

ELŻBIETA DARMOROST-SIEROCIŃSKA (Warszawa)

## **Odpowiedzialność karna w dawnych kodyfikacjach norweskiej i polskiej. Próba ujęcia porównawczego**

W pierwszej połowie XX w. pojawiły się w Europie dwie nowoczesne kodyfikacje karne: Nowy kodeks karny norweski z 1902 r. (dalej: *Nkk.*) oraz polski kodeks karny z 1932 r. (dalej: *kk.*). Ich nowatorskie rozwiązania stanowiły podwaliny dla rozwoju współczesnego prawa karnego. O kodeksie karnym Norwegii z 1902 r. pisał już w 1916 r. Wacław Makowski, iż posiadał on: „ustaloną opinię reformy śmiałej i pod wieloma względami słusznej, a mimo wad – polegających głównie na nie dość ściśłem określeniu istoty poszczególnych «czynów karalnych» – zawiera głównie w części ogólnej szereg pierwszorzędnych zalet”<sup>1</sup>. Polski kodeks karny z 1932 r., którego głównym architektem był prof. Juliusz Makarewicz, uznany został za najlepszy w ówczesnej Europie i za jeden z najlepszych w świecie. Należy również zauważyć, iż niektóre rozwiązania *kk.* zbieżne były z rozwiązaniami *Nkk.*, inne myśl norweską przewyższały. Przystępując do prac nad projektem *kk.*, członkowie Komisji Kodyfikacyjnej zapoznawali się z nowymi ówczesznie inicjatywami ustawodawczymi w zakresie prawa karnego materialnego, uznając za konieczne „dokładne zbadanie stanu kodyfikacji karnej nowoczesnej”<sup>2</sup>. Do tych prac zaliczano projekty: kodeksu Rzeszy Niemieckiej, austriacki, szwajcarski oraz kodeks karny Norwegii.

Niniejsza praca ma na celu wskazanie tych zalet, w zakresie podstaw odpowiedzialności karnej, kodeksu karnego Norwegii z 1902 r., które pozwoliły uznać go za ustawę karną cieszącą się opinią „reformy światłej”, oraz rozwiązań polskiego kodeksu, które zbieżne były z myślą norweską, a także tych,

---

<sup>1</sup> W. Makowski, *Nowy kodeks karny norweski. Przekład części ogólnej, przegląd postanowień szczegółowych i uwagi*, w: *Materiały do Kodyfikacji Prawa Karnego opracowane przez Sekcję Karną Towarzystwa Prawniczego w Warszawie, Zeszyt I, Warszawa 1916, s. 5-6.*

<sup>2</sup> *Ibidem*, s. 6.

które ją prześcięły i pozostają aktualne do dnia dzisiejszego. Na tle ówczesnego prawa karnego, omawiane kodyfikacje wyróżniały następujące cechy: odrzucenie trójpodziału przestępstw na rzecz podziału dychotomicznego; „wyjęcie” poza zakres przedmiotowy kodeksów wykroczeń; oparcie odpowiedzialności karnej na zasadach subiektywizmu, indywidualizmu i humanizmu.

Przyjęcie dwupodziału czynów zabronionych było rozwiązaniem nowatorskim, bowiem w ówczesnym prawie karnym od czasów francuskiego *Code penal* z 1810 r. „królował” trójpodział przestępstw. Obie kodyfikacje, przełamując jego niepodzielną moc, opowiedziały się za podziałem przestępstw na: zbrodnie i występki. Czyny zabronione o najmniejszej społecznej dolegliwości zostały pominięte przez prawo karne materialne, co umożliwiło rozwój odrębnej gałęzi prawa.

Konsekwencją powyższego dla kodeksu karnego norweskiego był jego układ. Kodeks został podzielony na trzy części: ogólną oraz dwie szczególne, II – zbrodnie, III – występki. Skutkiem tego było powtórzenie, w dużej mierze, przez obie części szczególne tego samego przedmiotu ochrony<sup>3</sup>. Należy również podkreślić za W. Makowskim, że systematyka *Nkk.* przypominała system polskiego Kodeksu Karzącego z 1818 r., który zawierał „Wstęp ogólny” odnoszący się do całości ustawy oraz dzielił się na trzy księgi – każdą poświęcono odrębnej kategorii przestępstw: zbrodniom, występkom oraz wykroczeniom (zwanym „przewinieniami policyjnymi”).

Dychotomiczny podział przestępstw polskiego kodeksu karnego oparty był na kryterium winy, uzupełnionym o dodatkowe kryterium – sankcję karłą. Należy zauważyć, iż na początku prac ustawodawczych za przyjęciem tego rozwiązania opowiadał się tylko prof. Juliusz Makarewicz. Uważał, że zapewni to zharmonizowanie przestępstwa z winą, stanowić będzie konsekwencję podziału na dwie formy: winy oraz podstawowej kary pozbawienia wolności. Było to stanowisko odosobnione, gdyż większość członków Komisji Kodyfikacyjnej opowiedziała się za „zgromadzeniem” w kodeksie karnym wszystkich czynów karygodnych zagrożonych karą. Sądzieli oni, iż nie będzie możliwe orzekanie kary na podstawie innych przepisów niż kodeks karny. Po długich dyskusjach zmienili decyzję, dzieląc argumenty J. Makarewicza. Wykroczenia zostały wyłączone z zakresu rzeczowego kodeksu karnego. Stosownie do powyższego, zgodnie z art. 12 *kk.* przestępstwa zostały podzielone na zbrodnie i występki. Zbrodniami były przestępstwa zagrożone karą śmierci lub więzienia powyżej lat 5, zaś występki – zagrożone zasadniczą karą po-

---

<sup>3</sup> Na przykład w części II w rozdziale XII umieszczone zostały zbrodnie przeciwko władzy publicznej a w części III, rozdz. XXXIV – występki przeciwko władzy publicznej, w części II, rozdz. XIII – zbrodnie przeciwko porządkowi i spokojności publicznej (w cz. III w rozdz. XXXV występki przeciwko porządkowi i spokojności publicznej), w cz. II w rozdz. XIX – zbrodnie przeciwko obyczajności (cz. III, rozdz. XXXVIII występki przeciwko obyczajności), cz. III, rozdz. XXII – zbrodnie przeciwko życiu, nietykalności cielesnej i zdrowiu (cz. III, rozdz. XXIX – występki przeciwko osobie, w tym bójki i bójki na noże ze skutkiem śmiertelnym).

zbawienia wolności do lat 5, aresztu powyżej 3 miesięcy lub grzywny powyżej 3000 złotych. Uzupełnieniem przepisów art. 12 *kk.* był art. 13 *kk.* dzielący czyny zabronione w oparciu o kryterium winy, zgodnie z którym zbrodnię można było popełnić tylko umyślnie, zaś występki także nieumyślnie, jeżeli ustawa wyraźnie tak stanowiła.

Jak już wspominałam, konsekwencją dwupodziału przestępstw było wyłączenie z zakresu przedmiotowego obu kodeksów czynów zabronionych polegających na pogwałceniu tzw. „przepisów policyjnych”.

Ustawodawca norweski uznał wykroczenia za najniższy stopień przestępstwa i usunął je poza zakres kodeksu karnego oraz poza kompetencje i gwarancje sądowe, pozostawiając władzom administracyjnym. Jedną z podstawowych zasad ustawodawstwa karnego stanowiła zasada interesu społecznego, która uznawała istnienie pewnej kategorii czynów naruszających porządek społeczny, ale nie wymagających represji karnej. Stwierdzenie niezgodności ich zaistnienia z wymaganiami administracji policyjnej – ogólnej lub lokalnej – nie było skomplikowane i mogło być dokonane przez czynności policyjne. W związku z tym do ich zwalczania wystarczała władza policyjna (administracyjna) wyposażona w samodzielną siłę i zdolność wdrażania dla siebie posłuszeństwa<sup>4</sup>. O wykroczeniach *Nkk.* wspominał jedynie w § 54 dotyczącym zawieszenia wykonania kary. Zgodnie z § 54 zdaniem piątym *Nkk.*, postanowienia tego paragrafu (dotyczące: poinformowania skazanego o zawieszeniu wykonania kary; udzielenia przez sąd napomnienia i ostrzeżenia skazanemu, który nie ukończył 21 roku życia; stosowania przepisów dotyczących wymierzania kar do zawieszania i wykonywania wyroków) miały być stosowane, przez analogię, do kar pieniężnych wymierzanych za wykroczenia policyjne.

Polski kodeks karny z 1932 r., przyjmując dwudzielność przestępstw, usunął wykroczenia poza swój nawias. W tym miejscu zgodzić się należy ze stanowiskiem, zgodnie z którymi mimo formalnie przyjętego

„dwustopniowego podziału przestępstw według stopnia ciężkości, faktycznie mamy do czynienia z przyjętym w większości ustawodawstw podziałem trzystopniowym, z tą jedynie różnicą, że wykroczenia stanowią przedmiot osobnej ustawy. (...) podstawą podziału jest kara, zagrożona w ustawie, a nie ta na którą sprawca zasłużył w danym wypadku”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Doskonale oddał to spojrzenie W. Makowski, który pisał: „Punktem wyjścia dla Kodeksu Karnego, a więc i interwencji prawno-karnej państwa, jest pewien stopień «przestępczości»: świadomego przeciwstawienia się przez czyn lub zaniechanie (czasami karygodną nieostrożność) nakazom zasadniczym życia zbiorowego, w formę ustawową ujętym. Tam zaś, gdzie przeciwstawienia się takiego nie ma, gdzie chodzi tylko o zachowanie wymagań ładu zewnętrznego, zarządu policyjnego, tam zapewne nie ma się do czynienia z przestępstwem, w najłagodniejszej nawet formie, a ze specyficznym rodzajem krnąbrności, niesubordynacji, którą też przez proste użycie i zastosowanie posiadanych przez władzę administracyjną środków przymusu poskromić i ugiąć należy”; za: W. Makowski, *Nowy (...)*, op. cit., s. 50.

<sup>5</sup> S. Glaser – A. Mogilnicki, *Kodeks karny z komentarzem*, Kraków – Warszawa, Księgarnia Powszechna, s. 54.

O wykroczeniach *kk.* wspomina pośrednio w art. 92, zgodnie z którym przepisy części ogólnej niniejszego kodeksu stosowane były do zbrodni i występków oraz kar i środków zabezpieczających, przewidzianych w innych ustawach, o ile ustawy te nie zawierały przepisów odmiennych. Wynikało to z faktu, że Kodeks liczył się z istnieniem

„Innych ustaw karnych albo przepisów karzących zawartych w innych aktach ustawodawczych. Niektóre z tych ustaw, jak np. ustawa o wykroczeniach, albo ustawa karna-skarbowa, zawierająca całościastą konstrukcję karnej itp. będą musiały mieć własne przepisy ogólne, dostosowane do zadań i charakteru tych ustaw, różniące się niejednokrotnie od tych przepisów, które w projekcie kodeksu karnego zostały umieszczone. Inne natomiast ustawy, zawierające przepisy karne szczególnie wymagać będą zastosowania ogólnych instytucji prawa karnego i w tym wypadku zachodzi potrzeba wyraźnego stwierdzenia, gdzie należy szukać źródeł prawnych tych instytucji. Z istoty rzeczy źródłem takim powinny być przepisy części ogólnej *k.k.*, jako tej ustawy, która nie tylko obejmuje większą część zagadnień walki z przestępstwem, ale przede wszystkim ustala jej zasady”<sup>6</sup>.

Z powyższego wynika, iż dostrzeżono możliwość istnienia szczególnych ustaw karnych, stanowiących „w pewnych zakresie zamkniętą całość, wyodrębnioną czy to ze względu na rodzaj chronionych dóbr, czy też na charakter stosunku prawnego, na podmiot przestępstwa, itp.”<sup>7</sup> Rozwiązania art. 92 *kk.* dały podstawę do ukształtowania się wyspecjalizowanych dziedzin prawa karnego, takich jak prawo wykroczeń czy prawo karne skarbowe.

Zasady odpowiedzialności karnej w obu kodyfikacjach były oparte na trzech zasadach: indywidualizmu, subiektywizmu oraz humanizmu. Indywidualizm przejawiał się w przyjęciu zasady odpowiedzialności jednostki za własną działalność (a nie za winy obce), a wyrazem subiektywizmu była szeroko rozumiana problematyka dotycząca odpowiedzialności karnej na zasadzie winy. Odzwierciedleniem humanizmu był przyjęty katalog środków karnych oraz zasad ich wymierzania, które zostaną omówione w odrębnej pracy.

Odnosząc się do indywidualizmu obu kodeksów należy przypomnieć stanowisko prof. J. Makarewicza, który twierdził, iż indywiduum (jednostka) jest przeciwieństwem zbiorowości. Taka definicja wyznaczała kierunek rozwoju prawa karnego od winy kolektywnej do winy indywidualnej. Indywidualizacja oznacza ograniczenie odpowiedzialności karnej jednostki tylko do jej własnej działalności. W opisywanych kodeksach indywidualizm przejawiał się w przyjętych zasadach odpowiedzialności za: przestępne współdziałanie, następstwa czynu.

Zasady odpowiedzialności karnej w przypadku, gdy w popełnieniu przestępstwa uczestniczy kilka osób, a ich role oraz zakres wypełniania ustawo-

<sup>6</sup> L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu Karnego i prawa o wykroczeniach*, Kraków 1936 – Leon Frommer, s. 221.

<sup>7</sup> W. Makowski, *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1932, s. 266.

wych znamion czynu zabronionego są różne, były regulowane przez prawo karne od bardzo dawna. Kształtowanie się tych zasad wynikało ze stopniowego zacieśniania się kręgu odpowiedzialnych podmiotów za przestępne współdziałanie w stosunku do zbiorowości (plemiennej, terytorialnej, rodowej etc.), która początkowo była pociągana do odpowiedzialności za czyn swojego członka. Powoli torowała sobie drogę zasada indywidualizacji odpowiedzialności karnej, której pierwszym przejawem była zasada tzw. *Komplott* (zмова). Umożliwiała ona stosowanie represji karnej wobec wszystkich osób – członków zмовы za to, co stanowiło przedmiot zмовы, bez względu na rzeczowy wkład każdego ze zmówionych do popełnienia przestępstwa.

Kolejną zasadą odpowiedzialności za przestępne współdziałanie była koncepcja udziału w cudzym przestępstwie (*Teilnahme*). W myśl tej zasady sprawcą był ten, kto rzeczywiście popełnił przestępstwo (tzn. swoim zachowaniem zrealizował wszystkie ustawowe znamiona czynu zabronionego). Wszyscy, którzy z nim współdziałali, uznani zostali za osoby uczestniczące w czynie przestępnym sprawcy głównego i z tego powodu zostali podciągnięci do odpowiedzialności karnej. Fakt popełnienia przestępstwa stanowił dla nich podstawę odpowiedzialności karnej i wyznaczał jej granice. Odpowiadali oni za udział w cudzym przestępstwie. Ich odpowiedzialność była akcesoryjna – w pełni uzależniona od odpowiedzialności sprawcy głównego.

W rezultacie krytycznych analiz (*Teilnahme*) powstała koncepcja jednolitego sprawstwa (*Einheitstätersystem*), która za sprawcę rozumie nie tylko tego, kto swoim zachowaniem popełnił opisane w ustawie karnej przestępstwo ale także i tego kto przyczynił się do popełnienia przez sprawcę właściwego czynu zabronionego, np. oddziałując na sprawcę głównego lub współdziałając z nim. W efekcie tego zabiegu istniało jedno przestępstwo, popełnione jednocześnie przez kilka osób, których rola była różnorodna w realizacji czynu zabronionego.

„Ta technika, chociaż oparta jest na powiązaniu zachowań współdziałających z czynem osoby bezpośrednio realizującej znamiona przestępstwa, współdziałających nie uznaje jednak za osoby uczestniczące w cudzym przestępstwie, lecz czyni z nich samodzielnych, równorzędnych z bezpośrednim wykonawcą sprawców przestępstwa, których odpowiedzialność jest całkowicie niezależna”<sup>8</sup>.

Na początku XX w. europejskie ustawodawstwo karne wykorzystywało obie techniki określania zasad odpowiedzialności ze przestępne współdziałanie<sup>9</sup>. Odrzuciły je koncepcje stworzone przez B. Getza (współtwórcę *Nkk.*)

<sup>8</sup> P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Zakamycze 2001, s. 37.

<sup>9</sup> P. Kardas podaje, że na koncepcji jednolitego sprawstwa oparte są rozwiązania austriackie, włoskie, brazylijskie, państw skandynawskich oraz USA. Na koncepcji udziału w cudzym przestępstwie Niemiec, Szwajcarii, Hiszpanii, Holandii, Czech, Francji – P. Kardas, op. cit., s. 47.

i J. Makarewicza. Wspólnym mianownikiem tych koncepcji jest samoistna ocena zachowania współdziałających.

„I chociaż jest ona, co najmniej pojęciowo, powiązana z przestępnym czynem sprawcy bezpośredniego (choćaby tylko wyobrażonym przez współdziałających), to uzyskuje znaczną samodzielność, wynikającą z faktu stworzenia zagrożenia, narażenia na niebezpieczeństwo dóbr chronionych przez ustawę karną samodzielnie poprzez zachowanie się współdziałającego”<sup>10</sup>.

Ustawodawca norweski, jako pierwszy stworzył własne rozwiązanie skłaniające do głębszej indywidualizacji odpowiedzialności współsprawców przestępnego działania. § 58 *Nkk.*, centralny przepis z punktu widzenia odpowiedzialności za współdziałanie, stanowi:

„Jeżeli kilka osób uczestniczyło w przestępstwie i jeżeli udział jednej z nich wynikał bardziej ze stanu jej zależności od innego uczestnika, lub też posiadał znaczenie niewielkie w porównaniu z innymi, kara może być mu zmniejszona poniżej oznaczonego minimum lub zastąpiona przez karę łagodniejszą”.

Ustawodawca norweski w części ogólnej ustawy nie regulował szczegółowo kwestii odpowiedzialności współsprawców, pozostawiając to rozstrzygnięcie przepisom części szczególnych. Za modelowy przykład powyższego wskazywany jest przepis

„§ 174 norweskiego k.k. o treści: »Kto monetę podrabia lub kto przy tem współdziała«, który był oparty na założeniu *quod delinquentis tot delicta*, w wyniku czego czyn każdego ze współdziałających podlegał odrębnej ocenie. Odpowiedzialność karna była możliwa nawet wtedy, kiedy osoba nakłaniana nie popełniła przestępstwa albo gdy sprawca wykonujący przestępstwo nie skorzystał z udzielonej mu pomocy”<sup>11</sup>.

Rozwiązanie powyższe stanowiło pierwszą próbę zerwania z powszechną ówczesnie koncepcją udziału współdziałających w cudzym przestępstwie – próbą, która choć została uznana za przejaw daleko idącego indywidualizmu, nie znalazła naśladowców.

Wyrazem indywidualizmu polskiego kodeksu karnego z 1932 r. było odrzucenie winy akcesoryjnej (przejawiającej się w uregulowaniu odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika oraz przyjęciu zasady, że okoliczności wpływające na karalność czynu uwzględnia się tylko co do tej osoby, której one dotyczą).

Rozdział IV *kk.* zawierał przepisy regulujące zasady odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika, oparte na autorskiej koncepcji J. Makarewicza. Odrzucone zostały pozostałości winy kolektywnej, a działanie współ-

<sup>10</sup> P. Kardas, op. cit., s. 48.

<sup>11</sup> Cyt. za: M. Gałązka, *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej w poglądach Juliusza Makarewicza*, w: *Prawo karne w poglądach profesora Juliusza Makarewicza*, pod red. A. Grześkowiak, Lublin 2005, s. 235.

sprawców uznano za odrębne czyny. Mieli oni być traktowani indywidualnie jako sprawcy form zjawiskowych przestępstwa, uzależnionych od ich własnej: woli i wartości etycznej działalności. W efekcie podżegacz i pomocnik zostali uznani za sprawców przestępstwa, a różnica pomiędzy nimi a sprawcą właściwym polegała na innej formie działania. Celem działania sprawcy jest popełnienie przez niego „własnego” czynu zabronionego, celem działania podżegacza i pomocnika – popełnienie przestępstwa przez sprawcę właściwego; pomiędzy działaniem podżegacza i pomocnika a popełnionym czynem zabronionym zachodzi związek pośredni.

Zgodnie z art. 26 *kk.* podżegania dopuszczał się ten, kto inną osobę nakłaniał do popełnienia przestępstwa. Podżeganie zawsze stanowiło przestępstwo umyślne, przy czym podżegać można było do przestępstwa umyślnego, jak i nieumyślnego. Pomocnictwa, zgodnie z art. art. 27 *kk.*, dopuszczał się ten, kto do popełnienia przestępstwa udzielał pomocy czynem lub słowem.

„Udzielenie pomocy słowem (radą, wskazówką, informacją) nie jest podżeganiem, a jest pomocnictwem. (...) Projekt podkreśla, że za pomocnictwo odpowiadać można w razie dania pomocy do popełnienia przestępstwa, nie zaś po popełnieniu przestępstwa. Jeżeli ktoś przed popełnieniem czynu przyrzeka ułatwić sprawcy ucieczkę i potem przyrzeczenia nie dotrzyma, odpowiadać będzie za pomocnictwo duchowe «słowem»”<sup>12</sup>.

Pomocnictwo mogło być dokonane tylko z winy umyślnej, współsprawcy powinni znać znamiona przestępstwa oraz konkretne czynności składające się na czyn przestępny.

Dalsza indywidualizacja odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika uregulowana została w art. 28 *kk.*, zgodnie z którym podżegacz i pomocnik ponosili odpowiedzialność w granicach swego zamiaru, niezależnie od odpowiedzialności osoby, która zamierzonego czynu dokonała lub miała dokonać. Powyższe przepisy zerwały z zasadą akcesoryjności, zgodnie z którą

„działanie sprawcy głównego nadaje koloryt odpowiedzialności podżegacza i pomocnika. (...) Podżegacz i pomocnik odpowiadają za to, czego się dopuścili w granicach swego zamiaru, nie odpowiadają za przekroczenie planu przez sprawcę; kto namawia innego do pobicia, odpowiadać może tylko w zakresie następstw, namową objętych, nie odpowiada za wyższą kwalifikację, opartą na szczególnie ciężkich skutkach ...

W zwrocie «w granicach swego zamiaru» mieści się już i to, że okoliczności, uwalniające od odpowiedzialności, zwiększające ją lub zmniejszające, mają zastosowanie tylko do tego z współwinnych, przy którym zachodzą (...)”<sup>13</sup>.

W przypadku, gdy przestępstwa nie dokonano – podżegacz i pomocnik odpowiadali jak za usiłowanie (art. 29 § 1 *kk.*), tak samo jak wtedy, gdy prze-

<sup>12</sup> L. Peiper, *oc. cit.*, s. 99.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

stępstwa nie usiłowano dokonać (art. 29 § 2 *kk.*). W tym przypadku przyznano sądowi możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary lub nawet uwolnienia od niej. Przyjmując powyższe rozwiązania ustawodawca miał na uwadze fakt, iż:

„Bezkarność osób, które odegrały pewną rolę ze względu na zamierzone przestępstwo, tylko dlatego, że główny aktor w ostatniej chwili się cofną, nie da się uzasadnić z punktu widzenia sprawiedliwej odpłaty, ani ze stanowiska polityki kryminalnej. Jest to stanowisko odpowiadające epoce, kiedy usiłowanie było bezkarne, bo nie było – skutku.

Projekt zastrzega się przeciw tym konsekwencjom dawnej odpowiedzialności zbiorowej ocenianej pod kątem głównego sprawcy. Projekt nie oddziela pomocnika od podżegacza, każe obu odpowiadać równo”<sup>14</sup>.

Dopełnieniem indywidualizacji odpowiedzialności karnej były przepisy umożliwiające indywidualną ocenę czynu podżegacza i pomocnika z art. 16 *k.k.* Zgodnie z nimi okoliczności wpływające na karalność czynu uwzględniane były tylko co do tej osoby, której dotyczyły. Całokształt opisanych powyżej rozwiązań prawnych stanowił o daleko idącej indywidualizacji odpowiedzialności karnej oraz o definitywnym zerwaniu z zasadą akcesoryjności.

Subiektywizm w prawie karnym oznacza przyjęcie winy za podstawowe kryterium odpowiedzialności karnej. Wiąże się z to z zerwaniem z odpowiedzialnością karą za sam skutek czynu, tj. z odpowiedzialnością o charakterze obiektywnym. W tym miejscu należy przypomnieć prof. J. Makarewicza, który twierdził:

„Subiektywizm nie jest hasłem czułości, tkliwości lub sentymentalizmu w stosunku do przestępstwa, lecz hasłem pogłębienia odpowiedzialności karnej, pojęcia winy, a pogłębienie pojęcia winy jest miarą kultury etycznej danego społeczeństwa”<sup>15</sup>.

Dodatkowo należy przypomnieć słowa J. Makarewicza, iż subiektywizm

„w dziedzinie winy sięga najgłębiej tam, gdzie dotyka nie tylko podłoża psychicznego samego działania, ustosunkowania się sprawcy do skutku, ale gdzie obejmuje całość psychofizyczną sprawcy, gdzie dotyka kwestii poczytalności sprawcy”<sup>16</sup>.

W prawie karnym XIX/XX w. dość powszechne było oparcie przesłanek odpowiedzialności karnej na tzw. przedmiotowych warunkach karalności, stanowiących przejaw zasady obiektywizmu. Pod tym pojęciem kryły się okoliczności spoza tzw. „istoty przestępstwa”, których zaistnienie wpływało na

<sup>14</sup> Ibidem, s. 100.

<sup>15</sup> J. Makarewicz, *Czy nowelizować kodeks karny?*, „Głos Sądownictwa” 1938, nr 3 (cyt. za: M. Gałązka, *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej w poglądach Juliusza Makarewicza*, w: *Prawo karne w poglądach profesora Juliusza Makarewicza*, pod red. A. Grzeško-wiak, Lublin 2005.

<sup>16</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. IV, Lwów 1935.



podwyższenie odpowiedzialności karnej, bez uwzględniania, czy sprawca okoliczności te znał, miał świadomość i wolę ich zaistnienia. Ich zniesienie traktowane było jako zasadniczy przejaw subiektywizmu w ówczesnej doktrynie prawa karnego, dopatrującej się ich podobieństw do zamiaru pośredniego. Uznawano je

„za instytucje niemożliwe do pogodzenia z »nowożytną zasadą, że sprawca odpowiada w miarę zawinienia«, a w konsekwencji – z zasadą subiektywizmu, upatrując w nich »odpowiedzialność za skutek i w miarę wielkości skutku, a nie odpowiedzialność za winę i w miarę wielkości winy«”<sup>17</sup>.

Subiektywizacja odpowiedzialności karnej na tle norweskiego kodeksu karnego przejawiała się w: przyjęciu winy za kryterium odpowiedzialności karnej, odrzuceniu przedmiotowych warunków karalności, przyjęciu instytucji błędu co do prawa oraz w zagadnieniach związanych z uwzględnieniem stanu psychofizycznego sprawcy (tj. instytucjach: niepoczytalności, odpowiedzialności: nieletnich, za usiłowanie, za przekroczenie granic obrony koniecznej, uwzględniania pobudek przy wymiarze kary).

Odnosząc się do zagadnienia winy jako kryterium odpowiedzialności karnej należy wspomnieć, że zgodnie z § 40 *Nkk.* podstawą tej odpowiedzialności była wina umyślna (kto działa bez zamiaru umyślnego, nie podpada pod moc postanowień karzących) oraz wina nieumyślna w postaci zaniedbania<sup>18</sup>. Negując przedmiotowe warunki karalności, ustawodawca norweski wprowadził odpowiedzialność na zasadzie winy (*dolus eventualis*) za skutki niezamierzone. Zgodnie z § 43 *Nkk.*, jeżeli ustawa uzależniała podniesienie stopnia występności czynu, w wypadku, kiedy czyn pociągał skutki niezamierzone, kara mogła być powiększona tylko w takim razie, jeżeli sprawca widział lub mógł widzieć możliwość tych skutków, lub zaniedbał użycia dostępnych dla siebie środków celem odwrócenia tych skutków, chociaż wiedział, że mogą nastąpić.

Kolejnym krokiem ustawodawcy norweskiego ku subiektywizacji odpowiedzialności karnej było wprowadzenie instytucji błędu co do prawa. Zgodnie z § 57 *Nkk.* jeżeli sprawca przestępstwa nie przypuszczał, że popełnia czyn przez ustawę zakazany, kara mogła być mu zmniejszona poniżej oznaczonego minimum lub zastąpiona przez karę łagodniejszą, jeżeli uniewinnienie nie było możliwe.

Na gruncie norweskiej ustawy niepoczytalność należała do instytucji wyłączających odpowiedzialność karną. W § 44 *Nkk.* wyraźnie było wskazane, iż „nie ma przestępstwa jeżeli (...)”<sup>19</sup> wystąpi niepoczytalność rozumiana jako stan, w którym sprawca nie mógł rozpoznać istoty i bezprawności czynu w chwili jego dokonania lub gdy nie mógł nad swoimi czynami panować.

<sup>17</sup> Cyt. za: M. Gałązka, op. cit., s. 215.

<sup>18</sup> W. Makowski, *Nowy Kodeks Karny Norwegii...*, s. 22.

<sup>19</sup> L. Peiper, op. cit., s. 90.

Przyczyny niepoczytalności wskazane zostały za pomocą metody mieszanej. Po pierwsze, niepoczytalność mogła wynikać z faktu, iż umysł sprawcy nie osiągnął całkowitego rozwoju, czy też uległ osłabieniu, po drugie – z przyczyn powyższych lub pod wpływem grożącego poważnego niebezpieczeństwa, przymusu, lub szczególnego stanu duszy sprawca nie mógł panować nad swoimi czynami. Definicja powyższa kładła nacisk na dwa aspekty braku poczytalności – stan umysłu (brak całkowitego rozwoju, ulegnięcie osłabieniu) oraz na czynniki inne, które mogły hamować możliwość pokierowania przez sprawcę swoim działaniem. Jednocześnie podkreślić należy, iż celowe wprowadzenie się w przemijający stan niepoczytalności w celu popełnienia przestępstwa (*actio libera in causa*) nie stanowiło, zgodnie z § 45 *Nkk.*, przesłanki wyłączenia odpowiedzialności karnej. Podobnie jak fakt popełnienia czynu (nawet przez zaniedbanie), jeżeli sprawca doprowadził się do stanu niepoczytalności i w tym stanie popełnił czyn zabroniony.

*Nkk.* przyjął zasadę całkowitej nieodpowiedzialności karnej nieletnich przed ukończeniem 14 roku życia, stanowiąc w § 46, że nikt nie będzie karany za czyn popełniony przed ukończeniem lat 14. Z analizy przepisów § 46 i § 55 *Nkk.*, wynika, że nieletni po ukończeniu 14 roku życia zostali uznani za zdolnych do ponoszenia odpowiedzialności karnej, jednak z uwagi na ich wiek była to łagodniejsza odpowiedzialność karna – za przestępstwa popełnione przed ukończeniem lat 18 nie mogła być wymierzona kary dożywotniego pozbawienia wolności. Ponadto kara, nie wychodząc poza granice przewidzianego przez ustawę rodzaju, mogła być zmniejszona poniżej przewidzianego w niej wymiaru najniższego. W stosunku do nieletnich ustawodawca norweski nie przewidział innych środków karnych niż powszechnie stosowane.

Zagadnienia związane z usiłowaniem najsilniej związane były z subiektywizmem odpowiedzialności karnej ponieważ „Kwestja usiłowania należy do kamieni probierczych dla stanowiska, jakie ustawa zajmuje wobec subiektywizmu czy obiektywizmu w dziedzinie winy”<sup>20</sup>. Na początku XX w. prawo karne znało 4 typy usiłowania, które kolejno było rozumiane jako:

- 1) początek wykonania<sup>21</sup>;
- 2) przedsięwzięcie działania prowadzącego (bezpośrednio) do (rzeczywistego) wykonania<sup>22</sup>;
- 3) działanie, przez które sprawca miał zamiar rozpocząć wykonanie;
- 4) działanie, którego celem jest dokonanie ułatwić lub je sprowadzić<sup>23</sup>.

Z przedstawionego powyżej rozwoju tej instytucji wynika, iż pole karygodności usiłowania stopniowo się poszerzało i wzrastał nacisk na zewnętrzny przejaw woli sprawcy, a zmniejszała się zależność pomiędzy działaniem

<sup>20</sup> To koncepcja najdawniejsza znana kodeksowi francuskiemu z 1791 r. i Code penal z 1810 r.

<sup>21</sup> Kodeks austriacki.

<sup>22</sup> Kodeks duński z 1866 r.

<sup>23</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, s. 64.

a skutkiem oraz traciło na ważności samo działanie jako urzeczywistnienie stanu faktycznego. Zmiany w tym zakresie wynikają właśnie z zasady subiektywizacji odpowiedzialności karnej.

*Nkk.* oparł się na koncepcji, zgodnie z którą usiłowanie rozumiane jest jako działanie, przez które sprawca miał zamiar rozpocząć wykonanie. Zgodnie z § 49 *Nkk.* usiłowanie zachodziło wówczas, kiedy zbrodnia nie została dokonana całkowicie, lecz była rozpoczęta przez czyn mający na celu doprowadzenie do jej całkowitego dokonania. Na gruncie ustawy norweskiej o karalności usiłowania nie decydował już tylko i wyłącznie początek wykonania, ale też i konieczność podjęcia działania celowego, prowadzącego do całkowitego dokonania, w czym przejawiał się czynnik woli.

Obrona konieczna wykluczała możliwość ukarania za czyn popełniony w jej stanie. Zgodnie z § 48 *zdanie drugie Nkk.*, stan obrony koniecznej zachodził wówczas, kiedy czyn, zwykle karany, został popełniony po to, aby usunąć lub oddalić napaść bezprawną, przeciwko osobie lub mieniu czyjemukolwiek, pod warunkiem pozostawania w granicach tego, co wydaje się dla tego celu niezbędnym, i o ile wyobrażenie niebezpieczeństwa, czynów napastnika, znaczenia praw narażonych mogło usprawiedliwiać dokonanie czynu bezprawnego tak poważnego, jak zamierzony przez sprawcę. – Zgodnie z § 48 *zdanie czwarte Nkk.*, przekroczenie granic obrony koniecznej wskutek wstrząśnienia umysłu lub przerażenia, wywołanego przez napaść nie skutkowało uznaniem za winnego tego, kto przekroczy prawo obrony koniecznej.

Ustawa karna norweska nakazywała w § 33 *Nkk.* uwzględnienie m.in. pobudek czynu przy wyrokowaniu. Zgodnie z tym przepisem pobudki czynu stanowiły okoliczność uzasadniającą dodatkową dolegliwość w postaci zakazu zamieszkania lub pobytu w danej miejscowości, lub określonej odległości od niej, jeżeli obecność skazanego stwarzała niebezpieczeństwo dla osoby bądź czyjegokolwiek majątku (o ile niebezpieczeństwo wynikało z istoty albo pobudek czynu stanowiącego podstawę skazania).

Subiektywizm odpowiedzialności karnej na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. znalazł odzwierciedlenie w: odrzuceniu tzw. obiektywnych warunków karalności i zamiaru pośredniego, uregulowaniu błędu co do prawa oraz w zagadnieniach dotyczących analizy psychologicznej sprawcy – tj. obejmujących jego całość psychofizyczną, znajdującą odbicie w kwestiach dotyczących poczytalności, odpowiedzialności za przekroczenie granic obrony koniecznej, za usiłowanie, oraz w uwzględnieniu pobudek działania.

Wynikiem odrzucenia obowiązujących w prawie karnym zaborczym obiektywnych warunków karalności były przepisy art. 15 *kk.* Zgodnie z art. 15 § 1 *k.k.* okoliczności, od których zależała wyższa karalność, uwzględniane były tylko wówczas, gdy sprawca o nich wiedział albo powinien był wiedzieć. Uzupełnieniem powyższego był art. 15 § 2 *kk.*, regulujący odpowiedzialność karłą za następstwo, opartą na konstrukcji winy kombinowanej (*culpa dolo exorta*) postulowanej w trakcie prac kodyfikacyjnych przez J. Makarewicza.

Zgodnie z ww. przepisem następstwa czynu, od których zależała wyższa karalność, uwzględniane były tylko wówczas, gdy sprawca je przewidywał albo powinien był przewidzieć. Zgodnie z tym przepisem „okolicznością obciążającą ma być następstwo danego czynu, a zatem zmiana w świecie zewnętrznym pozostająca w związku przyczynowym z działaniem sprawcy”<sup>24</sup>. W tym miejscu należy wspomnieć, iż w okresie obowiązywania *kk.* pojawiały się (nieuzasadnione moim zdaniem) wątpliwości, które wzbudzał art. 240 *kk.* Penalizował on udział w bójce lub pobiciu człowieka, jeżeli ich wynikiem była śmierć lub uszkodzenie ciała, określone w art. 235 lub 236. Pojawiały się głosy, że odpowiedzialność za ten czyn zabroniony była odpowiedzialnością o charakterze obiektywnym – za skutek w postaci śmierci lub uszkodzenia ciała. Niewątpliwie jest to odpowiedzialność za skutek, jednak skutek ten należało traktować jako następstwa czynu, od których zależała wyższa karalność i w tym zakresie zastosowanie powinien mieć przepis części ogólnej z art. 15 § 2 *kk.*, zgodnie z którym sprawca musiał przewidywać lub móc przewidzieć skutek podjętego przez siebie działania.

„Nie każdy biorący udział w bójce, choć wyniknie stąd uszkodzenie cielesne lub śmierć, odpowiadać będzie za to przestępstwo, tylko ten, kto do bójki czy pobicia przystępuje z możliwością przewidzenia poważniejszego uszkodzenia cielesnego. (...) Kodeks używa wyrażenia »jeżeli stąd wynikała«, czyli uszkodzenie cielesne lub śmierć nie może być wynikiem udowodnionego działania jednego z uczestników. Kodeks ma na myśli wypadek, gdy skutek przestępny jest wynikiem ogółu razów zadanych pokrzywdzonemu, albo też gdy nie można dojść, kto cios krytyczny zadał”<sup>25</sup>.

J. Makarewicz uznawał, iż instytucja zamiaru pośredniego (*dolus indirectus*)<sup>26</sup> wprowadzała ustawową teorię dowodową i sprzeciwiała się zasadzie winy. W jego ocenie o zamiarze pośrednim nie rozstrzygały procesy psychiczne zachodzące u sprawcy, lecz związek przyczynowy, stanowiący przesłankę obiektywną. Polski kodeks odrzucił tę instytucję, stanowiąc w art. 14 § 1, że przestępstwo umyślne zachodzi nie tylko wtedy, gdy sprawca chce je popełnić, ale także gdy możliwość skutku przestępnego lub przestępności działania przewiduje i na to się godzi. Tym samym kodeks wprowadził dwie formy winy umyślnej: zamiar bezpośredni (*dolus directus*) i zamiar ewentualny (*dolus eventualis*). *Dolus eventualis* to konstrukcja stojąca na pograniczu złego zamiaru i winy nieumyślnej, innych form winy (poza *culpa dolo exorta*) *kk.* nie przewidywał.

Za przejaw „jasnego, niemaskowanego obiektywizmu w dziedzinie winy” uznał J. Makarewicz funkcjonującą w ówczesnych systemach prawa karnego

<sup>24</sup> J. Makarewicz, op. cit., s. 285-286.

<sup>25</sup> Przy zamiarze pośrednim, w zakres złego zamiaru wchodzi skutki, które zwykle lub łatwo mogą wynikać z czynu objętego zamiarem bezpośrednim, niezależnie od tego, czy sprawca mógł je przewidzieć.

<sup>26</sup> J. Makarewicz, op. cit., s. 71.

zasadę *ignorantia iuris nocet*. Twierdził, iż do poczytania odpowiedzialności karnej w tym zakresie nie jest wymagana wina oraz świadomość bezprawnego charakteru postępowania. Ponieważ „życie codzienne wykazuje, jednak, że to, co jest koniecznością dla utrzymania sprawności państwowego organizmu, wytwarza sytuacją sprzeciwiającą się poczuciu sprawiedliwości”<sup>27</sup>. W związku z powyższym kodeks karny wprowadził instytucję błędu co do prawa (*error iuris*), zgodnie z którą, sąd mógł uwzględnić usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu, jako podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Kodeks karny sformułował w art. 17 § 1 definicję niepoczytalności opartą na metodzie mieszanej – tj. psychologiczno-biologicznej. Niepoczytalność wykluczała możliwość ukarania sprawcy, który w chwili czynu, z powodu niedorozwoju psychicznego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznej nie mógł rozpoznać znaczenia czynu lub pokierować swym postępowaniem. W art. 17 § 2 *kk.* zawarte zostały przepisy regulujące odpowiedzialność sprawcy odpowiedzialnego w chwili powzięcia złego zamiaru, a niepoczytalnego w chwili działania (przestępstw zwanych *actio libero in causa*). W stosunku do tej kategorii sprawców kodeks nie przewidywał możliwości zaniechania ich ukarania. Przepis ten miał również zastosowanie w odniesieniu do sprawców przestępstw popełnionych „w odurzeniu alkoholowym” lub innym. Bez znaczenia był fakt pozostawania w stanie niepoczytalności w chwili czynu, jeżeli sprawca wprowadził się w taki stan umyślnie. W stosunku do sprawców, których poczytalność była ograniczona wskutek odurzenia wynikającego z ich winy, kodeks nie przewidział możliwości skorzystania z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary (tak jak sprawca pozostający w stanie ograniczonej poczytalności wynikającej z innych przyczyn).

Zagadnienie poczytalności wiąże się z odpowiedzialnością nieletnich za popełniony czyn zabroniony. Problematyka ta stanowiła w nowo narodzonej Rzeczypospolitej doniosłe zagadnienie i prace nad jej kompleksowym uregulowaniem zostały podjęte stosunkowo wcześniej<sup>28</sup>. Twórcy kodeksu nie mieli wątpliwości, iż walka z przestępczością nieletnich musi wkroczyć na inne tory, albowiem „w końcu XIX, a zwłaszcza na początku XX wieku, na całym świecie rozpoczął się obszerny i głęboko sięgający ruch skierowany ku wprowadzeniu walki z przestępczością nieletnich na zupełnie nowe, nieznane poprzednio tory”<sup>29</sup> a „we wszystkich prawie krajach, mniej lub więcej kulturalnych, ukazują się nowe ustawy lub przynajmniej projekty ustawodawcze w tej

<sup>27</sup> Dyskusje nad rozwiązaniami toczyły się na posiedzeniach w czerwcu 1920 i lutym 1921 r. Prof. J. Makarewicz w zagadnieniu odpowiedzialności karnej nieletnich i walki z ich przestępczością dopatrywał się wyraźnego postulatu kryminalno-politycznego rezygnacji z kary rozumianej jako sprawiedliwej odpłaty na rzecz innych metod zapobiegania i walki z przestępczością najmłodszych. W jego ocenie w odniesieniu do przestępców nieletnich najszersze kręgi zatoczyła właśnie „fala rezygnacji z odpłaty”.

<sup>28</sup> L. Peiper, op. cit., s. 187.

<sup>29</sup> J. Makarewicz, op. cit.

dziedzinie, a tam gdzie machina ustawodawcza pracuje zbyt wolno, administracja państwowa wprowadza znaczne reformy w drodze rozporządzeń w granicach istniejących ustaw”.

Zgodnie z przyjętymi rozwiązaniami zawartymi w art. 69 *kk.*, nieletni do lat 13 nie był uznawany za poczytalnego, nieletni pomiędzy 13-17 rokiem życia posiadał warunkową poczytalność uzależnioną od możliwości działania z rozeznaniem, tj. „rozwojem umysłowym i moralnym w takim stopniu, by mógł rozpoznać znaczenie czynu i kierować swym postępowaniem”. Do nieletnich do lat 7 oraz w wieku 13-17 lat działających bez rozeznania, sąd mógł zastosować tylko środki wychowawcze, w stosunku do nieletnich uznanych za poczytalnych – środki poprawcze, co wynikało z faktu uwzględnienia „czynników psychicznych: nieletni do lat 7 nie jest «małym dorosłym», a osobnikiem o psychice odrębnej, o psychice człowieka w okresie rozwoju”<sup>30</sup> W art. 69 § 2 *kk.* zawarty był katalog środków wychowawczych, które sąd mógł zastosować w stosunku do tych kategorii nieletnich. Były to: upomnienie, oddanie pod dozór odpowiedzialnym rodzicom, dotychczasowym opiekunom lub specjalnemu kuratorowi, albo umieszczenie w zakładzie wychowawczym.

Podłoże psychiczne sprawcy decydowało również o zasadach odpowiedzialności w przypadku obrony koniecznej, która – zgodnie z art. 21 § 1 *kk.* – była obroną przeciw zamachowi (przy czym zakres przedmiotowy zamachu ani katalog dóbr chronionych prawem nie został w żaden sposób przez ustawodawcę ograniczony); bezpośrednio zamachu, jego bezprawnością; działaniem w obronie jakiegokolwiek dobra. Kodeks przewidywał możliwość uwolnienia od kary sprawcy, który przekroczył granice obrony koniecznej, choć zasadą było jej złagodzenie. Ostatecznie polski kodeks karny nie uwzględnił

„wprowadzonego przez akk. i nkk. podziału uczuć na steniczne (pobudzające – gniew, oburzenie, wstręt itp.) oraz asteniczne (przygnębiające strach, rozpacz, zdumienie), nie widzi żadnej podstawy do faworyzowania uczucia bojaźni, trwogi, przerażenia, ...nie widzi podstawy do wytwarzania niekorzystnej sytuacji dla sprawcy, który dał ponieść się temperamentowi, oburzeniu z powodu bezczelności napadu i dlatego w tej mierze przychyła się do stanowiska rkk., który takiego rozróżnienia nie zna. Obojętne jest, jakie były nastroje psychiczne sprawcy, ważne jest, że nastąpiło przekroczenie granic obrony koniecznej. Projekt nie mówi w jakim kierunku przekroczenie nastąpiło, czy obrona była nadmierną czy też nierównoczesną nie uwzględni zatem wzoru rkk. Milczenie projektu w tym zakresie tłumaczyć będzie judykatura (zgodnie z intencjami ustawodawcy) w tym kierunku, iż jedynie nadmiar tej obrony podpadać może pod pojęcie jej przekroczenia. Konstrukcja rkk, wprowadzając »niewspółczesność« wytwarza sytuację niedopuszczalną w państwie kulturalnym, gdyż granice niewspółczesności są bezbrzeżne, co doprowadzić może do podciągnięcia pod niewspółczesność aktów bardzo odległych od chwili dokonania napadu. Projekt traktuje przekroczenia dwojako, a mianowicie: albo wprowadza jako zasadę możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary albo też nawet bezkarność”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> L. Peiper, op. cit., s. 78-79.

<sup>31</sup> S. Glaser – A. Mogilnicki, op. cit., s. 135-136.

Dokonując analizy psychologicznej sprawcy i stwierdzając jego poczytalność oraz odpowiedzialność za dany czyn zabroniony, kodeks nakazywał zwrócić uwagę na pobudki jego działania, odzwierciedlające całość jego osobowości. Pobudki nakazywał uwzględnić sądowi art. 54 *kk.*, który wskazywał sędziemu, na co powinien zwrócić uwagę przy wymiarze kary. O „niskich pobudkach” wspominał m.in. art. 47 § 2, pozwalający sędziemu na orzeczenie utraty praw publicznych i obywatelskich praw honorowych w razie skazania na więzienie za przestępstwo popełnione z chęci zysku lub z innych niskich pobudek.

Kodeks karny z 1932 r. stanął na stanowisku subiektywizacji odpowiedzialności karnej za usiłowanie, albowiem:

„Subiektywizm nowożytnego prawa karnego ... nie godzi się na to, aby karygodne usiłowanie pokrywało się z początkiem wykonania, domaga się karygodności takiego nawet działania, które nie jest, a nawet nie może być początkiem wykonania, domaga się dla karygodności i zaistnienia usiłowania tylko, by zamiar sprawcy w sposób niewątpliwy się zaznaczył. Usiłowanie według nowożytnych zapatrywań ma być niedwuznaczną manifestacją zamiaru. Także z pedagogicznych względów należy zwracać raz nazawsze z wyrażeniem «rozpoczęcie wykonania», przypominającym żywo dawne obiektywistyczne konstrukcje»<sup>32</sup>.

Zgodnie z przyjętym brzmieniem art. 23 § 1 *kk.* odpowiedzialność za usiłowanie ponosił ten, kto w zamiarze popełnienia przestępstwa przedsięwziął działanie, skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru, lecz zamierzonego przestępstwa nie dokonywał. Do poszczególnych elementów definicji usiłowania należały zatem: zamiar popełnienia przestępstwa; przedsięwzięcie działania; skierowanie działania bezpośrednio na popełnienie przestępstwa oraz brak dokonania przestępstwa.

Usiłowanie mogło dotyczyć zarówno czynu sprawcy sensu stricto, jak i zjawiskowych form przestępstwa – tj. podżegania i pomocnictwa. Dotyczyło to tylko zbrodni popełnianych z *dolus directus*, albowiem dyspozycja art. 23 § 1 *kk.* nie obejmowała przestępstw popełnianych z winy nieumyślnej oraz popełnianych z *dolus eventualis*. Kolejny element definicji usiłowania stanowiło takie zachowanie się sprawcy, które było zachowaniem czynnym, miał on bowiem „przedsięwziąć działanie”. Powyższe brzmienie wykluczało możliwość usiłowania przestępstw popełnianych przez zaniechanie. Działanie, które sprawca przedsięwziął, musiało być działaniem samym w sobie zakazanym przez ustawę karną, przy czym mogło ono stanowić przestępstwo materialne albo formalne. W art. 23 § 2 *kk.* uregulowana była instytucja usiłowania nieudolnego, które zachodziło w dwóch przypadkach: gdy sprawca nie wiedział, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim zamierzonego przestępstwa albo gdy sprawca użył środ-

<sup>32</sup> L. Peiper, op. cit., s. 94.

ka nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku. Za podstawowy warunek karalności usiłowania nieudolnego uznawano „nieświadomość sprawcy, że dokonanie przestępstwa jest niemożliwe”<sup>33</sup> ze względu na którykolwiek z ww. powodów. W przypadku, gdyby sprawca zdawał sobie sprawę z istnienia tych powodów, nie mógłby ponosić odpowiedzialności za usiłowanie, nie można byłoby bowiem przypisać mu zamiaru. W art. 23 § 3 *kk.* przewidziana była instytucja niekaralności usiłowania, jeżeli sprawca przedsięwziął działanie wypełniające, co prawda, przesłanki z art. 23 § 1, ale z powodu swojego zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swojego działania. Motywy, którymi kierowała się Komisja,

„uzasadniają ekscerpcję tego rodzaju osobników tem, iż zbrodnicza wola została wprawdzie objawioną, ale brak bezpośredniego kierunku działania. Sprawca wierzy w czarną magję, wiesza manekin przedstawiający osobistego nieprzyjaciela (...). W rzeczywistości ustawodawca – wzorem art. 49 *rkk.* – bierze tu w obronę ciemnotę i zabobon; nie uważa on tego rodzaju osobnika za dość niebezpiecznego, by go karać, pozostawia jednak – wbrew przyjętej przez się zasadzie subiektywizmu – otwartym pytanie, czy dany osobnik widząc bezskuteczność swoich zabiegów, nie przejdzie do innego sposobu działania”<sup>34</sup>.

Karalność usiłowania uregulowana była w art. 24 i 25 *kk.* Zgodnie z art. 24 § 1 *kk.* sąd wymierzał karę za usiłowanie w granicach przewidzianych dla danego przestępstwa. Konsekwencją przyjęcia zasady subiektywizmu było uznanie, że usiłowanie nie stanowi ustawowej okoliczności łagodzącej (w odróżnieniu od rozwiązań projektu przyjętych w drugim czytaniu). Podstawę wymiaru kary za usiłowanie stanowiło zagrożenie karne przewidziane przepisami części szczególnej i sędzia każdorazowo rozważał, jaką karę wymierzyłby w przypadku popełnienia czynu zabronionego, a następnie mógł orzec tę samą karę w przypadku usiłowania. W sytuacji usiłowania nieudolnego ustawodawca przyznał sądowi fakultatywną możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary. W tym przypadku niedokonanie czynu, jak i brak następstw czynu mógłby stanowić okoliczności łagodzące, o ile sędzia uzna to za stosowne i mieszczące się zarówno w dyspozycji art. 59 *kk.*, jak i w ustawowych granicach swobody sędziowskiej.

W art. 25 *kk.* przewidziana została instytucja bezkarności usiłowania, zgodnie z którą w przypadku dobrowolnego odstąpienia sprawcy od działania lub zapobieżenia skutkowi przestępnemu, sprawca nie ponosił odpowiedzialności za usiłowanie. Z uzasadnienia do projektu wynika, iż członkowie Wydziału odróżniali tę instytucję od czynnego żalu, albowiem „konstrukcja tego rodzaju jest zbliżona do czynnego żalu przy niektórych przestępstwach (np. spowodowaniu niebezpieczeństwa powszechnego). Zasadnicza różnica polega

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Ibidem.



na tem, że czynny żal zachodzi po dokonaniu czynu w zakresie spełnionego przestępstwa”<sup>35</sup>. Bezkarność usiłowania nie jest czynnym żalem a odwróceniem skutku koniecznego do zaistnienia przestępstwa. Nieodzownym warunkiem nieodpowiedzialności był element dobrowolności dotyczący zarówno odstąpienia od działania, jak i zapobieżenia skutkowi przestępnemu. L. Peiper w *Komentarzu do kodeksu* pisał, iż „motywy Komisji Kodyfikacyjnej nie zawierają żadnych wskazówek co do wykładni tego wyrażenia; wypadnie tedy obok ogólnych reguł interpretacyjnych – uwzględnić przyjętą w kk. zasadę subiektywistyczną i w każdym konkretnym przypadku rozważyć nastroj psychiczny sprawcy”.

\*

Opisane powyżej instytucje ustaw karnych Norwegii i Polski z początków XX w. były ówczesnie instytucjami nowatorskimi i stanowiły wyłom w panujących ówczesnie zasadach prawa karnego. Dwupodział przestępstw przełamał monopol myśli francuskiej i w konsekwencji umożliwił rozwój tzw. wyspecjalizowanych dziedzin prawa karnego – prawa wykroczeń i prawa karnego skarbowego, które na stałe weszły do polskiego porządku prawa karnego.

W chwili obecnej oparcie odpowiedzialności karnej na zasadach indywidualizmu i subiektywizmu jest faktem, a dyskusje w tym zakresie mogą dotyczyć ich zakresu, części składowych czy granic między tymi zasadami.

Indywidualizacja odpowiedzialności karnej przejawiająca się w ograniczeniu odpowiedzialności jednostki do jej własnego czynu nie budzi wątpliwości czy kontrowersji. *Nkk.* dokonał rozróżnienia sprawców czynu zabronionego na sprawcę właściwego i współsprawców. Ustawa polska poszła kilka kroków dalej i oprócz sprawcy właściwego wyodrębniła sprawców zjawiskowych form czynu zabronionego – podżegacza i pomocnika. Współcześnie odpowiedzialność jest ustalana odrębnie dla każdego ze współdziałających. Sprawca odpowiada za swój czyn, pod warunkiem że można przypisać mu winę, w granicach swojej umyślności lub nieumyślności, niezależnie od odpowiedzialności innych osób uczestniczących w popełnieniu czynu zabronionego (w tym podżegacza i pomocnika). Zasada indywidualizacji dookreślona poprzez wskazanie, że okoliczności osobiste, wyłączające lub łagodzące odpowiedzialność karną uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą. Aktualność rozwiązań autorstwa J. Makarewicza potwierdzają przepisy art. 19, 20 i 21 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny.

Wina stanowiąca podstawowe kryterium odpowiedzialności karnej, całokształt psychofizyczny sprawcy znalazły odzwierciedlenie w obu omawianych ustawach. Sprzeciwiły się one oparciu odpowiedzialności jednostki za skutek

<sup>35</sup> Ibidem.

działania, kierując się w kierunku subiektywizacji odpowiedzialności karnej. Wyrażona w nich zasada subiektywizmu, znajdująca odzwierciedlenie w: oparciu odpowiedzialności na zasadzie zawinienia, instytucji błędu co do prawa, niepoczytalności, zasadach odpowiedzialności nieletnich, granice obrony koniecznej, uwzględnianiu pobudek jako okoliczności wymiaru kary pozostają aktualne. Dodatkowo należy zauważyć, iż konieczność przypisania sprawcy winy w chwili czynu została wyartykułowana wprost w art. 1 § 3 Kodeksu karnego z 1997 r., zgodnie z którym nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można przypisać mu winy w chwili czynu.

Przypomniane powyżej instytucje zawarte w ustawach karnych Norwegii i Polski z początków XX w. pokazują ich teraźniejszość oraz ich ówczesne nowatorstwo.