

**Opinia dotycząca projektu nowelizacji przepisu art. 25 k.k. z 1997 r.
przedłożonego przez senatora RP Roberta Smoktunowicza przewodniczącej
senackiej Komisji Ustawodawstwa i Praworządności.**

I. Uwagi ogólne

Przedstawiony do opinii projekt ustawy o zmianie kodeksu karnego oraz ustawy Kodeks postępowania karnego zawiera propozycję nowelizacji przepisu art. 25 k.k. w części określającej zasady odpowiedzialności karnej w przypadku tzw. przekroczenia granic obrony koniecznej oraz skorelowaną z proponowanymi modyfikacjami art. 25 k.k. propozycję zmiany treści art. 259 k.p.k., w zakresie w jakim przepis ten określa tzw. negatywne przesłanki stosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania. Generalnie proponowane przez Projektodawcę rozwiązania nawiązują do prezentowanych od pewnego czasu zarówno w piśmiennictwie specjalistycznym, jak i w publicystyce, koncepcji zmierzających do poszerzenia zakresu obrony koniecznej, w tym w szczególności stworzenia regulacji stanowiącej podstawę do uwolnienia od odpowiedzialności karnej osób, które odpierając bezpośredni bezprawny zamach na mienie, zdrowie lub życie „bronią” się z przekroczeniem wyznaczonych przez art. 25 k.k. w obecnym kształcie granic obrony koniecznej. Należy podkreślić, że przebijająca z przedstawionego do oceny projektu filozofia prawa karnego w zakresie prawa obywateli do obrony przed bezprawnymi zamachami nawiązuje do nurtu prezentowanego przez część teoretyków prawa karnego w okresie debaty na projektem kodeksu karnego z 1997 r., którego konsekwencją było wprowadzenie do k.k. z 1997 r. nieprzewidzianego pierwotnie przez twórców projektu rozwiązania zawartego w art. 25 § 3 k.k., określającego tzw. uprzywilejowany przypadek przekroczenia granic obrony koniecznej.

Proponowane w przedstawionym do oceny projekcie rozwiązanie prowadzi do znacznego rozbudowania syntetycznie ujętego we wszystkich polskich kodeksach karnych, tj. w k.k. z 1932 r., k.k. z 1969 r. oraz k.k. z 1997 r., przepisu określającego podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej z uwagi na działanie w ramach obrony koniecznej oraz przewidującego przesłanki złagodzenia odpowiedzialności karnej wobec osób, które z uwagi na przekroczenie granic obrony koniecznej (a zatem ze względu na działanie poza zakresem tego kontratypu) nie mogą skorzystać z dobrodziejstwa wyłączenia odpowiedzialności karnej ze względu na działanie w warunkach kontratypu, zarazem jednak są w stosunku do nich spełnione przesłanki wpływającej na umniejszony stopień społecznej szkodliwości czynu oraz winy, których konsekwencją jest fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary lub nawet możliwość odstąpienia od jej wymierzenia. Syntetyczność regulacji obrony koniecznej zawartej w przepisach zamieszczonych w k.k. z 1932 r., k.k. z 1969 r. oraz w k.k. z 1997 r., uznawana była powszechnie przez teoretyków prawa karnego za największą zaletę polskiego rozwiązania, stwarzała bowiem stosunkowo szerokie ramy dla dokonywania przez sąd konkretno-indywidualnych ocen jednostkowych przypadków uwzględniających indywidualne cechy zdarzenia. Wszelkie próby swoistego „doprecyzowania” tej regulacji, z istoty prowadzące do kazuistyki regulacji ustawowej prowadzi do dwojakiego rodzaju komplikacji. Po pierwsze w każdym przypadku rozwiązań kazuistycznych, opartych na mniej

lub bardziej precyzyjnej ustawowej egzemplifikacji okoliczności określających zakres zastosowania danej instytucji, istnieje ryzyko pominięcia pewnej kategorii stanów faktycznych, do których kazuistycznie określony przepis nie znajdzie zastosowania. Po wtóre regulacje kazuistyczne prowadzą do ograniczenia „swobody” sędziowskiej, a tym samym do znacznego ograniczenia możliwości indywidualizacji rozstrzygnięć w sprawach karnych, co z uwagi na immanentny rozwiązaniom kazuistycznym automatyzm orzekania skutkować może nieintuicyjnością czy wręcz niesprawiedliwością ferowanych w oparciu o tak skonstruowane przepisy orzeczeń.

Należy już w tym miejscu podkreślić, że przyjęta przez Projektodawcę formuła kazuistycznej regulacji kontratypu obrony koniecznej, w tym w szczególności wprowadzenie do kodeksu karnego aż trzech przepisów – art. 25 § 2-4 k.k. w wersji przedstawionej w projekcie – odnoszących się do przekroczenia granic obrony koniecznej stanowi zdecydowane odstępstwo do polskiej tradycji ustawodawczej z jednej strony, z drugiej nie znajduje odpowiednika w znanych autorowi niniejszej opinii regulacjach zagranicznych, w tym w szczególności europejskich kodeksach karnych. Jedyne tytułem przykładu wskazać można, że np. w niemieckim kodeksie karnym (StGB) – uznawanym powszechnie wśród teoretyków prawa karnego za ustawę o wyjątkowej klarowności konstrukcyjnej – kwestia przekroczenia granic obrony koniecznej uregulowana jest w jednym tylko syntetycznie ujętym przepisie. Aktualnie obowiązująca treść art. 25 k.k. zawiera natomiast dwa przepisy odnoszące się do kwestii przekroczenia granic obrony koniecznej, z których jeden przewiduje „jedynie” fakultatywne podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia (art. 25 § 2 k.k.), drugi natomiast obligatoryjne odstąpienie od wymiaru kary (art. 25 § 3 k.k.). Okolicznością, która zgodnie z treścią art. 25 § 2 i 3 k.k., różnicuje oba przypadki przekroczenia granic obrony koniecznej, jest działanie sprawcy przekroczenia granic pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu. Z uwagi na istotę działań obronnych, którym co do zasady zawsze towarzyszy strach oraz wzburzenie napadniętego podejmującego działania obronne, wskazanie, w jakich przypadkach stosować należy przepis art. 25 § 2 k.k., w jakich natomiast przepis art. 25 § 3 k.k., jest wyjątkowo utrudnione, o ile w ogóle możliwe. Zarazem z uwagi na zasadniczo odmienne konsekwencje wykorzystania jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia jednego ze wskazanych wyżej przepisów przyjmowanie rozwiązań ad casu razi ze względu na zasadę równości oraz zasadę sprawiedliwości rozstrzygnięć w sprawach karnych. Podkreślić należy, że przepis art. 25 § 3 k.k., obok wskazanych wyżej kwestii związanych z przesłankami rozgraniczenia tzw. zwykłego (art. 25 § 2 k.k.) oraz tzw. uprzywilejowanego (art. 25 § 3 k.k.) przekroczenia granic obrony koniecznej, wywołuje zasadnicze wątpliwości w zakresie podstaw prowadzących do obligatoryjnego odstąpienia od wymiaru kary. Wedle części autorów przepis ten odnosi się do sytuacji, w których brak jest podstaw do przypisania sprawcy przekroczenia granic obrony koniecznej winy (tak np. A. Zoll [w:] K. Buchała, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 1998, s. 253 i n.), wedle innych sytuacja określona w art. 25 § 3 k.k. nie odnosi się do wypadków braku winy o stronie przekraczającego granice obrony, lecz sytuacji, w których zarówno stopień społecznej szkodliwości jak i winy jest atypowo niski, przekracza jednak prób znikomości (tak np. A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 2004, s. 489 i n.). Między innymi z uwagi na wskazane powyżej niedoskonałości konstrukcyjne w piśmiennictwie od chwili wejścia w życie k.k. z 1997 r. prezentowany jest pogląd postulujący skreślenie jednego z dwóch konkurencyjnych przepisów dotyczących przekroczenia granic obrony koniecznej i pozostawienie tylko jednego z nich, przy czym z uwagi na syntetyczność regulacji wskazuje się zdecydowanie na przepis art. 25 § 2 k.k. jako wystarczającą regulację omawianego zagadnienia. Projektowane rozwiązanie zmierza dokładnie w przeciwnym kierunku,

prowadząc do poszerzenia zakresu ustawowej regulacji kwestii przekroczenia granic obrony koniecznej. Wprowadzenie jednego jeszcze wypadku przekroczenia granic obrony koniecznej trudności w rozgraniczeniu zakresu zastosowania poszczególnych uregulowanych w art. 25 § 2-4 k.k. przypadków z pewnością jeszcze spotęguje. Nie tracąc z pola widzenia niewątpliwie zasługującego na aprobatę generalnego założenia Projektodawcy zmierzającego do doprecyzowania regulacji dotyczącej przekroczenia granic obrony koniecznej w sposób przecinający wątpliwości oraz niwelujący ryzyko prowadzenia długotrwałych procesów karnych w stosunku do osób, które być może nie w pełni współmiernie do niebezpieczeństwa zamach podjęły czynną obronę przed bezprawnym atakiem, podnieść wypadnie, że z uwagi na przyjęty sposób regulacji, zamierzony cel niekonieczne musi zostać osiągnięty. Proponowana regulacja dotycząca przekroczenia granic obrony koniecznej we wszystkich trzech przypadkach ma bowiem w zamierzeniu Projektodawcy charakter obligatoryjny, w dwóch z trzech przypadków prowadzi do niepodlegania sprawcy przekroczenia granic obrony karze. W świetle projektowanego rozwiązania w zasadzie trudno wskazać wypadek, w którym z uwagi na przekroczenie granic obrony koniecznej sprawca tego przekroczenia mógłby ponieść odpowiedzialność karną na zasadach ogólnych (a więc odpowiedzialność, która nie skutkowałaby co najmniej nadzwyczajnym złagodzeniem kary). Taka odpowiedzialność możliwa jest w świetle projektowanych zmian jedynie w wypadku działania poza granicami obrony koniecznej (a więc w sytuacji, w której w ogóle nie ma podstaw do odwoływania się do tego kontratypu i w konsekwencji operowania kategorią „przekroczenia granic obrony koniecznej”). Jeżeli twierdzenie to uzupełnić o znaczne poszerzenie zakresu tzw. zwykłego (art. 25 § 2 k.k.) przekroczenia granic obrony koniecznej oraz wprowadzenie w tych wypadku obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary, to w praktyce wymiaru sprawiedliwości pojawić się może tendencja do marginalizacji przepisów art. 25 § 2-4 k.k. poprzez odrzucanie w większości przypadków konstrukcji przekroczenia granic obrony koniecznej i przyjmowanie braku podstaw do powoływania się na ten kontratyp. Tym samym w wypadku ziszczenia się opisanych wyżej obaw, przyjęcie projektowanego rozwiązania doprowadziłoby miast do polepszenia paradoksalnie do pogorszenia sytuacji osób podejmujących często heroiczny trud obrony przed zamachem.

Dodać jeszcze wypadnie, że dzieląc w pełni leżącą u podłoża projektowanej nowelizacji krytyczną ocenę praktyki wymiaru sprawiedliwości w sprawach dotyczących przekroczenia granic obrony koniecznej, wypadnie poddać w wątpliwość przyjęty przez Projektodawców sposób reakcji na nieprawidłowości w stosowaniu prawa. Wydaje się, że w sferze reakcji na przekroczenia granic obrony koniecznej o wiele istotniejsze byłoby oddziaływanie na podmioty stosujące prawo, w tym w szczególności organy prokuratury, zmierzające do zapewnienia prawidłowej wykładni obowiązujących przepisów, mniej skutecznej natomiast wydaje się podejmowanie próby zmiany niewątpliwie wadliwej praktyki poprzez projekty zmian stosownych przepisów.

Przedstawione powyżej wątpliwości związane z zakresem oraz konstrukcją projektowanych zmian bynajmniej nie stanowią podstawy do jednoznacznie krytycznej oceny całości proponowanych w projekcie zmian. Projektowana nowelizacja - mimo iż podnosi się jedynie do dwóch przepisów - ma stosunkowo szeroki zakres, co sprawia, iż nie sposób przedstawić syntetycznej i jednoznacznej oceny całości projektu. Wychodząc z tego założenia poniżej przedstawione zostaną uwagi szczegółowe dotyczące projektu zmian poszczególnych przepisów art. 25 k.k.

II. Uwagi szczegółowe.

II.1. Art. 25 § 2 k.k.

Projekt zakłada istotną zmianę podstawowego przepisu odnoszącego się do przekroczenia granic obrony koniecznej tj. art. 25 § 2 k.k. Po pierwsze proponuje się usunięcie sformułowania „w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu”. Po wtóre fakultatywną dotychczas możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia proponuje się zastąpić obligatoryjnym nadzwyczajnym złagodzeniem kary, które może być zastąpione fakultatywnym odstąpieniem od jej wymierzenia. Obie zmiany uzasadniane są po pierwsze potrzebą „polepszenia sytuacji osoby, która działa w warunkach obrony koniecznej” oraz dążeniem do ujednoczenia orzecznictwa. Projektowana zmiana ma w założeniu Twórcy analizowanej propozycji doprowadzić także do ujednoczenia wszystkich przypadków przekroczenia granic obrony koniecznej. W uzasadnieniu projektu wskazano, że „również przekroczenie granic obrony koniecznej inne niż sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa ataku, powinno dawać jednakową podstawę do złagodzenia kary”.

Odnosząc się do proponowanej zmiany rozpocząć wypadnie od postulatu skreślenia sformułowania „w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu”. Sformułowanie to „od zawsze” występowało w przepisach określających konsekwencje przekroczenia granic obrony koniecznej. Z uwagi na językową formułę, w tym w przede wszystkim zwrot „w szczególności” wskazanie na ten przypadek przekroczenia granic obrony koniecznej nazywany w piśmiennictwie karnistycznym ekscesem intensywnym bynajmniej nie ograniczenia przypadków przekroczenia jedynie do sytuacji zastosowania przez broniącego się niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu sposobu obrony. Jest oczywistym, iż poza wypadkami tzw. ekscesu intensywnego, z przypadkami przekroczenia granic obrony koniecznej mamy do czynienia także w razie tzw. ekscesu ekstensywnego, wyraźnie nie scharakteryzowanego w treści art. 25 § 2 k.k., polegającego na podjęciu działań obronnych w sytuacji, gdy zamach nie miał już charakteru bezpośredniego (tzw. spóźniona obrona konieczna, podejmowana co do zasady nie tyle w celu odparcia zamachu, co np. dokuczenia lub wymierzenia sprawiedliwości zamachowcy, w sytuacji gdy zamachowiec zrezygnował już z kontynuowania zamachu). Już wskazane powyżej dwa przypadki przekroczenia granic obrony koniecznej (dwie postaci ekscesu) pozwalają stwierdzić, iż „przekroczenie granic obrony koniecznej inne niż sposób niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu” stwarza podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia w oparciu o aktualnie obowiązującą treść art. 25 § 2 k.k. Tym samym ta część uzasadnienia projektowanej zmiany uznana być musi za nietrafną. Podkreślić dodatkowo należy, że skreślenie przykładowo jedynie wskazanego jednego z przypadków przekroczenia granic obrony koniecznej bynajmniej nie doprowadzi do usunięcia występujących w piśmiennictwie i orzecznictwie kontrowersji związanych z zakresem tzw. ekscesu ekstensywnego. Wedle opinio communis doctorum eksces ten polegać może na podjęciu opisanej powyżej tzw. spóźnionej obrony koniecznej (zamach już nie jest bezpośredni, ponieważ zamachowiec zrezygnował z kontynuowania akcji przestępnej), wątpliwości wywołuje natomiast wypadek tzw. przedwczesnej obrony koniecznej, tj. podjęcie działań obronnych w sytuacji, gdy zamach nie wszedł jeszcze w początkowe stadium realizacji, tzn. nie był jeszcze zamachem bezpośrednim. Wedle części teoretyków prawa karnego oraz dominującej linii orzecniczej SN taka sytuacja nie stanowi przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej, i jest traktowana jako zachowanie bezprawne, dokonane całkowicie poza zakresem konratypu określonego w art. 25 § 1 k.k. W uzasadnieniu proponowanej zmiany nie wskazano, czy nowelizacja treści art. 25 § 2 k.k. ma na celu m. in. a być może przede wszystkim rozstrzygnięcie przez ustawodawcę tej wątpliwości. Gdyby przyjąć, że Projektodawcy zmierzali także do tak określonego celu to należy jednoznacznie stwierdzić, iż projektowana zmiana treści art. 25 § 2 k.k. w żadnym zakresie nie przyczyni się do rozstrzygnięcia wątpliwości związanych z zakresem tzw.

ekscesu ekstensywnego. Kontrowersje w tym zakresie związane są bowiem z treścią art. 25 § 1 k.k., a konkretnie z określonymi w tym przepisie tzw. znamionami obrony koniecznej. Ponieważ przepisu art. 25 § 1 k.k. proponowana nowelizacja nie dotyczy, przeto ewentualne poszerzenie zakresu ekscesu ekstensywnego nie może zostać osiągnięte poprzez przyjęcie proponowanego brzmienia art. 25 § 2 k.k.

Analogicznie krytycznie odnieść należy się do drugiego z przyjmowanych przez Projektodawcę założeń, a mianowicie poszerzenia zakresu obrony koniecznej poprzez stworzenie wyraźnej możliwości podejmowania wszelkich sposobów obrony przed bezprawnymi zamachami. W uzasadnieniu projektowanych zmian wskazuje się, że „napadnięty powinien mieć możliwość podjęcia takich środków obrony, jakie będą mu dostępne, musi mieć prawo bronić się tym, co ma w danej chwili „pod ręką”. Odnosząc się do tego zagadnienia należy podkreślić, że sposób obrony, w tym w szczególności przyjmowana przez część teoretyków prawa karnego oraz niektóre sądy tzw. ograniczona subsydiarność obrony koniecznej wywodzona jest nie tyle z treści art. 25 § 2 k.k. co z przepisu art. 25 § 1 k.k. a konkretnie ze znamienia „konieczności” obrony oraz w zakresie ochrony życia z treści art. 2 ust. 2 lit. a EKPCiPW. Obrona konieczna to zdaniem karnistów obrona, która podejmowana jest w sytuacji, gdy nie było innego racjonalnego sposobu uniknięcia zamachu. Przepis art. 25 § 2 k.k. w części, w jakiej odnosi się do współmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu stanowi jedynie „dopełnienie” znamienia „konieczności” obrony. Mając na względzie bogate orzecznictwo SN w zakresie interpretacji sformułowania „sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu” oraz bezsporną konieczność ograniczenia obrony, postulowane skreślenie sformułowania „sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu” ocenić należy krytycznie. Usunięcie tego fragmentu przepisu art. 25 § 2 k.k. doprowadzić może bowiem do nadmiernego „otwarcia” zakresu obrony koniecznej a tym samym naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Dodać jeszcze wypadnie, że w świetle orzecznictwa SN wypracowanego już po wejściu w życie k.k. z 1997 r. podkreślana w piśmiennictwie „ograniczona subsydiarność obrony koniecznej” nie oznacza bynajmniej konieczności zachowania pełnej proporcji dóbr i adekwatności sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu. Odnosząc się do tego zagadnienia SN wskazuje, że można w obronie koniecznej poświęcić dobro o wyższej wartości niż dobro zaatakowane, w bezprawnym zamachu tkwi bowiem zawsze dodatkowa ujemna wartość związana z naruszeniem porządku prawnego. Działający w obronie koniecznej chroni nie tylko zaatakowane przez napastnika dobro, lecz także zasadę, że prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem. Taki – zdecydowanie dominujący w orzecznictwie SN sposób interpretacji przepisu art. 25 k.k. w aktualnie obowiązującym brzmieniu sprawia, iż już dzisiaj w pełni realizować można cele, jakie przyświecają projektowanej nowelizacji. Wskazuje to, że aktualnie znacznie bardziej pożądana jest zmiana praktyki stosowania prawa przez organy prokuratury oraz sądy niższego rzędu, niż modyfikacja przepisu art. 25 k.k. z 1997 r.

Ostatnie zagadnienie związane z proponowaną nowelizacją art. 25 § 2 k.k. związane jest z obligatoryjnością nadzwyczajnego złagodzenia kary w każdym przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej. Podkreślić należy, że istnieje szerokie spektrum przypadków przekroczenia granic obrony koniecznej, różniących się między sobą okolicznościami wpływającymi na ocenę stopnia społecznej szkodliwości oraz stopnia winy sprawcy takiego przekroczenia. Przyjmując, powszechnie aprobowany w piśmiennictwie i orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej stopień społecznej szkodliwości czynu oraz stopień winy są co do zasady niższe niż w wypadku zachowania popełnionego bez przekroczenia granic obrony koniecznej, wskazać wypadnie, że podstawą stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymiaru jest ocena przez sąd właśnie owego stopnia społecznej szkodliwości oraz stopnia winy. Podkreślić jednak należy, że z niższym stopniem społecznej szkodliwości czynu oraz

niższym stopniem winy mamy w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej do czynienia z reguły, lecz nie w każdym przypadku. Ponadto owo umniejszenie stopnia społecznej szkodliwości oraz winy ma w różnych przypadkach przekroczenia granic obrony koniecznej różny rozmiar, co sprawia, iż nie zawsze oba wymienione elementy uzasadniają nadzwyczajne złagodzenie kary. Mając na względzie różnorodność wypadków przekroczenia granic obrony koniecznej oraz konieczność ich indywidualnej, jednostkowej oceny przez orzekający sąd, ustawodawca wprowadził do art. 25 § 2 k.k., podobnie jak w poprzednikach tego przepisu z k.k. z 1969 r. i k.k. z 1932 r., fakultatywną podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Nie sposób bowiem zasadnie przyjąć, że w każdym wypadku przekroczenia granic obrony koniecznej zachodzić będzie podstawa do takiego złagodzenia. Oczywiście zmiana fakultatywnej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawę obligatoryjną „polepszy sytuację osoby, która działa w warunkach obrony koniecznej”, jednak zarazem doprowadzi do automatyzmu w zakresie nadzwyczajnego złagodzenia kary, który w pewnych wypadkach skutkować będzie nadzwyczajnym złagodzeniem mimo braku dostatecznego uzasadnienia dla takiego rozstrzygnięcia na płaszczyźnie stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz stopnia winy. Ponadto przyjęcie projektowanego rozwiązania doprowadzi do istotnego ograniczenia niezawisłości sędziowskiej. Wychodząc z założenia, że każdy przepis ograniczający swobodę orzeczniczą sądów stwarza więcej zagrożeń niż przynosi korzyści oraz mając na względzie przedstawione wyżej uwagi dotyczące zagadnienia indywidualizacji orzekania w wypadkach przekroczenia granic obrony koniecznej, uwzględniając znaczenie oceny stopnia społecznej szkodliwości oraz stopnia winy na decyzję o nadzwyczajnym złagodzeniu kary, należy stwierdzić, iż zdecydowanie więcej racji merytorycznych przemawia za pozostawieniem art. 25 § 2 k.k. w aktualnie obowiązującym brzmieniu niż za przyjęciem proponowanej jego nowelizacji.

II.2. Art. 25 § 3 k.k.

W przedstawionym do oceny projekcie zamieszczono także propozycję zmiany treści art. 25 § 3 k.k. Projektodawcy wychodząc z założenia, iż istnienie szczególnego, uprzywilejowanego przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej ma więcej zalet niż wad, przedstawili propozycję zmiany brzmienia tego przepisu sprowadzającą się do zastąpienia występującego w aktualnym brzmieniu art. 25 § 3 k.k. sformułowania „sąd odstępuje od wymierzenia kary” sformułowaniem „nie podlega karze”. Zmianie tej towarzyszy niewielka korekta stylistyczna pozostałej części przepisu sprowadzająca się do zastąpienia zwrotu „jeżeli przekroczenie granic obrony koniecznej było wynikiem strachu lub wzburzenia...” sformulowaniem „kto przekracza granice obrony koniecznej w wyniku strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”.

Odnosząc się do pierwszej z wymienionych propozycji zmian tj. zastąpienia zwrotu „sąd odstępuje od wymierzenia kary” zwrotem „nie podlega karze” – stwierdzić należy, iż jest ona w pełni uzasadniona. Propozycja ta nawiązuje do projektów nowelizacji kodeksu karnego z 1997 r. przygotowanych naprzód w roku 2000 r. przez zespół kierowany przez Prof. dr hab. A. Zolla działający przez Ministra Sprawiedliwości H. Suchockiej, następnie zaś do propozycji przyjętych przez zespół ds. nowelizacji kodyfikacji karnych działający przy Prezydencie RP pod kierownictwem Prof. dr hab. A. Wąska. Przyjęcie takie brzmienia art. 25 § 3 k.k. pozwoli osiągnąć dwa - niekwestionowane w piśmiennictwie i orzecznictwie – cele. Po pierwsze w sposób wyraźny przesądzi, że w razie przekroczenia granic obrony koniecznej w wyniku strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu dochodzi do sytuacji, w której brak jest podstaw do przypisania sprawcy winy (art. 1 § 3 k.k.), a w konsekwencji zachowanie osoby przekraczającej granice obrony koniecznej pozbawione jest cechy przestępstwa (wina jest wszak jednym z koniecznych elementów przestępności

zachowania). Brak przestępności czynu prowadzi w dalszej kolejności do jednoznacznego rozstrzygnięcia zagadnienia odpowiedzialności karnej na płaszczyźnie procesowej, stanowiąc podstawę do umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.

W odniesieniu do drugiej z proponowanych zmian, to wydaje się, iż poza stylistyką nie przynosi ona żadnych modyfikacji merytorycznych, co pozwala także do tej propozycji odnieść się pozytywnie.

II.3. Art. 25 § 4 k.k.

Projekt zawiera propozycję wprowadzenia nowego, dodatkowego przepisu do art. 25 oznaczonego jako § 4 k.k., określającego przesłanki niepodlegania karze sprawcy, który przekroczył granice obrony koniecznej broniąc się przed bezprawnym zamachem osoby, która wdarła się do jego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu. W uzasadnieniu projektowanej zmiany wskazuje się, że zamach dokonywany na terenie domu lub posesji pokrzywdzonego stanowi specyficzny przypadek, w którym powinna obowiązywać zasada „mój dom jest moją twierdzą”, zaś na napastnika powinno zostać przeniesione całe ryzyko wynikające z dopuszczenia się zamachu. W uzasadnieniu podkreślono także, że rozwiązane zawarte w projektowanym przepisie art. 25 § 4 k.k. prowadzi do poszerzenia katalogu przesłanek usprawiedliwiających podjęty sposób obrony. Projektodawcy uznali, że obok określonych w art. 25 § 3 k.k. strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu, koniecznym jest wprowadzenie klauzuli bezkarności dla osób, które posiadając odpowiednie przygotowanie, „z zimną krwią” podejmują się obrony przed zamachem, „realnie i chłodno oceniając sytuację”.

Odnosząc się do przedstawionego rozwiązania wskazać wypadnie w pierwszej kolejności, że zwłaszcza uzasadnienie projektowanej zmiany zdaje się odwoływać do swoistej konstrukcji samopomocy, w której napadnięty podejmuje stanowczą i wykraczającą poza granice wynikające z konieczności obrony przeciwalkę, zaś uzasadnieniem dobrodziejstwa niepodlegania karze jest wyłącznie fakt, iż zamach, jakiego dopuścił się sprawca miał miejsce w domu lub posesji broniącego się. W projektowanym przepisie odnaleźć można reminiscencję amerykańskiej filozofii domu jako twierdzy oraz nieograniczonego prawa właściciela do ochrony dóbr znajdujących się w jego domostwie. Nie podejmując w tym miejscu próby głębszej analizy takiego podejścia do instytucji prawa karnego, uwagi dotyczące projektowanego przepisu ograniczyć wypadnie wyłącznie do kwestii czysto dogmatycznych, rzutujących na ewentualny sposób interpretacji i stosowania projektowanego przepisu w praktyce. W tym kontekście wskazać należy następujące grupy zagadnień: problem relacji przepisu art. 25 § 4 k.k. z przepisami art. 25 § 3 i art. 25 § 2 k.k., kwestię przesłanek uzasadniających nie podleganie karze sprawcy przekroczenia granic obrony koniecznej oraz domniemania przyjmowane przez Projektodawcę jako podstawa niepodlegania karze.

Odnosząc się do drugiej ze wskazanych kwestii wskazać wypadnie, że podstawy niepodlegania karze w oparciu o projektowany art. 25 § 4 k.k. mają jednoznacznie obiektywny charakter, związany wyłącznie z miejscem, w którym dochodzi do odparcia zamachu. Jeżeli przekroczenie granic obrony koniecznej miało miejsce w domu broniącego się, jego mieszkaniu, lokalu, pomieszczeniu lub ogrodzonym terenie, to niezależnie od zakresu przekroczenia granic obrony koniecznej, okoliczności rzutujących na stopień społecznej szkodliwości oraz winy broniącego się, jedną konsekwencją jest umorzenie postępowania ze względu na klauzulę niepodlegania karze. Uwzględniając proponowane zmiany w treści art. 25 § 2 k.k., wyraźnie wskazujące na tendencję do poszerzenia zakresu bezkarnych w istocie przypadków przekroczenia granic obrony koniecznej, proponowana w art. 25 § 4 k.k. regulacja prowadzi do bezkarności sprawcy przekroczenia granic obrony

koniecznej w każdym przypadku działania z przekroczeniem granic obrony koniecznej na terenie domu itd. Z uwagi na niejednorodność wypadków przekroczenia granic obrony koniecznej przyjęcie rozwiązania skutkującego w każdej sytuacji niepodleganiem karze sprawcy przekroczenia granic wywoływać musi wątpliwości. Podkreślić należy, iż projektowany przepis w zasadniczy sposób zmienia podstawy do złagodzenia zakresu reakcji karnej wobec osoby, która przekroczyła granice obrony koniecznej. O ile bowiem w przepisie art. 25 § 2 i 3 k.k. – zarówno w wersji aktualnie obowiązującej, jak i w brzmieniu nadanym tym przepisom przez analizowany projekt – podstawą złagodzenia lub wyłączenia odpowiedzialności są elementy subiektywne związane z oceną stopnia społecznej szkodliwości oraz winy sprawcy przekroczenia, o tyle w projektowanym art. 25 § 4 k.k. podstawą wyłączenia odpowiedzialności są okoliczności czysto obiektywne tj. miejsce, w którym sprawca dopuszcza się bezprawnego zamachu a pokrzywdzony podejmuje działania obronne. Sam fakt odparcia zamachu na terenie domu lub posesji pokrzywdzonego stanowi podstawę do niepodlegania karze, niezależnie od tego, jaki był ze względu na konkretno-indywidualne okoliczności zdarzenia stopień społecznej szkodliwości i winy ocenianego czynu. Przyjęcie takiej – obiektywnej – podstawy niepodlegania karze, wywoływać musi dwojakiego rodzaju wątpliwości. Po pierwsze z uwagi na bezwzględny (obligatoryjny) charakter projektowanego przepisu jego zastosowanie w praktyce prowadzić może do odstąpienia od wymierzenia reakcji karnej wobec takich sprawców przekroczenia granic obrony koniecznej, dla których nie sposób znaleźć dostatecznego uzasadnienia na płaszczyźnie społecznej szkodliwości i winy. Tym samym wprowadzenie do systemu tak skonstruowanego przepisu prowadzić będzie w praktyce stosowania prawa do wydawania orzeczeń co najmniej w części przypadków niesprawiedliwych, pozbawionych dostatecznego uzasadnienia. W konsekwencji zmierzając do zmiany niewłaściwego sposobu interpretacji i stosowania przede wszystkim przez organy prokuratury przepisu art. 25 k.k., projektowana zmiana doprowadzić może do - co prawda odmiennie skierowanej, lecz także pozbawionej uzasadnienia - nieprawidłowości w postaci uwalniania od odpowiedzialności osób, które ze względu na podstawowe przesłanki odpowiedzialności karnej na to nie zasługują. Po wtóre z uwagi na obiektywną podstawę niepodlegania karze przepis art. 25 § 4 k.k. rodził będzie poważne trudności o charakterze kolizyjnym w związku z treścią art. 25 § 3 k.k. Podkreślić należy, że art. 25 § 3 k.k., zwłaszcza w wersji proponowanej w niniejszym projekcie, prowadzi do uwolnienia sprawcy przekroczenia granic obrony koniecznej od odpowiedzialności karnej ze względu na okoliczności subiektywne rzutujące na stopień społecznej szkodliwości oraz winy sprawcy przekroczenia. Innymi słowy w przypadku osoby napadniętej we własnym domu, mieszkaniu itp., która podejmuje działania obronne i przekracza dozwolone przez prawo granice obrony ze względu na strach lub wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami zamachu, istnieją podstawy do skorzystania z dobrodziejstwa niepodlegania karze. Jeżeli natomiast brak jest elementów subiektywnych ograniczających lub wyłączających podstawy odpowiedzialności karnej sprawcy przekroczenia granic obrony koniecznej, to trudno przyjąć za uzasadnione wyłączenie odpowiedzialności w oparciu o przesłankę obiektywną tj. miejsce dokonania i odpierania zamachu. Projektowany przepis bynajmniej nie stwarza prawa do obrony dla ludzi – jak podkreśla się w uzasadnieniu – „odważnych, profesjonalnie przygotowanych, którzy podejmą się obrony z zimną krwią, realnie i chłodno oceniając sytuację”, bowiem prawo do obrony koniecznej także dla tego typu osób określa art. 25 § 1 k.k. Wręcz przeciwnie projektowany przepis stwarza podstawy do patologizacji prawa do obrony koniecznej w obrębie własnego domostwa, stwarzając podstawy do niczym nie ograniczonej przeciwwreakcji ze strony zaatakowanego. Taki sposób ujęcia obrony koniecznej w istotny sposób podważa normatywny i społeczny sens tej instytucji, ograniczającej wszak ochronę pewnych dóbr (napastnika, zamachowca), w sytuacji, w której nie istnieje inny niż poświęcenie dóbr

napastnika sposób uniknięcia konsekwencji wynikający z realizowanego przez niego zamachu. Instytucja obrony koniecznej, podobnie jak każdy inny kontratyp, ma zatem, wyjątkowy charakter, w żadnym zakresie nie stanowi podstawy do zastępowania organów państwa w zakresie reakcji na fakt popełnienia przestępstwa. Z uwagi na charakter kontratypu obrony koniecznej zakres jego zastosowania musi być ustawowo ograniczony, projektowany przepis art. 25 § 4 k.k. zdaje się natomiast zmierzać do zniwelowania jakichkolwiek ograniczeń prawa do obrony w obszarze własnego domostwa.

Oceniając projektowany przepis nie sposób nie odnieść się do wskazanych w uzasadnieniu domniemań. Projektodawca stwierdził, że „nadrzędnym celem jest przeniesienie ryzyka na bandziora, który będzie musiał liczyć się z realną możliwością, że może zostać zastrzelony w zgodzie z prawem. Uzasadnione jest to domniemaniem, że tego rodzaju zachowanie jest oczywistym zagrożeniem dla życia domowników”. Odnosząc się do przytoczonego fragmentu uzasadnienia projektu podkreślić należy, że obrona konieczna nie jest i nie może być postrzegana jako instytucja, która stwarza podstawy do eliminacji napastnika przez pokrzywdzonego. Jest oczywistym, że w zależności od charakteru zamachu, napastnik w pewnych okolicznościach np. ataku na życie musi liczyć się z tym, że ofiara broniąc się może pozbawić go życia. Jednak prawo do „zastrzelenia w zgodzie z prawem” napastnika podnosi się jedynie do wypadków, gdy zamach skierowany jest na dobro o odpowiedniej wartości. W żadnym zakresie prawo do tego typu reakcji nie może wynikać z miejsca, w którym realizowany jest zamach. Ponadto nie sposób nie odnieść się do przyjętego przez Projektodawcę domniemania, zgodnie z którym zamach na terenie domostwa „jest oczywistym zagrożeniem dla życia domowników”. Otóż zagrożenie dla życia domowników wynika z charakteru zamachu, nie zaś z miejsca, w którym jest on realizowany. Jeśli rzeczywiście z zachowania napastnika wynika zagrożenie dla życia domowników, to także na gruncie obowiązującego brzmienia art. 25 k.k., pokrzywdzony ma prawo podjąć działania obronne, których konsekwencją może być pozbawienie życia napastnika. Jeśli natomiast z okoliczności zamachu nie wynika zagrożenie dla życia lub zdrowia domowników, to wówczas brak jest jakichkolwiek podstaw do odpierania zamachu w sposób prowadzący do uśmiercenia napastnika. W powyższym kontekście próba wprowadzenia do systemu prawa karnego przepisu prowadzącego do bezkarności sprawców wszelkich przekroczeń granic obrony koniecznej w wypadku podejmowanie obrony na terenie domostwa, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia.

Konkludując tę część rozważań należy stwierdzić, iż projektowany przepis art. 25 § 4 k.k. z uwagi na powiązanie niepodlegania karze wyłącznie z obiektywnymi okolicznościami oraz obligatoryjność konsekwencji trudno uznać za poprawnie skonstruowany.

III. Propozycja nowelizacji art. 259 k.p.k.

Przedstawiony projekt nowelizacji prawa karnego zawiera propozycję uzupełnienia treści art. 259 k.p.k. określającego tzw. negatywne przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania o rozwiązanie wykluczające możliwość stosowania tego najsurowszego środka zapobiegawczego wobec sprawcy, który dopuścił się zarzucanego mu czynu działając w obronie koniecznej lub który przekroczył jej granice. Wprowadzenie dodatkowej negatywnej przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania w postaci działania oskarżonego w obronie koniecznej lub z przekroczeniem granic tej instytucji wywołuje zasadnicze wątpliwości. Wydaje się, że w przypadku propozycji nowelizacji art. 259 k.p.k. doszło do pomieszania instytucji. Wszak środki zapobiegawcze, w tym oczywiście także tymczasowe aresztowanie, mają jednoznacznie procesowy charakter i służą zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania przygotowawczego oraz ewentualnie jurysdykcyjnego. Podstawy ich stosowania określają przepisy art. 249 i art. 258 k.p.k., zaś zasadniczą przesłanką stosowania

każdego ze środków zapobiegawczych jest wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez oskarżonego czynu zabronionego. Z punktu widzenia sytuacji prowadzenia postępowania przygotowawczego wobec osób, które działały w ramach (w granicach) obrony koniecznej lub dopuściły się przekroczenia granic tego kontraktu, możliwość stosowania tymczasowego aresztowania wyznaczają dwie przesłanki: po pierwsze tzw. ogólna (art. 249) i tzw. szczególne (art. 258) przesłanki tymczasowego aresztowania; po wtóre tzw. negatywne przesłanki tymczasowego aresztowania. Możliwość stosowania najsurowszego ze środków zapobiegawczych uzależniona jest od pozytywnego przesądzenia przesłanek ogólnych i szczególnych oraz negatywnego przesądzenia tzw. przesłanek negatywnych. Sam fakt działania podejrzanego lub oskarżonego w ramach obrony koniecznej lub z przekroczeniem granic tego kontraktu w żadnym zakresie „automatycznie” nie wyklucza spełnienia przesłanki ogólnej oraz szczególnej ani nie przesądza istnienia przesłanek negatywnych. Kwestia przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania ma bowiem charakter czysto procesowy, zaś kwestia działania w obronie koniecznej lub z przekroczeniem jej granic prawnomaterialny. Z punktu widzenia związków działania w obronie koniecznej lub z przekroczeniem granic ego kontraktu raz podstaw tymczasowego aresztowania wskazać należy, że z uwagi na konsekwencje działania w obronie koniecznej (brak przestępstwa) oraz konsekwencje działania z przekroczeniem jej granic (nadzwyczajne złagodzenie kar, odstąpienie od jej wymierzenia albo w wersji projektowanej niepodleganie karze), co do zasady nie zostaje spełniona przesłanka ogólna (w razie działania w obronie koniecznej) lub występuje jedna z przesłanek negatywnych (w razie działania z przekroczeniem granic tego kontraktu) – art. 259 § 2 k.p.k. Podkreślić należy, że wystąpienie wskazanych wyżej okoliczności wykluczających możliwość stosowania tymczasowego aresztowania w wypadku działania sprawcy w granicach obrony koniecznej lub z przekroczeniem jej granic nie konieczne aktualizować się w każdym przypadku. Do pomyslenia są bowiem wypadki, w których ze względów proceduralnych zachodzić będą podstawy do zastosowania jednego, w tym także najsurowszego, środka zapobiegawczego. Tym samym wprowadzenie do k.p.k. przepisu wykluczającego możliwość stosowania tymczasowego aresztowania w każdym przypadku działania sprawcy w obronie koniecznej lub z przekroczeniem jej granic trudno uznać za uzasadnione.

Niezależnie od przedstawionych wyżej krytycznych uwag dotyczących propozycji uzupełnienia treści art. 259 o § 4 k.k., podnieść należy, iż zasadniczego przemodelowania wymaga aktualna praktyka stosowania tymczasowego aresztowania. Nie budzi bowiem najmniejszych wątpliwości, że środek ten stosowany jest bez jakiegokolwiek rozważenia i umiaru, zaś stosunkowo częste są przypadki, w których wykorzystywany jest nie tyle dla zapewnienia prawidłowego toku postępowania przygotowawczego, co w celu swoistego „zmiękczenia” podejrzanych i zmuszenia ich poprzez długotrwałą izolację do złożenia samoobciążających wyjaśnień. Praktyka ta jest ze szczególnym upodobaniem stosowana przez wydziały ds. przestępczości zorganizowanej, której zamiast ścigać sprawców przestępstw kryminalnych, zajmują się tzw. przestępczością białych kołnierzyków, aresztując praktycznie każdego menadżera lub przedsiębiorcę, w stosunku do którego prowadzone jest postępowanie przygotowawcze. Podobnie przedstawia się praktyka stosowania tymczasowego aresztowania w sprawach związanych z działaniem w obronie koniecznej lub z przekroczeniem jej granic. Oczywiście z perspektywy tej „patologii” stosowania tymczasowego aresztowania nie budzi wątpliwości potrzeba natychmiastowej korekty praktyki stosowania tego środka. Podzielając w pełni krytyczną ocenę zarówno wniosków prokuratorskich dotyczących tymczasowego aresztowania, jak i swoistej bezrefleksyjności sądów wydających postanowienia o jego zastosowaniu, z całym przekonaniem stwierdzam, iż w tym zakresie konieczne jest zdecydowane zwiększenie nadzoru nad stosowaniem tego środka oraz egzekwowanie odpowiedzialności na wszelkich płaszczyznach w wypadkach jego nieuzasadnionego

stosowania. Praktyka procesów tocznych przeciwko RP przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości jednoznacznie wskazuje, że ilość nieuzasadnionych przypadków stosowania lub przedłużania tymczasowego aresztowania jest w najwyższym stopniu niepokojąca. Jednak zmiana tego stanu rzeczy nie dokona się poprzez wprowadzenie do kodeksu postępowania karnego wątpliwego merytorycznie przepisu art. 259 § 4 k.p.k.

/-/ Piotr Kardas

Warszawa, dn. 25 września 2004 r.

Dr Janusz Kochanowski
Instytut Prawa Karnego
Uniwersytetu Warszawskiego

Opinia prawna dotycząca projektowanych zmian w art. 25 kodeksu karnego oraz art. 259 kodeksu postępowania karnego

Projekt nowelizacji proponuje następujące zmiany aktualnego stanu prawnego:

1. *obligatoryjne* w miejsce *fakultatywnego* nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej z art. 25§2 kk;
2. zrównanie w tym zakresie każdego przekroczenia granic obrony koniecznej przez zrezygnowanie z istniejącego obecnie podkreślenia: „w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu”;
3. wprowadzenie możliwości umorzenia postępowania karnego już na etapie postępowania przygotowawczego przez wprowadzenie „nie podlega karze” w miejsce dotychczasowego „Sąd odstępuje od wymierzenia kary..”
4. wprowadzenie takiej samej możliwości umorzenia postępowania w razie przekroczenia granic obrony koniecznej nawet gdy nie było ono „wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu” w przypadku przestępstwa naruszenia miru domowego z art. 193 kk

Istotą instytucji obrony koniecznej jest naturalne prawo każdego do obrony własnej oraz pomocy innym, gdy takiej obrony potrzebują. Chodzi, rzecz jasna, o obronę przed bezprawnymi zamachami na dobra podlegające ochronie prawa, w tej sytuacji „prawo nie może ustępować przed bezprawiem”. Ten, kto działa w ramach obrony koniecznej, nie tylko nie popełnia przestępstwa ale nawet nie działa bezprawnie. Dopóki działa w tych granicach nie można stosować przeciwko jego działaniu obrony koniecznej – „obrony koniecznej nie można stosować przeciwko obronie koniecznej”, gdyż nie można jej stosować wobec działania prawnego.

Zupełnie inaczej jest w przypadku *przekroczenia granic obrony koniecznej*, w której to sytuacji sprawca oczywiście nie działa w obronie koniecznej. Sama nazwa wydaje się być myląca, gdyż sugeruje jak gdyby sprawca musiał rozpocząć swoje działanie w ramach obrony koniecznej, której granice następnie „przekracza” - działając już po ustaniu zamachu albo też nadmiernie (i niepotrzebnie) intensyfikując sposób swojej obrony. W rzeczywistości tego rodzaju sytuacje nie są warunkiem zastosowania tej instytucji, gdyż ma ono również miejsce w przypadku dopiero spodziewanego ataku.

Na pewno jednak sprawca w takich sytuacjach (tj. przekroczenia granic obrony koniecznej) nie tylko działa bezprawnie, ale co więcej działa przestępnie. Działa przestępnie dlatego, że podjął swoje działanie w sytuacji, w której nie było (jeszcze) grożącego zamachu albo też już po ustaniu zamachu (sprawca ucieka i „broniącemu” się nic już nie grozi), albo też gdy zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu (np. zamiast kija użył broni palnej, raniąc lub zabijając napastnika).

Jak już z tego opisu wynika, w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej niezbędnie jest ważenie dwóch dóbr - z jednej strony prawa do obrony przed napaścią, które w instytucji tej jest jak gdyby „rozszerzane” na sytuacje leżące poza zakresem obrony

koniecznej oraz praw poszkodowanego „napastnika”, który być może w ogóle nim nie był albo też był nim tylko do pewnego momentu albo wreszcie był nie tak groźny jak sposób obrony. Należy pamiętać, że tego rodzaju znaczne rozszerzenie instytucji przekroczenia granic obrony koniecznej nastąpiło już w aktualnie obowiązującym § 3 art. 25, który przewiduje *obligatoryjne* odstąpienie od wymierzenia kary w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej, które było „wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu”. Sedno owego *ważenia* występuje w tym przypadku w określeniu „usprawiedliwione okolicznościami zamachu”, gdyż jakkolwiek „wzburzenie” takie czy „strach” z reguły w takich przypadkach występuje, to jednak nie zawsze musi być akceptowane lub też w ogóle nie jest akceptowalne.

W przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej niezbędne jest więc postawienie następujących pytań: czy zachodzą przesłanki do przyjęcia, że można zastosować instytucje przekroczenia, jakiego rodzaju było to przekroczenie (ekstensywne, czy intensywne), czy przekroczenie to było wynikiem „strachu lub wzburzenia” oraz czy wzburzenie to i strach były usprawiedliwione okolicznościami zamachu. Wszystkie te pytania wskazują jak płynna jest często granica między obroną konieczną i przekroczeniem jej granic z jednej strony, oraz przekroczeniem granic, a niczym nie usprawiedliwionym zamachem przestępnym rzekomo napadniętego, z drugiej.

Z tego rodzaju konstatacji powinny wynikać następujące wnioski:

- niewskazane jest wprowadzanie *obligatoryjnego* nadzwyczajnego złagodzenia kary przez sąd w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej. Wobec płynności wyszczególnionych wyżej ocen sąd, który nie będzie chciał zastosować niesłusznego, jego zdaniem, nadzwyczajnego złagodzenia kary będzie zmuszony do negatywnej odpowiedzi na któreś z postawionych pytań byle tylko dojść do zadawalającego rezultatu. W konsekwencji dojdzie do „psucia” instytucji. Obecnie istniejące *fakultatywne* nadzwyczajne złagodzenie kary stanowi najwłaściwsze w tym zakresie rozwiązanie;
- niewskazane jest przyznanie prawa do rozstrzygania tych kwestii prokuratorowi, zwłaszcza, że „nie podleganie karze” jest w swoich zasadniczych konsekwencjach zbieżne ze stwierdzeniem „nie popełnia przestępstwa”. Ze względu na wagę dóbr, o których przychodzi w takich sytuacjach rozstrzygać niezbędna jest jawność procedury oraz niezawisłość, którą dysponuje sąd, a nie prokurator. Wystarczy zresztą sobie wyobrazić do jakich mogłoby dojść nadużyć w przypadku powierzenia tego rodzaju prerogatyw prokuraturze;
- niewskazane jest również wprowadzenie całkowitej i obligatoryjnej niekaralności w przypadku naruszenia „miru domowego” i to bez wymogu działania pod wpływem strachu lub wzburzenia. Oznaczałoby to wprowadzenie całkowitej bezkarności właściciela, posiadacza lub zarządzającego „domem, mieszkaniem, lokalem pomieszczeniem lub ogrodzonym terenem”, który np. mógłby bezkarnie (i na zimno) zabić naruszającego bez zezwolenia (a więc bezprawnie) jego prywatność dziennikarza, inkasenta, czy roztrzepanego przechodnia. Jest to chyba zresztą intencją leżącą u podstaw proponowanej zmiany skoro w uzasadnieniu czytamy, że „intruz czy napastnik powinien ponosić pełne ryzyko zamachu”, gdyż „uzasadnione jest to domniemaniem (sic!), że tego rodzaju zachowanie jest oczywistym zagrożeniem dla życia domowników”. Nie można przy tej okazji nie zwrócić uwagi, że istniejący przepis określający konsekwencje t. zw. błędu co do kontratypu (art. 29 kk) daje wystarczającą i daleko idącą ochronę sprawcy, który działał w urojonej obronie koniecznej. Nie ponosi on odpowiedzialności w przypadku błędu usprawiedliwionego i może korzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary nawet wówczas, gdy błąd był z jego strony zawiniony.

- z podobnych względów należy się wypowiedzieć przeciwko możliwości stosowania tymczasowego aresztowania w przypadku powoływania się na *przekroczenie obrony koniecznej* chociaż można się zgodzić, że zakaz taki powinien mieć zastosowanie w przypadku uzasadnionego powoływania się na *działanie w ramach obrony koniecznej*. Tego rodzaju zmianę tj. dodanie pierwszej części proponowanego §5 do art. 259 kpk można uznać za celową.

Dr Janusz Kochanowski

Wyrażone w materiale opinie odzwierciedlają jedynie poglądy autora.

© Copyright by Kancelaria Senatu, Warszawa 2004

Wszelkie prawa zastrzeżone. Żadna część ani całość opracowania nie może być bez zgody wydawcy - Kancelarii Senatu – reprodukowana, użyta do innej publikacji oraz przechowywana w jakiegokolwiek bazie danych.