

Rozdział I. Wprowadzenie do problematyki klauzul niepodlegania karze

§ 1. Charakterystyka klauzul niepodlegania karze na tle teorii karania

Kara kryminalna jest niewątpliwie następstwem przestępstwa. Truizmem jest jednocześnie, że nie następuje ona automatycznie w ślad za każdym z nich. *J. Bentham* określał karę kryminalną jako „sztuczne następstwo przywiązane do przestępczego czynu przez władzę państwową”¹. Sformułowanie to zdaje się sugerować, że więź między opisywanymi zjawiskami jest zdecydowanie bardziej złożona, niż wskazywałaby na to prosta relacja oparta na kauzalnym związku przyczyny i skutku. Współcześnie nie budzi wątpliwości, że kara może nie zostać wymierzona po popełnionym przestępstwie ze względu na szczególne regulacje ustawowe, decyzję sądu podjętą przy orzekaniu, czy choćby okoliczności faktyczne, które uniemożliwiają pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności.

W historii refleksji nad karaniem więź między naruszającym prawo czynem a wymierzaną wskutek tego dolegliwością bywała jednak ujmowana także w sposób bezwzględny. Dość przypomnieć tzw. teorie absolutne, w których kara kryminalna „jest wcieleniem nadrzędnej, apriorycznie założonej idei sprawiedliwości, która domaga się odpłaty złem za zło – każdy musi, bowiem odcierpieć karę, która narusza obszar jego praw i swobód w takim zakresie, w jakim popełnione przez niego przestępstwo narusza prawa i wolności innych”². Podejście to wyraża zasadniczą konieczność wymierzenia sprawcy

¹ *J. Bentham*, Wprowadzenie do zasad, s. 235.

² *T. Kaczmarek*, Kara kryminalna, s. 44.

określonego ciężaru, jeśli wystąpił przeciwko prawu³. Jej źródło było jednak rozumiane niejednolicie. Przykładem tego są poglądy najbardziej znanych przedstawicieli tego nurtu. Dla *I. Kanta* kara sądowa stanowiła wymóg imperatywu kategorycznego wynikającego z rozumu. Zmysł moralny miał odczuwać obrazę bezkarnością czynu, który naruszył moralność, wobec czego kara, która czyniła zadość temu zmysłowi, była nakazem powinności bezwzględnej⁴. Inaczej *G.W. Hegel*, który uznawał karę za konieczność dialektyczną. Przestępstwo uznawał za zaprzeczenie prawa, a zatem kara, stanowiąca negację negacji, przywracała porządek prawny⁵. Gdyby nie doszło do realizacji tego mechanizmu, przestępstwo zostałoby uprawnione⁶.

Co oczywiste, tzw. teorie absolutne, choć pozostają inspirujące dla refleksji penologicznej⁷, spotkały się z krytyką. Już *E. Krzymuski* podnosił, że nie wyjaśniają one przyczyny, dla której między przestępstwem a karą miałby istnieć związek konieczny. Zdaniem tego autora owa przyczyna jest wyprowadzana z czysto apriorystycznych przesłanek i nie tłumaczy dlaczego odwet za przestępstwo ma koniecznie polegać na wyrządzeniu jego sprawcy stosownej dolegliwości⁸.

Ścisły związek między przestępstwem a karą bywał w okresie oświecenia przyjmowany wśród myślicieli także spoza kręgu kary retrybtywnej. Wystarczy przypomnieć pogląd *C. Beccarii*, według którego skuteczność prawa karnego jest uzależniona od tego, by każde ujawnione przestępstwo nie pozostało bez kary, choć jednocześnie przyznawał państwu prawo karania tylko wówczas, gdy brak kary wzbudzałby w innych nadzieję bezkarności, której przypisywał skutki demoralizujące⁹. Jak pisał, „wskazywać ludziom, że można przebaczać popełnione przestępstwo, że karanie nie jest ich koniecznym skut-

³ Jak ujął to *M. Szerer*, w teoriach tych „czyn przestępny przesłaniał cały horyzont, był alfą i omega karania” (*M. Szerer*, Karanie a humanizm, s. 40).

⁴ *E. Krzymuski*, Teoryja karna Kanta, s. 22.

⁵ *G.W. Hegel*, Zasady filozofii prawa, s. 370.

⁶ *L. Lernell*, Podstawowe zagadnienia, s. 72.

⁷ *J. Utrat-Milecki* przywołuje także innych filozofów z kręgu idei kary retrybtywnej, z których poglądów da się wyprowadzić konieczność wymierzenia kary po popełnieniu przestępstwa. Dla *T.H. Greena* kara kryminalna stanowi nieuchronne następstwo działań samego przestępcy, będąc koniecznym skutkiem naruszenia prawa i wymuszając szacunek dla obowiązującego prawa. Z kolei *B. Bosanquet* uznawał karę za unieważnienie (*annulment*) przestępstwa, którego brak mógłby stać się precedensem podważającym dotychczasowy system zasad (*J. Utrat-Milecki*, Podstawy penologii, s. 210–211).

⁸ *E. Krzymuski*, Wykład prawa karnego, s. 26.

⁹ *C. Beccaria*, O przestępstwach i karach, s. 102.

kiem – znaczy krzepić w ludziach nadzieję na bezkarność i skłaniać do myślenia, że skoro można winy przebaczać, to niedarowanie ich jest raczej nadużyciem siły niż przejawem wymiaru sprawiedliwości¹⁰. Jakkolwiek zdanie to bardziej odnosi się do prawa łaski przysługującego organom władzy, to podkreśla znaczenie ukarania jako aktu następującego po przestępstwie.

Nieco upraszczając, można przyjąć, że rozwój refleksji penologicznej doprowadził do poglądów opowiadających się za względnym związkiem między przestępstwem a karą. Nawet retributywne teorie karania akcentują, że sprawca zasługuje na karę, której istota nie sprowadza się do odwetu, ale zasadza się na potrzebie zadośćuczynienia społecznemu poczuciu sprawiedliwości¹¹. Nie jest dla niej wystarczającym uzasadnieniem sam fakt naruszenia prawa¹². Otwiera to możliwość stwierdzenia zbędności kary, gdy tylko potrzeba takiego zadośćuczynienia nie wystąpi.

Racjonalizacja karania opierała się na odmiennych argumentach w utilitarnym kierunku myślenia o prawie karnym, w których kara kryminalna czerpie swą zasadność z użyteczności dla społeczeństwa, bądź przez oddziaływanie na nie samo, bądź przez korekcję sprawcy. W tym ujęciu kara może okazać się zbędna wobec różnych przyczyn. Nie sposób nie wspomnieć o jednym z czołowych przedstawicieli tego nurtu myślowego – *J. Benthamie*, który wymieniał okoliczności, kiedy kara kryminalna nie powinna być stosowana, a wśród nich sytuacje, gdy czyn nie wyrządził nikomu szkody, gdy szkoda została z nawiązką naprawiona, czy gdy kara jest po prostu zbyt duża¹³. Już wcześniej *H. Grotius* podkreślał, że nie w każdym przypadku przestępca powinien zostać ukarany, gdyż „wielu przestępcom wiele przebacza zarówno Bóg, jak i ludzie, przy czym postępowanie tego rodzaju spotyka się zazwyczaj z pochwałą”¹⁴. Stąd dopuszcza on, żeby prawo karne zostało uchylone wobec poszczególnych osób lub zdarzeń, o ile istnieje uzasadniona przyczyna. Podstawę do takiego działania stanowią dla *H. Grotiusa* sytuacje, gdy kara byłaby zbyt dolegliwa w stosunku do popełnionego przestępstwa bądź, gdy „jakaś zasługa lub inny wzgląd przemawia za uwolnieniem od kary, albo też, gdy istnieją duże nadzieje co do przyszłości przestępcy”¹⁵.

¹⁰ *Ibidem*, s. 215.

¹¹ Zob. *M. Cieślak*, O węzłowych pojęciach, s. 208–209.

¹² *M. Peno*, Przestępstwo i kara, s. 71.

¹³ *J. Bentham*, Wprowadzenie do zasad, s. 236–245.

¹⁴ *H. Grotius*, Trzy księgi, s. 51.

¹⁵ *Ibidem*, s. 79–80.

Podsumowując powyższy wywód, różne kierunki myślowe uzupełniały prostą implikację „jeśli ktoś popełnił przestępstwo, to wymierza mu się karę” o rozmaite warunki jej aktualizacji. Brak ich spełnienia powoduje, że – posługując się sformułowaniem S. Cypina – kara traci uzasadnienie, pozbawiona jest gruntu pod nogami¹⁶. J. Makarewicz przyznawał wręcz słuszność postulatowi stosowania nazwy „prawo zwalczania przestępstwa”, gdyż „nazwa prawo karne odpowiada dawniejszemu sposobowi zapatrywania się na stanowisko: skoro wyrządzono przestępstwo należy karać. Kultura Nowożytna oddala nas od tego stanowiska”¹⁷. Przejawu tej tendencji upatrywał on choćby w regulacji czynnego żalu, mającej opierać się na kalkulacji korzyści z wykonania kary, która stoi w sprzeczności z „niepohamowaną mściwością czasów pierwotnych”. W tej instytucji zasada bezwzględnej odpłaty ustępuje społecznemu oportu-nizmowi¹⁸. Taki kierunek rozwoju prawa karnego odnotował także L. Lernell, dostrzegając coraz liczniejsze sytuacje, w których współczesne mu systemy ka-rania dopuszczały, że przestępstwo nie skutkuje wymierzeniem kary. Zdaniem tego autora „usankcjonowanie takich sytuacji wpływa zarówno z potrzeb ży-ciowych jak i z pewnych zasadniczych poglądów na karę, które nie są do po-godzenia z ideą kary jako aktu odpłaty. Praktyka oddala się coraz bardziej nie tylko od idei odpłaty jako fatum ścigającego i dosięgającego zbrodniarza, wi-nowającą, ale i od filozoficznego ujęcia sensu kary jako odpłaty”¹⁹.

Dotychczasowe rozważania nie miały na celu wyczerpującego przedsta-wienia rozwoju myśli penologicznej, ale tylko zarysowanie teoretycznego tła, na którym ukazała się – pierwotnie nieoczywista – dopuszczalność rezygnacji państwa z przysługującego mu *ius puniendi* pomimo popełnienia czynu zabro-nionego. Jednym z instrumentów prowadzących do takiego skutku są klauzule niepodlegania karze, stanowiące przedmiot niniejszej pracy. Umieścić je na-leży w ramach szerszego zbioru okoliczności wyłączających karalność. W tej kategorii wymienia się także przedawnienie, abolicję, ułaskawienie, immuni-

¹⁶ S. Cypin, Stan wyższej konieczności, s. 37.

¹⁷ J. Makarewicz, Prawo karne ogólne, s. 1. Za J. Utratem-Mileckim odnotować wypada po-zostający w tym duchu pogląd XX-wiecznego australijskiego penologa K.G. Armstronga, dla któ-rego wymierzenie kary za przestępstwo jest tylko prawem, a nie obowiązkiem państwa, tak samo jak tylko prawem wierzyciela jest dochodzenie przysługującego mu długu. Jak wierzyciel może dochodzić swojego długu w całości, w części, a nawet odstąpić od roszczenia, państwo ma mieć możliwość wymierzenia kary w granicach stopnia zawinienia, ale także ukarania w niższym wy-miarze lub odstąpienia od wymierzenia kary (J. Utrat-Milecki, Podstawy penologii, s. 229).

¹⁸ J. Makarewicz, Prawo karne ogólne, s. 222.

¹⁹ L. Lernell, Podstawowe zagadnienia, s. 108.

tety oraz odstąpienie od wymierzenia kary²⁰. Aktualne zatem pozostają słowa A. Zolla, że „charakter okoliczności wyłączających karalność może być bardzo różnorodny, tak jak różnorodne są przyczyny wprowadzenia karalności czynów bezprawnych”²¹. W istocie, każda z wymienionych instytucji cechuje się określoną specyfiką. Regulacje KK nie są zresztą źródłem każdej z nich, gdyż niektóre zostały określone w Konstytucji RP (np. prawo łaski) lub ustawach szczególnych (np. immunitety). Dla porządku należy zastrzec, że w niniejszej pracy za okoliczności wyłączające karalność nie będą uznawane sytuacje niewyczerpania znamion czynu zabronionego, znikomości społecznej szkodliwości czynu czy okoliczności wyłączające bezprawność lub winę. Jakkolwiek niewątpliwie wtórnie prowadzą one do niemożności wymierzenia kary, tak ich odmienny charakter nakazuje wyróżnić je od okoliczności, których istota sprowadza się do wyłączenia możliwości ukarania sprawcy.

Opisywane w niniejszej pracy klauzule stanowią regulację obligatoryjną. Ziszczenie się przesłanek niepodlegania karze wymaga podjęcia decyzji procesowej o odmowie wszczęcia postępowania karnego lub jego umorzeniu, do czego kompetencja aktualizuje się zarówno w stadium postępowania przygotowawczego, jak i sądowego (art. 17 § 1 pkt 4 KPK)²². Stanowią one instytucję prawa karnego materialnego, wywołującą skutki na gruncie prawa procesowego. J. Karaźniewicz określa je jako przykład tzw. podwójnego wartościowania prawnego, gdyż zarówno odnoszą się do kwestii odpowiedzialności materialnoprawnej, ale także decydują o możliwości procesowego rozstrzygnięcia o tej odpowiedzialności²³. Choć w swym literalnym brzmieniu analizowane uregulowania stanowią tylko o niepodleganiu karze, to skutkiem umorzenia postępowania jest brak możliwości orzeczenia jakichkolwiek środków reakcji na czyn zabroniony, w tym środków karnych czy kompensacyjnych. Wyjątek stanowi przewidziana w art. 45a § 1 KK możliwość orzeczenia przepadku

²⁰ J. Raglewski, Uwagi ogólne, s. 802.

²¹ A. Zoll, O normie prawnej, s. 91.

²² Rację ma P. Kardas, wskazując, że w razie wystąpienia czynu ciągłego istnieje konieczność sprawdzenia występowania niepodlegania karze co do całego czynu ciągłego, a tym samym do każdego z tworzących go zachowań. W razie aktualizacji klauzuli niepodlegania karze co do któregoś z nich istnieje konieczność wyeliminowania go z opisu czynu w wyroku skazującym (P. Kardas, Okoliczności wyłączające, s. 28–29).

²³ J. Karaźniewicz, Klauzula niekaralności, s. 34.

przedmiotów lub korzyści przy spełnieniu zwykłych przesłanek określonych w art. 44–45 KK²⁴.

Skutki te uprawniają do stwierdzenia, że ustanowienie klauzuli niekaralności mieści się w pojęciu depenalizacji, o ile wcześniej czyny objęte jej zakresem były zabronione pod groźbą kary. Precyzując to pojęcie przez posłużenie się podziałem przedstawionym przez *H. Kołakowską-Przełomiec*²⁵, w aktualnym stanie prawnym może to być depenalizacja warunkowa, jeśli uchylenie zagrożenia karą jest zależne od ziszczenia się określonych stanów rzeczy, lub bezwarunkowa, gdy prawodawca nie czyni takich zastrzeżeń. Występuje także zarówno depenalizacja absolutna, przewidziana w sposób ogólny i abstrakcyjny, lub przeciwnie – depenalizacja subiektywna, gdy niepodleganie karze zostaje przewidziane dla wyróżnionej kategorii sprawców (np. matka dziecka poczętego, pokrzywdzony). Jeśli natomiast ustawodawca określa nowy czyn zabroniony, jednocześnie zawężając obszar jego karalności, wówczas nie pokrywa się zakres przeprowadzanej kryminalizacji i penalizacji. Potwierdza to potrzebę odróżniania obu pojęć, gdyż nie pozostają one równoznaczne, choć istnieje między nimi silny związek²⁶.

Już w tym miejscu wydaje się celowe wyjaśnienie, że dla określenia formuły „nie podlega karze” przyjęto w niniejszej pracy określenia „klauzula niepodlegania karze” lub „klauzula niekaralności”, celowo nie stosując spotykanego w literaturze pojęcia bezkarności. Jak trafnie zauważa *O. Sitarz*, znaczenie słownikowe tego wyrażenia wskazuje na uchodzenie bez kary²⁷. Jakkolwiek spotyka się także znaczenie odwołujące się po prostu do braku kary²⁸, tak nie sposób zaprzeczyć możliwej konotacji bezkarności jako korzyści niezasłużonej, która przypada sprawcy pomimo zasłużenia na karę ze względu np. na jego niewykrycie. Istota zastosowania klauzuli niekaralności nie powinna sugerować ujęcia bez kary, gdyż – przyjmując konstrukt racjonalnego prawodawcy – uchylenie zagrożenia karą musi być podbudowane określonym uzasadnieniem. Dlatego *O. Sitarz* podnosi, że decyzja ustawodawcy o niepodleganiu karze „jest manifestacją działania prawa i wymiaru sprawiedliwości”²⁹. Zachowu-

²⁴ Możliwość orzeczenia przypadku na podstawie art. 45a § 1 KK dotyczy zarówno przypadku przedmiotów (art. 44 KK), przypadku przedsiębiorstwa (art. 44a KK), przypadku pojazdu mechanicznego (art. 44b KK), jak i przypadku korzyści (art. 45 KK).

²⁵ *H. Kołakowska-Przełomiec*, Kryminalizacja – penalizacja, s. 150–151.

²⁶ Por. *J. Kulesza*, Problemy teorii, s. 17–18.

²⁷ *O. Sitarz*, Czynny żal jako instrument polityki, s. 167.

²⁸ *S. Dubisz* (red.), Wielki słownik, t. 1, s. 239.

²⁹ *O. Sitarz*, Czynny żal jako instrument polityki, s. 167.

jąc pewien sceptycyzm, przypomnieć należy, że jednym z elementów przedstawionej na wstępie hipotezy było założenie, że nie zawsze uchylenie karalności pozostaje należycie uzasadnione. W takim wypadku, gdy brak wystarczających racji za obowiązywaniem regulacji przewidującej niepodleganie karze, ich stosowanie może prowadzić do bezkarności sprawców w znaczeniu ujęcia bez kary pomimo istnienia dostatecznych powodów za jej wymierzeniem³⁰.

W ramach wstępnej charakterystyki istoty niepodlegania karze zasadne wydaje się zajęcie stanowiska, czy jej stosowanie może być uznane za nagrodę dla sprawcy, czy też w reżimie prawa karnego posługiwanie się takim pojęciem jest nieadekwatne. W tym zakresie *L. Lernell* zauważył, że współczesne systemy karne operują w niemałym stopniu także narzędziem nagrody, którą ma być m.in. przekreślenie grożącej jednostce kary, przy czym odnosił to do sankcji już wymierzonej lub wykonywanej³¹. Autor uznaje to za słuszne przy uwzględnieniu teorii zachowań, dla których system kar i nagród jest zasadniczym regulatorem postępowania człowieka³². Z drugiej jednak strony *L. Lernell* uznaje za naciągane rozumowanie, że brak kary jest nagrodą za niepopelnienie przestępstwa, gdyż jego zdaniem kara kryminalna nie działa w ramach systemu nagród i kar³³. Zdaje się z tym zgadzać *O. Sitarz*, która podnosi, że „trudno upatrywać w prawie karnym elementów nagrody – brak kary taką nagrodą nie jest”³⁴. Ze stwierdzeniem tym należy się zgodzić w kontekście klauzul niekaralności opartych na okolicznościach statycznych istniejących już w czasie czynu. W przypadku jednak tych uregulowań, które niepodleganie karze uzależniają od określonego zachowania podjętego przez sprawcę po czynie zabronionym, w istocie dochodzi do poprawienia jego sytuacji. Pierwotnie jego czyn był zagrożony karą, która jednak następnie nie może być wymierzona w związku ze spełnieniem wymagań niekaralności. Jak wywodzi *W. Dadak*, nagroda może mieć postać sytuacji, gdy w wyniku rozstrzygnięcia przez uprawniony organ ograniczone zostają negatywne konsekwencje określonego zachowania podmiotu³⁵. Wydaje się to aktualne również w analizowanej sytuacji, gdy zagrożenie negatywnymi konsekwencjami zostaje zniesione już przez ustawę, nie zaś decyzję właściwego organu. Podsumowując, stoję na stanowisku, że dopusz-

³⁰ Niezależnie od powyższego zastrzec wypada, że w niniejszej pracy odwołanie do bezkarności nastąpi przy okazji przytaczania wypowiedzi przedstawicieli doktryny, którzy się nim posłużyli.

³¹ *L. Lernell*, Rozważania o przestępstwie, s. 29.

³² *L. Lernell*, Podstawowe zagadnienia, s. 11–12.

³³ *Ibidem*, s. 12–13.

³⁴ *O. Sitarz*, Czynny żal związany z usiłowaniem, s. 103.

³⁵ *W. Dadak*, Sankcje pozytywne, s. 71.

czalne jest operowanie pojęciem nagrody w stosunku do korzyści sprawcy wynikającej z klauzuli niepodlegania karze, o ile uchylenie karalności jest związane z pozytywnie wartościowanym zachowaniem sprawcy po czynie zabronionym.

§ 2. Klauzule niepodlegania karze w polskich kodyfikacjach karnych i ustawach karnoskarbowych

I. Kodeks karny z 1932 r.

Wyrażenie ustawowe „nie podlega karze” zdaje się być ugruntowane w polskim porządku prawnym. Posługiwali się nim twórcy wszystkich polskich nowożytnych kodyfikacji powszechnego prawa karnego³⁶. Bliższa analiza tych uregulowań prowadzić musi jednak do przekonania, że znaczenie normatywne tego sformułowania kształtowało się na przestrzeni lat. Z początku trudno o przypisanie mu współcześnie przyjmowanego charakteru prawnego. Proces ten wart jest syntetycznego przedstawienia.

W KK z 1932 r. w jego pierwotnym brzmieniu sformułowaniem „nie podlega karze” opatrzone łącznie osiem przepisów. Posłużono się także klauzulami o zbliżonym brzmieniu, tj. „nie ulega karze” (w jednym wypadku) oraz „nie odpowiada” (trzykrotnie). Kodeks karny *J. Makarewicza* niepodleganie (względnie nieuleganie) karze łączył m.in. z sytuacjami, które dziś bezspornie należą do innych kategorii okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną.

Uwaga powyższa dotyczy zwłaszcza art. 17 § 1 KK z 1932 r., według którego nie podlegał karze, kto w chwili czynu, z powodu niedorozwoju psychicznego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznej, nie mógł rozpoznać znaczenia czynu lub pokierować swym postępowaniem, a także art. 69 § 1 KK z 1932 r. stanowiącego, że nie ulega karze nieletni, który popełnił czyn zabroniony pod groźbą kary przed ukończeniem 13. roku życia lub później, jednak przed ukończeniem 17. roku życia, o ile popełnił taki czyn bez rozeznania. Przytoczone regulacje niepoczytalności oraz nieletniości już

³⁶ Wyrażenie „nie podlega karze” zostało także wykorzystane w Kodeksie karnym wojskowym z 21.10.1932 r. (Dz.U. Nr 91, poz. 765 ze zm.) oraz Dekrecie Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego Kodeksie Karnym Wojska Polskiego z 23.9.1944 r. (Dz.U. Nr 6, poz. 27 ze zm.). Wskazane akty prawne nie będą przedmiotem dalszej analizy.

wówczas były łączone ze sferą winy. Nie zostało jednak przesądzone w doktrynie, czy stany te wyłączały przestępczość czynu, czy też – bazując na literalnym brzmieniu przytoczonych przepisów – tylko karalność. Wydaje się, że pierwszy z poglądów odpowiadał intencjom J. Makarewicza, który uznawał subiektywizację odpowiedzialności jako jedną z podstawowych cech przyjętego Kodeksu karnego, wyrażającą się w objęciu oceną „całości psychofizycznej sprawcy”, nie zaś tylko nastawienia psychicznego sprawcy do czynu³⁷. Na podstawie tego założenia możliwe było formułowanie modelu przestępstwa składającego się m.in. z winy w ujęciu normatywnym³⁸. Ze względu na niejednoznaczność redakcji przytoczonych przepisów, kwestia ta była jednak sporna. Przykładowo W. Wolter przyznawał, że co prawda z teoretycznego punktu widzenia należałoby przyjąć, że o przestępstwie może być mowa wówczas, gdy sprawca jest za ten czyn odpowiedzialny, co nie następuje w razie niepoczytalności, to jednak na gruncie dogmatycznym skłaniał się ku przyjęciu, że sprawca „nie ulega karze”, a więc „popelnia przestępstwo”³⁹. Do podobnego wniosku doszedł L. Peiper, dla którego w razie niepoczytalności „czyn nie przestaje być przestępstwem względnie bezprawiem i rodzi obowiązek odszkodowania pokrzywdzonego w miarę przepisów ustaw cywilnych”⁴⁰, podobnie jak czynny nieletnich ustawa miała uznawać za przestępstwa⁴¹.

Nie mniejszy problem wykładniczy powstał na gruncie instytucji stanu wyższej konieczności ukształtowanej w art. 22 § 1 KK z 1932 r. Zgodnie z tym przepisem nie podlegał karze, kto działał w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru własnemu lub cudzemu, jeżeli niebezpieczeństwa nie można było inaczej uniknąć. Regulacja ta dotyczyła zarówno sytuacji, gdy ratowano dobro o wyższej wartości niż dobro poświęcane, jak i przeciwnego stosunku między nimi, o ile dobro poświęcane nie przedstawiało

³⁷ J. Makarewicz, Kodeks karny, s. 31–32.

³⁸ Tak m.in. S. Śliwiński, Polskie prawo karne, s. 64–67. Model przestępstwa zawierający winę w takim ujęciu odpowiada postulatowi zgłaszanemu w polskiej literaturze już wcześniej przez E. Krzymuskiego, zdaniem którego „(...) aby czyn człowieka stanowił przestępstwo, nie wystarcza jeszcze, aby był zewnętrzny, bezprawny i obłożony karą przez prawodawcę, zanim go popełniono. Trzeba mianowicie, aby oprócz tego, jego sprawca mógł uchodzić nie tylko za fizyczną, lecz i za moralną jego przyczynę” (E. Krzymuski, Wykład prawa, s. 301–302). Na tej podstawie autor określa przesłanki przypisania winy w postaci poczytalności (*ibidem*, s. 330) oraz przypisywalności, która jest wyłączona w razie wystąpienia przymusu fizycznego, przypadku oraz błędu (*ibidem*, s. 345–346).

³⁹ W. Wolter, Prawo karne, s. 64–65.

⁴⁰ L. Peiper, Komentarz do Kodeksu, s. 64.

⁴¹ *Ibidem*, s. 188.

wartości oczywiście wyższej. Potęgowało to zastrzeżenia wobec zastosowania formuły „nie podlega karze”, gdyż już w ówczesnej literaturze zauważano, że pierwszy z wymienionych przypadków dotyczy czynu, który nie może zostać uznany za bezprawny⁴². Kwestii tej zdawała się nie dostrzegać Komisja Kodyfikacyjna, która zastosowane rozwiązanie motywowała koniecznością odróżnienia od obrony koniecznej stanu wyższej konieczności, który „nie wytwarza sytuacji nadającej działaniu charakter prawny, a jedynie uwalnia działającego od kary”⁴³. Skutkiem tego, pojawiła się przestrzeń do argumentacji, że czyn podjęty w warunkach określonych przez art. 22 § 1 KK z 1932 r. „nie jest (...) bezwinnny (*inculpabilis*), lecz niekaralny (*impunibilis*)”⁴⁴. Wyłączenie tylko karalności bywało wywodzone właśnie z wskazującego na to wyrażenia wykorzystanego przez ustawodawcę⁴⁵.

Wyżej zarysowane trudności interpretacyjne stanowiły przedmiot zainteresowania nie tylko doktryny. W postanowieniu SN(7) z 22.1.1938 r. rozstrzygnięto pytanie prawne co do znaczenia sformułowania „nie podlega karze”. W orzeczeniu tym zajęto stanowisko, że wskazane wyrażenie użyte na gruncie regulacji niepoczytalności oraz stanu wyższej konieczności „wyłącza uznanie winy (według kodeksu karnego) sprawcy czynu, odpowiadającego przedmiotowo pojęciu czynu zabronionego pod groźbą kary”⁴⁶. Co ciekawe, SN oceniał także, czy przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa na gruncie art. 160 KK z 1932 r. mogła być rzecz uzyskana w warunkach stanu wyższej konieczności lub niepoczytalności. Wówczas bowiem przedmiot ten określono jako rzecz uzyskaną za pomocą przestępstwa, nie zaś czynu zabronionego jak w myśl obecnie obowiązującego art. 291 § 1 KK. Wobec tego problemu interpretacyjnego z wyrażenia „nie podlega karze” wywieziono, że czyn niepoczytalnego jest przestępstwem, które jednak nie może być mu przypisane, a zatem rzecz skradziona przez taką osobę może być przedmiotem paserstwa. Odmienne jednak orzeczono co do czynu popełnionego w warunkach stanu wyższej konieczności, który w ocenie Sądu Najwyższego nie mógł być uznany za przestępstwo.

Podsumowując powyższe, brak było jednoznaczności co do konsekwencji prawnych wykorzystanego w Kodeksie *J. Makarewicza* wyrażenia „nie podlega karze”. Na gruncie przedstawionych instytucji mieszały się poglądy, czy

⁴² S. Śliwiński, Polskie prawo karne, s. 288–289.

⁴³ J. Makarewicz, w: Projekt Kodeksu karnego, t. V, Nr 3, s. 35.

⁴⁴ L. Peiper, Komentarz do Kodeksu, s. 87.

⁴⁵ S. Glaser, A. Mogilnicki, Kodeks karny, s. 122–123.

⁴⁶ Post. SN(7) z 22.1.1938 r., I K 2126/37, OSN 1938, Nr 3, poz. 56.

na gruncie danego przepisu oznaczało ono tylko wyłączenie karalności, czy też winy lub nawet bezprawności (w przypadku stanu wyższej konieczności), a także, czy odpadnięcie tych elementów skutkowało dekompletacją modelu przestępstwa.

Obok zarysowanych uregulowań, KK z 1932 r. dał początek przepisom zawierającym klauzulę „nie podlega karze”, które znajdowały kontynuację także w późniejszych kodyfikacjach. Przykładem takiej regulacji jest art. 97 § 2 KK z 1932 r. przewidujący niepodleganie karze sprawcy biorącego udział w porozumieniu mającym na celu popełnienie jednego z przestępstw określonych jako zbrodnie stanu⁴⁷. Warunkiem niekaralności była denuncjacja podjęta zanim właściwe organy dowiedziały się o zawartym porozumieniu oraz zanim doprowadziło ono do powstania ujemnych skutków dla państwa. Klauzula niepodlegania karze nie mogła znaleźć zastosowania w stosunku do sprawcy, który doprowadził do powstania kryminalizowanej zмовы. Przytoczony przepis został uchylony⁴⁸, kiedy przekazano do właściwości sądów powszechnych przestępstwa przeciwko państwu określone w tzw. małym Kodeksie karnym oraz niektórych innych aktach prawnych⁴⁹. Co jednak warto odnotować, także w art. 17 § 1 MKK przewidziano opartą na zbliżonych przesłankach niekaralność sprawcy przestępstwa polegającego na wejściu w porozumienie lub braniu udziału w związku mających na celu popełnienie przestępstw wskazanych odpowiednio w art. 13 § 2 i art. 14 MKK.

Kodeks karny z 1932 r. zawierał jeszcze dwie klauzule niepodlegania karze znajdujące zastosowanie do kryminalizowanych porozumień. Pierwsza z nich, zawarta w art. 180 § 2 KK z 1932 r., dotyczyła czynów skierowanych przeciwko pieniądзом lub niektórym papierom wartościowym, natomiast druga (art. 219 § 2 KK z 1932 r.) związana była z przestępstwami mającymi na celu sprowadzenie niebezpieczeństwa powszechnego. Komisja Kodyfikacyjna wskazane regulacje motywowała kryminalnopolitycznie, uznając je za kombinację pre-

⁴⁷ Kryminalizowane były porozumienia zawarte w celu popełnienia czynów z art. 93–95 KK z 1932 r., które to przepisy typizowały usiłowanie pozbawienia Państwa Polskiego niepodległości, oderwania części jego obszaru lub zmiany przemocą jego ustroju, targnięcie na życie lub zdrowie Prezydenta RP, a także inne czyny zabronione skierowane przeciwko Prezydentowi RP oraz Sejmowi, Senatowi, Zgromadzeniu Narodowemu, Rządowi, Ministrom lub sądom.

⁴⁸ Uchylenie rozdziału XVII KK z 1932 r. nastąpiło ustawą z 5.4.1955 r. o przekazaniu sądom powszechnym dotychczasowej właściwości sądów wojskowych w sprawach karnych osób cywilnych, funkcjonariuszów organów bezpieczeństwa publicznego, Milicji Obywatelskiej i Służby Więziennej (Dz.U. Nr 15, poz. 83), która weszła w życie 1.5.1955 r.

⁴⁹ Dekret z 13.6.1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa (Dz.U. Nr 30, poz. 192 ze zm.).

mii za denuncjację z czynnym żalem⁵⁰. Niekaralność nie była jednak w tamtym czasie uznawana za naturalne narzędzie prawa karnego. Oddaje to następująca wypowiedź Komisji Kodyfikacyjnej: „W wypadkach grożącego niebezpieczeństwa społeczeństwo chwyta się środków kryminalno-politycznych, które są, teoretycznie biorąc, krokiem wstecz w ewolucji prawa karnego. Tak, jak przy zamachu na całość lub spoistość państwa, jak przy zamachach na gospodarstwo pieniężne, tak samo przy sprowadzaniu powszechnego niebezpieczeństwa zachodzi konieczność sięgnięcia do arsenału środków drastycznych, takich, jak (...) wprowadzenie premij bezkarności za zapobieżenie powstaniu szkody”⁵¹. Nie budzi wątpliwości, że współcześnie takie określenie klauzuli niepodlegania karze straciło na aktualności.

Obok powyższych regulacji Kodeks *J. Makarewicza* przewidywał przypadki niepodlegania karze w przypadku przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Zgodnie z art. 141 KK z 1932 r. nie podlegał karze za przestępstwo fałszywych zeznań sprawca, który nie będąc uprzedzonym o prawie odmowy zeznań, złożył fałszywe zeznanie z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu. Podobną przesłankę przewidziano przy przestępstwie zatajenia dowodów niewinności, przy czym tutaj za podstawę niekaralności uznano także obawę przed hańbą (art. 145 § 2 KK z 1932 r.). Zdepenalizowano także utrudnianie lub udaremnianie postępowania karnego przez udzielenie pomocy sprawcy przestępstwa do uniknięcia odpowiedzialności karnej, o ile udzielono pomocy osobie najbliższej, albo z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą sprawcy przestępstwa lub jego najbliższemu (art. 148 § 2 KK z 1932 r.). Warto odnotować aktualne do dnia dzisiejszego uwzględnienie przez ustawodawcę więzów bliskości, choć jej stopień uzasadniający niepodleganie karze był określony wężej niż współcześnie, gdyż najbliższym był tylko krewny w linii prostej oraz rodzeństwo, małżonek, i rodzice, rodzeństwo i rodzice małżonka (art. 91 § 1 KK z 1932 r.). Kodeks *J. Makarewicza* definiował również pojęcie bliskiego jako osoby, która z tytułu pokrewieństwa, powinowactwa, przyjaźni lub obowiązku wdzięczności ma prawo liczyć na szczególne względy danej jednostki. W przypadku przestępstwa utrudniania lub udaremniania postępowania karnego relacja bliskości dawała sądowi podstawę do fakultatywnego uwolnienia sprawcy od kary (art. 148 § 3 KK z 1932 r.). Jako podstawę uchylenia karalności w przypadku

⁵⁰ *J. Makarewicz*, w: Projekt Kodeksu karnego, t. V, Nr 4, s. 110.

⁵¹ *Ibidem*, s. 153.

wskazanych przestępstw wskazywano względy słuszności⁵². W. Wolter sytuację obawy przed odpowiedzialnością karną uznawał za kolejne, obok stanu wyższej konieczności, anormalne sytuacje motywacyjne, dostrzegając nacisk psychiczny w postaci lęku⁵³. Argumentowano także, że Kodeks karny nie chce stawić w sytuacji przymusowej osoby zeznającej, która miałaby do wyboru albo obciążyć siebie samego lub osobę najbliższą albo powiedzieć nieprawdę⁵⁴.

Odrębnych uwag wymaga zawarta w KK z 1932 r. regulacja formy stadialnej usiłowania oraz czynnego żalu podżegacza lub pomocnika. Odmienne od obecnego stanu prawnego, regulacje te nie były opatrzone wyrażeniem „nie podlega karze”. W art. 23 § 3 KK z 1932 r. stwierdzono, że „nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania”. Z kolei art. 25 KK z 1932 r. zawierał regulację czynnego żalu, według której nie odpowiadał za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od działania lub zapobiegł powstaniu skutku przestępnego.

Wskazana redakcja doprowadziła do daleko idących wątpliwości interpretacyjnych. Nie było bowiem wiadomo, czy wskazane uregulowania oznaczały wyłączenie objętych nimi stanów z zakresu przestępnego usiłowania, czy też skutkowały tylko wyłączeniem jego karalności. Wielość kierunków wykładni ukazywała się zwłaszcza na gruncie regulacji czynnego żalu, wówczas określanego również jako usiłowanie zaniechane. Zdaniem J. Makarewicza, „kodeks uwalnia sprawcę od odpowiedzialności karnej, a nawet stwierdza, że niema bezprawia po stronie sprawcy (...). Kodeks nie używa zwrotu: nie ulega karze, a używa zwrotu: nie odpowiada za usiłowanie (co jest identyczne ze zwrotem: nie popełnia przestępstwa)”⁵⁵. W ujęciu W. Makowskiego czynny żal ogranicza pojęcie karalnego usiłowania, jest równoznaczny z niebytem tej formy stadialnej⁵⁶. Z kolei W. Wolter dopuszczał istnienie okoliczności wyłączających *ex post* przestępnosć czynów, wśród których umiejscawiał właśnie czynny żal w stadium usiłowania, stwierdzając, że „późniejsze zachowanie neutralizuje przestępnosć czynu”⁵⁷. Autor krytykuje jednak takie rozwiązanie, podnosząc,

⁵² L. Peiper, Komentarz do Kodeksu, s. 296.

⁵³ W. Wolter, Prawo karne, s. 294.

⁵⁴ W. Makowski, Kodeks karny, s. 457.

⁵⁵ J. Makarewicz, Kodeks karny, s. 79; podobnie S. Glaser i A. Mogilnicki, których zdaniem „w tych wypadkach niema odpowiedzialności, a więc niema przestępstwa i w razie stwierdzenia takiego stanu rzeczy sąd wyda wyrok uniewinniający” (S. Glaser, A. Mogilnicki, Kodeks karny, s. 143).

⁵⁶ W. Makowski, Kodeks karny, s. 123.

⁵⁷ W. Wolter, Prawo karne, s. 245.

że „raz zaistniałej przestępności nic uchylić nie może, jak rozwód nie jest w stanie zmienić faktu, że istniało małżeństwo. Można naturalnie *ex post* uchylić samą karalność, skoro kara wiąże się normatywnie z przestępstwem i wobec tego nastąpić nie musi”⁵⁸. Znamionnym przykładem problemów ze zdekodowaniem znaczenia pojęć kodeksowych jest wypowiedź *L. Peipera*, który podnosi, że „gdzie ustawa uważa, że czyn nie posiada cech przestępstwa, posługuje się ona wyrażeniem «nie popełnia przestępstwa» (...) Obok tego KK [z 1932 r. – przyp. *R.F.*] posługuje się wyrażeniem «nie odpowiada», jak w art. 23 § 3 i 25, podkreślając przez to, że popełniono czyn przestępny, atoli ustawodawca z przyczyny polityki kryminalnej danego czynu karać nie chce”⁵⁹. W innym jednak miejscu tej samej publikacji autor wywodzi, że sprawca „nie odpowiada za usiłowanie (...), a więc nie popełnia przestępstwa, inaczej użyłoby tu wyrażenia «nie podlega karze»”⁶⁰.

Ostatecznie za przekonujące trzeba uznać stanowisko *S. Śliwińskiego*, zdaniem którego „skoro usiłowanie jest przestępstwem, to z chwilą usiłowania powstało już państwowe prawo karania. Jeżeli sprawca ma «nie odpowiadać», to takie ujęcie ustawy wcale nie uzasadnia przyjęcia fikcji tego rodzaju, że przestępczość jest «*ex post*» uchylona, lub że «nie ma usiłowania». Jest usiłowanie i jest wina, czyn jest przestępny, wchodzi tylko w grę okoliczność wyłączająca orzeczenie kary za usiłowany czyn przestępny (...) prawidłowo należało powiedzieć «nie podlega karze za usiłowanie»”⁶¹.

Nieco mniej wątpliwości budziła regulacja tzw. usiłowania bezwzględnie nieudolnego (art. 23 § 3 KK z 1932 r.), którą również opatrzone formułą „nie odpowiada za usiłowanie”, jednak w tej sytuacji przyjmowano, że ze względu na brak karygodności czy zmniejszone niebezpieczeństwo nie stanowi ono usiłowania⁶².

Wskazane wyrażenie ustawowe zostało także wykorzystane w art. 30 § 1 KK z 1932 r., w którym przyjęto, że podżegacz ani pomocnik nie odpowiada, jeżeli zapobiegł skutkom swego działania. Tak zakreślony warunek niekaralności oznaczał, że zneutralizowanie namowy lub ułatwienia czynu zabronionego musiało nastąpić najpóźniej zanim sprawca bezpośredni przystąpił do usiło-

⁵⁸ *Ibidem*, s. 245–246.

⁵⁹ *L. Peiper*, Komentarz do Kodeksu, s. 65.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 94.

⁶¹ *S. Śliwiński*, Polskie prawo karne, s. 311.

⁶² Zob. m.in. *S. Śliwiński*, Polskie prawo karne, s. 320; *W. Wolter*, Prawo karne, s. 331; *S. Glaser*, *A. Mogilnicki*, Kodeks karny, s. 136.

wania⁶³. Projektodawcy Kodeksu *J. Makarewicz* regulację tę określali jako motywowaną kryminalnopolitycznie, ale jednocześnie stanowiącą wyraz subiektywizacji odpowiedzialności. W przypadku określonym w tym przepisie zmienia się stosunek sprawcy do jego czynu, co wywołuje skutki w prawnokarnym wartościowaniu⁶⁴.

Pokrótce wyżej przedstawione przepisy Kodeksu karnego z 1932 r. stanowiły model przy tworzeniu innych aktów prawnych wydanych w okresie jego obowiązywania. Przykład mogą stanowić przepisy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. o niektórych przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu Państwa⁶⁵, które zawierały dwie klauzule uchylające karalność przestępnego porozumienia o warunkach odpowiadających wspomnianemu art. 97 § 2 KK z 1932 r., a także przepis depenalizujący karalne niezawiadomienie o zamierzonym przestępstwie oparty na obawie przed odpowiedzialnością karną grożącą sprawcy lub jego najbliższemu. Co ciekawe, klauzula niepodlegania karze obejmowała również duchownego, któremu wiadomość powierzona została w związku z wykonywaniem czynności duszpasterskich. Opiswane przepisy zostały także zawarte w tzw. małym kodeksie karnym, gdzie obok wspomnianej już depenalizacji karalnego porozumienia, przewidziano w art. 47 uchylenie karalności łapownictwa czynnego w razie ujawnienia tego czynu odpowiednim organom⁶⁶.

Trudno przecenić znaczenie Kodeksu karnego *J. Makarewicz* jako kodyfikacji unifikującej przepisy prawa karnego obowiązujące w poszczególnych częściach II RP, a także wprowadzającej rozwiązania stanowiące wyraźną inspirację przepisów obecnie obowiązujących⁶⁷. Z drugiej jednak strony, redakcja przepisów uchylających odpowiedzialność karną powodowała chaos terminologiczny, generujący spory co do znaczenia pojęć fundamentalnych dla funkcjonowania prawa karnego. Bez wątpienia brak było dostatecznego uzasadnienia za wprowadzeniem w poszczególnych przepisach różnobraźniących

⁶³ L. Peiper, Komentarz do Kodeksu, s. 113.

⁶⁴ J. Makarewicz, w: Projekt Kodeksu karnego, t. V, Nr 3, s. 45; W. Makowski, Kodeks karny, s. 137.

⁶⁵ Dz.U. Nr 94, poz. 851.

⁶⁶ Klauzule niepodlegania karze zostały także zawarte w innych aktach prawnych, jak dekret z 31.8.1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego (t.j. Dz.U. z 1946 r. Nr 69, poz. 377 ze zm.) czy dekret z 28.6.1946 r. o odpowiedzialności karnej za odstępowanie od narodowości w czasie wojny 1939–1945 r. (Dz.U. Nr 41, poz. 237 ze zm.). Kompleksowe omówienie tych uregulowań wykraczałoby poza przyjęty cel tej pracy.

⁶⁷ Zob. J. Koredczuk, Znaczenie Kodeksu karnego, s. 45–60.