

ARTYKUŁ 28 § 1 K.K. PO NOWELIZACJI Z DNIA 20 LUTEGO 2015 R. UWAGI NA TEMAT KONIECZNOŚCI ODDZIELANIA STRONY PODMIOTOWEJ CZYNU ZABRONIONEGO OD WINY

I. W uchwalonej dnia 20 lutego 2015 r. ustawie o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹ dokonano również zmiany art. 28 § 1 k.k. z 1997 r. W znowelizowanej wersji brzmi on następująco: „**Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego**”².

Pierwotne brzmienie tego przepisu przedstawiało się nieco inaczej: „Nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię”³. Nie ulega żadnej wątpliwości, że uchylenie dotychczasowej treści art. 28 § 1 k.k. nie prowadzi do żadnej zmiany w zakresie wyłączenia umyślności w przypadku błędu co do znamienia przedmiotowego czynu zabronionego, bowiem wynika to wprost z uregulowania art. 9 § 1 k.k. Nieświadomość sprawcy istnienia pozytywnego znamienia lub urojenie istnienia znamienia negatywnego czynu zabronionego dekompletuje płaszczyznę intelektualną, zatem wykluczone jest przyjęcie nie tylko umyślności, ale nawet

¹ Dz.U. z 2015 r., poz. 396.

² Treść art. 28 § 1 k.k. jest w istocie identyczna z wcześniejszymi propozycjami Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z 4.04.2013 r. i 5.11.2013 r. („Nie popełnia przestępstwa nieumyślnego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”; zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego – redakcja z 5.11.2013 r., „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 4, s. 8). Zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.)*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 43; tenże, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 5.

³ Por.: § 16 ust. 1 niemieckiego k.k.: „Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt”. W niemieckim kodeksie karnym nie ma natomiast polskiego odpowiednika art. 9 § 1.

świadomej nieumyślności (lekkomyślności). Brak konstytutywnego komponentu intelektualnego uniemożliwia człowiekowi jakiegokolwiek (w tym wolicjonalne) ustosunkowanie się do możliwości realizacji przedmiotowych znamion czynu zabronionego⁴. Przepis art. 28 § 1 k.k. w dotychczasowym brzmieniu słusznie uznawano więc za ustawowe *superfluum*⁵.

Nowe uregulowanie art. 28 § 1 k.k. należy uznać za kolejny element ustawowego umocowania koncepcji przestępstwa sformułowanej w otoczeniu tzw. szkoły krakowskiej, opartej na metodologii ostrego rozdzielenia przedmiotu oceny od samej oceny, tj. przede wszystkim radykalnej separacji strony podmiotowej czynu zabronionego od winy⁶. W związku z tym warto więc przypomnieć, że np. według W. Wróbla i A. Zolla przestępstwem jest czyn, który przekracza normę sankcjonowaną (naruszenie wynikających z wiedzy i doświadczenia reguł postępowania z danym dobrem), w sytuacji braku okoliczności wyłączających bezprawność (czyn bezprawny), realizujący wszystkie znamiona opisu (typu) czynu zabronionego (w tym znamiona podmiotowe: umyślność bądź nieumyślność), przy braku okoliczności wyłączających karalność (czyn karalny), wykazujący wyższy niż znikomy stopień społecznej szkodliwości (czyn karygodny), wreszcie podjęty w warunkach, w których od człowieka zdolnego do przypisania mu winy (dojrzałego i poczytalnego) można było wymagać zachowania zgodnego z nakazem lub zakazem prawa (czyn zawiniony)⁷.

⁴ Zob. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, s. 156–157.

⁵ Zob. np. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd*, [w:] *Nowelizacja...*, red. W. Wróbel, s. 45; tenże, *Usprawiedliwiony błąd...*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 2 i n.; Ł. Pohl, *Błąd...*, s. 156, przyp. 10; A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Art. 1–116*, Gdańsk 2005, s. 382; A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 11, s. 9. Zob. również Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny – redakcja z 5.11.2013 r., „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 4, s. 52: „Obowiązująca redakcja art. 28 § 1 nie wnosi żadnej nowej normatywnej treści, gdyż z art. 9 § 1 wynika, że błąd co do znamienia typu czynu zabronionego wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo umyślne (chyba że zachodzi usiłowanie nieudolne)”. W § 5 austriackiego k.k. zdefiniowano zachowanie umyślne, brak jednak odpowiednika § 16 ust. 1 niemieckiego k.k. i art. 28 § 1 polskiego k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. Zob. O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien–New York 1985, s. 184: „Fehlt der Vorsatz auch nur hinsichtlich eines Tatbildmerkmals, so ist die Tat insgesamt nicht vorsätzlich begangen. **Diese Konsequenz ergibt sich direkt (also nicht erst argumento e contrario) aus § 5 Abs 1 erster Halbsatz, dessen Anforderungen dann nicht erfüllt sind**”; [podkreślenie moje – Z. J.].

⁶ Zob. np. A. Zoll, *Typ czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością*, [w:] *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012, s. 63.

⁷ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 162–176.

Ograniczone ramy opracowania nie pozwalają na wyczerpującą krytykę tego stanowiska⁸. Znamiona podmiotowe (umyślność i nieumyślność) należą tu wprawdzie do zespołu znamion typu czynu zabronionego (tzw. czyn karalny), jednakże nie mają żadnego konstytutywnego znaczenia przy ustalaniu bezprawności czynu (wyłącznie przedmiotowe warunki przekroczenia normy sankcjonowanej), są jedynie znamionami karalności (hipotezy normy sankcjonującej). Umyślność i nieumyślność muszą być ostro oddzielone od winy, która rozumiana jest „czysto normatywnie”. Najogólniej rzecz ujmując, można stwierdzić, że na gruncie struktury czynu przestępnego A. Zolla umyślność i nieumyślność nie mają znaczenia przy ustalaniu dwóch jego ocen: zarówno jego bezprawności, jak i zawinienia. Natomiast formalne założenie metodologiczne radykalnej separacji przedmiotu oceny (zespołu znamion typu czynu zabronionego) od samej oceny (oceny bezprawności i zarzutu zawinienia) musi prowadzić do denormatywizacji, neutralności ocennej samego obiektu. „Istota czynu zabronionego” powinna być więc właściwie wolna od jakiegokolwiek wartościowania, zarówno w aspekcie bezprawności czynu, jak i jego zawinienia. Takie ujęcie *Tatbestand* prezentowali m.in. E. Beling⁹ czy H. Welzel¹⁰. W naturalistyczno-pozytywistycznej strukturze przestępstwa jedynie płaszczyzna bezprawności miała charakter normatywny, natomiast istota czynu zabronionego (*Tatbestand*) wyłącznie deskryptywno-obiektywny, zaś wina deskryptywno-subiektywny (umyślność i nieumyślność nie wchodziły w skład *Tatbestand* i stanowiły komponenty psychologicznie rozumianej winy)¹¹. Z kolei finaliści lokowali znamiona podmiotowe w bezprawiu (typie) czynu, a winę ujmowali czysto normatywnie. Jednak aksjomat welzłowskiej systematyki przestępstwa – ontologiczne ujęcie czynu finalnego – prowadził również do denormatywizacji pojęcia zamiaru na płaszczyźnie znamion typu czynu zabronionego, jego „wypreparowania” i oddzielenia od każdego kontekstu wartościującego, w konsekwencji do przenoszenia wszelkich ocen związanych z procesem podejmowania decyzji czynu zabronionego na płaszczyznę winy (np. tzw. ścisła teoria winy w wypadku sytuacji nieświadomości bezprawności czy urojenia znamienia kontratypu), a znamion normatywnych dotyczących zachowania na płaszczyznę

⁸ Szerzej, w szczególności na temat relacji między typem czynu zabronionego a bezprawnością, zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 129 i n., s. 147 i n.

⁹ Zob. E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Aalen 1964. Na temat ujęcia *Tatbestand* E. Belinga zob. R. Dębski, *Pozastawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1990, s. 69 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, s. 222 i n.

¹⁰ H. Welzel (*Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl. Berlin 1969, s. 49) określał *Tatbestand* jako „die im Strafrecht mit besonderer Sorgfalt vorzunehmende **sachliche, gegenständliche Beschreibung** des verbotenen Verhaltens” [podkreślenie moje – Z. J.].

¹¹ E. Beling, *Die Lehre*, s. 76–77, 110 i n., s. 145 i n. („Im Tatbestand liegt kein Werturteil”), s. 178.

kontratypów (bezprawności; w pewnym okresie H. Welzel uznał tzw. zachowania społecznie adekwatne za zachowania kontratypowe)¹². Podobnie rzecz przedstawia się na gruncie systematyki przestępstwa A. Zolla. Wszystkie proponowane lub już wprowadzone zmiany w kodeksie karnym stanowią niemal logicznie jej konsekwencje i uzasadniane są przez jej zwolenników nawet wtedy, gdy przeczą utrwalonym w polskiej nauce i ustawodawstwie karnym konstrukcjom i zasadom odpowiedzialności karnej. Najbardziej jaskrawym tego efektem jest negatywne określenie nieumyślności jako po prostu „brak umyślności” oraz opowiedzenie się *expressis verbis* za przyjęciem domniemania winy.

II. Z punktu widzenia proponowanej przez autorów krakowskich i ich zwolenników koncepcji przestępstwa znowelizowany art. 28 § 1 k.k. znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku nieumyślnego zrealizowania przez sprawcę przedmiotowych znamion czynu zabronionego¹³. Poprawniej należałoby twierdzić, że sprawca realizuje wszystkie znamiona przedmiotowe i podmiotowe nieumyślnego czynu zabronionego, ponieważ zwolennicy tego ujęcia utrzymują często, że czyn zabroniony z nieświadomej nieumyślności posiada również swoją stronę podmiotową, „oczyszczoną” z wszelkich elementów normatywizujących, których właściwą lokalizacją ma być oczywiście płaszczyzna zawinienia. Usprawiedliwiony błąd co do znamienia typu czynu zabronionego jest okolicznością wyłączającą winę, nie dekompletuje więc znamion typu nieumyślnego i stanowi *lex specialis* względem art. 1 § 3 k.k. („Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu”)¹⁴. Zdaniem M. Małeckiego w dotychczasowym stanie prawnym jedyną podstawę prawną wyłączenia odpowiedzialności karnej za popełnienie nieumyślnego czynu zabronionego w wyniku usprawiedliwionego błędu mógł stanowić art. 1 § 3 k.k.¹⁵. Kryteria oceny, czy błąd był „usprawiedliwiony” (tak jak w art. 29 i 30 k.k.), mają dać odpowiedź, czy sprawca „mógł przewidzieć, że wyczerpie znamiona przedmiotowe czynu zabronionego, a jeśli nie mógł tego przewidzieć, należy odpowiedzieć na pytanie, czy przyczyny tego stanu zasługują na usprawiedliwienie”¹⁶. Chodzi tu o konkretnego sprawcę w konkretnych uwarunkowaniach faktycznych. Uspra-

¹² Na ten temat R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona...*, s. 75 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, s. 229 i n., s. 236 i n. Finalność i zamiar były początkowo interpretowane przez H. Welzla w kontekście ocen społecznych, były pojęciami relatywnymi i zależnymi od zmiennej rzeczywistości społecznej. Po II wojnie światowej jego stanowisko ewoluowało w kierunku skrajnego ontologizmu. Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, s. 239 i n.

¹³ Zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, [w:] *Nowelizacja...*, red. W. Wróbel, s. 44; tenże, *Umyślność i nieumyślność w projekcie nowelizacji kodeksu karnego (analiza wybranych uwag krytycznych)*, „Palestra” 2014, z. 5–6, s. 116.

¹⁴ M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, [w:] *Nowelizacja...*, red. W. Wróbel, s. 45; tenże, *Usprawiedliwiony błąd...*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 6–7.

¹⁵ M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, [w:] *Nowelizacja...*, red. W. Wróbel, s. 46; tenże, *Usprawiedliwiony błąd...*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 6.

¹⁶ M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, [w:] *Nowelizacja...*, red. W. Wróbel, s. 47–48.

wiedliwienie błędu ocenia się „z uwzględnieniem okoliczności, w jakich został postawiony sprawca czynu zabronionego w kontekście jego subiektywno-indywidualnych właściwości osobistych. Usprawiedliwienie błędu sprowadza się przede wszystkim do usprawiedliwienia osoby sprawcy jako podmiotu niezdatnego do postawienia mu zarzutu winy”. Ocena „opiera się na przesłankach wybitnie subiektywnych i zindywidualizowanych, w toku postępowania karnego ocena ta może zostać oparta na dotychczas niespotykanych i w zasadzie niepowtarzalnych okolicznościach konkretnej sprawy”. Zatem – stwierdza kategorycznie cytowany autor – w obecnym stanie prawnym traci na aktualności subiektywno-konkretna interpretacja wyrażenia „mógł przewidzieć” z art. 9 § 2 *in fine* k.k.¹⁷. Końcowy fragment art. 9 § 2 k.k. zawiera znamię przedmiotowe czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie, które powinno być rozumiane jako obiektywna (generalna) możliwość przewidywania realizacji znamion czynu zabronionego (tzw. obiektywna przewidywalność). Według tego autora generalna nieprzewidywalność możliwości realizacji znamion czynu zabronionego oznacza brak realizacji znamion przedmiotowych czynu zabronionego. „Obiektywna przewidywalność”, określona *in fine* w art. 9 § 2 k.k. w słowach „mógł przewidzieć”, nie należy do charakterystyki strony podmiotowej nieumyślności¹⁸. Przewidywalność realizacji znamion typu czynu zabronionego musi zachodzić również w wypadku wszystkich przestępstw umyślnych. Jak sądzę, chodzi tu o jedno z kryteriów ustalania tzw. obiektywnego przypisania realizacji przedmiotowych znamion (skutku), ponieważ autorzy krakowscy głoszą moim zdaniem nietrafną tezę, że wszystkie te kryteria stosuje się nie tylko przy nieumyślnych, lecz także i umyślnych czynach zabronionych. W tym więc ujęciu konieczność obiektywnego przypisania nie stanowi szczególnej charakterystyki typu nieumyślnego. M. Małecki podkreśla również z naciskiem, że nieumyślność, a szczególnie nieumyślność nieświadoma jest *de lege lata* niczym więcej jak tylko brakiem kodeksowo rozumianej umyślności. W żadnym wypadku nie należy więc rozumieć nieświadomej nieumyślności jako nieusprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (dawniej niedbalstwa – tak np. art. 24 § 1 k.k. z 1969 r.). Sprawca działający w usprawiedliwionym błędzie popełnia czyn zabroniony nieumyślnie, rzecz jednak w tym, że przy zastosowaniu art. 28 § 1 k.k. nie można mu wówczas przypisać winy. Autor odwołuje się również do niektórych fragmentów uzasadnienia projektu nowelizacji z dnia 13 marca 2014 r., w którym czytamy m.in. że „ze względu na konstrukcję art. 1 projektodawca opowiada się za przeniesieniem rozstrzygnięcia o zarzucalności czynu (o winie) na etap następujący po ustaleniu znamion strony przedmiotowej i podmiotowej typu czynu zabronionego, **nawiązując do materialnoprawnego domniemania winy, zawartego w art. 1 § 3.** Tym samym projektodawca potwierdza zamiar przeciwdziałania redukcji argu-

¹⁷ M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, [w:] *Nowelizacja...*, red. W. Wróbel, s. 51–52.

¹⁸ M. Małecki, *Umyślność i nieumyślność...*, s. 113–114.

mentacji dowodowej sądów w zakresie ustalania winy, która sprowadzałaby się do pojedynczego rozważenia zarzucalności realizacji znamion typu czynu zabronionego przy określonym przeżyciu¹⁹. Ponadto M. Małecki stwierdza, że w praktyce stosowania art. 28 § 1 k.k. należy konsekwentnie najpierw ustalić realizację znamion przedmiotowych czynu zabronionego, następnie określić, czy sprawca działał umyślnie czy nieumyślnie. Warunkiem popełnienia nieumyślnego typu czynu zabronionego jest nieumyślność (brak umyślności) oraz wyczerpanie znamion strony przedmiotowej – zarówno tych wskazanych w części szczególnej kodeksu karnego, jak i tych określonych w art. 9 § 2 k.k. (naruszenie reguł ostrożności, obiektywna przewidywalność popełnienia czynu zabronionego). „Jeżeli sprawca nie przewidywał możliwości popełnienia czynu zabronionego, ponieważ działał w błędzie, to stroną podmiotową jego czynu jest nieumyślność (art. 9 § 2 k.k.). Analizowany czyn musi zostać zakwalifikowany przy użyciu odpowiedniego przepisu typizującego”²⁰.

III. Przedstawione przez M. Małeckiego uzasadnienie nowej regulacji art. 28 § 1 k.k. bardzo dobrze oddaje cechy charakterystyczne dogmatycznych podstaw systematyki przestępstwa A. Zolla i jej „logicznych” konsekwencji. Jak już o tym wspomniałem, denormatywizacja przedmiotowych i podmiotowych znamion typu czynu zabronionego (*Tatbestand*) prowadzi do przeniesienia wszelkich ocen na płaszczyznę bezprawności oraz winy (ujętej czysto normatywnie). Tak więc realizacja tych znamion przez sprawcę zasadniczo nie wartościuje jego czynu z punktu widzenia oceny bezprawności i winy. Już na gruncie relacji „realizacja znamion typu” („znamenność” czynu; *Tatbestandsmäßigkeit*) – bezprawność czynu jest to stanowisko nawiązujące do ujęcia E. Belinga, które we współczesnej nauce niemieckiej praktycznie nie jest reprezentowane. Wymagałoby ono wykluczenia z „istoty czynu” zabronionego (*Tatbestand*) wszystkich znamion wartościujących (normatywnych; tzw. otwarte zespoły znamion typu). Z kolei denormatywizacja umyślności, tak jak ujmował to w pewnym okresie H. Welzel, oznacza radykalną separację umyślności (zamiaru) od jakiegokolwiek wartościowania (finalność jest ontologiczną „stałą” systematyki przestępstwa), jest postrzegana jako „wola urzeczywistniająca przebiegi kauzalne” (*Verwirklichungswille*). Stąd np. w sytuacji nieświadomości bezprawności czynu finaliści odrzucają konsekwentnie tzw. teorię zamiaru (*die Vorsatztheorie*), natomiast przyjmują tzw. teorię winy (*die Schuldtheorie* – nieświadomość bezprawności nie wyłącza umyślności), rozwiązując przy jej pomocy nawet przypadek urojenia okoliczności stanowiącej znamię kontratypu. Takie też stanowisko w tej kwestii zajmują np. W. Wróbel i A. Zoll²¹. Denormatywizacja znamion typu czynu prowadzi również

¹⁹ M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, [w:] *Nowelizacja...*, red. W. Wróbel, s. 49–50; [podkreślenie moje – Z. J.].

²⁰ M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, [w:] *Nowelizacja...*, red. W. Wróbel, s. 50.

²¹ Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 388, 391. Autorzy przyjmują zresztą nie-trafną tezę, że urojenie znamienia kontratypu „w istocie prowadzi do przekonania o legalności

nieuchronnie do postulatu ostrego rozróżniania zakresu znamion typu od zakresu znamion kontratypu (koncepcja *Leitbildtatbestand*) i zdecydowanego odrzucenia teorii negatywnych znamion typu czynu zabronionego²².

Postulat denormatywizacji strony podmiotowej wyraźnie formułuje A. Zoll, uznając za trafne zawarte w wyroku z dnia 7 kwietnia 1977 r. stwierdzenie Sądu Najwyższego, a więc jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. (!), że „zamiar zarówno bezpośredni, jak i ewentualny oznacza zjawisko obiektywnej rzeczywistości, realny przebieg procesów psychicznych, **nie jest zaś pojęciem z dziedziny ocen czy też z dziedziny wartości**”²³. A. Zoll stwierdza następnie, że „świadomej albo nieświadomej nieumyślności nie należy mylić z lekkomyślnością albo niedbalstwem. Te ostatnie pojęcia związane były z odrzuconą przez Kodeks karny koncepcją strony podmiotowej przestępstwa, w której elementy składające się na obiekt wartościowania (czyn zabroniony) były pomieszane z samym wartościowaniem (wina)”²⁴. Nic więc dziwnego, iż znamiona „strony podmiotowej” nieumyślności oczyszcza się następnie z wszelkich ocen, bez których pojęcia winy nieumyślnej nie się skonstruować. Z obszaru świadomej nieumyślności usuwa się „bezpodstawność” przewidywania sprawcy, że uniknie realizacji znamion czynu zabronionego, a z zakresu nieświadomej nieumyślności (dawniej niedbalstwa) powinność i możliwość przewidzenia możliwości realizacji znamion przedmiotowych czynu zabronionego. Dlatego też przyjmuje się natychmiast obiektywno-generalną wykładnię pozostawionego sformułowania w art. 9 § 2 *in fine* k.k. „mógł przewidzieć”²⁵. Zatem „obiektywna przewidywalność” musi należeć do

podejmowanego działania i nieświadomości bezprawności czynu”. Nie zawsze urojenie znamienia kontratypu prowadzi do błędnego przyjęcia przez sprawcę, że jego czyn jest legalny. Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, s. 557 i n. W nauce niemieckiej za ścisłą teorią winy także w przypadku urojenia znamienia sytuacji kontratypowej opowiadali się głównie finaliści. Zob. np. H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht...*, s. 164 i n., 168 i n.

²² Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 337 i n. Takie stanowisko przyjmują na ogół finaliści. Zob. np. H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht...*, s. 80 i n.

²³ Podkreślenie moje – Z. J. Zob. wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1977 r., III KR 68/77, OSNPG 1977, z. 11, poz. 94; A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 109.

²⁴ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 119; [podkreślenie moje – Z. J.].

²⁵ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 123: „W wypadku nieświadomej nieumyślności sprawca nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego. Popełnienie czynu zabronionego było jednak, obiektywnie rzecz biorąc, przewidywalne. Zgodnie z przyjętym założeniem polegającym na rozdzieleniu podmiotowych znamion czynu zabronionego od winy, możliwość przewidzenia popełnienia czynu zabronionego, o której jest mowa w art. 9 § 2, nie odnosi się do indywidualnych możliwości sprawcy wynikających z jego osobowości, wykształcenia, stanu zdrowia itp., **lecz jest wyznaczana według możliwości modelowego obywatela o właściwych do wykonywania danej czynności kwalifikacjach i sumiennie traktującego swoje obowiązki oraz dysponującego nadzwyczajnymi informacjami posiadanymi ewentualnie przez sprawcę**”; [podkreślenie – A. Zoll]. Zob. też M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, „Z czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 13; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 214.

strony przedmiotowej czynu zabronionego nieumyślnego²⁶, następnie staje się ogólną przesłanką obiektywnego przypisania (aktualizacja normy sankcjonowanej) mającą swoje zastosowanie (podobnie jak i przekroczenie obiektywnej reguły postępowania z dobrem – reguły ostrożności) również na terenie czynów zabronionych umyślnych i pojawia się w odpowiednim miejscu w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z 5 listopada 2013 r.²⁷ W projekcie tym warunek obiektywnej możliwości przewidzenia określono w art. 1 § 1a od strony negatywnej, pozostał jeszcze w ujęciu pozytywnym w art. 9 § 2 k.k.²⁸. Autorzy projektu stwierdzają, iż „treść zawarta w art. 9 § 2 *in fine* nawiązuje do treści proponowanego w Projekcie art. 1 § 1a. Przy ustaleniu znamion przestępstwa charakteryzującego się nieumyślnością element dający podstawę do obiektywnego przypisania czynu zabronionego określony został od strony pozytywnej, co będzie miało znaczenie z punktu widzenia ciężaru dowodu”²⁹. W każdym razie, naruszenie obowiązku ostrożności i tzw. obiektywna przewidywalność należą tutaj niewątpliwie do strony przedmiotowej „czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie”. Większość zwolenników nauki o obiektywnym przypisaniu (najczęściej) przyjmuje identyczne kryteria obiektywnego przypisania przy czynach zabronionych zarówno umyślnych, jak i nieumyślnych. Strona podmiotowa nie musi być więc koniecznym elementem przekroczenia na ogół przedmiotowo ujętej normy sankcjonowanej. Można nawet powiedzieć, że w każdym umyślnym urzeczywistnieniu przedmiotowych znamion typu „zawarta” jest już ich nieumyślna realizacja, umyślny czyn zabroniony zawiera wszystkie warunki obiektywnego przypisania czynu zabronionego nieumyślnego (między umyślnością i nieumyślnością zachodzi relacja plus minus)³⁰. Zatem strona podmiotowa

²⁶ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 214; M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 15.

²⁷ Zob. art. 1 § 1a projektu z 5 listopada 2013 r.: „Nie ma czynu zabronionego, jeżeli w danych okolicznościach wyczerpanie znamion przedmiotowych tego czynu nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia”; art. 2 § 1 projektu: „Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe podlega ten tylko, kto powoduje skutek w wyniku niezachowania reguły postępowania z dobrem prawnym wiążącej w danych okolicznościach”. Tekst projektu oraz jego uzasadnienie – zob. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 4.

²⁸ „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego, a w danych okolicznościach wyczerpanie tych znamion było obiektywnie możliwe do przewidzenia”.

²⁹ Zob. uzasadnienie do projektu, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 4, s. 49. Ze względu na ramy opracowania pominię kwestię skutków związanych z pozytywnym określeniem tego elementu w art. 9 § 2 i jego ujęciem negatywnym w art. 1 § 1a omawianego projektu. Na ten temat zob. R. Dębski, *O zmianie art. 9 k.k. proponowanej w projekcie nowelizacji kodeksu karnego*, [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, red. M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz, Wrocław 2015, s. 71–72.

³⁰ Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, [w:] *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 353. Odmienne subiektywizująca nauka o bezprawiu karnym, głównie finaliści. Na ogół kwestionują

nieumyślności (albo po prostu „nieumyślność”³¹) w ujęciu zwolenników proponowanych lub dokonanych już zmian sprowadza się jedynie do stwierdzenia, że „nieumyślność” to po prostu „brak zamiaru”.³² Wskazuje to sam ustawodawca w art. 9 § 2 k.k. („nie mając zamiaru jego popełnienia”). Te właśnie – zdaniem M. Małeckiego – klarowne argumenty skłoniły swego czasu Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego do odzwierciedlenia negacyjnego ujmowania nieumyślności w projekcie nowelizacji art. 9 § 2 k.k. z 4 kwietnia 2013 r. („Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego”)³³. Zwolennika czystej teorii winy niepokoi każdy „psychiczny substrat” w czynie zabronionym, ponieważ może on dawać powód innego, bardziej psychologicznego ujęcia winy. Stąd więc, by w ogóle zniwelować już tylko „niewielkie” pozostające psychologiczne różnice między świadomą i nieświadomą nieumyślnością, twierdzi się nawet, że zwroty „przewidywał” lub „mógł przewidzieć” nic nie dodają do deskryptywnego opisu nieumyślności, ponad to, co wynika ze sformułowania „nie mając zamiaru”³⁴. Zdaniem W. Wróbla przewidywanie sprawcy możliwości realizacji znamion przedmiotowych w przypadku świadomej nieumyślności „w istocie nie różni się od braku przewidywania, jest bowiem również obarczone błędem”³⁵. Według

oni przydatność nauki o obiektywnym przypisaniu na terenie umyślnych czynów zabronionych. W ujęciu finalistycznym względy ontologiczne decydują o uznaniu umyślności i nieumyślności za odmienne formy strony podmiotowej (*Aliud-Verhältnis*).

³¹ Według M. Małeckiego (*Usprawiedliwiony błąd...*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 15) należy odróżniać „czyn zabroniony popełniony nieumyślnie” od „nieumyślności”.

³² Zob. w szczególności J. Majewski, *Nieumyślność a brak umyślności*, [w:] *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012, s. 35 i n.; M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 15. Trafnie intencje autorów zmian kodeksu karnego odczytują J. Giezek i T. Kaczmarek. Zob. J. Giezek, T. Kaczmarek, *Przeciwno ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 5, s. 82, 89.

³³ Zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd...*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3, s. 15–16, jak również propozycję redakcji art. 9 § 2 k.k. J. Majewskiego (*Nieumyślność...*, s. 47).

³⁴ Zob. W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 662–663.

³⁵ W. Wróbel, *Wina...*, s. 667. Sprawca posiada jakąś świadomość prawdopodobieństwa realizacji znamion, tyle że tylko błędnie szacuje jego prawdopodobieństwo. Niewykluczone jest również wnioskowanie, którym posłużył się kiedyś H. Schröder (*Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, [w:] *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, Berlin, s. 231): gdy sprawca uspokaja się przekonaniem, że wszystko „wyjdzie na dobrze”, tzn. ufa, że skutek nie nastąpi, brakuje wtedy rzeczywistego wyobrażenia sprawcy o możliwości spowodowania skutku, brakuje sądu: skutek może nastąpić. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Usytuowanie zamiaru ewentualnego w strukturze przestępstwa*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, krymi-*

cytowanego autora „wolność człowieka nie podlega dowodzeniu, ale jest założeniem, na którym w ogóle opiera się koncepcja odpowiedzialności karnej. W konsekwencji nie ma więc możliwości przeprowadzenia pozytywnego dowodu na to, że sprawca mógł rozpoznać znaczenie przedsiębranego zachowania, że mógł pokierować swoim postępowaniem, mógł uniknąć popełnionego błędu czy też mógł oprzeć się anormalnej sytuacji motywacyjnej, o ile owa możliwość odnosić się ma do subiektywnych uwarunkowań psychiki sprawcy, a nie obiektywnego wzorca normatywnego”³⁶. Element normatywny występujący w art. 9 § 2 k.k. „mógł przewidzieć” nie podlega więc dowodzeniu³⁷.

Jeżeli uchyla się konieczność pozytywnego ustalania tego normatywnego elementu winy (niebaldstwa), czy to w drodze interpretacji przyjętej przez W. Wróbla, czy też przez przyjęcie obiektywno-generalnego wzorca osobowego (obiektywna przewidywalność), to nie ulega wątpliwości, że wraz z „nie-umyślną” realizacją znamion przedmiotowych czynu zabronionego można przyjąć istnienie winy, a domniemanie to da się wzruszyć tylko wtedy, gdy wystąpi okoliczność wyłączająca winę, np. usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.). P. Kardas stwierdza, iż sposób ustawowej regulacji problematyki winy w kodeksie karnym z 1997 r., tj. negatywne ujęcie klauzuli winy w art. 1 § 3 połączone z katalogiem okoliczności winę wyłączających, przesądza o istnieniu na gruncie wykorzystującego tę technikę systemu prawa karnego domniemania winy³⁸. Z kolei W. Wróbel sądzi, że „rozważania dotyczące winy w prawie karnym powinny więc koncentrować się wokół okoliczności” winę wyłączających (np. art. 28 § 1 k.k.)³⁹.

Właśnie w kontekście takiego wyniku, tj. przyjęcia domniemania winy (art. 1 § 3 i obiektywistyczna interpretacja art. 9 § 2 k.k.), należy postrzegać zmianę art. 28 § 1 k.k. Domniemanie winy (nieumyślnej) na podstawie realizacji li tylko znamion przedmiotowych czynu zabronionego (nieumyślność jako jedynie negacja umyślności) to następstwo stosowania formalno-logicznej metodologii systemowej zwolenników ostrej separacji „podmiotowych” znamion typu od winy,

nologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 98.

³⁶ W. Wróbel, *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, [w:] *Prace poświęcone pamięci Adama Uruszczyka*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2006, z. 96, s. 247: „Jakkolwiek więc szokująco miałyby to zabrzmieć, w prawie karnym materialnym obowiązuje domniemanie winy [...]”. Zob. również tenże, *Wina...*, s. 664, 673, 678–679.

³⁷ W. Wróbel, *O domniemaniach...*, s. 247. Najwyraźniej ten element interpretowany jest tu subiektywistycznie.

³⁸ P. Kardas, *Problem usprawiedliwienia błędu a podstawy wyłączenia winy*, [w:] *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010, s. 102: „Konstrukcja klauzuli negatywnej, jak i typowych okoliczności wyłączających winę przesądza, że to na sprawcę nałożony został obowiązek wykazania, iż w realiach konkretnej sprawy zachodzi jedna z okoliczności wyłączających winę”.

³⁹ W. Wróbel, *Wina...*, s. 679.

a nowe brzmienie art. 28 § 1 k.k. (ujęcie go jako jednej z okoliczności wyłączającej winę) trzeba traktować jako zwykle uzupełnienie tego schematu. Jeżeli przyjmujemy natomiast konieczność pozytywnego ustalenia możliwości przewidzenia sprawy na podstawie konkretno-indywidualnie (subiektywnie) interpretowanej przesłanki art. 9 § 2 k.k. („mógł przewidzieć”), a więc jednak wprowadzimy elementy normatywne do określenia wymaganego warunku nieumyślności czynu (niedbalstwa; winy nieumyślnej), to art. 28 § 1 k.k. w nowym brzmieniu jest tak samo zbędny, jak zbędny był w brzmieniu poprzednim w kontekście art. 9 § 1 k.k.

Tak rozumiane domniemywanie winy (na podstawie realizacji przez sprawcę jedynie przedmiotowych znamion czynu zabronionego; nieumyślność = brak umyślności) w żadnym wypadku nie może zostać zaakceptowane na gruncie zasad odpowiedzialności prawa karnego państwa demokratycznego⁴⁰. Zawarty w art. 9 § 2 k.k. zwrot „mógł przewidzieć” musi być interpretowany subiektywistycznie, a istnienie tej pozytywnie ujętej przesłanki udowodnione sprawy. Jej ustalanie polega również na porównaniu z jakimś wzorcem osobowym, który jednak jak najdalej uwzględnia indywidualne możliwości konkretnego sprawcy, nie może więc stanowić normatywno-generalnego wzorca w postaci możliwości jakiegoś „modelowego obywatela”, tak jak to ujmuje np. A. Zoll i inni zwolennicy obiektywnej wykładni (tzw. obiektywna przewidywalność). Stanowisko przyjmujące całkowicie deskryptywny charakter znamion typu czynu zabronionego już choćby w kontekście ustalania bezprawności czynu należy uznać za nietrafne, prowadzi bowiem do wyników trudnych do zaakceptowania⁴¹. Założenie takie jest całkowicie chybione również w zakresie funkcji strony podmiotowej czynu zabronionego: co bowiem może wykluczać tzw. okoliczność wyłączającą winę, jeżeli znamiona podmiotowe, a więc umyślność i w szczególności, jako proste jej zaprzeczenie, nieumyślność, nie niosą ze sobą typowego stopnia winy? Zespół znamion typu czynu zabronionego nie jest tylko „rzeczowym, przedmiotowym opisem zabronionego zachowania”, jego wypełnienie niesie ze sobą ocenę zachowania w relacji do dobra prawnego (niem. bezprawie – ustalenie bezprawności czynu), a także typową ocenę procesu decyzyjnego sprawcy (wina). Jeżeli twierdzi się, że w znamionach czynu zabronionego nie ma w ogóle elementów winy,

⁴⁰ Podobnie zob. np. J. Lachowski, *Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k.*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 1, s. 84 i n.; tenże, *Czy konsekwentnie oddzielono stronę podmiotową od winy w kodeksie karnym z 1997 r.?*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 599 i n.; J. Lachowski, A. Marek, *Struktura nieumyślności w kodeksie karnym z 1997 roku*, [w:] *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012, s. 9 i n.

⁴¹ Ze względu na ramy opracowania pomijam analizę tego problemu. W skrajnym ujęciu takie stanowisko prowadzi do uznania tzw. otwartych zespołów znamion, których wyczerpanie przez sprawcę nie prowadzi choćby do „tymczasowej” oceny (wskazania) bezprawności czynu. Również w przypadku błędu należałoby wtedy powrócić do rozróżniania błędu co do faktu (co do znamienia deskryptywnego) i błędu co do prawa (*error iuris*), którego przedmiotem byłyby wszystkie znamiona normatywne typu czynu.

to wystarczy pobieżna analiza poszczególnych typów, by przekonać się, że jest to teza fałszywa (np. znamiona: „w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie” – art. 148 § 2 pkt 3 k.k.; „pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami” – art. 148 § 4 k.k.; „pod wpływem współczucia” – art. 150 k.k.; „powinien i może przypuszczać” – art. 292 § 1 k.k.⁴²; „złośliwie” – art. 195 § 1 i art. 218 § 1a k.k.⁴³). Znamionu typu czynu zabronionego nie da się traktować jako wolny od wartościowania zestaw znamion przedmiotowych i podmiotowych. Wszystkie te znamiona, zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe, mogą pełnić w różnych konstelacjach funkcję charakterystyki ujemności czynu w odniesieniu do dobra prawnego (jego zagrożenia lub naruszenia) i jednocześnie współokreślać proces decyzyjny (oddziaływanie pośrednie) albo charakteryzować wyłącznie sam proces tworzenia się woli (funkcja „motywacyjna” – np. „czyste” znamiona winy – art. 148 § 4 k.k.). To, że tzw. strona podmiotowa odgrywa zasadniczą rolę w „typizacji” zawinienia, nie ulega dla mnie żadnej wątpliwości. Za trafne należy uznać dość licznie reprezentowane w nauce niemieckiej stanowisko o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru (bezpośredniego)⁴⁴, chociaż rozdzielenie płaszczyzn bezprawia i winy jest tutaj stosunkowo trudne⁴⁵. Można podać jednak przykłady sytuacji, gdy umyślność (umyślne bezprawie) nie pełni funkcji nośnika winy umyślnej (rozwiązanie *rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie* w przypadku urojenia znamienia okoliczności wyłączającej bezprawność)⁴⁶, jak i sytuacji, gdy „umyślność” nie ma charakteru faktora rzeczywistnie istniejącego czynu zabronionego (brak bezprawia umyślnego) mimo istnienia „ujemnie” ocenianej sytuacji motywacyjnej⁴⁷ (np. *abergläubischer Versuch* lub za kodeksem karnym z 1932 r. usiłowanie „z zabobonu lub ciemnoty”, tzw. przypadek bogatego wujka – *Erbonkelfall*, przypadki *aberratio ictus* w ramach tzw. teorii konkretyzacji zamiaru – *Konkretisierungstheorie*)⁴⁸. Należy przy tym przypomnieć, że przeważająca część doktryny niemieckiej przyjmuje mieszany charakter nieumyślności czynu (*Fahrlässigkeit*), przypisując ją zarówno do kategorii

⁴² Na ten temat zob. J. Lachowski, *Czy konsekwentnie oddzielono stronę podmiotową...*, s. 609–610.

⁴³ Zob. R. Dębski, *Pozastawowe znamiona...*, s. 102 (znamię „złośliwie” w art. 190 k.k. z 1969 r.). Nie chodzi w tym przypadku o subiektywne znamiona bezprawia (bezprawności), które charakteryzują funkcję realizacyjną woli sprawcy i jednocześnie pośrednio wpływają na zawinienie (np. „cel przywłaszczenia” w art. 278 § 1 k.k., „cel osiągnięcia korzyści majątkowej” w art. 286 § 1 k.k.), lecz o znamiona, które określają bliżej sam proces tworzenia woli sprawcy. Tak w nauce niemieckiej zob. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 318–319, 469 i n.

⁴⁴ Na ten temat zob. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 243, 430.

⁴⁵ Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Usytuowanie...*, s. 114 i n.

⁴⁶ Zob. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 430, 464 i n.

⁴⁷ Nie ma tu winy (umyślnej), ponieważ brakuje umyślnego bezprawia czynu.

⁴⁸ Szerzej Z. Jędrzejewski, *Usytuowanie...*, s. 115–117.

bezprawia (bezprawności), jak i winy⁴⁹. Podobny, mieszany charakter posiada czyn zabroniony popełniony w zamiarze ewentualnym⁵⁰. Za nieporozumienie uznać należy założenie, że umyślność jest całkowicie wolna od wartościowania. Przedmiot umyślności – czyn zabroniony – jest już ujemnie zabarwiony poprzez świadomość (rozpoznawalność) ujemnej antyspołecznej wartości poszczególnych znamion i ich całego zestawu typizującego czyn, w szczególności znamion normatywnych (ocennych), ustalanych choćby na drodze tzw. równoległej subsumcji w sferze laickiej (*die Parallelwertung in der Laiensphäre*)⁵¹. Trafnie zauważył kiedyś A. Kaufmann: „kto wie, że zabierana rzecz jest »cudza«, że zabijana istota jest »człowiekiem« [...] zna również kierunek swojego czynu przeciwko chronionemu dobru prawnemu, ten ma świadomość społecznej szkodliwości swojego zachowania”⁵². Ta świadomość ujemności społecznej czynu z pewnością nie jest jeszcze tożsama ze świadomością bezprawności czynu, ale na tyle istotna, że można twierdzić, że świadomość (i wola) realizacji znamion strony przedmiotowej jest dla sprawcy sygnałem, że podejmuje decyzję realizacji czynu stanowiącego bezprawie. Psychiczne momenty umyślności stanowią bazę, pewien „kręgosłup” zarzutu winy, mają więc kluczowe znaczenie dla jej przypisania. Ze względu na ramy opracowania muszę pominąć problem nieświadomości bezprawności, który rozwiązano w polskim kodeksie karnym zgodnie z tzw. teorią winy przez wprowadzenie domniemania świadomości bezprawności czynu (negatywne sformułowanie art. 29 k.k. – okoliczność wyłączająca winę). W kontekście stopnia realizacji zasady winy wymagałby on szerszej analizy. Zdając sobie sprawę z pewnego „luzu” ustanowionych wymogów zawinienia, można jednak przyjąć, że wartościująco rozumiana umyślność spełnia funkcję wskazywania (domniemywania) na istnienie typowego zawinienia czynu zabronionego (tylko do pewnego stopnia dotyczy to również świadomej nieumyślności). Takiej funkcji ze względu na brak komponentu psychicznego nie można natomiast przypisać nieświadomej nieumyślności. Dlatego też jedynie w przypadku nieumyślności muszą istnieć dodatkowe, szczególne przesłanki pozytywnego ustalania winy (nieumyślnej) sprawcy. W przypadku nieświadomej nieumyślności przesłankę tę stanowi m.in. ustalenie, że konkretno-indywidualnie sprawca mógł przewidzieć realizację przedmiotowych znamion typu czynu zabronionego⁵³.

⁴⁹ Zob. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 564: „[...] ein besonderer Typus der strafbaren Handlung, der sowohl im Unrechts-, als auch im Schuldbereich eine eigenständige Struktur aufweist”.

⁵⁰ Zob. Z. Jędrzejewski, *Usytuowanie...*, s.117 i n.

⁵¹ Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 68.

⁵² A. Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz 1949, s. 169–170.

⁵³ Tak w nauce niemieckiej np. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 430.

ART. 28 § 1 OF THE PENAL CODE AFTER THE AMENDMENTS OF FEBRUARY 20TH, 2015. COMMENTS ON THE NECESSITY OF SEPARATING MENS REA OF A PROHIBITED ACT FROM GUILT

Summary

The object of analysis is the amended art. 28 § 1 of the Penal Code, which stipulates that „whoever commits an act while being in justifiable error as to a circumstance constituting a feature of an prohibited act, shall not commit a crime”. The new regulation of 28 § 1 of the Penal Code is the next attempt to statutorily define the concept of an offence based on the methodology of a strict separation of the object of evaluation from the evaluation itself, that is, primarily a radical separation of mens rea of a prohibited act from guilt. Therefore, the authors of the change have consistently attempted to eliminate all normative attributes from the scope of „recklessness” and „negligence”. This is a result of the view that assumes a pure descriptive character of the set of criminal offence features (Ger. „Tatbestand”) including subjective features (offences of intentional and unintentional character). In this context, acts committed while being in justifiable error as to a circumstance constituting a feature of a prohibited act exclude guilt, however the fulfilment of the features of criminal acts of unintentional character is limited to the fulfilment of objective features (a consequence of the concept of the unintentional character of an offence as a plain negation of intent). The negative wording of art. 1 § 3 of the Penal Code, the objective and general interpretation of the term found in art. 9 § 2 „could have foreseen” (a transfer of the so-called objective foreseeability to the category of objective attribution) and the concept of committing an act while being in justifiable error as to a circumstance constituting a feature of a prohibited act excluding guilt lead, in the area of unintentional character of an offence, to the presumption of guilt on the basis of the fulfilling only the objective features of a criminal act. The author of the article demonstrates the inaccuracy of this argument for a strictly descriptive character of the features of a prohibited act, and in particular the features of intent (intentional character of an offence). The object of intent (a feature of a criminal offence) has a evaluative character (evaluation), therefore determining intent can generally constitute a premise for accepting guilt (intended), unless the circumstance of excluding guilt exceptionally occurs. In the case of an unintentional character of an act, such a relation does not occur, and the guarantee functions (the rule of positive establishment of the perpetrator’s guilt) thus require subjective (specific and individual evaluation) interpretation of the premise „could have foreseen” found in art. 9 § 2 of the Penal Code.

BIBLIOGRAFIA

Beling E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Aalen 1964

- Dębski R., *O zmianie art. 9 k.k. proponowanej w projekcie nowelizacji kodeksu karnego*, [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, red. M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łuczczak, Wrocław 2015
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1990
- Giezek J., Kaczmarek T., *Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 5
- Jeschek H.-H., Weigend T., *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność*, [w:] *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013
- Jędrzejewski Z., *Usytuowanie zamiaru ewentualnego w strukturze przestępstwa*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010
- Jędrzejewski Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000
- Kardas P., *Problem usprawiedliwienia błędu a podstawy wyłączenia winy*, [w:] *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010
- Kaufmann A., *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz 1949
- Lachowski J., *Czy konsekwentnie oddzielono stronę podmiotową od winy w kodeksie karnym z 1997 r.?*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, t. II, Warszawa 2012
- Lachowski J., Marek A., *Struktura nieumyślności w kodeksie karnym z 1997 roku*, [w:] *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012
- Lachowski J., *Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k.*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 1
- Majewski J., *Nieumyślność a brak umyślności*, [w:] *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012
- Małecki M., *Umyślność i nieumyślność w projekcie nowelizacji kodeksu karnego (analiza wybranych uwag krytycznych)*, „Palestra” 2014, z. 5–6
- Małecki M., *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.)*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015
- Małecki M., *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 3
- Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013
- Schröder H., *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, [w:] *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, Berlin 1949
- Triffterer O., *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien–New York 1985

- Wąsek A., [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Art. 1–116*, Gdańsk 2005
- Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlin 1969
- Wróbel W., *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, [w:] *Prace poświęcone pamięci Adama Uruszczyka*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2006, z. 96
- 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:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarska*, red. J. Giezek, Kraków 2006
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010
- Zoll A., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2007
- Zoll A., *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 11
- Zoll A., *Typ czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością*, [w:] *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012

KEYWORDS

prohibited act, mens rea, intentional character of an offence, unintentional character of an offence, guilt, act committed while being in justifiable error as to a circumstance constituting a feature of an prohibited act

SŁOWA KLUCZOWE

czyn zabroniony, strona podmiotowa, umyślność, nieumyślność, wina, usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego