

Katarzyna Doroszevska

Spoleczna szkodliwosc czynu jako okieslenie zla w polskim prawie karnym?

Most people associate crime with conduct considered as an “evil” or “bad”. But in Polish Criminal Code there is no such word as „evil”. Can it lead to the conclusion that law is ethically neutral? Or there is other factor, which can be acknowledged as synonym?

The only clause that could be associated with the “evil” is the clause of “social harm”, which is used as one of the statutory elements of the crime. *Prima facie* the meaning of this clause is clear, but in a specific case, the distinction between minor and significant social harm can be very hard. The aim of this clause is to differ acts that can be acknowledged as crime or minor offense. But isn’t the real meaning of social harm an attempt to differ between the “good” and “bad” conducts? The doctrine vary in describing the nuances of the issue taking into consideration different element of the act. Nearly everybody agrees that the real value of harm which was done is not important.

The main problem discussed in the article is the meaning of social harm as the aspect of „evil”. In fact, the law cannot have neutrally attitude to crime. Essential aspect of criminal law is to criticize harmful acts and Polish law does it by using “the social harm” clause. The question is what is considered evil in Polish law and what kind of factors determine it?

1. Wprowadzenie

We wszystkich społeczeństwach istnieje potrzeba ukarania sprawców czynów uznawanych za niepożądane. Również w polskiej kulturze wykształciła się ta potrzeba, a jej efektem było stworzenie systemu prawa, który umożliwi skuteczne ukaranie osób odpowiedzialnych. Rzadko zadaje się pytanie, z jakiego powodu taka osoba ma ponieść odpowiedzialność, jednak najbardziej intuicyjną odpowiedzią mogłoby być – za przestępstwo, bądź – za wyrządzone zło. Jednakże polski Kodeks karny¹ nie wspomina o tym, że czyn

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1137), dalej „Kodeks karny”, „kodeks” lub „k.k.”.

zabroniony musi być zły. Wręcz przeciwnie, słowo „zło” nie pada w żadnym kontekście w ustawie karnej. Wielokrotnie natomiast wspomina się o przestępstwie. Czy zatem uzasadnione jest tak częste utożsamianie, w mowie potocznej, przestępstwa ze złem?

2. Materialna i formalna definicja przestępstwa

Odpowiedź na to pytanie należałoby zacząć od wyjaśnienia materialnej i formalnej definicji „przestępstwa”. Formalne ujęcia przestępstwa ograniczają się do stwierdzenia, że przestępstwem jest czyn wypełniający znamiona określone w ustawie karnej. Natomiast materialne koncepcje ujmują przestępstwo jako czyn wymierzony w dobro społeczeństwa, którym sprawca wyrządził zło². Koncepcje te formowały się podczas długiego procesu trwającego od średniowiecza. W czasie kształtowania się różnych systemów prawnych obowiązywał podział przestępstw na publiczne i prywatne. Przestępstwa prywatne dotyczyły naruszenia interesów jednostki lub rodziny, publiczne natomiast naruszenia porządku publicznego. Stopniowo sfera publicznego wymiaru sprawiedliwości powiększała się, a wzrost znaczenia religii sprawił, że przestępstwa coraz częściej ujmowano jako wykroczenia przeciwko boskiemu porządkowi. Wciąż jednak pozostawał w świadomości ludzkiej podział czynów na prywatne, karane ze względu na wyrządzone zło oraz publiczne, karane ze względu na odgórny zakaz. Dopiero czasy oświecenia, a zwłaszcza prace Monteskiusza³ i C. Beccarii⁴, przyniosły ideę ujęcia przestępstwa jako czynu ogólnie szkodzącego interesom społeczeństwa.

Ponieważ polskie prawodawstwo w wieku XIX praktycznie nie istniało, problem stworzenia kodyfikacji karnej dla całego państwa pojawił się dopiero po I Wojnie Światowej. Utworzono Komisję Kodyfikacyjną, na czele której stanął wybitny prawnik Juliusz Makarewicz. Wraz z pozostałymi członkami Komisji postanowił On o brzmieniu art. 1 Kodeksu karnego z 1932 r., który stanowił, że „Odpowiedzialności karnej ulega ten, kto dopuszcza się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”⁵. Było to związane z obecnością w Komisji przedstawicieli szkoły pozytywizmu prawniczego, opowiadających się za formalną definicją przestępstwa. Było to klasyczne ujęcie formalne przestępstwa, przy czym jego twórcy uznawali, że materialna treść przestępstwa jest

² R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 13.

³ Ibidem, s. 16.

⁴ Beccaria napisał: „*Widzieliśmy już, co jest prawdziwą miarą wagi przestępstw. Jest nią szkoda wyrządzana społeczeństwu*”, C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, przekł. E. Rappaport, Łódź 2014 s. 75.

⁵ Art. 1 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. Nr 60 poz. 571).

wyrażona w momencie określania poszczególnych typów przestępstw. Zatem istota ujemnego społecznie oddziaływania czynu była zawarta już w samym przepisie części szczególnej kodeksu karnego.

Z kolei radziecka myśl prawnicza uznawała za złe czyny społecznie niebezpieczne, przy czym za takie uważano również czyny stanowiące niebezpieczeństwo dla ustalonych przez rewolucję stosunków społecznych⁶. W konsekwencji oznaczało to przyjęcie otwartego katalogu przestępstw i odejście od fundamentalnej zasady *nullum crimen sine lege*. Takie ujęcie przestępstw stanowiło wypaczenie klasycznych koncepcji materialnej definicji przestępstwa, bowiem prowadziło do znaczących nadużyć władzy, przed którymi powinno chronić materialne ujęcie czynu zabronionego⁷.

W latach późniejszych, wraz z odchodzeniem od polityki stalinizmu, zmieniło się podejście do prawa karnego. Skutkiem tego także polska kodyfikacja karna z 1969 r.⁸ wprowadzała materialną koncepcję przestępstwa, ale nie w tak radykalnej formie jak prawodawstwo porewolucyjne w Rosji radzieckiej. Uznano bowiem za niepożądane zachowania „społecznie niebezpieczne”⁹. Określenie to było niejednokrotnie używane do uzasadnienia wymierzania sankcji karnych wobec opozycji, co z pewnością można uznać za nadużycie prawa. Co więcej, wadliwa konstrukcja przepisów określających „społeczne niebezpieczeństwo czynu” mogła prowadzić do interpretacji, wedle której to sąd powinien oceniać zasadność penalizacji danego typu czynu zabronionego (art. 1 oraz art. 26 k.k. z 1969 r.).

Komisja Kodyfikacyjna, działająca w latach transformacji ustrojowej zdecydowała się na ujęcie formalno-materialne przestępstwa, stanowiące art. 1 obowiązującego dziś Kodeksu karnego. W paragrafie pierwszym tego artykułu ujęto część formalną definicji („odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”)¹⁰, natomiast w paragrafie drugim część materialną („nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony którego społeczna szkodliwość jest znikoma”)¹¹. Oznacza to, że właśnie pojęcie „społecznej szkodliwości” ma stanowić kryterium, według którego ocenia się wyrządzoną przez czyn krzywdę. Odejście od pojęcia społecznego

⁶ R. Zawłocki, op.cit., s. 40-41.

⁷ Ibidem, s. 45.

⁸ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny. (Dz.U. 1969, Nr 13, poz. 94), dalej „k.k. z 1969 r.”.

⁹ Art. 1 k.k. z 1969 r..

¹⁰ Art. 1 § 1 k.k.

¹¹ Art. 1 § 2 k.k.

niebezpieczeństwa nie było przypadkowe¹². Jak przyznaje A. Zoll, członkowie Komisji postanowili o zmianie tego pojęcia z dwóch powodów. Uznali to pojęcie za historycznie obciążone, służące celom politycznym. Zdecydowała również chęć oderwania się od związanego z tym pojęciem orzecznictwa, zwłaszcza ujmowaniu okoliczności osobistych sprawcy jako wpływających na karygodność czynu. Jakkolwiek nie wszyscy przedstawiciele doktryny popierali to rozwiązanie, w 1997 r. zostało ono wprowadzone do kodeksu.

3. Pojęcie społecznej szkodliwości czynu

Wprowadzenie pojęcia społecznej szkodliwości miało doniosłe konsekwencje dla stosowania prawa. Nie tylko decyduje o istnieniu przestępstwa, ale również w pośredni sposób o wysokości kary wymierzonej sprawcy czynu zabronionego¹³. Przepisy dotyczące oceny społecznej szkodliwości kierowane są głównie do sądu, ale również do prokuratora¹⁴. Doniosłość tej oceny związana jest przede wszystkim z wyznaczaniem wysokości kary¹⁵, ale również z instytucją warunkowego odstąpienia od wykonania kary czy też warunkowym umorzeniem postępowania karnego¹⁶. Znaczny stopień społecznej szkodliwości czynu stanowi jedną z przesłanek orzeczenia wobec niepoczytalnego sprawcy umieszczenia w zakładzie zamkniętym.

Pojęcie społecznej szkodliwości czynu jest wieloznaczne. Przede wszystkim społeczną szkodliwość dzieli się na szkodliwość *in abstracto* oraz *in concreto*¹⁷. Pierwsze z tych pojęć oznacza ujemną ocenę samego typu czynu zabronionego w ogólności, drugie zaś ocenę indywidualnego czynu sprawcy. Poprzednie brzmienie przepisu, uzależniającego karalność czynu od jego społecznego niebezpieczeństwa, mogło być interpretowane na różne sposoby. Jednym z nich było stwierdzenie, że to sąd ma oceniać społeczne niebezpieczeństwo czynu *in abstracto*, a co za tym idzie, na nowo ustalać czy karalność, np. zabójstwa czy kradzieży jest dostatecznie uzasadniona. Nowe brzmienie przepisu określające czyn karalny jako społecznie szkodliwy, miało na celu między innymi usunięcie tego typu ryzyka. Pomysłodawcy takiego rozwiązania argumentowali to między innymi poprzez wyjaśnienie czym jest społeczne

¹² A. Zoll, *O reformie prawa karnego (w odpowiedzi W. Mąciorowi)*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 1, s. 95.

¹³ M. Derlatka, *Spoleczna szkodliwość a definicja przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 6, s. 123.

¹⁴ P. Daniluk, *Ocena społecznej szkodliwości czynu*, „Prokuratura i prawo” 2011, nr 6, s. 127.

¹⁵ Art. 53 § 1 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. nr 88 poz. 553 ze zm.).

¹⁶ J. Zientek, *Rola społecznej szkodliwości czynu w nowym kodeksie karnym*, „Prokuratura i prawo” 1998, nr 9, s. 59.

¹⁷ Ł. Pohl, *Prawo karne część ogólna*, wyd. 1, Warszawa 2012, s. 287.

niebezpieczeństwo czynu¹⁸. Z brzmienia tego uzasadnienia wynika, że w nowym kodeksie również uwzględnia się społeczne niebezpieczeństwo czynu jako ujemną jego ocenę *in abstracto*, natomiast społeczna szkodliwość ma dotyczyć czynu *in concreto* i powinna być ustalana przez organ sądowy. Nieco zamazuje to obraz pojęcia społecznej szkodliwości, ponieważ jednak takie wyjaśnienie znalazło się tylko w uzasadnieniu zmiany w kodeksie karnym, a później doktryna posługiwała się pojęciem społecznej szkodliwości, należy uznać, że to właśnie społeczna szkodliwość jest pojęciem nadrzędnym i można je rozpatrywać zarówno *in abstracto* (co należy do kompetencji ustawodawcy) oraz *in concreto* (co jest kompetencją sądów).

Leksykalne znaczenie pojęcia społecznej szkodliwości *prima facie* nie wywołuje większych wątpliwości. Jest to bowiem cecha czynu oznaczająca, że czyn wywołuje szkodę, krzywdę bądź w inny sposób narusza porządek społeczny. Przymiotnik „społeczny” nie jest w tym wypadku w żadnej mierze ograniczony, nie ma tu odniesień to obywateli Polski, czy też mieszkańców danego regionu bądź nawet świadków zdarzenia. Pomijając kwestie definicji społeczeństwa, można uznać że wedle kodeksu karnego będzie to możliwie największa grupa ludzi dotkniętych przez czyn sprawcy. Jednakże i takie ujęcie wywołuje pewne wątpliwości, bowiem wciąż nie wyjaśnia jakie dokładnie kryteria ma spełniać czyn szkodliwy społecznie. Jak wskazuje M. Derlatka, wykładnia językowa prowadzi do ujęcia społecznej szkodliwości jako cechy czynu określającej naruszenie przez ten czyn dobra prawnego, interesu jednostki lub społeczeństwa¹⁹. Cecha ta zaś wiąże się z jego negatywnymi konsekwencjami, a zatem poniesioną przez jedną lub więcej osób szkodą.

4. Kryteria oceny społecznej szkodliwości czynu

Należy zwrócić uwagę na brzmienie art. 115 k.k., w którym zawarto pewnego rodzaju wskazówki oceny stopnia społecznej szkodliwości. Według paragrafu drugiego tego artykułu „przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia”. Ten przepis, jakkolwiek nie wyjaśniający w wyczerpujący sposób istoty społecznej szkodliwości,

¹⁸ A. Zoll, op. cit., s. 96.

¹⁹ M. Derlatka, op. cit., s. 123.

stanowi ważną przesłankę interpretacyjną.

Przede wszystkim wśród wymienionych w art. 115 § 2 k.k. kryteriów brak okoliczności osobistych sprawcy. W konsekwencji oznacza to, że oceniana jest społeczna szkodliwość czynu, a nie sprawcy, co niewątpliwie stanowi jedną z gwarancji uczciwego procesu. Elementy wymienione w tym przepisie mają równą wagę, zatem nie należy jednoznacznie przesądzać o społecznej szkodliwości czynu na podstawie oceny jednego tylko z tych elementów. Pod uwagę należy brać całokształt sytuacji kreowanej przez wszystkie wymienione składniki.

Jednym z elementów oceny czynu zabronionego jest rozmiar wyrządzonej szkody. Przesłankę tę można ocenić dwojako – jako szkodę uwzględnianą formalnie, która należy do znamion typu czynu zabronionego oraz jako szkodę faktyczną. O ile ocena szkody określonej formalnie nie budzi większych wątpliwości (jak np. w przypadku kradzieży), o tyle ocena szkody faktycznej może wywoływać problemy interpretacyjne. Przede wszystkim ustawodawca nie określił jednoznacznie charakteru ocenianej szkody, zatem może tu chodzić zarówno o szkodę materialną, jak i niematerialną. W praktyce często uwzględnia się również następstwa czynu dla pokrzywdzonego, w tym utracone korzyści, nie ma to jednak jednoznacznej podstawy prawnej. Innymi elementami oceny są sposób i okoliczności popełnienia czynu. Również można je rozpatrywać w płaszczyźnie formalnej bądź faktycznej. W przypadku sposobu popełnienia czynu zabronionego ocenia się głównie metody i narzędzia służące popełnieniu czynu. Warto zaznaczyć, że dotyczy to jedynie uzewnętrznionego działania człowieka²⁰. Natomiast oceniając faktyczne okoliczności popełnienia czynu należy uwzględnić całą sytuację i kontekst społeczny zachowania. W przypadku formalnej oceny sposobu i okoliczności, zazwyczaj są one wysłowione już w przepisie określającym typ czynu zabronionego jako znamiona modalne typu uprzywilejowanego bądź kwalifikowanego.

Ważnym składnikiem oceny jest również postać zamiaru sprawcy. W przypadku zamiaru, a zatem umyślności, można wyodrębnić zamiar bezpośredni (gdy sprawca chce popełnienia czynu) oraz ewentualny (kiedy sprawca godzi się z popełnieniem czynu zabronionego)²¹. Wydaje się, że zawsze to zamiar bezpośredni będzie wyznacznikiem wyższego stopnia społecznej szkodliwości, jednak w pewnych sytuacjach może być odwrotnie. Samo uwzględnianie tego elementu świadczy o tym, że również strona podmiotowa, a zatem sfera przeżyć sprawcy w czasie popełniania czynu jest brana pod uwagę przy ocenie.

²⁰ R. Zawłocki, op. cit., s. 194 i n.

²¹ M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny – komentarz*, Warszawa 2015, s. 40.

Potwierdza to również dodanie do elementów podlegających ocenie także motywacji sprawcy. Umożliwia to nie tylko ocenę negatywnej motywacji, lecz również uwzględnienie motywacji na korzyść sprawcy, takiej jak np. kradzież dla zaspokojenia głodu. Formalnie motywacja nie jest elementem zamiaru sprawcy lecz pojęciem obejmującym całokształt psychicznego nastawienia sprawcy do czynu. Dzięki temu elementowi można uwzględnić również sytuację majątkową i rodzinną sprawcy. Choć może to wywoływać kontrowersje, ponieważ zgodnie krytykuje się ujmowanie okoliczności osobistych sprawcy jako wpływających na ocenę szkodliwości czynu²². Należy jednak podkreślić, że w tym przypadku okoliczności osobiste jedynie wpływają na motywację sprawcy, która podlega ocenie.

Jednym z najważniejszych kryteriów oceny czynu, które zostały wyszczególnione w art. 115 § 2 k.k. jest rodzaj i charakter naruszonego dobra. Dobro w tym miejscu jest użyte w znaczeniu języka prawnego, a chodzi więc o dobro prawne, zatem niekoniecznie materialny byt, który przedstawia pewną wartość. Według ustawodawcy dobra prawne są takimi wartościami, które ze względu na pewne cechy zasługują na ochronę²³. Zatem nie ma tutaj mowy o znaczeniu „dobra” w sensie etycznym, aczkolwiek w przeróżnych systemach etycznych ochrona tych wartości (jak życie i zdrowie) stanowi czyn określany jako „dobry”. Jak już wspomniano, w Kodeksie karnym brak jednoznacznego powiązania czynu zabronionego z czynem złym według etyki, a jedynym kryterium mogącym być wyznacznikiem „zła” jest społeczna szkodliwość czynu. Czym zatem jest społeczna szkodliwość w sensie etycznym? Jednoznaczna ocena etyczna zachowań jest niezwykle trudna i siłą rzeczy subiektywna. Oceny zaś często dokonuje się poprzez przywołanie pewnego stanu rzeczy. Z punktu widzenia prawa karnego głównym celem jest ochrona dóbr prawnych, a zatem społecznie pożądanym. Czynem złym, niepożądanym i karanym będzie czyn godzący w dobro prawem chronione²⁴. Powyższa próba ujęcia społecznej szkodliwości jako zagadnienia etycznego może budzić uzasadnione wątpliwości. Wedle tego ujęcia za dobre zostaje uznane tylko dobro chronione prawem, a definicja czynu „złego” to definicja poprzez zaprzeczenie wartości uznanej za dobrą. Nie da się ukryć, że odbiega to od prób definicji „zła” na gruncie innych systemów etyki²⁵, jednakże stanowi to logiczną konsekwencję uznania prawa karnego

²² I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa, 1989, s.101; R. Zawłocki, op. cit., s. 185; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne – część szczegółowa*, Kraków 2013, s. 304-305.

²³ R. Zawłocki, op. cit., s. 242.

²⁴ R. Zawłocki, op. cit., s. 127-128.

²⁵ Według filozofii św. Augustyna *To, co nazywamy złem, to albo zepsucie rzeczy dobrych, które poza nimi, samo w sobie, w ogóle nigdzie nie może istnieć, albo udręka grzechu, która wynika z piękna sprawiedliwości* [za:] D. Nowakowski, *Św. Augustyn a paradoks zła*, Acta Universitatis Lodziensis 2010 t. 23, s. 62-63.

jako prawa *ultima ratio*, znajdującego zastosowanie jedynie w ostateczności, a służącego ochronie dóbr prawnych.

Inną kwestią wydaje się być znaczenie pojęcia społecznej opłacalności, które nierozzerwalnie wiąże się z konstrukcją kontratypów w prawie karnym. Sytuacja kontratypowa, jak uściślił A. Zoll, to sytuacja, w której zachodzi kolizja dóbr prawnych, a jedno z nich trzeba poświęcić by uratować inne. W takim przypadku prawo karne nie traktuje jako przestępstwo czynu, który faktycznie wypełnia znamiona czynu zabronionego, jeśli jest społecznie opłacalny. Aby spełnić te wymogi w przypadku kontratypu stanu wyższej konieczności, poświęcone dobro nie może stanowić wyższej wartości niż dobro ratowane. Prawodawca ustala zatem pewnego rodzaju hierarchię dóbr prawnych, określając jakie zachowanie będzie społecznie opłacalne.

Czyn będący przestępstwem musi nie tylko być społecznie szkodliwy, lecz społecznie szkodliwy w stopniu większym niż znikomy²⁶. Społeczna szkodliwość pełni zatem podwójną rolę w budowaniu struktury przestępstwa – nie tylko wyznacza jakie czyny należy uznać za niepożądane, ale też ustanawia wśród nich hierarchię, zgodną z hierarchią dóbr prawnych ustaloną przez prawodawcę.

Co więcej, ocena społecznej szkodliwości czynu, zarówno *in abstracto*, jak i *in concreto*, powinna odbywać się według pewnych reguł, których brak we współczesnym polskim prawie karnym. Ustawodawca we wspomnianym już art. 115 § 2 kodeksu karnego wymienia elementy składające się na ocenę stopnia społecznej szkodliwości każdego czynu zabronionego, jednak nie wskazuje w jaki sposób należy tej oceny dokonać. W różnych okresach, w których w polskim prawie funkcjonowało pojęcie „społecznego niebezpieczeństwa”, a później i „społecznej szkodliwości” wypracowano kilka koncepcji mających na celu uściślenie, z jakiego punktu widzenia należy dokonywać oceny czynu.

Jedną z nich była koncepcja obowiązująca przede wszystkim w latach istnienia Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Za nadrzędny uważała ona interes grupy rządzącej, za którą uznawano niekiedy także klasę robotniczą, co odpowiadało panującej wówczas ideologii. Społecznie niepożądane były w tym czasie wszelkie zachowania godzące w interes społeczności, ze szczególnym naciskiem na partię oraz organy władzy. Wśród chronionych dóbr prawnych znalazły się między innymi ustrój społeczny, socjalistyczny ustrój gospodarczy, własność socjalistyczna, socjalistyczny porządek prawny²⁷.

²⁶ Art. 1 § 2 k.k.

²⁷ I. Andrejew, op. cit., s. 99-100.

Nieco później pojawiła się koncepcja oceny szkodliwości czynu ze względu na interes społeczeństwa. Uznawano, że czyny zgodne z bieżącymi interesami większości społeczeństwa, zatem też te społecznie akceptowalne, nie były społecznie szkodliwe. To ujęcie, aczkolwiek w dużej mierze odpowiada ogólnemu poczuciu moralności społeczeństwa, główny nacisk kładzie na stosunek społeczeństwa do wartości, nie zaś wartości jako takie. Powoduje to zatem niebezpieczeństwo zanegowania wartości ze względu na wypaczone poczucie moralności społeczeństwa. Co więcej, narastają wówczas problemy dotyczące tego, jak społeczeństwo miałooby wyrażać swoją aprobatę lub dezaprobatę oraz jaka grupa społeczna (bądź społeczno-polityczna) zdobyłaby w tym sporze przewagę. We współczesnym, różnorodnym społeczeństwie nie da się jednoznacznie ustalić wspólnych praw moralnych co do wszystkich kwestii. Jednak trzeba zwrócić uwagę, że kryterium to zrodziło się w latach pięćdziesiątych ubiegłego wieku, a dotyczyło tylko działalności opozycji w poprzedniej dekadzie, zatem ta koncepcja ma nieco ograniczone stosowanie, choć warto mieć ją na względzie.

Innym interesującym kryterium jest zaproponowane przez R. Zawłockiego kryterium sprawiedliwej odpłaty. Odwołuje się on do tzw. funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego, czyli funkcji wymierzania sprawcy czynu zabronionego sprawiedliwej kary, przez co realizuje się jedna z podstawowych potrzeb człowieka, który oczekuje stosownej, pozytywnej odpłaty za wyrządzone dobro i negatywnej reakcji na wyrządzone zło. Istotne w takim przypadku jest ustalenie sposobu pojmowania sprawiedliwości. Sformułowano już wiele koncepcji ujmowania sprawiedliwości, ale najczęściej podkreśla się, że treść tego pojęcia łączy się z równością, czy to rozumianą jako równa zapłata, czy też jako równe szanse na tę zapłatę. Zagadnienie sprawiedliwości dystrybutywnej, a zatem związanej z problemem podziału dóbr (materialnych bądź niematerialnych) w społeczeństwie, w większości systemów prawnych wiąże się z ogólną zasadą, że traktować różnie można jedynie sytuacje różniące się w istotny sposób, a tak samo sytuacje podobne. Zostało to wyrażone m.in. w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej²⁸. W prawie karnym istota tego pojęcia sprowadza się do konieczności wymierzenia odpowiedniej kary w stosunku do czynu, przy czym kara powinna wynikać z oceny samego czynu a nie sprawcy, a opierać się powinna na tych samych, niezmiennych zasadach. Pierwszy warunek formalnie spełnia ujęcie społecznej szkodliwości w kodeksie karnym, bowiem opiera się na ocenie czynu a nie sprawcy. Drugi warunek spełnia kodyfikacja

²⁸ Sprawa C-249/96, *Grant vs. South West Trains*, ECR [1998], I-621.

procedury karnej, którą stosuje się do sprawców niezależnie od ich sytuacji osobistej. R. Zawłocki zwraca uwagę, że ocena społecznej szkodliwości czynu ze względu na kryterium sprawiedliwościowe jest oceną dokonywaną przez społeczeństwo²⁹. Dlatego też ocena musi mieć charakter społeczny, zatem sprawiedliwie oceniać czyny „aspoleczne”, czyli w jakiś sposób naruszające wartości etyczne na których opiera się funkcjonowanie społeczeństwa. „Złem” w tym ujęciu byłoby każde zachowanie naruszające normy w społeczeństwie³⁰. Takie zachowanie określa się również mianem dewiacji, czyli odstępstwa od ogólnie przyjętego sposobu zachowania. Wedle tego podejścia każdy oceniany czyn należy odnieść do całokształtu ocen etycznych społeczeństwa. Byłaby to też ocena w dużej mierze intuicyjna, co niewątpliwie stanowi jej wadę. Odwołuje się ona przy tym do podstawowego pojęcia sprawiedliwości, a także, fundamentalnej dla prawa karnego, funkcji sprawiedliwościowej³¹.

Należy zauważyć, że żadne z wyżej opisanych kryteriów nie jest w pełni trafne, a każde przedstawia inne ujęcie problemu. Jednak nawet stosowane razem nie dają oczekiwanego rezultatu, ponieważ z konieczności muszą odnosić się do pojęć abstrakcyjnych, a tym samym nie da się sformułować dostatecznie obiektywnych reguł oceny społecznej szkodliwości czynu. Niemożliwe też wydaje się przyjęcie jednej z koncepcji kryteriów oceny czynu a odrzucenie pozostałych, ze względu na wspomnianą już niedoskonałość i niedookreślony charakter wszystkich koncepcji. Jest to dość istotny problem we współczesnym świecie, w którym ścierają się różne poglądy na to, co powinno być karalne, a co nie, czy też co należałoby uznać za złe i niepożądane.

5. Społeczna szkodliwość w przypadku wykroczeń

Zastanawiająca na gruncie rozważań o społecznej szkodliwości czynu w polskim prawie karnym wydaje się konstrukcja czynów określanych jako wykroczenia. Wśród przestępstw bowiem znajduje się kryterium stopnia społecznej szkodliwości czynu, mianowicie jeżeli czyn jest społecznie szkodliwy w stopniu znikomym, nie stanowi przestępstwa. Z kolei wśród wykroczeń brak takiego rozróżnienia. Wykroczenie stanowi czyn społecznie szkodliwy, niezależnie od stopnia jego szkodliwości. Taki stan rzeczy uzasadniany jest niższym stopniem

²⁹ R. Zawłocki: op. cit., s.255.

³⁰ Ibidem, s. 243-245.

³¹ Ibidem, s. 264.

społecznej szkodliwości wykroczeń niejako „z definicji”³². Wykroczenia regulują też zachowania, które ze względu na wartość przedmiotu czynu nie stanowią przestępstw, ale są społecznie szkodliwe. Z tego też powodu pojawiła się koncepcja tzw. czynów przepołowionych (lub też bitypów), które w zależności od wartości przedmiotu są przestępstwami bądź wykroczeniami. Dotyczy to przede wszystkim kradzieży, a uzależnione jest od obiektywnej wartości przedmiotu, np. od ceny. Wartość graniczna została ustalona ogólnie, jeszcze niedawno wynosiła 250 zł, teraz zaś stanowi jedną czwartą minimalnego wynagrodzenia, czyli około 420 zł. Jest to rozwiązanie wymuszone przez realia praktycznego stosowania prawa, a w zamyśle ma spełniać rolę kwantyfikatora społecznej szkodliwości czynów, które wypełniają te same znamiona typu czynu zabronionego, lecz dotyczą zupełnie odmiennych przedmiotów. Jednakże ustalanie takiej sztywnej bądź quasi-sztywnej granicy zawsze jest ustaleniem ogólnym i nie odzwierciedla całego spektrum czynów, do których ma zastosowanie.

Wątpliwości pojawiają się zwłaszcza w stosunku do czynów, których przedmiotem stały się rzeczy o wartości zbliżonej do wartości granicznej. Różnica w zakresie zagrożenia ustawowego kradzieży jest znaczna. W przypadku kradzieży wykroczeniowej sprawca podlega karze aresztu (od 5 do 30 dni), ograniczenia wolności (na okres jednego miesiąca) albo grzywny (od 20 do 5000zł), natomiast w przypadku kradzieży będącej przestępstwem sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Zatem osoba, która ukradnie rzecz o wartości przekraczającej choć w minimalnym stopniu wartość graniczną poniesie o wiele dotkliwszą karę. Na dodatek, obecnie wartość graniczna jest ustalana w zależności od wysokości minimalnego wynagrodzenia, co w konsekwencji oznacza, że co roku zmienia się kwalifikację prawną pewnej części kradzieży. Prowadzi to do nieraz absurdalnych rozstrzygnięć, w których kary wymierzone sprawcom kradzieży rzeczy o stosunkowo podobnej wartości będą różnić się diametralnie tylko ze względu na inną kwalifikację prawną. Z pewnością terazniejsza konstrukcja czynów przepołowionych może budzić kontrowersje także ze względu na inną społeczną szkodliwość *in abstracto* kradzieży wykroczeniowej oraz będącej przestępstwem. Sugeruje to bowiem, że kradzież wykroczeniowa jest mniej negatywnie nacechowana, jest mniej „zła”. Jednak zauważmy, że wraz ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia, część przestępstw nagle zostaje uznanych za wykroczenia. Czy to oznacza zmianę ich charakteru i postrzegania przez społeczeństwo? Niektórzy

³² T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń: Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s.43.

przedstawiciele doktryny krytykują takie rozwiązanie. W zamian proponują rozwiązanie znane z prawodawstwa francuskiego, uznające wykroczenia za inny typ przestępstw (analogicznie do występków)³³. Według J. Kędzińskiego dzięki temu można uniknąć wielu wątpliwości związanych z charakterem wykroczeń, zwłaszcza czynami przepołowionymi oraz konstrukcją niekaralności za czyn o znikomej szkodliwości społecznej. Jednakże ten sam autor uznaje, że nie jest potrzebna regulacja dotycząca minimalnej kwoty stanowiącej wartość przedmiotu czynu zabronionego, ponieważ sąd w przypadku wykroczeń może skorzystać z możliwości, jaką mu daje art. 39 Kodeksu wykroczeń³⁴ i w przypadkach tzw. kradzieży batonikowej (której przedmiotem są drobne przedmioty, takie jak produkty spożywcze w niewielkich ilościach) odstąpić od wymierzenia kary bądź zastąpić ją pouczeniem, naganą lub innym środkiem wymienionym w art. 41 k.w.

Oprócz wykroczeń, mniejszą społeczną szkodliwością charakteryzuje się w prawie karnym tzw. wypadek mniejszej wagi. Kodeks karny kilkakrotnie odwołuje się do tego pojęcia m.in. w przypadku kradzieży. Wówczas ustawodawca przewiduje mniejszy zakres zagrożenia ustawowego (w przypadku kradzieży jest to grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku)³⁵. Wedle doktryny jest to czyn uznany za przestępstwo, który charakteryzuje się przewagą elementów przedmiotowo-podmiotowych o cechach zmniejszających społeczną szkodliwość czynu. Waga takiego czynu uzasadnia ukaranie sprawcy sankcją niższą niż określona w przepisie typizującym dany czyn zabroniony³⁶. Mimo, że „wypadek mniejszej wagi” nie jest definiowany w kodeksie karnym, a jego znaczenie trzeba interpretować posługując się pomocniczo wykładnią kodeksu karnego skarbowego oraz orzecznictwem Sądu Najwyższego, stanowi on niezwykle doniosłą konstrukcję w prawie karnym. Wypadek mniejszej wagi to czyn o mniejszym stopniu społecznej szkodliwości, ale też mniejszym stopniu winy niż inne czyny tego typu. Jednak nie uzasadnia to całkowitej niekaralności tego typu czynów, lecz stanowi jedynie przesłankę do orzeczenia niższej sankcji w porównaniu do sankcji grożącej za popełnienie czynu w typie podstawowym.

³³ J. Kędziński, *Salatka ze znikomej szkodliwości społecznej*, „Archiwum Rzeczpospolitej”, 16 kwietnia 2014, (dostęp: 25.06.2015 r.).

³⁴ Ustawa z 20.05.1971 r. Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1094 ze zm.).

³⁵ Art. 278 § 3 k.k.

³⁶ R. Zawłocki, op. cit., s. 314.

6. Przepęstwa *mala per se* i *mala per prohibita*

Innym interesującym podziałem czynów zabronionych jest podział na przęstwa *mala per se* i *mala per prohibita*. Bazuje on na uznaniu pewnych czynów za złe same w sobie oraz złe jedynie dlatego, że są zakazane. Podział ten koresponduje w pewnym sensie z podziałem na przęstwa na materialne i formalne, jednak nie ma takiej doniosłości prawnej. Cel tego rozróznienia jest dość pragmatyczny – umożliwia stosowanie konstrukcji usprawiedliwionego błędu co do bezprawności czynu, który wyłącza winę sprawcy. Powszechnie uznaje się bowiem, że błąd taki nie może mieć miejsca w przypadku przęstw określanych jako *mala per se*. Zatem przez takie pośrednie określenie, domniemywa się istnienie jakiegoś powszechnego i jednolitego systemu moralnego dla wszystkich ludzi. Jednak jest to niezwykle złożony problem, który w doktrynie prawa karnego zostaje uproszczony i ogranicza się do stwierdzenia, że czyny przeciwko życiu i zdrowiu należy uznać za czyny *mala per se*. Rzecz jasna, jest to podział doktrynalny, a nie istniejący w tekście prawnym, jednak ma pewne praktyczne konsekwencje. Dlatego też zastanawia taki odgórny podział, zwłaszcza, że nie oznacza to dokładnego określenia, który czyn należy do jakiej kategorii. Zatem to zwiększa rolę sędziego, który ma oceniać czyny. Często zdarzają się czyny, co do których nie ma określonego jednoznacznego poglądu czy powinny należeć do kategorii przęstw *mala per se* czy *mala per prohibita*. Dlatego też podział ten, jako niedookreślony i bazujący na nie zawsze dobrej intuicji, należy uznać za podział jedynie pomocniczy, a nie podstawowy przy opisywaniu przęstw.

7. Wpływ czasu na ocenę społecznej szkodliwości czynu

Przy okazji omawiania znaczenia społecznej szkodliwości czynu nie można również pominąć wpływu czasu na ocenę jej stopnia. Formalnie czas, jaki upłynął od momentu popełnienia czynu do momentu orzekania lub też oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, nie ma żadnego wpływu na ocenę zachowania. Oceniać stopień społecznej szkodliwości czynu należy zawsze biorąc pod uwagę stan rzeczywistości z chwili popełnienia tego czynu, tak samo zresztą, jak i w przypadku oceny innych elementów struktury przęstwa. Jednakże oczywistym jest, że w praktyce niejednokrotnie inaczej ocenia się czyn z perspektywy czasu. Przyczyny tego mogą być dwojakie, co trafnie opisał R. Zawłocki³⁷. Pierwsza z nich może mieć

³⁷ Ibidem, s. 293 i n.

źródło w zmieniającym się społecznym odbiorze typu czynu zabronionego, przy czym nie chodzi w tym wypadku o zmianę ogólnego postrzegania pewnego typu czynu zabronionego, lecz o zmianę tak doniosłą jak zmiana ustrojowa. Jednak trzeba podkreślić, że wówczas sąd nie dokonuje jedynie oceny czynu z perspektywy zmienionej już rzeczywistości, lecz niejako dokonuje rewizji pierwotnej oceny czynu. Drugą możliwą przyczyną zmiany oceny społecznej szkodliwości czynu jest subiektywne przekonanie, że czyn, który nastąpił w okresie poprzedzającym orzeczenie (niekiedy o wiele lat), nie stanowi już negatywnego wpływu na społeczeństwo. Jest to związane z ogólnoludzkim przeświadczeniem, że ocena szkodliwości czynu powinna być też oceną jego skutków. Jeśli zatem skutki już ustąpiły, a zatem nie istnieje szkoda wyrządzona przez zachowanie sprawcy (wygoiły się rany pokrzywdzonego), nie ma znacznego stopnia społecznej szkodliwości. Jest to niepożądany kierunek w orzecznictwie, ponieważ, jak już wspomniano, oceny czynu należy dokonywać z perspektywy momentu jego dokonania. Przy okazji omawiania wpływu czasu na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego pod uwagę należy również wziąć konstrukcję przedawnienia w prawie karnym. Jest to konstrukcja uniemożliwiająca ukaranie sprawcy, jeżeli od popełnionego przez niego czynu minął określony w ustawie czas. Uzasadnienia dotyczące tej instytucji są różne, podkreśla się nieraz procesowe trudności w sferze dowodowej, ale również względy polityki kryminalnej (niejako stanowiąc dolegliwość dla organów ścigania wobec ich opieszałości). Wskazuje się niekiedy na etyczne aspekty rezygnacji z ukarania sprawcy po tak długim czasie, biorąc pod uwagę dolegliwości jakich doznał, a zatem domniemywa się, że sprawcę dręczyły wyrzuty sumienia. Jednak najważniejszym uzasadnieniem wprowadzenia tej konstrukcji są względy polityki kryminalnej, wedle której karanie sprawcy po upływie okresu przedawnienia, nie spełnia już funkcji prewencyjno-wychowawczej prawa karnego. Sugeruje to, iż w określonych sytuacjach ustawodawca rezygnuje z ukarania sprawcy czynu nawet społecznie szkodliwego w stopniu znacznym, ze względu na czas jaki minął od popełnienia czynu. Oznacza to, że mimo iż czas nie wpływa na samą ocenę stopnia społecznej szkodliwości, może mieć istotny wpływ na odpowiedzialność karną sprawcy.

8. Podsumowanie

Odpowiadając na pytanie zadane na początku, należy się zastanowić czy to właśnie „społeczna szkodliwość” może stanowić określenie „zła” w polskim prawie karnym. Wydaje się, że tak ustawodawca określa ujemną wartość czynu zabronionego. Jednakże pojęcie „zła”

jest pojęciem szerszym, obejmuje bowiem także zachowania dotyczące sfery obyczajowej czy też moralnej. „Zło”, jakkolwiek trudne do zdefiniowania, intuicyjnie jest możliwe do oceny także z indywidualnej perspektywy, zaś społeczną szkodliwość można ocenić jedynie z perspektywy społeczeństwa. To właśnie sprawia, że tak trudno zdefiniować, co jest społecznie szkodliwe a co nie, ponieważ ogólne, społeczne interesy czy też społeczne poczucie sprawiedliwości jest praktycznie niemożliwe do zbadania.

Wydaje się jednak trafnym stwierdzenie, że społeczną szkodliwość należy oceniać nie z subiektywnego punktu widzenia, jakim jest punkt widzenia pokrzywdzonego, lecz obiektywnie, biorąc pod uwagę wspólne interesy społeczeństwa. Zatem za społecznie szkodliwe uznaje się czyny wyrządzające „zło” wobec społeczeństwa bądź też naruszające w jakiś sposób normy ustalające stosunki społeczne. Za nadrzędne uznaje ustawodawca interesy wspólnoty, a nie jednostki. Dobro jednostki jest chronione prawem, ponieważ brak tej ochrony skutkowałby zaburzeniem norm społecznych. W prawie karnym nie rozprawia się o znaczeniu pojęcia „zła” także z powodu wieloznaczności tego wyrażenia. Odwołuje się ono do subiektywnych odczuć jednostki, co w konsekwencji budziłoby wiele problemów interpretacyjnych. Różne sposoby rozumienia tego terminu mogłyby negatywnie wpłynąć na praktykę wymiaru sprawiedliwości. Jednakże, mimo pewnych rozbieżności w interpretacji pojęcia „społecznej szkodliwości czynu”, należy to wyrażenie uznać za nieodzowne w polskim prawie karnym.