choć jedynie w stopniu subminimalnym.

2. Wspomniane przed chwilą kategorie jakościowe różnią się więc między sobą, jeśli je rozpatrywać pod kątem zawartej w nich społecznej treści — stopniem (ładunkiem) społecznego niebezpieczeństwa. W ramach tej kategorii jakościowej, jaką jest „przestępstwo”, spotykamy szereg „podkategorii” jakościowych, wyraźnie odwołujących się do kryteriów ilościowych. Wskazują na to ilościowo ujęte takie zwroty, jak; „subminimalny”, „znikomy”, „nikły”, „nieznaczny”, „znaczny” itp. stopień niebezpieczeństwa społecznego. Dwoista „natura” wspomnianych kategorii, jednocześnie i jakościowa, i ilościowa, gdzie określone jakości uzależnione są od ilościowego narastania lub spadku ładunku „niebezpieczeństwa społecznego”, stwarza potrzebę poszukiwania „kwantyfikatorów”, czyli obiektywnych mierników ilościowych zawartej w nich społecznej treści. Zadanie takie nie jest jednak łatwe

---

<sup>14</sup> Szerokie i wsparte bogatą literaturą omówienie tej problematyki znaleźć można w rozdziale III pracy T. Kaczmarska: *Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa*, Wrocław 1966. Por. także tegoż autora: *Materiałna istota przestępstwa* (jw.), s. 23.

<sup>15</sup> Por. A. Gubiński: *Prawo karno-administracyjne — Wykroczenie*, Warszawa 1967, s. 48; A. Marek: *Odpowiedzialność karna za wykroczenia*, „Palestra” nr 5/1967.

<sup>16</sup> Por. M. Sośniak: *Bezprawność zachowania jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za czyny niedozwolone*, Kraków 1959, s. 91 i n. Patrz także: I. S. Samoszenko, *Фоніјатіје правонарушеніја по совієтському законодавству*, Moskwa, 1963, s. 53 i n.; O. S. Joffe, M. D. Szargorodski: *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1963, s. 287; H. Popławski: *Odpowiedzialność karna kierownika za działalność przedsiębiorstwa*, Warszawa 1967, s. 29 i n., 51—52.

wbrew pozorom, jakie może stwarzać obfitość istniejących w literaturze i orzecznictwie rozważań na temat wpływu rozmaitych czynników na stopień niebezpieczeństwa społecznego.

3. Próbę odpowiedzi na pytanie, jakie to są czynniki, które decydują o stopniu społecznego niebezpieczeństwa czynu, zacznijmy od ujęcia pozornie najprostszego.

„Społeczne niebezpieczeństwo jest zjawiskiem przedmiotowym, niezależnym od psychicznego powiązania sprawcy z czynem” — twierdzą konsekwentni zwolennicy tzw. przedmiotowego ujęcia materialnej treści przestępstwa.<sup>17</sup> Stąd też, ich zdaniem, niezależnie od tego, czy sprawcą np. zabicia człowieka będzie człowiek poczytalny czy niepoczytalny, czy sprawca dokonał czynu umyślnie czy nieumyślnie — zabicie człowieka „zawsze pozostanie czynem społecznie niebezpiecznym”.<sup>18</sup> Ale zapytajmy; czy będzie ono czynnem społecznie niebezpiecznym, czy też zachowaniem „niebezpiecznym dla społeczeństwa”?

Wydaje się, że czysto behawioralna, przyrodnicza niemal koncepcja czynu wyryka się spod ocen społecznych, więcej nawet, grozi sztucznością jako podstawa odpowiedzialności karnej. Przy tej interpretacji ludzkie zachowania się, a w każdym razie niemała ich część, dałyby się wyjaśnić w sposób czysto przyrodniczy przez powołanie się na biologiczne mechanizmy (jako reakcja na bodźce zewnętrzne lub tp.).<sup>19</sup> Stąd też tylko teleologiczna interpretacja zachowań ludzkich wydaje się do przyjęcia na gruncie prawa karnego przy ocenie czynów przestępnych. Dlatego też w pełni zgodzić się trzeba ze zdaniem prof. W. Świdy, który konsekwentnie broni stanowiska nakazującego traktować czyn „teleologicznie, czyli celowościowo (mówimy, że czynem osiąga się lub nie osiąga zamierzonego celu) i wartościująco, etycznie (mówimy, że czyn jest dobry, hańbiący, sprawiedliwy itp.)”.<sup>20</sup> Oczywiście, zewnętrzne przejawy stanów psychicznych, ich behawioralny opis ma tu ogromne znaczenie, ale tylko wtedy, gdy ten opis zdąży do tego, by zachowanie było pojęte jako przejaw, manifestacja stanów czy procesów psychicznych, a nie jako przedmiot ostatecznej analizy. I wreszcie czysto przedmiotowe ujęcie społecznej treści przestępstwa implikuje traktowanie „niebezpieczeństwa” czy „szkodliwości” w kategoriach wyłącznie utylitarnych. Przestępstwem w tym rozumieniu byłby czyn zagrożający czy wyrządzający szkodę w zakresie dóbr o mniej lub bardziej wymiernej wartości. Takiemu rozumieniu „szkody” sprzyjać może niewątpliwie tradycyjne i potoczne jej traktowanie, wzmacnia je przy tym ustawodawstwo lat ostatnich, zwłaszcza dotyczące karnej ochrony mienia społecznego, operujące zobiektywizowanymi kryteriami szkody w postaci ustawowo określonych kwantyfikatorów pieniężnych.

Słusznie więc I. Andrejew zwraca uwagę na konieczność wystrzegania się „wasko-konkretno-uitylitarnego rozumienia” społecznej treści przestępstwa, gdyż w treści tej „splatają się momenty zarówno etyczne, jak porządkowe obok pozytywko-

17 S. Pławiński: *Prawo karne (w zarysie)*, cz. I, Warszawa 1965, s. 77. Ostatnio w sukurs stronnikom tego kierunku pospieszył J. Bafia (*Polityka karania przestępstw (...) jw.*, s. 84—90).

18 S. Pławiński, *jw.* Analogicznie T. Kaczmarek: *Materialna istota (...)*, *jw.*, s. 24.

19 A. Krukowski: *Glosa do wyroku SN z 27.VII.1967 r. V KRN 413/67, OSPiKA z. 7—8/1968*, poz. 171.

20 W. Świda: *Prawo karne — Część ogólna*, Warszawa 1966, s. 98.



wych.”<sup>21</sup> W rozumowaniu tym tkwi chyba myśl, pozwalająca pojęcie „szkody” wyrządzonej przestępstwem rozszerzyć na takie następstwa czynu, które dotyczą nie tylko wartości społecznych o charakterze czysto pozytywnym, lecz także takich, których aspekt etyczny bądź porządkowy wybija się na plan pierwszy. Nie bez znaczenia dla naszych rozważań może być fakt, że nowy kodeks karny (podobnie jak i obce ustawodawstwa karne) zawiera cały szereg przepisów chroniących dobra o charakterze niematerialnym. Warto w tym kontekście przytoczyć zdanie M. Cieślaka, że „większość szkód wyrządzanych przestępstwem — to szkody moralne lub inne szkody społeczne o wartości niematerialnej”. I dalej: każde przestępstwo „niezależnie od szkody bezpośredniej, jaką wyrządza w zakresie dóbr społecznych, przeciwko którym jest skierowane, powoduje jeszcze wtórną szkodę polegającą na drastycznym naruszeniu porządku prawnego, podważeniu jego autorytetu i wprowadzeniu stanu niepokoju”.<sup>22</sup>

4. Ten właśnie wzgląd na złożony charakter szkody wyrządzonej przestępstwem nasuwa konieczność uwzględnienia czynnika podmiotowego w zachowaniu przestępnym. Jeżeli zatem szczególny atrybut „społecznego niebezpieczeństwa” przywiązujemy do społecznego w swym charakterze zachowania człowieka (do zachowania się człowieka w społeczeństwie i w stosunku do norm społecznych, których szczególną postacią są normy prawa karnego), to musimy założyć istnienie psychicznych poprzedników tego zachowania. W wypadku prawa karnego będzie to przede wszystkim wina, w której skryzalizowany jest stosunek psychiczny sprawcy do wartości społecznych chronionych przez to prawo. O wpływie winy na byt i stopień niebezpieczeństwa społecznego przekonuje w sposób ewidentny sam kodeks karny. Zarówno bowiem w części ogólnej, jak i w części szczególnej kodeksu znajdujemy na każdym kroku dowody tego, jakie znaczenie temu czynnikowi nadaje ustawodawca konstruując instytucje części ogólnej, jak również ustawowe stany faktyczne. Czy więc będą to zasady odpowiedzialności podżegacza czy pomocnika, odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne, czy też (w części szczególnej) zróżnicowanie odpowiedzialności za przestępstwa popełnione z winy umyślnej i nieumyślnej, stwierdzimy — jeśli pominąć nawet rolę, jaką odgrywają w konstrukcji wielu przestępstw inne poza winą elementy podmiotowe — że przy tym samym, behawioralnie rzecz biorąc, zachowaniu się od rodzaju winy (czy innych elementów podmiotowych) zależeć będzie bądź karalność w ogóle, bądź też różna (co do rodzaju i wysokości) karalność tych zachowań. A przeciwieństwo karalności, jak i zagrożenie określoną sankcją karną stanowi wyraz ustawowej oceny stopnia niebezpieczeństwa społecznego danego typu zachowania. W wypadku konkretnego czynu przestępnego wpływ rzeczywistych okoliczności (natury zarówno przedmiotowej, jak i podmiotowej) modyfikuje tę ustawową ocenę, ale sama istota rzeczy nie ulega zmianie<sup>23</sup>. Nie można się bowiem zgodzić ze zdaniem tych zwolenników koncepcji przedmiotowej, którzy atrybut społecznego niebezpieczeństwa wiążą wyłącznie z przedmiotowymi elementami czynu, przypisując podmiotowym czynnikom jedynie rolę okoliczności wpływających na stopień czy nasilenie tego niebezpieczeństwa<sup>24</sup>. Trudno przecież wyobrazić sobie sytuację, w której czynnik nie

<sup>21</sup> I. Andrejew: Ustawowe znamiona przestępstwa, Warszawa 1959, s. 211 i n.

<sup>22</sup> M. Cieślak: O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary, NP nr 2/1969, s. 210—211.

<sup>23</sup> A. Krukowski: Głosa do wyroku SN z 14.VI.1966 r. II KR 67/66, PiP z. 4—5/1967, s. 825.

<sup>24</sup> Por. S. Pławski, jw., s. 77.

będący składnikiem pewnej substancji (jeśli wzorem prof. W. Woltera przez substancję rozumieć będziemy społeczną treść przestępstwa) ma mieć wpływ na jej ilość.

Dobrze się więc stało, że w nowym kodeksie karnym przyjęto, przedmiotowo-podmiotowe ujęcie, uzależniające istnienie i stopień społecznego niebezpieczeństwa w czynie od czynników zarówno przedmiotowych jak i podmiotowych.

Wiąże się z tym złożony i dyskusyjny problem stopniowania winy w prawie karnym. Możliwość stopniowania winy to oczywiście kwestia zupełnie odmienna od klasyfikowania jej na przewidziane w art 7 k.k. rodzaje w postaci umyślności i nieumyślności, łącznie z dalszymi podziałami (na formy zamiaru przy winie umyślnej, na lekkomyślność i niedbalstwo przy winie nieumyślnej). Chodzi tu bowiem o możliwość stopniowania winy już w obrębie poszczególnych jej form, o to, że stopień naruszenia norm społecznych zarówno przy winie umyślnej, jak i winie nieumyślnej może być bardzo różny. W tej materii zdania są podzielone. Z jednej bowiem strony istnieje znaczna grupa stronników poglądu, że „wina nie nadaje się do stopniowania (...). Wina albo jest, albo jej nie ma, występuje w przewidzianych przez prawo karne formach, ale nie w sensie znikomości winy”<sup>25</sup>, z drugiej zaś notujemy szereg wypowiedzi wskazujących na możliwość jej stopniowania.<sup>26</sup> Wydaje się jednak, że trudno jest mówić o możliwości stopniowania winy w jej ujęciu konsekwentnie psychologicznym. Element oceny tkwiący w stopniowaniu (czynnik kwantytatywny) właściwy jest natomiast, jak słusznie zauważa H. Rajzman<sup>27</sup>, normatywnemu jej (tj. winy) traktowaniu. Charakterystyczne zdanie w tej kwestii wypowiada A. Zoll: „Wina jako zarzucalność umyślnego lub nieumyślnego, bezpiecznego zachowania się jest wartością która może być stopniowana. Stopień zawinienia wpływa na stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu.”<sup>28</sup> Zachowanie przestępne w tym ujęciu może być bardziej lub mniej zarzucalne, w zależności od rozmaitych momentów leżących poza sferą umyślności lub nieumyślności.

Do nieporozumień wyrastających na tle różnych teorii winy dochodzi jeszcze dodatkowy czynnik komplikujący sprawę udziału winy w materialnej treści przestępstwa, jakim jest wieloznaczność samego pojęcia winy. Zarówno bowiem w teorii, jak i w praktyce „wina” występuje w co najmniej trzech różnych znaczeniach: jako jedno z ustawowych znamion strony podmiotowej przestępstwa, jako przesłanka (podmiotowa) odpowiedzialności karnej i — w końcu — jako synonim odpowiedzialności karnej za popełniony czyn.<sup>29</sup> W każdym z tych znaczeń „wina” zdaje się występować w innej relacji do „społecznego niebezpieczeństwa”, co niewątpliwie pogłębia w niemalym stopniu obserwowane w literaturze i judykaturze rozbieżności stanowisk.

<sup>25</sup> J. Bafia, *Polityka* (...), jw., s. 84.

<sup>26</sup> Por. A. Marek: *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, „Ruch Prawn. Ekon. i Socjol.” nr 1/68, s. 102. Stopniowanie winy szeroko stosuje orzecznictwo Sądu Najw.; por. wyrok z 19.II.1969 r. II KR 231/68 (nie publ.), gdzie mowa jest o kryteriach „stopnia zawinienia” w wypadku zamiaru ewentualnego.

<sup>27</sup> H. Rajzman: *Bezprawność* (...), jw., s. 1733.

<sup>28</sup> A. Zoll: Art. 49 k.p.k. na tle ustawy o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego. „Palestra” nr 6/1967, s. 56. Por. T. Kaczmarek: *Materialna istota* (...) jw., s. 118.

<sup>29</sup> Por. A. Krukowski: *Glosa* (OSP i KA z. 7-8/1968, poz. 171), jw. Pierwsze i ostatnie znaczenie pojęcia „wina” wyróżnia m.in. L. Lerneil (Wykład prawa karnego, Warszawa 1961, s. 111 i n.), drugie — m.in. W. Świda (Prawo karne, Warszawa 1966, s. 178).

5. Na problemie „winy” nie wyczerpuje się wszakże kwestia wpływu czynników podmiotowych na społeczną treść czynu. Tu właśnie w sposób szczególnie ostry ujawnia się dystynkcja pomiędzy koncepcją, która uważa „czyn” (jednostkowe zachowanie) w sensie jak najbardziej ścisłym za przedmiot oceny, a koncepcją, której zwolennicy (nb. bardzo liczni, zwłaszcza wśród praktyków) pragnęliby oceniać społeczne niebezpieczeństwo przy pomocy wszystkich tych przesłanek, jakimi posługuje się sąd przy wymiarze kary, a więc na podstawie okoliczności, które przykładowo podaje art. 50 § 2 k.k. Ta ostatnia koncepcja znalazła jaskrawy wyraz w artykule Z. Kubeca<sup>30</sup>, który okoliczności wymienione w art. 50 § 2 k.k. identyfikuje z czynnikami składającymi się na niebezpieczeństwo społeczne. Identyfikacja taka, pomijając już trudności, jakie pojawiają się przy analizie porównawczej tych przepisów kodeksu, w których występuje zwrot „niebezpieczeństwo społeczne” (art. 1, 26, 27, 50) — prowadzi nieuchronnie do nieoczekiwanych efektów. Przyjrzyjmy się bowiem konkluzji wspomnianego artykułu: „Okoliczności dotyczące znamion czynu będą decydowały o tym, czy i w jakim stopniu jest on społecznie niebezpieczny, a co za tym idzie — będą decydowały o jego przestępnym charakterze, wszystkie zaś inne okoliczności nie odnoszące się do znamion przestępstwa będą mogły być uznane jedynie za okoliczności obciążające lub łagodzące, mające wpływ na zwiększenie lub zmniejszenie stopnia społecznego niebezpieczeństwa (podkr. moje — A.K.). Co wynika z tego wywodu, który miał przecież na celu wykazanie, że waga różnych okoliczności „będzie różna”? Wynika dowodnie, że różnicy nie ma tu żadnej, gdyż i jedne, i drugie okoliczności wywierają wpływ na stopień niebezpieczeństwa społecznego, który — jak ustaliliśmy już poprzednio — nie da się oddzielić od bytu niebezpieczeństwa społecznego „jako takiego”.

Problem jest istotnie skomplikowany, nie wydaje się jednak, by mogły go rozwiązać ujęcia krańcowe. Za punkt wyjścia przyjąć trzeba niewątpliwe założenie, że pojęcie „społeczne niebezpieczeństwo” musi mieć jednolity charakter i jednolite desygnaty we wszystkich wypadkach, w których bywa stosowane; dalej — założenie drugie — że podstawą oceny jest „czyn” jako synteza okoliczności obiektywnych i subiektywnych. Stanowisko takie pociąga za sobą ważne konsekwencje, szczególnie w zakresie „mierników represji karnej”. Słusznie bowiem motywy ustawodawcze do kodeksu karnego stwierdzają, że materialna treść przestępstwa stanowi „probiez różnicowania represji”, dodać jednak trzeba, iż nie jest to jedyny wyznacznik kary rozumianej celowościowo. Wynika to wyraźnie z brzmienia art. 50 § 1 k.k., który poza dyrektywą współmierności kary do społecznego niebezpieczeństwa czynu wymienia jeszcze szeroko pojętą dyrektywę prewencji ogólnej i indywidualnej. Stąd też wśród okoliczności wpływających na wymiar (sądowy) kary wyodrębniać należy z jednej strony takie, które decydują o stopniu społecznego niebezpieczeństwa czynu, a z drugiej strony wszelkie inne, które nie mając znaczenia „wartościotwórczego”, pełnią rolę czynników modyfikujących ostrze represji (in plus czy in minus) ze względów prognostycznych, humanitarnych, prewencyjnych czy wychowawczych. Łatwo bowiem stwierdzić, że zawarty w § 2 art. 50 k.k. katalog okoliczności konkretnych, które „sąd powinien stwierdzić i na nich się oprzeć w realizacji dyrektywy ogólnych”<sup>31</sup>, obejmuje również takie, które stanowią będą przesłanki wymiaru kary pod kątem dyrektywy prewencji ogólnej czy

<sup>30</sup> Z. K u b e c: Społeczne niebezpieczeństwo czynu, jw.

<sup>31</sup> Projekt kodeksu karnego, Warszawa, 1968, s. 112.

indywidualnej.<sup>32</sup> Kryterium rozgraniczenia stanowi tu cezurę w postaci momentu dokonania czynu, a więc zdarzenia mieszczącego się w określonym wycinku czasu, które miało swój określony w czasie początek i swój, równie w czasie określony koniec.<sup>33</sup> Stąd też, jak się wydaje, trzeba odrzucić stanowczo te okoliczności, które miały miejsce już po dokonaniu czynu, i nie brać ich w rachubę przy ocenie stopnia niebezpieczeństwa społecznego, choć w konkretnym wypadku będą one stanowiły jeden z wyznaczników kary.

Jeśli wrócimy teraz do okoliczności natury podmiotowej, to okaże się, że problem klasyfikacji dotyczyć będzie zarówno tych, które dotyczą wprost procesów motywacyjnych, będących psychicznymi poprzednikami czynu, jak i tych, które dotyczą osoby sprawcy i z czynem mają jedynie pośrednie, niekiedy nawet odległe związki. Do pierwszej grupy należałoby zaliczyć wymienione w art. 50 § 2 k.k. zarówno pobudki, jak i sposób działania sprawcy, gdyż w sposobie działania manifestuje się w pewien sposób osobowość sprawcy. Tak więc co do „wartościotwórczego” znaczenia tych okoliczności wątpliwości większych nie ma. Inaczej natomiast rzecz się przedstawia w odniesieniu do okoliczności dotyczących osoby sprawcy. Wchodzą tu w grę (art. 50 § 2) jego „właściwości” (charakter, stopień rozwoju umysłowego, wiek itp.) i „warunki osobiste” (stan rodzinny, stosunki majątkowe itd.), „sposób jego życia przed popełnieniem i zachowanie po popełnieniu przestępstwa”. Trudność w zaklasyfikowaniu tych najrozmaitszych czynników i okoliczności, które skrótkowo ujmuje się w formułę „właściwości i warunki osobiste sprawcy”, zwiększa dodatkowo fakt, że kodeks wymienia je w art. 27 jako przesłankę, od której — poza określonym stopniem niebezpieczeństwa społecznego czynu — uzależnione są przewidziane w tym przepisie następstwa (warunkowe umorzenie). Na pierwszy rzut oka wynikałoby stąd, że „właściwości i warunki osobiste sprawcy” nie powinny wchodzić w skąd elementów wpływających na stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu. Pogląd taki potwierdzają motywy kodyfikacyjne.<sup>34</sup> Sprawa nie wydaje się jednak taka oczywista.

Podobne refleksje budzi problem powrotu do przestępstwa i nagminności czynu. Kwestie te wywoływały dotychczas liczne rozbieżności stanowisk. Z jednej bowiem strony spotykamy pogląd, że zarówno recydywa, jak i nagminność (a ściślej: świadomość sprawcy nagminnego charakteru jego czynu) są czynnikami zwiększającymi stopień społecznego niebezpieczeństwa, ale nie czynu, lecz sprawcy. Oryginalne to stanowisko, które wydaje się w logiczny sposób rozwiązywać istniejące dotychczas kłopoty z podmiotowymi elementami czynu — a zwłaszcza z tymi, które dotyczą „właściwości i warunków osobistych sprawcy”, mianowicie szczególnie takich, które mają charakter prospektywny, stanowiąc element prognozy co do jego przyszłego zachowania społecznego — głosi konsekwentnie M. Szerer.<sup>35</sup> Z drugiej zaś strony mamy do czynienia ze skrajnie przeciwnym, przedmiotowym stanowiskiem J. Bafii, który twierdzi, że „społeczne niebezpieczeństwo przestępstwa popełnionego w warunkach recydywy wynika nie tylko z osobowości sprawcy, lecz przede wszystkim z faktu, że sprawca popełnił ponownie czyn przestępny (...). Z tego punktu widzenia powrót do przestępstwa może być traktowany jako okolicz-

<sup>32</sup> Szerzej na ten temat — A. Krukowski: Dyrektywy wymiaru i wykonania kary pozbawienia wolności na tle kodeksu karnego z 1969 i kodeksu karnego wykonawczego, „Przełąd Penit.”, z. 2/1969, s. 24.

<sup>33</sup> A. Krukowski: Głosa do wyroku SN z 28.V.1965 r. 5 KRN 819/65, NP nr 1/1967, s. 167 i n.

<sup>34</sup> Projekt (...), jw., s. 102—103.

<sup>35</sup> M. Szerer: Karanie i humanizm, Warszawa 1964.

ność, która łączy czyn poprzedni z czynem nowym i przez to podnosi jego społeczne niebezpieczeństwo, co znajduje wyraz w innym zagrożeniu czynu popełnionego w warunkach recydywy (...)"<sup>36</sup>.

Wydaje się, że jeśli na ten problem spojrzeć przez pryzmat kodeksowej zasady subiektywizmu — a zatem w wypadku recydywy widzieć w niej cechę osobowości sprawcy, w drugim zaś (nagminności) stawiając warunek, żeby sprawca objął swą świadomością fakt nagminnego charakteru dokonanego przez siebie czynu — to okolicznościom tym można by było przyznać wpływ na wielkość ładunku ujemnej treści społecznej czynu. To samo dotyczyłoby także tych „właściwości i warunków osobistych sprawcy”, które stanowią projekcję jego osobowości. Ta generalizacja wymagałaby, oczywiście, w zastosowaniu do konkretnej sytuacji starannej weryfikacji co do roli, jaką określone okoliczności odgrywają w danym wypadku: czy mają one związek z czynem, czy też nie.<sup>37</sup>

#### IV. „ZNIKOME” NIEBEZPIECZEŃSTWO SPOŁECZNE CZYNU

1. Rozważania o jakościowych i ilościowych aspektach społecznej treści przestępstwa prowadzą prostą drogą do problematyki, która w polskim prawie karnym od dwudziestu z górą lat odgrywa tak szczególną rolę, tj. do „znikomego niebezpieczeństwa społecznego czynu”. Pomijając w tej chwili dzieje tej instytucji w polskim prawie karnym, jako dobrze znane i wielokrotnie omawiane w piśmiennictwie, wspomnę tylko, że stanowiła ona, genetycznie rzecz biorąc, swoistą klauzulę generalną służącą za narzędzie polityki kryminalnej do korektury prawa karnego materialnego.<sup>38</sup> Funkcją bowiem jej, jak i innych klauzul generalnych jest „swoiste uelastycznienie prawa, uchylanie niebezpieczeństwa związanego z zasadą *summum ius — summa iniura* oraz dostosowywanie stabilnych ustaw do stale zmieniającej się rzeczywistości społeczno-gospodarczej.”<sup>39</sup> Potrzeba taka istniała szczególnie w pierwszych latach władzy ludowej w Polsce, kiedy to „znikome niebezpieczeństwo społeczne czynu” musiało funkcjonować jako „element socjalistycznej korektury obowiązującego jeszcze w wielu dziedzinach prawa burżuazyjnego”.<sup>40</sup>

Zwrócenie uwagi na ten aspekt sprawy było konieczne ze względu na to, że bez przypomnienia genezy przepisu art. 49 k.p.k. nie byłyby zrozumiałe liczne uwagi krytyczne dotyczące praktyki jego stosowania, jak i rozbieżności interpretacyjne w kwestii „znikomego niebezpieczeństwa społecznego” według konstrukcji zawartej w tym przepisie. W rezultacie w praktyce, obok decyzji, dla których podstawą była rzeczywista ocena społecznego niebezpieczeństwa czynu, występowały w znacznej mierze decyzje, w których — jak trafnie pisze O. Górniok<sup>41</sup> — posługiwano się art. 49 k.p.k. „przy okazji” tego pojęcia, odnosząc je do okoliczności stojących

<sup>36</sup> J. Bafia: *Polityka (...)*, jw., s. 90. Istnieje ponadto silnie reprezentowany pogląd, że uzależnienie stopnia nasilenia materialnego substratu przestępstwa od okoliczności ściśle osobistych (np. recydywy) jest nieprawidłowe. Por. A. Zoll: *Art. 49 k.p.k. (...)*, jw., s. 55.

<sup>37</sup> Por. wyrok z 22.III.1962 r. V K 795/61 i głosę I. Andrejewa, *PiP*, z. 1/1963, s. 176 i n. Por. tegoż autora: *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968, s. 157.

<sup>38</sup> Por. O. Górniok: *Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu jako podstawa stosowania art. 49 k.p.k.*, Wrocław 1968, s. 85—86.

<sup>39</sup> H. Jankowski: *Prawo i moralność*, Warszawa 1968, s. 203.

<sup>40</sup> Tamże.

<sup>41</sup> O. Górniok, jw., s. 86.

poza czynem. Był to niewątpliwie „nie zamierzony skutek negatywny” tego zabiegu legislacyjnego, jakim było wprowadzenie do polskiego prawa „znikomego niebezpieczeństwa społecznego”.

Przypomnienie tego aspektu było poza tym konieczne po to, by stało się jasne, że oparta na doświadczeniach stosowania art. 49 k.p.k. konstrukcja art. 26 k.k. nie wyłącza rozbieżności i kontrowersji, jakie nawarstwiły się wokół „niebezpieczeństwa społecznego”, a ściślej: wyłącza ona jedynie niektóre, wprowadzając przy tym — jak już sygnalizowałem wyżej — nowe, pojawiające się na tle wprowadzenia zwrotu „niebezpieczeństwo społeczne” do kilku innych przepisów kodeksu. Jak bowiem z całą otwartością stwierdza jeden z kodyfikatorów, „znaczenie praktyczne nowego rozwiązania jest niewątpliwie ograniczone przez trudności, jakie sprawić musi osiągnięcie jednolitej wykładni takich zwrotów, jak »znikomość«”.<sup>42</sup>

2. Jak można wyczytać z motywów kodyfikacyjnych, już z art. 1 k.k. wynika, że „zupełny brak w czynie elementu społecznego niebezpieczeństwa przesądza o nieprzestępczości czynu.”<sup>43</sup>

Jest to oczywiste, jeżeli opiera się przestępczość czynu na społecznej jego treści. Jednakże — czytamy dalej — „norma art. 26 rozwija konsekwencje wynikające z materialnego ujęcia przestępstwa: mimo że czyn wyczerpuje znamiona określone w ustawie karnej, nie stanowi on przestępstwa, gdy stopień społecznego niebezpieczeństwa tego czynu jest znikomy. Minimalne (lepiej byłoby chyba: subminimalne, a to ze względu na łudzące podobieństwo znaczeniowe słów „znikomy” i „minimalny” — przyp. mój — A.K.) tylko społeczne niebezpieczeństwo nie nadaje jeszcze czynowi zabronionemu charakteru przestępstwa, choćby zasługiwał on na jakies potępienie, ale już nie w formie represji karno-sądowej”<sup>44</sup>.

Usytuowanie art. 26 w rozdziale (III) o wyłączeniu odpowiedzialności karnej wywołuje pytanie, czy „znikomość społecznego niebezpieczeństwa czynu” można zaliczyć do kategorii kontratypów, tj. do okoliczności wyłączających bezprawność karną. Sprawa jest niewątpliwie dyskusyjna. „Swoistym kontratypem” bowiem nazywa wypadek znikomego niebezpieczeństwa społecznego czynu J. Bafia wyjaśniając, że „znikomość czynu społecznie niebezpiecznego (...) wyłącza przez brak ujemnej społeczno-politycznej oceny społeczne niebezpieczeństwo tego czynu” (sic!), i przyrównując je do obrony koniecznej, stanu wyższej konieczności itd.<sup>45</sup> Inaczej kwalifikuje tę samą okoliczność H. Rajzman, który wypowiada pogląd, że czyn o znikomym społecznym niebezpieczeństwie nie traci charakteru bezprawia kryminalnego, różniąc się przy tym wyraźnie od obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności, „odrywających się od czynnika społecznego niebezpieczeństwa”<sup>46</sup>.

Stanowisko to chciałbym zakwestionować. Sprawę ułatwia fakt, że opozycja tego autora przeciwko zaliczaniu „znikomego niebezpieczeństwa czynu” do kontratypów, tj. okoliczności wyłączających bezprawność kryminalną, nie dotyczy w niczym wypadków, gdy w czynie nie ma wcale ładunku społecznego niebezpieczeństwa. Słuszna jest przy tym następna przesłanka jego rozumowania stwierdzająca, że „kryminalna bezprawność, integralnie związana ze społecznym niebezpieczeństwem czynu, upada, ilekroć czyn nie zawiera niezbędnych elementów społecznego niebezpieczeństwa; ich brak spełnia w przestępstwie, wymagającym dla swego bytu

<sup>42</sup> J. Bafia: Wzbogacenie środków zwalczania drobnej przestępczości, PiP z. 4—5/1968, s. 636.

<sup>43</sup> Projekt (...), jw., s. 102.

<sup>44</sup> Tamże.

<sup>45</sup> J. Bafia: Polityka (...), jw., s. 82.

<sup>46</sup> H. Rajzman: Bezprawność (...), jw., s. 1733 i n.

ustawowego zabronienia pod groźbą kary, rolę czynnika negatywnego, znoszącego moc tego zabronienia, czyli bezprawność kryminalną czynu”<sup>47</sup>.

Otóż wydaje się, że wszystko, co tu powiedziano pod adresem „braku społecznego niebezpieczeństwa w czynie”, w pełni odnosi się również do „znikomego niebezpieczeństwa”. Pozostaje bowiem poza dyskusją, że aby czyn mógł być uznany za przestępny, musi on zawierać ładunek społecznie ujemnej treści wyższy od znikomego. Wydaje się przy tym, że dotyczy to zarówno konkretnego wypadku o takiej charakterystyce społecznej, jak i typu zachowania się, którego cechą jest brak przestępczości. Cecha ta, wspólna dla wszystkich kontratyków, pozwala więc włączyć do nich również „znikome niebezpieczeństwo społeczne”.

Nie wydaje się poza tym, by rzeczywiście istniejące różnice pomiędzy tym kontratykiem a pozostałymi okolicznościami: należącymi do tej grupy (obrona konieczna i stan wyższej konieczności, a także tzw. pozaustawowe kontratyki) były tego rodzaju, iżby wyłączały zaliczenie ich wszystkich do tej samej kategorii. Po pierwsze bowiem — i chyba jest to najważniejsze — z punktu widzenia zawartej w nich społecznej treści wszystkie one różnią się między sobą w sposób bardzo zasadniczy. Nie podejmując w tej chwili szerszych rozważań w tej materii, wskażę tylko, że jeżeli np. obrona konieczna zawiera ładunek społecznie pożyteczny, to stan wyższej konieczności — w szczególności w ujęciu art. 23 § 1 k.k. i przy uwzględnieniu przewidzianej tam proporcji dóbr — może zawierać różne treści społeczne, od pożytecznych aż do ujemnych, co nie przeszkadza, ze względów polityczno-kryminalnych, uznaniu jej za okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną. Podobnie zresztą rzecz się przedstawia z innymi kontratykami.

Po drugie, nieistotny wydaje się w tym względzie podnoszony niekiedy (również przez H. Rajzmana) argument natury redakcyjnej, a mianowicie to, że formuła art. 26 zaczyna się od zwrotu: „nie stanowi przestępstwa (...)”, zamiast — jak w pozostałych przepisach rozdziału III — „nie popełnia przestępstwa (...)”. Sens tej różnicy — ze względu na to, że kodyfikator nie dał w tej mierze żadnych wyjaśnień poza tym, iż chodzi o zaznaczenie „pewnej odrębności sytuacji objętej art. 26 w porównaniu z obroną konieczną i innymi okolicznościami wyłączającymi przestępczość”<sup>48</sup> — wyjaśnić musi doktryna. Opierając się na naszej wiedzy o społecznej treści zachowań ludzkich, możemy postawić hipotezę, że co prawda „znikome niebezpieczeństwo społeczne” wyłącza przestępczość czynu, ale nie wyłącza ono — zgodnie z art. 26 § 2 — „odpowiedzialności sprawcy przed innym organem państwowym, instytucją albo organizacją społeczną”, gdyż w czynie sprawcy może się mieścić ładunek niebezpieczeństwa społecznego odpowiadający (przy jednoczesnym istnieniu odpowiednich formalnych znamion) przekroczeniu dyscyplinarnemu, służbowemu, wykroczeniu karno-administracyjnemu itd. Dochodzi do tego jeszcze dalsze następstwo uznania czynu za znikomo społecznie niebezpieczny, mianowicie możliwość zastosowania wobec sprawcy przewidzianego w przepisie art. 104 k.k. środka zabezpieczającego. Merytorycznych wszakże różnic pomiędzy okolicznościami ujętymi w art. 22, 23 i 26 k.k. nie ma: wszystkie one w jednakowym stopniu wyłączają odpowiedzialność karną sprawcy, wszystkie bowiem dotyczą sytuacji, kiedy sprawca „nie popełnia przestępstwa”.

3. Praktyczne (zresztą również i teoretyczne) znaczenie „znikomości” niebezpieczeństwa społecznego, a zarazem i przepisu art. 26 zależy od tego, w jakim stop-

<sup>47</sup> H. Rajzman, jw., s. 1734.

<sup>48</sup> Projekt (...), jw., s. 103.

niu uda się znaleźć kryteria mierzenia ładunku społecznej treści czynu. Stąd też zakładam zgodnie z przyjętą tu koncepcją, że na wielkość tego ładunku wpływać będzie nasilenie tak przedmiotowych elementów czynu, jak i podmiotowych. Stąd też, dalej, radykalne odchylenie w konkretnym wypadku od typowego (choć minimalnego) ładunku, tj. czynnika bądź przedmiotowego, bądź podmiotowego, czy też, co jest rzeczą oczywistą, obydwu naraz — powodować musi obniżenie niebezpieczeństwa społecznego do stopnia subminimalnego, a więc uznanie czynu za taki, „którego niebezpieczeństwo społeczne jest znikome” (art. 26) i który — w konsekwencji — „nie jest przestępstwem”. Dodajmy, że bardziej trafne i mniej w swych konsekwencjach restryktywne od kumulatywnego traktowania okoliczności obydwu rodzajów (wymagającego jednoczesnego narastania lub obniżania się okoliczności przedmiotowych i podmiotowych, by można było mówić o zmianie stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu) wydaje się ujęcie całościowe tych przesłanek, gdzie społeczna treść czynu stanowi funkcję okoliczności tak jednego, jak i drugiego rodzaju, jest jak gdyby substancją, której składniki zmieszane mogą być w różnych proporcjach. Wartość tej „substancji” nie zależy wszakże od jednakowej proporcji obu składników, a od ich łącznej wagi. Stąd też może się zdarzyć (a w praktyce zdarza się nierzadko), że nawet przy znacznym ładunku przedmiotowego elementu (np. przy znacznej, utylitarnie pojętej szkodzie zrządzonej czynem) i jednoczesnym znikomym nasileniu elementu podmiotowego<sup>49</sup> (np. przy minimalnym stopniu zawinienia w razie niedbalstwa ze względu — założmy — na niższy od przeciętnego stopień możliwości przewidywania przestępności) czynu stopień niebezpieczeństwa społecznego danego konkretnego czynu może się okazać znikomy i z tego względu kwalifikować się do umorzenia na podstawie art. 26 k.k. (art. 11 pkt 2 k.p.k.). Oczywiście z taką samą zasadnością trzeba by było oceniać jako znikomo niebezpieczny społecznie wypadek, w którym proporcje tych ładunków będą rozłożone w sposób odwrotny.

Taka wykładnia „znikomości” zgodna jest z intencją kodyfikatora, który sugeruje, że „wniosek o znikomości społecznego niebezpieczeństwa czynu ma być oparty wyłącznie na przedmiotowych i podmiotowych okolicznościach”, a więc, że „zarówno efekt przedmiotowy (...), jak i wina sprawcy są nikłe”, co powoduje, iż „wypadkowa obu składników, wyrażająca się w stosunku społecznego niebezpieczeństwa czynu, spada poniżej pewnego punktu krytycznego.”<sup>50</sup>

I choć tego rodzaju eksplikacja „znikomości” grozi tautologią (znikome = znikome), to jednak nie byłoby to zbyt groźne, praktyka bowiem i doktryna wytworzyły mimo sporów i błędów pewien przybliżony obraz „znikomości społecznego niebezpieczeństwa”, gdyby nie nowa jakościowo kategoria, jaką jest „nieznaczne społeczne niebezpieczeństwo” przewidziane w art. 27 jako podstawowa przesłanka warunkowego umorzenia. Pojawia się bowiem niezmiernie ważne pytanie: czy — jeśli pominiemy w naszych rozważaniach kwestię warunków umorzenia z art. 27 k.k. (mających znaczenie wyłącznie prognostyczne okoliczności podmiotowych, które nie mają swego odpowiednika w formule „znikomości”) — „nieznaczny” stopień niebezpieczeństwa społecznego wnosi coś, co ułatwiałoby zrozumienie materialnej zawartości czynu o „znikomym społecznym niebezpieczeństwie”? Czy zatem „nieznaczność” może stanowić jakiś punkt odniesienia dla oceny „znikomości”?

<sup>49</sup> Znaczenie elementów podmiotowych dla oceny „znikomości niebezpieczeństwa społecznego” akcentuje bardzo silnie J. Waszczyński w swej recenzji pt. „Polityka karania” cytowanej tu pracy J. Bafii (Polityka karania przestępstw ściganych na skutek skargi pokrzywdzonego), PiZ nr 12/1969.

<sup>50</sup> Projekt (...), s. 102.



Jedno tu wiemy na pewno: o ile czyn o „nieznacznym” stopniu niebezpieczeństwa społecznego jest przestępstwem z punktu widzenia zawartego w nim ładunku treści społecznie ujemnych, o tyle czyn o „znikomym” społecznym niebezpieczeństwie przestępstwem nie jest. Wiemy także, że dotychczasowe doświadczenia praktyki w zakresie stosowania art. 49 k.p.k. nie wystarczą do oceny „znikomości” społecznego niebezpieczeństwa. Artykuł 26 k.k. nie stanowi bowiem z tego punktu widzenia odpowiednika art. 49 k.p.k., aczkolwiek obydwa posługują się tym samym zwrotem dla oznaczenia społecznej treści czynu. Zasadniczą modyfikację w tym zakresie wnosi właśnie powołanie instytucji ujętej w art. 27, która przejmie niektóre funkcje dotychczas w praktyce spełniane przez art. 49 k.p.k. Obok bowiem „spraw drobnych” czy „przestępstw mniejszej wagi”, warunkowym umorzeniem objęte będą zapewne, zgodnie z sugestią J. Bafii, „także te wypadki umorzenia postępowania z art. 49 k.p.k., w których w dotychczasowej praktyce uznanie znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu bazowało nie na cechach charakterystycznych czynu (...), ale głównie na właściwościach osobistych sprawcy (tzw. sprawca przypadkowy, z dobrą opinią zawodową i społeczną, żyjący w trudnych warunkach osobistych, rodzinnych lub nawet majątkowych itd.)”<sup>51</sup>. Byłyby to więc te umorzenia z art. 49 k.p.k., w których — na podstawie konstrukcji dającej przecieć pole do niejednoznacznej, bo również oportunistycznej interpretacji tego przepisu — traktowano „znikome niebezpieczeństwo społeczne” nie jako brak przestępności czynu, lecz jako wyraz niecelowości ścigania ze względu na jego „znikomą przestępczość”. W ten sposób nastąpiłaby korzystna delimitacja instytucji wyrosłych w takim czy innym stopniu na gruncie art. 49 k.p.k.: na będącą narzędziem legalizmu instytucję „znikomego niebezpieczeństwa społecznego czynu” wyłączającą przestępność — z jednej strony oraz na jawnie oportunistyczną — warunkowe umorzenie, umożliwiające zaniechanie ścigania (lub karania) w tych wypadkach, gdy (przy istnieniu ustawowych warunków) nie leży to w interesie społecznym — z drugiej.

W końcu dodać należy jeszcze jedną ważką uwagę. Artykuł 27 § 3 ogranicza stosowanie warunkowego umorzenia postępowania do przestępstw zagrożonych karą nie przekraczającą 3 lat pozbawienia wolności. Pomijając w tej chwili aspekt kryminalno-polityczny tego ograniczenia, wysunąć można hipotezę, że granica 3 lat zagrożenia karnego stanowi jednocześnie w ocenie ustawodawcy granicę pomiędzy „nieznacnością” a „znacnością” społecznego niebezpieczeństwa. Powstaje więc dalsze pytanie: czy i jakie wnioski płyną stąd dla oceny wielkości ładunku społecznej treści zachowań (typowych) „znikomo” społecznie niebezpiecznych, i dalej — dla stosowania art. 26 k.k.? O ile problem pierwszy wymagać będzie odrębnej analizy, o tyle w kwestii drugiej odpowiedź wydaje się narzucać sama: ponieważ semantyczne racje każą przyjąć, że „znikome” niebezpieczeństwo społeczne zawiera mniejszy ładunek społecznie ujemnych treści niż „nieznaczne”, przeto stosowanie art. 26 k.k. powinno być ograniczone do czynów zagrożonych karami stosunkowo niewysokimi, w każdym razie nie przekraczającymi zagrożenia limitującego stosowanie art. 27. W ten sposób ocena ustawodawcy zwięza, zapewne głównie z przyczyn kryminalno-politycznych, sferę, w której dowolność oceny „znikomości” społecznego niebezpieczeństwa groziła „wprowadzeniem zasady oportunistyzmu (...) kuchennymi schodami”.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> J. Bafia: Wzbogacenie (...), jw., s. 638.

<sup>52</sup> S. Słowiński Zasadnicze problemy nowej kodyfikacji prawa karnego procesowego, NP nr 3/1957, s. 3 n.

\*

Zaprezentowane tu uwagi i przemyślenia zmierzały, w intencji autora tego artykułu, do zasygnalizowania pojawiających się na gruncie nowego kodeksu karnego problemów związanych z użyciem w różnych kontekstach i pełniącym różne funkcje pojęcia „niebezpieczeństwa społecznego”. Chodziło zwłaszcza o to, by autentyczne wartości poznawcze i praktyczne, jakie niesie ze sobą oparcie kodeksu na społecznej treści i społecznym wartościowaniu czynów zabronionych przez prawo karne, nie zostały przez „czysto konwencjonalne” posługiwanie się konstrukcją „niebezpieczeństwa społecznego” zagubione, doprowadzając tym samym do utraty jego racjonalnej istoty, do żonglerki pustymi pojęciami. W tych bowiem warunkach samo pojęcie „społecznego niebezpieczeństwa” stałoby się jedynie pozbawioną empirycznej użyteczności metaforą.

MARIA LIPCZYŃSKA

## Problematyka kontaktów obrońcy z oskarżonym aresztowanym – w świetle nowego kodeksu postępowania karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego

Każdy adwokat, który odwiedza w roli obrońcy osobę aresztowaną, odczuwa, jak klient pozbawiony wolności przeżywa intensywnie zwłaszcza pierwsze spotkanie z obrońcą. Obrońca jest dla niego symbolem pomocy, kontaktu ze światem zewnętrznym, źródłem oczekiwanych informacji o toku procesu i możliwościach jego pozytywnego zakończenia. Nieobce jest też chyba żadnemu adwokatowi, nie związane oczywiście z oceną prawną czynu, uczucie zażenowania i współczucia dla doprowadzonego do celi aresztowanego, gdy sam opuszcza mury więzienne, by włączyć się znowu w nurt normalnego życia.

Zgadamy się wszyscy z faktem, że mimo zasady domniemania niewinności areszt tymczasowy jako środek zapobiegawczy stanowi *malum necessarium* procesu karnego. Ale też nowy kodeks postępowania karnego i kodeks karny wykonawczy wykazują — co należy podkreślić — należyłą dbałość o maksymalne zabezpieczenie praw aresztowanego przy jednoczesnym dążeniu do ograniczenia liczby aresztów, zwłaszcza przez wzbogacenie katalogu innych środków zapobiegawczych oraz przez nadzór sądowy. Jeśli u podstaw tendencji do ustawicznego powiększania gwarancji praw oskarżonego w procesie leży słuszna myśl, że rola oskarżonego (*sensu largo*) jest rolą w procesie najcięższą, to rola oskarżonego pozbawionego wolności jest wielokrotnie trudniejsza — szczególnie w zakresie przygotowania obrony — od