KODEKS KARNY

Komentarz

redakcja naukowa Marian Filar

Marcin Berent, Janusz Bojarski, Marek Bojarski, Paweł Czarnecki
Marian Filar, Wojciech Filipkowski, Oktawia Górniok
Ewa M. Guzik-Makaruk, Stanisław Hoc, Piotr Hofmański, Michał Kalitowski
Marek Kulik, Lech K. Paprzycki, Emil W. Pływaczewski, Wojciech Radecki
Andrzej Sakowicz, Zygfryd Siwik, Blanka J. Stefańska, Ryszard A. Stefański
Leon Tyszkiewicz, Andrzej Wąsek, Leszek Wilk

DUŻE KOMENTARZE

5. WYDANIE

Wolters Kluwer

KODEKS KARNY

Komentarz

redakcja naukowa Marian Filar

Marcin Berent, Janusz Bojarski, Marek Bojarski, Paweł Czarnecki
Marian Filar, Wojciech Filipkowski, Oktawia Górniok
Ewa M. Guzik-Makaruk, Stanisław Hoc, Piotr Hofmański, Michał Kalitowski
Marek Kulik, Lech K. Paprzycki, Emil W. Pływaczewski, Wojciech Radecki
Andrzej Sakowicz, Zygfryd Siwik, Blanka J. Stefańska, Ryszard A. Stefański
Leon Tyszkiewicz, Andrzej Wąsek, Leszek Wilk

DUŻE KOMENTARZE

5. WYDANIE

Wolters Kluwer

WARSZAWA 2016

Stan prawny na 23 maja 2016 r.

Wydawca
Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący
Joanna Tchorek

Opracowanie redakcyjne
JustLuk

Łamanie
JustLuk Łukasz Drzewiecki, Justyna Szumieł, Krystyna Szych

Poszczególne części komentarza opracowali:
Marcin Berent, Marian Filar – rozdz. III, XXV
Marek Bojarski – rozdz. XXXVI bez art. 299, Przepisy wprowadzające Kodeks karny
Marian Filar – Wstęp
Marian Filar (współpraca i aktualizacja Marcin Berent)– rozdz. XXIII, XXIV
Wojciech Filipkowski, Emil W. Pływaczewski – rozdz. VII art. 65, rozdz. XXXVI art. 299
Oktawia Górniok (aktualizacja Janusz Bojarski) – rozdz. XIV, XV
Stanisław Hoc – rozdz. XVIII, XXXVIII–XLIV
Piotr Hofmański – rozdz. XIII (aktualizacja Paweł Czarnecki), rozdz. XVI, XVII (aktualizacja Andrzej Sakowicz)
Piotr Hofmański, Lech K. Paprzycki – rozdz. VI (aktualizacja Andrzej Sakowicz), rozdz. VII art. 64 (aktualizacja Paweł Czarnecki), rozdz. VIII–X (aktualizacja Andrzej Sakowicz)
Michał Kalitowski – rozdz. XXVII, XXXII–XXXIV
Emil W. Pływaczewski, Ewa M. Guzik-Makaruk – rozdz. XXIX, XXXV
Wojciech Radecki – rozdz. XXII
Zygfryd Siwik – rozdz. XXVI, XXVIII, XXXVII
Blanka J. Stefańska – rozdz. IV
Ryszard A. Stefański – rozdz. V, Va, XX, XXI
Leon Tyszkiewicz – rozdz. II, XIX, XXX, XXXI
Andrzej Wąsek (aktualizacja Marek Kulik) – rozdz. I
Leszek Wilk – rozdz. XI, XII

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN: 978-83-264-9966-1 *ISBN PDF-a: 978-83-8092-491-8*
5. wydanie

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów 19

Wstęp 25

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny
(Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) 29

Część ogólna

Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej 33
Art. 1. [Struktura przestępstwa. Warunki odpowiedzialności] 36
Art. 2. [Przestępstwa skutkowe z zaniechania] 43
Art. 3. [Zasada humanitaryzmu] 45
Art. 4. [Zasady stosowania ustawy karnej] 46
Art. 5. [Zasada terytorialności] 53
Art. 6. [Czas i miejsce popełnienia czynu zabronionego] 54
Art. 7. [Kwalifikacja przestępstw. Zbrodnia i występek] 57
Art. 8. [Formy winy a kwalifikacja przestępstw] 59
Art. 9. [Strona podmiotowa czynu. Umyślność i nieumyślność] 60
Art. 10. [Zdolność wiekowa odpowiedzialności karnej] 65
Art. 11. [Jedność czynu. Zbieg przepisów ustawy] 67
Art. 12. [Wielość zachowań a czyn zabroniony] 75

Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa 81
Art. 13. [Usiłowanie. Udolność i nieudolność] 83
Art. 14. [Wymiar kary za usiłowanie] 87
Art. 15. [Bezkarność usiłowania. Czynny żal] 87
Art. 16. [Przygotowanie. Odpowiedzialność za przygotowanie] 88
Art. 17. [Bezkarność dobrowolnego odstąpienia od przygotowania] 90
Art. 18. [Formy zjawiskowe czynu karalnego] 90
Art. 19. [Wymiar kary za podżeganie i pomocnictwo] 101
Art. 20. [Niezależna odpowiedzialność współdziałających] 101
Art. 21. [Zasada indywidualizacji odpowiedzialności karnej] 102
Art. 22. [Usiłowanie podżegania i pomocnictwa] 103

Art. 23. [Bezkarność współdziałającego. Czynny żal] 104
Art. 24. [Karalność prowokacji] 105

Rozdział III. Wyłączenie odpowiedzialności karnej 106
Art. 25. [Kontratyp obrony koniecznej] 113
Art. 26. [Stan wyższej konieczności. Kolizja obowiązków] 135
Art. 27. [Ryzyko nowatorskie] 143
Art. 28. [Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego] 148
Art. 29. [Błąd co do okoliczności wyłączającej odpowiedzialność] 165
Art. 30. [Błąd co do prawa] 167
Art. 31. [Niepoczytalność, poczytalność ograniczona. Warunki odpowiedzialności karnej] 172

Rozdział IV. Kary 183
Art. 32. [Wykaz kar] 185
Art. 33. [Grzywna. Granice kary] 190
Art. 34. [Ograniczenie wolności. Granice kary. Obowiązki skazanego] 197
Art. 35. [Zasady wykonywania obowiązku pracy] 205
Art. 36. (uchylony). 207
Art. 37. [Pozbawienie wolności. Granice kary] 208
Art. 37a. [Dopuszczalność orzeczenia kary pozbawienia wolności w sprawie o występek] 208
Art. 37b. [Dopuszczalność orzeczenia kary pozbawienia wolności w sprawie o występek] 210
Art. 38. [Obniżenie lub obostrzenie kary] 217

Rozdział V. Środki karne 221
Art. 39. [Wykaz środków karnych] 226
Art. 40. [Prawa publiczne. Pozbawienie] 229
Art. 41. [Zakazy związane z wykonywaniem pracy zarobkowej] 236
Art. 41a. [Zakaz kontaktowania się] 246
Art. 41b. [Zakaz wstępu na imprezę masową] 252
Art. 41c. [Zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych] 257
Art. 42. [Zakaz prowadzenia pojazdów. Zakres orzekania zakazu] 259
Art. 43. [Okres obowiązywania środków karnych] 271
Art. 43a. [Świadczenie pieniężne na rzecz funduszu pomocy pokrzywdzonym oraz pomocy postpenitencjarnej] 273
Art. 43b. [Podanie wyroku do publicznej wiadomości] 276
Art. 43c. [Obowiązek zawiadomienia właściwego sądu rodzinnego] 279

Rozdział Va. Przepadek i środki kompensacyjne 281
Art. 44. [Przepadek przedmiotów. Przesłanki orzekania] 288
Art. 45. [Przepadek korzyści majątkowej lub jej równowartości] 300
Art. 45a. [Nieodpowiedzialność sprawcy a dopuszczalność orzeczenia przepadku] 308
Art. 46. [Orzeczenie obowiązku naprawienia szkody] 310
Art. 47. [Orzeczenie nawiązki] 319
Art. 47a. (uchylony). 325

Art. 48. [Granice nawiązki] 325
Art. 49. (uchylony). 326
Art. 49a. (uchylony). 326
Art. 50–52. (uchylone). 326

Rozdział VI. Zasady wymiaru kary i środków karnych 327
Art. 53. [Dyrektywy wymiaru kary] 331
Art. 54. [Zasady wymiaru kary dla nieletniego lub młodocianego] 370
Art. 55. [Indywidualizacja] 383
Art. 56. [Orzekanie środków karnych] 385
Art. 57. [Zbieg nadzwyczajnego złagodzenia lub obostrzenia kary] 386
Art. 57a. [Kara za występek chuligański. Nawiązka] 390
Art. 58. [Wybór rodzaju kary. Prymat kar wolnościowych] 402
Art. 59. [Odstąpienie od wymierzenia kary na rzecz środka karnego] 406
Art. 59a. (uchylony). 409
Art. 60. [Nadzwyczajne złagodzenie kary] 414
Art. 60a. (uchylony). 457
Art. 61. [Odstąpienie od wymierzenia kary] 457
Art. 62. [Wybór zakładu karnego i systemu terapeutycznego] 460
Art. 63. [Zaliczenie tymczasowego aresztowania i innych środków zapobiegawczych] 463

Rozdział VII. Powrót do przestępstwa 473
Art. 64. [Recydywa szczególna podstawowa i wielokrotna] 478
Art. 65. [Stałe źródło dochodu lub działania w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym bądź przestępstwo o charakterze terrorystycznym] 497

Rozdział VIII. Środki związane z poddaniem sprawcy próbie 500
Art. 66. [Warunkowe umorzenie postępowania. Przesłanki stosowania] 503
Art. 67. [Okres próby, dozór i obowiązki próby] 512
Art. 68. [Podjęcie postępowania warunkowo umorzonego] 521
Art. 69. [Warunkowe zawieszenie wykonania kary. Podstawy stosowania] 525
Art. 70. [Okres próby] 536
Art. 71. [Grzywna związana z zawieszeniem wykonania kary] 538
Art. 72. [Obowiązki okresu próby] 545
Art. 73. [Dozór fakultatywny lub obligatoryjny] 556
Art. 74. [Ustalenie wykonania i zmiana obowiązków próby] 560
Art. 75. [Zarządzenie wykonania zawieszonej kary] 565
Art. 75a. [Zamiana kary pozbawienia wolności] 580
Art. 76. [Zatarcie skazania] 585
Art. 77. [Podstawy stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia] 588
Art. 78. [Przesłanki formalne warunkowego zwolnienia] 613
Art. 79. [Przesłanki formalne przy sumie kar] 620
Art. 80. [Okres próby] 624
Art. 81. [Ponowne warunkowe zwolnienie] 626
Art. 82. [Uznanie kary za odbytą] 628
Art. 83. [Skrócenie kary ograniczenia wolności] 632

Art. 84. [Skrócenie czasu trwania środków karnych] 634
Art. 84a. (uchylony). 636

Rozdział IX. Zbieg przestępstw oraz łączenie kar i środków karnych 637
Art. 85. [Warunki orzekania kary łącznej] 639
Art. 85a. [Dyrektywa kary łącznej] 652
Art. 86. [Kara łączna. Wymiar] 653
Art. 87. [Łączenie kary pozbawienia wolności z ograniczeniem wolności] 667
Art. 88. [Kara łączna 25 lat lub dożywotniego pozbawienia wolności] 669
Art. 89. [Warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej] 671
Art. 89a. [Warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej] 677
Art. 90. [Łączenie środków karnych oraz środków zabezpieczających] 679
Art. 91. [Ciąg przestępstw] 681
Art. 92–92a. (uchylone). 692

Rozdział X. Środki zabezpieczające 693
Art. 93. (uchylony). 695
Art. 93a. [Katalog środków zabezpieczających] 695
Art. 93b. [Stosowanie środków zabezpieczających] 697
Art. 93c. [Kategorie sprawców] 703
Art. 93d. [Czas stosowania środków zabezpieczających] 709
Art. 93e. [Elektroniczna kontrola miejsca pobytu] 712
Art. 93f. [Terapia, terapia uzależnień] 713
Art. 93g. [Zakład psychiatryczny] 716
Art. 94–98. (uchylone). 722
Art. 99. [Orzeczenie obowiązku, zakazu lub przepadku wobec niepoczytalnego] . . 722
Art. 100. (uchylony). 724

Rozdział XI. Przedawnienie 725
Art. 101. [Ustanie karalności] 727
Art. 102. [Przedłużenie przedawnienia karalności] 736
Art. 103. [Przedawnienie wykonania kary] 738
Art. 104. [Spoczywanie biegu przedawnienia] 740
Art. 105. [Wyłączenie przedawnienia] 744

Rozdział XII. Zatarcie skazania 749
Art. 106. [Uznanie skazania za niebyłe] 751
Art. 106a. [Wyłączenie zatarcia skazania] 755
Art. 107. [Przesłanki zatarcia skazania] 755
Art. 107a. (uchylony). 759
Art. 108. [Zatarcie przy zbiegu skazań] 760

Rozdział XIII. Odpowiedzialność za przestępstwa popełnione za granicą 762
Art. 109. [Zasada narodowości podmiotowej] 764
Art. 110. [Odpowiedzialność cudzoziemca] 767
Art. 111. [Warunek podwójnej przestępności] 770
Art. 112. [Odpowiedzialność według zasady ochronnej] 772
Art. 113. [Ściganie przestępstwa na mocy umów międzynarodowych] 775
Art. 114. [Moc prawna obcego wyroku] 777

Art. 114a. [Uwzględnienie prawomocnego orzeczenia skazującego wydanego w innym państwie UE] 788

Rozdział XIV. Objaśnienie wyrażeń ustawowych 795
Art. 115. [Słowniczek wyrażeń ustawowych] 797

Rozdział XV. Stosunek do ustaw szczególnych 842
Art. 116. [Stosowanie przepisów] 842

Część szczególna

Rozdział XVI. Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne 847
Art. 117. [Wojna napastnicza] 849
Art. 118. [Ludobójstwo] 851
Art. 118a. [Zbrodnie przeciwko ludzkości] 854
Art. 119. [Dyskryminacja] 860
Art. 120. [Stosowanie środków masowej zagłady] 862
Art. 121. [Wytwarzanie, gromadzenie lub obrót zakazanymi środkami] 863
Art. 122. [Niedopuszczalne sposoby lub środki walki] 865
Art. 123. [Zamach na życie lub zdrowie jeńców wojennych bądź ludności cywilnej] 866
Art. 124. [Inne przestępne naruszenie prawa międzynarodowego] 868
Art. 125. [Zamach na mienie lub dobra kultury] 870
Art. 126. [Bezprawne używanie znaków] 873
Art. 126a. [Publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstw z rozdziału XVI lub ich publiczne pochwalanie] 874
Art. 126b. [Dopuszczenie do popełnienia przestępstw z rozdziału XVI] 875

Rozdział XVII. Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej 878
Art. 127. [Zamach stanu] 879
Art. 128. [Zamach na konstytucyjny organ RP] 882
Art. 129. [Zdrada dyplomatyczna] 884
Art. 130. [Szpiegostwo] 885
Art. 131. [Czynny żal] 888
Art. 132. [Dezinformacja wywiadowcza] 891
Art. 132a. (utracił moc). 892
Art. 133. [Znieważenie narodu lub państwa polskiego] 894
Art. 134. [Zamach na życie prezydenta RP] 895
Art. 135. [Czynna napaść lub znieważenie prezydenta RP] 896
Art. 136. [Czynna napaść lub znieważenie przedstawiciela obcego państwa] . . . 897
Art. 137. [Publiczne znieważenie znaku lub symbolu państwowego] 898
Art. 138. [Zasada wzajemności] 900
Art. 139. [Przepadek przedmiotów] 902

Rozdział XVIII. Przestępstwa przeciwko obronności 904
Art. 140. [Zamach na jednostkę sił zbrojnych RP] 906
Art. 141. [Podjęcie służby w obcym wojsku] 910
Art. 142. [Zaciąg do wojska obcego] 916

Art. 143. [Samouszkodzenie i inne podstępne zabiegi w celu zwolnienia od służby wojskowej] . . . 918
Art. 144. [Uchylanie się od odbywania służby wojskowej] . . . 921
Art. 145. [Uchylanie się od pełnienia służby zastępczej] . . . 924
Art. 146. [Dobrowolny powrót] . . . 926
Art. 147. [Niezdolność do pełnienia służby] . . . 927

Rozdział XIX. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu . . . 928
Art. 148. [Zabójstwo] . . . 933
Art. 149. [Zabójstwo noworodka] . . . 940
Art. 150. [Zabójstwo eutanatyczne] . . . 942
Art. 151. [Namowa i pomoc do samobójstwa] . . . 942
Art. 152. [Aborcja za zgodą kobiety] . . . 943
Art. 153. [Wymuszona aborcja] . . . 946
Art. 154. [Śmierć kobiety jako następstwo aborcji] . . . 947
Art. 155. [Nieumyślne spowodowanie śmierci] . . . 948
Art. 156. [Ciężki uszczerbek na zdrowiu] . . . 948
Art. 157. [Średni i lekki uszczerbek na zdrowiu] . . . 951
Art. 157a. [Uszczerbek na zdrowiu dziecka poczętego] . . . 953
Art. 158. [Bójka i pobicie] . . . 954
Art. 159. [Użycie w bójce i pobiciu niebezpiecznego narzędzia] . . . 956
Art. 160. [Narażenie człowieka na niebezpieczeństwo] . . . 957
Art. 161. [Narażenie człowieka na zarażenie] . . . 959
Art. 162. [Nieudzielenie pomocy] . . . 960

Rozdział XX. Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu . . . 961
Art. 163. [Sprowadzenie zdarzenia powszechnie niebezpiecznego] . . . 963
Art. 164. [Sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa zdarzenia] . . . 971
Art. 165. [Sprowadzenie stanów powszechnie niebezpiecznych dla życia lub zdrowia] . . . 974
Art. 165a. [Finansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym] . . . 984
Art. 166. [Zawładnięcie statkiem wodnym lub powietrznym] . . . 994
Art. 167. [Umieszczenie na statku niebezpiecznego urządzenia lub niebezpiecznej substancji] . . . 997
Art. 168. [Karalność przygotowania] . . . 998
Art. 169. [Czynny żal] . . . 999
Art. 170. [Rozbójnictwo morskie] . . . 1000
Art. 171. [Wytwarzanie substancji niebezpiecznych lub obrót nimi] . . . 1001
Art. 172. [Przeszkadzanie akcji ratowniczej] . . . 1003

Rozdział XXI. Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji . . . 1005
Art. 173. [Katastrofa w komunikacji] . . . 1012
Art. 174. [Sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy] . . . 1016
Art. 175. [Przygotowanie do spowodowania katastrofy] . . . 1019
Art. 176. [Czynny żal przy sprowadzeniu katastrofy] . . . 1020
Art. 177. [Spowodowanie wypadku w komunikacji] . . . 1020
Art. 178. [Zaostrzenie karalności wobec sprawcy katastrofy lub wypadku] . . . 1062

Art. 178a. [Prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego] 1076
Art. 179. [Dopuszczenie do ruchu niebezpiecznego pojazdu] 1096
Art. 180. [Zapewnienie bezpieczeństwa ruchu pojazdów mechanicznych] 1098
Art. 180a. [Prowadzenie pojazdu mechanicznego po cofnięciu uprawnień] 1100

Rozdział XXII. Przestępstwa przeciwko środowisku 1108
Art. 181. [Powodowanie zniszczeń w przyrodzie] 1116
Art. 182. [Zanieczyszczenie środowiska w znacznych rozmiarach] 1124
Art. 183. [Nieodpowiednie postępowanie z odpadami] 1131
Art. 184. [Nieodpowiednie postępowanie z materiałem promieniotwórczym] . . . 1141
Art. 185. [Kwalifikowane typy przestępstw] 1143
Art. 186. [Brak dbałości o urządzenia ochronne] 1147
Art. 187. [Niszczenie lub uszkadzanie chronionych terenów lub obiektów] 1150
Art. 188. [Działalność zagrażająca środowisku] 1155

Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności 1159
Art. 189. [Bezprawne pozbawienie wolności] 1161
Art. 189a. [Handel ludźmi] 1166
Art. 190. [Groźba karalna] 1168
Art. 190a. [Uporczywe nękanie. Kradzież tożsamości] 1173
Art. 191. [Zmuszanie do określonego zachowania] 1176
Art. 191a. [Naruszenie intymności seksualnej] 1187
Art. 192. [Zabieg leczniczy bez wymaganej zgody] 1189
Art. 193. [Zakłócenie miru domowego] 1192

Rozdział XXIV. Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania 1198
Art. 194. [Dyskryminacja wyznaniowa] 1199
Art. 195. [Złośliwe przeszkadzanie w wykonywaniu aktów religijnych] 1201
Art. 196. [Obraza uczuć religijnych] 1203

Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności 1207
Art. 197. [Zgwałcenie i wymuszenie czynności seksualnej] 1212
Art. 198. [Seksualne wykorzystanie niepoczytalności lub bezradności] 1233
Art. 199. [Seksualne wykorzystanie stosunku zależności lub krytycznego położenia] 1237
Art. 200. [Seksualne wykorzystanie małoletniego] 1241
Art. 200a. [Elektroniczna korupcja seksualna małoletniego] 1249
Art. 200b. [Propagowanie pedofilii] 1252
Art. 201. [Kazirodztwo] 1253
Art. 202. [Publiczne prezentowanie treści pornograficznych] 1255
Art. 203. [Zmuszenie do uprawiania prostytucji] 1264
Art. 204. [Stręczycielstwo, sutenerstwo i kuplerstwo] 1265
Art. 205. (uchylony). 1270

Rozdział XXVI. Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece 1271
Art. 206. [Bigamia] 1272
Art. 207. [Znęcanie się] 1275
Art. 208. [Rozpijanie małoletniego] 1289

Art. 209. [Niealimentacja] 1292
Art. 210. [Porzucenie małoletniego lub osoby nieporadnej] 1303
Art. 211. [Uprowadzenie małoletniego lub osoby nieporadnej] 1306
Art. 211a. [Organizowanie adopcji wbrew przepisom ustawy] 1310

Rozdział XXVII. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej 1313
Art. 212. [Zniesławienie] 1314
Art. 213. [Wyłączenie bezprawności zniesławienia] 1319
Art. 214. [Zniewaga ze względu na formę zarzutu] 1323
Art. 215. [Ogłoszenie wyroku w sprawach o zniesławienie] 1323
Art. 216. [Zniewaga] 1324
Art. 217. [Nietykalność cielesna] 1325
Art. 217a. [Naruszenie nietykalności cielesnej w związku z interwencją] 1326

Rozdział XXVIII. Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową 1328
Art. 218. [Złośliwe lub uporczywe naruszanie praw pracownika] 1330
Art. 219. [Niezgłoszenie osoby wykonującej pracę zarobkową do ubezpieczenia społecznego] 1338
Art. 220. [Narażenie życia albo zdrowia pracownika] 1341
Art. 221. [Niezawiadomienie o wypadku przy pracy lub chorobie zawodowej osoby wykonującej pracę zarobkową] 1348

Rozdział XXIX. Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego 1355
Art. 222. [Naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza] 1357
Art. 223. [Czynna napaść na funkcjonariusza publicznego] 1361
Art. 224. [Wywieranie wpływu na czynności urzędowe] 1364
Art. 224a. [Fałszywy alarm] 1367
Art. 225. [Udaremnianie lub utrudnianie przeprowadzania kontroli w zakresie ochrony środowiska i inspekcji pracy] 1369
Art. 226. [Znieważenie funkcjonariusza lub konstytucyjnego organu] 1371
Art. 227. [Przywłaszczenie funkcji publicznej] 1374
Art. 228. [Sprzedajność pełniącego funkcję publiczną] 1375
Art. 229. [Przekupstwo] 1380
Art. 230. [Płatna protekcja bierna] 1383
Art. 230a. [Płatna protekcja czynna] 1386
Art. 231. [Nadużycie uprawnień przez funkcjonariusza] 1387
Art. 231a. [Ochrona prawna funkcjonariusza publicznego] 1393
Art. 231b. [Odparcie zamachu na cudze dobro chronione prawem] 1394

Rozdział XXX. Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości 1396
Art. 232. [Wywieranie wpływu na czynności sądu] 1398
Art. 233. [Fałszywe zeznania] 1399
Art. 234. [Fałszywe oskarżenie] 1404
Art. 235. [Tworzenie fałszywych dowodów dla podjęcia ścigania za przestępstwo] 1405
Art. 236. [Zatajenie dowodów niewinności osoby podejrzanej] 1406
Art. 237. [Złagodzona odpowiedzialność lub odstąpienie od karalności] 1407

Art. 238. [Fałszywe zawiadomienie o przestępstwie] 1408
Art. 239. [Poplecznictwo] 1408
Art. 240. [Karalne niezawiadomienie o przestępstwie] 1411
Art. 241. [Naruszenie tajemnicy postępowania przygotowawczego lub rozprawy] 1413
Art. 242. [Bezprawne samouwolnienie] 1414
Art. 243. [Uwolnienie osoby pozbawionej wolności] 1417
Art. 244. [Niestosowanie się do orzeczonych środków karnych] 1418
Art. 244a. [Niestosowanie się do zakazu wstępu na imprezę masową] 1419
Art. 244b. [Niestosowanie się do obowiązków związanych ze środkiem zabezpieczającym] 1420
Art. 245. [Przemoc wobec stron postępowania] 1420
Art. 246. [Wymuszanie zeznań przez funkcjonariusza publicznego] 1421
Art. 247. [Znęcanie się nad osobą pozbawioną wolności] 1422
Art. 247a. [Ochrona międzynarodowych trybunałów karnych] 1424

Rozdział XXXI. Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum 1425
Art. 248. [Naruszenia przy przebiegu wyborów] 1426
Art. 249. [Zakłócenie przebiegu wyborów] 1427
Art. 250. [Bezprawne naruszenie swobody głosowania] 1428
Art. 250a. [Łapownictwo wyborcze] 1429
Art. 251. [Naruszenie tajności głosowania] 1430

Rozdział XXXII. Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu 1431
Art. 252. [Zakładnictwo] 1433
Art. 253. (uchylony). 1437
Art. 254. [Czynny udział w zbiegowisku] 1437
Art. 254a. [Zamach na urządzenia infrastruktury] 1439
Art. 255. [Publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa skarbowego] . . . 1441
Art. 255a. [Rozpowszechnianie treści mogących ułatwić popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym] 1443
Art. 256. [Propagowanie faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego] 1444
Art. 257. [Rasizm] 1446
Art. 258. [Przestępczość zorganizowana. Udział w zorganizowanej grupie przestępczej] 1447
Art. 259. [Dobrowolne odstąpienie od udziału w zorganizowanej grupie przestępczej] 1450
Art. 260. [Zakłócenie przebiegu zgromadzenia] 1451
Art. 261. [Znieważenie pomnika] 1453
Art. 262. [Zbezczeszczenie zwłok] 1454
Art. 263. [Wyrób i handel bronią bez zezwolenia] 1456
Art. 264. [Nielegalne przekroczenie granicy] 1459
Art. 264a. [Umożliwienie nielegalnego pobytu na terytorium RP] 1461

Rozdział XXXIII. Przestępstwa przeciwko ochronie informacji 1463
Art. 265. [Ujawnianie lub wykorzystanie tajemnicy państwowej] 1464
Art. 266. [Ujawnienie tajemnicy państwowej w związku z wykonywaną funkcją] 1467
Art. 267. [Bezprawne uzyskanie informacji] 1470

Art. 268. [Utrudnianie zapoznania się z informacją] 1472
Art. 268a. [Niszczenie danych informatycznych] 1474
Art. 269. [Uszkodzenie danych informatycznych] 1475
Art. 269a. [Zakłócenie systemu komputerowego] 1476
Art. 269b. [Wytwarzanie programów komputerowych] 1476

Rozdział XXXIV. Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów 1479
Art. 270. [Fałszerstwo materialne] 1480
Art. 271. [Fałszerstwo intelektualne] 1483
Art. 272. [Wyłudzenie podstępem poświadczenia nieprawdy] 1485
Art. 273. [Używanie dokumentów poświadczających nieprawdę – zawierających fałszerstwo intelektualne] 1486
Art. 274. [Zbycie dokumentu tożsamości] 1487
Art. 275. [Posługiwanie się cudzym dokumentem. Wywóz za granicę] 1487
Art. 276. [Niwelowanie dokumentu] 1489
Art. 277. [Usuwanie znaków granicznych] 1490

Rozdział XXXV. Przestępstwa przeciwko mieniu 1492
Art. 278. [Kradzież] 1493
Art. 279. [Kradzież z włamaniem] 1501
Art. 280. [Rozbój] 1503
Art. 281. [Kradzież rozbójnicza] 1509
Art. 282. [Wymuszenie rozbójnicze] 1511
Art. 283. [Wypadek mniejszej wagi] 1514
Art. 284. [Przywłaszczenie] 1516
Art. 285. [Uruchomienie impulsów telefonicznych] 1520
Art. 286. [Oszustwo] 1521
Art. 287. [Oszustwo komputerowe] 1525
Art. 288. [Zniszczenie mienia ruchomego] 1527
Art. 289. [Zabór pojazdu w celu krótkotrwałego użycia] 1529
Art. 290. [Kradzież drzewa z lasu] 1533
Art. 291. [Paserstwo umyślne] 1536
Art. 292. [Paserstwo nieumyślne] 1540
Art. 293. [Paserstwo programu komputerowego] 1542
Art. 294. [Obostrzenie odpowiedzialności] 1543
Art. 295. [Nadzwyczajne złagodzenie kary. Odstąpienie od ukarania] 1544

Rozdział XXXVI. Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu 1547
Art. 296. [Wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym] 1553
Art. 296a. [Łapownictwo na stanowisku kierowniczym] 1573
Art. 296b. (uchylony). 1578
Art. 297. [Wyłudzenie kredytu] 1578
Art. 298. [Wyłudzenie odszkodowania] 1591
Art. 299. [Pranie brudnych pieniędzy] 1596
Art. 300. [Udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia wierzyciela] 1607
Art. 301. [Pokrzywdzenie wierzyciela] 1616
Art. 302. [Zaspokojenie wybranych wierzycieli. Łapownictwo w postępowaniu egzekucyjnym] 1620

Art. 303. [Niwelowanie dokumentacji działalności gospodarczej] 1624
Art. 304. [Wyzysk kontrahenta] 1628
Art. 305. [Zakłócenie przetargu publicznego] 1632
Art. 306. [Fałszowanie znaków identyfikacyjnych] 1637
Art. 307. [Nadzwyczajne złagodzenie lub odstąpienie od wymierzenia kary] 1641
Art. 308. [Odpowiedzialność indywidualna zarządcy] 1642
Art. 309. [Obostrzenie kary grzywny] 1643

Rozdział XXXVII. Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi 1644
Art. 310. [Fałszowanie pieniędzy i innych środków płatniczych albo dokumentów równoznacznych] 1646
Art. 311. [Oszustwo kapitałowe] 1670
Art. 312. [Puszczenie w obieg fałszywych pieniędzy i innych środków płatniczych, dokumentów płatniczych albo dokumentów równoważnych] 1673
Art. 313. [Fałszowanie urzędowego znaku wartościowego] 1676
Art. 314. [Fałszowanie znaku urzędowego] 1678
Art. 315. [Fałszowanie zalegalizowanego narzędzia pomiarowego lub probierczego] 1681
Art. 316. [Specjalna regulacja przepadku przedmiotów] 1683

Część wojskowa

Rozdział XXXVIII. Przepisy ogólne dotyczące żołnierzy 1689
Art. 317. [Zastosowanie ustawy wobec żołnierzy] 1689
Art. 318. [Kontratyp rozkazu wojskowego] 1693
Art. 319. [Kontratyp ostatecznej potrzeby wojskowej] 1696
Art. 320. [Odpowiedzialność karna w przypadku niezdolności do służby wojskowej] 1699
Art. 321. [Odpowiedzialność małoletniego] 1701
Art. 322. [Areszt wojskowy] 1702
Art. 323. [Ograniczenie wolności] 1704
Art. 324. [Środki karne] 1708
Art. 325. (uchylony). 1708
Art. 326. [Wydalenie ze służby wojskowej] 1709
Art. 327. [Degradacja stopnia] 1711
Art. 328. [Możliwość orzeczenia degradacji] 1712
Art. 329. [Wybór kary. Zamiana na areszt wojskowy] 1713
Art. 330. [Wybór kary. Zamiana na ograniczenie wolności] 1713
Art. 331. [Stosowanie kar dyscyplinarnych] 1714
Art. 332. [Zbieg przestępstw] 1715
Art. 333. [Warunkowe umorzenie postępowania] 1715
Art. 334. [Obowiązki. Dozór] 1716
Art. 335. [Zawieszenie wykonania kary] 1717
Art. 336. [Odroczenie wykonania kary. Zwolnienie z odbycia kary] 1718
Art. 337. [Warunki zatarcia skazania] 1720

Rozdział XXXIX. Przestępstwa przeciwko obowiązkowi pełnienia służby wojskowej 1722
Art. 338. [Samowolne opuszczenie jednostki] 1722
Art. 339. [Dezercja] 1727
Art. 340. [Nadzwyczajne złagodzenie kary] 1730
Art. 341. [Odmowa pełnienia służby] 1731
Art. 342. [Samookaleczenie. Wprowadzenie w błąd organu wojskowego] 1734

Rozdział XL. Przestępstwa przeciwko zasadom dyscypliny wojskowej 1738
Art. 343. [Odmowa wykonania rozkazu] 1738
Art. 344. [Niewykonanie rozkazu polecającego popełnienie przestępstwa] 1742
Art. 345. [Napaść na przełożonego] 1744
Art. 346. [Przemoc lub groźba bezprawna wobec przełożonego] 1746
Art. 347. [Znieważenie przełożonego] 1748
Art. 348. [Odpowiednie stosowanie wobec innych żołnierzy] 1749
Art. 349. [Odpowiednie stosowanie wobec żołnierzy państw sprzymierzonych] . . 1750

Rozdział XLI. Przestępstwa przeciwko zasadom postępowania z podwładnymi . . 1752
Art. 350. [Poniżenie podwładnego] 1752
Art. 351. [Naruszenie nietykalności cielesnej podwładnego] 1754
Art. 352. [Znęcanie się nad podwładnym] 1755
Art. 353. [Odpowiednie stosowanie wobec młodszego stopniem] 1757

Rozdział XLII. Przestępstwa przeciwko zasadom obchodzenia się z uzbrojeniem i uzbrojonym sprzętem wojskowym 1759
Art. 354. [Nieostrożne używanie środków walki] 1759
Art. 355. [Wypadek komunikacyjny] 1763

Rozdział XLIII. Przestępstwa przeciwko zasadom pełnienia służby 1766
Art. 356. [Naruszenie regulaminu] 1766
Art. 357. [Stan nietrzeźwości lub odurzenia w służbie] 1769

Rozdział XLIV. Przestępstwa przeciwko mieniu wojskowemu 1772
Art. 358. [Samowolne dysponowanie środkami walki] 1772
Art. 359. [Utrata środków walki] 1775
Art. 360. [Uszkodzenie środków walki] 1776
Art. 361. [Samowolne użycie statku] 1778
Art. 362. [Samowolne użycie pojazdu mechanicznego] 1779
Art. 363. [Samowolne rozporządzenie wyposażeniem] 1782

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm) 1785

Rozdział I. Przepisy ogólne 1787
Art. 1. [Wejście w życie kodeksu karnego] 1787
Art. 2. [Derogacja kodeksu karnego] 1787
Art. 3. [Derogacja przepisów pozakodeksowych] 1787
Art. 4. [Ustawy utrzymane w mocy] 1788
Art. 5. [Przepisy utrzymane w mocy] 1789

Art. 6. [Uchylenie poszczególnych przepisów] 1801
Art. 7. [Derogacja ustawy szczególnej] 1802

Rozdział II. Przepisy karne 1803
Art. 8. [Handel niewolnikami] 1803
Art. 9. [Zawieszenie biegu przedawnienia] 1804

Rozdział III. Zmiany w przepisach obowiązujących 1805
Art. 10. [Derogacja ustawy] 1805

Rozdział IV. Przepisy przejściowe i końcowe 1806
Art. 11. [Grzywna pozakodeksowa] 1806
Art. 12. [Stosowanie kodeksu karnego] 1807
Art. 13. [Zmiany w utrzymanych przepisach] 1807
Art. 14. [Niewykonane kary i ich zamiana] 1808
Art. 15. [Przedawnienie i zatarcie skazania] 1808
Art. 16. [Orzekanie o wykonaniu kary] 1809
Art. 17. [Tryb ścigania a zamiana kary] 1809
Art. 18. [Wejście w życie ustawy] 1809

Skorowidz przedmiotowy 1811

Wykaz skrótów

Źródła prawa

d.k.k.	– ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.; obecnie nieobowiązująca)
d.k.p.k.	– ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 96 ze zm.; obecnie nieobowiązująca)
EKPCz	– Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
k.c.	– ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.)
k.k.	– ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.)
k.k. z 1932 r.	– rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 ze zm.; obecnie nieobowiązujące)
k.k.s.	– ustawa z 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 186 ze zm.)
k.k.w.	– ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.p.	– ustawa z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 ze zm.)
k.p.a.	– ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 23)
k.p.c.	– ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.)
k.p.k.	– ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.)
k.p.w.	– ustawa z 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 395 ze zm.)
k.r.o.	– ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2082 ze zm.)
k.s.h.	– ustawa z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 ze zm.)

k.w.	– ustawa z 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1094 ze zm.)
MPPOiP	– Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 zał.)
nowelizacja z 13 czerwca 2003 r.	– ustawa z 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061)
nowelizacja z 18 marca 2004 r.	– ustawa z 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 69, poz. 626)
nowelizacja z 27 lipca 2005 r.	– ustawa z 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363 ze zm.)
nowelizacja z 5 listopada 2009 r.	– ustawa z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.)
nowelizacja z 20 maja 2010 r.	– ustawa z 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 98, poz. 626)
nowelizacja z 16 września 2011 r.	– ustawa z 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1431 ze zm.)
nowelizacja z 4 kwietnia 2014 r.	– ustawa z 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 538)
nowelizacja z 20 lutego 2015 r.	– ustawa z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396)
p.o.ś.	– ustawa z 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 672)
pr. at.	– ustawa z 29 listopada 2000 r. – Prawo atomowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1512 ze zm.)
pr. bud.	– ustawa z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 290)
p.r.d.	– ustawa z 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1137 ze zm.)
pr. wod.	– ustawa z 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 469 ze zm.)
p.w.k.k.	– ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.)
rozporządzenie nr 1013/2006	– rozporządzenie (WE) nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 14 czerwca 2006 r. w sprawie przemieszczania odpadów (Dz. Urz. UE L 190 z 12.07.2006, s. 1, ze zm.)
Statut MTK	– Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego z 17 lipca 1998 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708)

u.d.w. – ustawa z 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz. U. Nr 190, poz. 1474 ze zm.)
u.k.p. – ustawa z 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 627)
u.o.p. – ustawa z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1651 ze zm.)
u.o.p.z. – ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1212 ze zm.)
u.p.o.o. – ustawa z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 827 ze zm.)
u.s.d.g. – ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 584 ze zm.)
u.z.l.l.d. – ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 464 ze zm.)
u.z.z.w. – ustawa z 16 marca 1995 r. o zapobieganiu zanieczyszczaniu morza przez statki (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 434 ze zm.)

Czasopisma i publikatory

AK – „Archiwum Kryminologii”
Ann. UMCS – „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G. Ius”
Apel.-Lub. – „Apelacja. Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Lublinie”
Apel.-W-wa – „Apelacja. Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Warszawie”
AUWr Prawo – „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”
Biul. PA w Łodzi – „Biuletyn Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi”
Biul. PK – „Biuletyn Prawa Karnego”
Biul. SAKa – „Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Katowicach”
Biul. SN – „Biuletyn Sądu Najwyższego”
BRD – „Bezpieczeństwo Ruchu Drogowego”
BSP – „Białostockie Studia Prawnicze”
CzPKiNP – „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”
Dz. U. – „Dziennik Ustaw”
EP – „Edukacja Prawnicza”
EPS – „Europejski Przegląd Sądowy”
GS – „Gazeta Sądowa”
GSiP – „Gazeta Sądowa i Penitencjarna”
GSP – „Gdańskie Studia Prawnicze”
GSP-Prz. Orz. – „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa”
IP – „Informacja Prawnicza”
KPP – „Kwartalnik Prawa Prywatnego”
KZS – „Krakowskie Zeszyty Sądowe”
MoP – „Monitor Prawniczy”

NKPK	– „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”
NP	– „Nowe Prawo”
OSA	– „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych”
OSAB	– „Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej”
OSAW	– „Orzecznictwo Sądów Apelacji Wrocławskiej”
OSNC	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna”
OSNCK	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej i Izby Karnej”
OSN(K)	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego (Izba Karna)”
OSNKW	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa”
OSNP	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych”
OSNPG	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego”, wyd. Prokuratury Generalnej
OSNSK	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych”
OSP	– „Orzecznictwo Sądów Polskich”
OSPiKA	– „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych”
OTK	– „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego”
OTK-A	– „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A”
Pal.	– „Palestra”
PD	– „Paragraf na Drodze”
PiP	– „Państwo i Prawo”
PiM	– „Prawo i Medycyna”
PiŚ	– „Prawo i Środowisko”
PiZS	– „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”
PiŻ	– „Prawo i Życie”
POSAG	– „Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku”
PPK	– „Przegląd Prawa Karnego”
Pr. Bank.	– „Prawo Bankowe”
Prob. PK	– „Problemy Prawa Karnego”
Prob. Praw.	– „Problemy Praworządności”
Prok. i Pr.	– „Prokuratura i Prawo”
Prok. i Pr.-wkł.	– „Prokuratura i Prawo” – wkładka
Pr. Spółek	– „Prawo Spółek”
Prz. Orz. PA w Katowicach	– „Przegląd Orzecznictwa. Prokuratura Apelacyjna w Katowicach”
Prz. Orz. PA w Lublinie	– „Przegląd Orzecznictwa. Prokuratura Apelacyjna w Lublinie”
Prz. Pol.	– „Przegląd Policyjny”
PS	– „Przegląd Sądowy”
PUG	– „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”
PwD	– „Prawo w Działaniu”
PWP	– „Przegląd Więziennictwa Polskiego”
RPEiS	– „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”
R.Pr.	– „Radca Prawny”
Sł. Prac.	– „Służba Pracownicza”

SMO	– „Służba MO”
ST	– „Samorząd Terytorialny”
St. Iur.	– „Studia Iuridica”
St. Praw.	– „Studia Prawnicze”
St. Pr.-Ek.	– „Studia Prawno-Ekonomiczne”
WPP	– „Wojskowy Przegląd Prawniczy”
Zam. Publ. Dor.	– „Zamówienia Publiczne. Doradca”
Zb. Orz.	– „Zbiór Orzecznictwa”
ZNIBPS	– „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego”
ZW	– „Zagadnienia Wykroczeń”

3. Inne

KRK	– Krajowy Rejestr Karny
MTK	– Międzynarodowy Trybunał Karny
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
Uzasadnienie projektu k.k.	– *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego*, w: *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997
Uzasadnienie projektu nowelizacji z 20 lutego 2015 r.	– *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 2393 Sejmu VII kadencji)

Uwaga: Artykuły powołane w tekście bez bliższego oznaczenia są artykułami ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

Wstęp

We wstępie do poprzedniego wydania niniejszego Komentarza poczyniono uwagę wprowadzającą, która zawierała się w myśli, że współcześnie niełatwo przychodzi pisanie tego typu opracowań, co argumentowano dwojakiego rodzaju względami. Po pierwsze, wyraźnie i stale pogłębiająca się specjalizacja poszczególnych badaczy zajmujących się prawem karnym rodzi określone problemy redakcyjne, choć dla dochowania najwyższego poziomu Komentarza konwencja opracowania zbiorowego jest jedyną, jaka wchodzi w grę. Po drugie, dynamika zmian legislacyjnych zachodząca w obrębie rodzimej kodyfikacji wymusza szczególną dbałość o „świeżość" podejmowanych rozważań.

Powyższe twierdzenie pozostaje aktualne tylko w swojej drugiej części, z ulgą pragnąłbym bowiem odnotować, że kooperacja pomiędzy poszczególnymi Autorami przebiegała nad wyraz sprawnie, za co w tym miejscu chciałbym w sposób szczególny podziękować, zwłaszcza że dzięki tej współpracy moja rola w tym względzie miała w dużej mierze charakter techniczno-kurtuazyjny.

Z ograniczoną satysfakcją trzeba natomiast wyeksponować, że poprzednio formułowane uwagi odnośnie do tempa zmian legislacyjnych nie tylko dają się utrzymać w mocy, lecz stale zyskują na swojej aktualności i doniosłości. Tempo i natura tych zmian w dalszym ciągu zdaje się wynikać z przesłanek zabarwionych politycznie – z pełnego przekonania i wiary w omnipotencję prawa karnego, w którego strukturze poszczególne ugrupowania polityczne za wszelką cenę dążą chyba do pozostawienia swojego śladu, żywiąc zapewne przekonanie, że to właśnie kodeks karny jest najlepszym instrumentem do propagowania i wzmacniania preferowanej aksjologii. Szczęśliwie jednak wydaje się, że mechanizmy z arsenału marketingu politycznego nie są jedynym motorem napędowym tych zmian, są bowiem także i inne powody tego stanu rzeczy, zakotwiczone w realnych potrzebach politycznokryminalnych i odpowiednio umocowane intelektualnie. Pośród tych mechanizmów wypada wymienić przede wszystkim ciągle wyraźnie rysującą się potrzebę implementowania do struktury kodeksu karnego norm prawa unijnego, stanowiącą konsekwencję naszej przynależności do ponadnarodowej struktury politycznej, a także stałą potrzebę dostosowywania norm wysłowionych w tymże kodeksie do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, choć wydarzenia ostatnich miesięcy zdają się chwiać tym założeniem i nie najlepiej rokować na przyszłość.

Słuszność powyższego twierdzenia potęguje swoisty „wysyp" legislacyjny, trwający w sumie (co najmniej) od 2013 r., w którym szczególne znaczenie przypada ustawie (nowelizującej) z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

Zmiany zachodzące w obrębie rodzimej kodyfikacji można oceniać różnie, na ogół jednak krytycznie, w istocie mamy bowiem do czynienia z ciągłym zwiększaniem represyjności (punitywności) polskiego prawa karnego oraz podnoszeniem kazuistyki samego kodeksu, która ani nie sprzyja jego spójności, ani transparentności, utrudniając dekodowanie zawartych w nim norm nie tylko właściwym ich adresatom, lecz także szczególnie predysponowanym do tego specjalistom w dziedzinie prawa karnego. W samej tylko ustawie lutowej wprowadzono tyle zmian, że nie sposób ich nawet krótko wyliczyć czy scharakteryzować w ramach niniejszego słowa wstępnego.

Nie lada wyzwaniem było też nadążenie za tymi zmianami w trakcie prac nad niniejszym Komentarzem, w ich toku niejednokrotnie okazywało się bowiem, że treści raz przygotowane przez Autorów stawały się nieaktualne, nim jeszcze trafiły do druku, co powodowało konieczność ich podejmowania raz jeszcze. Uwzględniając tę okoliczność, wypada jednak poinformować Czytelnika, że oto udało się przekazać do Jego rąk opracowanie w pełni aktualne, obejmujące stan normatywny obowiązujący w dniu złożenia książki do druku, przy czym – co warto podkreślić – istnieje pozytywna prognoza, że zachowa on swoją aktualność przez kolejne miesiące. Dla niektórych będzie to jednak konstatacja raczej niewesoła, dawniej bowiem dzieła o ambicjach komentarzowych nie wymagały odświeżania przez długie lata po ich wydaniu, dziś jednak zadowolić trzeba się „świeżością" ledwie kilkumiesięczną, a to i tak perspektywa w sumie atrakcyjna. Paradoksalnie jednak na „starzenie" się literatury karnoprawnej wpływa nie tylko niestabilna sytuacja normatywna, lecz także szybki rozwój samej nauki właściwej dla tej dziedziny, jak również samego orzecznictwa, które w niniejszym Komentarzu zawsze traktowano z należytą powagą i estymą, dzięki czemu – jak się przynajmniej wydaje – dochowano właściwych proporcji pomiędzy rozważaniami o doniosłości praktycznej a wywodami ze sfery dogmatyki prawa karnego.

Jest jeszcze jedna okoliczność, o której wypada zawiadomić Czytelnika, przy czym czynię to z zadowoleniem i radością. Otóż, podobnie jak miało to miejsce we wcześniejszych wydaniach, także i przy okazji wydania najnowszego powiększyło się grono Autorów, do którego dołączyły kolejne znakomitości ze świata nauki: Pan Profesor Andrzej Sakowicz z Katedry Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu w Białymstoku, Pan Doktor Paweł Czarnecki z Katedry Postępowania Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Pani Doktor Bianka Stefańska z Uczelni Łazarskiego. Serdecznie witam wszystkich Autorów i dziękuję za wniesienie twórczego i cennego wkładu do Komentarza i tym samym – jak sądzę – do całej nauki polskiego prawa karnego.

Szczególne jednak wyrazy wdzięczności i osobistego uznania jestem winien komu innemu, a mianowicie Panu Marcinowi Berentowi, niezastąpionemu „adiutantowi" i pracownikowi w Katedrze Prawa Karnego i Polityki Kryminalnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu – Katedry, w której spędziłem całe swoje zawodowe życie, a to bez mała już pół wieku. Przy okazji poprzedniego wydania napisałem, że „kolejny raz przypadł mi zaszczyt powiadomienia Czytelników, że do grona współautorów dołączył nowy badacz, tym razem o wyraźnym zacięciu z arsenału tzw. klasycznych zagadnień twardej dogmatyki prawa karnego. I tak, w gronie tym miło mi powitać Pana Marcina Berenta […], którego autentyczne zaangażowanie intelektualne w pracach nad Komentarzem, zarówno w ujęciu jakościowym, jak i ilościowym, całkowicie uzasadniało przyznanie Mu statusu pełnoprawnego twórcy. Korzystając z redaktorskich przywilejów, chciałbym w tym miejscu Autorowi podziękować w sposób szczególny. Jakkolwiek współpraca między nami nie należała do najłatwiejszych – Autor bowiem, mimo młodego wieku, prezentuje dojrzałe i ustabilizowane poglądy w niełatwych wszakże obszarach prawa karnego, dając przy tym wyraz swym zapatrywaniom w tym względzie – to jednak w toku wspólnych prac powiało naukową świeżością, ja zaś dałem się przekonać do przeorientowania, nieznacznego przynajmniej, swych poglądów na liczne kwestie, czemu dałem wyraz, modyfikując nieco wcześniej aplikowane tezy". Aktualność powyższych słów pragnę podtrzymać także teraz i – choć być może nie wypada chwalić „swoich" – bez zbędnej przesady i wpadania w nadmierną euforię Panu Marcinowi Berentowi podziękować muszę w sposób wyjątkowy, bez niego bowiem – i nie waham się tego stwierdzić – ten Komentarz być może w ogóle by nie powstał, w każdym razie na pewno nie w takiej postaci. Marcinie – dziękuję.

W kontekście powyższego niesprawiedliwością byłoby także pominięcie Pana Jakuba Strzeleckiego, doktoranta afiliowanego przy „mojej" Katedrze, który – jak zawsze – wykazał się niemałą cierpliwością i determinacją, służąc swoją nieocenioną pomocą na etapie gromadzenia materiałów, bez których Komentarz ten nie mógłby się obyć. Panie Jakubie – i Panu dziękuję.

Przy końcu pozostaje mi kolejny już raz wyrazić nadzieję, że niniejsze wydanie Komentarza zostanie przyjęte przez Czytelników nie mniej serdecznie aniżeli wcześniejsze jego wersje, i za ową serdeczność chciałbym również podziękować.

redaktor naukowy prof. zw. dr hab. Marian Filar

USTAWA

z dnia 6 czerwca 1997 r.

Kodeks karny

(Dz. U. Nr 88, poz. 553; sprost.: Dz. U. z 1997 r. Nr 128, poz. 840; zm.: z 1999 r. Nr 64, poz. 729, Nr 83, poz. 931; z 2000 r. Nr 48, poz. 548, Nr 93, poz. 1027, Nr 116, poz. 1216; z 2001 r. Nr 98, poz. 1071; z 2003 r. Nr 111, poz. 1061, Nr 179, poz. 1750, Nr 199, poz. 1935, Nr 228, poz. 2255; z 2004 r. Nr 25, poz. 219, Nr 69, poz. 626, Nr 93, poz. 889, Nr 243, poz. 2426; z 2005 r. Nr 86, poz. 732, Nr 90, poz. 757, Nr 132, poz. 1109, Nr 163, poz. 1363, Nr 178, poz. 1479, Nr 180, poz. 1493; z 2006 r. Nr 190, poz. 1409, Nr 218, poz. 1592, Nr 226, poz. 1648; z 2007 r. Nr 89, poz. 589, Nr 123, poz. 850, Nr 124, poz. 859, Nr 192, poz. 1378; z 2008 r. Nr 90, poz. 560, Nr 122, poz. 782, Nr 171, poz. 1056, Nr 173, poz. 1080, Nr 214, poz. 1344; z 2009 r. Nr 62, poz. 504, Nr 166, poz. 1317, Nr 168, poz. 1323, Nr 190, poz. 1474, Nr 201, poz. 1540, Nr 206, poz. 1589; z 2010 r. Nr 7, poz. 46, Nr 40, poz. 227 i 229, Nr 98, poz. 626, Nr 125, poz. 842, Nr 127, poz. 857, Nr 152, poz. 1018 i 1021, Nr 182, poz. 1228, Nr 225, poz. 1474, Nr 240, poz. 1602; z 2011 r. Nr 17, poz. 78, Nr 48, poz. 245, Nr 72, poz. 381, Nr 94, poz. 549, Nr 117, poz. 678, Nr 133, poz. 767, Nr 160, poz. 964, Nr 191, poz. 1135, Nr 217, poz. 1280, Nr 233, poz. 1381, Nr 240, poz. 1431; z 2012 r. poz. 611; z 2013 r. poz. 849, poz. 905, poz. 1036, poz. 1247; z 2014 r. poz. 538; z 2015 r. poz. 396, poz. 541, poz. 1528, poz. 1549, poz. 1707, poz. 1855; z 2016 r. poz. 189, poz. 428, poz. 437)

CZĘŚĆ OGÓLNA

ROZDZIAŁ I
Zasady odpowiedzialności karnej

Literatura: Buchała K. (red.), *Komentarz do Kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994; Buchała K., Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 1998; Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995; Budyn-Kulik M., *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015; Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, 1995; Cieślak M., *Zasada humanizmu jako naczelna dyrektywa w sferze prawa karnego*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Prawo" 1985, z. 13; Daszkiewicz K., *Przestępstwo ciągłe i ciąg przestępstw*, Prok. i Pr. 1997, nr 11; Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., *Czyn ciągły i ciąg przestępstw. Komentarz do art. 12 i 91 Kodeksu karnego*, Kraków 1999; Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nieokreślonych w ustawie*, Łódź 1995; Dębski R. (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013; Doda Z., Gaberle A., *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995; Filar M., *Status prawnokarny wojsk NATO stacjonujących na terytorium Polski (zagadnienia wybrane)*, w: J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wymagań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000; Filar M., *Węzłowe problemy odpowiedzialności podmiotów zbiorowych na gruncie ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006; Flemming M., *Status prawny żołnierzy na obcym terytorium*, WPP 1997, nr 1; Gaberle A., *Odpowiedzialność karna nieletnich (uwagi na tle art. 10 § 2 k.k.)*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka,* Kraków 2006; Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 1998, 2009; Giezek J., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *(Art. 1–31)*, Wrocław 2000; Giezek J., *Przewidywanie czynu zabronionego oraz zamiar jego uniknięcia jako podmiotowe elementy świadomej nieumyślności*, w: A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012; Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994; Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013; Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007; Górniok O. (i in.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, *Art. 1–116*, t. 2, *Art. 117–363*, Gdańsk 2005; Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015; Hofmański P., *Nowe polskie prawo karne w świetle europejskich standardów w zakresie ochrony praw człowieka*, Warszawa 1997; Janiszewski B., *Humanitaryzm jako zasada sądowego wymiaru kary*, w: B. Janiszewski (red.), *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*, Poznań 2004; Kaczmarek T., *Spory wokół pojęcia winy w prawie karnym*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005; Kania A.M., *Zasada humanitaryzmu w kontekście unormowań prawnokarnych*, NKPK 2001, t. XXVI; Kardas P., *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności*, PS 2009, nr 1; Kardas P., *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999; Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011; Kliś M., *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, CzPKiNP 1999, nr 2; Konieczniak P., *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002; Kopeć A., *Próba ustalenia kryterium rozgraniczającego zamiar ewentualny od innych postaci strony podmiotowej czynu*, WPP 1992, nr 1–2; Krajewski K., *Zasada humanizmu a współczesne tendencje polityki kryminalnej*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006; Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część*

ogólna, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–31*, t. 2, *Komentarz do artykułów 32–116*, Warszawa 2010; Kubicki L., *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, PiP 1998, z. 9–10; Kubicki L., *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975; Kulik M., *Glosa do postanowienia SN z 25 lutego 2002 r., I KZP 1/02,* Pal. 2003, nr 1–2; Kulik M., *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 16 stycznia 2001 r., II AKa 248/00,* Prok. i Pr. 2001, nr 10; Kulik M., *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014; Kulik M., *Tak zwana czynność towarzysząca z punktu widzenia reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, CzPKiNP 2009, nr 2; Kunicka-Michalska B., *Z problematyki społecznej szkodliwości czynu*, PPK 1998, nr 18; Majewski J., *Czy wolno wymierzać nieletniemu karę 25 lat pozbawienia wolności?,* w: V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010; Majewski J., *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu (zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997; Majewski J., *„Ten sam czyn" jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji*, w: J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006; Majewski J., *Wpływ kontrawencjonalizacji na sytuację prawną osoby prawomocnie skazanej*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005; Majewski J., *Zmiana ustawy karnej w czasie popełniania czynu zabronionego*, Pal. 2003, nr 9–10; Marek A., *Czyny współukarane na tle prawnej jedności przestępstwa*, w: J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, Toruń 2006; Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 2005, Warszawa 2010; Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2000, 2005; Marek A., Gensikowski P., *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, Prok. i Pr. 2004, nr 10; Mącior W., *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990; Mącior W., *Problematyczna reforma prawa karnego*, PS 1999, nr 11–12; Michalska A., *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994; Michalska-Warias A., *Niektóre problemy przestępstwa ciągłego i tzw. ciągu przestępstw w rozumieniu art. 12 k.k. i art. 91 k.k.*, Ann. UMCS 2000, t. XLVII; Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006; Mozgawa M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2011; Namysłowska-Gabrysiak B., *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz*, Kraków 2004; Plebanek E., *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009; Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007; Pohl Ł., *Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć*, RPEiS 2005, z. 1; Raglewski J., *Glosa do postanowienia SN z 29 stycznia 2009 r., I KZP 29/08*, LEX/el. 2009; Rejman G., *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa 2009; Rejman G. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999; Rodzynkiewicz M., *Fenomen odpowiedzialności w refleksji filozoficznej a prawnokarne zasady odpowiedzialności*, PPK 1997, nr 16; Rodzynkiewicz M., *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998; Rodzynkiewicz M., *Określenie umyślności i nieumyślności w projekcie Kodeksu karnego*, PS 1995, nr 5; Rodzynkiewicz M., *Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przestępstwa popełnione przez zaniechanie w projekcie kodeksu karnego*, PPK 1994, nr 11; Rodzynkiewicz M., *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności*, RPEiS 1990, z. 3–4; Rybak A., *O istocie kumulatywnej kwalifikacji przepisów ustawy*, Pal. 1999, nr 9–10; Spotowski A., *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustaw i przestępstw*, Warszawa 1976; Spotowski A., *Zasada humanizmu jako dyrektywa reformy prawa karnego*, PiP 1998, z. 9; Stańdo-Kawecka B., *Odpowiedzialność nieletnich na tle nowej kodyfikacji karnej*, Prok. i Pr. 1999, nr 7–8; Stefański R.A., *Ustawa względniejsza dla sprawcy*, Prok. i Pr. 1995, nr 9; Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz,* Warszawa 2015; Szwarc A.J., *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*, w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*; Tyszkiewicz L., *O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach*, Prob. PK 1995, nr 21; *Uzasadnienie rządowego projektu nowego Kodeksu karnego*, w: *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997; Warylewski J., *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności a kontratypy pozaustawowe*, w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Toruń 2008; Wąsek A., *Ewolucja prawnokarnego pojęcia winy*, PPK 1990, nr 4; Wąsek A., *Kilka uwag o funkcjonowaniu art. 4 § 1 i 2 kodeksu karnego z 1997 roku*, w: T. Bojarski, E. Gdulewicz, J. Szreniawski (red.), *Konstytucyjny ustrój państwa. Księga jubileuszowa Profesora Wiesława Skrzydły*, Lublin 2000; Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, *(Art. 1–31)*, Gdańsk 1999; Wąsek A., *Problemy z przestępstwem ciągłym*, w: H.J. Hirsch, P. Hofmański, E. Pływaczewski (red.), *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości. Niemiecko-polskie kolokwium prawa karnego, Białystok, Rajgród 12–17 września 1995*, Białystok 1997; Wąsek A., *Spojrzenie karnisty na projekt Konstytucji RP*, Ann. UMCS 1997, t. XLIV; Wojciechowski J., *Odpowiedzialność za „stare" przestępstwa pod rządami nowego Kodeksu karnego*, MoP 1997, nr 12; Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973; Wróbel W., *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i nieumyślnej*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy*

tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Kraków 2006; Wróbel W., *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003; Wróbel W., *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym*, w: J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006; Wróbel W. (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015; Wysocki D., *Kradzież szczególnie zuchwała w prawomocnym wyroku – przestępstwo czy wykroczenie*, PS 2000, nr 4; Zalewski W., *Glosa do postanowienia SN z 29 stycznia 2009 r., I KZP 29/08*, GSP-Prz. Orz. 2009, nr 4; Zawłocki R., *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007; Zoll A., *Glosa do postanowienia SN z 9 marca 2006 r., V KK 271/05*, OSP 2007, z. 1; Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2007; Zoll A., *Materialne określenie przestępstwa*, Prok. i Pr. 1997, nr 2; Zoll A., *„Pozaustawowe" okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005; Zoll A., *Strona podmiotowa i wina w Kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, w: A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), *Prawo – społeczeństwo – jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003; Zoll A., *W sprawie kontratypów. Artykuł polemiczny*, PiP 2009, z. 4; Zoll A., *Zasady prawa karnego w konstytucji*, PiP 1997, z. 3.

Uwagi wstępne

1. Zrozumiałe jest, że na początku części ogólnej kodeksu karnego znalazł się rozdział pt. „Zasady odpowiedzialności karnej". Chodzi wszak tutaj o zagadnienia podstawowe prawa karnego – kto, za co i przy spełnieniu jakich warunków może ponosić odpowiedzialność karną. W innych rozdziałach kodeksu karnego znajdują się unormowania dotyczące szczególnych kwestii odpowiedzialności karnej, por. np. rozdział II pt. „Formy popełnienia przestępstwa", rozdział III pt. „Wyłączenie odpowiedzialności karnej" (są one tutaj ujęte niejako od strony negatywnej), rozdział XIII pt. „Odpowiedzialność za przestępstwa popełnione za granicą".

2. Rozdział I, w porównaniu do jego odpowiednika w d.k.k., przynosi wiele bardziej lub mniej istotnych zmian w unormowaniu zasad odpowiedzialności karnej. Obecny kodeks karny na miejsce społecznego niebezpieczeństwa czynu wprowadza instytucję społecznej szkodliwości czynu (art. 1 § 2), wyraźnie statuuje zasadę winy (art. 1 § 3) i określa podstawę prawną odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa skutkowego z zaniechania (art. 2), głosi zasadę humanitaryzmu stosowania kar i środków karnych (art. 3), inaczej ujmuje stronę podmiotową nieumyślnych czynów zabronionych (art. 9 § 2) i kwalifikowanych przez następstwa czynów zabronionych (art. 9 § 3), obniża o rok (do lat 15) granicę wieku wyjątkowej odpowiedzialności karnej nieletniego, inaczej przy tym określając katalog przestępstw, za które może on ponosić taką odpowiedzialność (art. 10 § 2), zasadniczo inaczej normuje problematykę przestępstwa ciągłego (art. 12 i 91).

3. Konstytucja RP wypowiada się wyraźnie na temat niektórych zasad odpowiedzialności karnej, np. w art. 42 ust. 1 (zasada *nullum crimen sine lege*), art. 43 (nieprzedawnienie zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości), art. 44 (zawieszenie przedawnienia w stosunku do przestępstw nieściganych z przyczyn politycznych, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych lub na ich zlecenie), art. 39 (zakaz

poddawania osoby eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody).

Uznanie określonej zasady odpowiedzialności karnej za zasadę konstytucyjną oznacza niedopuszczalność jej wyłączenia lub ograniczenia przez zwykłą ustawę, w tym przez kodeks karny. Świadczy to też o konieczności interpretowania przepisów zwykłej ustawy zgodnie z unormowaniami Konstytucji RP. Przepisy Konstytucji RP odnoszące się do materii prawa karnego (*sensu largo*) mogą i powinny być wprost stosowane przez organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP). Do badania zgodności z Konstytucją m.in. aktów normatywnych i umów międzynarodowych został powołany Trybunał Konstytucyjny (por. art. 186 ust. 2 i n. Konstytucji RP oraz przepisy ustawy z 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 293).

4. Niektóre zasady odpowiedzialności karnej (m.in. zasada *nullum crimen sine lege*) zawarte są w ratyfikowanych przez Polskę umowach międzynarodowych, np. w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 zał.) oraz w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.). Konstytucja RP wyraźnie zalicza ratyfikowane umowy międzynarodowe do źródeł prawa (art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2). Ponieważ Polska poddała się międzynarodowej kontroli przestrzegania tych aktów prawa międzynarodowego, naruszenie ich postanowień przez ustawodawcę lub organ wymiaru sprawiedliwości może stać się przedmiotem odpowiedniego postępowania i rozstrzygnięcia Genewskiego Komitetu Praw Człowieka albo Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (por. A. Michalska, *Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, funkcjonowanie, orzecznictwo*, Warszawa 1994, s. 11 i n.; P. Hofmański, *Nowe polskie prawo karne w świetle europejskich standardów w zakresie ochrony praw człowieka*, Warszawa 1997, s. 6 i n.). Artykuł 1 § 1 i 2 są przepisami ogólnymi.

Art. 1. [Struktura przestępstwa. Warunki odpowiedzialności]

§ 1. Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia.
§ 2. Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma.
§ 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu.

1. Paragraf 1 omawianego artykułu (por. też art. 42 Konstytucji RP) wyraża zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*. Doktryna (por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 14; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 13; Ł. Pohl, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 31 i n.) wyprowadza z niej istnienie kilku bardziej szczegółowych reguł:

1) prawo karne musi być prawem pisanym i zawartym w ustawie (*nullum crimen sine lege scripta*),
2) przepisy karne muszą opisywać przestępstwo w sposób maksymalnie dokładny (*nullum crimen sine lege certa*),
3) niedopuszczalne jest stosowanie analogii na niekorzyść sprawcy,
4) ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzająca nie może działać wstecz (*nullum crimen sine lege praevia; lex severior retro non agit*),
5) kara (a także inna sankcja karna) przewidziana za przestępstwo musi być określona i przewidziana we wcześniej wydanej ustawie (*nulla poena; nulla sanctio sine lege*).

2. Znamię „odpowiedzialność karna" oznacza powinność danego podmiotu ponoszenia ujemnych konsekwencji (w postaci sankcji karnej) za przypisany mu czyn. Odpowiedzialność karna za popełnienie czynu zabronionego następuje przed sądem (por. bliżej M. Rodzynkiewicz, *Fenomen odpowiedzialności w refleksji filozoficznej a prawnokarne zasady odpowiedzialności*, PPK 1997, nr 16, s. 5 i n.). Sprzeczne z zasadą art. 1 jest zastosowanie wobec sprawcy przepisu wprowadzającego typ czynu zabronionego, który wszedł w życie po popełnieniu czynu nieuznanego wcześniej przez ustawę za czyn zabroniony (wyrok SN z 15 maja 2000 r., V KKN 390/00, Prok. i Pr.-wkł. 2001, nr 3, poz. 1).

3. Użycie zaimka „kto" wskazuje, że według prawa polskiego odpowiedzialność karną może ponosić tylko człowiek (osoba fizyczna), który w czasie popełnienia czynu zabronionego ukończył już 17 lat (art. 10 § 1 – jest to „ruchoma" granica wieku, por. art. 10 § 2 i 3) i jest poczytalny (nawet jeśli jego poczytalność była w znacznym stopniu ograniczona – art. 31 § 1). Przedmiotem sporu w doktrynie pozostaje to, czy wprowadzona ustawą z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1212) odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary jest ich odpowiedzialnością karną (por. B. Namysłowska-Gabrysiak, *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz*, Kraków 2004, s. 59–60; M. Filar, *Węzłowe problemy odpowiedzialności podmiotów zbiorowych na gruncie ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 161 i n.; A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2007, s. 22–23).

4. Znamię „popełnia" jest pojęciem zbiorczym, obejmującym zarówno formy stadialne (przygotowanie, usiłowanie, dokonanie), jak i formy zjawiskowe (sprawstwo, podżeganie i pomocnictwo) popełnienia czynu zabronionego.

5. W sformułowaniu „czyn zabroniony pod groźbą kary" chodzi o zagrożenie karami właściwymi dla zbrodni lub występku (art. 7). W innych miejscach, np. w art. 1 § 2 i 3,

kodeks karny posługuje się zwięzłym określeniem „czyn zabroniony". Według art. 115 § 1: „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej" (por. Ł. Pohl, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks*…, s. 38 i n.).

6. Polskie prawo karne jest prawem karnym czynu, a nie prawem karnym sprawcy. Sam stan niebezpieczeństwa, jaki dana osoba stwarza dla porządku prawnego, bez jego realizacji w postaci popełnienia czynu zabronionego, nie może być podstawą kryminalizacji i odpowiedzialności karnej. Pewne wątpliwości w tej mierze stwarza konstrukcja usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2).

7. Najogólniej można powiedzieć, że czynem jest zachowanie człowieka (ściślej – jednostka tego zachowania) pozostające pod kontrolą woli (szczegółowo por. Ł. Pohl, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 203 i n.). Czyn może mieć postać działania lub zaniechania. Poglądu, że zaniechanie nie jest czynem, ustawodawca karny nie zaakceptował (por. art. 42 ust. 1 Konstytucji RP; zob. też L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, PiP 1998, z. 9–10, s. 27).

8. Działanie lub zaniechanie podjęte w stanie przymusu absolutnego (*vis absoluta*), niektóre czynności zautomatyzowane (tzw. automatyzm pierwotny), działanie podczas snu fizjologicznego lub patologicznego nie stanowią czynu. W takich jednak wypadkach nie jest wyłączona odpowiedzialność karna sprawcy za zachowanie znajdujące się na „przedpolu czynu zabronionego".

9. Źródłem prawa karnego mogą być tylko akty prawne rangi ustawy, opublikowane w sposób właściwy (uchwała SN z 19 sierpnia 1999 r., I KZP 22/99, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 51; wyrok SN z 22 czerwca 1999 r., III KKN 391/97, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 52; zob. też unormowania ustawy z 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 296). Nie zmienia tego okoliczność, że w wypadku niektórych czynów zabronionych może występować doprecyzowanie ich ustawowych znamion w rozporządzeniach wydanych na podstawie ustawy.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z 29 lipca 2009 r., I KZP 8/09, OSNKW 2009, nr 8, poz. 61, słusznie stwierdził: „Zasada *nullum crimen sine lege* oznacza, że odpowiedzialność karną może ponieść tylko sprawca czynu zabronionego przez ustawę, nie zaś, że ustawa taka będzie zawierała opis każdego możliwego zachowania, które wyczerpuje znamiona tego czynu. Nie można zatem stawiać znaku równości pomiędzy sformułowaniem «czyn», użytym w art. 1 § 1 k.k., a koniecznością stworzenia kompletnego ustawowego katalogu zachowań określających poszczególne czynności sprawcze realizujące znamiona typów czynów zabronionych".

Podobnie za trafną należy uznać następującą tezę Sądu Najwyższego wyrażoną w postanowieniu z 29 stycznia 2009 r., I KZP 29/08, OSNKW 2009, nr 2, poz. 15: „Dopusz-

czalne, a niekiedy nawet konieczne jest doprecyzowanie znamion ustawowych niektórych czynów zabronionych w aktach rangi podustawowej, to jest w rozporządzeniach. Takie działanie ustawodawcy nie narusza zasady *nullum crimen sine lege* zawartej w art. 1 § 1 k.k." (por. też glosy do tego postanowienia: J. Raglewskiego, LEX/el. 2009 i W. Zalewskiego, GSP-Prz. Orz. 2009, nr 4, poz. 15).

10. Społeczna szkodliwość czynu w stopniu większym niż znikomy stanowi materialny element przestępstwa. Znikomość społecznej szkodliwości czynu nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu przepadku w ramach instytucji środka zabezpieczającego o charakterze administracyjnym (art. 45a k.k.).

Kryteria oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu podaje art. 115 § 2 (por. wyrok SN z 11 kwietnia 2011 r., IV KK 382/10, Prok. i Pr.-wkł. 2011, nr 10, poz. 5).

Ustalenie odpowiedniego stopnia społecznej szkodliwości czynu ma też znaczenie przy stosowaniu instytucji określonych w art. 53 § 1, art. 59, 66 § 1 i art. 93b i 93g (por. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 115).

11. Niewątpliwie istnieje potrzeba stosowania w prawie karnym instytucji określonej w art. 1 § 2, która pozwala uznać, że nie stanowi przestępstwa czyn wypełniający ustawowe znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary, którego jednak ujemna wartość społeczna jest minimalna. Przemawia za tym ogólnoprawna zasada proporcjonalności stosowania sankcji prawnych. Byłoby całkowicie nieracjonalne oczekiwanie od wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych reagowania przez niego w każdym, nawet zupełnie błahym, wypadku dopuszczania się przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary (por. E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 119 i n.; R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 92 i n.; tenże, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, s. 108 i n.; T. Kaczmarek, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, s. 258 i n.).

12. Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) w art. 10 § 1 i 2 statuuje zasadę legalizmu, dopuszczając jednak w pewnym zakresie wyjątki od niej na rzecz zasady oportunizmu (por. art. 11 § 1 i 2 k.p.k.).

13. Unormowanie art. 1 § 2 pełni rolę regulatora odpowiedzialności karnej w wypadku, gdy „typ czynu zabronionego strzela poza cel" (W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973). Przepis ten daje zatem podstawę do tworzenia i stosowania kontratypów pozaustawowych (np. działania w ramach społecznie aprobowanego zwyczaju). Kwestia ta jednak jest przedmiotem kontrowersji w doktrynie (por. A. Zoll, *W sprawie kontratypów. Artykuł polemiczny*, PiP 2009, z. 4, s. 108 i n.; M. Królikowski, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2010, s. 171 i n.).

14. Orzecznictwo sądowe uznaje, wbrew zastrzeżeniom niektórych przedstawicieli doktryny (por. A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa*, Prok. i Pr. 1997, nr 2, s. 9), że nie ma przeszkód, aby w praktyce wymiaru sprawiedliwości krańcowo inaczej oceniać obecnie kwestię społecznej szkodliwości (społecznego niebezpieczeństwa) czynów zabronionych popełnionych przed zmianą ustroju w Polsce w 1989 r. (wyrok SN z 27 lutego 1991 r., II KRN 69/91, OSNKW 1991, nr 4–6, poz. 21, z krytyczną glosą J. Majewskiego, PS 1992, nr 5–6, s. 150 i n.; wyrok SN z 20 marca 1996 r., II KRN 4/96, Prok. i Pr.-wkł. 1996, nr 11, poz. 6; wyrok składu 7 sędziów SN z 12 maja 1992 r., II KRN 39/92, OSNKW 1992, nr 9–10, poz. 61, z aprobującą glosą M. Król-Bogomilskiej, OSP 1993, z. 6, s. 292–293; wyrok SN z 10 listopada 1995 r., II KRN 137/95, OSNKW 1996, nr 1–2, poz. 13; postanowienie SN z 9 stycznia 1996 r., II KRN 159/95, OSNKW 1996, nr 3–4, poz. 20, z krytyczną glosą P. Kardasa, Pal. 1997, nr 1–2, s. 246 i n.; por. też wyrok SN z 30 września 2010 r., III KK 161/10, Biul. PK 2010, nr 7, s. 8).

15. Na aprobatę zasługuje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 25 stycznia 2000 r., WKN 45/99, OSNKW 2000, nr 5–6, poz. 47, zgodnie z którym: „Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, który pozbawiony jest cechy społecznej szkodliwości. Tego rodzaju wypadek w postępowaniu karnym należy potraktować analogicznie jak wystąpienie okoliczności określonej w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., tj. «że sprawca nie popełnia przestępstwa»" (odmienne stanowisko w tej kwestii wyraża B. Kunicka-Michalska, *Z problematyki społecznej szkodliwości czynu*, PPK 1998, nr 18, s. 16–17).

16. Artykuł 1 § 3 statuuje zasadę winy. Można ją określić jako regułę stanowiącą, że podstawę i zakres odpowiedzialności karnej określa wina sprawcy. Zasadę winy kodeks karny odnosi też do wymiaru kar i środków karnych. Artykuł 53 § 1 nakazuje sądowi baczyć przy wymiarze kary, „by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy". Kodeks zatem wyznacza winie dwie funkcje:

1) zasady odpowiedzialności karnej,
2) dyrektywy wymiaru kary.

W prawie karnym wina ma się odnosić do czynu (a nie do charakteru, osobowości lub trybu życia sprawcy). Ma zachodzić w czasie popełnienia czynu zabronionego (art. 6 § 1).

17. Projektodawcy kodeksu karnego pragnęli oddzielić winę od strony podmiotowej czynu zabronionego (umyślności albo nieumyślności). Nie chcieli jednak przesądzać akceptacji określonej teorii winy, pozostawiając to doktrynie i orzecznictwu (*Uzasadnienie projektu k.k.*, s. 118). Unormowanie w kodeksie karnym umyślności i nieumyślności oraz okoliczności wyłączających winę, np. błędu sprawcy co do bezprawności czynu, świadczy jednak niewątpliwie o tym, że kodeks odrzucił psychologiczną teorię winy (por. T. Kaczmarek, *Spory wokół pojęcia winy w prawie karnym*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 195; W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i nieumyślnej*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara*

– *polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 658; M. Królikowski, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 170 i n.; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 39).

Błędem byłoby zatem utożsamianie umyślności z winą umyślną i nieumyślności z winą nieumyślną.

18. Według kodeksu karnego zasadne jest operowanie normatywną teorią winy. Można wyodrębnić dwie jej postacie, takie jak:
1) kompleksowa teoria normatywna (winą jest ujemnie oceniany, z punktu widzenia ustawy karnej, stosunek psychiczny sprawcy dorosłego, poczytalnego, działającego w normalnej sytuacji motywacyjnej do czynu);
2) czysta teoria normatywna (winą jest sam zarzut stawiany sprawcy zabronionego czynu umyślnego lub nieumyślnego; zarzut uwarunkowany jest dojrzałością, poczytalnością, rozpoznawalnością bezprawności czynu oraz wymagalności zgodnego z prawem zachowania się sprawcy).

Wypada jeszcze dodać, że w doktrynie dochodzą też do głosu zwolennicy relacyjnej teorii winy (por. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 235–236).

19. Należy zwrócić uwagę, że obowiązujący kodeks karny nie operuje terminami „wina umyślna" i „wina nieumyślna". Nasuwają się pytania: czy oznacza to, że nie jest obecnie dopuszczalne posługiwanie się tymi określeniami, że nie ma czegoś takiego jak wina umyślna i wina nieumyślna, czy oznacza to, że w kodeksie opowiedziano się za czystą normatywną teorią winy? Na pytania te pozytywnej odpowiedzi udziela A. Zoll (A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 1998, s. 84; tenże, *Strona podmiotowa i wina w Kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, w: A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), *Prawo – społeczeństwo – jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 418; por. też W. Wróbel, *Wina…*, s. 675 i n.; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 39).

Na rzecz kompleksowej normatywnej teorii winy w odniesieniu do d.k.k. opowiedział się A. Wąsek. Nie widzi on szczególnych powodów, które nakazywałyby obecnie zmianę tego stanowiska na podstawie kodeksu karnego z 1997 r. (por. A. Wąsek, *Ewolucja prawnokarnego pojęcia winy*, PPK 1990, nr 4, s. 5 i n.; zob. też A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 128–136; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 51; por. też uwagi T. Kaczmarka, *Spory…*, s. 186).

20. Umyślność i nieumyślność odgrywały i odgrywają podwójną rolę w strukturze przestępstwa:
1) należą do strony podmiotowej czynu zabronionego, współwyznaczając wraz z innymi znamionami typ umyślnego lub nieumyślnego czynu zabronionego;

2) decydują wraz z innymi czynnikami (np. wymagalnością zgodnego z prawem zachowania się) o istnieniu winy, jej rodzaju – wina umyślna albo nieumyślna – i stopniu.

Można zatem zgodnie z obecnym kodeksem posługiwać się pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej (por. A. Marek, *Prawo…*, 2005, s. 140 i n.; L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 74 i n.; por. też uwagi do art. 1 § 3, art. 8, 9 § 1–3).

21. Do pozytywnych przesłanek przypisania winy sprawcy czynu zabronionego należą:
1) popełnienie takiego czynu przez osobę, która ukończyła 17 lat (art. 10 § 1) lub wyjątkowo lat 15 (art. 10 § 2);
2) popełnienie czynu umyślnie, umyślno-nieumyślnie, nieumyślnie lub nieumyślno-nieumyślnie (art. 9 § 1–3);
3) rozpoznanie lub możliwość rozpoznania bezprawności czynu (art. 30).

Natomiast negatywnymi przesłankami przypisania winy są:
1) niepoczytalność (art. 31 § 1),
2) usprawiedliwione urojenie okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę (art. 29),
3) stan wyższej konieczności (art. 26 § 2),
4) popełnienie czynu nieumyślnego w ramach wykonania rozkazu (art. 318).

W *Uzasadnieniu projektu k.k.* (s. 118) czytamy, że: „Nie wyłącza się jednak jeszcze innych sytuacji wyjątkowych, w których mimo popełnienia czynu zabronionego nie będzie można przypisać sprawcy winy".

W doktrynie istnieje rozbieżność poglądów na temat funkcjonowania w prawie karnym pozaustawowych okoliczności wyłączających winę (por. A. Wąsek, *Ewolucja…*, s. 16; L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 53; A. Marek, *Prawo…*, 2005, s. 139; tenże, *Kodeks…*, 2010, s. 24; J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 33–34; A. Zoll, *„Pozaustawowe" okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 425 i n.; A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 33; P. Kardas, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności*, PS 2009, nr 1, s. 7 i n.; J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności a kontratypy pozaustawowe*, w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Toruń 2008, s. 22; A.J. Szwarc, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*, w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Toruń 2008, s. 75; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 41–42).

22. Zasada winy doznaje wyjątku (uzasadnionego względami polityki kryminalnej) w unormowaniu art. 31 § 3. Także art. 94 ustawy z 26 października 1982 r. o postę-

powaniu w sprawach nieletnich (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 382 ze zm.) może być uznany za statuujący wyjątek od zasady winy w prawie karnym (por. B. Stańdo-Kawecka, *Odpowiedzialność nieletnich na tle nowej kodyfikacji karnej*, Prok. i Pr. 1998, nr 7–8, s. 38–39).

Art. 2. [Przestępstwa skutkowe z zaniechania]

Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi.

1. Komentowany przepis ustanawia szczególną regułę odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe z zaniechania. Podmiotem takiego przestępstwa może być tylko osoba mająca szczególny prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. Nosi ona w doktrynie miano gwaranta (por. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 142 i n.; M. Rodzynkiewicz, *Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przestępstwa popełnione przez zaniechanie w projekcie kodeksu karnego*, PPK 1994, nr 11, s. 32 i n.).

2. Przestępstwem skutkowym jest przestępstwo (ściślej – czyn zabroniony), do którego znamion strony przedmiotowej należy również skutek przestępny, czyli określona zmiana w świecie zewnętrznym.

3. Reguła określona w art. 2 odnosi się zarówno do właściwych, jak i niewłaściwych przestępstw skutkowych z zaniechania. Właściwe przestępstwa skutkowe z zaniechania (por. np. art. 220 § 1 i 2) to takie, których strona przedmiotowa *expressis verbis* polega na zaniechaniu. Natomiast niewłaściwe przestępstwa skutkowe z zaniechania to takie, których opis czynu zabronionego w znamieniu określającym ich stronę przedmiotową jest tak szeroko ujęty, że może tu zachodzić nie tylko działanie (co jest tutaj raczej wypadkiem typowym), lecz również zaniechanie. Przestępstwa te mogą być zatem popełnione przez działanie lub zaniechanie (możliwe jest też wystąpienie w czynie zabronionym elementów zarówno działania, jak i zaniechania). W grę mogą tu wchodzić np. zabójstwo (art. 148 § 1–3), nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka (art. 155), spowodowanie umyślne lub nieumyślne różnego stopnia uszczerbku na zdrowiu, naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia (art. 156 i 157), umyślne lub nieumyślne sprowadzenie katastrofy (art. 173), umyślne lub nieumyślne spowodowanie zniszczenia w świecie roślinnym lub zwierzęcym (art. 181), pozbawienie wolności człowieka (art. 189).

4. Kodeks karny nie wypowiada się na temat źródeł obowiązku gwaranta. W *Uzasadnieniu projektu k.k.* (s. 119) czytamy: „Obowiązek gwaranta przeszkodzenia skutkowi musi mieć charakter prawny, tzn. wynikać bądź wprost z normy prawnej, bądź z aktu mającego znaczenie prawne (umowy, nominacji). Obowiązek ten musi mieć też charakter szczególny, tzn. musi być adresowany do oznaczonej bliżej grupy osób". Wydaje

się, że projektodawcy opowiedzieli się tym samym za ograniczeniem katalogu źródeł obowiązku gwaranta do dwóch: ustawy i dobrowolnego podjęcia się zobowiązania. Bliższe określenie tych źródeł (np. w unormowaniach prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz administracyjnego) stwarza jednak poważne trudności. Więcej tu znaków zapytania niż niezbitych twierdzeń (zob. też M. Kliś, *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, CzPKiNP 1999, nr 2, s. 169 i n.; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 45).

5. Do przypisania odpowiedzialności karnej za dokonanie przestępstwa skutkowego z zaniechania niezbędne jest ustalenie, że spełnienie przez sprawcę wymaganego obowiązku działania przeszkodziłoby (z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością) nastąpieniu skutku przestępnego albo istotnie zmniejszyłoby ryzyko jego nastąpienia (por. J. Majewski, *Prawnokarne przypozwanie skutku przy zaniechaniu (zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997, s. 47 i n.; J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks…*, 2007, s. 41–42; M. Królikowski, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 234).

6. Zaniechanie sprzeczne z obowiązkiem gwaranta może być kwalifikowane jako sprawstwo pojedyncze (jednosprawstwo) lub współsprawstwo odpowiedniego przestępstwa skutkowego, może być też oceniane na płaszczyźnie pomocnictwa przez zaniechanie (por. art. 18 § 1 i 3).

7. Jeżeli zaniechanie sprawcy nie stanowi naruszenia obowiązku gwaranta, sprawca może ewentualnie ponieść odpowiedzialność karną za dopuszczenie się formalnego przestępstwa z zaniechania, np. przestępstwa nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie (art. 162 § 1).

8. Należy podzielić następujący pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w postanowieniu z 5 lutego 2002 r., V KKN 473/99, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 34: „Powiązanie czynności sprawczej przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie z innym obowiązkiem oskarżonego niż wskazany w akcie oskarżenia nie narusza tożsamości czynu. Sąd może zatem przyjąć w wyroku, że przestępstwo to zostało popełnione przez zaniechanie innego niż określony w zarzucie aktu oskarżenia obowiązku, jeśli tylko był on prawnym szczególnym obowiązkiem zapobiegania skutkowi, ciążącym na oskarżonym (art. 2 k.k.)".

9. W innym judykacie Sąd Najwyższy również trafnie wskazuje, że: „Jeśli skutek stanowiący znamię przestępstwa popełnionego przez zaniechanie jest następstwem bezprawnych zachowań wielu osób, to zważywszy na treść art. 2 k.k., może on być przypisany tym tylko, które nie wykonały ciążącego na nich prawnego szczególnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi i tylko wtedy, gdy w nastąpieniu skutku urzeczywistniło się niebezpieczeństwo, które wykonanie obowiązku miało odwrócić" (wyrok SN z 24 lutego 2005 r., V KK 375/04, OSNKW 2005, nr 3, poz. 31). Tezę tego wyroku jako trafną ocenił A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 62. Warto nadmienić, że w wypadku osób wskazanych przez Sąd Najwyższy można, jak się wydaje,

mówić o przypisaniu sprawczych postaci współdziałania. Natomiast w odniesieniu do pozostałych osób można rozważać przypisanie postaci niesprawczych.

Art. 3. [Zasada humanitaryzmu]

Kary oraz inne środki przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, w szczególności z poszanowaniem godności człowieka.

1. Na temat art. 3 *Uzasadnienie projektu k.k.* (s. 119) stanowi: „Kodeks z 1997 r. zawiera wprost wymaganie, aby odpowiedzialność karna oraz związane z nią kary i środki stosowane były z uwzględnieniem zasad humanizmu oraz poszanowaniem godności człowieka. Zawarta w Kodeksie norma nie ma znaczenia deklaratoryjnego, lecz powinna stanowić zasadniczą dyrektywę wymiaru kary i stosowania innych środków będących prawnokarną reakcją na popełnienie czynu zabronionego".

Widoczna jest rozbieżność między *Uzasadnieniem projektu k.k.* a unormowaniem art. 3, ponieważ ten ostatni stanowi o „zasadach humanitaryzmu", *Uzasadnienie projektu k.k.* zaś o „zasadach humanizmu", odnosząc je nie tylko do stosowania kar i środków karnych, lecz także do odpowiedzialności karnej.

Wydaje się, że byłoby lepiej, gdyby art. 3 stanowił nie o zasadach humanitaryzmu (czy też zasadach humanizmu), ale o zasadzie humanizmu. Nakazywałaby ona ze zrozumieniem, troską i empatią odnosić się do drugiego człowieka, widzieć jego osobowość w całej jej złożoności i wielości czynników ją kształtujących, nakazywałaby całościowo ujmować dobre i złe zachowania w przeszłości, zachowania obecne, a także prognozowane. Centralnym punktem odniesienia miałaby być tutaj idea przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP). Zasada humanizmu prawa karnego powinna mieć zastosowanie do każdej osoby znajdującej się w polu oddziaływania prawa karnego, nie tylko do sprawcy czynu zabronionego, lecz także do pokrzywdzonego czynem zabronionym. W kwestii tej por. też M. Cieślak, *Zasada humanizmu jako naczelna dyrektywa w sferze prawa karnego*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Prawo" 1985, z. 13, s. 73 i n.; A. Spotowski, *Zasada humanizmu jako dyrektywa reformy prawa karnego*, PiP 1998, z. 9, s. 115; K. Krajewski, *Zasada humanizmu a współczesne tendencje polityki kryminalnej*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 391–392; W. Zalewski, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 263 i n.; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 48–49.

2. Komentowany przepis stanowi o zasadzie (a właściwie o zasadach) humanitaryzmu prawa karnego, odnosząc ją przy tym do stosowania kar oraz innych środków przewidzianych w tym kodeksie. Tym samym kodeks karny traktuje zasadę humanitaryzmu jako jedną z naczelnych zasad orzekania sankcji prawa karnego.

Zasadę humanitaryzmu prawa karnego można rozumieć jako dyrektywę minimalizowania cierpień, dolegliwości i innych niedogodności zadawanych człowiekowi przy stosowaniu tego prawa i dyrektywę eliminowania ujemnych skutków tego prawa tylko wtedy i w takich granicach, w jakich to jest niezbędne do realizacji normy prawa karnego (por. też L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 11–12; B. Janiszewski, *Humanitaryzm jako zasada sądowego wymiaru kary*, w: B. Janiszewski (red.), *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*, Poznań 2004, s. 86 i n.; M. Trafny, *Zasada humanitaryzmu w kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 2007, nr 3, s. 30 i n.; postanowienie SN z 19 października 2010 r., II KK 224/10, Biul. PK 2010, nr 6, poz. 98; A.M. Kania, *Zasada humanitaryzmu w kontekście unormowań prawnokarnych*, NKPK 2010, t. XXVI, s. 53 i n.).

Zasada humanitaryzmu przejawia się m.in. w tym, że obecny kodeks nie przewiduje kary śmierci. Por. też unormowania art. 60 § 2 określającego szczególne podstawy stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, art. 30 Konstytucji RP dotyczącego „przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka" oraz art. 40 Konstytucji RP głoszącego zakaz stosowania tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania.

3. Należy podzielić pogląd, że nadmierne odwlekanie wykonania kary jest sprzeczne z zasadą humanitaryzmu wypowiedzianą w art. 4 § 1 k.k.w., a także w komentowanym przepisie (tak SA w Krakowie w postanowieniu z 27 czerwca 2000 r., II AKz 232/00, KZS 2000, z. 7–8, poz. 56; tak też W. Zalewski, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 272).

Art. 4. [Zasady stosowania ustawy karnej]

§ 1. Jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy.
§ 2. Jeżeli według nowej ustawy za czyn objęty wyrokiem nie można orzec kary w wysokości kary orzeczonej, wymierzoną karę obniża się do wysokości najsurowszej kary możliwej do orzeczenia na podstawie nowej ustawy.
§ 3. Jeżeli według nowej ustawy czyn objęty wyrokiem nie jest już zagrożony karą pozbawienia wolności, wymierzoną karę pozbawienia wolności podlegającą wykonaniu zamienia się na grzywnę albo karę ograniczenia wolności, przyjmując że jeden miesiąc pozbawienia wolności równa się 60 stawkom dziennym grzywny albo 2 miesiącom ograniczenia wolności.
§ 4. Jeżeli według nowej ustawy czyn objęty wyrokiem nie jest już zabroniony pod groźbą kary, skazanie ulega zatarciu z mocy prawa.

1. Paragraf 1 komentowanego artykułu zawiera unormowania dotyczące tzw. prawa intertemporalnego. Mianem tym określa się w doktrynie i orzecznictwie reguły wskazujące, jaka ustawa i z jakim skutkiem powinna znaleźć zastosowanie w wypadkach

kolizji ustaw karnych w czasie, tzn. gdy w czasie orzekania albo wykonania orzeczenia obowiązuje inna ustawa niż w czasie popełnienia czynu zabronionego.

2. Określenie „w czasie orzekania" odnosi się do odpowiedniej decyzji organów postępowania przygotowawczego (np. postanowienia o wszczęciu postępowania, przedstawieniu zarzutów, umorzeniu postępowania), orzeczeń sądów pierwszej i drugiej instancji, orzeczeń Sądu Najwyższego oraz orzeczeń zapadających w postępowaniu wykonawczym dotyczących np. warunkowego przedterminowego zwolnienia.

3. Odnośnie do sformułowania „w czasie popełnienia przestępstwa" – por. uwagi do art. 6 § 1.

4. Artykuł 4 § 1 przyjmuje priorytet stosowania ustawy nowej (obowiązującej w czasie orzekania) nad ustawą starą (obowiązującą w czasie popełnienia przestępstwa) – por. wyrok SN z 18 lutego 2009 r., III KK 349/08, LEX nr 491550. Dawną ustawę należy jednak stosować, jeśli była względniejsza dla sprawcy. Oczywiście powinno się stosować nową ustawę, jeżeli dekryminalizuje ona czyn zabroniony przez starą ustawę.

Ustawą względniejszą dla sprawcy jest ta, która stwarza w konkretnej sprawie możliwość korzystniejszego dla jego interesów osądu, tzn. korzystniejszej oceny prawnokarnej czynu. Wiąże się z tym przyjęcie mniej surowych reguł odpowiedzialności lub zastosowanie łagodniejszych sankcji. Należy dodać, że słowo „ustawa" obejmuje nie tylko ustawę karną *sensu stricto*, lecz także całość stanu prawnego obowiązującego w danym czasie – tak orzekł Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 8 października 2008 r., II AKa 92/08, KZS 2008, z. 11, poz. 49. Chodzi zatem też o takie przepisy, które wpływają na odpowiedzialność karną sprawy, a które nie są zawarte w przepisach karnych, np. definicje ustawowe zawarte w przepisach pozakodeksowych (por. B. Kunicka-Michalska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks*…, s. 83).

Przy porównaniu z punktu widzenia względności należy też brać pod uwagę ustawę pośrednią, jeśli obowiązywała ona między czasem popełnienia przestępstwa a czasem orzekania. Artykuł 4 § 1 nakazuje bowiem stosować „ustawę obowiązującą poprzednio, gdy jest względniejsza dla sprawcy". Nie jest wykluczone wystąpienie dwóch lub więcej ustaw pośrednich (por. wyrok SN z 9 października 2008 r., WA 40/08, Biul. SN 2008, nr 13, s. 49; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks*…, 2015, s. 57).

W doktrynie utrwalił się pogląd, że przy ocenie kwestii względności ustawy karnej należy brać pod uwagę wszystkie instytucje karnoprawne ustawy dawnej i nowej, a nie tylko samo zagrożenie karami. Trzeba zatem uwzględnić unormowania w obu ustawach karnych dotyczące wieku odpowiedzialności karnej, dyrektyw wymiaru kary, warunków odstąpienia od wymierzenia kary, podstaw i zasad stosowania instytucji nawiązki, warunkowego umorzenia postępowania karnego, warunkowego zawieszenia wykonania kary, warunkowego przedterminowego zwolnienia, przedawnienia, powrotu do przestępstwa, zatarcia skazania. Reguła ta odnosi się do ustawy względniejszej, która obowiązywała chociażby krótko między chwilą popełnienia czynu a chwilą orzekania. Przez

ten czas zatem należy rozumieć cały stan prawny obowiązujący między popełnieniem czynu a wyrokowaniem (wyrok SN z 1 lipca 2004 r., II KO 1/04, Prok. i Pr.-wkł. 2005, nr 2, poz. 1) – por. też L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 35; A. Marek, *Prawo…*, 2005, s. 74; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 494, a także postanowienie SN z 25 lutego 1971 r., VI KZP 18/70, OSNPG 1971, nr 5, poz. 77; uchwała SN z 12 marca 1996 r., I KZP 2/96, OSNKW 1996, nr 3–4, poz. 16; wyrok SA w Katowicach z 23 grudnia 1998 r., II AKa 228/98, OSA 1999, z. 4, poz. 26; postanowienie SN z 3 grudnia 2001 r., V KKN 67/01, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 36. Por. wyroki SN: z 13 kwietnia 2011 r., IV KK 63/11, Prok. i Pr.-wkł. 2011, nr 10, poz. 1; z 13 kwietnia 2011 r., IV KK 39/11, Prok. i Pr.-wkł. 2011, nr 9, poz. 1; z 12 kwietnia 2011 r., V KK 74/11, OSNKW 2011, nr 6, poz. 54; wyrok SA w Białymstoku z 18 stycznia 2011 r., II AKa 254/10, KZS 2011, z. 6, poz. 56.

5. Przy stosowaniu art. 4 § 1 organ procesowy najpierw dokonuje hipotetycznego wymiaru kary na podstawie starej i nowej ustawy, a następnie porównuje uzyskany rezultat; jeśli wypadnie *in favorem* ustawy starej, należy ją zastosować (por. też W. Wolter, *Glosa do wyroku SN z 13 stycznia 1970 r., V KRN 402/69*, PiP 1971, z. 1, s. 179; R.A. Stefański, *Ustawa względniejsza dla sprawcy*, Prok. i Pr. 1995, nr 9, s. 106).

Wymaganie stosowania w całości prawa obowiązującego w czasie popełnienia przestępstwa lub w czasie orzekania zawarte w art. 4 § 1 odnosi się do poszczególnych czynów, a nie do całości wyroku obejmującego różne czyny (wyrok SA w Katowicach z 5 grudnia 2002 r., II AKa 407/02, Prok. i Pr.-wkł. 2003, nr 10, poz. 6).

Oceny względności porównywanych ustaw należy dokonywać nie abstrakcyjnie, lecz przez pryzmat konkretnej sytuacji istniejącej w określonej sprawie, art. 4 § 1 bowiem wyraźnie odnosi względność ustawy do sprawcy czynu zabronionego (wyrok SN z 3 grudnia 2003 r., V KK 73/03, Prok. i Pr.-wkł. 2004, nr 3, poz. 1; W. Wróbel, *Zmiana…*, s. 494). Stąd zbyt schematyczna jest wypowiedź Sądu Najwyższego w wyroku z 21 stycznia 2009 r., II KK 191/08, Prok. i Pr.-wkł. 2009, nr 6, poz. 61, że w przypadku gdy czyn zagrożony jest w ustawie karnej karą o dolnej granicy zagrożenia wyższej niż w jego odpowiedniku w ustawie starej, należy stosować ustawę starą jako bardziej względną.

Jeżeli hipotetyczny wymiar kary (odpowiednio odnosi się to do hipotetycznego zastosowania różnych instytucji prawa karnego) jest identyczny w starej (dawnej) i nowej ustawie karnej, należy zastosować nową ustawę. Wyrażoną w art. 12 § 2 p.w.k.k. regułę można uogólnić następująco: w razie wątpliwości, czy należy stosować dawną czy nową ustawę karną, należy stosować nową.

W doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego na ogół przyjmuje się, że nie jest dopuszczalne zastosowanie do tego samego czynu elementów dawnej i nowej ustawy, tworzenie swoistego konglomeratu obu (lub nawet kilku) ustaw (por. L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 35; A. Marek, *Prawo…*, 2005, s. 74; K. Buchała, A. Zoll, *Ko-*

deks…, t. 1, 1998, s. 68; uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z 11 stycznia 1999 r., I KZP 15/98, OSNKW 1999, nr 1–2, poz. 1; wyrok SN z 4 lipca 2001 r., V KKN 346/99, Prok. i Pr.-wkł. 2001, nr 12, poz. 1); A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 87–88; S. Żółtek, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 308–309).

Należy się przychylić do odmiennego stanowiska, jakie w tej kwestii zajął Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 20 maja 1993 r., II AKr 30/93, Pal. 1994, nr 9–10, s. 224 z glosą P. Witkowskiego. Sąd Apelacyjny odwołał się w tym wyroku m.in. do art. 15 ust. 1 *in fine* MPPOiP: „Nie może być również zastosowana kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w chwili popełnienia przestępstwa. Jeżeli po popełnieniu przestępstwa ustanowiona zostanie przez ustawę kara łagodniejsza za takie przestępstwo, przestępca będzie miał prawo z tego skorzystać".

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Lublinie wykładnia art. 2 § 1 d.k.k. zakazująca równoczesnego stosowania dwóch ustaw (obowiązującej w czasie orzekania i w czasie popełnienia przestępstwa) nie ma zastosowania, gdy jej wyniki naruszają przepisy zawarte w MPPOiP lub EKPCz. W takim wypadku należy stosować przepisy względniejsze dla sprawcy z obu konkurujących ze sobą ustaw.

Z tą linią orzecznictwa wiąże się też wyrok SA w Poznaniu z 27 kwietnia 1999 r., II AKa 88/99, OSA 2000, nr 1, poz. 1, w którym sąd ten uznał, że „reguła wyboru w całości korzystniejszej ustawy nie może naruszać zasady *nulla poena sine lege*. Dlatego należy uznać, że w sytuacji stosowania ustawy nowej, jako generalnie względniejszej, żadna z orzeczonych kar i żaden z orzeczonych środków karnych nie może przekraczać granic określonych w ustawie obowiązującej w chwili popełnienia czynu". Kwestię tę odmiennie jednak reguluje art. 2 § 3 k.k.s.

6. Artykuł 4 § 1 nie ma zastosowania w wypadku zmiany ustawy w trakcie popełnienia przestępstwa ciągłego (art. 12), przestępstwa trwałego (np. art. 189 § 1 i 2) lub przestępstwa o zbiorowo oznaczonym czynie (np. art. 207 § 1 i 2). Wówczas stosuje się ustawę obowiązującą na końcowym etapie popełnienia tych przestępstw.

7. W uchwale z 12 marca 1996 r., I KZP 2/96, OSNKW 1996, nr 3–4, poz. 16, Sąd Najwyższy uznał, że dopuszczalne jest stosowanie kary dożywotniego pozbawienia wolności w stosunku do przestępstw zagrożonych w czasie ich popełnienia karą śmierci i popełnionych przed wejściem w życie ustawy z 12 lipca 1995 r., która wprowadziła do prawa karnego (na powrót) karę dożywotniego pozbawienia wolności. Tezę tego wyroku zaaprobowali R.A. Stefański (*Przegląd Uchwał SN*, WPP 1997, nr 1, s. 84–86) i T. Bojarski (*Glosa*, PiP 1997, z. 4, s. 108–111), negatywnie zaś ocenił L. Paprzycki (*Glosa*, Pal. 1996, nr 7–8, s. 262 i n.). W uchwale składu 7 sędziów z 30 września 1998 r., I KZP 8/98, OSNKW 1998, nr 9–10, poz. 43, Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Zakaz wymierzania kary surowszej od tej, którą można było wymierzyć w czasie popełnienia przestępstwa, przewidziany w art. 7 ust. 1 zd. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie

Praw Człowieka i Podstawowych Wolności […] nie stoi na przeszkodzie wymierzeniu kary dożywotniego pozbawienia wolności za przestępstwo zagrożone karą śmierci, popełnione przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz. U. Nr 95, poz. 475)".

W wyroku z 26 marca 1999 r., WKN 6/99, OSNKW 1999, nr 7–8, poz. 40, Sąd Najwyższy przyjął, że: „Nieznany Kodeksowi karnemu z 1969 r., a przewidziany w Kodeksie karnym z 1997 r. środek karny w postaci wydalenia z zawodowej służby wojskowej (art. 324 § 1 pkt 2) może być orzeczony również za przestępstwo popełnione przed dniem wejścia w życie tego Kodeksu (1 września 1998 r.), jeżeli *in concreto* okaże się, że zastosowanie poprzednio obowiązującej ustawy nie byłoby względniejsze dla sprawcy (art. 4 § 1 k.k.)". Krytyczną glosę do tego wyroku napisał R. Paprzycki (Prok. i Pr. 2000, nr 1, s. 107).

8. Kontrowersje budzi kwestia możliwości stosowania art. 148 § 2 i 3 do oceny prawnej „ciężkich zabójstw" popełnionych w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy karnej (por. J. Wojciechowski, *Odpowiedzialność za „stare" przestępstwa pod rządami nowego Kodeksu karnego*, MoP 1997, nr 12, s. 476–477; A. Wąsek, *Kilka uwag o funkcjonowaniu art. 4 § 1 i 2 kodeksu karnego z 1997 r.*, w: T. Bojarski, E. Gdulewicz, J. Szreniawski (red.), *Konstytucyjny ustrój państwa. Księga jubileuszowa Profesora Wiesława Skrzydły*, Lublin 2000, s. 329–330; M. Budyn, *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 27 kwietnia 1999 r., II AKa 12/99*, OSP 2000, z. 9, poz. 127).

Zdaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z 24 listopada 1999 r., I KZP 38/99, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 5: „Art. 1 § 1 k.k. nie wyklucza przyjęcia kwalifikacji prawnej czynu popełnionego przed 1 września 1998 r. jako zbrodni określonej w art. 148 § 2 pkt 2 k.k. (jeżeli sprawca spełnia warunki określone w art. 60 § 3 k.k.)".

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu przyjął w wyroku z 15 czerwca 2000 r., II AKa 157/00, „Wokanda" 2000, nr 11, s. 50–53, że: „Zastosowanie do sprawcy zabójstwa, popełnionego przed 1 września 1998 r., kwalifikacji z art. 148 § 2 nie narusza reguły *lex retro non agit*, jeżeli na podstawie całokształtu okoliczności sprawy jako właściwa może być brana pod uwagę tylko kara pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności".

9. Artykuł 4 § 1 nie zawiera odmiennych unormowań odnośnie do ustawy czasowej (tzn. ustawy wydanej na określony z góry czas, np. 3 lata) i epizodycznej (tzn. ustawy wydanej z powodu wyjątkowych stosunków faktycznych). Na ogólnych zasadach ma on zatem zastosowanie do oceny stanów faktycznych zaistniałych przed uchyleniem lub zmianą tych ustaw. Nowa ustawa może jednak zawierać szczególne unormowania dające podstawę do wszczynania postępowania, kontynuowania postępowania przygotowawczego lub jurysdykcyjnego albo do wykonywania orzeczenia w stosunku do czynów popełnionych w czasie obowiązywania ustawy czasowej lub epizodycznej.

10. Paragrafy 2–4 art. 4 dotyczą zmiany stanu prawnego po uprawomocnieniu się orzeczenia (por. J. Majewski, *Wpływ kontrawencjonalizacji na sytuację prawną osoby prawomocnie skazanej*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 275 i n.).

11. Artykuł 4 § 2 ma też zastosowanie do wypadków, gdy według nowej ustawy czyn objęty prawomocnym wyrokiem skazującym jest obecnie wykroczeniem (art. 1 k.w.).

Do czasu wejścia w życie ustawy z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396) art. 4 § 2 k.k. stanowił o przypadku, kiedy w ustawie nowej czyn zagrożony jest karą, **której górna granica jest niższa od kary orzeczonej.** Określenie „górna granica jest niższa od kary orzeczonej" oznaczało górną granicę sankcji przewidzianej za dane przestępstwo w przepisie części szczególnej lub wojskowej kodeksu karnego albo ustawie karnej szczególnej. Istniały wątpliwości, czy granicę tę „określają także przewidziane w części ogólnej przypadki nadzwyczajnego obostrzenia (np. art. 64 k.k.) lub obniżenia (np. art. 10 § 3 k.k.) górnej granicy ustawowego zagrożenia" (K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 71). Wydaje się, że trafny był odmienny pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w postanowieniu z 6 września 2000 r., III KKN 337/00, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 81. W doktrynie nie bez racji podkreślano, że taka wykładnia art. 4 § 2 k.k. premiowała sprawców, którym pod rządami ustawy obowiązującej poprzednio wymierzono karę z nadzwyczajnym obostrzeniem. Premiowanie takie nie było uzasadnione kryminalnopolitycznie (A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 91 i n.; W. Zontek, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 34.

12. Wysokość kary wymierzonej oznacza karę wymierzoną skazanemu za dane przestępstwo. Nie chodzi o ustawowe zagrożenie karą, lecz o realny wymiar kary, dokonany z uwzględnieniem zasad wymiaru kar, np. z jej nadzwyczajnym obostrzeniem (W. Zontek, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja…*, s. 35).

13. Podobnie wykładać należy pojęcie najsurowszej kary możliwej do orzeczenia na podstawie ustawy nowej. Chodzi o karę wymierzoną na podstawie ustawy nowej z zastosowaniem aplikowalnych w danym wypadku zasad jej wymiaru. Należy podkreślić, że w grę wchodzi wyłącznie orzekanie kary tożsamej rodzajowo z karą pierwotnie orzeczoną (W. Zontek, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja…*, s. 35).

14. Trafny jest pogląd A. Zolla, że „na zasadzie analogii na korzyść sprawcy regułę zawartą w art. 4 § 2 k.k. należy stosować także odpowiednio do środków karnych, środków zabezpieczających oraz innych środków związanych z poddaniem sprawcy próbie" (por. też art. 14 p.p.k.k.; A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 91 i n.).

15. W uchwale z 24 lutego 1999 r., I KZP 27/98, OSNKW 1999, nr 3–4, poz. 11, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „zastępcza kara pozbawienia wolności, określona w prawo-

mocnym wyroku przed wejściem w życie Kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. […], jest wykonywana stosownie do regulacji zawartej w art. 14 pkt 2 przepisów wprowadzających Kodeks karny […] – według «zasad dotychczasowych», co oznacza, że w wypadku, gdy orzeczona została w wymiarze przekraczającym 12 miesięcy, nie podlega obniżeniu do tej wysokości na podstawie art. 4 § 2 k.k." Aprobującą glosę do tej uchwały napisał S. Pawela (OSP 1999, z. 10, s. 488–489).

16. Także w postanowieniu z 20 października 1999 r., II KKN 199/99, Prok. i Pr.-wkł. 2000, nr 3, poz. 1, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że: „Przewidziany w art. 4 § 2 k.k. nakaz obniżenia prawomocnie orzeczonej kary, w warunkach określonych tym przepisem, nie ma zastosowania do zastępczej kary pozbawienia wolności, przekraczającej 12 miesięcy, orzeczonej prawomocnym wyrokiem przed 1 września 1998 r., rozmiar bowiem zastępczej kary pozbawienia wolności nie mieści się w pojęciu górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za dany czyn. Zarówno w świetle dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego, jak i w doktrynie zdecydowanie dominuje stanowisko, że przez górne ustawowe zagrożenie rozumie się górną granicę sankcji przewidzianej w przepisie określającym typ przestępstwa. Przyjmuje się zatem, że dla ustalenia kary, jaką «zagrożone» jest dane przestępstwo, znaczenie ma jedynie kara «przewidziana» za to przestępstwo w przepisie części szczególnej Kodeksu karnego lub innej ustawy karnej".

17. W postanowieniu z 8 lutego 2000 r., I KZP 49/99, OSNKW 2000, nr 3–4, poz. 39, Sąd Najwyższy uznał, że „art. 12 ust. 2 ustawy z 28 sierpnia 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń, ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, ustawy – Kodeks pracy i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 113, poz. 717) ma zastosowanie tylko do tych czynów objętych prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwa, które z chwilą wejścia w życie tej ustawy, tj. w dniu 1 września 1998 r., stały się wykroczeniami". Autorem aprobującej glosy do tego orzeczenia jest D. Wysocki (OSP 2000, z. 10, s. 498–499) – por. też D. Wysocki, *Kradzież szczególnie zuchwała w prawomocnym wyroku – przestępstwo czy wykroczenie*, PS 2000, nr 4, s. 55 i n.

18. Badając kwestię konstytucyjności art. 14 pkt 4 p.w.k.k., „do osób warunkowo zwolnionych […] stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu karnego o warunkowym zwolnieniu". Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 10 lipca 2000 r., SK 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144, nie dopatrzył się ich niezgodności z art. 2, 31 ust. 3, art. 42 ust. 1, art. 48, 72 ust. 1 Konstytucji RP.

19. Artykuł 4 § 3 określa szczególne reguły zamiany wymierzonej za przestępstwo i podlegającej wykonaniu kary pozbawienia wolności na karę grzywny lub karę ograniczenia wolności – w wypadkach, gdy według nowej ustawy przestępstwo to nie jest już zagrożone karą pozbawienia wolności.

20. Artykuł 4 § 3 jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 33 § 1 i art. 34 § 1; oznacza to, że orzeczona na podstawie art. 4 § 3 swego rodzaju „kara zastępcza" może

przekraczać liczbę 540 stawek dziennych grzywny albo 2 lat kary ograniczenia wolności (odmiennie S. Żółtek, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 327–328).

21. Artykuł 4 § 4 dotyczy sytuacji, gdy w nowym stanie prawnym czyn objęty wyrokiem nie jest już czynem zabronionym przez prawo karne lub prawo wykroczeń. Chodzi zatem o wypadki całkowitej depenalizacji czynu. Wówczas skazanie ma ulec zatarciu z mocy prawa (por. art. 106 oraz postanowienie SN z 24 sierpnia 1999 r., II KKN 150/99, Prok. i Pr.-wkł. 2000, nr 2, poz. 1).

Stosując funkcjonalną wykładnię art. 4 § 4, należy uznać, że odnosi się on także do orzeczeń (wyroków i postanowień) o warunkowym umorzeniu postępowania (art. 66 § 1), a nie tylko wyroków skazujących.

Art. 5. [Zasada terytorialności]

Ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, stanowi inaczej.

1. Komentowany artykuł określa zasadę terytorialności obowiązywania ustawy karnej. Postanowienie to pozostaje w ścisłym związku z unormowaniem art. 6 § 2 dotyczącym miejsca popełnienia czynu zabronionego.

2. Ustawa z 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 930 ze zm.) oraz ustawa z 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 934 ze zm.) określają terytorium Polski.

W doktrynie przyjmuje się, że przestrzeń powietrzna nad terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, gdzie obowiązuje polska ustawa karna, sięga do wysokości najniższych punktów orbit sztucznych satelitów ziemi, tj. około 90 km. Jeśli zaś chodzi o wnętrze ziemi, to – teoretycznie – granicą jest szczyt stożka znajdującego się w środku ziemi (por. L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 59).

Rozszerzenie obszaru obowiązywania polskiej ustawy karnej na teren statku wodnego lub powietrznego nie oznacza oczywiście powiększania terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z czym mogłyby się wiązać implikacje odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 264 § 2, a także odpowiedzialności za wykroczenie z art. 49a k.w. (por. szczegółowo B. Kunicka-Michalska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks…*, s. 110–111).

3. Pojęcie statku morskiego definiuje art. 2 § 1 ustawy z 18 września 2001 r. – Kodeks morski (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 66 ze zm.), a statku powietrznego –

art. 2 pkt 1 ustawy z 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1393 ze zm.).

4. Zgodnie z art. 115 § 15 statkiem wodnym jest także platforma umieszczona na szelfie kontynentalnym.

5. Nie wydaje się słuszny pogląd utrzymujący, że instytucje immunitetów dyplomatycznych i konsularnych, a także przekazania ścigania (art. 580 § 1 i 2 k.p.k.) mają stanowić wyjątek od zasady terytorialności (por. A. Marek, *Kodeks…*, 2005, s. 124; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 73).

6. Artykuł 5 *in fine* przewiduje możliwość wprowadzenia odstępstwa od zasady terytorialności przez unormowania odpowiedniej umowy międzynarodowej, której Rzeczpospolita Polska jest stroną. Unormowanie art. 5 *in fine* można uznać za *superfluum* w świetle art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, który stanowi: „Umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową". Por. unormowania ustawy z 23 września 1999 r. o zasadach pobytu wojsk obcych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zasadach ich przemieszczania się przez to terytorium (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1077 ze zm.), a także M. Flemming, *Status prawny żołnierzy na obcym terytorium*, WPP 1997, nr 1, s. 18 i n.; M. Filar, *Status prawnokarny wojsk NATO stacjonujących na terytorium Polski (zagadnienia wybrane)*, w: J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wymagań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 751 i n. Zob. też B. Kunicka-Michalska, w: G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 315.

Art. 6. [Czas i miejsce popełnienia czynu zabronionego]

§ 1. Czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany.
§ 2. Czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić.

1. Reguła nakazująca przyjmować, że czasem popełnienia czynów zabronionych z działania lub z zaniechania, formalnych i skutkowych (materialnych) jest czas, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, nie doznaje wyjątku w unormowaniu art. 101 § 3, dotyczącym kwestii ustalania terminu przedawnienia przestępstw skutkowych. Przepis ten przyjął bowiem szczególne określenie dotyczące momentu początkowego biegu przedawnienia karalności dokonania przestępstw skutkowych (jest nim czas nastąpienia skutku), nie zmodyfikował natomiast ogólnej reguły ustalania czasu popełnienia przestępstw skutkowych.

2. Reguła określona w art. 6 § 1 ma szczególne znaczenie w następujących wypadkach:
1) przy ustalaniu, czy czyn w czasie jego popełnienia był zagrożony karą przewidzianą przez obowiązującą wówczas ustawę (art. 1 § 1);
2) przy stosowaniu reguł intertemporalnego prawa karnego (art. 4);
3) przy ustalaniu, czy czyn został popełniony przez sprawcę, który osiągnął wówczas określoną granicę wieku (art. 10; por. też art. 115 § 10);
4) przy przypisywaniu winy sprawcy (art. 1 § 3); wiążą się z tym m.in. kwestie ustalania strony podmiotowej czynu zabronionego (art. 9 § 1–3), poczytalności (art. 31), błędu (art. 28–30);
5) przy ustalaniu kwestii, czy w czasie popełnienia czynu wystąpił kontratyp, czy też miał miejsce eksces ekstensywny;
6) przy ustalaniu stopnia społecznej szkodliwości czynu; popełnienie czynu w określonym czasie, np. kradzieży z włamaniem w czasie i miejscu powodzi, może zwiększyć stopień społecznej szkodliwości czynu (por. art. 115 § 2);
7) przy rozgraniczaniu postaci współdziałania przestępnego (art. 18) od poplecznictwa (art. 239 § 1) i paserstwa (art. 291);
8) przy ocenie „czasowego" znamienia strony przedmiotowej czynu zabronionego (art. 122: „Kto w czasie działań zbrojnych…");
9) przy ustalaniu kwestii odpowiedzialności karnej sprawcy pojedynczego za popełnienie przestępstwa indywidualnego (art. 18 § 1); chodzi o to, że powinien on mieć ową szczególną kwalifikację osobistą w czasie popełniania czynu zabronionego (por. np. art. 129, 231 § 1); reguła ta znajduje też odpowiednie zastosowanie do unormowań dotyczących odpowiedzialności karnej za przestępstwa popełnione za granicą – rozdział XIII;
10) przy stosowaniu instytucji amnestii i abolicji.

3. Kwestia ustalenia czasu popełnienia czynu zabronionego, a potem upływu określonego czasu może mieć znaczenie np. przy:
1) stosowaniu przepisów dotyczących przedawnienia karalności przestępstwa (art. 101 § 1 i 2);
2) ustalaniu terminu przedawnienia powrotu do przestępstwa (art. 64 § 1 i 2);
3) stosowaniu środków związanych z poddaniem sprawcy próbie (art. 68 i 75);
4) stosowaniu instytucji przestępstwa ciągłego (art. 12) i ciągu przestępstw (art. 91);
5) stosowaniu instytucji zbiegu przestępstw i kary łącznej (art. 85).

Por. też B. Kunicka-Michalska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks…*, s. 125.

4. Za wątpliwy należy uznać pogląd Sądu Najwyższego, że „za czas popełnienia przestępstw rozciągniętych w czasie, wieloczynowych, trwałych, a także o charakterze ciągłym, traktować należy ostatni moment działania sprawcy, w tym czas dokonania ostatniego z czynów składających się na realizację przestępstwa ciągłego" (wyrok SN z 15 kwietnia 2002 r., II KKN 387/01, LEX nr 52943; A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 76; por. także P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006, s. 27). Wydaje się, że

Sąd Najwyższy myli tu czas popełnienia czynu zabronionego (którym w wypadku wskazanych przez niego czynów jest cały okres, w jakim są popełniane) z czasem zakończenia czynu.

Warto zauważyć, że zagadnienie to jest jednak sporne w literaturze. Pogląd zbliżony do prezentowanego przez Sąd Najwyższy wypowiada zatem w odniesieniu do czynu ciągłego, przestępstwa zbiorowego i wieloczynowego A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 97. Ten sam autor uważa, że czasem popełnienia przestępstwa trwałego jest cały okres utrzymywania stanu bezprawnego (A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 98). W odniesieniu do czynu ciągłego podobne poglądy wypowiadają M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas (*Czyn ciągły i ciąg przestępstw. Komentarz do art. 12 i 91 Kodeksu karnego*, Kraków 1999, s. 62), A. Grześkowiak (w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 76) oraz B. Namysłowska-Gabrysiak (w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 349); J. Giezek akceptuje zaś w całości pogląd Sądu Najwyższego (J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks…*, 2007, s. 60; tak też B. Kunicka-Michalska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks…*, s. 128). A. Marek wypowiedział pogląd, że czasem popełnienia przestępstwa we wszystkich tych wypadkach jest czas ostatniego zachowania wypełniającego znamiona czynu (A. Marek, *Kodeks…*, 2005, s. 35), jednak następnie pogląd ten zrewidował, stwierdzając, że w przypadku przestępstwa ciągłego, wieloczynowego i trwałego czasem popełnienia przestępstwa jest okres objęty przestępczą działalnością (A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 34). Nieco odmiennie wypowiedział się A. Wąsek, który jest zdania, że czasem popełnienia czynu we wszystkich tych wypadkach jest cały okres od pierwszego do ostatniego zachowania, w wypadku zaś przestępstwa trwałego – cały okres trwania stanu sprzecznego z prawem (A. Wąsek, w: O. Górniok (i in.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, *Art. 1–116*, Gdańsk 2005, t. 1, s. 90–91 i n.); podobnie M. Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks…*, 2006, s. 44; tenże, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 275; B. Kunicka-Michalska, w: G. Rejman (red.), *Kodeks…*, s. 375; J. Majewski, *Zmiana ustawy karnej w czasie popełniania czynu zabronionego*, Pal. 2003, nr 9–10, s. 21; SN w wyrokach: z 29 września 2009 r., III KK 105/09, OSNSK 2009, poz. 1902; z 22 stycznia 2014 r., III KK 441/13, KZS 2014, z. 4, poz. 14.

5. Określenie miejsca popełnienia czynu zabronionego ma głównie znaczenie w prawie karnym materialnym z punktu widzenia stosowania zasad obowiązywania ustawy karnej w miejscu (art. 5 oraz 109 i n.). Określenie miejsca działania lub zaniechania może należeć do ustawowych znamion czynu zabronionego (por. np. art. 136 § 1–4).

Przy określeniu miejsca popełnienia czynu zabronionego w kodeksie posłużono się kryteriami tzw. teorii wszędobylstwa (por. A. Marek, *Prawo…*, 2005, s. 74). Stosownie do art. 6 § 2 ten sam czyn zabroniony może być popełniony w trzech miejscach:
1) w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany;
2) gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił;
3) gdzie skutek według zamiaru sprawcy miał nastąpić.

Sporne jest, czy tak szerokie określenie miejsca popełnienia czynu zabronionego obejmuje też wypadek tzw. przestępstwa tranzytowego, tj. takiego, przy którym zarówno miejsce czynu zabronionego, jak i miejsce nastąpienia skutku leżą poza granicami Polski, natomiast związek przyczynowy przebiega przez Polskę, np. przesłanie z Ukrainy do Niemiec przez terytorium Polski ładunku wybuchowego, który miał eksplodować w Niemczech. Należy się zgodzić z poglądem, że względy legalizmu stoją na przeszkodzie stosowaniu art. 6 § 2 do przestępstw tranzytowych. Do takich przestępstw art. 6 § 2 może mieć zastosowanie, jeśli „tranzyt" przez terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wypełnia znamiona przestępstwa sprowadzenia niebezpieczeństwa albo przy tym „tranzycie" świadomie współdziała inna osoba (por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 100).

6. Sporna jest też kwestia określenia miejsca popełnienia czynu zabronionego w wypadku podżegania i pomocnictwa do czynu zabronionego. Czy należy się tutaj opowiedzieć za wąskim (miejsce współdziałania przestępnego), czy też szerokim (również miejsce, gdzie sprawca główny popełnił lub miał popełnić czyn zabroniony) określeniem miejsca popełnienia czynu zabronionego? Odpowiedź na to pytanie zależy od tego, czy uzna się, że podżeganie i pomocnictwo mają w kodeksie karnym charakter bezskutkowy – wówczas należy przyjąć wąskie rozumienie miejsca popełnienia czynu zabronionego przez podżegacza lub pomocnika, czy też mają charakter skutkowy – wówczas trzeba konsekwentnie przyjmować szerokie rozumienie miejsca popełnienia czynu zabronionego przez podżegacza lub pomocnika. Należy założyć, że obecny kodeks (w przeciwieństwie do kodeksów z 1932 i 1969 r.) przyjął koncepcję skutkowego charakteru podżegania i pomocnictwa (A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, *(Art. 1–31)*, Gdańsk 1999, s. 263 i n.). Odmienne stanowisko zajmuje A. Zoll (w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 182–188).

Art. 7. [Kwalifikacja przestępstw. Zbrodnia i występek]

§ 1. Przestępstwo jest zbrodnią albo występkiem.
§ 2. Zbrodnią jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3 albo karą surowszą.
§ 3. Występkiem jest czyn zabroniony zagrożony grzywną powyżej 30 stawek dziennych albo powyżej 5 000 złotych, karą ograniczenia wolności przekraczającą miesiąc albo karą pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc.

1. Kodeks zna dychotomiczny podział przestępstw na zbrodnie i występki. Wykroczenia są odrębną kategorią czynów zabronionych pod groźbą kary (zob. art. 1 § 1 i art. 18–20 k.w. oraz art. 1, 20 i 46 k.k.s.).

2. Kryterium podziału przestępstw na zbrodnie i występki stanowi kara grożąca (a nie wymierzona) za popełnienie tego czynu, określona w sankcji przepisu ustawy karnej. Nie bierze się przy tym pod uwagę podstaw i reguł stosowania instytucji nadzwyczaj-

nego złagodzenia kary, nadzwyczajnego obostrzenia kary lub odstąpienia od wymiaru kary (K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 81) – zob. też rozdział IV k.k. dotyczący katalogu kar.

3. Ustalenie, czy dany czyn zabroniony jest zbrodnią czy też występkiem, ma znaczenie w następujących przepisach kodeksu karnego:
1) art. 8 – „Zbrodnię można popełnić tylko umyślnie; występek można popełnić także nieumyślnie, jeżeli ustawa tak stanowi";
2) art. 10 § 4 – w stosunku do sprawcy, który popełnił występek po ukończeniu lat 17, lecz przed ukończeniem lat 18, mogą być stosowane środki przewidziane w prawie dla nieletnich;
3) art. 60 § 6 – odmienne są reguły stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w razie skazania za zbrodnię lub występek;
4) art. 64 § 3 – przewidzianego w art. 64 § 1 i 2 podwyższenia górnego ustawowego zagrożenia nie stosuje się, gdy czynem popełnionym w ramach powrotu do przestępstwa jest zbrodnia;
5) art. 101 § 1 – różne są terminy przedawnienia karalności zbrodni i występków;
6) art. 105 § 1 – przepisów dotyczących przedawnienia (art. 101–103) nie stosuje się do zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni przeciwko ludzkości i przestępstw wojennych;
7) art. 255 § 1 i 2 – odrębna typizacja odnosi się do publicznego nawoływania do popełnienia zbrodni lub występku bądź przestępstwa skarbowego (por. też B. Kunicka-Michalska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks…*, s. 137).

4. Do czasu wejścia w życie nowelizacji z 20 lutego 2015 r. art. 7 § 3 k.k. stanowił, że występkiem jest czyn zabroniony zagrożony grzywną powyżej 30 stawek dziennych lub ograniczeniem wolności albo karą pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc. Z uwagi na okoliczność, że ustawodawca w pozakodeksowym prawie karnym wprowadzał typy czynów zabronionych jako przestępstwa, zagrożone karą grzywny kwotowej (por. A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 82), zaistniała konieczność uporządkowania tej sytuacji. Praktyczne znaczenie istniejącego w poprzednim stanie prawnym braku synchronizacji między regulacjami było takie, że w odniesieniu do szeregu typów nie było pewności, czy są wykroczeniami, czy przestępstwami (por. B. Kunicka-Michalska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks…*, s. 135). Operowanie grzywną w stawkach dziennych jest bowiem charakterystyczne dla przepisów tworzących typy przestępstw, z kolei dla wykroczeń charakterystyczna jest grzywna kwotowa, niemniej nie wyższa niż 5000 zł. Stąd status przepisów – takich jak np. art. 48 ust. 1 ustawy z 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1015 ze zm.) – nie był jasny. Podany tytułem przykładu przepis operował grzywną w wysokości do 30 000 zł, przy czym z innych jej przepisów wynikało, czy jest to typ przestępstwa, czy wykroczenia (M. Małecki, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja…*, s. 41).

Art. 8. [Formy winy a kwalifikacja przestępstw]

Zbrodnię można popełnić tylko umyślnie; występek można popełnić także nieumyślnie, jeżeli ustawa tak stanowi.

1. Zasadą jest, że odpowiedzialność karną może uzasadniać tylko umyślne popełnienie czynu zabronionego. Odpowiedzialność karna za nieumyślne popełnienie czynu zabronionego może występować wyjątkowo tylko wtedy, gdy ustawa wyraźnie tak stanowi. W myśl *Uzasadnienia projektu k.k.* (s. 120) rozwiązanie to „odpowiada w pełni traktowaniu prawa karnego jako *ultima ratio*".

2. Kodeks karny w części szczególnej i wojskowej konsekwentnie respektuje regułę, że czyny zabronione z sankcją właściwą dla zbrodni (art. 7 § 2) wymagają umyślności, czyny zabronione zaś z sankcją właściwą dla występków (art. 7 § 3) mogą być popełnione umyślnie lub nieumyślnie. W tym ostatnim wypadku jedynie wtedy, gdy odrębny przepis (np. art. 155 albo art. 156 § 2) dopuszcza taką możliwość.

3. Strona podmiotowa czynów zabronionych może polegać na umyślności (art. 9 § 1), umyślności-nieumyślności (art. 9 § 3), nieumyślności (art. 9 § 2) albo nieumyślności-nieumyślności (art. 9 § 3). Czyny zabronione umyślno-nieumyślne ostatecznie należy zaliczyć do klasy czynów umyślnych (zob. uwagi do art. 9 § 3).

Ustalenie, że sprawca dopuścił się umyślnego czy też nieumyślnego czynu zabronionego, ma znaczenie – poza oczywiście tym, że wtedy zastosowanie znajduje inna kwalifikacja i sankcja – na podstawie następujących przepisów kodeksu karnego:

1) art. 10 § 2 – w katalogu enumeratywnie określonych czynów zabronionych, za które piętnastolatek może wyjątkowo ponosić odpowiedzialność karną, są tylko czyny umyślne;
2) art. 12 – konstrukcja przestępstwa ciągłego nie ma zastosowania do czynu nieumyślnego;
3) art. 47 § 1 – orzeczenie nawiązki na tej podstawie jest możliwe tylko w razie popełnienia przez sprawcę określonego przestępstwa umyślnego;
4) art. 60 § 2 – określona w tym przepisie podstawa stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary odnosi się tylko do skazania za przestępstwo nieumyślne;
5) art. 64 § 1 i 2 – unormowanie dotyczące powrotu do przestępstwa dotyczy umyślnego popełnienia przestępstw;
6) art. 75 § 1 – obligatoryjne zarządzenie wykonania kary następuje, jeżeli skazany w okresie próby popełnił podobne przestępstwo umyślne, za które prawomocnie orzeczono karę pozbawienia wolności.

Por. też unormowania art. 66 § 1 i art. 68 § 1 oraz art. 105 § 2 dotyczące instytucji warunkowego umorzenia postępowania karnego i przedawnienia. Zob. też uwagi do art. 1 § 3 i art. 9 § 1–3, a także T. Przesławski, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks…*, s. 135.

Art. 9. [Strona podmiotowa czynu. Umyślność i nieumyślność]

§ 1. Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi.
§ 2. Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć.
§ 3. Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo mógł przewidzieć.

1. Komentowany artykuł określa dwie postacie zamiaru:
1) bezpośredni (sprawca chce popełnić czyn zabroniony) i
2) ewentualny, zwany też wynikowym (sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego i na to się godzi).

Ponieważ określenie zamiaru nie różni się od przyjętego w kodeksie karnym z 1969 r. (art. 7 § 1 d.k.k.), dotychczasowe wypowiedzi doktryny i orzecznictwa na ten temat zachowują nadal aktualność.

2. Aby zaistniał umyślny czyn zabroniony, zamiar sprawcy musi obejmować całość ustawowych znamion czynu zabronionego, z wyłączeniem strony podmiotowej, gdyż zamiar właśnie do niej należy (por. J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 92 i n.).

Warunkiem przyjęcia zamiaru nie jest świadomość bezprawności czynu. Konsekwencje błędu polegającego na nieświadomości sprawcy bezprawności popełnionego czynu określa art. 30.

Do zamiaru bezpośredniego zaliczane są w doktrynie i orzecznictwie wypadki tzw. przestępstwa nieuchronnego (koniecznego). Mianem tym określa się sytuacje, gdy sprawca ma pewność, że wraz z urzeczywistnieniem się stanu rzeczy, który chce osiągnąć, następuje – „po drodze" lub jako dalszy skutek – urzeczywistnienie innego stanu rzeczy karnoprawnie relewantnego. W kwestii tej zob. A. Kopeć, *Próba ustalenia kryterium rozgraniczającego zamiar ewentualny od innych postaci strony podmiotowej czynu*, WPP 1992, nr 1–2, s. 48 i n., A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 95; M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 36 i n., oraz wyrok SA we Wrocławiu z 25 maja 1995 r., II AKr 145/95, OSA 1995, z. 6, poz. 31, z aprobującą glosą T. Kaczmarka, Pal. 1997, nr 1–2, s. 259 i n.

3. W doktrynie i orzecznictwie prezentowane są różne konstrukcje i ujęcia zamiaru ewentualnego. Duże znaczenie praktyczne ma kwestia rozgraniczenia zamiaru ewentualne-

go od nieumyślności w postaci lekkomyślności, gdzie sprawca także ma świadomość możliwości popełnienia czynu zabronionego. Zob. też W. Wolter, *Nauka…*, s. 127; M. Rodzynkiewicz, *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności*, RPEiS 1990, z. 3–4, s. 77 i n.; A. Kopeć, *Próba…*, s. 97 i n.; K. Buchała, w: K. Buchała (red.), *Komentarz do Kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 57; K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 96; A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 114 i n.; G. Rejman, *Zasady…*, s. 51; M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 38 i n.

4. Zwrot „godzi się" (art. 9 § 1 *in fine*) poddawany jest różnorakim interpretacjom. Trudno zgodzić się z poglądem, że kodeks przyjmuje tutaj ewidentną fikcję, ponieważ psychologia nie zna takiego stosunku psychicznego. Nie jest bowiem obca rzeczywistości sytuacja, że ktoś godzi się z góry na to, co może się zdarzyć. Godzenie się jest to akceptowanie stanu rzeczy, który może zaistnieć. Może tu chodzić o przeżycie psychiczne zwerbalizowane w postaci zwrotów, np.: „dopuszczam i taką możliwość", „wszystko mi jedno, czy to nastąpi, czy nie nastąpi", „jest mi to obojętne". Świadomość wysokiego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego może świadczyć o tym, że sprawca godził się na popełnienie tego czynu. Zamiar ewentualny trzeba będzie jednak wykluczyć, gdy sprawca podejmował środki mające przeciwdziałać nastąpieniu tego stanu rzeczy, częściowo rezygnował z celu, do którego dążył, czy też liczył na tzw. szczęśliwą gwiazdę (K. Buchała, w: K. Buchała (red.), *Komentarz…*, s. 57).

5. Zamiar ewentualny nie występuje samoistnie. Może on towarzyszyć zamiarowi bezpośredniemu karnoprawnie irrelewantnemu (np. sprawca w stanie nietrzeźwości strzela dla zabawy nad głowami przechodniów) albo karnoprawnie relewantnemu (sprawca, torturując ofiarę, godzi się na spowodowanie jej śmierci).

Z bogatego orzecznictwa dotyczącego zamiaru ewentualnego warta przytoczenia jest teza wyroku SN z 6 lutego 1973 r., V KRN 569/72, OSNPG 1973, nr 6, poz. 72, z glosą W. Kubali, WPP 1974, nr 1, s. 82: „Warunkiem przyjęcia, że sprawca czynu działał z zamiarem ewentualnym, jest ustalenie, iż – po pierwsze – sprawca miał świadomość, że podjęte działanie może wyczerpywać przedmiotowe znamiona ustawy karnej i – po drugie – sprawca akceptuje sytuację, w której czyn wyczerpuje przedmiotowe znamiona przestępstwa, w postaci aktu woli polegającej na godzeniu się z góry z takim stanem rzeczy, przy czym zgody na skutek nie można domniemywać czy się domyślać, lecz należy wykazać, że stanowiła ona jeden z elementów procesów, zachodzących w psychice sprawcy".

6. Udowadnianie strony podmiotowej, w szczególności zamiaru ewentualnego, w procesie karnym stanowi słaby punkt prawa dowodowego (por. krytyczną analizę orzecznictwa w pracy Z. Dody i A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995, s. 40 i n.; M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 53 i n.).

7. Doktryna i orzecznictwo wyróżniają też inne rodzaje zamiarów, np. zamiar quasi-ewentualny, nagły i przemyślany (por. G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 52 i n.).

Zamiar quasi-ewentualny (twórcą tego pojęcia jest Igor Andrejew) polega na tym, że sprawca chce realizacji znamienia czasownikowego czynu zabronionego, nie ma natomiast pewności co do występowania w rzeczywistości, w której działa, innych statycznych znamion tego czynu, np. sprawca odbywa stosunek seksualny z osobą poniżej lat 15 (art. 200); nie ma pewności, że jest ona w tym wieku, ale dopuszcza taką możliwość. Sporne jest w doktrynie, czy i w jakim zakresie z zamiarem quasi-ewentualnym mogą być popełnione przestępstwa kierunkowe (celowe), tzn. takie, do których znamion podmiotowych należy cel (por. art. 278 § 1), motyw (por. art. 194) lub pobudka (por. art. 150 § 1; a także M. Cieślak, *Polskie…*, 1994, s. 308–311; L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 78–79; M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 58).

Zamiar nagły cechuje szybkość podjęcia i realizacji; zamiar przemyślany – dłuższy czas podejmowania, rozważanie dotyczące popełnienia czynu i przeciw niemu. Ustalenie zamiaru nagłego i przemyślanego ma głównie znaczenie dla wymiaru kary.

8. Obecny kodeks zupełnie odmiennie niż w poprzednim stanie prawnym unormował nieumyślność (art. 9 § 2). Zwraca uwagę w szczególności pominięcie wyróżnienia lekkomyślności i niedbalstwa jako postaci nieumyślności. *Uzasadnienie projektu k.k.* (s. 121) pominięcie to tłumaczy tym, że terminy „lekkomyślność" i „niedbalstwo" zawierają mieszaną strukturę zacierającą różnicę między winą a stroną podmiotową czynu zabronionego. Ponadto przyjęcie nieumyślności jako strony podmiotowej czynu zabronionego nie jest uzależnione od tego, czy sprawca działał lekkomyślnie czy niedbale.

9. Mając na względzie wagę i nowatorstwo unormowania art. 9 § 2, należy przytoczyć jeszcze następujący fragment *Uzasadnienia projektu k.k.* (s. 121): „Zgodnie z wymaganiami współczesnej doktryny prawa karnego podstawowe znaczenie dla przyjęcia nieumyślności ma niezachowanie przez sprawcę ostrożności. Reguły ostrożności są wypracowane, w zależności od rodzaju ludzkiej aktywności, odnośnie do określonych dóbr prawnych i dotyczyć mogą kwalifikacji działającej osoby, użytego w działaniu narzędzia lub sposobu realizowania zamierzonej czynności. Reguły te są dostosowane do warunków, w których określona czynność ma być podjęta. Nie przekreśla to możliwości ustalenia naruszenia ostrożności przez stworzenie takich warunków, w których dokonanie danej czynności jest dla chronionego dobra niebezpieczne. Specyficzne reguły ostrożności, których niezachowanie stanowić może podstawę przyjęcia nieumyślności, mogą dotyczyć także zasad współpracy w zespole i zasad kierowania pracą zespołową. Zachowanie reguł ostrożności oznacza, że czyn mieści się w ramach zachowań społecznie akceptowanych.

Kodeks wymaga dla przyjęcia nieumyślności, aby czyn był popełniony na skutek niezachowania ostrożności. Nie każde bowiem naruszenie reguły ostrożności pozwala na przypisanie sprawcy tego naruszenia popełnienia czynu zabronionego, a w szczególności spowodowania określonego w ustawie skutku. Podstawą przypisania skutku będzie naruszenie tej reguły postępowania, która miała chronić przed wystąpieniem danego skutku właśnie na tej drodze, na której on w rzeczywistości wystąpił. Spowo-

dowanie przez pijanego kierowcę wypadku nie pozwala na jego przypisanie sprawcy, jeśli ustalone zostanie, że niezapanowanie nad kierownicą nie było wynikiem stanu nietrzeźwości, lecz np. pęknięcia drążka kierownicy na skutek wady fabrycznej.

Przypisanie czynu zabronionego jest możliwe tylko wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia tego czynu przewidywał lub przynajmniej mógł przewidzieć. Projekt przyjmuje tu ograniczenie przypisywalności do dających się przewidzieć następstw naruszenia reguły ostrożności, co oznacza w zasadzie możliwość przypisania normalnych, a nie nadzwyczajnych następstw. Jest to nawrót do dawno już znanej koncepcji adekwatności. Nie oznacza to jednak ograniczenia przyczynowości, czego przepis prawny uczynić po prostu nie może, lecz tylko ograniczenie obiektywnej przypisywalności, co właśnie należy do kompetencji ustawy, gdyż ma charakter normatywny".

10. Reguły ostrożności odnoszą się do:
1) kwalifikacji podmiotu;
2) właściwości narzędzi, którymi podmiot się posługuje;
3) sposobu wykonywania czynności.

Są one zazwyczaj określone przez akty prawne różnej rangi. Mogą tu też wchodzić w grę różnego rodzaju instrukcje, okólniki. Są jednak dziedziny życia społecznego, w których nie doszło do prawnego lub quasi-prawnego określenia takich reguł. Reguły ostrożności i poziom wymagań ostrożnego zachowania określa się według standardu obowiązku związanego z funkcyjną przynależnością sprawcy do danego kręgu osób (wykonywany zawód, odgrywana rola społeczna, sytuacja, w jakiej się znalazł). Formułowane jest w związku z tym kryterium np. dobrego kierowcy, rozważnego myśliwego, troskliwej matki. Jeżeli sprawca dysponuje tzw. przewagą informacyjną (jest np. w tej dziedzinie wybitnym specjalistą), wówczas wymagania są większe (por. np. M. Rodzynkiewicz, *Określenie umyślności i nieumyślności w projekcie Kodeksu karnego*, PS 1995, nr 5, s. 53–55).

11. Przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego albo możności takiego przewidywania mają być – według art. 9 § 2 – koniecznym, a jednocześnie wystarczającym elementem strony podmiotowej nieumyślnych czynów zabronionych. Oczywiście, gdyby owo przewidywanie połączyć z godzeniem się na popełnienie czynu zabronionego, wówczas w grę wchodzi zamiar ewentualny (art. 9 § 1) – por. J. Giezek, *Przewidywanie czynu zabronionego oraz zamiar jego uniknięcia jako podmiotowe elementy świadomej nieumyślności*, w: A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012, s. 130.

12. Unormowanie art. 9 § 2 nie stoi jednak na przeszkodzie operowaniu pojęciami lekkomyślności i niedbalstwa jako postaci winy nieumyślnej. W ten sposób będzie można wykorzystać bogaty dorobek doktryny i orzecznictwa dotyczący problematyki odpowiedzialności karnej za przestępstwa nieumyślne.

W wypadku lekkomyślności sprawca bezpodstawnie przypuszcza, że uniknie popełnienia czynu zabronionego. Bezpodstawność jest nieracjonalnością procesów decyzyjnych sprawcy w warunkach, kiedy można było od niego oczekiwać prawidłowego wyważenia możliwości uniknięcia popełnienia czynu (K. Buchała, w: K. Buchała (red.), *Komentarz…*, s. 66).

Artykuł 9 § 2 *in fine* stanowi, że sprawca mógł przewidzieć możliwość popełnienia czynu zabronionego. Zgodnie z intencją twórców tego przepisu, którzy chcieli widzieć art. 9 bez unormowania winy, zwrot „mógł przewidzieć" należy interpretować w znaczeniu: „popełnienie czynu zabronionego było obiektywnie przewidywalne" (por. K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 101; M. Rodzynkiewicz, *Określenie…*, s. 58 i n.; zob. też J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks…*, 2007, s. 80–81).

Zarzut winy nieumyślnej w postaci niedbalstwa uwarunkowany byłby natomiast ustaleniem w sposób zindywidualizowany i konkretny, że sprawca rzeczywiście mógł przewidzieć popełnienie tego czynu zabronionego ze względu na swój stan fizyczny i psychiczny, mając określoną wiedzę, umiejętności i doświadczenie. Braki w tym zakresie będą ekskulpować sprawcę wówczas, gdy nie można go uczynić za nie odpowiedzialnym, natomiast nie będą ekskulpować sprawcy, gdy można za nie uczynić sprawcę odpowiedzialnym, np. podjęcie czynności technicznej bez posiadanej wiedzy albo w stanie dekoncentracji wywołanej użyciem alkoholu (K. Buchała, w: K. Buchała (red.), *Komentarz…*, s. 68–69; A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 121).

Należy zauważyć, że konstrukcja nieumyślności w art. 9 § 2 spotkała się, nie bez podstaw, z krytyką niektórych przedstawicieli doktryny prawa karnego (por. W. Mącior, *Problematyczna reforma prawa karnego*, PS 1999, nr 11–12, s. 159–161).

13. Z bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie problematyki przestępstw nieumyślnych warto zacytować tezę wyroku z 6 lutego 1976 r., Rw 16/76, OSNKW 1976, nr 4–5, poz. 63, dotyczącą niedbalstwa: „Możliwość przewidywania jako element niedbalstwa o charakterze subiektywnym powinna być oceniona na tle cech osobowości konkretnego człowieka, działającego w określonej sytuacji. Zgodnie z kodeksową zasadą indywidualizacji odpowiedzialności karnej ustalenie owej możliwości przewidywania jest zależne od indywidualnych cech sprawcy (np. jego doświadczenia życiowego, posiadanego doświadczenia, zasobu wiadomości, wykonywanego zawodu) oraz od funkcjonowania jego procesu skojarzeń w chwili czynu. Jeżeli zatem w chwili czynu nie zaistniały szczególne okoliczności mogące uniemożliwić – na tle cech osobowości sprawcy – wywołanie wymaganych w danej chwili skojarzeń w sferze psychiki sprawcy, to można przyjąć, że sprawca mógł przewidzieć skutek swego przestępnego zachowania się" (por. glosa K. Buchały, OSPiKA 1977, z. 1, s. 19 i n.).

14. Artykuł 9 § 3 określa stronę podmiotową czynów zabronionych kwalifikowanych przez następstwa. Wyższa karalność tych czynów jest uzależniona od wystąpienia elementu dynamicznego – dalszego skutku, określonej zmiany w świecie zewnętrznym,

wynikłej po realizacji znamion typu podstawowego, pozostającej w związku przyczynowym z czynem wyjściowym sprawcy. To następstwo może polegać np. na spowodowaniu śmierci człowieka (art. 156 § 3) lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 158 § 2). Oczywiście, jeśli sprawca w tego rodzaju wypadkach także umyślnie spowoduje śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu (art. 9 § 1), wówczas poniesie on odpowiedzialność karną za popełnienie odpowiedniego typu przestępstwa, np. umyślnego zabójstwa lub umyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

15. Można wyróżnić dwa warianty strony podmiotowej określonej w art. 9 § 3:
1) umyślność-nieumyślność,
2) nieumyślność-nieumyślność.

Pierwszy wariant (schemat, układ) strony podmiotowej znajduje zastosowanie do umyślnych czynów zabronionych kwalifikowanych przez następstwo czynu, np. art. 140 § 2, art. 156 § 3, art. 158 § 2 i 3. Doktryna i orzecznictwo posługują się tutaj pojęciem tzw. winy kombinowanej (umyślno-nieumyślnej). Drugi wariant strony podmiotowej (nieumyślność-nieumyślność) znajdzie zastosowanie do nieumyślnych czynów zabronionych kwalifikowanych przez następstwa czynu, np. art. 163 § 4, art. 165 § 4.

Art. 10. [Zdolność wiekowa odpowiedzialności karnej]

§ 1. Na zasadach określonych w tym kodeksie odpowiada ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat.
§ 2. Nieletni, który po ukończeniu 15 lat dopuszcza się czynu zabronionego określonego w art. 134, art. 148 § 1, 2 lub 3, art. 156 § 1 lub 3, art. 163 § 1 lub 3, art. 166, art. 173 § 1 lub 3, art. 197 § 3 lub 4, art. 223 § 2, art. 252 § 1 lub 2 oraz w art. 280, może odpowiadać na zasadach określonych w tym kodeksie, jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a w szczególności, jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne.
§ 3. W wypadku określonym w § 2 orzeczona kara nie może przekroczyć dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisane sprawcy przestępstwo; sąd może zastosować także nadzwyczajne złagodzenie kary.
§ 4. W stosunku do sprawcy, który popełnił występek po ukończeniu lat 17, lecz przed ukończeniem lat 18, sąd zamiast kary stosuje środki wychowawcze, lecznicze albo poprawcze przewidziane dla nieletnich, jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają.

1. Zasadą jest, że granicą wieku ponoszenia odpowiedzialności karnej jest ukończenie przez sprawcę 17 lat w czasie popełnienia czynu zabronionego. Dorosłym w świetle prawa karnego jest siedemnastoletni sprawca czynu zabronionego (por. unormowania ustawy z 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 382 ze zm.).

2. Przy spełnieniu określonych przesłanek odpowiedzialność karną może ponieść nieletni, który po ukończeniu 15 lat dopuścił się czynu zabronionego. Katalog tych czynów zabronionych został enumeratywnie określony. Użyty w art. 10 § 2 zwrot „dopuszcza się czynu zabronionego" oznacza popełnienie go w jakiejkolwiek postaci stadialnej lub zjawiskowej. Nie można zgodzić się z poglądem, że art. 10 § 2 nie ma zastosowania do podżegacza i pomocnika, ponieważ popełniają oni własne przestępstwo o innej kwalifikacji prawnej i innym zespole znamion czynu zabronionego (K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 111). Kodeks karny, akceptując koncepcję J. Makarewicza, traktuje bowiem sprawstwo *sensu stricto* oraz podżeganie i pomocnictwo w zasadzie jako równorzędne formy zjawiskowe popełnienia czynu zabronionego (rozdział II).

3. Zwraca uwagę poważny błąd ustawodawczy spowodowany przez nowelizację z 27 lipca 2005 r. W wyniku dokonanego przez tę ustawę „rozbicia" przepisu art. 197 § 3 na § 3 i 4, niepołączonego ze stosowną nowelizacją komentowanego przepisu, nieletni, który po ukończeniu 15. roku życia dopuścił się zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem, nie mógł odpowiadać karnie, choć możliwa była jego odpowiedzialność za zgwałcenie zbiorowe (art. 197 § 3) – por. M. Budyn-Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks…*, 2006, s. 35; A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 135. Błąd ten został usunięty w wyniku nowelizacji kodeksu karnego ustawą z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.).

4. Odnośnie do wykładni innych znamion art. 10 § 2 zob. K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 111–113; B. Stańdo-Kowecka, *Odpowiedzialność nieletnich na tle nowej kodyfikacji karnej*, Prok. i Pr. 1999, nr 7–8, s. 35 i n.; A. Gaberle, *Odpowiedzialność karna nieletnich (uwagi na tle art. 10 § 2 k.k.)*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 175 i n.; A. Szwarc, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, s. 138 i n.; A. Walczak-Żochowska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks…*, s. 171 i n.

5. *Uzasadnienie projektu k.k.* (s. 123) tak wyjaśnia rację art. 10 § 3: „Wina w wypadku odpowiedzialności nieletnich jest zawsze ograniczona przez brak dojrzałości sprawcy. Wprowadzenie obniżonej granicy zagrożenia daje wyraz zasadzie przyjmującej, że kara nie może przekraczać swoją surowością stopnia winy".

6. Trafnie stwierdza Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 5 listopada 2008 r., II AKa 87/08, KZS 2009, z. 1, poz. 61, że „stosowanie przepisu art. 10 § 2 k.k. wymaga rozpoznania «właściwości osobistych sprawcy», zatem i ustalenia przyczyn oraz stopnia jego demoralizacji. Rozważenie całokształtu przesłanek określonych w cyt. przepisie ma służyć odpowiedniemu ukształtowaniu kary. Do oznaczenia stopnia demoralizacji takiego sprawcy nie wystarczą same okoliczności sprawy, ale niezbędny jest całokształt zachowania nieletniego sprawcy. Ustalenie tych przesłanek wymiaru kary powinno nastąpić m.in. na podstawie opinii psychologicznej, która by tego aspek-

tu opiniowania nie pomijała […]" – por. A. Walczak-Żochowska, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 457.

7. Wobec nieletniego odpowiadającego na podstawie art. 10 § 2 nie może być orzeczona kara dożywotniego pozbawienia wolności (art. 54 § 2). Nie ma natomiast, jak się zdaje, przeszkód, aby mogła mu być wymierzona kara 25 lat pozbawienia wolności (szczegółowo A. Wąsek, w: O. Górniok (i in.), *Kodeks…*, t. 1, s. 147; J. Majewski, *Czy wolno…*, s. 391; odmiennie A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 124–126).

Sąd Najwyższy w wyroku z 22 września 1999 r., III KKN 195/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 73, wyraził pogląd, że zawarty w art. 54 § 2 zakaz orzekania wobec sprawcy, który w czasie popełnienia przestępstwa nie ukończył 18 lat, kary dożywotniego pozbawienia wolności, nie wyklucza wymierzenia nieletniemu, odpowiadającemu w warunkach art. 10 § 2 za przestępstwo zagrożone tą karą, 25 lat pozbawienia wolności. Aprobującą glosę do tego orzeczenia napisał A. Zoll, OSP 2000, z. 5, s. 246–247, a krytyczną – L.K. Paprzycki, Pal. 2000, nr 2–3, s. 231–234 (tak też postanowienie SN z 18 grudnia 2012 r., III KK 289/12, LEX nr 1232290).

8. Kodeks przyjmuje priorytet dyrektywy prewencji szczególnej przy wymiarze kary i środka karnego wobec nieletniego albo młodocianego (art. 54 § 1). Do nieletniego sprawcy przestępstwa odpowiadającego karnie odnoszą się też odpowiednie unormowania kodeksu dotyczące młodocianego, np. art. 70 § 2.

9. Artykuł 10 § 4 jasno określa kryteria, zgodnie z którymi sprawca występku popełnionego po ukończeniu lat 17, lecz przed ukończeniem lat 18, może być potraktowany jako nieletni.

10. „Ze względu na treść art. 335 § 1 k.p.k., z której wynika, że wniosek prokuratora o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy może dotyczyć orzeczenia wyłącznie kary lub środka karnego, w tym trybie nie jest dopuszczalne wnioskowanie o zastosowanie środka wychowawczego, leczniczego albo poprawczego wobec sprawcy, który popełnił występek po ukończeniu lat 17, lecz przed ukończeniem lat 18, jeżeli zachodzą warunki określone w art. 10 § 4 k.k. W związku z tym, a także koniecznością przeprowadzenia dowodów dla sprawdzenia, czy wspomniane warunki w konkretnym wypadku zachodzą, sprawa takiego oskarżonego powinna być zawsze rozpoznawana na zasadach ogólnych (art. 343 § 7 k.p.k.), czyli na rozprawie" – zob. wyrok SN z 30 września 2008 r., WK 22/08, OSNKW 2009, nr 1, poz. 5.

Art. 11. [Jedność czynu. Zbieg przepisów ustawy]

§ 1. Ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo.
§ 2. Jeżeli czyn wyczerpuje znamiona określone w dwóch albo więcej przepisach ustawy karnej, sąd skazuje za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów.

§ 3. W wypadku określonym w § 2 sąd wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu innych środków przewidzianych w ustawie na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów.

1. Artykuł 11 § 1 zawiera programowe opowiedzenie się kodeksu przeciwko koncepcji idealnego zbiegu przestępstw. Koncepcję tę natomiast przyjmuje art. 8 k.k.s. (por. też art. 10 k.w., oraz P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 294 i n., a także J. Majewski, „*Ten sam czyn" jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji*, w: J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006, s. 43 i n.; tenże, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, s. 1027 i n.).

2. Dopuszczenie się przez sprawcę dwóch lub więcej czynów przestępnych prowadzi do przyjęcia instytucji realnego zbiegu przestępstw (art. 85), chyba że zastosowanie znajdzie konstrukcja pozornego czy też pomijalnego zbiegu przestępstw (kwestia tzw. współukaranego przestępstwa uprzedniego lub następczego) albo ciągu przestępstw (art. 91 § 1).

Warto zauważyć, że w odniesieniu do przestępstw współukaranych nie ma w literaturze zgodności co do tego, czy stanowią one wypadek pomijalnego zbiegu przestępstw. Taki pogląd prezentowany jest w tym opracowaniu (podobnie J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks…*, 2007, s. 554–555; M. Kulik, *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 16 stycznia 2001 r., II AKa 248/00*, Prok. i Pr. 2001, nr 11, s. 40; M. Kulik, *Glosa do postanowienia SN z 25 lutego 2002 r.*, I KZP 1/02, Pal. 2003, nr 1–2, s. 218 i n.; odmiennie A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, Prok. i Pr. 2004, nr 10, s. 7–8; por. także A. Marek, *Czyny współukarane na tle prawnej jedności przestępstwa*, w: J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, Toruń 2006, s. 15 i n.). A. Marek i P. Gensikowski uważają czyny współukarane za wypadki prawnej jedności czynu. Z kolei M. Mozgawa, rozróżniając prawną jedność czynu i prawną jedność przestępstwa, uważa czyny współukarane za przypadek tej ostatniej (M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 357).

3. Poważne trudności mogą wystąpić przy ocenie kwestii, czy w danym zachowaniu sprawcy (stanowiącym wszak pewne *continuum*) należy wyodrębnić więcej niż jedną jednostkę czynu (art. 11 § 1). Na pewno nie ma tu znaczenia okoliczność, że to samo zachowanie sprawcy naruszyło więcej niż jedno dobro karnoprawnie chronione, wywołało wiele jednorodnych lub różnorodnych skutków przestępnych (np. eksplodowanie ładunku wybuchowego, które spowodowało śmierć, uszczerbek na zdrowiu wielu osób, zniszczenie mienia).

4. W doktrynie i orzecznictwie sformułowano kilka kryteriów mających służyć do ustalania jedności czynu. Mają nimi być głównie:

1) wyodrębnienie zintegrowanych zespołów aktywności sprawcy,
2) jedność czasu i miejsca oraz
3) tożsamość motywacji albo planu sprawcy (A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustaw i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 33 i n.; por. też P. Kardas, *Zbieg…*, s. 108 i n.).

Największe znaczenie mają dwa pierwsze kryteria.

5. Jeżeli w ocenie osoby trzeciej, bezstronnego obserwatora, zachowanie sprawcy przedstawia się jako jeden czyn (społeczny ogląd czynu), to tej jedności nie należy rozbijać na mniejsze elementy. W myśl tego założenia należy wypowiedzieć się na rzecz przyjęcia jedności czynu, np. w sytuacji, gdy sprawca dopuścił się kradzieży broni palnej i następnie ją nielegalnie posiadał. Podczas obowiązywania kodeksów karnych z 1932 i 1969 r. Sąd Najwyższy przyjmował jednak instytucję realnego zbiegu przestępstw (zob. wyrok SN z 25 sierpnia 1971 r., Rw 846/71, OSNKW 1971, nr 11, poz. 179; podobnie SA w Katowicach w wyroku z 28 października 2008 r., II AKa 327/08, KZS 2009, z. 1, poz. 89). Zwraca jednak uwagę wyrok SN z 3 czerwca 2009 r., II KK 28/09, OSNSK 2009, poz. 1240, w którym opowiada się on za ujmowaniem kontinuum zachowania realizującego ustawowe znamiona dwóch czynów zabronionych jako jednego czynu zabronionego podlegającego kwalifikacji kumulatywnej: „Zachowanie uczestnika pobicia, który w już czasie realizacji objętego porozumieniem czynu podejmuje dalej idący zamiar zabójstwa, a następnie swym zachowaniem zmierza bezpośrednio do jego dokonania, winno być kwalifikowane także z art. 158 § 1 k.k. lub art. 158 § 2 k.k., przy zastosowaniu kumulatywnej kwalifikacji z art. 11 § 2 k.k." (por. też wyroki SA w Katowicach: z 15 stycznia 2009 r., II AKa 321/08, KZS 2009, z. 12, poz. 73; z 17 kwietnia 2008 r., II AKa 78/08, KZS 2008, z. 7–8, poz. 78; z 19 grudnia 2007 r., II AKa 429/07, Prok. i Pr.-wkł. 2008, nr 9, poz. 18).

Nie należy przyjmować jedności czynu w wypadkach, gdy sprawca dopuścił się odrębnymi działaniami zamachu na szczególnie cenne dobra osobiste dwóch lub więcej osób (np. pozbawienie życia, ciężki lub średni uszczerbek na zdrowiu, zgwałcenie). Przemawia za tym wzgląd na realizację zasady humanitaryzmu prawa karnego, potrzeba zapewnienia tym dobrom szczególnej ochrony karnoprawnej. Za wskazaną regułą opowiada się Sąd Najwyższy w sprawach dotyczących zabójstw dwóch lub więcej osób, np. wyrok z 19 czerwca 1978 r., I KR 120/78, OSNKW 1978, nr 10, poz. 110. Innej, niż tu omawiana, kwestii dotyczy natomiast art. 148 § 3, gdzie jest mowa o zabiciu przez sprawcę jednym czynem więcej niż jednej osoby.

6. W wyroku z 25 listopada 1999 r., II AKa 210/99, Prok. i Pr.-wkł. 2000, nr 10, poz. 20, Sąd Apelacyjny w Lublinie, jak się zdaje słusznie, uznał, że „przychylić się należy do stanowiska, iż w grę wchodzi nie jedno, ale dwa przestępstwa rabunku (art. 280 § 1 lub 2 k.k.), jeżeli sprawca dającymi się wyodrębnić czynnościami wykonawczymi, dopuszcza się zamachu na dwóch pokrzywdzonych – w takim wypadku jedność czasu, miejsca i sytuacji motywacyjnej nie powinna przemawiać na rzecz przyjęcia wielości

przestępstw rabunku. Pewną wskazówkę interpretacyjną może stanowić tutaj unormowanie art. 12 k.k. dotyczące instytucji przestępstwa ciągłego". W innym wyroku sąd ten przyjął, że: „Pobicie kilku pokrzywdzonych przez kilku sprawców mieści się w konstrukcji art. 158 § 1 k.k. Wprawdzie w judykaturze i doktrynie utrwalił się pogląd, że […] tyle rozbojów, ile osób pokrzywdzonych, to jednakże, jeżeli jednym aktem przemocy lub groźby jej natychmiastowego użycia wobec więcej niż jednej osoby doprowadza się je do stanu bezbronności, rodzi się refleksja, czy nie jest to jeden czyn, także w sensie prawnym" (zob. wyrok SA w Lublinie z 31 stycznia 2002 r., II AKa 255/01, Prok. i Pr.-wkł. 2003, nr 2, poz. 13). Zdaniem natomiast SA w Katowicach, wyrażonym w wyroku z 3 października 1996 r., II AKa 250/96, OSA 1998, z. 4, poz. 22, „jedność czasu i miejsca, w którym została dokonana zbrodnia rabunku w stosunku do dwóch różnych osób, nie pozwala na zakwalifikowanie tego czynu [*sic!*] jako dwóch odrębnych przestępstw" (por. też wyrok SA w Krakowie z 7 sierpnia 1997 r., II AKa 143/97, KZS 1997, z. 8, poz. 31).

7. Nie budzi natomiast zastrzeżeń stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z 22 czerwca 1999 r., III KKN 376/97, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 55, że: „Działanie sprawcy polegające na jednej albo wielu następujących bezpośrednio po sobie wypowiedziach, zawierających zniewagi i groźby bezprawne, skierowane pod adresem funkcjonariusza publicznego, wyczerpujące znamiona ustawowe przestępstw określonych w art. 235 i 236 d.k.k. (odpowiednio w art. 224 § 2 i art. 226 § 1 k.k.) stanowi jedno przestępstwo kwalifikowane z tych przepisów pozostających w zbiegu kumulatywnym (art. 10 § 2 d.k.k. i art. 11 § 2 k.k.)". Aprobującą glosę do tego wyroku napisał J. Satko, (OSP 2000, z. 4, s. 174–175). Pozytywnie należy również ocenić stanowisko Sądu Najwyższego (wyrok z 11 lutego 2003 r., IV KKN 243/00, OSNKW 2003, nr 5–6, poz. 51), że: „Skoro uczestnik bójki narażający na utratę życia lub ciężki uszczerbek na zdrowiu spowodował umyślnie naruszenie narządu ciała innej osoby na czas powyżej 7 dni, to jego czyn – dla pełnej charakterystyki prawnokarnej – powinien być kwalifikowany jako jedno przestępstwo, określone w art. 158 § 1 k.k. i art. 157 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k." (podobnie wyroki SA w Katowicach: z 17 kwietnia 2008 r., II AKa 78/08; z 15 stycznia 2009 r., II AKa 321/08; wyrok SN z 3 czerwca 2009 r., II KK 28/09).

8. W kwestii ustalania jedności czynu wolno kierować się regułą i tam, gdzie zasadnicze względy nie stają temu na przeszkodzie, należy przyjmować jedność czynu, a nie wielość czynów. Wielość ocen zachowania się sprawcy nie może prowadzić do upatrywania w nim wielości czynów (por. P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002, s. 53 i n.; J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks…*, 2007, s. 93; J. Majewski, „*Ten sam czyn*"…, s. 44 i n. i orzecznictwo tam powołane).

9. Artykuł 11 § 2 przyjmuje, znaną już w kodeksie karnym z 1969 r., konstrukcję kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, kumulatywnej kwalifikacji czynu zabronionego (przestępstwa). Umożliwia ona, a nawet wprost nakazuje, wydobycie i ujawnienie w kwalifikacji czynu zabronionego faktu, że czyn ten stanowi zamach na co najmniej dwa dobra karnoprawnie chronione, np. w razie posłużenia się przez sprawcę fałszy-

wym banknotem przy zakupie towaru czyn ten powinien być kwalifikowany z art. 286 § 1 w zbiegu z art. 310 § 2. Konstrukcja ta pozwala na adekwatne ukazanie zawartości kryminalnej czynu, na oddanie jego karygodności oraz odzwierciedlenie jego społecznej szkodliwości (por. wyrok SN z 22 czerwca 1999 r., III KKN 376/97, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 55).

10. Wprawdzie art. 11 § 2 stanowi: „Jeżeli czyn wyczerpuje znamiona określone w dwóch lub więcej przepisach ustawy karnej", jednak owo wyczerpywanie (wypełnianie, realizowanie) przez czyn należy odnieść nie do znamion przepisów, lecz do zawartych (określonych) w nich znamion czynu zabronionego. Może być przecież tak, że jeden przepis (czyli jednostka tekstu prawnego – artykuł lub paragraf) zawiera znamiona dwóch lub więcej czynów zabronionych (np. art. 204 § 1) – por. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 208.

11. Przesłanką zastosowania konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy jest wystąpienie rzeczywistego zbiegu jej przepisów. Zachodzi on wtedy, gdy czyn realizuje znamiona dwóch lub więcej typów czynów zabronionych określonych w dwóch przepisach ustawy karnej lub większej ich liczbie (sytuacja krzyżowania się, interferencji zakresów ustawowych znamion). Wyłączone jest natomiast zastosowanie konstrukcji określonej w art. 11 § 2 w razie wystąpienia pozornego zbiegu przepisów ustawy karnej, który ma miejsce wtedy, gdy *prima facie* wydaje się, że czyn realizuje znamiona dwóch lub więcej przepisów ustawy karnej, ale przy bliższej analizie okazuje się, że pomiędzy zakresami znamion określonych typów czynów zabronionych nie zachodzi stosunek krzyżowania, lecz wykluczania.

12. Należy zaakceptować stanowisko W. Woltera i jego uczniów, zgodnie z którym pomiędzy zakresami znamion podstawowych typów czynów zabronionych i typów zmodyfikowanych (uprzywilejowanych i kwalifikowanych) nie zachodzi stosunek zawierania (nadrzędności–podrzędności), lecz stosunek wykluczenia. Reguła *lex specialis derogat legi generali* nie jest tutaj ścisła, ponieważ nie ma w tym kontekście znaczeniowym przepisów ogólnych i szczególnych. Oznacza to zatem, że np. art. 148 § 1, określający typ podstawowy zabójstwa, nie jest przepisem ogólnorodzajowym w stosunku do regulacji określających typy zabójstwa kwalifikowanego (art. 148 § 2 i 3) i przepisów określających typy zabójstwa uprzywilejowanego (art. 148 § 4, art. 149, 150). Artykuł 148 § 1 jest natomiast przepisem ogólnodopełniającym, obejmuje on bowiem inne niż wymienione w art. 148 § 2–4, art. 149 i n. wypadki zabicia człowieka (W. Wolter, *Nauka…*, s. 333; K. Buchała, w: K. Buchała (red.), *Komentarz…*, s. 88; K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 121; por. też J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks…*, 2007, s. 68; J. Majewski, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, s. 1035 i n.).

Trzeba jednak wiedzieć, że w doktrynie i orzecznictwie pojęcie pozornego zbiegu przepisów ustawy ma inne znaczenie. Mianem tym bowiem określa się sytuacje, gdy czyn wyczerpuje wprawdzie znamiona czynów zabronionych określonych w dwóch lub

więcej przepisach ustawy karnej, ale zbiegu przepisów nie uwzględnia się w kwalifikacji prawnej z uwagi na zastosowanie jednej z trzech reguł wyłączania wielości ocen:
1) zasady specjalności (*lex specialis derogat legi generali*),
2) zasady pochłaniania (*lex consumens derogat legi consumptae*) lub
3) zasady subsydiarności (*lex primaria derogat legi subsydiariae*).

Zasada specjalności rozumiana jest tradycyjnie w ten sposób, że przepis szczególny wypiera (wyłącza) przepis ogólny. Przepis szczególny to taki, który oprócz znamion typu podstawowego zawiera także szczególne znamię lub znamiona specjalizujące (L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 148). Zdaniem zaś A. Spotowskiego w przypadku zastosowania jednej z trzech reguł wyłączania wielości ocen należy mówić nie o zbiegu pozornym, lecz pomijalnym (A. Spotowski, *Pomijalny…*, s. 54 i n.). Odrębność w stosunku do pozostałych wykazują poglądy W. Wróbla, który nie bez spójnego uzasadnienia przesuwa akcent w rozumieniu zasady specjalności z jej aspektu logicznego na funkcjonalny i aksjologiczny. Zdaniem tego autora chodzi w niej nie tyle o relacje logiczne między typami, ile o zaktualizowanie się dyrektywy skierowanej do organu stosującego prawo, że w danym wypadku nie powinien korzystać z przepisu określającego typ podstawowy, lecz np. kwalifikowany. Takie (funkcjonalne) rozumienie omawianej zasady pozwala w pewnych sytuacjach na odstępstwo od niej (por. W. Wróbel, *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym*, w: J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006, s. 74).

13. Trafne wnioski z funkcjonowania zasady *lex specialis derogat legi generali* (tak czy inaczej rozumianej) wyprowadził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 25 marca 1999 r., II AKa 18/99, KZS 1999, z. 6–7, poz. 60: „Niewłaściwie sąd sformułował kwalifikację prawną przypisanego oskarżonej przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. W tym wypadku art. 11 k.k. nie ma zastosowania, bowiem nie można przyjąć, aby czyn w tym konkretnym wypadku wyczerpywał znamiona dwóch przepisów ustawy karnej. Oskarżona popełniła przestępstwo w formie kwalifikowanej i w tym wypadku należy przyjąć konstrukcję prawną z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k.”

14. Rzeczywisty zbieg przepisów ustawy może być:
1) zbiegiem właściwym, co prowadzi w wypadku niezastosowania jednej z dwóch reguł wyłączania wielości ocen (zasady subsydiarności i konsumpcji) do przyjęcia konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy (art. 11 § 2), albo
2) zbiegiem niewłaściwym, pomijalnym, gdy zastosowanie znajdzie jedna z tych dwóch reguł wyłączania wielości ocen.

Obie mają charakter reguł teleologicznych, celowościowych.

W postanowieniu z 24 stycznia 1995 r., I KZP 35/94, OSP 1996, z. 6, poz. 114, z glosą P. Kardasa, Sąd Najwyższy w zasadzie trafnie przyjął: „Dla rozstrzygnięcia kwestii, czy ma miejsce kumulatywny zbieg przepisów, należy przede wszystkim ustalić, że zacho-

dzi jeden czyn, a następnie, że czyn ten wyczerpuje faktycznie (a nie tylko pozornie) znamiona więcej niż jednego przepisu oraz że pomiędzy zakresami typów czynów, których znamiona zostały wypełnione w zbiegających się przepisach, zachodzi logiczny stosunek krzyżowania się. Konieczne jest ponadto ustalenie, że brak podstaw do zastosowania w danym wypadku jednej z reguł wyłączających wielość ocen".

15. Zbieg przepisów ma charakter niewłaściwy, pomijalny, w wypadku gdy w grę wchodzi przepis o charakterze pomocniczym (subsydiarnym, rezerwowym), który będzie samodzielnie odgrywał rolę tylko wtedy, gdy dany czyn nie może być zakwalifikowany z innego przepisu.

Subsydiarność przepisu może mieć charakter ustawowy albo pozaustawowy (milczący).

W kodeksie karnym w ograniczonym zakresie wyraźnie subsydiarny charakter ma art. 231 § 2. Stosownie bowiem do art. 231 § 4 nie stosuje się § 2, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w art. 228.

Pozaustawową (milczącą) subsydiarność przepisu można przyjąć w wypadkach zbiegu przepisów określających mniej lub bardziej zaawansowane postacie stadialne popełnienia przestępstwa (przygotowanie – usiłowanie – dokonanie), a także w wypadkach zbiegu przepisów dotyczących przestępstw narażenia dobra na niebezpieczeństwo i naruszenia tego dobra. Kryminalizacja bowiem mniej zaawansowanych i tym samym mniej zarzucalnych zachowań sprawcy ma znaczenie pomocnicze, uzupełniające. Racja merytoryczna zastosowania odpowiedniej oceny karnoprawnej czynu odpada, gdy sprawca poszedł dalej lub uczynił więcej w atakowaniu danego dobra prawnego. Nie może być zatem kumulatywnego zbiegu np. art. 310 § 4 z art. 310 § 1 w zw. z art. 13 § 1, jak też art. 160 § 1 i art. 148 § 1.

Przeciwko zasadzie subsydiarności milczącej wypowiedziała się A. Rybak (*O istocie kumulatywnej kwalifikacji przepisów ustawy*, Pal. 1999, nr 9–10, s. 46 i n.; podobnie M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), *Prawo…*, 2011, s. 349, a także M. Kulik, *Tak zwana czynność towarzysząca z punktu widzenia reguł wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, CzPKiNP 2009, nr 2, s. 197–199). Warto zauważyć, że np. A. Marek, komentując art. 11, szczegółowo omawia kolejno zasady specjalności, konsumpcji, a następnie przechodzi do klauzuli subsydiarności z art. 231 § 2, w ogóle nie poruszając zagadnienia tzw. subsydiarności milczącej – A. Marek, *Kodeks…*, 2010, s. 55. Wskazuje to na sceptyczny stosunek tego autora do zasady subsydiarności milczącej. Słusznie pisze A. Grześkowiak, że stosowanie zasady konsumpcji może prowadzić do podobnych wniosków jak w przypadku stosowania zasady subsydiarności milczącej (A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks…*, 2015, s. 133).

16. Natomiast właściwy, a tym samym kumulatywny zbieg zachodzi wtedy, gdy czyn sprawcy wypełnia znamiona typu umyślnego czynu zabronionego narażenia na niebezpieczeństwo danego dobra oraz znamiona typu nieumyślnego czynu zabronionego

naruszenia takiego dobra, np. art. 163 § 2 i art. 164 § 1. Na takim stanowisku stały podczas obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. doktryna i orzecznictwo. W tej kwestii zob. też M. Cieślak, *Polskie…*, 1994, s. 417, oraz uchwała składu 7 sędziów SN z 15 listopada 1972 r., VI KZP 59/72, OSNKW 1973, nr 1, poz. 1; wyrok SA w Lublinie z 10 sierpnia 1998 r., II AKa 77/98, Prok. i Pr.-wkł. 1999, nr 5, poz. 21).

17. Nie będzie jednak celowe zastosowanie reguły subsydiarności milczącej w niektórych wypadkach tzw. usiłowania kwalifikowanego, np. w sytuacji, gdy czyn sprawcy stanowiący usiłowanie zabójstwa (art. 148 § 1) spowodował „po drodze" ciężki uszczerbek na zdrowiu pokrzywdzonego (art. 156 § 1); należy wtedy zastosować konstrukcję kumulatywnego zbiegu (art. 11 § 2) – por. wyrok SN z 16 grudnia 1993 r., II KRN 289/93, OSNKW 1994, nr 3–4, poz. 19.

18. Zasada konsumpcji (pochłaniania) ma zastosowanie wtedy, gdy przepisy pozostają wobec siebie w takim stosunku, że jeden z nich zawiera w sobie także okoliczności objęte znamionami drugiego przepisu, a więc niejako pochłania (konsumuje) te okoliczności, natomiast w zakresie wzajemnego stosunku logicznego można zauważyć, że pozostają one wobec siebie w zakresie krzyżowania (szczegółowo: P. Kardas, *Zbieg…*, s. 335; J. Majewski, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, s. 1049–1050; odmiennie: Ł. Pohl, *Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć*, RPEiS 2005, z. 1, s. 100). Nie mogą więc pozostawać ze sobą w zbiegu kumulatywnym przepisy dotyczące np. przestępstwa znęcania się (art. 207) i przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 § 1) lub zniewagi (art. 216 § 1) – A. Marek, *Prawo…*, 2005, s. 229. Zasada konsumpcji powinna być jednak stosowana przy uwzględnieniu reguły: przepis łagodniejszy nie może wyłączać przepisu surowszego (M. Cieślak, *Polskie…*, 1994, s. 414).

Ponieważ zasada konsumpcji ma charakter teleologiczny, należy się opowiedzieć za jej stosowaniem w sposób konkretny, a nie abstrakcyjny. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 18 grudnia 1985 r., Rw 1148/85, OSNKW 1986, nr 11–12, poz. 95, w którym przyjął, że przepis o kradzieży z włamaniem konsumuje przepis o zniszczeniu lub uszkodzeniu mienia wtedy, gdy szkoda wyrządzona włamaniem jest nieporównywalnie niższa od szkody wyrządzonej kradzieżą. W wypadku odwrócenia proporcji szkód nie da się już zasadnie mówić o konsumpcji i trzeba przyjmować kumulatywny zbieg odpowiednich przepisów (por. też M. Kulik, *Przestępstwo i wykroczenie uszkodzenia rzeczy*, Lublin 2005, s. 251 i n.).

19. Trafny jest pogląd przyjmujący, że konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy nie można stosować do przepisów określających przestępstwa, których ściganie nie jest dopuszczalne ze względu na brak skargi uprawnionego oskarżyciela albo wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej (por. uchwała składu 7 sędziów SN z 2 czerwca 1973 r., U 1/71, OSNKW 1973, nr 9, poz. 115).

20. W razie zastosowania kumulatywnej kwalifikacji sąd wymierza karę na podstawie przepisu najsurowszego. Nie bierze się tu pod uwagę unormowań dotyczących nadzwy-

czajnego złagodzenia lub obostrzenia wymiaru kary. Trafny jest pogląd przyjmujący, że wymierzona na podstawie art. 11 § 3 kara nie powinna być niższa od minimum kary przewidzianej w przepisie najłagodniejszym. Dotyczy to także wypadku, gdy z zastosowaniem przepisu stanowiącego podstawę wymiaru kary (przepis przewidujący karę najsurowszą) łączy się możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary lub nawet odstąpienia od jej wymierzenia, a przepis łagodniejszy takiej podstawy nie stanowi (K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 127). Jeżeli przepis pozostający w zbiegu kumulatywnym przewiduje obligatoryjność orzeczenia środka karnego, wówczas ta obligatoryjność nie może być wyłączona przez wystąpienie tego przepisu w kumulatywnej kwalifikacji przestępstwa (M. Cieślak, *Polskie…*, 1994, s. 416). W wyroku z 30 grudnia 1997 r., II AKa 175/97, KZS 1998, z. 6, poz. 15), Sąd Apelacyjny w Lublinie słusznie przyjął, że: „W przypadku gdy zbiegające się przepisy zawierają identyczne sankcje karne, to powinno się orzec karę na podstawie tego przepisu, którego znamiona wypełnia zachowanie sprawcy stanowiące główny, a nie uboczny element czynu przypisanego oskarżonemu".

Można tu też posłużyć się rozwiązaniem przyjętym w art. 7 § 2 k.k.s., zgodnie z którym, jeżeli zbiegające się przepisy przewidują takie samo zagrożenie, sąd wymierza karę na podstawie tego przepisu, którego znamiona najpełniej charakteryzują czyn sprawcy.

21. Zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu (art. 11 § 2) oznacza, że sprawca dopuścił się zamachu na więcej niż jedno dobro chronione prawem. Z istoty swej oznacza to zwiększenie społecznej szkodliwości danego czynu, co nie powinno pozostać bez wpływu na stosowanie tych instytucji prawa karnego, które operują kryterium stopnia społecznej szkodliwości czynu (por. art. 1 § 2, art. 53 § 1, art. 59, 66 § 1 i art. 93b § 1 i 3 oraz art. 93g § 1 i 2).

Art. 12. [Wielość zachowań a czyn zabroniony]

Dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uważa się za jeden czyn zabroniony; jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste, warunkiem uznania wielości zachowań za jeden czyn zabroniony jest tożsamość pokrzywdzonego.

1. Unormowanie art. 12 stanowi istotne *novum* tego kodeksu. *Uzasadnienie projektu k.k.* wyjaśnia, że art. 12 ma obejmować przypadki kwalifikowane dotychczas jako przestępstwo ciągłe, a które można określić jako przestępstwa popełnione na raty (P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999, s. 272–273). Przypadki, które można nazwać ciągiem przestępstw, są regulowane w art. 91. W odniesieniu do czynu ciągłego (art. 12) mamy do czynienia z jednym czynem zabronionym i jednym przestępstwem. Czas popełnienia takiego czynu, z wszystkimi tego konsekwencjami w sferze odpowiedzialności karnej, należy ustalać jako czas dokonania

ostatniego aktu działania sprawcy składającego się na czyn ciągły. Poszczególne działania sprawcy nie muszą wyczerpywać w ogóle znamion czynu zabronionego (dopiero suma tych działań wyczerpuje znamiona) bądź mogą wyczerpywać znamiona typu podstawowego, podczas gdy ich suma wyczerpuje znamiona typu kwalifikowanego (por. art. 294 § 1).

2. Nowe ujęcie problematyki przestępstwa ciągłego w art. 12 (a także w art. 91) nakazuje podchodzić z dużą ostrożnością do dorobku nauki i orzecznictwa dotyczącego tej problematyki, a powstałego w poprzednim stanie prawnym.

Należy też zauważyć, że art. 12 – w przeciwieństwie do art. 58 d.k.k. (który wprawdzie stanowił o przestępstwie ciągłym, ale nie określał przesłanek jego przyjęcia) – nie przewiduje w razie skazania sprawcy możliwości zastosowania nadzwyczajnego obostrzenia kary.

3. Artykuł 12 formułuje trzy przesłanki jego stosowania:
1) krótkie odstępy czasu między dwoma lub więcej zachowaniami sprawcy;
2) wykonanie z góry powziętego zamiaru;
3) tożsamość pokrzywdzonego, jeżeli podmiotem zamachu jest dobro osobiste.

4. Krótkie odstępy czasu to zapewne co najwyżej kilkutygodniowe przerwy w działalności sprawcy. Zdaniem M. Dąbrowskiej-Kardas i P. Kardasa (*Czyn…*, s. 47) odstępy między poszczególnymi częściami składowymi czynu ciągłego nie mogą przekraczać kilkunastu dni. Nie ma natomiast wątpliwości, że przestępstwo ciągłe może być popełnione w różnych miejscach, np. włamania do mieszkań.

5. Wątpliwości może budzić możliwość zastosowania na gruncie komentowanego przepisu definicji krótkich odstępów czasu zawartej w art. 6 § 2 k.k.s. Przepis ten w brzmieniu ustalonym ustawą z 7 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1479) stanowi, że „za krótki odstęp czasu uważa się okres do sześciu miesięcy" (w brzmieniu pierwotnym przepis ten operował pojęciem kilku miesięcy). Sąd Najwyższy w postanowieniu z 9 marca 2006 r., V KK 271/05, OSNKW 2006, nr 5, poz. 50, powołał się na brzmienie tego przepisu, stwierdzając, że „nawet kilkumiesięczne przedziały czasowe pomiędzy kolejnymi zachowaniami sprawcy czynu ciągłego mogą być w określonych okolicznościach traktowane jako «krótkie odstępy czasu» w rozumieniu art. 12 k.k." Uzasadniając swoje stanowisko, Sąd Najwyższy stwierdził, że co prawda art. 6 § 2 k.k.s. dotyczy przestępstw skierowanych przeciwko interesom finansowym Skarbu Państwa, jednak można go traktować jako wskazówkę ustawodawcy co do rozumienia określenia „krótkie odstępy czasu" użytego w innych ustawach, w tym w kodeksie karnym. Do tego poglądu krytycznie odniósł się A. Zoll w glosie do wskazanego postanowienia (OSP 2007, z. 1, poz. 1), podnosząc, że między konstrukcją czynu ciągłego zawartą w art. 6 § 2 k.k.s. a taką konstrukcją zawartą w art. 12 k.k. zachodzi istotna różnica. Kodeks karny skarbowy przewiduje możliwość łączenia w jeden czyn ciągły zachowań

podjętych przy wykorzystaniu powtarzającej się sposobności, którego nie przewiduje art. 12 k.k. Ponieważ przy interpretacji pojęcia krótkich odstępów czasu warunek powziętego z góry zamiaru ma zasadnicze znaczenie, brak jest możliwości korzystania z uregulowania art. 6 § 2 k.k.s. przy interpretacji art. 12 k.k. Z kolei M. Kulik jest skłonny akceptować pogląd Sądu Najwyższego, twierdząc, że krótkie odstępy czasu i z góry powzięty zamiar to niezależne przesłanki ciągłości czynu, które muszą co prawda wystąpić łącznie, jednak nie determinują nawzajem sposobu swej wykładni, a zatem warunek powziętego z góry zamiaru nie ma znaczenia dla sposobu wykładni pojęcia krótkich odstępów czasu (M. Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks…*, 2006, s. 41–42; podobnie M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), *Prawo…*, 2011, s. 345; S. Żółtek, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2010, s. 502).

6. Termin „wykonanie z góry powziętego zamiaru" odnosi się, jak się zdaje, do wypadków, gdy sprawca planuje lub chociażby obejmuje swoim zamiarem w ogólnych zarysach dwa zachowania lub więcej (por. też art. 9 § 1). W każdym razie nie będzie tu dopuszczalne przyjęcie tzw. zamiaru odnawialnego. Wykluczone jest (niestety) stosowanie instytucji przestępstwa ciągłego do przestępstw nieumyślnych. Przewidziane przez art. 12 kryterium podmiotowe określenia przestępstwa ciągłego słusznie jest krytykowane w doktrynie z punktu widzenia wymagań polityki kryminalnej (K. Daszkiewicz, *Przestępstwo ciągłe i ciąg przestępstw*, Prok. i Pr. 1997, nr 11, s. 8 i n.).

7. W kwestii wykładni terminu „wykonanie z góry powziętego zamiaru" por. wypowiedź Sądu Najwyższego zawartą w wyroku z 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, Prok. i Pr.-wkł. 1999, nr 10, poz. 2: „Zgodnie z brzmieniem art. 12 k.k. dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uznaje się za «jeden czyn zabroniony». Innymi słowy ustawodawca przesądził, że przy spełnieniu pewnych warunków wiele zachowań stanowi jednorazowe wypełnienie znamion jakiegoś typu czynu zabronionego. Art. 12 k.k. zawiera ustawowe określenie kryteriów tzw. czynu ciągłego. Zastosowanie art. 12 k.k. uzależnione jest z jednej strony od przesłanki podmiotowej (subiektywnej) w postaci «z góry powziętego zamiaru», z drugiej – od przesłanek przedmiotowych, takich jak «krótkie odstępy czasu» oraz tożsamość pokrzywdzonego, jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste.

Warunek podmiotowy w postaci «z góry powziętego zamiaru» należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem słowa «zamiar» nadanym mu przez art. 9 § 1 k.k. Zamieszczenie wśród kryteriów czynu ciągłego elementu należącego do strony podmiotowej, określanego jako «z góry powzięty zamiar» przesądza o tym, iż konstrukcja art. 12 k.k. znajdzie zastosowanie jedynie do zachowań objętych umyślnością, wykluczając możliwość nieumyślnego popełnienia czynu ciągłego.

Brzmienie art. 12 k.k. przesądza o tym, że czyn ciągły charakteryzuje się jednym zamiarem (tym samym, a nie takim samym) obejmującym wszystkie elementy składowe. Nie spełnia kryteriów czynu ciągłego przypadek, w którym poszczególne zacho-

wania sprawcy nie zostały objęte jednym, z góry powziętym zamiarem, takim samym w odniesieniu do każdego zachowania, lecz zostały dokonane z identycznym zamiarem, takim samym w odniesieniu do każdego zachowania, lecz nieistniejącym z góry, a pojawiającym się sukcesywnie przy podejmowaniu każdego kolejnego zachowania. Podobnie nie stanowi wypełnienia przesłanki podmiotowej, określonej w art. 12 k.k. sytuacja, gdy sprawca dopuszcza się kilku lub kilkunastu zachowań z odnawiającym się w odniesieniu do każdego z nich zamiarem".

8. Jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste, to tożsamość pokrzywdzonego jest stosunkowo precyzyjnym kryterium określenia przestępstwa ciągłego. Inna sprawa, czy to kryterium nie zostało ujęte zbyt szeroko. Rzecz bowiem w tym, że dobra osobiste są różnej rangi. Wchodzą tu w grę, przykładowo, zarówno życie ludzkie, jak i tajemnica korespondencji prywatnej (A. Wąsek, *Problemy z przestępstwem ciągłym*, w: H.J. Hirsch, P. Hofmański, E. Pływaczewski (red.), *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości. Niemiecko-polskie kolokwium prawa karnego, Białystok, Rajgród 12–17 września 1995*, Białystok 1997, s. 83).

9. Zastosowanie instytucji przestępstwa ciągłego jest możliwe, jeżeli przyjmie się warunek (niestety, art. 12 o tym nie stanowi), że poszczególne zachowania sprawcy stanowią zamach na to samo dobro prawne. Zasadniczo powinny one naruszać ten sam przepis ustawy karnej. Może być też tak, że jedno z nich wypełnia znamiona typu podstawowego, a inne typu uprzywilejowanego lub kwalifikowanego. Mogą tu wystąpić oczywiście różne formy stadialne lub zjawiskowe popełnienia czynu zabronionego (por. też M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn…*, s. 54–55).

10. W razie zastosowania art. 12 zsumowaniu podlegają wartości mienia będące przedmiotem zamachu poszczególnych zachowań sprawcy; to samo dotyczy zsumowania wyrządzonych szkód lub wartości korzyści majątkowych. Może to mieć znaczenie przy stosowaniu np. art. 181 § 1 i 2, art. 228 § 5, art. 278 § 3, art. 294 § 1 (P. Kardas, *Przestępstwo…*, s. 287 i n.).

11. Przyjęciu konstrukcji przestępstwa ciągłego z art. 12 nie może stać na przeszkodzie okoliczność, że poszczególne zachowania sprawcy wprawdzie wypełniają znamiona czynu zabronionego, ale jednostkowo nie są szkodliwe społecznie lub są szkodliwe społecznie w stopniu znikomym (art. 1 § 2). W skład przestępstwa ciągłego mogą też wchodzić zachowania, które – gdyby je jednostkowo oceniać – należałoby kwalifikować jako wykroczenia (por. art. 119 k.w.).

12. Przestępstwo ciągłe może podlegać kumulatywnej kwalifikacji prawnej (art. 11 § 2), np. gdy sprawca przy popełnieniu jednego z kilku oszustw posłużył się sfałszowanym dokumentem (art. 270 § 1 i art. 286 § 1).

13. Wyłączone jest stosowanie konstrukcji przestępstwa ciągłego w odniesieniu do tych przestępstw, których czasownikowe określenie strony przedmiotowej dopuszcza wie-

lokrotność działania sprawcy, np. art. 207 § 1, art. 208, 247 § 1 (wyrok SA w Krakowie z 19 grudnia 2002 r., II AKa 274/02, Prok. i Pr.-wkł. 2003, nr 9, poz. 17).

14. Czasem popełnienia przestępstwa ciągłego jest okres (odcinek czasu), który zaczyna się w chwili pierwszego działania (zaniechania) przestępnego, a kończy się w chwili zakończenia ostatniego działania (zaniechania) objętego ciągłością. Nie jest zatem ścisła wypowiedź na ten temat zawarta w *Uzasadnieniu projektu k.k.* (s. 124).

15. Jest oczywiste, że jeżeli w trakcie określonej działalności sprawcy wejdzie w życie ustawa karna, która wprowadza kryminalizację takiej działalności, to – zgodnie z art. 1 § 1 – sprawca może ponieść odpowiedzialność jedynie za kryminalizowane zachowania.

16. Przyjmuje się, że w wypadku zmiany ustawy karnej w trakcie popełniania czynu ciągłego miarodajny jest stan prawny obowiązujący na ostatnim etapie jego popełnienia (por. art. 4 § 1; P. Kardas, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 181 i n.; odmiennie, jak się wydaje nietrafnie, A. Michalska-Warias, *Niektóre problemy przestępstwa ciągłego i tzw. ciągu przestępstw w rozumieniu art. 12 k.k. i art. 91 k.k.*, Ann. UMCS 2000, t. XLVII, s. 212).

17. Bieg przedawnienia karalności (art. 101) przestępstwa ciągłego rozpoczyna się od daty zakończenia ostatniego zachowania się sprawcy (por. art. 101 § 3) wchodzącego w skład przestępstwa ciągłego (P. Kardas, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 186).

18. Należy wykluczyć stosowanie amnestii, jeżeli całe przestępstwo ciągłe nie zostało popełnione przed datą określoną w akcie amnestyjnym.

19. W kwestii zbiegu przesłanek instytucji przestępstwa ciągłego (art. 12) i ciągu przestępstw (art. 91) – zob. też L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 152.

20. Należy zauważyć, że art. 12 formułuje zbyt mało kryteriów pozwalających na odgraniczenie unormowanej w nim instytucji przestępstwa ciągłego od instytucji ciągu przestępstw z art. 91, a te kryteria, które formułuje, są w przeważającej mierze bardzo nieprecyzyjne. W ogóle można mieć poważne zastrzeżenia natury dogmatyczno-karnej i kryminalno-politycznej do unormowania problematyki przestępstwa ciągłego przez kodeks (A. Wąsek, *Problemy…*, s. 82 i n.; K. Daszkiewicz, *Przestępstwo…*, s. 7 i n.).

21. Krytycznego odniesienia się wymaga wyrok SA w Lublinie z 26 kwietnia 2000 r., II AKa 173/99, Prok. i Pr.-wkł. 2000, nr 10, poz. 24, w którego uzasadnieniu czytamy: „Z materiału dowodowego zebranego w sprawie jednoznacznie wynika, iż oskarżeni działali w wykonaniu z góry powziętego zamiaru zaboru mienia należącego do rodziny O. Na czyn ich złożyło się kilka zachowań podjętych w krótkich odstępach czasu, przy czym pierwszą czynnością było sterroryzowanie pistoletem i związanie – zatrudnionego w charakterze stróża bazy transportowej – Jana O., u którego nie spowodowali żadnych obrażeń i na którego szkodę nic nie zabrali. Następnie udali się do domu

Wojciecha O., gdzie dokonali zbrodni rozboju na nim i członkach jego rodziny, po czym z kasy zabrali pieniądze i radioodtwarzacz samochodowy również stanowiący własność Wojciecha O. W tych warunkach działanie ich stanowiło jeden czyn ciągły".

W tym stanie faktycznym zastosowanie konstrukcji czynu ciągłego wyłączone jest z dwóch powodów:

1) zamachy na Jana O. i Wojciecha O. miały niejednorodny charakter karnoprawny, tzn. realizowały znamiona zasadniczo odmiennych typów czynów zabronionych;
2) przedmiotem tych zamachów były dobra osobiste dwóch pokrzywdzonych.

W uchwale z 29 października 2002 r., I KZP 30/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 89, Sąd Najwyższy rozstrzygnął ważną kwestię stosowania art. 60 § 3 do sprawców przestępstwa ciągłego w sposób następujący: „Warunek współdziałania z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa jest spełniony wówczas, gdy sprawca ten popełnił z innymi osobami całe przestępstwo ciągłe, to jest, gdy każde zachowanie sprawcy, stanowiące fragment przestępstwa ciągłego, odpowiada temu wymogowi".

W rozumieniu normy art. 12 k.k. w nawiązaniu do art. 23 k.c., określającego pojęcie dobra osobistego w prawie cywilnym, dobro o takim charakterze nie jest przedmiotem ochrony przestępstwa określonego w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii z 24 czerwca 1997 r., gdyż celem tej ustawy jest zapobieganie zjawisku narkomanii przez ustalenie sfery prohibicji w zakresie produkcji i obrotu środkami odurzającymi (wyrok SA w Katowicach z 12 lutego 2004 r., II AKa 15/04, LEX nr 144405).

22. Prawomocne skazanie za czyn ciągły stoi na przeszkodzie postępowaniu o ujawnione później zachowania, będące jego elementami, które nie były przedmiotem wcześniejszego postępowania. Całość czynu zostaje bowiem objęta regułą *ne bis in idem* (tak SN w uchwale z 21 listopada 2001 r., I KZP 29/01, OSNKW 2002, nr 1, poz. 2; P. Kardas, w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2007, s. 190 i n.; A. Marek, *Kodeks…*, 2005, s. 143; M. Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks…*, 2006, s. 44).

ROZDZIAŁ II
Formy popełnienia przestępstwa

Literatura: Banasik K., *Polska koncepcja podżegania i pomocnictwa*, w: Z. Ćwiąkalski, G. Artymiak (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, Warszawa 2009; Bielski M., *Glosa do postanowienia SN z 29 kwietnia 2009 r., I KZP 6/09*, PS 2010, nr 5; Bielski M., *Sprawstwo zleceniodawcze w projekcie nowelizacji kodeksu karnego*, Prok. i Pr. 2006, nr 10; Bryła M., *Sprawstwo a formy stadialne popełnienia przestępstwa*, Prok. i Pr. 2002, nr 2; Bryła M., *Sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające*, Prok. i Pr. 2000, nr 1; Buchała K., *W sprawie tzw. sprawstwa pośredniego i pokrewnych form sprawstwa*, PS 1994, nr 3; Buchała K., Kubicki L., *Sprawstwo pośrednie w polskiej nauce prawa karnego i orzecznictwie sądowym*, St. Praw. 1988, nr 1–2; Cieślak W., *„Kierowanie wykonaniem czynu zabronionego" jako istota sprawstwa kierowniczego*, PiP 1992, z. 7; Cieślak W., *O niektórych rozwiązaniach w projekcie kodeksu karnego*, Prok. i Pr. 1996, nr 6; Dąbkiewicz K., *Konstrukcja sprawstwa pośredniego (spór J. Makarewicza i S. Glasera)*, PiP 2011, z. 3; Dębski R., *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1997 r.*, St. Pr.-Ek. 1998, nr 58; Dębski R., *Współdziałanie przy przestępstwie indywidualnym w ujęciu nowego kodeksu karnego*, PiP 2002, z. 6; Filar M., *Postacie zjawiskowe przestępstwa w projektach nowego polskiego kodeksu karnego lat 1980–1990*, PPK 1992, nr 6; Gabriel-Węglowski M., *Glosa do wyroku SN z 28 listopada 2006 r., III KK 156/06*, Prok. i Pr. 2008, nr 5; Gensikowski P., *Glosa do postanowienia SN z 29 kwietnia 2009 r., I KZP 6/09*, OSP 2010, z. 1; Giezek J., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, Ann. UMCS 2013, t. LX; Górowski W., *Charakter prawny aberratio ictus*, PiP 2006, z. 11; Janiszowski-Downarowicz R., *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr. 2009, nr 3; Jędrzejewski Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000; Jędrzejewski Z., *Granice karalności usiłowania nieudolnego*, WPP 2007, nr 2; Jędrzejewski Z., *Usiłowanie udolne i nieudolne w świetle nauki i orzecznictwa*, EP 1994, nr 4; Jędrzejewski Z., *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym. Przyczynek do nauki o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru*, PiP 2003, z. 8; Kaczmarek T., *Z problematyki współsprawstwa sukcesywnego*, PiP 1988, z. 9; Kardas P., *Sprawstwo i współdziałanie w popełnieniu czynu zabronionego*, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013; Kardas P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001; Klepner M., *Sprawstwo polecające*, Prok. i Pr. 2002, nr 1; Kornacki B., *Regulacja kodeksowa zjawiskowych form przestępstwa w ocenie prokuratorów i sędziów (analiza wyników badań pilotażowych)*, „Prokurator" 2010, nr 3; Kulesza J., *Kwalifikacja prawna nieprzeszkodzenia przestępstwu*, PS 2009, nr 11–12; Kulik M., *Formy zjawiskowe popełnienia przestępstwa w polskim prawie karnym*, Ann. UMCS 2013, t. LX; Kunze E., *Przygotowanie a usiłowanie (próba rozgraniczenia tych pojęć)*, WPP 1990, nr 3; Kunze E., *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1991; Kwiatkowski M., *Rozgraniczenie usiłowania i dokonania kradzieży w orzecznictwie SN*, WPP 1989, nr 1; Liszewska A., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego*, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013; Liszewska A., *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004; Liszewska A., *Z problematyki kodeksowej regulacji współdziałania przestępnego*, PiP 2013, z. 7; Majewski J. (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007; Marciniak M., *Organizator przestępstwa w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr. 2004, nr 9; Mącior W., *Formy popełnienia przestępstwa w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.*, PiP 1996, z. 7; Nowosad A., *Usiłowanie występku udziału w bójce i pobiciu jako przestępstwo narażenia na niebezpieczeństwo*, PS 2008, nr 3; Petasz P., *Glosa do wyroku SN z 5 stycznia 2007 r., WK 28/06*, GSP-Prz. Orz. 2008, nr 1; Pohl Ł., *Istota pomocnictwa w kodeksie karnym z 6.VI.1997 r.*, RPEiS 2000, z. 2; Pohl Ł., *Pomocnictwo a inne zjawiskowe formy czynu zabronionego (kryteria różnicujące)*, Prok. i Pr. 2001, nr 6; Pohl Ł., *Właściwe podżeganie do przestępstwa nieumyślnego (zagadnienia sporne)*, PiP 2004, z. 11; Pohl Ł., *Zawartość normatywna przepisu art. 18 § 1 k.k.*, Prok. i Pr. 2006, nr 2; Preibisz A.N., *Odgraniczenie sprawstwa kierowniczego od współdziałania prze-*

stępczego, Prok. i Pr. 2003, nr 1; Pusz R., *Podżeganie i pomocnictwo do przestępstw nieumyślnych (próba nowej koncepcji)*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005; Raglewski J., *Dobrowolne odstąpienie od czynu jako przesłanka instytucji czynnego żalu*, Prok. i Pr. 1997, nr 3; Rejman G., *Usiłowanie przestępstwa w prawie polskim. Problem „bezpośredniości"*, Warszawa 1965; Sieracki W., *Istota sprawstwa kierowniczego (art. 16 k.k.) w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego i wypowiedzi doktrynalnych*, WPP 1993, nr 3–4; Sitarz O., *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym*, Katowice 2015; Spotowski A., *Sprawstwo kierownicze*, St. Praw. 1988, nr 1–2; Spotowski A., *Zbieg form zjawiskowych przestępstwa*, NP 1989, nr 1; Stefański R.A., *Dobrowolne odstąpienie od usiłowania*, Prok. i Pr. 1996, nr 4; Stefański R.A., *Odpowiedzialność karna za prowokację*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012; Stomma S., *Współdziałanie przed dokonaniem przestępstwa*, Warszawa 1975; Szczepaniec M., *Sprawstwo polecające a sprawstwo kierownicze – problemy z rozgraniczeniem*, Pal. 2007, nr 11–12; Szczepański M., *Strona podmiotowa prowokacji*, Prok. i Pr. 2011, nr 9; Szymczyk J., *Współdziałanie przy przestępstwach indywidualnych*, Prok. i Pr. 2003, nr 7–8; Tyszkiewicz L., *Czy nowelizacja przepisów o podżeganiu i pomocnictwie jest potrzebna?*, PiP 2013, z. 11; Tyszkiewicz L., *Glosa do wyroku TK z 17 lipca 2014 r., SK 35/12*, Prok. i Pr. 2015, nr 7–8; Tyszkiewicz L., *Istota współsprawstwa na tle kodeksu karnego*, Prob. PK 1977, nr 3; Tyszkiewicz L., *O właściwe rozwiązanie teoretyczne i dogmatyczne sporu o skutkowe czy bezskutkowe podżeganie i pomocnictwo*, w: A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011; Tyszkiewicz L., *Problemy współdziałania przestępnego „de lege ferenda"*, Pal. 1990, nr 1; Tyszkiewicz L., *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane w polskim prawie karnym*, Poznań 1964; Wąsek A., *Formy popełnienia przestępstwa w Kodeksie karnym z 1997 r.*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, z. 9, Warszawa 1998; Wąsek A., *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973; Wąsek A., *Przypisanie przestępstwa i współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym*, w: T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz w niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990; Wąsek A., *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977; Wyrembak J., *Solidarne zobowiązanie współsprawców przestępstwa do naprawienia szkody na podstawie art. 46 § 1 k.k.*, PS 2006, nr 11–12; Zalewski W., *Glosa do postanowienia SN z 29 kwietnia 2009 r., I KZP 6/09*, GSP-Prz. Orz. 2010, nr 1; Zalewski W., *Glosa do uchwały SN z 29 czerwca 2006 r., WK 8/06*, GSP-Prz. Orz. 2007, nr 3; Zoll A., *Odpowiedzialność za przygotowanie lub usiłowanie przestępstwa w przypadku współdziałania wielu osób*, w: Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994; Zoll A., *Ogólne zasady odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1990, z. 10; Zoll A., *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1995, z. 6; Zoll A., *Polecenie służbowe jako element kształtujący odpowiedzialność karną*, Pal. 1986, nr 4; Zoll A., *Sprawstwo bez wykonania czynu zabronionego*, RPEiS 2009, z. 2; Żbikowska M., *Pokrzywdzony w formach stadialnych przestępstwa*, Prok. i Pr. 2014, nr 5; Żbikowska M., *Pokrzywdzony w formach zjawiskowych przestępstwa*, Prok. i Pr. 2014, nr 6; Żyluk M., *Zamiar a odpowiedzialność współdziałających*, Prok. i Pr. 2010, nr 7–8.

Uwagi wstępne

1. W rozdziale II uregulowano formy popełnienia przestępstwa, przez które należy rozumieć pewne warianty przestępstw opisanych w części szczególnej jako tzw. przestępstwa rodzajowe. Przestępstwa rodzajowe w części szczególnej zostały ujęte w niewymagających osobnego unormowania formach dokonania i sprawstwa.

W celu kryminalizacji postaci przestępstw pojawiających się w związku ze stadiami realizacji przestępstwa oraz w związku ze współdziałaniem przestępnym okazało się konieczne odpowiednie wzbogacenie form popełnienia przestępstwa. Zostały one uregulowane w części ogólnej kodeksu karnego, w rozdziale II. Określono je tam ogólnie i dlatego mają charakter niesamoistny, co oznacza, że w praktyce, tzn. w kwalifikowaniu konkretnych czynów przestępnych, muszą zawsze wystąpić z przestępstwem rodzajowym.

2. Obecny kodeks karny wprowadził pewne zmiany w formach popełnienia przestępstwa dotyczących współdziałania przestępnego: lepiej określił współsprawstwo i pomocnictwo, przewidział nowe sprawstwo poleceniowe, bardziej konsekwentnie uregulował odpowiedzialność za współdziałanie przy przestępstwach indywidualnych, inaczej ujął problematykę czynnego żalu.

3. Formami popełnienia przestępstwa, jeśli chodzi o stadia jego realizacji, są: usiłowanie i przygotowanie, natomiast w wypadku współdziałania przestępnego: współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo poleceniowe, podżeganie i pomocnictwo oraz prowokacja.

Art. 13. [Usiłowanie. Udolność i nieudolność]

§ 1. Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje.
§ 2. Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego.

1. Usiłowanie zajmuje trzecią pozycję w „drodze" przestępstwa, która składa się z czterech etapów:
1) powzięcia zamiaru (niekaranego nigdy, w myśl zasady *cogitationis poenam nemo patitur*);
2) czynności przygotowawczych (karanych wyjątkowo);
3) usiłowania (z reguły karanego);
4) dokonania (zawsze karanego).

2. Strona podmiotowa usiłowania polega na umyślności, która najczęściej przybiera postać zamiaru bezpośredniego, ale nie jest też wykluczony zamiar ewentualny. Zamiar odgrywa w wypadku usiłowania szczególną rolę, gdyż decyduje o zakresie odpowiedzialności sprawcy, który z natury rzeczy tego zamiaru nie realizuje bądź wcale, bądź w pełni.

3. W art. 13 § 1 jest mowa o zamiarze „popełnienia" czynu zabronionego. Ponieważ to słowo obejmuje zarówno dokonanie, jak i usiłowanie, powstaje pytanie, czy może wchodzić w grę zamiar usiłowania przestępstwa. Ta wątpliwość nie jest pozbawiona praktycznych podstaw, ponieważ znane są przypadki bezdomnych, którzy – aby spędzić okres zimowy w zakładzie karnym – popełniają przestępstwo w taki sposób, by być złapanym na gorącym uczynku. W związku z tym należy stwierdzić, że usiłowanie wymaga zamiaru dokonania przestępstwa, w wypadku zaś zamiaru usiłowania mamy do czynienia z przestępstwem pozornym, które nie podlega karze, są bowiem w nie wkalkulowane czynności określone w art. 15 § 1.

4. Użycie przez ustawodawcę słowa „zachowanie" wskazuje, że usiłowanie może polegać nie tylko na działaniu, lecz także na zaniechaniu, np. matka może dążyć do spowodowania śmierci swojego dziecka przez niepodawanie mu pożywienia, nieleczenie, brak troski o zapewnienie mu ciepła. Oczywiście w tych wypadkach należy pamiętać o art. 2. Warto dodać, że możliwe jest usiłowanie przestępstw bezskutkowych z zaniechania, ale w tym wypadku usiłowanie nie może polegać na zaniechaniu, lecz na podjęciu działań uniemożliwiających wykonanie w terminie istniejącego obowiązku, jeżeli później wykonanie obowiązku stanie się niemożliwe z przyczyn od sprawcy niezależnych, np. osoba zobowiązana do zgłoszenia się do służby wojskowej (art. 144 § 1) zostaje zatrzymana przez policję w takim miejscu i czasie, że wykonanie obowiązku zgłoszenia nawet bez zatrzymania byłoby niemożliwe.

5. Zachowanie sprawcy musi bezpośrednio zmierzać do dokonania. Znamię bezpośredniości odróżnia usiłowanie od czynności przygotowawczych, które nie zmierzają jeszcze bezpośrednio do dokonania przestępstwa. Polskie prawo karne, w tym także kodeks karny, nie wymaga, aby usiłowanie było „początkiem wykonania", co oznacza początek realizacji znamion przestępstwa rodzajowego. Wystarczy, że sprawca wykonał pewne czynności, które bezpośrednio zmierzały do dokonania, choćby nie było to jeszcze realizowanie znamion czynu zabronionego przewidzianego w części szczególnej. Do usiłowania zabójstwa nie jest więc konieczne, aby sprawca strzelał do ofiary (wystarczy, jeżeli z nabitą bronią czeka na nią w zasadzce), a do usiłowania kradzieży nie jest potrzebne, aby sprawca próbował wynieść przedmioty z cudzego mieszkania. Wystarczy, że w celu dokonania kradzieży znalazł się w tym mieszkaniu, np. wszedł przez otwarte okno, co nie stanowi usiłowania kradzieży z włamaniem, gdyż w tym ostatnim wypadku wejście do mieszkania po sforsowaniu zamka czy wybiciu szyby byłoby już początkiem wykonania znamion przestępstwa rodzajowego i tym samym bardziej zaawansowaną postacią usiłowania.

Warto przytoczyć indywidualne rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego z ostatnich lat dotyczące rozgraniczenia przygotowania i usiłowania. Uznał on zatem za usiłowanie przestępstwa z art. 338 k.k., a nie przygotowanie – podążanie żołnierza w kierunku bramy wyjściowej w zamiarze samowolnego opuszczenia jednostki wojskowej (wyrok z 29 czerwca 2006 r., WK 8/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 104); nabycie środków odurzających i substancji psychotropowych, a następnie ich przystosowanie do udzielenia innej osobie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – według Sądu Najwyższego – nie przekracza jeszcze ram czynności przygotowawczych do przestępstwa z art. 59 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 224 ze zm.) i tym samym nie jest działaniem zmierzającym bezpośrednio do urzeczywistnienia tego zamiaru (wyrok z 5 grudnia 2006 r., III KK 273/06, OSNKW 2007, nr 1, poz. 8); jeżeli żołnierzowi wracającemu z przepustki jedynie zatrzymanie go – nawet jeszcze przed wejściem na teren jednostki wojskowej – uniemożliwiło dostarczenie innemu żołnierzowi w miejscu pełnienia służby nabytego na jego prośbę narkotyku, zachodzi usiłowanie dokonania przestępstwa z art. 58 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a nie przygotowanie do niego (wyrok z 5 stycznia 2007 r., WK 28/06,

OSNKW 2007, nr 3, poz. 26); nie jako przygotowanie, tylko jako usiłowanie wymuszenia haraczu od właściciela dyskoteki oraz pobicia szefa ochroniarzy Sąd Najwyższy potraktował przyjazd samochodem pod lokal 23 oskarżonych mających niebezpieczne narzędzia, którzy przed zatrzymaniem przez policję zdążyli wysłać dwóch spośród nich do dyskoteki w celu ustalenia, gdzie jest kierownik ochrony i jak jest ubrany (postanowienie z 23 maja 2007 r., V KK 265/06, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 58). Sąd Apelacyjny w Szczecinie uznał za usiłowanie, i to „zwykłe", a nie za przygotowanie, dwukrotne udanie się oskarżonych pod stację benzynową z bronią w celu dokonania rozboju, które było możliwe, gdyż na stacji były pieniądze i byli pracownicy (wyrok z 15 kwietnia 2013 r., II AKa 36/13, Prok. i Pr.-wkł. 2014, nr 1, poz. 28).

6. Odpowiedzialność karna za usiłowanie zasadniczo ma miejsce wtedy, gdy nie ma dokonania. Dokonanie pochłania na zasadzie czynu współukaralnego wcześniejsze usiłowanie, i to zarówno wtedy, gdy bezpośrednio poprzedza dokonanie, jak i wtedy, gdy między usiłowaniem a późniejszym dokonaniem upłynął pewien czas. Oczywiście, warunkiem niezbędnym jest to, aby zachodziła tożsamość zamiaru. Nie jest potrzebne sięganie do zasady wyrażonej w art. 12.

7. Jeżeli sprawca jednym czynem zrealizował tylko część swojego zamiaru, to – jeżeli część zrealizowana i część niezrealizowana mają z punktu widzenia treści zamiaru istotne znaczenie – możliwa jest kumulatywna kwalifikacja czynu – zarówno jako dokonania, jak i usiłowania dokonania danego czynu zabronionego. Jeśli więc sprawca zamierzał dokonać w wyniku włamania kradzieży dwóch cennych obrazów, ale udało mu się zabrać tylko jeden, a drugiego nie zdołał zapakować, gdyż w pewnym momencie został spłoszony i musiał uciekać, jego czyn trzeba zakwalifikować jednocześnie jako dokonanie i jako usiłowanie kradzieży z włamaniem. Takie rozwiązanie podyktowane jest troską o maksymalnie adekwatne do rzeczywistości prawne kwalifikowanie zachowań sprawców czynów zabronionych.

8. Pomijając wypadki zbiegu przepisów ustawy, takie jak podany w poprzedniej uwadze, czy zbiegu usiłowania zabójstwa ze spowodowaniem ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, trzeba stwierdzić, że usiłowanie występuje wtedy, gdy nie ma dokonania. Ta zasada, wyeksponowana już w uwadze 6, wymaga precyzyjnego ustalenia momentu dokonania przestępstwa. Niektóre przestępstwa budzą pod tym względem wątpliwości (np. kradzież). Trzeba przypomnieć, że z czterech poglądów dotyczących chwili dokonania kradzieży, a mianowicie: koncepcji dotknięcia, zawładnięcia, wyniesienia ze sfery bytowej ofiary i wniesienia w sferę bytową sprawcy, w Polsce przyjmuje się – jak wiadomo – koncepcję zawładnięcia. Ale i ona może budzić wątpliwości co do istoty zawładnięcia. Zawładnięcie oznacza zadysponowanie rzeczą przez umieszczenie jej w miejscu, którym włada sprawca. Będzie to schowanie rzeczy w kieszeni lub innej części garderoby, w teczce, biurku, szafce w zakładzie pracy i tym podobnych miejscach. Nie będzie natomiast zawładnięcia, a więc i dokonania, gdy sprawcy włamania do hurtowni wynieśli towar z magazynu na podwórze i zostali spłoszeni, gdy miał rozpocząć się załadunek na samochód ciężarowy. Gdyby doszło do załadowania,

mielibyśmy już do czynienia z zawładnięciem w powyższym rozumieniu i dokonaniem przestępstwa. Ponieważ tak nie było, sprawcy odpowiadają tylko za usiłowanie.

9. Jest rzeczą sporną w doktrynie, czy usiłowanie nieudolne powinno być karane. Osoby upatrujące uzasadnienia karalności usiłowania w złym zamiarze sprawcy, którego nie udało mu się zrealizować, opowiadały się za karalnością usiłowania nieudolnego. Natomiast ci, którzy kładli nacisk na zagrożenie dobra prawnego, byli przeciwnego zdania, ponieważ przy usiłowaniu nieudolnym zagrożenia dobra prawnego nie było. Tę różnicę zdań między zwolennikami teorii subiektywnej i obiektywnej polski ustawodawca rozstrzygnął na korzyść karalności usiłowania nieudolnego i dlatego w art. 13 § 2 mamy zwrot „usiłowanie zachodzi także wtedy".

Usiłowanie nieudolne jest przestępstwem tylko wówczas, gdy brak możliwości dokonania czynu zabronionego – stanowiący istotę usiłowania nieudolnego – jest spowodowany brakiem przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego lub użyciem środka nienadającego się do dokonania takiego czynu. Usiłowanie nieudolne nie jest przestępstwem, gdy niemożność dokonania czynu zabronionego została spowodowana brakiem podmiotu o właściwościach wymaganych przez dyspozycję przepisu karnego. Jeśli więc osoba odbywająca praktykę w instytucji państwowej przyjmie korzyść majątkową w przekonaniu, że dopuszcza się łapownictwa, to nie będzie odpowiadać karnie, gdyż takiej postaci usiłowania nieudolnego nasze prawo karne nie zna.

10. Usiłowaniu nieudolnemu towarzyszy z reguły błąd, gdyż sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe. Błąd w postaci urojenia przedmiotu lub efektywności użytego środka nie uchyla karalności, ponieważ towarzyszy zamiarowi dokonania przestępstwa, przy czym nie ma żadnego znaczenia, czy sprawca mógł błędu uniknąć, czy też nie.

Sąd Najwyższy w wyroku z 11 września 2002 r., V KKN 9/01, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 102, uznał za usiłowanie nieudolne próbę pobrania pieniędzy z bankomatu za pomocą ukradzionej karty bankomatowej, co okazało się niemożliwe, gdyż sprawca nie znał właściwego kodu. Choć uzasadnienie wyroku nie zawiera w tym zakresie informacji, sprawca mógł mieć świadomość, że użyty przez niego środek może okazać się nieskuteczny. Wynika stąd, że sprawca usiłowania nieudolnego nie musi być przekonany o efektywności stosowanego narzędzia. Podejmuje próby, licząc na ich powodzenie.

11. Jeżeli użyto środka zasadniczo nadającego się do wywołania zamierzonego skutku, ale w ilości niewystarczającej, należy mimo to przyjąć usiłowanie nieudolne, ponieważ w art. 13 § 2 jest mowa o użytym przez sprawcę w danym wypadku środku, a jego naturę określa zarówno jakość, jak i ilość. Użycie trucizny w dawce niższej niż śmiertelna oznacza posłużenie się środkiem, który nie nadaje się do wywołania zamierzonego przez sprawcę skutku w postaci śmierci ofiary.

12. Przy przestępstwach złożonych, w których występują dwa dobra prawne, brak jednego z nich powoduje niemożność ich dokonania, a więc można tu mieć do czynienia z usiłowaniem nieudolnym, choćby nawet szkoda powstała. Dotyczy to rozbojów, podczas których ofiara została poturbowana, ale do zaboru mienia nie doszło, gdyż pokrzywdzony nie miał przy sobie tego, co sprawca chciał mu zabrać. Według kodeksu karnego takie działanie należy zakwalifikować jako usiłowanie nieudolne, choć z punktu widzenia polityki kryminalnej nie jest to słuszne.

Art. 14. [Wymiar kary za usiłowanie]

§ 1. Sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa.
§ 2. W wypadku określonym w art. 13 § 2 sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

1. Pod względem ustawowego wymiaru kary usiłowanie zostało zrównane z dokonaniem, choć w praktyce sędziowski wymiar kary za usiłowanie jest z reguły niższy niż za dokonanie.

2. Usiłowanie nieudolne zostało potraktowane łagodniej, co jest krokiem w kierunku poglądów teorii obiektywnej, a także wypływa ze znajomości realiów naszej przestępczości – mogą bowiem pojawić się wypadki stosowania środków absolutnie nieskutecznych, w których efektywność sprawca wierzył jedynie z powodu zabobonu lub ciemnoty, choć dziś takie wypadki są na tyle rzadkie, że ustawodawca nie uznał za stosowne zapewnienia im bezkarności osobnym przepisem, jak czynił to kodeks karny z 1932 r.

Art. 15. [Bezkarność usiłowania. Czynny żal]

§ 1. Nie podlega karze za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego.
§ 2. Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego.

1. Zachowanie sprawcy usiłowania określone w art. 15 § 1 wyłącza karalność usiłowania, lecz nie odbiera mu przestępnego charakteru. Zachowanie to polega na dobrowolnym odstąpieniu od dokonania bądź na dobrowolnym zapobieżeniu skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Pierwszy wypadek dotyczy usiłowań niezakończonych, w których sprawca nie wykonał wszystkich czynności niezbędnych do osiągnięcia dokonania i dobrowolnie rezygnuje z dalszego działania (zaniechania). Drugi, zwany czynnym żalem, odnosi się do usiłowań zakończonych, w których sprawca zakończył swoje przedsięwzięcie i jedynie oczekuje nastąpienia skutku, dobrowolnie jednak porzuca zamiar jego spowodowania i zapobiega mu np. przez ostrzeżenie ofiary.

2. W obu wypadkach konieczna jest dobrowolność, tzn. sprawca musi mieć świadomość, że dokonanie jest możliwe, ale nie chce już dokonania czynu. Poza tym obojętne są motywy, którymi kierował się, odstępując od dokonania. Nie będzie dobrowolnym odstąpieniem rezygnacja z dokonania czynu pod wpływem okoliczności zewnętrznych lub działania innych osób (np. jeżeli sprawca odstąpił od dokonania ze względu na spłoszenie go przez policję patrolującą miejsce, w którym podjęto działania przestępne, albo w następstwie zdecydowanego oporu ofiary przy usiłowaniu gwałtu). Natomiast będzie dobrowolnym odstąpieniem zaniechanie dalszej działalności przestępnej, gdy sprawca, mając świadomość możliwości dokonania przestępstwa bez natychmiastowego ujawnienia jego czynu, uczyni to ze względu na generalną obawę przed odpowiedzialnością karną.

3. W wypadku zbiegu usiłowania z dokonaniem innego przestępstwa, np. zbiegu usiłowania dokonania zabójstwa ze spowodowaniem uszkodzenia ciała, jeżeli miało miejsce odstąpienie od działania lub czynny żal, zniesiona jest jedynie karalność usiłowania, natomiast odpowiedzialność za dokonanie uszkodzenia ciała odbywa się na zasadach zwykłych.

4. Zapobieżenie skutkowi należącemu do znamion przestępstwa wymaga związku przyczynowego między zapobiegawczym zachowaniem sprawcy usiłowania a uchyleniem skutku. Jeżeli to zachowanie zbiegło się z działaniami innych osób i wspólnie osiągnięto pożądany efekt, wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść sprawcy usiłowania.

5. Jeżeli czynny żal okazał się bezskuteczny, sprawca, w tym wypadku już nie usiłowania, lecz dokonania, który zrobił wszystko, by zapobiec skutkowi, może liczyć jedynie na nadzwyczajne złagodzenie kary, które jest tylko fakultatywne.

Art. 16. [Przygotowanie. Odpowiedzialność za przygotowanie]

§ 1. Przygotowanie zachodzi tylko wtedy, gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego podejmuje czynności mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania, w szczególności w tymże celu wchodzi w porozumienie z inną osobą, uzyskuje lub przysposabia środki, zbiera informacje lub sporządza plan działania.
§ 2. Przygotowanie jest karalne tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi.

1. Artykuł 16 § 1 zawiera określenie znamion przygotowania, które stanowi drugi etap przestępstwa ulokowany między powzięciem zamiaru a usiłowaniem. Przygotowanie z punktu widzenia techniki legislacyjnej nie zostało ujęte, ściśle biorąc, jako postać zjawiskowa, lecz jako wyodrębnione przestępstwo rodzajowe wyraźnie zaznaczone w części szczególnej z podaną sankcją. Jednakże w części szczególnej ograniczono się do ogólnego zwrotu „czyni przygotowania", bliżej opisując to zachowanie w części ogólnej. Kwalifikacja prawna przygotowania składa się więc z art. 16 § 1 oraz odpowiedniego przepisu części szczególnej przewidującego karalność przygotowania, a nie

przepisu przewidującego przestępstwo, do którego dokonania sprawca przygotował się, jak to jest przy typowej postaci zjawiskowej. Oczywiście przepis części szczególnej przewidujący karalne czynności przygotowawcze wskazuje, do jakiego przestępstwa czyniono przygotowanie.

2. Przygotowanie jest przestępstwem kierunkowym, ponieważ jego strona podmiotowa polega na działaniu w celu popełnienia czynu zabronionego. Wynika stąd, że nie występuje tu zamiar ewentualny, a jedynie zamiar bezpośredni.

3. Strona przedmiotowa przygotowania została ujęta ogólnie jako podjęcie czynności mających stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego. Z tego sformułowania wynika, że przygotowanie nie zmierza bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego i tym elementem różni się od usiłowania. Wynika z niego też, że przygotowanie nie może przybrać postaci zaniechania.

4. Ustawodawca wymienia pewne typy czynności przygotowawczych, choć niewyczerpująco.

Na pierwszym miejscu wskazuje personalną postać przygotowania, którą jest wchodzenie w porozumienie z inną osobą. Należy przyjąć, że czynność przygotowawcza w tej formie jest zrealizowana dopiero wtedy, gdy dojdzie do definitywnego porozumienia, nie są zaś karalnym wypadkiem przygotowania negocjacje poprzedzające uzgodnienie wspólnego przedsięwzięcia (zob. E. Kunze, *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1991, s. 56).

Do postaci rzeczowych przygotowania ustawodawca zalicza: uzyskiwanie lub przysposabianie środków, zbieranie informacji i sporządzanie planu działania.

5. Kryminalizacja przygotowania następuje tylko wyjątkowo, a mianowicie wtedy, gdy zagrożenie karą takiego czynu zostało wyraźnie przewidziane w części szczególnej (art. 16 § 2).

6. Jeżeli chodzi o relację przygotowania do innych postaci stadialnych dotyczących drogi przestępstwa, to trzeba stwierdzić, że nie ma usiłowania czynności przygotowawczych. Z kolei usiłowanie i dokonanie pochłaniają przygotowanie jako czyn współukarany, pod warunkiem że chodzi o realizację tego samego zamiaru. Jeżeli zamiar towarzyszący przygotowaniu obejmuje szerszy zakres działalności przestępnej niż późniejsze usiłowanie czy dokonanie, pochłonięcie nie następuje, a mamy do czynienia z realnym zbiegiem przestępstw bądź ze zbiegiem przepisów ustawy i kwalifikacją prawną kumulatywną, co zależy od interpretacji art. 12 i 91.

7. Granica między przygotowaniem a usiłowaniem została omówiona w uwadze 5 do art. 13.

Art. 17. [Bezkarność dobrowolnego odstąpienia od przygotowania]

§ 1. Nie podlega karze za przygotowanie, kto dobrowolnie od niego odstąpił, w szczególności zniszczył przygotowane środki lub zapobiegł skorzystaniu z nich w przyszłości; w razie wejścia w porozumienie z inną osobą w celu popełnienia czynu zabronionego, nie podlega karze ten, kto nadto podjął istotne starania zmierzające do zapobieżenia dokonaniu.
§ 2. Nie podlega karze za przygotowanie osoba, do której stosuje się art. 15 § 1.

1. Dobrowolne odstąpienie od działania uchyla karalność przygotowania, nie znosi jednak przestępności czynu. Refleksje dotyczące dobrowolności zawarte w uwadze 2 do art. 15 są tutaj aktualne.

2. Jeśli chodzi o przygotowane środki, to odstąpienie od działania w celu dokonania czynu zabronionego musi wyrazić się konkretnie w ich zniszczeniu bądź takim postąpieniu z nimi, aby nie można było ich wykorzystać do dokonania przestępstwa w przyszłości.

W wypadku wejścia w porozumienie z inną osobą nie wystarcza samo wycofanie się z porozumienia. Konieczne jest podjęcie istotnych starań, by do objętego porozumieniem czynu zabronionego nie doszło.

3. W art. 17 § 2 przyjęto rozwiązanie, że odstąpienie od usiłowania i czynny żal skutkujące uchyleniem karalności za usiłowanie obejmują też uchylenie karalności wcześniejszego przygotowania, jeżeli – oczywiście – jest ono uznane za czyn zabroniony pod groźbą kary.

Art. 18. [Formy zjawiskowe czynu karalnego]

§ 1. Odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, ale także ten, kto kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę lub wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu.
§ 2. Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego.
§ 3. Odpowiada za pomocnictwo, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji; odpowiada za pomocnictwo także ten, kto wbrew prawnemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie.

1. Problematyka współdziałania przestępnego należy do trudniejszych w prawie karnym. Trudność ta wynika stąd, że współdziałanie przestępne powinno być traktowane

jako pewna całość niepodlegająca dzieleniu, natomiast odpowiedzialność karna może być tylko indywidualna. Gdy pod wpływem idei oświecenia ugruntowała się zasada *nullum crimen sine lege* i zaczęto poszukiwać bardziej precyzyjnych kryteriów odpowiedzialności karnej osób uczestniczących we współdziałaniu przestępnym, pierwszą koncepcją, która zyskała uznanie, była koncepcja jedności przestępstwa. Według niej w wypadku współdziałania przestępnego w grę wchodziło jedno przestępstwo, które popełniał ten, kto swoim zachowaniem realizował znamiona rodzajowego czynu zabronionego, inne osoby zaś, a mianowicie podżegacz i pomocnik, „miały udział" w jego przestępstwie. Ten, kto realizował znamiona rodzajowego czynu zabronionego, był nazywany sprawcą głównym, winę podżegacza i pomocnika zaś traktowano jako akcesoryjną, czyli dodatkową, zależną od czynu sprawcy głównego i od niego zawisłą. Powodowało to pewne komplikacje w wypadku, gdy do czynu sprawcy głównego nie dochodziło lub popełniał on wprawdzie czyn zabroniony, ale z powodu okoliczności wyłączających winę czyn ten nie mógł być uznany za przestępstwo. W poszukiwaniu rozwiązania uciekano się do konstrukcji sprawstwa pośredniego. Koncepcja akcesoryjności nadal występuje w doktrynie i ustawodawstwie.

Pod wpływem włoskiej szkoły pozytywnej pod koniec XIX w. pojawiła się teoria wielości przestępstw w wypadku współdziałania przestępnego, ujęta maksymą „ilu przestępców, tyle przestępstw" (*quot delinquentes, tot delicta*). Każdy biorący udział we współdziałaniu przestępnym popełnia swoje przestępstwo i – co jest ważną konsekwencją tej maksymy – ponosi odpowiedzialność karną niezależną od odpowiedzialności karnej pozostałych uczestników współdziałania przestępnego. Koncepcja wielości przestępstw stworzyła niełatwy problem kwalifikacji prawnej typowych ról występujących we współdziałaniu przestępnym. Proponowano stworzenie osobnego przestępstwa rodzajowego obejmującego wszelkie wypadki podżegania i pomocnictwa do przestępstwa. Innym rozwiązaniem było powtarzanie po opisie każdego czynu zabronionego dyspozycji przewidującej podżeganie i pomocnictwo do tego czynu. Oba rozwiązania miały swoje poważne mankamenty. W tej sytuacji powstała tzw. polska konstrukcja podżegania i pomocnictwa, której twórcą był Juliusz Makarewicz.

2. Polska konstrukcja podżegania i pomocnictwa opierała się na koncepcji wielości przestępstw w wypadku współdziałania przestępnego, a przestępstwa podżegacza i pomocnika określała w części ogólnej kodeksu karnego jako postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Tę konstrukcję przyjęto w kodeksie karnym z 1932 r. i w następnych polskich kodeksach karnych: z 1969 i 1997 r.

Niestety, J. Makarewicz nie objął swoją koncepcją współsprawstwa, uważał to bowiem za zbyteczne. Tymczasem stanowisko to jest słuszne tylko w odniesieniu do tzw. wielosprawstwa, w którym wszyscy współsprawcy realizują wszystkie znamiona przestępstwa rodzajowego. Takie współsprawstwo rzeczywiście nie wymaga żadnego dodatkowego przepisu, gdyż każdy ze współsprawców mógłby być traktowany jako sprawca działający indywidualnie. Odmienna sytuacja występuje jednak w wypadku tzw. współsprawstwa właściwego, w którym między współsprawcami nastąpił istotny

podział ról, czyli nie każdy ze współdziałających realizuje swoim zachowaniem wszystkie znamiona przestępstwa rodzajowego. Tutaj do przypisania każdemu ze współsprawców całości czynu zabronionego potrzebny jest przepis specjalny, tworzący dalszą postać zjawiskową popełnienia przestępstwa, którą jest współsprawstwo. Tę lukę uzupełniono w kodeksie karnym z 1969 r., dodając jeszcze kolejną postać zjawiskową – sprawstwo kierownicze. Obecny kodeks karny uczynił dalszy krok, przewidując też nową formę zjawiskową w postaci sprawstwa poleceniowego.

3. Artykuł 18 § 1 wyróżnia cztery postacie sprawstwa: indywidualne, współsprawstwo, kierownicze oraz poleceniowe.

4. Sprawstwo indywidualne zostało podane tu tylko dla porządku, gdyż nie wymaga ono dodatkowej regulacji prawnej poza przepisami części szczególnej. Kojarzy się ono ściśle ze znanym w doktrynie i występującym w ustawodawstwie pojęciem sprawcy *sensu stricto*, którym jest osoba wypełniająca swoim zachowaniem znamiona rodzajowego czynu zabronionego bądź usiłująca to uczynić. Pojęcie sprawcy *sensu stricto* ma też zastosowanie do tej postaci współsprawstwa, która nazywa się wielosprawstwem i którego naturę przedstawiono w uwadze 2. Obok pojęcia sprawcy w wąskim znaczeniu tego słowa stosowane jest pojęcie sprawcy *sensu largo*, które obok sprawcy *sensu stricto* i innych postaci sprawstwa obejmuje też podżegacza i pomocnika, czyli odnosi się do wszystkich osób popełniających czyn zabroniony. Kodeks karny posługuje się terminem „sprawca" w obu znaczeniach. Zwykle kontekst tego słowa wskazuje jednoznacznie, w jakim znaczeniu w danym wypadku ono występuje.

W celu zapewnienia jasności doktrynalnej trzeba dodać, że między sprawstwem *sensu stricto* i *sensu largo* mieści się kategoria pośrednia: sprawstwo „poszerzone", obejmujące wszystkie postacie sprawstwa, a więc sprawstwo *sensu stricto*, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze i sprawstwo poleceniowe.

5. Współsprawcą jest ten, kto wykonuje czyn zabroniony wspólnie i w porozumieniu z inną osobą. Mimo że obecny kodeks karny wprowadził do określenia współsprawstwa element porozumienia, które – chociaż w definicji współsprawstwa niezbędne – zostało przez kodeks karny z 1969 r. pominięte, nie podaje pełnej definicji współsprawstwa i w pewnym zakresie pozostawia otwartą – ważną zarówno w teorii, jak i w praktyce – kwestię rozgraniczenia współsprawstwa i pomocnictwa.

6. Problem rozgraniczenia współsprawstwa i pomocnictwa jest w obecnym kodeksie karnym łatwiejszy do rozwiązania, niż to było poprzednio, ponieważ ujęto w nim szerzej pomocnictwo (art. 18 § 3). Pozwala to na swobodniejszy wybór najwłaściwszej teorii z tych, które zostały dotąd sformułowane. Ograniczając się do ważniejszych, należy wymienić następujące teorie:

1) subiektywną, według której współsprawcą był ten, kto działał *animo auctoris* (z nastawieniem sprawcy uważającego przedsięwzięcie za swoje), natomiast za pomocnika uważano tego, kto działał *animo socii* (z nastawieniem osoby towarzyszącej);

2) formalno-obiektywną, stosownie do której współsprawca co najmniej w części wypełniał znamiona przestępstwa rodzajowego bądź usiłował je wypełnić, natomiast pomocnik współdziałał ze sprawcą, ale tego kryterium nie spełniał, choć ułatwiał popełnienie czynu zabronionego przez sprawcę;
3) materialno-obiektywną, która w różnych wersjach próbowała uzupełnić teorię formalno-obiektywną przez dodatkowe kryterium wagi stopnia przyczynienia się do popełnienia przestępstwa stosowane do osoby, która nie realizowała nawet w części znamion przestępstwa rodzajowego, ale wykonywała czynności ułatwiające; jeżeli jej wkład był istotny, uważano ją za współsprawcę, a jeśli nie był istotny – za pomocnika;
4) panowania nad czynem, która jako kryterium współsprawstwa uznawała panowanie nad czynem zabronionym, polegające na decydowaniu o jego podjęciu i rzeczywistym przebiegu realizacji jego znamion, w wyniku czego współsprawca jest osobą centralną w tej realizacji, natomiast pomocnik jest osobą o pozycji drugorzędnej.

Zgodnie z obowiązującym kodeksem karnym należy przyjąć kombinację tych teorii. Współsprawcą jest zatem ten, kto biorąc udział w porozumieniu, ma wpływ na podjęcie decyzji popełnienia czynu zabronionego i następnie bierze udział w bezpośredniej realizacji tej decyzji, jednakże bez konieczności wypełnienia swoim zachowaniem w całości bądź w części znamion zamierzonego czynu zabronionego.

Zgodnie z przedstawioną definicją ten, kto wziął udział w porozumieniu, w ramach którego podjęto decyzję o popełnieniu czynu zabronionego, i następnie realizował w całości bądź w części znamiona tego czynu, jest współsprawcą, podobnie jak ten uczestnik porozumienia, który np. tylko był kierowcą samochodu, którym sprawcy napadu rabunkowego zostali podwiezieni na miejsce rabunku, a następnie odwiezieni; również ten, który wskazał ofiarę nieznaną drugiemu współsprawcy planowanego zabójstwa w trakcie realizacji tego czynu, a także ten, który w czasie zabijania ofiar, do których strzelano z karabinu, oświetlał latarką poszczególne osoby, by umożliwić celny strzał. Natomiast ten, kto realizował chociaż w części znamiona czynu zabronionego, jest współsprawcą niezależnie od tego, czy brał udział w głównym porozumieniu, w którym zapadła decyzja o popełnieniu tego czynu, czy też tylko w zwykłym porozumieniu wykonawczym.

7. Porozumienie jest elementem przedmiotowo-podmiotowym. Z jednej strony wymaga ono wymiany myśli i uzgodnienia wspólnego przedsięwzięcia, co ma charakter przedmiotowy. Z drugiej zaś – kształtuje zamiary osób współdziałających, które należą oczywiście do strony podmiotowej.

Porozumienie jest niezmiernie ważnym składnikiem współsprawstwa, ponieważ określa zakres odpowiedzialności współsprawców, który jest w zasadzie niezależny od tego, jakie role im przypadły w realizacji treści porozumienia.

Porozumienie pozwala też na ustalenie, czy doszło do ekscesu któregoś ze współsprawców, za który odpowiada już tylko ten, kto, wychodząc poza granice porozumienia, dopuścił się ekscesu.

Porozumienie może być milczące, gdy np. współsprawcy ustalają kierunek planowanej akcji wymianą spojrzeń czy gestów. Może ono też polegać na włączeniu się kolejnej osoby do rozpoczętego już przedsięwzięcia, np. X, widząc, że Y bije Z, zaczyna też bić Z, wspierając tym działaniem Y.

8. Współsprawstwo jest też możliwe przy przestępstwach nieumyślnych. Wtedy porozumienie odnosi się do przedsięwzięcia, w którym nie zachowuje się ostrożności wymaganej w danych okolicznościach.

9. Osoba, która wzięła udział w porozumieniu, w którym zadecydowano o popełnieniu przestępstwa, ale potem nie uczestniczyła w jego realizacji, nie popełnia czynu zabronionego, chyba że już samo wejście w porozumienie stanowi karalną czynność przygotowawczą, dalej – chodzi o osobę, która ma prawny, szczególny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego albo doszło tylko do usiłowania popełnienia czynu zabronionego objętego porozumieniem i nie każdy z uczestników porozumienia zdołał podjąć akcję bądź – oczywiście – zostały wypełnione znamiona podżegania lub innej – niż wymienione zaniechanie – postaci pomocnictwa.

Zastrzeżenia budzi postanowienie SN z 20 kwietnia 2004 r., V KK 351/03, OSNKW 2004, nr 5, poz. 53, w którym za współsprawcę uznano osobę, która nie brała udziału w wykonaniu zabójstwa, ale wyszukała jego sprawców, ustaliła plan realizacji przez nich zbrodni, dostarczyła pistolet, z którego zastrzelono ofiarę. Ten stan faktyczny, w którym wypełniono znamiona i podżegania, i pomocnictwa, uzasadnia potrzebę wprowadzenia sprawstwa organizacyjnego jako szczególnej postaci sprawstwa, co jest postulowane w doktrynie.

10. W wypadku tzw. współsprawstwa sukcesywnego, w którym do wspólnej akcji przestępnej po zrealizowaniu pewnej części znamion czynu zabronionego przyłącza się osoba, która nie uczestniczyła we wcześniejszym porozumieniu, odpowiada ona jedynie za tę część działania, w której uczestniczyła, chyba że z zawartego wcześniej porozumienia i uzgodnionego podziału ról wynika jej późniejsze włączenie się. W razie więc kradzieży z włamaniem ktoś, kto zaczął kraść dopiero po wyłamaniu drzwi do mieszkania czy sklepu przez inną osobę, bez wcześniejszego uzgodnienia, dołączając się do niej po dokonaniu przez nią włamania, odpowiada za zwykłą kradzież, a nie za kradzież z włamaniem, choć wiedział, że włamanie miało miejsce. Przeciwny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 18 kwietnia 1978 r., Rw 97/78, OSNKW 1978, nr 6, poz. 66.

Współsprawstwo nie zachodzi, jeżeli dwie lub więcej osób spowodowało swoim zachowaniem w tym samym miejscu i czasie ten sam skutek, ale niezależnie od siebie. Mówimy wówczas o tzw. sprawstwie równoległym.

11. Kolejną odmianą sprawstwa jest sprawstwo kierownicze, polegające na kierowaniu wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę.

Istotę sprawstwa kierowniczego ujmuje Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 1975 r., Rw 204/75, OSNKW 1975, nr 8, poz. 115, w którym czytamy: „Istotą sprawstwa kierowniczego […] jest to, że osoba kierująca realizacją przez inną osobę czynu zabronionego znajduje się w takiej sytuacji, w której ma rzeczywistą możliwość faktycznego panowania nad rozwojem i przebiegiem bezprawnej akcji. Istotnym elementem tego panowania jest to, że od decyzji osoby kierującej popełnieniem przez inną osobę czynu zabronionego zależy rozpoczęcie i prowadzenie, a ewentualnie także zmiana lub nawet przerwanie całej bezprawnej akcji".

Warto nadmienić, że ta charakterystyka nie oddaje w pełni istoty kazusu modelowego dla tej konstrukcji prawnej, który polegał na wykonywaniu trudnej i ważnej dla ochrony przed wykryciem funkcji porządkowo-kontrolnej w typowych dla PRL-u aferach gospodarczych wplecionych z reguły w legalną działalność przedsiębiorstwa uspołecznionego. Już w projekcie kodeksu karnego z 1963 r. postanowiono takiego „dyspozytora" przestać traktować tylko jako pomocnika i podnieść do rangi współsprawcy.

Sprawstwo kierownicze dobrze charakteryzują dwa wyroki sądów apelacyjnych. W jednym z nich przyjęto, że „finansowanie produkcji, dostarczanie sprzętu i nasion konopi, decydowanie o zbiorach, a także o likwidacji plantacji i o usuwaniu śladów, powinno być traktowane nie jako pomocnictwo, ale jako kierowanie przestępstwem w rozumieniu art. 18 § 1 k.k." (wyrok SA w Szczecinie z 16 czerwca 2011 r., II AKa 56/11, Prok. i Pr.-wkł. 2013, nr 1, poz. 17). W drugim – wyrażono pogląd, że „nie jest sprawcą kierowniczym ani polecającym ten, kto będąc członkiem zarządu spółki popełnia przestępstwo, wykorzystując do tego ruch przedsiębiorstwa, którym zarządza, oraz jego pracowników, którzy wykonując swoje codzienne obowiązki, nie są świadomi realizowania znamion czynu zabronionego. Opisane działanie należy traktować jako swoisty sposób wykonania czynu zabronionego w ramach sprawstwa pojedynczego (jednosprawstwa)" (wyrok SA we Wrocławiu z 5 października 2011 r., II AKa 287/11, Prok. i Pr.-wkł. 2012, nr 12, poz. 22).

Sprawstwo kierownicze różni się od współsprawstwa tym, że w jego wypadku nie ma nigdy bezpośredniego, niejako fizycznego realizowania znamion czynu zabronionego. Nie można mówić o sprawstwie kierowniczym, gdy nie zachodzi realizacja choćby jakiegoś elementu przestępstwa, nie istnieje bowiem pojęcie bezskutecznego sprawstwa kierowniczego. Może ewentualnie wchodzić w rachubę odpowiedzialność za pomocnictwo. Natomiast jeżeli do dokonania czynu zabronionego nie doszło i skończyło się na usiłowaniu, podmiot sprawstwa kierowniczego odpowiada za sprawstwo kierownicze przestępstwa usiłowanego. Możliwe jest sprawstwo kierownicze przestępstwa nieumyślnego, które zachodzi, gdy przedmiotem kierowania będzie przedsięwzięcie wykonane bez zachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach.

12. Sprawstwo poleceniowe (przymiotnik „poleceniowe" jest językowo poprawniejszy niż stosowany w wielu publikacjach imiesłów przymiotnikowy czynny „polecające") wprowadzono do kodeksu karnego, mając w świadomości okoliczności zabójstwa księdza

Jerzego Popiełuszki. Polega ono na wydaniu nakazu wykonania czynu zabronionego osobie uzależnionej od wydającego polecenie. Sprawstwo poleceniowe jest szczególnym wypadkiem podżegania, które ze względu na uzależnienie podżeganego od podżegacza podniesiono do rangi sprawstwa. Sprawstwo poleceniowe tym różni się od sprawstwa kierowniczego, że w sprawstwie poleceniowym wydający nakaz nie zajmuje się wykonaniem czynu zabronionego, lecz pozostawia je całkowicie lub prawie całkowicie osobie, która otrzymała polecenie.

Konstrukcja sprawstwa poleceniowego pochłonęła znajdujący się poprzednio w części wojskowej kodeksu karnego z 1969 r. przepis, zgodnie z którym ten, kto wydał rozkaz popełnienia czynu zabronionego, odpowiada za sprawstwo. Pochłonęła ona też analogiczne uregulowania zawarte w przepisach ustaw o Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służbie Więziennej. Do konstrukcji sprawstwa poleceniowego odwołują się też przepisy regulujące działanie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, a także Służb Wywiadu i Kontrwywiadu Wojskowego.

Sprawstwo poleceniowe wymaga co najmniej usiłowania ze strony wykonującego polecenie. Gdy usiłowanie miało miejsce, podmiot sprawstwa poleceniowego odpowiada za usiłowanie dokonania poleconego do realizacji czynu zabronionego.

Jeżeli polecenia nawet nie usiłowano wykonać, czyli polecenie okazało się bezskuteczne, wydający polecenie staje się zwykłym podżegaczem z konsekwencjami takiej sytuacji przewidzianymi dla podżegacza, ponieważ subsumpcja nie budzi tu wątpliwości, a trudno przyjąć, by ustawodawca godził się w tym wypadku na bezkarność. Innym rozwiązaniem, przyjmowanym przez doktrynę i orzecznictwo, jest przyjęcie także tu usiłowania sprawstwa poleceniowego.

Należy dodać, że uzależnienie należące do istoty sprawstwa poleceniowego może być wszelkiego rodzaju, mogą tu także zachodzić uzależnienia właściwe strukturom charakterystycznym dla przestępczości zorganizowanej.

13. Artykuł 18 § 2 określa znamiona formy zjawiskowej popełnienia przestępstwa, którą jest podżeganie. Strona podmiotowa podżegania polega jedynie na zamiarze bezpośrednim: podżegacz musi chcieć, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego. Jeżeli podżegacz tylko przewiduje i godzi się na to, że podżegany w wyniku oddziaływania podżegacza może dokonać przestępstwa, to takie podżeganie nie powoduje odpowiedzialności karnej.

Strona przedmiotowa podżegania polega na nakłanianiu innej osoby do dokonania czynu zabronionego, czyli na wpływaniu na psychikę tej osoby w celu spowodowania podjęcia przez nią decyzji zrealizowania takiego czynu. Kodeks karny nie mówi tu o sposobie nakłaniania – może ono nastąpić w dowolnej formie, np. prośby, obietnicy korzyści, groźby, nawet o znacznym stopniu intensywności.

Podżeganie musi być skierowane do konkretnej osoby bądź osób. Zwracanie się do osób indywidualnie nieoznaczonych, np. tłumu, może wypełniać znamiona publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa (art. 255 § 1 i 2).

Treść podżegania powinna być na tyle określona, aby można było dopatrzyć się w niej znamion czynu zabronionego.

Istnieje spór co do tego, czy dokonanie podżegania i pomocnictwa obejmuje też dokonanie czynu zabronionego przez osobę podżeganą czy korzystającą z pomocy. Występują tu trzy stanowiska, zarówno w płaszczyźnie teoretycznej, jak i dogmatycznej:
1) skutkowość ze skutkiem w postaci dokonania czynu zabronionego przez sprawcę;
2) skutkowość ograniczona do spowodowania podjęcia zamiaru przez sprawcę bez potrzeby jego wykonania;
3) bezskutkowość przyjmująca dokonanie zredukowane do realizacji samych znamion podżegania i pomocnictwa bez koniecznych tego efektów.

Analiza retrospektywna przepisów kodeksowych i poglądów doktryny ujawnia zaskakującą sytuację. Gdy na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. przepisy i doktryna przyjmowały zgodnie skuteczność wymienioną w pkt 1, w okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. doszło do drastycznej rozbieżności – kodeks przyjmował bezskutkowość przytoczoną w pkt 3, przedstawiciele doktryny zaś w ogromnej większości (z udziałem najwybitniejszych), interpretując ustawę, starali się wykazać, że jej założeniem jest skutkowość wymieniona w pkt 1. Pod rządami kodeksu karnego z 1997 r. paradoks się odwrócił – kodeks przyjął skutkowość przytoczoną w pkt 1, natomiast większość przedstawicieli doktryny stara się widzieć w jego przepisach bezskutkowość określoną w pkt 3 bądź skutkowość, o której mowa w pkt 2 (L. Tyszkiewicz, *O właściwe rozwiązanie teoretyczne i dogmatyczne sporu o skutkowe czy bezskutkowe podżeganie i pomocnictwo*, w: A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 339 i n.).

Prawidłowa interpretacja kodeksu karnego z 1997 r. wskazuje na to, że znalazła w nim zastosowanie koncepcja skutkowa wymieniona w pkt 1, czyli podżeganie i pomocnictwo mają charakter skutkowy ze skutkiem w postaci dokonania czynu zabronionego przez sprawcę. Świadczą o tym następujące racje:
1) w art. 22 § 1 przywrócono – zbyteczną przy bezskutkowości przyjętej w kodeksie karnym z 1969 r. – instytucję specyficznego usiłowania podżegania i pomocnictwa, gdy osoba podżegana lub korzystająca z pomocy nie dokonała czynu zabronionego, z czego *a contrario* wynika, że dokonanie podżegania i pomocnictwa wymaga dokonania czynu zabronionego przez sprawcę;
2) w art. 22 § 1 użyto słów „odpowiada za", a nie „podlega karze", co oznacza, że chodzi o zakres odpowiedzialności i w konsekwencji – o wymiar kary, a nie tylko o sam wymiar kary;

3) użycie w art. 22 § 1 słowa „jak" w świetle tekstu art. 29 § 1 kodeksu karnego z 1932 r., z którego zostało wzięte, oznacza porównanie usiłowania podżegania i pomocnictwa do usiłowania czynu zabronionego przez sprawcę, do którego jest podobne, ale z którym nie jest identyczne;
4) cel ustawodawcy odsłonił A. Zoll, omawiając w 1990 r. ówczesny tekst projektu kodeksu karnego, który w tym zakresie nie uległ potem istotnym zmianom. Stwierdził on, że w tym projekcie przedstawiono propozycję jednoznacznego rozstrzygnięcia momentu dokonania czynu zabronionego w przypadku niewykonawczej postaci współdziałania, opowiadając się za momentem dokonania czynu zabronionego przez wykonawcę, a nie momentem zakończenia czynności charakteryzującej daną postać zjawiskową (A. Zoll, *Ogólne zasady odpowiedzialności karnej w projekcie Kodeksu karnego*, PiP 1990, z. 10, s. 39).

Zaznaczona nieprawidłowość dotycząca interpretacji art. 18 § 2 i 3 oraz art. 22 powstała pod wpływem publikacji A. Zolla (*Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie Kodeksu karnego*, PiP 1995, z. 6, s. 31 i n.), w której – sprzecznie z ówczesnym tekstem projektu kodeksu karnego i późniejszym obowiązującym jego brzmieniem oraz swoją deklaracją z 1990 r. (wymienioną w pkt 4) – zasugerował on, jakoby w tych aktach prawnych została przyjęta bezskutkowa istota podżegania i pomocnictwa, co bez należytej analizy tekstów prawa i pełnej znajomości polskiej literatury zostało – czasem z dodaniem skutku tylko w postaci doprowadzenia do powzięcia zamiaru przez sprawcę – szeroko przyjęte w nauce prawa karnego, a za nią – w orzecznictwie (zob. L. Tyszkiewicz, *Czy nowelizacja przepisów o podżeganiu i pomocnictwie jest potrzebna?*, PiP 2013, z. 11).

Obecne opowiadanie się większości przedstawicieli doktryny za bezskutkowością podżegania i pomocnictwa nie jest zasadne *de lege lata*, natomiast ma pełny walor teoretyczny i może mieć znaczenie *de lege ferenda*. Specyficzne uregulowanie usiłowania podżegania i pomocnictwa w art. 22 jako usiłowania „po" – jak się zdaje – nie wyłącza możliwości stosowania art. 13 do usiłowania „przed", w którym nie doszło nawet do kontaktu podżegacza i pomocnika ze sprawcą (np. w przypadku wysłania stosownego listu zatrzymanego przez personel więzienny). W tym przypadku oprócz art. 13 i 14 będzie miał też zastosowanie art. 22 § 2.

Możliwe jest podżeganie do podżegania (podżeganie łańcuszkowe), co stwierdza też uchwała składu 7 sędziów SN z 21 października 2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 89, a także podżeganie do pomocnictwa. Jeżeli podżegacz stał się później sprawcą bądź współsprawcą, odpowiada tylko za sprawstwo albo współsprawstwo, gdyż podżeganie staje się wówczas czynem współukaranym, ale pod warunkiem, że na obu etapach wystąpił ten sam zamiar. W wypadku gdy zamiar towarzyszący podżeganiu obejmował istotnie szerszy zakres przestępnego zachowania niż zamiar następnie realizowany w ramach sprawstwa czy współsprawstwa, występuje odpowiedzialność za oba czyny na zasadzie realnego zbiegu przestępstw.

Nakłanianie do dokonania czynu zabronionego osoby już wcześniej na to zdecydowanej należy traktować zawsze jako pomocnictwo, niezależne od tego, czy nakłaniający o tym wie, gdyż stanowi to utwierdzenie w powziętym zamiarze.

Jednak, jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 3 kwietnia 2006 r., V KK 316/05, OSNKW 2006, nr 5, poz. 52, „zlecenie innej osobie wykonania czynu zabronionego, także w wyniku przyjęcia «oferty» osoby wyrażającej gotowość jego dokonania, może wypełniać znamię czynności sprawczej podżegania jako zjawiskowej formy popełnienia przestępstwa określonej w art. 18 § 2 k.k."

14. Artykuł 18 § 3 określa znamiona formy zjawiskowej popełnienia przestępstwa, którą jest pomocnictwo. Strona podmiotowa pomocnictwa obejmuje obie postacie umyślności: zamiar bezpośredni i ewentualny. Ten ostatni uwzględniono dlatego, że pomocnik może nie być w pełni poinformowany o zamiarze sprawcy i jedynie może przewidywać możliwość popełnienia przez niego przestępstwa, na co się godzi, skoro udziela pomocy.

Strona przedmiotowa pomocnictwa została określona szerzej niż w kodeksie karnym z 1969 r., obejmuje generalnie zachowanie ułatwiające popełnienie czynu zabronionego przez jego sprawcę. Konkretyzując to ogólne stwierdzenie, ustawodawca wymienia typowe postacie pomocnictwa: dostarczenie narzędzia lub środka przewozu, udzielenie rady lub informacji.

Nie jest to jednak wyliczenie wyczerpujące. Unormowano też wyraźnie szczególną postać pomocnictwa przez zaniechanie. Zachodzi ono wtedy, gdy ktoś wbrew prawnemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie.

W postanowieniu z 17 listopada 2005 r., II KK 218/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 17, Sąd Najwyższy stwierdził, że „ponosi odpowiedzialność karną za pomocnictwo do zabójstwa przez zaniechanie (art. 18 § 3 *in fine* k.k. w zw. z art. 148 § 1–3 k.k.), kto sprawując pieczę nad dzieckiem (art. 95 k.r.o.), nie przeciwstawia się umyślnemu zamachowi na jego życie, mając taką możliwość".

Pomocnik musi mieć świadomość, do jakiego rodzaju czynu zabronionego udziela pomocy bądź – przy zamiarze ewentualnym – może jej udzielić, godząc się na to.

Pełna realizacja znamion pomocnictwa – podobnie jak w wypadku podżegania (zob. uwaga 13) – obejmuje zarówno zachowanie się pomocnika, jak i dokonanie czynu zabronionego przez sprawcę, jest więc też skutkowe.

Jeżeli czyn zabroniony osoby, której udzielono pomocy, osiągnął tylko fazę usiłowania, to zgodnie z art. 22 pomocnik odpowiada za usiłowanie pomocnictwa. Podobna odpowiedzialność zachodzi, gdy osoba, której udzielano pomocy, nie popełniła

żadnego czynu. Oczywiście po stronie pomocnika w tych sytuacjach musi nastąpić udzielenie pomocy, nie wystarcza w zasadzie obietnica jej udzielenia. Pomoc nie musi dotrzeć bezpośrednio do adresata – wystarczy jej przekazanie w taki sposób, że istnieją wszelkie szanse otrzymania jej przez potencjalnego sprawcę, np. zawarcie rady lub informacji w liście, którego nie doręczono z przyczyn od nadawcy niezależnych.

Pomocnictwo jest możliwe przed czynem sprawcy bądź w trakcie jego realizacji. Udzielenie pomocy po popełnieniu czynu może wypełniać znamiona poplecznictwa (art. 239) lub paserstwa (art. 291). Wyjątkowo jako pomocnictwo należy potraktować obiecaną przed czynem sprawcy lub w trakcie jego popełnienia realizację na jego korzyść znamion tych przestępstw. Wtedy pomocnictwo do przestępstwa sprawcy będzie miało priorytet i pochłonie popełnione paserstwo jako czyn współukarany, natomiast odpowiedzialność za pomocnictwo i poplecznictwo nastąpi na zasadzie realnego zbiegu przestępstw (zob. L. Tyszkiewicz, *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane w polskim prawie karnym*, Poznań 1964, s. 380–382).

W wyroku z 25 stycznia 2005 r., WK 23/04, OSNKW 2005, nr 2, poz. 21, Sąd Najwyższy stwierdził, że „za pomocnictwo do popełnienia przestępstwa polegającego na organizowaniu innym osobom przekroczenia wbrew przepisom granicy Rzeczypospolitej Polskiej (art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 264 § 3 k.k.) odpowiadać może także ten, kto w zamiarze ułatwienia sprawcy dokonania tego czynu dostarcza mu środek przewozu dla przetransportowania osób po nielegalnym przekroczeniu przez nie wymienionej granicy do miejsca przechowania, jeżeli jest to wynikiem przyrzeczenia złożonego przed popełnieniem tego przestępstwa lub w trakcie jego popełniania".

Problem rozgraniczenia pomocnictwa od współsprawstwa został przedstawiony w uwadze 6. Z przytoczonych tam wywodów wynika, że główną cechą różniącą pomocnictwo od współsprawstwa jest to, że pomocnik nie uczestniczy w porozumieniu, w ramach którego zapada decyzja dokonania czynu zabronionego, nie należy przez to do grona głównych decydentów, choć może mieć wpływ na kwestie związane z wykonaniem zamiaru i wchodzić w dodatkowe porozumienie. Ogólnie rzecz biorąc, pozycja i rola pomocnika są istotnie mniejsze w porównaniu ze współsprawcą. Ta sama czynność może jednak wypełniać znamiona pomocnictwa lub współsprawstwa w zależności od tego, czy np. kierujący pojazdem użytym do dokonania przestępstwa będzie uczestnikiem podstawowego porozumienia, którego wynikiem była decyzja dokonania przestępstwa, czy też *ad hoc* zwerbowanym usługodawcą. Oczywiście, w tym ostatnim wypadku musi być spełniona strona podmiotowa pomocnictwa, bez której nie może zachodzić odpowiedzialność karna (np. czasami nieświadomy taksówkarz wozi przestępców jadących na akcję).

Możliwe jest pomocnictwo do pomocnictwa oraz pomocnictwo do podżegania. Relacja pomocnictwa do późniejszego sprawstwa bądź współsprawstwa ma się podobnie jak przy podżeganiu (zob. uwaga 13).

Nakłanianie do dokonania czynu zabronionego osoby już na to zdecydowanej jest pomocnictwem (zob. uwaga 13).

Pomocnictwem jest też takie zachowanie, które w sposób szczególnie sugestywny manifestuje całkowite solidaryzowanie się z przestępnym zamierzeniem sprawcy, przez stwarzanie atmosfery sprzyjającej utrwaleniu się zamiaru wykonania przestępstwa (postanowienie SN z 30 września 2009 r., II KK 110/09, OSNKW 2010, nr 3, poz. 27).

Podobnie jak w przypadku podżegania, pomocnictwa można udzielić tylko indywidualnie oznaczonej osobie, choć jej personalia nie muszą być znane pomocnikowi (zob. postanowienie SN z 20 października 2005 r., II KK 184/05, OSNKW 2005, nr 12, poz. 120).

Art. 19. [Wymiar kary za podżeganie i pomocnictwo]

§ 1. Sąd wymierza karę za podżeganie lub pomocnictwo w granicach zagrożenia przewidzianego za sprawstwo.
§ 2. Wymierzając karę za pomocnictwo sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

1. Z art. 19 § 1 wynika, że do podżegacza i pomocnika stosuje się sankcję zawartą w części szczególnej, czyli tę, która odnosi się do sprawcy.

2. Możliwe jest nadzwyczajne złagodzenie kary wymierzanej pomocnikowi. To łagodniejsze potraktowanie pomocnictwa powinno być wskazówką przy ustalaniu kryteriów rozgraniczających tę formę popełnienia przestępstwa od współsprawstwa. Kryteria te powinny prowadzić do objęcia pomocnictwem tylko tych wypadków, w których rola danej osoby w procesie prowadzącym do dokonania czynu zabronionego wykazywała wyraźnie mniejszy ładunek społecznej szkodliwości niż sprawstwo czy współsprawstwo.

Art. 20. [Niezależna odpowiedzialność współdziałających]

Każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających.

1. Komentowany przepis wyraża najważniejszą konsekwencję zasady wielości przestępstw w wypadku współdziałania przestępnego – niezależność odpowiedzialności każdego ze współdziałających od tego, co czynią inni i za co odpowiadają. Ponadto określa zakres odpowiedzialności każdego z nich. Ten zakres jest wyznaczony stroną podmiotową każdego zachowania, niezależnie od tego, czy jest to umyślność czy nieumyślność.

2. Przepis jest sformułowany tak, że odnosi się do wszelkich postaci współdziałania przestępnego, a więc do różnych wariantów sprawstwa, podżegania i pomocnictwa.

W wypadku współsprawstwa oraz pozostałych typów sprawstwa zachodzi zarówno umyślność, jak i nieumyślność oraz strona podmiotowa mieszana (umyślność połączona z nieumyślnością).

W odniesieniu do podżegania i pomocnictwa mamy do czynienia tylko z umyślnością i ze stroną podmiotową mieszaną. Nie może tu występować sama nieumyślność, znamiona podżegania i pomocnictwa zawierają bowiem tylko umyślność (podżeganie – jedynie zamiar bezpośredni, pomocnictwo – oba rodzaje zamiaru). Jeśli chodzi o stronę podmiotową mieszaną, to można ją tutaj dopuścić na podstawie art. 9 § 3, np. podżegacz nakłania do spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, w którego następstwie ofiara umiera, co podżegacz, znając wyjątkową agresywność i bezwzględność podżeganego, mógł przewidzieć.

3. Jeżeli podżegacz lub pomocnik działają nieumyślnie, doprowadzając do realizacji znamion czynu zabronionego, ponoszą odpowiedzialność karną za sprawstwo, ale tylko wtedy, gdy znamię czasownikowe danego przestępstwa rodzajowego jest ujęte dostatecznie szeroko przez użycie słów „powoduje" czy „sprowadza", np. nieostrożne użyczenie motocykla osobie, która nie umie go prowadzić i powoduje wypadek drogowy, jest też spowodowaniem wypadku drogowego, a nie pomocnictwem (przez dostarczenie narzędzia) do spowodowania wypadku drogowego, bo użyczający ani nie chciał spowodowania wypadku, ani na to się nie godził, choć mógł i powinien był możliwość dojścia do niego przewidzieć.

Art. 21. [Zasada indywidualizacji odpowiedzialności karnej]

§ 1. Okoliczności osobiste, wyłączające lub łagodzące albo zaostrzające odpowiedzialność karną, uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą.
§ 2. Jeżeli okoliczność osobista dotycząca sprawcy, wpływająca chociażby tylko na wyższą karalność, stanowi znamię czynu zabronionego, współdziałający podlega odpowiedzialności karnej przewidzianej za ten czyn zabroniony, gdy o tej okoliczności wiedział, chociażby go nie dotyczyła.
§ 3. Wobec współdziałającego, którego nie dotyczy okoliczność określona w § 2, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

1. Artykuł 21 reguluje trudną kwestię odpowiedzialności współdziałających, gdy wchodzi w grę ustawowa okoliczność osobista mająca wpływ na odpowiedzialność, a nie występuje ona u wszystkich współdziałających. Artykuł 21 nie dotyczy okoliczności osobistych mających wpływ na sędziowski wymiar kary, ponieważ właściwą regulacją jest tu art. 55 (np. dobra czy zła opinia środowiskowa o jednym ze współdziałających nie wpłynie na wymiar kary wobec pozostałych).

2. Artykuł 21 § 1 odnosi się do ogólnych ustawowych okoliczności osobistych wyłączających odpowiedzialność karną, np. niepoczytalność, łagodzących ją, np. wiek do 18 lat w chwili czynu (zakaz stosowania dożywotniego pozbawienia wolności), albo ją zaost-

rzających, np. recydywa. Należy go też stosować w przypadku okoliczności osobistych będących znamionami przestępstw indywidualnych niewłaściwych uprzywilejowanych, np. dzieciobójstwa (art. 149) czy zabójstwa eutanatycznego (art. 150). Zgodnie z art. 21 § 1 okoliczności osobiste, o których tu mowa, w przypadku współdziałania przestępnego uwzględnia się tylko u osoby, u której występują.

3. Inaczej problem jest rozwiązany, gdy chodzi o okoliczności osobiste stanowiące znamiona przestępstw indywidualnych właściwych oraz niewłaściwych kwalifikowanych. Zgodnie z art. 21 § 2, jeżeli te okoliczności występują u sprawcy, uwzględnia się je także wobec współsprawcy, podżegacza i pomocnika, o ile ich nie dotyczą, ale pod warunkiem że o nich wiedzieli. *Extraneus* może więc odpowiadać za przestępstwo, którego nie może popełnić jako sprawca indywidualny. Dla takich osób przewidziana jest możliwość skorzystania z nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 21 § 3).

4. Można spotkać pogląd, że przepisy art. 21 § 2 i 3 odnoszą się nie tylko do przestępstw indywidualnych, lecz także do przestępstw powszechnych, w których występuje zamiar o szczególnym zabarwieniu, będący niewątpliwie okolicznością osobistą. Chodzi np. o działanie „w celu przywłaszczenia", „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej" czy w innym celu. Ten pogląd nie wydaje się trafny, trudno bowiem przyjąć, aby ustawodawca chciał obdarzyć podżegacza do kradzieży – który sam nie działał w celu przywłaszczenia – możliwością łagodniejszego karania w drodze nadzwyczajnego złagodzenia kary. Nie można też tracić z pola widzenia faktu, że w każdym przestępstwie umyślnym występuje zamiar będący oczywiście okolicznością osobistą stanowiącą znamię czynu zabronionego. Obciąża on też podżegacza i pomocnika, którzy tego zamiaru mogą nie mieć, i to bez dodatkowego przepisu, a możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary byłaby tu nieporozumieniem.

Art. 22. [Usiłowanie podżegania i pomocnictwa]

§ 1. Jeżeli czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać, podmiot określony w art. 18 § 2 i 3 odpowiada jak za usiłowanie.
§ 2. Jeżeli czynu zabronionego nie usiłowano dokonać, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

1. Komentowany przepis dotyczy tylko podżegacza i pomocnika.

2. Artykuł 22 reguluje odpowiedzialność podżegacza i pomocnika za usiłowanie przestępstwa. Jednocześnie wynika z niego, *a contrario*, że podżeganie i pomocnictwo mają charakter skutkowy, ze skutkiem w postaci dokonania czynu zabronionego przez sprawcę. Usiłowanie podżegania i pomocnictwa występuje zarówno wtedy, gdy sprawca usiłował dokonać czynu zabronionego (§ 1), jak i wtedy, gdy nawet do tego nie doszło, z tym że w tym przypadku możliwe jest nadzwyczajne złagodzenie kary bądź odstąpienie od jej wymierzenia (§ 2). Jak była o tym mowa w uwadze 13 do art. 18 – szczególne uregulowanie usiłowania podżegania i pomocnictwa w art. 22 (usiłowanie

„po") nie wyłącza możliwości stosowania też art. 13 do zachowań poprzedzających wykonanie podżegania i pomocnictwa w kontakcie z potencjalnym przyszłym sprawcą (usiłowanie „przed"), np. wysłanie listu, który został zatrzymany przez służbę więzienną.

Należy zaznaczyć, że – zgodnie z tym, co już powiedziano w uwadze 13 do art. 18 – rozpowszechniony pogląd, iż art. 22 dotyczy tylko wymiaru kary, nie ma oparcia w przepisach. Warto dodać, że budzące wątpliwości interpretacyjne słowo „jak" użyte w art. 22 § 1 zostało przeniesione z art. 29 k.k. z 1932 r., którego § 1 brzmiał: „Jeżeli przestępstwa nie dokonano, podżegacz i pomocnik odpowiadają jak za usiłowanie tego przestępstwa".

Między § 1 i 2 nie ma braku spójności, ponieważ nie powinno być wątpliwości, że w § 2 nie powtórzono słów „odpowiada jak za usiłowanie" ze względu na ekonomię językową, choć w art. 29 k.k. z 1932 r., którego art. 22 jest odpowiednikiem, takiej oszczędności językowej nie było, podobnie jak w projektach kodeksu karnego z 1997 r.

3. Artykuł 22 § 2 zawiera regulację, która w pewnym stopniu przyjmuje wpływ zachowania sprawcy na karalność podżegania i pomocnictwa, co nie stanowi jednak ograniczenia idei niezależności podstaw odpowiedzialności poszczególnych uczestników współdziałania przestępnego od siebie. Trzeba podkreślić, że nie ma tu mowy o akcesoryjności, która oznaczała takie podporządkowanie odpowiedzialności podżegania i pomocnictwa sprawstwu wykonawcy, iż były one traktowane jako dodatki (akcesoria) przestępstwa sprawcy „głównego", dzielące z konieczności jego los.

Art. 23. [Bezkarność współdziałającego. Czynny żal]

§ 1. Nie podlega karze współdziałający, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego.
§ 2. Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do współdziałającego, który dobrowolnie starał się zapobiec dokonaniu czynu zabronionego.

1. Artykuł 23 dotyczy wszelkich postaci współdziałania przestępnego, a nie tylko podżegania i pomocnictwa, jak to zbyt wąsko ujmował kodeks karny z 1969 r.

2. Oba paragrafy regulują instytucję czynnego żalu, z tym że w § 1 jest to czynny żal skuteczny, natomiast w § 2 jest mowa o czynnym żalu nieskutecznym. Czynny żal skuteczny jest okolicznością wyłączającą karalność czynu. Z kolei czynny żal bezskuteczny daje jedynie podstawę do fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary. W obu wypadkach czynny żal musi być dobrowolny, tzn. sprawca musi mieć świadomość, że dokonanie przestępstwa jest możliwe, i to w warunkach zapewniających względne bezpieczeństwo przed łatwym wykryciem przez organy ścigania. Poza tym motywy czynnego żalu są obojętne.

3. Osoba współdziałająca, aby skorzystać z przywilejów przewidzianych w tym artykule, nie może poprzestać na wycofaniu się z akcji przestępnej, musi ponadto podjąć działania zmierzające do zapobieżenia całej akcji lub jej skuteczności. Nie wystarcza tu zatem przesłanka wynikająca z art. 15 § 1, dotycząca odstąpienia od dokonania w wypadku usiłowania.

4. Omawiany artykuł ma zastosowanie tylko wtedy, gdy doszło do realizacji znamion jednej z postaci współdziałania i mamy do czynienia z popełnieniem czynu zabronionego. Osoba zatem, która wzięła udział w porozumieniu co do wspólnego dokonania czynu zabronionego, ale nie wzięła żadnego udziału w jego realizacji, z reguły nie popełnia czynu zabronionego i przez to oczywiście nie korzysta z możliwości objętych tym artykułem. Nie dotyczy to m.in. wypadków, gdy czynem zabronionym jest samo wejście w porozumienie jako karalna czynność przygotowawcza, ale wtedy sprawa czynnego żalu jest uregulowana w art. 17 § 1 *in fine*, według którego do uchylenia karalności potrzebne jest, oprócz odstąpienia od przygotowania, dodatkowo podjęcie istotnych starań zmierzających do zapobieżenia dokonaniu.

Art. 24. [Karalność prowokacji]

Odpowiada jak za podżeganie, kto w celu skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego nakłania ją do popełnienia czynu zabronionego; w tym wypadku nie stosuje się art. 22 i 23.

1. Komentowany przepis dotyczy pewnej postaci prowokacji, która jest bardzo bliska podżeganiu, lecz różni się od niego tym, że prowokator często nie chce dokonania przez inną osobę czynu zabronionego, ponieważ działa z reguły w celu ochrony dobra prawnego, a do osiągnięcia tego celu wystarcza, że podżegany podejmie zachowanie wypełniające znamiona usiłowania.

2. Kodeks karny potępia prowokację i dlatego traktuje ją jako odrębną formę popełnienia przestępstwa, z tym zastrzeżeniem, że stosuje się do niej zasady dotyczące podżegania, z wyłączeniem jednak przywilejów zawartych w art. 22 (podżeganie, które nie doprowadza do dokonania przez sprawcę czynu zabronionego) i art. 23 (czynny żal).

3. Jeżeli prowokacja zbiegnie się z rzeczywistym podżeganiem, rygory przewidziane dla prowokacji nie ulegają uchyleniu.

4. Jeżeli sprawca działa zgodnie z przepisami prawnymi, które w pewnym zakresie dopuszczają prowokację, jego czyn nie nosi cechy bezprawności, gdyż mamy do czynienia z okolicznością wyłączającą bezprawność. Tajna prowokacja przeprowadzona przez funkcjonariusza z naruszeniem prawa rodzi dowody, które muszą być uznane za zdobyte w sposób bezprawny (wyrok SN z 19 marca 2014 r., II KK 265/13, OSNKW 2014, nr 9, poz. 71).

ROZDZIAŁ III
Wyłączenie odpowiedzialności karnej

Literatura: Andrejew I., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989; Andrejew I., Świda W., Wolter W., *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973; Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1–2, Warszawa 1987; Barczak-Oplustil A., *Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu*, CzPKiNP 2005, nr 2; Berent M., *O błędzie przy usiłowaniu nieudolnym i możliwej pełnej jego relewancji*, w: A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012; Bielski M., *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, CzPKiNP 2010, nr 2; Błachnio A., *Krytycznie na temat tzw. defensio antecedens*, PiP 2005, z. 7; Błachut J., *Wybrane problemy stosowania instytucji obrony koniecznej w prawie karnym*, MoP 2005, nr 4; Bojarski M., *Dozwolone ryzyko gospodarcze w polskim prawie karnym*, Wrocław 1977; Bojarski M., *Głos w dyskusji*, w: P. Zieliński (red.), *Polityczność przestępstwa. Prawo karne jako instrument marketingu politycznego. Konferencja, Warszawa, 12 maja 2011*, Warszawa 2011; Bojarski M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, 2006; Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006; Bojarski T., *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2002, 2006; Bojarski T., *Z problematyki przekroczenia granic kontratypu*, w: V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Toruń 2010; Bojarski T., *Z problematyki stanów konieczności w polskim prawie karnym*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005; Bojarski T., *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, w: T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016; Bojarski T., Gimbut A., Gofroń C., Wąsek A., Wojciechowski J., *Prawo karne*, Lublin 1994; Buchała K., *Bezprawność przestępstw nieumyślnych i wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971; Buchała K. (red.), *Komentarz do Kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994; Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989; Buchała K., Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 1998; Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997; Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994; Cieślak M., *Problem nieświadomości bezprawności i jego znaczenie przy przestępstwach nieumyślnych*, PiP 1970, z. 12; Cieślak M., Spett K., Szymusik A., Wolter W., *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991; Ćwiąkalski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991; Ćwiąkalski Z., *Błąd w prawie karnym – stan obecny i proponowane zmiany*, w: T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993; Daszkiewicz K., *Uchylenie odpowiedzialności lekarza za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Pal. 2002, nr 11–12; Derlatka M., *Nowa (stara) regulacja obrony koniecznej*, PiP 2014, z. 6; Dukiet-Nagórska T., *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008; Dukiet-Nagórska T., *Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej*, PiM 2000, nr 6–7; Dukiet-Nagórska T., *Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej*, PiM 2005, nr 19; Filar M., *Eksperyment lekarski jako okoliczność wyłączająca bezprawność*, w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2008; Filar M., *Kilka uwag w sprawie uregulowania odpowiedzialności karnej za czyn popełniony w stanie odurzenia alkoholowego*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Prawo" 1978, t. XVI; Filar M., *Kodeks karny*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, z. 18, Warszawa 1998; Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000; Filar M., *Poczytalność sprawcy odurzonego alkoholem w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1969; Filar M., *Wybrane problemy obrony koniecznej w nowym kodeksie karnym*, w: L. Bogunia (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Józefa J. Wąsika*, Wrocław 1999; Frankowski S., *O tzw. błędzie co do prawa*, PiP 1969, z. 8–9; Gaberle A., *Jeszcze raz w sprawie karnoprawnego uregulowania ryzyka*, Pal. 1968, nr 3; Gałuszka A., *Ryzyko nowatorstwa w nowym kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 1998, nr 2; Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 1998, 2004, 2015; Gardocki L., *Sprowokowana obrona konieczna i zawiniony stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, St. Praw. 1988, nr 1–2; Gensikowski P., *Nowelizacja art. 25 § 3 kodeksu karnego*,

Prok. i Pr. 2009, nr 9; Gensikowski P., *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2011; Gierula J., *Kontratyp działania w granicach szczególnych uprawnień i obowiązków*, cz. 1, Pal. 2013, nr 1–2; Giezek J., *Funkcja błędu co do ustawowych znamion w nowym kodeksie karnym*, w: A.J. Szwarc (red.), *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*, Poznań 1999; Giezek J., *Kilka uwag o ujęciu nieumyślności w nowym kodeksie karnym*, NKPK 1998, t. 2; Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007; Giezek J., *Przekroczenie granic rzeczywistej oraz mylnie wyobrażonej obrony koniecznej*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego*, Lublin 2005; Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1998; Górniok O. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006; Górniok O., *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną menedżerów*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005; Górowski W., *Charakter prawny aberratio ictus*, PiP 2006, z. 11; Grzeszczyk W., *Zamach uzasadniający prawo do obrony koniecznej*, Prok. i Pr. 2000, nr 5; Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015; Gubiński A., *Ryzyko nowatorstwa*, PiP 1960, z. 1; Gubiński A., *Wyłączenie bezprawności czynu. O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu*, Warszawa 1961; Gurgul J., *Obrona konieczna. Problemy prawno-materialne i procesowe oraz z zakresu nauk pomostowych*, „Problemy Kryminalistyki" 1997, nr 217; Hajdys P., Kotkowski T., *Obrona konieczna: niedostrzeżona rewolucja*, „Rzeczpospolita" 2010, 3 grudnia; Hofmański P., *W sprawie nowelizacji przepisów o obronie koniecznej*, w: P. Hofmański (red.), *Z problematyki prawa karnego*, Białystok 1994; Hryniewicz E., *Czy zgoda dysponenta dobra może wyłączyć bezprawność czynu?*, Prok. i Pr. 2014, nr 9; Hryniewicz E., Zawłocki R., *Nieumyślność bankructwa jako podstawa odpowiedzialności karnej*, MoP 2006, nr 6; Indecki K., Liszewska A., *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002; Iwańska B., *Warunki prawne dopuszczalności przeprowadzania eksperymentów medycznych*, PiP 2000, z. 2; Jaskuła A., *Uregulowanie błędu co do znamion typu czynu zabronionego w prawie karnym Polski i wybranych krajów europejskich*, CzPKiNP 1999, nr 2; Jędrzejewski Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000; Jędrzejewski Z., *Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność*, WPP 2006, nr 4; Jędrzejewski Z., *Nieświadomość bezprawności czynu*, WPP 2006, nr 3; Kaczmarek T., *O kontratypach raz jeszcze*, PiP 2009, z. 7; Kaczmarek T., *Spory wokół charakteru odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw popełnionych w warunkach zawinionej niepoczytalności*, PiP 2004, z. 1; Kardas P., *Regulacja błędu w projekcie kodeksu karnego*, PS 1992, nr 1; Kardas P., *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, PS 2005, nr 10; Kliś M., *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, CzPKiNP 1999, nr 9; Kolasiński B., *Szczególny wypadek przekroczenia granic obrony koniecznej (art. 25 § 3 k.k.)*, Prok. i Pr. 2000, nr 1; Kolasiński B., Korecka D., *Obrona konieczna w świetle judykatury i doktryny*, „Prokurator" 2004, nr 4; Konieczniak P., *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013; Kozarska-Dworska J., *Psychopatia jako problem kryminologiczny*, Warszawa 1977; Królikowski M., *Okoliczności wyłączające bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej*, CzPKiNP 2010, nr 2; Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2010, 2011; Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2015; Krukowski A., *Obrona konieczna na tle prawa polskiego*, Warszawa 1965; Krukowski A., *Obrona konieczna wobec bezprawnego działania funkcjonariusza publicznego*, Pal. 1972, nr 10; Kubiak R., *Czy istnieje „kontratyp zwyczaju"?*, Prok. i Pr. 2015, nr 7–8; Kubiak R., *Kontratyp dozwolonego eksperymentu w świetle teorii kolizji dóbr i opłacalności społecznej*, PiP 2005, z. 12; Kubiak R., *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, Pal. 1998, nr 7–8; Kubiak R., *Zbieg kontratypu dozwolonego eksperymentu z innymi okolicznościami wyłączającymi bezprawność*, PiP 2002, z. 11; Kubiak R., *Zgoda uczestnika eksperymentu*, PiM 2000, nr 8; Kubicki L., *Medyczny eksperyment badawczy (warunki dopuszczalności w prawie polskim)*, PiP 1988, z. 7; Kulesza J., *Glosa do wyroku SN z dnia 17 stycznia 2013 r., V KK 99/12*, Prok. i Pr. 2014, nr 4; Kulesza J., *Glosa do wyroku TK z 30 września 2008 r., K 44/07*, PiP 2009, z. 9; Lachowski J., *Czy konsekwentnie oddzielono stronę podmiotową od winy w kodeksie karnym z 1997 r.?*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012; Lachowski J., *Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k.*, PiP 2014, z. 1; Lachowski J., *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005; Lachowski J., Oczkowski T., *Sporne problemy wykładni przepisów o przestępstwie nadużycia zaufania (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, PS 2002, nr 5; Liszewska A., *Strona podmiotowa czynu i wina a niepoczytalność*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012; Łuniewski W., *Stan wyższej konieczności a zasada proporcjonalności dóbr*, Pal. 2002, nr 3–4; Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015; Majewski J., *Nieumyślność a brak umyślności*, w: J. Majewski (red.), *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2012; Majewski J. (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2008; Majewski J., *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002; Malinowski A., *Podstawowe zagadnienia w orzecznictwie sądowo-psychiatrycznym. Kompendium dla lekarzy i prawników*, Warszawa 1961; Małecki M., *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle*

nowelizacji art. 28 § 1 k.k., e-CzPKiNP 2015, nr 1; Małecki M., *Zmiany w zasadach odpowiedzialności*, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015; Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006; Marek A., *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999; Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979; Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008; Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2006; Marek A., Satko J., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Przegląd problematyki. Orzecznictwo SN 1918–99. Piśmiennictwo*, Kraków 2000; Mącior W., *Nieświadomość bezprawności czynu a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, z. 10; Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014; Mozgawa M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Kraków 2006; Nietyksza B., *Eksperyment – ryzyko – odpowiedzialność karna. W świetle badań nad czynnikami organizacyjnymi, ekonomicznymi, technicznymi, społecznymi i prawnymi: (na przykładzie przemysłu budowlanego)*, Warszawa 1967; Palka P., *Błąd co do okoliczności faktycznych (error facti)*, Prok. i Pr. 2002, nr 4; Palka P., *Błąd co do prawnej oceny czynu (error iuris) – art. 30 k.k.*, Prok. i Pr. 2002, nr 9; Paprzycki L.K., *Problematyka psychiatryczna w nowej kodyfikacji karnej*, Prok. i Pr. 1997, nr 11; Paprzycki L.K., *Udział biegłego psychologa w polskim procesie karnym*, Pal. 1998, nr 11–12; Pieter J., Słownik psychologiczny, Ossolineum 1963; Plebanek E., *O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności*, CzPKiNP 2006, nr 1; Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2013; Pohl Ł., *Błąd co do znamion czynu zabronionego*, w: L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego*, t. 4, *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013; Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013; Popławski H., *Obrona konieczna w bójce*, NP 1979, nr 7–8; Przybysz J., *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym. Podręcznik dla lekarzy i prawników*, Toruń 2003; Rejman G. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999; Spotowski A., *Stan wyższej konieczności a kontratyp dozwolonego ryzyka*, PiP 1990, z. 1; Spotowski A., *Zgoda uczestnika eksperymentu leczniczego podejmowanego w ramach dozwolonego ryzyka*, NP 1987, nr 11–12; Szafraniec M., *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, Kraków 2004; Szczepaniec M., *Przekroczenie granic obrony koniecznej motywowane strachem lub wzburzeniem usprawiedliwionym okolicznościami zamachu*, Prok. i Pr. 2000, nr 9; Szczepaniec M., *Regulacja błędu co do kontratypu w polskim prawie karnym*, CzPKiNP 2000, nr 2; Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1979; Świda W., *Prawo karne*, Warszawa 1986; Tabaszewski T., *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, Prok. i Pr. 2010, nr 12; Tarnawski M., *Zmniejszona poczytalność sprawcy przestępstwa*, Warszawa 1976; Teleszewska M., *Przekroczenie granic obrony koniecznej wynikające ze strachu lub silnego wzburzenia*, MoP 2013, nr 24; Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, 2005; Waszczyński J. (red.), *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1979; Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, *Art. 1–31*, Gdańsk 1999; Wąsek A., *Sporne kwestie stanu wyższej konieczności w prawie karnym*, PPK 1992, nr 7; Wąsek A., *Stany wyższej konieczności w części ogólnej projektu k.k. z 1991 r.*, w: S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993; Wąsek A., *Zaniechanie i obrona konieczna w prawie karnym*, Ann. UMCS 1972, t. XIX; Wierzbowski M., Wypych P., *Glosa do wyroku SN z 13 maja 2002 r., V KKN 141/01*, Pal. 2003, nr 3–4; Wilk L., *Aksjologiczne problemy stanu wyższej konieczności*, PiP 2008, z. 11; Wilk L., *Stan wyższej konieczności a przestępstwa podatkowe*, Pal. 1998, nr 5–6; Wilk L., *Stan wyższej konieczności w prawie karnym skarbowym*, Pal. 1999, nr 1–2; Wilkowska-Płóciennik A., *Niepoczytalność i ograniczenie poczytalności jako okoliczności wpływające na stopniowanie winy*, WPP 2006, nr 2; Wilkowska-Płóciennik A., *Wpływ ograniczenia poczytalności sprawcy na stopień winy i wymiar kary*, WPP 2008, nr 4; Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997; Wolter W., *Błąd co do kontratypu i co do bezprawności czynu*, RPEiS 1976, z. 4; Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965; Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973; Wolter W., *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości*, PiP 1963, z. 10; Wolter W., *Wokół problemu błędu w prawie karnym*, PiP 1983, z. 3; Wróbel W. (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015; Wróbel W., *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006; Wyrembak J., *Wykładnia prawa a błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego*, PS 2008, nr 2; Zawłocki R., *Kodeks karny „śmietnikowy"*, w: S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Olsztyn 2001; Zawłocki R., *Nieumyślność jako podstawa odpowiedzialności karnej – w poszukiwaniu kompromisu*, MoP 2008, nr 11; Zduński I., *Przesłanki ryzyka nowatorstwa*, Prok. i Pr. 2010, nr 10; Zduński I., *Wybrane zagadnienia prawnokarnej oceny ekonomicznych działań nowatorskich*, Prok. i Pr. 2009, nr 5; Zielińska E., *Powinność lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, PiM 2000, nr 5; Zoll A., *Charakter prawny przekroczenia granic obrony koniecznej*, w: V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Toruń 2010; Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004, Warsza-

wa 2012; Zoll A., *Kwalifikacja prawna czynu i wina niepoczytalnego sprawcy*, w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające winę. Materiały V Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2010; Zoll A., *Ogólne zasady odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego*, PiP 2012, nr 11; Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982; Zoll A., *O tak zwanych okolicznościach „wyłączających" bezprawność czynu*, PiP 2008, z. 10; Zoll A., *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej Kodeksu karnego*, PiP 2012, z. 11; Zoll A., *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, PiM 2003, nr 13; Zoll A., *Regulacja błędu w projekcie kodeksu karnego*, w: L. Tyszkiewcz (red.), *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, Katowice 1996; Zoll A., *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w praktyce lekarskiej*, PiM 2005, nr 2; Zoll A., *Strona podmiotowa i wina w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, w: A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003; Zoll A., *Typ czynu zabronionego charakteryzujący się nieumyślnością*, w: J. Majewski (red.), *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2012; Zoll A., *Uwagi o charakterze prawnym stanu wyższej konieczności*, St. Iur. 1994, t. XXI; Zoll A., *W sprawie kontratypów. Artykuł polemiczny*, PiP 2009, z. 4.

Uwagi wstępne

1. Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną zawarte w rozdziale III nawiązują do dwóch podstawowych przesłanek tej odpowiedzialności: bezprawności oraz winy.

Ich charakter jest różnorodny. Wyłączają one bądź bezprawność karną czynu (obrona konieczna – art. 25 § 1, stan wyższej konieczności – art. 26 § 1, kolizja obowiązków – art. 26 § 5, dopuszczalne ryzyko nowatorskie – art. 27), bądź winę (stan wyższej konieczności określony w art. 26 § 2, usprawiedliwiony błąd co do wystąpienia okoliczności wyłączającej bezprawność czynu lub winę – art. 29, usprawiedliwiony błąd co do bezprawności czynu – art. 30, niepoczytalność – art. 31 § 1, a także – pomimo istniejących wątpliwości, lecz w zgodzie z przyjętą konwencją – usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego – art. 28 § 1).

Bezprawność czynu rozpatrywać należy jedynie w kategoriach jakościowych w tym sensie, że czyn pozostaje bezprawny albo przymiotu takowego jest pozbawiony, nie może być on bowiem mniej lub bardziej bezprawny. Wina badana może być jednak także w ujęciu ilościowym, a to ze względu na jej stopniowalność. Czyn może zostać więc zawiniony przy jednoczesnej redukcji stopnia winy. W takim układzie nie dochodzi do wyłączenia winy, lecz jedynie do jej umniejszenia, wbrew zatem intytulacji komentowanego rozdziału brak będzie podstaw do wyłączenia odpowiedzialności karnej, pomimo jej łagodzenia. Przyjmując nieco uproszczoną optykę, pomijając w tym miejscu relacje zachodzące pomiędzy winą a zamiarem, z takimi przypadkami mamy do czynienia w odniesieniu do nieusprawiedliwionych błędów opisanych w art. 28 § 1, art. 29 oraz 30; usprawiedliwionego urojenia okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, od której zależy łagodniejsza odpowiedzialność; a także w przypadku poczytalności ograniczonej, o której mowa w art. 31 § 2.

Należy też zwrócić uwagę na charakter prawny art. 25 § 2 i art. 25 § 3. Artykuł 25 § 2 k.k. stanowi przykład tzw. sędziowskiego prawa darowania kary (lub jej złagodzenia), art. 25 § 3 zaś zawiera tzw. ustawową klauzulę bezkarności. Przynależą więc do tej części prawa karnego, która odnosi się do zagadnień wymiaru kary, a nie do zasad

wyłączających odpowiedzialność karną ze względu na brak bezprawności lub winy, choć wymiar kary redukowany jest przez wzgląd na umniejszenie winy właśnie, ewentualnie – jak wskazuje się także w doktrynie – ze względu na redukcję stopnia społecznej szkodliwości czynu popełnionego w warunkach art. 25 § 2 i 3 (szerzej P. Gensikowski, *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2011).

Na zasadniczą różnicę procesową osoby, w odniesieniu do której sąd musi odstąpić od wymierzenia kary, i osoby, która karze nie podlega, wskazują P. Hajdys i T. Kotkowski (*Obrona konieczna: niedostrzeżona rewolucja*, „Rzeczpospolita" 2010, 3 grudnia). W pierwszym z tych przypadków wina takiej osoby jest stwierdzana w postępowaniu karnym w sentencji wyroku skazującego, w drugim zaś wyrok skazujący nie może w ogóle zapaść, niepodleganie karze stanowi bowiem negatywną przesłankę procesową (*arg. ex* art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.).

2. Identyczność zachowania się danej osoby z opisem zachowania stypizowanym przez zespół znamion normy sankcjonowanej, przynależnej do tzw. części szczególnej prawa karnego, chociaż wskazuje na bezprawność karną takiego zachowania, będąc jej warunkiem *sine qua non*, bezprawności tej jednak nie przesądza. Norma taka jest bowiem składnikiem całości porządku prawnego i musi być z nim zharmonizowana (por. W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 136). Nie do pomyślenia byłaby bowiem sytuacja, w której prawo formułowałoby zakaz prawnokarny określonego czynu i równocześnie zezwolenie (a czasem wręcz nakaz) na czyn identyczny. Bezprawność bowiem, jako cecha normatywna czynu zabronionego prawnokarnie, musi być oceniana w kontekście całości systemu prawa, a nie jedynie przez typizację przewidzianą w określonym przepisie. Przepis prawa (niekoniecznie karnego) może zezwalać, przy spełnieniu pewnych dodatkowych warunków, na zachowania wyczerpujące skądinąd znamiona czynu zabronionego stypizowane przez konkretną normę prawnokarną.

Taka norma legalizująca jest więc swoistą *lex specialis* wobec normy prawnokarnej typizującej dane przestępstwo. Osoba działająca w takich warunkach, wyczerpując swoim zachowaniem znamiona typizujące dane zachowanie jako przestępstwo, dodatkowo „wyczerpuje znamiona" normy legalizującej takie zachowanie, detypizując tym samym tę normę, co w konsekwencji uchyla prawnokarną bezprawność jej czynu (por. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 198–199).

Słusznie więc w kontekście powyższego podnosił W. Wolter, że: „Przez kontratypy rozumiemy te i tylko te okoliczności, które, mimo że czyn wykazuje ustawowe znamiona czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, jednak powodują, że nie jest społecznie szkodliwy […], a tym samym bezprawny; są to więc okoliczności legalizujące czyn, generalnie uznany ze bezprawny" (tak W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 163).

Uwagi te nie deprecjonują znaczenia „odwiecznego" w nauce sporu o tzw. pierwotną czy wtórną legalność czynów popełnionych w warunkach kontratypowych

(zob. np. A. Zoll, *W sprawie kontratypów. Artykuł polemiczny*, PiP 2009, z. 4, s. 108–114, i polemicznie m.in. T. Kaczmarek, *O kontratypach raz jeszcze*, PiP 2009, z. 7, s. 91–99).

3. Norma detypizująca może być zwerbalizowana w przepisach prawa karnego, przepisach innej gałęzi prawa (np. samopomoc legalna zwerbalizowana w przepisach prawa cywilnego) lub może bezpośrednio wynikać z powszechnie uznanych zasad obrotu prawnego dobrami chronionymi prawnie i inspirujących się brakiem ujemnej treści danych zachowań w określonej sytuacji i niecelowością ich penalizacji (tzw. kontratypy pozaustawowe – inaczej K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 1998, s. 204–205).

Warto jednak zwrócić uwagę, że w doktrynie polskiej można spotkać się z poglądem, że należałoby odrzucić wysuwane niekiedy koncepcje tworzenia przez doktrynę i orzecznictwo tzw. kontratypów pozaustawowych (np. twórczości artystycznej, zwyczajowych gratyfikacji czy zwyczaju tzw. śmigusa-dyngusa), byłoby to bowiem niedopuszczalnym wkraczaniem w zakres kompetencji ustawodawcy i groziło „rozluźnieniem" rygorów prawa, ale przede wszystkim byłoby niemożliwe z punktu widzenia obowiązujących norm: skoro tylko norma ustawowa może określony typ zachowania uczynić karnie bezprawnym, to także uchylenie bezprawności wymaga odpowiedniej regulacji ustawowej (może ona wynikać z poświęconego tej kwestii przepisu ustawy lub z przepisów tworzących zezwolenie, uprawnienie lub obowiązek określonego zachowania). Należy dodać, że uchylenie przestępności drobnych czynów bezprawnych (np. zwyczajowe upominki, naruszenie nietykalności w obchodach śmigusa-dyngusa) może polegać jedynie na stwierdzeniu ich znikomej szkodliwości (art. 1 § 2), naturalnie przy spełnieniu określonych warunków (bliżej zob. A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Przegląd problematyki. Orzecznictwo SN 1918–99. Piśmiennictwo*, Kraków 2000, s. 45–47). P. Brzozowski zwraca uwagę na występującą w piśmiennictwie polskim polemikę między zwolennikami tej instytucji (elastyczność prawa) a jej przeciwnikami (względy sprawiedliwościowe i legalistyczne), prezentując podstawy pogłębionej refleksji w tym zakresie (zob. P. Brzozowski, *Pozaustawowe kontratypy – zarys problematyki*, St. Praw. 2013, nr 4).

Z jednej strony wydaje się, że próby konfrontowania kontratypów pozaustawowych z zasadami prawa karnego, zmierzające do zanegowania ich racji bytu, także przez wzgląd na kompetencje ustawodawcy w tym zakresie, są zbyt skrajne. Z drugiej jednak strony tego typu okoliczności uchylające bezprawność musiałyby zostać poddane kognicji przez pryzmat elementu materialnego w strukturze przestępstwa w sposób zgeneralizowany i abstrakcyjny, a nie taka jest rola tego elementu, uznanie zaś *a priori*, że zachowania lokowane w polu kontratypów pozaustawowych są pozbawione *en bloc* społecznej szkodliwości – budzi zastrzeżenia. Przy takim ujęciu inną jeszcze sprawą jest to, co tak naprawdę miałby uchylać ów kontratyp pozaustawowy: czy – jak każdy kontratyp – bezprawność kryminalną czynu, czy może społeczną jego szkodliwość? Można byłoby oczywiście – jak chyba chce tego W. Wolter – zatrzeć różnicę w tym względzie, uznając, że zdekompletowanie struktury przestępnej objętej zachowaniem kontratypowym zasadza się na dodatnim jego wartościowaniu z punktu widzenia elementu materialnego w strukturze definicyj-

nej przestępstwa. Takie postawienie sprawy zburzyłoby jednak klasyczną triadę okoliczności uchylających odpowiedzialność karną, w ramach której wyodrębnia się uchylenie bezprawności, winy i wyłączenie społecznej szkodliwości czynu (zob. np. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 116–117). To z kolei oznaczałoby, że konstrukcje kontratypowe byłyby właściwe zbędne, ponieważ o zniesieniu odpowiedzialności karnej w każdym przypadku można byłoby rozstrzygać na podstawie właśnie społecznej szkodliwości czynu, a nie o to chyba chodzi. Ostatecznie mamy w zasadzie alternatywę: uznać, że kontratypy pozaustawowe uchylają bezprawność czynu albo społeczną jego szkodliwość, wówczas jednak desygnat „kontratyp" byłby nie do końca na miejscu. Oczywiście nie można tracić z pola widzenia faktu, że u podstaw aksjologicznych każdego kontratypu tkwi społeczne uznanie dla zachowania nim objętego. Rzecz jednak w tym, że w przypadku kontratypów ustawowych okoliczność ta pozostaje niejako w tle, ustawodawca konstruuje bowiem wyraźne ich ramy instytucjonalne, więc poszukiwane dodatkowego uzasadnienia racji ich bytu wydaje się – zwłaszcza w praktyce wymiaru sprawiedliwości – zbędne, czego już nie dałoby się powiedzieć o kontratypach pozaustawowych.

W niektórych opracowaniach do kontratypów zalicza się także działanie w granicach szczególnych uprawnień i obowiązków (zob. J. Gierula, *Kontratyp działania w granicach szczególnych uprawnień i obowiązków*, cz. 1, Pal. 2013, nr 1–2). Nie są to jednak kontratypy pozaustawowe, znajdują one bowiem swoje źródło w przepisach, które zawarte są nie w części ogólnej kodeksu karnego, lecz wielu innych gałęzi prawa, zatem obok prawa karnego – także prawa cywilnego, administracyjnego, finansowego. Ich istota sprowadza się do konieczności zapewnienia braku sprzeczności wewnątrz całego systemu prawa. Przepisy takie dopuszczają określone zachowania określonych osób w określonych sytuacjach, jest zaś bezsporne, że prawo nie może jednocześnie zezwalać na dane zachowanie oraz go zabraniać. W takich przypadkach regulacja prawnokarna musi ustąpić przed taką regulacją, gdyż jest od niej poniekąd „słabsza", niemożliwe zaś jest, by ten sam czyn w ramach globalnego porządku prawnego był równocześnie dozwolony i zakazany pod groźbą kary. Bezprawność – jako cecha normatywna czynu zabronionego przez prawo karne – musi być oceniana w kontekście całości systemu prawa, ten zaś, kto swoim zachowaniem wyczerpuje wprawdzie znamiona przedmiotowe czynu zabronionego, ale też równocześnie znamiona normy legalizującej takie zachowanie, nie może odpowiadać karnie. Jeśli działa on zgodnie z wymaganiem, jakie dana norma zawiera, wówczas nie może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za to, na co prawo mu zezwala, a nawet co mu często nakazuje. Nie jest to jednak klasyczny mechanizm kontratypowy. O szczegółowych relacjach, które mogą z takich zachowań wynikać – zob. J. Kulesza, *Glosa do wyroku SN z 17 stycznia 2013 r., V KK 99/12*, Prok. i Pr. 2014, nr 4.

Uproszczeniem jest pogląd, że kontratyp nie może wynikać „z przepisów", ponieważ jeśli przepisy prawne dozwalają np. prowadzić walki bokserskie z zachowaniem przyjętych w nich reguł, to jest to działanie zgodne z prawem. Działanie zgodne z prawem nie może być zaś bezprawne ani tym bardziej karalne, a zatem nie wymaga przywracania legalności za pomocą konstrukcji kontratypu (zob. E. Plebanek, *O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności*, CzPKiNP 2006, nr 1). Prze-

pisy zezwalają bowiem na toczenie tych walk zgodnie z regulaminem, ale nie zezwalają na spowodowanie w ich wyniku określonych obrażeń ciała, rozstroju zdrowia czy nawet śmierci zawodników. Aby więc wyłączyć bezprawność takiego skutku, niezbędny jest mechanizm kontratypowy „uruchomiony" przez te przepisy.

Obok kontratypów zwerbalizowanych w rozdziale III kodeks karny zawiera normy kontratypowe w przepisach zamieszczonych w innych jego częściach – zob. art. 213 § 2 (dozwolona krytyka, dopuszczalne pomawianie) i art. 319 (ostateczna potrzeba wojskowa).

4. Zgodnie z intencją kodeksu karnego istotą winy jest zarzucalność określonego zachowania, tj. zarzucalność danej umyślności (zamiaru) lub nieumyślności (niezachowania wymaganej ostrożności przy możliwości jej zachowania). Zarzucalność ta możliwa jest jednak tylko wtedy, gdy sprawca w chwili popełniania czynu ma zarówno podmiotową zdolność do podjęcia zamiaru stanowiącego podstawę takiego zarzutu lub do zachowania wymaganej w danej sytuacji ostrożności (jest poczytalny i nie jest nieletni), jak i nie znajduje się w anormalnej sytuacji motywacyjnej wynikającej z nacisku zewnętrznego na jego procesy decyzyjne (np. stan wyższej konieczności opisany w art. 26 § 2), lub z faktu, że jego zasób informacji co do okoliczności związanych z czynem jest w danym momencie niewystarczający (błąd).

5. Pomijając chwilowo w tym miejscu zdolność do rozpoznania bezprawności przedsiębranego czynu, powiedzieć trzeba, że praktyczne skutki obu tych grup okoliczności są dla osób działających w ich ramach identyczne (wyłączenie odpowiedzialności karnej), istnieje jednak między nimi zasadnicza różnica. Pierwsze powodują wyłączenie prawnokarnej bezprawności czynu, drugie zaś bezprawności takiej nie wyłączają, co oznacza, że wobec czynów takich osób mogą być stosowane działania kontratypowe (np. obrona konieczna przeciwko czynowi osoby niepoczytalnej).

Art. 25. [Kontratyp obrony koniecznej]

§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiekolwiek dobro chronione prawem.
§ 2. W razie przekroczenia granic obrony koniecznej, w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.
§ 3. Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu.
§ 4–5. (uchylone).

1. Obrona konieczna jest jednym z podstawowych praw człowieka (por. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 168; także tenże, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 67). Nadaje to jej swoistą dynamikę i kształtuje sposób wykładni.

2. Zręby konstrukcji normatywnej obrony koniecznej w stosunku do poprzednio obowiązującego kodeksu karnego z 1969 r. nie uległy zmianie. Jest ona odparciem bezpośredniego, bezprawnego i rzeczywistego zamachu na jakiekolwiek dobro chronione prawem.

3. O obronie koniecznej możemy mówić zarówno przy odpieraniu zamachu na dobro własne (tzw. obrona własna), jak i cudze, także społeczne (tzw. pomoc konieczna).

4. Zamachem jest każdy czyn człowieka skierowany ku temu, by istniejący stan zmienić przez naruszenie dobra prawnego lub stworzenie sytuacji realnie grożącej niebezpieczeństwem takiego naruszenia.

5. Najczęściej zamach przybiera formę działania połączonego ze stosowaniem przymusu fizycznego, może nim być jednak także agresja słowna (np. groźba czy wypowiadanie obelżywych słów). Może on również przybrać formę zaniechania, gdy grozi ono spowodowaniem kryminalnie bezprawnego skutku lub oznacza utrzymywanie bezprawnego stanu, np. bierny opór przeciwko opuszczeniu zajmowanego bezprawnie pomieszczenia (por. wyrok SN z 22 sierpnia 1996 r., IV KKN 48/96, OSP 1997, z. 10, poz. 187).

W związku z treścią art. 2 zaniechanie w formie niewykonania obowiązku można potraktować jako zamach uzasadniający zastosowanie obrony koniecznej tylko wtedy, gdy z sytuacji wynika, że naruszeniu dobra chronionego prawnie może zapobiec jedynie osoba, na której taki obowiązek ciążył, a która dopuszcza się zaniechania jego wykonania (np. ojciec dziecka odmawia poddania się transfuzji krwi w celu ratowania jego życia – por. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 250).

6. Zamach musi być rzeczywisty, tj. musi istnieć obiektywnie, a nie być jedynie wytworem wyobraźni osoby czującej się zaatakowaną. W takim bowiem wypadku może znaleźć zastosowanie co najwyżej art. 29 (tzw. błąd co do kontratypu).

Zamach jest bezprawny wtedy, gdy czyn (działanie lub zaniechanie) będący jego emanacją narusza zakaz prawny podejmowania określonych zachowań lub stanowi niewykonanie prawnego nakazu ich podjęcia. Zakaz lub nakaz taki może wynikać z normy prawnokarnej, ale jego źródłem mogą być także inne normy prawa powszechnego (cywilnego, administracyjnego itp.).

Do stosowania obrony koniecznej nie jest jednak wymagane, aby zamach był zawiniony przez sprawcę, a tym bardziej nie ma znaczenia, z jaką formą jego zawinienia będziemy mieli do czynienia (umyślność czy nieumyślność).

7. Obrona konieczna przeciwko działaniom funkcjonariusza publicznego nie jest z reguły dopuszczalna, gdyż działania te co do zasady nie są bezprawne. Będzie ona jednak dopuszczalna przy alternatywnym zaistnieniu jednej z dwóch okoliczności:

1) określone działania podjęte przez funkcjonariusza nie mieściły się w zakresie jego uprawnień służbowych, a więc nie przysługuje im nawet domniemanie legalności;

2) działania takie stanowią nadużycie przez funkcjonariusza jego uprawnień służbowych, a w szczególności świadome naruszenie procedur przewidzianych dla realizacji tych uprawnień (np. policjant bije zatrzymanego pałką po głowie – zob. wyrok SN z 2 grudnia 1972 r., Rw 1236/72, niepubl.).

W tych wypadkach działania funkcjonariusza tracą charakter czynności prawnych i stają się bezprawnym zamachem, w pełni uzasadniającym możliwość jego odparcia na zasadzie obrony koniecznej.

Nie można jednak powoływać się na obronę konieczną, gdy funkcjonariusz publiczny działa w granicach swoich uprawnień i zgodnie z przewidzianymi procedurami, lecz obiektywnie błędnie (np. pomyłkowo zatrzymuje pod zarzutem popełnienia przestępstwa inną osobę, niż należało). Jeśli jednak adresat takiego działania poniósłby w związku z nim poważny i niedający się restytuować w drodze prawnej uszczerbek swoich dóbr, możliwe jest czynne przeciwstawienie się takim działaniom funkcjonariusza na podstawie art. 26 § 1 (stan wyższej konieczności), co ma praktyczne znaczenie przez wzgląd na subsydiarny charakter stanu wyższej konieczności, którego brak obronie koniecznej.

8. Wykluczona jest w zasadzie możliwość przyjęcia działania w obronie koniecznej w wypadku uczestnictwa w bójce, gdyż ta jest przedsięwzięciem bezprawnym (zob. wyrok SA w Katowicach z 19 października 2005 r., II AKa 344/05, LEX nr 567433). Możliwość powołania się na ten kontratyp zachodzi wtedy, gdy osoba włączająca się do bójki występuje w celu przywrócenia porządku publicznego i uśmierzenia owego bezprawnego zdarzenia, a nie np. przyjścia z pomocą jednemu z jej uczestników (por. wyrok SN z 26 lipca 1971 r., IV KR 119/71, OSNKW 1971, nr 12, poz. 190, a także wyrok SN z 2 kwietnia 2009 r., IV KK 397/08, Biul. PK 2009, nr 6, s. 29) lub gdy osoba biorąca udział w bójce z zamiarem zaprzestania dalszego bicia poniechała wszelkich działań agresywnych, a następnie została zaatakowana przez pozostałych uczestników bójki.

Powyższy mechanizm jest w istocie pewnym uproszczeniem, ten bowiem, kto włącza się do bójki dla przywrócenia porządku, oraz ten, kto z bójki się wycofuje, jej uczestnikiem nie jest (w pierwszym przypadku – jeszcze nie jest, o ile w ogóle będzie; w drugim – już nie jest). W sumie więc, przy takim ujęciu, jako zasadne jawi się przyjęcie, że uczestnikom bójki prawo do obrony koniecznej nigdy nie przysługuje (z zastrzeżeniem poniższego twierdzenia, zdanie drugie).

W wypadku gdy w starciu uczestniczą dwie osoby, które dobrowolnie podejmują walkę wręcz, a brak podstaw do przyjęcia, że jedna z nich dokonuje zamachu na życie lub zdrowie drugiego uczestnika walki, druga zaś działa w obronie koniecznej, fakt występowania uczestnika walki w podwójnej roli (napastnika i napadniętego) nie pozwala na przyjęcie, że zaistniała sytuacja uprawnia jednego z walczących do bezkarnego działania pozostającego pod ochroną art. 22 [obecnie art. 25 – przyp. M.B., M.F.] – zob. wyrok SN z 9 czerwca 1988 r., I KR 168/88, „Gazeta Prawnicza" 1989, nr 2, s. 6; wyrok SA w Katowicach z 23 sierpnia 2001 r., II AKa 282/01, Prok. i Pr.-wkł. 2002, nr 7–8,

poz. 14; wyrok SA w Krakowie z 5 grudnia 2003 r., II AKa 256/03, KZS 2004, z. 1, poz. 26. Jednakże i podczas wzajemnej bijatyki może powstać sytuacja, która uprawni jedną ze stron do działania w obronie koniecznej (np. jeden z adwersarzy sięgnie po nóż, broń itp., co zasadniczo zmienia dotychczasową dynamikę i scenariusz bójki) – zob. wyrok SN z 27 maja 1925 r., KR 125/25, OSP 1925, poz. 518).

9. Funkcjonariusz publiczny (np. policjant) nie jest pozbawiony możliwości powołania się na działanie w obronie koniecznej. Może on być także obiektem bezprawnego zamachu. W wypadku gdy działa w celu przywrócenia ładu i porządku publicznego lub wykonuje inne obowiązki służbowe, podstawę prawną jego działań stanowi kontratyp tzw. realizacji obowiązków służbowych. Ocena legalności tych działań (a tym samym wyłączenie ewentualnej odpowiedzialności karnej za ich skutki) opiera się na tym właśnie kontratypie, a nie na kontratypie obrony koniecznej, który jest przezeń niejako „wyprzedzony". O legalności tych działań decydują przepisy określające sposób realizacji tych obowiązków. Odnosi się to zwłaszcza do użycia podczas takich działań broni palnej (kwestię dopuszczalności jej użycia w takich przypadkach regulował art. 17 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm., obecnie zaś – po jego uchyleniu przez art. 59 pkt 3 ustawy z 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 628 ze zm. – rozstrzyga o tym art. 45 tejże ustawy) – zob. postanowienie SN z 27 października 1994 r., III KRN 144/94, OSNKW 1995, nr 1–2, poz. 3.

Na działanie w ramach kontratypu obrony koniecznej funkcjonariusz publiczny będzie się mógł powołać dopiero wtedy, gdy mimo prawidłowego realizowania procedur wynikających z obowiązków służbowych powstała sytuacja uzasadniająca zastosowanie obrony koniecznej, a funkcjonariusz stał się obiektem bezpośredniego, rzeczywistego i bezprawnego zamachu. Interesujące stanowisko zajął w zbliżonej kwestii SA w Katowicach w wyroku z 24 czerwca 2008 r., II AKa 41/08, KZS 2008, z. 9, poz. 51, odnośnie do tzw. pacyfikacji milicyjnych w okresie stanu wojennego, stwierdzając, że „w sytuacji gdy prowadzona pacyfikacja nie stanowiła akcji o charakterze obronnym, a była typowym działaniem zaczepnym nie można mówić o obronie koniecznej. Ten, kto przewidując możliwość zamachu i mogąc tego uniknąć doprowadza do sytuacji umożliwiającej jego dokonanie, wychodzi mu «naprzeciw», prowokując niejako napastnika do zamachu nie może powoływać się na obronę konieczną".

10. Zamach jest bezpośredni nie tylko wtedy, gdy dane dobro prawnie chronione zostało już wprost zaatakowane (np. na osobę zaatakowaną spadły pierwsze ciosy), ale i wtedy, gdy z przebiegu całego zdarzenia wynika wysoki stopień prawdopodobieństwa, że dobro to zostanie zaatakowane natychmiast. Musi tu istnieć wysoce spotencjonalizowane niebezpieczeństwo takiego ataku, co oznacza, że wystarcza sam stan wysokiego zagrożenia naruszenia dobra. Zamach taki rozpoczyna się już w chwili, gdy zachowanie sprawcy ukierunkowane na naruszenie dobra prawnego jest tak zaawansowane, że brak przeciwdziałania doprowadzi do istotnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego (podobnie W. Grzeszczyk, *Zamach uzasadniający prawo do obrony koniecznej*, Prok. i Pr. 2000, nr 5, s. 129). Bezpośredniość zamachu zachodzi, gdy czyn napastnika przeszedł z fazy

przygotowania do fazy usiłowania (zob. wyroki SN: z 11 grudnia 1978 r., II KR 266/78, OSNKW 1979, nr 6, poz. 65; z 31 marca 1988 r., I KR 60/88, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 64; z 24 lipca 1997 r., III KKN 261/96, Prok. i Pr.-wkł. 1998, nr 1, poz. 1; z 4 lutego 2002 r., V KKN 507/99, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 38). Nie może jednak na obronę konieczną powołać się osoba, która instaluje urządzenia mogące spowodować śmierć lub uszczerbek na zdrowiu potencjalnego napastnika (np. złodzieja domowego), gdyż nie ma tu bezpośredniego zagrożenia (podobnie W. Grzeszczyk, *Zamach…*, s. 130). Pogląd, że art. 25 nie nakłada obowiązku osobistego udziału w działaniu obronnym – a więc nieuprawnione jest odmówienie prawa do obrony koniecznej w przypadku zastosowania urządzeń technicznych, w treści art. 25 bowiem takiego zawężenia dopatrzeć się nie sposób – wydaje się zbyt daleko idący (jako że bezpośredniości zamachu nie można domniemywać), choć z pewnością godny uwagi (zob. np. J. Wawrowski, *Obrona konieczna a zabezpieczenia techniczne*, Prok. i Pr. 2006, nr 9, s. 33).

Granicami bezpośredniości nie są więc dosłownie i motorycznie pojmowane granice rozpoczęcia i zakończenia ataku naruszającego dane dobro, lecz granice powstania i – odpowiednio – ustania bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra chronionego prawem (zob. postanowienie SN z 1 lutego 2006 r., V KK 238/05, OSNKW 2006, nr 3, poz. 29). Możliwe jest stosowanie obrony koniecznej także wtedy, gdy zamach wprawdzie już się zakończył, jednak wywołany nim stan bezprawny trwa dalej (np. bezprawne pozbawienie wolności, ucieczka złodzieja z łupem). Bezpośredniość zamachu istnieje również wówczas, gdy po pierwszym ataku i krótkiej przerwie napastnik zmierza do powtórzenia ataku, a istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa, że zamiar swój zrealizuje natychmiast lub w najbliższej chwili (por. wyrok SN z 8 lutego 1985 r., IV KR 18/85, OSNKW 1985, nr 11–12, poz. 92; por. też wyrok SA w Krakowie z 6 października 2004 r., II AKa 183/04, Prok. i Pr.-wkł. 2005, nr 6, poz. 11). O tym, czy istnieje bezprawny i bezpośredni zamach na dobro chronione prawem, decyduje zachowanie osoby atakującej w całym przebiegu zdarzenia, a nie tylko ten fragment, który odnosi się do podjęcia akcji obronnej przez osobę zaatakowaną (zob. wyrok SN z 31 marca 1988 r., I KR 60/88, OSNKW 1998, nr 9–10, poz. 64).

W wypadku przestępstw trwałych obrona konieczna jest dopuszczalna przez cały czas trwania stanu bezprawnego wywołanego przez sprawcę (np. bezprawne pozbawienie człowieka wolności). W przypadku zachowań składających się na przestępstwo ciągłe obrona konieczna dopuszczalna jest jedynie wobec konkretnych zachowań (czynów) składających się na to przestępstwo, a nie w okresie przerw między tymi zachowaniami, które mogą trwać nawet wiele dni lub tygodni. W wypadku przestępstw wieloczynowych, np. znęcania się nad członkiem rodziny lub osobą zależną, obrona konieczna jest dopuszczalna jedynie wobec konkretnych aktów znęcania się, gdyż tylko one stanowią bezpośredni zamach. Nie można natomiast rozciągnąć prawa do czynnej obrony na okresy przerw między poszczególnymi zamachami. Dopóki niebezpieczeństwo nie ma charakteru bezpośredniego i realnego, dopóty obrona konieczna nie przysługuje – prawo karne nie przewiduje bowiem tzw. obrony wyprzedzającej (zob. A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 60 i n.).

11. Cechą obrony koniecznej jest jej samoistność, będąca przeciwieństwem subsydiarności. Jest ona prawem broniącego się i może według jego decyzji być stosowana wszędzie tam, gdzie spotka się on z bezprawnym, rzeczywistym i bezpośrednim zamachem na dobro chronione prawem, nawet gdyby niebezpieczeństwa płynącego z tego zamachu można uniknąć w drodze ucieczki czy prostego uchylenia się (zob. wyrok SA w Katowicach z 16 grudnia 2004 r., II AKa 420/04, Prok. i Pr.-wkł. 2006, nr 1, poz. 18). Ma ona na celu nie tylko ochronę przed niebezpieczeństwem, lecz także kształtowanie zasady, że prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem (zasada *vim vi repellere licet*) – zob. wyrok SN z 27 lipca 1973 r., IV KR 153/73, OSNKW 1974, nr 1, poz. 5, a także wyrok SA w Lublinie z 22 października 2008 r., II AKa 220/08, LEX nr 477862. Stanowisko wyrażone w wyroku SA w Katowicach z 17 kwietnia 2003 r., II AKa 63/03, KZS 2003, z. 11, poz. 39, że „sprawiedliwa obrona konieczna nie zachodzi, gdy sprawca rozmyślnie wystawia się na napad, jakkolwiek łatwo mógł go uniknąć", jest odosobnione. Pogląd o subsydiarności obrony koniecznej jednoznacznie odrzuca SN w wyroku z 9 kwietnia 2002 r., V KKN 266/00, LEX nr 52941.

Broniący się musi jednak działać w celu odparcia zamachu, tj. musi być świadomy jego istnienia i chcieć go odeprzeć (zob. wyroki SN: z 30 grudnia 1972 r., Rw 1312/72, OSNKW 1973, nr 5, poz. 69; z 19 lutego 1997 r., IV KKN 292/96, Prok. i Pr.-wkł. 1997, nr 7–8, poz. 1, a także wyrok SA w Katowicach z 18 września 2008 r., II AKa 236/08, Prok. i Pr.-wkł. 2009, nr 6, poz. 44), co eliminuje wszelkie akty zemsty, samosądu itp.

W konsekwencji też odpieranie zamachu – choćby spełniał on wymóg bezprawności, bezpośredniości i rzeczywistości – nie uwolni sprawcy od odpowiedzialności karnej ani jej nie zredukuje, jeżeli okoliczność, że faktycznie działa on w warunkach kontratypu nie znajdzie odbicia w jego świadomości. Mimo kategorycznych twierdzeń formułowanych w tym względzie przez część doktryny kwestią otwartą zdaje się pozostawać, czy w takiej sytuacji sprawca ma odpowiadać za zwykłe przestępstwo, czy jednak odpowiedzialność ta powinna być rekonstruowana na zasadzie usiłowania nieudolnego (por. W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 141–142).

W praktyce odpieranie zamachu będzie najczęściej polegało na działaniu, wykluczyć jednak nie można – w specyficznym układzie sytuacyjnym – obrony przez zaniechanie, np. właściciel psa nie powstrzymuje zwierzęcia, które samoistnie rzuciło się na zamachowca (por. M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 85 i wskazane tam odesłanie bibliograficzne).

Dla stwierdzenia działania w obronie koniecznej nie jest jednak wymagane przemyślane działanie nakierowane na odparcie zamachu – wystarcza działanie bez przemyślenia, nagła reakcja obronna w sytuacji zagrożenia, gdy zaatakowany uświadamia sobie zamach i z własnej woli podejmuje obronę (zob. wyrok SA w Krakowie z 5 października 2006 r., II AKa 140/06, Prok. i Pr.-wkł. 2007, nr 4, poz. 15).

Jeśli więc dana osoba świadomie prowokuje inną, aby ta ją zaatakowała, po to, by następnie – pod pozorem obrony koniecznej – naruszyć jej dobro chronione prawem, nie będzie mogła powołać się na obronę konieczną. Jeśli jednak nie miała takiego zamiaru, choć jej zachowanie obiektywnie sprowokowało napastnika, możliwe jest przyjęcie obrony koniecznej.

12. Przy obronie koniecznej nie ma zastosowania ani zasada subsydiarności, ani zasada proporcjonalności dóbr (wyrok SN z 12 października 1960 r., IV K 582/60, PiP 1961, z. 4–5, s. 836–838). Artykuł 25 § 1 nie wymaga proporcjonalności między wartością dobra zaatakowanego przez napastnika a wartością dobra naruszonego w wyniku stosowania obrony koniecznej. Z § 2 wynika jedynie warunek proporcjonalności sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu. Nie istnieją żadne jednoznaczne teoretyczne kryteria współmierności środków i sposobów obrony do niebezpieczeństwa zamachu. Prawidłowa ocena zależy zawsze od szczegółowej analizy konkretnego zdarzenia, a zwłaszcza dynamiki zamachu, która determinuje stopień zagrożenia (wyrok SA w Warszawie z 8 sierpnia 2002 r., II AKa 255/02, OSA 2003, z. 4, poz. 30). Dla oceny tego zamachu podstawowe znaczenie będzie mieć zarówno jego motoryczna intensywność, na którą złożą się takie cechy, jak: użyte przez napastnika środki, jego możliwości i kwalifikacje, determinacja w działaniu, element zaskoczenia, natężenie działań agresywnych, właściwości, jak i cechy atakującego i tym podobne okoliczności modalne zamachu (zob. A. Marek, *Prawo…*, 2006, s. 168, oraz wyroki SN: z 6 września 1989 r., II KR 39/89, OSNPG 1990, nr 2, poz. 16; z 17 września 1997 r., III KKN 316/96, KZS 1998, z. 3, poz. 11).

W doktrynie podnosi się niekiedy, że obrona konieczna – prócz ujęcia technicznego wynikającego wprost z art. 25 § 1 – **ma także swój wymiar społeczny (moralno-etyczny), limitujący prawo broniącego do obrony takich tylko dóbr, które nie pozostają w rażącej dysproporcji z dobrem naruszanym przez defensora** (tak np. L. Gardocki, *Prawo…*, 2015, s. 121). Konsekwencją takiego założenia staje się niekiedy także przyjęcie zasady względnej subsydiarności. Nie dewaluując powagi problemu, można jednak uznać, że taka interpretacja pozostaje w sprzeczności z rezultatami wykładni językowej art. 25 § 1, w sposób nieuprawniony (i chyba raczej niepożądany) ograniczając prawo napadniętego do obrony, do czego brak jest przyzwolenia społecznego i uzasadnienia kryminalnopolitycznego, w takiej bowiem sytuacji – przynajmniej w skrajnych przypadkach – prawo ustąpić musiałoby przed bezprawiem (por. uwaga 13 *in fine* oraz 14 *in fine*).

13. U źródeł wszelkich kontratypów leży rozważenie określonej kolizji dóbr z punktu widzenia społecznej celowości rozstrzygnięcia priorytetów wynikających z tej kolizji. Przy ocenie niebezpieczeństwa zamachu należy uwzględnić rozmiary szkody dla chronionego prawem dobra, którą może spowodować zamach. Niebezpieczeństwo zamachu jest więc sumą motorycznej intensywności zamachu oraz wartości zaatakowanego dobra, tj. rozmiarów uszczerbku, którego może doznać w jego wyniku. Niebezpieczeństwo zamachu będzie więc tym większe, im większa jest jego motoryczna intensywność (nawet przy niewielkiej wartości zaatakowanego dobra) lub im większa

jest wartość zaatakowanego dobra (nawet przy niewielkiej motorycznej intensywności zamachu) – zob. wyrok SN z 17 września 1997 r., III KKN 316/96. W tym też kontekście należy rozpatrywać problem obrony tzw. dóbr subminimalnych (o obiektywnie małej wartości). Wyłączanie z góry jednak możliwości obrony takich dóbr, jeśli ich efektywna obrona pociągałaby za sobą konieczność narażenia na niebezpieczeństwo cennych dóbr napastnika, jak np. życie czy zdrowie (co sugeruje J. Giezek, *Glosa do postanowienia SN z 3 stycznia 2002 r., IV KKN 635/97*, PiP 2002, z. 11, s. 106), nie wydaje się uzasadnione.

Ocena niebezpieczeństwa zamachu musi być dokonywana według kryteriów *ex ante*, a nie *ex post*, gdyż tylko z takiej perspektywy może ją ocenić zaatakowany.

14. W relacji do niebezpieczeństwa zamachu należy oceniać intensywność obrony. Ponieważ napadnięty ma nie tylko prawo do obrony, lecz także prawo do obrony skutecznej, może on użyć wszelkich środków i technik stwarzających realną szansę na odparcie zamachu, nawet gdyby napastnik nie używał takich środków i technik. Dopuszczalne jest użycie niebezpiecznego narzędzia nawet w sytuacji, gdy atakujący używa jedynie siły fizycznej, o ile napadnięty nie dysponuje innym środkiem obrony (zob. wyrok SA w Krakowie z 31 sierpnia 2005 r., II AKa 168/05, KZS 2005, z. 10, poz. 23). Osobie w czasie trwania bezprawnego ataku nie można stawiać przekraczających zdrowy rozsądek wymagań doboru narzędzi służących do odparcia ataku. Racjonalność takich ocen musi ulec modyfikacjom wynikającym z kolei z oceny konkretnych warunków, w jakich atak ma miejsce. Sposób odpierania ataku jest bowiem zwykle zdeterminowany czasem i miejscem takiej akcji oraz jej intensywnością i gwałtownością, ograniczającymi u atakowanego możliwość chłodnego rozumowania przy podejmowaniu decyzji co do sposobu obrony (zob. wyrok SA w Warszawie z 3 kwietnia 1997 r., II AKa 81/97, KZS 1997, z. 11–12, poz. 72). Osoba napadnięta ma prawo odpierać zamach wszelkimi dostępnymi środkami, które są konieczne do zmuszenia napastnika do odstąpienia od kontynuowania zamachu (zob. wyrok SN z 4 lutego 1972 r., IV KR 337/71, OSNKW 1972, nr 5, poz. 83). Fakt nielegalnego posiadania przez zaatakowanego broni palnej nie wyłącza możliwości posłużenia się nią w obronie koniecznej (zob. postanowienie SN z 17 czerwca 2003 r., II KK 42/03, OSNSK 2003, poz. 1305), odpieranie zamachu nie jest bowiem „rycerskim pojedynkiem" i to napastnika obciąża ryzyko szkodliwych dla niego następstw. Napadnięty ma prawo do obrony skutecznej – także gdy napastnik atakuje gołymi rękami. Nie można zaatakowanemu stawiać wymagań co do sposobu obrony czy doboru narzędzi, o ile mieszczą się one w granicach konieczności. Kwestia, w jakim stopniu zamach był niebezpieczny, to problem współmierności podjętych działań obronnych, a zatem granic obrony koniecznej, a nie samego prawa do obrony koniecznej (zob. wyrok SA w Lublinie z 18 sierpnia 2009 r., II AKa 99/09, KZS 2010, z. 11, poz. 52).

Przy ocenie relacji intensywności obrony do niebezpieczeństwa zamachu rozmiary szkody wyrządzonej przez broniącego się powinny być wzięte pod uwagę jedynie jako kryterium pomocnicze. Oceniając zdarzenie, nie wolno sugerować się przede wszyst-

kim rozmiarami tych następstw. Nieuzasadnione wydaje się więc stanowisko, zgodnie z którym poświęcenie życia napastnika możliwe jest jedynie wówczas, gdy zamach groził pozbawieniem wolności lub spowodowaniem śmierci albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (zob. P. Hofmański, *W sprawie nowelizacji przepisów o obronie koniecznej*, w: P. Hofmański (red.), *Z problematyki prawa karnego*, Białystok 1994, s. 79–102). W złagodzonej nieco formie (ograniczonej do umyślnego pozbawienia życia) reprezentuje je również A. Marek (w: *Prawo…*, 2006, s. 70; tenże, *Kodeks…*, 2005, s. 166–167) oraz A. Wąsek (*Kodeks…*, t. 1, 1999, s. 313).

Powołanie się przez jego zwolenników na art. 2 ust. 2 lit. a EKPCz wydaje się tu nieuzasadnione, gdyż z kontekstu tego przepisu wynika, że ma on zastosowanie raczej do relacji państwo – obywatel, a już w każdym razie odnosi się jedynie do przypadków umyślnego pozbawienia życia (zob. wyrok SA w Lublinie z 19 października 1999 r., II AKa 151/99, Prok. i Pr.-wkł. 2000, nr 3, poz. 23).

Oceniając proporcje między niebezpieczeństwem zamachu a współmiernością obrony, można się posłużyć kryterium minimum gwarancji skuteczności, tj. oceną, czy broniący się – z punktu widzenia ocenionego *ex ante* niebezpieczeństwa zamachu – użył środków gwarantujących mu sukces w jego odparciu możliwie „najtańszym kosztem" z punktu widzenia szkody, którą wyrządził napastnikowi. Zbliżone stanowisko zaprezentował SA w Krakowie w wyroku z 28 marca 2007 r., II AKa 23/07, Prok. i Pr.-wkł. 2007, nr 10, poz. 23). Interpretacja taka nie może jednak prowadzić nigdy do wykluczenia *a limine* możliwości zastosowania skutecznej obrony koniecznej, zwłaszcza w sytuacjach, gdy obiektywna wartość zaatakowanego dobra byłaby niewielka (zob. wyrok SA w Łodzi z 7 lutego 2006 r., II AKa 4/06, Prok. i Pr.-wkł. 2007, nr 5, poz. 34), utrwalałoby to bowiem „moralność drobnych złodziei" i przeczyłoby podstawom aksjologii obrony koniecznej.

15. Obok opisanego wprost w § 2 art. 25 tzw. ekscesu intensywnego (sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu) zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i doktryną występuje tam również tzw. eksces ekstensywny (obrona przedwczesna – *defensio antecedens* lub spóźniona – *defensio subsequens*), polegający na niezborności temporalnej obrony i zamachu. Ma on miejsce w wypadku stosowania obrony, gdy zamach nie wszedł jeszcze w fazę tworzącą zagrożenie dla chronionego dobra lub gdy zagrożenie to już nie istnieje, gdyż zamach się zakończył. Jeśli osoba działa w przeświadczeniu, że odpiera zamach (w związku z czym działa w warunkach okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną), co jednak nie zachodzi z braku obiektywnej bezpośredniości zamachu (urojona obrona konieczna), natomiast to obiektywnie błędne przeświadczenie jest jednak usprawiedliwione, to istnieje możliwość kwalifikacji takiego czynu nie na podstawie art. 25 § 2, lecz zgodnie z art. 29. Dla takiej osoby może się to okazać bardziej korzystne, gdyż wyrok, w którym sąd na podstawie art. 25 § 2 odstępuje od wymierzenia kary, jest wyrokiem skazującym, orzeczenie zaś wydane na podstawie art. 29 takiego charakteru nie ma (zob. A. Błachnio, *Krytycznie na temat tzw. defensio antecedens*, PiP 2005, z. 7).

Czyny popełnione w ramach wymienionych ekscesów są czynami bezprawnymi, a nie szczególnymi postaciami obrony koniecznej. Uwzględniając szczególną sytuację motywacyjną ich sprawców, sąd może jednak zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia (sędziowskie prawo darowania kary). Ponieważ mamy tu do czynienia z instytucją ze sfery tzw. sądowego wymiaru kary, sąd przy stosowaniu art. 25 § 2 pomocniczo może posłużyć się ogólnymi przesłankami opisanymi w art. 53. Aby zastosować przepis o ekscesach obrony koniecznej, niezbędne jest jednak wstępne stwierdzenie, że ekscedent działał w ramach ogólnych przedmiotowych warunków obrony koniecznej. Tam bowiem, gdzie w ogóle nie ma warunków obrony koniecznej, nie może powstać problem przekroczenia jej granic (wyrok SN z 24 września 1968 r., IV KR 167/68, OSNKW 1969, nr 2, poz. 26).

Do zastosowania art. 25 § 2 niezbędne jest, aby sprawca zawinił swój eksces (także i nieumyślnie, a nie tylko umyślnie, jak to wynikałoby z orzecznictwa SN – zob. wyrok z 11 sierpnia 1972 r., II KR 109/72, OSNKW 1973, nr 2–3, poz. 29, a także postanowienie z 3 stycznia 2002 r., IV KKN 635/97, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 39). Jeśli sprawca dopuścił się wprawdzie obiektywnie działania ekscesowego, jednak nie było ono przez niego zawinione, zastosowanie znajdzie art. 29 zdanie pierwsze. W wypadku nieumyślnie zawinionego ekscesu może się okazać, że korzystniejsze dla sprawcy będzie zastosowanie art. 25 § 2 niż art. 29 zdanie drugie (gdyż stwarza możliwość odstąpienia od wymierzenia kary, czego art. 29 nie przewiduje).

16. Zmianą art. 25 § 3 przez nowelizację z 5 listopada 2009 r. wprowadzono nieznaną wcześniej polskiemu ustawodawstwu instytucję obligatoryjnej ustawowej klauzuli niekaralności, jeżeli eksces obrony koniecznej był wynikiem wpływu strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu. Odnosi się ona jedynie do ekscesu intensywnego oraz ekstensywnego w formie *defensio subsequens*, jako że ustawodawca mówi tu o „usprawiedliwieniu okolicznościami zamachu", co wyklucza *defensio antecedens*, tam bowiem zamach jeszcze nie powstał.

Strach i wzburzenie są zjawiskami ze sfery psychiki napadniętego powodującymi, że emocje zaczynają brać górę nad intelektem (co zbliża je do tzw. stanu silnego wzburzenia, o którym mowa w art. 148 § 4, choć w przypadku art. 25 § 3 nie wymaga się, aby strach czy wzburzenie było silne). Strach to termin potoczny i psychologiczny na oznaczenie ogółu przykrych wzruszeń i uczuć pochodzących od nich, sygnalizujących niebezpieczeństwo i przysposabiających psychicznie i fizycznie do obrony, względnie do wycofania się z zasięgu działania groźby. Rozróżnia się dwie główne formy strachu: strach właściwy, czyli przestrach i jego różne stopnie (np. przerażenie), oraz przeróżne lęki. Pierwszy stanowi reakcję na – pozorne czy rzeczywiste – niebezpieczeństwo bezpośrednie, drugie są reakcjami na niebezpieczeństwa uprzytamniane w wyobraźni, tj. pod nieobecność podniety lub sytuacji groźnej. Nie ma między nimi wyraźnej granicy (zob. J. Pieter, *Słownik psychologiczny*, Ossolineum 1963, s. 278–279). Ocena, czy broniący się w chwili zdarzenia był w stanie strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, należy jednak do organu

orzekającego, a nie do biegłych (zob. wyrok SN z 5 listopada 2002 r., II KKN 50/01, LEX nr 75457).

W wyroku z 1 grudnia 2000 r., II AKa 295/00, „Wokanda" 2002, nr 3, s. 41, Sąd Apelacyjny w Katowicach wyraził ciekawy, chociaż dyskusyjny, pogląd, że „skoro przekroczenie granic obrony koniecznej […] jest zachowaniem wyczerpującym dyspozycję przepisu art. 148 § 4 k.k., a więc zabójstwem popełnionym pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, to tym samym ten stan przeżyć psychicznych sprawcy […] musi rodzić na gruncie art. 25 § 3 k.k. decyzję o odstąpieniu od wymierzenia kary" (mowa tu o brzmieniu pierwotnym art. 25 § 3 k.k., sprzed nowelizacji z 5 listopada 2009 r.). To założenie jest jednak błędne, ponieważ w art. 25 § 3 mowa jest tylko o „wzburzeniu", nie zaś o „silnym wzburzeniu", tak jak ma to miejsce w art. 148 § 4, wcale nie jest zatem tak, że przekroczenie granic obrony koniecznej w wyniku wzburzenia wyczerpuje znamiona „silnego wzburzenia" jako okoliczności uprzywilejowującej typ zabójstwa.

Do zastosowania § 3 art. 25 nie wystarcza jednak stwierdzenie obiektywnego istnienia w psychice napadniętego tych zjawisk, gdyż w większości typowych wypadków będą one występować (zob. wyrok SN z 22 lutego 2007 r., WA 6/07, Prok. i Pr.-wkł. 2007, nr 6, poz. 2).

Dla zastosowania instytucji przewidzianej w art. 25 § 3 konieczne jest to, aby podmiot tej regulacji był osobą atakowaną, a nie atakującą. Napastnik nie może korzystać z jej dobrodziejstwa, nawet gdyby dynamika wydarzeń przybrała niekorzystny dla niego przebieg (podobnie wyrok SA w Katowicach z 28 lutego 2006 r., II AKa 30/06, Prok. i Pr.-wkł. 2006, nr 11, poz. 22). Niezbędne jest, aby były one (tj. strach lub wzburzenie) usprawiedliwione okolicznościami zamachu. O przyjęciu tego „usprawiedliwienia" będzie decydować organ orzekający, uwzględniając takie okoliczności, jak: poważne zagrożenie, wielka wartość zaatakowanego dobra, natężenie i brutalność ataku, zaskoczenie, duża liczba napastników, wiek i sprawność fizyczna napastnika i napadniętego. Sytuacja opisana w art. 25 § 3 musi być ograniczona do takich tylko wypadków, w których przyjęto, że okoliczności zamachu, ocenione obiektywnie, racjonalnie tłumaczą wywołanie strachu lub wzburzenia, a stan ten przesądził o sposobie odparcia zamachu (zob. postanowienie SN z 14 lutego 2002 r., II KKN 337/01, OSNKW 2002, nr 7–8, poz. 66). Ważne jest również ustalenie, że strach lub wzburzenie były przyczyną sprawczą przekroczenia granic obrony koniecznej, przy której braku sprawca nie dopuściłby się owego przekroczenia (zob. M. Szczepaniec, *Przekroczenie granicy obrony koniecznej motywowane strachem lub wzburzeniem usprawiedliwionym okolicznościami zamachu*, Prok. i Pr. 2000, nr 9, s. 20).

W wyniku nowelizacji z 5 listopada 2009 r. zmienił się charakter prawny instytucji opisanej uprzednio w art. 25 § 3. W swojej wersji sprzed nowelizacji mieściła się ona w sferze sędziowskiego wymiaru kary, w każdym zaś razie – aktu sądowego wymiaru sprawiedliwości. Skoro bowiem ustawodawca używał zwrotu „sąd odstępuje od wymierzenia kary", oznaczało to, że czyn popełniony w opisanych tam okolicznościach

nadal pozostaje przestępstwem, a jedynie ze względu na szczególne okoliczności ustawodawca wyraża wolę, by po ich rozpoznaniu ze względu na znaczne obniżenie stopnia winy sąd odstąpił od wymierzenia kary. Obecnie – w związku z użyciem sformułowania „nie podlega karze" – instytucja tam opisana zyskuje formę tzw. ustawowej klauzuli niekaralności. Oznacza to – na mocy art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. – konieczność umorzenia postępowania przygotowawczego. Rodzi to obawy natury konstytucyjnej, może bowiem ograniczać prawo do sądu, którego konstytucyjne uprawnienia przekazywane są w ręce prokuratora. Nie sposób też nie dostrzec, że przewidziane dotychczas w kodeksie karnym przypadki występowania tzw. ustawowej klauzuli bezkarności opierały się na konstrukcji szeroko rozumianego dobrowolnego czynnego żalu (z czym tenże „superekses" obrony koniecznej nie ma nic wspólnego). Powstaje też pytanie, czy działanie w ramach owego „superekscesu" odbiera czynowi popełnionemu w związku z nim cechę przestępstwa, a więc nie przysługuje przeciwko takiemu czynowi ekscedenta obrona konieczna, i jaka byłaby przyczyna utraty tej cechy – brak winy czy bezprawności, czy też nie (doktryna polska nie zajmuje w tej kwestii stanowiska) i wówczas obronę konieczną można stosować. Wydaje się, że słuszniejsze jest rozwiązanie drugie – co jest bowiem ekscesem obrony koniecznej (nawet „superekscesem"), nie może być obroną konieczną. Poza tym pojawia się tu niejako dialektycznie podwójne niebezpieczeństwo: z jednej strony nadużywania tej nowej instytucji na etapie postępowania przygotowawczego, z drugiej zaś – nadmiernie ostrożnego podejścia przez prokuratorów do jej stosowania i „zrzucenie go", wbrew intencji ustawodawcy, na barki sądów, jak to miało miejsce przed nowelizacją.

Od 8 czerwca 2010 r. ustawodawca zrezygnował zatem z obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary osobie działającej z przekroczeniem granic obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu i unormował, że osoba taka nie podlega karze. Sytuacja procesowa osoby, wobec której sąd musi odstąpić od wymierzenia kary, i osoby, która karze nie podlega, jest diametralnie różna.

W pierwszym z tych przypadków wina takiej osoby jest stwierdzana w postępowaniu karnym w sentencji wyroku skazującego, w drugim zaś – wyrok skazujący nie może w ogóle zapaść, niepodleganie karze stanowi bowiem negatywną przesłankę procesową.

Od 8 czerwca 2010 r. zatem osoba przekraczająca granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu nie będzie już stygmatyzowana wyrokiem skazującym, a nawet nie powinno być prowadzone wobec niej postępowanie karne.

Omawiana sytuacja rozciąga się również na kwestię wpisu do Krajowego Rejestru Karnego danych osoby działającej w warunkach art. 25 § 3. Odmiennie niż przed nowelizacją – wpis taki nie jest dopuszczalny. Jak bowiem stanowi art. 1 ust. 2 ustawy z 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1036 ze zm.), w rejestrze gromadzi się dane o osobach, co do których zapadły

rozstrzygnięcia enumeratywnie wymienione we wskazanym przepisie, przy czym ustawodawca wśród nich nie wymienił postanowienia bądź wyroku umarzającego postępowanie karne. Treść ustawy nie pozostawia zatem wątpliwości, że nie ma podstawy prawnej do ujawnienia w KRK danych osoby, co do której umorzono postępowanie. Bezpodstawne są więc obawy związane ze stygmatyzacją osoby przekraczającej granice obrony koniecznej przez wpis do KRK.

Problem nowej konstrukcji art. 25 § 3 stał się zresztą przedmiotem ożywionej dyskusji w piśmiennictwie polskim (zob. P. Gensikowski, *Nowelizacja art. 25 § 3 kodeksu karnego*, Prok. i Pr. 2009, nr 9).

Analogicznie, krytyczny pogląd w tej mierze wyraża M. Bojarski: „Teraz o tym, czy była obrona konieczna, czy nastąpiło jej przekroczenie, może decydować dzielnicowy z prokuratorem, a nie sąd" (zob. M. Bojarski, *Głos w dyskusji*, w: P. Zieliński (red.), *Polityczność przestępstwa. Prawo karne jako instrument marketingu politycznego. Konferencja, Warszawa, 12 maja 2011*, Warszawa 2011, s. 56). Słusznie zauważyła też M. Teleszewska, że „w pełni zasadne jest wprawdzie uregulowanie art. 25 § 3 k.k., z którego wynika prawo zaatakowanego do odparcia skierowanego na niego zamachu, i nawet jeśli przekracza granice obrony koniecznej, nie powinien ponieść konsekwencji prawnych", choć mogą one wydawać się zbyt skrajne (zob. M. Teleszewska, *Przekroczenie granic obrony koniecznej wynikające ze strachu lub silnego wzburzenia*, MoP 2013, nr 24, s. 1311).

Mimo powyższych wątpliwości nie sposób nie docenić jednak pewnych korzyści w płaszczyźnie procesowej, płynących z przedmiotowej zmiany. Prócz sygnalizowanego przed momentem pożądanego braku stygmatyzacji ekscedenta stawianego w roli oskarżonego, niezależnie od finalnej konkluzji procesowej, niewątpliwą zaletą nowelizacji – choć będącą konsekwencją niepożądanego chyba w swojej istocie przesunięcia kompetencji – jest odciążenie sądów, rzutujące na całą ekonomikę postępowania karnego. Inna sprawa, że obawy te wydawać się mogą nieco przesadzone, w istocie bowiem nie muszą one prowadzić do osłabienia pozycji ekscedenta, sąd nie traci przecież uprawnień do jego uwolnienia od odpowiedzialności karnej, ekscedent zaś zyskuje w zasadzie dodatkową szansę na korzystne rozstrzygnięcie jeszcze na etapie przedsądowym. Jeśli więc w ocenie „dzielnicowego i prokuratora" brak będzie podstaw do zastosowania przepisu art. 17 § 1 pkt 4, to przed oskarżonym ekscedentem jest jeszcze perspektywa uniknięcia kary przed sądem.

17. Ustawa z 26 listopada 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji (Dz. U. Nr 240, poz. 1602), która weszła w życie 22 marca 2011 r., do dotychczasowego brzmienia art. 25 § 1–3 dodała § 4 i 5, z czego ustawodawca wycofał się niespełna 5 lat później (zob. uwaga 18).

Przedsięwzięcie to od samego początku wydawało się chybione. W istocie rzeczy dodany art. 25 § 4 mieścił się bowiem całkowicie w zarówno przedmiotowym, jak i podmiotowym zakresie art. 25 § 1, formułującego instytucję obrony koniecznej.

Czyny opisane w art. 25 § 4 były bez wątpienia obroną konieczną, o której mowa w art. 25 § 1. Tak „defensor główny", jak i „uboczny" odpierają bowiem bezpośredni i bezprawny zamach na dobro chronione prawem, także dobro „cudze" niebędące dobrem „defensora ubocznego" pozostaje przecież nadal „jakimkolwiek dobrem chronionym prawem", o którym mowa w art. 25 § 1. Również zamachy na te dobra mają identyczny charakter (tj. zgodnie z art. 25 § 1 są bezpośrednie i bezprawne). Przyjęcie, że zamachy te mogłyby być „inne", np. jeden z nich byłby nie bezpośredni i bezprawny, lecz pośredni i prawny, pozostawałoby w sprzeczności z elementarną logiką. Nikomu też, także przed wejściem w życie art. 25 § 4, nie przychodziło do głowy, by odmówić uznania za obronę konieczną działania „defensora ubocznego", który – stosując siłę fizyczną – przegonił chuligana tłukącego miejskie latarnie. Odpierał przecież zamach na dobro chronione prawem, choć sam nie był właścicielem tego dobra. Obrona taka zyskała w doktrynie polskiej miano „interwencyjnej obrony koniecznej" i spotkała się z umiarkowanym zainteresowaniem (zob. P. Palka, *Interwencyjna obrona konieczna (art. 25 § 4 i 5 k.k.)*, Prz. Pol. 2012, nr 3).

Obaj defensorzy pozostali więc w identycznej sytuacji prawnej, gdyż bezprawność ich czynu, polegającego na stosowaniu przemocy wobec tłukącego latarnię (niezależnie od tego, do kogo ona należała), była wyłączona. Obaj działali przecież w obronie koniecznej, a ta jest jedna i nie ma lepszej i gorszej obrony koniecznej.

Po co więc było tworzenie „superobrony", skoro faktycznie powoduje ona jedynie pogorszenie sytuacji prawnej tłukącego latarnię, gdyż prowadzi do skazania go, jeśli stawiałby dynamiczny opór „defensorowi ubocznemu", za kwalifikowaną formę jednego z przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu (chyba że czyn takiego agresora skierowany był wyłącznie przeciwko czci i godności osobistej defensora)?

Trudno zrozumieć, o co naprawdę chodziło nowelizatorowi, a nie chcemy imputować mu działań populistycznych z arsenału tzw. marketingu politycznego. Nawet jeżeli intencją ustawodawcy było pobudzenie społeczeństwa do bardziej ochoczego występowania w obronie bezpieczeństwa lub porządku publicznego (a zatem nie w obronie własnej), to zabieg ten okazał się chybiony, nie odnotowano bowiem jakiegoś widocznego wzrostu heroicznych postaw motywowanych poczuciem obywatelskiego obowiązku w stosunku do dóbr publicznych tylko ze względu na zwiększony zakres ochrony prawnokarnej. Trudno też w zmianach tych było dopatrywać się zresztą nagrody w postaci premii za społecznie pożądane zachowanie defensora ubocznego, polegającej na roztoczeniu nad nim „poważniejszej" ochrony, żadna to bowiem nagroda, która wyraża się z zwiększeniu represji wobec sprawcy.

18. Uchylenie nowelizacją z 20 lutego 2015 r. dwóch ostatnich paragrafów art. 25 nie przyniosło dla polskiego prawa karnego w zasadzie żadnych zmian, regulacje te zostały bowiem przeniesione do nowego art. 231b.

Wybrane orzecznictwo

19. Prawo karne dopuszcza obronę konieczną w sytuacjach, w których istnieje możliwość uniknięcia zamachu. Osoba napadnięta nie ma obowiązku ani ratowania się ucieczką, ani też ukrywania się przed napastnikiem, lecz ma prawo odpierać zamach wszelkimi dostępnymi środkami, które są konieczne do zmuszenia napastnika do odstąpienia od kontynuowania zamachu.

Miarą dopuszczalności obrony koniecznej jest nie tylko jej konieczność, lecz także podjęcie takich działań obronnych i użycie takich środków, które nie wykraczają poza granice rzeczywistej potrzeby podyktowanej danymi okolicznościami.

Podjęta obrona musi być bowiem współmierna do niebezpieczeństwa zamachu. Proporcjonalność tę należy oceniać na płaszczyźnie zagrożenia dobra atakowanego, istniejącego w momencie jego atakowania przez osobę wykonującą zamach, oraz skutków wynikłych z odpierania zamachu (wyrok SN z 19 kwietnia 1982 r., II KR 67/82, OSNPG 1982, nr 11, poz. 143).

Dla dokonania prawidłowej oceny współmierności podejmowanych działań obronnych i stosowanych w tym celu środków z punktu widzenia dyspozycji przepisu art. 22 § 3 d.k.k. [obecnie art. 25 § 3 k.k. – przyp. M.B., M.F.] zupełnie podstawowe znaczenie ma analiza intensywności zamachu ze strony napastnika. Takie elementy, jak natężenie działań agresywnych, użyte środki napadu, właściwości, jak też cechy atakującego, w istotny sposób warunkują rodzaj i sposób zastosowania podejmowanych środków zmierzających do odparcia zamachu. Zarazem mają one decydujący wpływ na uznanie tych działań za mieszczące się w granicach konieczności (wyrok SN z 17 września 1997 r., III KKN 316/96, KZS 1998, nr 3, poz. 11).

Wszelkie działania przedsięwzięte w celu odwzajemnienia krzywd doznanych uprzednio nie mają charakteru obronnego. Niezbędnym, podmiotowym elementem obrony koniecznej jest działanie z woli obrony, a nie z woli odwetu. W przypadku przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, jeżeli nie da się bezspornie ustalić objęcia zamiarem bezpośrednim czy ewentualnym skutku w postaci śmierci, mimo stwierdzenia umyślności działania w zakresie spowodowania obrażeń, to odpowiedzialność sprawcy kształtuje się wyłącznie na podstawie spowodowanego skutku, a więc w analizowanej sprawie na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 k.k. (wyrok SA w Szczecinie z 23 października 2014 r., II AKa 177/14, LEX nr 1668653).

Niezbędnym elementem podmiotowym obrony koniecznej jest, aby akcja broniącego się wynikała ze świadomości, że odpiera on zamach, i podyktowana była wolą obrony. Ten podmiotowy element działania w obronie koniecznej ułatwia rozgraniczenie rzeczywistych działań obrony od społecznie negatywnych aktów zemsty, samosądu lub chuligaństwa (wyrok SN z 19 lutego 1997 r., IV KKN 292/96, Prok. i Pr. 1997, nr 7–8, poz. 1).

Dla stwierdzenia działania w obronie koniecznej nie jest wymagane działanie przemyślane, nakierowane na odparcie zamachu, a wystarczy działanie instynktowne, bez przemyślenia, nagła reakcja obronna w sytuacji zagrożenia, gdy broniący się uświadamia sobie zamach i z własnej woli podejmuje obronę (wyrok SA w Warszawie z 2 marca 2015 r., II AKa 14/15, LEX nr 1665870).

Bicie napastnika po rozbrojeniu go na ogół nie tylko nie spełnia znamion obrony koniecznej, ale nie jest nawet przekroczeniem jej granic; nie jest to w żadnym wypadku obrona (wyrok SA w Krakowie z 23 stycznia 2003 r., II AKa 346/02, KZS 2003, z. 3, poz. 37).

Działającemu w obronie koniecznej wolno użyć takich środków, które są niezbędne do odparcia zamachu. Użycie, zwłaszcza z umiarem, niebezpiecznego narzędzia nie może być uznane za przekroczenie granic obrony koniecznej, jeżeli odpierający zamach nie rozporządzał wówczas innym, mniej niebezpiecznym, ale równie skutecznym środkiem obrony, a z okoliczności zajścia, a zwłaszcza z przewagi po stronie atakujących i sposobu ich działania, wynika, że zamach ten zagrażał życiu lub zdrowiu napadniętego. W takiej sytuacji nie zachodzi przewidziana w art. 22 § 3 d.k.k. [obecnie art. 25 § 2 k.k. – przyp. M.B., M.F.] niewspółmierność środka obrony do niebezpiecznego zamachu (wyrok SN z 11 lipca 1974 r., VI KRN 34/74, OSNKW 1974, nr 11, poz. 198).

Obrona konieczna traktowana jest jako konieczna nie tylko dlatego, że jest działaniem odpierającym zamach, lecz także dlatego, że jest podjęta odpowiednio do zagrożenia i w granicach konieczności (wyrok SA w Krakowie z 14 stycznia 2004 r., II AKa 351/03, Prok. i Pr.-wkł. 2004, nr 7).

Pogląd o subsydiarności obrony koniecznej sprzeczny jest z samym brzmieniem przepisu art. 25 § 1 k.k. Prawo do obrony koniecznej ma bowiem charakter nie subsydiarny, lecz samoistny. Działający w obronie koniecznej może użyć takich środków, jakie uważa w konkretnych okolicznościach za niezbędne do odparcia zamachu. Mogą być nimi nawet niebezpieczne narzędzia. Należy jednocześnie stanowczo przeciwstawić się wynikającemu rzekomo stąd generalnemu nakazowi „schodzenia nietrzeźwemu napastnikowi z drogi" czy salwowania się przed nim ucieczką. Pomijając leżącą u podstaw takiego rozumowania niezrozumiałą, a nawet szkodliwą społecznie pobłażliwość środowiska dla osób nietrzeźwych, nie sposób nie zauważyć, że alkohol bardzo często wzmaga agresję nawet w takich okolicznościach (wyrok SN z 9 kwietnia 2002 r., V KKN 266/00, LEX nr 52941).

Możliwość podjęcia innych działań obrończych sama w sobie nie dematerializuje obrony koniecznej, co – innymi słowy – oznacza, że osoba zaatakowana ma prawo się bronić, choćby mogła uniknąć niebezpieczeństwa, nie wyrządzając szkody napastnikowi (np. ucieczka, wezwanie pomocy osób trzecich czy też podjęcie innych, mniej dolegliwych działań obrończych) – wyrok SA w Szczecinie z 18 czerwca 2014 r., II AKa 94/14, LEX nr 1506298.

Obrona konieczna nie ma wprawdzie subsydiarnego charakteru, jednak może mieć tylko konieczny charakter, a więc musi być podjęta w taki sposób i takimi środkami, jakie są w konkretnej sytuacji niezbędne do odparcia zamachu. A zatem odpierający bezprawny zamach na dobro chronione prawem powinien wybierać (o ile ma możliwość wyboru) najmniej drastyczne ze skutecznych środków i sposobów obrony (wyrok SA we Wrocławiu z 10 lutego 2015 r., II AKa 6/15, LEX nr 1661290).

W świetle art. 25 § 1 k.k. wystarczającym warunkiem uznania, że oskarżony działał w obronie koniecznej, jest ustalenie, że świadomy istnienia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na jakiekolwiek dobro chronione prawem, zamach ten odpierał, stosując sposób obrony współmierny do niebezpieczeństwa; nie jest więc konieczne ustalenie, że działał pod wpływem strachu o czyjekolwiek bezpieczeństwo. Strach jest natomiast istotny w razie ustalenia, że sprawca przekroczył granice obrony koniecznej, skoro do tej okoliczności wprost nawiązuje art. 25 § 3 k.k. (wyrok SN z 6 listopada 2014 r., IV KK 157/14, OSNKW 2015, nr 3, poz. 24).

O bezpośredniości zamachu w rozumieniu instytucji obrony koniecznej możemy mówić tak długo, jak długo trwa stan zagrożenia dla dobra prawnego (wyrok SA w Warszawie z 25 czerwca 2014 r., II AKa 155/14, LEX nr 1504517).

Z ustalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że instytucja obrony koniecznej pozwala na użycie każdego niezbędnego środka obrony w celu odparcia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na życie lub zdrowie, rodzaj zaś użytego narzędzia nie może przesądzać o przekroczeniu tej obrony, jeżeli odpierający zamach nie rozporządzał innym mniej niebezpiecznym narzędziem.

Przekroczenie obrony koniecznej musi być zawinione, a więc sprawca musi mieć świadomość i co najmniej godzić się na to, że używa nadmiernego środka obrony dla odparcia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na jakiekolwiek dobro jednostki lub że jego działanie jest niewspółmierne do napadu (wyrok SN z 23 lipca 1980 r., V KRN 168/80, OSNPG 1981, nr 6, poz. 60).

Chwycenie przez oskarżoną noża, który był jedynym przedmiotem mogącym powstrzymać napastnika, nie może być potraktowane jako użycie niewspółmiernego środka obrony. Z istoty bowiem samej obrony koniecznej wynika, że przeciwdziałanie, którym odpiera się realny, bezprawny zamach, aby osiągnęło swój cel, musi być skuteczne. Skuteczność taka zachodzi wówczas, kiedy przeciwdziałanie zawiera w sobie element przewagi nad omawianym bezprawnym działaniem (wyrok SA w Katowicach z 15 października 1998 r., II AKa 53/98, „Wokanda" 1999, nr 4, s. 54).

Oddanie strzału z małokalibrowej broni palnej w nogi sprawcy kradzieży z włamaniem, nawet od tyłu, po to, aby uniemożliwić mu ostateczne zawładnięcie zabranym mieniem, nie traci cech współmierności obrony koniecznej i nie świadczy o prze-

kroczeniu jej granic (wyrok SA w Lublinie z 28 września 1999 r., II AKa 101/99, Prok. i Pr.-wkł. 2000, nr 3, poz. 22).

Z instytucji obrony koniecznej wynika, że powinna ona być podjęta w taki sposób i takimi środkami, jakie są w konkretnej sytuacji niezbędne do odparcia zamachu. Oznacza to jednak, że z możliwych przy zaatakowaniu środków i sposobów obrony pierwszeństwo mają środki najłagodniejsze spośród skutecznych. Dysproporcja użytych – do innych rokujących skuteczność środków obrony – będzie więc przekroczeniem jej granic (wyrok SN z 21 maja 1975 r., II KR 372/74, OSNPG 1975, nr 10, poz. 94).

Nie sposób bowiem przyjąć, jak czyni to Sąd Wojewódzki, że wtargnięcie pokrzywdzonych na pole, uzbrojonych w widły i sprężynę przystosowaną do bicia, nastąpiło jedynie po to, by odeprzeć ewentualny atak oskarżonych. Jest w świetle poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych oczywiste, że zachowanie pokrzywdzonych nie tylko wzbudziło u oskarżonych uzasadniony w tej sytuacji stan zagrożenia, lecz także faktycznie tego rodzaju zagrożenie stanowiło. Nie można zatem na tle tych okoliczności odmawiać oskarżonym jakiegokolwiek prawa do przeciwstawienia się oczekiwanej w najbliższym czasie agresji. Tego rodzaju ocena prawna ich zachowania musiałaby się bowiem opierać na założeniu, że prawo do odparcia ataku powstaje dopiero wówczas, gdy na osobę zaatakowaną spadną pierwsze ciosy. Zachowanie pokrzywdzonych zostało zatem prawidłowo uznane przez Sąd Rejonowy za bezpośredni i bezprawny zamach w rozumieniu art. 22 § 1 d.k.k. [obecnie art. 25 § 1 k.k. – przyp. M.B., M.F.] – wyrok SN z 24 lipca 1997 r., III KKN 261/96, Prok. i Pr.-wkł. 1998, nr 1, poz. 1.

Obrona konieczna, w odróżnieniu od stanu wyższej konieczności, nie wymaga proporcjonalności wartości dóbr zagrożonego i poświęconego. Obrona konieczna nie wymaga też zachowania umiarkowania obrony względem możliwości szkody, jaka grozi napastnikowi, ale uprawnia do zastosowania takiej obrony, która jest konieczna, aby odeprzeć zamach w warunkach jego trwania i z uwzględnieniem środków, jakie pozostają w dyspozycji napadniętego. „Konieczność" jest relatywna względem zamachu, zarówno co do sposobu, jak i środka obrony, przy czym granicę „konieczności" obrony wyznacza „odparcie" zamachu, a nie szkoda napastnika. Napadnięty nie jest zobowiązany ostrzec napastnika, że będzie się bronił. Napastnik, dokonując zamachu na zdrowie lub życie innej osoby, musi być przygotowany na obronę ze strony napadniętego, przy czym taką obronę, która będzie konieczna, aby odeprzeć zamach. O uprawnieniu do obrony koniecznej decyduje sam fakt istnienia bezprawnego zamachu i jego charakter, a nie dopiero rodzaj obrażeń doznanych w czasie trwania zamachu (wyrok SN z 20 lutego 1979 r., III KR 20/79, LEX nr 21800).

Skoro prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem, to napadnięty nie musi usuwać się przed zamachem, a może bronić swoich praw osobistych środkami odpowiednimi do użytych w zamachu, póki nie przekracza proporcji dóbr właściwej obronie koniecznej, tj. nie wykracza poza właściwości obrony tak dalece, by ją zniweczyć (wyrok SA w Krakowie z 27 czerwca 2002 r., II AKa 165/02, KZS 2002, z. 9, poz. 9).

Nie ma przekroczenia granic obrony koniecznej z powodu wystąpienia poważnego skutku obrony, przekraczającego niezbędność powstrzymania ataku. Przekroczenie granic obrony może polegać bądź na nieuzasadnionym wyprzedzeniu ataku bądź na działaniu po ustaniu zamachu albo na użyciu niewspółmiernego narzędzia czy sposobu obrony. Natomiast odpowiedzialność za skutek obrony obciąża nie broniącego się, ale napastnika (postanowienie SN z 7 października 2014 r., V KK 116/14, LEX nr 1532784).

Zgoda na zadanie śmierci nietrzeźwemu, choćby kogoś niegroźnie uderzył, byłaby wynaturzeniem słusznej instytucji obrony koniecznej (wyrok SA w Krakowie z 18 października 2001 r., II AKa 18/01, KZS 2001, z. 11, poz. 29).

W razie przekroczenia granic obrony koniecznej zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary jest możliwe, nie jest jednak obowiązkowe i powinno nastąpić wtedy, gdy przemawiają za tym: osobowość sprawcy, jego życie przed popełnieniem przestępstwa, stopień przekroczenia granic obrony koniecznej, skutki tego przekroczenia, okoliczności, w jakich do niego doszło, zwłaszcza jeżeli całokształt tych względów nakazywałby uznać, że nawet najniższa kara przewidziana za dane przestępstwo byłaby w tym wypadku niewspółmiernie surowa (wyrok SN z 24 czerwca 1974 r., II KR 13/74, OSNKW 1974, nr 11, poz. 200).

Odstąpienie od kary w razie przekroczenia granic obrony koniecznej powinno następować wtedy, gdy stopień owego przekroczenia jest nikły albo niewielki, a w szczególności wtedy, gdy występuje nagromadzenie okoliczności łagodzących związanych nie tylko z właściwościami osobistymi sprawcy, lecz także związanych z zamachem ze strony pokrzywdzonego, np. jego uporczywość w atakowaniu późniejszego sprawcy albo to, że późniejszy pokrzywdzony w przeszłości dopuszczał się ataków na sprawcę (wyrok SN z 5 kwietnia 1978 r., V KR 42/78, OSNKW 1978, nr 10, poz. 111).

Pokrzywdzony miał prawo ścigać i zatrzymać oskarżonego, skoro ten przebił oponę jego samochodu. Pościg podjął praktycznie natychmiast, utrzymując ze sprawcą kontakt wzrokowy, a skoro oskarżony uciekał, to zachodziła obawa, że się ukryje i niemożliwe będzie nawet ustalenie jego tożsamości. Było to działanie legalne, znajdujące oparcie w art. 243 § 1 k.p.k. (bądź art. 45 § 2 k.p.w., gdyby wartość opony była niższa od granicy znamiennej dla przestępstwa). Opór oskarżonego przed zatrzymaniem, wyrywanie się i w końcu zadanie zatrzymującemu ciosu nożem, nie był obroną konieczną i na ochronę prawną nie zasługuje (wyrok SA w Krakowie z 22 czerwca 2006 r., II AKa 87/06, KZS 2006, z. 10, poz. 13).

Działający w obronie koniecznej nie ma obowiązku informować napastnika, że będzie się bronił, w szczególności używając noża. Przyjęcie takiego warunku obrony praktycznie przekreślałoby prawo do obrony osoby napadniętej, gdyż stawiałoby w uprzywilejowanej sytuacji napastnika, który przecież zwykle nie ostrzega napadniętego, że będzie go atakował (wyrok SA w Krakowie z 14 czerwca 2006 r., II AKa 85/06, KZS 2006, z. 7–8, poz. 100).

Obrona konieczna, jako kontratyp wyłączający bezprawność czynu, zachodzi wtedy, gdy po stronie sprawcy czynu zostają spełnione wszelkie znamiona określające zarówno warunki dopuszczalności podjęcia działań obronnych (zamach, bezpośredniość i bezprawność zamachu, skierowanie zamachu na dobro chronione prawem), jak i dotyczące samych działań obronnych (odpieranie zamachu, działanie skierowane przeciwko napastnikowi motywowane odpieraniem zamachu, konieczność obrony) – wyrok SN z 12 kwietnia 2006 r., II KK 236/05, LEX nr 182944.

Do zastosowania instytucji przewidzianej w art. 25 § 3 k.k. konieczne jest, aby podmiot tej regulacji był osobą atakowaną, a nie osobą atakującą. Zatem podstawowym warunkiem jej zastosowania jest bezsporne ustalenie, że osoba, co do której rozważa się zastosowanie tego uregulowania, jest osobą atakowaną, a tak w niniejszej sprawie nie było. Nie jest możliwe zastosowanie tego uregulowania w sytuacji odwrócenia ról procesowych, a mianowicie przyjęcia, że to atakujący korzysta z dobrodziejstwa, którym jest uregulowanie przewidziane przez rozważany przepis. Osoba atakująca nie może bowiem być jednocześnie osobą broniącą się; taka kumulacja ról procesowych nie tylko jest wykluczona, ale nie sposób nawet hipotetycznie wyobrazić sobie takiego rodzaju sytuacji (wyrok SA w Katowicach z 28 lutego 2006 r., II AKa 30/06, KZS 2006, z. 11, poz. 43).

Obrona konieczna (art. 25 § 1 k.k.) obejmuje nie tylko odpieranie zamachu w fazie jego realizacji, lecz także stadium obiektywnie zaistniałego bezpośredniego zagrożenia zamachem, jak również w wypadku jego nieuchronności, o ile nie zostanie podjęta natychmiastowa akcja obronna (postanowienie SN z 1 lutego 2006 r., V KK 238/05, OSNKW 2006, nr 3, poz. 29).

Czyn wyczerpujący znamiona przestępstwa popełniony w trakcie starcia będącego pojedynkiem na pięści (nie tylko dwóch osób) trudno uznać za legalny, tak jak jest nim czyn popełniony w warunkach obrony koniecznej. Dobrowolnie podjęta walka wręcz dwóch osób nie daje podstaw do przyjęcia, że którakolwiek z nich działa w warunkach obrony koniecznej, brak bowiem przymusu przy decyzji o wzięciu udziału w takim starciu i specyfika pojedynku, w którym nie działa się z woli obrony, ale z chęci wyładowania agresji czy sprawdzenia swoich sił i dochodzi do bezprawnych wzajemnych zamachów z obu stron, nie tylko nie pozwalają na uznanie, że w zaistniałej sytuacji jeden czy drugi z walczących jest uprawniony do bezprawnych działań zaczepnych czy obronnych, lecz także nie daje podstaw do przyjęcia, że chroni ich instytucja określona w art. 25 § 1 k.k. (wyrok SA w Katowicach z 19 października 2005 r., II AKa 344/05, LEX nr 567433).

Każdy bezprawny, bezpośredni i rzeczywisty zamach na dobro prawem chronione i konieczność podjęcia obrony koniecznej dla odparcia tego zamachu wywołuje u atakowanego pewien rodzaj wzburzenia, zdenerwowania czy obawy. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku spełnione są warunki do zastosowania wobec sprawcy art. 25 § 3 (wyrok SA w Szczecinie z 20 czerwca 2013 r., II AKa 100/13, LEX nr 1324778).

Okoliczności usprawiedliwiające strach (lęk) lub wzburzenie sprawcy przekraczającego granice obrony koniecznej (art. 25 § 3 k.k.) są podobne jak powody silnego wzburzenia sprawcy zabójstwa (art. 148 § 4 k.k.). Nie można przy tym pominąć jednostkowej podatności sprawcy na doznanie strachu lub wzburzenia […]. Ocena działań obronnych nie powinna być dokonywana przez pryzmat skutków, jakie te działania spowodowały. Napastnik powinien liczyć się z każdym następstwem obrony wywołanej swoim atakiem (wyrok SA w Krakowie z 29 września 2005 r., II AKa 169/05, KZS 2005, z. 11, poz. 24).

O ile stan wzburzenia jest stanem subiektywnym sprawcy, o tyle usprawiedliwienie tego stanu okolicznościami następuje z punktu widzenia obiektywnego, czyli przez pryzmat odbioru z punktu widzenia postronnych osób, czy przyczyna wzburzenia „usprawiedliwia" działanie sprawcy (wyrok SA w Szczecinie z 21 lutego 2013 r., II AKa 9/13, LEX nr 1286618).

Skoro ustawodawca w art. 25 § 3 k.k. wskazuje, że strach ma być „usprawiedliwiony okolicznościami zamachu", to daje przyzwolenie na obiektywizację tego, czy w istocie z takim „usprawiedliwieniem" mamy – w konkretnej sytuacji odnoszonej do konkretnego sprawcy – do czynienia. Rezygnacja z tego rodzaju obiektywizacji poszerzałaby w sposób nieuprawniony zakres oddziaływania regulacji art. 25 § 3 k.k., co z kolei niejednokrotnie groziłoby zaniechaniem wydania prawidłowego (sprawiedliwego materialnie) rozstrzygnięcia (wyrok SA w Gdańsku z 2 października 2012 r., II AKa 276/12, KZS 2013, z. 3, poz. 54).

Kompleksowa ocena całego zdarzenia nie może pomijać faktu wyłączenia przez skazanego termy w chwilę po tym, gdy pokrzywdzony ją włączył. Odwołując się do realiów, w jakich przyszło skazanemu żyć, do konfliktu z teściem m.in. na tle opłat za media, słusznie ustalono, że ten fakt był początkiem zdarzenia, był niewątpliwym dążeniem skazanego do konfrontacji z nieprzychylnym mu pokrzywdzonym. Wyłączając termę, musiał się liczyć z przeciwdziałaniem, i to niewątpliwie nieparlamentarnym ze strony pokrzywdzonego. I do takiego przeciwdziałania doszło, a przebieg kontrakcji pokrzywdzonego i dalsze wydarzenia, polegające m.in. na wzajemnej szarpaninie obu mężczyzn w przedpokoju w pobliżu łazienki, obelgi pokrzywdzonego, wypychanie go z pokoju, kolejna szarpanina, uderzenie pokrzywdzonego w twarz, po którym nastąpił bardzo silny krwotok z nosa, wreszcie przewrócenie go na podłogę i duszenie, aż do skutku w postaci śmierci, zostały prawidłowo ustalone. Przebieg tego zachowania obu mężczyzn, ze względu na jego konfrontacyjny charakter, nie pozwala na zastosowanie instytucji obrony koniecznej, zdarzenia tego bowiem, bez dokonywania sztucznych podziałów, nie można oceniać w kategoriach ataku i obrony (postanowienie SN z 15 czerwca 2005 r., III KK 225/04, OSNSK 2005, poz. 1179).

Do przyjęcia, że dana osoba odpiera bezpośredni, bezprawny i rzeczywisty zamach na swoje życie lub zdrowie, konieczna jest po jej stronie świadomość i wola odpierania takiego zamachu. Sprawca musi mieć świadomość, że działa w celu odparcia zamachu, i jed-

nocześnie przejawiać wolę obrony przed atakiem na określone dobro lub dobra prawne. Działania osoby w warunkach obrony koniecznej nie można bowiem domniemywać (wyrok SA w Katowicach z 4 czerwca 2008 r., II AKa 137/08, KZS 2008, z. 9, poz. 43).

Brak woli obrony, który może mieć miejsce w przypadku reakcji odwetowej na zaatakowanie przez inną osobę, nie daje podstaw do stosowania norm zawartych w przepisach art. 25 k.k. (wyrok SA w Szczecinie z 15 listopada 2012 r., II AKa 173/12, LEX nr 1237933).

Wszelkie działania przedsięwzięte w celu odwzajemnienia krzywd doznanych uprzednio nie mają charakteru obronnego (wyrok SA w Katowicach z 30 października 2013 r., II AKa 363/13, LEX nr 1391901).

Z istoty obrony koniecznej wynika, że ma ona charakter samoistny, a nie subsydiarny, co oznacza, że odpieranie zamachu kosztem dobra napastnika jest usprawiedliwione samą bezprawnością i bezpośredniością zamachu, a nie brakiem innego racjonalnego sposobu uniknięcia zamachu. Samoistny charakter obrony oznacza także, że w jej ramach można poświęcić dobro napastnika o wyższej wartości niż dobro bronione, co nie wyklucza posłużenia się nożem przez atakowanego i zadania nim uderzenia. Działający w obronie koniecznej może użyć takich środków, jakie uważa w konkretnych okolicznościach za niezbędne do odparcia zamachu, co oznacza, że mogą to być również przedmioty niebezpieczne, np. nóż. Jest bowiem oczywiste, że prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem, a zatem napadnięty nie musi usuwać się przed zamachem, lecz ma prawo bronić się środkami odpowiednimi do użytych w zamachu, byleby tylko nie przekroczył proporcji dóbr właściwej obronie koniecznej (wyrok SA w Lublinie z 22 października 2008 r., II AKa 220/08, LEX nr 477862).

Nie można mówić o działaniu w celu zapobieżenia bójce, gdy osoba postronna, interweniując w niej w celu udzielenia pomocy jednemu z jej uczestników, po odparciu zamachu na nią samą przez innego z uczestników bójki, goniąc go, gdy ten już oddala się z miejsca zdarzenia, bije go dalej, a następnie, gdy ucieka on samochodem, wsiada do swojego pojazdu i kontynuuje pościg, nie interesując się przebiegiem zdarzenia odnośnie do pozostałych uczestników bójki. Tego typu działanie jest w istocie włączeniem się do bójki jedynie w celu niesienia pomocy jednemu z jej uczestników, a nie działaniem przeciw bójce, przy którym może wchodzić w grę obrona konieczna (wyrok SN z 2 kwietnia 2009 r., IV KK 397/08, Biul. PK 2009, nr 6, s. 29).

Obrona konieczna, jak wynika to wprost z treści art. 25 § 1 k.k., ma charakter samoistny. Prawo do skutecznej obrony musi jednak mieć swoje granice wynikające z aspektów aksjologicznych i humanistycznych, skoro życie ludzkie jest dobrem najwyższej wartości.

Dla oceny, że nastąpiło przekroczenie granic obrony koniecznej przez jej nadmierną intensywność, konieczne jest dokonanie, opartego na ocenie całokształtu występu-

jących w sprawie okoliczności, ustalenia, że osoba odpierająca zamach obejmowała zarówno swoją świadomością, jak i wolą naruszenie (przez zastosowanie niewspółmiernego środka lub sposobu obrony) dóbr napastnika w zakresie dalej idącym niż niebezpieczeństwo zamachu na te dobra, które stały się jego przedmiotem. Oznacza to ustalenie, że atakowany przewidywał, że odparcie zamachu następuje w sposób niewspółmierny do jego niebezpieczeństwa i chciał tego lub na to się godził.

O tym, czy zachodzi zamach bezpośredni, decyduje zachowanie się osoby atakującej w całym przebiegu zdarzenia, a nie tylko w momencie podjęcia akcji obronnej. Należy zdecydowanie wykluczyć z zakresu pojęcia bezpośredniego zagrożenia zamachem sytuacje charakteryzujące się tylko czysto subiektywnymi przypuszczeniami. Procesy motywacyjne zachodzące w psychice – wyłącznie subiektywne przekonanie o możliwości napaści – nie kreuje przecież sytuacji obrony koniecznej dla osoby spodziewającej się takiego zamachu.

Osoba uprawniona może odeprzeć zamach polegający na bezprawnym wtargnięciu („wdarciu się") do lokalu, podjęte zaś działanie będzie wówczas prawnie chronione, podjęte w obronie koniecznej – w obronie prawa do prywatności, wszelako granice takiej obrony, oceniane *ex ante*, zależą *in concreto* od sytuacji oraz od sposobu zachowania się tych osób, słowem – niepowtarzalnych realiów danego zdarzenia (postanowienie SN z 15 kwietnia 2015 r., IV KK 409/14, LEX nr 1729286).

Art. 26. [Stan wyższej konieczności. Kolizja obowiązków]

§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakiemukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.
§ 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto, ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.
§ 3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.
§ 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.
§ 5. Przepisy § 1–3 stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciążących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony.

1. Stan wyższej konieczności opisany w art. 26 § 1 modelowo odpowiada konwencji kontratypowej, opierając się na dwóch podstawowych cechach: kolizji interesów oraz społecznej celowości dokonania wyboru jednego z nich. Aby ratować jedno dobro chronione prawem, poświęca się tu inne dobro prawem chronione, co ustawodawca uznaje za społecznie celowe, gdyż dobro ratowane przedstawia wartość wyższą od poświęconego.

2. Zwrot „nie popełnia przestępstwa" oznacza w tym wypadku wyłączenie bezprawności czynu, a nie tylko jego karalność, jak to czynił (przynajmniej w ocenie niektórych) art. 20 § 1 d.k.k. W piśmiennictwie polskim spotykamy się jednak z poglądem, że w grę wchodzi tu jedynie wyłączenie karalności, nie zaś bezprawności (zob. M. Bielski, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, CzPKiNP 2010, nr 2). Osoba działająca w ramach tego kontratypu nie dopuszcza się więc bezprawia karnego, działa zatem zgodnie z prawem. Działaniom tym nie można się przeciwstawić, np. przez zastosowanie obrony koniecznej – zob. wyroki SN: z 3 października 2001 r., II KKN 73/01, Prok. i Pr.-wkł. 2002, nr 3, poz. 1; z 14 stycznia 2002 r., III KKN 214/01, Prok. i Pr.-wkł. 2002, nr 9, poz. 3).

3. Podstawową przesłanką tego kontratypu jest stan niebezpieczeństwa zagrażający dobru chronionemu prawem. Niebezpieczeństwo to taki stan rzeczy, w którym dobru takiemu obiektywnie grozi uszczerbek lub unicestwienie. Źródłem potencjalnego zagrożenia mogą być nie tylko czyny ludzi, lecz także zjawiska związane z aktywnością sił przyrody.

Niebezpieczeństwo musi być rzeczywiste, tj. musi istnieć obiektywnie. Niebezpieczeństwo wyimaginowane może stanowić jedynie ewentualną podstawę zastosowania art. 29 (błąd co do okoliczności uchylającej odpowiedzialność karną).

Niebezpieczeństwo musi być bezpośrednie. Zachodzi wówczas, gdy potencjalnie ryzyko uszczuplenia lub unicestwienia dobra jest takie, że według dającego się przewidzieć – na podstawie dynamiki konkretnego zdarzenia i przebiegu przyczynowości – następnego ogniwa tego przebiegu, bez włączenia się jakichkolwiek ogniw dodatkowych lub pośrednich, może być już tylko naruszenie lub unicestwienie tego dobra. Przez „bezpośrednie niebezpieczeństwo należy rozumieć takie niebezpieczeństwo, które grozi określonemu dobru natychmiast, a więc zagraża tak, że wszelka zwłoka w podjęciu czynności ratowniczych mogłaby czynić je bezprzedmiotowymi, bądź że naruszenie dobra nie musi nastąpić natychmiast, ale ma charakter nieuchronny, a wstrzymanie się od czynności ratowniczych mogłoby powiększyć rozmiary grożącej szkody lub utrudnić zapobieżenie jej" (wyrok SN z 30 maja 1973 r., III KR 6/73, LEX nr 21565).

Niebezpieczeństwo musi zagrażać jakiemukolwiek dobru chronionemu. Najczęściej będzie tu chodzić o ochronę prawnokarną, w grę wchodzi jednak ochrona udzielana także przez inne gałęzie prawa (cywilnego, administracyjnego itp.).

4. Nie jest dobrem chronionym prawem w rozumieniu art. 26 § 1 takie, które wprawdzie generalnie podlega ochronie (np. wolność, mienie), lecz w konkretnie oznaczonej sytuacji przepis prawa w określony sposób ochronę tę reglamentuje (np. ucieczka więźnia nie będzie uznana za ochronę jego wolności, a manipulacja dłużnika ukrywającego mienie przed zajęciem komorniczym nie będzie uznana za ochronę mienia, w obu tych przypadkach wyłączona będzie zatem możliwość powołania się na działanie w stanie wyższej konieczności).

5. Osoba podejmująca działania opisane w art. 26 § 1 musi działać w celu uchylenia niebezpieczeństwa. Musi mieć świadomość jego istnienia oraz wolę jego uchylenia (zamiar bezpośredni kierunkowy).

6. Jeżeli sprawca celowo spowodował stan zagrożenia po to, by następnie naruszyć dobro chronione prawem (np. świadomie zastrzelić sprowokowanego do ataku nielubianego psa sąsiada), nie będzie mógł powołać się na działanie w stanie wyższej konieczności. W wypadku gdy nie było jednak takiej celowości, powołanie się na ten stan nie jest wykluczone, zawinienie sprawcy w wywołaniu niebezpieczeństwa pozostaje bowiem w takim układzie indyferentne dla jego możliwości powołania się na kontratypowy stan wyższej konieczności, inaczej jednak niż przy ekskulpującym stanie wyższej konieczności.

7. Wyłączenie odpowiedzialności karnej za naruszenie dobra chronionego prawem w celu uchylenia się od zawinionego nawet niebezpieczeństwa powoduje, że wyłączona zostanie także odpowiedzialność za narażenie tego dobra na niebezpieczeństwo lub za nieumyślne jego unicestwienie (koncepcja tzw. odpowiedzialności na przedpolu czynu). Ostateczny skutek wszelkich działań o przestępczym charakterze konsumuje bowiem wszelkie wcześniejsze poczynania mające prowadzić do niego. Skoro zaś stan wyższej konieczności uchyla bezprawność takiego skutku, to tym bardziej uchyla bezprawność takich właśnie działań (inaczej K. Buchała, A. Zoll, *Polskie…*, s. 211–212).

8. Stan wyższej konieczności zachodzi jedynie wtedy, gdy niebezpieczeństwa utraty lub uszczuplenia dobra prawnego nie można było inaczej uniknąć, jak tylko poświęcając inne dobro chronione prawem (zasada subsydiarności). Jeśli więc uniknięcie takie realnie możliwe było w jakikolwiek inny sposób (ucieczka, uchylenie się, wezwanie pomocy), to należy skorzystać z tego właśnie sposobu.

Zasada subsydiarności ma nie tylko swój wymiar jakościowy, lecz także ilościowy, co oznacza, że działanie w ramach stanu wyższej konieczności, nawet jeśli uprawnia do poświęcenia dóbr prawnych, przy czym istnieje kilka wariantów ich poświęcenia, zobowiązuje do wyboru takiego sposobu działania, który prowadzi do wyrządzenia najmniejszych szkód na tych dobrach (por. A. Zoll, w: Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012, s. 481).

9. Niemożliwe jest uznanie stanu wyższej konieczności tam, gdzie szczególny przepis prawa jednoznacznie zabrania określonych sposobów działań, mogących skądinąd nabrać w danej sytuacji charakteru działań obronnych. Policjant nie może poddać podejrzanego torturom w celu uzyskania zeznań na temat czasu i miejsca planowanego przez jego kompanów napadu rabunkowego, gdyż zabrania mu tego przepis szczególny z art. 14 ust. 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.); lekarz nie może wbrew zgodzie pacjenta przeprowadzić operacji nawet wtedy, gdy ratowałaby ona życie pacjenta, gdyż zabrania mu tego wprost art. 34 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 464 ze zm.). Podobne stanowisko zajmują m.in. S. Rutkowski, *Zgoda na zabieg*

leczniczy w ujęciu art. 192 k.k., Prok. i Pr. 2000, nr 2, s. 19, oraz E. Zielińska, *Powinność lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, PiM 2000, nr 5, s. 73 i n.; odmiennie K. Daszkiewicz, *Uchylenie odpowiedzialności lekarza za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Pal. 2002, nr 11–12, s. 31–45. Zagadnienie to szeroko omawia również T. Dukiet-Nagórska, *Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej*, PiM 2005, nr 19, s. 22 i n., oraz A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w praktyce lekarskiej*, PiM 2005, nr 19, s. 5 i n. Pogląd A. Marka (*Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 77), że prawo do samostanowienia pacjenta zawsze musi ustąpić ratowaniu dobra cenniejszego, jakim jest życie pacjenta, jest zbyt skrajny, gdyż prowadzi do samowoli lekarza i pozbawia w takim układzie sensu art. 192.

10. Bezprawność kryminalna czynu nie będzie też wyłączona, gdy został on popełniony w egoistycznym, społecznie nieaprobowanym interesie posiadacza dobra prawnego. Nie wystarcza tu zachowanie proporcji dóbr, a niezbędne jest jeszcze, aby dokonany przez sprawcę wybór (poświęcenie określonego dobra) mógł być uznany za społecznie trafny sposób rozwiązania zaistniałego konfliktu dóbr. Sprawca nie będzie więc mógł się tłumaczyć, że nie odprowadził należnego podatku, chcąc poprawić kondycję finansową swojego przedsiębiorstwa, tzn. powoływać się na stan konieczności gospodarczej (podobnie L. Wilk, *Stan wyższej konieczności a przestępstwa podatkowe*, Pal. 1998, nr 5–6; J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005, s. 241–246).

Można jednak uznać za działanie w stanie wyższej konieczności wręczenie przez przedsiębiorcę korzyści majątkowej osobie pełniącej funkcję publiczną (np. urzędnikowi skarbowemu), by zapobiec przez to upadłości przedsiębiorstwa w związku z podejmowanymi przez tego urzędnika długotrwałymi i nękającymi kontrolami, których celem było wywarcie presji na przedsiębiorcę po to, by takie wręczenie wymusić, jeśli niebezpieczeństwa takiego w konkretnej sytuacji nie dało się uniknąć.

11. Warunkiem wyłączenia bezprawności czynu jest, aby dobro poświęcone przedstawiało wartość niższą od dobra ratowanego (zasada proporcjonalności).

Ocena tej wartości musi odbywać się według kryteriów obiektywnych. Wskaźnikiem pomocniczym do tej oceny może być – z jednej strony – miejsce, w którym uplasowane są przepisy o ochronie określonych dóbr w strukturze kodeksu karnego (np. życie przed wolnością), z drugiej – rozmiary sankcji karnej za naruszenie danego dobra. Wskaźników tych nie należy jednak absolutyzować, gdyż ostateczna ocena powinna być dynamiczna i uwzględniać wszelkie okoliczności zdarzenia, co oznacza także, że nie może być ona dokonywana w sposób abstrakcyjny, lecz musi być zawsze relatywizowana do realiów konkretnej sprawy.

W odniesieniu do dóbr materialnych dających się wartościować w pieniądzu kryterium pomocniczym jest także proporcja szkód. Przykładowo, jeżeli dyrektor rafi-

nerii polecił wypuścić do ścieku benzynę ze zbiornika zawierającego 50 tys. litrów, stojącego między palącym się zbiornikiem zawierającym 10 tys. litrów a zbiornikiem o zawartości 30 tys. litrów, w uzasadnionej obawie, że ogień przerzuci się najpierw na zbiornik o pojemności 50 tys. litrów, a następnie na ten z 30 tys. litrów, poświęca, co prawda, 50 tys. litrów benzyny dla ratowania 30 tys. litrów, powodując szkodę w wysokości 50 tys. litrów, unikając szkody w wysokości 80 tys. litrów benzyny. Pojęcia „wartość dobra" nie można zatem interpretować w sposób ściśle buchalteryjny.

Nie można mieć wątpliwości, że życie ludzkie jest niepoliczalne jakościowo i ilościowo, co oznacza, że ma ono taką samą wartość niezależnie od wieku, zdrowia, wykształcenia itp., a także od liczby zagrożonych osób (zob. wyrok SN z 17 lutego 1989 r., IV KR 15/89, OSNKW 1989, nr 5–6, poz. 42).

Brak jednoznacznych aksjologicznie kryteriów uwarunkowania klauzuli stanu wyższej konieczności oraz brak w istocie odesłania innego niż tylko odesłanie do oceny sędziego powoduje brak zaufania orzecznictwa karnego do tej instytucji (zob. L. Wilk, *Aksjologiczne problemy stanu wyższej konieczności*, PiP 2008, z. 11). Tezę tę zdaje się potwierdzać interpretacja instytucji stanu wyższej konieczności zawarta w wyroku TK z 30 września 2008 r., K 44/07, OTK-A 2008, nr 7, poz. 126, w sprawie niezgodności z Konstytucją RP art. 122a ustawy – Prawo lotnicze, który zezwalał na zestrzelenie cywilnego samolotu z pasażerami na pokładzie, jeśli miałby być on wykorzystany do celów terrorystycznych (z aprobującą glosa J. Kuleszy, PiP 2009, z. 9).

12. Stan wyższej konieczności, jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę, znany jest również prawu cywilnemu (art. 142 § 1 i art. 424 k.c.). Określony jest tam jednak w sposób nieco odmienny i węższy niż w prawie karnym. Dlatego też niewykluczona jest sytuacja, w której określone działanie wyłączy odpowiedzialność karną w związku z art. 26 § 1 k.k., nie wyłączy jednak odpowiedzialności cywilnej, powodując w zw. z art. 483 k.c. obowiązek odszkodowawczy. Jeżeli w wyniku stosowania stanu wyższej konieczności (podobnie zresztą jak i obrony koniecznej) inna osoba doznała ciężkich obrażeń zagrażających życiu w zw. z art. 439 k.c. i art. 2 k.k., stosujący te kontratypy powinien podjąć działania, które zmierzają do odwrócenia tego niebezpieczeństwa.

13. Stan wyższej konieczności opisany w art. 26 § 2 wyłącza jedynie winę sprawcy ze względu na anormalną sytuację motywacyjną, w której się znalazł. W takiej sytuacji określanie stanu wyższej konieczności mianem kontratypu nie zasługuje na aprobatę, ponieważ mamy wówczas do czynienia z instytucją ekskulpującą.

Istotą regulacji z art. 26 § 2 jest to, że – dla ratowania określonego dobra – sprawca poświęca dobro o wartości identycznej lub nieco wyższej, byleby nie była ona oczywiście wyższa. Znamię „oczywistości" jest znamieniem ocennym i musi być przedmiotem rozstrzygnięcia sądu w każdej konkretnej sytuacji, przy czym powinna być

ona widoczna niejako „gołym okiem", tj. bez potrzeby czynienia jakichś pogłębionych zabiegów interpretacyjnych (por. W. Wolter, *Nauka*…, s. 182).

Czyn popełniony w takich warunkach zwalnia – co prawda – sprawcę od odpowiedzialności karnej ze względu na brak winy, pozostaje jednak nadal czynem bezprawnym, co umożliwia np. stosowanie wobec niego obrony koniecznej.

14. Artykułu 26 § 2 nie stosuje się wobec sprawcy poświęcającego dobro, które ma szczególny obowiązek chronić, nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste (art. 26 § 4). Źródłem takiego obowiązku mogą być regulacje ustawowe lub zobowiązania umowne, musi on mieć jednak wyraźne uregulowanie normatywne i nie można go domniemywać np. na podstawie zasad współżycia społecznego czy wcześniejszego zachowania się sprawcy. Nie ma on jednak charakteru absolutnego (np. strażak nie ma obowiązku ratowania z pożaru ofiary w sytuacji, gdy z okoliczności wynika, że zakończyłoby się to jego niechybną śmiercią – *ultra posse nemo obligatur est*), przepis mówi bowiem o obowiązku narażania się na niebezpieczeństwo, a nie poddania się skutkowi wynikającemu z tego niebezpieczeństwa.

Niebezpieczeństwo osobiste to niebezpieczeństwo zagrażające takim dobrom, jak: życie, zdrowie, wolność, nietykalność cielesna, cześć, ale nie dobrom o charakterze majątkowym.

Wyłączenie podmiotowe, o którym mowa w art. 26 § 4, odnosi się jedynie do stanu wyższej konieczności opisanego w art. 26 § 2 (tj. wyłączającego winę). Gdy osoba opisana w § 4 art. 26 poświęci dobro o wartości niższej od ratowanego, korzysta na ogólnych zasadach z wyłączenia bezprawności swojego czynu na podstawie art. 26 § 1. Rozwiązanie to, przeciwne do regulacji obowiązujących wcześniej (zob. art. 23 § 3 d.k.k.), należy uznać za niewłaściwe, w sposób niepożądany bowiem znosi ono obowiązki swoistego gwaranta, o którym mowa w art. 26 § 4.

15. Artykuł 26 § 3 opisuje tzw. ekscesy stanu wyższej konieczności, które odnoszą się do obu jego wariantów.

Eksces ekstensywny będzie miał miejsce wówczas, gdy niebezpieczeństwo istniało wprawdzie realnie (bez jego istnienia nie ma bowiem w ogóle stanu wyższej konieczności), brak jednak cechy jego bezpośredniości bądź też zrealizowało się ono już w postaci szkody, a więc zakończyło się już, nieświadoma zaś tego osoba działa nadal lub też – usiłując pomniejszyć jej rozmiary – w dalszym ciągu podejmuje działania ratownicze i poświęca przy tym inne dobra.

Takie ukształtowanie ekscesu ekstensywnego przy stanie wyższej konieczności może zostać jednak zakwestionowane, przekroczenie bowiem jego granic wtedy, gdy niebezpieczeństwo nie było bezpośrednie, nastręcza wątpliwości, czy zachowanie sprawcy mieści się jeszcze w granicach art. 26, do którego znamion należy wszakże owa „bezpośredniość".

Eksces intensywny zachodzi natomiast wtedy, gdy naruszono zasadę subsydiarności, tj. niebezpieczeństwa można było uniknąć „mniejszym kosztem", bądź zasadę proporcjonalności, tj. poświęcono dobro oczywiście większej wartości.

16. Wpraktyce mogą powstać trudności w przeprowadzeniu granicy pomiędzy stanem wyższej konieczności a obroną konieczną, zwłaszcza wówczas, gdy źródłem niebezpieczeństwa jest zachowanie człowieka. Mamy tutaj jednak dość jasno zarysowane kryteria, na podstawie których możemy dokonać odpowiedniej kwalifikacji. I tak, po pierwsze, przy obronie koniecznej odpieramy **bezprawny zamach**, podczas gdy przy stanie wyższej konieczności działamy w celu uchylenia **bezpośredniego niebezpieczeństwa**. Po drugie, z takiego ujęcia wynika już konsekwentnie, że przy obronie koniecznej ów zamach **odpieramy**, natomiast przy stanie wyższej konieczności **poświęcamy** dobro prawne. W końcu też obrona konieczna charakteryzuje się **samoistnością**, podczas gdy stan wyższej konieczności zasadza się na regule **subsydiarności**.

Jeżeli sprawca swoim zachowaniem wypełnia jednocześnie znamiona obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności, wówczas należy zastosować przepisy właściwe obu tym instytucjom (zob. W. Wolter, *Nauka*…, s. 169).

17. W art. 26 § 5 zawarto regulację tzw. kolizji obowiązków. Pomimo ujęcia jej w ramach tego artykułu, tradycyjnie już kojarzonego ze stanem wyższej konieczności, wydaje się zasadne jej traktowanie jako instytucji odrębnej, do której przepisy regulujące stan wyższej konieczności znajdują tylko odpowiednie zastosowanie.

18. Zastosowanie art. 26 § 5 jest możliwe, gdy łącznie występują trzy okoliczności:
1) istnienie realnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dwóch lub więcej dóbr prawnych jednocześnie;
2) istnienie w odniesieniu do danej osoby równoczesnego obowiązku ratowania wszystkich zagrożonych dóbr; źródła tego obowiązku muszą mieć normatywny, a nie jedynie moralny lub kurtuazyjny charakter;
3) obiektywna niemożliwość równoczesnego spełnienia wszystkich tych obowiązków, co powoduje, że spełnienie jednego z nich oznacza niespełnienie innych i w rezultacie – uszczuplenie lub unicestwienie dóbr prawnych; adresat obowiązków staje więc wobec obiektywnej konieczności wyboru spełnienia tylko jednego z nich.

Ciekawą i wartą rozważenia koncepcję prezentuje tutaj J. Majewski, który podnosi, że istotą regulacji art. 26 § 5 nie jest tak naprawdę kolizja obowiązków, ponieważ na sprawcy nie ciążą wszystkie pozostające ze sobą w kolizji obowiązki, lecz tylko te, które w danym układzie sytuacyjnym mogą zostać zrealizowane. Przy takim ujęciu problem powinien być zatem rozstrzygany nie na płaszczyźnie ewentualnego uchylenia bezprawności czy winy, lecz w odniesieniu do kolizji norm, chociaż trudno już podzielić jego pogląd, że art. 26 § 5 jest w ogóle zbędny, gdyż w sytuacji takiej kolizji któryś z obowiązków jest zawsze „silniejszy", a więc problem może być rozwiązany na gruncie ogólnych zasad stanu wyższej konieczności, problemu nie da się bowiem

sprowadzić jedynie do zagadnienia proporcji dóbr (zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002, s. 147–148).

19. O prawnej adekwatności dokonanego przez sprawcę wyboru, a w konsekwencji o włączeniu odpowiedzialności karnej za niespełnienie pozostałych przesłanek, decydują trzy podstawowe okoliczności:
1) wartość poszczególnych dóbr;
2) stopień ryzyka ich uszczuplenia lub unicestwienia (większa „bezpośredniość" niebezpieczeństwa szkody);
3) charakter obowiązku (jeśli jeden z nich ma charakter szczególnego obowiązku służbowego, którego niespełnienie pociąga odpowiedzialność za skutek, drugi zaś ma charakter bardziej ogólny, stanowi to przesłankę wyboru pierwszego).

Łączna ocena tych trzech okoliczności zadecyduje, czy w grę wejdzie odpowiednie zastosowanie art. 26 § 1 (wyłączenie bezprawności), art. 26 § 2 (wyłączenie winy), art. 26 § 3 (ekscesy), czy też odpowiednie zastosowanie któregokolwiek z nich będzie wykluczone, co spowoduje odpowiedzialność karną.

20. W przypadku kolizji obowiązków w odniesieniu do dóbr równej wartości sprawca powinien w pierwszej kolejności zrealizować obowiązek „silniejszy", a gdy oba (lub więcej) są tej samej mocy – ten, którego prawdopodobieństwo zrealizowania jest większe.

21. Szczególne problemy powstają w związku z zagadnieniami lekarskimi. Lekarz nie będzie mógł powołać się na art. 26 § 5, gdy w sytuacji zagrażającej życiu lub zdrowiu pacjenta nie podjął leczenia, tłumacząc się, że działał w interesie swojego pracodawcy, który na leczenie nie miał już tzw. limitów uzgodnionych w Narodowym Funduszu Zdrowia. Będzie natomiast mógł powołać się na ten przepis, jeśli w określonej sytuacji nie dysponował „logistycznym" zabezpieczeniem tego leczenia zgodnym ze standardami (np. brak nowoczesnej aparatury). Stał on bowiem wówczas wobec alternatywy „leczyć nie tak, jak to nakazują standardy medyczne, albo nie leczyć wcale", a nie „leczyć zgodnie ze standardami albo leczyć niezgodnie ze standardami" (podobnie T. Dukiet-Nagórska, *Prawokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenie świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej*, PiM 2000, nr 6–7, s. 15). Sytuacje, w których z jednej strony istnieje obowiązek lekarza uszanowania prawa pacjenta do samostanowienia, z drugiej zaś – obowiązek udzielania świadczenia zdrowotnego (wbrew zgodzie), nie stanowią jednak przypadku kolizji obowiązków. Kategoryczne brzmienie w tym względzie przepisów prawa medycznego przesądza o priorytecie obowiązku poszanowania prawa pacjenta do samostanowienia – nie ma więc kolizji obowiązków (podobnie P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, PS 2005, nr 10; por. T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008).

22. Nie będzie mógł powołać się na działanie w warunkach art. 26 § 5 ten, kto znalazł się w sytuacji kolizyjnej przez siebie samego zawinionej (np. podjął się reprezentowania dwóch przedsiębiorców, wiedząc, że ich interesy mogą być sprzeczne, lub dopuścił się nadużyć podatkowych w celu ratowania swojej firmy przed upadłością; zob. J. Lachowski, T. Oczkowski, *Sporne problemy wykładni przepisów o przestępstwie nadużycia zaufania (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, PS 2002, nr 5, s. 68; por. L. Wilk, *Stan wyższej konieczności w prawie…*).

Wybrane orzecznictwo

23. Stan wyższej konieczności może wynikać jedynie w przypadku kolizji interesów znajdujących się pod ochroną prawa (wyrok SN z 3 marca 1938 r., II K 1762/37, OSN(K) 1938, nr 9, poz. 223).

Wyjątkowy charakter stanu wyższej konieczności oznacza, że nie może on być rozumiany jako sposób niwelowania dysproporcji majątkowych między poszczególnymi osobami, zwłaszcza zaś nie może oznaczać przyzwolenia na dokonywanie kradzieży w celu wspierania nieefektywnych podmiotów gospodarczych (wyrok SA we Wrocławiu z 20 maja 1995 r., II AKr 82/95, Prok. i Pr.-wkł. 1996, nr 9, poz. 18, z glosą A. Wąska).

Istota stanu wyższej konieczności polega na tym, że sprawca działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, jak tylko przez dopuszczenie się czynu sprzecznego z przepisami prawa karnego. Warunkiem braku przestępczości w działaniu sprawcy jest zachowanie proporcji dóbr (wyrok SN z 22 kwietnia 1982 r., II KR 60/82, LEX nr 21937).

Art. 27. [Ryzyko nowatorskie]

§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu przeprowadzenia eksperymentu poznawczego, medycznego, technicznego lub ekonomicznego, jeżeli spodziewana korzyść ma istotne znaczenie poznawcze, medyczne lub gospodarcze, a oczekiwanie jej osiągnięcia, celowość oraz sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy.
§ 2. Eksperyment jest niedopuszczalny bez zgody uczestnika, na którym jest przeprowadzany, należycie poinformowanego o spodziewanych korzyściach i grożących mu ujemnych skutkach oraz prawdopodobieństwie ich powstania, jak również o możliwości odstąpienia od udziału w eksperymencie na każdym jego etapie.
§ 3. Zasady i warunki dopuszczalności eksperymentu medycznego określa ustawa.

1. Obecny kodeks karny zmodyfikował kontratyp dopuszczalnego ryzyka nowatorstwa, upraszczając jego formę oraz dostosowując do współczesnych realiów w porównaniu z jego pierwowzorem zawartym w art. 23a d.k.k. Umieszczenie tej normy w części ogólnej kodeksu karnego oznacza, że ma ona zastosowanie do wszelkich przestępstw

ujętych zarówno w części szczególnej kodeksu, jak i w innych ustawach typizujących określone przestępstwa (w zw. z art. 116) – zob. R. Kubiak, *Kontratyp dozwolonego eksperymentu w świetle teorii kolizji dóbr i opłacalności społecznej*, PiP 2005, z. 12, s. 68–69. Ograniczanie jej przedmiotowego zasięgu jedynie do pewnych przestępstw (życie i zdrowie człowieka, szkoda w mieniu i środowisku), jak to czyni A. Marek (*Komentarz…*, s. 78), nie wydaje się słuszne.

Jego istotą jest prawna akceptacja dyktowana względami celowości społecznej określonego wyboru w sytuacji powstania kolizji dóbr – dobra prawnego narażonego na niebezpieczeństwo zachowaniem ryzykownym oraz realnej perspektywy uzyskania społecznej korzyści w dziedzinie wiedzy ogólnej, techniki, gospodarki i medycyny.

W stanie wyższej konieczności naruszenie dobra prawnego jest pewne, natomiast kontratyp dozwolonego eksperymentu (ryzyka) zakłada możliwość uszkodzenia lub zniszczenia dobra, ale powinna być ona mało prawdopodobna (R. Kubiak, *Zbieg kontratypu dozwolonego eksperymentu z innymi okolicznościami wyłączającymi bezprawność*, PiP 2002, z. 11, s. 45).

2. Ryzyko to wywołana poczynaniami człowieka sytuacja, z której rozwojem – w ramach dającego się przewidzieć przebiegu przyczynowości – łączy się realne niebezpieczeństwo nastąpienia ujemnych skutków; prawdopodobieństwa nastąpienia tych skutków nie da się wyeliminować bez rezygnacji z osiągnięcia celu, którego osiągnięcie było motywem podjęcia tych poczynań. Cechą ryzyka jest określony stopień niepewności dotyczący zarówno osiągnięcia przez określone działania zamierzonego korzystnego celu, jak i możliwości wywołania tym działaniem ujemnych skutków. Niepewność ta wynika z braku dostatecznego zasobu wiedzy lub informacji co do przebiegu przyczynowości w ramach określonego działania.

3. Kontratyp obejmuje jedynie tzw. ryzyko nowatorstwa, czyli takie, przy którym większy niż w wypadku tzw. ryzyka codziennego margines niepewności, wynikający z niepełnej znajomości uruchamianych procesów, „technologii" postępowania w danym wypadku, rozmiarów szkodliwych skutków i stopnia prawdopodobieństwa ich powstania, jest skutkiem tego, że hipotetyczny przebieg przyczynowości uruchamianej przez podejmowane działania nie był nigdy w analogicznych warunkach eksperymentalnie dostatecznie sprawdzony ani też potwierdzony rutynową praktyką.

4. Eksperyment w rozumieniu art. 27 jest przedsięwzięciem, które zmierza do sprawdzenia i potwierdzenia założonego hipotetycznie przez eksperymentatora przebiegu przyczynowości w dziedzinach w nim wymienionych (ogólnopoznawczej, technicznej, ekonomicznej, medycznej).

5. Kontratyp ten wyłącza bezprawność karną spowodowania w związku z przebiegiem eksperymentu szkody lub sprowadzenia jej niebezpieczeństwa (jeśli szkoda taka lub sprowadzenie jej niebezpieczeństwa stanowią czyn stypizowany przez prawo karne).

Wyłączenie bezprawności prawnokarnej nie pociąga jednak za sobą automatycznie wyłączenia bezprawności cywilnej i w konsekwencji – obowiązku odszkodowawczego.

6. Wyłączenie bezprawności karnej następuje po łącznym spełnieniu następujących warunków:
1) określonego celu działania,
2) istotności spodziewanej korzyści,
3) zasadności jej oczekiwania w świetle obecnego stanu wiedzy,
4) celowości eksperymentu w świetle obecnego stanu wiedzy,
5) przeprowadzenia eksperymentu *lege artis*.

Gdy eksperyment prowadzony jest z udziałem ludzi, dodatkowo musi być spełniony warunek ich zgody na udział w nim, po uprzednim pełnym ich poinformowaniu o charakterze eksperymentu.

7. Celem działania eksperymentatora musi być przeprowadzenie eksperymentu poznawczego, medycznego, technicznego lub ekonomicznego (zob. uwaga 4). Motywem jego działań nie musi być jednak jedynie altruistyczny motyw poznawczy, lecz może nim być także i motyw egoistyczny (zdobycie pieniędzy, sławy, beneficjów niematerialnych itp.).

8. Eksperyment poznawczy to eksperyment w zakresie ogólnych prawideł rządzących istniejącą obiektywnie rzeczywistością.

9. Eksperyment medyczny może przybierać postać eksperymentu leczniczego (podjęcie nierutynowej procedury w celu wyleczenia konkretnego człowieka) lub badawczego (odkrycie lub sprawdzenie istnienia obiektywnych prawidłowości występujących w sferze medycznej) – zob. art. 21 u.z.l.l.d.

10. Eksperyment techniczny polega na sprawdzeniu skuteczności niesprawdzonych dotąd rutynowo urządzeń technicznych lub procesów technologicznych.

11. Eksperyment ekonomiczny to praktyczna weryfikacja określonej koncepcji teoretycznej w dziedzinie ekonomii lub niezweryfikowanej dotąd procedury ekonomicznej (np. marketingowej). Dłużnik uczestniczący w obrocie gospodarczym nie powinien jednak podejmować w ramach eksperymentu ekonomicznego czynności, które uniemożliwiłyby pełną realizację jego zobowiązań wobec wierzycieli w przyszłości. Sytuacja taka nie wyklucza wprawdzie *a limine* zastosowania art. 27, kalkulacja ewentualnych zysków i strat musi być tu jednak prowadzona szczególnie wnikliwie i starannie – szerzej na temat reguł ostrożności obowiązujących dłużnika zob. E. Hryniewicz, R. Zawłocki, *Nieumyślność bankructwa jako podstawa odpowiedzialności karnej*, MoP 2006, nr 6, zwłaszcza s. 298 i n.

12. Spodziewana korzyść jest istotna wówczas, gdy w dziedzinach, których dotyczy eksperyment, prowadzi do znaczącego poszerzenia stanu wiedzy o rządzących nimi obiek-

tywnie prawidłowościach i w konsekwencji powoduje znaczny postęp na drodze do osiągnięcia zamierzonego celu (np. wyleczenia pacjenta).

Oczekiwanie takiej korzyści jest zasadne wtedy, gdy aktualne zdobycze wiedzy w danej dziedzinie uzasadniają przypuszczenie, że eksperyment stanowiący podstawę do osiągnięcia takiej korzyści ma znacząco większą szansę na to, że się powiedzie, niż na to, że się nie powiedzie.

13. Eksperyment jest celowy wówczas, gdy w świetle aktualnego stanu wiedzy nie istnieje inny, mniej ryzykowny sposób ustalenia nieznanych lub niezweryfikowanych dotąd prawidłowości danej dziedziny lub inny mniej ryzykowny sposób osiągnięcia określonego efektu.

14. Eksperyment przeprowadzony jest *lege artis* wówczas, gdy techniki i procedury jego przeprowadzenia od strony techniczno-wykonawczej zgodne są z aktualnym stanem wiedzy co do sposobów i zasad stosowania takich technik i procedur.

15. Wprawdzie ustawa nie wprowadza wprost wymogu proporcjonalności spodziewanej w wyniku udanego eksperymentu korzyści w relacji do potencjalnych strat powstałych w związku z jego niepowodzeniem, ale konieczność jej zachowania wynika z samej istoty konstrukcji kontratypu. Nie będzie więc można go przyjąć, gdy spodziewana korzyść była wprawdzie istotna, istniało jednak wysokie ryzyko poważnych strat, które w efekcie nastąpiły, zasada ostrożnego postępowania jest bowiem immanentną cechą każdego działania niosącego ryzyko ujemnych następstw. To nie oznacza jeszcze, że proporcjonalność nie jest zachowana wówczas, gdy prawdopodobieństwo uzyskania korzyści nie przekracza prawdopodobieństwa wyrządzenia eksperymentem szkody (inaczej P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks…*, 2014, s. 95 i wskazane tam źródło), to powinno być bowiem bardziej relatywizowane do istotności spodziewanej korzyści aniżeli grożącej szkody, pod warunkiem oczywiście – w zgodzie z powyższym – że rozdźwięk w tym względzie nie jest rażący.

16. Zgoda uczestnika na udział w eksperymencie musi nie tylko spełniać wszelkie wymagania opisane w art. 27 § 2, ale dodatkowo mieć wszelkie walory ważnego prawnie oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego, a w szczególności – być pozbawiona jakichkolwiek wad takiego oświadczenia. Szczególnie ważne, zwłaszcza w wypadku eksperymentu medycznego, jest uprzednie, jasne, wyczerpujące i przeprowadzone w sposób zrozumiały dla uczestnika wyjaśnienie wszelkich jego aspektów, w tym rozmiarów ryzyka. Wymóg poinformowania o możliwości odstąpienia od eksperymentu na każdym jego etapie nie może być obligatoryjny. W niektórych rodzajach eksperymentów odstąpienie takie może być po prostu technicznie niemożliwe (np. eksperyment na pokładzie statku kosmicznego). Jeśli uczestnik został o takim stanie rzeczy poinformowany i przyjął tę informację do wiadomości, świadomie godząc się na udział w eksperymencie, standardy, o których mowa w art. 27 § 2, są spełnione; „możliwość odstąpienia" oznacza bowiem w tym kontekście także informację, że możliwości

takiej nie będzie – zob. R. Kubiak, *Zgoda uczestnika eksperymentu*, PiM 2000, nr 8 (tzw. *informed consent* – zgoda poinformowanego – M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 169–171 i 260–273); zob. też art. 30 Konstytucji RP.

17. Artykuł 27 § 3 nie wyłącza z zakresu uregulowania art. 27 § 1 i 2 eksperymentu medycznego, lecz jedynie modyfikuje i doprecyzowuje jego zasady. Eksperyment medyczny musi spełniać wszelkie wymagania art. 27 § 1 i 2, dodatkowo zaś wymagania dotyczące zasad i warunków jego przeprowadzania opisane w rozdziale IV (art. 21–29) u.z.l.l.d. (zob. M. Filar, *Lekarskie…*, s. 142–171; M. Filar, *Eksperyment lekarski jako okoliczność wyłączająca bezprawność*, w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2008; inaczej K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks…*, t. 1, 1998, s. 248). Pojawiające się niekiedy poglądy, że tzw. eksperymenty lecznicze są uregulowane wyłącznie w przepisach prawa lekarskiego, natomiast poznawcze eksperymenty medyczne – tylko w art. 27 k.k. (np. A. Marek, *Komentarz…*, s. 79), nie wydają się trafne. Nie możemy bowiem zapomnieć, że także eksperyment leczniczy (terapeutyczny) jest eksperymentem w ogóle, a więc musi spełniać jako taki wymogi uniwersalne, które przed każdym eksperymentem stawia art. 27 § 1 i 2. Oprócz tego musi spełniać dodatkowo wymogi, o jakich mowa w rozdziale IV ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, które to można traktować jako swoistą *lex specialis*. *Lex specialis* to zaś zawsze *lex generalis* i „coś jeszcze" – owo „coś" wynika z regulacji *lex specialis.*

Szczególnie rygorystyczny reżim prawny przewidziany jest przez prawo w odniesieniu do eksperymentów z udziałem płodu ludzkiego, które nie są, co prawda, całkowicie wykluczone, ale bardzo ograniczone (zob. art. 26 ust. 3 u.z.l.l.d.; szerzej M. Filar, *Lekarskie…*, s. 108–169).

18. Znaczenie praktyczne ryzyka nowatorskiego miało dla polskiego prawa karnego zawsze charakter zupełnie marginalny – wokół art. 27 § 1 nie wytworzyło się żadne w zasadzie orzecznictwo, niewielka była też rola art. 23a d.k.k., będącego jego funkcjonalnym odpowiednikiem. Sugestie jednak, że „generalny kontratyp eksperymentu" jest instytucją niepotrzebną, albo też zarzucanie doktrynie braku umiejętności podania akademickich przykładów obrazujących możliwość zastosowania przedmiotowego kontratypu wydają się zbyt daleko idące (sugestie takie zob. P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013, s. 482–483).

Wybrane orzecznictwo

19. Podjęcie pełnej produkcji z zastosowaniem nowych urządzeń bez próbnej produkcji może w określonych wypadkach naruszać zasady prawidłowego gospodarowania i wykraczać poza ramy uzasadnionego ryzyka (wyrok SN z 22 sierpnia 1978 r., VI KRN 205/78, OSNKW 1978, nr 11, poz. 131).

Żeby ryzyko można było uznać za podstawę ekskulpacji oskarżonego, musi ono być wynikiem świadomego podjęcia decyzji co do przedsięwzięć, które mogą być podej-

mowane w różnych formach alternatywnych, przy czym ryzykowne działanie powinno nastąpić dopiero po starannym wyważeniu wszystkich okoliczności, jakie mogłyby się przyczynić do osiągnięcia korzyści bez spowodowania szkody (wyrok SN z 31 października 1968 r., I KR 130/68, OSNKW 1969, nr 6, poz. 69).

Art. 28. [Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego]

§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego.
§ 2. Odpowiada na podstawie przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność sprawca, który dopuszcza się czynu w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność stanowiąca znamię czynu zabronionego, od której taka łagodniejsza odpowiedzialność zależy.

1. Przepis komentowanego artykułu stanowi podstawę normatywną ukształtowania instytucji błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, funkcjonującej w obrocie normatywnym także pod nazwą błędu co do faktu i błędu faktycznego – *error facti*.

2. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego jako instytucja prawa karnego – przynajmniej w swoim zasadniczym zrębie – jest dogmatycznie ustabilizowany (stabilizacja jądra dogmatycznego *error facti*), a przepis art. 28 § 1 k.k. stanowi funkcjonalny odpowiednik art. 24 § 1 d.k.k. oraz art. 20 § 1 kodeksu karnego z 1932 r.

W słuszności powyższej diagnozy utwierdza deklaracja zawarta w *Uzasadnieniu projektu k.k.* (s. 133): „Określenie błędu co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego nie odbiega merytorycznie od regulacji kodeksu z 1969 r."

3. Istotą błędu jest niezgodność między rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości człowieka w trakcie procesu poznawczego. Innymi słowy – sprawca działający pod wpływem błędu postrzega rzeczywistość taką, jaka ona w istocie nie jest.

4. W klasycznej dogmatyce prawa karnego przyjmuje się założenie o dwupostaciowości błędu. Zgodnie z nim błąd może przybierać formę nieświadomości (brak w świadomości postrzegającego obiektywnie istniejącego elementu rzeczywistości) lub urojenia (w świadomości postrzegającego rodzi się wyobrażenie o istnieniu okoliczności nieistniejącej w obiektywnej rzeczywistości).

Tak opisana koncepcja dwupostaciowości błędu została poddana jednak analizie krytycznej, podniesiono bowiem, że nieświadomość i urojenie to dwie strony tego samego zjawiska, nie zaś dwie odrębne odmiany błędu. Konsekwencją takiego założenia musiało się stać przyjęcie, że błąd charakteryzuje zarówno nieświadomość, jak i urojone wyobrażenie, które takowej nieświadomości towarzyszy. Wynikać to ma z faktu, że te elementy rzeczywistości, które nie zostały odbite w świadomości spraw-

cy, zostają zastąpione przez urojone wyobrażenia, które faktycznie nie odpowiadają danemu wycinkowi rzeczywistości – i odwrotnie. W ostatecznym więc rozrachunku nieświadomość i urojenie to nie dwie niezależne od siebie odmiany błędu, lecz dwa etapy jego powstawania, a ich usamodzielnienie (zwłaszcza uznanie samej nieświadomości – która powstaje niejako na przedpolu mylnego wyobrażenia – za błąd) budzi konsternację przez wzgląd na istotę błędu (zob. M. Królikowski, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2010, s. 865–866; por. J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2006, s. 168–169).

Nie rozstrzygając problemu, odnotować należy, że mimo intelektualnej atrakcyjności powyższe zapatrywania nastręczają wątpliwości, podniesione bowiem także zostało, że nie każdy błąd polega równocześnie na nieświadomości i urojeniu. O ile odpowiada prawdzie, że urojenie jest konsekwencją nieświadomości, ponieważ wypreparowanie mylnych wyobrażeń musi wynikać z fałszywej kognicji świata otaczającego nieświadomego sprawcę, o tyle już urojenie to nie musi towarzyszyć nieświadomości, gdyż w procesie poznawczym sprawca nie zawsze postrzega „coś więcej", aniżeli faktycznie istnieje w rzeczywistości. Przy takim ujęciu rację miałby W. Wolter, że „możliwa jest nieświadomość bez jakiegokolwiek mylnego wyobrażenia", choć „każde mylne wyobrażenie o rzeczywistości jest tym samym nieświadomością tej rzeczywistości. A skoro mylna świadomość implikuje nieświadomość, ale nie na odwrót, to mamy tu do czynienia ze stosunkiem implikacji ekstensywnej (zwykłej), ale nie ze stosunkiem implikacji wzajemnej czyli z równoważnością zdań (sądów)" – zob. W. Wolter, *Funkcja…*, s. 14.

5. Powyższe rozważania mają charakter czysto teoretyczny, ponieważ z punktu widzenia regulacji art. 28 § 1 dla odpowiedzialności karnej zawsze istotna jest tylko jedna postać błędu: nieświadomość – przy znamionach określonych w sposób pozytywny, urojenie zaś – przy znamionach ujętych w sposób negatywny.

Prawnokarną konsekwencją działania sprawcy pod wpływem błędu faktycznego jest niemożność rekonstrukcji odpowiedzialności w oparciu o umyślność, a obecnie już także – po nowelizacji – także w oparciu o nieumyślność, jeśli błąd jest usprawiedliwiony (zob. uwaga 14).

Finalnie zatem, w płaszczyźnie odpowiedzialności karnej istota błędu ogniskuje się w zniesieniu represji karnej, o ile błąd jest usprawiedliwiony, albo w jej redukcji w relacji do klauzuli nieumyślności, jeśli błąd jest nieusprawiedliwiony (konsekwentnie zatem ustawa musi konstytuować odpowiedzialność za typ nieumyślny, a naruszenie reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach musi być zarzucalne, w innym przypadku – z oczywistych względów – odpowiedzialność karna jest wykluczona).

Nieświadomość znamienia pozytywnego (np. myśliwy strzelający do człowieka w błędnym przekonaniu, że strzela do dzika) wywołuje ten sam skutek co urojenie znamie-

nia negatywnego (np. lekarz wykonujący zabieg leczniczy bez zgody pacjenta w błędnym przekonaniu, że zgoda została wyrażona), urojenie zaś znamienia pozytywnego (np. myśliwy strzela do dzika w błędnym przekonaniu, że strzela do człowieka) wywołuje ten sam skutek, co nieświadomość znamienia negatywnego (np. lekarz wykonujący zabieg za zgodą pacjenta w błędnym przekonaniu, że zgoda ta nie została wyrażona).

Przy nieświadomości znamienia pozytywnego oraz przy urojeniu znamienia negatywnego sprawcy nie można przypisać odpowiedzialności za przestępstwo, także nieumyślne, o ile błąd jest usprawiedliwiony, urojenie zaś znamienia pozytywnego oraz nieświadomość znamienia negatywnego powinny prowadzić do odpowiedzialności na zasadzie usiłowania nieudolnego (zob. A. Jaskuła, *Uregulowanie błędu co do znamion typu czynu zabronionego w prawie karnym Polski i wybranych krajów europejskich*, CzPKiNP 1999, nr 2).

6. Błąd prawnie istotny musi polegać na niezgodności między fragmentem rzeczywistości scharakteryzowanym znamionami ustawy a odbiciem tego odcinka w świadomości sprawcy (wyrok SA w Warszawie z 16 września 2003 r., II AKa 267/03, Prok. i Pr.-wkł. 2004, nr 5, poz. 15).

7. Błędem co do znamion czynu zabronionego nazywamy błąd, którego przedmiotem są okoliczności faktyczne stanowiące przedmiotowe znamiona czynu stypizowanego przez prawo karne. W grę wchodzi zatem przede wszystkim błąd co do przedmiotu czynności wykonawczej, błąd co do podmiotu biernego, błąd co do podmiotu czynnego w odniesieniu do znamion charakteryzujących podmiot przestępstwa w wypadku tzw. przestępstw indywidualnych co do sprawcy.

Błąd co do innego typu znamion jest albo pojęciowo wykluczony (np. błąd co do własnego zamiaru), albo nie ma znaczenia normatywnego (np. błąd co do własnej nieletniości).

8. Błąd co do faktu to nieświadomość okoliczności faktycznej będącej desygnatem przedmiotowego znamienia czynu zabronionego (błąd istotny). Wymagana dla odpowiedzialności karnej świadomość desygnatów znamion nie oznacza jednak, by sprawca „myślał słowami ustawy", lecz jedynie by miał świadomość tych elementów stanu faktycznego, które są desygnatami tych znamion, choć nie musi ich werbalizować, tak jak czyni to ustawa. Analogicznie, gdy do zespołu ustawowych znamion przestępstwa należą tzw. znamiona ilościowe czy liczebnikowe (np. art. 200), nie jest konieczne odbicie w świadomości sprawcy dokładnej liczby czy wielkości. Wystarcza, że sprawca uświadamia sobie ich ocenę społeczną (np. sprawca nie uświadamia sobie, czy osoba, z którą obcuje płciowo, ma 13 czy 14 lat, uświadamia sobie jednak, że jest to dziecko, o którym mowa w art. 200). Nieporozumieniem jest utożsamianie błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z brakiem umiejętności właściwej wykładni treści przepisu (poprzedniej interpretacji znaczenia zwrotów określających znamiona czynu – wyrok SN z 26 lipca 2001 r., V KKN 153/01, LEX nr 51846).

9. W wypadku tzw. znamion normatywnych (wartościujących, np. „szczególne okrucieństwo") lub tzw. klauzul normatywnych (np. „tajemnica służbowa", „działanie bez zezwolenia") nie może być rozpatrywana w kategoriach błędu różnica w wartościowaniu między ocenami powszechnie społecznie akceptowanymi (znamiona wartościujące) lub treścią nadawaną im przez prawo (klauzule normatywne) a indywidualną skalą wartościowania lub ocen sprawcy (zob. wyrok SN z 14 czerwca 2006 r., WA 19/06, Prok. i Pr.-wkł. 2006, nr 11, poz. 4). Przykładowo, sprawca zgwałcenia świadomie stosujący brutalne sposoby zmuszania i zadający ofierze poważne cierpienia nie może tłumaczyć się następnie, że według jego skali ocen zachowanie to nie stanowiło jeszcze „szczególnego okrucieństwa". W piśmiennictwie dominuje pogląd, że w kategoriach błędu co do faktu (art. 28 § 1 k.k.) należy rozpatrywać także błąd co do okoliczności o charakterze faktyczno-jurydycznym, będący elementem konkretnego stanu faktycznego (np. „cudze mienie", „tajemnica państwowa"). Problem ten szczegółowo omawia J. Wyrembak, *Wykładnia prawa a błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego*, PS 2008, nr 2.

10. Błędy co do wszelkich innych okoliczności z czynem związanych, lecz niestanowiących desygnatów jego przedmiotowych znamion (np. błąd co do osoby, błąd co do przebiegu związku przyczynowego, zboczenie działania), stanowią tzw. błędy nieistotne i są indyferentne z punktu widzenia art. 28 § 1 (zob. np. wyrok SN z 13 maja 2002 r., V KKN 141/01, Prok. i Pr.-wkł. 2003, nr 2, poz. 4, z aprobującą glosą M. Wierzbowskiego i P. Wypycha, Pal. 2003, nr 3–4, poz. 230).

W przypadku skażenia błędem wyobrażenia sprawcy co do procesów kauzalnych w ten sposób, że skutek zostaje wprawdzie osiągnięty, ale nie w wyniku bezpośredniego jego działania, lecz doprowadza do tego skrajnie anormalny przebieg przyczynowości, w łańcuch której włączają się okoliczności od sprawcy niezależne, trzeba przyjąć konstrukcję usiłowania.

W wypadku tzw. *aberratio ictus vel iactus* (sprawca chciał zabić A, ale oddając do niego niecelny strzał, zabił przypadkowo B) w orzecznictwie polskim przyjmowano konstrukcję zbiegu kumulatywnego (art. 11 § 2) usiłowania zabójstwa A i nieumyślnego spowodowania śmierci B (zob. wyrok SA we Wrocławiu z 22 listopada 2002 r., II AKa 331/02, OSA 2003, z. 5, poz. 43). Konstrukcja taka wydaje się prawidłowa. Powiedzieć jednak można, że sprawca chciał zabić człowieka i zabił człowieka, nie pomylił się więc co do przedmiotu czynności wykonawczej określonego w art. 148 § 1, wyczerpał zatem w pełni znamiona tego przestępstwa – podobnie powołany wyżej wyrok SN z 13 maja 2002 r., V KKN 141/01).

Pogląd A. Marka (zob. *Kodeks*…, 2010, s. 103), że taka „pojedyncza" kwalifikacja z art. 148 § 1 (obecnie art. 148 § 2 pkt 4) nie odda pełnej charakterystyki popełnionego czynu, który wyczerpał przecież znamiona określone w dwóch przepisach (usiłowanie zabójstwa osoby A i nieumyślne spowodowanie śmierci osoby B), wydaje się – po ponownym rozważeniu – jednak przekonujący i – jako taki – zasadny.

Niezależnie od tego, która z kwalifikacji jawiłaby się jako atrakcyjniejsza, powiedzieć trzeba, że w istocie żadna z nich nie prowadzi do całkowicie zadowalających rezultatów, ani jedna, ani druga nie oddaje bowiem w pełni sensu kryminalnego bezprawia zawartego w czynie. Konstrukcja zbiegu kumulatywnego w zakresie dokonania ogranicza zarzut do nieumyślności, co nie koresponduje z rzeczywistym zamiarem sprawcy, z kolei zaś poczynienie w ramach kwalifikacji pojedynczej sprawcy zarzutu wyłącznie za dokonane zabójstwo całkowicie pomija w niej jedną z faktycznych ofiar jego zachowania. Pomimo więc aprobaty wyrażonej dla stanowiska A. Marka, przyjmując konsekwentnie, że zboczenie z działania ma być błędem nieistotnym i nie rezonować w przestrzeni subsumpcyjnej, to praktyce wymiaru sprawiedliwości polecić wypada finalnie jednak konstrukcję zbiegu kumulatywnego.

11. Błąd istotny co do faktu wyłącza zawsze popełnienie przestępstwa, o ile błąd jest usprawiedliwiony. Świadomość okoliczności stanowiących znamiona czynu zabronionego jest koniecznym elementem zamiaru, bez którego nie sposób postawić sprawcy zarzutu umyślności, brak zaś możliwości postawienia takiego zarzutu wyłącza możliwość przypisania sprawcy winy, co w efekcie wyłącza odpowiedzialność karną za takie przestępstwo.

12. Działanie w ramach istotnego błędu co do faktu nie wyłącza możliwości odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne (jeśli ustawa taki typ przewiduje, a sam błąd nie da się usprawiedliwić). To, czy w określonej sytuacji typ taki zostanie zrealizowany, zależy od wyczerpania przez sprawcę formuły nieumyślności opisanej w art. 9 § 2. Trzeba pamiętać, że element błędu jest immanentnym składnikiem tej formuły, mieszczącym się w pojęciu niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach (zob. uwaga 5).

Jeżeli niezachowanie ostrożności będzie zarzucalne (sprawca popełnienie czynu zabronionego przewidywał lub mógł przewidzieć), a tym samym błędu nie da się usprawiedliwić, sprawca będzie odpowiadał za nieumyślny czyn zabroniony, jeśli ustawa takowy przewiduje.

13. Działanie w ramach błędu wyłącza odpowiedzialność karną za przestępstwo, którego znamienia błąd ten dotyczy, może jednak nie wyłączyć odpowiedzialności za inne przestępstwo pozostające z nim w zbiegu (np. sprawca przekazuje tajemnicę państwową agentowi obcego wywiadu, sądząc, że jest on jedynie dziennikarzem; nie odpowiada w tym wypadku za szpiegostwo – art. 130 § 2, lecz za ujawnienie tajemnicy państwowej – art. 265) – zob. L. Gardocki, *Prawo…*, 1998, s. 134.

14. Aktualność powyższych rozważań może zostać utrzymana tylko w ograniczonym zakresie, nowelizacją z 20 lutego 2015 r. w istotny sposób przeorientowano bowiem karnoprawne konsekwencje błędu faktycznego. Zmiana ta stała się także okazją do ponownego pochylenia się na funkcją błędu w prawie karnym i ewentualnego dokonania korekty uprzednio prezentowanych zapatrywań w tym względzie, a także pretekstem

do rozpoznania sensu całej instytucji z odmiennych niż dotychczas perspektyw i przy nieco „zmodernizowanych" założeniach.

W pierwszej kolejności wypada odnotować, że zmiany dokonane w zespole znamion konstruujących istotę błędu faktycznego wpisują się w swoistą „ofensywę" legislacyjną, trwającą w zasadzie nieprzerwanie od 2013 r., którą – w ujęciu globalnym – oceniać należy raczej negatywnie (choć trudno oprzeć się wrażeniu, że „ofensywa" ta trwa w zasadzie od początku obowiązywania kodeksu karnego, a może nawet rozpoczęła się jeszcze przed nastąpieniem tego momentu). Przekonanie o trafności tej diagnozy potęguje fakt, że polski kodeks karny z 1997 r. w ciągu pierwszych 12 lat swojego obowiązywania nowelizowany był już przeszło 60 ustawami, które wprowadzały ponad 500 jednostkowych zmian (zob. R. Zawłocki, *Kodeks karny „śmietnikowy"*, w: S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Olsztyn 2001, s. 77), w znaczącej swojej większości prowadzących do podniesienia jego kazuistyki oraz poziomu represyjności, tak w ujęciu jakościowym (przez konstytuowanie nowych typów czynów zabronionych), jak i ilościowym (przez poszerzanie pola penalizacyjnego).

Wprowadzoną przez Senat zmianę art. 28 § 1 wypada uznać za najistotniejszą w obrębie nauki o przestępstwie (a to rozdziały I–III kodeksu karnego), w istocie bowiem pozostałe z nich miały charakter bardziej techniczny i porządkujący aniżeli *stritce* merytoryczny – tak przynajmniej oceniać można by wprowadzone ustawą lutową zmiany art. 4 § 2, art. 7 § 3 oraz uchylenie art. 25 § 4 i 5, które przesunięte zostały do nowo utworzonego art. 231a.

Ranga tej zmiany wynika nie tylko z tego, że pozostałe z nich nie były na tyle liczne i doniosłe, lecz także stąd, że wszelkie interwencje ustawodawcy w instytucje lokowane w płaszczyźnie klasycznych zagadnień tzw. twardej dogmatyki prawa karnego decydują zazwyczaj o sensie i zakresie represji karnej. Błąd w ogóle, a zwłaszcza błąd faktyczny, na pewno do takiej kategorii się zalicza. Niewątpliwie też to właśnie uregulowanie takiego błędu stanowi refleks zapatrywań ustawodawczych na strukturę przestępstwa oraz wzajemne relacje zachodzące pomiędzy jej elementami, a to: jego zapatrywania na ujęcie bezprawności czynu, rozumianej jako zaatakowanie normy sankcjonowanej, przy jednoczesnym niezaistnieniu okoliczności kontrtypizujących; karalności tego czynu, rozpatrywanej z punktu widzenia jego zgodności z ustawową konstrukcją typu czynu zabronionego; karygodności tego czynu, rozumianej jako wyjście poza minimalny próg wykreślany przez element materialny w strukturze tegoż przestępstwa, a warunkujący możność rekonstrukcji jego matrycy; w końcu też – winy, wyznaczającej ramy zachowania zgodnego z prawem, przy jednoczesnym niezaistnieniu okoliczności ekskuplujących. Powiedzieć zatem można, że konsekwencje, jakie przewiduje się dla skażenia błędem procesów wolicyjno-motywacyjnych sprawcy, decydują w znacznej mierze o kształcie modelu teoretycznego przestępstwa (por. A. Zoll, *Regulacja błędu w projekcie kodeksu karnego*, w: L. Tyszkiewicz (red.), *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, Katowice 1996, s. 242).

Sposób procedowania nad ewentualną zmianą uregulowania błędu faktycznego od początku budził zastrzeżenia, kolejno formułowane propozycje w tym względzie implikowały więcej wątpliwości, aniżeli rozjaśniały sens instytucji. W atmosferze zamętu terminologicznego i trudności interpretacyjnych, w efekcie podjętych procesów nowelizacyjnych, art. 28 § 1, w swojej finalnej wersji, uzyskał brzmienie wolne od wcześniejszych niedoskonałości: „Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego".

Instrumentarium komparatystyczne w obrębie rodzimej kodyfikacji, uwzględniające dotychczasowe ujęcie błędu co do faktu, prowadzi do następujących wniosków:

1) z zespołu znamion konstruujących analizowaną instytucję usunięto pojęcie umyślności;
2) pojęcie czynu zabronionego zastąpione zostało pojęciem przestępstwa;
3) dla zaktualizowania się karnoprawnej relewancji błędu przewidziano wymóg jego usprawiedliwienia.

Powyższe konkluzje prowokują – wymieniając jedynie przykładowo – do postawienia następujących pytań:

1. Czy dotychczasowe ujęcie błędu faktycznego było wadliwe (niewłaściwe) – przy czym dla udzielenia odpowiedzi na to pytanie niezbędne byłoby podjęcie próby rozstrzygnięcia tego, w jakiej relacji pozostawał art. 28 § 1 w brzmieniu dotychczasowym do art. 9, a przynajmniej do jego § 1?
2. Czy wprowadzona zmiana była potrzebna, zatem czy decydowała o przeorientowaniu sensu instytucjonalnego błędu faktycznego, czy może miała ona charakter wyłącznie techniczno-porządkujący?
3. Do czego tak naprawdę odnosi się nowa regulacja błędu: czy tylko do umyślności; czy tylko do nieumyślności; czy może do chociażby nieumyślności; w końcu: czy może nie odnosi się do nieumyślność jako takiej w całości, lecz jedynie do którejś z jej postaci, przy czym, zakładając, że – przynajmniej według intencji ustawodawcy – kodeks karny przyjął normatywną (czystą?) teorię winy, przy jednoczesnym wyłączeniu winy ze znamion strony podmiotowej, do której ma należeć tylko umyślność i nieumyślność, powstaje pytanie o konsekwentność tejże separacji oraz o to, czy powinniśmy mówić o winie umyślnej i nieumyślnej, czy może jednak ową umyślność i nieumyślność relatywizować do czynu?
4. Jaka jest funkcja błędu faktycznego w znowelizowanym ujęciu – przy czym dla udzielenia odpowiedzi na to pytanie niezbędne byłoby podjęcie próby rozstrzygnięcia tego, czy funkcja błędu faktycznego jest niezależna od przyjęcia danej teorii winy (zatem także rozstrzygnięcia domagałoby się to, na gruncie jakiej teorii winy stanął obecnie obowiązujący kodeks karny, przecież kategoryczne stwierdzenie, że przyjęto w nim pełne i konsekwentne założenia teorii czysto normatywnej wcale nie jest bezdyskusyjne)?
5. Czym jest owo usprawiedliwienie błędu oraz czy jego zakres pokrywa się znaczeniowo z pojęciem usprawiedliwienia, wymaganym wszakże przez ustawodawcę przy wszystkich innych błędach, o których mowa w rozdziale III kodeksu karnego?

6. Jakie konsekwencje prawne dla usiłowania nieudolnego pociąga za sobą zmiana treści normatywnej art. 28 § 1?
7. W jakim zakresie da się utrzymać aktualność twierdzeń formułowanych przez przedstawicieli doktryny na podstawie dotychczasowego stanu prawnego, w jakim zaś zostały one zdezaktualizowane i stanowią co najwyżej swoistą tromtadrację?
8. Czy zastąpienie pojęcia czynu zabronionego pojęciem przestępstwa miało charakter czysto techniczny?

Wobec powyższego, po pierwsze powiedzieć trzeba, że dotychczasowe uregulowanie błędu faktycznego nie było wadliwe, było natomiast niepotrzebne, w istocie bowiem do identycznych rezultatów można było dojść w drodze wykładni art. 9 § 1.

Po drugie, nowelizacja art. 28 § 1 (wobec uwagi poprzedzającej) była potrzebna, nie tylko dla uniknięcia multiplikowania podstaw modyfikacji odpowiedzialności karnej, lecz także dla uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności karnej również za przestępstwo nieumyślne, o ile błąd będzie usprawiedliwiony (w tym miejscu można pominąć już kwestię naruszenia reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach oraz klauzulę nieumyślności, warunkującą w ogóle odpowiedzialność karną za tego typu przestępstwa). Brak jest natomiast zmian normatywnych w zakresie karnoprawnej relewancji błędu nieusprawiedliwionego (deklarowany brak zmiany normatywnej w zakresie znamion strony podmiotowej oraz w zakresie okoliczności wyłączających winę domaga się osobnej, pogłębionej refleksji) – por. M. Małecki, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 44–45.

Przy tej okazji powstaje mimo wszystko jednak zasadna wątpliwość, czy do tych samych rezultatów (czyli wyprowadzenia wniosku o braku odpowiedzialności za typ nieumyślny) nie można byłoby dojść na podstawie art. 9 § 2. Odpowiedź na to pytanie jest jednak (raczej, zatem niekoniecznie) negatywna, nie ma bowiem zależności polegającej na tym, że skoro art. 28 § 1 w brzemieniu przednowelizacyjnym odnosił się do umyślności, obecnie zaś odnosić się ma do nieumyślności (co objaśnione zostanie szerzej w dalszej części komentarza), to do identycznych rezultatów, jakie wynikają z jego analizy wykładniczej w aktualnym brzmieniu, można byłoby dojść na podstawie art. 9 § 2. Stanowisko to wcale nie jest bezdyskusyjne, jest chyba jednak bardziej przekonujące od stwierdzenia przeciwnego, zwłaszcza po przyjęciu perspektywy czysto normatywnego ujęcia winy, którego domaga się ustawodawca, a także założenia, że u podstaw każdej nieumyślności tkwi błąd. W przypadku nieumyślności świadomej błąd ten miałby polegać na wadliwej kalkulacji sprawcy, opierającej się na mylnym przekonaniu, że mimo przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego popełnienia tego uda się uniknąć. W przypadku nieumyślności nieświadomej błąd ten miałby polegać na całkowitej nieświadomości ryzyka popełnienia czynu zabronionego, pomimo możliwości i powinności jego przewidywania. Słusznie jednak podnosił J. Lachowski, że przypisanie nieumyślności nie domaga się, aby implikujący ją błąd był błędem usprawiedliwionym, to bowiem w tym układzie nie ma żadnego znaczenia. W odniesieniu do lekkomyślności mylne wyobrażenia sprawcy nie ogniskują się

w błędzie co do znamion konstruujących typ czynu zabronionego, skoro bowiem możliwość zaatakowania normy sankcjonowanej sprawca przewiduje, to znamiona te muszą prawidłowo odbijać się w jego świadomości.

Rozumowaniu powyższemu można byłoby postawić zarzut, że wynikające z niego wnioski nie znajdują zakotwiczenia w egzegezie dogmatycznej art. 9 § 2. Nie ma jednak alternatywy dla przyjęcia odmiennego punktu widzenia, jeśli bowiem sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje i – mimo tego przewidywania – decyduje się na podjęcie zachowania realizującego te znamiona, przy jednoczesnym braku możliwości zrekonstruowania elementu dowodzącego zaistnienia ambiwalencji woli w postaci godzenia się na tę okoliczność (ta bowiem przesunęłoby punkt ciężkości na płaszczyznę zamiaru ewentualnego), to ową lekkomyślność da się wytłumaczyć jedynie istnieniem błędu w zakresie prawdopodobieństwa wyczerpania znamion typu czynu zabronionego. W konsekwencji więc błąd ten nie jest błędem, o którym mowa w art. 28 § 1, a prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego, co słusznie znów podkreślał J. Lachowski, nie może zostać zaliczone do jego znamion. Jednocześnie, na wypadek możliwości usprawiedliwienia takiego błędu, należałoby zrelatywizować punkt ciężkości do ogólnych przesłanek przypisywalności winy, konstruujących *expressis verbis* w art. 1 § 3 matrycę przestępczą.

Powyższe rozumowanie załamuje się jednak w przypadku nieumyślności w postaci niedbalstwa, gdzie elementy rzeczywistości relewantne dla zespołu znamion konstruujących typ czynu zabronionego w ogóle nie odbijają się w świadomości sprawcy.

Na marginesie głównego nurtu rozważań, dla uniknięcia zarzutu o ewentualnej niekonsekwencji w warstwie terminologicznej, wypada przypomnieć, że w projekcie kodeksu karnego zadeklarowano, że obecnie obowiązująca kodyfikacja, inaczej niż kodeksy wcześniejsze, nie separuje umyślności na dwie postaci, co musiałoby prowadzić do odrzucenia pojęcia lekkomyślności i niedbalstwa. Egzegeza dogmatyczna treści art. 9 § 2 zdaje się jednak przeczyć tej deklaracji, w istocie bowiem formuła wyznaczona dla przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego odzwierciedla charakterystykę owej lekkomyślności (nieumyślności świadomej), natomiast sytuacja, o której mowa w art. 9 § 2 *in fine* („mógł przewidywać"), odpowiada dotychczasowemu ujęciu niedbalstwa (nieumyślności nieświadomej) – podobnie L. Gardocki, *Prawo*…, s. 87. W rezultacie więc nie ma chyba powodów do odrzucenia aparatu pojęciowego, wynikającego zresztą z ugruntowanej tradycji semantycznej w tym względzie, choć nie można bagatelizować niebezpieczeństwa zatarcia fundamentalnych różnic zachodzących pomiędzy obiema formami nieumyślności, tym bardziej że niektóre zachowania odpowiadające formule niedbalstwa w istocie powinny być lokowane w polu nieumyślności świadomej.

Odpowiadając na pytanie trzecie, trzeba powiedzieć, że nowa regulacja błędu faktycznego – mimo ewentualnych intuicyjnych wyobrażeń – nie odnosi się ani do umyślności, ani do chociażby nieumyślności, lecz jedynie do nieumyślności (por. L. Gardocki,

Prawo…, s. 145). To jeszcze jednak nie prowadzi do wniosku, że w grę wchodzą obie postaci nieumyślności. Otóż, jeśli ma być tak, że sprawca działający pod wpływem błędu faktycznego nie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej ze względu na niemożność rekonstrukcji umyślności jego czynu, gdyż nie można mu przypisać zamiaru, to powstaje pytanie, co konkretnie jest źródłem tej niemożności. Jeśli wyłączony ma być zamiar sprawcy (czego – z punktu widzenia funkcji *error facti* – w tym miejscu jeszcze się nie przesądza), to wydaje się, że to właśnie brak tej świadomości wyłącza zamiar, a tym samym możliwość popełnienia przez błądzącego sprawcę czynu zabronionego umyślnie. Innymi słowy, błąd faktyczny w znowelizowanej postaci powinien rezonować w przestrzeni represyjnej wszędzie tam, gdzie dla bytu przestępstwa wymagana jest świadomość jego popełnienia. Rzecz jednak w tym, że owa świadomość jest także elementem konstytutywnym lekkomyślności, a zatem błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego powinien wyłączyć odpowiedzialność karną także w przypadku świadomej nieumyślności, w konsekwencji ograniczając ją (tj. odpowiedzialność karną) wyłącznie co najwyżej do nieświadomej nieumyślności (zob. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2013, s. 188).

Powyższe – w dalszej kolejności – otwiera dyskusję nad płaszczyzną interpretacji znamienia konstruującego istotę nieumyślności nieświadomej („mógł przewidzieć"). Powiedzieć trzeba, że perspektywa subiektywistyczna nie prowadzi do zadowalających rezultatów w tym względzie, przedmiotową możność przewidywania uzależnia bowiem od cech indywidualnych sprawcy, a ponadto nie pozwala na konsekwentne oddzielenie nieświadomej nieumyślności od winy (zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, e-CzPKiNP 2015, nr 3, s. 8 i n.). Postulat przyjęcia czystego obiektywizmu w tym względzie, pomimo dogmatycznej poprawności i niekwestionowanych ułatwień w sferze praktycznego stosowania komentowanej instytucji, wydaje się jednak zbyt daleko idący.

Na pytanie czwarte odpowiedzieć trzeba, że nie jest możliwe rozstrzyganie w przedmiocie funkcji błędu faktycznego w prawie karnym w oderwaniu od preferowanej teorii winy, której dobór będzie wyznaczać ową funkcję. Inaczej będą widzieć problem zwolennicy czystej teorii normatywnej, inaczej zaś osoby aprobujące istnienie winy umyślnej i nieumyślnej. Według tych pierwszych wyłączona zostanie jedynie umyślność przez wzgląd na to, że nie zostały wypełnione znamiona strony podmiotowej konstruującej typ czynu zabronionego, a zatem nie zostanie spełniona podstawowa przesłanka zawinienia, gdyż nie zostały wyczerpane ustawowe znamiona typu czynu zabronionego. Konsekwencją tych zapatrywań jest niemożność zaliczenia błędu z art. 28 § 1 do okoliczności uchylających winę (por. J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 247). W takiej konstelacji, w ostatecznym rozrachunku, funkcją błędu faktycznego w prawie karnym będzie dekompletowanie momentów podmiotowych typu czynu zabronionego. Zwolennicy drugiego konceptu funkcję analizowanego błędu muszą badać chyba dwustopniowo, rozstrzygając

w pierwszej kolejności o ewentualnym uchyleniu winy umyślnej, następnie zaś o ewentualnej możliwości poczynienia zarzutu nieumyślnego popełnienia czynu zabronionego, pozostając jednak nadal w obrębie winy, w tej konfiguracji – winy nieumyślnej (trafnie w tym względzie A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 239–240).

W kontekście powyższego najrozsądniejszym rozwiązaniem wydaje się jednak trójsegmentowe rekonstruowanie odpowiedzialności karnej w takich przypadkach. Najpierw należałoby ustalić, czy wyczerpane zostały znamiona przedmiotowe typu czynu zabronionego. Następnie trzeba byłoby poczynić rozstrzygnięcia w płaszczyźnie wolicjonalno-intelektualnego stosunku sprawcy do realizacji tychże znamion, a zatem ustalić, czy działał on umyślnie, czy nieumyślnie. Dopiero na końcu należałoby decydować o tym, czy zachowanie to było zawinione, czy nie (tak M. Małecki, *Usprawiedliwiony…*, s. 5).

W powyższym rozumowaniu kryje się jednak chyba pewne niebezpieczeństwo, powstaje bowiem pytanie, czy przy takim ujęciu winę można oceniać jedynie z perspektywy jakościowej (na zasadzie dychotomii – wina jest albo jej nie ma), czy też jest miejsce na ujęcie ilościowe, zatem na jej stopniowanie, którego się domaga kodeks karny, bazujący – jak się wydaje – na materialnoprawnym domniemaniu winy. Pomijając wyniki wykładni art. 53 oraz kryminalnopolityczne potrzeby w tym względzie, powiedzieć trzeba, że także z perspektywy czysto normatywnej wina ulega jednak stopniowaniu. Rację ma w tym zakresie J. Lachowski, który wskazuje, że jej stopniowanie odbywa się nie w obrębie samej umyślności czy nieumyślności, jak ma to miejsce w przypadku teorii psychologicznej czy w płaszczyźnie kompleksowego ujęcia winy, lecz na poziomie anormalności sytuacji motywacyjnej, w stosunku do której relatywizujemy ewentualną odpowiedzialność sprawcy.

Ponadto powyższe obliguje również do podjęcia na nowo dyskursu nad teorią winy, na gruncie której ma stać obecnie obowiązujący kodeks karny. O ile wiadomo, że odpada raczej funkcjonalne jej ujęcie (reprezentowane zwłaszcza przez C. Roxina i G. Jakobsa), o tyle opowiedzenie się za jedną z pozostałych zdaje się być kwestią nadal otwartą. Niezależnie od rozstrzygnięcia w tym względzie, na pytanie postawione przez J. Lachowskiego, czy konsekwentnie oddzielono stronę podmiotową od winy, wypada udzielić odpowiedzi negatywnej (zob. J. Lachowski, *Czy konsekwentnie oddzielono stronę podmiotową od winy w kodeksie karnym z 1997 r.?*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012, s. 599–612). Faktem jest także to, że znowelizowane ujęcie art. 28 § 1 z pewnością może stanowić bardzo dobry argument dla zwolenników teorii normatywnej winy, niewątpliwie bowiem aktualna konstrukcja błędu faktycznego lepiej koresponduje z jej założeniami, niż miało to miejsce w stanie przed nowelizacją.

Odpowiadając na pytanie piąte, należy zauważyć, że punkt ciężkości karnoprawnej relewancji błędu faktycznego lokuje się w jego usprawiedliwieniu. Ponieważ ustawodawca już wcześniej uzależnił zniesienie odpowiedzialności karnej od usprawiedliwie-

nia w przypadku pozostałych błędów ujętych w rozdziale III kodeksu karnego, zatem – zgodnie z założeniem o jego racjonalności – trzeba przyjąć, że sens tego pojęcia powinien być dekodowany zgodnie z jego sensem użytym w innych miejscach. Jednocześnie, z perspektywy tego samego założenia, trudno podzielić trafność formułowanych niekiedy stanowisk, jakoby błąd faktyczny w dotychczasowym ujęciu dla swojej karnoprawnej relewancji domagał się usprawiedliwienia, pomimo niewyartykułowania tego wymogu wprost (stanowisko takie zob. np. R. Kubiak, *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, Pal. 1998, nr 7–8, s. 34).

Interesującą panoramę poglądów w tym względzie przedstawiła A. Grześkowiak, słusznie czyniąc punktem wyjścia stwierdzenie, że: „Przy ocenie co do usprawiedliwienia błędu powstaje problem, czy ocena powinna być relatywizowana do **subiektywnego** przekonania sprawcy, czy powinno się jej dokonywać na podstawie kryteriów zewnętrznych, obiektywnych, czy ma więc mieć charakter subiektywny czy obiektywny. Biorąc pod uwagę zasadę subiektywizacji odpowiedzialności karnej, należałoby odnosić się do **ocen subiektywnych**. A. Marek – na kanwie wcześniejszych rozwiązań wprowadzających to kryterium do innych kodeksowych postaci błędu […] podkreślał, że ocena powinna się opierać na rozpoznaniu **możliwości sprawcy** […]. Natomiast A. Zoll przyjmuje, że kryteria oceny stosowanej przy badaniu, czy błąd był usprawiedliwiony czy nie, mają charakter **subiektywno-obiektywny**, nawiązując przy tym do koncepcji wzorcowego obywatela […]. Treść pojęcia «usprawiedliwiony» jest **różnie** ujmowana w doktrynie. A. Wąsek uważał, że w tym przypadku chodzi o błąd, «który był w danych warunkach wybaczalny z punktu widzenia ocen społecznych» […]. Jednak taka wykładnia «usprawiedliwionego» błędu obejmuje dwa dalsze pojęcia ocenne – najpierw chodzi o ustalenie zakresu treściowego pojęcia «wybaczalny», a ponadto – rekonstrukcję wybaczalności opiera się na ocenach społecznych, co w praktyce z pewnością byłoby odnoszone do ocen ferowanych przez prowadzących postępowanie karne, zwłaszcza sędziów. A. Wąsek zdaje się – za innymi autorami – przyjmować, że usprawiedliwione błędne przekonanie zachodzi wówczas, gdy sprawcy nie można «zarzucić, że gdyby dochował należytej staranności, to właściwie rozpoznałby sytuację» […]. Podobnie ujmuje usprawiedliwienie błędu A. Marek, przyjmując, że błąd jest usprawiedliwiony, gdy sprawca, przy zachowaniu należytej staranności, **nie mógł błędu uniknąć** […]. W tym kierunku idzie także wykładnia tego pojęcia wskazana przez A. Zolla, który przyjął, że «co do zasady błędem usprawiedliwionym będzie taki błąd, którego nie można było uniknąć nawet przez podjęcie wcześniejszych działań, które dostarczyłyby sprawcy odpowiednich informacji czy wiedzy pozwalającej na rozpoznanie faktycznego znaczenia czynu. Może on przybierać postać zarówno nieświadomości jak i urojenia» […]. Takie sformułowanie, obejmujące wykładnię błędu usprawiedliwionego z uwagi na objęcie nim obu postaci błędu – opartego na nieświadomości, jak i urojeniu, pozwala przyjąć, że stanowi ono wykładnię tego kryterium na tle wszystkich kodeksowych rodzajów błędu, a zatem również nowowprowadzonej regulacji art. 28 § 1 k.k. Na tle przepisów dotyczących błędu usprawiedliwionego, zanim wprowadzono to kryterium do art. 28 § 1 k.k., A. Zoll wywodził, że «usprawiedliwione błędne przekonanie w znaczeniu art. 28 § 2 (tak samo w znaczeniu art. 29 i 30) należy

rozumieć w ten sposób, że sprawcy nie można zarzucić, że gdyby dołożył należytej staranności, to rozpoznałby właściwie zachodzącą sytuację» […]. Jednak należy mieć na uwadze, że A. Zoll przy ocenie usprawiedliwienia błędów posługuje się typem «wzorcowego obywatela». Przyjmuje w związku z tym, że błąd «będzie usprawiedliwiony, kiedy wzorcowy obywatel, który znalazłby się na miejscu sprawcy, oceniłby sytuację tak samo, tzn. byłby też przekonany, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czynu albo winę» […]. J. Giezek, łącząc ten rodzaj błędu z winą, uważa natomiast, że błąd usprawiedliwiony to błąd niezawiniony, a więc taki, z którego nie można sprawcy uczynić zarzutu. Taki zarzut można postawić, «gdyby się okazało, że przy dołożeniu należytej staranności mógł on prawidłowo rozpoznać sytuację, w jakiej się znalazł» […]. Przyjąć zatem można, że **błąd usprawiedliwiony** to błąd, którego przy zachowaniu przeciętnej miary staranności sprawca **nie mógł uniknąć**" (tak A. Grześkowiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks*…, s. 241).

Najlepszym stwierdzeniem w kontekście powyższego jest jednak stwierdzenie najprostsze, zgodnie z którym błąd usprawiedliwiony to błąd niezarzucalny, a zatem taki, z którego nie można poczynić sprawcy zarzutu (por. uwaga 15).

Odpowiadając na pytanie szóste, trzeba stwierdzić, iż wydaje się, że zmiana art. 28 § 1 nie pociągnęła za sobą możliwości zmian w rekonstruowaniu odpowiedzialności karnej na zasadzie usiłowania nieudolnego określonej kategorii zachowań. I tak, urojenie realizacji znamienia pozytywnego powinna wywoływać ten sam skutek subsumpcyjny, co nieświadomość znamienia negatywnego, a konsekwencją normatywna powinna być właśnie odpowiedzialność na zasadzie usiłowania nieudolnego (choć kwalifikacja w tym drugim przypadku otwiera dyskusję, czy błąd co do przedmiotu, o którym mowa w art. 13 § 2, obejmuje tylko przedmiot czynności wykonawczej oraz podmiot bierny, czy także przedmiot ochrony – należy opowiedzieć się za rozwiązaniem szerszym; ponadto, dochodzi jeszcze kwestia całej *die Lehre vom Mangel am Tatbestand*).

Na pytanie siódme odpowiedzieć można, że pomimo zmian dokonanych w obrębie art. 28 § 1 większość dotychczasowych zapatrywań doktrynalnych i twierdzeń formułowanych pod ich sztandarem zachowuje swoją aktualność, błąd faktyczny nie przestał bowiem być błędem jako takim, a treść normy zawarta w tym artykule, przy bardziej syntetycznym jej ujęciu, pozostała analogiczna do konstrukcji dotychczasowej, przynajmniej jeśli chodzi o jej politycznokryminalny sens (co oczywiście nie uprawnia do deprecjacji przeprowadzonych zmian, wręcz przeciwnie – powyższe rozważania powinny utwierdzać w przekonaniu o ich doniosłości i – do pewnego stopnia – innowacyjności).

W tym kontekście zadań trzeba jednak pytanie: po co było to wszystko? Nie ma wątpliwości, że od strony dogmatycznej zmiana treści art. 28 § 1 była potrzebna i zasadna, to zresztą zostało wyraźnie wyeksponowane we wcześniejszych rozważaniach. Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że dogmatyka prawa prawdziwy swój sens

i znaczenie czerpie z praktycznego jej wymiaru, badanego z perspektywy faktycznej przydatności wprowadzanych zmian dla praktyki wymiaru sprawiedliwości. W przypadku instytucji o ustabilizowanym jądrze dogmatycznym, wokół których wykształciło się stabilne także orzecznictwo, zawsze powstaje niebezpieczeństwo zatracenia tych wartości i wykreowania problemów uprzednio nieznanych i być może zupełnie niepotrzebnych. Badania nad stanem orzecznictwa sądów polskich wyrastającego z analiz instytucji błędu z art. 28 § 1 jednoznacznie wskazują, że sądy te doskonale potrafiły dekodować jej sens i prawidłowo stosować w swojej działalności. Teraz powstaje obawa możliwej destabilizacji tego stanu rzeczy.

Odpowiedź na pytanie ósme została już właściwie udzielona w toku wszystkich powyższych wywodów. Antycypując ewentualne wątpliwości, podkreślić jednak wypada, że wyłączenie z zespołu znamion pojęcia czynu zabronionego na rzecz pojęcia przestępstwa nie miało charakteru wyłącznie technicznego. Uwaga taka wydaje się o tyle potrzebna, że popełnienie czynu zabronionego, rozumiane jako formalne zrealizowanie jego znamion, jest warunkiem wprawdzie koniecznym dla ukonstytuowania się bytu przestępstwa, lecz jednocześnie jest tylko warunkiem wstępnym. Wszelkie rozstrzygnięcia w zakresie możliwości zastosowania instytucji ekskulpujących mają sens jedynie wówczas, gdy w pierwszej kolejności wypełnione zostaną znamiona typu czynu zabronionego. Ważne jest przy tym to, że sprawca działający w okolicznościach wyłączających winę nie popełnia wprawdzie przestępstwa, popełnia jednak czyn zabroniony, gdyby bowiem było inaczej, to o jakiejkolwiek odpowiedzialności karnej nie mogłoby być mowy, nie byłoby też potrzeby sięgania po instytucje uchylające ową odpowiedzialność. W przypadku zmiany dokonanej w zespole znamion konstruujących art. 28 § 1 nie chodziło jednak o tego typu rozterki, o konieczności jej przeprowadzenia przesądziły zupełnie inne względy.

Powyższe rozważania, przy uwzględnieniu celnych wniosków M. Małeckiego (*Usprawiedliwiony…*, s. 26–27) prowokują do sformułowania wielu konkluzji w zakresie zmian dokonanych w obrębie art. 28 § 1.

Po pierwsze, przepis art. 28 § 1 w znowelizowanym brzmieniu odnosi się tylko i wyłącznie do nieumyślności, przy czym od strony dogmatycznoprawnej podać można dostatecznie doniosłe argumenty przemawiające za ograniczeniem jego relewancji jedynie do nieumyślności nieświadomej, czego nie da się pogodzić z politycznokryminalnym sensem instytucji.

Po drugie, punkt ciężkości w zakresie karnoprawnej relewancji błędu faktycznego ustanowiony został w jego usprawiedliwieniu, które znosić ma całkowicie odpowiedzialność karną sprawcy błądzącego, w tym za przestępstwo nieumyślne. Tym samym, jak się przynajmniej wydaje, zmiana normatywna dokonana w obrębie art. 28 § 1 nie doprowadziła do zmian w płaszczyźnie skutków, jakie wywoływać ma błąd nieusprawiedliwiony – tego typu przypadki trzeba byłoby oceniać z perspektywy reguł ogólnych z zakresie konstrukcji strony podmiotowej na zasadzie art. 9 k.k.

Po trzecie, nowe brzmienie art. 28 § 1 utwierdza w konieczności przeprowadzenia granicy pomiędzy samym faktem zaatakowania normy sankcjonowanej, a zatem formalnego wypełnienia znamion typu czynu zabronionego od umyślności bądź nieumyślności tego ataku, w szczególności zaś od ewentualnego postawienia zarzutu winy w relacji do tego czynu, procesy te powinny być bowiem przeprowadzane na różnych poziomach struktury przestępstwa.

Po czwarte, skoro w polu karnoprawnej relewancji wykreślonym przez nowe brzmienie art. 28 § 1 pozostawać ma nieumyślność, o której mowa w art. 9 § 2, to należy się opowiedzieć za zobiektywizowaną jej interpretacją, tylko bowiem zgeneralizowana ocena przewidywalności możliwości wypełnienia znamion typu czynu zabronionego, oderwana od zindywidualizowanego subiektywizmu, pozwala na prawidłowe zdekodowanie formuły „mógł przewidzieć", lecz całkowicie bez znaczenia nie mogą pozostawać względy subiektywistyczne.

Po piąte, zyskuje na znaczeniu ewentualna możliwość zaakceptowania tezy, że funkcją błędu faktycznego w prawie karnym jest dekompletowanie momentów podmiotowych, ponieważ sprawca, którego procesy wolicyjno-motywacyjne skażone zostały błędem, popełnić może czyn zabroniony w sposób nieumyślny, jednak – na wypadek jego usprawiedliwienia – nie popełni on przestępstwa ze względu na niemożność przypisania winy: nieumyślny czyn niezawiniony. Tym samym wyrażone wcześniej stanowisko, zgodnie z którym spotykany w piśmiennictwie pogląd, że nie chodzi tu o wyłączenie winy, lecz o tzw. zdekompletowanie znamion typu przestępstwa umyślnego, był nietrafny, ponieważ musiałby prowadzić do konkluzji, że w takim wypadku mamy do czynienia z brakiem bezprawności czynu (skoro bowiem czyn nie wyczerpuje znamion typu, zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege*, nie jest bezprawny karnie), a to byłoby nie do przyjęcia (gdyż wyłączałoby m.in. możliwość stosowania wobec takich działań obrony koniecznej), traci – przynajmniej częściowo – na swej aktualności.

15. Artykuł 28 § 2 reguluje sytuację, w której błąd sprawcy polega na mylnym przyjęciu, że w konkretnej sytuacji zachodzi okoliczność stanowiąca znamię typu uprzywilejowanego danego czynu zabronionego i to się nie zmieniło. Zastosowanie dobrodziejstwa tego przepisu uzależnione jest od ustalenia, czy urojenie znamienia uprzywilejowującego było usprawiedliwione. Ponieważ „usprawiedliwione" to tyle co „niezarzucalne", a więc uniemożliwiające postawienie zarzutu nieumyślności, treść tego pojęcia jest identyczna z formułą nieumyślności opisaną w art. 9 § 2. O możliwości usprawiedliwienia decyduje analiza konkretnego zdarzenia, w szczególności zaś to, czy sprawca mógł, czy też nie mógł błędu uniknąć, przy zachowaniu możliwej i wymagalnej w danej sytuacji staranności, z zastrzeżeniem o konieczności obiektywizacji tej oceny w ramach takiego konkretnego stanu faktycznego.

Gdy urojenie było nieusprawiedliwione, sprawca – mimo że znajdował się obiektywnie w błędzie – będzie odpowiadać za umyślne przestępstwo typu co najmniej podstawowego, co stanowi podyktowany względami polityki kryminalnej wyłom od reguły art. 28 § 1.

16. W przypadku usprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, od której zależy łagodniejsza odpowiedzialność, dochodzi do załamania ogólnej zasady prawnokarnych konsekwencji błędu – urojenie znamienia pozytywnego działa bowiem na korzyść sprawcy. Artykuł 28 § 2 nie pozostawia wątpliwości, że w takiej sytuacji odpowiedzialność karna powinna być rekonstruowana na podstawie przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność, wszelkie zaś próby lokowania jej na tle usiłowania nieudolnego czy typu nieumyślnego nie zasługują na aprobatę. W przypadku jednak hipotetycznego jego braku zasadna byłaby rekonstrukcja odpowiedzialności karnej jednak na zasadzie usiłowania nieudolnego, choć nie można byłoby wykluczyć innych jeszcze wariantów (por. *Uzasadnienie projektu k.k.*, s. 133). Rozważania te nie były zresztą pozbawione wcześniej sensu, art. 28 § 2 (stanowiący obecnie *lex specialis* w stosunku do art. 28 § 1) nie miał bowiem swojego odpowiednika w kodeksie karnym z 1969 r.

17. Jeżeli sprawca znajduje się w błędzie nie tylko co do znamienia uprzywilejowującego dany typ przestępstwa, lecz wręcz go dekryminalizującego (np. sprawca błędnie sądzi, że przedmiot, który kradnie, wart jest mniej niż 1/4 minimalnego wynagrodzenia za pracę, a więc że popełnia jedynie wykroczenie z art. 119 k.w.), na zasadzie analogii do art. 28 § 2 na korzyść sprawcy uchylona będzie karalność takiego czynu jako przestępstwa.

18. Jeżeli sprawca pozostaje w błędzie co do znamienia kwalifikującego, to jeśli znamię takie występuje już w chwili czynu (tzw. okoliczność kwalifikująca statyczna, np. sprawca sądzi, że zabrany przezeń pojazd nie stanowi mienia znacznej wartości – art. 289 § 2), to wykluczona jest możliwość przypisania mu czynu zabronionego kwalifikowanego.

Jeżeli znamieniem kwalifikującym jest jednak następstwo czynu (tzw. okoliczność kwalifikująca dynamiczna), sprawca może ponieść odpowiedzialność za kwalifikowane przestępstwo umyślno-nieumyślne, jeżeli następstwo to przewidział lub mógł przewidzieć (art. 9 § 3).

19. W kontekście powyższego trzeba powiedzieć, że urojenie znamienia pozytywnego, od którego zależy surowsza odpowiedzialność, zgodnie z ogólną zasadą działania błędu, przesuwać może punkt ciężkości przy rekonstruowaniu odpowiedzialności karnej na płaszczyznę usiłowania nieudolnego. Warunkiem jednak takiej rekonstrukcji jest to, aby urojenie sprawcy mieściło się w kategorii błędu prawnokarnie relewantnego z punktu widzenia art. 13 § 2 k.k., a to: błąd co do przedmiotu i błąd co do środka. Wszelkie pozostałe kategorie błędu, w tym błąd co do sposobu, pozostają poza polem kryminalizacyjnym wykreślonym dla karalnego usiłowania nieudolnego – w takim przypadku urojenie sprawcy będzie indyferentne karnoprawnie, jego zachowanie zaś powinno być oceniane przez pryzmat przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność. To ostatnie rozwiązanie może budzić sprzeciw, jednak względy kryminalnopolityczne nie mogą przełamać rezultatów prawidłowej wykładni przepisów w brzmieniu nadanym im przez ustawodawcę.

Wybrane orzecznictwo

20. Błąd co do przedmiotowego znamienia czynu, o ile jest błędem istotnym, wyłącza winę umyślną, natomiast nie wyklucza odpowiedzialności za występek nieumyślny. Błąd ten nie może dotyczyć wszakże takich elementów lub znamion czynu, które same są aktami świadomości bądź innymi procesami psychicznymi sprawcy. Inaczej mówiąc, błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego może dotyczyć tylko znamion przedmiotowych, a nie podmiotowych. Przedmiotem błędu mogą być wszelkie znamiona charakteryzujące przedmiotową stronę czynu, niezależnie od tego, czy mają charakter opisowy, ocenny, czy dotyczą faktów lub też pojęć prawnych. Nieświadomość jednej choćby tylko okoliczności należącej do zespołu przedmiotowych znamion stypizowanego czynu zabronionego wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo umyślne (wyrok SN z 20 lutego 1997 r., V KKN 188/96, Prok. i Pr.-wkł. 1998, nr 5, poz. 1).

W rozumieniu art. 28 § 1 k.k. błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, wynikający z niezgodności między rzeczywistością a jej odbiciem w jego świadomości, nie jest uwarunkowany wyłącznie zaistnieniem obiektywnie wywołujących go czynników zewnętrznych i może być również następstwem czynnika subiektywnego, tj. powstałych w umyśle sprawcy, z powodu ulegania silnym emocjom, zakłóceń procesu rozumienia rzeczywistości (postanowienie SN z 19 lutego 2003 r., V KK 153/02, OSNSK 2003, poz. 375; por. postanowienie SN z 17 listopada 2014 r., III KK 184/14, LEX nr 1551343).

Zamiar, a raczej jego brak, na który powołuje się obrońca skazanej, jest faktem psychologicznym podlegającym takim samym regułom dowodzenia jak pozostałe znamiona przypisanego skazanej przestępstwa. Wywody skarżącego związane z tą kwestią należy oceniać także jako oczywiście bezzasadne, gdyby postrzegać je przez pryzmat błędu co do okoliczności stanowiącej znamię (art. 28 § 1 k.k. – skazana pozostawała w błędzie co do swojej trzeźwości). Nawet w świetle przywoływanych w kasacji okoliczności nie byłoby podstaw do uznania, że skazana pozostawała w błędzie, skoro z pierwszego badania wynika, że jej krew zawierała przeszło 2 promile alkoholu (postanowienie SN z 10 grudnia 2008 r., II KK 243/08, KZS 2009, z. 4, poz. 24).

Błąd sprawcy w postaci nieświadomości co do stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia skutku pozostającego w związku kauzalnym z podjętym przez niego zachowaniem wyklucza przyjęcie umyślności (wyrok SN z 30 października 2013 r., II KK 130/13, LEX nr 1396511).

Żądanie, w przeciwieństwie do zgody, a nawet prośby, zawiera element presji na psychikę adresata żądania. […] Osobą aktywną musi być żądający, do niego też należeć ma inicjatywa. […] Działanie sprawcy zabójstwa spełniającego żądanie ofiary do pozbawienia życia, jeśli motywowane jest inną niż współczucie pobudką, wyklucza uznanie wypełnienia przez sprawcę takiego czynu znamion strony podmiotowej zabójstwa

eutanatycznego. […] Przedmiotem błędu mogą być wszystkie znamiona przedmiotowe. Natomiast nie mogą być przedmiotem błędu znamiona podmiotowe, charakteryzujące nastawienie i przeżycie psychiczne sprawcy. Znamiona podmiotowe występują tylko w sferze psychicznej i dlatego nie mogą być przedmiotem konfrontacji stanu świadomości z rzeczywistością (wyrok SA we Wrocławiu z 19 grudnia 2014 r., II AKa 267/14, LEX nr 1630913).

Art. 29. [Błąd co do okoliczności wyłączającej odpowiedzialność]

Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność albo winę; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

1. Komentowany przepis dotyczy sytuacji, gdy sprawca wyobraża sobie błędnie, że zachodzą okoliczności powodujące, iż jego działania są nieprzestępcze, choć skądinąd stanowią zamach na określone dobro chronione prawem.

Błąd taki nie uchyla więc zamiaru popełnienia czynu o znamionach wskazanych w ustawie karnej, lecz może powodować, że jego istnienie przestanie być zarzucalne lub stopień tej zarzucalności stanie się mniejszy, a więc w konsekwencji wina będzie wyłączona lub umniejszona.

2. Z istoty błędu co do okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną wynika, że redukowanie bądź zniesienie tej odpowiedzialności jest możliwe jedynie wówczas, gdy sprawca działa pod wpływem błędu w postaci urojenia. Urojenie to może dotyczyć istnienia okoliczności konstytutywnych dla kontratypu lub dla uchylenia winy.

Na temat nieświadomości okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną zob. uwaga 11 akapit trzeci do art. 25.

3. W przypadku błędu co do kontratypu, inaczej niż przy błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego, nie kwestionuje się, że błąd uregulowany w art. 29 nie wyłącza zamiaru, a jego funkcją (istotą) nie jest dekompletowanie znamion typu czynu zabronionego. Skażone błędem w płaszczyźnie motywacyjnej procesy wolicjonalne sprawcy nie powodują, że zachowanie jego zatraca przymiot bezprawności, ze wszelkimi tego konsekwencjami, także zatem w zakresie możliwości odpierania zamachu błądzącego sprawcy w ramach obrony koniecznej.

4. Aby wyłączyć odpowiedzialność karną ze względu na brak zarzutu winy, ustawa wymaga, aby urojenie to było usprawiedliwione (zob. uwaga 14 do art. 28, akapit 21). Błąd usprawiedliwiony to taka sytuacja, która w obiektywnej ocenie stanu z czasu badanego zachowania wskazuje jednoznacznie, że działający miał prawo do mylnego rozeznania stanu faktycznego. W przypadku błędu co do działania w obronie koniecznej mieści się

sytuacja, w której istniało pewne prawdopodobieństwo naruszenia dobra chronionego prawem, ale nie było ono na tyle wysokie, by można było mówić o bezpośrednim zamachu. Jeśli zaś możliwość wystąpienia zamachu będzie mniejsza (ale nie żadna), błąd powinien być uznany za nieusprawiedliwiony (por. wyrok SO w Tarnowie z 24 stycznia 2008 r., II Ka 536/07, KZS 2008, z. 3, poz. 56). Jeśli błąd taki jest nieusprawiedliwiony, a więc zostają spełnione wymagania nieumyślności (art. 9 § 2), wina nie będzie wyłączona i sprawca poniesie odpowiedzialność karną. Sąd jednak, uwzględniając okoliczności danego czynu, może dojść do wniosku, że umniejszają one ciężar zarzutu winy i może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Jest to więc rozwiązanie podobne jak w wypadku tzw. błędu co do prawa (art. 30), choć art. 29 nie jest jedynie odmianą błędu prawnego (jak twierdzi A. Marek, *Komentarz…*, s. 83; tenże, *Prawo…*, s. 117), lecz stanowi samodzielną instytucję prawa karnego (zob. A. Wąsek, *Kodeks…*, t. 1, 1999, s. 370, oraz wyrok SN z 31 sierpnia 1981 r., Rw 258/81, OSNPG 1982, nr 4, poz. 40).

5. Urojenie, o którym mowa w tym przepisie, może dotyczyć warunków każdego kontratypu, w praktyce najczęściej będziemy mieli do czynienia z urojeniem obrony koniecznej (a zwłaszcza realności i bezpośredniości zamachu). W wypadku błędu co do okoliczności wyłączających winę zastosowanie będzie miał jedynie stan wyższej konieczności opisany w art. 26 § 2, a także art. 26 § 5 w zw. z art. 26 § 2 (zob. też uwaga 6).

Urojenie nie może dotyczyć zdolności podmiotu do ponoszenia winy (wieku i niepoczytalności) – zob. A. Zoll, w: Zoll A. (red.), *Kodeks…*, t. 1, 2012, s. 516 (por. uwaga 6).

Ponieważ społeczna szkodliwość czynu jest kategorią, o której istnieniu oraz wymiarze decyduje zobiektywizowana ocena społeczna, błąd sprawcy co do tej kategorii, w szczególności zaś co do jej znikomości, sprowadzający się do jego wyobrażenia, że jest ona albo znikoma, albo też w ogóle nie występuje, nie ma znaczenia w kontekście przepisów o błędzie, zwłaszcza zaś art. 29.

Wszelkie nieprawidłowości w zakresie indywidualnej oceny sprawcy co do tego, czy dana sytuacja objęta jest okolicznością kontratypową, powinny być rozstrzygane co najwyżej przez pryzmat błędu co do prawa (art. 30).

6. Błąd co do okoliczności wyłączających winę ma niewielki zakres i dotyczy praktycznie stanu wyższej konieczności, o którym mowa w art. 26 § 2, kolizji obowiązków (art. 26 § 5 w takim zakresie, w którym wyłącza on winę) oraz działania na rozkaz (art. 318). Nie dotyczy zaś innych okoliczności wyłączających winę (wieku sprawcy i jego niepoczytalności).

7. Kwestią sporną pozostaje problem przekroczenia granic urojonego kontratypu. Z dogmatycznego punktu widzenia nie sposób wyobrazić sobie, aby sprawca mógł wykroczyć poza granicę czegoś, co obiektywnie w ogóle nie zaistniało, a zatem fakt ten powinien pozostać indyferentny prawnokarnie, nie niwecząc ogólnych zasad znoszenia odpowiedzialności w tym względzie. Przyjmując jednak optykę kryminalnopolityczną, trzeba

stwierdzić, że zaaprobowanie takiego twierdzenia nie jest możliwe, ponieważ w takim układzie sytuacyjnym sprawca – który obiektywnie dobra prawem chronionego naruszać nie powinien – będzie postawiony w lepszej sytuacji aniżeli sprawca znajdujący się autentycznie w okolicznościach uprawniających do naruszenia tego dobra i mający tego świadomość, a który do odpowiedzialności karnej zostanie pociągnięty, jeśli dopuści się ekscesu (por. uwaga 15 akapit drugi *in fine* do art. 25). Ponieważ jednak względy kryminalnopolityczne nie mogą przełamywać jasnych rezultatów wykładni językowej, nie pozostaje więc nic innego, jak tylko opowiedzieć się za rozwiązaniem pierwszym.

Wybrane orzecznictwo

8. Błąd co do okoliczności stanowiących znamiona kontratypu polega na błędnym przekonaniu, że okoliczność taka zachodzi, a więc dotyczy jedynie urojenia (wyrok SA w Warszawie z 13 marca 2009 r., II AKa 3/09, Prok. i Pr.-wkł. 2010, nr 4, poz. 15).

Art. 30. [Błąd co do prawa]

Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

1. Z błędem co do oceny prawnej czynu (błąd co do prawa – *error iuris*) mamy do czynienia wówczas, gdy sprawca – mając, co prawda, świadomość realizacji określonego czynu – ma jednak mylny obraz prawnego wartościowania swojego zachowania (tzw. błąd pierwotny). Błąd ten może polegać na nieświadomości obowiązywania przepisów karnoprawnych, jak też na wadliwym dekodowaniu ich treści. Od błędu co do faktu różni się więc przedmiotem, którego dotyczy. Mylność oceny polega tu na nieświadomości bezprawności czynu. Nie jest więc błędem co do prawa, w rozumieniu art. 30, tzw. błąd wtórny, występujący wówczas gdy sprawca pozostaje w błędzie co do realizacji znamienia czynu zabronionego (błąd co do faktu), a w konsekwencji tej nieświadomości sądzi następnie, że to, co robi, nie jest sprzeczne z prawem. Nieświadomość swoich czynów musi bowiem skutkować nieświadomością prawnej oceny swojego postępowania.

2. Konsekwencje prawnokarne, które dla sprawcy implikuje *error iuris*, uzasadniają tezę, że opiera się on na zasadzie ograniczonej relewancji błędu co do prawa. Uchylenie bądź łagodzenie odpowiedzialności karnej na zasadzie art. 30 tworzy wyłom od zasady *ignorantia iuris semper nocet* (zob. J. Giezek, w: T. Bojarski (red.), *Prawo…*, 2006, s. 183).

3. Nieświadomość bezprawności będąca wynikiem niepoczytalności czy ograniczenia poczytalności powinna być rozpatrywana na gruncie art. 31 (J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 344).

4. Z punktu widzenia konstrukcji komentowanej instytucji w polu karnoprawnej relewancji pozostaje jedynie błąd w postaci nieświadomości. Urojenie sobie przez spraw-

cę, że zachowanie jego wypełnia znamiona typu czynu zabronionego, pozostaje indyferentne jako przestępstwo urojone (*delictum putativum*), niekaralne ze swej istoty ze względu na uregulowanie zawarte w art. 1 § 1 (zasada *nullum crimen sine lege*).

5. Sprawca nie musi „myśleć słowami ustawy", internalizując jej werbalną treść. Wystarcza, że zdaje sobie ogólnie sprawę, że to, co robi, jest zabronione przez prawo. Sama jednak wyłączna świadomość naganności etycznej lub ujemnej wartości społecznej danego zachowania to za mało. W doktrynie polskiej dominuje pogląd, że wystarcza tu świadomość tego, że dane zachowanie jest zabronione przez jakąkolwiek gałąź prawa, a nie tylko że jest zabronione prawnokarnie (zob. też wyrok SN z 18 marca 1982 r., V KRN 59/82, OSNPG 1982, nr 8, poz. 131). Błąd co do prawa znany jest także innym kodyfikacjom w postaci nieświadomości karalności – zob. art. 7 § 1 k.w. oraz art. 10 § 4 k.k.s.

6. Zarzucalność (a w konsekwencji wina) jest wyłączona, gdy nieświadomość pierwotnej bezprawności czynu jest usprawiedliwiona. Nieświadomość bezprawności czynu nie wyłącza zamiaru realizacji czynu o znamionach opisanych w ustawie karnej, lecz wpływa na zarzucalność czynu, mogąc ją w określonych okolicznościach eliminować lub umniejszać (a przez to eliminować lub umniejszać winę).

W postanowieniu z 14 maja 2003 r., II KK 331/02, OSNSK 2003, poz. 969, Sąd Najwyższy kładzie jednak nacisk na okoliczności obiektywne i stwierdza, że „usprawiedliwiony błąd to taki, którego sprawca nie mógł uniknąć. Kryteria usprawiedliwienia mają przede wszystkim charakter obiektywny, co oznacza, że przy ich rozpatrywaniu i ustaleniu należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego (wzorowego) obywatela, a następnie uwzględniając również kryterium subiektywne […], należy ocenić, czy miałby on możliwość uniknięcia błędu w postaci nieświadomości bezprawności czynu". W kontekście powyższego powiedzieć trzeba, że wyrażenie „błąd usprawiedliwiony" nie pokrywa się znaczeniowo z pojęciem „możliwości uniknięcia błędu".

Należy przyjąć dwupłaszczyznową analizę zachowania sprawcy pozostającego w błędzie. Wartościowanie powinno się przeprowadzić najpierw na podstawie stwierdzenia powinności posiadania odpowiednich informacji (tu o obowiązującym stanie prawnym), a następnie przez pryzmat możliwości rozpoznania błędu. Będziemy mieli więc następujące kombinacje rozwiązań:

1) stwierdzenie braku powinności wyłącza konieczność analizy możliwości – błąd już na tym etapie należy uznać za usprawiedliwiony;
2) ustalenie powinności przy braku możliwości implikuje również brak zawinienia błędu;
3) istnienie powinności oraz możliwości powoduje postawienie zarzutu sprawcy, a tym samym brak usprawiedliwienia jego zachowania (zob. R. Kubiak, *Pojęcie…*).

Interesującą próbę systematyzacji, egzemplifikacji i klasyfikacji okoliczności usprawiedliwiających nieświadomość bezprawności kryminalnej prezentują W. Cieślak

i J. Potulski (*Okoliczności usprawiedliwiające nieświadomość bezprawności kryminalnej. Próba systematyzacji*, Prok. i Pr. 2009, nr 4).

Panoramiczny przegląd stanowisk interpretacyjnych pojęcia błędu usprawiedliwionego – zob. uwaga 14 do art. 28, akapit 21.

Pogląd, że stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy jest możliwie obiektywizujące, reprezentuje także A. Marek. Istotnie bowiem w art. 30 uregulowano sytuację błędu co do prawa (*error iuris*), polegającego na nieświadomości bezprawności przedsiębranego czynu. Błąd taki, jeżeli jest usprawiedliwiony, uchyla odpowiedzialność karną, natomiast jeżeli nie jest usprawiedliwiony – sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. „Uregulowanie to jest znacznie liberalniejsze, niż było to przewidziane w art. 24 § 2 k.k. z 1969 r., według którego jedynie obiektywna niemożność uniknięcia błędu (tj. uświadomienia sobie bezprawności czynu) powodowała uchylenie odpowiedzialności, co uzasadniało twierdzenie, iż nieświadomość prawa szkodzi (*ignorantia iuris nocet*). Obowiązujący Kodeks odrzuca tę zasadę, prowadzącą w istocie do obiektywizacji odpowiedzialności karnej, jako sprzeczną z zasadą winy zaakcentowaną w art. 1 § 3" (A. Marek, *Kodeks*…, 2010, s. 106).

Świadomość bezprawności czynu nie jest elementem składowym zamiaru. Do jego przypisania wystarczy, że sprawca swoją świadomością i wolą (chceniem lub godzeniem się – art. 9 § 1) obejmuje okoliczności tworzące podmiotowe znamiona czynu zabronionego. Świadomość bezprawności stanowi natomiast jeden z istotnych warunków zarzucalności zamiaru, od której zależy możliwość przypisania winy na gruncie koncepcji normatywno-psychologicznej, która nadal przyjmowana jest przez niemałe grono jej zwolenników, pomimo topniejącego znaczenia w kodeksie karnym. Tak np. do wypełnienia znamion występku z art. 199 wystarczy, że sprawca uświadamia sobie, że osoba, którą doprowadza do obcowania płciowego, jest od niego uzależniona (np. jako uczennica, pacjentka), i że wykorzystuje to uzależnienie – niezależnie od tego, czy uświadamia sobie, czy też nie uświadamia, iż wykorzystanie takiej sytuacji jest zabronione pod groźbą kary przez określoną normę prawnokarną. Przedmiotem świadomości sprawcy nie muszą bowiem być konkretne przepisy prawa karnego, lecz jedynie sprzeczność czynu z obowiązującymi normami postępowania (tak trafnie SN w wyroku z 7 maja 2002 r., II KK 39/02, Prok. i Pr.-wkł. 2002, nr 12, poz. 9).

7. To, czy nieświadomość ta będzie usprawiedliwiona, musi być oceniane w kontekście zindywidualizowanej całościowej oceny okoliczności konkretnego czynu, takich jak środowisko społeczne i kulturowe sprawcy, poziom jego świadomości prawnej, stopień znajomości normy w społeczeństwie, stopień łatwości rozpoznawalności normy przez sprawcę przy uwzględnieniu jego zawodu i zatrudnienia, stopień staranności w zapoznaniu się z daną normą, stopień staranności ustawodawcy w upowszechnieniu znajomości danej normy (np. długość *vacatio legis*) itp. (zob. wyrok SN z 13 marca 1974 r., I KR 362/73, OSPiKA 1975, z. 4, poz. 79). Także w wypadku przestępstw nieumyślnych możliwa jest usprawiedliwiona nieświadomość bezprawności czynu, co powoduje

brak jego zarzucalności. Świadomość bezprawności zachowania jest związana z winą, a nie z umyślnością lub nieumyślnością czynu. Możliwość rozpoznania bezprawności zachowania powinna być ustalana niezależnie od stwierdzenia popełnienia przez sprawcę umyślnego lub nieumyślnego czynu zabronionego (zob. P. Palka, *Błąd co do prawnej oceny czynu (error iuris) – art. 30 k.k.*, Prok. i Pr. 2002, nr 9).

8. Niewłaściwe jest budowanie uogólnionych i nieelastycznych konstrukcji odnośnie do reguł powoływania się przez cudzoziemców na nieznajomość prawa, gdyż skuteczne w kontekście art. 30 powołanie się na taką nieznajomość zależy od konkretnych okoliczności danego wypadku (tożsamość kręgu kulturowego, z którego cudzoziemiec przybył, długość pobytu w Polsce itp.) – zob. R. Kubiak, *Pojęcie…*

9. Dla zniesienia lub redukcji odpowiedzialności karnej przy błędzie co do prawa fundamentalne znaczenie ma rozpoznawalność bezprawności przez sprawcę. Jakkolwiek art. 30 nie wprowadza formalnie żadnego ograniczenia co do katalogu przestępstw, dla których *error iuris* może okazać się relewantny, to jednak w praktyce możliwość powoływania się przez sprawcę na ten błąd przy *mala per se* jest w zasadzie wyłączona.

10. Omawiany przepis dopuszcza możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w wypadku wystąpienia nieusprawiedliwionego błędu co do prawa w stosunku do sprawcy popełniającego w tym błędzie zarówno przestępstwo umyślne, jak i nieumyślne (co wykluczał art. 24 § 3 d.k.k.). Likwiduje to ostatecznie długotrwały i nierozwiązany spór, który powstał w tej kwestii. Pogląd A. Zolla, że „art. 30 nie rozstrzyga też tego sporu w sposób zdecydowany", jest niezrozumiały (zob. A. Zoll, w: Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004, s. 546).

Wybrane orzecznictwo

11. Nie można skutecznie powoływać się na niezawinioną nieznajomość prawa, jeżeli z ustalonych faktów wynika, że sprawca nie tylko nie starał się w sposób należyty zapoznać z obowiązującym uregulowaniem, choć miał możność to uczynić, ale wręcz w sposób wyraźny z takiej możliwości zrezygnował (wyrok SN z 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5–6, poz. 46; wyrok SO w Krakowie z 4 lipca 2014 r., IV Ka 273/14, LEX nr 1663293).

Przestępność czynów popełnionych przed promulgacją aktu prawnego uznającego te czyny za karalne jest wyłączona, i to zarówno z uwagi na brak powinności zapoznania się z treścią takiego aktu prawnego, który nie wszedł jeszcze w życie, jak i ze względu na brak możliwości zapoznania się z niedostępną ustawą (wyrok SN z 20 września 1991 r., II KRN 154/91, OSNKW 1992, nr 1–2, poz. 3).

Nie można skutecznie powoływać się na nieświadomość co do kolizji swojego zachowania z porządkiem prawnym, jeżeli w sposób zamierzony zmierzało ono do pogwał-

cenia orzeczenia organu, który w ramach tego porządku rozstrzyga spory prawne (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 15 lipca 2014 r., IV Ka 362/14, LEX nr 1663294).

Błąd co do wykładni konkretnego przepisu prawa rozpoznaje się na gruncie kontratypu, o jakim mowa w art. 30 k.k., a nie art. 28 k.k., co tym samym w przypadku przyjęcia błędu nieusprawiedliwionego nie daje podstaw do rozważań zachowania sprawcy przez pryzmat przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność, np. zawierającego klauzulę nieumyślności (wyrok SA w Katowicach z 29 listopada 2006 r., II AKa 96/06, KZS 2007, z. 5, poz. 53).

Ustalenie, czy sprawca, który działał bez świadomości bezprawności, mógł błędu uniknąć, musi stanowić wynik analizy całokształtu udowodnionych okoliczności danej sprawy. W tym zakresie istotne znaczenie mają również czynniki, które rzutowały na możliwość trafnej oceny sytuacji przez konkretnego sprawcę (wyrok SN z 7 września 1994 r., III KRN 116/94, „Wokanda" 1995, nr 2, s. 10).

Przedmiotem świadomości sprawcy nie ma być konkretny przepis karny zapisany w ustawie. Dla przyjęcia bezprawności czynu nie jest więc konieczne ustalenie, że sprawca znał treść ustawowych znamion czynu zabronionego, gdyż wystarczy ustalenie, że uświadamia sobie, że czynem swym naruszył przewidzianą regułę postępowania, do której przestrzegania był zobowiązany. Pod rządami kodeksu karnego wykonawczego z 1969 r., jak i aktualnego prawa wykonawczego oskarżony zdawał sobie sprawę, że nie powracając w określonym terminie do zakładu karnego i pozostając nadal poza jego terenem, narusza przewidzianą regułę postępowania, zezwalającą na legalny pobyt oskarżonego poza zakładem karnym tylko w oznaczonym przez ten zakład okresie oraz ustalony obowiązek powrotu po tym okresie do zakładu karnego. Oskarżony miał zatem świadomość bezprawności swego czynu (wyrok SN z 7 maja 2002 r., II KK 39/02, Prok. i Pr.-wkł. 2002, nr 12, poz. 9).

Nie można błędu co do prawa (nieświadomości bezprawności czynu) usprawiedliwiać okolicznościami mającymi znaczenie dla oceny poczytalności sprawcy. Nieporozumieniem jest utożsamianie błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z brakiem umiejętności właściwej wykładni treści przepisu (poprawnej interpretacji znaczenia zwrotów określających znamiona czynu) – wyrok SN z 26 lipca 2001 r., V KKN 153/01, LEX nr 51846.

Postępowanie lustracyjne należy do tej kategorii postępowań represyjnych (sankcjonująco-dyscyplinarnych) dotyczących bezpośrednio sfery praw osobistych obywateli, do których odnoszą się bardziej surowe wymagania, ale i silniejsza ochrona konstytucyjna. Tym samym brak uzasadnienia dla poglądu, że w postępowaniu lustracyjnym nie mają zastosowania przepisy części ogólnej kodeksu karnego, dotyczące m.in. błędu określonego w art. 30. Co więcej, jeśli przyjąć, że ustawa lustracyjna, jako należąca do kategorii postępowań represyjnych, jest „inną ustawą przewidującą odpowiedzialność karną" (w rozumieniu art. 116), to konsekwentnie należy stosować regułę z tego prze-

pisu wynikającą, że część ogólna kodeksu karnego, jako mająca w stosunku do innych dyscyplin porządku prawnego charakter subsydiarny, odgrywa w systemie prawnym szczególną rolę i w razie wątpliwości, czy przepis pozakodeksowy wyłączył stosowanie przepisów części ogólnej kodeksu karnego, należy przyjmować, że wyłączenie takie nie nastąpiło. Ustawa lustracyjna zawiera jedyne wyłączenie reguł części ogólnej kodeksu karnego, a to przez (nieobowiązującą już) normę art. 22 ust. 3, która sprawia, że pomimo iż osoba lustrowana, podejmując pracę lub służbę w organach bezpieczeństwa państwa albo współpracę z nimi, działała pod przymusem w rozumieniu kodeksu karnego, to sąd obowiązany jest stwierdzić niezgodność z prawdą oświadczenia zaprzeczającego pracy, służbie lub współpracy. Przyjąć tym samym należy, że ustawodawca celowo zamieścił w ustawie lustracyjnej tylko to wyłączenie, nie uznał natomiast za stosowne zawrzeć w jej treści generalnego wyłączenia odpowiedniego stosowania w postępowaniu lustracyjnym części ogólnej kodeksu karnego (orzeczenie SA w Warszawie z 16 stycznia 2002 r., V AL 33/01, KZS 2002, z. 10, poz. 115; co do zasady analogicznie postanowienie SN z 28 września 2006 r., I KZP 20/06, Prok. i Pr.-wkł. 2007, nr 1, poz. 4).

Art. 31. [Niepoczytalność, poczytalność ograniczona. Warunki odpowiedzialności karnej]

§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto, z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem.
§ 2. Jeżeli w czasie popełnienia przestępstwa zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.
§ 3. Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się, gdy sprawca wprawił się w stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć.

1. Podstawą przypisania winy jest sposób postrzegania, myślenia, przeżywania uczuć i podejmowania decyzji określany jako normalny, a więc zgodny z normą psychiczną, zwany poczytalnością. Jego odwrotnością jest niepoczytalność.

2. Artykuł 31 określa niepoczytalność za pomocą tzw. metody psychiatryczno-psychologicznej. Definiuje ona ją jako stan, w którym osoba z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mogła w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem.

3. Dla przyjęcia niepoczytalności niezbędne jest ustalenie, czy z powodu jednej z wymienionych przyczyn psychiatrycznych wystąpił połączony z nią więzią przyczynową skutek psychologiczny w opisanej postaci. W grę może wchodzić zarówno niemożność rozpoznania czynu, a w konsekwencji pokierowania swoim postępowaniem (nie można bowiem nim kierować bez rozpoznania jego znaczenia), jak i niemożność pokierowania swoim postępowaniem przy zachowanej zdolności rozpoznania znaczenia

swojego czynu. Psychologicznym następstwem określonych w przepisie okoliczności psychiatrycznych może być zarówno równoczesne zakłócenie procesów intelektualno-poznawczych i wolicyjnych, jak i zakłócenie jedynie procesów wolicyjnych przy zachowaniu poprawności procesów intelektualno-poznawczych.

4. Stan psychiczny oskarżonego ma jednak znaczenie dopiero po uprzednim ustaleniu, że w ogóle dopuścił się on czynu zabronionego. Żaden przepis prawa nie zwalnia sądu z obowiązku ustalenia, czy oskarżony, który według opinii psychiatrów jest niepoczytalny w rozumieniu art. 31 § 1 k.k., popełnił zarzucony mu czyn. Musi więc zachodzić zbieżność w czasie dwóch zaszłości: czynu oskarżonego oraz jego niepoczytalności (zob. wyrok SN z 5 marca 2002 r., III KKN 329/99, OSNKW 2002, nr 7–8, poz. 53, a także wyrok SA w Lublinie z 7 marca 2006 r., II AKa 19/06, Prok. i Pr.-wkł. 2007, nr 5, poz. 39).

5. Choroby psychiczne mają charakter postępujący, mogą przybierać formę psychoz organicznych, które cechują się uchwytnymi zmianami organicznymi w centralnym układzie nerwowym, powodującymi upośledzenie funkcji myślowych, często prowadzące do całkowitego otępienia. Dezintegracji ulega tu więc funkcja intelektualna osobowości (np. psychozy wieku starczego, psychozy spowodowane kiłą lub chronicznym alkoholizmem). Mogą jednak występować także w postaci neuroz funkcjonalnych (czynnościowych) niezwiązanych z uchwytnymi zmianami organicznymi, przy których nie zawsze występują upośledzenia sfery intelektualnej, występują natomiast zaburzenia sfery emocjonalno-wolicyjnej (np. schizofrenia, paranoja).

6. Psychiatria wyróżnia ponadto tzw. psychopatię, której istotą są anomalie osobowościowe w sferze emocjonalnej (zwłaszcza popędowej), przy zachowaniu sprawności intelektualnej i z reguły także wolicyjnej. Nie zalicza się jej na ogół do okoliczności mogących determinować uznanie niepoczytalności.

7. Upośledzenie umysłowe, które zastąpiło znane z kodeksu karnego z 1969 r. pojęcie niedorozwoju umysłowego, przybiera najczęściej formę niedorozwoju umysłowego (oligofrenii), będącego w zasadzie wrodzonym upośledzeniem funkcji psychicznych, zwłaszcza intelektualnych, czego głównym objawem jest niski poziom inteligencji. Według starszych klasyfikacji wyróżniany był idiotyzm (iloraz inteligencji do 25 pkt), głuptactwo (imbecylizm; iloraz inteligencji w granicach 25–50 pkt) oraz debilizm (iloraz inteligencji w granicach 50–70 pkt).

Klasyfikacja Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) z 1968 r. wprowadza skalę 5-stopniową: od pogranicza niedorozwoju (iloraz inteligencji w granicach 70–84 pkt), przez niedorozwój lekki, umiarkowany, znaczny, do głębokiego (iloraz inteligencji w granicach poniżej 20 pkt).

Niedorozwój może również być wynikiem mechanicznych urazów, w wyniku których doszło do zaniku określonych funkcji mózgu, a więc może mieć charakter defektu nabytego, a nie wrodzonego, jak w wypadku oligofrenii.

8. Inne zakłócenia czynności psychicznych to także takie zaburzenia, u podstaw których nie leżą defekty wrodzone ani procesy chorobowe, lecz które są wynikiem z reguły krótkich i przemijających reakcji organizmu na określone bodźce zewnętrzne lub wewnętrzne (np. zatrucie alkoholem, lekami, truciznami, silne afekty, menstruacja, ciąża, poród, pokwitanie i przekwitanie, hipnoza).

9. Niemożność rozpoznania znaczenia czynu, która jest jednym z psychologicznych skutków wymienionych okoliczności psychiatrycznych, może objawiać się w dwóch aspektach:
1) niemożności rozpoznania biologiczno-fizykalnych, przyczynowo-skutkowych konsekwencji swojego zachowania (płaszczyzna ontologiczna);
2) niemożności rozpoznania sensu moralno-prawnego takiego zachowania (płaszczyzna aksjologiczna).

Choć najczęściej oba te aspekty występują równocześnie, do stwierdzenia niemożności wystarcza wystąpienie tylko jednego z nich.

10. Niemożność kierowania swoim postępowaniem to brak możności zachowania się zgodnie z oczekiwaniami i standardami społecznymi, przy równoczesnym zachowaniu zdolności prawidłowego ontologicznie i aksjologicznie rozeznania znaczenia czynu.

11. Do stwierdzenia niepoczytalności wystarcza więc brak możności kierowania swoim postępowaniem, nawet przy zachowaniu zdolności rozpoznania jego znaczenia, choć w praktyce oba te elementy występują najczęściej łącznie.

12. Niemożliwe jest natomiast zachowanie możności kierowania swoim postępowaniem przy braku możliwości rozpoznania jego znaczenia.

Niemożność ta musi występować w chwili czynu. Czas czynu ustalany jest zgodnie z formułą art. 6 § 1 jako czas, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany (zob. wyrok SN z 13 stycznia 1978 r., V KR 183/77, OSNPG 1978, nr 7, poz. 76), a nie np. czas powstania następstw czynu (skutku), nawet gdy stanowią one znamię przestępstwa.

Zgodnie z art. 31 § 1 dla odpowiedzialności sprawcy znaczenie ma wyłącznie kwestia jego poczytalności w czasie czynu, stąd też podjęcie szpitalnego leczenia psychiatrycznego po upływie roku i 9 miesięcy od chwili popełnienia przestępstwa i rozpoznanie u niego choroby psychicznej nie może świadczyć o wadliwości postępowania zakończonego prawomocnym wyrokiem, a w szczególności podważać prawidłowości opinii biegłych lekarzy psychiatrów, którzy stwierdzili, że w czasie zarzucanych mu czynów skazany miał zachowaną zdolność rozpoznania znaczenia swoich czynów i pokierowania swoim postępowaniem (postanowienie SA w Katowicach z 8 grudnia 2010 r., II AKz 815/10, KZS 2011, z. 5, poz. 103).

Czasem popełnienia przestępstwa przez zaniechanie jest ostatni moment, w którym sprawca mógł wykonać ciążącą na nim powinność w taki sposób, że podjęcie działania,

do którego był obowiązany mogło spełnić swój cel (np. uratować życie tonącej ofierze). Ustalanie tego czasu w relacji do pierwszego momentu, w którym sprawca nie mógł wykonać swego obowiązku nie zasługuje na aprobatę, w istocie bowiem lokuje moment popełnienia przestępstwa już poza samym zdarzeniem kryminalnym. W takim układzie czasem popełnienia przestępstwa byłby czas po jego faktycznym popełnieniu.

Następujące po tak rozumianym czasie popełnienia czynu ewentualne pogorszenie stanu psychicznego sprawcy lub jego polepszenie nie może mieć wpływu na ocenę poczytalności oskarżonego w chwili czynu i nie może prowadzić w toku procesu np. do zmiany kwalifikacji z art. 31 § 1 na art. 31 § 2 lub odwrotnie (zob. wyrok SA w Katowicach z 30 grudnia 1998 r., II AKa 201/98, OSA 1999, z. 9, poz. 61).

13. Niepoczytalność należy ustalić w ścisłym nawiązaniu do konkretnego czynu, a nie jedynie abstrakcyjnie „w danym momencie". Może się bowiem zdarzyć, że w tym samym czasie sprawca zachowa poczytalność w relacji do jednego czynu, będzie zaś jej pozbawiony w stosunku do innego.

14. W wypadku przestępstw „rozciągniętych w czasie" (wieloaktowych, trwałych, o zbiorczo określonej czynności wykonawczej, alternatywnie określonych znamionach, czynie ciągłym i ciągu przestępstw) ocena niepoczytalności powinna być dokonywana w zasadzie według stanu w momencie ostatniego ogniwa działania sprawcy. Gdy można jednak wyraźnie wyodrębnić poszczególne czyny w znaczeniu faktycznym (np. w wypadku czynu ciągłego czy ciągu przestępstw), stan niepoczytalności należy weryfikować w odniesieniu do każdego z nich, co może niekiedy prowadzić do zdekompletowania jego znamion, zwłaszcza gdy chodzi o postacie kwalifikowane ze względu na wartość przedmiotu czynności wykonawczej. Poczytalność sprawcy przestępstwa trwałego należy oceniać według stanu w czasie dokonania ostatnich czynności sprawczych, choćby w poszczególnych okresach zabronionego zachowania stan jego poczytalności uległ zmianie (por. wyrok SO w Tarnowie z 9 maja 2008 r., II Ka 165/08, KZS 2008, z. 6, poz. 79).

15. Artykuł 31 § 2, formułujący tzw. poczytalność ograniczoną, pomija przy jej definiowaniu człon psychiatryczny i ogranicza się jedynie do członu psychologicznego. Jest to tylko skrót redakcyjny, gdyż psychiatryczne przyczyny zarówno stanu niepoczytalności, jak i poczytalności ograniczonej są identyczne (inaczej W. Świda, *Prawo…*, 1986, s. 199). Gdyby bowiem przyjąć, że geneza tego stanu jest obojętna i liczy się jedynie ostateczny efekt psychologiczny, popadlibyśmy w trudności interpretacyjne (np. zacierając różnice między poczytalnością ograniczoną a działaniem w błędzie).

16. Stan poczytalności ograniczonej odróżnia od niepoczytalności tylko to, że sprawca działający w tym stanie zachowuje zdolność rozpoznania własnego czynu i pokierowania swoim postępowaniem, są one jedynie w znacznym stopniu ograniczone (lub ograniczona jest tylko jedna z nich). Nie wyłącza on więc winy, lecz jedynie umniejsza jej ciężar.

Na stopień winy wpływa stopień ograniczenia poczytalności sprawcy. Nie ulega wątpliwości, że całkowita niepoczytalność sprawcy stanowi okoliczność wyłączającą winę. Należy przy tym przyjąć, że stopień zawinienia jest odwrotnie proporcjonalny do stopnia ograniczenia poczytalności sprawcy (zob. A. Wilkowska-Płóciennik, *Niepoczytalność i ograniczenie poczytalności jako okoliczności wpływające na stopniowanie winy*, WPP 2006, nr 2, s. 3–4; por. A. Wilkowska-Płóciennik, *Wpływ ograniczenia poczytalności sprawcy na stopień winy i wymiar kary*, WPP 2008, nr 4, s. 15).

Poczytalność ograniczona, w odróżnieniu od niepoczytalności, ma charakter „liniowy", a nie „punktowy". Należy ją zatem rozpatrywać jako określone *continuum* w obszarze między pełną poczytalnością a pełną niepoczytalnością. W zależności od oceny miejsca uplasowania konkretnego wypadku w ramach owego *continuum* sąd podejmuje określone decyzje w przedmiocie wymiaru kary. Im bliższy jest stopień ograniczenia poczytalności punktowi całkowitego jej zniesienia (niepoczytalności), tym zakres uwzględnienia tego faktu przy wymiarze kary powinien być szerszy i odwrotnie (wyrok SN z 10 kwietnia 1975 r., II KR 356/74, LEX nr 21673). Daje to sądowi wiele możliwości przy wymiarze kary, od jej nadzwyczajnego złagodzenia przez potraktowanie tej okoliczności jako zwykłej okoliczności łagodzącej aż do jej nieuwzględnienia w tej płaszczyźnie.

Przy podejmowaniu decyzji sąd powinien kierować się przede wszystkim stopniem tego ograniczenia, uwzględniając go w kontekście innych zasad wymiaru kary opisanych w art. 53. Ponieważ głównym wskaźnikiem limitowania dolegliwości kary zgodnie z tym przepisem jest stopień winy, ten zaś w przedmiotowym wypadku będzie z natury obniżony, żadna inna dyrektywa wymiaru kary nie może zyskać znaczenia dominującego.

Nieuzasadnione jest jednak oczekiwanie, aby sprawcom działającym w warunkach art. 31 § 2 k.k. wymierzać kary w najniższym ustawowym wymiarze bądź nawet kary nadzwyczajnie złagodzone. Przy wymiarze kary różnica między sprawcą ułomnym a pełnowartościowym psychicznie polega na tym, że owa ułomność uzasadnia jedynie wydatne złagodzenie kary na tle całokształtu uwzględnionych okoliczności, a więc wymierzenie kary łagodniejszej, niżby ją orzeczono, gdyby okoliczność ta nie zachodziła (wyrok SA w Gdańsku z 29 marca 2001 r., II AKa 82/01, Prok. i Pr.-wkł. 2001, nr 12, poz. 26). Stan ograniczonej poczytalności w stopniu określonym w art. 31 § 2 stanowi tak istotny element strony podmiotowej czynu, że powinien zawsze znaleźć odzwierciedlenie w opisie czynu przypisanego oskarżonemu oraz w jego kwalifikacji prawnej – także wówczas, gdy sąd nie stosuje nadzwyczajnego złagodzenia kary (wyrok SN z 11 września 2008 r., IV KK 288/08, OSNKW 2008, nr 12, poz. 98).

17. Ponieważ poczytalność ograniczona (art. 31 § 2) i stan silnego wzburzenia (art. 148 § 4) są kategoriami jakościowo różnymi (pierwszy dotyczy patologicznych w zasadzie zaburzeń procesów intelektualnych i wolicyjnych, drugi zaś – niepatologicznych zakłóceń procesów emocjonalnych – afekt fizjologiczny), niewykluczone jest ich równoczesne przyjęcie i w rezultacie „podwójne" złagodzenie odpowiedzialności, jeśli podstawy powstania obu tych stanów są różne, tj. u podstaw znacznego ograniczenia poczy-

talności leży stan patologiczny, a niezależnie od tego sprawca działa w stanie silnego wzburzenia wynikłego z usprawiedliwiających go okoliczności zdarzenia (zob. wyrok SA w Łodzi z 17 stycznia 2001 r., II AKa 251/00, Prok. i Pr.-wkł. 2002, nr 7–8, a także postanowienie SN z 7 marca 2008 r., V KK 355/07, KZS 2008, z. 6, poz. 20). W przedmiocie istnienia i genezy stanu silnego wzburzenia należy postulować prowadzenie dowodu z opinii biegłego psychologa (zob. L.K. Paprzycki, *Udział biegłego psychologa w polskim procesie karnym*, Pal. 1998, nr 11–12).

Niewykluczone jest stwierdzenie stanu ograniczonej poczytalności także u psychopatów – do stosowania wobec nich nadzwyczajnego złagodzenia kary należy podchodzić jednak z najwyższą ostrożnością, gdyż właśnie w odniesieniu do nich szczególnego znaczenia nabiera konsekwentne i zdecydowane stosowanie mechanizmów wdrażania do przestrzegania prawa.

18. Artykuł 31 § 3 wyklucza możliwość stosowania wobec sprawców w stanie nietrzeźwości lub innego odurzenia art. 31 § 1 i 2, jeśli spełnione są kumulatywnie trzy warunki:
1) sprawca musi się wprawić w ten stan, tj. musi uczynić to sam, dobrowolnie i umyślnie;
2) nietrzeźwość lub inne odurzenie muszą spowodować w konsekwencji ich psychologicznych następstw stan faktycznej niepoczytalności lub niepoczytalności ograniczonej;
3) następstwa te sprawca musi przewidzieć lub co najmniej móc przewidzieć.

Przepis nie ma więc zastosowania do osób, które zostały odurzone wbrew własnej woli lub których odurzenie było wynikiem nadzwyczajnych i nietypowych procesów fizjologicznych (upojenie patologiczne i na podłożu patologicznym). W wypadkach tych bowiem użycie alkoholu jest jedynie czynnikiem zaostrzającym istniejący już stan patologiczny (np. uszkodzenia mózgu, niedorozwój umysłowy), nie zaś samoistną przyczyną utraty lub ograniczenia poczytalności (wyrok SN z 7 sierpnia 1980 r., I KR 180/80, OSNKW 1980, nr 12, poz. 88).

Wymaganie, by sprawca przewidział lub mógł co najmniej przewidzieć stan swojej nietrzeźwości lub odurzenia w nasileniu wyłączającym lub ograniczającym faktycznie poczytalność, zostało przez praktykę całkowicie zobiektywizowane i zastąpione absolutnym domniemaniem takiej powinności, co zostało podyktowane względami ochrony społecznej (A. Wąsek dopuszcza możliwość obalenia tego domniemania – *Kodeks…*, t. 1, 1999, s. 400).

Stan odurzenia, o którym mowa w art. 31 § 3, nie musi być wywołany wyłącznie z powodu stosowania środków odurzających w klasycznym, medycznym rozumieniu. Może on być wynikiem użycia innych substancji (np. leków), jeżeli w wyniku ich użycia w organizmie używającego powstał taki właśnie stan (zob. K. Krajewski, *Pojęcie środka odurzającego na gruncie kodeksu karnego*, PiP 2003, z. 11).

19. Instytucjonalne uregulowanie zawarte w art. 31 § 3 przesądza o karalności tzw. zawinionej niepoczytalności. Stwierdzenie jednak, że mamy w takiej sytuacji do czynie-

nia z wyłomem od zasady winy, dekompletującym jej koincydencję z czynem, o której mowa w art. 1 § 3, zdaje się nie rozwiązywać problemu. Uzasadnienie karalności owej zawinionej niepoczytalności, powszechnie zresztą przyjmowanej, rekonstruowane może być na różnych płaszczyznach dogmatycznych, z których żadna jednak zdaje się nie gwarantować zadowalających rezultatów w tym względzie – zob. konstrukcję wyjątku od zasady winy oraz zawinienia na przedpolu czynu, *Rauschdelikt*, funkcjonalne ujęcie winy (por. M. Królikowski, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks*…, t. 1, 2011, s. 950–951). Konstrukcja *actio libera in causa*, znana kodeksowi karnemu z 1932 r., a będąca w istocie odmianą konstrukcji zawinienia na przedpolu czynu, dla polskiego prawa karnego zdaje się mieć już tylko znaczenie historyczne.

20. Przy zastosowaniu art. 31 § 3 zasadnicze trudności sprawia zakwalifikowanie czynu popełnionego przez sprawcę znajdującego się w opisanych tam stanach jako przestępstwa umyślnego lub nieumyślnego. Różnica między umyślnością a nieumyślnością leży bowiem w procesach psychicznych, których nie da się stosownie zweryfikować, zwłaszcza u sprawcy faktycznie niepoczytalnego.

Jeżeli w wypadku faktycznej poczytalności ograniczonej badanie psychologicznych komponentów zawinienia (zamiaru, nieostrożności, możliwości przewidzenia itp.) może dać pewne rezultaty, to w wypadku faktycznej niepoczytalności pozostaje bądź przyjęcie fikcji umyślności, bądź próba ustalenia elementów podobnych do winy, takich jak: stosunek psychiczny sprawcy do możliwości popełnienia określonego czynu przestępnego przed utratą poczytalności, zewnętrzne przejawy zachowania się sprawcy na podstawie całokształtu konkretnego wypadku. Będą to jednak przedsięwzięcia w wysokim stopniu niesatysfakcjonujące.

21. Ustalenia w całokształcie powyższych kwestii jawią się jako rozstrzygnięcia o fundamentalnym znaczeniu, decydują one bowiem o ewentualnym zaktualizowaniu się odpowiedzialności karnej, a w konsekwencji – o jej rozmiarach ze względu na regułę *expressis verbis* wyrażoną w art. 1 § 3, zgodnie z którą elementem konstytutywnym dla bytu przestępstwa jest zaistnienie winy w chwili popełnienia czynu, a doniosłości tej nie niweczy przyjęte – jak się wydaje – domniemanie materialnoprawne winy (por. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 293).

22. Obszerne omówienie zagadnień psychiatrycznych i psychologicznych związanych ze stosowaniem art. 31 (zob. M. Budyn-Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Kraków 2014). Na marginesie – w kontekście zwłaszcza art. 31 § 3 – można odnotować, że zarys badań własnych autorów potwierdza przekonanie o słuszności tezy, że u podstaw procesów motywacyjnych dla poddania się leczeniu (terapii) odwykowemu (np. w wojewódzkich ośrodkach terapii uzależnień) przez sprawców przestępstw popełnionych w stanie nietrzeźwości lub odurzenia (lub w związku z uzależnieniem) tkwi nie tyle pragnienie powrotu do „normalnego" życia (choć oczywiście motywacji takiej w wielu przypadkach wykluczyć nie można), ile kalkulacja obliczona na uchylenie lub zredukowanie odpowiedzialności karnej.

Wybrane orzecznictwo

23. Niepoczytalność i poczytalność stanowią dwa przeciwstawne bieguny w ocenie stanu psychicznego sprawcy. Pomiędzy nimi istnieją stany pośrednie, w których odchylenia od normy mają rozmaite nasilenie. Osoba o ograniczonej poczytalności jest odpowiedzialna za popełnione przez nią przestępstwa, przy czym może być ukarana łagodniej, niżby to wynikało z sankcji przepisu szczególnego ustawy karnej. Dlatego też obowiązkiem sądu w wypadkach podejrzenia zaistnienia tego rodzaju anomalii jest poczynienie dokładnych w tym kierunku ustaleń z pomocą biegłych psychiatrów i wyciągnięcie z nich odpowiednich wniosków (wyrok SN z 16 listopada 1973 r., III KR 257/73, LEX nr 21585).

W razie istnienia ograniczonej poczytalności sprawcy istotne znaczenie – z punktu widzenia jego odpowiedzialności – ma stopień ograniczenia jego poczytalności według zasady: im stopień ograniczenia tej poczytalności jest bardziej zbliżony do prawie całkowitego jej zniesienia, tym zakres uwzględnienia tego faktu przy wymiarze kary musi być na jego korzyść szerszy, a im stopień ten jest bliższy stanowi normalnemu lub ograniczeniu poczytalności w stopniu nieznacznym, tym zakres uwzględnienia tego faktu na korzyść sprawcy powinien być węższy (wyrok SN z 10 kwietnia 1975 r., II KR 356/74, LEX nr 21673).

Ograniczona w stopniu znacznym poczytalność sprawcy stanowi istotną okoliczność łagodzącą, a podstawą stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary może być tylko wtedy, gdy ta okoliczność zestawiona z innymi (obciążającymi i łagodzącymi) prowadzi do wniosku o niewspółmiernej surowości najniższej kary za dane przestępstwo, co wynika z istoty instytucji nadzwyczajnego złagodzenia (wyrok SN z 20 kwietnia 1977 r., V KR 52/77, OSNKW 1977, nr 7–8, poz. 83).

Pojęcia poczytalności ograniczonej i stanu silnego wzburzenia nie są w zasadzie porównywalne, gdyż są jakościowo różne, mimo pewnych wspólnych elementów. Silne wzburzenie to proces psychiczny przeżywany jako afekt fizjologiczny, podczas gdy ograniczona poczytalność jest z reguły stanem patologicznym (wyrok SN z 15 maja 1984 r., III KR 101/84, OSPiKA 1986, z. 7, poz. 150).

Możliwe jest zastosowanie art. 148 § 4 do osoby działającej w stanie nietrzeźwości, ale tylko wówczas, gdy silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami mogłoby powstać również bez odurzenia alkoholowego. Również możliwe jest przyjęcie, że sprawca dopuścił się zabójstwa w stanie silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami oraz w stanie ograniczonej w stopniu znacznym poczytalności, ale tylko wówczas, gdy silne wzburzenie wywołane zostało okolicznościami innymi od tych, które spowodowały stan ograniczonej poczytalności w stopniu znacznym (wyrok SA w Lublinie z 9 marca 1999 r., II AKa 5/99, OSA 2000, z. 4, poz. 29).

Tymczasowe aresztowanie, a nie środek zabezpieczający, stosuje się w toku śledztwa w stosunku do sprawcy działającego z poczytalnością zniesioną (art. 31 § 1 k.k.), póki

nie zostanie przesądzone jego sprawstwo (postanowienie SN z 22 września 2003 r., IV KK 288/03, OSNSK 2003, poz. 2012; por. postanowienie SA w Krakowie z 24 listopada 2004 r., II AKz 424/04, KZS 2004, z. 12, poz. 33).

Z treści przepisu § 2 art. 31 k.k. nie wynika, że w wypadkach ograniczonej poczytalności nadzwyczajne złagodzenie kary stanowi regułę. Rozstrzygnięcie o zastosowaniu lub niezastosowaniu dobrodziejstwa wynikającego z art. 31 § 2 k.k. jest rozstrzygnięciem w kwestii wymiaru kary i jako takie musi uwzględniać wszystkie ogólne dyrektywy wymiaru kary zawarte w art. 53 k.k., czyli również cele kary w zakresie jej społecznego oddziaływania (zob. wyroki SN: z 21 października 1972 r., III KR 175/72, OSNKW 1973, nr 2–3, poz. 30; z 22 lutego 1973 r., Rw 136/73, OSNKW 1973, nr 6, poz. 82; z 20 czerwca 1973 r., II KR 63/73, OSNKW 1974, nr 1, poz. 6; por. wyrok SA w Lublinie z 26 stycznia 2004 r., II AKa 377/03, Prok. i Pr.-wkł. 2004, nr 11–12, poz. 13).

Na decyzję co do stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary sprawcy o znacznie ograniczonej poczytalności wpływa także stopień społecznej szkodliwości przestępstwa (wyrok SA w Krakowie z 2 sierpnia 2006 r., II AKa 112/06, Prok. i Pr.-wkł. 2007, nr 10, poz. 24).

Kwalifikacja z art. 148 § 4 w zw. z art. 31 § 2 k.k. jest wprawdzie możliwa, ale tylko i wyłącznie w takiej sytuacji, gdy niezależnie od siebie wystąpiły u sprawcy oba te stany, a zatem podlegał on dwojakim uwarunkowaniom, tj. z jednej strony u podstaw znacznego ograniczenia poczytalności leżał stan patologiczny, a z drugiej, niezależnie od tego, sprawca działał ponadto w stanie silnego wzburzenia, wynikłego z usprawiedliwiających go okoliczności zdarzenia. Możliwe jest zastosowanie art. 148 § 4 k.k. wobec osoby działającej w stanie nietrzeźwości, ale tylko wówczas, gdy silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami mogłoby powstać również bez odurzenia alkoholowego. Silne wzburzenie (afekt) usprawiedliwione okolicznościami to swoiste pojęcie prawne, a nie leżące wyłącznie w sferze psychiki sprawcy, zatem dla stwierdzenia jego wystąpienia powołany jest przede wszystkim sąd, ponieważ kryteria oceny, czy silne wzburzenie jest usprawiedliwione konkretnymi okolicznościami danej sprawy czy też nie, wywodzą się z przesłanek nie tyle psychologicznych, ile moralnych, czy też zasad współżycia społecznego, które sąd powinien każdorazowo ustalić, jako podstawę do przypisania sprawcy zabójstwa w postaci uprzywilejowanej (wyrok SA w Katowicach z 14 stycznia 2005 r., II AKa 109/05, KZS 2005, z. 7–8, poz. 115).

Surowe karanie osób takich jak oskarżony, o ograniczonej w stopniu znacznym poczytalności, determinowanej zakłóceniami czynności psychicznych o podłożu organicznym (m.in. psychodegradacja alkoholowa), ponad zasięg ich winy, tylko dla odstraszenia ewentualnych innych, całkowicie poczytalnych i w pełni odpowiedzialnych za swoje czyny sprawców, po to, by w ten sposób kształtować ich „świadomość prawną", byłoby oczywistym sprzeniewierzeniem wymagań kary sprawiedliwej i przez to na pewno nie skutkowałoby powstaniem w społeczeństwie prawidłowych ocen i postaw (wyrok SA we Wrocławiu z 6 maja 2005 r., II AKa 112/05, KZS 2008, z. 4, poz. 65).

Ograniczenie rozpoznania znaczenia czynu wpływa tylko na stopień winy, nie zaś na jej rodzaj. Ustalenie tego ograniczenia oznacza, że na skutek którejś z przesłanek ograniczenia poczytalności sprawca nie pojmuje w należytym stopniu znaczenia swojego czynu, lecz jedynie w sensie aksjologicznym, tj. tego, że czyn stanowi naruszenie porządku etycznego i prawnego. Zakłócenie to dotyczy procesów psychicznych, nie musi jednak wykluczać świadomości sprawcy w zakresie zachodzących związków przyczynowych. Umniejszona poczytalność ma więc wpływ na oznaczenie stopnia winy, a w konsekwencji – na wysokość kary (wyrok SA w Krakowie z 31 marca 2005 r., II AKa 52/05, KZS 2005, z. 5, poz. 34).

Przez inne zakłócenia funkcji psychicznych wpływające na ocenę poczytalności sprawcy przestępstwa należy rozumieć nie tylko zakłócenia patologiczne, lecz także stany fizjologiczne, również stan silnego wzburzenia, który może znacznie ograniczać zarówno możliwość rozpoznania znaczenia czynu, jak i pokierowania postępowaniem (wyrok SA w Krakowie z 7 września 2005 r., II AKa 117/05, KZS 2005, z. 10, poz. 24).

Pogląd, że sprawca, który w chwili czynu dotknięty był schizofrenią, nawet o lekkim przebiegu, jest niepoczytalny, nie jest odosobniony. Również w wypadku braku wyraźnych objawów psychotycznych, ale przy stwierdzonym defekcie w postaci zobojętnienia, bezczynności, zblednięcia emocjonalnego czy zaznaczonych dziwacznością w zachowaniu się, należy orzec niepoczytalność (wyrok SN z 13 lipca 2005 r., IV KK 85/05, OSNSK 2005, poz. 1355).

Oczywiste jest, że alkohol ułatwia zachowania agresywne i ma wpływ na racjonalność działań człowieka. W przypadku jednak, gdy oskarżony znajdował się w stanie prostego upojenia, nie cierpi na chorobę psychiczną czy upośledzenie umysłowe, stwierdzono u niego normę intelektualną oraz prawidłowe rozwinięcie zdolności myślenia przyczynowo-skutkowego, uogólniania i analizowania, skoro wreszcie wielokrotnie wcześniej wprawiał się on w stan nietrzeźwości i znał jego działanie, to stan nietrzeźwości oskarżonego żadną miarą nie mógł służyć jako element świadczący o braku zdolności oceny działania czy przewidzenia jego skutków. Zaakceptowanie odmiennego stanowiska prowadziłoby do tego, że każda osoba zamierzająca dokonać przestępstwa najpierw wprawiałaby się w stan nietrzeźwości, by później móc się na ów stan powołać, jako na element, który wyłączał możliwość przypisania jej działaniu znamion racjonalności (wyrok SA w Szczecinie z 4 lutego 2009 r., II AKa 3/09, LEX nr 508306).

Tak zwany afekt stanowi nagła, niemalże odruchowa reakcja na zdarzenie, stanowiąca szczególny, trudny do opanowania impuls sprawczy dla zachowania niezgodnego z prawem (postanowienie SN z 14 kwietnia 2011 r., II KK 71/11, OSNSK 2011, poz. 792).

Zaburzenia wynikające z uzależnienia od alkoholu nie są równoznaczne z upośledzeniem umysłowym czy chorobą psychiczną i nie obligują sądu do orzeczenia wobec takiego sprawcy kary łagodniejszej oraz poddania go leczeniu (postanowienie SN z 14 kwietnia 2011 r., II KK 58/11, Biul. PK 2011, nr 8, s. 29).

W świetle art. 31 § 3 k.k. stan nietrzeźwości nie wyłącza odpowiedzialności karnej ani nawet nie uprawnia do nadzwyczajnego złagodzenia kary, ponieważ nawet jeżeli prowadziłby do wyłączenia lub znacznego ograniczenia poczytalności, to, co do zasady, będzie on uznany za zawiniony przez sprawcę (tzw. wina na przedpolu czynu zabronionego) – postanowienie SN z 5 czerwca 2013 r., III KK 443/12, LEX nr 1331337.

Znaczny stopień ograniczenia poczytalności jest okolicznością rzutującą istotnie na ustalenie stopnia zawinienia. Stwierdzenie ograniczenia poczytalności w stopniu, o którym mowa w art. 31 § 2 k.k., daje możliwość sądowi zastosowania wobec sprawcy nadzwyczajnego złagodzenia kary w myśl art. 60 § 1 k.k.

Dla przyjęcia, że sprawca działał w zamiarze zabójstwa człowieka, nie wystarczy ustalenie, iż działał on umyślnie, chcąc zadać nawet ciężkie obrażenia ciała, lecz konieczne jest ustalenie objęcia zamiarem także skutku w postaci śmierci (wyrok SO we Wrocławiu z 16 kwietnia 2015 r., III K 46/15, LEX nr 1745336).