

# Władysław Wolter

---

## Z problematyki odpowiedzialności karnej na podstawie kodeksu z 1969 r.

---

Palestra 13/8(140), 8-30

---

1969

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

**I. Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski:**

1. Roman Hrabar

**II. Złotym Krzyżem Zasługi:**

1. Jan Pietrzykowski
2. Tadeusz Piziewicz

**D.** Za pracę w charakterze członka Komisji Kodyfikacyjnej został odznaczony przez Radę Państwa:

**I. Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski:**

1. Jerzy Śliwowski

WŁADYSŁAW WOLTER

## Z problematyki odpowiedzialności karnej na podstawie kodeksu z 1969 r.\*

Jest rzeczą dość trudną mówić o podstawach ustawy. Tych podstaw może być albo bardzo mało, albo bardzo dużo, zależnie od tego, co będziemy traktować jako podstawę. W tych wstępnych uwagach zacząć chcę od zwrócenia uwagi na pewne warstwy, z których składa się nowy kodeks.

Otóż ta najprostsza warstwa, z którą spotkamy się w kodeksie karnym — to szereg przepisów przejętych z kodeksu karnego z 1932 r. czasem tylko z jakimiś drobnymi stylistycznymi zmianami.

Na drugą warstwę składa się szereg pociągnięć, przy pomocy których usunięto niedociągnięcia, niedomówienia i błędy, jakie się znajdowały w kodeksie karnym z 1932 r. Niewątpliwie, kodeks karny był dobrym kodeksem, czemu nikt nie przeczy, ale był też kodeksem karnym obarczonym pewnymi minusami, czasem nawet dziwnymi w tym sensie, że trudno zrozumieć ich źródło. Tak np. przepis art. 59 o nadzwyczajnym złagodzeniu kary jest z gruntu błędnie ujęty i przysparza orzecznictwu ciągle kłopoty. Trudno, idealnie ujętych kodeksów karnych nie ma na całym świecie. Również nowy kodeks karny z pewnością nie jest idealnym kodeksem karnym, też ma swoje złe strony — tak jak każde dzieło

\* Publikacja niniejsza jest adaptowaną do druku prelekcją Autora, wygłoszoną na Sym-  
pozjum adwokatury krakowskiej w dniu 25.IV.1969 r. w Zakopanem.

ludzkie. Możemy tylko dążyć do czegoś lepszego, ale osiągnąć ten najwyższy poziom — to, niestety, nie jest nam dane. Otóż drugą warstwę tworzą zmiany korygujące dotychczasowe przepisy.

Na trzecią warstwę składa się dorobek orzecznictwa sądowego, dość szeroko uwzględniony.

Warstwa dalsza, to już pewne nowości, z którymi musimy się oswoić i które — naturalnie — zanim się dotrą, będą mogły nasuwać pewne trudności. Nowy kodeks jest wynikiem uczciwej pracy szerszego grona ludzi, którzy chcieli niewątpliwie jak najlepiej. Kolektyw to lepsza gwarancja poprawności, ale kolektyw to nie zawsze jednomyślność. Niekiedy konieczny jest kompromis, niekiedy odpadają zdania odrębne, które wszak nigdy nie są pozbawione jakichś racji. A to już daje asumpt do wystąpień krytycznych.

A teraz przejdę do właściwego tematu. Naturalnie, najwygodniej byłoby mi mówić o pierwszym rozdziale kodeksu karnego, ale ja nie mam zamiaru do niego się ograniczyć. Uważam bowiem, że występuje tam szereg problemów, które nie wymagają zbyt wielu słów, natomiast nie można pominąć innych kwestii z tych podstawowych zagadnień przestępstwa, które objęte zostały innymi rozdziałami.

Nie bez powodu rozdział I obejmuje tzw. zasady odpowiedzialności karnej odmiennie niż kodeks karny z 1932 r., który poświęcił rozdział I w dużej mierze bardzo nieaktualnemu zagadnieniu prawa karnego międzynarodowego. Te wszystkie drobnostkowe przepisy, począwszy od art. 4 itd. aż do 11, nie odegrały żadnej roli praktycznej i dlatego — ponieważ jednak muszą się znaleźć w kodeksie — zostały przerwane na sam koniec części ogólnej kodeksu jako problem raczej marginesowy. W ciągu moich wieloletnich zajęć na Uniwersytecie szukałem praktycznych wypadków, w których te przepisy były stosowane, i muszę powiedzieć, do mojej wiadomości one nie dotarły.

W tym I rozdziale chciano rzeczywiście uwypuklić pewne, zupełnie fundamentalne podstawy, na których budowano kodeks karny. Już sam art. 1 k.k. zawiera w swoim tekście trzy takie podstawowe zasady, z których dwie są bardzo dobrze znane, a trzecia stanowi nowość w prawie karnym materialnym. Artykuł 1 bowiem stwierdza, że „odpowiedzialności karnej ulega ten tylko, kto dopuszcza się czynu społecznie niebezpiecznego, zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. A więc występuje tu znana zasada *nullum crimen sine lege poenali* z tą tylko różnicą, że jest ona poprawnie ujęta (o co musiałem walczyć z tymi, którzy uważali, że dodanie wyrazu „tylko” jest zbędne, nie zdawali zaś sobie sprawy z tego, że ujęcie tej zasady bez słowa „tylko” jest zupełnie bezwartościowe).

Druga zasada, że *lex poenalis retro non agit*, jest też znana. Ale jest tam zawarta jeszcze trzecia zasada, a mianowicie, że odpowiada się jedynie za czyn „społecznie niebezpieczny”. Na temat zagadnienia, co należy rozumieć przez społeczne niebezpieczeństwo czynu, można by mówić godzinami, napisano na ten temat już wiele, zarówno rzeczy trafnych, jak i nietrafnych. Otóż wydaje się, że trzeba się najpierw zgodzić na jedno, co zresztą stało się podstawą takiego ujęcia w kodeksie i co jest uwypuklone w Uzasadnieniu: nie należy w samym tym wyrażeniu „społeczne

niebezpieczeństwo" szukać jakiegoś klucza do zrozumienia tego, o co tutaj chodzi. Jest to bowiem nazwa konwencjonalna dla określenia tego, co stanowi ujemny ładunek społeczny tkwiący w przestępstwie, który wyraża się w popełnieniu czynu, atakującym jakieś dobro mające znaczenie dla układu stosunków społecznych w danym państwie.

Toczono homeryczne boje na temat, czy należy mówić o „społecznej szkodliwości czynu”, czy też o „społecznym niebezpieczeństwie czynu”, a *de facto* potrzebne są nam dwa, a więc oba wyrażenia. Jedno wyrażenie ma być od strony merytorycznej odpowiednikiem tego, co od strony formalnej nazywamy „obiektywną bezprawnością czynu”, a drugie ma być od strony merytorycznej odpowiednikiem tego, co od strony formalnej nazywamy przestępstwem jako czyn zabroniony pod groźbą kary, a więc czyn bezprawny, zawiniony i karalny. Dla określenia merytorycznej strony przestępstwa jako zespołu elementów obiektywnych i subiektywnych wybrano konwencjonalnie wyrażenie „społeczne niebezpieczeństwo czynu”. W tym sensie występuje ten zwrot w przepisie art. 1. Wynika to już z tego, że musi przecież zachodzić pełna odpowiedzialność strony merytorycznej i formalnej. Skoro zaś w przepisie art. 1 mowa jest o „czynie zabronionym pod groźbą kary przez ustawę”, a pod groźbą kary zakazane są jedynie czyny subiektywnie zawinione, to korelujące wyrażenie „społeczne niebezpieczeństwo czynu” musi obejmować nie tylko elementy obiektywne (społeczną szkodliwość czynu), ale również subiektywną stronę czynu. W związku z tym powstają pewne trudności, w szczególności jeśli chodzi o odpowiedź na pytanie, jakie to elementy tej subiektywnej strony czynu wchodzi w skład pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu. A to prowadzi nas do zagadnienia winy.

W teorii prawa karnego toczy się od lat spór na temat istoty winy. Zderzają się tu dwa kierunki: jeden nazywamy psychologiczną teorią winy, drugi — zresztą o różnych odcieniach — normatywną teorią winy. Według teorii psychologicznej wina jest pewnym przeżyciem, pewną zaszłością psychiczną, natomiast według teorii normatywnej wina jest personalną zarzucalnością czynu. Nie tu miejsce — oczywiście — rozwozić się bliżej nad zagadnieniem teoretycznym. Natomiast ważne jest to, że w zależności od tego, jak będziemy rozumieć winę, elementy podmiotowe wchodzące w skład społecznego niebezpieczeństwa będą uboższe albo bogatsze.

Otóż z punktu widzenia teorii psychologicznej będą tu należały niewątpliwie zamiar bezpośredni oraz ewentualny. Sprawa komplikuje się jednak już przy winie nieumyślnej, której, niestety, teoria psychologiczna wyjaśnić nie potrafi. Przewidywanie możliwości przy lekkomyślności nie jest jako takie żadną winą, a można nawet powiedzieć, że jest ono do pewnego stopnia wprost zaletą; nie jest również winą, że sprawca przypuszcza, iż skutku uniknie, bezpodstawność zaś takiego przypuszczenia nie jest żadnym subiektywnym elementem, żadną zaszłością psychiczną u sprawcy, ale pewną oceną, naturalnie nie sprawcy. Co się zaś tyczy niedbalstwa, to odpada tu nawet przewidywanie, czyli akt świadomości, który zostaje zastąpiony potencjalną możliwością przewidywania, powinność zaś przewidywania z pewnością nie jest żadnym aktem subiektywnym. Można więc zaryzykować twierdzenie, że z punktu widzenia psychologicznego

wina nieumyślna przedstawia się jako brak umyślności. Ale przecież sam brak umyślności nie jest jeszcze winą, jeżeli wyłącza się ujemną ocenę tej nieumyślności. Powracając do winy umyślnej, trzeba jeszcze podkreślić, że z punktu widzenia teorii psychologicznej wchodzi tam będą jeszcze pobudki; czy ponadto coś więcej — jest co najmniej wątpliwe.

Inaczej natomiast przedstawia się sprawa na gruncie teorii normatywnej, która, nie wyłączając, jak to się czasem błędnie ujmuje, wszystkich zaszczości psychicznych, sięga dalej, obejmując to wszystko, co może wpłynąć na personalną zarzucalność czynu, a więc i całe tło, z którego wynikło pewne nastawienie sprawcy, decydujące o osobistym zarzucie i o jego stopniu (o stopniu winy).

Okoliczności zmuszają do ograniczenia się do takiego skrótu w przedstawieniu problemu. W interesującej nas obecnie kwestii trzeba się zadowolić stwierdzeniem, że w zakres społecznego niebezpieczeństwa czynu — co zresztą podkreśla również Uzasadnienie — nie wchodzi te okoliczności, które wpływają tylko i wyłącznie na karalność czynu, natomiast ani na obiektywną, ani na subiektywną stronę czynu wpływu nie mają. Tak np. zachowanie się sprawcy po przestępstwie nie jest okolicznością, która może wpływać na społeczne niebezpieczeństwo czynu.

Problem społecznego niebezpieczeństwa wymaga jeszcze jednej, nie tak zresztą koniecznej uwagi. Wolę jednak o tym już tu powiedzieć, dlatego, że spotkać się można z zarzutem, że gdy się będzie chciało obecnie kogoś skazać, to trzeba będzie sprawcy udowodnić, iż jego czyn był społecznie niebezpieczny. Jest to, oczywiście, nieporozumienie. Istnieje integralne powiązanie właśnie w tym wiele mówiącym art. 1, że odpowiada się za czyn społecznie niebezpieczny, zabroniony przez ustawę pod groźbą kary. Ustawa więc „wskazuje” na czyny społecznie niebezpieczne i jeżeli jakiś czyn wykazuje ustawowe znamiona przestępstwa, to nie trzeba bynajmniej udowadniać, że czyn o ustawowych znamionach przestępstwa jest czynem społecznie niebezpiecznym. Problem istotnie powstaje, ale od strony negatywnej. Mianowicie przepis ustawy „wskazuje”, ale nie przesądza o przestępności czynu z chwilą, gdy zrealizowane są ustawowe znamiona, bo zachodzą okoliczności, które wyłączają przestępność czynu dlatego, że wyłączają przedmiotową stronę czynu (mówmy dziś raczej: właśnie tę społeczną szkodliwość czynu), jak obrona konieczna, stan wyższej konieczności itd., czy też okoliczności, które wyłączają winę, a więc błąd, niepoczytalność itd. Otóż dopiero wtedy, gdy w jakiejś konkretnej sprawie powstanie problem, czy zachodzą takie okoliczności, które wyłączają przestępność czynu — wówczas, chcąc skazać, należy udowodnić, że czyn ten był społecznie niebezpieczny. Do tego zaś wiedzie prosta droga. Jeżeli bowiem nie zachodziła żadna z okoliczności wyłączających przestępność czynu, to automatycznie czyn ten był społecznie niebezpieczny.

Czy poza tym pojęcie społecznego niebezpieczeństwa czynu ma jakieś znaczenie? Niewątpliwie tak, w szczególności w pewnych instytucjach.

Społeczne niebezpieczeństwo czynu występuje więc jako element decydujący w art. 26 kodeksu, traktującym o znikomym społecznym niebezpieczeństwie czynu. A więc przez pewne wartościowanie, pewną ocenę wskazuje się na to, że aby czyn był czynem przestępnym, nie wystar-

cza jakieś minimalne przekroczenie punktu zerowego, natomiast wymagany jest pewien wyższy stopień tego społecznego niebezpieczeństwa, które właśnie nie jest znikome. Kiedy zachodzi „znikomość” stopnia niebezpieczeństwa — tego opisowo zdefiniować się nie da, są to bowiem czyste oceny, które z tej racji mogą podlegać krytyce. Znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu — i tu nawiązuję do tego, co poprzednio powiedziałem — musi być takim znikomym niebezpieczeństwem, które wykazuje zarówno znikomość obiektywnej strony czynu (szkodliwości społecznej), jak i znikomość winy. Fakt, że sama obiektywna szkodliwość jest znikoma przy wielkiej winie, nie uzasadnia znikomości społecznego niebezpieczeństwa czynu i rzecz jasna również odwrotnie: duża obiektywna szkodliwość przy znikomej winie. Problem ten nie jest zresztą nowy, jest on przeciwieństwem od innej strony, mianowicie od strony art. 49 k.p.k., dobrze znany. Wiemy, że dziś zachodzą tu pewne komplikacje wynikające z ustawy o przekazaniu pewnych drobnych występków jako wykroczeń do postępowania karno-administracyjnego, ale to jest całkiem odrębne zagadnienie, które tu tylko sygnalizuję.

Drugi wypadek, kiedy to społeczne niebezpieczeństwo czynu daje o sobie wyraźnie znać, łączy się z pewną instytucją, o której tu krótko wspomnę, w naszych warunkach nową. Mam na myśli warunkowe umorzenie postępowania. Instytucja ta nie jest nowością na świecie. W przepisie art. 27 k.k. mówi się o tym, że można warunkowo umorzyć postępowanie karne, jeżeli stopień społecznego niebezpieczeństwa nie był znaczny. Podkreślam to wyrażenie: „nie był znaczny”. To nie jest to samo, czy się powie „nie był znaczny”, czy też „był nieznaczny”. W słowie „nieznaczny” dopatrujemy się pewnej minimalności, natomiast w słowie „nie był znaczny” nie musi być minimalność; może nawet być coś więcej, byleby nie był to znaczny stopień. To merytoryczne stopniowanie ma swój odpowiednik formalny, gdyż nie można stosować tej instytucji, jeżeli dany występki zagrożony jest karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności.

Trzeci raz zagadnienie społecznego niebezpieczeństwa odzywa się wyraźnie w problematyce wymiaru kary. W art. 50 powiedziano, że sąd wymierza karę według swego uznania w granicach przewidzianych w ustawie, oceniając stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu. Muszę podkreślić, że nieprzypadkowo dyrektywa ogólna wymiaru kary rozpoczyna się właśnie od tego zwrotu, aby położyć przez to nacisk na konieczność zadośćuczynienia społecznemu poczuciu sprawiedliwości.

Posuwam się dalej, aby zbyt długo nie zatrzymywać się nad jednym problemem.

Nie będę mówił szerzej o czwartej zasadzie, tj. o priorytecie ustawy względniejszej. Z punktu widzenia praktycznego wydaje się, że w pewnym okresie, może nawet przez rok, sądy będą miały z tym kłopoty, bo kodeks z 1969 r. wykazuje szereg nowych instytucji, wobec czego zagadnienie stosowania ustawy względniejszej będzie wymagało ciągłego porównywania. Teoretycznie na ten temat nie można powiedzieć wiele. Abstrakcyjnie nie można bowiem ustalić, która ustawa jest względniejsza, jako że względniejsza jest ta ustawa, która w danym konkretnym wypadku otwiera możliwość najkorzystniejszą dla oskarżonego. Może to więc być ustawa nowa, która przewiduje nawet ostrzejszą karę niż

poprzednia, ale przez inną instytucję umożliwia rozstrzygnięcie korzystniejsze dla oskarżonego. Zacząć więc trzeba od stosowania nowego k.k., a dopiero potem rozważać, jak wyglądałoby rozstrzygnięcie według ustawy dawnej. Dopiero gdyby według poprzedniej ustawy rozstrzygnięcie było korzystniejsze dla oskarżonego, wolno przejść na ustawę poprzednio obowiązującą, gdyż w zasadzie priorytet przysługuje nowej ustawie.

O piątej zasadzie wspomnę tylko tyle, że zasada terytorialności została identycznie ujęta jak w art. 3 § 2 k.k. z 1932 r.

Dalsza zasada to dwupodział przestępstw — tak jak w dotychczasowym ustawodawstwie. Zachodzi tu tylko zasadnicza różnica między kryteriami tego dwupodziału na zbrodnie i występki. Kodeks z 1932 r. poszedł w tym względzie po tej linii, która potem tak fatalnie odbiła się na redakcji art. 59, nastawiając się na zagrożenia maksymalne. A więc zbrodniami są przestępstwa zagrożone więzieniem powyżej 5 lat. Wynikiem tego są zbrodnie zagrożone więzieniem od 6 miesięcy do 10 lat. Natomiast nowy k.k. wybrał lepszą drogę, nastawiając się na zagrożenia minimalne. Zbrodniami więc są czyny zagrożone karą pozbawienia wolności nie krótszą od lat 3 albo karą surowszą. Zagrożenia maksymalne wynoszą zawsze co najmniej 15 lat, ewentualnie w alternacji z karą 25 lat pozbawienia wolności jako namiastki dożywotniego więzienia oraz karą śmierci. Powyżej 15 lat pozbawienia wolności można zatem orzec tylko 25 lat pozbawienia wolności z wyłączeniem czegoś pośredniego. Wspomniany dolny próg może być wyższy i może wynosić 5, 8 albo 10 lat. Wszystkie inne czyny karalne są występkami, jeżeli nie są wykroczeniami zagrożonymi aresztem do 3 miesięcy albo grzywną do 5.000 zł.

Konsekwencją tego jest to, że wiele czynów stanowiących zbrodnie w k.k. z 1932 r. utraciło w nowej kodyfikacji ten charakter. Ale też wymiary kary za występki sięgają znacznie wyżej, gdyż dotychczas czyn zagrożony karą więzienia powyżej 5 lat był zbrodnią, a zagrożony karą do 5 lat więzienia występkiem, obecnie zaś spotykamy takie zagrożenia: 3 miesiące stanowi najniższą karę pozbawienia wolności, a oprócz tego spotykamy jako dolne progi 6 miesięcy, rok i 2 lata pozbawienia wolności. Górne zaś progi wynoszą: rok, 2, 3, 5, 8 i 10 lat pozbawienia wolności, a w zupełnie wyjątkowych wypadkach — tu przełamano regułę — nawet 15 lat pozbawienia wolności. Odbija się to na problemie kar dodatkowych, gdy są orzekane w niektórych wypadkach tylko za zbrodnie, podkreśla silniejsze potępienie moralne kryjące się w skazaniu za zbrodnie, a nadto załatwiony został jeszcze w ten sposób inny problem, który przez kodeks karny nie został rozwiązany, o czym zaraz będę mówił.

Zbrodnię popełnić można tylko z winy umyślnej, występki — również z winy nieumyślnej, jeśli ustawa tak stanowi. Tu w zasadzie nie ma żadnych różnic.

Co do samego ujęcia tych dwóch rodzajów czy form winy, to wprowadzono szereg poprawek stylistycznych, o których wspomnę tylko przykładowo: A więc zwrot „chce popełnić przestępstwo” kryje w sobie błąd, bo już w przestępstwie musi tkwić strona subiektywna. Nie można chcieć chcieć popełnić czyn. Dalej skasowane zostały niepotrzebne rozróżnienia między przestępstwami formalnymi a materialnymi, z czym spotykamy się w k.k. z 1932 r.

Poza tym zarejestrować należy jedną zmianę, nie tyle teoretyczną, ile usuwającą wątpliwości. Mianowicie w art. 7 § 1 — określającym, kiedy przestępstwo popełnione jest umyślnie — czytamy: wtedy, „kiedy sprawca ma zamiar popełnienia czynu zabronionego”; po słowie „zamiar” idzie wyjaśnienie: „to jest chęć go popełnić lub przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi”. Chodziło o to, aby raz skończyć z problemem, czy wyraz „zamiar” jest równoznacznikiem słowa „umyślność”, czy też zamiar to tyle co *dolus directus*. Problem ten był w nauce wciąż sporny, wynikał z tego, że język potoczny używa słowa „zamiar” w węższym znaczeniu — nigdy „zamiarem” nie obejmuje zamiaru „ewentualnego”. Kodeks karny z 1932 r. definiował tylko umyślność, a potem w art. 23 § 1 oraz w art. 30 użył słowa „zamiar”, co od razu zrodziło pytanie, czy mamy tu do czynienia z synonimem wyrazu „umyślność”, czy też nie, a to nie było obojętne. Ostatecznie musiał się w tej kwestii wypowiedzieć Sąd Najwyższy i stwierdzić w odniesieniu do art. 23 § 1, że zamiar to tyle co *dolus directus vel dolus eventualis*, czyli że usiłować można ewentualnie. Nowy kodeks karny poszedł po tej samej linii i przy usiłowaniu przyjął możliwość usiłowania *cum dolo eventuali*. Na marginesie tej sprawy pragnę zaznaczyć, że mi to nie odpowiada. Nie mogę uwierzyć w usiłowanie ewentualne i wydaje mi się, że można było załatwić tę sprawę w inny sposób, mianowicie poprzez przestępstwo narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo — ale jest to moje zdanie prywatne. Zapatrywanie Komisji Kodyfikacyjnej było odmienne, zresztą właśnie głównie z powołaniem się na utarte orzecznictwo.

Skorzystam tu z okazji, by przedstawić jedną z zasad, którą przyjął zespół układający projekt kodeksu karnego, a która wyrażona zostaje w słowach: „kodeks karny nie jest od tego, aby dekretować spory naukowe”. Ta zasada jest niewątpliwie bardzo słuszna; pewne zagadnienia są dotychczas sporne, a wobec tego dobrze jest, jeżeli kodeks nie narzuca rozwiązań. Nauka chce wciąż postępować naprzód, nie chce stać w jednym miejscu, nigdy więc nie można przewidzieć, czy nie zabłyśnie gdzieś jakiś światły umysł, który w tym czy innym kierunku nie pchnie jej jeszcze dalej.

Mam tu tylko jedno zastrzeżenie: byłoby błędem sądzić, że ta zasada jest zawsze w pełni zachowana. Bo to nie jest prawda. Kodeks w pewnych wypadkach dekretuje i chyba musi dekretować poglądy naukowe. Zaznaczyłem poprzednio, że osobiście mam nieco odmienne zapatrywanie np. na temat tzw. zamiaru ewentualnego, któremu odmawiam charakteru jakiegś woli. To prawnicy zrobili z zamiaru ewentualnego jakąś odmianę woli, która nie jest chęcią; psychologia widocznie nie zna żadnej woli ewentualnej. Jeżeli więc kodeks karny deklaruje, że umyślność zachodzi również wtedy, kiedy sprawca przewiduje możliwość i na to się godzi, i że to jest również wola popełnienia przestępstwa — to to jest pewien pogląd, zresztą jeszcze przez Makarewicza wzięty z nauki niemieckiej i przejęty przez Makarewicza do kodeksu z r. 1932. Można to zagadnienie inaczej rozwiązać. Sprawa jest o tyle ciekawa, że chociaż mój pogląd nie został w zasadzie zaakceptowany, to jednak ja się z nim spotykam, tylko że wypowiadający ten pogląd nie zawsze zdają sobie sprawę z tego, że go wypowiadają. Mogę tu zacytować zarówno orze-



czenia, jak i wypowiedzi zawarte w Uzasadnieniu do projektu k.k., że w danym wypadku zachodzi potrzeba zamiaru bezpośredniego, nie wystarczy „psychiczna obojętność wobec możliwego skutku”. To jest właśnie moja teza, że zamiar ewentualny nie jest żadną wolą, tylko jest psychiczną obojętnością wobec tego, co może się przytrafić, którą prawo pod kątem widzenia odpowiedzialności traktuje na równi z wolą wywołania jakiegoś skutku.

Po tej małej dygresji wracam znowu do naszego zagadnienia.

Co do drugiej formy winy, to właściwie nie zachodzi żadna różnica między dawnym a nowym ujęciem. Lekkomysłność została tak samo ujęta, jak w k.k. z 1932 r., a więc zachodzi ona wtedy, gdy sprawca przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego, lecz bezpodstawnie przypuszczał, że tego uniknie. Co do niedbalstwa zaś, to ustalono jego elementy nie tak, jak w k.k. z 1932 r., ale tak, jak to przyjął Sąd Najwyższy w postaci „nieprzewidywania mimo powinności i możliwości przewidywania”. Zresztą ta alternatywa „może lub powinien przewidzieć” stanowiła zawsze zupełną zagadkę, w materiałach do k.k. z 1932 r. nie wyjaśnioną.

Ciekawszy jest w związku z tym dalszy przepis art. 8, bo natrafiamy tu na kwestię o tyle nową, że artykuł ten jest odpowiednikiem art. 15 k.k. z 1932 r., ale odpowiednikiem tylko w 50%. Art. 15 k.k. w swym § 1 mówił o okolicznościach, od których zależy wyższa karalność i które uwzględnia się tylko wtedy, gdy sprawca o nich wiedział lub powinien był wiedzieć, a w § 2 — o następstwach, od których zależy wyższa karalność i które uwzględnia się tylko wtedy, kiedy sprawca je przewidywał lub powinien był przewidzieć.

Już pierwsza z tych różnic jest bardzo ważna. Nowy kodeks karny nie przejął § 1, a więc przy tzw. przestępstwach umyślnych kwalifikowanych przez specjalne okoliczności sprawca odpowiada jedynie i wyłącznie wtedy, kiedy o nich wiedział. Ten drugi człon o powinności odpadł — i chyba słusznie. Konstrukcja k.k. z 1932 r. była teoretycznie trudna do utrzymania. Pozostał więc tylko człon drugi o następstwach czynu, od których zależy wyższa karalność. Dokonano tu jednak zasadniczych poprawek. Wyrażenia „przewidywał”, „powinien był przewidzieć” nasuwały zastrzeżenia. Przewidywanie nie jest żadną winą, wiąże się ono z zamiarem bezpośrednim, ewentualnym, a nawet z lekkomyślnością. Nasuwało się pytanie, dlaczego użyto tu zwrotu „powinien był przewidzieć”, a w art. 14 określenia „mógł lub powinien przewidzieć”. W nowym kodeksie ujęcie jest jasne i proste: sprawca odpowiada za kwalifikujące następstwa, „jeżeli co najmniej powinien i mógł był je przewidzieć”. Tak więc nastąpiło zupełne zharmonizowanie z ujęciem niedbalstwa. Minimalnym wymaganiem jest to, żeby sprawca te następstwa conajmniej powinien i mógł był przewidzieć. Dodać tu należy jedno zastrzeżenie. Za takie kwalifikowane przez następstwa umyślne przestępstwo sprawca odpowiada o tyle, o ile nie ma możliwości przejścia na inny typ przestępstwa. Przypuśćmy, że sprawca chciał umyślnie zadać uszkodzenie na ciele i z tego wynikła nieumyślnie śmierć człowieka: wówczas z przepisu art. 157 k.k. (odpowiednik art. 230 § 2 k.k. z 1932 r.) będzie on odpowiadał tylko wtedy, gdy co do spowodowania śmierci nie

zachodzi zamiar ewentualny, w przeciwnym razie musiałby on odpowiadać z przepisu art. 148 k.k. (odpowiednik przepisu art. 225 k.k. z 1932 r.). Jeżeli natomiast chodzi o dłużej trwające pozbawienie wolności (art. 165 § 2; odpowiednik art. 248 § 2 k.k. z 1932 r.), to za taki kwalifikowany typ pozbawienia wolności sprawca będzie odpowiadał zarówno wtedy, gdy ta długotrwałość (więcej niż 14 dni) była wywołana umyślnie, jak i wtedy, gdy wynikła z lekkomyślności czy niedbalstwa. Brak bowiem przepisu odrębnego dotyczącego umyślnego długotrwałego pozbawienia wolności.

Omawiany przepis art. 8 jest ważny jeszcze z innego powodu. Kodeks karny z 1932 r. stwierdza, że zbrodnię można popełnić tylko umyślnie. Ale jeśli zapytamy, czy tak było rzeczywiście zawsze, to musimy dojść do odpowiedzi przeczącej. Przestępstwo z art. 248 § 2 k.k. z 1932 r. było zbrodnią, jako zagrożone karą więzienia do lat 10, sprawca zaś odpowiadał za tę zbrodnię już wtedy, gdy długotrwałość była spowodowana nieumyślnie, czyli z tytułu winy kombinowanej (*culpa dolo exorta*). Trzeba więc powiedzieć, że kodeks karny nie dociągnął sprawy do końca, przyjmując typ zbrodni, mimo że wina nie była tu już czystą winą umyślną. Nowy kodeks zlikwidował ten stan rzeczy: wszystkie przestępstwa kwalifikowane przez następstwa są występkami, nie są nigdy zbrodniami, a ponieważ występki można popełnić również z winy nieumyślnej, jeżeli ustawa tak stanowi (a ustawa właśnie w art. 8 stanowi, że te następstwa czynu obciążają sprawcę, jeżeli powinien i mógł je przewidzieć), więc w takiej sytuacji nie ma żadnego wewnętrznego zgrzytu między tymi przepisami a zasadą, że zbrodnię można popełnić tylko umyślnie.

Wspominam tylko o następnej zasadzie, według której w myśl postanowień określonych w kodeksie odpowiada ten, kto dopuszcza się czynu zabronionego po ukończeniu lat 17 — z dwoma zastrzeżeniami. Po pierwsze, w pewnych wyjątkowych wypadkach może nieletni po ukończeniu lat 16 odpowiadać przed sądem karnym za ciężkie zbrodnie przeciwko życiu, zbrodnię zgwałcenia, rozboju, zbrodnię przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu albo za umyślne spowodowanie ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia (art. 9 § 2), przy czym może tu być zastosowane nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 57 § 1). Po drugie, przewidziany jest również wyjątek w kierunku przeciwnym, tzn. można stosować za występki środki wychowawczo-poprawcze w stosunku do młodocianego, który nie ukończył jeszcze lat 18. Liczbowe granice wieku są czymś sztucznym, co może kolidować z rzeczywistym stanem rozwojowym sprawcy, jak również z odpowiednimi wskazaniami kryminalno-politycznymi.

Tym samym przeszedłbym już do ostatniego przepisu rozdz. I, który już spowodował dyskusję.

Niewątpliwie ustawodawca, redagując przepisy, dokonuje pewnych wycinków w zaszłych już kiedyś lub wyobrażonej przez niego rzeczywistości. Wycina pewne segmenty i z tego przy pomocy jakiegoś układu słów tworzy następnie typy przestępstw. Jednej rzeczy musi przestrzegać w całej pełni, a mianowicie tego, że nie mogą dwa różne przepisy regulować ten sam problem. Ale zachodzi jeszcze inna możliwość, że je-

den czyn wykazuje znamiona nie tylko jednego czynu zabronionego, ale znamiona więcej niż jednego takiego czynu zabronionego. Wynika to z tego, że ustawodawca wyodrębnił pewne elementy, życie zaś jest bujne, może najróżniejsze elementy rzeczy ze sobą skombinować. Czasem mówi się żartobliwie, że jeśli była jakaś wielka awantura, to zrealizowane zostało „pół kodeksu”. To — naturalnie — przesada, ale coś w tym jest. Chodzi o to, jak z tym problemem dać sobie radę.

Może zacznę od tego, że powiem, iż jest niemożliwością, aby ustawodawca przewidział wszystkie możliwości, w których jeden czyn podpada pod kilka przepisów ustawy. Mówimy, że ustawodawca nie może wykorzystywać wszystkich przepisów, bo wtedy kodeks karny liczyłby minimalnie tysiące aktualnych przepisów karnych. Może to zrobić tylko w pewnych wypadkach, czego nasze ustawodawstwo w zasadzie nie czyni. Można np. zredagować odrębne przestępstwo zabójstwa rabunkowego. Kodeksy sprzed 1932 r. przewidywały takie przepisy. Ustawodawstwo polskie operuje przestępstwem zabójstwa oraz przestępstwem rozboju. W konsekwencji powstaje problem, który trzeba rozwiązać. Znamy dwa takie rozwiązania. Jedno nosi nazwę „idealny zbieg przestępstw”. Jest ono dość rozpowszechnione, a polega na tym, że stosuje się w takich razach następującą zasadę: ile ocen jednego czynu, tyle czynów przestępnych. Ponieważ w jednym czynie mieszczą się znamiona zarówno jednego, jak i drugiego przestępstwa, przeto jest to przypadek dwu przestępstw w idealnym, nie realnym zbiegu. Bo w rzeczywistości nie ma dwu różnych czynów; istnieje tylko jeden czyn, a oceny tego czynu są wielokrotne ze względu na zbiegające się przepisy. Rozwiązanie to zostało zaatakowane głównie dlatego, że prowadzi do mnożenia rzeczywistości. Przestępstwo jest czynem realnym, a z tego, że jeden czyn podpada pod kilka przepisów, nie powstaje kilka czynów przestępnych, tylko naświetlenia tego jednego czynu są różne. Przy tym stanie rzeczy Makarewicz pod wpływem Liszta przyjął koncepcję, której wyrazem stał się przepis art. 36 k.k. z 1932 r. Ta koncepcja ma swoje dobre i złe strony, powstała więc kwestia, która strona przeważa. Jej dobrą stroną jest to, że nie przyjęto tu idealnego zbiegu przestępstw. Nie powiedziano, że zachodzi wtedy wielość przestępstw. Tak przedstawiała się strona dobra. Reszta, niestety, nie była stroną dobrą. Mianowicie nasuwało się pytanie, jakie jedno przestępstwo zostało wtedy popełnione. I ustawa powiada tu, że to, które jest zagrożone najsurowszą karą. Wyeliminowano więc wszystkie te znamiona czynu, które nie mieściły się w tym przyjętym typie przestępstwa. Ten proceder musiał budzić zastrzeżenia, skoro było to sfalszowanie rzeczywistości. Na przykład każde zabójstwo rabunkowe odnotowywało się w kartach karnych jako przestępstwo z art. 225 § 1, a przecież zachodzi chyba różnica między zabójstwem rabunkowym a zabójstwem z zazdrości. Element zamachu na mienie zniknął z pola widzenia, mimo że piętnował on to zabójstwo w sposób szczególny. Następnie, nie rozwiązywało to problemu. Można powiedzieć, że stosuje się przepis przewidujący najsurowszą karę, ale co wtedy, gdy oba przepisy przewidują taką samą karę? Mamy orzeczenie Sądu Najwyższego, który zetknął się z taką sytuacją i ustalił, że trzeba rozważyć, co tu jest główne, a co poboczne. Tylko że to sprawa bardzo problematyczna.

Pozwolę sobie dać przykład z k.k. z 1932 r. Przypuśćmy, że świadek

przed sądem fałszywie oskarża inną osobę o popełnienie przestępstwa. W grę wchodzi dwa przepisy (art. 140 i 143) — oba zagrożenia karne są identyczne (od 6 miesięcy do 5 lat więzienia). Co w tym wypadku jest główne, a co poboczne? Osobiście nie jestem w stanie odpowiedzieć. Pozostaje rzecz bardzo przykra, a mianowicie: wobec braku wszelkiego kryterium — dowolność wyboru. Mimo że było to zarówno fałszywe zeznanie, bo przecież świadek, który fałszywie zeznaje, nie musi nikogo oskarżać, a kto fałszywie oskarża, nie musi być świadkiem. A więc przepis art. 36 zawodził. Ale to jeszcze nie koniec, bo powstała dalsza kwestia. Przepis art. 36 kończy się znanymi słowami: „sąd stosuje przepis przewidujący najsurowszą karę, co nie stoi na przeszkodzie stosowaniu kar dodatkowych lub środków zabezpieczających przewidzianych w innych przepisach.” Pytam: w jakich innych przepisach? W tych nie zastosowanych, które zostały wyeliminowane? Proszę wybaczyć, ale z takim rozwiązaniem nie można się zgodzić. Nie pozostało więc nic innego, jak przyjąć konstrukcję, którą nazwałem kumulatywnym zbiegiem przepisów ustawy. Jeżeli jeden czyn podpada pod kilka przepisów ustawy, to jest to tylko jedno przestępstwo, co stwierdza wyraźnie przepis art. 10 k.k. w słowach: „jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo”. Sąd, skazując za jedno przestępstwo, składa znamiona różnych przepisów, które w danym wypadku zostały naruszone, czyli nie czyni nic innego niż to, co by musiał zrobić ustawodawca, gdyby chciał z dwóch przepisów zrobić trzeci przepis. W wypadku zabójstwa rabunkowego sprawca zostaje skazany za jedno zabójstwo rozbójnicze z art. 148 § 1 k.k. (art. 225 § 1 k.k. z 1932 r.) oraz z art. 210 § 2 k.k. (art. 259 k.k. z 1932 r.) i na tym koniec. Karę zasadniczą wymierza się z przepisu najsurowszego, a jeżeli wszystkie zastosowane przepisy przewidują identyczną karę, to nie ma problemu; kary dodatkowe i środki zabezpieczające wymierza się z wszystkich zastosowanych przepisów.

Spotkałem się w czasie dyskusji ze zdaniem, że takie ujęcie stanowi wielką komplikację, że dotychczas wszystko było bardzo proste, a obecnie to się zmieniło. Muszę powiedzieć szczerze, że absolutnie nie rozumiem, na czym polega komplikacja w stosunku do dotychczasowej sytuacji. Bo przecież zanim sędzia zastosował przepis art. 36, musiał przedtem również rozpatrzyć, jakie przepisy zostały naruszone, by móc ocenić, który przepis przewiduje najsurowszą karę. To samo musi zrobić i obecnie. Oczywiście nie twierdzę, że jeśli sędzia opuści jakiś przepis, który odegrał tu rolę całkiem marginesową, to należy mu z tego powodu robić zarzut. Te zasadnicze przepisy, które rzutują na charakter danego czynu, a pośrednio także i na sprawcę, muszą być wyczerpane. A poza tym jeśli słyszę, że to takie wielkie utrudnienie, to proszę mi wybaczyć, ale odpowiadam na to w ten sposób: czy ci wszyscy inni sędziowie w tych wszystkich krajach, gdzie obowiązują idealny zbieg przestępstw, nie muszą robić tego samego? Czyli sytuacja nie jest absolutnie groźna.

A teraz przykłady z nowego kodeksu. Mamy przepis ogólny o zagarnięciu mienia społecznego, o zagarnięciu zresztą nieco bardziej rozszfrowanym, niż to było dawniej. Następnie kodeks przewiduje zagarnięcie nazywane zagarnięciem pracowniczym, dalej — zagarnięcie mienia znacznej wartości, kradzież zuchwałą oraz kradzież z włamaniem. Je-

żeli np. pracownik magazynier przywłaszczył sobie mienie znacznej wartości, to zostanie skazany za zagarnięcie pracownicze mienia znacznej wartości z art. 200 i 201 k.k., bo jeden (art. 200) mówi o zagarnięciu pracowniczym, a drugi (art. 201) o zagarnięciu mienia znacznej wartości. Jeśli dojdzie do tego jeszcze i to, że się włamał, to trzeba będzie wymienić wówczas przepis art. 208. Karę wymierzy mu się z tego przepisu, który przewiduje najsurowszą karę, czyli z przepisu art. 201.

Trzeba tu tylko na jedną rzecz uważać: przepis o kumulatywnym zbiegu nie dotyczy tego, co nazywamy pozornym zbiegiem przepisów ustawy, którego w ogóle nie można regulować w żadnej ustawie i którego wyrazem są pewne maksymy, jakimi się posługujemy. A więc najpierw dyrektywa, że *lex specialis derogat legi generali*. Nie można zatem drogą kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy skazać na podstawie przepisów stanowiących *lex specialis* i *lex generalis*. Nie jest zawsze rzeczą zupełnie prostą ustalić, czy jakiś przepis stanowi *lex specialis*, czy też nie, ale to nie jest wina kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, tylko wiąże się ze sprawą przepisu szczególnego.

Druga maksyma — *lex primaria derogat legi subsidiariae*. Ta maksyma nabiera rumieńców życia w nowym kodeksie karnym z powodu odmiennego ujęcia art. 286 k.k. z 1932 r. (obecnie art. 246). Mianowicie art. 286 był bardzo różnie nazywany: workiem, pozeraczem, gumowym przepisem — wszystkie możliwe brzydkie przymiotniki były mu przypinane. I słusznie, bo on rzeczywiście pozerzał inne przepisy. W pewnym okresie spadała znacznie w Polsce statystyczna liczba przestępstw z art. 257, ale nie dlatego, że bardziej szanowano mienie społeczne, tylko wskutek kwalifikowania kradzieży pracowniczych z art. 286 § 2, co naturalnie spowodowało duży wzrost przestępstw urzędniczych. I tak było aż do wprowadzenia dekretów z 1953 r. Nowy kodeks poszedł po całkiem innej linii. Nowy przepis art. 246 co do swej istoty nie różni się od przepisu art. 286 k.k. z 1932 r., ale dodano mu znamieny § 4, według którego przepis tego nie stosuje się, jeśli czyn wyczerpuje znamiona innego przestępstwa. Czyli nadano mu charakter czysto subsydiarny, służący do wypełniania luk. Było to jedyne rozsądne rozwiązanie, aby, zachowując taki ogólny przepis, zredukować zakres jego działania. Powracając do problemu, przepis subsydiarny nigdy nie może się stać elementem kumulatywnego zbiegu.

Jest jeszcze trzecia maksyma, najbardziej subtelna: *lex consumens derogat legi consumptae*. Problem ten wciąż budzi wątpliwości. Parałem się z nim, z pewnością nie z pełnym powodzeniem, a to dlatego, że tu zawiodą wszystkie opisy. Jest to zagadnienie tzw. współukaranych czynów następnych albo współukaranych czynów poprzednich. Czy np. kasjer, który sobie przywłaszcza pieniądze, a następnie fałszuje księgi, popełnia dwa przestępstwa, czy też jedno przestępstwo? Związek tych przestępstw odgrywa bardzo decydującą rolę i te kwestie muszą być rozstrzygnięte.

Zagadnienie form popełnienia przestępstwa obejmuje usiłowanie, przygotowanie, podżeganie i pomocnictwo.

Co do usiłowania, to w pewnym zakresie nie dokonano żadnych zmian. Jak już wspomniałem, nowy przepis art. 7 ustala, że przestępstwo

umyślne zachodzi wtedy, kiedy sprawca ma zamiar popełnić czyn zabroniony, tj. gdy zachodzi *dolus directus vel eventualis*. Z tego względu użyte w przepisie określającym usiłowanie słowo „zamiar” jest zupełnie jednoznaczne: obejmuje ono zamiar zarówno bezpośredni, jak i zamiar ewentualny zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego. Karalność ustalono tak samo jak w k.k. z 1932 r., czyli przy wszystkich przestępstwach umyślnych. Otwarte pozostało pytanie, czy rzeczywiście przy wszystkich przestępstwach. Bo zachodzą wątpliwości, czy można przyjąć możliwość usiłowania — przynajmniej przy niektórych przestępstwach narażenia na niebezpieczeństwo, w szczególności w wypadkach, w których przewidziana jest karalność czynności przygotowawczej. A więc np. czy jest miejsce na usiłowanie przestępstwa z art. 215 § 1 k.k. z 1932 r. (art. 137 § 1 nowego kodeksu) wobec karalności przygotowania (art. 218 k.k. z 1932 r. — art. 142 nowego kodeksu).

Na temat usiłowania nie mam wiele do powiedzenia, gdyż w decydujących elementach nie zachodzą zasadnicze różnice, z wyjątkiem jednej tylko kwestii. Kodeks karny z 1932 r. używa przy określeniu usiłowania wyrazu „działanie”. Dało to asumpt do tego, aby wyłączyć możliwość usiłowania przez zaniechanie. Jest to znów problem sporny. W każdym razie nowy kodeks w miejsce słowa „działanie” wstawił zwrot „zachowanie się”, otwierając w ten sposób drogę do przyjęcia możliwości usiłowania przez — powiedzmy — tendencyjną bezczynność. Natomiast chciałbym przy tej sposobności zwrócić uwagę na jedną kwestię, wprawdzie bardziej formalną, ale za to nie pozbawioną znaczenia, bo wiążącą się z oczyszczeniem kodeksu z niejasności. Kodeks karny z 1932 r. używa w pewnych wypadkach wyrażenia „nie popełnia przestępstwa” (np. w art. 21 — obrona konieczna), natomiast przy wyższej konieczności — zwrotu „nie podlega karze”, a nie „nie popełnia przestępstwa”. W art. 17, gdzie jest mowa o niepoczytalności, posługuje się wyrażeniem „nie podlega karze”, a nie formułą „nie popełnia przestępstwa”. To od razu musiało nasunąć pytanie, kiedy słuszne jest użycie wyrażenia „nie podlega karze”, a kiedy — wyrażenia „nie popełnia przestępstwa”. Bo przecież możliwy jest tylko następujący stosunek: jeżeli ktoś nie popełnia przestępstwa, to automatycznie nie podlega karze, ale jeżeli ktoś nie podlega karze, to z tego nie musi wynikać, że nie popełnia przestępstwa, skoro związek normatywny między przestępstwem a karą może być rozbity pewnymi względami kryminalno-politycznymi. Jeżeli się powie, że nie podlega karze np. ten, kto usiłując popełnić przestępstwo, dobrowolnie zapobiegł jego dokonaniu — to jednak sprawca usiłował tu popełnić przestępstwo, popełnił przestępstwo, tylko następnie zapobiegł skutkom. Z punktu widzenia kryminalno-politycznego, aby zachęcić do tego rodzaju akcji ratunkowej, ustawodawca rezygnuje z karalności tego czynu, ale nie może ustalać, że nie popełniono przestępstwa. Bo jeżeli raz popełniono już przestępstwo, to nie ma siły, aby to przestępstwo wymazać tak jak z taśmy magnetofonowej.

W nowym kodeksie ta sprawa jest wyraźnie i jasno postawiona. Kodeks używa rzeczywiście w pewnych wypadkach wyrażenia „nie popełnia przestępstwa”, a w innych „nie podlega karze”. Mianowicie ilekroć czy to ze względów przedmiotowych, a więc ze względu na okoliczności wyłączające bezprawność czynu, czy to ze względu na okoliczności wy-

łączające winę, jak niepoczytalność, błąd itd., zachodzi brak przestępstwa, kodeks używa wyrażenia „nie popełnia przestępstwa”. Zniknął więc niefortunny zwrot „nie podlega karze” w przepisie art. 17 k.k. z 1932 r., który doprowadził do antynomii w naszym kodeksie karnym w tej postaci, że raz traktowało się czyn niepoczytalnego jako przestępstwo, innym razem jako nieprzestępstwo (art. 79). Natomiast wyrażenie „nie podlega karze” zostało zarezerwowane tylko dla tych wypadków, w których miało miejsce przestępstwo, ale z pewnych względów odpada karalność czynu. I dlatego znikło również np. takie dwuznaczne ujęcie w kodeksie z 1932 r. jak „nie odpowiada za usiłowanie”. Cóż bowiem znaczy „nie odpowiada za usiłowanie”? Czy tyle, że „nie popełnia przestępstwa”, czy też, że nie podlega karze? Nowy kodeks wyraża się jasno, że „nie podlega karze, kto dobrowolnie odstąpił od usiłowania lub zapobiegł powstaniu skutkowi przestępnemu”. Znajdzie to swój wyraz w formie końcowego orzeczenia, co wyraźnie podkreśla nowy k.p.k.

Bardzo interesujący, choć — rzecz jasna — znacznie węższy zakres działania ma przepis o przygotowaniu.

Było rzeczą nieco zdumiewającą, że kodeks z 1932 r. nie mówi ani słowa o przygotowaniu w części ogólnej, a dopiero w części szczególnej — w nielicznych wypadkach — mówi o karalności czynności przygotowawczej. Stąd zrodził się pogląd, że przygotowanie należy traktować jako *delictum sui generis*. Pozornie takie ujęcie nie pociąga za sobą ujemnych następstw, *de facto* jednak jest inaczej. Jeżeli ktoś wykonał czynność przygotowawczą, to wówczas to formalne przestępstwo odrębne jest dokonane. A jeżeli sprawca dobrowolnie odstąpił od dalszego działania? Na ten temat kodeks karny nie dawał nam żadnej odpowiedzi. Z ujęcia tego przestępstwa jako przestępstwa odrębnego i dokonanego wynikało, że wobec dokonanego przygotowania odstąpienie nie może już niczego zmienić w karalności czynu.

Nowy kodeks poszedł po jedynie słusznej linii, że przygotowanie jest pewnym etapem popełnienia przestępstwa, tak jak usiłowanie. A skoro jest etapem popełnienia przestępstwa, oczywiście jest to problem części ogólnej — tak jak tym problemem jest samo usiłowanie. Nie znaczy to bynajmniej (nikt też nigdy w Komisji Kodyfikacyjnej nie miał zamiaru posunąć się aż tak daleko), żeby zarówno usiłowanie, jak i czynność przygotowawczą karać w odniesieniu do wszystkich przestępstw. Podczas gdy usiłowanie jest zawsze karane, czynność przygotowawcza podlega karze tylko wtedy, kiedy w części szczególnej ta czynność przygotowawcza jako forma popełnienia przestępstwa została specjalnie wymieniona. Zrodziło to dalszą potrzebę jakiegoś określenia zakresu czynności przygotowawczej. Nie jest to sprawa łatwa, bo czynność przygotowawcza obejmuje szeroki zakres możliwych zachowań się (już poprzednio użyłem tego wyrażenia), od punktu zerowego poczynając, a na usiłowaniu jako zachowaniu się zmierzającym już bezpośrednio ku dokonaniu skończywszy. Wobec tego że pełny opis czynności przygotowawczej jest niemożliwy, wymieniono pewne typowe czynności przygotowawcze, a następnie postąpiono tak jak przy określeniu niektórych typów przestępstw, kiedy to najpierw podaje się przykłady, a potem dodaje się klauzulę ogólną, aby zamknąć w ten sposób cały zakres. Przepis art. 11 brzmi więc: „Przygotowanie zachodzi wtedy, gdy sprawca w celu po-

pełnienia przestępstwa (tu już odpada *dolus eventualis* — uw. moja W. W.) nabywa lub przysposabia środki, zbiera informacje, sporządza plan działania lub też (i tu wchodzi już klauzula ogólna — uw. moja W. W.) podejmuje inne podobne czynności, mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio ku dokonaniu”. To jest pierwsza postać czynności przygotowawczej, tzw. jednoosobowa konfiguracja. Druga postać czynności przygotowawczej — to tzw. wjełoosobowa konfiguracja, polegająca na „wejściu w porozumienie z inną osobą celem popełnienia przestępstwa.”

Czynności przygotowawcze podlegają karze tylko w bardzo nielicznych wypadkach przy ciężkich przestępstwach, jak np. w wypadku przestępstwa przeciwko podstawowym interesom społeczno-polityczno-gospodarczym lub przestępstwa wywołania niebezpieczeństwa powszechnego. Usiłowanie zagrożone jest taką samą karą jak dokonanie — co naturalnie bynajmniej nie znaczy, żeby efektywna karalność była taka sama — natomiast przygotowanie zagrożone jest karą łagodniejszą. Według przepisu art. 15 „nie podlega karze za przygotowanie, kto dobrowolnie od niego odstąpił”, ale dodano tu pewną restrykcję, i to chyba ważną. Założmy, że wyszło na jaw, iż sprawca przygotowywał popełnienie przestępstwa i będzie się później bronił, że owszem, przygotowywał, ale odstąpił od niego, co przecież nie musi być prawdą. Szuka się więc jakiegoś zewnętrznego przejawu tego, co mogłoby zamanifestować czy udokumentować, że miało miejsce odstąpienie. Stąd właśnie wspomniane zastrzeżenie w przepisie art. 15: „(...) kto dobrowolnie od niego odstąpił, w szczególności niszcząc przygotowane środki lub zapobiegając korzystaniu z nich w przyszłości”.

Zarówno przy przygotowaniu, jak i przy usiłowaniu zachodzą — jeśli chodzi o to dobrowolne odstąpienie — jeszcze dalsze zaostrożenia w części szczególnej. Mianowicie przy przestępstwach przeciwko podstawowym interesom społeczno-polityczno-gospodarczym odstąpienie od usiłowania i od przygotowania, jeśli ma spowodować niepodleganie karze, uzależnione jest od dalszego jeszcze warunku. Mianowicie w art. 128 dodano następujący warunek: „(...) i gdy sprawca ponadto zawiadomił organ powołany do ścigania przestępstw o wszystkich istotnych okolicznościach popełnionego czynu”.

Przechodzę teraz do kwestii ciekawszej, a mianowicie do problematyki podlegania i pomocnictwa. Nawiązę do kodeksu karnego z 1932 r., a mianowicie do jednej kwestii z tego kodeksu.

Kodeks karny z 1932 r. wyszedł z założenia, że w części ogólnej nie ma potrzeby mówić o sprawstwie, bo to, co można o tym powiedzieć, zawarte jest w przepisach określających typy przestępstw, które sformułowane są przecież w ten sposób, że w swej istocie obejmują czyny przestępne sprawcy (np. kto zabija człowieka, kto kradnie, przywłaszcza sobie itd.). Słusznie, ale tylko do pewnego stopnia. Konsekwencją takiego ujęcia było, że główny twórca kodeksu, Makarewicz, zaprzeczył potrzebie wprowadzenia pojęcia współsprawstwa, bo przecież współsprawstwo to nic innego jak tylko suma kilku sprawstw. Gdyby tak było, to istotnie nie zachodziłaby potrzeba operowania tym pojęciem. Ale my wiemy, że nie zawsze tak jest, że w szczególności przy przestępstwach nazywanych przestępstwami złożonymi, w których zakres wchodzi dwa czyny,



które dopiero razem skumulowane dają istotę czynu, następuje często tak zwany podział ról: jeden ze sprawców wykonuje jeden z tych czynów, a inny — drugi z tych czynów. Najlepszemu przykładu dostarcza tu rozbój, kiedy to jeden ze sprawców stosuje gwałt, a drugi zabiera cudze mienie ruchome. Powstaje wobec tego kwestia, kto tu jest sprawcą. Jeżeli sprawcę określa część szczególna, to w takim razie nie ma tutaj żadnego sprawcy, bo żaden z nich nie zrealizował zarówno zaboru, jak i stosowania gwałtu. Żeby tu dojść do pojęcia sprawcy, potrzebne jest pojęcie współsprawstwa, kiedy to, co jednemu brakuje do pełnego sprawstwa, uzupełnia drugi i — na odwrót. Innego wyjścia tutaj nie ma, czego najlepszym dowodem jest fakt, że chociaż kodeks karny z 1932 r. na ten temat milczy, to jednak praktyka sądowa operuje tym pojęciem zupełnie gładko.

Ten stan rzeczy wymagał zatem zmiany. Skoro jednak trzeba wprowadzić pojęcie „współsprawstwa”, to nie można pominąć pierwotnego pojęcia sprawstwa. Dlatego też kodeks z 1969 r. stanowi w art. 16 „Odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje przestępstwo sam albo wspólnie z inną osobą”. W ten sposób zostało tu podkreślone jednosprawstwo (sam wykonuje czyn) oraz współsprawstwo.

Rzecz jasna, jeden problem rodzi drugi, tutaj — w postaci niekiedy bardzo trudnego rozgraniczenia współsprawstwa i pomocnictwa. Ale na tym jeszcze nie koniec. Rodzi się więc pytanie, czy tylko ten jest sprawcą, kto sam lub wspólnie z inną osobą wykonuje przestępstwo? Czy nie może być sprawcą również ten, kto fizycznie nie przykłada się do popełnienia przestępstwa, jest jednak mózgiem tego przestępstwa, kieruje jego popełnieniem? Wiemy ze spraw różnych gangów i organizacji przestępczych, że główny kierownik siedzi za biurkiem (tzw. sprawca zza biurka), a przestępstwo zostaje dokonane przez odpowiednie grono innych osób. Komisja Kodyfikacyjna zajęła stanowisko (wydaje mi się — słuszne), że ten, kto jest mózgiem, jest również sprawcą, chociaż sam nie fizycznie nie czyni. Jeżeli zaś nie podzielimy tego stanowiska, to znów fałszujemy rzeczywistość, degradując takiego sprawcę do roli pomocnika; stawiamy wtedy sprawę na głowie, bo nie on jest pomocnikiem, raczej oni są jego pomocnikami. I dlatego w przepisie art. 16 kodeksu zawarty jest dodatek, że sprawcą jest również ten, „kto kieruje wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego”. To ujęcie, które jest wzięte z projektu z 1963 r. (do którego osobiście przyłożyłem rękę), daje znów, niestety, podstawę do interpretacji — której bym nie chciał, żeby się przyjęła, ale co do której nie wiem, czy będzie można jej zapobiec — a mianowicie do pewnego szerszego pojmowania tego kierowania czynem zabronionym innej osoby. Chodzi tu o tzw. sprawcę pośredniego. Jest to konstrukcja, którą Makarewicz i kodeks karny z 1932 r. chciał wyplenić, nie zawsze z powodzeniem. Najprościej byłoby posłużyć się przykładem nieporozumienia wykonawcy czynu zabronionego, ale świadomie wybiorę inny przykład, że ktoś drugą osobę wprowadził w błąd, polecając jej udanie się do piwnicy, aby porąbać w niej wszystkie stare graty, jakie się tam znajdują. W piwnicy tej są graty zleceniodawcy oraz graty cudze. Zleceniobiorca wykonuje zadanie. Sprawca fizyczny jest przekonany, że uprawniona osoba dała mu to polecenie. A kim jest zleceniodawca, który sam nie jest sprawcą? I tu dochodzi do głosu właśnie to tzw. spraw-

stwo pośrednie, że jakoby przez tę inną osobę, która nie odpowiada, gdyż jest w błędzie, popełniono przestępstwo uszkodzenia lub zniszczenia cudzego mienia. Trudność ta powstaje tym bardziej, że przy podżeganiu pozostawiono — nie wiem, czy słusznie — określenie z kodeksu karnego z 1932 r.: „Kto nakłania inną osobę do dokonania czynu zabronionego”. Powstaje teraz pytanie, czy wprowadzenie drugiej osoby w błąd jest nakłanianiem? Przecież przez nakłanianie — przynajmniej w języku potocznym — rozumiemy coś innego niż wprowadzenie drugiej osoby w błąd. Jeżeli przez nakłanianie będziemy rozumieli również wprowadzenie w błąd, to nie jest nam potrzebny sprawca pośredni, bo wtedy ten, który dał polecenie, będzie podżegaczem, a ten drugi fizycznym sprawcą, bez winy przy tym, co jednak nie przeszkadza możliwości ukarania tego pierwszego. Jeżeli natomiast zajmiemy stanowisko, że on nie nakłaniał, gdyż nie było to nakłanianie, ale wprowadzenie w błąd, to możliwość przejścia na podżeganie odpada i nasuwa się wówczas ta postać kierowania wykonaniem przez inną osobę.

Na to niebezpieczeństwo zwracam dużą uwagę. Trzeba sobie zdawać sprawę z tego, w jakich warunkach zrodziło się pojęcie sprawstwa pośredniego, które kiedyś ktoś dowcipnie nazwał, że jest to pojęcie „z zakłopotania”. Stworzyła je nauka niemiecka w wyniku obowiązujących przepisów, opierających się na założeniu daleko idącej zależności odpowiedzialności podżegacza i pomocnika od odpowiedzialności sprawcy, czyli tzw. zależności krańcowej, która wychodziła z założenia, że podżegacz i pomocnik to tylko udziałowcy w cudzym przestępstwie sprawcy. Z tego względu z chwilą, gdy po stronie sprawcy odpada przestępstwo, nie może być w tym przestępstwie udziału innych osób. Skoro się okazało, że sprawca główny był w błędzie czy też był niepoczytalny, to nie popełnił on przestępstwa, a wobec tego również i podżegacz — w szczególności chodziło tu o podżegacza — nie może odpowiadać, gdyż nie był udziałowcem w przestępstwie sprawcy. Wymyślono więc pojęcie sprawstwa pośredniego, aby móc ukarać podżegacza, który jako taki nie może odpowiadać, skoro w tych wypadkach nie może być mowy o udziale w cudzym przestępstwie sprawcy, ale może odpowiadać jako sprawca, który przez inną osobę — narzędzie popełnił przestępstwo.

Kodeks karny z 1932 r. zerwał z pojęciem zależności winy podżegacza i pomocnika od winy sprawcy, usamodzielił to podżeganie i pomocnictwo. Podżegaczem i pomocnikiem nie jest człowiek, który bierze udział w cudzym przestępstwie; popełnia on własne przestępstwo nie w formie sprawstwa, tylko w formie podżegania bądź pomocnictwa. Sprawstwo, podżeganie i pomocnictwo — to trzy równorzędne postacie popełnienia przestępstwa. A jeśli ta konstrukcja, która zresztą przynosi chlubę nauce polskiej, została zachowana w nowym kodeksie karnym, to nie należy tworzyć niepotrzebnie takiej zależności między podżegaczem i pomocnikiem a sprawcą, z której zrodziło się pojęcie sprawstwa pośredniego.

Zanim przejdę do sprawy, która będzie może bardziej interesująca, wspomnę jeszcze krótko, że podżeganie — tak jak tego domagało się kiedyś orzecznictwo — ujęte jest w ten sposób, iż jako podżegacz odpowiada ten, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, a więc działając *cum dolo directo*, nakłania ją do tego, natomiast przy

pomocnictwie przyjęto możliwość działania zarówno *cum dolo directo*, jak i *cum dolo eventuali*. Pomocnictwo jest ujęte w ten sposób, aby — po pierwsze — tym wszystkim, na których spadł obowiązek wykładania logiki, odebrać wreszcie przykład rażącej tautologii, jakiej dopuścił się kodeks karny z 1932 r. deklarując, że pomocnikiem jest ten, kto udziela pomocy. Przy określaniu pomocnictwa postąpiono podobnie jak przy określaniu przygotowania, użyto więc pewnych określeń kazuistycznych (jak dostarczanie środków, udzielanie rady lub informacji), dodając zarazem klauzulę ogólną w postaci: „lub też w inny podobny sposób ułatwia popełnienie czynu”.

Przejdźmy teraz do problemu bardziej spornego. Zdaję sobie sprawę, że wielkiego aplauzu tu nie otrzymam, tym bardziej że osobiście przyłożyłem rękę do tego unormowania, o którym za chwilę.

Przypominam, że kodeks karny z 1932 r. w niefortunny sposób ujął zagadnienie podżegania i pomocnictwa do popełnienia przestępstw indywidualnych. Od chwili wejścia w życie tego kodeksu zagadnienie to stało się w najwyższym stopniu kontrowersyjne. Główny twórca kodeksu bronił stanowiska trudnego do utrzymania, że w zasadzie podżeganie i pomocnictwo do popełnienia przestępstw indywidualnych jest bezkarne, chyba że ustawa wyraźnie stanowi inaczej. Takie odmiennie unormowanie nastąpiło już w Komisji ministerialnej, przez którą przeszedł projekt, w postaci przepisu art. 293 stanowiącego, że kto nakłania urzędnika do popełnienia przestępstwa urzędniczego lub udziela mu pomocy do popełnienia takiego przestępstwa, ten podlega karze jako podżegacz lub pomocnik. Unormowanie to nie dotyczyło szeregu innych przestępstw zawartych w kodeksie karnym. Wywołało to sytuację dość skomplikowaną. W 1938 r. Sąd Najwyższy wydał jedną z nielicznych zasad prawnych, która obaliła koncepcję Makarewicza i stwierdziła, że podżeganie i pomocnictwo do popełnienia przestępstw indywidualnych jest zawsze karalne, nie tylko więc przy przestępstwach urzędniczych.

W Polsce Ludowej powstały w związku z tym nowe zagadnienia, spowodowane koniecznością odróżnienia dwu typów przestępstw indywidualnych, które konwencjonalnie nazwane zostały tzw. przestępstwami indywidualnymi właściwymi i niewłaściwymi. Przez przestępstwa indywidualne właściwe rozumie się te przestępstwa, które w typie zasadniczym, podstawowym mogą być popełnione tylko przez osoby szczególnie kwalifikowane, jak np. przestępstwo z art. 286, które to przestępstwo może popełnić tylko urzędnik bądź osoby wymienione w art. 292 k.k. z 1932 r. oraz w art. 46 m.k.k. Oprócz tych przestępstw indywidualnych właściwych mamy drugą kategorię przestępstw indywidualnych, w których ten szczególnie kwalifikowany podmiot występuje dopiero w typie kwalifikowanym, to znaczy że przestępstwo w typie zasadniczym może popełnić każdy, natomiast jeżeli popełni je osoba szczególnie kwalifikowana, to stanowi to typ kwalifikowany przestępstwa. Tak więc np. art. 242 § 1 k.k. z 1932 r. przewiduje karę dla tego „kto naraża życie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo”, a w § 2 podwyższa karę, „jeżeli sprawca ma szczególny obowiązek troszczenia się lub nadzoru w stosunku do narażonego na niebezpieczeństwo”. Sprawcą pierwszego przestępstwa z przepisu art. 242 § 1 może być każdy, sprawcą zaś z przepisu § 2 może być tylko osoba szczególnie kwalifikowana. Na gruncie

kodeksu karnego z 1932 r. obowiązywał przepis art. 291, według którego w stosunku do urzędnika, który podczas lub w związku z urzędowaniem popełnił jakiegokolwiek przestępstwo, można było podwyższać karę o 50%, czyli były to tzw. przestępstwa urzędnicze niewłaściwe.

Całe to zagadnienie nabrało szczególnych rumieńców życia na gruncie ustawy z 1959 r. o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko własności społecznej, gdzie w przepisie art. 2 mowa jest o zagarnięciu mienia społecznego przez osobę sprawującą zarząd albo przez osobę odpowiedzialną za ochronę, przechowanie lub zabezpieczenie mienia społecznego w związku z zajmowanym stanowiskiem albo sprawowaną funkcją. Każdy, kto zagarnia mienie społeczne, popełnia przestępstwo z art. 1 tej ustawy. Jeżeli sprawcą jest osoba, na której ciąży ten szczególny obowiązek troski o mienie społeczne, to popełnia ona przestępstwo kwalifikowane zagarnięcia mienia społecznego z odpowiednio wyższą karą. I tu powstał problem, który można było śledzić w orzecznictwie oraz w glosach do orzeczeń. A mianowicie, jak należy postąpić, gdy tego przestępstwa z art. 2 § 1 dopuściła się rzeczywiście osoba szczególnie kwalifikowana, pomagała zaś jej osoba, która nie jest szczególnie kwalifikowana? Z jakiego przepisu ma ona odpowiadać jako pomocnik: czy z przepisu art. 2, czy też z przepisu art. 1. Rozgorzał spór, pojawiły się diametralnie różne rozwiązania. Jedne zmierzały do tego, by pomocnika, chociaż on tej szczególnej kwalifikacji nie ma, karać z przepisu surowszego, przewidzianego dla osób o szczególnej kwalifikacji, drugie zaś — wręcz odwrotnie: opowiadały się za tym, że należy go karać z przepisu ogólnego, przewidującego łagodniejszą karę. W tej polemice brałem osobiście udział, publikując artykuł w „Przeglądzie Wojskowym”.

Powyzsze zagadnienie zostało rozstrzygnięte w nowym kodeksie. Czytamy tam w przepisie art. 19 § 2, co następuje: „Jeżeli szczególna właściwość sprawcy stanowi znamię przestępstwa, wpływające chociażby tylko na wyższą karalność, osoba, która wiedząc o tej właściwości nakłania sprawcę do czynu lub udziela mu pomocy, odpowiada jako podżegacz lub pomocnik, nawet jeżeli właściwości takiej sama nie miała”. Przepis jest zupełnie jasny i niedwuznaczny. Ustala on dwie sprawy. Zarówno przy przestępstwach indywidualnych właściwych, jak i przy przestępstwach indywidualnych niewłaściwych podżegacz i pomocnik do popełnienia takiego przestępstwa indywidualnego właściwego i niewłaściwego odpowiadają z przepisu, z którego odpowiada sprawca tego czynu, pod jednym warunkiem: musi on wiedzieć, że jest to osoba, na której ciąży ten szczególny obowiązek, który staje się podstawą kwalifikacji czynu. Co uzasadnia takie rozwiązanie? Chodziło o jakąś wewnętrzną logikę. Wszyscy zgodzili się z tym, że za przestępstwo indywidualne właściwe odpowiadać musi podżegacz i pomocnik, chociaż ani jeden, ani drugi nie jest zupełnie kwalifikowany do tego, żeby stać się sprawcą tego przestępstwa. Należy zwrócić uwagę na obowiązek nieprzekroczenia władzy, jak mówi kodeks w art. 286, a jak dziś powiemy: obowiązek nieprzekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązku. Wprowadźcie ten obowiązek ciąży tylko na sprawcy, a nie na podżegaczu czy pomocniku, jednakże podżegacz nakłania do przeła-

mania tego obowiązku, a pomocnik pomaga do przełamania go, i z tego tytułu podlegają karze, chociaż sami sprawcą być nie mogą.

Jeżeli sobie to uzmysłowimy, to wydaje mi się, że musimy być konsekwentni przy rozważeniu przestępstw drugiej grupy, mianowicie przestępstw indywidualnych niewłaściwych. Co prawda, w typie zasadniczym sprawcą może tu być każdy, ale w typie kwalifikowanym tylko jakiś węższy krąg osób określonych w ustawie. Jeżeli więc podżegacz nakłania taką osobę należącą do tego węższego kręgu, na której ciąży szczególnie obowiązek, albo jeżeli pomocnik pomaga takiej osobie, na której ciąży szczególnie obowiązek, to na jakiej podstawie mielibyśmy w tym wypadku karać ich tylko z typu zasadniczego, skoro nakłaniają oni czy pomagają nie tylko do czynu zabronionego w typie podstawowym, ale również do przełamania tego szczególnego obowiązku, który decyduje o kwalifikacji czynu? Wydaje się, że jeżeli ktoś zajmuje stanowisko, iż w tych wypadkach przestępstw indywidualnych niewłaściwych powinno się tylko sprawcę karać z przepisu surowszego, a podżegacza i pomocnika z przepisu łagodniejszego, to podcina gałąź, na której siedzi, bo z tego może wyniknąć tylko jedna konsekwencja, mianowicie to, że podżeganie i pomocnictwo do popełnienia przestępstw indywidualnych właściwych powinno być bezkarne. Innego wyjścia logicznego z tej sytuacji nie ma. I chyba to właśnie zadecydowało o rozstrzygnięciu w ten sposób spornego zagadnienia. Prawidłowe zrozumienie przepisu art. 19 § 2 nowego kodeksu ułatwia kontrastujący przepis art. 17. Odróżnia on od właściwości sprawcy, stanowiących znamię przestępstwa, okoliczności ściśle osobiste, które nie stanowią znamienia przestępstwa, wyłączając natomiast (jak np. niepoczytalność czy błąd), łagodzą (jak np. ograniczona poczytalność) albo zaostrzają (jak np. powrót do przestępstwa) odpowiedzialność. Takie okoliczności uwzględnia się tylko wobec osoby, której dotyczą, natomiast nie rzutują one na odpowiedzialność innych uczestników.

Ograniczone rozmiary moich wypowiedzi zmuszają do pominięcia szczególnie ciekawego — z punktu widzenia teoretycznego — zagadnienia podżegania i pomocnictwa do przestępstw nieumyślnych, co wymagałoby jednak szerszego rozwinięcia.

Dodam jeszcze, że nowy kodeks uzupełnił przepisy o podżeganie i pomocnictwie postanowieniem, którego brak w kodeksie karnym z 1932 r. dawał się wyraźnie odczuwać. W związku bowiem z usiłowaniem k.k. z 1932 r. stanowi w art. 24 § 1, że sąd za usiłowanie wymierza karę w granicach przewidzianych dla danego przestępstwa, natomiast w rozdziale o podżeganie i pomocnictwie nie ma wzmianki o wymiarze kary za podżeganie i pomoc. Makarewicz wyszedł widocznie z założenia, że to się rozumie samo przez się. Można jednak mieć co do tego wątpliwości. W każdym razie nowy kodeks zajął tu inne stanowisko i powtórzył — analogicznie jak przy usiłowaniu — że sąd wymierza karę za podżeganie i pomocnictwo w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa.

Przechodzę do rozdziału III. O pewnych kwestiach będę mówił trochę więcej, a o innych tylko marginesowo, gdyż wprowadzone tam zmiany nie są tak zasadniczej natury. I tak co się tyczy obrony koniecz-

nej (art. 22), to zwrot „dobro własne lub cudze” (który sądy międzywojenne wyzyskały w procesie brzeskim) zastąpiono wyrażeniem „dobro społeczne lub jakiegokolwiek dobro jednostki”. Wynika stąd, że obrona konieczna została rozszerzona wyraźnie na pomoc konieczną przy zaatakowaniu dobra społecznego. Ważniejsze jest jednak dodanie do art. 22 przepisu § 2, który brzmi: „Działa w obronie koniecznej w szczególności ten, kto występuje w celu przywrócenia porządku lub spokoju publicznego, chociażby to nie wynikało z obowiązku służbowego”. Nietrudno się domyślić, że chodzi tu w szczególności o dwie sprawy: o bójkę i tzw. likwidatorów bójek oraz o chuligańskie zamachy i o zachęcenie obywateli, aby nie chorowali na znieczulicę i włączali się do likwidacji takich zajęć. Przepis ten może budzić pewne wątpliwości dlatego, że zachodzi pytanie, czy był on potrzebny. Wydaje się bowiem, że wszystko to, co powiedziano w § 2, wynika już z § 1. Przecież prawo do obrony koniecznej przysługuje w razie zamachu bezprawnego na jakiegokolwiek dobro społeczne (lub jednostki), tym samym więc legalna jest pomoc konieczna w razie zamachu na porządek lub spokój publiczny. Że tego rodzaju interwencję obywatela musi cechować pewien umiar, wynika to z przepisu § 3, traktującym o przekroczeniu granic obrony koniecznej.

Art. 23 dotyczy stanu wyższej konieczności. Spotykamy tam pewne słuszne poprawki redakcyjne, zwłaszcza gdy chodzi o osoby, które mają szczególny obowiązek chronić zagrożone dobro nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste. Rzecz oczywista, wyrażenie „nie podlega karze” zastąpiono zwrotem „nie popełnia przestępstwa”, jako że wyższa konieczność jest okolicznością wyłączającą przestępność czynu.

Ciekawszy jest problem błędu. Można by na ten temat dużo mówić. Nie było większych zastrzeżeń co do przepisu art. 20 § 1 k.k. z 1932 r., natomiast cała literatura obracała się dokoła przepisu art. 20 § 2, dotyczącego błędu co do bezprawności czynu. Wystąpiły tu różne wykładanie i koncepcje, zwalczające się wzajemnie, a wszystko to razem wykazywało, że przepis art. 20 § 2 jest w tej formie nie do utrzymania i że trzeba tę sprawę wyraźnie uregulować. Wprawdzie błąd co do bezprawności nie jest takim zjawiskiem, które występuje zbyt często, ale natrafiamy na przepisy czysto reglamentacyjne, kiedy zagadnienie błędu staje się aktualne. Zarysowały się tu dwie przeciwstawne sobie koncepcje. Jedna koncepcja (nazwałbym ją ekstremistyczną), która w nauce niemieckiej uzyskała nazwę *Vorsatztheorie*, wychodzi z założenia, że przestępstwo umyślne zachodzi wyłącznie wtedy, gdy sprawca nie tylko jest świadom wszelkich znamion określających czyn zabroniony, ale również ma świadomość tego, że mu tak postępować nie wolno, a więc gdy ma świadomość bezprawności swego czynu. Konsekwencją tego ujęcia jest to, że jeżeli tej świadomości bezprawności nie ma, to istnieje tylko możliwość przejścia na przestępstwo nieumyślne, pod warunkiem oczywiście, że ustawa zna odpowiednie przestępstwo nieumyślne. Nasuwa się tu poważne zastrzeżenie tej treści, że dodanie do przestępstw umyślnych korespondujących przestępstw nieumyślnych odbywa się pod całkiem innym kątem widzenia, a nie pod kątem widzenia uwzględnienia ewentualnego błędu co do bezprawności, mianowicie tylko błędu co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego. Nie dlatego

występuje obok przepisu art. 225 k.k. z 1932 r. przepis art. 230 k.k. z 1932 r., że sprawca mógł nie wiedzieć, że nie wolno zabijać, ale dlatego, że mógł nie wiedzieć, iż czynem swym zabija człowieka.

Druga teoria, nosząca w nauce niemieckiej nazwę *Schuldtheorie*, poszła po linii pewnego kompromisu. Nie potrzeba więc do odpowiedzialności za przestępstwo umyślne świadomości bezprawności, jednakże musi istnieć możliwość zdobycia tej świadomości. Jeśli tej możliwości nie ma, odpada wszelka odpowiedzialność. Jeśli natomiast ta możliwość zachodzi, a sprawca o bezprawności czynu nie wiedział, to odpowiada nie za przestępstwo nieumyślne, ale za przestępstwo umyślne, przy czym ten błąd co do prawa, jak go często nazywamy, może być podstawą nadzwyczajnego złagodzenia kary za przestępstwo umyślne. Dodaje, że zwolennikiem tej czystej *Vorsatztheorie* był właśnie Makarewicz, z którym musiałem na ten temat polemizować. W przepisie art. 20 § 2 k.k. z 1932 r. powiedziano: „Sąd może uwzględnić usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu jako podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary”. Z takim ujęciem trudno się było zgodzić. Jeżeli ta nieświadomość była usprawiedliwiona, znaczy to, że sprawca nie mógł sobie uświadomić tej bezprawności, i wówczas odpada podstawa ukarania. Jeżeli natomiast ta nieświadomość była nie usprawiedliwiona, tzn. że przy odpowiedniej ostrożności i zastanowieniu się sprawca mógł dojść do tego, iż to, co chce uczynić, jest zakazane — to w ramach koncepcji *Vorsatztheorie* nadzwyczajne złagodzenie kary trafiało w próżnię, bo ono dotyczyło złagodzenia kary za przestępstwa nieumyślne, które w zasadzie są zagrożone taką karą (aresztem lub grzywną), że przepis art. 59 stawał się zbędny.

Nowy kodeks poszedł po linii, którą teoria niemiecka nazwała *Schuldtheorie* i dlatego znajdujemy tam następujący przepis: „Nieświadomość bezprawności czynu nie wyłącza odpowiedzialności, jeśli sprawca mógł błędnie uniknąć”. A więc jeżeli nie mógł błędnie uniknąć, to w ogóle nie odpowiada ani za przestępstwo umyślne, ani za przestępstwo nieumyślne. Jeśli natomiast była to z jego strony pewna nieogledność — ze względu na to, że miał możliwość zdobycia tej świadomości — to odpowiada za przestępstwo umyślne. Ale przepis § 3 dodaje, że do sprawcy tego przestępstwa umyślnego sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Skoro chodzi tu o przestępstwo umyślne, nadzwyczajne złagodzenie kary jest technicznie możliwe do przeprowadzenia.

A teraz — jako ostatnia kwestia — zagadnienie niepoczytalności, zmniejszonej poczytalności i sprawa nadużycia alkoholu.

Tu również był cały problem, jak z tej sprawy wybrnąć. Kodeks karny z 1932 r. uregulował tę kwestię niewystarczająco w przepisie art. 17 § 2, wobec czego Sąd Najwyższy wydał Wytyczne wymiaru sprawiedliwości z roku 1950, które nastawiły przepis § 2 na działanie *cum dolo eventuali*. Komisja Kodyfikacyjna stanęła przed trudnym problemem, bo z jednej strony pewne konieczności życiowe każą walczyć z przejawami nadużycia alkoholu, szczególnie kiedy przybierają one kształt czynów przestępnych, a z drugiej istnieją pewne trudności od strony winy, gdy sprawca jest albo niepoczytalny, albo jego poczy-

talność jest w znacznym stopniu ograniczona. Koncepcje są tu różne; jedna — to konstrukcja tzw. *Rauschdeliktu*, swego czasu lansowana a polegająca na tym, że karze się za osobne przestępstwo pijaństwa, jeżeli w tym stanie zamroczenia sprawca dopuścił się czynu zabronionego. Teoretycznie, koncepcja ta jest łatwiejsza dlatego, że sprawca nie odpowiada za to, co w stanie upojenia uczynił, gdyż jego niepoczytalność wyłącza winę, a tylko za to, że się upił. Natomiast poważne niedogodności wiążą się tu z dostosowaniem ustawowego wymiaru kary do tego, co może popełnić człowiek, który znajduje się w stanie opilstwa; może on obrazić na czci lub naruszyć nietykalność cielesną, a nawet może zabić człowieka.

Projekt z 1963 roku wybrał drogę *Rauschdeliktu* i był za to krytykowany. Toteż w następnym zespole zrezygnowano z tego ujęcia i postawiono sprawę jasno, iż trzeba tu przyjąć odpowiedzialność obiektywną wobec osób, które w stanie opilstwa popełniają czyny zabronione. Uwzględniając zarówno niepoczytalność, jak i ograniczoną poczytalność wywołaną odurzeniem przepis art. 25 § 3 k.k. stanowi: „Przepisów § 1 (tj. że nie popełnia przestępstwa, kto w chwili czynu jest niepoczytalny — uwaga moja W. W.) i § 2 (tj. że można zastosować nadzwyczajnie złagodzenie kary, jeżeli poczytalność była w znacznym stopniu ograniczona — uwaga moja W. W.) nie stosuje się, gdy sprawca wprowadził się w stan odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć”. Warunkiem odpowiedzialności za to, co sprawca uczynił w stanie zatrucia alkoholem, jest więc jedynie, żeby przewidywał lub mógł przewidzieć stan niepoczytalności czy ograniczonej poczytalności, natomiast nie odgrywa roli subiektywna relacja do tego, co w tym stanie uczynił. Odpowiedzialność karna, karalność — kształtuje się według tego, co uczynił, jaki typ czynu zabronionego urzeczywistnił.

MARIAN CIEŚLAK

## Sytuacja prawna obrońcy w świetle nowego ustawodawstwa polskiego

I. Prawo oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy podniesione zostało w naszym systemie do rangi zasady konstytucyjnej, co jest wyrazem szczególnego znaczenia, jakie do tej sprawy przywiązuje ustawodawca polski. W myśl art. 53 pkt 2 Konstytucji PRL z 1952 r. oskarżonemu poręcza się prawo do obrony, przy czym może on mieć obrońcę z wyboru lub z urzędu. Jest jednak rzeczą oczywistą, że oskarżony może