

Katarzyna Piątkowska
(Uniwersytet Wrocławski)

○ RZEKOMYM KONTRATYPIE KARCENIA W CELACH WYCHOWAWCZYCH

ABSTRACT

ON PHYSICAL PUNISHMENT FOR EDUCATIONAL PURPOSES AS ALLEGED CIRCUMSTANCES EXCLUDING UNLAWFULNESS OF THE PROHIBITED ACT

This article is dedicated to issues connected with non-statutory circumstances excluding unlawfulness of the prohibited act of so-called physical punishment for educational purposes, functioning under penal law. The author points out the conditions for the applicability of this exclusion, which have been brought about by the legal doctrine and judicial decisions, including those historical. The relationship between the scope of these excluding circumstances and Article 96¹ of the Family and Guardianship Code introduced in 2010, prohibiting the use of corporal punishment, has also been examined. Likewise discussed are the procedural issues connected with the occurrence of non-statutory circumstances excluding unlawfulness of the prohibited act, and the possibility of employing the clause on insignificant social harm or necessity in certain cases traditionally included under physical punishment for educational purposes. The article concludes with reflections on the future of the circumstances excluding unlawfulness of the prohibited act in view not only of legislative changes, but also in terms of public awareness.

KEYWORDS: non-statutory circumstances excluding unlawfulness of the prohibited act, physical punishment for educational purposes, child-rearing, corporal punishment

SŁOWA KLUCZOWE: pozaustawowy kontratyp, karcenie w celach wychowawczych, wychowanie, kary cielesne

Uwagi wstępne

Powszechne jest zjawisko stosowania wobec dzieci, młodzieży, a nawet osób już pełnoletnich, karcenia jako reakcji na niewłaściwe zachowanie. Metoda karania (inaczej: wzmacniania negatywnego) stanowi – niestety – jedną z najbardziej rozpowszechnionych metod wychowawczych. Choć jest dosyć mocno zakorzeniona w świadomości społecznej, na szczęście od wielu lat coraz więcej jest głosów, że w odpowiednich warunkach można wychować bez kar¹. Problematyka stosowania przemocy wobec dzieci, w tym w ramach ich karcenia, jest zagadnieniem wieloaspektowym, które wielopłaszczyznowo podlega regulacji prawnej – tak na gruncie prawa międzynarodowego, jak i krajowego. Skuteczność tej metody wychowawczej bywa oceniana bardzo różnie, a specjaliści z zakresu pedagogiki w znakomitej większości stoją na stanowisku, że karcenie to po prostu niczym usprawiedliwiona przemoc wobec dziecka, która stanowi najpoważniejsze zagrożenie jego rozwoju i zachowania².

Jak pisał niegdyś wybitny znawca tematyki karcenia w celach wychowawczych, I. Andrejew, „karcenie polega bowiem na wyrządzaniu dolegliwości innej osobie w celu doprowadzenia do jej świadomości naganności jej zachowania, aby w ten sposób wpłynąć na przyszłe jej zachowanie się; przesłanką karcenia jest obowiązek posłuszeństwa wobec karzącego, który może wynikać ze stosunków rodzinnych, służbowych, szkolnych lub z konkretnej sytuacji, przy czym karzący działa w przekonaniu, że ze względu na swe stanowisko, wiek lub walory osobiste jest uprawniony do wyrażenia dezaprobaty nagannego zachowania się osoby karconej”³. Istotą karcenia jest cel wychowawczy, a zostaje on spełniony tylko wówczas, gdy intencją przyświecającą karzącemu – sprawcy jest osiągnięcie określonych efektów wychowawczych – pozytywnych rezultatów odnoszących się do postawy i zachowania karconego⁴. Może ono przybrać najróżniejsze formy, a w szczególności: karzące gesty, karcenie wyrażone mimiką lub gestem oraz karcenie cielesne (fizyczne). To ostatnie pozostaje w zasięgu szczególnego zainteresowania prawa karnego, a to ze względu na

1 I. Jundziłł, *Nagrody i kary w wychowaniu*, Warszawa 1986, s. 60.

2 G. Szabelska, *Przemoc w wychowaniu jako zagrożenie rozwoju dziecka – wychowanka*, [w:] A.M. de Tchorzewski (red.), *Współczesne konteksty wychowania*, Bydgoszcz 2002, s. 172.

3 I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 187.

4 Zob. A. Gubiński, *Karcenie i jego granice*, „Prawo i Życie” 1960, nr 12, s. 1.

stopień dolegliwości, w jakim może się przejawiać. Z formalnego punktu widzenia, właściwie wszystkie z powyższych form karcenia mogą wyczerpywać ustawowe znamiona poszczególnych typów czynów zabronionych. Wówczas uznanie, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność skutkowałoby wtórną legalizacją czynów, choć karcenie w celach wychowawczych obecnie nie jest jednolicie pojmowane przez wszystkich przedstawicieli piśmiennictwa, którzy nadają mu różne funkcje⁵.

Karcenie w celach wychowawczych dawniej

Niegdyś w Polsce prawo dopuszczało możliwość stosowania karcenia, i to w różnych formach, wobec określonych osób, konieczne jednak było przy tym zachowanie umiaru. Jak wskazał Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń, wydanych w sprawie nauczycielki, która zastosowała wobec ucznia chłostę – „nie każde zacerwienie skóry, obrzmienie i zasinienie musi być uważane za uszczerbek na ciele [...]. Środki karcenia nie powinny być tak daleko posunięte, iżby karcony doznał uszczerbku na ciele, co zachodzi wówczas, gdy następstwem działania nie jest przemijający ból, lecz gdy wynikiem tego jest stan chorobowy (patologiczny), który ustępuje dopiero po procesie leczenia dłużej lub krócej trwającym”⁶. W nieco późniejszych orzeczeniach Sąd Najwyższy wskazał z kolei, że „nadmierne i nieprzyzwoite karcenie, jako też każde działanie, narażające zdrowie ucznia na niebezpieczeństwo przez nauczyciela – mistrza, jest zakazane i podlega karze”⁷, natomiast jedynie „chwycenie ucznia przez nauczyciela za rękę i potrząśnięcie nim, spełnione w wykonaniu służącego nauczycielowi prawa karcenia i bez przekroczenia uzasadnionych granic, nie zawiera bezprawności działania i pozbawione jest tym samym znamion występku”⁸. W kolejnych latach, Sąd Najwyższy kwestionował już prawo osób trzecich do karcenia cudzych dzieci. W jednym z orzeczeń stwierdził bowiem, że „kto umyślnie zadaje urazy cielesne lub w inny sposób narusza nietykalność cielesną osoby, odpowiada za to bez względu na pobudki, jakimi się

5 O tym, jaki wpływ na strukturę przestępstwa ma stwierdzenie dopuszczalności karcenia w celach wychowawczych, mowa będzie w dalszej części.

6 Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1930 r., II K 700/30, OSP 1931, poz. 45, s. 35–35.

7 Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 1932 r., IV K 890/31, niepubl.

8 Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1934 r., II K 429/34, niepubl.

kierował przy tym – wychowawczymi czy innymi, chyba że prawo daje upoważnienie danej osobie do używania takich środków lub ich używania nie zabrania. Nie pobudka ma tu decydujące znaczenie, lecz to, czy prawo taką pobudkę uznaje za okoliczność nadającą działaniu danej osoby charakter prawny. Nauczycielstwu służy prawo stosowania środków wychowawczych. Jeśli jednak przepisy prawne wyłączają stosowanie karcenia cielesnego, to nauczyciel nie może się do nich uciekać w celach wychowawczych. Prawne jest bowiem działanie nauczyciela, jeśli stosuje w celach wychowawczych środki karcenia nie wyłączone przez przepisy obowiązujące i gdy działa w granicach prawa. Jeżeli nauczyciel sięga do środków zakazanych przez przepisy, to użycie ich choćby w swości pojętych celach wychowawczych nie jest prawne i nie wyłącza karalności czynu”⁹.

Również regulacje powojenne dopuszczały karcenie dzieci, choć podmiotami uprawnionymi do tego byli jedynie rodzice, z wyłączeniem osób trzecich. Zgodnie z art. 22 § 2 prawa opiekuńczego z 1946 r.¹⁰, opiekun nie mógł stosować w stosunku do dziecka karcenia cielesnego, natomiast obowiązek zwrócenia się do władzy opiekuńczej o zastosowanie odpowiednich środków wychowawczych, w tym także umieszczenia w zakładzie wychowawczym. Z kolei art. 25 § 2 prawa rodzinnego z 1946 r.¹¹ przyznawał rodzicom wyraźne prawo do karcenia dzieci – „jednak bez szkody dla ich zdrowia fizycznego lub moralnego i w granicach wskazanych celem wychowania”. Z perspektywy czasu, obie regulacje uznaje się za wysoce niedoskonałe. Wskazuje się bowiem, że odnoszący się do opiekuna zakaz karcenia prowadził do jego bezsilności w sytuacji drastycznego nieposłuszeństwa, a umieszczanie dzieci nieposłusznych w zakładzie wychowawczym przysparzało im często większych cierpień i szkód moralnych (również ze strony innych wychowanków), niż te, jakie mogłyby zostać wywołane przez stosującego karcenie opiekuna. Natomiast przyznanie rodzicom wyraźnego uprawnienia do karcenia sprzyjało stosowaniu zbyt surowych metod wychowawczych¹².

9 Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 1938 r., III K 1529/37, OSN 1938, poz. 417, s. 439–440 zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 1935 r., II K 809/35, OSN 1936, nr 3, poz. 98.

10 Dekret Rady Ministrów z dnia 14 maja 1946 r. – *Prawo opiekuńcze*, Dz.U. Nr 20, poz. 135.

11 Dekret Rady Ministrów z dnia 22 stycznia 1946 r. – *Prawo rodzinne*, Dz.U. Nr 6, poz. 52.

12 T. Sokołowski, [w:] M. Andrzejewski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. II, LEX/el. 2013.

Karcenie w celach wychowawczych obecnie

W chwili obecnej brak jest wyraźnej, kompleksowej regulacji dotyczącej możliwości stosowania karcenia w ogólności. Brak jest unormowania chociażby takiego, jakie znajdowało się w Kodeksie Cywilnym Królestwa Polskiego¹³, który w art. 339 stanowił, że „Rodzice mając powody nieukontentowania z postępów swych dzieci, mogą karcić je sposobem zdrowiu ich i postępowi w naukach nieszkodliwym. Rodzice jednak nadużywający swej władzy sposobem zdrowiu dzieci szkodliwym, powinni być przez Sąd Ziemski (Trybunał Cywilny) przy zamkniętych drzwiach napomniani, i na drogę łagodniejszego obchodzenia się naprowadzeni. Za powtórny wykroczeniem, a nawet w miarę obciążających okoliczności i grożącego niebezpieczeństwa, ma im być władza rodzicielska za pierwszym wykroczeniem przez wyrok Sądowy odjęta, a opieka nad dzieckiem lub dziećmi, komu innemu, na koszt wykraczającego ojca lub matki, poruczona”. Jak bowiem stwierdził L. Gardocki: „Współcześnie prawo karne toleruje karcenie małoletnich jako uprawnienie wychowawcze rodziców, ale raczej na zasadzie liczenia się z pewnym faktem społecznym”¹⁴. Faktem jest zresztą, że zawsze dopuszczanie karcenia opierało się jedynie na akceptacji społecznej praktyki postępowania.

Zważywszy na to, że prawo karne pełni rolę subsydiarną wobec innych gałęzi prawa, podstaw uprawnienia do karcenia w celu wychowawczym upatrywano – i chyba wciąż niektórzy upatrują – w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹⁵. Wskazuje on bowiem na prawo i obowiązek rodziców do wykonywania pieczy nad dzieckiem (art. 95 § 1 k.r.o.), jego wychowania i kierowania nim (art. 96 k.r.o.), natomiast art. 95 § 2 k.r.o. wskazuje na obowiązek posłuszeństwa dziecka. Uzupełnieniem tych przepisów jest regulacja zawarta w art. 95 § 3 k.r.o., stanowiąca, że „władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny”. Jak pisał A. Gubiński, „obowiązkiem rodziców jest zapewnić właściwy kierunek rozwoju dzieci i młodzieży, przygotować je do życia, wdrożyć w reguły odpowiedniego

13 *Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego (Prawo z r. 1825) objaśniony motywami do prawa i jurysprudencją*, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/doccontent?id=78267>.

14 L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2002, s. 126.

15 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 682, dalej jako: k.r.o.

postępowania. Powinni być więc oni wyposażeni w prawo stosowania szerokiego arsenału środków wychowawczych¹⁶.

Akceptując zasadę samodzielności wyboru wychowawczych, niektórzy przedstawiciele doktryny wskazywali na warunki, które każdorazowo musiałyby zostać spełnione, aby można dopuścić karcenie – czy to jako kontratyp, czy jako czynność legalną. Wskazywano, że działania karcące muszą mieć wyłącznie cel wychowawczy (działanie *cum animo corrigendi*) i mieć związek z konkretnym przewinieniem dziecka, stanowić reakcję na jego czyn naganny. To z kolei oznacza, że karcenie nie mogłoby być podejmowane jedynie profilaktycznie ani bez powodu. Nadto, konieczne byłoby zachowanie proporcjonalności użytych środków, mając na względzie wagę przewinienia, a także umiarkowania. Działania skierowane wobec karcącego nie mogłyby zagrażać jego zdrowiu fizycznemu i psychicznemu. Wreszcie, prawo do karcenia w celach wychowawczych miałyby przysługiwać zasadniczo jedynie rodzicom i prawnym opiekunom dziecka, choć w tej kwestii przedstawiciele doktryny nie byli ze sobą zgodni¹⁷.

Rozbieżności wśród przedstawicieli doktryny budziła także kwestia, wobec kogo karcenie mogłoby być stosowane. A. Gubiński wskazywał na przykład, że skoro w myśl art. 92 k.r.o. „dziecko pozostaje aż do pełnoletności pod władzą rodzicielską”, stąd „z chwilą ukończenia przez dziecko 18-ego roku życia czyny rodziców zmierzające do oddziaływania wychowawczego, a naruszające przedmiotowe znamiona przestępstwa, należałoby potraktować jako wchodzące w krąg bezprawia karnego¹⁸”, choć jednocześnie autor ten stwierdził, że „uprawnienie rodziców do karcenia dzieci nie jest ograniczone ich wiekiem. Trwa ono nawet po osiągnięciu przez potomstwo pełnoletności. Zmieniają się jedynie jego granice [...]”¹⁹. Pogląd odmienny prezentuje I. Stachura, która wskazuje, że władza rodziciela jest

16 A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 65.

17 W ocenie V. Konarskiej-Wrzošek – choć jest to pogląd wyrażony jeszcze przed nowelizacją kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – przyzwolenie na karcenie cielesne małoletnich dzieci mają wyłącznie rodzice, pozbawieni są go natomiast prawni opiekunowie dziecka i pozostali wychowawcy – takim osobom pozwala się co najwyżej na karcenie słowne (zob. V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 61. Rozciągnięcie dopuszczalności karcenia również na opiekunów postulowali m.in. L. Gardocki (zob. L. Gardocki, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 126) oraz J. Śliwowski (zob. J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 168 i 169).

18 A. Gubiński, *Wyłączenie...*, *op. cit.*, Warszawa 1961, s. 66.

19 *Ibidem*, s. 67.

pojęciem zakresowo węższym od pojęcia działania w celu wychowawczym, to zaś oznacza, że prawo karcenia nie wynika li tylko z konstrukcji władzy rodzicielskiej. Oczywistym jest zatem – zdaniem autorski – że karcenie wychowawcze może być stosowane także po formalnym wygaśnięciu władzy rodzicielskiej z chwilą uzyskania przez dziecko pełnoletności²⁰.

Wskazać trzeba, że pewne wątpliwości co do legalności i dopuszczalności karcenia fizycznego pojawiły się z chwilą wejścia w życie Konstytucji III RP z 1997 r., która w art. 40 stanowi, że „nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu”, a także, że „zakazuje się stosowania kar cielesnych”²¹. W tej kwestii przedstawiciele doktryny prawa karnego i konstytucyjnego byli w zasadzie zgodni co do tego, że przepisy Konstytucji i Konwencji nie mają zastosowania do stosunków rodzinnych²².

Ustawowy zakaz stosowania kar cielesnych

W 2010 r. doszło do nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²³, na skutek której dodano do niego art. 96¹, który *expressis verbis* zakazuje

-
- 20 I. Stachura, *Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontratypów pozaustawowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, z. 2, s. 130.
- 21 Podobny zapis znajduje się w przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., a ratyfikowana przez Polskę dnia 23 grudnia 1991 r. Konwencja praw dziecka (Dz.U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526). Art. 37 pkt a Konwencji stanowi, że „Państwa–Strony zapewnią, aby żadne dziecko nie podlegało torturowaniu bądź okrutnemu, nieludzkiemu czy poniżającemu traktowaniu lub karaniu [...]”.
- 22 L. Gardocki uważa, że „mówiąc o karach cielesnych art. 40 ma na myśli kary wymierzone i wykonywane w imieniu państwa w postępowaniu karnym” (zob. L. Gardocki, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 126). W. Szydło stwierdza, że zakaz z art. 40 Konstytucji „znajdzie [...] zastosowanie w warunkach życia rodzinnego, w stosunkach między rodzicami a dziećmi. Wobec dzieci nie może być zatem stosowane okrutne, nieludzkie czy poniżające traktowanie, jak też i kary cielesne. Za takim pojmowaniem treści art. 40 przemawia także fakt, że Konstytucja wielokrotnie podkreśla rolę rodziny, wychowania młodego pokolenia, a także wprowadza ochronę praw dziecka” (zob. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. VII, LEX/el. 2013). Podobny pogląd prezentuje F. Ciepły (zob. F. Ciepły, *Partnerstwo w rodzinie a prawnokarny kontratyp karcenia małoletnich*, [w:] J. Truskolaska (red.), *Partnerstwo w rodzinie*, Lublin 2009, s. 264–265).
- 23 Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2010 r., nr 125, poz. 842.

osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę bądź pieczę nad małoletnim stosowania wobec niego kar cielesnych. Przepis ten wyznacza pewien standard wykonywania pieczy nad dzieckiem, a karcenie fizyczne dziecka stanowi wadliwe wykonywanie tej pieczy i uzasadniać może ingerencję sądu opiekuńczego na podstawie art. 109, 111 albo 168 k.r.o.²⁴ Odnosi się on nie tylko do rodziców i opiekunów, ale także do osób tworzących dla dziecka rodzinę zastępczą, wychowawców w placówkach opiekuńczo-wychowawczych oraz nauczycieli – chodzi bowiem o faktyczne sprawowanie pieczy nad dzieckiem. Zakaz stosowania kar cielesnych odnosi się także do rodzeństwa i dziadków oraz innych krewnych dziecka, którzy sprawują nad nim czasowo pieczę. Jeśli osoby te nie przestrzegają zakazu wyrażonego w art. 96¹ k.r.o., ich kontakty z dzieckiem mogą zostać rozstrzygnięte dzięki zastosowaniu art. 113⁶ k.r.o.

Jednocześnie wskazać trzeba, że zakres zastosowania art. 96¹ k.r.o. krzyżuje się częściowo z zakresem zastosowania art. 12a ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie²⁵. Jeśli bowiem stosowanie przemocy²⁶ wobec dziecka (jak i innego członka rodziny) stanowi bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia dziecka, wówczas na podstawie art. 12a ust i 3 ustawy, pracownik socjalny ma prawo odebrać dziecko z rodziny i umieścić je u innej niezamieszkującej wspólnie osoby najbliższej, w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.²⁷, w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczo-wychowawczej. Przesłanki wskazane w art. 12a – wystąpienie zjawiska przemocy w rodzinie oraz bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia dziecka – są nieco odmiennie określone niż zachowania

24 T. Sokołowski, [w:] M. Andrzejewski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit.

25 Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, tekst jedn. Dz.U. z 2015, poz. 1390.

26 Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie w art. 2 pkt 2 definiuje przemoc jako jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób: członka rodziny – osobę najbliższą w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., a także innej osoby wspólnie zamieszkującej lub gospodarującej – w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą.

27 Kodeks karny za osobę najbliższą uznaje: małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwo, powinowatego w tej samej linii lub stopniu, osobę pozostającą w stosunku przysposobienia oraz jej małżonka, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu.

wskazane w art. 96¹ k.r.o., stąd uznać należy, że samo stosowanie kar cielesnych, bez wskazanego zagrożenia, nie uzasadnia jeszcze zastosowania środków przewidzianych w art. 12a ustawy.

Pozaustawowy kontratyp karcenia

Okoliczności wyłączające bezprawność, powszechnie określane mianem kontratypami, od dawna znajdują się w centrum zainteresowań przedstawicieli doktryny prawa karnego. Twórcą terminu „kontratyp” był W. Wolter²⁸, obecnie natomiast nie jest ono rozumiane jednolicie w doktrynie prawa karnego²⁹. Na ten temat napisano i powiedziano do tej pory tak wiele, że wydaje się, że trudno jest podjąć próbę wysunięcia jakiegoś nowego, świeżego spostrzeżenia, bez narażenia się na zarzut, że w istocie powieliła się wszystko to, co od dawna stanowi pewien kanon. Wybrnięcie z tego kłopotu nie jest rzeczą łatwą, ale pewną szansę można dostrzec w otaczającej nas i ciągle zmieniającej się rzeczywistości – tak faktycznej, jak i prawnej, która – bez względu na nasze poglądy, a być może właśnie dzięki nim – stanowi dobrą perspektywę do komentowania pojawiających się problemów. Choć głosów przedstawicieli doktryny było już wiele, wciąż zagadnieniem ciekawym, a nie do końca rozstrzygniętym – przynajmniej w pewnych kwestiach – są tzw. kontratypy pozaustawowe, niekiedy określane mianem kontratypów pozakodeksowych. Tym bardziej postawiona powyżej teza stanie się aktualna, gdy przyjmiemy – być może trochę ogólnikowo, być może trochę nieścisłe i nieco nieostrożnie – że w istocie wszystkie kontratypy pozaustawowe oparte są w jakiejś mierze na zwyczaju wynikającym właśnie ze zmieniającej się rzeczywistości. Pełnią one identyczne funkcje jak kontratypy ustawowe określone w kodeksie karnym³⁰, takie jak chociażby obrona konieczna, stan wyższej konieczności czy eksperyment, gdyż ich zaistnienie w konkretnej sytuacji skutkuje brakiem odpowiedzialności na gruncie

²⁸ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 163.

²⁹ Zob. I Indrzejew, *Polskie prawo...op, cit.*, s. 170; A. Zoll, [w:] J. Majewski (red.), *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Materiały IV bielańskiego kolokwium karnistycznego, Toruń 2008, s. 13; L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2009, s. 56.

³⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny*, tekst jedn. Dz.U. z 2016, poz. 1137, dalej jako: k.k.

prawa karnego³¹. Wobec braku ich wyraźnego normatywnego kształtu, konieczne wydaje się przybliżenie nieco ich treści, charakteru i miejsca w strukturze przestępstwa. Jednym z nich jest tzw. kontratyp karcenia w celach wychowawczych, który – choć będąc przedmiotem zainteresowania doktryny, a także orzeczeń sądowych, również przedwojennych – wciąż pozostaje zagadnieniem niezwykle kontrowersyjnym i budzącym liczne wątpliwości, w szczególności wobec art. 96¹ dodanego w 2010 r. do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a także licznych konwencji międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną.

W piśmiennictwie wskazywano, że dopuszczalność karcenia w celach wychowawczych uchylała bezprawność wielu przestępstw stypizowanych w kodeksie karnym. Te najbardziej powszechne, z pozoru prawnokarnie irrelevantne zachowania karcące, mogły realizować znamiona licznych występów. Ukaranie dziecka zakazem korzystania z komputera można by zakwalifikować z art. 191 k.k. (zmuszanie do określonego zachowania), sprawdzenie poczty elektronicznej dziecka lub jego wiadomości przesyłane za pomocą portalu społecznościowego – z art. 267 k.k. (bezprawne uzyskanie informacji), tzw. szlaban, czyli uniemożliwienie dziecku opuszczania domu i zabranie mu kluczy – z art. 189 k.k. (bezprawne pozbawienie wolności), ostra reprimenda słowna – z art. 216 k.k. (znieważenie), a wymierzenie tzw. klapsa – z art. 217 k.k. (naruszenie nietykalności cielesnej)³². Natomiast przekroczenie granic dozwolonego karcenia miałyby się wiązać z przypisaniem karcącemu odpowiedzialności karnej, najpewniej za przestępstwo znęcania (fizycznego lub psychicznego) z art. 207 k.k. Nie jest również wykluczone, że niekiedy zachodziłaby konieczność zastosowania

31 L. Gardocki postrzega kontratypy pozaustawowe jako pozostające w kolizji z funkcją gwarancyjną prawa, gdyż mają one „rozmiękczać kośćciec prawa” i prowadzić tym samym do ingerencji sędziego w uprawnienia prawodawcy (zob. L. Wilk, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2008, s. 133). Z kolei L. Wilk uważa – i ten pogląd z wielu względów wydaje się trafniejszy – że „funkcja gwarancyjna prawa karnego przesądza o konieczności wyłącznie ustawowej typizacji czynów zabronionych, [...] ustawowe zamknięcie katalogu kontratypów nie jest wymagane względami gwarancyjnymi. Wynika to z funkcji kontratypu, jaką jest nie uzasadnienie, a wyłączenie odpowiedzialności karnej. Podstawy stosowania kontratypów pozaustawowych upatruje się w klauzuli znikomości społecznej szkodliwości” (zob. L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo karne skarbowe... , op. cit.*, s. 57).

32 R. Krajewski, *Karcenie jako okoliczność uchylająca bezprawność*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8, s. 171.

kumulatywnej kwalifikacji prawnej z przepisu art. 207 k.k. z art. 156 § 1 lub 3 k.k. czy art. 157 § 1 lub 2 k.k. Z całą pewnością – nawet jeśli uznać karcenie w celach wychowawczych za kontratyp – to od 2010 r. nie będzie mowy o wyłączeniu bezprawności za karcenie cielesne – niezależnie od tego, czy będzie to przysłowiowy „klaps” czy spowodowanie jakiegoś uszczerbku na zdrowiu. Jak bowiem wskazuje R. Krajewski, „prawo karne ma charakter subsydiarny wobec innych dziedzin prawa, a skoro prawo rodzinne zawiera przedmiotowy zakaz, to prawo karne głosami swoich przedstawicieli nie może tego nie uwzględniać, gdyż stanowiłoby to przejaw sprzeczności wewnątrz systemu prawa jako całości w takim sensie, że przepis prawa rodzinnego zakazuje takich zachowań, a prawo karne nadal chciałoby je tolerować na zasadzie pozaustawowej okoliczności uchylającej bezprawność”³³.

Dla porządku dodać trzeba, że nowelą z dnia 15 września 2000 r. do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich³⁴ wprowadzono możliwość stosowania środków przymusu bezpośredniego wobec osoby nieletniej umieszczonej w zakładzie poprawczym, w schronisku dla nieletnich, placówce opiekuńczo-wychowawczej czy w ośrodku szkolno-wychowawczy przez pracowników tych placówek. Jednakże stosowanie środków przymusu bezpośredniego, takich jak użycie siły fizycznej, może być stosowane jedynie w ściśle określonych przypadkach (art. 95a § 1 ustawy, zob. także art. 95a § 4 i 5 ustawy).

Problematyka procesowa związana z wystąpieniem kontratypu pozaustawowego

Jak już zaznaczono na wstępie, karceniu w celach wychowawczych przyznaje się różny charakter prawny. W. Wolter³⁵, A. Gubiński³⁶, J. Warylewski³⁷, Ł. Pohl³⁸ i L. Gardocki³⁹ zaliczają się do grona zwolenników

33 R. Krajewski, *Kontratyp karcenia matoletnich po wprowadzeniu prawnego zakazu stosowania wobec nich kar cielesnych*, „Palestra” 2012, nr 1–2, s. 50.

34 Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1654).

35 Zob. W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 195.

36 A. Gubiński, *Wyłączenie...*, *op. cit.*, s. 66.

37 J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 291.

38 Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 279.

39 L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 130.

uznawania go za kontratyp pozaustawowy. Z kolei w ocenie I. Stachury⁴⁰ jest to okoliczność skutkująca pierwotną legalnością czynu, podczas gdy M. Kopecz postrzegał karcenie w celach wychowawczych jako pozaustawowy kontratyp oparty na zwyczaju, a F. Ciepły⁴¹ – w zależności od okoliczności konkretnej sytuacji – za czynnik wpływający na wysokość społecznej szkodliwości czynu lub na wyłączenie winy. Rozstrzygnięcie tej kwestii miało i ma – choć w ograniczonym zakresie ze względu na regulację przewidzianą w art. 96¹ k.r.o. – istotne znaczenie, bowiem przyznanie karceniu określonego charakteru prawnego bezpośrednio rzutuje chociażby na podstawę prawną odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania o taki czyn.

W literaturze wyrażono pogląd, że podstawę takiego rozstrzygnięcia mógłby stanowić przepis art. 17 § 1 pkt 3 kodeksu postępowania karnego⁴², zgodnie z którym postępowania karnego nie wszczyna się, a wszczęte się umarza, jeżeli społeczna szkodliwość czynu jest znikoma⁴³. Jak pisał przed laty A. Zoll – a z czym nie sposób się nie zgodzić – kontratyp cechuje się pewną typowością, podczas gdy społeczna szkodliwość czynu i jej wysokość ustalana jest w zasadzie każdorazowo w odniesieniu do konkretnego czynu, bez próby typizacji czy uogólnienia⁴⁴. Bezprawność i społeczna szkodliwość już tradycyjnie plasowane są na różnych piętrach dogmatycznej struktury przestępstwa, będąc od siebie wyraźnie oddzielone. Innymi słowy, sąd najpierw bada, czy w konkretnej sytuacji zachodzi bezprawność czynu, a w przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, dalej ustala stopień społecznej szkodliwości, z uwzględnieniem kryteriów wskazanych w art. 115 § 2 k.k. Niezrozumiałym jest zatem proponowany zabieg przesunięcia bezprawności na płaszczyznę społecznej szkodliwości. J. Warylewski, uzasadniając proponowaną

⁴⁰ I. Stachura, *Karcenie wychowawcze...op. cit.*, s. 127.

⁴¹ F. Ciepły, *Problem legalności kryminalnej karcenia cielesnego małoletnich z perspektywy zasad wykładni historycznoprawnej*, [w:] F. Ciepły (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011, s. 94–95.

⁴² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks postępowania karnego*, tekst jedn. Dz.U. z 2016, poz. 1749, dalej jako: k.p.k.

⁴³ Zwolennikiem takiego rozwiązania jest J. Warylewski; zob. J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe*, [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające... op. cit.*, s. 37.

⁴⁴ A. Zoll, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające...op. cit.*, s. 9.

przez siebie podstawę prawną decyzji procesowej organu o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania, stwierdził następująco: „nie mam jednak wątpliwości (przynajmniej w tej chwili), że ustawodawca, przewidując w art. 17 k.p.k. negatywne i pozytywne przesłanki procesowe, nie pozwala na wskazanie jako podstawy prawnej uniewinnienia czy też umorzenia wyłącznie samego opisu sytuacji, którą nazywamy kontratypem pozaustawowym. Dlatego uważam, że w przypadku wystąpienia kontratypu pozaustawowego i stwierdzenia tego już po rozpoczęciu przewodu sądowego jedyną możliwością jest wskazanie w podstawie prawnej wyroku umarzającego postępowanie karne na wystąpienie okoliczności wskazanej w art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. – »społeczna szkodliwość czynu jest znikoma«⁴⁵. Wydaje się jednak, że Autor, dostrzegając pewną logiczną sprzeczność, na której zasadza się proponowane przez niego rozwiązanie, sugeruje, by sąd w uzasadnieniu takiego wyroku wskazał, który z pozaustawowych kontratypów stanowił (?) podstawę rozstrzygnięcia. Uznać należy, iż to rozwiązanie nie jest do końca prawidłowe.

Z kolegi P. Brzozowski prezentuje pogląd, który zakłada, że podstawy prawnej takiego rozstrzygnięcia poszukiwać trzeba na gruncie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., zgodnie z którym nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy zachodzi inna okoliczność wyłączająca ściganie⁴⁶. Autor ten wskazuje, że przepis ten jest „niezwykle pojemny”, a zatem wszystkie te okoliczności, których nie można odnieść do którejs z przesłanek z pkt. 1–10, należałoby uznać za „inne okoliczności wyłączające ściganie”. Tymczasem, jak wskazuje się w piśmiennictwie, przesłanki materialnoprawne, czyli mające swe źródło i wywołujące skutek w sferze prawa materialnego, a skutkujące niedopuszczalnością procesu niejako pośrednio – z uwagi na brak naruszenia prawa materialnego, którego proces karny ma być przecież konsekwencją – są wskazane w art. 17 § 1 pkt 1–4 k.p.k.⁴⁷ Natomiast wymóg uznania przez ustawę, że sprawca nie popełnia przestępstwa, to sytuacje określone przede wszystkim w rozdziale III k.k., a więc

45 J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe*, [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające...* op. cit., s. 37.

46 Zob. P. Brzozowski, *Podstawa prawna odmowy wszczęcia (umorzenia) postępowania karnego w sytuacji wystąpienia pozaustawowego kontratypu*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego Acta Iuris Stetinensis*, 2014, nr 835, s. 206 i n.

47 T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. Komentarz*, LEX/el. 2014.

obrona konieczna (art. 25 k.k.), stan wyższej konieczności (art. 26 k.k.), ryzyko nowatorskie – eksperyment (art. 27 k.k.), błąd (art. 28–30 k.k.) i niepoczytalność (art. 31 k.k.), ale też wynikające z innych norm prawa materialnego (np. art. 141 § 3, art. 213 i 240 § 2 k.k.)⁴⁸. Biorąc pod uwagę to, co wskazano na wstępie, że kontratyty pozaustawowe pełnią identyczne funkcje jak kontratyty ustawowe, gdyż ich zaistnienie w konkretnej sytuacji skutkuje brakiem odpowiedzialności na gruncie prawa karnego, niezrozumiałym wydaje się różnicowanie podstawy prawnej decyzji o umorzeniu (odmowie wszczęcia postępowania) w tej samej sytuacji, tzn. wówczas, gdy bezprawność zostaje wyłączona. Ponadto, za okoliczności, o których mowa w pkt. 11 wskazanego przepisu, uznaje się najczęściej abolicję, brak strony oskarżającej powstały w toku procesu w wyniku jej śmierci, gdy w to miejsce nie wstąpiły osoby uprawnione do działania po zmarłym (co może dotyczyć oskarżenia prywatnego i posiłkowego subsydiarnego), stan zdrowia oskarżonego (podejrzanego), który nie tyle czasowo uniemożliwia prowadzenie wobec niego postępowania lub jest przyczyną zawieszenia procesu (art. 22 k.p.k.), ile wręcz wyklucza – i to w sposób nierokujący nadziei na poprawę – możliwość prowadzenia teraz i w przyszłości, mimo zabezpieczenia już dowodów, postępowania wobec niego, a także konsumpcję skargi publicznej (wygaśnięcie prawa oskarżyciela publicznego do oskarżania)⁴⁹. Za taką okoliczność uznaje się również brak zgody państwa wydającego – w trybie ekstradycji lub Europejskiego Nakazu Aresztowania – na pociągnięcie oskarżonego do odpowiedzialności karnej⁵⁰.

Jakkolwiek zgodzić należy się z P. Brzozowskim, że katalog okoliczności wskazanych w art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. ma charakter otwarty, to jednak wypowiedzi przedstawicieli doktryny i rozstrzygnięcia sądów wskazują, że jednak nie będą to te okoliczności, które mają charakter materialnoprawny, innymi słowy – które wynikają z norm prawa materialnego i w obrębie prawa materialnego skutek wywołują. Co więcej, sam Autor wskazuje na pewien „aksjologiczny” mankament. Otóż, w sytuacji, gdy sąd w danej sprawie zastosuje art. 17 § 1 pkt. 2 k.p.k.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ L.K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. 2015.

⁵⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2009 r., V KK 141/09, OSNKW 2010, nr 2, poz. 15.

(np. w przypadku obrony koniecznej czy niepoczytalności), wyda wówczas, na podstawie art. 414 § 1 zd. 2 k.p.k., wyrok uniewinniający. Natomiast w przypadku przesłanki z art. 17 § 1 pkt. 11 k.p.k., czyli wystąpienia „innych okoliczności wyłączających ściganie”, na podstawie art. 414 § 1 zd. 1 k.p.k. – sąd wyda wyrok umarzający postępowanie. Prowadzi to do sytuacji, że w razie wystąpienia dwóch kontratypów (tej samej okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną), dojdzie do zupełnie innych rozstrzygnięć – uniewinnienia i umorzenia postępowania karnego. Nie sposób zgodzić się z cytowanym Autorem, że „mankament ten ma jednak znacznie mniejszą doniosłość niż mogłoby się wydawać”⁵¹. Po pierwsze, uznanie takiego stanowiska za słuszne oznaczałoby przystanie na zmianę pewnych generalnych zasad odpowiedzialności karnej, różnicowanie kontratypów ustawowych i pozaustawowych oraz pomijanie zasadniczego założenia, że pełnią one identyczne funkcje. Po drugie, P. Brzozowski wskazuje, że problem ten pojawia się dopiero na etapie postępowania sądowego, zaś zagadnienie pozaustawowego kontratypu występuje głównie na etapie postępowania przygotowawczego⁵², w którym umorzenie (niewszczynanie) postępowania, czy to na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 czy innego przepisu, ma formę takiego samego rozstrzygnięcia – jest to postanowienie. Nie sposób jednak przejść obok tej kwestii tak obojętnie, jak proponuje to cytowany Autor. Otóż, przepis art. 17 k.p.k. – zgodnie z utrwalonym poglądem – jest kierowany w tej samej mierze zarówno do sądu, jak i do organu powołanego do ścigania przestępstw. Przesłanki procesowe są badane na każdym etapie postępowania – czy to przygotowawczym, czy jurysdykcyjnym. Bez znaczenia pozostaje zatem kwestia, na którym etapie postępowania karnego dochodzi do ustalenia, iż spełnione zostały przesłanki kontratypu pozaustawowego, winno to bowiem być oparte na tym samym założeniu (choć oczywiście, w zależności od tego, w którym stadium postępowania to nastąpi, będzie to forma bądź postanowienia, bądź wyroku).

Wydaje się zatem – spoglądając na wszystkie negatywne przesłanki procesowe – że właściwą podstawą prawną rozstrzygnięcia o umorzeniu (odmowie wszczęcia) postępowania karnego będzie przepis art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Miałby on zastosowanie zarówno w razie uznania, że karzenie w celach wychowawczych oceniać należy z perspektywy jego pierwotnej legalności,

51 P. Brzozowski, *Podstawa prawna...op. cit.*, s. 207.

52 Autor niestety nie uzasadnia w jakikolwiek sposób tej tezy.

a zatem uznania, że zachowanie karzącego nie wypełnia znamion czynu zabronionego – art. 17 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k., jak i w razie przyjęcia założenia, że karzenie w celach wychowawczych stanowi kontratyp (pozaustawowy) – art. 17 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. (ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa⁵³). Oczywiście od razu pojawia się pewna wątpliwość związana ze sformułowaniem „ustawa stanowi”, czy nie oznacza to – a bez wątplenia wykładnia językowa może nasuwać takie spostrzeżenie – że przepis ten nie będzie miał jednak zastosowania do kontratypów pozaustawowych. Dostrzec jednak może uzasadnienie dla rozszerzenia zakresu stosowania tego przepisu także na okoliczności wyłączające bezprawność, których źródłem jest orzecznictwo i doktryna. Argumentem dla takiej tezy mógłby być wymóg zachowania pewnej systemowości prawa karnego jako gałęzi prawa, które zakłada identyczną funkcję kontratypów ustawowych i pozaustawowych. Skoro tak jest, to nie ma żadnych powodów, aby różnicować konsekwencje procesowe ich wystąpienia, a wręcz przeciwnie – zakazują tego względy celowościowe i funkcjonalne. Takie stanowisko dominuje zresztą w piśmiennictwie. Dość wskazać niezwykle trafne stwierdzenie R.A. Stefańskiego, wyrażone co prawda jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu karnego z 1969 r.⁵⁴ i kodeksu postępowania karnego z tego samego roku⁵⁵, lecz nie tracące na swej aktualności, że ów zwrot jest „przeszkodą natury formalnej i wydaje się, że tożsamość skutków wywołanych przez te okoliczności i występujących w przepisach zawierających wyraźne stwierdzenie, że sprawca nie popełnia przestępstwa, pozwala, by ta przyczyna umorzenia miała zastosowanie i do tych wypadków”⁵⁶. Podobne stanowisko zajmują także m.in. S. Steinborn⁵⁷ i E. Samborski⁵⁸.

53 W tym zakresie przepis odwołuje się do wszystkich okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, szczególnie do tych, które reguluje rozdział III k.k.

54 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – *Kodeks karny*, Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94, z późn. zm.

55 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – *Kodeks postępowania karnego*, Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 96 z późn. zm.

56 R.A. Stefański, *Podstawy i przyczyny umorzenia postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2–3, s. 18; zob. też W. Daszkiewicz, *Przestępnosc czynu jako przesłanka procesu (Uwagi w związku z projektem k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 12, s. 964.

57 S. Steinborn, [w:] S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, LEX/el. 2016, stan prawny: 30 stycznia 2016 r.

58 E. Samborski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011, s. 148.

Uwagi końcowe

Kontratypy pozaustawowe od zawsze budziły szereg wątpliwości praktycznych i dogmatycznych. Najpoważniejszym zarzutem wysuwany przeciwko tworzeniu takich konstrukcji jest możliwość pozostawiania przez nie w sprzeczności z gwarancyjną i ochronną funkcją prawa karnego, a także naruszania zasady pewności prawa. Ponadto uważa się, że mogą prowadzić do poważnych rozbieżności w orzecznictwie. Niewątpliwie katalog kontratypów pozaustawowych jest katalogiem otwartym, gdyż ulega modyfikacjom zgodnie z aktualnymi potrzebami społecznymi. Kontratypy pozaustawowe wynikają z pewnego zwyczaju, tendencji i zjawisk występujących w danym społeczeństwie. Nowe pozaustawowe kontratypy powstają pod wpływem wzrostu pewnych zachowań w społeczeństwie, stare zaś zanikają, gdy ich znaczenie istotnie zmaleje na tyle, że nie będzie już potrzeby ich zastosowania w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Tak się stało w roku 2010 z kontratypem karcenia małoletnich. Najpierw karcenie cielesne zaczęło być mocno krytykowane wśród praktyków wymiaru sprawiedliwości, psychologów i pedagogów, co później znalazło swoje normatywne odzwierciedlenie w art. 96¹ k.r.o. Nadal jednak za sytuację kontratypową uważa się inne formy karcenia w celach wychowawczych, spośród których mogą wyczerpywać znamiona przestępstw. Będzie to chociażby krótkotrwałe pozbawienie małoletniego wolności – art. 189 k.k. (zakaz wyjścia z domu za karę).

Należałoby jednak powtórnie rozważyć, jaki jest w istocie charakter prawny karcenia w celach wychowawczych. Gdyby uznać, że cechuje je pierwotna legalność, oznaczałoby to, że stosowanie przez rodzica kar cielesnych wobec niegrzeczного dziecka – oczywiście do nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w 2010 r.⁵⁹ – było dla prawa karnego irrelewantne. Rodzic swoim działaniem, naruszającym chociażby integralność fizyczną dziecka, nie popełniał żadnego przestępstwa, gdyż nie realizował określonych w ustawie znamion typu czynu zabronionego. Konsekwencją takiego założenia byłoby nieponoszenie przez takiego rodzica odpowiedzialności karnej (negatywna przesłanka procesowa określona w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.), chyba że działałby on ponad „umiar”, co z kolei mogłoby skutkować możliwością przypisania mu przestępstwa znęcania z art. 207 k.k.

⁵⁹ Od tej daty nie budzi wątpliwości, że stosowanie kar cielesnych, realizujące znamiona typu czynu zabronionego określonego w ustawie, stanowi przestępstwo.

Uznanie natomiast, że karcenie w celach wychowawczych to kontratyp pozaustawowy, wywołujący identyczne skutki jak np. obrona konieczna również budzi wątpliwości. To, że jakieś zachowania są powszechne nie oznacza wcale, że powinny być usprawiedliwiane. Natomiast uzasadnieniem konstrukcji kontratypu – czy to ustawowego, czy pozaustawowego – jest to, iż mimo że dany czyn odpowiada formalnie typowi czynu zabronionego (a określony typ czynu zabronionego zawiera w sobie opis abstrakcyjnego zachowania godzącego w konkretne wartości), jego karalność nie jest społecznie uzasadniona, gdyż nie posiada on ujemnej oceny aksjologicznej czy prakseologicznej⁶⁰. Trudno jednak znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienie dla stosowania kar cielesnych, a tym samym, naruszania nietykalności cielesnej dziecka (co najmniej). Znamienne jest w tym kontekście stwierdzenie A. Zolla, że „Ustawodawca uchwała normę zawierającą nakaz lub zakaz określonego zachowania się z uwagi na to, że zachowanie sprzeczne z normą ocenia jako społecznie szkodliwe ze względu na przyjęte przez siebie założenia aksjologiczne. Czyn dlatego jest zakazany, gdyż atakuje ważne dobra. [...]”⁶¹. Stosowanie kar cielesnych wobec dzieci niewątpliwie godzi w ważne dobra – życie, zdrowie, nietykalność cielesną, wolność i cześć (godność) człowieka, a także należyte traktowanie ludzi w rodzinie. Z drugiej strony, musi istnieć jakiś dopuszczalny margines tolerancji dla pewnej kategorii zachowań, w przypadku których konieczność ponoszenia odpowiedzialności karnej rodziłaby argument irracjonalności regulacji prawnych. Innymi słowy, nie każdy „klaps” musi od razu oznaczać popełnienie przestępstwa na szkodę dziecka. Przykładowo, jeśli okaże się, że wielokrotne uwagi słowne rodzica nie skutkują, a dziecko nadal zachowuje się naganie – zarówno z punktu widzenia rodzica (perspektywa subiektywna), jak i obiektywnie – to wówczas jeden klaps – jeden, nie dwa lub więcej – mógłby się okazać skuteczny w tym sensie, że dziecko poprawiłoby swoje zachowanie. Czyn rodzica nadal realizowałby znamiona przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej, ale wówczas należałoby rozważyć, czy jego społeczna szkodliwość – w oparciu o kryteria wskazane w art. 115 § 2 k.k., głównie o sposób i okoliczności popełnienia czynu,

⁶⁰ Zob. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 215 i n.

⁶¹ A. Zoll, *W sprawie kontratypów. Polemika z artykułem T. Kaczmarka*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4, s. 110.

postać zamiaru i motywację sprawy – nie jest znikoma. Nie pozbawiałyby to czynu cechy bezprawności formalnej, jednak ze względu na wyjątkowe, usprawiedliwione okoliczności karcący nie poniósłby wówczas odpowiedzialności karnej⁶². Niekiedy jednak należałoby rozważyć możliwość posłużenia się stanem wyższej konieczności. Można wyobrazić sobie sytuację następującą: małe dziecko kilka razy próbuje dotknąć rozgrzanej płyty kuchennej, zupełnie nie widząc w tym czegokolwiek niebezpiecznego. Matka zwraca mu za każdym razem uwagę, że robi źle, że to niebezpieczne, że można się poparzyć – czyni to jednak bezskutecznie, dla dziecka staje się to jakąś formą „zabawy”. Matka, mając świadomość realnego zagrożenia, uderza dziecko w rękę, *notabene* odnosi to skutek, bo dziecko zaprzestaje prób dotknięcia rozgrzanej płyty. Nasuwa się automatycznie pytanie: czy matka popełniła przestępstwo, a jeśli tak, to jakie? *Prima facie* swoim zachowaniem wyczerpała znamiona przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej. Zasadnym byłoby jednak rozważenie, czy zastosowanie konstrukcji stanu wyższej konieczności z art. 26 § 1 k.k. nie byłoby w tej sytuacji właściwe. Matka bowiem w powyższej sytuacji poświęciła dobro w postaci nietykalności cielesnej dziecka na rzecz dobra przedstawiającego wyższą wartość – jego zdrowia. Wówczas bezprawność jej zachowania zostałaby wyłączona. Być może w ogóle byłaby możliwość zastosowania konstrukcji stanu wyższej konieczności w skrajnych przypadkach, kiedy rodzic musi się posłużyć „cielesną” formą skarcenia dziecka, oczywiście jedynie wówczas, gdy byłoby to absolutnie konieczne. Wtedy zbędnym stałoby się stosowanie figury kontratypu pozaustawowego, który do 2010 r. miał „chwijne” podstawy aksjologiczne, a od 2010 r. jest niedopuszczalny w przypadku karcenia fizycznego.

Polski ustawodawca dosyć późno, dopiero w 2010 r. zdecydował się na wprowadzenie zakazu stosowania kar cielesnych. Do chwili obecnej, 27 krajów świata zdecydowało się na wprowadzenie całkowitego zakazu stosowania kar fizycznych wobec dzieci. Najwcześniej taka regulacja pojawiła się w Szwecji, bo już w roku 1979. Kolejne kraje, które zakazały karania fizycznego, to m.in. Finlandia (1983), Norwegia (1987), Austria (1989). Wraz z Polską, w 2010 r. stosowną regulację wprowadzono w Liechtensteinie. Ponadto, w dwóch krajach – Włoszech (1996 r.) i Nepalu (2005 r.), sądy najwyższe uznały wszystkie formy kar fizycznych

⁶² Wówczas, rzecz jasna, decyzja procesowa o umorzeniu (odmowie wszczęcia) postępowania karnego oparta byłaby na art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.

za bezprawne, ale nie jest to jeszcze potwierdzone w legislacji. Natomiast kolejne 23 kraje zadeklarowały się do dążenia do wprowadzenia całkowitego zakazu stosowania kar fizycznych wobec dzieci⁶³.

Co ciekawe, w 2013 roku na próbie tysiąca dorosłych osób Ośrodek Badania Opinii Publicznej przeprowadził badanie mające na celu uzyskanie odpowiedzi na pytanie, jaki jest stosunek Polaków do stosowania kar cielesnych wobec dzieci. Badanie potwierdziło, że niestety stale utrzymuje się stosunkowo wysoka społeczna akceptacja dla tego typu zachowań wobec dzieci. Ponad połowa ankietowanych (60%) akceptuje „klapsy”, zdecydowanie ponad jedna trzecia Polaków (38%) akceptuje tzw. lanie, a niemal jedna trzecia (29%) uznaje bicie za skuteczną metodę wychowawczą⁶⁴.

Wyniki badania jednoznacznie wskazują na pilną potrzebę intensywnej i zintegrowanej społecznej edukacji w zakresie szkodliwości wykorzystywania bicia, w tym pozornie nieszkodliwych „klapsów” w wychowaniu dziecka oraz w kwestii kształtowania pozytywnych postaw i umiejętności rodziców (opiekunów) w zakresie bezprzemocowego dyscyplinowania dziecka. Nader często stosowanie nawet „lekkiej” przemocy jest akceptowane – uznawane za efektywny sposób oddziaływania na dziecko. Jednak przede wszystkim – niestety – wciąż dominuje pogląd, że „to, co się dzieje w czterech ścianach” to prywatna sprawa rodziców (rodziny). Zauważa się, co prawda, pewne pozytywne zmiany w stosunku Polaków do problemu przemocy nad dziećmi, mocno akcentuje się potrzebę ich uchronienia przed niewłaściwymi metodami wychowawczymi, wciąż jednak nie jest to jednak spójne i powszechne, a zjawisko występuje we wszystkich społecznościach – nie ma bezpośredniego przełożenia na nie status społeczny, wykształcenie, sytuacja majątkowa.

Bez wątpienia dodanie art. 96¹ do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego istotnie zawężyło granice karcenia w celach wychowawczych, ograniczając dopuszczalność jego stosowania wyłącznie do karcenia o charakterze innym niż cielesne. Pojawia się jednak wątpliwość, na ile skuteczny (egzekwowalny) jest ten przepis. Większość przestępstw, których mogą

⁶³ *Dzieciństwo bez przemocy*, <http://dziecinstwobezprzemocy.pl/strona.php?p=38>.

⁶⁴ Zob. E. Jarosz, *Polacy wobec bicia dzieci. Raport z badań 2013*, http://brpd.gov.pl/sites/default/files/polacy_wobec_bicia_dzieci_2013.pdf; zob. także K. Marzec-Holka, *Nie będziesz bił dziecka swego! Studium z zakresu profilaktyki społecznej*, Bydgoszcz 1996, s. 17.

się dopuścić stosujący karcenie, ściganych jest z oskarżenia prywatnego. Skoro sprawcami tych czynów najczęściej są przedstawiciele ustawowi, to nie dziwi tak niska ich wykrywalność, a to dlatego, że właśnie te osoby są podmiotami uprawnionymi do występowania w ich imieniu. Większość aktów przemocy dokonywanych przeciwko dzieciom ma miejsce za zamkniętymi drzwiami, a trudno wyobrazić sytuację, w której osoba stosująca karcenie cielesne sama złożyła zawiadomienie o możliwości popełnienia przez siebie przestępstwa na szkodę dziecka. Być może zatem uznać należałoby, że przepis art. 96¹ k.r.o. ma być swego rodzaju „głosem rozsądku” skierowanym wobec rodziców, opiekunów, wychowawców, nauczycieli i osób sprawujących czasowo pieczę nad dzieckiem, aby w przypadku jego nieposłuszeństwa szukali innych rozwiązań wychowawczych aniżeli stosowania karcenia cielesnego. Przepis art. 96¹ k.r.o. nie tylko przyczynia się do kształtowanie świadomości moralnej społeczeństwa, ale również lepiej zabezpiecza dziecko przed ewentualnymi nadużyciami w życiu rodzinnym. Życzyć sobie należałoby, aby nie tylko w teorii.

Bibliografia

- Andrzejewski M. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. II, LEX/el. 2013.
- Brzozowski P., *Podstawa prawna odmowy wszczęcia (umorzenia) postępowania karnego w sytuacji wystąpienia pozaustawowego kontratypu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego Acta Iuris Stetinensis”, 2014, nr 835.
- Cieplý F. (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995.
- Daszkiewicz W., *Przestępność czynu jako przesłanka procesu (Uwagi w związku z projektem k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 1968, nr 12.
- Dukiet-Nagórska T. (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2008.
- Dzieciństwo bez przemocy*, <http://dziecinstwobezprzemocy.pl/strona.php?p=38>.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2002.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2008.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. Komentarz*, LEX/el. 2014.
- Gubiński A., *Wylączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961.

- Gubiński A., *Karcenie i jego granice*, „Prawo i Życie” 1960, nr 12.
- Indrzejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989.
- E. Jarosz, *Polacy wobec bicia dzieci. Raport z badań 2013*, http://brpd.gov.pl/sites/default/files/polacy_wobec_bicia_dzieci_2013.pdf.
- Jundziłł I., *Nagrody i kary w wychowaniu*, Warszawa 1986.
- Konarska-Wrzošek V., *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999.
- Krajewski R., *Karcenie jako okoliczność uchylająca bezprawność*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8.
- Krajewski R., *Kontratyp karcenia małoletnich po wprowadzeniu prawnego zakazu stosowania wobec nich kar cielesnych*, „Palestra” 2012, nr 1–2.
- Majewski J. (red.), *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Materiały IV bielańskiego kolokwium karnistycznego, Toruń 2008.
- Marzec-Holka K., *Nie będziesz bił dziecka swego! Studium z zakresu profilaktyki społecznej*, Bydgoszcz 1996.
- Paprzycki L.K. (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. 2015.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012.
- Samborski E., *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. VII, LEX/el. 2013.
- Stachura I., *Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontratypów pozaustawowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, z. 2.
- Stefański R.A., *Podstawy i przyczyny umorzenia postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2–3.
- Steinborn S. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, LEX/el. 2016, stan prawny: 30 stycznia 2016 r.
- Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1979.
- Tchorzewski A.M. de (red.), *Współczesne konteksty wychowania*, Bydgoszcz 2002.
- Truskolaska J. (red.), *Partnerstwo w rodzinie*, Lublin 2009.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009.
- Wilk L., Zagrodnik J., *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2009.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Zoll A., *W sprawie kontratypów. Polemika z artykułem T. Kaczmarka*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4.