

Olga Sitarz ■

## CZYNNY ŻAL JAKO INSTRUMENT POLITYKI KRYMINALNEJ I KARNEJ

Przedmiotem analizy jest instytucja określana w prawie karnym jako czynny żal oraz inne podobne regulacje prawa karnego, które przez naukowców nazywane bywają czynnym żalem w szerokim znaczeniu lub quasi-czynnym żalem. Interesuje mnie zatem zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa jako okoliczność mająca wpływ na byt i zakres jego odpowiedzialności karnej w kontekście polityki kryminalnej i karnej (własna modyfikacja odpowiedzialności karnej).

Z uwagi na fakt, że czynny żal jest instytucją prawa karnego, daleko oddziałującą na ostateczny kształt odpowiedzialności karnej, zacząć wypada – jak się wydaje – od funkcji prawa karnego, które (w uproszczeniu) można odnieść do funkcji i teorii kary. Według J. Utraty-Mileckiego, teoria kary powinna stać się przedpolem poszukiwań najskuteczniejszych metod i środków zapobiegania przestępczości, co jest głównym zadaniem polityki kryminalnej<sup>1</sup>. I chociaż W. Wolter już w 1934 r. pisał: „Ongiś bardzo wielkie znaczenie teoryj karnych, które wysuwały się na czoło zagadnień prawa karnego, zmalało z postępem czasu”<sup>2</sup>, chyba coraz częściej znowu do podstaw filozoficznych sięgamy. Warto jednak pamiętać, że kara jako byt rzeczywisty jest pierwotna w stosunku do różnych teorii zajmujących się karą, do penologii i, wreszcie, do samego prawa karnego<sup>3</sup>. Przedstawione – z konieczności w dużym skrócie – poniżej teorie, nie zostaną

<sup>1</sup> J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006, s. 45.

<sup>2</sup> W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, Kraków 1934, s. 25; cyt. za: J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007, s. 84.

<sup>3</sup> W. Wolter, s. 3 za: J. Warylewski, s. 16.

poddane krytyce (czy analizie), mają bowiem być jedynie punktem wyjścia, do poszukiwań miejsca dla czynnego żalu w ramach polityki kryminalnej.

Nie ma wątpliwości, że w dzisiejszej nauce wspomina się przede wszystkim o trzech podstawowych funkcjach: sprawiedliwościowej, ochronnej i kompensacyjnej<sup>4</sup>. Kara ma być zatem odwetem, środkiem prewencji lub możliwością wyrównania szkody; każdym z osobna bądź też wszystkim pospołu.

Zwolennicy odwetu, z perspektywy retrospektywnej, podkreślają, iż kara (prawo karne) nie wymagają żadnego odrębnego uzasadnienia. Dolegliwość związana z karą jest wystarczającym argumentem. Kara ma być odwetem, odpłatą, ma przywracać równowagę w społeczeństwie, zachwianą popełnieniem przestępstwa. Za nieludzką należy uznać karę, która miałaby do spełnienia jakiegoś celu (zadania). Człowiek, którego ukaranie miałoby powstrzymać innych przed popełnieniem przestępstwa, stałby się przedmiotem, narzędziem w rękach wymiaru sprawiedliwości. Niemoralnym byłoby również dokonywanie eksperymentów medycznych na skazanym, któremu wymierzono karę śmierci. Nawiązując zaś do praw człowieka, neguje się funkcję wychowawczą kary, albowiem godność każdego człowieka i jego prawo do samostanowienia nie dają się pogodzić z resocjalizacją prowadzoną wbrew woli skazanego. Według Hegla, wychowywanie poprzez karanie może być tolerowane w odniesieniu do zwierząt i małych dzieci. Prawem zaś dorosłego człowieka jest ponoszenie odpowiedzialności za swe czyny. Retributywizm, współczesna wersja teorii absolutnych sprawiedliwościowych, domaga się kary proporcjonalnej do wagi czynu, podkreślając przede wszystkim elementy przedmiotowe przestępstwa. Wg J. Kochanowskiego i jego 10 zasad odpowiedzialności karnej<sup>5</sup>, „Gwarancją zarówno godności, jak też wolności sprawcy jest proporcjonalność kary do wagi skutku i ciężaru przestępstwa, która może być przekroczona jedynie pod warunkiem szczególnego zawinienia, w przypadku wielokrotnego lub powrotnego sprawcy oraz nagminności popełnionego przestępstwa” (zasada 7), natomiast „Sprawiedliwy wymiar kary ma pierwszeństwo przed jej celami utylitarnymi, a cele społeczne przed tymi, jakie ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego” (zasada 9).

Ze względu na dalsze rozważania, konieczne jest również przywołanie pewnych wątpliwości wyrażonych przez B. Janiszewskiego. Twierdził on bowiem,

<sup>4</sup> Jak zauważa B. Janiszewski, że wyróżnianych trzech modeli-paradygmatów reakcji na przestępczość (nieco inaczej przez Autora określonych) nie należy postrzegać jako zakresowo rozłącznych – mają one bowiem liczne związki i obecnie wskazują charakter wzajemnie uzupełniający – B. Janiszewski, *Naprawienie szkody a cele wymiaru kary*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 2/2002, s. 50.

<sup>5</sup> J. Kochanowski, *10 zasad odpowiedzialności karnej* [w:] *Ius et lex*, Nr 1/2006, s. 195.

że „dokładne prześledzenie podręcznikowych definicji kary prowadzi do wniosku, iż nie jest jasno stawiana fundamentalna kwestia, rodząca lawinę konsekwencji, a mianowicie, czy reakcja prawnokarna stanowi potępienie czynu, czy też osoby sprawcy”<sup>6</sup>.

Względne, relatywne teorie kary, zwane również prewencyjnymi, utylitarnymi, czy też prospektywnymi przypisują karze pewne właściwości, które pozwalają oczekiwać od kary określonych korzyści. Tą korzyścią ma być zapobieganie przestępczości. To zapobieganie, czy to na płaszczyźnie prewencji ogólnej, czy też szczególnej, polegać może na odstraszeniu – mówimy wtedy o funkcji represyjnej, izolowaniu – funkcja izolacyjna, eliminacyjna, czy też wychowywaniu – funkcja wychowawcza, resocjalizacyjna. Kara w tych ujęciach jest bodźcem lub narzędziem/środkiem zapobiegającym przestępczości.

Odrębnie należy wskazać ekonomiczne teorie kary<sup>7</sup>, według których każdy człowiek dokonuje racjonalnych wyborów i optymalizuje swoje zachowanie tak, aby maksymalizować swoje zyski. Jeśli zatem koszty popełnienia przestępstwa wydadają się mniejsze niż zyski możliwe do osiągnięcia na skutek jego popełnienia, to człowiek decyduje się na to, by przestępstwo popełnić. Ekonomiczne podejście do całego prawa karnego to już o wiele szersze zagadnienie, wiąże się bowiem z problemem wyliczania kosztów przestępczości, prewencji, wykonywania kar oraz całego systemu wymiaru sprawiedliwości.

Do kontestatorskich teorii kary zaliczana jest również tzw. sprawiedliwość naprawcza, kompensacyjna, która – zdaniem niektórych – kwestionując samo *ius puniendi*, rozwiązanie konfliktu powierza stronom w drodze mediacji, zastępującej karę. Jednak, czy polski model mediacji i jej miejsce w systemie prawa procesowego (alternatywa, ale nierozłączna) nie czyni z mediacji *sui generis* czynnego żalu?

Nie ma natomiast – *de facto* – znaczenia dla niniejszych rozważań ewentualny determinizm, jako że generalnie wyklucza on możliwość karania i tym samym prawo karne w ogóle, a czynny żal (z założenia dobrowolny) – w szczególności. Koncepcje penologiczne włoskiej szkoły pozytywnej, a później kierunku obrony społecznej sprowadzają się właściwie do środków zabezpieczających, gdzie dla dobra ogółu poświęca się jednostkę.

Równocześnie, nie ma wątpliwości, że obecnie coraz trudniej spotkać zwolenników czystej, jednokierunkowej teorii. Pojawiły się zatem mieszane (eklektyczne) teorie kary, w których kwestią zasadniczą jest rozłożenie akcentów i wskazanie tych elementów kary (i jej funkcji), które wytyczają abstrakcyjną granicę

<sup>6</sup> B. Janiszewski, op. cit., s. 14.

<sup>7</sup> Garry S. Becker, *Crime and Punishment: an Economic approach*, 1968.

kary. Już na początku XX w., E. Krzymuski wymieniał dwa typy teorii mieszanych: 1) teorie sprawiedliwości bezwzględnej w granicach względów utylitarnych i 2) teorie względów utylitarnych w granicach sprawiedliwości bezwzględnej<sup>8</sup>.

I chociaż M. Cieślak twierdził, iż podstawowe założenia współczesnego prawa karnego uzasadniać mogą tylko karę celową, to jednak wyróżnia on takie cztery cele, które sytuują go – w moim przekonaniu – wśród zwolenników teorii mieszanych. Wskazywał on bowiem, iż celem kary (w takim właśnie porządku) jest: 1) zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości, 2) zapobieganie przestępstwom poprzez prewencję generalną i specjalną, 3) wychowanie sprawcy, 4) naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem<sup>9</sup>.

Obawiam, się że banalnie brzmi pytanie, czy w ogóle jest możliwa jedna, ogólna (nawet eklektyczna) teoria kary? Na ile możemy szukać odpowiedzi w kryminologii (i naukach pokrewnych), która zajmuje się etiologią przestępczości i typologią sprawców? Czy można stworzyć jeden model kary dla przestępców, których można poprawić, dla tych, którzy poprawy nie potrzebują i wreszcie dla tych, którzy do tej poprawy są niezdolni (według XIX-wiecznej nomenklatury)? Czy należy kierować się tymi samymi celami, wymierzając karę przestępcy typu pasywniczego, nihilistycznego, nieostrożnego, elitarnego, działającego z odurzenia, psychopatycznego i in. (fragment typologii przestępców zaproponowanej przez L. Lernella). A może wręcz przeciwnie, zasada równości i sprawiedliwości społecznej wymaga równego traktowania sprawców takich samych czynów, niezależnie od np. funkcji wychowawczej, zgodnie z którą w danym przypadku, kary powinny być różne?

Jak słusznie zauważa J. Warylewski, teorie kary znajdują swoje odbicie w judykaturze i mają też wpływ na kształt aktualnej polityki karnej. Analiza orzeczeń SN dotyczących wymiaru kary pozwala na wskazanie pewnych prawidłowości w tym zakresie. SN uznaje, że kodeks nie dekretuje tylko jednego nadrzędnego lub wyłącznego celu stawianego karze. Przykładowo, w wyroku z 12.03.1970 r. SN wskazał dwoisty, represyjno-wychowawczy charakter kary. W innym (z 8.06.1971 r.) wypowiedział się na temat resocjalizacji oraz prewencji generalnej. W kolejnych wyrokach jest mowa o zaspokajaniu poczucia sprawiedliwości społecznej, czy też o konieczności zachowania proporcji między celem ogólnym a szczególnoprewencyjnym. Zwieńczeniem niech stanie się pogląd SN, wyrażony w 1985 r., zgodnie z którym „Kara będąca wyłącznie równo-

<sup>8</sup> E. Krzymuski, *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*, Kraków 1921, s. 6 za: J. Warylewski, op. cit., s. 61.

<sup>9</sup> M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo”, 2/1969, s. 204.

ważnikiem ujemnej treści przestępstwa, byłaby niczym innym jak tylko odwetem. Tymczasem spełnia ona określone funkcje utylitarne i znajduje swój wyraz w indywidualnym oraz społecznym oddziaływaniu”<sup>10</sup>.

Do mieszanych teorii kary nawiązuje też obecny kodeks karny. Jak czytamy w Uzasadnieniu „nowy kodeks uwzględnił cele wychowawcze kary, mimo że w niektórych ustawodawstwach odrzucono ideę resocjalizacji sprawcy, podważając jej efektywność, przypisując jej kolizję z zasadą równości, a nawet kwestionując prawo państwa do resocjalizacji sprawców, którzy sobie tego nie życzą. Zarzuty o nieefektywność mogą jednak dotyczyć wykonywania kar w warunkach odbiegających znacznie od zaleceń pedagogiki więziennej oraz kar surowych. Szeroko pojęte cele resocjalizacji mogą jednak być osiągnięte nie tylko przez kary pozbawienia wolności orzekane w granicach winy, lecz przede wszystkim przez stosowanie innych kar lub środków karnych, zwłaszcza zaś środków probacyjnych. Dopuszcza się też uwzględnianie przy wymiarze kary zapobiegawczych celów indywidualnoprewencyjnych, które mogą polegać np. na izolacji niebezpiecznego sprawcy bez szans na jego resocjalizację, jednakże w granicach jego winy, a także na orzekaniu krótkoterminowych kar pozbawienia wolności albo środków karnych, np. zakazu, obowiązku naprawienia szkody, z motywacją udzielenia sprawcy w ten sposób ostrzeżenia, że za popełnienie przestępstwa ponosi się odpowiedzialność karną. Odrzuca się cele ogólnoprewencyjne, polegające na odstraszeniu społeczeństwa (prewencja generalna negatywna), zastępowaniu niepowodzeń w wykrywalności przestępstw surowością karania, które nie dadzą się pogodzić z zasadą godności człowieka. Natomiast przyjmuje się, że celem kary jest także kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa przez stosowanie kar, których funkcja polega na informowaniu go o normach sankcjonowanych oraz o karach grożących za ich złamanie, co spełnia też funkcję potwierdzenia obowiązywania tych norm. Istotnym warunkiem kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa jest wysoki stopień wykrywalności przestępstw, nieuchronność ponoszenia odpowiedzialności, orzekanie kar (środków) odbieranych jako reakcja sprawiedliwa, nie przekraczająca stopni winy sprawcy. Takie kary prowadzą do akceptacji przez członków społeczeństwa poszczególnych norm i systemu prawa, w konsekwencji do stabilizacji porządku prawnego (prewencja ogólna integrująca, pozytywna). Dolną granicę konkretnej kary wyznaczają w zasadzie owe potrzeby stabilizacji, górną natomiast wyznacza (limituje) zasada winy. W tych granicach sąd może wymierzać karę według potrzeb prewencji indywidualnej”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> J. Warylewski, op. cit., s. 75 i przytoczone tam orzecznictwo.

<sup>11</sup> Uzasadnienie, s. 152–153.

Na zakończenie powołać jeszcze wypada art. 31.3 Konstytucji<sup>12</sup> i zasadę stosunkowości (proporcjonalności). Jak bowiem zauważa K. Wojtyczek, z zasady proporcjonalności (*sensu largo*) nie można wyprowadzić wymogu, aby surowość kar ustanowionych przez ustawodawcę była proporcjonalna do wagi dobra chronionego. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* nakazuje jedynie zachowanie odpowiedniej proporcji między efektem regulacji a ciężarem nakładanym na jednostkę. Wyznacza ona maksymalną dopuszczalną granicę intensywności ingerencji prawno karnej. Z kolei zasada konieczności nakazuje ustalenie wysokości kary na minimalnym poziomie, który pozwala zapewnić skuteczną ochronę danego dobra. W konsekwencji kary, które dopuszcza zasada proporcjonalności, nie zawsze muszą być proporcjonalne do wagi chronionych dóbr<sup>13</sup>. W tym miejscu nieodparcie przychodzi na myśl stanowisko C. Beccarii, który pisał: „Dla osiągnięcia celów kary wystarcza, by zło (dolegliwość), jakie ona za sobą pociąga, przewyższało korzyści osiągane przez popełnienie przestępstwa, a ta przewaga zła powinna obejmować i nieuchronność kary, i utratę dobra, które uzyskano by wskutek popełnienia przestępstwa. Wszystko, co jest ponad to, jest tedy zbędne, więc jest aktem tyranii”<sup>14</sup>.

Można wreszcie zapytać, czy wspomniane teorie i funkcje odnoszą się (wyłącznie) do kary, czy do (całego) prawa karnego. Kara niewątpliwie jest narzędziem (zasadniczym) prawa karnego i jej atrybuty, cele oraz funkcje rzutują na prawo karne. Rodzi się jednak pytanie, czy założone, akceptowane cele/funkcje można osiągnąć bez wymierzenia kary.

Przedstawić zatem wypada sytuacje, gdzie ustawodawca nakazuje lub umożliwia zaniechania karania, mimo, że czyn – społecznie szkodliwy w stopniu większym niż znikomy – został popełniony, a wina przypisana. Dotyczy to zachowania sprawcy po popełnieniu czynu zabronionego, gdy on: **(1) odstąpił od *iter delecti* i/lub (2) zapobiegł skutkowi, (3) naprawił szkodę czy też (4) podjął współpracę z organami ścigania.** I chociaż w doktrynie toczą się spory, co do nazewnictwa tych instytucji, przyjmijmy – na użytek tego artykułu – iż określać je będziemy jako czynny żal (*sensu largo*). Dwie pierwsze tyczą zachowania sprzed dokonania czynu zabronionego, dwie pozostałe zasadniczo mają miejsce po dokonaniu czynu.

<sup>12</sup> „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, oraz wolności i praw innych osób. Ograniczenie te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

<sup>13</sup> K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 2/33/1999.

<sup>14</sup> C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 139–140.



W swojej monografii Danuta Gajdus<sup>15</sup> obszernie przedstawiła **teoretyczne uzasadnienia** czynnego żalu przed dokonaniem przestępstwa na płaszczyźnie dogmatycznej. Wspomnijmy tylko o kilku. Teoria niezdatności moralnej ekspozuje słabość zamiaru sprawcy usiłowania, natomiast teoria anulacyjna podkreśla, że anulowanie jednej z dwóch przesłanek karalności usiłowania – zamiaru naruszenia prawa (przy czym drugą jest zachowanie sprawcy zmierzające do dokonania) przekreśla uzasadnienie jakiegokolwiek kary. Jeden z jej zwolenników uzasadnienie bezkarności wywodził z bezwzględnych teorii kary: „Przyjmując, że przestępstwo jest negacją prawa, a kara negacją pogwałcenia sprawiedliwości, dowodził, że działalność przestępcza jest anulowana przez dobrowolne przeszkodzeniu naruszenia prawa”. W Polsce pojawiła się (dość odosobniona) teoria społecznie niebezpiecznego czynu M. Cieślaka, w myśl której zapobieżenie skutkowi modyfikuje ocenę stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu (czy jak powiedzielibyśmy dzisiaj: społecznej szkodliwości czynu). W tym miejscu autorka monografii zauważa, że teoria ta być może słuszna, gdy czynny żal przybiera postać odstąpienia od usiłowania, zawodzi, gdy czynny żal przybiera postać naprawienia szkody. I trudno się z tym nie zgodzić, ale podobny zarzut można – w moim przekonaniu – postawić i wcześniej prezentowanym poglądom. Nieco trudniej bowiem radzi sobie dogmatyka z racjonalizacją czynnego żalu po dokonaniu przestępstwa. Według teorii premii (prawa nagradzania) J. Benthama, prawo winno naśladować religię i etykę, które obok kary przewidują też nagrody i taką nagrodą może być zmniejszenie lub darowanie kary. Według kolejnej teorii (wyrównania szkody), naprawienie szkody jest *sui generis* karą. Teoria ta zakłada, że okazanie czynnego żalu po dokonaniu przestępstwa niweluje podstawy (legitymację) do stosowania sankcji, ponieważ szkoda została już naprawiona, a zatem przywrócone zostało dobro chronione prawem, które sprawca uprzednio naruszył. Ostatnia z przedstawianych teorii zwana jest teorią przerwania stanu antyprawnego. Sprawca po popełnieniu przestępstwa ma – według A. D. Tolomei – alternatywę zachowania: albo pozostać w stanie antyprawnym, albo cofnąć się z drogi przestępczej. Przy niektórych przestępstwach (formalnych) żadne zachowanie nie zmieni już faktu, że przestępstwo zostało dokonane, ale nawet przy tych przestępstwach można sobie wyobrazić dwa różne sposoby zachowania sprawcy. Ustawodawca taką możliwość przewiduje i łączy z tymi zachowaniami różną ocenę prawną, bowiem prawu nie jest obojętne, czy sprawca trwa w stanie bezprawnym, czy też przerwie ten stan.

Przedstawione powyżej teorie, pomimo dogmatycznych założeń, niejednokrotnie nawiązują jednak *de facto* do **politycznokryminalnego** uzasadnienia

<sup>15</sup> D. Gajdus, *Czynny żal w polskim prawie karnym*, Toruń 1984, s. 30–43.

czynnego żalu. I chociaż D. Gajdus jest skłonna przypisywać temu ostatniemu rolę uzupełniającą, to chyba jednak względy polityki kryminalnej stanowiły pierwotną i zasadniczą racjonalizację tych klauzul bezkarności (lub zmniejszenia karalności). Ten sposób uzasadnienia pojawia się już u C. Becarii, który widział w czynnym żalu możliwość zapobiegania poważnym przestępstwom. Z kolei A. Feuerbach pisał, iż „Nieszczęśnik, który wie, że żal mu nic nie da, zakończy przestępstwo nie mając nic do stracenia. Przesłanka bezkarności służy więc wzmocnieniu kontrstymulatorów do popełnienia przestępstwa”. F. v. Liszt możliwość cofnięcia się z drogi przestępstwa nazwał „złotym mostem”. Korzyść społeczną w postaci braku przestępstwa podkreślali i podkreślają zgodnie (prawie: oprócz M. Szerera i A. Spottowskiego) również polscy karniści. D. Gajdus uważa, że czynny żal może stać się – wobec coraz szerszego obszaru funkcjonowania – politycznokryminalną korekturą sprawiedliwościową.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że o ile teorie dogmatyczne nawiązują do funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego, o tyle teorie politycznokryminalne, siłą rzeczy, swe uzasadnienie czerpią z funkcji prewencyjnej prawa karnego. Zauważyć można też pewną regułę, że o ile stosunkowo łatwo uzasadnić czynny żal polegający na odstąpieniu od dokonania ze stanowiska dogmatycznego-sprawiedliwościowego, o tyle trudniej przychodzi dokonać takiego zabiegu odnośnie czynnego żalu polegającego na naprawieniu szkody. Tutaj przede wszystkim w grę wchodzi opłacalność społeczna. Natomiast niewiele mówi się (a w zasadzie mówiło się) o racjonalizacji czynnego żalu w czwartej postaci – podjęcie współpracy z organami ścigania. Jest to zasadniczo najbardziej wątpliwa instytucja. Swoje zastrzeżenia wyrażał już C. Beccaria, pisząc, że treścią/istotą takiego zachowania jest zdrada, „którą gardzą nawet złoczyńcy. W dodatku sąd ujawnia tu swą własną niepewność i niemoc, które zwraca się o pomoc do tego, kto je obraża”<sup>16</sup>. Również D. Gajdus w rozwiązaniach służących w walce z terroryzmem widzi jedynie podejście instrumentalne, choć – jak pokazują doświadczenia włoskie – skuteczne<sup>17</sup>. Wszyscy wiemy też, jakie wątpliwości natury etycznej budzi instytucja świadka koronnego.

A na pytanie, czy prawo karne może realizować swoje funkcje bez wymierzania kary, zasadniczo – w moim przekonaniu – należy odpowiedzieć twierdząco.

<sup>16</sup> C. Beccaria, op. cit, s. 192.

<sup>17</sup> D. Gajdus, op. cit, s. 21–22. W roku 1980 na 72 terrorystów członków „Czerwonych Brygad”, 33 osoby ujawniły fakt przynależności do organizacji oraz istotne okoliczności dotyczące popełnionych w jej ramach przestępstw. Na 100 oskarżonych należących do „Pierwszej Linii” aż 52 dobrowolnie odstąpiło od organizacji, współpracując z siłami porządku we Włoszech.



Trzeba bowiem sobie uświadomić, iż brak kary nie oznacza bezkarności. Bezkarny (wg definicji słownikowej) to taki, któremu przewinienia uchodzą bez kary, „uchodzą”, czyli chciałoby się powiedzieć: wbrew woli ustawodawcy, wbrew woli organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Bezkarny pozostaje sprawca niewykryty lub ten, wobec którego nie zebrano dostatecznie wiarygodnych (mocnych) dowodów. Natomiast brak kary tam, gdzie kara może być wymierzona, ale prawną decyzją została zaniechana, staje się silnym bodźcem służącym do osiągnięcia określonych celów. Decyzja, nawet ta najdalej idąca: sądu – o odstąpieniu od wymierzenia kary lub ustawodawcy – o niepodleganiu karze, jest manifestacją działania prawa i wymiaru sprawiedliwości. Prokuratura lub sąd badają, czy zostały spełnione przesłanki czynnego żalu, czasem – gdy czynny żal jest fakultatywny – podejmuje decyzje o jego zastosowaniu. Zatem pewne funkcje może pełnić już sam proces karny, wydanie orzeczenia, a przede wszystkim samo ujawnienie przestępstwa i jego sprawcy. Już Bentham zauważył, że oczekiwanie kary, przeżywanie strachu przed nią jest częścią kary-cierpienia. Wydaje mi się, że konsekwencje własnoręcznej modyfikacji nie tyle zatem wyłączają obszary z zakresu pola działania prawa karnego, ale wręcz przeciwnie – wzbogacają je. Katalog instrumentów, którymi prawo karne oddziałuje na sprawcę, zostaje poszerzony. A politykę kryminalną i karną kształtuje nawet klauzula „niepodlegania karze”.

I chyba tylko jednej funkcji prawa karnego nie da się pogodzić z czynnym żalem – funkcji represyjnej, odstraszałającej. Przy takim ujęciu celów prawa karnego, dobrodziejstwa związane z czynnym żalem są *de facto* demoralizujące. Jedyнным bowiem narzędziem i argumentem zapewniającym ład społeczny, którym dysponuje państwo i prawo, jest kara i to kara surowa, jej brak (lub złagodzenie) powoduje – w myśl koncepcji funkcji prewencyjnej – bezradność.

W doktrynie wyróżnia się 5 funkcji, które czynny żal pełni. I choć nie ze wszystkim się zgadzam, o wszystkich słów kilka trzeba powiedzieć.

Jako najważniejsza i priorytetowa pojawia się funkcja prewencyjna. Czynny żal w pierwszej i czwartej postaci (odstąpienie od pochodzenia przestępstwa oraz podjęcie współpracy z organami ścigania) zapewnia – co do zasady – nienaruszalność określonego dobra prawnego, co jest zasadniczym celem prawa karnego i polityki kryminalnej. Można się jedynie zastanawiać, na ile skuteczne są te mechanizmy prewencyjne. We Włoszech, rok 1980 nazwany został rokiem „żałujących terrorystów”. Równocześnie znikoma liczba orzeczeń w Polsce w tym zakresie nie nastraja optymistycznie. Badania orzecznictwa zachodnioniemieckiego, NRD, Szwajcarii i Austrii przeprowadzone (w latach 80.) przez K. Ullsenheimera wskazują, że przywilej bezkarności nie skłania do odstąpienia od usiłowania<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> A. Spotowski, *Odstąpienie od usiłowania*, „Państwo i Prawo”, 1980, s. 88.

D. Gajdus reprezentuje pogląd, iż z istoty czynnego żalu, zwłaszcza jego podmiotowych komponentów wynika, że czynny żal spełnia funkcje wychowawcze. Kształtuje on bowiem ludzkie postawy w kierunku zachowań poprawnych nie tylko w ramach motywacji interesownej, ale także bezinteresownej. Równocześnie autorka zauważa, że trudno jest mówić o wychowawczym oddziaływaniu tam, gdzie ustawodawca oprócz zaniechania wymaga denuncjacji, a więc czynu samego w sobie nagannego lub co najmniej dwuznacznego. I w tym miejscu trudno mi się z Autorką zgodzić. W moim przekonaniu, czynny żal realizuje raczej cel doraźny, a nie długofalowy cel wychowawczy. Śmiem wątpić, czy czynny żal samowychowuje sprawcę, rodzi w nim dylematy moralne, trwale modeluje postawę. Mam wrażenie, że przejawiony przez sprawcę czynny żal jest efektem tych wszystkich procesów, a nie przyczyną. A stawiając sprawę w sposób bardziej kategoryczny, należy zapytać, czy czynny żal wychowuje czy demoralizuje (sprawca może wyrobić sobie przekonanie, że w razie niepowodzenia-wykrycia, naprawi szkodę i nic mu nie grozi). Zatem jednorazowe oddziaływanie na sprawcę (uzasadniane funkcją ochronną) odbywa się – *de facto* – **kosztem funkcji wychowawczej**. Równocześnie, można nawet przewrotnie powiedzieć, iż dopiero wykazany czynny żal (nie sprowokowany), jak rzadko, ułatwia/umożliwia odróżnienie przestępców niepoprawnych i tych, którzy nadają się do poprawy, od tych, którzy poprawy nie wymagają. Odrębną (i bardzo obszerną m.in. ze względów historycznych i kulturowych) kwestią jest ocena naganności denuncjacji.

Nie budzi natomiast wątpliwości funkcja kompensacyjna czynnego żalu, zwłaszcza w trzeciej jego postaci – naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Bez wątplenia dobrowolne naprawienie szkody przyspiesza, a czasem wręcz w ogóle umożliwia restytucję naruszonego dobra. Znaczenie funkcji kompensacyjnej prawa karnego stale rośnie, co zostało podkreślone również w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego z 1997 r., powołującego się na deklarację ONZ z 1985 r., oraz europejską konwencję z 1988 r. o restytucji i kompensacji dla ofiar przestępstw. Można chyba zaryzykować twierdzenie, że czynny żal jest/mógłby się stać głównym narzędziem (obok obowiązku naprawienia szkody) realizowania omawianej funkcji<sup>19</sup>. Wątpliwości jednak rodzi ocena takiego rozwiązania w świetle zasady równości wobec prawa, bowiem bogaty unika kary, a biedny (z powodu ubóstwa) – nie. Szczególnym natomiast rodzajem, już chyba nawet nie czynnego żalu,

<sup>19</sup> Badania empiryczne prowadzone w wielu krajach wykazały, iż społeczeństwo, gdy chodzi o mniej ciężkie przestępstwa, uznaje skuteczne i wyęczone zabiegi sprawcy wokół naprawienia szkody za jedyną i wystarczającą sankcję – por. B. Janiszewski, Naprawienie szkody a cele wymiaru kary, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 2/2002, s. 51, Z. Gostyński, Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym, Zakamycze 1999, s. 55.

a właśnie własnoręcznej prawnej modyfikacji odpowiedzialności karnej o charakterze kompensacyjnym jest mediacja, zmierzająca do rozwiązania, a nie rozstrzygnięcia konfliktu w sposób satysfakcjonujący pokrzywdzonego, który może uzyskać w ten sposób rekompensatę materialną, ale też i niematerialną.

Niewątpliwie, jak wynika z przytoczonych racjonalizacji dogmatycznych, czynny żal realizuje funkcję sprawiedliwościową. Zachowanie sprawcy, nawet już po popełnieniu przestępstwa, chociaż nie wpływa na stopień społecznej szkodliwości czynu (jak utrzymują niektórzy), to jednak wymusza uwzględnienie tego zachowania w całościowej karnoprawnej ocenie sprawcy i/lub jego czynu. Jeśli kara miałaby być potępieniem przestępstwa (zgodnie z modelem prawa karnego czynu), to dobrodziejstwa związane z odstąpieniem od dokonania tegoż lub zniewelowaniem jego skutków stanowi adekwatną reakcję, skoro „czynu jeszcze lub już nie ma”. Jeśli kara ma być potępieniem sprawcy, jej brak lub umniejszenie jest sprawiedliwą reakcją na wykazaną przez niego skruchę.

Ostatnią funkcją czynnego żalu jest funkcja depenalizacyjna. Jak zauważa D. Gajdus, zjawisko depenalizacji stanowi cechę charakterystyczną współczesnego prawa karnego. I chociaż coraz częściej można zauważyć tendencję odwrotną (kryminalizacja i penalizacja coraz większej liczby zachowań), jak również nie jestem pewna, czy depenalizacja przez przepisy o czynnym żalu stanowi jego funkcję depenalizacyjną, to nie ma wątpliwości, iż czynny żal stanowi niezmiernie ważne narzędzie polityki kryminalnej i karnej. Umożliwienie sprawcy przestępstwa (bo przecież karalne przygotowanie i usiłowanie też jest przestępstwem) własnoręcznej modyfikacji odpowiedzialności karnej pozwala na skuteczniejszą realizację wielu zadań i funkcji stawianych przed prawem karnym.

Te różnorodne, przedstawione wyżej, funkcje czynnego żalu wymagają – dla zwiększenia efektywności – uwzględnienia określonych elementów w konstrukcji tej instytucji. Nie rozwodząc się zbyt szeroko nad dogmatycznym kształtem/modelem czynnego żalu w polskim prawie karnym, wskazać należy na trzy jego zasadnicze komponenty:

- dobrowolność, co przy odnotowaniu wielu wątpliwości, ma oznaczać, niezależną decyzję woli, bez wnikania jednak w motywację, która wcale nie musi być pozytywna,
- zachowanie sprawcy przeciwne zachowaniu stypizowanemu ustawą, tj. o treści diametralnie różnej, antagonistycznej w stosunku do treści dotychczasowego zachowania sprawcy realizującego ustawowe znamiona przestępstwa,
- związek funkcjonalny – zachowanie sprawcy wypełniające znamiona czynnego żalu powinno być podjęte w interesie naruszonego lub narażonego przezeń dobra.

Na kształt normatywny tej instytucji wpływ mają także inne, różne „zmiennie”, które ostatecznie decydują o jego formie i zakresie. Do nich zaliczyłabym:

- fakultatywność lub obligatoryjność dobrodziejstw, które zyskuje żałujący,
- zakres tych dobrodziejstw (niepodleganie karze, odstąpienie od wymiaru kary, nadzwyczajne złagodzenie kary), warto tu rozważyć, czy nie rozszerzyć takiego katalogu o dobrodziejstwa nie znane w kodeksie karnym – np. kara grzywny, ale bez wpisu do rejestru skazanych (wzorem k.k.s., przy dobrowolnym poddaniu się karze),
- dodatkowe wymogi stawiane sprawcy, dotyczące jego zachowania (np. równoczesny obowiązek denuncjacji, ale można wyobrazić sobie i inne obowiązki), wskazanie krótszego lub dłuższego limitu czasowego na zrealizowanie wymogów ustawowych (niezwłocznie, wszczęcie postępowania, czas wyrokowania i in.) i/lub wymogi odnoszące się do jego motywacji,
- katalog czynów, w ramach których sprawca może liczyć na dobrodziejstwa wynikające z jego czynnego żalu, a pośrednio też miejsce i sposób regulacji (ogólna i szeroka w części ogólnej lub też wąska i kazuistyczna przy wybranych przepisach części szczególnej),
- rozważyć chyba także należy, czy do owych zmiennych zaliczyć powinniśmy zgodę pokrzywdzonego, z wszelkimi tego następstwami (próby przekupienia pokrzywdzonego przez sprawcę, nieuzasadniony upór pokrzywdzonego, mimo naprawionej szkody),
- na dalsze konsekwencje wynikające z czynnego żalu niebagatelne znaczenie ma także rozwiązanie kwestii zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów, ale ponieważ jest to instytucja jednak zupełnie odrębna, w tym miejscu uwzględniana nie będzie.

Przegląd (choćby pobieżny) instytucji czynnego żalu w polskim prawie karnym (uregulowanym zarówno w części ogólnej, jak i szczególnej kodeksu karnego) pozwala na stwierdzenie **braku jednolitości, konsekwencji i racjonalności w kształtowaniu tego niebagatelnego instrumentu polityki kryminalnej i karnej**. Niejednokrotnie ma się wrażenie, że każdorazowo czynny żal uregulowany został dość przypadkowo, a nie w ramach racjonalnej polityki kryminalnej realizowanej przez cały system prawa karnego.

Nawiązując do przedstawionych funkcji czynnego żalu, operując wskazanymi zmiennymi, można pokusić się o skonstruowanie różnorodnych modeli czynnego żalu, właściwych dla realizacji wybranej funkcji.

Czynny żal przy założeniu funkcji prewencyjnej, powinien być przewidziany dla jak najszerszego kręgu przestępstw (tak jak to miało miejsce w Austrii – kilkanaście różnorodnych przesłanek w części ogólnej skutkujących nadzwyczajnym złagodzeniem kary, np. samodenuncjacja oraz 52 typy przestępstw z części

szczególnej, przewidujące możliwość czynnego żalu). Najlepiej, aby czynny żal opisany jasno i precyzyjnie został w części ogólnej kodeksu karnego. Dobrodziejstwa przewidziane dla sprawcy winny być możliwie najszersze i zawsze obligatoryjne. Jak pisał Makarewicz, tylko pewność zupełnej bezkarności może powstrzymać sprawcę przed popełnieniem przestępstwa<sup>20</sup>. Pewność bezkarności może również powstrzymać sprawcę przed kontynuowaniem drogi przestępczej lub skłonić go do rezygnacji z czerpania korzyści z przestępstwa. Skuteczna funkcja prewencyjna wymusza także konieczność upowszechnienia tego instrumentu, zwłaszcza zaś profitów z nim związanych. W literaturze przytacza się przykład państwa włoskiego, które obok ustawodawstwa antyterrorystycznego, zawierającego klauzulę bezkarności, przeprowadziło szeroką akcję informacyjną na ten temat<sup>21</sup>. Skuteczna funkcja prewencyjna czynnego żalu (zwłaszcza w czwartej postaci – współpracy, ale przy odstępianiu chyba też) zmusza ustawodawcę do nałożenia na sprawcę dodatkowych obowiązków o charakterze prewencyjnym (przede wszystkim denuncjacji). Skuteczna ochrona dóbr prawnych każe także zaniechać wnikania w przyczyny czynnego żalu wyrażonego przez sprawcę; można się także zastanawiać, czy względy polityki kryminalnej nie uprawniają do rezygnacji z przesłanki dobrowolności.

Odmiennej regulacji, moim zdaniem, wymaga czynny żal, jeśli miałby pełnić funkcję wychowawczą. Dobrodziejstwa związane z czynnym żalem nie muszą być daleko idące i na pewno winny być fakultatywne – sąd musi mieć możliwość oceny, jak dalece i trwale zmieniła się postawa sprawcy. Rozważyć należy wprowadzenie dodatkowych wymogów związanych z motywacją sprawcy rezygnującego z przestępstwa, bezpośrednio nawiązując w ten sposób do nazwy instytucji – „żalu”. Czynny żal, realizujący funkcję wychowawczą, przewidziany powinien być – co do zasady – przy tych kategoriach czynów, gdzie poprawa sprawcy ma szczególne znaczenie społeczne; dotyczyć więc będzie przestępstw szczególnie uciążliwych. Powszechna znajomość takich regulacji nie jest konieczna, skoro to nie one mają skłonić sprawcę do zejścia ze złej drogi.

Natomiast funkcja kompensacyjna wymusza jeszcze innego rozłożenia akcentów. Czynny żal powinien znaleźć się wszędzie tam, gdzie możliwe jest napra-

<sup>20</sup> J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 227.

Tę pewność sprawcy skłaniającą go do pożądanego zachowania (m.in. denuncjacji) zagwarantuje obligatoryjność dobrodziejstw dla niego przewidzianych. Nie jest to zatem w moim przekonaniu („paradoksalne”) ograniczenie władzy sądowniczej, ale racjonalne (mniej lub bardziej) wykorzystanie instrumentów polityki karnej. Por. S. Zabłocki, V Bielańskie Kolo-kwium Karnistyczne „Nadzwyczajny wymiar kary”, Warszawa 14 maja 2008 – zapis dyskusji [w:] J. Majewski (red.), *Nadzwyczajny wymiar kary*, Toruń 2009, s. 118–119.

<sup>21</sup> J. Gajdus, s. 73.

wienie szkody. Przy czym z jednej strony chodzi tu o dobra materialne, odnawialne, z drugiej zaś – o dobra, co do których ustawodawca pozostawia pokrzywdzonemu szeroką sferę swobody rozporządzania<sup>22</sup>. Wiktymologia zwraca jednak uwagę, jak ważna dla pokrzywdzonego jest także kompensacja dóbr niematerialnych lub nieodnawialnych, czy to poprzez cywilistyczne (majątkowe) zadośćuczynienie, czy też inne mniej konwencjonalne zachowanie sprawcy (przysłowiowe przeproszenie). Zatem czynny żal powinny przewidywać przepisy przewidujące przestępstwa popełniane na szkodę zindywidualizowanych podmiotów (zwłaszcza, gdy szkoda jest „znaczna” lub o szczególnej wartości kulturalnej), ewentualnie te, gdzie – mimo dość abstrakcyjnego przedmiotu ochrony – krzywdę odczuwają poszczególni ludzie (np. przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości). Ustawodawca, wskazując znamiona takiego czynnego żalu powinien stosunkowo szeroko wyznaczać limit czasowy dokonania kompensacji (np. wyrok sądu I instancji). Przy funkcji kompensacyjnej nie ma znaczenia motywacja sprawcy, rozważyć nawet należy odstąpienie od wymogu dobrowolności. Natomiast na organach ścigania ciążyłby obowiązek informowania sprawców takich przestępstw o przesłankach i konsekwencjach czynnego żalu.

Najmniej „zmiennych” powinien posiadać czynny żal realizujący jedynie funkcję sprawiedliwościową. Profity dla sprawców powinny być obligatoryjne, przy czym polegać wyłącznie na umniejszaniu dolegliwości związanej z karą (np. nadzwyczajne złagodzenie kary) i dotyczyć przede wszystkim czynnego żalu polegającego na odstąpieniu. Zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa (naprawienie szkody i współpraca) albo powinno być uwzględniane przez ustawodawcę przy wszystkich typach przestępstw, albo wcale.

**Wybór określonej funkcji, jaką czynny żal ma pełnić**, a jest to znacznie łatwiejsze niż przypisanie funkcji całemu systemowi prawa karnego, **przesądzić powinien o kształcie i zakresie regulacji związanych z czynnym żalem**. I oczywiście, możliwa jest różnorodność takiej regulacji, o ile jednak wynika ona z przyjętej całościowej koncepcji, nawet eklektycznej. Wydaje się, że czynny żal jest zbyt ważnym narzędziem polityki kryminalnej, aby marnować go na skutek nieprecyzyjnych i nieprzemyślanych regulacji oraz pospiesznych nowelizacji.

<sup>22</sup> Por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz do art. 295 k.k.*, LEX.