

**Mikołaj Małecki**

**Między bezprawnością, karalnością i winą  
(na marginesie artykułu  
prof. Zbigniewa Jędrzejewskiego)\***

1. Opublikowane przeze mnie opracowania<sup>1</sup> dotyczące nowelizacji art. 28 § 1 k.k.<sup>2</sup> były zdecydowanie mniej ambitne, niż mogłoby to wynikać z naukowego zainteresowania, jakim obdarzył je w swoim artykule Z. Jędrzejewski<sup>3</sup> – zainteresowania, za które winien jestem autorowi podziękowanie. Opracowania te z pewnością nie pretendowały do rozstrzygnięcia teoretycznych problemów dotyczących relacji między aspektami struktury przestępstwa, w tym głoszonego w nauce prawa karnego twierdzenia o po-

---

\* Z redakcji czasopisma „Studia Iuridica”, w którym ukazał się komentowany artykuł prof. Z. Jędrzejewskiego, a do którego w sierpniu 2017 r. zgłosiłem niniejszą polemikę, otrzymałem informację, że w najbliższym czasie nie jest planowane wydanie zeszytu poświęconego prawu karnemu. Kierując się otrzymaną równocześnie sugestią, by opublikować tę polemikę w innym czasopiśmie, aby nie straciła ona na aktualności, zdecydowałem się zgłosić ją do druku w „Czasopiśmie Prawa Karnego i Nauk Penalnych”. Notabene w tym właśnie kwartalniku ukazał się mój artykuł poświęcony nowelizacji art. 28 § 1 Kodeksu karnego (ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2016, poz. 1137 tekst jedn. ze zm., dalej: „k.k.”), do którego nawiązywał w swoich rozważaniach prof. Jędrzejewski.

<sup>1</sup> Zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 1, s. 23–49; M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.)*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 43–52.

<sup>2</sup> Zob. ustawa z dn. 20 II 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 396.

<sup>3</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1 k.k. po nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. Uwagi na temat konieczności oddzielania strony podmiotowej czynu zabronionego od winy*, „Studia Iuridica” 2016, nr 65, s. 25–40.

trzebienie teoretycznego i dogmatycznego oddzielenia przesłanek decydujących *de lege lata* o przestępności czynu w aspekcie jego bezprawności, strony podmiotowej charakteryzującej typ zachowania karalnego oraz przypisywanej sprawcy czynu zabronionego indywidualnej winy<sup>4</sup>, rozumianej w sposób normatywny-czysty<sup>5</sup> jako zarzut postawiony sprawcy czynu zabronionego, że mimo rozeznania się co do bezprawności swego postępowania nie zdecydował się na podjęcie zachowania zgodnego z prawem. Analiza dogmatyczna rozwiązania przewidzianego w znowelizowanym art. 28 § 1 k.k.<sup>6</sup> zmierzała do ukazania celów, funkcji i relacji zakodowanej w tym przepisie instytucji prawnej do innych regulacji części ogólnej Kodeksu karnego, ukazując jedynie na marginesie potrzebę i zasadność kontynuowania karnistycznej refleksji nad problemami umiejscowienia poszczególnych okoliczności wpływających na prawnokarną ewaluację zachowania się człowieka w wieloaspektowej strukturze przestępstwa, odczytywanej metodą kondensacji informacji normatywnych, zakodowanych w sposób rozczłonkowany w tekście ustawy karnej<sup>7</sup>, w szczególności jej art. 1 § 1–3 k.k.

W perspektywie zakreślonej nowelizacją art. 28 § 1 k.k. i wyeksponowanej w opracowaniu Z. Jędrzejewskiego wartość bliższego przyjrzenia okazały się wybrane zagadnienia dotyczące tytułowej problematyki na styku bezprawności, karalności i winy, którym poświęcono niniejszy artykuł.

**2. Analiza zawartości normatywnej znowelizowanego art. 28 § 1 k.k. skłoniła mnie do wniosku, że przepis ten:**

<sup>4</sup> Zob. A. Zoll, *Regulacja błędu w projekcie kodeksu karnego*, w: *Problemy nauk penalitycznych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996, s. 243–244; A. Zoll, *Ogólne zasady odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 10, s. 33 i n.; A. Zoll, *Strona podmiotowa i вина w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, w: *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 407 i n.; A. Zoll, *Typ czynu zabronionego charakteryzujący się nieumyślnością*, w: *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012, s. 63 i n.

<sup>5</sup> Zob. P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2017, s. 127 i n.

<sup>6</sup> „Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”.

<sup>7</sup> Na temat metody rozczłonkowania i kondensacji informacji normatywnych na gruncie nauki prawa karnego zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Zakamycze 2001, s. 91 i n.; a na gruncie teorii prawa zob. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 55 i n.

[...] wzmacnia konieczność odróżniania ustaleń w przedmiocie realizacji znamion czynu zabronionego od ustalenia, że czyn miał charakter zawiniony. W konsekwencji końcowy fragment art. 9 § 2 k.k.<sup>8</sup>, ujęty w słowach „mógł przewidzieć”, powinien być w obecnym stanie prawnym rozumiany obiektywnie (generalnie), jako obiektywna – nie zaś subiektywna – możliwość przewidywania realizacji znamion czynu zabronionego. [...] Obiektywna przewidywalność popełnienia czynu zabronionego należy do charakterystyki strony przedmiotowej czynu zabronionego, a realizacja znamion przedmiotowych – rzecz jasna – nie przesądza jeszcze o odpowiedzialności karnej sprawcy<sup>9</sup>. Jeżeli popełnienie czynu zabronionego było generalnie przewidywalne, lecz konkretny sprawca z powodu właściwości osobistych nie mógł go przewidzieć, skutek przestępny zostanie mu przypisany i zgodne z prawdą będzie twierdzenie, że popełnił on ten czyn nieumyślnie. Odpowiedzialność karna może w omawianej sytuacji odpaść z uwagi na zastosowanie przepisu o usprawiedliwionym błędzie co do faktu (art. 28 § 1 k.k.)<sup>10</sup>.

Rozwiązanie przewidziane w art. 28 § 1 k.k. wpisuje się zatem w merytoryczną kolejność ustalania realizacji poszczególnych przesłanek przestępności czynu, związaną z ontologiczno-epistemicznymi<sup>11</sup> właściwościami rozpatrywanej sytuacji:

W pierwszej kolejności należy ustalić, czy zachowanie danej osoby wyczerpało znamiona przedmiotowe czynu zabronionego pod groźbą kary. Następnie należy określić, czy sprawca działał umyślnie czy nieumyślnie, a więc jaki był jego stosunek intelektualny i wolicjonalny do okoliczności stanowiących znamiona przedmiotowe. Dopiero na samym końcu aktualizuje się pytanie, czy sprawcę umyślnie lub nieumyślnie popełnionego czynu zabronionego można obarczyć winą, a w rezultacie odpowiedzialnością karną za popełnienie przestępstwa<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> „Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć”.

<sup>9</sup> Zob. M. Małecki, *Umyślność i nieumyślność w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego (analiza wybranych uwag krytycznych)*, „Palestra” 2014, nr 5–6, s. 112 i n.

<sup>10</sup> M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*..., s. 35–36.

<sup>11</sup> Zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*..., s. 27; M. Małecki, *Nieumyślność wczoraj, dziś i jutro*, w: *Reforma prawa karnego*, red. I. Sepioła-Jankowska, Warszawa 2014, s. 83–84.

<sup>12</sup> M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*..., s. 27–28.

Różnice między omawianymi aspektami struktury przestępstwa zacierają się na gruncie subiektywizujących interpretacji art. 9 § 2 *in fine* k.k., których zwolennikiem jest Z. Jędrzejewski<sup>13</sup>. Przepis ten posługuje się wyrażeniem „mógł przewidzieć”, co w kontekście regulacji zawartych w art. 9 § 2 k.k. oznacza, że chodzi o sytuację, w której sprawca faktycznie nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego, ale skądinąd wiadomo, że może ją przewidzieć. Przypomnijmy, że w myśl stanowiska subiektywizującego – najogólniej rzecz ujmując – możliwość przewidywania realizacji znamion przedmiotowych, o której mowa w art. 9 § 2 *in fine* k.k., zależy od indywidualnych właściwości konkretnego sprawcy. W razie ustalenia, że dany podmiot nie przewidywał możliwości popełnienia czynu zabronionego, owa możliwość uświadomienia sobie przez tę konkretną osobę, że może dojść do popełnienia czynu zabronionego, musi być zawsze pozytywnie wykazana, co w szerszej perspektywie teoretycznej – zdaniem zwolenników tej interpretacji – oznacza m.in., że oddzielenie tzw. nieświadomej nieumyślności od problematyki winy nie jest możliwe (stąd konsekwentna akceptacja historycznego określenia „wina nieumyślna”)<sup>14</sup>.

Odmienny sposób interpretacji art. 9 § 2 k.k., do którego skłonny jestem się przychylić, zwraca uwagę na dyrektywalno-regulatywną funkcję przednawiasowej regulacji zawartej w art. 9 § 2 k.k., związanej z aspektem karalności czynu (typizacja znamion strony przedmiotowej i strony podmiotowej zachowania karalnego w rozumieniu art. 115 § 1 k.k.). Klauzula

<sup>13</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1...*, s. 27, 34–35.

<sup>14</sup> Zob. w szczególności: J. Jamontt, E.S. Rappaport, *Kodeks karny r. 1932 z dostosowaniami do kodeksu tezami orzeczeń Sądu Najwyższego, odpowiedniami ustępami uzasadnienia projektu komisji kodyfikacyjnej oraz ze skorowidzem*, Warszawa 1932, s. 193; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 68; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy oraz do rozporządzenia Prezydenta RP o niektórych przestępstwach przeciw bezpieczeństwu państwa z dnia 24 października 1934 roku (Dz. U. Nr 94, poz. 851)*, Kraków 1936, s. 56; S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 186; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 80–82; J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, Łódź 1949, s. 19; G. Rejman, *Teorie i formy winy w prawie karnym*, Warszawa 1980, s. 221 i n.; A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I (art. 1–31)*, Gdańsk 1999, s. 118; A. Marek, *Ujęcie winy w prawie karnym jako problem kodyfikacyjny*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrzęto-wicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 286; A. Marek, J. Lachowski, *Struktura nieumyślności w kodeksie karnym z 1997 r.*, w: *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012, s. 13 i n.; J. Lachowski, *Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k.*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 1, s. 95.

„mógł przewidzieć” powinna być w tym ujęciu rozumiana jako obiektywna (generalna) przewidywalność realizacji znamion przedmiotowych, którą ustala się w oparciu o osobowy wzorzec normatywny (wzór obywatela wyposażonego w przeciętne zdolności poznawcze, uwzględniającego typowe i niezaskakujące w praktyce życia następstwa podejmowanych czynów), ponieważ na tym polega generalizująca opisywaną rzeczywistość typizacja<sup>15</sup> zachowania karalnego w przepisie ustawy karnej. Natomiast tzw. nieświadoma nieumyślność rozumiana jako znamię strony podmiotowej czynu zabronionego, czyli stosunek mentalny sprawcy do czynu, jest niczym innym jak tylko brakiem elementów charakteryzujących kodeksowo rozumianą umyślność: sprawca „nie ma zamiaru”, jak o tym przesądza art. 9 § 2 *in principio* k.k., tj. nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego, a więc siłą rzeczy nie chce i nie godzi się na jego popełnienie. Strona podmiotowa tzw. nieświadomej nieumyślności opisana jest więc za pomocą znamienia negatywnego<sup>16</sup>.

Z kolej negatoryjne ujęcie klauzuli winy na gruncie art. 1 § 3 k.k. („Nie popełnia przestępstwa..., jeżeli nie można...”) z jednej strony wskazuje na to, że w materialnoprawnym i konstytucyjnym sensie nie ma przestępstwa bez winy, z drugiej zaś strony uwypukla przyjęte przez ustawodawcę założenie o generalnej zdatności człowieka do ponoszenia odpowiedzialności karnej za swój czyn, której „genetyczne” uwarunkowanie jest związane z przynależną człowiekowi godnością, stanowiącą źródło nie tylko jego praw, ale i obowiązków (w tym obowiązku brania na siebie odpowiedzialności za popełniony czyn), wyeksponowaną w art. 30 Konstytucji RP<sup>17</sup>, chyba że ujawnione w danej sprawie okoliczności faktyczne uprawdopodobnią nieprawdziwość tego generalnego założenia, co powinno skutkować podjęciem czynności procesowych prowadzących do ustalenia zdolności danego podmiotu do poniesienia winy w wyjątkowych uwarunkowaniach faktycznych (niepoczytalność, anormalna sytuacja motywacyjna, usprawiedliwiony błąd co do prawa, skrajne przemęczenie itp.)<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 13 i n.

<sup>16</sup> Zob. M. Małecki, *Nieumyślność (artykuł polemiczny)*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 9, s. 102–103.

<sup>17</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja RP”.

<sup>18</sup> Zob. W. Wróbel, *Określenie strony podmiotowej czynu zabronionego z perspektywy funkcji gwarancyjnej*, w: *Umyślność i jej formy. Pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2011, s. 10 i n.

3. Wziąwszy pod uwagę zarysowane zapatrywania na strukturę znamion czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie (art. 9 § 2 k.k.) oraz teoretyczne stanowisko w kwestii materialnoprawnej natury winy w prawie karnym, w kontekście charakteru prawnego znowelizowanego art. 28 § 1 k.k., po obszernym zreferowaniu poglądów przedstawicieli nauki prawa karnego Z. Jędrzejewski podsumowuje:

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, a nowe brzmienie art. 28 § 1 k.k. (ujęcie go jako jednej z okoliczności wyłączającej winę) trzeba traktować jako zwykłe uzupełnienie tego schematu<sup>19</sup>.

W rezultacie autor ten stwierdza:

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 demokratycznego. Zawarty w art. 9 § 2 k.k. zwrot „mógł przewidzieć” musi być interpretowany subiektywistycznie, a istnienie tej pozytywnie ujętej przesłanki udowodnione sprawcy. Jej ustalenie polega również na porównaniu z jakimś wzorcem osobowym, który jednak jak najdalej uwzględnia indywidualne możliwości konkretnego sprawcy, nie może więc stanowić normatywnego-generalnego wzorca w postaci możliwości jakiegoś „modelowego obywatela”, tak jak to ujmuje np. A. Zoll i inni zwolennicy obiektywnej wykładni (tzw. obiektywna przewidywalność)<sup>20</sup>.

Ustosunkowując się do przytoczonej krytyki, należy zauważyć, że nawet jeżeli uzna się, jak to czyni cytowany autor, że prawdziwa jest teza o konstytucyjnie wiążącym wymogu pozytywnego ustalania zdatności podmiotu do ponoszenia winy w każdej sprawie karnej – bez możliwości oparcia określonego rozstrzygnięcia procesowego na nieobalonym w toku czynności konwencjonalnych domniemaniu możliwości przypisania danej osobie winy<sup>21</sup> – to

<sup>19</sup> Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1...*, s. 34–35.

<sup>20</sup> Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1...*, s. 35.

<sup>21</sup> Na temat domniemań w obszarze przesłanek odpowiedzialności karnej zob. W. Wróbel, *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2006, nr 96, s. 245 i n.

jednak w żadnej mierze nie wynika z tego, że „zawarty w art. 9 § 2 k.k. zwrot «mógł przewidzieć» musi być interpretowany subiektywistycznie, a istnienie tej pozytywnie ujętej przesłanki udowodnione sprawcy”<sup>22</sup>. Jedno nie ma bowiem z drugim nic wspólnego.

Z przyjmowanego przez zwolenników koncepcji reprezentowanej przez Z. Jędrzejewskiego założenia sprowadzającego się do stwierdzenia, że „domniemywanie winy [...] w żadnym wypadku nie może zostać zaakceptowane na gruncie zasad odpowiedzialności prawa karnego państwa demokratycznego”<sup>23</sup>, wynika jedynie, że podczas wiążącego prawnie ustalania, czy badany czyn spełnia wszystkie przesłanki przestępności wynikające ze struktury przestępstwa, należy obligatoryjnie rozważyć także kwestię indywidualnej zdatności tego, a nie innego podmiotu do przypisania mu *in concreto* odpowiedzialności karnej w sposób zgodny z konstytucyjnym wzorcem odpowiedzialności represyjnej praworządnego państwa prawa. Innymi słowy, przyjęte przez Z. Jędrzejewskiego stanowisko w sprawie konieczności pozytywnego ustalenia zdatności podmiotu do przypisania mu winy, odrzucające koncepcję domniemania winy, oznacza tylko i wyłącznie to, że należy tę przesłankę pozytywnie ustalić. W żadnej mierze nie wynika z tego, że elementy charakterystyczne dla procesu przypisania konkretnemu sprawcy indywidualnej winy mają zostać przeniesione na grunt znamion abstrakcyjnie i generalnie ujętego typu zachowania karalnego, tj. włączone w obręb jednej z przesłanek wskazanych w art. 9 § 2 k.k. Wręcz przeciwnie, konstruowanie znamion generalnie i abstrakcyjnie ujętego typu zachowania karalnego w oparciu o indywidualno-konkretne – a więc siłą rzeczy niepowtarzalne i często nietypowe – właściwości emocjonalno-intelektualno-psychiczne danego sprawcy wydaje się sprzecznością samą w sobie<sup>24</sup>.

Z postulatu pozytywnego badania możliwości przewidywania popełnienia czynu zabronionego przez dany podmiot w żadnej mierze, w żadnym sensie ani pod jakimkolwiek względem nie wynika, że należy to czynić w ramach ustalania realizacji znamion czynu zabronionego, w szczególności w ramach analizy spełnienia znamion opisanych w art. 9 § 2 k.k. Skoro kwestionuje się tutaj domniemanie winy i postuluje się konieczność pozytywnego przypisywania winy, należałoby czynność tę powiązać z merytorycznie adekwatnym dla jej przeprowadzenia aspektem struktury przestępstwa,

<sup>22</sup> Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1...*, s. 35.

<sup>23</sup> Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1...*, s. 35.

<sup>24</sup> Zob. M. Małecki, *Nieumysłność wczoraj...*, s. 76–77.

tj. *nomen omen* z aspektem *zawinienia*. Z omawianego stanowiska Z. Jędrzejewskiego wynika więc co najwyżej to, że normatywną klauzulę winy ujętą w art. 1 § 3 k.k. w sposób negatywny („Nie popełnia przestępstwa..., jeżeli nie można...”) należałoby w duchu zaprezentowanego przez tego autora standardu państwa demokratycznego, powołanego w przytoczonej argumentacji, interpretować w sposób pozytywny („Przestępstwo popełnia jedynie ten, kto...”), a więc – odnotujmy z naciskiem – należałoby ją wyklądać zupełnie odwrotnie, niż to wynika z treści omawianego przepisu<sup>25</sup>. Konsekwentnie należałoby potraktować wszystkie inne instytucje prawa karnego materialnego dotyczące wyłączenia winy, które na gruncie ustawy karnej opisane zostały w analogiczny, negatywny sposób, co dotyczy także art. 28 § 1 k.k. („Popełnia przestępstwo jedynie ten, kto nie działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”)<sup>26</sup>.

Powtórzmy zatem, iż odrzucenie materialnoprawnego domniemania winy w żadnym zakresie nie wzmacnia stanowiska głoszącego, że zwrot „mógł przewidzieć” na gruncie art. 9 § 2 *in fine* k.k. musi być wykładany w sposób subiektywny. Można bowiem równie dobrze twierdzić, że jest to znamię strony przedmiotowej oznaczające obiektywną przewidywalność, natomiast pozytywne przypisanie winy konkretnemu sprawcy powinno mieć miejsce na dalszych etapach wartościowania czynu w aspekcie jego zawi-

<sup>25</sup> Warto w tym kontekście zauważyć, że w literaturze karnistycznej zgłaszane były postulaty pozytywnego ujęcia przesłanek zawinienia, korespondujące z regulacjami obowiązujących art. 9 § 2 k.k. i art. 1 § 3 k.k. Zob. J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 10, s. 74; S. Tarapata, *Obiektywna czy subiektywna przewidywalność? Głos w sprawie sporu dotyczącego nieświadomej nieumyślności*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 1, s. 98 i n.

<sup>26</sup> Należałoby również weryfikować, czy sprawca nie działał w anormalnej sytuacji motywacyjnej (art. 26 § 2 k.k.), czy mógł rozpoznać znaczenie czynu i kierować swoim postępowaniem (art. 31 § 1 k.k.) oraz czy był w pełni świadomy bezprawności swego postępowania (art. 30 k.k.). Zawsze z urzędu organ postępowania karnego musiałby zatem prowadzić postępowanie dowodowe w kierunku wykazania, że oskarżony znał wiążące go normy życia społecznego, że nie cierpiał na żadną chorobę psychiczną, że miał możliwość kierowania swoim postępowaniem, tj. mógł podjąć dowolne zachowanie alternatywne, co wymagałoby *in concreto* dowiedzenia m.in. prawdziwości filozoficzno-teologicznej tezy o wolności woli istoty ludzkiej, wreszcie należałoby ustalić, że w badanych okolicznościach faktycznych nie zaistniała żadna relewantna prawnie kolizja dóbr bądź inna właściwość osobista sprawcy rzutująca na możliwość przypisania mu winy. Na temat konsekwencji procesowych pozytywnych i negatywnych ujęć klauzuli winy w tekście ustawy karnej zob. J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch...*, s. 72 i n.



nienia. W żadnym wypadku nie wynika również z tego konieczność czy choćby tylko potrzeba przenoszenia elementów wartościujących, charakterystycznych dla aspektu winy, na grunt przepisu typizującego umyślny bądź nieumyślny czyn zabroniony. W żadnym razie nie jest to zatem podstawa do upatrywania w obowiązujących regulacjach prawnych elementów charakterystycznych dla teoretycznej koncepcji winy rozumianej w sposób normatywny-kompleksowy (a nie czysty)<sup>27</sup>.

4. Subiektywna interpretacja art. 9 § 2 k.k., niemająca związku z problematyką zbyt łatwo domniemywanej winy, wydaje się *de lege lata* nieakceptowalna również z innego powodu.

Zgodnie ze stanowiskiem Z. Jędrzejewskiego pozytywnie ujęta możliwość przewidywania popełnienia czynu zabronionego musi zostać uodwodniona sprawcy, a jej ustalanie odbywa się z uwzględnieniem wzorca osobowego jak najdalej uwzględniającego indywidualne możliwości konkretnego sprawcy. Wzorcem osobowym jak najdalej uwzględniającym indywidualne możliwości percepcyjno-intelektualno-emocjonalno-poznawcze sprawcy (mowa bowiem o możliwości „przewidywania” popełnienia czynu zabronionego, a więc o parametrach związanych *in concreto* z funkcjonowaniem aparatury poznawczej człowieka) będzie zatem dla osoby w stanie skrajnego upojenia alkoholem etylowym – wzorzec osobowy uwzględniający stan skrajnego upojenia alkoholowego; dla osoby głęboko odurzonej kokainą – wzorzec osobowy uwzględniający tego rodzaju stan odurzenia; dla osoby upośledzonej umysłowo – wzorzec osoby upośledzonej; a dla krótkowidza bez okularów lub soczewek – wzorzec osobowy uwzględniający tę konkretną wadę wzroku. Abstrahując od problemu związanego z zasadnością określania tego rodzaju probierza mianem osobowego „wzorca”, należy zwrócić uwagę na konsekwencje prawne omawianego zapatrywania.

Zgodnie z art. 31 § 3 k.k.<sup>28</sup> jeżeli sprawca wprowadził się w stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności,

<sup>27</sup> 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, Zakamycze 2006, s. 662 i n.

<sup>28</sup> „Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się, gdy sprawca wprowadził się w stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć”.

które przewidywał lub przynajmniej mógł przewidzieć, nie stosuje się w takiej sytuacji art. 31 § 1 k.k.<sup>29</sup> i sprawcy niepoczytalnemu można przypisać winę. Niemożliwość rozpoznania znaczenia czynu, o której mowa w art. 31 § 1 k.k., może dotyczyć faktycznego lub prawnego znaczenia czynu albo obu tych sfer jednocześnie, przy czym brak rozeznania się sprawcy w faktycznym znaczeniu swego postępowania *de lege lata*, z mocy art. 9 k.k., rzutuje na ustalenia w przedmiocie strony podmiotowej czynu, co może prowadzić do stwierdzenia, że stan psychofizyczny sprawcy odurzonego bądź upośledzonego zadecydował o braku świadomości realizacji znamion przedmiotowych w rozumieniu art. 9 § 2 k.k. Zastosowanie instytucji z art. 31 § 3 k.k. prowadzi wówczas do uznania, że sprawca poniesie winę za popełniony czyn zabroniony, gdyż ani towarzysząca mu nieświadomość realizacji znamion czynu zabronionego, ani całkowita niemożliwość jej posiadania z powodu kondycji psychofizycznej nie znajdują w danych okolicznościach usprawiedliwienia. Gdyby jednak konsekwentnie zastosować do omawianej kategorii wypadków art. 9 § 2 *in fine* k.k. w ujęciu reprezentowanym przez zwolennika subiektywnej interpretacji zwrotu „mógł przewidzieć” (ujęcie jak najdalej uwzględniające właściwości osobiste konkretnego sprawcy, jak to ujął Z. Jędrzejewski), należałoby uznać, że sprawca niepoczytalny z powodu stanu upojenia alkoholowego, odurzenia bądź upośledzenia umysłowego, który nie mógł rozpoznać znaczenia czynu w rozumieniu art. 31 § 1 k.k., nie mógł także subiektywnie przewidzieć popełnienia czynu zabronionego w rozumieniu art. 9 § 2 k.k., a w konsekwencji nie wyczerpał znamion czynu zabronionego w rozumieniu tego ostatniego przepisu. Jeżeli dany podmiot nie wyczerpał wszystkich znamion czynu zabronionego pod groźbą kary, nie można w sposób prawnie wiążący przyjmować, że jest on sprawcą czynu zabronionego w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez art. 115 § 1 k.k. Niemożliwość pozytywnego ustalenia możliwości przewidzenia popełnienia czynu zabronionego np. przez groźnego psychopatę czy skrajnie odurzonego kierowcę samochodu wyklucza uznanie go za sprawcę czynu karalnego i stosowanie jakichkolwiek środków reakcji karnej przewidzianej w obowiązującym prawie.

Należy jednocześnie podkreślić, że interesujący nas art. 31 § 3 k.k. wyłącza zastosowanie normy zakodowanej w art. 31 § 1 k.k.,

---

<sup>29</sup> „Nie popełnia przestępstwa, kto, z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem”.

lecz nie wyłącza zastosowania regulacji z art. 9 § 2 k.k., w tym zawartej w nim pozytywnej – zdaniem Z. Jędrzejewskiego – przesłanki indywidualnej możliwości przewidywania, badanej z uwzględnieniem wzorca osobowego jak najdalej uwzględniającego indywidualne możliwości konkretnego sprawcy. Widać więc wyraźnie, że aprobowana przez Z. Jędrzejewskiego interpretacja art. 9 § 2 k.k. sprowadza do zera rozwiązanie przewidziane w art. 31 § 3 k.k. (*interpretatio per non est*), co prowadzi do niezrozumiałych społecznie rezultatów, naruszających konstytucyjne zasady równości wobec prawa i sprawiedliwości przy rozstrzygnięciu sprawy, a przez to nieakceptowalnych na gruncie zasad odpowiedzialności karnej państwa demokratycznego.

Rozważmy prosty przykład. Osoba znajdująca się w stanie lekkiego upojenia alkoholowego, która przewiduje albo nawet ma zamiar popełnienia czynu zabronionego, odpowie karnie za jego popełnienie, gdyż zostanie w jej przypadku stwierdzona świadoma nieumyślność albo nawet umyślność, a także wina (art. 31 § 3 k.k.). Jednak osoba znajdująca się w stanie skrajnego upojenia alkoholowego lub odurzenia, która w danych okolicznościach, z uwagi na swój stan psychofizyczny, nie mogła przewidzieć konsekwencji podjętego zachowania zagrażającego dobru prawnemu, zostanie uwolniona od wszelkiej odpowiedzialności, ponieważ nie zrealizuje rozumianego subiektywnie znamienia „mógł przewidzieć” z art. 9 § 2 *in fine* k.k. W tej ostatniej sytuacji przestępność czynu będzie musiała odpaść z powodu braku realizacji znamion czynu zabronionego (niepopełnienia nieumyślnie czynu zabronionego w rozumieniu art. 9 § 2 k.k.), a więc wartościowanie danego czynu w ogóle nie dojdzie do etapu, w którym zastosowanie mógłby znaleźć art. 31 § 3 k.k. Oznacza to, że w lepszej sytuacji prawnej od osoby lekko nietrzeźwej bądź lekko odurzonej znajdzie się sprawca, który – mówiąc kolokwialnie – bardziej się upije bądź intensywniej odurzy „twardymi” narkotykami, jeśli bowiem doprowadzi on w ten sposób do wyłączenia swoich funkcji poznawczych i samokontroli, nie zrealizuje kompletu znamion czynu zabronionego pod groźbą kary, gdyż nie będzie przewidywał i – co ważne – w ogóle nie będzie mógł przewidzieć tego, że zrealizuje znamiona przedmiotowe czynu zabronionego. Osoba taka, w myśl omawianych poglądów, uniknie odpowiedzialności karnej, co zaprzecza celowi oraz funkcjom rozwiązania wprowadzonego do art. 31 § 3 k.k.

Co równie istotne, brak stwierdzenia popełnienia przez daną osobę czynu zabronionego, gdy nie zostanie ustalona jej indywidualna możliwość przewidywania w rozumieniu art. 9 § 2 *in fine* k.k., nie pozwoli zastosować wobec tego podmiotu przepisów o środkach zabezpieczających, gdyż warunkiem

ich stosowania jest stwierdzenie sprawstwa czynu zabronionego<sup>30</sup>, tj. zachowania o znamionach określonych w ustawie karnej<sup>31</sup>, co może dotyczyć groźnych dla otoczenia osób niepoczytalnych z powodu choroby psychicznej bądź upośledzenia umysłowego. Problem ten oczywiście nie zachodzi na gruncie obiektywnej wykładni określenia „mógł przewidzieć” z art. 9 § 2 *in fine* k.k. – osoba, która z powodu choroby psychicznej nie była w stanie uświadomić sobie faktu popełniania czynu zabronionego, dopuściła się go z tzw. nieświadomą nieumyślnością (zrealizowała wszystkie znamiona strony przedmiotowej i strony podmiotowej nieumyślnego typu czynu zabronionego pod groźbą kary, zachodzi więc przesłanka zastosowania środków zabezpieczających).

Uniknięcie zaprezentowanych rezultatów staje się możliwe na gruncie rozszerzającej wykładni art. 31 § 3 k.k., sprowadzającej się do uznania, że określony tam wyjątek dotyczy także ustalania realizacji znamion strony podmiotowej czynu zabronionego, stanowiąc jej swoisty substytut, gdy nie dało się wykazać, że sprawca działał umyślnie (przypisuje się więc spraw-

<sup>30</sup> W art. 93b § 1 k.k. mowa jest o zapobieżeniu ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego; zob. także art. 93c pkt 1 k.k. i art. 93g § 1 k.k. Szerzej na temat sprawstwa czynu zabronionego w rozumieniu art. 93g § 1 k.k. oraz w tym kontekście niepoczytalności i strony podmiotowej czynu zob. M. Pyrcak-Górowska, *Detencja psychiatryczna orzekana jako środek zabezpieczający w świetle badań aktowych*, Kraków 2017, s. 46 i n., a także s. 247 i n., gdzie autorka prezentuje wyniki badań aktowych, związanych z czynionymi przez sądy ustaleniami dotyczącymi strony podmiotowej czynu osoby niepoczytalnej lub w ograniczonym stopniu poczytalnej.

<sup>31</sup> Z uwagi na gwarancyjny charakter przepisów określających przesłanki stosowania środków zabezpieczających oraz izolacyjny charakter niektórych z nich określenie „czyn zabroniony” zawarte w art. 93b § 1 k.k. czy art. 93c pkt 1 k.k. nie może być interpretowane r o z s z e r z a j ą c o jako zachowanie wyczerpujące wyłącznie znamiona strony przedmiotowej danego typu czynu zabronionego, lecz musi być interpretowane ściśle, zgodnie z definicją zamieszczoną w art. 115 § 1 k.k., a przez posłużenie się w art. 93b § 1 k.k. określeniem „sprawca” także dodatkowo z uwzględnieniem art. 18 § 1 k.k. (sprawcą jest ten, kto „wykonuje” czyn zabroniony; nie jest sprawcą czynu zabronionego osoba, która nie zrealizowała k o m p l e t u z n a m i o n określonych w odpowiednim przepisie typizującym, do których obligatoryjnie należą zawsze znamiona strony podmiotowej). Jeśli ustawodawca nie zdecydował się na kryminalizację nieumyślnych ataków na dane dobro prawne, to nie ma również merytorycznych powodów, by szczególnie chronić to dobro prawne przy zastosowaniu kodeksowych środków zabezpieczających. Zob. M. Kowalewska, *Strona podmiotowa czynu zabronionego niepoczytalnego sprawcy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, z. 2, s. 120–121. Por. odmiennie: A. Barczak-Oplustil, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53–116 (cz. 2)*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 761–762.

stwo czynu zabronionego bez określenia jego strony podmiotowej)<sup>32</sup>. Zignorowanie zamieszczonej w art. 31 § 3 k.k. klauzuli odsyłającej wyłącznie do art. 31 § 1 lub 2 k.k., a pomijającej art. 9 k.k., oznacza, że mamy tu do czynienia z interpretacją *contra legem* na niekorzyść obywatela, prowadzącą do otwarcia możliwości stosowania wobec niego kodeksowych środków zabezpieczających, co w żadnym wypadku nie da się pogodzić ze standardami państwa praworządnego.

5. Należy obecnie ustosunkować się do zarzutu nieuwzględnienia przez czystych normatywistów negatywnej oceny złego zamiaru sprawcy czynu zabronionego, związanej przez autora z potrzebą przeniesienia winy na grunt opisu typu zachowania karalnego. Wydaje się, że tego rodzaju zarzut kierowany pod adresem normatywnej-czystej teorii winy bazuje na nie w pełni adekwatnym odczytaniu specyfiki procesu wartościowania zachowania się człowieka przez pryzmat przesłanek przestępności czynu, zgrupowanych w tzw. strukturze przestępstwa, co wynika z braku rozróżnienia dwóch niesprowadzalnych do siebie stanów rzeczy, w ramach których mówić można o konwencjonalnej czynności poddania określonego obiektu (fragmentu rzeczywistości) wartościowaniu skoncentrowanemu na przesłankach przestępności zachowania się człowieka.

Z jednej strony wartościowanie czynu podmiotu mającego podlegać odpowiedzialności karnej odbywa się w procesie kryminalizacji określonej grupy zachowań przez uprawnioną do tego władzę ustawodawczą, w ramach którego brane są pod uwagę czynniki rzutujące na społeczną szkodliwość danej klasy zachowań ocenianych abstrakcyjnie, odzwierciedlone w odpowiednio dobranej sankcji towarzyszącej określonemu typowi zachowania karalnego. Z drugiej strony wartościowanie, o którym mowa, może polegać na *sensu stricto* prawnokarnej ewaluacji konkretnego zachowania się człowieka przez pryzmat przesłanek decydujących o jego przestępności, to jest ustaleniu realizacji przez podmiot znamion określonego typu czynu zabronionego – pod warunkiem naruszenia normy postępowania z dobrem prawnym – w tym spełnienia jego znamion strony podmiotowej, a także wykazaniu karygodności postępowania sprawcy oraz przypisaniu mu winy w rozumieniu art. 1 § 3 k.k. Charakteryzowana w nauce prawa karnego struktura

<sup>32</sup> Zob. J. Lachowski, *Przejawy obiektywizacji odpowiedzialności karnej w k.k. z 1997 r.*, „Studia Prawnicze” 2006, nr 1, s. 132–133, wraz z krytyką tego poglądu: A. Zoll, *Kwalifikacja prawna czynu i wina niepoczytalnego sprawcy*, w: *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010, s. 14 i n.

przestępstwa może być więc postrzegana w rozmaity sposób; w zależności od celu, funkcji i zakresu prowadzonych analiz może być rozumiana albo jako struktura czynu opisywanego (typizowanego) w ustawie karnej, tj. w sposób generalno-abstrakcyjny jako przejaw działalności prawotwórczej odpowiedniej władzy państwowej, albo jako struktura czynu przypisywanego (oceniałego) w toku konwencjonalnych czynności procesowych, tj. w sposób indywidualno-konkretny jako przejaw wymierzania sprawiedliwości przez konstytucyjnie uprawnioną do tego władzę. Nie trzeba dowodzić, że mamy tu do czynienia z niesprowadzalnymi do siebie i diametralnie odmiennymi momentami interpretacyjnymi: ustawodawca nie przypisuje nikomu winy, a sędzia orzekający w danej sprawie nie uchwała ustaw.

W tej perspektywie wydaje się, że model kompleksowego, globalnego spojrzenia na wartościowany typ czynu ludzkiego pozostaje adekwatny do pierwszej z opisanych kategorii sytuacji (moment kryminalizacyjny *in abstracto*), natomiast w sytuacji drugiej (wartościowanie *in concreto*) lepiej sprawdza się model nawiązujący do normatywnego ujmowania winy jako czystej oceny postępowania konkretnego sprawcy, po wykazaniu realizacji znamion strony podmiotowej czynu zabronionego, rozumianej również w sposób czysty, bez wprowadzania do opisu badanej rzeczywistości ocen pochodzących od podmiotu wartościującego czyn<sup>33</sup>.

Należy przy tym zauważyć, że dogmatyczne analizy art. 1 § 1–3 k.k. prowadzone w nauce o prawie karnym w kontekście teoretycznych modeli winy zmierzają do przedstawienia adekwatnej charakterystyki struktury przestępstwa rozumianej w ten ostatni, *sensu stricto* prawnokarny sposób, ponieważ tylko na jej gruncie można mówić w sposób prawnokarnie istotny o przypisywaniu winy sprawcy czynu zabronionego. Przesłanka winy z art. 1 § 3 k.k. nie znajduje bowiem zastosowania w fazie abstrakcyjnej oceny zachowania się człowieka, w konwencjonalnym procesie prawotwórczym zmierzającym do stypizowania w ustawie karnej czynu zabronionego pod groźbą kary.

Nie ulega wątpliwości, że w rezultacie oceny konkretnego czynu popełnionego przez konkretnego sprawcę w określonym przypadku procesowym, co jest domeną władzy sądowniczej, ani o jotę nie ulega zmianie generalny rezultat wartościowania zamiaru i innych elementów składających się na opis zarzuconego tej osobie zachowania karalnego – wartościowania prze-

---

<sup>33</sup> W kwestii pomieszczenia czynności intelektualnej podmiotu oceniającego czyn z czynnością intelektualną sprawcy czynu zob. M. Małecki, *Nieumyślność (artykuł polemiczny)*..., s. 104.

prowadzonego w fazie tworzenia przepisu typizującego czyn zabroniony pod groźbą kary kryminalnej, co jest domeną władzy ustawodawczej. Dlatego typowe zabójstwo z motywacji zasługującej na szczególne potępienie w rozumieniu art. 148 § 2 pkt 3 k.k., w tym zamiar zabicia człowieka przyświecający potencjalnemu sprawcy tego czynu, było, jest i pozostanie „na zawsze” tak samo negatywnie zwartościowane (dopóty, dopóki przepis ten nie zostanie uchylony bądź odpowiednio znowelizowany), niezależnie od tego, ilu (i czy w ogóle) sprawców takiego właśnie czynu zostanie uznanych za winnych popełnienia wskazanego przestępstwa i ilu osobom przypisze się wówczas winę. Równocześnie jednak fakt negatywnej oceny zamiaru znamionującego zbrodnię zabójstwa typu kwalifikowanego z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. w żadnym zakresie nie wywiera wpływu na ustalenia w przedmiocie przypisania danej osobie w określonym procesie karnym winy za popełnienie zarzuconego i ostatecznie przypisanego jej zachowania zabronionego pod groźbą kary, gdyż negatywne zwartościowanie zamiaru, motywacji, świadomości, nieostrożności i faktu powodowania przez sprawcę skutku nie miało dotychczas nic wspólnego z zagadnieniem winy (ani w materialnoprawnym, ani w procesowym znaczeniu).

Przeniesienie negatywnej oceny zamiaru oraz innych okoliczności typizujących czyn w ujęciu abstrakcyjnym na sytuację prawną konkretnego sprawcy, któremu przypisać winę może wyłącznie uprawniony do tego organ władzy sądowniczej, a nie ustawodawczej, byłoby jaskrawym przejawem kategorycznie odrzucanego przez Z. Jędrzejewskiego domniemywania negatywnej oceny podjętego przez dany podmiot zachowania, które przecież – mimo jego formalnej zgodności z ustawowym wzorcem czynu zabronionego – może nie być w ogóle zachowaniem bezprawnym (np. z uwagi na aktualizację art. 25 § 1 k.k.) czy zawinionym (np. z powodu okoliczności wskazanych w art. 10 § 1 k.k.).

**6.** Przeprowadzone rozważania pozwalają ustosunkować się do argumentacji Z. Jędrzejewskiego, ujętej w słowach:

Jeżeli twierdzi się, że w znamionach czynu zabronionego nie ma w ogóle elementów winy, 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.; „złośliwie” – art. 195 § 1 i art. 218 § 1a k.k.). Znamion typu czynu zabronionego nie da się traktować jako wolny od wartościowania zestaw

znamion przedmiotowych i podmiotowych. [...] To, że tzw. strona podmiotowa odgrywa zasadniczą rolę w „typizacji” zawinienia, nie ulega dla mnie żadnej wątpliwości [podkreśl. moje, M.M.]<sup>34</sup>.

Po pierwsze, spełnienie przez sprawcę wskazanych przez cytowanego autora przesłanek – np. wykazanie, że motywacja zabójstwa zasługiwała na szczególne potępienie lub doszło do niego pod wpływem współczucia, sprawca mógł przypuszczać, że rzecz pochodzi z czynu zabronionego, albo dopuścił się czynu złośliwie – w żadnym razie nie oznacza, że sprawcy temu niejako samorzutnie i bez żadnych dodatkowych ustaleń zostanie przypisana wina. Zabójstwo kwalifikowane mógł przecież popełnić niepoczytalny lub nieletni, a paser mógł działać w stanie wyższej konieczności wyłączającym winę. Wówczas jego zamiar wolny jest od negatywnego wartościowania. Dowodzi to, że na gruncie podanych przez autora przykładów wciąż musi być mowa o dwóch różnych aspektach struktury przestępstwa.

Po drugie, przedstawiona przez Z. Jędrzejewskiego argumentacja nie dowodzi fałszywości tezy o braku w opisie zachowania karalnego elementów winy, aprobowanej przez zwolennika czystej-normatywnej teorii winy, ponieważ zaprezentowane przez autora wnioski opierają się na milcząco przyjętych założeniach, których zwolennik teorii normatywnej-czystej po prostu nie akceptuje. W argumentacji tej zignorowano konieczność konsekwentnego odróżniania okoliczności faktycznych wskazujących na stronę podmiotową czynu od normatywnej oceny postępowania sprawcy w perspektywie zarzutu winy – twierdzono bowiem, że przytoczone przepisy Kodeksu karnego są dowodem na pomieszanie tych dwóch aspektów struktury przestępstwa. Tymczasem na gruncie założeń normatywnej-czystej teorii winy można z powodzeniem twierdzić, że przytoczone przez Z. Jędrzejewskiego fragmenty przepisów niczego takiego nie dowodzą, gdyż powinny być interpretowane obiektywnie, tj. w sposób właściwy dla aspektu karalności czynu. Przykładowo, „silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami” będzie wzburzeniem, którego nie mógł uniknąć modelowy obywatel w danych okolicznościach zewnętrznych, a „powinność i możliwość przypuszczenia” oznaczać będzie aktualizację normy postępowania („powinien”) oraz obiektywną przewidywalność („mógł przypuszczać”).

Zwolennik oddzielenia strony podmiotowej od winy może również stwierdzić, że przytoczone jednostki redakcyjne tekstu prawnego powinny zostać poddane gruntownej reinterpretacji, w celu odczytania tego, co ujęto

---

<sup>34</sup> Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1...*, s. 35–36.



w nich deskryptywnie, w sposób zgodny z normatywną strukturą przestępstwa. W tym ujęciu sformułowanie „w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie” z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. zostanie uznane za wyrażenie o eklektycznym charakterze prawnym, zawierające zarówno znamię strony podmiotowej (motywacja), jak też adresowaną do sądu dyrektywę wymiaru kary związaną z oceną stopnia winy sprawcy zabijającego człowieka. Po przypisaniu danej osobie spowodowania śmierci człowieka, wykazaniu działania w sposób umyślny i stwierdzeniu, jaka była motywacja sprawcy (czyn karalny), należy jeszcze ocenić, czy motywacja ta zasługiwała na szczególne potępienie w płaszczyźnie wartościowania związanego z aspektem winy. „Zasługiwanie na szczególne potępienie” nie będzie więc znamieniem typu kwalifikowanego, lecz klauzulą wymiaru kary. Nie jest to jedyny w polskim porządku prawnym przypadek zakodowania dyrektywy wymiaru kary wśród przepisów typizujących czyn zabroniony (art. 148 § 3 zd. 2 k.k.<sup>35</sup>, art. 178a § 4 zd. 1 k.k.<sup>36</sup>).

Omawiany zarzut jeszcze łatwiej odeprzeć, jeśli rozróżni się abstrakcyjną ocenę szkodliwości typowego czynu, odzwierciedloną przez ustawodawcę w przepisie typizującym, od indywidualno-konkretnej oceny zawinienia i stopnia winy sprawcy, któremu zarzucono i przypisano popełnienie umyślnego bądź nieumyślnego czynu zabronionego pod groźbą kary. Cytowany autor pisze o „elementach winy”<sup>37</sup> oraz utrzymuje, że strona podmiotowa odgrywa zasadniczą rolę w typizacji „zawinienia”<sup>38</sup>. „Wina”, o której mowa w wypowiedzi Z. Jędrzejewskiego, nie jest winą, o której mowa w art. 1 § 3 k.k.

<sup>35</sup> „Karze określonej w § 2 podlega, kto jednym czynem zabija więcej niż jedną osobę lub był wcześniej prawomocnie skazany za zabójstwo oraz sprawca zabójstwa funkcjonariusza publicznego popełnionego podczas lub w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych związanych z ochroną bezpieczeństwa ludzi lub ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego”. Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 237–238.

<sup>36</sup> „Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 był wcześniej prawomocnie skazany za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo za przestępstwo określone w art. 173, 174, 177 lub art. 355 § 2 popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo dopuścił się czynu określonego w § 1 w okresie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Zob. postanowienie SN z 19 I 2012 r., I KZP 22/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 6, LEX nr 1102127.

<sup>37</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1...*, s. 35.

<sup>38</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Artykuł 28 § 1...*, s. 36.

Problem odseparowania bądź połączenia przedmiotu oceny z samą jego oceną domaga się klarownego rozwiązania na gruncie konsekwentnego rozróżnienia stopni (poziomów) języka, którym opisywane są analizowane obecnie kwestie, oraz wyciągnięcia z odmienności owych języków i metajęzyków<sup>39</sup> określonych wniosków normatywnych, uwzględniając przede wszystkim to, iż negatywna ocena stosunku mentalnego sprawcy do czynu, uzasadniająca kryminalizację danej kategorii zachowań („typizacja zawinienia”), staje się przedmiotem oceny w płaszczyźnie indywidualno-konkretnej, gdy wartościuje się przypisany już danemu podmiotowi czyn zabroniony pod groźbą kary. Dokonana przez ustawodawcę *in abstracto* ocena zamiaru sprawcy przeniesiona na grunt odpowiedniego rozwiązania ustawowego (przestępstwo kierunkowe, przestępstwo znamienne zamiarem zabarwionym itp.), a potwierdzona przez uprawniony organ postępowania karnego w stwierdzeniu wyczerpania przez sprawcę *in concreto* kompletu znamion określonego typu zachowania karalnego i w ten sposób zaaplikowana do procesu prawnokarnego wartościowania przez przyzmat bezprawności, karalności i karygodności czynu, staje się następnie w konwencjonalnym procesie stosowania norm prawa karnego przedmiotem oceny dokonanej przez organ władzy sądowniczej, konstytucyjnie umocowany do ostatecznego przesądzenia o prawnokarnych konsekwencjach podjęcia przez określoną osobę zachowania o znamionach sprecyzowanych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa.

Innymi słowy, przeprowadzona w płaszczyźnie bezprawności i karalności czynu ocena zamiaru sprawcy (język pierwszego stopnia) staje się przedmiotem zupełnie innej oceny (metajęzyk) umiejscowionej na płaszczyźnie winy w rozumieniu art. 1 § 3 k.k., w ujęciu normatywnym-czystym. Gdy mamy na uwadze wartościowanie popełnionego przez danego sprawcę czynu zabronionego w aspekcie przypisywanej mu winy, uprzedmiotowione zostają wszystkie dokonane „wcześniej” oceny należące do języka niższego stopnia. Zawsze bowiem tylko i wyłącznie w tym konwencjonalnym sensie mowa jest na gruncie prawa karnego o przypisywaniu sprawcy czynu zabronionego indywidualnej winy.

7. Wynika z tego, że eklektyczne pomieszczenie w aspekcie bezprawności i karalności czynu, w tym na gruncie art. 9 § 2 k.k., elementów strony

---

<sup>39</sup> Na temat pojęcia metajęzyka zob. A. Grzegorzczak, *Zarys logiki matematycznej*, Warszawa 1981, s. 228 i n.

podmiotowej i rezultatów jej wartościowania charakterystycznych dla winy, w duchu teorii normatywnej-kompleksowej, wydaje się niezasadne, gdyż nic takiego z niczym innym nie może się tutaj mieszać. Mamy bowiem do czynienia z radykalnie odmiennymi poziomami języka.

Ponadto przyjęcie bądź odrzucenie określonego zapatrywania w kwestii wartościowania subiektywnych znamion zachowania karalnego nie wywiera wpływu na ustalenia dotyczące teoretycznoprawnej spójności i zupełności oraz dogmatycznoprawnej adekwatności czystej-normatywnej teorii winy, w szczególności w perspektywie rozwiązań aktualnego Kodeksu karnego (art. 1 § 1–3 k.k., art. 9 § 2 *in fine* k.k., art. 28 § 1 k.k.).

W rezultacie zarysowanych ustaleń należy przyjąć, że pewne kwestie rozstrzygnęła już „za nas” rzeczywistość: czymś innym jest uznanie negatywnych właściwości zamiaru za dostateczne uzasadnienie karyminalizacji danej kategorii czynów, czymś innym jest fakt posiadania zamiaru przez konkretnego sprawcę, a jeszcze czymś innym uznanie, że w danej sytuacji zamiar ten zasługuje na potępienie.

Otwarte pozostaje natomiast pytanie, czy i w jakim stopniu, racjonalizując poszczególne rozwiązania ustawowe na gruncie przyjmowanych przez poszczególnych autorów założeń natury teoretycznej, dogmatycznej, normatywnej, instytucjonalnej, aksjologicznej czy chociażby tylko pragmatycznej, pozwoli się owej rzeczywistości pozanormatywnej dojść do głosu, tj. weźmie się pod uwagę, jak jest naprawdę. To właśnie starałem się uczynić, gdy formułowałem powyższe hipotezy, zapewne nie ustrzegłszy się przy tym rozmaitych niedociągnięć, pomyłek, a nawet fałszów.

**Between unlawfulness, punishability and guilt  
(on the margin of the article of Prof. Zbigniew Jędrzejewski)**

Summary

The article analyzes the concept of so-called “subjective predictability” on the basis of the article of Z. Jędrzejewski: *Art. 28 § 1 of the Criminal Code after the amendments of February 20th, 2015. Comments on the necessity of separating mens rea of a prohibited act from guilt*, published in the “*Studia Iuridica*” 2016, No. 65. As a result of conducted deliberations, the methodological shortcomings and the unacceptable legal consequences of the position have been presented, if the term “might have foreseen” in Art. 9 § 2 of Polish Criminal Code should be understood as an individual ability to predict the commission of a prohibited act by particular offender. It has been shown that it is better justified to say that the possibility of foreseeing should be objectively determined on the basis of the reasonable

man standard. The article also emphasizes the necessity of separating subjective elements of an prohibited act from guilt (fault).

**Key words:** subjective elements of an prohibited act, intentional acts, unintentional acts, normative standard, guilt, error as to a circumstance constituting element of a prohibited act

Mikołaj Małecki – dr, Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (adiunkt),  
mikołaj.malecki@uj.edu.pl