

Kacper Oleksy*

Materialna treść przestępstwa a oportunizm procesowy

Jednym z zagadnień dotyczących współzależności prawa karnego materialnego i procesowego jest relacja między obecnością w strukturze przestępstwa elementu materialnego a obowiązującą zasadą ścigania przestępstw. Przyjęte w ramach tej relacji rozwiązania służą racjonalizacji ścigania karnego. Wiele państw przyjmuje w tym celu procesową zasadę oportunizmu; w Polsce problem ten rozwiązany jest w prawie materialnym poprzez wprowadzenie pojęcia „społecznej szkodliwości czynu”. Z zestawienia wybranych rozwiązań z prawa obcego (angielskiego, francuskiego i niemieckiego) i regulacji polskiej wynika jasno, że następuje stopniowa konwergencja między zasadami legalizmu i oportunizmu. Ponadto kraje, które przyjmują (*de facto* lub *de iure* – obraz tego dają statystyki) oportunizm, posługują się formalną definicją przestępstwa. Polska tymczasem pozostaje przy zasadzie legalizmu i materialnym komponencie w strukturze przestępstwa. Rozwiązanie takie może budzić pewne wątpliwości zarówno na gruncie teoretycznym, jak i praktycznym. Żadne jednak z omawianych „narzędzi racjonalizacyjnych” nie zastąpi rozsądnych decyzji ustawodawcy co do zakresu i treści kryminalizacji określonych czynów.

1. Konstrukcja prawna przestępstwa a proces karny: Uwagi ogólne

Nie trzeba nikogo przekonywać, że między prawem karnym materialnym i procesowym istnieją ściśle związki i współzależności. Składają się one w jedną gałąź prawa, wyrastającą z jednego historycznego pnia, i są zakotwiczone w tych samych przepisach rangi konstytucyjnej (szczególnie znaczenie

* Student IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

ma tu art. 42 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹). Celem prawa karnego procesowego jest realizacja norm prawa karnego materialnego², określana niekiedy jako „stan sprawiedliwości materialnej”³. Wyraża ten cel również art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.⁴. Między k.p.k. a k.k.⁵ zachodzi ponadto zjawisko wzajemnego odwoływania się do przepisów lub pojęć uregulowanych w drugim z kodeksów (np. przepisy k.p.k. o właściwości rzeczowej sądu okręgowego, przepisy k.k. o tzw. małym świadku koronnym)⁶. Dochodzi czasem – niestety – do pomieszania instytucji procesowych i materialnoprawnych między Kodeksami (np. umieszczenie instytucji warunkowego umorzenia postępowania w k.k., rozszerzenie podstaw nadzwyczajnego złagodzenia kary w instytucji skazania bez rozprawy z art. 343 k.p.k.). To przykładowe wyliczenie pewnych szczegółowych przejawów tego związku między prawem karnym materialnym i procesowym stanowi jedynie wstęp do stwierdzenia, że związek ten zaczyna się na już wysoce teoretycznym, konstrukcyjnym poziomie.

Struktura przestępstwa i model postępowania karnego są wzajemnie uzupełniającymi się fundamentami całego prawa karnego. Skoro normy procesowe służą urzeczywistnieniu norm materialnoprawnych, to ich kształt siłą rzeczy zależy od kształtu norm regulujących zasady i przypadki odpowiedzialności karnej. Można tu jednak postawić pytanie: czy aby na pewno normy materialnoprawne mają charakter pierwotny, a normy procesowe wtórny? Problem ten jawić się może jako równie nonsensowny, co spór o pierwszeństwo jajka albo kury, jednakże nie sposób go rozwiązać bez pogłębionych studiów historycznoprawnych. Zakładać trzeba jednak, że w badaniach tych doszłoby się do wniosku (przyjąć go należy jako najlogiczniejszy), iż oba te zbiory norm ulegały długotrwałemu współkształtowaniu i praktycznie niemożliwe jest stwierdzenie, co istniało wcześniej: zakaz określonego zachowania (często o charakterze sakralno-moralnym) czy „prawo karania”, egzekwowane najpierw przez jakąś wspólnotę rodowo-plemienną, a potem przez państwo. W toku historycznych przemian zmieniały się odpowiedzi, ale pytania wynikające z omawianej współzależności pozostały te same: kto może ścigać i karać? kiedy ma to robić? czy musi, czy może to robić? Po spełnieniu jakich warunków może ścigać, a po

¹ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.; dalej jako: Konstytucja RP.

² P. Kruszyński, w: P. Kruszyński (red.), *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2012, s. 23.

³ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 24.

⁴ Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.; dalej jako: k.p.k.

⁵ Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.; dalej jako k.k.

⁶ Choć istnieją również pojęcia różnie rozumiane w każdym z kodeksów, a jednocześnie kluczowe dla całego prawa karnego, jak np. wina, zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 53-54.

spełnieniu jakich może karać? Jakie środki może stosować, ścigając, a jakie karząc?

Z tej bardzo szerokiej problematyki relacji „przestępstwo a proces” wybrano jedno zagadnienie, któremu poświęcony jest niniejszy artykuł – są to mianowicie przejawy racjonalizacji ścigania i karania przestępstw. Tendencja racjonalizacyjna pojawia się w odpowiedzi na niedomagania procesu: jego przewlekłość, nietrafność reakcji karnej, brak ochrony interesów pokrzywdzonego, itd. Problemy te, co już w tym miejscu trzeba zauważyć, wynikają jednak nie tylko z konstrukcji samego postępowania, ale również z wad prawa materialnego, a szczególnie z często nieuzasadnione szerokiego zakresu kryminalizacji⁷. Omawiana tendencja jest ponadto efektem „ekonomizacji prawa” – jego aksjologicznej oceny przez pryzmat skuteczności, funkcjonalności i opłacalności⁸. Zasadniczym zaś wyrazem tej ekonomizacji jest wybór w sferze dotyczącej zasady ścigania przestępstw, wybór między legalizmem a oportunizmem. Konsekwencje tego wyboru widać zaś w szczegółowych instytucjach procesowych, jak np. tryby konsensualne⁹.

Legalizm w postaci „czystej” oznacza bezwzględny obowiązek wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego¹⁰. Oportunizm jest natomiast uprawnieniem do wszczęcia i prowadzenia postępowania, a korzystanie z niego pozostawione jest do uznania organu procesowego¹¹. Rozróżnia się przy tym oportunizm właściwy (ze względu na niecelowość ścigania) i niewłaściwy (ze względu na bagatelność sprawy)¹². Jest zatem oczywiste, z ekonomicznego punktu widzenia, że legalizm w czystej postaci obciąża wymiar sprawiedliwości wielością spraw, natomiast oportunizm pozwala na ich selekcję. Osobną kwestią jest natomiast etyczna ocena obu tych zasad¹³. Zasada oportunistyczna jest przy tym uważana w międzynarodowym dyskursie właśnie za główny i zalecany sposób racjonalizacji procesu – taki jej obraz wynika choćby z rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr R(87)18 dotyczącej uproszczenia procedury karnej. Z tych względów to ta zasada będzie przedmiotem szerszych rozważań.

⁷ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 27.

⁸ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007, s. 14.

⁹ *Ibidem*, s. 16.

¹⁰ B. Bieńkowska, w: P. Kruszyński (red.), *Wykład...*, s. 42.

¹¹ *Ibidem*, s. 44.

¹² S. Waltoś, *Proces...*, s. 294.

¹³ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 126-127.

Zestawić ją jednak trzeba z rozwiązaniem „racjonalizacyjnym”, które występuje w niektórych państwach, w tym w Polsce, nie na gruncie procesowym, ale materialnoprawnym. Rozwiązaniem tym jest tzw. mieszana, formalno-materialna definicja przestępstwa. Najogólniej rzecz ujmując, w myśl tej definicji nie stanowi przestępstwa konkretny czyn, który mimo spełnienia formalnych przesłanek odpowiedzialności karnej (istnienie ustawowego zakazu karnego, bezprawność czynu i zawinienie) nie niesie w danych warunkach widocznego ładunku szkodliwości dla zaaprobowanego przez ustawodawcę systemu wartości i stosunków społecznych. Definicja ta odnosi się jednak zasadniczo do bagatelnego charakteru czynu¹⁴, a zatem może być porównywana z oportuniźmem w znaczeniu niewłaściwym. Do tego zatem, opartego o wielostronną ocenę charakteru i ciężaru czynu, aspektu relacji „oportuniźm a materialna treść przestępstwa” ograniczone zostaną poniższe refleksje; należy od razu zaznaczyć, że mają one silnie przyczynkarski charakter.

2. „Rozwiązanie materialnoprawne” w prawie polskim

Materialne ujęcie przestępstwa w prawie polskim ujęte po raz pierwszy zostało w art. 1 Kodeksu karnego PRL z dnia 19 kwietnia 1969 r.¹⁵. Wprowadzał on, jako przesłankę odpowiedzialności karnej, „społeczne niebezpieczeństwo” popełnionego czynu. Ujęcie takie, jak wiadomo, nie wzięło się znikąd: było rezultatem przemożnego wpływu na prawo polskie prawa radzieckiego, w którym materialna definicja przestępstwa obowiązywała od 1922 r.¹⁶ Za taką definicją przestępstwa stał olbrzymi ładunek ideologicznego uzasadnienia, czerpiącego wprost z marksistowskiej doktryny materializmu historycznego, w myśl którego przestępstwo rozpatrywano jako zjawisko klasowe, tj. naruszenie interesów klasy panującej, zabezpieczonych prawnym zakazem¹⁷. Co istotne z punktu widzenia porównania z zasadą oportuniźmu, w prawie polskim klauzula „społecznego niebezpieczeństwa” pierwotnie znajdowała się w ustawie karnoprosesowej, a mianowicie w art. 49 znowelizowanego w 1949 r. k.p.k. z 1928 r.¹⁸, w którym znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu było podstawą umorzenia postępowania przez prokuratora. Takie „przejście” tej insty-

¹⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 311.

¹⁵ Dz.U. Nr 13, poz. 94.

¹⁶ A. Lityński, *Prawo Rosji i ZSRR 1917-1991, czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików). Krótki kurs*, Warszawa 2012, s. 124.

¹⁷ I. Andrejew, *Zarys prawa karnego państw socjalistycznych*, Warszawa 1975, s. 66.

¹⁸ Dz.U. z 1949 r., Nr 32, poz. 238 (jako art. 55, później oznaczony jako art. 49).

tucji z Kodeksu procesowego do Kodeksu materialnoprawnego odbyło się również wcześniej w prawie radzieckim. O ile w prawie radzieckim czysto materialna (do 1958 r.)¹⁹ definicja przestępstwa była wykorzystywana instrumentalnie jako narzędzie manipulacji prawem karnym do celów politycznych, o tyle w prawie polskim definicja była mieszana i (może poza okresem nasilenia stalinizmu) pełniła raczej funkcję selekcyjną, tj. służyła „odsianiu” przypadków błahych w ogólnych warunkach surowego, szeroko kryminalizującego zachowania, prawa karnego²⁰.

Uchwalony w nowych warunkach ustrojowych k.k. z 1997 r. pozostawił mieszaną definicję przestępstwa, określając jednak materialną przesłankę jako „społeczną szkodliwość” czynu. Uzasadniano to koniecznością oderwania się od dotychczasowych, obciążonych ideologią państwa ludowego konotacji²¹. Wprowadzony ponadto przepis art. 115 § 2 k.k. uszczegółowił tę ogólną klauzulę, wprowadzając katalog okoliczności, przez pryzmat których należy oceniać społeczną szkodliwość czynu. Zmiany te mają w założeniu służyć nowym funkcjom, które ma wypełniać ta klauzula, a także doprowadzić do ujednoczenia i poprawy wykładni tego pojęcia dokonywanej przez prokuratury i sądy²².

Ten materialny komponent w strukturze przestępstwa uważa się za przejaw wyróżnianej przez część doktryny zasady *nullum crimen sine periculo sociali*²³. Ścisłe rzez biorąc, takie sformułowanie tej zasady miało sens na gruncie poprzedniego Kodeksu karnego: obecnie trafniejsze wydaje się jej brzmienie jako *nullum crimen sine damno sociali magis quam minimo*²⁴. Społeczna szkodliwość jest ponadto rozpatrywana w dwóch aspektach: jako ogólna, wykazywana przez ustawodawcę racja kryminalizacji pewnego typu zachowań (aspekt abstrakcyjny) i jako cecha konkretnego czynu konkretnego sprawcy (aspekt konkretno-indywidualny)²⁵. Z punktu widzenia prowadzonych tu rozważań interesujący jest ten drugi aspekt, jako że to brak szkodliwości *in concreto* stanowi przesłankę umorzenia postępowania karnego na mocy art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.,

¹⁹ A. Lityński, *Prawo...*, s. 155.

²⁰ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 57.

²¹ *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 117-119.

²² E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 39.

²³ Tak m.in. M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013, teza 11 do art. 1; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 306–307, z uzasadnieniem upatrywanym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP; T. Kaczmarek, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego t. 3: Nauka o przestępstwie – zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013 s. 294; M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne: część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010, s. 41-42.

²⁴ J. Warylewski, *Prawo karne: część ogólna*, Warszawa 2009, s. 101.

²⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 306; podobnie L. Gardocki, *Prawo...*, s. 56-57.

a zatem dotyka pojęcia „oportunizmu niewłaściwego”. Tu powstaje jednak wysoce sporny w doktrynie charakter przywołanego przepisu. Z jednej strony, skoro sformułowanie art. 17 § 1 k.p.k. jest nakazem umorzenia postępowania w sytuacji, gdy czyn nie spełnia materialnej przesłanki odpowiedzialności karnej, można uważać tę regulację za przejaw legalizmu *sensu largo*²⁶. Z drugiej strony, skoro ocena wystąpienia tej przesłanki ma charakter merytoryczny, to powinna być ona dokonywana przez sąd; przepis ten tymczasem dopuszcza dokonanie takiej oceny przez organ ścigania, co stanowi wyłom w obowiązku prowadzenia postępowania przygotowawczego, który wynika z art. 10 § 1 k.p.k. i jest przez to rozwiązaniem oportunistycznym²⁷. Argumentacja stojąca za drugim z relacjonowanych poglądów wydaje się bardziej prawidłowa: potwierdza ją również obserwacja historycznych antecedencji omawianej negatywnej przesłanki procesowej.

Pisząc o funkcji „społecznej szkodliwości czynu” w ogólności, Robert Zawłocki zauważył, że w sensie ścisłym klauzula ta służy realizacji funkcji instytucji, która z niej korzysta, oraz że czym innym są teoretyczne funkcje przypisywane danej konstrukcji, a czym innym faktyczny sposób jej wykorzystania²⁸. W odniesieniu do omawianego pojęcia ta rozbieżność jest szczególnie widoczna, gdyż praktyka korzysta z możliwości umorzenia w oparciu o to pojęcie nie tylko w sytuacjach czynów „bagatelnych”, ale również gdy ściganie zostaje uznane za niecelowe (co jest przejawem właściwego oportunizmu, teoretycznie niedopuszczalnego w legalistycznym polskim procesie karnym). Natomiast funkcja odnosząca się do oportunizmu niewłaściwego została przez Zawłockiego określona jako „funkcja wyłączająca reakcję karnoprawną”²⁹. Co do praktyki, dodać jedynie należy, że „przypadki czynów o atypowo niskim stopniu społecznej szkodliwości czynu trafiają przed oblicza sędziów i prokuratorów zupełnie wyjątkowo”³⁰. Jest to znacząca poprawa w stosunku do stanu rzeczy występującego na gruncie poprzedniej kodyfikacji karnej: jej przyczyn upatrywać należy w poszerzeniu możliwości stosowania środków sądenia innych niż proste skazanie lub uniewinnienie (chodzi tu m.in. o warunkowe umorzenie postępowania, odstąpienie od wymierzenia kary, skazanie bez rozprawy). Są one obecnie stosowane w sytuacjach, w których kiedyś jednym

²⁶ R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 394.

²⁷ *Ibidem*, s. 395.

²⁸ *Ibidem*, s. 399–400.

²⁹ *Ibidem*, s. 408.

³⁰ E. Plebanek, *Materialne...*, s. 281.

wyjściem – by nie narażać jednostki na nadmierną represję – było *stricte* oportunistyczne umorzenie postępowania ze względu na znikomą społeczną szkodliwość czynu³¹.

Podsumowując tę część rozważań, wypada wskazać, że większość doktryny uważa rozwiązanie wskazanego wyżej „problemu racjonalizacji procesu” na gruncie materialnoprawnym za rozwiązanie właściwsze, a przynajmniej nie podejmuje krytyki istniejącego rozwiązania co do istoty (wskazuje się raczej mankamenty pewnych szczegółowych kwestii). W tym, co najmniej afirmatywnym, duchu wypowiadają się m.in. Tadeusz Bojarski³², Lech Gardocki³³, Ewa Plebanek³⁴, Stanisław Waltoś³⁵, Włodzimierz Wróbel i Andrzej Zoll³⁶, Robert Zawłocki³⁷. „Rozwiązanie materialnoprawne”, choć w perspektywie globalnej jest ewenementem³⁸, w Polsce uważane jest za jeden z fundamentów całego systemu prawa karnego, identyfikowany wręcz z jego „istotą”³⁹.

3. „Rozwiązanie procesowe” w ujęciu prawnoporównawczym

Oportunizm definiowany jest jako „przeciwieństwo zasady legalizmu”, pozwalające „organowi ścigania na rozważenie celowości ścigania karnego”⁴⁰. Co do istoty, pojęcie to jest w doktrynie polskiej i zagranicznej bezsporne⁴¹. Zasadę oportunistyczną jako wiodące pryncypium organizujące ściganie kryminalne wybrały państwa takie jak Belgia, Cypr, Dania, Francja, Holandia, Norwegia, oraz oczywiście kraje systemu *common law* – Wielka Brytania (choć ściślej należa-

³¹ *Ibidem*, s. 282.

³² T. Bojarski, *Spoleczna szkodliwość czynu i wina w projekcie k.k.*, w: S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 73; *Idem*, *Funkcje pojęcia społecznej szkodliwości czynu*, w: G. Artymiak, Z. Cwiąkański (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, Warszawa 2009, s. 25.

³³ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 146-147.

³⁴ E. Plebanek, *Materialne...*, s. 287.

³⁵ S. Waltoś, *Proces...*, s. 297.

³⁶ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 311; A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, w: S. Waltoś (red.), *Proces...*, s. 83 i nast.

³⁷ R. Zawłocki, *Pojęcie...*, s. 427-428.

³⁸ Stosują je Polska, Rosja i państwa niegdyś wchodzące w skład ZSRR, np. Białoruś i Kazachstan; z tego rozwiązania zrezygnowały, lub przeniosły je na grunt procesowy, inne państwa byłego bloku wschodniego – zob. R. Zawłocki, *Pojęcie...*, s. 78.

³⁹ *Ibidem*, s. 425 i przywołana tam literatura.

⁴⁰ B. Bieńkowska, w: P. Kruszyński (red.), *Wykład...*, s. 44.

⁴¹ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 70-71.

łoby mówić o systemach prawnych jej części składowych) oraz Stany Zjednoczone Ameryki. Istnieją ponadto systemy procesu karnego, które deklarując jako obowiązującą zasadę legalizmu, są *de facto* przeniknięte oportunizmem – symptomatyczny jest tu przykład niemiecki⁴². Warto zatem zestawić ze sobą kilka wybranych przypadków systemów nastawionych na oportunizm, aby zobaczyć, jakie funkcje pełni tam zasada procesowa. Dla praw kontynentalnych zasadnicze znaczenie ma regulacja francuska; regulacja niemiecka stanowi natomiast, jak już powiedziano, nadzwyczajny przykład obrócenia się zasady w wyjątek, co czyni jej analizę tym ciekawszą. Do tych przykładów dobrano, dla pewnego kontrastu i wzbogacenia wywodu, regulację angielską. Trzeba tu jednak poczynić istotne zastrzeżenie: choć odruchowo oportunizm kojarzy się właśnie z systemem *common law*, to proste porównywanie tamtejszego oportunizmu z oportunizmem praw kontynentalnych jest – z przyczyn, o których niżej – niepoprawne metodologicznie. Nie obniża to jednak czysto poznawczej i intelektualnej wartości takiego porównania.

3.1 „Rozwiązanie procesowe” w prawie angielskim

W Anglii (i Walii) zasada oportunizmu pozostaje, jak w całym systemie *common law*, „niewzruszalnym dogmatem”⁴³. Wzięło się to stąd, że organy ścigania działały niegdyś w tych krajach tylko w ograniczonym zakresie: decydującą rolę miały postępowania prywatne i prawo każdego obywatela do wniesienia oskarżenia przed sąd (*actio popularis*). Wszczęcie większości postępowań miało zatem z natury rzeczy charakter uznaniowy. Rola państwowego wymiaru sprawiedliwości wzrosła w ostatnich kilkudziesięciu latach, szczególnie zaś po powołaniu *Crown Prosecution Service* (Królewskiej Służby Oskarżycielskiej) w 1985 r.⁴⁴ Wcześniej bowiem ściganie – ze strony państwa – leżało w rękach policji, ale zorganizowanej w sposób odmienny niż w Europie kontynentalnej. „Autonomia prawa precedensowego” krajów anglosaskich nie pozwala, jak już wspomniano wyżej, na proste porównanie z oportunizmem kontynentalnym⁴⁵. Inne są korzenie tego prawa (związane m.in. z odrzuceniem prawa rzymskiego), inne ścieżki rozwoju, inne wreszcie źródła prawa i miejsca kształtowania się jego teorii i dogmatyki (znamienne jest tu stwierdzenie, że „krwią prawa

⁴² *Ibidem*, s. 88.

⁴³ *Ibidem*, s. 171.

⁴⁴ *Ibidem*, s.172.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 21.

nie jest logika, ale zdrowy rozsądek”⁴⁶). Inna jest koncepcja państwa i jego relacji do prawa⁴⁷, a to ściśle wiąże się z wyborem określonej koncepcji ścigania. Przestępstwo jest jednak zasadniczo uważane za czyn przeciwko państwu, uobianemu w procesie przez monarchę⁴⁸.

Z punktu widzenia celów oportunistów w krajach systemu *common law* wartościowa wydaje się analiza *Code for Crown Prosecutors*⁴⁹, swoistej instrukcji postępowania dla oskarżycieli, wskazującej kolejne elementy podlegające badaniu przed podjęciem decyzji o ściganiu. Pierwszy etap, zwany *The Evidential Stage*, służy ustaleniu, czy istnieją wystarczające podstawy do skazania podejrzanego przez sąd – „Oznacza to, że prawdopodobieństwo, iż właściwie poinformowana oraz działająca zgodnie z prawem ława przysięgłych, sąd pokoju lub sędzia samodzielnie rozpatrujący sprawę podejmie decyzję o wydaniu wyroku skazującego, jest większe niż prawdopodobieństwo, że taki wyrok nie zapadnie”⁵⁰. Jeżeli sprawa nie spełnia tego kryterium, nie może być kontynuowana bez względu na jej ciężar gatunkowy i znaczenie społeczne. Wyraża się w tym tak charakterystyczny dla systemu *common law* pragmatyzm i realizm⁵¹. Drugi etap (*The Public Interest Stage*) polega na rozważeniu, czy istnieje interes publiczny w ściganiu; ocenia się go m.in. z punktu widzenia wagi czynu, stopnia winy, rozmiaru szkody, wpływu czynu na społeczeństwo, współmierności ścigania (w tym potencjalnych kosztów procesu), wieku sprawcy. Omawiany *Code for Crown Prosecutors* wprost stwierdza, że „w niektórych przypadkach, dla interesu publicznego korzystniejsze okazuje się zaproponowanie sprawcy w pierwszej kolejności polubownego załatwienia sprawy poza procesem sądowym”⁵², co wskazuje na dużą rolę alternatywnych form postępowania, w tym trybów konsensualnych. Co więcej, oportunizm przejawia się również w sferze konstruowania zarzutów: oskarżyciel może np. zrezygnować z cięższych oskarżeń, jeżeli nie jest w stanie ich udowodnić; nie powinien ich również wnosić tylko po to, by uzyskać przyznanie się przez podsądnego do lżejszych zarzutów⁵³.

⁴⁶ J. Herring, *Criminal law, 3rd edition*, Palgrave Law Masters 2002, s. 23.

⁴⁷ Zob. P. Sarnecki, *Wstęp*, w: P. Sarnecki (red.), *Podstawowe ustawy ustrojowe Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Warszawa 2010.

⁴⁸ J. Herring, *Criminal...*, s. 21.

⁴⁹ Cyt. za: https://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors (wersja angielska i polska), dostęp: 11.05.2015; dalej jako: *CPS Wersja polska*.

⁵⁰ *CPS Wersja polska*, s. 6.

⁵¹ R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Warszawa 2008, s. 136.

⁵² *CPS Wersja polska*, s. 8.

⁵³ *Ibidem*, s. 17.

W świetle powyższych regulacji trudno mówić o ścisłym rozgraniczeniu oportunistycznego i niewłaściwego. Niecelowość ścigania może być bowiem stwierdzona zarówno na poziomie oceny materiału dowodowego (jako niewystarczającego), jak i na poziomie braku interesu w ściganiu z innych przyczyn niż charakter czynu (np. dotyczących sprawcy, kontekstu przestępstwa, kosztów procesu przerastających wynikłą szkodę, itp.). Z kolei sama bagatelność czynu może skłaniać do stosowania pewnych procedur alternatywnych, niebędących przejawami „czystego” oportunistycznego, ale służących uniknięciu sformalizowanego postępowania sądowego⁵⁴. Można zatem stwierdzić, że oportunistyczny w wydaniu angielskim „polega w pierwszej kolejności na swobodnym decydowaniu o wszczęciu postępowania lub o jego umorzeniu oraz wniesieniu aktu oskarżenia do sądu lub zastosowaniu wobec oskarżonego środków alternatywnych”⁵⁵. *Plea bargaining* odgrywa tu znacznie mniejszą rolę niż w prawie amerykańskim, również należącym do systemu *common law*. Ponadto wskazuje się na stopniowe przenikanie do procesu angielskiego pewnych elementów legalizmu, choćby w postaci wspomnianych już środków alternatywnych, do których należą m.in. *simple caution* (nieformalne upomnienie przez policję), *formal caution* (formalne upomnienie przez policję), *community resolutions* i *restorative justice* (środki sprawiedliwości naprawczej), a także *conditional caution* (warunkowe upomnienie)⁵⁶. Skorzystanie z tych środków jest bowiem pewną reakcją na przestępstwo, a nie prostym odstępniem od ścigania (*no further action*)⁵⁷; odstępniem takim nie wyklucza jednak przyszłego podjęcia postępowania przez organ procesowy (pewność w tym względzie daje tylko definitywny wyrok uniewinniający)⁵⁸.

Widać zatem, że w prawie angielskim proces karny nadal uważany jest za ostateczność, zgodnie z panującym tam poglądem o przede wszystkim represyjnym, piętnującym sprawcę funkcjach samego procesu („*process is the punishment*”), bez względu na jego ostateczny rezultat⁵⁹. Unikanie procesu (*avoidance of trial*) rodzi jednak problem niejednorodności praktyki w tym względzie⁶⁰. Zasadniczo jednak oportunistyczny jest środkiem ochrony obywateli przed

⁵⁴ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunistyczny i legalizm...*, s. 183.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 206.

⁵⁶ K. Girdwoyń, w: P. Kruszyński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego, t. 2: Proces karny – rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym*, Warszawa 2014, s. 769.

⁵⁷ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunistyczny i legalizm...*, s. 183.

⁵⁸ K. Girdwoyń, w: P. Kruszyński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego, t. 2: Proces karny – rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym*, Warszawa 2014, s. 770.

⁵⁹ A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford 2005, s. 17, 178.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 369.

arbitralnym działaniem władzy: zarówno wysoki próg udowodnienia warunkujący wszczęcie postępowania, jak i przesłanka interesu publicznego mają prowadzić do tego, bo przed sądem stawali wyłącznie niewątpliwi i wymagający społecznego potępienia sprawcy przestępstw.

3.2 „Rozwiązanie procesowe” w prawie francuskim

Prawo francuskie, jako klasyczne „prawo kodeksowe”, zawiera normatywne podstawy zasady oportunistu, choć nie jest ona wyrażona wprost. Artykuł 40-1 *Code de procédure pénale* (francuskiego k.p.k. – dalej jako CPP)⁶¹ stanowi, że „Kiedy prokurator stwierdzi, że fakty, które zostały mu przedstawione, składają się na czyn zabroniony popełniony przez osobę, której tożsamość i miejsce zamieszkania są znane, oraz wobec której nie istnieją ustanowione przepisami prawa przeszkody w ściganiu z urzędu, prokurator ten (właściwy miejscowo) decyduje, czy właściwe jest (*s’il est opportun*): 1) uruchomienie ścigania, lub 2) zastosowanie procedur alternatywnych wobec ścigania w myśl art. 41-1 lub 41-2 CPP, lub 3) umorzenie postępowania (*classement sans suite*), jeżeli szczególne okoliczności związane z czynem to uzasadniają”. Wcześniejsze (przed 2004 r.) brzmienie tego artykułu głosiło, że „Prokurator przyjmuje skargi i zawiadomienia i rozstrzyga o ich dalszym biegu”⁶². Widać zatem istotną, jakościową zmianę dotychczasowego francuskiego oportunistu (*l’opportunité des poursuites*), zasady głęboko zakorzenionej we francuskim procesie karnym (jak pisze Jean Pradel, „zasada oportunistu jest obecnie jednym z najlepiej zabezpieczonych dogmatów naszego prawa pozytywnego”⁶³).

Historycznie rzecz ujmując, ustawy karne z okresu rewolucji francuskiej były zdecydowanie legalistyczne; napoleoński *Code d’instruction criminelle*, obowiązujący przez przeszło 150 lat, zawierał zaś przepisy budzące „kontrowersje co do formalnie obowiązującej koncepcji ścigania”⁶⁴. Dopiero CPP stała wprost na stanowisku oportunistu, i to przez długi czas oportunistu zupełnie niekontrolowanego. Do wprowadzenia cytowanego na początku art. 40-1 CPP w 2004 r. odsetek bezwarunkowych umorzeń prokuratorskich wynosił 70%⁶⁵; decyzje te nie musiały być również w żaden szczególny sposób uzasadniane. Doktryna wyróżniała jednak trzy grupy przyczyn, z których powinno

⁶¹ Cyt. za: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>, dostęp: 13.05.2015.

⁶² M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 131.

⁶³ J. Pradel, *Procédure pénale*, Édition Cujas, Paris 2004, s. 511.

⁶⁴ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 131.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 133.

wynikać takie *classement sans suite*: prawna niemożność ścigania, faktyczna niemożność ścigania oraz istnienie realnej, alternatywnej reakcji zamiast ścigania⁶⁶. Zmiany w polityce kryminalnej państwa francuskiego doprowadziły jednak do nadania oportunistom, jak określiła to Maria Rogacka-Rzewnicka, „legalistycznych ram”⁶⁷. Przedstawiciele francuskiej nauki prawa zdawali sobie sprawę z różnych zalet i wad „wolnego” oportunizmu. Pisano o systemie oportunistycznym, że „ma on tę zaletę, iż zostawia totalną swobodę prokuratorom Republiki i, równoległe, dużą elastyczność w postępowaniu, a także przynosi szybszą reakcję prawnokarną. Niemniej, jego wadą jest ryzyko arbitralności i nierównego traktowania jednostek na terytorium tego samego państwa”⁶⁸. Szczególne znaczenie ma w zakresie budowy „kontrolowanego” oportunizmu bogata treść art. 40-1 CPP. Sama kolejność, w jakiej wymieniono możliwe rozstrzygnięcia prokuratora wskazuje na to, że preferowane jest ściganie, ewentualnie stosowanie procedur alternatywnych (punkty 1–2), a w ostateczności dopuszczalne jest umorzenie (punkt 3). O tym ostatnim punkcie Pradel pisał: „redakcja punktu 3 art. 40-1 CPP pokazuje взгляд ustawodawcy z 2004 r. na to, by znieść bezwarunkowe umorzenie postępowania, poza przypadkami ekstremalnej słabości naruszenia porządku publicznego albo przypadkami szczególnej sytuacji sprawy. Jest prawdą, że te bezwarunkowe umorzenia są godne pożałowania z punktu widzenia pokrzywdzonych i wizerunku wymiaru sprawiedliwości”⁶⁹. Z tego względu coraz większą rolę odgrywają w procesie francuskim alternatywne procedury, takie jak mediacja, porozumienie karne (*composition pénale*) i przyznanie do winy (CRPC)⁷⁰. „Ekstremalna słabość” konkretnego naruszenia prawa wpisuje się zaś w bardzo wąsko rozumiane pojęcie „bagatelności” czynu.

Oportunizm we Francji uważano zawsze za środek przeciwdziałania „uduszeniu się” sądów ogromną liczbą spraw oraz sposób realizacji i zabezpieczenia interesu publicznego w ściganiu⁷¹. Z drugiej strony, wspomniane wyżej ryzyko arbitralności decyzji prokuratorskich godziło w pewne podstawowe ideały Republiki Francuskiej, jak chociażby równość. Dodatkowym mankamentem dawnego, szeroko stosowanego *classement sans suite*, był brak kontroli sądowej nad tą decyzją – nadal uważa się, że ma ona charakter administracyjny, a zatem

⁶⁶ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, Paris 2005, s. 645-646.

⁶⁷ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 137.

⁶⁸ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure...*, s. 664.

⁶⁹ J. Pradel, *Procédure...*, s. 512.

⁷⁰ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 141.

⁷¹ *Ibidem*, s. 133.

w sprawie nie występuje powaga rzeczy osądzonej, co umożliwi prokuratorowi podjęcie ścigania na nowo⁷². Nie sprzyja to zatem pewności prawnej. Można odnieść wrażenie, że legalistyczne korekty oportunistyczne są wprowadzane do procesu francuskiego głównie ze względu na konieczność rozwoju prewencji oraz wymuszanej przez globalizację prawa zwiększonej ochrony praw pokrzywdzonych, co widać szczególnie w treści i kształcie proponowanych procedur alternatywnych.

3.3 „Rozwiązanie procesowe” w prawie niemieckim

W niemieckim procesie karnym zasadą procesową jest legalizm. Wyraża ją § 152 ust. 2 *Strafprozessordnung* (Ordynacji karnoprocessowej, dalej jako: StPO), według którego „O ile ustawa nie stanowi inaczej, prokuratura jest obowiązana podjąć ściganie wszystkich przestępstw, jeżeli istnieją dostateczne ku temu przesłanki faktyczne”⁷³. Jak już wyżej wspomniano, zasada ta w Niemczech doznaje szeregu wyjątków, które nie sposób tu kompleksowo omówić. Z punktu widzenia porównania oportunistyki z materialnym komponentem przestępstwa, warto zwrócić uwagę na ustawowy przejaw oportunistyki niewłaściwego w procesie niemieckim. Jego wyrazem jest § 153 StPO, określający przypadki zaniechania ścigania ze względu na małą wagę czynu, ocenianą przez pryzmat nieznacznej winy sprawcy, i jednocześnie brak interesu publicznego w ściganiu⁷⁴. Określony tu wyjątek ma bardzo „mocny” prawnie charakter, a to dlatego że stwierdzenie iż czyn jest w myśl tego przepisu „bagatelny” powoduje obligatoryjne umorzenie postępowania⁷⁵. Wskazuje się jednak, że przeciwko umorzeniu postępowania przemawiają względy prewencji szczególnej, np. w sytuacji powrotu do przestępstwa⁷⁶. Z kolei „nieznaczny” stopień winy określa się na moment podejmowania decyzji o umorzeniu, na podstawie materiału dowodowego, którym dysponuje prokurator w chwili podejmowania decyzji⁷⁷. Nie wymaga się zatem, by przewidywał on, co mogłoby przynieść ewentualne dalsze dochodzenie. Ciekawym rozwiązaniem – z punktu widzenia porównania z systemem angielskim – jest możliwość ograniczenia ścigania do niektórych czynów na podstawie § 154a StPO. Podobnie zatem jak w Anglii,

⁷² J. Głębocka, w: P. Kruszyński (red.), *System Prawa...*, s. 227.

⁷³ Cyt. za: M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 85–86.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 96.

⁷⁵ Ł. Wiśniewski, w: P. Kruszyński (red.), *System Prawa...*, s. 416.

⁷⁶ J. Tylman, *Oportunizm w postępowaniu karnym Republiki Federalnej Niemiec*, „Nowe Prawo” 1989, nr 10-12, s. 98.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 99.

prokurator może dokonywać swoistej selekcji zarzutów. Opiera się ona oczywiście na bardziej sformalizowanych, wskazanych przez ustawę, kryteriach⁷⁸.

Doktryna niemiecka prowadziła burzliwe dyskusje w kwestii wyboru między legalizmem a oportunizmem ścigania od momentu unifikacji prawa po zjednoczeniu Niemiec, a i obecnie spora część doktryny opowiada się za poszerzaniem oportunizmu⁷⁹. Przyjmuje się, że oportunizm stał się w Niemczech zasadą względem małej i średniej przestępczości⁸⁰. Zwolennicy legalizmu, którzy upatrują jego istotę w „stosowaniu kary”, wypowiadają się krytycznie na temat rozszerzania wyjątków oportunistycznych⁸¹. Uważają, że trafniejsze jest rozstrzygnięcie tego „racjonalizacyjnego” problemu w prawie materialnym⁸². Za niekorzystne przejawy „nowego oportunizmu” Thomas Weigend uznaje m.in. instytucję świadka koronnego, widzi ponadto w tym trendzie zagrożenie dla zasad równości i sprawiedliwości⁸³. Przedstawiciele doktryny opowiadający się za legalizmem uważają zatem oportunistyczne wyjątki za sposób procesowego rozwiązywania problemów prawa karnego materialnego, takich jak nadmierna kryminalizacja i nieścisłości w opisie typów czynów zabronionych. Odnoszą się oni do tych działań w sferze procesowej zdecydowanie krytycznie⁸⁴.

StPO jest więc ustawą, w której wyjątki przyćmiły deklarowaną zasadę. Wydaje się, że za tą dość dziwną sytuacją w niemieckim procesie karnym stoją czysto pragmatyczne, ekonomiczne motywy, szczególnie chęć odciążenia sądów i zmodyfikowania reakcji na drobną przestępczość (wobec której skuteczniejsze wydaje się „danie szansy” niż karanie). Jak pisze Janusz Tylman, wpływ na rozwój oportunistycznych wyjątków od legalizmu miały względne teorie kary, brak pomysłu na rozwiązanie problemu drobnej przestępczości oraz niemożność ścigania wszystkich czynów przy formalnej definicji przestępstwa⁸⁵. Czym jednak tłumaczyć to, choćby deklaratywne, przywiązanie do legalizmu? Dużą rolę grają tu argumenty historyczne, choćby silne tradycje reinterpretowanego prawa rzymskiego, „państwowe treści” niemieckiego prawa czy inna

⁷⁸ *Ibidem*, s. 100.

⁷⁹ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 84 i 113.

⁸⁰ Ł. Wiśniewski, w: P. Kruszyński (red.), *System Prawa...*, s. 415.

⁸¹ T. Weigend, *Problematyka zasad oportunistu i legalizmu na tle współczesnych zjawisk w zjednoczonych Niemczech*, w: A. Eser, A. Zoll (red.), *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Kraków 1998, s. 157.

⁸² *Ibidem*, s. 158.

⁸³ *Ibidem*, s. 164-173.

⁸⁴ J. Tylman, *Oportunizm...*, s. 108.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 96.

niż we Francji (słabsza, zależna) pozycja prokuratora⁸⁶. Legalizm jest ponadto mocno zakorzeniony w postanowieniach niemieckiej Ustawy Zasadniczej, dotyczących procesu karnego i prawa do sądu.

4. Narzędzia racjonalizacji procesu w praktyce

Pozostaje zadać pytanie o obraz omawianych „narzędzi racjonalizacji” w praktyce. Chodzi tu oczywiście o przegląd statystyki umorzeń postępowań ze względu na bagatelność czynu, przy pominięciu, czy umorzenie to ma podstawę w prawie materialnym czy procesowym. Poniższy przegląd statystyk zostanie ograniczony do umorzeń dokonywanych przez organy ścigania (prokuratury i służby policyjne), jako że to umorzenia dokonywane na tym etapie najlepiej obrazują stan i zasięg tej racjonalizacji. Trzeba natomiast pamiętać, że zupełnie inną kwestią jest zasadność tych umorzeń: ze statystyk wyciągnąć można wnioski o rozmiarach faktycznego oportunistycznego, ale bez zapoznania się z uzasadnieniami tych decyzji nie sposób ocenić, na ile oportunistyczny jest w granicach wyznaczonych mu przez prawo. Jak bowiem widać z dokonanego wyżej przeglądu kilku systemów prawnych, żaden z nich nie dopuszcza oportunistycznego dowolnego.

Polska prokuratura w 2012 r. zakończyła 1 142 529 postępowań, z czego 4 979 na zasadzie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.⁸⁷, co daje w przybliżeniu 0,4% spraw. Ze statystyk angielskich wynika, że w roku administracyjnym 2011/2012 *Crown Prosecution Service* otrzymała 367 067 spraw do podjęcia decyzji o ściganiu; w 24% z nich decyzją było *no further action*, czyli czysto oportunistyczne, bezwarunkowe zakończenie postępowania⁸⁸. Prokuratura francuska w tym samym roku dokonała opisywanego wcześniej *classement sans suite* w 11,6% spraw, w których ściganie było dopuszczalne⁸⁹. Z kolei niemieckie statystyki z 2009 r. wskazują, że bezwarunkowe zakończenie postępowania przez prokuratora (głównie na zasadzie § 153 StPO, a także podobnych instytucji) dotyczyło 21,6% spraw⁹⁰. Odsetki wynikające z przywołanych opracowań statystycznych są w ostatnich latach w miarę powtarzające się, dlatego można uznać je za obraz pewnych tendencji.

⁸⁶ M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 44-47.

⁸⁷ *Sprawozdanie z działalności powszechnych jednostek prokuratury w sprawach karnych za rok 2012*, s. 6.

⁸⁸ K. Sosa, *In the Public Interest: Reforming the Crown Prosecution Service*, Policy Exchange, London 2012, s. 10.

⁸⁹ *Annuaire Statistique de la Justice, Edition 2011-2012*, s. 109.

⁹⁰ *Criminal Justice in Germany, 5th Edition*, Federal Ministry of Justice 2009, s. 19–20.

Oczywiście niewłaściwe byłoby proste postawienie obok siebie wyżej wymienionych odsetków umorzeń, gdyż nie dałoby to podstaw do wysnucia rozsądnych wniosków. Wynika to choćby z odmiennego charakteru prawnego tych różnych instytucji „umorzeń”, bo choć w większości opierają się one na braku społecznej doniosłości czynu, to jest ona inaczej rozumiana i uzasadniania w poszczególnych systemach prawnych, o czym wyżej była mowa. Można jednak odnieść te statystyki do poszczególnych krajów, których dotyczą. Polskie statystyki potwierdzają legalizm polskiego procesu karnego – przywołany wyżej ułamek procenta spraw uznanych za bagatelne czyni znikomą społeczną szkodliwość czynu rzeczywiście „znikomą” pozycją w praktyce umorzeń. Wyrażane są poglądy, że to dowód na porzucenie oportunistycznych nawyków prokuratury, narosłych wokół umorzenia na podstawie dawnych regulacji k.k. z 1969 r.⁹¹. Statystyka angielska wskazuje z kolei na oportunistyczne kończenie ścigania w 1/4 spraw; biorąc pod uwagę dużą rolę tzw. *out of court disposals* (czyli wspomnianych procedur alternatywnych), niewiele spraw ostatecznie trafia do sądu. Jest to zatem obraz rzeczywiście oportunistycznego procesu, poszukującego jednocześnie nowych, pozasądowych sposobów reakcji na przestępstwo. Dane francuskie mogą zaskakiwać: system oficjalnie oportunistyczny wykazuje się praktyką takich umorzeń na poziomie niecałych 12%. Co więcej, *classement sans suite* obejmuje nie tylko przypadki bagatelne, ale również wyjątkowe sytuacje niecelowości ścigania. Świadczy to o wzmacnianiu się wspomnianych wyżej „legalistycznych ram” tego procesu. Statystyki niemieckie natomiast potwierdzają faktyczne obowiązywanie oportunistycznego: odsetek umorzeń w sprawach bagatelnych zbliżony jest do odsetka angielskiego. Legalizm w procesie niemieckim jest więc tylko deklaracją, mającą być może duże tło dogmatyczne i aksjologiczne, ale niepopartą rzeczywistymi działaniami wymiaru sprawiedliwości.

Uogólniając, statystyki to dowodzą jednego: „Brak jest obecnie systemów jednorodnie legalistycznych lub jednorodnie oportunistycznych”⁹². Występująca na poziomie międzynarodowym konwergencja między systemami prawnymi państw, szczególnie w Europie, prowadzi do tego, że państwa o oportunistycznie nastawionym procesie karnym wtłaczają go w legalistyczne ramy, aby uniknąć wynaturzeń jego dowolności; tymczasem państwa o procesie karnym nastawionym legalistycznie szukają oportunistycznych wyjątków, by proces ten zrationalizować. Jedynie proces polski z wyżej analizowanych wydaje

⁹¹ E. Plebanek, *Materialne...*, s. 282.

⁹² M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm...*, s. 74.

się opierać tym tendencjom, gdyż legalizm „nie doznaje licznych i poważnych wyjątków”⁹³.

5. Zakończenie: Wnioski i postulaty

Podsumowując, należałoby wrócić do zarysowanego na wstępie związku między strukturą przestępstwa a koncepcją ścigania. Jak wspomniano wyżej, dla celów racjonalizacji ścigania trzeba dokonać wyboru pomiędzy „rozwiązaniem materialnoprawnym” a „rozwiązaniem procesowym”. Nie będzie żadnym *novum* stwierdzenie, że obie te możliwe koncepcje spełniają rolę analogiczną: eliminują z pola zainteresowania organów ścigania czyny pozbawione większego znaczenia dla ładu społecznego⁹⁴. Daje się łatwo wychwycić występującą na tym polu zależność między instytucjami prawa materialnego i procesowego. Z omawianych tu praw obcych wszystkie – angielskie, francuskie i niemieckie – przyjmują formalną definicję przestępstwa⁹⁵. W Niemczech krytykuje się ujęcie materialne, uważając je wyłącznie za adresowany do ustawodawcy postulat kryminalizacyjny⁹⁶; podobnie w Anglii, rozstrzygnięcie co do materialnej treści przestępstwa uważa się za przynależne do płaszczyzny „polityczno-sądowej”⁹⁷. Jednocześnie, wszystkie te państwa mają systemy procesu karnego *de iure* (w wypadku Niemiec – *de facto*) oportunistyczne. Formalna definicja przestępstwa, jako domagająca się uznania przestępności każdego czynu odpowiadającego typowi ustawowemu, potrzebuje na gruncie procesowym korekty; inaczej wymiar sprawiedliwości zostałby zalany masą spraw nieistotnych. Praktyka wygrywa tu niejako z teorią, bo legalizm wydaje się być przecież logiczną konsekwencją formalnej definicji przestępstwa na zasadzie, że „skoro zakazujemy, to (konsekwentnie) ścigamy”, aby kodeks funkcjonujący jako swoista proklamacja wartości i dóbr chronionych przez państwo był jednocześnie realnym narzędziem ich zabezpieczenia. Z drugiej strony, pełny legalizm może mieć skutki podobne do formalnej definicji przestępstwa; tutaj korekta następuje przez mieszaną definicję przestępstwa w prawie materialnym. Między oportunistem a materialno-formalną definicją przestępstwa oraz legalizmem a formalną definicją przestępstwa zachodzą relacje alternatywy rozłącznej. Z tego względu ustawodawca zmuszony jest do dokonania jakiegoś wyboru w każdej

⁹³ *Ibidem*, s. 471.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 468.

⁹⁵ R. Zawłocki, w: R. Dębski (red.), *System Prawa...*, s. 61 (Niemcy), 73 (Francja), 83 (Anglia).

⁹⁶ *Ibidem*, s. 67-68.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 83.

z tych dwóch sfer, przy czym pierwszy wybór od razu narzuca rezultat drugiego. W Polsce wybór ten wprowadził do systemu prawa karnego parę „legalizm oraz materialna korekta przestępności czynu” i jak już wyżej wspomniano, spotyka się to z aprobatą doktryny. Zapytać jednak należy, czy entuzjazm, z jakim spotyka się to rozwiązanie, jest w pełni uzasadniony?

Punktem wyjścia do udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie byłoby wskazanie, za jakim systemem politycznym, jakim ustrojem państwowym i jaką doktryną polityczno-prawną opowiada się osoba udzielająca tej odpowiedzi. Wydaje się, że w demokracji liberalnej bardziej naturalny jest wybór jako zasady ścigania legalizmu ograniczonego albo kontrolowanego oportunisty. Oba te rozwiązania są zresztą dwiema stronami tej samej monety: chodzi o to, by państwo ścigało czyny, których zakazało (co jest wyrazem praworządności), ale żeby miało jednocześnie możliwość dostosowywania swojej reakcji do wagi czynu i własnych interesów. Nie powinno, na zasadzie subsydiarności prawa karnego⁹⁸, zastępować obywateli w reagowaniu na pewne naruszenia prawa, których usunięcia obywatele mogą się sami domagać na np. drodze cywilnej. Proponowane tu rozwiązanie (bez wdawania się w rozważania co do jego kształtu normatywnego) jest pewnym złotym środkiem: zarówno skrajny legalizm, jak i skrajny oportunizm mogą być przejawami państwa nieliczącego się ze swoimi obywatelami (pierwsza skrajność jako przejaw państwa totalnego i represyjnego, druga skrajność jako przejaw państwa słabego albo zainteresowanego tylko ochroną sprawujących władzę).

Dużo więcej wątpliwości budzi materialna definicja przestępstwa. Upatrywać w niej można pewne pomieszanie płaszczyzn decyzyjnych (choć doktryna prawa karnego usiłuje je bardzo zgrabnie poenić) i niekonsekwencję, skoro następuje „podwójna ocena”⁹⁹ tej samej sytuacji powodującej potencjalnie odpowiedzialność karną. Najpierw ustawodawca – a więc jedyny organ uprawniony do „dokonywania wyborów aksjologicznych w sferze prawa karnego”¹⁰⁰ – uznaje określony czyn za społecznie szkodliwy i go zakazuje. W założeniu decyzja taka powinna być racjonalnie, obiektywnie umotywowana, a typ czynu zabronionego precyzyjnie opisany¹⁰¹. Następnie, w warunkach konkretnej

⁹⁸ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 28-29.

⁹⁹ T. Kaczmarek, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego t. 3: Nauka o przestępstwie – zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 294.

¹⁰⁰ A. Zoll, *Zasada określoności czynu zabronionego pod groźbą kary w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 534.

¹⁰¹ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 29.

sprawy, sąd stwierdza, że wymiar społecznej szkodliwości jest znikomy, kwestionując *in concreto* ogólny sąd ustawodawcy, i umarza postępowanie, a czyn sprawcy „nie stanowi przestępstwa” (art. 1 § 2 k.k.). Nie staje się przez to jednak „wtórnie legalny” (bo znikoma społeczna szkodliwość to nie jest kontratyp¹⁰²). W obrocie prawnym istnieje zatem pewien konkretny, bezprawny czyn, który jednak nie jest przestępstwem. Oznacza to zatem, że wystąpił problem na gruncie tworzenia prawa: ustawodawca najwyraźniej za szeroko ujął znamiona typu czynu zabronionego, skoro w polu jego działania znalazł się czyn w istocie pozbawiony ładunku społecznej szkodliwości. Jak taka sytuacja ma się do zasady *nullum crimen sine lege certa*? Jak można ocenić ustawodawcę, który z jednej strony ogranicza obywatelskie prawa i wolności (bo tym w istocie jest tworzenie prawa karnego), z drugiej strony – sam tworzy materialnoprawną furtkę do korygowania własnych błędów w tym ograniczaniu? Bardziej odpowiedzialne jest przecież unikanie zgubnych skutków niż uprzednie wprowadzanie środków mających je złagodzić. Patrząc na zakres kryminalizacji i represyjność polskiego prawa karnego warto byłoby się najpierw zastanowić nad jakością (by było jasne – marną) praktyki prawodawczej w tym zakresie, a dopiero potem szukać rozwiązań ewentualnych, nieuniknionych błędów.

Ponadto korzystanie z mieszanej definicji przestępstwa wysyła jednostkom stającym przed wymiarem sprawiedliwości (zarówno sprawcom, jak i pokrzywdzonym) sprzeczne sygnały. Mimo że k.k. stanowi, że dany czyn C jest przestępstwem zagrożonym karą, to pewien sąd stwierdza, że konkretny czyn jednostki X nie jest przestępstwem. Inna jednostka Y popełnia w analogicznych warunkach czyn C; sąd, przed którym staje, skazuje ją, a jego decyzja, mimo że odmienna od decyzji sądu orzekającego w sprawie X, mieści się w granicach luzu decyzyjnego, który pozostawia pojęcie „społecznej szkodliwości”, będące w końcu klauzulą generalną¹⁰³. Co mają o decyzji sądów myśleć zainteresowani, tj. sprawcy i pokrzywdzeni? Te dwie decyzje są tak naprawdę niezgodne ze sobą na płaszczyźnie materialnej: taki sam czyn, w jednym systemie prawa, jest jednocześnie uznawany, na poziomie norm indywidualno-konkretnych, za przestępny i nieprzestępny. Stoi to w opozycji do ideału niesprzeczności systemu prawa, który w państwie praworządnym powinien rozciągać się też na spójność indywidualno-konkretnych rozstrzygnięć, a nie być ograniczony do płaszczyzny generalno-abstrakcyjnej. W sprzeczność taką nie popada się natomiast, rozwiązując konflikt na płaszczyźnie procesowej: normy procesowe nie są bowiem nastawione na kreowanie praw i obowiązków stron stosunków

¹⁰² R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje...*, s. 345-346.

¹⁰³ *Ibidem*, s. 129-130.

prawnych, ale na porządkowanie pewnego postępowania, nastawionego na określony cel¹⁰⁴. Tutaj odmienność rozstrzygnięć nie prowadzi do sprzeczności, ponieważ nie kształtuje się w odmienny sposób praw i obowiązków stron; istnieją one nadal, a wyłączona co najwyżej zostaje procesowa droga ich realizacji. Lepiej gdy państwo uczciwie przyznaje, że nie widzi sensu w ściganiu w konkretnym przypadku, niż gdy ten sam czyn w analogicznych warunkach ocenia raz jako społecznie szkodliwy, a raz jako niemalże pozbawiony tej właściwości. Nie dokonuje się wtedy na płaszczyźnie procesowej nierównej oceny dwóch obywateli, ale dwóch sytuacji. Cechująca państwo prawne powściągliwość i ostrożność w sądzeniu własnych obywateli nakazuje zaś powstrzymanie się przed tą oceną, jeżeli można zadziałać inaczej.

Przytoczone wcześniej statystyki polskie pokazują natomiast nieefektywność takiego materialnoprawnego sposobu na „odsiewanie” spraw bagatelnych. Obserwując praktykę polskich organów ścigania, naprawdę trudno uwierzyć, że jedynie 0,4% spraw było w danym roku „społecznie szkodliwymi w stopniu znikomym”. Prokuratura zwykle nie uważa – czasem wbrew zdrowemu rozsądkowi, a częściej wskutek rozbieżności ocen zasadności kryminalizacji między ustawodawcą a członkami społeczeństwa – że czyn jest znikomo społecznie szkodliwy. To jednak znowu pokazuje, jak istotne jest dobre tworzenie prawa – legislacja konsultowana ze społeczeństwem, poparta wieloaspektowymi studiami nad danym zagadnieniem i poprzedzona refleksją nad koniecznością wprowadzania pewnych ograniczeń w świetle konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Bez właściwego zorganizowania procesu tworzenia prawa karnego żadne rozwiązania materialnoprawne ani procesowe go nie ulepszą. Racjonalizacja to w pierwszej kolejności zadanie racjonalnego w końcu ustawodawcy.

Material content of a criminal offence and the opportunity principle

One of the questions concerning the interdependences between criminal law and criminal process is the relation between presence of ‘material’ element in the structure of criminal offence and adopted principle of criminal prosecution. Many foreign countries adopt the opportunity (discretionary prosecution) principle; in Poland, this problem is solved in material law by the introduced notion

¹⁰⁴ S. Waltoś, *Proces karny...*, s. 22.

of ‘social noxiousness of an act’. The comparison of selected foreign and Polish legislation on this matter clearly indicates that there is a gradual convergence between opportunity and legality principles. Moreover, countries adopting opportunity principle have the formal definition of a criminal offence. Meanwhile, Poland remains with legality principle and ‘material element’ in the structure of a criminal offence. Such solution may cause some doubts both on theoretical and practical grounds. None of discussed ‘improvement instruments’ shall replace sensible decisions of legislative power concerning the scope and content of criminalisation.