



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

II.518.7.2017II. 518.7.2017.MM

Pan

Arkadiusz Mularczyk

Przewodniczący

Komisji Nadzwyczajnej

do spraw zmian w kodyfikacjach

W moim zainteresowaniu pozostaje problematyka instytucji obrony koniecznej unormowanej w art. 25 Kodeksu karnego a zwłaszcza jej granic oraz konsekwencji przekroczenia.

Podzielam zapatrywanie, iż cyt. „Instytucja obrony koniecznej nie jest ani wyrazem słabości państwa, ani przyzwoleniem na okrucieństwo, lecz naturalnym prawem każdego człowieka do obrony własnej oraz do pomocy innym, gdy takiej obrony potrzebują”.

Należy jednak odróżnić sytuację stosowania obrony koniecznej oraz przekroczenia jej granic. Ten, kto działa w ramach obrony koniecznej, nie tylko nie popełnia przestępstwa, lecz nawet nie działa bezprawnie. W innej sytuacji znajduje się osoba przekraczająca granice obrony koniecznej. W świetle obowiązującego prawa jej działanie jest nie tylko bezprawne, lecz również przestępne. Potencjalna ofiara przekształca się w napastnika w sytuacji podjęcia swojego działania, gdy zamachu jeszcze nie było, albo już po jego ustaniu, zatem ma znamiona ekscesu ekstensywnego (sprawca ucieka, groźba ataku ustała), albo przybiera formę ekscesu intensywnego w następstwie stosowania sposobu obrony niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu.

Obowiązujące regulacje (art. 25 § 2 i 3 k.k.) pozwalają sądowi na analizę: czy doszło do przekroczenia granic obrony koniecznej, czy przekroczenie było wynikiem strachu lub wzburzenia oraz czy wzburzenie i strach były usprawiedliwione okolicznościami zamachu.

Sedno leży w tym, czy przekroczenie granic obrony koniecznej było wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu. Odpowiadając pozytywnie na powyższe pytanie, sąd będzie zobowiązany odstąpić od wymierzenia kary.

Mając na uwadze powyższe, przedstawiam uprzejmie moje spostrzeżenia dotyczące rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 1871), który dodaje w art. 25 Kodeksu karnego po § 2 nową jednostkę redakcyjną § 2a, w następującym brzmieniu: „Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpierając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo przylegającego do nich ogrodzonego terenu lub odpierając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba, że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące.”

Jako przyczynę nowelizacji wskazuje się ocenę dotychczasowej praktyki stosowania prawa, tj. „nieuzasadnione pomijanie przepisu art. 25 § 1-3 k.k. przy dokonywaniu prawnej oceny zachowania osoby, która w związku z odpieraniem bezprawnego zamachu naruszyła lub naraziła na niebezpieczeństwo dobra prawne napastnika”. Wątpliwości projektodawcy budzi „współmierność sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu”, wskazując na dwa stanowiska Sądu Najwyższego w tym zakresie: pierwsze (przeważające) nakłada na napadniętego obowiązek wyboru najmniej dotkliwego (najłagodniejszego) środka obrony spośród środków skutecznych; drugie zakłada dopuszczalność wszelkich dostępnych sposobów skutecznego odparcia zamachu (nie musi wybierać najłagodniejszego, a ma prawo do najskuteczniejszego środka). Zdaniem projektodawcy, najczęściej popełnianym błędem w orzecznictwie jest dokonywanie oceny niebezpieczeństwa zamachu bez uwzględnienia elementów subiektywnych, z pozycji *ex post* – przez pryzmat skutków obrony. Proponuje się w zamian ocenę *ex ante*.

Powyższy zarzut nie znajduje odzwierciedlenia w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. Wypada zatem zacytować zapatrywanie wyrażone w judykatach, iż: „osoba uprawniona może odeprzeć zamach polegający na bezprawnym wtargnięciu ("wdarciu się") do lokalu, podjęte zaś 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 ”. Sądy

proponują więc, by ocena działań obronnych nie powinna być dokonywana przez pryzmat skutków, jakie te działania spowodowały (a więc *ex post*). W przeciwnym wypadku dojdzie do podważenia istoty obrony koniecznej.

Założeniem nowelizacji ma być wyeliminowanie ryzyka wadliwej interpretacji art. 25 § 2 k.k. w zakresie oceny „współmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu”. Przesunięty zostaje akcent ze sfery emocjonalnej osoby odpierającej zamach na mający charakter zobiektywizowany przedmiot zamachu.

Odnosząc się do powyższego należy zwrócić uwagę, że powołano w uzasadnieniu dwa wyroki Sądu Najwyższego z 1969 r. (tj. na prawie 30 lat przed wejściem obowiązującego Kodeksu karnego), które nie stanowią obiektywnego ani reprezentatywnego przeglądu aktualnej wykładni art. 25 k.k. Analiza ta nie może stanowić podstawy wniosków wysnuwanych przez projektodawcę, bowiem nie jest poparta aktualną i ukształtowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów powszechnych.

Na podważenie zasadności tezy, jakoby broniący mógł skorzystać jedynie z najmniej dotkliwego środka obrony spośród skutecznych, należy wskazać przede wszystkim, na judykaty prezentujące pogląd, iż: „Prawo do obrony koniecznej przysługuje zaatakowanemu zawsze i niezależnie od tego, czy na przykład, mógł uniknąć niebezpieczeństwa związanego z zamachem przez ucieczkę, ukrywanie się przed napastnikiem, wezwanie pomocy osób trzecich, czy też poprzez poszukiwanie ochrony u znajdującego się w pobliżu przedstawiciela organów porządku publicznego. Należy podkreślić, iż ratio legis obrony koniecznej to nie tylko wzgląd na ochronę zaatakowanego dobra, ale także respektowanie zasady, iż prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem. Osoba napadnięta ma prawo odpierać zamach wszelkimi dostępnymi środkami, które są konieczne do zmuszenia napastnika do odstąpienia od kontynuowania zamachu. Wystarczającym warunkiem uznania, że oskarżony działał w obronie koniecznej jest ustalenie, że świadomy istnienia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na jakiekolwiek dobro chronione prawem, zamach ten odpierał, stosując sposób obrony współmierny do niebezpieczeństwa. Nie ma przy tym potrzeby wykazywania, że oskarżony faktycznie czuł strach przed napastnikiem”. Zaznaczenia wymaga, iż w tej materii nie odnotowano odmiennego poglądu sądów.

Wbrew twierdzeniom projektodawcy, w orzecznictwie podkreśla się, że: „ponieważ napadnięty ma nie tylko prawo do obrony, ale i prawo do obrony skutecznej, może on użyć wszelkich środków i technik, które stworzą realną szansę na skuteczne odparcie zamachu”. Nie budzi wątpliwości, że „działający w obronie koniecznej może użyć takich środków, jakie uważa w konkretnych okolicznościach za niezbędne do odparcia zamachu, co oznacza, że mogą to być również przedmioty niebezpieczne bądź nóż ”. W konsekwencji „Każda osoba, atakując dobro chronione prawem, a przede wszystkim dopuszczając się zamachu na wolność seksualną napadniętej, musi liczyć się z akcją obronną z jej strony i to taką, która będzie konieczna do odparcia zamachu i w związku z tym powinna liczyć się z każdą konsekwencją, jaka może nastąpić, nawet z ryzykiem doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, czy wręcz z utratą życia”. Można używać wszelkich dostępnych środków i sposobów obrony, nawet poświęcając dobro napastnika o wyższej wartości niż dobro chronione, o ile sposób obrony cechuje się umiarem i nie pozostaje w rażącej dysproporcji do zamachu.

W rzeczywistości, w polskiej literaturze i orzecznictwie dominuje stanowisko przyjmujące samoistny charakter obrony koniecznej. Przyjęcie zasady samoistności obrony koniecznej oznacza zaś, że odpieranie zamachu kosztem dobra napastnika jest usprawiedliwione samym bezprawnym i bezpośrednim zamachem na jakiekolwiek dobro chronione prawem. Warunkiem dopuszczalności odpierania zamachu kosztem dobra napastnika nie jest, według tego stanowiska, brak możliwości uniknięcia zagrożenia dla zaatakowanego zamachem dobra w inny sposób niż przez poświęcenie dobra napastnika. Zaatakowany ma prawo odpierać zamach kosztem dobra napastnika nawet wtedy, gdy była realna możliwość uniknięcia zagrożenia dla zaatakowanego dobra w inny sposób, np. przez możliwość ucieczki, usunięcia się, czy wezwania pomocy organów władzy.

Wbrew twierdzeniom projektodawcy w orzecznictwie dominuje pogląd, że zaatakowany nie ma obowiązku wybrania najmniej dotkliwego środka obrony, czy też zachowania proporcji, lecz to sposób obrony i naruszane dobro napastnika nie może być w rażącej dysproporcji do okoliczności zamachu i zagrożonego dobra. Leżąca zatem u podstaw zmian analiza orzecznictwa nie ma zatem waloru aktualności, nie jest też adekwatna i dostatecznie pogłębiona, co poddaje w wątpliwość stawianą przez projektodawcę tezę o istnieniu przesłanek do dokonania nieodzownej nowelizacji omawianej instytucji prawa karnego.

Wyróżniono szczególne okoliczności ataku jak: „wdarcie się do pomieszczeń mieszkalnych” (z uwagi na jego społeczną szkodliwość). Zdaniem projektodawcy, niebezpieczeństwo z tym związane usprawiedliwia „podjęcie wszelkich środków mających na celu skuteczne powstrzymanie napastnika przed kontynuowaniem zamachu”. W konsekwencji odpierający zamach nie podlega karze, nawet gdy przekroczy granice obrony koniecznej. Rażące przekroczenie granic pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, może pozwolić na skorzystanie przez sąd z nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet z odstąpienia od jej wymierzenia. Powyższe rozwiązanie pozwala zatem na uniknięcie kary nawet w przypadku pozbawienia życia osoby naruszającej bez zezwolenia (a więc bezprawnie) prywatność pokrzywdzonego. Takie ukształtowanie kontrraty obrony koniecznej mogłoby spowodować, iż „[z]awody listonosza, inkasenta, nie mówiąc już o śledczym dziennikarzu, stałyby się wówczas zawodami najwyższego ryzyka”. Warto równocześnie wskazać, iż przepis ten nie objął innych wypadków naruszenia miru domowego (np. wpuszczenie napastnika na określony teren lub wejście napastnika przez otwartą bramę). Ochrona miru domowego nie zostanie więc w pełni zrealizowana.

Należy zwrócić uwagę na nieprecyzyjne i ocenne znamiona, którymi posłużył się projektodawca: „wdarcie się”, „przylegający”, „ogrodzony teren”, czy też rażące przekroczenie”, co samo w sobie może skutkować dużymi rozbieżnościami w orzecznictwie zanim utrwali się ustalona praktyka.

Wątpliwość budzi również przyznanie skuteczniejszej ochrony mirowi domowemu niż innym dobrom jak np. życie, zdrowie, wolność osobista czy wolność seksualna. Skutkiem nowelizacji, w przypadku wtargnięcia na posesję czy kradzieży z włamaniem możliwe będzie przekroczenie granic obrony koniecznej, podczas gdy w sytuacji przestępstwa rozboju, zgwałcenia czy usiłowania zabójstwa, przekroczenie będzie mogło skutkować przypisaniem odpowiedzialności karnej. „Starsza osoba napadnięta na przystanku autobusowym, turyści zaatakowani na starym mieście, dziecko pobite przed szkołą – żadna z tych osób nie będzie mogła przekroczyć granic obrony koniecznej, bo atak miał miejsce poza domostwem”. Takie rozwiązanie skutkuje nieuzasadnionym rozgraniczeniem i zróżnicowaniem zasad odpowiedzialności osoby przekraczającej granice obrony koniecznej. Należy wskazać, iż dotychczasowa regulacja (art. 25 § 3 k.k.) jest sformułowana na tyle

ogólnie, że niezależnie od miejsca bronięcia się (nie tylko w domu), przy spełnieniu przesłanek wymienionych w tym unormowaniu, pozwala na uniknięcie kary przez przekraczającego granice obrony koniecznej.

Ponadto, nie należy zapominać przy tym, że art. 29 k.k. daje już wystarczającą i daleko idącą ochronę sprawcy, który działał w urojonej (błędnie wyobrażonej) obronie koniecznej. Nie ponosi on odpowiedzialności w przypadku błędu usprawiedliwionego i może korzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary nawet wówczas, gdy błąd był z jego strony zawiniony.

Paradoksalnie nowelizacja zwiększy uprawnienia napastnika, tj. pozwoli mu w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej przez broniącego na podjęcie skutecznych i legalnych działań w ramach obrony koniecznej. Wyłączona bowiem została karalność takiego zachowania, a nie jego bezprawność. Oznacza to, że przekraczając granice obrony koniecznej broniący się działa bezprawnie – napastnik będzie więc mógł korzystać z prawa do obrony koniecznej przeciwko broniącemu się (art. 25 § 1 k.k.). Tym samym broniący naraża się na uszczerbek w swoich dobrych osobistych, których wywołanie będzie legalne ze strony napastnika. Osoba broniąca się, działając zbyt intensywnie „upoważni napastnika do równie intensywnej obrony przed sobą. Dzięki MS każda błaha międzysąsiedzka sprzeczka może skończyć się starciem na śmierć i życie”.

Celem nowelizacji było odniesienie przekroczenia granic obrony koniecznej do ekscesu intensywnego. Tymczasem, poprzez pominięcie określenia „bezpośredni” przy określeniu zamachu wykroczonego poza cel nowelizacji (wskazany w uzasadnieniu) i poszerzenie również wypadków przekroczenia granic obrony koniecznej o eksces ekstensywny.

Wyłączenie karalności („nie podlega karze”) jest równoznaczne z przyznaniem prokuratorowi władzy rozstrzygania tych kwestii. Tymczasem ze względu na wagę dóbr, o których przychodzi w takich sytuacjach rozstrzygać, konieczne jest zapewnienie jawności procedury oraz niezawisłość, którą dysponuje sąd, a nie prokurator. „Możliwość decydowania o bezkarności osoby przekraczającej granice obrony koniecznej już na etapie postępowania przygotowawczego nie powinna należeć do prokuratora, gdyż mieści się w sferze orzecniczej niezawisłego sądu. Nie widzę powodu, by wprowadzać istotny wyłom od zasady, że o odpowiedzialności karnej decyduje niezawisły sąd”.

Warto na koniec przywołać słowa ś.p. dr Janusza Kochanowskiego, Rzecznika Praw Obywatelskich, na tle identycznej propozycji nowelizacji Kodeksu karnego: „Istota obrony koniecznej polega na tym, że prawo nie ustępuje przed bezprawiem. Proponowane zmiany mogą doprowadzić do tego, że prawo i bezprawie zbyt łatwo mogą się zamieniać miejscami”.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 o Rzeczniku Praw Obywatelskich przedstawiam Panu Marszałkowi spostrzeżenia, z uprzejmą prośbą o ich rozważenie i uwzględnienie w toku prac legislacyjnych nad projektem nowelizacji Kodeksu karnego.