

Niniejsze opracowanie powstaje w ramach działalności Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego – Fundacji na rzecz rozwoju nauki i popularyzacji wiedzy o prawie.

Prezentuje wybrane judykaty Sądu Najwyższego zapadłe w Izbie Karnej w sprawach kasacyjnych (a także zażaleniowych i wznowieniowych pozostających w kognicji SN).

Skierowane jest ono przede wszystkim do praktyków, zarówno pracowników wymiaru sprawiedliwości, jak i przedstawicieli wszystkich zawodów prawniczych, na co dzień zajmujących się szeroko pojętym prawem karnym.

Opracowanie porządkuje prezentowane orzecznictwo w trzech kategoriach: prawo materialne, prawo procesowe oraz prawo wykonawcze. W pierwszej kolejności wskazywane są informacje dotyczące samego judykatu, następnie przytaczane przepisy, problematyki których dotyczy dane orzeczenie, a następnie prezentowana jest teza lub fragment uzasadnienia klaryfikujący kontekst sprawy.

Celem opracowania jest bieżące przedstawienie aktualnego orzecznictwa SN.

*dr Witold Zontek (Katedra Prawa Karnego UJ; asystent sędziego w Izbie Karnej SN;
e-mail: witold.zontek@uj.edu.pl)*

Spis treści

1	Prawo materialne	3
1.1	Postanowienie z dnia 28 maja 2015 r.; sygn. akt II KK 131/15	3
	✓ Jak wygląda obliczanie terminu przedawnienia w przypadku objęcia zachowań sprawcy węzłem ciągłości z art. 12 k.k.?.....	3
1.2	Wyrok z dnia 14 maja 2015 r.; sygn. akt II KK 15/15.....	4
	✓ Czy uzasadnione jest twierdzenie, że w każdym przypadku kwalifikacja wielości zachowań sprawcy jako jednego czynu ciągłego jest rozstrzygnięciem korzystniejszym dla sprawcy?.....	4
1.3	Postanowienie z dnia 10 kwietnia 2015 r.; sygn. akt III KK 14/15	7
	✓ Czy w perspektywie odpowiedzialności karnej za czyn z art. 192 k.k., jest istotna forma wyrażenia zgody na zabieg leczniczy?.....	7
1.4	Postanowienie z dnia 15 kwietnia 2015 r.; sygn. akt IV kk 409/14.....	15
	✓ Sąd Najwyższy pochyła się nad problemem „konieczności” obrony koniecznej.....	15

2	Prawo procesowe	24
2.1	Postanowienie z dnia 6 maja 2015 r.; sygn. akt II KK 111/15.....	24
	✓ <i>W jakich przypadkach wadliwości kwalifikacji prawnej możliwe jest zastosowanie normy z art. 455 k.p.k. przez sąd odwoławczy?.....</i>	<i>24</i>

1 Prawo materialne

1.1 Postanowienie z dnia 28 maja 2015 r.; sygn. akt II KK 131/15

Przepisy i problemy: art. 12 k.k. w zw. z art. 101 k.k., art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.,

- ✓ *Jak wygląda obliczanie terminu przedawnienia w przypadku objęcia zachowań sprawcy węzłem ciążłości z art. 12 k.k.?*

Teza:

Skoro w odniesieniu do skazanego przyjęto konstrukcję jednego czynu z art. 12 k.k., to czyn ten może mieć tylko jeden termin przedawnienia.

Z uzasadnienia:

(...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja obrońcy P.M. jest bezzasadna w stopniu oczywistym, dlatego podlegała oddaleniu w oparciu o przepis art. 535 § 3 k.p.k.

(...)

Obrońca w złożonej kasacji wywiódł zarzut wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej wyrażonej w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. i ujemnej przesłanki procesowej wynikającej z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., podnosząc przedawnienie karalności co do przypisanego skazanemu czynu. **Skarżący wyraził przy tym pogląd – najogólniej rzecz ujmując - zgodnie, z którym termin przedawnienia determinuje indywidualnie ocenione pod tym kątem każde zachowanie przestępcze wchodzące w skład i kształtujące daną kwalifikację prawną.** W odniesieniu do P.M. oznaczałoby to tyle, że skoro w przypisanym mu ostatecznie czynie znalazł się przepis art. 233 § 6 k.k. i art. 272 k.k. przedawnienie karalności nastąpiło najpóźniej z dniem 10 grudnia 2014 r. (data najpóźniejszego zachowania), a więc przed rozpoznaniem sprawy przez Sąd Okręgowy. (...)

Oczywiście zgodzić należy się, że przy rozstrzygnięciu kwestii przedawnienia nie bez znaczenia pozostają poszczególne zachowania tworzące dany typ kwalifikowany, jednakże jedynie w aspekcie ich oceny pod kątem najsurowszej odpowiedzialności, która w takim układzie procesowym, będzie miała zasadnicze znaczenie dla omawianej kwestii.

Takie wnioskowanie wywodzi się z interpretacji, zgodnie z którą niezależnie od tego, ile przepisów ustawy karnej tworzy kumulatywną kwalifikację czynu będącego przedmiotem postępowania, to jako ten sam czyn może on stanowić tylko jedno przestępstwo (art. 11 § 1 k.k.). **Skoro tak, to termin przedawnienia karalności odnosi się do przestępstwa w jego integralnej całości, mimo że różne są terminy przedawnienia poszczególnych typów przestępstw, które obejmuje kumulatywna kwalifikacja** (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2014 r., I KZP 19/14, Lex 1527425).

Dalej wskazać należy, iż **skoro w odniesieniu do skazanego przyjęto konstrukcję jednego czynu z art. 12 k.k., to czyn ten może mieć tylko jeden termin przedawnienia. Poszczególne zachowania opisane w czynie ciągłym, co do którego zastosowano kumulatywną kwalifikację, nawet jeśli pozwalają na ich „naturalne” wyodrębnienie oraz gdy wypełniają w całości znamiona poszczególnych czynów zabronionych, nie mogą być analizowane w kontekście terminów przedawnienia w oderwaniu od treści art. 11 § 3 k.k. oraz art. 101 k.k.** (czytaj: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09, OSNKW 2010, z. 6, s. 50).

W myśl art. 11 § 3 k.k., karę za przestępstwo kumulatywnie kwalifikowane wymierza się na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą. To jeśli czyn stanowiący substrat postępowania, wypełnia w istocie znamiona określone w trzech przepisach ustawy przy czym dwa z nich z art. 233 § 6 k.k. i art. 272 k.k., typizują przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3, termin przedawnienia ich karalności wynosi 5 lat (art. 101 § 1 pkt 4 k.k.), zaś trzeci czyn – z art. 270 § 1 k.k. opisuje typ przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności do lat 5 (art. 101 § 1 pkt 3 k.k.), a termin przedawnienia wynosi 10 lat, to jasnym staje się, że wbrew wywodom skarżącego, termin przedawnienia w odniesieniu do P.M. jeszcze nie upłynął. W tym wypadku fałszerstwo materialne przedawnia się z upływem 10 lat, zaś zgodnie z art. 102 k.k. ulega ono dalszemu przedłużeniu o kolejne 10 lat, co oznacza, iż w odniesieniu do skazanemu termin przedawnienia upłynie najpóźniej 10 grudnia 2024 r.

(...)

1.2 Wyrok z dnia 14 maja 2015 r.; sygn. akt II KK 15/15

Przepisy i problemy: art. 12 k.k.

- ✓ *Czy uzasadnione jest twierdzenie, że w każdym przypadku kwalifikacja wielości zachowań sprawcy jako jednego czynu ciągłego jest rozstrzygnięciem korzystniejszym dla sprawcy?*

Teza:

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że kwalifikacja poszczególnych zachowań przestępnych w ramach jednego czynu ciągłego jest dla oskarżonego w każdej sytuacji

korzystniejsza, niżli zakwalifikowanie jego zachowań, jako pozostających w zbiegu realnym.

Zbyt dużym uproszczeniem jest zatem twierdzenie, że działania ponawiane wprawdzie w krótkich odstępach czasu, ale bez tego zamiaru, a przez to wskazujące na istnienie zbiegu przestępstw, to zagadnienie irrelevantne dla kwestii winy, społecznej szkodliwości czynu, a w konsekwencji – surowości represji karnej.

Z uzasadnienia:

Wyrokiem z dnia (...), Sąd Okręgowy w W. oskarżonego J.A.S. uznał za winnego popełnienia dwóch przestępstw, polegających na udzieleniu pomocy innym osobom w przywozie z Bułgarii znacznej ilości heroiny, przy uczynieniu sobie z tego stałego źródła dochodu, to jest czynów z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 55 ust 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w art. 65 k.k., przy czym Sąd ten uznał, iż pierwsze z tych przestępstw zostało popełnione w warunkach czynu ciągłego (art. 12 k.k.). Za przypisane oskarżonemu przestępstwa Sąd Okręgowy w W. wymierzył mu odpowiednio kary 4 oraz 3 lat pozbawienia wolności, natomiast tytułem kary łącznej – karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Po rozpoznaniu apelacji obrońcy J.A.S., Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z dnia (...), zmienił wyrok w części dotyczącej tego oskarżonego w ten sposób, że uznał, iż czyny przypisane mu w zaskarżonym wyroku stanowią jedno przestępstwo, którego przedmiotem było łącznie 61,5 kg heroiny przy czym z opisu czynu wyeliminował działanie z inną ustaloną osobą oraz sformułowanie „a nadto z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu” i na podstawie art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 55 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. skazał go oskarżonego i wymierzył mu karę 5 lat pozbawienia wolności, grzywnę – stosując ustawę względniejszą w rozumieniu art. 4 § 1 k.k. - oraz nawiązkę.

Kasację od powyższego orzeczenia Sądu Apelacyjnego w W. wniósł obrońca skazanego, stawiając w niej następujące zarzuty rażącej obrazy przepisów:

(...)

2. art. 6 k.p.k., art. 6 ust. 3 EKPC, art. 42 ust. 2 Konstytucji RP w zw. z art. 399 k.p.k. i w zw. z art. 458 k.p.k., poprzez zmianę zaskarżonym wyrokiem kwalifikacji prawnej czynu zarzuconego J.S., podczas, gdy wbrew wymogom wynikającym wprost z art. 399 k.p.k. Sąd nie uprzedził obecnych na rozprawie stron o możliwości przyjęcia innej, od tej zawartej w akcie oskarżenia, kwalifikacji prawnej, co uniemożliwiło J.S. oraz jego obrońcy wykonywanie przysługującego oskarżonemu prawa do obrony;

(...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

(...)

W ocenie Sądu Najwyższego, również zarzut 2 kasacji, odnoszący się do naruszenia przez Sąd drugiej instancji przepisu art. 399 k.p.k., musi być również uznany za zasadny, a w konsekwencji powodować uchylenie wyroku nie tylko w odniesieniu do wymierzonej J.A.S. kary.

Prima facie wydawałoby się, że obrońca nie ma racji podnosząc, iż dokonane przez Sąd odwoławczy zaniechanie, polegające na braku pouczenia o możliwości zakwalifikowania dwóch czynów jako jeden czyn ciągły, mogło mieć wpływ na prawa i interesy oskarżonego, ograniczając tym samym jego uprawnienia do obrony. Wszak pozostałe rozstrzygnięcia Sądu ad quem, w postaci wyeliminowania z opisu czynu znamienia „stałego źródła dochodu”, czy zastosowania w podstawie wymiary kary grzywny ustawy względniejszej w rozumieniu art. 4 § 1 k.k., były niewątpliwie dla oskarżonego korzystne, przez co brak uprzedzenia o tych zmianach nie mógł wpłynąć na jego procesowy interes. Rzecz jednak w tym, że wbrew twierdzeniu prokuratora zawartemu w jego pisemnej odpowiedzi na kasację, naruszenie to mogło mieć zarówno wpływ na treść orzeczenia – które w zakresie rozstrzygnięć penalnych okazało się przecież surowsze – jak i na prawo oskarżonego do obrony.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że kwalifikacja poszczególnych zachowań przestępnych w ramach jednego czynu ciągłego jest dla oskarżonego w każdej sytuacji korzystniejsza, niżli zakwalifikowanie jego zachowań, jako pozostających w zbiegu realnym. Przeciwno uniwersalności tak stawianej tezy stoją na przeszkodzie chociażby realia sprawy niniejszej, gdzie za te same zachowania, uznane jako działanie w warunkach określonych w art. 12 k.k., skazanego spotkały surowsze konsekwencje niż w poprzednim wyroku. Wszak nie sposób pominąć, że przecież czyn ciągły zawiera dodatkowy element należący do strony podmiotowej, którym jest z góry powzięty zamiar działania przestępnego. **Zbyt dużym uproszczeniem jest zatem twierdzenie, że działania ponawiane wprawdzie w krótkich odstępach czasu, ale bez tego zamiaru, a przez to wskazujące na istnienie zbiegu przestępstw, to zagadnienie irrelewantne dla kwestii winy, społecznej szkodliwości czynu, a w konsekwencji – surowości represji karnej.** Tytułem przykładu można tu wskazać właśnie na czyny związane z przestępczością narkotykową, dotyczące odpłatnego udzielania środka odurzającego. Nie wydaje się, aby z góry zaplanowana i konsekwentnie realizowana w warunkach art. 12 k.k. działalność dilerska była w aspekcie strony podmiotowej czymś mniej nagannym, niż podjęta okazjonalnie, kilkukrotna sprzedaż narkotyku. Dlatego też nie można uznać, że przyjęcie działania w ramach czynu ciągłego jest zawsze dla sprawcy korzystniejsze niż uznanie wielości jego zachowań jako czynów popełnionych w zbiegu realnym. Zanim wyciągnie się taki wniosek, konieczne jest bowiem zbadanie i ocena niepowtarzalnych okoliczności każdej indywidualnej sprawy.

(...)

Celowość ustosunkowania się przynajmniej do części argumentacji kasacyjnej wynika z faktu, że co do zasady nie można odmówić obrońcy racji w tej części, w której wskazuje on na naruszenie przez Sąd a quo przepisu art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., a także przepisu art. 12 k.k. poprzez zawarcie w czynie przypisanym elementów niedookreślonych, związanych z czasem popełnienia przestępstwa. Przypomnieć należy, że Sąd pierwszej instancji ustalił, iż J.K. przypisanego mu uczestnictwa w obrocie środkami odurzającymi miał dopuścić się „od początku 2001 roku do

połowy 2004 roku z wyłączeniem okresu sześciu miesięcy” (podkr.SN). W takim nieprecyzyjnym sformułowaniu obrońca upatruje dla skazanego hipotetycznych, niekorzystnych konsekwencji, związanych z niemożnością określenia czasowego zakresu powagi rzeczy osądzonej. Wątpliwości te mogą – zdaniem autora - pojawić się wtedy, gdyby w przyszłości ujawnił się w przyjętym okresie nowy czyn, w sprawie którego przy tak niedookreślonej dacie działania przestępnego, można będzie prowadzić ponowne postępowanie, umiejscawiając je dowolnie, w okresie wskazanych nieprecyzyjnie sześciu miesięcy.

Odpowiadając na ten zarzut w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że obawy obrońcy są całkowicie nieuzasadnione. Podzielając argument, że konstrukcja opisowa czasu popełnienia przestępstwa przez skazanego została przez Sąd Okręgowy ujęta w sposób niefortunny, to jednak skonstatować trzeba, że jeśli chodzi o ten czas, to ramy działania przestępnego – od początku 2001 roku do połowy 2004 roku – zdają się nie budzić większych wątpliwości. Skoro tak, to przecenia obrońca znaczenie wyłączenia z tego okresu wskazanych sześciu miesięcy. Ponad wszelką wątpliwość nie wydaje się możliwe oskarżenie J.K. za działanie, które będzie stanowiło jedno z zachowań składających się na ramy przypisanego mu już prawomocnie czynu ciągłego, popełnionego od początku 2001 roku do połowy 2004 roku.

Wydaje się, że intencją Sądu pierwszej instancji, przyjmującego taką konstrukcję temporalną popełnionego przez J.K. czynu, była chęć maksymalnego zobiektywizowania jego opisu już w sentencji wyroku, stosownie do informacji podawanych przez świadka koronnego, który wyłączył orientacyjny łączny okres sześciu miesięcy uczestnictwa w obrocie, kiedy to skazany z uwagi np. na wyjazdy wakacyjne czy święta - narkotyków nie nabywał. Nie było jednak żadnej potrzeby stosowania takiego zabiegu, skoro przerwy te – składające się łącznie na sześć miesięcy - były krótkotrwałe i nie przesunęły ani daty początkowej, ani końcowej czynu. Zapewne zamierzeniem Sądu przy opisanym wyłączeniu było również doprecyzowanie – poprzez tak sformułowany okres popełnienia czynu - ilości zakupywanych przez J.K. środków odurzających, ale wydaje się, że wystarczającym miejscem na snucie w tym zakresie rozważań była motywacyjna część orzeczenia.

(...)

1.3 Postanowienie z dnia 10 kwietnia 2015 r.; sygn. akt III KK 14/15

Przepisy i problemy: art. 192 k.k., art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 1997 Nr 28 poz. 152.)

- ✓ *Czy w perspektywie odpowiedzialności karnej za czyn z art. 192 k.k., jest istotna forma wyrażenia zgody na zabieg leczniczy?*

Teza:

Nieudokumentowanie na piśmie zgody pacjenta na wykonanie zabiegu leczniczego określonego w art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza

dentysty (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 464), faktycznie przez niego udzielonej w innej niż pisemna formie, nie mieści się w zakresie pojęcia „bez zgody” znamionującego typ przestępstwa opisanego w art. 192 § 1 k.k.

Z uzasadnienia:

(...)

Sąd Rejonowy w S. wyrokiem z dnia (...) ustalił, że oskarżona w prowadzonym przez siebie gabinecie stomatologicznym w S. wykonała zabiegi lecznicze (stomatologiczne) polegające na tym, że:

- w dniu (...) wykonała ekstrakcję zębów 1|1 i 1|2 bez uzyskania od pacjentki E.S. zgody w formie pisemnej;
- w dniu (...) wykonała ekstrakcję zębów 2|1 i 2|2 bez uzyskania od pacjentki E.S. zgody w formie pisemnej;
- w dniu (...) wykonała dewitalizację zęba 38 bez uzyskania od pacjentki E.S. zgody w formie pisemnej,

i przyjmując, że czyny te każdorazowo wyczerpały dyspozycję art. 192 § 1 k.k., warunkowo umorzył, na mocy art. 66 § 1 k.k. w zw. z art. 67 § 1 k.k., postępowanie karne wobec oskarżonej na okres próby roku, a na podstawie art. 67 § 3 k.k. w zw. z art. 39 pkt. 6 k.k. orzekł od niej na rzecz E.S. nawiązkę w kwocie 600 zł.

(...)

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia (...) zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oskarżoną J.B.Ł. uniewinnił od popełnienia zarzucanego jej czynu.

Tenże wyrok pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej E.S. zaskarżył kasacją, w której wyrokowi temu zarzucił rażące naruszenie prawa, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez:

(...)

3. obrazę prawa materialnego, polegającą na nieprawidłowej wykładni art. 192 § 1 k.k. i art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 Nr 28 poz. 152.), i stwierdzenie, że regulacja prawna zawarta w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty w art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 1 w żadnym razie nie rozszerza znamion omawianego przestępstwa z art. 192 k.k., a przyjęte tam rozwiązanie prawne uzyskania zgody pacjenta na piśmie na zabiegi stwarzające podwyższone ryzyko dla pacjenta może być co najwyżej podstawą odpowiedzialności zawodowej lekarza, a być może też jego odpowiedzialności cywilnej (...), czyli przepisy te nie są w żaden sposób powiązane, gdzie prawidłowe odniesienie się do związku systemowego obu przepisów jednoznacznie wskazuje, iż art. 192 k.k. wprowadza w stosunku do norm sankcjonowanych w przepisie art. 32 ust.1 i art.34 ust.1 ustawy o zawodach lekarza i

lekarza dentystry - normę sankcjonującą, a uregulowanie zawarte w art. 192. k.k. znajduje ściśle rozwinięcie we wskazywanych artykułach Ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry,

4. obrazę prawa materialnego, polegającą na błędnej wykładni art. 192 § 1 k.k. w zw. z art. 32 ust.1 i art. 34 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 1997 Nr 28 poz. 152.), a mianowicie ustalenie przez Sąd Okręgowy, iż znamiona przestępstwa określonego w przepisie art. 192 k.k. wyczerpuje tylko zachowanie polegające na wykonaniu zabiegu leczniczego bez uzyskania zgody pacjenta w ogóle, w jakiegokolwiek formie, a co za tym idzie, iż znamion przestępstwa nie wypełnia niedochowanie określonej formy wyrażającej zgodę pacjenta, podczas gdy art. 34 ust. 1 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, stanowiący rozwinięcie oraz normę sankcjonującą w stosunku do norm sankcjonowanych art. 192 k.k. wyraźnie stanowi o konieczności uzyskania zgody na piśmie na zabiegi stwarzające podwyższone ryzyko, tak więc z pewnością na zabiegi chirurgiczne”.

(...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

(...)

II. Zarzuty rażącej obrazę prawa materialnego, polegające na nieprawidłowej wykładni unormowania art. 192 § 1 k.k. w powiązaniu z odpowiednimi regulacjami ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 464), choć częściowo niepozbawione racji, na podzielenie nie zasługują.

Rozważania prawne należy poprzedzić konstatacją, że stan faktyczny sprawy, oceniany z punktu widzenia znamion wymienionego typu przestępstwa, jest stosunkowo prosty. W sprawie mianowicie przyjęto – niejako z założenia – że zabiegi podjęte przez lekarza dentystrę wobec wieloletniej pacjentki, polegające na wykonaniu kolejnych ekstrakcji łącznie czterech zębów oraz na dewitalizacji jednego, stanowiły zabiegi lecznicze stwarzające podwyższone dla pacjenta ryzyko. Ustalono ponadto, że pacjentka (dorosła, świadoma, a jak dodano, wykształcona i inteligentna) została poinformowana przez lekarza dentystrę (także przez innego lekarza – periodontę) o przyczynach i celowości wykonania tych zabiegów ze względu na występujące u niej schorzenia periodontyczne (zapalenie przyzębia), i na zabiegi te wyrażała ustną zgodę, poddając się w kolejnych dniach poszczególnym czynnościom lekarskim, następnie zaś zabiegom protetycznym. **Stwierdzono przy tym, że w karcie stomatologicznej, opisującej wykonanie zabiegów, lekarz odnotował ogólną formułę, opatrzoną datą pierwszej wizyty, o wyrażeniu przez pacjenta zgody na leczenie zachowawcze, chirurgiczne i protetyczne, jednak tej treści oświadczenie i tak nie nosiło podpisu pacjentki. W karcie opisano natomiast kolejne czynności lekarskie.**

Jak zatem widać, w świetle tych faktów, a także wobec treści uniewinniającego oskarżoną rozstrzygnięcia, obecnie nie pojawia się potrzeba zajęcia stanowiska co do wszelakich problemów rysujących się na tle dyspozycji art. 192 § 1 k.k., jak np. co do ujęcia podmiotu zdolnego do popełnienia tego przestępstwa, co do znaczenia określenia „pacjent” w relacji do wymogu dysponowania zgodą na zabieg leczniczy (tzw. zgoda zastępcza i zgoda kumulatywna),

czy też co do samego pojęcia zabiegu leczniczego, w tym zwłaszcza stwarzającego dla pacjenta podwyższone ryzyko. Kluczowe i jedyne dla rozstrzygnięcia znaczenie – jak to zresztą wynika z treści zarzutów kasacyjnych – ma stwierdzenie, jak należy odczytywać wysłowny w tym unormowaniu zwrot „bez zgody”, określający zakaz przeprowadzenia zabiegu leczniczego, a w szczególności, czy w pojęciu tym mieści się również samo tylko niezachowanie pisemnej formy owej zgody – faktycznie wyrażonej ustnie – wówczas, gdy w stwierdzonej sytuacji wymóg jej uzewnętrznienia na piśmie stawiają zwłaszcza przepisy wspomnianej na wstępie ustawy.

Nawiązując do tego ostatniego, należy przyznać rację autorowi kasacji, gdy kwestionuje stanowisko Sądu Okręgowego odrzucające interpretację znamion przestępstwa z art. 192 § 1 k.k. przez pryzmat przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (dalej u.z.l.). Analizowany wywód Sądu odwoławczego dostarcza argumentów do uznania, że pominięto w nim uwarunkowania wynikające z kolejnych metod wykładni, przede wszystkim zaś, nie przywiązano w nim dostatecznej wagi do systemowego ujęcia zgody pacjenta na wykonanie zabiegu leczniczego w świetle przepisów prawa. Skutkiem tego, zaprezentowane wnioski, choć ostateczne okazało się trafne, zawiera luki, jak też pewną wewnętrzną sprzeczność. Skoro w podjętym rozumowaniu z jednej strony podniesiono, że art. 192 § 1 k.k. nie zawiera żadnego ograniczenia co do formy wyrażenia przez pacjenta zgody, z drugiej natomiast podkreślono, iż owa zgoda powinna być udzielona w sposób „niewątpliwy i pewny”, to powstaje pytanie o podstawę tak przyjętej interpretacji wymienionych elementów ważności omawianej zgody, mającej przesądzać o braku bezprawności wykonania zabiegu przez lekarza. **Łatwo wszak dostrzec, że rozumienie w języku ogólnym wyrażenia „zgoda”, czy też odpowiadającego mu określenia „zgodzić się”, w zasadzie nie zakłada wymienionych atrybutów „niewątpliwości” i „pewności”. W języku tym słowo „zgoda” oznacza bowiem m.in. „formułę wyrażającą czyjeś przyzwolenie, aprobatę” (M. Szymczak, red., Słownik języka polskiego, Warszawa 1999, s. 946; w zbliżony sposób także A. Markowski, red., Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 1999, s. 138; S. Dubisz, red., Uniwersalny słownik języka polskiego, Warszawa 2003, s. 657). Z kolei czasownik „zgodzić się” oznacza m.in. „udzielić na co zgody, przyzwolenia, przystać na co; biernie poddać się czemu; zgodzić się po namyśle, pod jakimiś warunkami (E. Sobol, Mały słownik języka polskiego, Warszawa 1999, s. 1146-1147), a podaje się również, że „jeśli zgodziliśmy się na coś, np. na czyjeś działania lub propozycje, to wyraziliśmy na to zgodę lub przynajmniej nie wyraziliśmy sprzeciwu (S. Dubisz, op.cit. s. 658). Wydaje się więc, że choćby w opisany sposób – całkiem niezamierzony, Sąd odwoławczy dał niejako wyraz temu, iż w interpretowaniu omawianego zwrotu ustawowego nie można obracać się wyłącznie w warstwie językowej, oczywiście niezbędnej i pierwszoplanowej w wykładni, lecz konieczne jest ponadto sięgnięcie do wskazań płynących z innych aktów prawnych normujących kwestię udzielenia zgody na interwencję medyczną.**

Nie można zatem było pominąć, że omawiana zgoda (jej brak) stanowi nie tylko kluczowe znamię przestępstwa z art. 192 § 1 k.k. – zwłaszcza w świetle przedmiotu ochrony tego unormowania, zamieszczonego w rozdziale przestępstw przeciwko wolności, ale też zasadniczy element wielu aktów szeroko pojętego prawa medycznego (także szczegółowych unormowań regulujących wykonywanie badań, zabiegów i leczenia) oraz aktów prawa międzynarodowego. Z uwagi na obszerność stanu prawnego, jak i przez wzgląd na ramy rozstrzyganego stanu

faktycznego, niezbędne jest w tym miejscu odesłanie do licznych opracowań z tej dziedziny oraz do treści kolejnych (nie do końca ze sobą spójnych) aktów prawnych. W tym miejscu wystarczy tylko zwrócić uwagę na przepisy art. 5 i n. Europejskiej Konwencji o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny z dnia 4 czerwca 1997 r. (Konwencja Bioetyczna), które stanowią, że „nie można przeprowadzić interwencji medycznej bez swobodnej i świadomej zgody osoby jej poddanej” (zgodę osoba ta w każdej może chwili wycofać), a zarazem, że „przed dokonaniem interwencji osoba zainteresowana otrzyma odpowiednie informacje o celu i naturze interwencji, a także jej konsekwencjach i ryzyku”. Wprawdzie Konwencja ta nie została dotąd przez Polskę ratyfikowana, jednak nie sposób nie zauważyć, że wynikające z niej wskazania znajdują odbicie w podstawowych aktach prawa medycznego, istotnych w rozpatrywanej sprawie, a zarazem ważkich z perspektywy podjętej w niej próby dookreślenia omawianego pojęcia zgody, legalizującej wykonanie zabiegu leczniczego.

Bez wątpienia podstawowym w tym zakresie aktem prawnym jest wspomniana ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (trzymając się realiów sprawy, zwłaszcza przepisy art. 31 ust. 1 i art. 34 ust. 2 oraz art. 32 ust. 7 i art. 34 ust. 1), w powiązaniu z którą pozostają odpowiednie unormowania (art. 9, art.15-18) ustawy z dnia z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. 2012, poz. 159, ze zm.), jak również deontologiczne zasady Kodeksu Etyki Lekarskiej, przyjętego w 2004 r. przez Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy, szczegółowo uzupełniające zapisy ustawowe (art. 13, art. 15). Z tych to bowiem regulacji wynika zarówno swoista nadrzędność woli (zgody) pacjenta na poddanie się czynnościom medycznym, jak i podstawowy warunek uznania ważności jej wyrażenia, jakim jest uzyskanie przez pacjenta przystępnej i wszechstronnej informacji co do stwierdzonego stanu zdrowia oraz co do proponowanej mu lub wykonywanej czynności medycznej, stanowiącej przedmiot owej zgody (odstępstwa dotyczące podjęcia interwencji bez lub z przekroczeniem zakresu zgody pacjenta oraz co do realizacji jego prawa do informacji są odpowiednio uregulowane). Wymienione przepisy (w szczególności art. 32 ust. 1 i art. 32 ust. 7 u.z.l. oraz art. 17 ust. 1 i 4 ustawy o prawach pacjenta) przewidują również konieczność „wyrażenia” owej zgody wobec lekarza, jako warunkującego wykonanie przez niego badania lub innego świadczenia zdrowotnego. Analiza tych unormowań prowadzi do wniosku, że jak obowiązkiem lekarza jest respektowanie zgody pacjenta (jej zakresu), bądź jej braku (wycofania zgody) na przeprowadzaną interwencję medyczną, tak również jego obowiązkiem jest udzielenie pacjentowi (a jego prawem otrzymanie) określonej treści informacji pozostających w związku z przedmiotem tej zgody, dających rzeczywistą przesłankę do podjęcia przez niego świadomej decyzji o przyzwoleniu na daną interwencję, czy też zaaprobowaniu podejmowanej czynności medycznej.

Powyższe daje podstawę do stwierdzenia, że **miarodajna, legalizująca działanie lekarza zgoda pacjenta na wykonanie zabiegu leczniczego to taka zgoda, która stanowi wyraz jego własnej, świadomej (zarówno od strony zdolności psychofizycznej udzielającego zgody, jak i rozważenia niezbędnych jej przesłanek) oraz swobodnej i dobrowolnej (nieobciążonej wadą błędu, czy przymusu) decyzji** (zob. szerzej: A. Zoll, Granice legalności zabiegu medycznego, PiM 1999, nr 1, s. 35 i n.; L. Kubicki, Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej

lekarza, przestępstwo z art. 192 § 1 k.k., PiM, 2000, nr 8, s. 37-38; M. Filar, Lekarskie prawo karne, Kraków 2000, s. 260-267; T. Dukiet-Nagórska, Autonomia pacjenta a polskie prawo karne, Warszawa 2008, s. 27-29 i n.; M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, Zabieg leczniczy bez zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego /art. 192 k.k./, Prok.i Pr. 2003, nr 7-8, s. 29 i n.; D. Karkowska, Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Komentarz, Warszawa 2010, s. 226-230). Z kolei, nie może też nasuwać wątpliwości stwierdzenie, że respektowanie przez lekarza opisywanej zgody możliwe jest tylko wówczas, gdy wola poddania się proponowanym czynnościom medycznym zostanie mu przez pacjenta w sposób niebudzący wątpliwości ujawniona. Trzeba więc zaznaczyć, że owo wyrażenie zgody może nastąpić ustnie, a nawet – byle jednoznacznie – w sposób dorozumiany (art. 32 ust. 4 u.z.l.); natomiast w wypadku zgody na zabieg operacyjny albo zastosowanie innej metody o podwyższonym ryzyku dla pacjenta, ustawa przewiduje pisemną formę jej udzielenia (art. 34 ust. 1 u.z.l.).

W tym kontekście trudno przejść do porządku nad kwestią charakteru prawnego zgody. Niezbędne jest podkreślenie, że choć problem ten nie jest jednolicie interpretowany, to dominuje pogląd (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2006 r., II CSK 191/05, OSP 2007, nr 7-8, poz. 83), w myśl którego zgoda pacjenta, wyłączająca bezprawność naruszenia dóbr osobistych, jest przejawem woli podobnym do oświadczenia woli, co przemawia za odpowiednim stosowaniem do niej przepisów dotyczących oświadczeń woli oraz czynności prawnych, w szczególności przepisów regulujących skutki złożenia wadliwego oświadczenia woli (art. 82 i n. k.c.) oraz formę czynności prawnych (art. 73 i n. k.c.). Zauważa się również, że owa zgoda to jednostronne odwoływalne działanie prawne, zbliżone od oświadczenia woli, które zasadniczo różni się od niego tym, że wyrażenie tego aktu woli jest jedynie wyrazem autonomii jednostki w zakresie dysponowania dobrami osobistymi, a nie ma na celu zabezpieczenia interesów osób trzecich – adresatów oświadczenia woli (tak: M. Safjan, Prawo i medycyna, Warszawa 1998, s. 34-35 – pogląd podzielany w licznych komentarzach i opracowaniach, zob. m.in. A. Zoll, op.cit., s. 35; L. Kubicki, op.cit., s. 36; M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, op.cit., s. 28 i podawana tam literatura). Innymi słowy mówiąc, nietypowość tej czynności tkwi w tym, że celem udzielającego zgody pacjenta nie jest wywołanie określonych skutków prawnych, lecz danie wyrazu woli zadysponowania sobą w zakresie poddania się interwencji medycznej. Jest to istotne o tyle, że trudno nie dostrzec, iż wskazana interpretacja charakteru prawnego zgody współgra z przedmiotem ochrony przepisu art. 192 § 1 k.k., który ujmowany jest jako prawo pacjenta do samostanowienia o poddaniu się zabiegowi leczniczemu, mające swe źródło w przyrodzonej i nienaruszalnej godności każdego człowieka oraz w gwarantowanej mu nietykalności osobistej i wolności osobistej (art. 30, art. 31, art. 41 ust. 1 Konstytucji RP). Jedynie dodatkowego więc zaakcentowania wymaga, że unormowanie art. 192 § 1 k.k., dając prymat ochronie wolności nad ochroną zdrowia (lub nawet życia), stanowi przede wszystkim wyraz poszanowania autonomii i woli pacjenta.

W tym świetle, z całą pewnością więc można powiedzieć, że interpretowane powyżej regulacje ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry dają podstawę do stwierdzenia, iż brak przy wykonywaniu zabiegu leczniczego któregośkolwiek z elementów wypełniających istotę omawianej zgody oraz świadczących o samym fakcie jej udzielenia należy traktować jako równoznaczny z wykonaniem tego zabiegu bez zgody, wypełniającym znamię przestępstwa z

art. 192 § 1 k.k. W takim razie **uznać trzeba, że nieliczenie się przez lekarza z brakiem (możliwego) ujawnienia przez pacjenta woli poddania się określone mu zabiegowi (wycofania się, wyrażenia sprzeciwu) lub z nie dość jasnym wyrażeniem tego aktu woli, albo też pominięcie, iż do jego wyrażenia doszło wprawdzie w niezbity sposób, ale bez zachowania przez pacjenta swobody lub bez dostatecznej świadomości tego, jakie jest jego położenie, na co konkretnie się godzi i czego może się spodziewać, świadczy o zignorowaniu prawnego wymogu zgody (woli) pacjenta, a co za tym idzie, o samowolnym (bez zgody) wykonaniu tego zabiegu przez lekarza.** Tego samego nie da się natomiast powiedzieć o niezachowaniu samej pisemnej formy udzielenia zgody – wyrażonej klarownie w inny sposób i niewadliwej – na zabieg operacyjny albo zastosowanie innej metody o podwyższonym dla pacjenta ryzyku.

W pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że uwzględnienie zaprezentowanego powyżej stanowiska co do prawnego charakteru omawianej czynności wiedzie do wniosku, że **niepełnienie wymogu jej pisemności, uregulowanego w art. 34 ust. 1 u.z.l., nie powoduje skutku w postaci nieważności zgody udzielonej na opisaną interwencję.** Choć i ta kwestia budzi, wynikające z różnych przesłanek, spory w doktrynie, to nie sposób przejść do porządku nad podstawowym wnioskiem wynikającym z analizy przepisów ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, jak również ustawy o prawach pacjenta, że niezachowanie pisemnej formy tej czynności, nie zostało opatrzone niezbędnym zastrzeżeniem rygору jej nieważności, jak też, że w przepisach tych nie przewidziano innych skutków prawnych niezachowania tej formy udzielenia zgody (art. 73, art. 76 k.c.). Stąd na gruncie postępowania cywilnego wywodzi się (cyt. wyrok w sprawie II CSK 191/05, także wyrok SN z dnia 8 lipca 2010 r., II CSK 117/10, lex 602677), że omawiany wymóg formy pisemnej jest jedynie wymogiem dla celów dowodowych, rodzajem w sporze określone, przewidziane w art. 74 k.c. ograniczenia (zob. różne, w tym odmienne, stanowiska w kwestii skutków niezachowania formy pisemnej: M. Safjan, op.cit., s. 68; M. Filar, op.cit., s. 274-275; R. Kędziora, Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego, Prok.i Pr. 2003, nr 7-8, s. 54; D. Karkowska, Prawa Pacjenta, Warszawa 2009, s. 436-440; M. Świdorska, Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007, s. 80-84; M. Nesterowicz, Prawo medyczne, Toruń 2007, s. 127; K. Michałowska, Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny, Warszawa 2014, s. 179-180; R. Rejmianiak, Wymóg pisemnej zgody pacjenta w świetle art. 192 k.k., PiM 2013, nr 1-2, s. 158-159; M. Boratyńska, M. Konieczniak, Prawa Pacjenta, Warszawa 2001, s. 286; P. Daniluk, glosa do wyroku w sprawie II CSK 191/05, OSP 2007, nr 7-8, poz. 83).

O ile więc w kasacji podnosi się, że działaniem bez zgody pacjenta, w myśl art. 192 § 1 k.k., jest niezachowanie jakichkolwiek wymogów stawianych zgodnie przepisami wymienionych ustaw, a co za tym idzie, iż skutkiem prawnym niezachowania pisemnej formy zezwolenia udzielonego przez pacjenta na interwencję medyczną jest sankcja karna wynikająca z tego przepisu, to stanowisko to nie zasługuje na aprobatę.

Za uprawnioną uznać można tezę, że **określające typ przestępstwa z art. 192 § 1 k.k. znamię „bez zgody” ma w pewnym sensie charakter blankietowy. Jak bowiem wskazano – wobec wielości udzielanych pacjentom świadczeń medycznych oraz wobec różnorodności**

unormowań zgody na czynności medyczne, jak też zniesienia jej wymogu w różnych regulacjach – niezbędne jest każdorazowe skonkretyzowanie treści tego znamienia w przepisach prawa medycznego, mających zastosowanie do ocenianego zdarzenia. Należy jednak zaznaczyć, że roztrząsane wyrażenie nie zawiera wyraźnego dookreślenia, iż zgoda, bez której działa lekarz, ma odpowiadać wymogom przewidzianym w przepisach ustawy, co dopiero pozwalałoby uznać, że bezprawne, w myśl art. 192 § 1 k.k., jest niezachowanie wszelkich warunków prawidłowości zgody na interwencję medyczną, także odnoszących się do formy jej udzielenia. Taką regulację zawiera choćby unormowanie art. 31 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 332), które przewiduje odpowiedzialność za wykroczenie polegające na pobraniu krwi z organizmu dawcy „z naruszeniem warunków określonych w art. 15 ustawy”, a więc wszelkich warunków – w tym polegającego na odebraniu od dawcy zgody na piśmie (a nie wyłącznie kryterium zgody dawcy). Rzecz tu nie w porównaniu kategorii czynności medycznych i rodzaju prawnokarnej odpowiedzialności za czyn zabroniony, lecz w narzucającym się wniosku, że skoro w art. 192 § 1 k.k. nie zapisano, iż zabronione jest wykonanie zabiegu z naruszeniem przepisów ustawy, czy też bez zgody spełniającej warunki określone w przepisach ustawy, to nie sposób przyjąć, że do realizacji tego przestępstwa dochodzi również wtedy, gdy z uchybieniem pisemnej formy oświadczenia, zgody tej – spełniającej wcześniej opisywane uwarunkowania – w rzeczywistości udzielono i ją wyraźnie przekazano. Nie sposób przecież zarazem uznać, by w takiej sytuacji w ogóle nastąpił atak na chronione omawianym przepisem dobro prawne, tj. aby wraz z wykonaniem zabiegu leczniczego doszło do prawnie nieakceptowalnego naruszenia autonomii, wolności pacjenta. Można wówczas wyłącznie twierdzić, że wyrażona przez niego na zewnątrz zgoda – jako akt świadomości, który może znaleźć na piśmie jedynie swe potwierdzenie – została tylko pozbawiona udokumentowania (Daniluk, op.cit., s. 515; także zachowujący tu aktualność wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 lutego 1991 r., I ACa 16/91, OSA 1991, z. 2, poz. 5).

Prawdą jest również, że omawiana **zgoda na zabieg leczniczy stanowi szczególną postać oświadczenia, co wynika zwłaszcza z treści art. 32 ust. 4 i 5 oraz art. 34 ust. 4 u.z.l., przekonującej, iż do ważności tego oświadczenia nie jest konieczna zdolność do czynności prawnych** (przy zgodzie osób małoletnich powyżej 16 lat oraz osób pozbawionych lub o ograniczonej zdolności do czynności prawnych). Z powyższego nie da się jednak wywieść, że wymóg odnoszący się do pisemnej formy złożenia tego oświadczenia jest wymogiem prawnej ważności zgody. Jak wywiedziono powyżej, twierdzenie takie nie ma umocowania normatywnego, a interpretacji tej nie może zmienić, przemawiający oczywiście za jak najściślejszym przestrzeganiem tego wymogu, wzgląd na prawidłową, wolną od nadużyć praktykę, czy też na zwiększenie gwarancji dla pacjentów (wzmocnionych regulacjami ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta). Przypominając, jakie konsekwencje w sporze cywilnym rodzi brak właściwego udokumentowania wyrażonej zgody, należy zarazem zauważyć, że spójność systemu prawa, jak również uwzględnienie zasad rządzących procesem karnym (art. 2 § 1 pkt. 1 k.p.k.) nie pozwala na przyjęcie, by w postępowaniu cywilnym powstawała choćby ograniczona możliwość dowodzenia faktu udzielenia zgody przy pomocy zeznań świadków i stron, natomiast w postępowaniu karnym niedochowanie pisemnej formy zgody miałyby przesądzać o popełnieniu przestępstwa, bez liczenia się z obiektywnym faktem,

czy udzielenie tej zgody rzeczywiście nastąpiło (T. Dukiet-Nagórska, op.cit. – s. 87). Już zresztą tylko na marginesie można dodać – rozumując w przeciwnym kierunku – że nie sposób byłoby również przyjąć, iż z kolei zachowanie pisemnej formy zgody pacjenta miałyby wykluczać możliwość wykazania w inny sposób, że zgodę tę pacjent wprawdzie wyraził, ale w sposób wadliwy.

Powyższe rozważania wiodą zatem do konkluzji, że **nieudokumentowanie na piśmie zgody pacjenta na wykonanie zabiegu leczniczego określonego w art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 464), faktycznie przez niego udzielonej w innej niż pisemna formie, nie mieści się w zakresie pojęcia „bez zgody” znamionującego typ przestępstwa opisanego w art. 192 § 1 k.k.** Wydaje się nie budzić wątpliwości, że jak treść unormowania art. 192 § 1 k.k., tak i prawo medyczne w ogólności (w kwestii ewolucji stanu prawnego, zob. szerzej m.in.: M. Mozgawa, M. Kanadys-Marcko, op.cit, s. 22-25; L. Kubicki, op.cit., s. 30-34, a także Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego, Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 116) eksponuje w swych obecnych regulacjach wzmocnienie autonomii pacjenta, natomiast kwestię wymogów co do formy wyrażenia zgody na zabieg umieszcza na dalszym planie, nie pomijając jej ważkiego znaczenia w sferze procesowej. Powyższe „wymusza” w praktyce dyscyplinę podmiotów uczestniczących w podejmowaniu decyzji o wykonaniu zabiegu leczniczego, nie niwecząc gwarancji praw pacjenta i jego dobra, chronionego także wówczas, gdy uzyskanie od niego zgody we właściwej formie, byłoby zbyt uciążliwe, czy niepożądane, choćby ze względu na jego stan psychiczny. Osiągnięciu aktualnego celu tych unormowań w omawianym aspekcie, sprowadzającego się, jak można dostrzec, do zachowania równowagi między zapewnieniem pacjentowi ochrony wolności w swoistych, związanych z leczeniem sytuacjach a unikaniem zbytniego formalizmu, nie sprzeciwia się przyjęta interpretacja przepisu art. 192 § 1 k.k.

(...).

1.4 Postanowienie z dnia 15 kwietnia 2015 r.; sygn. akt IV kk 409/14

Przepisy i problemy: art. 25 k.k.

- ✓ *Sąd Najwyższy pochyla się nad problemem „konieczności” obrony koniecznej.*

Teza:

Obrona konieczna, jak wynika to wprost z treści art. 25 § 1 k.k. ma charakter samoistny. Nie sposób zaaprobować zatem poglądu prokuratora zaprezentowanego w odpowiedzi na kasację, że ma ona charakter „względnie samoistny i subsydiarny”.

Ocena konieczności obrony powinna być oparta na kryteriach obiektywnych i dokonana w niepowtarzalnych realiach konkretnej sprawy oraz zasad logiki, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, zaś pozbawienie życia napastnika w warunkach odpierania

bezprawnego, bezpośredniego zamachu obwarowane jest szczególnymi warunkami, określonymi w normach prawa międzynarodowego.

Z uzasadnienia:

Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia (...) orzekł, następująco:

I. oskarżonego M.M. uznał za winnego tego, że (...) przekraczając granice obrony koniecznej przez zastosowanie niewspółmiernego środka w postaci noża, przewidując możliwość spowodowania śmierci i godząc się na taki skutek, po wybiciu szyby przez pokrzywdzonego M.S. w oknie domu należącego do oskarżonego, a położonego w (...) i włożeniu przez wybitą szybę ręki przez pokrzywdzonego, zadał w/w pokrzywdzonemu M.S. z dużą siłą jeden cios nożem, (...) co doprowadziło w krótkim czasie do śmierci pokrzywdzonego (...) czym wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 25 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 25 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt 1 k.k., skazał go na karę 6 lat pozbawienia wolności,

(...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

(...)

Wysuwając w kasacji zarzut błędnej wykładni przepisu art. 25 § 1 k.k. przez bezpodstawne zawężenie instytucji obrony koniecznej do odpierania ataku przy użyciu „adekwatnych” środków obrony, skarżący ponownie kwestionuje ustalenia faktyczne (w sytuacji, gdy w kasacji podnosi zarzut naruszenia prawa materialnego) i wskazuje, że zachowanie M.S. mogło wywołać u skazanego uczucie strachu w postaci obawy o własne życie i zdrowie.

Nota bene trudno sobie wyobrazić, by bezprawny, bezpośredni i rzeczywisty zamach na dobro prawem chronione i konieczność podjęcia obrony dla jego odparcia, nie wywoływał u atakowanego pewnego rodzaju strachu, wzburzenia, zdenerwowania, czy też obawy. Nie oznacza to jednak, iż w każdym przypadku spełnione są przesłanki zastosowania art. 25 § 3 k.k. Sytuacja opisana w art. 25 § 3 k.k. ograniczona być musi jedynie do takich wypadków, w których przyjęto, że okoliczności zamachu, oceniane obiektywnie, racjonalnie tłumaczą wywołanie strachu lub wzburzenia, a stan taki przesądził o sposobie odparcia zamachu. Przepis art. 25 § 3 k.k. nie może być natomiast wykorzystywany do likwidowania kolizji między prawnymi i społecznymi ocenami, lecz stanowić ma podstawę rozstrzygnięcia w wypadkach ustalenia określonej w nim przyczyny przekroczenia granic obrony koniecznej (vide postanowienie SN z dnia 14 lutego 2002 r., II KKN 337/01, OSNKW 2002, z. 7 - 8, poz. 66). Skoro, jak już wyżej zaznaczono, bezpośredni, bezprawny zamach na dobro chronione i niezbędność podjęcia obrony koniecznej powoduje zawsze stan pewnego wzburzenia psychicznego, którego stopień zależy od indywidualnych właściwości sprawcy, dla właściwej oceny takiej reakcji emocjonalnej konieczna jest analiza

właściwych procesów psychicznych sprawcy oraz struktury jego osobowości (vide A. Marek, Obrona konieczna w prawie karnym, Teoria i orzecznictwo, Warszawa 2008, s.161). Warto jednak zauważyć, że Sąd a quo wnikliwie analizował i te kwestie, jako ewentualny powód zachowania się skazanego, respektując zasadę, że dokonując ustalenia i oceny, czy przyczyną przekroczenia granic obrony koniecznej nie był strach lub wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami zamachu, w rozumieniu art. 25 § 3 k.k., należy uwzględnić niepowtarzalne okoliczności każdego wypadku, w tym także to, kto działa w obronie koniecznej (vide postanowienie SN z dnia 17 czerwca 2003 r., II KK 42/03, OSNwSK 2003/1/1305). Nadto Sąd a quo posiłkując się w powyższym przedmiocie opinią biegłych lekarzy psychiatrów i psychologów, jasno wyłuszczył, że sytuacja w której znalazł się M.M. na pewno spowodowała u niego, jak w każdym podobnym wypadku, wystąpienie emocji, to nie sposób jednak mówić o poziomie strachu w takim natężeniu, lub wzburzenia spowodowanego okolicznościami zamachu, który determinowałby określone zachowanie w sposób wymagany w art. 25 § 3 k.k.

(...)

Oczywiście punktem wyjścia dla oceny, czy i ewentualnie skazany M.M. mógł skorzystać z obrony koniecznej jest stwierdzenie wystąpienia bezprawnego i bezpośredniego zamachu na jego prawnie chronione dobro. Przedmiotem ochrony opisanego w art. 193 k.k. przestępstwa naruszenia miru domowego, jest bowiem związana z prawem do prywatności - przysługująca człowiekowi wolność w zakresie wyłącznego, swobodnego i spokojnego zamieszkiwania, niezakłóconego bezprawną ingerencją osób trzecich. Stronę podmiotową występku wyczerpuje każde zachowanie się sprawcy polegające na przedostaniu się do miejsca określonego w tym przepisie, wbrew wyraźnej lub dorozumianej woli gospodarza tego miejsca (vide postanowienie SN z dnia 14 sierpnia 2001 r., V KKN 338/98, LEX nr 52067). Konieczne jest także rozważenie, jakie środki przysługują uprawnionemu w stosunku do sprawcy. Warto przypomnieć, że art. 8 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności zapewnia każdemu prawo do poszanowania m.in. mieszkania. Z kolei art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i politycznych (Dz.U. z 29.12.1977 r., Nr 38, poz. 167) stanowi, że ingerencja w prawo do prywatności ze strony organów państwa nie może być arbitralna, a ze strony osób prywatnych bezprawna, co oznacza, że tylko dopuszczalne in concreto przez normy prawa działania (np. art. 10 ust. 2 cyt. Konwencji, art. 219 k.p.k., art. 149 k.c., art. 814 § 1 k.p.c.), pozwalają ingerować w prawo do prywatności. Mając zatem na uwadze powyższe uwarunkowania normatywne należy skonstatować, że przywołane w dyspozycji art. 193 k.k. określenie „wdziera się”, interpretować należy stricte jako zamach na wolność osoby uprawnionej - przełamanie jej woli, nie zaś jako przełamywanie (pokonywanie) barier i przeszkód. **Z kolei dalsza implikacja nasuwa się sama - osoba uprawniona może odeprzeć zamach, polegający na bezprawnym wtargnięciu („wdarciu się”) do lokalu, zaś podjęte działanie, będzie wówczas działaniem prawnie chronionym, podjętym w obronie koniecznej – w obronie prawa do prywatności, wszelako granice takiej obrony, oceniane ex ante, zależą in concreto od sytuacji oraz od sposobu zachowania się tych osób, słowem niepowtarzalnych realiów danego zdarzenia.**

Nadto w warstwie argumentacyjnej skargi kasacyjnej, jej autor, przywołując orzeczenia Sądu Najwyższego (tj. wyrok 7 sędziów z dnia 30 września 1975 r., VI KRN 39/75, OSNKW 1976, z. 2, poz. 23 oraz postanowienie z dnia 1 lutego 2006 r., V KK 238/05, OSNKW 2006, z. 3, poz. 29) wyraźnie wskazuje na samoistny charakter obrony koniecznej. Stanowisko takie, co do zasady, zasługuje na akceptację. I tak w pierwszym z tych orzeczeń trafnie podniesiono, że działanie podjęte w obronie koniecznej jest prawne i cechy tej nie pozbawia go ani brak wezwania napastnika do zaprzestania dalszego zamachu, ani też brak ostrzeżenia przez napadniętego, że użyje niezbędnego do odparcia zamachu środka w razie niezaprzestania dalszego zamachu. Tyle tylko, że w realiach przywołanego judykatu były krańcowo odmienne – działania w obronie koniecznej podjęła osoba zaatakowana i pobita przez kilkunastoosobową grupę napastników. W pełni zaaprobować należy także trafne stanowiska wyrażonego w drugim orzeczeniu, iż obrona konieczna (art. 25 § 1 k.k.) obejmuje nie tylko odpieranie zamachu w fazie jego realizacji, ale także stadium obiektywnie zaistniałego bezpośredniego zagrożenia zamachem, jak również w wypadku jego nieuchronności, o ile nie zostanie podjęta natychmiastowa akcja obronna (vide postanowienie SN z dnia 1 lutego 2006 r., V KK 238/05, OSNKW 2006, z. 3, poz. 29). Dodatkowo trzeba jednak poczynić uwagę, że realia sprawy także i tego ostatniego judykatu były zupełnie odmienne od tej, która jest obecnie oceniana, a nadto Sąd Najwyższy odniósł się w nim do problemu samoistności obrony koniecznej w sposób nieco odmienny, niż to odczytuje autor kasacji.

Podkreślenia przede wszystkim wymaga, że prawo do obrony koniecznej przed bezprawnym zamachem jest jednym z podstawowych praw człowieka. Opiera się ono na niekwestionowanym, oczywistym, legalnym i społecznie korzystnym prawie każdego człowieka do bronięcia prawa przed bezprawiem. Obrona musi być konieczna w sensie technicznym, przez co należy rozumieć, że broniący się może używać tylko sposobów i środków koniecznych do odparcia zamachu. Chodzi o obronę skuteczną, a o tym decydują warunki konkretnego przypadku (vide L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2001, s.108 - 111).

Niewątpliwie obok samego uzasadnienia funkcjonowania instytucji obrony koniecznej, drugim elementem określającym jej pozycję w systemie prawa jest kwestia jej samoistnego, bądź subsydiarnego charakteru. **Szukając właściwej odpowiedzi należy rozważyć, czy prawo do odparcia zamachu napastnika, powstaje jedynie wówczas, gdy nie było innego sposobu uniknięcia grożącego dobru niebezpieczeństwa, np. przez ucieczkę, ukrycie się, wezwanie pomocy, w tym policji (subsidiarność), czy też zaatakowany ma prawo odeprzeć zamach nawet wówczas, gdy taka możliwość istniała (samoistność).** Naturalnie z samej istoty instytucji obrony koniecznej, uregulowanej w art. 25 § 1 k.k. wprost wynika, że ma ona charakter samoistny, a nie subsydiarny. Oznacza to, że na gruncie polskiej ustawy karnej odpieranie zamachu kosztem dobra napastnika jest usprawiedliwione samą bezprawnością i bezpośredniością zamachu, a nie brakiem innego racjonalnego sposobu uniknięcia zamachu. Nota bene pogląd o samoistności obrony koniecznej jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego prezentowany konsekwentnie (vide wyrok (7) SN z dnia 30 września 1975 r., VI KRN 39/75, OSNKW 1976, z. 2, poz. 23; wyrok SN z dnia 14 maja 1984 r., II KR 93/84, OSNPG 1985, z. 5., poz. 63). Przede wszystkim za samoistnym charakterem obrony koniecznej przemawia istota tej instytucji, która tkwi w obronie prawa przed bezprawiem (vide J. Makarewicz, Kodeks karny z

komentarzem, Lwów, s. 88; A. Marek [w:] A. Marek, J. Satko, Okoliczności wyłączające bezprawność czynu, Przegląd problematyki, Orzecznictwo SN, Piśmiennictwo, Kraków 2000, s. 77; A. Marek, Obrona w prawie karnym, Teoria i orzecznictwo, Warszawa 2008, s. 90-98; L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2001, s.108-109; R. Góral, Obrona konieczna w praktyce, Warszawa 2011, s. 24-28). Należy odnotować, że na zasadzie wyjątku - tylko częściową subsydiarność obrony koniecznej - i to wyłącznie w odniesieniu wyłącznie do sytuacji określonych w art. 2 ust. 2 lit a Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności - przyznał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 kwietnia 2002 r. (V KKN 266/00, LEX 52941). Zarazem jednak w swym stanowisku Sad Najwyższy stanowczo podkreślił, że pogląd o subsydiarności obrony koniecznej odrzucony został generalnie zarówno w nauce prawa karnego, jak i judykaturze, jako sprzeczny z samym brzmieniem przepisu art. 25 § 1 k.k. Prawo do obrony koniecznej ma bowiem charakter nie subsydiarny a samoistny (vide cyt. orzeczenie). Należy też dodać, że w przywołanym nota bene w uzasadnieniu kasacji obrońcy innym orzeczeniu SN (vide postanowienie SN z dnia 1 lutego 2006 r., V KK 238/05, LEX nr 175535, OSNKW 2006/3/29), wskazano, że powyższa **wykładnia art. 25 § 1 k.k. doznaje wyjątku w warunkach, o których mowa w art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., ratyfikowanej przez Polskę**. Podniesiono w tym judykacie, że jeśli odpieranie zamachu polega na umyślnym godzeniu w życie napastnika, to taką obronę, zgodnie z przytoczonym standardem konwencyjnym, usprawiedliwia wyłącznie bezwzględna konieczność. Przyjmować należy, że obrona konieczna ma w tych warunkach subsydiarny charakter (vide wyrok SN z dnia 9 kwietnia 2002 r., V KKN 266/00, LEX nr 52941). Także i w doktrynie przedmiotu niekiedy podkreśla się, iż istotnym wyjątkiem od zasady samoistności obrony koniecznej jest specyficzna sytuacja, gdy w jej ramach poświęcone miałyby być życie napastnika. Wyjątek ów wynika z treści art. 2 ust 2 lit. a Konwencji, który stanowi, że „pozbawienie życia nie będzie sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły - w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą. Wskazuje się, że w tym wąskim zakresie spraw norma wynikająca z art. 25 k.k. wyraźnie jest limitowana treścią Konwencji, która na mocy art. 91 ust. 2 Konstytucji RP ma pierwszeństwo przed ustawą (vide Z. Jędrzejewski, Artykuł 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności a obrona konieczna, [w:] B. Bieńkowska, D. Szafranski (red.), Europeizacja prawa polskiego - wybrane aspekty, Warszawa 2007 s. 47-71; P. Kardas, Niektóre okoliczności wyłączające i umniejszające winę w projekcie kodeksu karnego, WPP 1996, Nr 1, s. 39-51).

W tym miejscu trzeba też przypomnieć, że Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (zwana dalej Konwencją), sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U.1993.61.283), stanowi źródło powszechnie obowiązującego prawa, przysługuje jej przymiot bezpośredniego stosowania oraz pierwszeństwo przed ustawami zwykłymi i pozostałymi aktami normatywnymi niższego rzędu (vide art. 89 i 91 w zw. z art. 241 ust. 1 Konstytucji RP). Punktem wyjścia rozważań winien być art. 1 Konwencji, który ustanawia ogólny „obowiązek przestrzegania praw człowieka”, adresując go - w płaszczyźnie prawnomiędzynarodowej - do państw - członków Konwencji i zobowiązując je do zapewnienia każdemu praw i wolności, gwarantowanych Konwencją. Treść cytowanego artykułu wskazuje,

że z Konwencji wypływają dla państwa obowiązki zarówno negatywne, jak i pozytywne. Obowiązek negatywny oznacza, że od państwa wymaga się powstrzymania od ingerencji, przy czym większość obowiązków państw ustanowionych na podstawie Konwencji ma taki właśnie charakter. Trybunał podkreśla jednak stale, że Konwencja nie ogranicza się do nałożenia na państwo negatywnego obowiązku powstrzymania, ale wymaga także - w celu zapewnienia skutecznego korzystania z praw i wolności - podejmowania przez władze aktywnych działań zapobiegających naruszeniom i pozwalających naprawić ich skutki. Oznacza to uznanie, że w wielu sytuacjach na państwie ciążyą tzw. obowiązki pozytywne. Stanowią one konsekwencję ogólnego wymagania, aby gwarancje praw i wolności podstawowych, cywilnych i politycznych, przewidziane Konwencją były rzeczywiste i skuteczne, a nie tylko teoretyczne lub iluzoryczne. W rezultacie - w zależności od okoliczności - od państwa wymaga się rozmaitych form działania. W razie braku odpowiednio aktywnej postawy władz wiele praw byłoby bowiem pozbawionych rzeczywistego znaczenia (vide M. A. Nowicki, Wokół Konwencji Europejskiej - Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Warszawa, 2013, s.321-322).

Należy także podkreślić, że chociaż wiele obowiązków pozytywnych państwa wypływa bezpośrednio z samego tekstu postanowień Konwencji (m.in. obowiązek prawnej ochrony prawa do życia, o którym mowa w art. 2 ust. 1 Konwencji), to jednak zasada ta kształtowana jest zwłaszcza przez bogate i jednolite orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z zastosowaniem interpretacji dynamicznej. Mianowicie wiele judykatów wskazuje, że art. 2 należy do najbardziej fundamentalnych unormowań Konwencji, które zabezpiecza jedną z podstawowych wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy i nakazuje Państwu nie tylko powstrzymanie się od „zamierzonego” pozbawiania życia, lecz także nakazuje podjęcie stosownych kroków w celu ochrony życia tych, którzy podlegają jego jurysdykcji (vide wyrok ETPC z dnia 17 stycznia 2002 r., Calvelli i Ciglio v. Włochy, skarga nr 32967/96, LEX nr 75676). Art. 2 Konwencji ustanawia zatem podstawowy obowiązek Państwa w postaci zabezpieczenia prawa do życia poprzez powołanie do życia skutecznych przepisów z zakresu prawa karnego w celu odstraszenia od popełniania przestępstw przeciwko osobom, wspartych systemem dochodzenia prawa w zakresie prewencji, zwalczania i karania za naruszenia takich przepisów (vide wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 2009 r., Branko Tomašić i inni v. Chorwacja, skarga nr 46598/06, LEX nr 478233; wyrok ETPC z dnia 22 marca 2001 r., Streletz, Kessler i Krenz v. Niemcy, skarga nr 34044/96, LEX nr 76233). Co istotne, w wyroku z dnia 14 czerwca 2011 r. w sprawie Ciechońska v. Polska (skarga nr 19776/04, LEX nr 818445), Trybunał wyraził podkreślić, iż pozytywny obowiązek, wynikający z art. 2 Konwencji, musi być interpretowany jako obowiązek znajdujący zastosowanie w kontekście jakiegokolwiek działania, czy to publicznego, czy prywatnego, w świetle którego prawo do życia może być zagrożone. **Także w doktrynie wskazuje się, że odpowiedzialność państwa, polegająca na obowiązku działania, może w konkretnych sytuacjach oznaczać również zapobieganie naruszeniu prawa chronionego w Konwencji przez podmioty prywatne lub karanie ich za nie.** W ten sposób do wymiaru wertykalnego dochodzi wymiar horyzontalny Konwencji, która staje się w ten sposób „instrumentem ochrony w kategoriach ogólnych”. W wymiarze horyzontalnym, odpowiedzialność - na podstawie Konwencji - w przypadku naruszeń „czysto prywatnych” może być natomiast przypisana państwu, jeśli w konkretnym przypadku powstrzymuje się ono od działania, co jest jednoznaczne albo może być uznane za zachętę, dorozumianą aprobatę lub

bodziec dla jednostek naruszających w stosunku do innych określone prawa. Obejmuje to także przypadki, w których prawo wewnętrzne nie zapobiega naruszeniu Konwencji przez osoby prywatne lub jest z tego punktu widzenia niewystarczające albo sądy krajowe nie karzą w ogóle takich naruszeń lub nie ścigają ich wystarczająco skutecznie. Uznaje się, że w takich przypadkach odpowiedzialność państwa wynika z faktu, iż - wbrew obowiązkowi zapisanemu w art. 1 Konwencji - nie zapewniło ono jednostce pozostającej pod jego jurysdykcją zagwarantowanych w niej praw (vide M. A. Nowicki, op. cit., s. 323-324).

Podkreśla się wreszcie, że z przepisu art. 2 ust. 2 lit. a Konwencji, obowiązującego bezpośrednio z mocy art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, wypływa wniosek, że przy stosowaniu krajowej ustawy karnej pozbawienie życia tylko wtedy nie będzie uznane za sprzeczne z prawem każdego człowieka do życia, jeżeli nastąpi ono w rezultacie bezwzględnie koniecznego użycia siły w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą, przy czym ta ostatnia sytuacja „obrony jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą” dotyczy instytucji obrony koniecznej oraz stanu wyższej konieczności (vide L. Garlicki, Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do art. 1-18, Warszawa 2010 r.). W konsekwencji - jak trafnie argumentuje Sąd Najwyższy, jeśli odpieranie zamachu polega na umyślnym godzeniu w życie napastnika, to taką obronę, zgodnie z przytoczonym standardem konwencyjnym, usprawiedliwia wyłącznie bezwzględna konieczność (vide postanowienie SN w sprawie V KK 238/05, LEX nr 175535). Także sam Trybunał w swym orzecznictwie wielokrotnie podkreślał, iż co do zasady jakiegokolwiek zastosowanie siły mogącej spowodować zgon musi być przynajmniej "bezwzględnie konieczne" dla osiągnięcia jednego lub więcej celów wskazanych w art. 2 ust. 2 Konwencji, a w konsekwencji zastosowana siła musi być ściśle proporcjonalna do osiągnięcia dozwolonych celów (vide wyrok ETPC z dnia 20 grudnia 2011 r., Finogenov i inni v. Rosja, skarga nr 18299/03 i 27311/03, LEX nr 1100229).

W doktrynie wskazuje się także, że formułowana wprost z przytoczonych wyżej unormowań Konwencji (in concreto z treści art. 2 ust. 2 lit. a), teza o obowiązującej (w tym aspekcie) zasadzie subsydiarności obrony nie jest trafna. Mianowicie powodowałoby to, że defensor byłby zobowiązany do odstąpienia od odparcia takiego zamachu, niestanowiącego przemocy wobec osoby, odnośnie do którego ex ante przewidywałby, że jego odparcie może prowadzić do pozbawienia życia napastnika. Tak samo należałoby chyba potraktować sytuację, w której w trakcie odpierania takiego zamachu zorientowałby się, że zajdzie konieczność zabicia napastnika, a jednocześnie miałby świadomość, że istnieje inny sposób uniknięcia dalszego zagrożenia, choćby przez ucieczkę. W praktyce prowadziłoby to do sformułowania wymogu podjęcia ucieczki w każdym przypadku, w którym odparcie tego rodzaju zamachu wiązać by się miało z zabiciem napastnika - ten „inny sposób uniknięcia zagrożenia” pozostaje w dyspozycji potencjalnego defensora niemal zawsze (vide L. Paprzycki (red.), Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej, System Prawa Karnego, tom 4, 2013, Legalis).

Reasumując, obrona konieczna, jak wynika to wprost z treści art. 25 § 1 k.k. ma charakter samoistny. Nie sposób zaaprobować zatem poglądu prokuratora zaprezentowanego w odpowiedzi na kasację, że ma ona charakter „względnie samoistny i subsydiarny”. Przedstawione wyżej unormowania konwencyjne (art. 2 ust. 2 lit. a EKPC), trafnie jednak

wskazują, że prawo do skutecznej obrony musi mieć swoje granice wynikające z aspektów aksjologicznych i humanistycznych, skoro życie ludzkie jest dobrem najwyższej wartości. In concreto przywołana wyżej regulacja Konwencji in extenso „(...) Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą”, w przekonaniu Sądu Najwyższego, nie przekreśla całkowicie poglądu o samoistności obrony koniecznej, skoro dotyczy stricte kwestii współmierności sposobu podjętej obrony w odniesieniu do niebezpieczeństwa konkretnego zamachu, co stanowi odrębny warunek instytucji obrony koniecznej, ujęty od strony negatywnej w treści art. 25 § 2 k.k. (vide L. Gardocki, Granice obrony koniecznej, P i P. 1993, nr 7-8, s. 60; A. Marek, Obrona konieczna.... op. cit., s. 97-98).

Oczywiście nie istnieją żadne teoretyczne kryteria współmierności środków i sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu. Prawidłowa zaś ocena zależy zawsze od szczegółowej analizy konkretnego zdarzenia, a zwłaszcza dynamiki zamachu, która determinuje stopień zagrożenia. Ocena ta musi być dokonywana z punktu widzenia przebiegu zdarzenia, a zatem ex ante, a nie ex post, przez pryzmat skutków. Prawo do obrony koniecznej oznacza zatem dopuszczalność przewagi po stronie odpierającego zamach, w szczególności w zakresie użytych środków obrony.

Mając zatem na uwadze przedstawione wyżej zapatrywania należy skonstatować, że **ocena konieczności obrony powinna być oparta na kryteriach obiektywnych i dokonana w niepowtarzalnych realiach konkretnej sprawy oraz zasad logiki, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, zaś pozbawienie życia napastnika w warunkach odpierania bezprawnego, bezpośredniego zamachu obwarowane jest szczególnymi warunkami, określonymi w normach prawa międzynarodowego.** Przekroczeniem granic obrony koniecznej w przedmiotowej sprawie było umyślne pozbawienie życia napastnika (dolus eventualis) w sytuacji, gdy nie było to bezwzględnie konieczne. Przekroczenie granic obrony koniecznej związane było zatem ze sposobem realizacji obrony przez M.M. Nie ulega wątpliwości, iż w niepowtarzalnych realiach przedmiotowej sprawy, ocenianych z punktu widzenia momentu zamachu i jego odparcia (ex ante), doszło do przekroczenia granic obrony koniecznej (excessus defensionis) pod postacią ekscesu intensywnego. Mianowicie M.M. zastosował sposób obrony niewspółmierny w stosunku do niebezpieczeństwa zamachu i godził w najcenniejsze dobro napastnika (jego życie), mimo, że w granicach jego możliwości percepcyjnych było zastosowanie równie skutecznego, ale mniej niebezpiecznego sposobu obrony. Na tę właśnie okoliczność zwrócił uwagę Sad ad quem, dzielając stanowisko Sądu a quo i podnosząc, że zastosowany przez M.M. sposób obrony, a zwłaszcza użyte narzędzie w postaci noża, pozostawał w rażącej dysproporcji do dobra zagrożonego zamachem (vide str. 7 uzasadnienie SA). Istotnie w doktrynie przyjmuje się, że eksces intensywny zachodzi w szczególności w wypadku rażącej dysproporcji dóbr konfliktowych, którą należy rozumieć jako umyślne godzenie w najcenniejsze dobra napastnika w obronie dóbr mniejszej wartości (vide A.Marek, Obrona..., op. cit., str. 133, M. Szafranec, Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym, Kraków 2004, s. 167). Wskazuje się też, że zasada współmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu, a więc stosowania obrony w granicach „konieczności” (obrony umiarkowanej), ma chronić w istocie najwyższe dobra napastnika przed nadmiarem

obrony dóbr o znacznie mniejszej wartości (vide R. Góral, Obrona konieczna w praktyce, Warszawa 2011, s. 30). Wprawdzie w obronie koniecznej – w przeciwieństwie do stanu wyższej konieczności zasada proporcjonalności dóbr nie obowiązuje, jednakże nie ulega wątpliwości, że dla odparcia zamachu można stosować tylko takie środki, które in concreto są konieczne (vide wyrok SN z dnia 4 kwietnia 1972 r., IV KR 337/71, OSNKW 1972, z. 5, poz. 83).

Z kolei sposób odpierania zamachu pozostaje w ścisłym związku ze środkami, jakich używa osoba broniąca się i przekroczeniem granic obrony przez jej nadmierną intensywność będzie naruszenie (przez zastosowanie niewspółmiernego środka lub sposobu obrony) dóbr napastnika w zakresie daleko dalej idącym, niż niebezpieczeństwo zamachu na te dobra, które stały się jego przedmiotem. W tym aspekcie ową konieczność użycia narzędzi i sposób obrony należy oceniać przy uwzględnieniu warunków, w jakich zastosowano obronę, a więc realności zamachu, a nie z pozycji skutków, jakie obrona ta spowodowała dla napastnika. Nadto z samej instytucji obrony koniecznej wynika, że powinna być ona podjęta w taki sposób i takimi środkami, jakie są w konkretnej sytuacji niezbędne dla odparcia zamachu. Warto zauważyć, że nie sposób zakładać istnienia realnej równowagi pomiędzy działaniami napastnika, osoby broniącej się. Jak trafnie wskazuje się w judykaturze napadnięty nie ma bowiem obowiązku wdawać się w bijatykę z napastnikiem i narażać się na ciosy po to, by podjętej przez siebie obronie przed bezpośrednim bezprawnym zamachem nadać formę pojedynku (vide wyrok SN z dnia 9 marca 1976 r., III KR 21/76, OSNKW 1976, z. 7-8, poz. 89).

(...)

Reasumując, w tych szczególnych okolicznościach zdarzenia, skoro M.M. zdecydował się na właśnie taki środek obrony (nóż), to miał na pewno możliwość, a tym samym i obowiązek, skorzystania z równie skutecznego, ale mniej szkodliwego dla napastnika sposobu użycia tego narzędzia. Mianowicie w niepowtarzalnych realiach przedmiotowej sprawy, skazany bez jakichkolwiek trudności mógł - in concreto – skierować nóż ku rękoma napastnika, mając pewność, bo to więcej niż oczywiste, że zranienie w to miejsce okaże się w takim samym stopniu obezwładniające napastnika, jak silny cios zadany prosto w klatkę piersiową. Z takiej możliwości wyboru jednak nie skorzystał i w ten sposób przekroczył granice obrony koniecznej (vide postanowienie z dnia 17 czerwca 2003 r., II KK 42/03, OSNwSK 2003/1/1305).

(...).

2 Prawo procesowe

2.1 Postanowienie z dnia 6 maja 2015 r.; sygn. akt II KK 111/15

Przepisy i problemy: art. 455 k.p.k.

- ✓ *W jakich przypadkach wadliwości kwalifikacji prawnej możliwe jest zastosowanie normy z art. 455 k.p.k. przez sąd odwoławczy?*

Teza:

Przepis ten (art. 455 k.p.k. – W.Z.) ma zastosowanie, gdy fakt popełnienia przez oskarżonego przestępstwa nie budzi wątpliwości, podobnie jak prawidłowość przedstawionych w opisie czynu przypisanego ustaleń faktycznych, a jedynie kwalifikacja prawna czynu przyjęta przez sąd I instancji okazała się być wadliwa. Z pewnością nie wchodzi w rachubę naruszenie wspomnianego przepisu „poprzez utrzymanie błędnej kwalifikacji prawnej czynu”, gdy, jak utrzymuje obrońca, zachodziły przesłanki do zmiany wyroku przez uniewinnienie oskarżonego.

Z uzasadnienia:

Sąd Rejonowy w P. (...) P.M. uznał za winnego (...) przyjmując, iż czyny te stanowią ciąg dwóch przestępstw wyczerpujących dyspozycję art. 286 § 1 k.k., na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. skazał go oraz wymierzył mu karę roku i dwóch miesięcy pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia (...).

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wniosła wyznaczona z urzędu obrońca (...) Zaskarżyła wyrok w części, tj. zawarte w pkt 2 rozstrzygnięcie utrzymujące w mocy wyrok Sądu I instancji, zarzucając:

(...)

2. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mające istotny wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 12 k.k. w zw. z art. 455 k.p.k. poprzez niezastosowanie konstrukcji czynu ciągłego do zarzuconych oskarżonemu czynów z art. 286 § 1 k.k. pomimo, że ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i zaaprobowane przez Sąd odwoławczy, w sposób oczywisty wskazują na konieczność przyjęcia, że czyny opisane w pkt I i II wyroku Sądu I instancji zostały popełnione w warunkach opisanych treścią art. 12 k.k., w konsekwencji czego utrzymana wobec oskarżonego kara jest rażąco niewspółmierna.

(...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

(...)

W ramach obu zarzutów skarżąca podniosła naruszenie przez Sąd Okręgowy przepisu art. 455 k.p.k., który ma zastosowanie do postępowania odwoławczego, zatem jego obraza uprawnia do wywiedzenia kasacji. Pomijając okoliczność, że w takim razie powinna wskazać na obrazę prawa procesowego, a nie materialnego, należy stwierdzić, że w przypadku pierwszego zarzutu obrońca myli wynikającą z art. 440 k.p.k. powinność zmiany albo uchylecia, w określonej sytuacji, wyroku, z obowiązkiem poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej czynu, czego dotyczy art. 455 k.p.k. Najwidoczniej nie dostrzega też, że **przepis ten ma zastosowanie, gdy fakt popełnienia przez oskarżonego przestępstwa nie budzi wątpliwości, podobnie jak prawidłowość przedstawionych w opisie czynu przypisanego ustaleń faktycznych, a jedynie kwalifikacja prawna czynu przyjęta przez sąd I instancji okazała się być wadliwa. Z pewnością nie wchodzi w rachubę naruszenie wspomnianego przepisu „poprzez utrzymanie błędnej kwalifikacji prawnej czynu”, gdy, jak utrzymuje obrońca, zachodziły przesłanki do zmiany wyroku przez uniewinnienie oskarżonego.**

Odnosząc się do drugiego zarzutu kasacji należy zauważyć, że byłby on zasadny, gdyby Sąd Rejonowy w opisie czynu przypisanego oskarżonemu zawarł ustalenie, o którym mowa w art. 12 k.k., tj. że oba przestępcze zachowania podjął w wykonaniu z góry powziętego zamiaru (z uwagi na przytoczone, różniące się o dzień, daty tych zachowań jednoznaczne wskazanie, że zostały one podjęte w krótkich odstępach czasu chociaż byłoby celowe, to nie wydaje się bezwzględnie konieczne) i mimo to nie przyjął konstrukcji czynu ciągłego. Tymczasem wyrok Sądu a quo takiego ustalenia nie zawiera, zatem poprawianie przez Sąd odwoławczy kwalifikacji prawnej czynu w trybie art. 455 k.p.k. nie wchodziło w grę. Jeżeli obrońca uważa, że określone stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Rejonowego przemawiają za przyjęciem, że skazany popełnił jedno, a nie dwa przestępstwa, to, jak wcześniej stwierdzono, zarzut kasacji powinien zostać inaczej skonstruowany i wskazywać na obrazę przez Sąd odwoławczy art. 440 k.p.k.

(...)