

I. ARTYKUŁY

HANS JOACHIM HIRSCH

CZY ZASADA CZYNU JAKO PODSTAWOWA ZASADA PRAWA KARNEGO JEST WYSTARCZAJĄCO PRZESTRZEGANA?*

I.1. Jedną z głównych zasad prawa karnego jest zasada czynu (*Tatstrafrecht*). To kwestia tak oczywista, że podręczniki nie poświęcają jej wyjaśnieniu zbyt wiele miejsca. W przepisach karnych to zasadnicze ukierunkowanie na prawo karne czynu (zasada czynu) widoczne jest w wielu miejscach, w których mowa o „czynie” lub „czynie karalnym”.

Nie ma również powodu do rezygnacji z „prawa czynu”. Prawo karne dotyczące postawy moralnej (*Gesinnungsstrafrecht*) zaciera bowiem granice między prawem karnym a moralnością, państwo zaś reglamentuje już przekonania i postawę jednostki. Jednak wobec rosnącego znaczenia aspektów prewencji szczególnej zarówno w teorii jak i praktyce istotne staje się również prawo karne sprawcy (*Täterstrafrecht*). W tym przypadku chodzi jeszcze o inne aspekty niż postawa moralna sprawcy, na przykład o jego środowisko i zagrożenie, jakie swoim zachowaniem stwarza. Nastawienie i postawa wobec norm karnych odgrywają jednak i tutaj główną rolę. Dlatego też prawo karne sprawcy i prawo dotyczące postawy moralnej często wymienia się jednym tchem¹, chociaż obydwa zostały albo zdyskredytowane przez prawne tendencje z czasów Hitlera², albo już w ówczesnych debatach nie osiągnięto zgody – np. jeżeli chodzi o teorię typologii przestępców³.

Fakt, że prawo karne było zawsze prawem czynu, ma swoje historyczne podłoże w koncepcji odpłaty⁴. Dolegliwość karna może być odpłatą za popełniony czyn, ale nie za usposobienie sprawcy lub zakwalifikowanie go do określonego typu przestępców. Odpowiednio do tego pojęcie winy odnosi się również do czynu. Ktoś może być obciążony winą za określony czyn, ale nie winą samą w sobie⁵. Rzecz szczególna, że zwycięstwo koncepcji odpłaty nic jednak nie zmieniło w zasadniczym odniesieniu prawa karnego do „czynu przestępczego” i „winy za czyn przestępczy”. Wręcz przeciwnie: wielki karnista Anselm von Feuerbach jako przedstawiciel koncepcji negatywnej prewencji ogólnej wyraż-

* Tytuł oryginalny w języku niemieckim: *Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?*

¹ Por. np. P. Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, cz. 1, 1939, s. 75, cz. 2, 1940, s. 118 i n., 127, 143; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, wyd. 5, Berlin 1996, s. 54. Także cytowane w przypisie 6 i 7 wypowiedzi Feuerbacha i v. Liszta oraz autorzy cytowani w przypisie 12.

² Szerzej na ten temat R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, wyd. 2, 1958, s. 117.

³ Zob. także ówczesne prace zmierzające do reformy prawa karnego czynu, w szczególności projekt urzędowy z 1939 r., jak również wydana w latach 1939-1940 monografię P. Bockelmanna, op. cit., cz. 2, s. 145 i n. Ponadto opracowanie R. Mauracha, op. cit., s. 117 z dalszymi wskazaniem.

⁴ Bliżej na ten temat P. Bockelmann, op. cit., cz. 1, s. 63 i n. oraz s. 84.

⁵ Bliżej na ten temat ibidem, s. 70.

nie bronił koncepcji czynu. Pisał: „to, co jest karane, co jest obiektem kary, to jest popełniony czyn [...]”, kara jest złem, „które jest wyrządzane osobnikowi ze względu na czyn niezgodny z prawem i tylko z tego względu”. Tam, gdzie chodzi „nie tylko o aspekt zewnętrzny przestępstwa, lecz także o postawę osoby, która z niego wynika”, tam przestępstwo wcale nie jest traktowane jako naruszenie prawa, lecz jako niemoralność. O naruszeniu prawa można powiedzieć tylko wtedy, „gdy bierze się pod uwagę jedynie czyn zewnętrzny i jego niezgodność z zasadą sprawiedliwości (odnoszącą się wyłącznie do czynów zewnętrznych)”⁶. Przede wszystkim jednak odejścia od zasady czynu można by oczekiwać u Franza von Liszta, założyciela tzw. nowoczesnej szkoły (*moderne Schule*) prawa karnego, ze względu na jego ukierunkowanie na prewencję szczególną, lecz także on żądał w zakresie przesłanek kary konsekwentnego stosowania prawa czynu. Stwierdził on bowiem, że: „kara oznacza tak głęboką ingerencję w osobistą wolność, że nie możemy jej wymierzyć, jeśli nie ma pewności, a istnieje tylko podejrzenie, jeśli nie ma czynu, a jedynie przestępcze usposobienie”⁷. Nie należy wysnuwać wniosku, jakoby do trzymania się zasady czynu zmuszały go tylko kwestie dowodowe, lecz że prawdziwym motywem jest wolność jednostki, co widać wyraźnie także w wielu innych miejscach jego dzieła. Przytoczyć tu należy następującą wypowiedzi Liszta: „kodeks karny jest *magna charta* przestępstwa”, „zasady *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* – są ostoją dla obywatela wobec wszechwładzy państwowej [...] wobec ‘Lewiatana’”, „prawo karne jest dla nas nieprzekraczalną barierą polityki kryminalnej”. Koncepcja sprawcy, którą reprezentuje zainicjowana przez Liszta nowoczesna szkoła, ustąpiła więc przed dyrektywami wymiaru kary: koncepcja ta ogranicza się do następstw prawnych czynu, ma ona jednak drugorzędne znaczenie, gdyż nie zastępuje koncepcji czynu⁸.

O ile u Feuerbacha chodzi tylko o zachowanie granicy pomiędzy prawem a moralnością, a mianowicie o rozróżnienie między działaniem związanym z wydarzeniami zewnętrznymi a jedynie wewnętrzną motywacją, o tyle u Liszta prawo karne czynu wyraźnie występuje w aspekcie państwa prawa. Odejście bowiem od prawa karnego czynu uczyniłoby przesłanki karnych kompetencji państwa całkowicie niejasnymi i wykraczałoby znacznie poza granice takich państwowych kompetencji. Natomiast dopóki brak czynów godzących w chronione prawem dobra należące do innych osób lub ogółu, nie ma niczego, co państwo mogłoby ścigać. Przedmiotem wymiaru kary jest to, co się uczyniło, a nie to, co można by w przyszłości uczynić. Prawo karne czynu to prawny bastion wobec nadużyć ze strony państwa⁹. Dlatego też pośrednio utrzymało się w wielu konstytucjach poprzez nakaz określoności oraz zasadę winy, wynikającą z zasady państwa prawa¹⁰.

⁶ A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. 1, 1799, s. 5, 13, 27. Zob. także idem, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*, 1804, cz. 1, s. 55 i n., na temat sprzeczności wynikających z ciężkich i obszernych kar za przestępstwa popełnione w warunkach recydywy, za którymi to opowiedział się Feuerbach. Por. P. Bockelmann, op. cit., cz. 1, s. 22 i n.

⁷ F. v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2, 1905, s. 16.

⁸ Por. P. Bockelmann, op. cit., cz. 1, s. 105 wraz z odsyłaczkami do dalszych źródeł.

⁹ Na temat czynu jako przyczyny i granicy karnoprawnego ścigania patrz także J. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, s. 26.

¹⁰ Na temat ugruntowania zasady w koncepcji państwa prawa patrz: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, t. 20, s. 323, s. 331; t. 25, s. 269, 286; t. 27, s. 18, 29; t. 45, 187, 259 i n.

To, czy należy przy tym rozróżniać przesłanki kary, czyli wymóg zaistnienia czynu karalnego, i karnoprawne jego następstwa, będzie przedmiotem rozważań przy okazji objaśniania granic, jakie kontekst czynu wyznacza przy wymiarze kary.

2. Pojawia się pytanie, czy zasada czynu jest zawsze przestrzegana przez prawodawcę, teorię i praktykę. Deklaracje i rzeczywistość rozmiągają się – jak wiadomo – nierzadko także i w tej dziedzinie. Główne problemy, jakie się w tym kontekście pojawiają to: nieudolne usiłowanie popełnienia czynu zabronionego, pojawiające się w przepisach karnych tu i ówdzie elementy motywacji, przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo, zasada koincydencji, wysokość kary (szczególnie w przypadku recydywy) oraz umorzenie postępowania wynikające z zasady oportunistu ujęte w § 153a niem.k.p.k (StPO), a związane z równoczesnym zaplaceniem przez domniemanego sprawcę czynu zabronionego określonej kary grzywny. Rozważenie tych problemów pozwoli dokładniej nakreślić granice hasłowo spokrewnionych pojęć prawa czynu, sprawcy i prawa karnego dotyczącego postawy moralnej. Chodzi przy tym wyłącznie o prawo karne materialne, a nie o problemy procesowego pojęcia czynu.

II.1. Rozważmy więc jako pierwsze nieudolne usiłowanie popełnienia czynu zabronionego:

Praktyka niemiecka reprezentuje subiektywną teorię usiłowania¹¹. Również dla zaistnienia karalnego usiłowania wystarczy, że ktoś podejmuje decyzję o urzeczywistnieniu jakiegoś określonego czynu zabronionego (np. zabójstwa), i tę decyzję realizuje w ten sposób, że jego zachowanie zmierzałoby bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego, gdyby tylko wyobrażenie o rzeczywistości w psychice sprawcy było prawidłowe. Zachowanie obiektywnie nie musi więc zawierać ryzyka wypełnienia znamion czynu.

Temu ujęciu wielokrotnie zarzucano, że opiera się na prawie dotyczącym postawy moralnej i że zwraca uwagę nie na „czyn”, lecz jedynie na „sprawcę”¹². Do początku lat 30. XX w. pogląd ten był w literaturze prawniczej przeważnie odrzucany¹³, a dzisiaj próbuje się ograniczyć go za pomocą tzw. kryterium wrażenia¹⁴. Również większość kodeksów karnych na świecie podąża wyraźnie za obiektywną teorią usiłowania.

¹¹ Utrwalone orzecznictwo: *Reichsgericht; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt)*, cyt. tom i s.: 1, 439, 441; 8, 198, 203; 39, 316; 76, 94; *Bundesgerichtshof; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHS)*, cyt. tom i s.: 1, 13, 15 i n.; 2, 74, 76; 40, 257, 271 i n.; 41, 94 i n.; *Bundesgerichtshof; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes*, „*Neue Juristische Wochenschrift*” 1997, s. 750, 751.

¹² Por. w szczególności E. Kohlrausch, w: F. Aschrott, E. Kohlrausch, *Reform des Strafrechts*, Berlin 1926, s. 27 i n.; R. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, Berlin 1930, s. 424; E. Mezger, *Strafrecht*, wyd. 2, 1933, s. 396 i n.; Spindel, „*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, t. 65, 1953, s. 518, 522 i n.; idem, „*Neue Juristische Wochenschrift*” 1965, s. 1881, 1883; idem, *Festschrift für Stock*, 1966, s. 89, 92; H. J. Hirsch, *Festschrift für Roxin*, 2001, s. 711, 722 i n. Także E. Kohlrausch, R. Lange, *Strafgesetzbuch* (dalej jako: *StGB*), wyd. 43, 1961, przed § 43 nb. III 2; W. Gallas, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, s. 155, 160 i n.; A. Schönke, H. Schröder, A. Eser, *StGB*, wyd. 26, 2001, przed § 22, nb. 21. Autorzy ci przyjmują, że przypadki usiłowania nieudolnego stanowią wyraz prawa karnego jako prawa dotyczącego postawy moralnej.

¹³ Por. R. Frank, *StGB*, wyd. 18, 1931, § 43 uwaga I; R. v. Hippel, op. cit., s. 424 i n.; F. v. Liszt, E. Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. I, wyd. 26, Berlin 1932, s. 311 i n.; E. Mezger, op. cit., s. 396 i n.

¹⁴ Tak: A. Schönke, H. Schröder, A. Eser, op. cit., przed § 22, nb. 22; R. Maurach, K.-H. Gössel, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cz. II, wyd. 7, 1989, § 40 i n.; W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, wyd. 2, 2001, 9/48; H.-J. Rudolphi, w: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)*, wyd. 20, 1993, przed § 22, nb. 13; T. Vogler, w: *Lepziger Kommentar (LK) StGB*, wyd. 10, 1983, przed § 22, nb. 52; J. Wessels, W. Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, wyd. 32, 2002, nb. 594.

Zeby mieć jasność, trzeba sobie uzmysłowić, że przyczyna ukarania „usiłowania udołnego” tkwi w początku realnego, zamierzonego zachowania spełniającego znamiona czynu zabronionego i że główną rolę odgrywa przy tym konkretne niebezpieczeństwo dokonania tego czynu oceniane *ex ante*. Ta przyczyna ukarania zachodzi także w przypadkach „nieudolnego usiłowania”, w których można potwierdzić istnienie takiego niebezpieczeństwa *ex ante* (np. ktoś strzela z zamiarem zabójstwa w stronę łóżka przewidzianej ofiary, której – o czym sprawca nie wie – tam nie ma, albo gdy ktoś używa rzekomo naładowanej broni, która potem okazuje się nienaładowana). Tutaj tak samo jak przy „udolnym usiłowaniu” występuje początek realnego zachowania zmierzającego do urzeczywistnienia go. W takich przypadkach – a one przeważają – chodzi więc o prawo karne czynu¹⁵. Są one jednak problematyczne, gdy chodzi o realizację zamiaru *ex ante* nieszkodliwego. Dlatego też powinno się zastąpić dotychczasową parę pojęć „udolne–nieudolne”, która miesza punkt widzenia perspektywny i retrospektywny, pojęciami „(*ex ante*) niebezpieczny–nieszkodliwy”¹⁶. Istotne jest więc pytanie, czy w przypadku odpowiedzialności karnej za „usiłowanie nieszkodliwe” nie chodzi o prawo dotyczące postawy moralnej.

Przemawia za tym fakt, iż w przypadku „usiłowania nieszkodliwego” rzeczywiście brak prawdziwego usiłowania. Ponieważ nie ma niebezpieczeństwa istniejącego *ex ante*, nie ma w ogóle początku zachowania o znamionach czynu zabronionego, a czyn ten istnieje jedynie w wyobraźni sprawcy. Nie może więc być mowy np. o usiłowaniu zabójstwa, uszkodzenia ciała czy usiłowaniu uszkodzenia rzeczy, gdyż to, co zaistniało w rzeczywistości, to jedynie nieszkodliwie uruchomiona wola odnosząca się do czynu, który zgodnie z wyobrażeniem sprawcy miałby zostać dokonany¹⁷. Decyzja dokonania złego czynu nie jest jednak jeszcze sama w sobie karalna (*cogitationis poenam nemo patitur*). Przeciwnie – zła wola musi się całkowicie lub częściowo obiektywnie urzeczywistnić. Decydującym punktem jest więc tutaj to, czy przy nieszkodliwym „nieudolnym” usiłowaniu – również jeśli należałoby je ukarać łagodniej aniżeli pozostałe przypadki rzeczywistego usiłowania – istnieje już wystarczające i charakterystyczne dla prawa czynu obiektywne zrealizowanie złej woli. Jeśli weźmie się tu pod uwagę przypadki, gdzie różnica między prawem dotyczącym postawy moralnej a prawem czynu jest znaczna, to dotyczą one przeważnie rozgraniczenia czynności przygotowawczych i usiłowania. Często jest to taki stan rzeczy, w którym nie chodzi tylko o to, jaka zła wola pojawia się w wyobraźni sprawcy, lecz głównie o uzewnętrznienie tej woli, i to właśnie o takie, które nie jest jeszcze wystarczające dla zaistnienia czynu zabronionego. Ta starsza, czysto subiektywna teoria usiłowania – obecnie interesująca już tylko z historycznego punktu widzenia – właściwie nie znalazła zwolenników, ponieważ przenosi ona karalność daleko w sferę zachowania jedynie moralnie niedopuszczalnego, a zatem w sferę prawa karnego postawy moralnej (*Gesinnungsstrafrecht*)¹⁸. Dlatego też karalność usiłowania również w dzisiejszym ujęciu teorii subiektywnej może

¹⁵ Szerzej H. J. Hirsch, *Festschrift für Roxin*, s. 711, 716 i n. oraz 719 i n.

¹⁶ Ibidem, s. 720 i n. oraz 725.

¹⁷ Por. W. Gallas, *Festschrift für Bockelmann*, s. 159 i n.

¹⁸ Szerzej na ten temat: E. Mezger, op. cit., s. 387 i n.

zachodzić dopiero w przypadku przystąpienia sprawcy do czynności wykonawczej. Dla określenia tego momentu główną rolę odgrywa przecież kryterium obiektywne, tj. zaistnienie konkretnego niebezpieczeństwa¹⁹.

Tymczasem jednak karane są również same czynności przygotowawcze. Czy nie jest to mimo wszystko zgodne z prawem karnym czynu, gdy karze się przypadki nieszkodliwego „usiłowania”? Należy tutaj zwrócić uwagę na dwie rzeczy: po pierwsze, w przypadku karalnych czynności przygotowawczych chodzi również o przypadki stwarzające pewne ryzyko. Niebezpieczeństwo jest wprawdzie wymogiem rozpoczęcia prawdziwego usiłowania, może jednak wystąpić już wcześniej. Dla przypadków usiłowania nieszkodliwego jest natomiast charakterystyczne, że w momencie zachowania sprawcy brak konkretnego niebezpieczeństwa. Po drugie, nie bierze się pod uwagę faktu, że mimo braku konkretnego niebezpieczeństwa, może istnieć tzw. niebezpieczeństwo abstrakcyjne. Istota przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo polega bowiem na tym, że występuje w nich z reguły konkretne niebezpieczeństwo. W przypadku usiłowania nieszkodliwego brak jednak takiego niebezpieczeństwa, ponieważ w większości nieszkodliwych usiłowań nie ma możliwości dokonania danego przestępstwa, i to już od początku, z punktu widzenia *ex ante*, a także *ex post*. Właśnie w tych przypadkach chodzi jedynie o zrealizowanie złej woli poprzez czyny neutralne z prawnego punktu widzenia – to zaś przemawia za prawem karnym postawy moralnej, a przeciw prawu karnemu czynu²⁰.

Teorię subiektywną uzasadnia się tym, że bunt przeciwko porządkowi prawnemu zawarty w działalności przestępczej (woli wrogiej wobec prawa) oznacza niebezpieczeństwo dla tego porządku²¹. Jeśli przyjrzeć się temu uzasadnieniu dokładniej, to chodzi w nim jednak nie o czyn, lecz o sprawcę. Nie chodzi o karanie przestępnej treści konkretnego popełnionego czynu, lecz o przyszlą ochronę przed osobą, która nie okazała zahamowań przy realizacji swojej złej woli, jeśli nawet wbrew jej wyobrażeniom działania takie obiektywnie nie nadawały się do urzeczywistnienia tej złej woli. Uzasadnienie kary jedynie niebezpieczeństwem osoby oznacza przejście z prawa karnego czynu do prawa karnego sprawcy. Prawno karne czynu zawsze zakłada przecież popełnienie czynu, który podlega ściganiu.

W polskim prawie karnym można by powyższe wątpliwości wytłumaczyć poprzez restrykcyjną wykładnię art. 13 § 2 pol.k.k., interpretując ten przepis w ten sposób, że niebezpieczne zachowanie odnoszące się do konkretnego czynu zabronionego musi zaistnieć z punktu widzenia *ex ante*. W takim razie uprzywilejowanie przewidziane w § 23 pkt 3 niem.k.k. dla przypadków oczywistej pomyłki można by zakwalifikować jako zbędny przepis, gdyż w istocie rzeczy w przypadku nieszkodliwego postępowania wcale nie chodzi o usiłowanie.

¹⁹ Por. przegląd orzecznictwa i piśmiennictwa w: A. Schönke, H. Schröder, A. Eser, op. cit., § 22, nb. 42 i n., zob. też: F. Streng, *Gedächtnisschrift für Zipf*, 1999, s. 325 i n.

²⁰ Por. H. J. Hirsch, *Festschrift für Roxin*, s. 722 i n. Należy jednak podkreślić, że zarzut stosowania prawa karnego dotyczącego postawy moralnej nie odnosi się do całej problematyki „usiłowania nieudolnego”, a jedynie do przypadków „niebezpiecznego usiłowania”.

²¹ *BGHSt* cyt. tom i str.: 11, 268, 271, K. Lackner, K. Kühl, *StGB*, wyd. 23, 1999, § 22, nb. 11; J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, wyd. 10, 1995, § 26 nb. 17 i n.; H. Tröndle, T. Fischer, *StGB*, wyd. 50, 2001, § 22 nb. 24.

Kto więc domaga się w takich przypadkach kary, opowiada się za prawem dotyczącym postawy moralnej²².

Te uwagi odnośnie do „nieudolnego usiłowania” uświadamiają jednocześnie, jak dalece ten subiektywistyczny wariant osobistej szkodliwości²³, reprezentowany przez jeden z kierunków dogmatyki prawa karnego, oddalił się od prawa karnego czynu. Przyjmując, że zawiniona szkodliwość czynu umyślnego wyczerpuje się w momencie zakończenia usiłowania, i jednocześnie uznając zakończone „nieudolne usiłowanie” za wystarczające w sensie teorii subiektywnej, przechodzi się na drodze teoretycznych rozważań do prawa karnego postawy moralnej. Ciekawe, że niemiecki teoretyk prawa Karl Binding, który temu kierunkowi poświęca szczególną uwagę, wyobrażał sobie przyszłość prawa karnego inaczej aniżeli subiektywiści. Pisał on bowiem: „Historia i teraźniejszość ucza, a zapewne będzie to też można odnieść do przyszłości, że przestępcy nigdy nie czyniono odpowiedzialnym za coś innego albo za coś więcej niż jego konkretny czyn przestępczy”²⁴.

2. Drugi krąg tematyczny tworzą ustawowe znamiona dotyczące motywacji sprawcy (*Gesinnungsmerkmale*). Już samo pojęcie „elementy motywacji” wskazuje, że mamy tu do czynienia z szeroką ingerencją w prawo karne czynu. Pojawiły się one w Niemczech w prawodawstwie epoki Hitlera, ich najbardziej jaskrawym przykładem jest cecha „bez skrupułów”, którą dzisiejszy prawodawca usunął. Zachowały się jednak w niektórych przepisach znamiona podmiotowe „w złym zamiarze, złośliwie”²⁵. Również jedno ze znamion charakteryzujących morderstwo, tj. gdy zabójstwo dokonane zostaje z „niskich pobudek”, budzi wątpliwości²⁶.

Próbuje się zakwalifikować znamiona tego typu, jako szczególne elementy winy²⁷. Pojawiają się jednak zasadnicze wątpliwości wobec przyporządkowania przestępstwa motywacji sprawcy właśnie elementu winy. Trzeci element przestępstwa odnosi się bowiem w prawie karnym czynu do bezprawia, jakiego dopuścił się sprawca, popełniając czyn zabroniony. Chodzi tutaj – jak wyrażają to przepisy karne – o zdolność sprawcy do rozpoznania konkretnego bezprawia popełnianego czynu i odpowiednie ukierunkowanie swego postępowania zgodnie z tą wiedzą²⁸. W wypadku przesłanek winy czynu chodzi więc o to, że do ukarania sprawcy nie wystarczy samo dokonanie czynu bezprawnego, lecz o to,

²² Problem ten błędnie interpretuje Herzberg, „Goldammer's Archiv für Strafrecht” 2001, s. 257 i n. Odnośnie do aktualnie istniejących możliwości rozwiązań tej problematyki zgodnie z obowiązującym prawem, mimo treści § 23 ust. 3 niem.k.k. zob. F. Zieschang, *Die Gefährungsdelikte*, Berlin 1998, s. 149 i n.; H. J. Hirsch, *Festschrift für Roxin*, s. 713, 715 i n. i s. 725, 727. Na temat wątpliwości podnoszonych przez Herzberga co do możliwości oceny stopnia niebezpieczeństwa patrz: F. Zieschang, op. cit., s. 29, 54, 61 i n.

²³ A. Kaufmann, „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 80, 1968, s. 34, 50 i n.; idem, *Festschrift für Welzel*, 1974, s. 393, 403, 411; D. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, s. 135 i n., s. 205 i n.; idem, w: *Alternativkommentar-StGB*, 1990, § 15 i 16, nb. 7, 107; E. Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, s. 78 i n.; Struensee, *Festschrift für Armin Kaufmann*, 1989, s. 523, 534 i n.; idem, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 102, 1990, s. 21, 49; M. Sancinetti, w: H. J. Hirsch (red.), *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, 2001, s. 169, 171.

²⁴ K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, cz. 1, wyd. 2, 1914, s. 283.

²⁵ Por. § 90a ust. 1 nr 1, § 130 ust. 1 nr 2 i § 225 ust. 1 niem.k.k.

²⁶ Na temat innych znamion dotyczących motywacji sprawcy zob. wykaz w H.-H. Jeschek, T. Weigend, op. cit., s. 472 i n.

²⁷ Tak W. Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, s. 57.

²⁸ Szerzej na ten temat H. J. Hirsch, w: *LK*, wyd. 11, przed § 32, nb. 187, z dalszymi odsyłaczkami.

czy na przeszkodzie przestrzeganiu norm stała nieświadomość sprawcy lub presje motywacyjne. To jest – jak wiadomo – inna kwestia aniżeli postawa moralna sprawcy.

W piśmiennictwie wyrażano także wątpliwości prawne wobec znamion dotyczących motywacji sprawcy w kontekście państwa prawa, przy czym wskazywano na powstałą w ten sposób swobodę sędziego przy określaniu granic karalności oraz na potencjalne niebezpieczeństwa w zakresie zasady równości wobec prawa²⁹.

Znamiona dotyczące motywacji sprawcy i elementy motywacji sprawcy nie mają więc znaczenia przy ocenie, czy spełnione zostały znamiona czynu zabronionego. Motywacja, z powodu której doszło do przestępstwa, może mieć znaczenie dopiero na etapie wymiaru kary. Odwoływanie się więc w niemieckim ustawodawstwie do elementów motywacji wydaje się przesadzone³⁰.

3. Przejdę teraz do tak zwanych abstrakcyjnych przestępstw z zagrożenia. Ekspansja tego typu przestępstw rodzi pytanie, jak dalece właściwie znamiona takiego czynu przestępczego odpowiadają jeszcze prawu karnemu czynu. Inaczej niż w przypadku przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, gdzie chodzi przecież o urzeczywistnienie konkretnej sytuacji zagrożenia dla określonego obiektu czynu, a zatem o przestępstwa skutkowe, dotyczą one działań niebezpiecznych z punktu widzenia *ex ante*³¹. Dla zaistnienia znamion przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia wystarczy abstrakcyjne niebezpieczeństwo, tzn. urzeczywistnienie stypizowanych znamion czynu zabronionego, aczkolwiek w większości przypadków jednocześnie będzie istniało też konkretne (*ex ante*) niebezpieczeństwo w momencie podjęcia zachowania.

Ostatnio przede wszystkim przedstawiciele kierunku zapoczątkowanego przez naukowców z Frankfurtu nad Menem skrytykowali rozszerzanie zakresu prawa karnego materialnego na przedpole naruszenia dobra prawnego, co wyraża się w tworzeniu coraz to nowych typów przestępstw z abstrakcyjnego narażenia³². Autorzy ci powołują się na to, że to przede wszystkim przestęp-

²⁹ Por. G. Stratenwerth, *Festschrift für v. Weber*, s. 190; *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, wyd. 4, 2000, § 8 nb. 151; H.-H. Jescheck, T. Weigend, op. cit., s. 473; także na ten temat K. Lüderssen, *Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen*, 1981, s. 42 i n., 69 i n.

³⁰ Poza skreśleniem znamienia „bezwzględnie” w dwóch miejscach niemieckiego kodeksu karnego skreślono również znamie „złosiwie”, chodzi tu o przepis § 134 oraz skreślony § 170a niem.k.k. W piśmiennictwie pojawia się pogląd ciągle jeszcze prezentowany przez W. Gallasa, „*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, 67, 1955, s. 1, 45), zgodnie z którym winy będącej podstawą odpowiedzialności za popełniony czyn należy upatrywać w zarzucalności prawnie nagannej motywacji podjętej dla dokonania konkretnego czynu. Różnica pomiędzy bezprawiem a winą jest taka, jak pomiędzy nagannym zachowaniem i naganną motywacją leżącą u podstaw danego czynu [...].”, s. 45.

³¹ Terminologicznie bardziej precyzyjne wydaje się określenie „przestępstwo abstrakcyjnego niebezpieczeństwa” (albo też „przestępstwo abstrakcyjnego ryzyka”). Należy również zauważyć, że najczęstsze przypadki danej się zakwalifikować jako tego typu przestępstwo, w praktyce były w istocie zachowaniami stwarzającymi konkretne niebezpieczeństwo, a mianowicie takimi, które z punktu widzenia *ex ante* zawierają w sobie możliwość wyrządzenia szkody danej osobie, która znalazłaby się w miejscu działania sprawcy. Bliżej na ten temat H. J. Hirsch, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, s. 545; idem, *Festschrift für Buchala*, 1994, s. 151, 155 i n. (także idem, *Strafrechtliche Probleme*, Berlin 1999, s. 623, 627 i n.); F. Zieschang, op. cit., s. 53 i n.

³² Kierunek ten prezentują przede wszystkim: K. Lüderssen, W. Hassemer, W. Nauke, Herzberg, P. A. Albrecht oraz U. Neumann. Zob. np. K. Lüderssen (red.), *Modernes Strafrecht und ultima ratio – Prinzip*, 1990; idem, „*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, t. 107, 1995, s. 877, 898 i n.; idem, *Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*, 1998. Dalsze informacje na temat „kierunku frankfurckiego”, a także polemika z jego argumentacją patrz: H. J. Hirsch, w: idem, P. Hofmański, E. Plywaczewski, C. Roxin (red.), *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht*, 1996, s. 33, 34 i n. (zob. także H. J. Hirsch, *Strafrechtliche Probleme*, s. 162, 163 i n.).

stwo naruszenia cudzego dobra, a mianowicie takie, które jest skierowane przeciwko dobrom jakiejś osoby, jest miarodajne dla prawa karnego. Wskazano także na zasadę proporcjonalności. Czy więc zasada czynu odgrywa też jakąś rolę w tej problematyce?

Mogłoby za tym przemawiać to, że chodzi tu w o wiele mniejszym stopniu o karanie „przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo” niż o prewencję. Już na wstępie podkreślono, że teorii prewencji właściwe jest dążenie do prawa sprawcy. I tak przepisy karne utworzone na przedpolu naruszenia cudzego dobra prawnego służą do tego, żeby potencjalni lub domniemani sprawcy przestępstw polegających na naruszeniu danego dobra byli wcześniej objęci reakcją prawa karnego. W przypadku domniemanego sprawcy przestępstwa naruszającego dane dobro unika się w ten sposób trudności dowodowych. Ciekawe, że Liszt, jak wykazano, przytoczył właśnie ten przypadek jako argument za koniecznością przestrzegania prawa karnego czynu.

Jednakże trudno tu wytyczyć precyzyjne granice, gdyż nie da się w sposób przekonujący zakwestionować tego, że uzasadnione jest istnienie tzw. przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, co zresztą potwierdza w całej wyrazistości prawo ruchu drogowego. Ich obecności w prawie o wykroczeniach również nie poddaje się w wątpliwość. Jednakże dyskusja dotyczy pogodzenia takiej konstrukcji z prawem karnym *sensu stricto*. Nawet krytycy muszą bowiem przyznać, że nie da się całkowicie zrezygnować z tego rodzaju kategorii przestępstw³³. Dlatego też krytykuje się jedynie jej coraz częstsze zastosowanie i powstające przez to przesunięcie akcentów wewnątrz prawa karnego *sensu stricto*. Będące na pierwszym planie kryterium rozgraniczenia jest przeciwieństwo kryterium proporcjonalności. Należy więc stwierdzić, iż właściwym obszarem zastosowania czynów „z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo” jest prawo o wykroczeniach. Jeśli takim czynem ma się zajmować prawo karne *sensu stricto*, muszą istnieć ku temu szczególne powody, które wyjaśniają, dlaczego czyn taki wykracza poza poziom wykroczenia. Te powody muszą dotyczyć specyficznej natury danego czynu, a więc dotyczyć rozmiaru zagrażającej szkody lub stopnia niebezpieczeństwa. Natomiast same ułatwienia dowodowe nie wystarczą³⁴.

Dwie grupy przypadków mogłyby się jeszcze odnosić do zasady czynu. W jednej z nich chodziłoby o – przynajmniej teoretycznie wyobrażalny – przypadek, że karalne jest takie postępowanie, w którym konkretne ryzyko naruszenia dobra w ogóle nie wchodzi jeszcze w rachubę i które nie może również być abstrakcyjnym przedmiotem zakazu karnego. Przykładem byłby przepis karny wprowadzony w celu zwalczania twórców graffiti, zabraniający posiadania przy sobie po zmroku pojemników z farbą. W takiej sytuacji nie można mówić, że zaistniał jakikolwiek czyn w sensie prawa karnego.

Bardziej znacząca jest druga grupa przypadków, dotycząca czynów jedynie abstrakcyjnie niebezpiecznych. Już wcześniej zwrócono na to uwagę, że przypadki ujęte w tak zwanych przestępstwach z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo są najczęściej zachowaniami, które wykazują już z punktu

³³ Zob. np. W. Hassemer, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1992, s. 378, 383.

³⁴ K. Lüderssen, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 107, 1995, s. 877, 901; H. J. Hirsch, (przypis 32), s. 41; F. Zieschang, op. cit., s. 367.

widzenia *ex ante* istniejące konkretne ryzyko, a zatem coś specyficznego dla czynu. Na przykład w przypadku nietrzeźwości w ruchu drogowym istnieje z reguły konkretne ryzyko, że ktoś zostanie poszkodowany (§ 316 niem.k.k.). Zgodnie z konstrukcją takich czynów zabronionych wystarczyłyby już przypadki abstrakcyjnego niebezpieczeństwa, a więc sytuacje, w których nie istnieje konkretne ryzyko, lecz chodzi o samo nieposłuszeństwo normie. Ale czy samo takie nieposłuszeństwo wystarczy z punktu widzenia prawa karnego czynu? Przeciw temu przemawia fakt, że nie istnieje tu nic, co zawiera konkretne ryzyko naruszenia dóbr innych osób. Wprost przeciwnie, można by stwierdzić, że są wartości, które ze względu na swoją wysoką rangę są przedmiotami ochrony zakazów bezwzględnych i dlatego wszelkie ich przekroczenia jawią się jako karygodne i wymagające kary. Jednakże należy podkreślić, że takie abstrakcyjne bezwzględne zakazy mają wprawdzie swoje uzasadnienie, jednak nie jest ono jednoznaczne z uzasadnieniem wprowadzenia zagrożenia karą kryminalną za ich przekroczenie. Do tego potrzeba raczej popełnienia czynu zabronionego przejawiającego się zewnątrznie przynajmniej poprzez konkretne (*ex ante*) niebezpieczne zachowanie³⁵. Jak więc widać zasada czynu ma też znaczenie również w sferze tak zwanych przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

4. Aktualny problem w związku z prawem karnym czynu przedstawia także zasada koincydencji. Jak wiadomo, regulacje dotyczące zamiaru i winy określają wyraźnie (tak art. 28 i następne pol.k.k. jak i §16 i następne niem.k.k.), że elementy te muszą występować „w momencie popełniania czynu”. Wyrażana tu zasada koincydencji jest konsekwencją zasady winy odniesionej do konkretnego czynu. W przypadku zamiaru mamy do czynienia z wolitywną stroną zachowania.

Zasada koincydencji jest ostatnio w Niemczech tematem dyskusji w związku z umyślną *actio libera in causa*. Chodzi tu o przypadek, że ktoś umyślnie wprawia się w stan niepoczytalności, aby w tym stanie umyślnie popełnić czyn zabroniony. W literaturze prezentowany jest pogląd, że instytucja ta odwołuje się do zawinienia uprzedniego, leżącego jeszcze przed bezprawiem czynu i narusza w ten sposób wymóg koincydencji wyrażony w pozytywnoprawnej regulacji niepoczytalności³⁶. Dlatego też postuluje się wprowadzenie dla takich przypadków wyjątkowych uregulowań prawnych odbiegających od zasady koincydencji³⁷.

Dominujące stanowisko traktuje tymczasem instytucję *actio libera in causa* – nieuregulowaną ustawowo – jako obowiązujące prawo. Może ono skorzystać z tzw. rozwiązania opierającego się na analizie znamion czynu zabronionego (*Tatbestandslösung*). Zgodnie z tym rozwiązaniem, chodzi o rodzaj pośredniego popełnienia czynu zabronionego, co oznacza, że co do zachowania zasady koincydencji odsyła się do konstrukcji sprawstwa pośredniego. Tak więc odnośnie

³⁵ H. J. Hirsch, (przypis 32), s. 41 i 170; F. Zieschang (op. cit.), s. 383.

³⁶ § 20 niem. k.k.

³⁷ H. U. Paeffgen, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 97, 1985, s. 513, 524; idem, w: *Nomos Kommentar. StGB*, 1995, przed § 323a nb. 28; M. Hettinger, *Die actio libera in causa*, 1988, s. 436 i n. i 447 i n.; idem, „*Goldammer's Archiv für Strafrecht*” 1989, s. 1, 19; idem, *Festschrift für Geerds*, 1995, s. 623, 637; U. Neumann, *Festschrift für Arth. Kaufmann*, 1993, s. 581, 590 i n.; idem, „*Strafverteidiger*”, 1997, s. 23, 25; Salger, Mutzbauer, „*Neue Zeitschrift für Strafrecht*” 1993, s. 561, 565, i inii.

do zachowania zasady koincydencji wskazuje się na sprawstwo pośrednie, w przypadku którego czyn bezprawny pośredniego sprawcy zaczyna się już w momencie jego działania zmierzającego do wprowadzenia się sprawcy w stan niepoczytalności³⁸. Gdyby więc niemiecki prawodawca miał stworzyć wyraźne uregulowanie dla *actio libera in causa*, taki przepis miałby zatem jedynie funkcję wyjaśniającą. Byłby więc zgodny z zasadą koincydencji.

Inaczej byłoby jednak wtedy, gdyby prawodawca nie ograniczył się do zapisania *actio libera in causa*, lecz – tak jak reguluje to art. 31 § 3 pol.k.k.³⁹ – uznałby, że niepoczytalności sprawcy nie uwzględnia się w przypadku, gdy przewidywał on lub mógł przewidzieć możliwość wprowadzenia się w stan odurzenia. To, czy w takim razie należy karać z powodu umyślnego lub nieumyślnego przestępstwa, rozstrzyga się wtedy na podstawie stanu psychicznego w momencie czynu popełnianego w stanie niepoczytalności. Kto więc nieumyślnie wprowadza się w stan niepoczytalności i w tym stanie popełnia umyślne zabójstwo, jest karany inaczej aniżeli według reguł *actio libera in causa*, to jest nie za nieumyślne zabójstwo, lecz za morderstwo lub zabójstwo umyślne. Jak pokazuje powyższy przykład, konstrukcja ta prowadzi do jawnie niesprawiedliwych skutków. Ujawniają się tutaj bowiem skutki naruszenia zasady koincydencji. Podczas gdy w przypadku *actio libera in causa* zamiar lub nieumyślność określa się na podstawie pośredniego czynu następującego w stanie poczytalności, przy drugim rozwiązaniu zawinienie wstępne zastępuje brak poczytalności w momencie czynu popełnionego w stanie odurzenia. Oceniając zachowanie sprawcy, pomija się przecież jego niepoczytalność, która faktycznie istnieje w momencie dokonywania przez niego bezpośredniego czynu w stanie odurzenia.

Jeszcze bardziej widoczne jest to u tych autorów, którzy *de lege ferenda* zawinieniu wstępnemu sprawcy nie tylko w przypadkach odurzenia, lecz także ogólnie w przypadkach zawinionej przedwstępnie niepoczytalności, konsekwentnie przyznają nadrzędne znaczenie jako okoliczności zastępującej brak winy w momencie dokonania czynu zabronionego⁴⁰. Odżegnano się tu zatem ostatecznie od prawa karnego czynu. Okazuje się zatem, że zachowanie zasady koincydencji jest również ścisłym nakazem prawa karnego czynu⁴¹.

5. Następną sferę problemów tworzy wysokość kary, szczególnie w przypadku recydywy. Kiedy w XIX w. dyskutowano o prawie karnym czynu i sprawcy, recydywa odgrywała znaczną rolę. Chodziło o to, czy da się po-

³⁸ Por. *RGSt, Reichsgericht; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 22, 413, 415; H. J. Hirsch, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” – wkładka 1981, s. 2, 9; idem, *Festschrift für Nishihara*, 1998, s. 88, 95 i n.; G. Spendel, w: *LK*, wyd. 11, § 323a nb. 36; idem, „Juristische Rundschau”, 1997, s. 133, 134 i n.; idem, *Festschrift für Hirsch*, 1999, s. 379, 381 i n.; G. Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, wyd. 2, 1991, 17/64; C. Roxin, *Festschrift für Lackner*, 1987, s. 307, 314; idem, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, wyd. 3, 1997, § 20 nb. 60; Herzberg, *Festschrift für Spendel*, 1992, s. 203, 218 i n.; Schild, w: *Alternativkommentar, StGB*, 1990, § 20 nb. 83; idem, *Festschrift für Triffterer*, 1996, s. 203, 206.

³⁹ Patrz także art. 23 ros. k.k. oraz rozdz. 2 § 15 ust. 3 k.k. bylej NRD.

⁴⁰ W szczególności J. Hruschka, „Juristenzeitung” 1996, s. 64, 69, 72.

⁴¹ W przeciwieństwie do poglądu wyrażonego w piśmiennictwie (zob. Jähnke, *Festschrift 50 Jahre BGH (Bundesgerichtshofes)*, 2000, s. 399, 405) uwzględnienie błędu co do bezprawności czynu (§ 17 zd. 2 niem.k.k., art. 30 zdanie 2 pol.k.k.) jak też sprowadzenie przez sprawcę okoliczności stanu wyższej konieczności wyłączającego winę (§ 35 ust. 1 zd. 2 niem.k.k.) nie stanowią złamania zasady koincydencji; por. też H. J. Hirsch, *Festschrift für Nishihara*, s. 92 i n.; Jrouschek, „Juristische Schulung” 2001, s. 417 i n., 424, prezentuje z kolei pogląd, iż zasada koincydencji uległa relatywizacji. To jednak nie znajduje odzwierciedlenia w prawie karnym czynu.

godzić z zasadniczym prawem karnym czynu sytuację, że przy zaistnieniu przesłanek recydywy orzekana jest kara wyższa, aniżeli odpowiadałoby to winie za czyn będący przedmiotem oceny⁴². Podkreślono już wcześniej tezę Liszta, że zasada czynu obowiązuje tylko wobec przesłanek kary, ale nie wobec samej kary⁴³. To ujęcie całkowicie opowiadające się za karą celową, nie zyskało jednak uznania. Winy wpływającej na wymiar kary nie da się bowiem oddzielić od konkretnego czynu. Jest ona wprawdzie pojęciem szerszym niż wina czynu (wina uzasadniająca karalność), ponieważ przy określaniu odpowiedniej wysokości sankcji na korzyść lub niekorzyść indywidualnego sprawcy działają także czynniki, które poprzedzają przestępstwo, towarzyszą mu i po nim następują (zob. dyrektywy wymiaru kary w art. 53 § 2 pol.k.k. i § 46 pkt 2 niem.k.k.). Wina wpływająca na wymiar kary dotyczy przecież ukarania popełnionego konkretnego czynu; uwzględnia przy tym jedynie związany z nim cały rozwój wydarzeń⁴⁴. W § 46 pkt 1 niem.k.k. wyraźnie powiedziano, że wina sprawcy jest podstawą wymiaru kary, a to oznacza w szczególności, że kara nie może przekraczać stopnia winy odnośnie do popełnionego czynu. Wysokość wymierzanej kary musi się zawierać w granicach stosownej „odplaty” za ten czyn⁴⁵. Dlatego też nie jest trafny pogląd, że dla przesłanek kary znaczenie miało jedynie prawo karne czynu, natomiast o wymiarze samej kary miałyby decydować prawo karne sprawcy. Fakt, że przy następstwach określonych prawem uwzględnia się na korzyść sprawców specjalne względy prewencyjne (na przykład warunkowe zawieszenie kary), nie oznacza sprzeczności z zasadą czynu ani też jej ograniczenia.

W przypadku recydywy oznacza to, że może być ona uwzględniana w ramach zasady czynu. Orzecznictwo uznaje uprzednią karalność, szczególnie za to samo przestępstwo, za wyjątkowo ważną okoliczność przy wymierzaniu kary wykraczającej poza granice ustawowego zagrożenia⁴⁶. W literaturze natomiast zwraca się uwagę na to, że nie chodzi o uprzednią karalność jako taką, lecz o brak jej wpływu na popełnienie aktualnego przestępstwa⁴⁷. Powrót do przestępstwa nie stanowi więc – zgodnie z obecną regulacją niemieckiego kodeksu karnego, w przeciwieństwie do art. 64 pol.k.k. – większego zagrożenia w porównaniu z ustawowym zagrożeniem za konkretny czyn. Regulacja taka, jak w polskim art. 64, przewidująca podwyższenie granic ustawowego zagrożenia, nie oznacza, że mamy do czynienia z prawem karnym czynu, lecz nadal z prawem sprawcy. W przypadku zaostrzenia granic kary nie chodzi bowiem o karanie osądzanego popełnionego czynu, lecz wyłącznie o postępowanie prewencyjne, które ma zapobiec nowym podobnym przestępstwom tego sprawcy. Temu powin-

⁴² Por. P. Bockelmann, op. cit., cz. 1, s. 11 i n.

⁴³ Szerzej na ten temat: ibidem, cz. 1, s. 101 i n.

⁴⁴ Por. także: H.-H. Jescheck, T. Weigend, op. cit., s. 886, (którzy mówią o „odplacie z uwzględnieniem potrzeb wynikających z prewencji szczególnej”); A. Schönke, H. Schröder, W. Stree, *StGB*, wyd. 26, 2001, § 46 nb. 9a (używający sformułowania „w odniesieniu do dokonanego czynu”), 9b (oraz „adekwatna kara jako sprawiedliwa odplata”).

⁴⁵ Por. *BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, tom i s. 50, 5, 12; 54, 100, 108; *BGHSt Bundesgerichtshof; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, tom 20, s. 264, 266; A. Schönke, H. Schröder, W. Stree, (przypis 4144), przed § 38 nb. 13; H.-H. Jescheck, T. Weigend, op. cit., s. 879.

⁴⁶ Por. w szczególności odwołania do orzecznictwa sądów w A. Schönke, H. Schröder, W. Stree, (przypis 4144), § 46, nb. 31 i n.

⁴⁷ Patrz także: H.-H. Jescheck, T. Weigend, op. cit., s. 892 i n.

ny jednak służyć przepisy o środkach zabezpieczających (art. 93 i następne pol.k.k. i § 61 i następne niem.k.k.), jak również prawo karne wykonawcze.

W prawie niemieckim, które w § 46 k.k. gwarantuje w zasadzie odniesienie do czynu, istnieje dzisiaj problem górnej granicy kary, która wykracza poza współmierność winy. Tak na przykład w przypadku niebezpiecznego uszkodzenia ciała (zgodnie z nowym brzmieniem § 224 niem.k.k.), które do tej pory kwalifikowano jako przestępstwo z oskarżenia prywatnego, górną granicę kary podniesiono ostatnio dwukrotnie – z pięciu do dziesięciu lat pozbawienia wolności. Wobec szerokiej możliwości interpretacji pojęcia „współmierności winy” i zauważalnej w praktyce tendencji większego zainteresowania sprawcą niż czynem, może to być zachętą do tego, aby współmierność winy przypisać również cele prewencyjne.

6. W końcu należy zauważyć pośrednie rozluźnienie prawa karnego czynu wynikającego z oportunistycznego podejścia do popełnionego czynu, które przewiduje w zamian za umorzenie wobec sprawcy postępowania karnego możliwość zapłaty przez niego pewnej kwoty pieniężnej na rzecz państwa lub instytucji użyteczności publicznej (§ 1 153a ust. 1 nr 2 niem.k.p.k.). Coraz więcej jest przypadków takiego umorzenia postępowania karnego w sytuacji, gdy nie stwierdzono nawet wystarczającego podejrzenia popełnienia przez sprawcę zarzucanego mu czynu, a postępowanie przygotowawcze nie dało podstaw do wniesienia aktu oskarżenia. Chodzi o przypadki, w których sytuacja dowodowa jest trudna albo stan prawny jest wątpliwy. Podejrzanego stawia się przed alternatywą, że albo dochodzenie będzie prowadzone dalej i być może dojdzie do oskarżenia, albo postępowanie zostanie umorzone za zapłatą, często wysokiej, sumy pieniężnej. Ten, kto może wnieść wymaganą sumę, decyduje się z reguły na zapłatę, aby możliwie szybko uniknąć dalszej konfrontacji z organami ścigania. Znamienny przykład z ostatniego czasu stanowi umorzenie postępowania prowadzonego przeciwko byłemu kanclerzowi Kohlowi w sprawie rzekomych nadużyć finansowych na szkodę jego partii w zamian za zapłatę 300 000 marek⁴⁸.

Z tego względu, że wpłata pieniężna ma charakter sankcji, a mianowicie przedstawia dolegliwość karną wobec danej osoby, przy czym popełnione przez tę osobę przestępstwo nie zostało wystarczająco wyjaśnione, nie może tu już być mowy o prawie czynu i wynikającym z tego prawie karnym opartym na winie. Nie chodzi tu przecież o reakcję karnoprawną na popełniony czyn, lecz o sankcję wyrażoną w danej sumie, skierowaną jedynie przeciwko prawdopodobnemu sprawcy. Na wysokość tej sankcji decydujący wpływ mają ponadto: wrażenie osobiste, jakie sprawia dana osoba, i jej gotowość do współpracy – a więc czynniki czysto personalne.

W tym kontekście jest również interesujące, że rozprzestrzeniająca się obecnie także w kontynentalno-europejskim prawie karnym praktyka porozu-

⁴⁸ Sąd Krajowy w Bonn uzasadnił swoją zgodę na takie umorzenie przez prokuraturę postępowania przygotowawczego związane z jednoczesną zapłatą powyższej sumy tym, że otwarcie przewodu sądowego jawiło się jako wątpliwe, por. „Neue Juristische Wochenschrift” 2001, s. 1736. Wprawdzie w komentarzu do niemieckiego kodeksu postępowania karnego (T. Kleinknecht, Meyer-Großner, *Strafprozessordnung (StPO)*, wyd. 45, 2001, § 153a nb. 7) wyrażono pogląd, iż w takim przypadku musi istnieć wystarczające podejrzenie popełnienia czynu zabronionego, gdyż jedynie wtedy można na podejrzanego nałożyć określone obowiązki, to jednak w rzeczywistości postępowanie karne zakończone takim umorzeniem nie osiąga tego etapu, w którym możliwe jest już wniesienie aktu oskarżenia do sądu.

mień pomiędzy stronami postępowania karnego wzbudziła wątpliwości, czy prawo karne czynu nadal jest przestrzegane. I tak włoski karnista Moccia uważa: „Praktyka porozumienia prowadzi do mnożenia się różnorodnych sytuacji, które nawiązują jedynie do sposobu bycia sprawcy, a nie do empirycznie sprawdzalnego sposobu jego zachowania i tym samym powodują przejście od prawa karnego czynu do prawa sprawcy⁴⁹”.

III. Nadszedł czas, aby nauka – tam gdzie to jest konieczne – przypominała o prawie karnym czynu i wyznaczanych przez niego granicach. Grozi bowiem taka sytuacja, że w prawie karnym zaczną dominować względy prewencji i ekonomii postępowania. Ani prawodawca, ani wymiar sprawiedliwości nie mają przecież przywileju dowolnego dysponowania podstawowymi zasadami prawa karnego. Nie mogą również uchodzić za naukowe wypowiedzi tu i ówdzie padające ze strony teoretyków stwierdzenia, jakoby pojedyncze odejście od podstawowych zasad było nieuniknione i nieszkodliwe. W tej sytuacji wyjątki wcale nie potwierdzają reguły, lecz powodują sprzeczności. A przecież właśnie zadaniem nauki jest wskazywanie prawodawcy i wymiarowi sprawiedliwości negatywnych tendencji pojawiających się w prawie karnym*.

*Prof. dr dr h.c. mult. Hans Joachim Hirsch
jest doktorem honoris causa
Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu
oraz członkiem Honorowego Komitetu
Wydziału Prawa i Administracji UAM.*

IS THE PRINCIPLE OF THE DEED OF CRIME (ACTUS REUS) BEING THE MAIN PRINCIPLE UNDERLYING CRIMINAL LAW ADEQUATELY OBEYED?

S u m m a r y

One of the key principles of contemporary criminal law is the principle that criminal law is the “law of actus reus” (“deed of crime”). The main thesis of the paper is a statement that there is no reason to change that. As various forms of special crime prevention and their significance have been recently expanding, both in theory and practice, “the perpetrator’s criminal law” becomes of essential importance too. The fact that criminal law has always been the law dealing with actus reus (a deed of crime) is connected with the historical concept of repayment for damages. The penal suffering, or punishment inflicted, may be a re-payment for the deed of crime, but not for the identification of the perpetrator or placing the perpetrator in a certain category of perpetrators. Accordingly, the concept of mens rea (guilty mind) relates to actus reus (the deed of crime). The law of actus reus constitutes a certain bastion safeguarding against abuses on the part of the state, and therefore it is indirectly included in many constitutions through a requirement that a deed of crime must be defined, and through the principle of guilty mind as it arises from the principle of the state of law.

The author asks whether the principle of a deed of crime (actus reus) is always adhered to by the German legislator. Consequently, the following are analysed: 1) the institution of an ineffective attempt, 2) a crime as an abstract exposure to danger of a legal good, 3) statutory attributes determining motivation to commit a forbidden act, 4) the so called principle of concurrence, or time coincidence in relation to the intention and guilt, 5) sentencing, particularly in case of persistent offenders, 6) discontinuance of criminal proceedings arising from the opportunistic principle. The criticised solutions of the German law are being compared with selected provisions of the Polish criminal code.

⁴⁹ S. Moccia, w: H. J. Hirsch (red.), *Krise des Strafrechts...*, s. 293, 298.

* Z języka niemieckiego przełożył mgr Jarosław Dudzicz.