

dr Ewa Plebanek
adiunkt w Katedrze Postępowania Karnego KAAFM
e-mail: e.pleb@wp.pl
tel: 608 623 774

Wypadek mniejszej wagi –

kilka uwag w sporze o charakter instytucji i jego praktyczne konsekwencje.

I. Wprowadzenie

Wypadek mniejszej wagi to zagadnienie szeroko dyskutowane w doktrynie i judykaturze. W sporze dotyczącym okoliczności, które sąd powinien brać pod uwagę badając, czy ma do czynienia z wypadkiem mniejszej wagi przeważała koncepcja przedmiotowo-podmiotowa, co oznacza, że powszechnie przyjmuje się, że o przyjęciu wypadku mniejszej wagi decydują przedmiotowe i podmiotowe znamiona czynu „ze szczególnym uwzględnieniem tych elementów, które są charakterystyczne dla danego rodzaju przestępstw”¹, czyli na ocenę, wskazującą, że dany czyn może zostać zakwalifikowany jako wypadek mniejszej wagi, powinny mieć wpływ tylko te okoliczności, które wpływają na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu². Bliższe przedstawienie koncepcji alternatywnych w stosunku do koncepcji dominującej, tj. koncepcji całościowej i przedmiotowej, a także jej racjonalizacja, jako zagadnienia szeroko omówione w doktrynie³ nie będą przedmiotem dalszych rozważań. Podobnie jak długa historia instytucji, pojawiającej się w polskim prawodawstwie już w Kodeksie karnym z 1932 r. W niniejszym tekście przyjdzie bowiem zająć się innym, spornym i dotychczas niewyjaśnionym zagadnieniem, nie mniej istotnym dla praktyki niż kwestia okoliczności mających wpływ na stwierdzenie wypadku mniejszej wagi, mianowicie zagadnieniem jego natury. Istnieją bowiem co najmniej dwa poglądy w tej mierze – pierwszy przyjmujący, iż jest to swoiście

¹ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 11 grudnia 2002 r., II Aka 428/02, Apel.-Gda. 2003, nr 2, poz. 137. Por. też wyrok SA w Lublinie z dnia 17 kwietnia 2007 r., II Aka/2007, LEX nr 314605.

² Por. uchwała SN z dnia 15 lipca 1971 r., OSNKW 1971, z. 11, poz. 163; uchwała SN z dnia 22 grudnia 1978 r., OSNKW 1979, z. 1–2, poz. 1; wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 79/96, OSNKW 1997, z. 3–4, poz. 27; postanowienie SN z dnia 21 sierpnia 2008 r., V KK 257/08, LEX nr 449083. Należy jednak uczciwie zauważyć, że definicja wagi przestępstwa wciąż uchodzi w orzecznictwie za zagadnienie kontrowersyjne, a rozstrzygnięcie sądu oparte na koncepcji rozumienia wagi przestępstwa innej niż przedmiotowo-podmiotowa nie zawsze uchodzi za rażącą obrazę prawa karnego materialnego (por. postanowienie SN z dnia 13 października 2004 r., V KK 216/04, LEX nr 126719).

³ Por. K. Buchała, Glosa do wyroku SN z dnia 9.X.1996 r., V KKN 79/96, PiP 1997, z. 9, s. 111 i n.; T. Hajduk, Wypadki przestępstw mniejszej wagi, Prok. i Pr. 2002, z. 5, s. 57 i n.; R.A. Stefański, Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”, Prok. i Pr. 1996, nr 12, s. 125; P. Lewczyk, Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda), Prok. i Pr. 2008, z. 7-8, s. 28 i n. i literatura tam cytowana; K. Banasik, Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym, Prok. i Pr. 2008, z. 3, s. 48 i n. i literatura tam cytowana; E. Plebanek, Materialne określenie przestępstwa, Warszawa 2009, s. 146 i n.

ujęty typ uprzywilejowany⁴ i drugi mówiący, iż jest to instytucja sądowego wymiaru kary - szczególna podstawa łagodniejszego wymiaru kary „sytuacja w której okoliczności popełnienia przestępstwa, zwłaszcza zaś znamiona przedmiotowo-podmiotowe charakteryzują się przewagą elementów łagodzących, które sprawiają, że ten czyn nie przybiera zwyczajnej postaci, lecz zasługuje na łagodniejsze potraktowanie”⁵. W doktrynie pojawił się także pogląd pośredni unikający, z uwagi na przedstawione poniżej zastrzeżenia, nazywania wypadków mniejszej wagi typami uprzywilejowanymi na rzecz nazwy „typ quasi-uprzywilejowany” lub „uprzywilejowana postać przestępstwa o znamionach typu podstawowego, charakteryzująca się przewagą łagodzących elementów przedmiotowo – podmiotowych”⁶ jednak praktycznie traktujący te przypadki w sposób właściwy dla typu uprzywilejowanego. Jak już wspomniano jednoznaczne i dobrze uzasadnione rozstrzygnięcie owego sporu ma bardzo istotnie konsekwencje praktyczne. Po pierwsze, pozwala sformułować postulaty *de lege ferenda* wskazujące ustawodawcy potrzebę opowiedzenia się za jedną z dwóch wersji albo zlikwidowania tej instytucji jako zbędnej. Po drugie, pozwoli podnieść lub obalić niektóre zarzuty skierowane przeciwko koncepcji przedmiotowo – podmiotowej. Po trzecie, wyjaśnić czy stopień zawinienia ma wpływ na możliwość przyjęcia wypadku mniejszej wagi. Po czwarte, wyjaśnić czy istnieje możliwość uznania czynu zabronionego zakwalifikowanego jako wypadek mniejszej wagi za społecznie szkodliwy w stopniu znikomym. Po piąte, pozwoli ustalić, które z ogólnych zasad i dyrektyw sądowego wymiaru kary i na jakim etapie postępowania winny być brane pod uwagę w procesie ustalania wymiaru odpowiedzialności karnej sprawcy, w sytuacji zastosowania analizowanej instytucji. Nadto jednoznaczne rozstrzygnięcie omawianej kwestii rozwiąże szereg istotnych zagadnień procesowych dotyczących ustalenia np. właściwości rzeczowej sądu, okresów przedawnienia karalności czy formułowania i rozpatrywania zarzutów odwoławczych.

II. Wypadek mniejszej wagi jako znamię tworzące uprzywilejowany typ czynu zabronionego a zasada *nullum crimen sine lege*.

Kodeks karny z 1932 r. nie stanowił odrębnej sankcji dla „przypadku mniejszej wagi”, przewidując w razie jego zaistnienia obligatoryjne złagodzenie kary. W tym ujęciu charakter prawny

⁴ Por. m.in. W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstwa*, PiP 1976, z. 1-2, s. 110; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1973, s. 390; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 225; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 567.

⁵ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas (w:) A. Barczak – Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, P. Kardas, M. Dąbrowska-Kardas, M. Szewczyk, M. Rodzynkiewicz, W. Wróbel, A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. Tom III, wyd. II, Kraków 2006, s. 69-70. Por także P. Lewczyk, *Wypadek...*, s. 32; K. Banasik, *Wypadek...*, s. 54 i n.

⁶ Por. A. Zoll (w:) G. Bogdan, Z. Cwiąkański, P. Kardas, M. Dąbrowska-Kardas, M. Szewczyk, M. Rodzynkiewicz, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. t. II, wyd. II, Kraków 2004, s. 758-759; K. Buchała, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1996 r., V KKN 79/96, PiP 1997, nr 9, s. 111 – odnoszący się krytycznie do tego poglądu.*

instytucji nie mógł zatem budzić większych wątpliwości, z uwagi na okoliczność, że jedną z przesłanek przyjęcia, że mamy do czynienia z typem zmodyfikowanym jest odrębna sankcja karna⁷. Utrzymując się do chwili obecnej zamieszczenie wprowadził kodeks karny z 1969 r. przewidujący, podobnie jak kodeks karny z 1997 r., odrębne sankcje dla wypadków mniejszej wagi, jednocześnie wskazując w uzasadnieniu, że traktuje wypadek mniejszej wagi jako oddzielny typ przestępstwa, nie zaś jako podstawę przewidzianego w części ogólnej nadzwyczajnego złagodzenia kary⁸.

Zgodnie z przyjętym w tym opracowaniu kryterium podziału typów na typy zasadnicze i zmodyfikowane istotny jest podział znamion typu na znamiona odnoszące się do sfery normy sankcjonowanej i sankcjonującej (decydujących o bezprawności bądź karalności czynu). Typ zasadniczy opisuje w najbardziej ogólny sposób rodzaj zachowań naruszających daną normę sankcjonowaną. Odwołuje się także do najbardziej typowego stopnia społecznej szkodliwości tej kategorii zachowań. Zadaniem zaś ustawodawcy jest dobrać znamiona typu zasadniczego w taki sposób aby jak najściślej oddać elementy wpływające na naganność kryminalizowanej kategorii zachowań⁹. Typy zmodyfikowane naruszają, podobnie jak typ zasadniczy, tę samą normę sankcjonowaną, jednak zestaw ich znamion jest wzbogacony w stosunku do typu podstawowego o dodatkowe znamię wskazujące na wyższy bądź niższy stopień społecznej szkodliwości w stosunku do typu podstawowego. Tworzą je zatem znamiona, które nie są konstytutywne dla samej ujemnej oceny czynu, a jedynie generalno-abstrakcyjnej oceny stopnia społecznej szkodliwości różnej od typu zasadniczego. Ogólne założenia tej definicji typów zmodyfikowanych są powszechnie podzielane w doktrynie¹⁰. Zaś różnorodność, której konsekwencją jest budzący kontrowersje charakter wypadku mniejszej wagi, dotyczy kwestii, jak ściśle owe znamiona uprzywilejowujące winny być dookreślone, aby można było jeszcze mówić o typie uprzywilejowanym, a nie o klauzuli generalnej. Przeciwnicy uznania wypadku mniejszej wagi za typ uprzywilejowany podkreślają, że takie ujęcie typu uprzywilejowanego pozostaje w sprzeczności z zasadą *nullum crimen sine lege*¹¹. Temu argumentowi dosyć łatwo można się przeciwstawić, podnosząc że instytucja ta działa zawsze na korzyść sprawcy więc wspomniana zasada jej nie ogranicza¹². Podkreśla się także, że wypadek mniejszej wagi w

⁷ Por. W. Wolter, *Uprzywilejowane...*, s. 110.

⁸ Uzasadnienie projektu kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny, Warszawa 1969, s. 147.

⁹ Por. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2010, s. 186.

¹⁰ Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 59; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 120 i n.; K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002, s. 88 i 95; M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2007, s. 128 i 129; J. Warylewski, *Prawo karne część ogólna*, Warszawa 2009, s. 229 – 230.

¹¹ Por. K. Banasik, *Wypadek...*, s. 54.

¹² Por. W. Wolter, *Uprzywilejowane...*, s. 110.

przeciwieństwie do typów uprzywilejowanych ustalony może być jedynie *in concreto*, nie zaś *in abstracto*, gdyż nie da się wskazać znamion modyfikujących go w stosunku do typu podstawowego¹³. Jak konkluduje jedna z przeciwniczek uznania wypadku mniejszej wagi z znamię stanowiące typ uprzywilejowany o zaistnieniu wypadku mniejszej wagi decyduje wiele różnych czynników, których nie można nazwać znamionami czynu, a bez wystąpienia dodatkowego znamienia mającego charakter uprzywilejowujący, nie może być mowy o uprzywilejowanym typie czynu zabronionego¹⁴.

Jak już wspomniano, w orzecznictwie i w doktrynie dominujące znaczenie zyskało przedmiotowo-podmiotowe (kompleksowe) ujęcie okoliczności mających wpływ na przyjęcie wypadku mniejszej wagi. O uznaniu konkretnego czynu zabronionego za wypadek mniejszej wagi decyduje zatem ocena stopnia społecznej szkodliwości jako zmniejszonej w stosunku do stopnia uzasadniającego wymiar kary według skali zagrożenia ustawowego, przewidzianego w przepisie wyodrębniającym wypadek mniejszej wagi w kategorii przestępstw określonego typu¹⁵. Definiując typy uprzywilejowane nikt nie ma wątpliwości, że cechuje je oceniany *in abstracto* niższy stopień społecznej szkodliwości niż typ podstawowy. Moim zdaniem, ujęcie okoliczności mających wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu w definicję legalną (art. 115 § 2 k.k.) w połączeniu z uznaniem koncepcji przedmiotowo-podmiotowej daje podstawę do twierdzenia, że podobnie, tj. jako swoista odmiana typu uprzywilejowanego, powinien być ujmowany „wypadek mniejszej wagi”. Przy kwalifikacji konkretnego czynu jako wypadku mniejszej wagi decydujące znaczenie mają bowiem te same okoliczności, które decydują o umieszczeniu w zestawie znamion typu pozostałych znamion modyfikujących, tj. okoliczności wpływające na ujemną treść danego czynu. Inne natomiast okoliczności dotyczące właściwości i warunków osobistych sprawcy, czy też ewentualnego naprawienia przezeń szkody, są zaś dobrym prognostykiem dla rodzaju i wymiaru kary, którą należy konkretnemu sprawcy wymierzyć by zoptymalizować jej cele, nie mają jednak wpływu na ujemną treść czynu sprawcy. Jeśli bowiem chodzi o okoliczności mające wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu, to ustawodawca nie pozostawił wątpliwości, że są to właśnie te czynniki, które brane są pod uwagę przy konstruowaniu znamion typu.

Powodem „ponownej” oceny stopnia społecznej szkodliwości każdego konkretnego czynu, realizującego znamiona typu, jest konieczność pominięcia przez ustawodawcę, oceniającego stopień szkodliwości społecznej ujętej w typ danej kategorii zachowań, okoliczności indywidualizujących,

¹³ A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna..., s. 758-759.

¹⁴ K. Banasik, Wypadek..., s. 55.

¹⁵ Postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2002 r., V KKN 544/2000, PS 2005, nr 3, s. 99; wyrok SA w Białymstoku z dnia 16 listopada 2000 r., II AKa 161/2000, KZS 2001, z. 10, poz. 33; postanowienie SN z dnia 21 sierpnia 2008 r., V KK 257/08, LEX nr 449083; postanowienie SN z dnia 15 lipca 2008 r., III KK 162/08, LEX nr 452387; postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2008 r., II KK 235/08, BPK 2009, nr 1.

charakterystycznych tylko dla konkretnych zachowań spełniających znamiona typu¹⁶. Jeśli typ czynu ujęty jest prawidłowo, tzn. określa wszystkie elementy konstytutywne dla ujemnej oceny uzasadniającej uznanie danej kategorii za karalną, to ocena ujemnej zawartości konkretnego zachowania realizującego znamiona typu będzie z reguły pokrywała się z ujemną oceną ustawodawcy związaną z typem. Oznacza to, iż ustawowe ramy odzwierciedlające poziom ujemnej treści danej kategorii będą adekwatne do konkretnego zachowania podlegającego subsumpcji. Może się także zdarzyć, nawet w przypadku doskonale skonstruowanego typu, że natężenie cech konstytutywnych oraz występowanie nietypowych cech indywidualizujących, które przy konstruowaniu typu – jako pewnego uogólnienia – nie mogły zostać wzięte pod uwagę, powoduje, że zawartość elementu materialnego w danym czynie nie będzie typowa dla kategorii, do której należy¹⁷. W końcu należy podkreślić, że opis znamion typu tworzy zaledwie pewne ramy, w których mogą mieścić się zachowania bardzo różnorodne pod względem swej materialnej treści, zaś ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu, np. w ramach wymiaru kary, pozwala potraktować je indywidualnie. Ustawowe znamiona mają za zadanie najdokładniej jak to możliwe oddać istotę tego zachowania tak, aby uzasadnić wysokość sankcji karnej, która jest do tego opisu „przywiązana”¹⁸. Katalog okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu, ma kapitalne znaczenie dla prawidłowego wymiaru kary także dla czynów mieszczących się w przedziale „typowego” dla danego zestawu znamion stopnia społecznej szkodliwości i stosowania instytucji związanych z oceną stopnia szkodliwości społecznej. Niekiedy pojawiająca się znaczna „odległość” pomiędzy górnym a dolnym progiem ustawowego zagrożenia wyraźnie wskazuje na różnorodność możliwych „stopni” społecznej szkodliwości czynu wśród przypadków „typowych”¹⁹. Jeżeli różnorodność ta jest bardzo znaczna, a brak konkretnego znamienia, które byłoby wspólne dla zachowań wyróżniających się obniżonym stopniem społecznej szkodliwości, ustawodawca powinien rozważyć wprowadzenie typu uprzywilejowanego przez znamię wypadku mniejszej wagi.

W doktrynie zwraca się uwagę, że jeżeli dany element wystąpił już w znamionach typu, to o ile nie jest to cecha, której natężenie podlega stopniowaniu, to nie powinien być brany pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu, pomimo występowania w katalogu art. 115 § 2 k.k. Element taki został już bowiem odzwierciedlony w generalno-abstrakcyjnej ocenie społecznej szkodliwości dla danego typu i w grożącej zań sankcji karnej²⁰. Moim zdaniem, jeśli chodzi

¹⁶ A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa*, Prok. i Pr. 1997, z. 2, s. 6.

¹⁷ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, rok XXXIII, s. 92.

¹⁸ T. Florek, *Typizacja czynu – pojęcie, zakres, funkcja*, ZNUJ 1977, z. 74, s. 45.

¹⁹ E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 275.

²⁰ Por. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz* (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Gdańsk 2005, t. I, s. 805- 806.

o wpływ okoliczności, która została już umieszczona w znamionach typu, to nie ma potrzeby uwzględniania jej po raz kolejny przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu nawet jeśli występuje w atypowo wysokim (niskim) ilościowym nasileniu. Wpływ tej okoliczności na stopień społecznej szkodliwości danego czynu został już bowiem dostrzeżony na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej, przy ujmowaniu jej w znamię typu. Jeśli zaś występuje ona w atypowo wysokim bądź atypowo niskim, jak na daną kategorię „stężeniu”, to katalog czynów opisanych w art. 115 § 2 k.k. pozwala te indywidualizujące dane czynu cechy uwzględnić. Przykładowo, działanie realizujące znamiona typów opisanych w art. 197 § 1 lub 2 k.k. (przestępstwo zgwałcenia), już samo w sobie, we wszystkich wypadkach „typowych” cechuje się znaczną brutalnością, gwałtownością i zadawaniem ofierze cierpienia tak fizycznego, jak i psychicznego. W sytuacji, w której okrucieństwo sprawcy wyszło ponad miarę właściwą dla tych typów, ustawodawca dał sądowi do dyspozycji typ kwalifikowany § 4 – zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem. Dlatego też „szczególne okrucieństwo” sprawcy nie będzie wpływało tu na podwyższony stopień społecznej szkodliwości danego, konkretnego czynu należącego do kategorii czynów kwalifikowanych z art. 197 § 4 k.k. Oczywiście w ramach zgwałceń ze szczególnym okrucieństwem można także wyróżnić różne „stopnie” szczególnego okrucieństwa. Sąd ma możliwość oddania różnorodnego poziomu „szczególności okrucieństwa” przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, jednak nie biorąc pod uwagę znamiona typu, ale np. rodzaj i charakter naruszonego dobra prawnego lub rozmiary wyrządzonej szkody (np. na ofiarę zgwałcenia sprawca wybrał sobie kobietę w zaawansowanej ciąży lub bardzo młodą i niedoświadczoną seksualnie osobę o delikatnej konstrukcji psychicznej), sposób i okoliczności popełnienia czynu (sprawca zgwałcił ofiarę w obecności jej dzieci albo w innych upokarzających dla ofiary okolicznościach)²¹.

Wydaje się, że przyjęcie założenia o poprawności koncepcji przedmiotowo-podmiotowej oraz wprowadzenie do ustawy karnej enumeratywnego wyliczenia okoliczności mających wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu powoduje, że twierdzenie o godzeniu wypadku mniejszej wagi jako znamienia typu w zasadę *nullum crimen sine lege* można podważać za pomocą mocniejszych argumentów niż słusznie wskazanie, że tu dodatkowym znamieniem jest „czynnik aksjologiczny”²² oraz że jest to jedno ze znamion należące do kategorii znamion nieostre²³. Oczywiście można powiedzieć, że pojęcie „znamień nieostre” nie jest nigdzie zdefiniowane a zatem poziom „nieostrości” znamion zaliczanych do tej kategorii może być bardzo różny. Nadto w praktyce często okazuje się, że wątpliwości znaczeniowych nie budzą jedynie znamiona posiadające definicje legalne. Byłaby to

²¹ E. Plebanek, *Materialne...*, s. 272.

²² W. Wolter, *Uprzywilejowane...*, s. 107.

²³ I. Andrejew, *Prawo karne...*, s. 119.

jednak argumentacja bardzo niebezpieczna, bo zmierzająca do podważenia zasady *nullum crimen sine lege*. Chcąc bronić wypadku mniejszej wagi jako znamienia uprzywilejowanego i pozostawać w zgodzie z dążeniem do możliwie najlepszej realizacji tej podstawowej zasady prawodawstwa należy poszukać innej argumentacji. Jak już wspomniano argument o godzeniu w zasadę *nullum crimen sine lege* łączony jest także z innym stwierdzeniem mówiącym, że wypadek mniejszej wagi nie może być typem uprzywilejowanym ponieważ nie da się *in abstracto* wskazać, czym różni się zachowanie realizujące jego znamiona od zachowania realizującego znamiona typu podstawowego. Wydaje się, że mając określony katalog okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu – a zatem i na przyjęcie wypadku mniejszej wagi można stwierdzić, że w tym przypadku zamiast jednego dodatkowego znamienia wpływającego na obniżony stopień społecznej szkodliwości danej kategorii zachowań w stosunku do typu podstawowego zyskujemy pod znamieniem „wypadku mniejszej wagi” wypadkową różnych czynników, które występują w zestawach znamion, a których wyliczenie zawiera art. 115 § 2 k.k. Zatem z perspektywy realizacji zasady *nullum crimen sine lege* różnica pomiędzy wypadkiem mniejszej wagi a znamieniem nieostrym i ocennym, może w wielu sytuacjach nie być w praktyce widoczna. Oczywiście „wypadek mniejszej wagi” słusznie nie zastępuje „właściwych” typów uprzywilejowanych, jego miejsce z uwagi na wspomnianą zasadę jest bowiem jedynie tam, gdzie z uwagi na różnorodność przypadków realizujących znamiona typu, nie sposób wyłonić i abstrakcyjnie opisać w ramach znamion typu konkretnej, szczególnej cechy wyróżniającej i wspólnej dla „łżejszej” ich części. „Wypadek mniejszej wagi” jest zatem ujęciem znamion uprzywilejowanych w „skondensowanej postaci”, której zawartość jest znana, jednak w zależności od konkretnej sytuacji jej skład może mieć różne proporcje. W pewnym sensie, choć oczywiście nie tak jasno jak w przypadku klasycznie ujętych znamion uprzywilejowanych, można także *in abstracto* wskazać, czym zachowania realizujące znamiona typu uprzywilejowanego przez znamię wypadku mniejszej wagi różnią się od zachowań realizujących znamiona typ podstawowego. Będzie to wypadkowa okoliczności opisanych w art. 115 § 2 k.k. i nie umieszczonych w zestawie znamion typu podstawowego. Jeśli zatem ustawodawca przewidział odrębną sankcję²⁴ dla wypadku mniejszej wagi należy stwierdzić, że mamy do czynienia z typem uprzywilejowanym.

Należy zauważyć, że zawsze wtedy, gdy ustawodawca przewidział możliwość oceny danego zachowania jako wypadku mniejszej wagi, np. w typie opisującym udzielenie środka odurzającego małoletniemu (art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii)²⁵, nie można skutecznie powoływać się na opisane w ustawie znamiona typu, tj. zagrożenie dla

²⁴ Szerzej, W. Wolter, *Uprzywilejowane...*, s. 110

²⁵ Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.

małoletniego, jako sprzeciwiające się uznaniu czynu za wypadek mniejszej wagi²⁶. Podejście przeciwne oznacza błąd nieodróżnienia od siebie pojęć społecznej szkodliwości jako oceny generalno-abstrakcyjnej oraz społecznej szkodliwości jako cechy konkretnego czynu zabronionego.

Wskazany w powyższym przykładzie przepis dostarcza jeszcze jednej wątpliwości, mianowicie wskazuje on na okoliczność, że ustawodawca nie waha się konstruować typów uprzywilejowanych przez znamię wypadku mniejszej wagi do typów kwalifikowanych, a nie tylko typów podstawowych. Okoliczność ta nie powinna jednak przemawiać przeciwko uznaniu wypadku mniejszej wagi za typ uprzywilejowany. Zbliżona sytuacja ma miejsce np. w art. 197 § 4 k.k., gdzie wprowadzono typ kwalifikowany do typów kwalifikowanych. Nadto wydaje się, że w takich sytuacjach, jak wskazana w omawianym przykładzie znamię „wypadku mniejszej wagi” jako znamię tworzące dodatkowe typy, zarówno dla typu podstawowego jak i kwalifikowanego, niekoniecznie z punktu widzenia elegancji dogmatycznej ale z punktu widzenia pragmatyki, jest rozwiązaniem dobrym. Zarówno bowiem typ kwalifikowany jak i typ podstawowy opisują bardzo różnorodne pod względem stopnia społecznej szkodliwości zachowania. Znamię modyfikujące typ podstawowy w kierunku typu kwalifikowanego wprowadza wprawdzie większy typowy stopień społecznej szkodliwości niż ten, który charakteryzuje typ podstawowy, co jednak nie oznacza że wszystkie zachowania realizujące znamiona typu kwalifikowanego mają zbliżony do siebie poziom społecznej szkodliwości. W typie kwalifikowanym podobnie jak w typie podstawowym może bowiem występować duża różnorodność stopni społecznej szkodliwości zachowań realizujących jego znamiona, do tego stopnia znaczna, że uzasadniająca wprowadzenie typu uprzywilejowanego wypadku mniejszej wagi. Oczywiście owe okoliczności różnicujące stopień społecznej szkodliwości zachowań realizujących znamiona typu kwalifikowanego, muszą być na tyle różnorodne, że jedyną możliwością utworzenia typu uprzywilejowanego jest stworzenie go poprzez znamię wypadku mniejszej wagi. Podobna sytuacja może mieć w praktyce miejsce z okolicznościami zwiększającymi stopień społecznej szkodliwości, jednak stworzenie odpowiednika wypadku mniejszej wagi dla typów kwalifikowanych („wypadku znacznej wagi”) nie jest dopuszczalne z uwagi na zasadę *nullum crimen sine lege*.

W doktrynie pojawiają się głosy podważające sensowność przyjętej tu koncepcji z uwagi na okoliczność, że wypadki mniejszej wagi przestępstw zagrożonych w typie podstawowym takim samym zagrożeniem ustawowym różnią się rozpiętością sankcji, co powoduje że koncepcja staje się niespójna²⁷. Wydaje się, że owa okoliczność świadczy o czymś wręcz przeciwnym, mianowicie o tym że wypadek mniejszej wagi, to nie instytucja o sankcji wyznaczanej mechanicznie w oparciu o

²⁶ Wyrok SA w Katowicach z dnia 8 maja 2003 r., II AKa 101/2003, Lex Polonica nr 367143.

²⁷ P. Lewczyk, Wypadek..., s. 35 i 36.

porównanie z innymi wypadkami mniejszej wagi, skonstruowanymi dla innych typów podstawowych, a właśnie typ uprzywilejowany, którego sankcja będzie niezależna, zaś wpływ na nią ma jedynie zagrożenie ustawowe przewidziane dla właściwego dla niej typu podstawowego. Wydaje się, że występuje tu podobna zależność do tej, którą zauważył W. Wolter w odniesieniu do znamion kwalifikujących, podnosząc różnicę w ciężarze gatunkowym poszczególnych z nich²⁸. Podobnie w tej sytuacji, wypadki mniejszej wagi odnoszące się do danego typu podstawowego mogą mieć zupełnie inną wagę i charakterystykę, niż wypadki mniejszej wagi odnoszące się do innego typu podstawowego, chociażby obydwaj wyjściowe typy podstawowe miały podobny stopień ciężkości.

III. Wypadek mniejszej wagi w ujęciu koncepcji przedmiotowo – podmiotowej a ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu: pytanie o potrzebę „podwójnej” oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego.

Moim zdaniem ujęcie wypadku mniejszej wagi jako znamienia typu uprzywilejowanego a nie instytucji wymiaru kary wyjaśnia wątpliwości związane z podważaniem racji istnienia tego rodzaju konstrukcji. W doktrynie można spotkać zarzuty, że nie ma potrzeby niejako podwójnego rozważania stopnia społecznej szkodliwości danego zachowania, najpierw w ramach ustalania czy czyn ów powinien być zakwalifikowany jako wypadek mniejszej wagi a następnie, zgodnie z dyrektywami art. 53 k.k. w ramach sądowego wymiaru kary. Jak zauważa K. Banasik, zachodzi bowiem możliwość, że ta sama okoliczność „podwójnie” wpłynie na wymierzaną karę, co nie powinno mieć miejsca²⁹. Wydaje się, że nie dochodzi tu jednak do podwójnej oceny poszczególnych okoliczności, a do wpływu tych okoliczności na dwa aspekty ustalania wymiaru odpowiedzialności karnej sprawcy. W prawie karnym wcale nie jest sytuacją wyjątkową, że dany element wpływa jednocześnie na kwalifikację prawną przestępstwa a następnie na wymiar kary z uwagi na wiążące sędziego zasady i dyrektywy jej wymiaru. Dla przykładu można wskazać typ uprzywilejowany zabójstwa – zabójstwo w afekcie (art. 148 § 4 k.k.), gdzie nikt nie podważa sensowności istnienia typu uprzywilejowanego z tego powodu, że wzburzenie sprawcy ma znaczenie po pierwsze, dla kwalifikacji prawnej, a po drugie dla oceny stopnia winy sprawcy.

Innym pytaniem jakie można sobie zadać, podważając sens istnienia wypadku mniejszej wagi jest pytanie, czy problemu „różnorodności przypadków podpadających pod znamiona typu podstawowego” nie lepiej byłoby się pozbyć poszerzając granice ustawowego zagrożenia karą - w

²⁸ W. Wolter, Z rozważań nad kwalifikowanymi typami przestępstw, PiP 1972, z. 7-8, s. 28.

²⁹ K. Banasik, Wypadek..., s. 64.

tym przypadku obniżając jego dolną granicę? Wydaje się, że typy uprzywilejowane zamiast obniżenia dolnej granicy ustawowego zagrożenia w typie podstawowym powstają po to, aby podkreślić już na etapie kwalifikacji prawnej czynu zabronionego, a nie dopiero na etapie wymiaru kary – do którego może przecież nie dojść – wagę czynu. Waga ta ma znaczenie nie tylko dla oceny społecznej danego zachowania, ale dla stosowania wielu innych instytucji prawa karnego np. przedawnienia lub niektórych środków zabezpieczających. Jeśli zaś uznać wypadek mniejszej wagi za okoliczność mającą znaczenie jedynie dla wymiaru kary, to istotnie sens istnienia tego rodzaju zapisów należy uznać za wątpliwy w systemie prawnym, w którym wymiar kary opiera się między innymi na ocenie stopnia społecznej szkodliwości. Wspomniane względy dostarczają argumentów nie tylko za uznaniem wypadku mniejszej wagi za typ uprzywilejowany ale i przemawiają za koncepcją przedmiotowo-podmiotową. Przyjęcie koncepcji całościowej wyklucza bowiem możliwość potraktowania wypadku mniejszej wagi jako typu uprzywilejowanego, gdyż do znamion typu nigdy nie zalicza się okoliczności nie związanych z czynem a osobą sprawcy. Zatem przyjęcie koncepcji całościowej powodowałoby, że bez żadnych racjonalnych powodów badanie pewnych okoliczności wpływających na wymiar kary występowałoby dwukrotnie, z uwagi na dwie, dotyczące tego samego aspektu odpowiedzialności karnej i konkurujące ze sobą instytucje. Koncepcja wedle której na przyjęcie wypadku mniejszej wagi mają wpływ te same okoliczności, co na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu jest zaś uzasadniona, ponieważ te okoliczności mają wpływ na opisanie znamion typu czynu zabronionego przez ustawodawcę. Zaś tylko potraktowanie wypadku mniejszej wagi jako typu uprzywilejowanego nadaje sens istnienia tej instytucji w prawie karnym, w którym tak istotne dla wymiaru kary znaczenie ma ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu.

W tym miejscu należy postawić kolejne pytanie formułowane przez zwolenników koncepcji całościowej (uniwersalnej) przeciwko koncepcji przedmiotowo-podmiotowej, odnośnie powodu dla którego ustawodawca nie zdecydował się zastąpić pojęcia „wypadek mniejszej wagi” pojęciem „społeczna szkodliwość nie jest znaczna”³⁰. Odpowiedź nie jest bez znaczenia dla omawianego tu zagadnienia, zastąpienie wypadku mniejszej wagi, stwierdzeniem „społeczna szkodliwość nie jest znaczna” przesądzałoby, że jest to klauzula generalna nie zaś typ uprzywilejowany. Przy założeniu, że wypadek mniejszej wagi wyznaczają te same okoliczności co stopień społecznej szkodliwości wcale nie należy twierdzić, że te dwa rozwiązania byłyby tożsame, co zdają się sugerować niektórzy zwolennicy koncepcji całościowej. Pod pojęciem wypadku mniejszej wagi mieści się bowiem szerszy zakres desygnatów niż pod pojęciem czynu zabronionego, którego „społeczna szkodliwość nie jest znaczna”. Znajdzie tam bowiem miejsce klasa czynów zabronionych, których stopień społecznej szkodliwości jest niższy niż w typie podstawowym, co nie oznacza że „nie jest on znaczny”. Mogą być

³⁰ Por. K. Banasik, Wypadek..., s. 65.

to bowiem czyny zabronione o stopniu społecznej szkodliwości nieco tylko wyższym niż znikomy (nieznaczny), takie których stopień społecznej szkodliwości nie jest znaczny, oraz - w zależności od generalno-abstrakcyjnej oceny stopnia społecznej szkodliwości przewidzianej dla wypadków realizujących znamiona typu podstawowego - mogą być to czyny których stopień społecznej szkodliwości wcale nie jest „nie-znaczny” na tle innych czynów zabronionych.

IV. Wypadek mniejszej wagi a instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Niekiedy podważa się też sens istnienia wypadku mniejszej wagi z perspektywy możliwości zastąpienia tej instytucji instytucjami sądowego wymiaru kary, w szczególności instytucją nadzwyczajnego złagodzenia kary³¹. Poglądom tym należy odmówić słuszności. Nadzwyczajne złagodzenie kary to, jak sama nazwa wskazuje, instytucja mająca zastosowanie do wyjątkowych sytuacji, w których granice ustawowego zagrożenia odzwierciedlające generalno-abstrakcyjny poziom społecznej szkodliwości danej kategorii zachowań okazują się nieadekwatne. Zaś wypadek mniejszej wagi to instytucja odnosząca się do istotnej ilościowo kategorii zachowań realizujących znamiona typu podstawowego jednak o niższym typowym stopniu społecznej szkodliwości. Wypadek mniejszej wagi powinien się pojawiać wszędzie tam, gdzie częstotliwość występowania tego rodzaju przypadków jest na tyle znaczna, że uzasadnia stworzenie dla nich odrębnego typu uprzywilejowanego. Motywem wprowadzenia instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary jest umożliwienie sędziemu wymierzenia sprawiedliwej kary, w sytuacji w której dane przestępstwo posiada atypowy stopień społecznej szkodliwości lub po stronie sprawcy występuje niski stopień zawinienia, a także przemawiają za tym względy polityczno-kryminalne³². Efekty stosowania tej instytucji mogą być podobne do rezultatów stosowania typów uprzywilejowanych, a zatem także i wypadku mniejszej wagi. Jednak z tych samych względów, dla których nie likwiduje się typów zmodyfikowanych na rzecz poszerzenia granic ustawowego zagrożenia karą albo z uwagi na możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary (odnośnie typów uprzywilejowanych), nie można skutecznie zastąpić wypadku mniejszej wagi wspomnianymi instytucjami. Typy uprzywilejowane powstają bowiem po to aby już na etapie kwalifikacji prawnej czynu zabronionego oddać jego wagę. Oczywiście pomiędzy obiema instytucjami występują także inne różnice - odmienny katalog okoliczności wpływający na ich zastosowanie czy inny sposób ustalania zagrożenia karą. Także przykłady z orzecnictwa wskazują, że judykatura trafnie określa różnicę pomiędzy obydwiema instytucjami wskazując, że „niska wartość przedmiotu przestępstwa z góry nie przesądza przyjęcia wypadku mniejszej wagi, ale może skutkować uznaniem, iż zachodzi przesłanka nadzwyczajnego

³¹ Por. K. Banasik, Wypadek..., s. 67.

³² W. Wróbel, A. Zoll, Polskie..., s. 535.

złagodzenia kary określona w przepisie art. 60 § 2 k.k., a mianowicie szczególnie uzasadniony wypadek, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa”³³ ponieważ „kategorycznie należy rozdzielić przestanki, które decydują o ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu i determinują przyjęcie wypadku mniejszej wagi od przestanków, które zezwalają na stosowanie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, a tym samym kreują wymiar kary orzekanej za konkretne przestępstwo”³⁴.

V. Wypadek mniejszej wagi a stopień zawinienia sprawcy. Znamiona strony podmiotowej a okoliczności wyznaczające stopień zawinienia sprawcy.

Przyjęcie, że wypadek mniejszej wagi jest typem uprzywilejowanym pozwala podjąć próbę odpowiedzi na inne pojawiające się w praktyce zagadnienie, dotyczących zależności pomiędzy stopniem winy sprawcy a możliwością przyjęcia wypadku mniejszej wagi. W doktrynie i orzecznictwie pojawia się pogląd, że do okoliczności mających wpływ na przyjęcie wypadku mniejszej wagi, poza okolicznościami wymienionymi w art. 115 § 2 k.k., należy zaliczyć, w uzasadnionych wypadkach np. niski stopień rozwoju umysłowego sprawcy³⁵, a więc okoliczność, mającą wpływ na stopień zawinienia a nie społecznej szkodliwości czynu. Zgodnie z przyjętym w niniejszym opracowaniu poglądem na relacje między pojęciem winy a stopniem społecznej szkodliwości czynu należy uznać, że okoliczności mające wpływ na stopień zawinienia nie mają elementów wspólnych z okolicznościami wyznaczającymi stopień społecznej szkodliwości czynu, chociaż wina wyznacza wymiar społecznej szkodliwości czynu, który można przypisać sprawcy³⁶. Poziom rozwoju umysłowego niewątpliwie jest jedną z okoliczności, która dla ustalenia stopnia zawinienia ma istotne znaczenie. Należy zatem zapytać, czy przytoczona na początku akapitu myśl istotnie nie ma racji bytu. Czym innym jest bowiem wyznaczanie wypadku mniejszej wagi jedynie w oparciu o stopień obiektywnej ujemności czynu sprawcy, czym innym – w oparciu o kwantum obiektywnej ujemności, która może być mu przypisana po ustaleniu stopnia winy. Jeżeli uznać wypadek mniejszej wagi za typ

³³ Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 grudnia 2005 r., II Aka 375/05, LEX nr 183821. Por. także wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 marca 2007 r., II Aka 69/07, LEX nr 301505; wyrok SA w Białymstoku z dnia 16 listopada 2000 r., II Aka 161/00, OSA 2001, z. 7-8, poz. 42.

³⁴ Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 grudnia 2005 r., II Aka 375/05, LEX nr 183821.

³⁵ T. Hajduk, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13.VI.2002 r., V KKN 544/00, PS 2005, nr 3, s. 100.

³⁶ Szerzej np. J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP 1993, nr 10, s. 69 i n.; A. Zoll, Strona podmiotowa i wina w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji (w:) *Prawo – Społeczeństwo – Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 418 i n.; A. Barczak, *Spory wokół istoty winy. Zarys problemu*, CzPKiNP 2005, z. 2; W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej* (w:) *Przestępstwo - kara - polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga Jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Zakamycze 2006, s. 657 i n.

uprzywilejowany, to podobnie jak w przypadku innych typów uprzywilejowanych o kwalifikacji prawnej powinny rozstrzygać cechy czynu a nie cechy sprawcy. Obniżony stopień winy powinien być zaś istotny dla wymiaru kary, która nigdy nie może go przekroczyć (art. 53 § 1 k.k.). Dlatego też takie okoliczności, jak np. obniżony poziom rozwoju umysłowego, anormalna sytuacja motywacyjna czy dojrzałość sprawcy nie powinny mieć wpływu na ocenę, czy dany czyn realizuje znamiona wypadku mniejszej wagi, są zaś istotne dla wyznaczenia stopnia winy i – co za tym idzie – wymiaru kary. Ponieważ jednak kodeks karny nigdzie nie precyzuje, czym jest wypadek mniejszej wagi, interpretacja przeciwna także jest dopuszczalna i nie uchodzi za obrazę prawa karnego materialnego³⁷. Nadto należy przyznać, że formułując niektóre typy uprzywilejowane, np. opisujące znamiona dzieciobójstwa czy zabójstwa w afekcie, ustawodawca do znamion typu wpisał specjalne właściwości psychiczne sprawcy towarzyszące mu w chwili czynu a związane bardziej z okolicznościami mającymi wpływ na stopień winy a nie okolicznościami związanymi ze znamionami strony podmiotowej. Wydaje się jednak, że tego rodzaju znamiona pojawiają się jedynie wyjątkowo, w sytuacjach uzasadnionych specyfiką kategorii zachowań, które dany typ opisuje. Nadto także i w tych przypadkach doktryna i judykatura starają się oddzielić te czynniki, które mają wpływ na stopień winy sprawcy od tych, które mają znaczenie dla ustalenia czy zrealizowano wspomniane ze znamion. Przykładowo w przypadku zabójstwa pod wpływem wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami podkreśla się, że okoliczności usprawiedliwiających stan silnego wzburzenia nie można doszukiwać się tylko w cechach charakteru sprawcy, w jego predyspozycjach psychicznych. Okoliczności te muszą istnieć poza sprawcą, w zjawiskach zewnętrznych, na które silne wzburzenie i podjęte pod jego wpływem działanie jest reakcją współmierną do wywołującej je przyczyny, zaś cechy takie jak na przykład niedojrzałość emocjonalna mogą mieć wpływ na powstanie samego silnego wzburzenia³⁸. Zatem dla stwierdzenia realizacji znamion tego typu znaczenie będzie miało wystąpienie wzburzenia i jego źródło oraz stwierdzenie wpływu tego zjawiska na zachowanie sprawcy, zaś stopień wzburzenia i poziom owego „wpływu” będzie już zapewne analizowany na płaszczyźnie stopnia winy. Taka wyjątkowo sytuacja przypadków będących przedmiotem niniejszej analizy jednak nie dotyczy.

VI. Wypadek mniejszej wagi a ustalenie znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu

Ostatnim już zagadnieniem, do którego przychodzi się odnieść jest możliwość uznania za społecznie szkodliwy w stopniu znikomym czynu zabronionego realizującego znamiona typu

³⁷ Por. wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., V KKN 79/96, OSNKW 1997, z. 3–4, poz. 27; wyrok SA w Krakowie z dnia 6 listopada 2008 r., II AKa 163/08, LEX nr 490992.

³⁸ A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz (w:) A. Barczak – Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska – Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), t. II, wyd. III, Warszawa 2008, teza 74 do art. 148 k.k., s. 241; wyrok SA w Katowicach z dnia 5 czerwca 2003 r., II AKa 183/2003, OSA 2004, z. 4, poz. 20.

podstawowego dla którego stworzono wypadek mniejszej wagi oraz czynu zabronionego realizującego znamiona wypadku mniejszej wagi. Jak stwierdza Sąd Najwyższy „niedopuszczalne jest jednoczesne uznanie czynu zabronionego za przestępstwo stanowiące wypadek mniejszej wagi i za czyn o znikomej szkodliwości” o uznaniu czynu za wypadek mniejszej wagi decyduje bowiem ocena jego społecznej szkodliwości, zmniejszonej w wyniku uwzględnienia określonych okoliczności charakteryzujących stronę przedmiotową i podmiotową czynu, ale nie do granicy znikomości³⁹.

Należy stwierdzić że próba odpowiedzi na postawione w tym punkcie pytanie wskazuje na specyfikę wypadku mniejszej wagi w porównaniu z innymi typami uprzywilejowanymi. W przypadku pozostałych typów zmodyfikowanych nie ulega wątpliwości, że w zależności od okoliczności czynu zabronione realizujące znamiona zarówno typu podstawowego jak i typów zmodyfikowanych mogą zostać uznane za społecznie szkodliwe w stopniu znikomym. W tym przypadku wstępem do uznania danego czynu za niekarygodny będzie stwierdzenie, że posiada niższy niż wyjściowy typ podstawowy stopień społecznej szkodliwości, następnie zbadanie czy nie jest to stopień społecznej szkodliwości właściwy dla wypadku mniejszej wagi i ostatecznie uznanie, że w danym przypadku stopień społecznej szkodliwości jest znikomy. Pojawia się zatem pytanie, czy możliwe jest stwierdzenie owej znikomości, bez etapu pośredniego polegającego na przekwalifikowaniu danego zachowania z typu podstawowego na wypadek mniejszej wagi. Pojawiają się trzy możliwości: można przyjąć pogląd taki jak w cytowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy, można stwierdzić, że za znikomo społecznie szkodliwe mogą być uznawane czyny zabronione o znamionach zarówno typów podstawowych jak i uprzywilejowanych, można też stwierdzić, że czyny kwalifikowane z typu podstawowego w sytuacji, gdy istnieje typ uprzywilejowany wypadku mniejszej wagi, nie mogą być uznawane za społecznie szkodliwe w stopniu znikomym. Wydaje się, że najbardziej konsekwentnym rozwiązaniem z punktu widzenia przyjętej w tym opracowaniu koncepcji byłoby przyjęcie koncepcji drugiej, jednak z uwagi na specyfikę instytucji należy rozważyć przyjęcie poglądu trzeciego. W praktyce sekwencja działań jakie powinien wykonać organ stosujący prawo wygląda w sposób następujący: zanim stwierdzi, że dany czyn zabroniony zakwalifikowany jako typ podstawowy nie jest karygodny winien ustalić, czy stopień społecznej szkodliwości nie kwalifikuje danego zachowania jako wypadku mniejszej wagi i nie uzasadnia zmiany kwalifikacji prawnej, zaś dopiero po ustaleniu, że i dla stypizowanej w tym typie uprzywilejowanym kategorii zachowań jego stopień społecznej szkodliwości jest zbyt niski, uprawnione będzie stwierdzenie, że dany czyn zabroniony charakteryzuje się znikomym stopniem społecznej szkodliwości. Szczęśliwie ta akurat niejasność nie ma istotnego przełożenia na praktyczne konsekwencje dla sprawcy czynu zabronionego o znikomym stopniu społecznej szkodliwości.

³⁹ Postanowienie SN z 3 kwietnia 2008 r., WZ 16/08, LEX nr 418605.

VII. Uwagi końcowe

Podsumowując niniejsze rozważania należy zgłosić postulat *de lege ferenda* dotyczący potrzeby ustawowego sprecyzowania katalogu okoliczności mających wpływ na przyjęcie wypadku mniejszej wagi oraz zdefiniowania charakteru instytucji. Brak jednoznacznego ustawowego rozwiązania tych kwestii stwarza możliwość niejednolitego traktowania przypadków podobnych. Pomimo zarzutów formułowanych z perspektywy przestrzegania zasady *nullum crimen sine lege* za uzasadniony należy uznać pogląd przyjmujący, że wypadek mniejszej wagi to znamię stanowiące typ uprzywilejowany a nie instytucja sądowego wymiaru kary. W tym drugim ujęciu, z uwagi na zasady i dyrektywy sądowego wymiaru kary, instytucja ta stanowiłaby zbędną konkurencję dla uregulowań rozdziału VI Kodeksu karnego. Stwarzałaby bowiem konieczność niejako „podwójnej” oceny wielu okoliczności związanych z czynem lub jego sprawcą, bez względu na przyjętą koncepcję odnoszącą się do okoliczności mających wpływ na ustalenie wypadku mniejszej wagi. W tym ujęciu ta sama okoliczność wpływałaby dwukrotnie na ten sam aspekt odpowiedzialności karnej, z uwagi na zastosowania dwóch zbiegających się w jednym punkcie instytucji albo też organ stosujący prawo w oparciu o własną intuicję musiałby decydować, której instytucji dać pierwszeństwo. Ujęcie wypadku mniejszej wagi jako znamienia typu uprzywilejowanego implikuje przyjęcie koncepcji przedmiotowo-podmiotowej i powoduje, że te same okoliczności, wpływają na inne aspekty ustalania odpowiedzialności karnej, co nie rodzi niepotrzebnej konkurencji, nie tworzy niepotrzebnego przepisu „wprowadzającego” uregulowania, które już istnieją lecz pomaga ocenić ową odpowiedzialność w sposób możliwie najbardziej precyzyjny.