

Prof. dr hab. Marian Filar
Kierownik Katedry Prawa Karnego o Polityki Kryminalnej
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

**Opinia prawna o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny
oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego**

A. Uwagi ogólne

1. Wedle mej oceny projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego wyraźnie wpisuje się w nurt myślenia populistycznego. Sprowadza się ono do prób regulacji określonych zagadnień w sposób odpowiadający (by nie powiedzieć „schlebiający”) aktualnym nastrojom opinii społecznej i uzasadniany argumentami ewidentnie demagogicznymi, mającymi jednak szansę trafienia do niezbyt zorientowanych w szczegółach regulacji prawnych i ich implikacjach obywateli. Klinicznym przykładem był tu zgłaszany w swoim czasie postulat jednej z pań senator, iż odpowiedzialności karnej nie może podlegać ten, kto przyjmuje pod dach płaczące dziecko (w domyśle – bite przez okrutnego ojca, molestowane seksualnie itp.). Brzmi to bardzo dobrze, kogóż bowiem nie wzrusza los płaczących dzieci, tylko z prawnego punktu widzenia po prostu nic nie znaczy! Metodologia taka sprowadza się do prostej tezy – „ludzie tego chcą, a więc tak ma być i basta!”. Argumentacja tego rodzaju była ostatnio eksploatowana m.in. podczas dyskusji o karze śmierci. Legislacja prawnokarna to jednak, niestety, rzecz zbyt złożona, by oprzeć ją można było na argumencie „ludzie tego chcą”.

2. Zaprezentowanej powyżej poetyki myślenia nie kryją zresztą w uzasadnieniu do projektu ustawy jego autorzy. Piszą: „jak wynika z badań OBOP 64% tych, którzy zetknęli się z przestępstwem, zamierza działać na własną rękę i w ten sposób próbować zapewnić sobie bezpieczeństwo”. Cóż, 64% chce, więc nie można tego zlekceważyć. No, a nie bez znaczenia jest i to, że owe 64% promotorów zmian k.k., wedle owego „chcenia”, zachowa prawdopodobnie we wdzięcznej pamięci! Rodzi się tu jednak dość kłopotliwe pytanie – a kto owym 64% zabrania bronić się na własną rękę w ramach stanu normatywnego obowiązującego obecnie na gruncie art. 25 k.k.?

I tu czas na uwagi szczegółowe.

B. Uwagi szczegółowe

1. Obrona konieczna jest jedną z najstarszych i najlepiej teoretycznie opracowanych instytucji prawa karnego. W sposób legislacyjnie perfekcyjny, będący wzorem syntetycznej techniki legislacyjnej wg najlepszych tradycji k.k. z 1932 r., formułuje ją art. 25 § 1 k.k. z 1997 r. stanowiąc, iż nie popełnia przestępstwa (tzw. kontratyp – brak bezprawności czynu), kto w obronie koniecznej odpiera **b e z p o ś r e d n i, b e z p r a w n y** zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem. Zachowanie podjęte w obronie koniecznej wyłącza więc bezprawność czynu, czyn taki nie jest więc przestępstwem, postępowania karnego się więc nie wszczyna, wszczęte zaś umarza (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.).

2. Nie budzi także żadnej wątpliwości przepis art. 25 § 2 k.k. formułujący tzw. **ekscesy obrony koniecznej**. Rzecz została dziesiątki razy opisana w podręcznikach i komentarzach prawa karnego, posiada bogate orzecznictwo i dla każdego, kto się z tym zapoznał, nie powinna budzić cienia wątpliwości. Wyróżniamy tu tzw. eksces intensywny, polegający na zastosowaniu przez sprawcę sposobu obrony niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu oraz eksces ekstensywny, polegający na zastosowaniu obrony przed lub po zamachu. Czyny popełnione w tych warunkach nie są więc obroną konieczną wyłączającą bezprawność, lecz ekscesami tej obrony. Są one więc co do zasady bezprawne i przestępcze, lecz sąd biorąc pod uwagę szczególną sytuację motywacyjną ekscedenta może zastosować wobec niego nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Jest to tzw. sędziowskie prawo darowania kary, funkcjonujące w sferze zasad wymiaru kary, a nie wyłączenia przestępczości czynu.

Trudno o bardziej jasną i jednoznaczną regulację, dlatego zastrzeżenie wyrażone w uzasadnieniu, iż treść art. 25 § 2 k.k. jest nieprecyzyjna, może dowodzić tylko tego – jakby to grzecznie powiedzieć – iż postrzeganie przez niektórych tego przepisu jest nieprecyzyjne. Trudno zrozumieć, dlaczego w trosce o „precyzyjność” tego przepisu, w treści projektu pominięto opisujący tzw. eksces intensywny zwrot „gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu”. Argument zawarty w uzasadnieniu, iż zrobiono tak, gdyż „każde przekroczenie granic obrony koniecznej powinno być traktowane podobnie” jest całkowicie niezrozumiałe. Czyżby promotorzy tej zmiany byli zdania, że możliwe są jakieś inne postacie ekscesu oprócz ekscesu intensywnego (nieadekwatność sposobu obrony w relacji do niebezpieczeństwa zamachu) i ekscesu ekstensywnego (rozbieżność w czasie)? Jakże?! Gdyby więc wykreślono powyższy zapis, to wtedy przepis art. 25 § 2 k.k. byłby niezrozumiały!

3. Dla nikogo nie powinno budzić wątpliwości, iż na gruncie art. 25 k.k., w jego obecnym brzmieniu, prawo nie może ustępować przed bezprawiem i napadnięty ma prawo do obrony skutecznej. To obecnie absolutny standard doktryny i orzecznictwa. Nikt dziś nie twierdzi, iż napadnięty powinien uciekać, gdyż to może uratować jego skórę, gdy zaś nie ucieknie, a dobierze się w obronie koniecznej do skóry napastnika, będzie odpowiadał karnie.

Nie wykluczam, że tak może rozumować jakiś prokurator, będzie on wtedy prawnym półanalfabetą i by uniknąć takich nonsensów, trzeba zmienić prokuratora, a nie kodeks karny! Rzecz jednak w tym, w jaki sposób można się owemu napastnikowi „dobrać do skóry”, by była to jeszcze obrona konieczna. Absolutnie nie do przyjęcia jest tu podnoszona w uzasadnieniu „westernowa” teza, iż kto się broni, ma prawo użyć środka bardziej niebezpiecznego (a więc każdego!) niż ten, którego użył sprawca zamachu, gdyż po to, by obrona była skuteczna, musi być bardziej intensywna niż napaść. Nikt zorientowany nie rozumie wynikającego z art. 25 § 2 k.k. nakazu współmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu w taki sposób, iż ta współmierność musi mieć charakter ściśle techniczny i jeśli np. na ulicy rozwydrzony wyrostek zamierza nas opluć (a to też bezprawny zamach), możemy się bronić tylko w ten sposób, iż my go też oplujemy! Ale czy oznacza to, iż możemy od razu rzucić w niego bombą atomową, co by było i bardziej intensywne, i skuteczne?! Czy taką możliwość mieli na myśli promotorzy ustawy? I czy zastanowili się nad konsekwencjami takiego rozwiązania? Środek obrony ma być skuteczny, co oznacza, iż ma wystarczać w danej sytuacji na odparcie zamachu. Ale nie może być więcej niż skuteczny, tj. taki, który przekracza swą intensywnością niebezpieczeństwo zamachu, stanowiąc przykład strzelania do wróbla z armaty. Bo wtedy nie ma obrony koniecznej, tylko jej eksces i sąd ma prawo, uwzględniając konkretną sytuację i emocje napadniętego, potraktować go w szczególny sposób, tj. zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpić od jej wymierzenia (art. 25 § 2 k.k.). A nawet, gdy przekroczenie takie było po stronie napadniętego wynikiem strachu lub wzburzenia, które to odczucia w konkretnym przypadku sąd uzna za usprawiedliwione okolicznościami zamachu, obligatoryjnie odstąpi wówczas od wymierzenia kary (art. 25 § 3 k.k. – ustawowa klauzula bezkarności). Zachowajmy tu jednak zdrowy rozsądek i nie czynmy obywatelskiej cnoty ze strzelania do wróbla z armaty!

4. Apel ten jest szczególnie aktualny w przypadku planowanego dodania do obecnej treści art. 25 k.k., tworzącego kolejny szczególny „supereksces” obrony koniecznej, § 4 – nazwijmy go ekscesem „mój dom moją twierdzą”. Oznacza on, iż „nie podlega karze” (a to coś więcej niż sędziowskie prawo darowania kary, będzie o tym jeszcze mowa), kto przekracza granice obrony koniecznej (a więc broni się w dowolnie intensywny sposób) przed

osobą, która wdarła się do jego domu, mieszkania, lokalu albo na ogrodzony teren. Czy oznacza to, że autorzy projektu zezwalają np. na położenie trupem serią z „kałasznikowa” kogoś, kto pokonał ogrodzenie naszej działki ogrodniczej w celu podziwiania rosnących tam kwiatów, nawet bez zamiaru ich zerwania? (a sprawca taki też narusza mir domowy w rozumieniu art. 193 k.k.), gdy wystarcza dla skutecznego odparcia zamachu pogonienie go z grabiami? A może (dajmy spokój z „kałasznikowem”) wystarczyłoby ich zdaniem rozplątanie mu głowy siekierą (patrz uzasadnienie!). Panowie, błagam o litość! Nie dla nieproszonego gościa, ale dla elementarnego zdrowego rozsądku. „Supereksces” typu „mój dom moją twierdzą” obarczony jest jeszcze innym grzechem ciężkim. Grzechem kazuistyki. Po co tworzyć kolejny skrajnie kazuistyczny „supereksces” tam, gdzie dla skutecznego „pogonienia” nieproszonego gościa wystarcza w pełni art. 25 § 1 k.k., a gdyby goniący przesadził z gorliwością, zwykły eksces opisany syntetycznie w art. 25 § 2 k.k. w jego obecnym brzmieniu! Już i tak niepotrzebnie zafundowaliśmy sobie (w ostatniej fazie procesu legislacyjnego) „supereksces” z art. 25 § 3 k.k. Stwórzmy więc jeszcze jeden, a potem ktoś wpadnie na pomysł, że trzeba stworzyć jeszcze jeden (np. „moje biuro jest moją twierdzą” – a nie? przecież dokumenty tam znajdujące się są cenniejsze niż rzodkiewka na działce), a potem jeszcze jeden i tak dalej! Bo się ludziom podoba! Lepsze jest wrogiem dobrego. Jeśli mamy przepis syntetyczny, w którym wszystko się zmieści, po co tworzyć stanowiące jego egzemplifikację postacie kazuistyczne tego samego?

5. Odrębną sprawą, zasługującą na poważne rozważenie, jest natomiast ustalenie poziomu tolerancji wobec ekscesów ekscedenta przekraczającego granice obrony koniecznej. W obecnym stanie normatywnym w stosunku do ekscesu „zwykłego” z art. 25 § 2 k.k. jest nią poziom tzw. sędziowskiego prawa darowania kary (jej nadzwyczajne złagodzenie lub odstąpienie od jej wymierzenia), w stosunku zaś do „superekscesu” z art. 25 § 3 k.k. – ustawowa klauzula niekaralności (obligatoryjne odstąpienie od wymierzenia kary). W projekcie poziom ten istotnie podwyższa się (obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie przy ekscesie zwykłym z art. 25 § 2 k.k. przy zachowaniu fakultatywnej możliwości odstąpienia od jej wymierzenia), zaś w przypadku „superekscesów” (art. 25 § 3 i planowanego art. 25 § 4) przechodzi się wręcz na klauzulę niepodlegania karze. W konsekwencji tej propozycji, w tym ostatnim przypadku „niepodleganie karze” oznacza okoliczność wyłączającą w ogóle postępowanie karne (nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza – art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.).

Oznacza to, iż z politycznokryminalnego punktu widzenia ustawodawca uznałby, iż czyn taki, chociaż przestępny, stanowi jednak przypadek złamania prawa w mniejszym niż

zwykle stopniu naganny. Identyczne rozwiązanie zawiera projekt Podkomisji Nadzwyczajnej do spraw reformy k.k. z 4.X.2004 r. odnośnie art. 25 § 3 k.k. Jeśli w odniesieniu do tego właśnie przepisu postulat ten może być jeszcze rozważony (choć nie jestem takiego rozwiązania entuzjastą), gdyż owe niepodleganie karze uzależnione byłoby od stwierdzenia, iż strach lub wzburzenie były usprawiedliwione okolicznościami zamachu, zastosowanie tej samej instytucji w odniesieniu do planowanego § 4 art. 25 miałyby czysto zobiektywizowany charakter i nie musiałyby być już niczym usprawiedliwione! Czy o to chodziło autorom projektu?

6. Całkowitym nieporozumieniem jest propozycja nowelizacji art. 259 k.p.k. Areszt tymczasowy, jak powszechnie wiadomo, jest środkiem zapobiegawczym, mającym głównie na celu zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania, w szczególności zaś zapobiegnięcie uchylaniu się oskarżonego od sądu, zaś wyjątkowo celem jego zastosowania jest zapobiegnięcie możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego poważnego przestępstwa (art. 249 k.p.k. w zw. z art. 258 k.p.k.). I to tylko wówczas, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo (art. 249 § 1 k.p.k. *in fine*). Jeśli z okoliczności sprawy wynika, że oskarżony działał w obronie koniecznej, oznacza to, iż nie popełnił żadnego przestępstwa, bo obrona konieczna wyłącza przestępczość czynu. W konsekwencji areszt tymczasowy nie może być i tak stosowany w związku z treścią art. 249 § 1 *in fine*. Z okoliczności sprawy (zebranych dowodów) nie może bowiem jednocześnie wynikać, iż wskazują one na duże prawdopodobieństwo, że przestępstwo popełnił oraz że go nie popełnił (gdyż działał w obronie koniecznej)! Jeśli natomiast z okoliczności sprawy wynika, że oskarżony przekroczył granice obrony koniecznej, a więc przestępstwo popełnił, ewentualne zastosowanie aresztu tymczasowego, jak w przypadku każdego innego przestępstwa, zależeć powinna od ogólnych przesłanek stosowania tego środka, w tym zwłaszcza potrzeby zabezpieczenia interesów śledztwa. Nie ma bowiem żadnego racjonalnego powodu, by np. w przypadku ewidentnego zagrożenia matactwem lub uchylania się od sądu z góry wykluczać możliwość zastosowania aresztu tymczasowego, jeśli nawet inne środki zapobiegawcze mogą okazać się nieskuteczne. A zresztą, gdyby z okoliczności sprawy wynikało, iż działał on w warunkach „superekscesu”, o którym mowa w art. 25 § 3–4 projektu, stosowanie aresztu i tak nie wchodziłoby w rachubę, sprawca bowiem nie podlegałby karze z konsekwencjami opisanymi w art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. Nie można bowiem wsadzić do aresztu kogoś, wobec kogo bądź nie wszczyna się w ogóle postępowania, bądź postępowanie takie umarza.

WNIOSKI:

Przedstawiony do oceny projekt wedle mojego poglądu zawiera tak liczne uproszczenia i niekonsekwencje, iż nie można uznać go za podstawę wdrożenia prac legislacyjnych nad zmianą kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego w proponowanym przez projekt zakresie. Zamiast wymyślać doraźne i improwizowane rozwiązania, należałoby więc skoncentrować się na rozsądnym stosowaniu prawa, które w tym względzie istnieje, zgodnie z jego duchem i literą.

Toruń, dnia 14 grudnia 2004 r.

Prof. dr hab. Marian Filar