

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

PIOTR ZAKRZEWSKI
ORCID: 0000-0003-3446-4324
p.d.zakrzewski@uksw.edu.pl

Treść świadomości wymaganej dla przypisania zamiaru w prawie karnym. O niezamierzonych konsekwencjach nowelizacji art. 28 § 1 k.k.

The Content of Consciousness Required for Attributing Intent in Criminal Law: On the
Unintended Consequences of the Amendment of Article 28 § 1 of the Criminal Code

Od sposobu zakotwiczenia modelu teoretycznego w ustawodawstwie zależy, czy model dogmatyczny będzie oddawał założenia modelu teoretycznego, czy też wystąpi sytuacja, kiedy to w ramach obowiązującego ustawodawstwa możliwe będzie takie odtworzenie treści elementów składowych modelu odpowiedzialności karnej, że dwa lub więcej ze wzajemnie konkurujących ze sobą ujęć teoretycznych odpowiedzialności karnej staną się możliwe do osadzenia w obowiązującym ustawodawstwie.

Niniejsze opracowanie poświęcone zostało rozważaniom nad istotą strony podmiotowej przestępstwa. Ma ono po części charakter teoretyczny w tych fragmentach, gdzie opisane zostały przykłady teoretycznego ujęcia winy w nauce prawa karnego oraz konsekwencje tych ujęć dla obowiązujących w danym czasie uregulowań prawnych. Ma również charakter historyczno-sprawozdawczy, gdyż dla pełnego obrazu analiz dogmatycznych należy przedstawić także spory toczące się w przeszłości co do samej interpretacji uregulowań prawnych odnoszących się do strony podmiotowej czynu zabronionego i błędów. W końcowej części zaś ma charakter dogmatyczny, gdyż jego głównym celem jest argumentacja na rzecz tezy, że nowelizacja art. 28 § 1 k.k., która weszła w życie w dniu 1 lipca 2015 r., a której rezultatem jest wyeliminowanie z porządku prawnego konstrukcji niesprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, ma niezamierzone przez ustawodawcę konsekwencje dla dekodowania

wymaganej dla przyjęcia zamiaru treści świadomości sprawcy. Można bowiem bronić tezy, że treść art. 28 § 1 k.k. obowiązująca do 30 czerwca 2015 r. – pomimo tego, że możliwa była do wyinterpretowania z art. 9 § 1 k.k. i *a contrario* z art. 9 § 2 k.k. – przesądzała o tym, iż ustawa tylko z błędem co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, u podstaw którego leżał błąd co do faktów, wiązała konsekwencje w postaci wyłączenia umyślności. Poza zakresem błędów, których funkcją jest wyłączenie umyślności, znajdowały się: błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, u którego podstaw znajdował się błąd co do prawa; urojenie znamienia okoliczności wyłączającej bezprawność, u którego podstaw znajdował się błąd co do faktów; urojenie znamienia okoliczności wyłączającej bezprawność, u którego podstaw znajdował się błąd co do prawa; nieświadomość bezprawności, u której podstaw znajdował się błąd co do faktów; nieświadomość bezprawności, u której podstaw znajdował się błąd co do prawa. Wskazany podział błędów jest konsekwencją przyjęcia założeń wynikających z czysto normatywnego ujęcia winy, a zatem konsekwentnego oddzielenia strony podmiotowej od winy, w dużym uproszczeniu zaś – przedmiotu oceny od samej oceny. Owo uproszczenie, którym się tu posłużyłem, polega na tym, że w ramach strony podmiotowej powinno dochodzić do ustalenia tego, co było przedmiotem świadomości sprawcy oraz jaki sprawca miał stosunek emocjonalno-woluntatywny do tego, co stało się jego udziałem. W ramach winy z kolei powinno się ustalić, dlaczego sprawca nie miał świadomości określonych faktów i czy można było od niego wymagać, żeby taką świadomość jednak miał, a także dlaczego sprawca miał określony stosunek emocjonalno-woluntatywny wobec określonych faktów i czy można było od niego wymagać, żeby miał inny stosunek. Owo wymaganie musi być każdorazowo poprzedzone założeniem, że zmiana treści świadomości na taką, o której można powiedzieć, że była przez prawo wymagana, oraz zmiana stosunku emocjonalnego na taki, o którym można powiedzieć, że był przez prawo wymagany, doprowadziłyby do tego, że sprawca podjąłby się zachowania zgodnego z prawem. Nie może ulegać niczyjej wątpliwości, że ani ustalenie strony podmiotowej nie jest prostym zaszeregowaniem faktów, ani ustalenie winy sprawcy nie jest procesem polegającym na prostym wartościowaniu, redukowalnym do ustalenia możliwości zachowania się przez sprawcę zgodnie z prawem.

Jest chyba tak, że to ze sposobu ujęcia instytucji błędu można dokonać odwzorowania założeń teoretycznych co do winy w określonej ustawie karnej. Nie można przy tym powiedzieć, że określone założenia teoretyczne są lepsze od innych. Można jedynie ocenić, czy ustawa jest spójna i konsekwentna. Na kanwie dotychczasowych kodyfikacji karnych unormowania takich kwestii jak błąd, strona podmiotowa i wina były ze sobą nierozzerwalne. Przykładowo błąd może zostać zapisany w ustawie albo wprost poprzez wskazanie jego przedmiotu i następnie jego konsekwencji dla przypisania odpowiedzialności karnej,

albo w sposób kontekstowy w przepisach odnoszących się do strony podmiotowej poprzez powiązanie braku świadomości określonych treści, z wyłączeniem możliwości przypisania zamiaru (art. 7 § 2 k.k. z 1969 r. stanowił, że przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie, jak i wtedy, gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może ją przewidzieć). W ten sposób ustawodawca może normować kwestie tzw. błędu, który – dla przyjęcia określonych konsekwencji prawnych – wymaga bądź nie wymaga usprawiedliwienia. Ponadto w ramach przepisów opisujących przesłanki strony podmiotowej czynu zabronionego ustawa może posługiwać się sformułowaniem „mógł przewidzieć”, jak to czyni obecnie obowiązujący art. 9 § 2 k.k., i w zależności od interpretacji normować w ten sposób błąd obiektywnie usprawiedliwiony wyłączający przypisanie skutku, a tym samym także możliwość przypisania znamion strony podmiotowej czynu zabronionego albo błąd subiektywnie usprawiedliwiony wyłączający przypisanie winy.

Tak jak błąd kontekstowo może zostać zapisany w unormowaniach strony podmiotowej, tak też strona podmiotowa może zostać kontekstowo unormowana w przepisach, które opisują instytucję błędu. Przykładowo w art. 28 § 1 k.k. w brzmieniu do 30 czerwca 2015 r.¹ ustawodawca wskazał przesłanki, które wykluczały zakwalifikowanie zachowania sprawcy jako umyślnego czynu zabronionego. Co istotne, ani art. 29 k.k., ani art. 30 k.k. nie zawierały takiej samej treści jak art. 28 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed 30 września 2015 r. Ani w art. 29 k.k., ani w art. 30 k.k. nie znajduje się bowiem zapis odnoszący się do wyłączenia umyślności. Z takiego zestawienia treści przepisów normujących różne kategorie błędów można wywieść wniosek, że przedmiot błędu z art. 28 § 1 k.k. współkształtuje treść umyślności, a przedmiot błędów z art. 29 k.k. i art. 30 k.k. pozostaje dla ustalenia wymaganej z punktu przypisania zamiaru treści świadomości po stronie sprawcy bez znaczenia.

Zauważyć jednak należy, że według zwolenników łączenia kwestii strony podmiotowej i winy w ramach tzw. ujęcia kompleksowego oraz poglądów składających się na twierdzenie o zasadności wyróżniania tzw. bezprawności karnej, którzy – co istotne – wpisują tym samym wszystkie znamiona przedmiotowe typu czynu zabronionego w treść normy sankcjonowanej, błąd co do znamion czynu zabronionego oznacza błąd co do takiego elementu rzeczywistości, który jest wymagany dla uznania zachowania sprawcy za karalne. W ramach tego ujęcia bez znaczenia pozostaje to, czy błąd taki dotyczy faktów, czy prawa. Konsekwencją tak zarysowanego poglądu jest przyjęcie, że przedmiotem błędu unormowanego w art. 30 k.k. jest tylko to, czy dane zachowanie jest zachowaniem zakazanym

¹ Art. 28. § 1. Nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię.

przez ustawę pod groźbą kary, a zatem czy jest zachowaniem bezprawnym karne. W takim ujęciu sprawca dla przypisania mu zamiaru nie może pozostawać w błędzie co do żadnego z elementów składających się na opis znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego, niezależnie czy znamiona mają charakter normatywny, czy też deskryptywny. Ponadto rozpoznawalna, choć niekoniecznie uświadomiona, gdy doszło do zawinienia po stronie sprawcy, ma być dla niego bezprawność karna jego zachowania.

Według zwolenników oddzielenia przesłanek umożliwiających przypisanie strony podmiotowej od przesłanek warunkujących przypisanie winy, a zatem akceptujących pogląd o ujęciu tzw. czystym normatywnym winy oraz pogląd o tzw. bezprawności rozumianej monistycznie, w ramach którego nie wyróżnia się bezprawności cywilnej, karnej, administracyjnej itp., a także nie wpisuje się wszystkich znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego w treść normy sankcjonującej, błąd co do znamion czynu zabronionego oznacza błąd co do faktów, których urzeczywistnienie warunkuje przypisanie temu zachowaniu cechy bezprawności. W ramach tego ujęcia ma znaczenie, czy błąd co do znamienia czynu zabronionego wynika z błędu co do faktów, czy też z błędu co do prawa. Ten drugi rodzaj błędu wchodzi bowiem w zakres zastosowania art. 30 k.k., a przedmiotem tego przepisu jest świadomość po stronie sprawcy oceny prawnej jego zachowania z punktu widzenia całego porządku prawnego. Także w tym przypadku odbicie się w świadomości sprawcy owej oceny prawnej jego zachowania nie stanowi warunku przypisania mu przestępstwa, jeśli doszło do zawinienia po jego stronie.

Wskazane różnice celowo zostały uproszczone oraz pominięte zostały w nich dwie kwestie, dotyczące błędu co do znamion normatywnych oraz błędu co do okoliczności wyłączających bezprawność, którym poświęciłem odrębne opracowanie².

Dla dalszej analizy konieczna jest szeroka dywersyfikacja błędów na te będące normatywnymi konstrukcjami, które możemy odczytać z ustawy karnej, oraz na te, które wydzielone zostały ze względu na przedmiot błędu, stanowiące w procesie ustalenie faktyczne, czyli samo czyste stwierdzenie faktu, że treść świadomości sprawcy nie odpowiada rzeczywistości. Podział na błędy rozumiane jako konstrukcje normatywne oraz na błędy rozumiane jako zdarzenia faktyczne funkcjonuje w polskiej literaturze przynajmniej od pracy W. Woltera *Czynnik psychiczny w istocie przestępstwa*. Podział ten można wyprowadzić również na podstawie poglądów J.R. Searle'a, gdyż jest tożsamy z podziałem na tzw. fakty surowe i fakty instytucjonalne. Proces wartościowania faktu surowego przebiega

² P. Zakrzewski, *O sposobach normowania i dekodowania treści zamiaru w perspektywie tzw. znamion normatywnych oraz okoliczności wyłączających bezprawność*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, nr 1, passim.

według formuły zwanej przez Searle'a regułą konstytutywną, która brzmi następująco: X liczy się jako Y w kontekście C³. Za M. Smolakiem należy wskazać, że owa reguła opisuje konstrukcję wynikającą z akceptowanych dwóch rodzajów reguł normatywnych: reguł instytucyjnych, które wskazują, po spełnieniu jakich warunków dane X liczyć się będzie jako Y; reguł konsekwencyjnych, które wskazują, jakie normatywne konsekwencje powinny być związane z pozyskaniem przez X statusu Y⁴. Przenosząc wskazane dwie reguły na grunt problematyki błędu, można z powodzeniem wskazać, że konstrukcja błędu w znaczeniu normatywnym ma swój zakres zastosowania, który zawiera wskazanie desygnowane, a więc takich błędów w rozumieniu zdarzeń faktycznych, do których dana konstrukcja błędu w znaczeniu normatywnym ma zastosowanie oraz ma swój zakres zastosowania, a zatem wskazuje konsekwencje związane z poczytaniem błędu w znaczeniu faktycznym jako błędu w znaczeniu normatywnym. Przykładowo w art. 28 § 1 k.k. ustawodawca przesądził, że przedmiotem błędu ma być „okoliczność”. Słowo to na gruncie języka potocznego oznacza tyle samo co „fakt”, „zdarzenie”. Jednocześnie nie ma podstaw, aby na gruncie kodeksu karnego odstąpić od potocznego znaczenia słowa „okoliczność”, gdyż (1) ustawa ta nie zawiera definicji legalnej tego pojęcia, (2) z żadnego z przepisów nie da się wyprowadzić jego definicji ustawowej oraz (3) kontekst użycia tego pojęcia w poszczególnych przepisach wskazuje jednoznacznie, że ustawa używa pojęcia okoliczności w znaczeniu nadanym mu przez język potoczny. Możemy tym samym przesądzić, że w zakresie zastosowania art. 28 § 1 k.k. znajdują się li tylko błędy dotyczące faktów.

Zakres zastosowania błędu w znaczeniu konstrukcji normatywnej może zawierać dodatkowe określenia doprecyzowujące, jakie błędy w znaczeniu zdarzeń faktycznych mają znaczenie prawne. Dotychczas ustaliliśmy, że muszą to być błędy dotyczące faktów, a nie ocen prawnych. Ponadto należy wskazać, że ich przedmiotem muszą być cechy opisu zachowania uznanego przez ustawę za zabronione pod groźbą kary, czyli tzw. znamiona czynu zabronionego. Argumentem za wskazaną tezą jest powszechnie przyjęty uzus językowy dotyczący tego, że błąd wchodzący w zakres zastosowania art. 28 § 1 k.k. przyjęło się nazywać w literaturze przedmiotu błędem relewantnym, a więc takim, który ma znaczenie prawne. Przykładowo błąd co do tego, czyją rzecz sprawca zabierze, o ile rzecz zabierana nie należy do sprawcy oraz nie ma on do jej zabrania uprawnień, nie ma znaczenia dla jego odpowiedzialności karnej. Z kolei w przypadku przestępstwa zamachu na życie Prezydenta RP to, czy osoba będąca przedmiotem zamachu

³ M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012, s. 86 i cytowana tu literatura.

⁴ *Ibidem*.

jest prezydentem, czy też nim nie jest, ma znaczenie prawne. Błąd taki jest zatem błędem relewantnym.

Kolejnym dookreśleniem zakresu zastosowania błędu w znaczeniu konstrukcji normatywnej jest wskazanie, czy błąd w rozumieniu zdarzenia faktycznego był błędem usprawiedliwionym, czy też błędem nieusprawiedliwionym. Mam świadomość, że samo pojęcie usprawiedliwienia ma charakter techniczny i nie znajduje prostego przełożenia na kwestie faktyczne. Tym niemniej można przyjąć, że błędem usprawiedliwionym w rozumieniu zdarzenia faktycznego jest błąd, który został popełniony w takich okolicznościach, które w rozumieniu ustawy są okolicznościami usprawiedliwiającymi. *A contrario* błędem nieusprawiedliwionym w rozumieniu zdarzenia faktycznego jest błąd, który został popełniony w takich okolicznościach, które w rozumieniu ustawy nie pozwalają na jego usprawiedliwienie.

Dotychczas ustaliliśmy, że przedmiot i funkcję błędu ustawodawca może zakodować w przepisach odnoszących się do strony podmiotowej albo odwrotnie – w przepisach odnoszących się do błędu można zakodować przesłanki przypisania strony podmiotowej. Ustaliliśmy także, że zarówno przepisy dotyczące strony podmiotowej, jak i błędu mogą zawierać takie informacje, po których będzie można ustalić zakodowane w nich przez ustawodawcę założenia dotyczące relacji strony podmiotowej do winy. Wskazaliśmy następnie na istnienie dwóch alternatywnych modeli struktur przestępstwa, w ramach których inaczej rozumie się treść normy sankcjonowanej, przesłankę bezprawności i relację strony podmiotowej do winy, a co za tym idzie inaczej rozumie się także przedmiot i konsekwencje poszczególnych rodzajów błędu. W końcu ustaliliśmy jeszcze jedną ważną rzecz – błąd, jak każda okoliczność, najpierw wymaga ustalenia określonych faktów (błąd w sensie faktycznym), a następnie ich subsumpcji pod określony przepis dotyczący błędu lub przepis współokreślający przesłanki przypisania strony podmiotowej czynu zabronionego (błąd w sensie prawnym).

Wskazane dyferencjacje pozwolą nam teraz uwidocznic konsekwencje zmiany normatywnej, jaka się dokonała w odniesieniu do art. 28 § 1 k.k. w dniu 1 lipca 2015 r. Do 30 czerwca 2015 r. przepis ten zawierał w swej treści opis błędu, którego funkcją było wyłączenie umyślności. Tak ujęty błąd, jak każdy błąd, wymagał udowodnienia i subsumpcji, ale nie wymagał usprawiedliwienia dla wyłączenia umyślności. Art. 28 § 1 k.k. w opisywanym w tym miejscu brzmieniu nie zawierał zatem pośród przesłanek jego zastosowania tej, którą nazywa się powszechnie wymogiem usprawiedliwienia błędu. Przypomnieć należy, że sformułowanie „nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do jego znamion”, dotyczyło w tym aspekcie każdego rodzaju błędu, a zatem zarówno usprawiedliwionego, jak i nieusprawiedliwionego. To, czy błąd był usprawiedliwiony, czy też nie, z punktu widzenia wyłączenia umyślności nie miało normatywnego znaczenia. Obecnie zaś ustawodawca posłużył się w art. 28 § 1 k.k. w brzmieniu

obowiązującym od 1 lipca 2015 r. pojęciem błędu usprawiedliwionego. Dodanie określenia ma ten skutek, że należy obecnie posługiwać się pojęciami błędu nieusprawiedliwionego i błędu usprawiedliwionego.

Powyższa analiza pozwoliła wyznaczyć zakres zastosowania błędu rozumianego jako konstrukcja normatywna. Dla porządku należy wskazać, co zostało wyżej pominięte jako rzecz oczywista, że zakres owej konstrukcji wyznacza jeszcze czwarty element w postaci samego pojęcia błędu jako takiego oraz jego postaci, czyli nieświadomości lub urojenia. Tym samym zdarzeniem wchodzącym w zakres błędu rozumianego jako konstrukcja normatywna może być albo urojenie, albo nieświadomość, albo urojenie lub nieświadomość, a to w zależności od tego, czy ustawa posługuje się pojęciem urojenia, nieświadomości czy też pojęciem błędu, które zawiera w sobie obie te postaci. Przyjęło się dość powszechnie w literaturze rozumieć błąd ontologicznie i konstruować jego znaczenie za Wolterem na Arystotelesowskiej definicji prawdy jako jej zaprzeczenie. Przyjmuje się bowiem, że błąd to niezgodność pomiędzy stanem świadomości sprawcy a rzeczywistością. Owa niezgodność może w zależności od potrzeb być wartościowana jako nieświadomość albo urojenie. Choć z punktu widzenia niniejszych rozważań kwestia ta nie ma większego znaczenia, to należy zaznaczyć, że definiując błąd sam w sobie, w literaturze odchodzi się od mającej charakter ontologiczny definicji błędu Woltera, zgodnie z którą „błąd to tego rodzaju stosunek poznającego podmiotu, czyli świadomości do obiektywnej rzeczywistości, który charakteryzuje niezgodność świadomości z rzeczywistością wobec nieodpowiedniego odbicia tej rzeczywistości w świadomości”⁵, na rzecz definicji wartościującej w postaci „niezgodności tego, co było obiektywnie rozpoznawalne i przewidywalne w czasie zachowania się sprawcy (*ex ante*) z tym, co sprawca w tym czasie (*ex ante*) faktycznie rozpoznał lub przewidział”⁶.

Począwszy od trójelementowego ujęcia struktury przestępstwa, treść świadomości sprawcy oznacza pewien dowodowo odtworzony obraz rzeczywistości, który jest przypisywany określonej osobie ze względu na sposób jej zachowania w określonym kontekście społecznym, przy uwzględnieniu możliwie największej liczby elementów tego kontekstu. Jest to zespół przedstawień, o którym – zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów i przy dopuszczalnym zastosowaniu domniezań faktycznych – można powiedzieć, że łącznie z wolą kształtował zachowanie

⁵ W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 8.

⁶ S. Tarapata, P. Zakrzewski, *O funkcjach urojenia okoliczności wyłączających bezprawność. Wybrane zagadnienia teoretycznoprawne*, [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. 43: *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, Wrocław 2017, s. 560. Zob. także: P. Zakrzewski, *Standardy wykonywania zawodu lekarza a вина lekarza*, [w:] *Standard wykonywania zawodów medycznych*, red. A. Górski, E. Sarnacka, M. Grassmann, Warszawa 2019, s. 89; idem, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 208–211, 302–305.

sprawcy wypełniające znamiona przedmiotowe typu czynu zabronionego. Wypowiedź osoby trzeciej o treści świadomości sprawcy, nawet gdy ten przyzna się do uświadamiania sobie określonych elementów rzeczywistości odnoszących się do kontekstu społecznego, stanowi w istocie przypisanie temu sprawcy określonego stanu świadomości, nie zaś jego ustalenie. Ta jakże istotna dystynkcja uwidacznia się w orzecznictwie sądowym, w ramach którego ustalenia dotyczące treści świadomości sprawcy czyni się w oparciu o zewnętrźnie postrzegalne elementy stanu faktycznego. Przypisanie określonej treści świadomości określonemu sprawcy następuje poprzez posłużenie się domniemaniami faktycznymi w oparciu o schematy postrzegania świata wyuczone w procesie socjalizacji w danym społeczeństwie. W istocie proces ten oparty jest o założenie, że skoro sprawca i osoba wypowiadająca się o treści jego świadomości zostali poddani podobnym procesom socjalizacji, nastąpiła u nich asocjacja tożsamyh wzorców postępowania oraz nie występują u żadnego z nich zaburzenia w procesie poznawczym, to określoną rzeczywistość społeczną powinni postrzegać w taki sam sposób. Możliwie wiarygodna wypowiedź o treści świadomości sprawcy powinna uwzględniać zatem: różnice pomiędzy sprawcą a osobą wypowiadającą się o jego świadomości, a dotyczące procesu socjalizacji, w tym wynikające z wieku i doświadczenia życiowego; różnice w asocjacji wzorców postępowania będące pokłosiem określonego sposobu wychowania, kształcenia i nabytego samodzielnie stanu wiedzy, w tym wiedzy specjalistycznej; różnice w możliwościach poznawczych warunkowanych predyspozycjami intelektualnymi oraz stanem zdrowia, w tym przede wszystkim zdrowia psychicznego.

Dystynkcja pomiędzy przypisaniem sprawcy określonego stanu świadomości a ustaleniem tegoż w sposób odpowiadający czynieniu ustaleń dotyczących elementów stanu faktycznego odpowiadających znamionom przedmiotowym typu czynu zabronionego uwidacznia się w stwierdzeniu, że sprawca „powinien był być tego świadomy”, którego treść utożsamia się błędnie z treścią zdania „był świadomy”. Owo „powinien” można rozumieć (1) w ten sposób, że na sprawcy ciążył obowiązek powzięcia świadomości dotyczącej określonego elementu rzeczywistości odnoszącego się do relewantnego prawnie kontekstu społecznego i jednocześnie okoliczności zachowania sprawcy były tego rodzaju, że określony element rzeczywistości był możliwy dla niego do rozpoznania, oraz (2) że sprawca był świadomy określonego elementu rzeczywistości.

Spór o to, jak rozumieć zwrot „powinien być świadomy”, czy też może „powinien przewidzieć” lub „powinien był przewidzieć”, łączy się z pojęciem niedbalstwa z art. 14 § 2 k.k. z 1932 r. oraz z art. 7 § 2 k.k. z 1969 r. oraz z pojęciem winy umyślno-nieumyślnej z art. 7 § 3 k.k. z 1969 r. Owo „powinien” na gruncie założeń kompleksowego ujęcia winy było nośnikiem elementu normatywnego winy i pozwalało na odwołanie się do adekwatnego dla danej dziedziny aktywności sprawcy wzorca normatywnego. Niemniej słowo „powinien” we

wskazanych kontekstach wyraża zobiektywizowane twierdzenie, że dany element rzeczywistości był w danej sytuacji przewidywalny. Jeśli wypowiadający zwroty „powinien być świadomy” lub „powinien przewidzieć” odnosi je do wzorca normatywnego, zwroty te będą stanowiły element szerszej wypowiedzi zawierającej negatywną ocenę tego, że sprawca czegoś w istocie nie przewidział, a powinien był to zrobić ze względu na ciężący na nim obowiązek podjęcia zachowania adekwatnego do wymagań sytuacji. Wypowiedź taka stanowi więc negatywną ocenę zachowania sprawcy ze względu na zawinienie po jego stronie. Jeśli wypowiadający odniesie wskazane zwroty do sfery dowodowej, wówczas w istocie będą one wyrażać prawdopodobieństwo tego, że sprawca był świadom określonego elementu rzeczywistości odnoszącego się do relewantnego prawnie kontekstu społecznego. Tym samym zwroty „powinien być świadomy” lub „powinien przewidzieć” w zależności od stopnia tego prawdopodobieństwa będą kształtować wypowiedź o tym, że sprawcy należy przypisać świadomość określonego elementu rzeczywistości albo że nie ma dla takiego przypisania podstaw.

Powyższa dystynkcja była niezbędna dla uwypuklenia jeszcze jednego zastosowania zwrotów „powinien być świadomy” lub „powinien przewidzieć”. Będą one używane w niniejszym opracowaniu na oznaczenie sytuacji, w których z rekonstrukcji znamion typu czynu zabronionego, np. na podstawie obecnego stanu prawnego, w tym art. 9 § 1 i 2 k.k., art. 28 § 1 k.k., art. 29 k.k. i art. 30 k.k., oraz odpowiednich przepisów części szczególnej kodeksu karnego albo przepisów pozakodeksowych, będzie wynikać, że dla przypisania sprawcy zamiaru popełnienia czynu zabronionego sąd powinien ustalić, że sprawca w czasie relewantnym z punktu widzenia realizacji znamion przedmiotowych określonego typu czynu zabronionego był świadomy określonych elementów rzeczywistości. W tym kontekście zwroty „powinien być świadomy” lub „powinien przewidzieć” poprzedzone zwrotem „dla przypisania sprawcy zamiaru” oznaczają obowiązek zrekonstruowania kształtu wymaganej z punktu widzenia realizacji znamion podmiotowych typu czynu zabronionego świadomości w taki sam sposób, jak ustala się zestaw znamion przedmiotowych koniecznych do ustalenia dla stwierdzenia, że zachowanie zrealizowało znamiona określonego typu czynu zabronionego. Innymi słowy, abstrakcyjnie rzecz ujmując, dla przypisania sprawcy zamiaru konieczne jest (1) zrekonstruowanie zestawu znamion podmiotowych typu czynu zabronionego, a więc tego, czego sprawca „powinien być świadomy” lub co „powinien przewidzieć”, aby móc mu przypisać zamiar, oraz następnie w postępowaniu dowodowym (2) zweryfikowanie, czy w danym stanie faktycznym miały miejsce takie okoliczności, które w językowy sposób odpowiadają abstrakcyjnie ustalonemu zestawowi elementów rzeczywistości składających się na wymaganą dla ustalenia zamiaru treść świadomości.

Twierdzenie, że treść świadomości sprawcy powinna stanowić odbicie znamion strony przedmiotowej, można rozumieć dwojako. Po pierwsze, jeśli

odniesiemy to twierdzenie do postępowania dowodowego i czynionych w jego wyniku ustaleń faktycznych, oznacza ono konieczność weryfikacji tego, czy sprawca w określonym stanie faktycznym był świadomy wszystkich tych elementów rzeczywistości, które są relewantne prawnie dla przypisania mu zamiaru. Po drugie, jeśli odniesiemy to twierdzenie do rekonstrukcji znamion podmiotowych w procesie wykładni, to odnosi się ono m.in. do ustalenia tego, co powinno być objęte treścią świadomości sprawcy dla przypisania mu zamiaru popełnienia określonego typu czynu zabronionego. W ramach niniejszego opracowania operowanie zwrotami odnoszącymi się do treści świadomości sprawcy, że „coś jest wymagane, aby był tego świadomy” albo „coś powinno być ustalone w odniesieniu do treści jego świadomości”, dotyczy płaszczyzny typu czynu zabronionego, a więc przesłanek odpowiedzialności wynikającej z analizy treści przepisów materialnoprawnych. Opracowanie niniejsze nie odnosi się zatem ani do sfery faktycznej, ani do sfery dowodowej. Analizie został poddany zestaw znamion podmiotowych tworzący łącznie z zestawem znamion przedmiotowych typ czynu zabronionego.

Stoję na stanowisku, że tak jak znamiona przedmiotowe stanowią „formę”, którą – rekonstruując najpierw abstrakcyjnie, a następnie w postępowaniu dowodowym – sąd wypełnia treścią ustaleń faktycznych, tak też znamiona podmiotowe stanowią „formę”, którą w tożsamy sposób należy wypełnić, aby móc przypisać sprawcy realizację znamion określonego czynu zabronionego. Elementem tej formy jest zestaw elementów składający się na treść świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru realizacji znamion określonego typu czynu zabronionego. Niniejsze opracowanie dotyczy zatem tego, co powinno się stać przedmiotem ustaleń sądu, aby w ich wyniku móc przypisać określonemu sprawcy zamiar popełnienia czynu zabronionego. W tym sensie opracowanie odnosi się do tego, czego sprawca „powinien być świadomy”, a więc tego, jaki jest wymagany z punktu widzenia realizacji znamion podmiotowych określonego typu czynu zabronionego „zestaw okoliczności, których zaistnienie sprawca powinien sobie uświadamiać”, aby móc mu przypisać zamiar. Innymi słowy, przedmiotem rozważań jest odtworzenie w procesie wykładni tego, jaka powinna zostać ustalona treść świadomości sprawcy, aby możliwe było przypisanie mu zamiaru realizacji określonego typu czynu zabronionego.

Spór o treść świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy realizacji znamion podmiotowych typu czynu zabronionego w jednej z postaci umyślności może toczyć się na wielu płaszczyznach. Można bowiem doszukiwać się istoty umyślności i nieumyślności oraz istoty winy w sposób odpowiadający poszukiwaniom adekwatnego opisu zjawisk⁷, prowadzić analizę językową pojęć używanych

⁷ M. Kowalewska-Lukuć, *Strona podmiotowa a wina – wzajemne relacje*, „Acta Iuris Stetienensis” 2018, nr 1.

na ich oznaczenie⁸, przenosić przyjęte w ramach określonego zespołu poglądów filozoficznych znaczenie wskazanych pojęć na grunt rozważań teoretycznych o prawie karnym⁹ oraz prowadzić analizę znaczeń wskazanych pojęć w oparciu o kontekst ich użycia w ustawie, z jednoczesnym podejmowaniem prób sformułowania definicji kontekstowych poszczególnych pojęć oraz – gdy to jest możliwe – z odwołaniem się do funkcjonujących w ramach ustawy definicji równoważnych.

Skoro wiedza o historii, w tym historii prawa, jest jednym z warunków prawidłowej wykładni rzeczywistości, to analiza problemu treści świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wymaga odwołania się do uzasadnienia do projektu Kodeksu karnego, a także wykorzystania kontekstu historycznego dwóch poprzednio obowiązujących Kodeksów karnych – z 1932 r.¹⁰ i z 1969 r.¹¹, a także poglądów doktryny formułowanych dotychczas na gruncie przepisów wszystkich trzech kodeksów.

Nie może ulegać wątpliwości, że zaleta podstawowego narzędzia komunikacji, w jakim formowane są akty prawodawcze, czyli języka, w postaci wieloznaczności używanych w jego ramach pojęć, ułatwiająca, a być może nawet umożliwiająca proces komunikacji, stanowi jednocześnie jego wadę. Owa wieloznacznościowość pojęć używanych w ramach aktów prawnych w połączeniu z podstawowymi zasadami systemu prawa, jak choćby *nullum crimen sine lege stricta*, leżącą u podstaw art. 2 w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, zmusza do prowadzenia procesu wykładni kodeksu w sposób możliwie przejrzysty i jednoznaczny, a także do podejmowania takich zabiegów wykładniczych, których rezultatem powinno być ograniczenie do minimum cienia semantycznego poszczególnych użytych przez ustawodawcę pojęć.

Ów proces wykładni, przynajmniej tak to ma miejsce w przypadku prawa karnego, nie zaczyna się w próżni. Pierwszym krokiem jest spojrzenie na intencje autora komunikatu, czyli projektodawcy kodeksu karnego. W uzasadnieniu do Kodeksu karnego dowiadujemy się, że art. 1 k.k. zawiera określenie podstawowych elementów struktury przestępstwa, naruszenia normy prawnej, zgodności z ustawową określonością karalności czynu, opartą na wadze czynu jego

⁸ M. Rodzinkiewicz, *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1990, nr 3–4, s. 71 i n.

⁹ Zob. np. W. Mąciór, *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 26–31; idem, *O finalizmie w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 6, s. 975; idem, *W związku z dyskusją na temat finalizmu*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 5; T. Kaczmarek, *O finalnej teorii winy na gruncie doktryny polskiej*, „Państwo i Prawo” 1970, z. 6; idem, *Finalizm w polskim prawie karnym jako problem metodologiczny*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 1, s. 112–117; A. Zębik, *Czyn jako zachowanie się celowe a problematyka winy*, „Państwo i Prawo” 1970, z. 2.

¹⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571, z późn. zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94, z późn. zm.).

karygodność oraz winę¹². Uzasadnienie projektu wskazuje, że u jego podstaw leży koncepcja ścisłego odróżnienia strony podmiotowej czynu zabronionego od winy oraz że umyślność i nieumyślność – jako podstawowe znamiona charakteryzujące stronę podmiotową czynu zabronionego – są określeniami prawno-technicznymi, jedynie w ograniczonym stopniu odpowiadającymi intuicyjnym znaczeniom, jakie związane są z tymi terminami w języku potocznym¹³. W perspektywie treści uzasadnienia do projektu zasadne jest twierdzić, że rolą interpretatora powinna być próba odnalezienia albo odtworzenia definicji tych pojęć, a więc umyślności i nieumyślności, na gruncie języka prawnego z założeniem, że powszechne rozumienie tych pojęć nie jest wiążące. Skłaniając się ku temu zadaniu, nie można uciekać od treści pojęć użytych w ustawie oraz od wypowiedzianych na ich temat poglądów.

Powszechnie przyjmuje się, że każda z postaci umyślności (zamiar bezpośredni, zamiar wynikowy) oraz nieumyślności (świadoma nieumyślność, nieświadoma nieumyślność) składa się ze strony intelektualnej, a więc stanu świadomości sprawcy w czasie realizacji przez niego przedmiotowych znamion typu czynu zabronionego, oraz ze strony wolitywnej, wyrażającej się w stosunku psychicznym sprawcy w tym czasie do obrazu zachowania odpowiadającego znamionom przedmiotowym typu czynu zabronionego. Problem leży w prawidłowym ustaleniu tego, jaka jest wymagana przez ustawę treść świadomości sprawcy i czy powinna ona obejmować charakterystykę samego zachowania będącego przedmiotem karnoprawnego wartościowania, czy też ujętych łącznie tegoż zachowania w określonym kontekście społecznym, a więc zachowania i całości sytuacji, w jakiej zachowanie to miało miejsce, czy też jeszcze szerzej – powinna obejmować charakterystykę zachowania, sytuacji i ocen społecznych, jakie się z tego rodzaju zachowaniem, w tego rodzaju sytuacji, wiążą. Treść świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy umyślności można w końcu rozszerzyć także na świadomość tego, że zachowanie sprawcy jest sprzeczne z porządkiem prawnym.

Gdy mowa o odpowiedzialności karnej, w tym o umyślności i nieumyślności jako jej elementach, to nie można tracić z pola widzenia tego, że występują one w otoczeniu innych elementów zaszeregowanych w strukturę przestępstwa (czyn, bezprawność, karalność, karygodność, wina), wspartą założeniem w przedmiocie kształtu normy prawnej (norma sankcjonowana, decydująca o bezprawności zachowania się, a zawierająca zakaz lub nakaz zachowania się o określonej wartości względem chronionego daną normą dobra prawnego, skierowana do obywateli, oraz norma sankcjonująca, zawierająca kompetencje do zastosowania reakcji

¹² Komisja do Spraw Reformy Prawa Karnego, *Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 3 (wkładka), s. 3–4.

¹³ *Ibidem*, s. 6.

karnej w przypadku zrealizowania przez sprawcę znamion typu czynu zabronionego, skierowana do organu stosującego prawo)¹⁴.

W przypadku struktury najbardziej uproszczonej, składającej się z trzech elementów: czynu, bezprawności i winy, gdzie bezprawność stanowi zestaw okoliczności przedmiotowych wyznaczanych przez ocenę wartości czynu z punktu widzenia przepisu karnego – jego zewnętrznej strony, wina stanowi zestaw okoliczności podmiotowych wyznaczanych przez ocenę wartości czynu z punktu widzenia przepisu karnego – jego strony wewnętrznej¹⁵. Elementów współcześnie rozumianej strony podmiotowej typu czynu zabronionego należy się doszukiwać w winie. Co istotne, struktura ta nie była wolna od problemu umiejscowienia znamion strony podmiotowej pośród znamion przesądających o bezprawności, gdyż to samo zewnętrznie postrzegane zachowanie raz może być uznawane za zgodne z prawem, a raz jako bezprawne, w zależności od tego, na co była skierowana wola sprawcy¹⁶. Wydaje się jednak, że na prawidłowe rozwiązanie problemu umiejscowienia woli sprawcy pośród przesłanek przesądających o bezprawności zachowania wskazał T. Rittler, który wyróżnił cel w znaczeniu przedmiotowym, leżący w istocie zachowania sprawczego, oraz cel w znaczeniu podmiotowym, którego należy się doszukiwać w nastawieniu psychicznym samego sprawcy¹⁷. Wówczas dla uniknięcia nieporozumień i zamętu terminologicznego należałoby być może nieco zmodyfikować przyjętą przez Rittlera nomenklaturę i używać na oznaczenie celu w znaczeniu przedmiotowym pojęcia kierunku zachowania się, a także odwoływać się w tej mierze do potencjału określonego zachowania się w perspektywie jego wartości dla wywołania określonej zmiany w świecie zewnętrznym. Sprawca, podejmując się przeciw zachowania zmierzającego w określonym kierunku, może nie być świadom jego wartości przyczynowej i wówczas rezultat tego zachowania, a więc ujęty przedmiotowo jego cel, do którego zachowanie to zmierzało, który staje się udziałem takiego sprawcy, nie jest jego zamiarem i tym samym jego celem w podmiotowym znaczeniu tego pojęcia. Zdania „nie do takiego celu zmierzał sprawca” czy „cel ten nie był objęty zamiarem sprawcy” nie są w języku polskim pozbawione sensu, gdyż utożsamiają pojęcie celu z pojęciem rezultatu określonego zachowania, które nadaje wartość przyczynową temu zachowaniu. Owa wartość przyczynowa, a nie cel w ujęciu podmiotowym,

¹⁴ S. Glaser (*Nauka o istocie czynu*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 7, s. 98) w pełni podzielił pogląd K. Bindinga, że niezasadne jest wyróżnianie norm prawo-karnych jako norm decydujących o bezprawności zachowania, nawet wówczas, gdy zakaz lub nakaz określonego zachowania się ma swoje źródło w ustawie karnej.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ T. Rittler, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Erster Band: Allgemeiner Teil, Wien 1933, s. 99, za: S. Glaser, *Nauka...*, nr 7, s. 98.

stanowiąc przesłankę o charakterze przedmiotowym, współwyznacza ocenę bezprawności danego zachowania.

Jeszcze dobitniej rzecz całą dostrzec można w nauce o obiektywnym przypisaniu skutku C. Roxina, w ramach której pojęcie celu w znaczeniu przedmiotowym używane jest na oznaczenie celu ochronnego zakazu, który stanowi kryterium urzeczywistnienia niedozwolonego ryzyka¹⁸, a którego nie sposób utożsamiać z pojęciem ze sfery strony podmiotowej. Tym samym pojęcie celu może z powodzeniem funkcjonować na trzech płaszczyznach: przedmiotowej, podmiotowej i – jak u Roxina – normatywnej, współwyznaczając zakres zachowań bezprawnych. W tym ostatnim znaczeniu, posługując się pojęciem celu, z powodzeniem można przyjmować, że pojęcie bezprawności pozbawione jest elementów podmiotowych. Odbicie celu ochronnego normy prawnej w świadomości sprawcy oznacza w istocie uświadomienie przez niego jednego z elementów oceny składających się na pojęcie bezprawności.

Mając na uwadze trzy wskazane rozumienia pojęcia celu, w ramach niniejszego opracowania będzie ono używane zgodnie z jego zastosowaniem przez ustawodawcę w Kodeksie karnym, a więc w znaczeniu podmiotowym. Przez cel sprawcy rozumiany będzie wyobrażony przez niego stan rzeczy, do którego swoim zachowaniem sprawca ten zdąża, który zamierza osiągnąć. Jednocześnie należy zauważyć, że posłużenie się przez ustawodawcę znamieniem celu w ramach znamion podmiotowych określonego typu czynu zabronionego nie pozostaje bez wpływu na zestaw elementów składających się na treść świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru.

Dostrzegając różnice znaczeniowe w rozumieniu pojęcia bezprawności, a tym samym też świadomości bezprawności, a wynikające z posługiwania się trój-, cztero- lub pięcioelementową strukturą przestępstwa, muszą zaznaczyć, że przez świadomość bezprawności można rozumieć: (1) świadomość określonego zestawu okoliczności, który stanowi o tym, że dane zachowanie jest oceniane jako bezprawne; (2) świadomość tego zestawu okoliczności oraz samej oceny tych okoliczności jako bezprawnych; (3) świadomość samej oceny okoliczności składających się na ten zestaw. W ramach niniejszego opracowania pojęcie świadomości bezprawności użyte zostało w znaczeniu świadomości samej oceny zachowania. W tym znaczeniu brak błędu po stronie sprawcy należy przyjmować, gdy zachowanie tegoż jest oceniane jako bezprawne z punktu widzenia porządku prawnego oraz sprawca jest świadom takiej jego oceny.

Zaznaczyć w końcu należy, że na treść świadomości składa się zestaw określonych przedstawień o tym, jaka rzeczywistość jest, a także zestaw określonych

¹⁸ C. Roxin, *Problematyka obiektywnego przypisania*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990, s. 13–15.

przedstawię antycypujących określony przyszły stan rzeczy, wynikających z przekonania po stronie sprawcy m.in. o wartości przyczynowej lub o wartości normatywnej podjętego przez niego zachowania. Innymi słowy, na treść świadomości sprawcy składa się obraz obecnego stanu rzeczy, przyszłego stanu rzeczy oraz prawdopodobieństwo zaistnienia drugiego z wymienionych stanów. Przykłady: kierowca, który – wypiwszy uprzednio cztery lampki wina – wsiadając do samochodu, uświadamia sobie, w jakim jest stanie oraz to, że będzie prowadził pojazd w tym stanie, a także prawdopodobieństwo, że wyobrazony przyszły stan rzeczy wystąpi; strzelec wyborowy, któremu zlecono zabójstwo określonej osoby, uświadamia sobie swoje umiejętności, charakterystykę użytej broni oraz elementy sytuacji składające się na wartość przyczynową podjętego zachowania, uświadamia sobie także antycypowany jego rezultat w postaci śmierci człowieka oraz prawdopodobieństwo, że wyobrazony przyszły stan rzeczy wystąpi.

Uwzględniając trzy wskazane elementy składające się na treść świadomości sprawcy (obraz obecnego stanu rzeczy, przyszłego stanu rzeczy oraz prawdopodobieństwo zaistnienia drugiego z wymienionych stanów), należy wskazać, że w literaturze przyjęły się pojęcia świadomości konieczności realizacji znamion albo świadomości możliwości realizacji znamion typu czynu zabronionego. Na treść świadomości sprawcy składać się będzie świadomość prawdopodobieństwa samego w sobie, świadomość okoliczności odpowiadających znamionom przedmiotowym typu czynu zabronionego oraz ewentualnie świadomość bezprawności, rozumianej jako ocena zachowania przez porządek prawny.

Przenosząc powyższe na grunt art. 9 § 1 i 2 k.k., należy wskazać, że gdy sprawca chce określonego stanu rzeczy, nawet pomimo tego, że stopień prawdopodobieństwa jego realizacji przedstawiał się w świadomości sprawcy jako niski, wówczas należy przypisać mu zamiar bezpośredni. Gdy sprawca intencjonalnie nie wyraża chęci realizacji określonego stanu rzeczy, ale uświadamia sobie prawdopodobieństwo jego realizacji i nie podejmuje żadnego takiego zachowania, po którym można wywnioskować, że intencjonalnie wyraził niechęć dla jego realizacji, wówczas należy przyjąć, że taki sprawca godzi się i przypisać mu zamiar wynikowy. Gdy sprawca ani nie chce, ani nie godzi się na realizację określonego stanu rzeczy, a zatem podjął się zachowania, po którym można wywnioskować, że intencjonalnie wyraził niechęć dla jego realizacji, ale pozostaje w błędzie co do prawdopodobieństwa wystąpienia określonego stanu rzeczy, należy przyjąć, że sprawca działa ze świadomą nieumyślnością. Błąd sprawcy w tym wypadku może polegać na przekonaniu, że zachodzi niskie prawdopodobieństwo wystąpienia określonego stanu rzeczy albo też na tym, że zachowanie, którego sprawca się podjął, a którego zamierzonym rezultatem ma być obniżenie prawdopodobieństwa wystąpienia określonego stanu rzeczy, okaże się skuteczne. W obu przypadkach sprawca zakłada, że ostatecznie prawdopodobieństwo wystąpienia określonego stanu rzeczy jest niższe, niż jest w rzeczywistości, i na tym polega jego

błąd. Z kolei błąd prowadzący do nieświadomej nieumyślności polega na tym, że sprawca nie uświadamia sobie elementów otaczającej go rzeczywistości i tym samym mylnie antycypuje o przyszłym stanie rzeczy. Nakreśleniem błędu prowadzącego do świadomej nieumyślności jest sytuacja kierowcy, który pomimo zakazu podejmuje się manewru wyprzedzania, przekraczając linię podwójną ciągłą na zakręcie w lewo, po czym powoduje wypadek. Najbardziej klasycznym obrazem błędu prowadzącego do nieświadomej nieumyślności jest sytuacja myśliwego, który strzela do nieprawidłowo rozpoznanego celu, antycypując śmierć dzika, a powodując śmierć człowieka.

Mając na uwadze powyższe ustalenia terminologiczne, należy się przyrzec ewolucji poglądów na temat roli samej bezprawności w strukturze znamion przedmiotowych oraz roli świadomości bezprawności w strukturze znamion podmiotowych typu czynu zabronionego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że znamiona strony podmiotowej już na gruncie psychologicznej teorii winy były, m.in. przez S. Śliwińskiego, umieszczane w ramach tzw. istoty czynu¹⁹. W tym względzie na usprawiedliwienie winno zasłużyć uproszczenie, że w nauce E. von Bellinga o istocie czynu²⁰ można doszukiwać się podstaw dla poglądów skutkujących wyróżnieniem przedmiotowych znamion typu czynu zabronionego decydujących o jego bezprawności ujmowanej monistycznie i tych, które przesądzają o stopniu karalności²¹ albo o realizacji przedmiotowych znamion bezprawności karnej²². S. Glaser, odwołując się do von Bellinga, wprost mówi o stopniach bezprawia zależnych od realizacji przez zachowanie sprawcy poszczególnych elementów składających się na opis typu czynu zabronionego²³. Niemniej istota czynu zabronionego niekiedy nie pokrywa się z opisem typu czynu zabronionego, gdyż w opisie tym mogą znajdować się elementy, które znajdują się poza istotą czynu. Glaser wskazuje, że do takich elementów należy zaliczyć te stanowiące przedmiotowe warunki karalności oraz przedmiotowe elementy winy²⁴. Zdaniem Glasera warunki karalności nie muszą być objęte winą sprawcy i tym się różnią od elementów składających się na istotę czynu. W ocenie tego autora zachowanie odpowiadające w swej

¹⁹ S. Śliwiński, *Błąd w świetle przepisów prawa karnego*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 22–23, s. 329–336.

²⁰ S. Glaser, *Nauka o istocie czynu*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 6, s. 81–83.

²¹ A. Zoll, *O wartościowaniu czynu w prawie karnym (Uwagi na marginesie artykułu prof. I. Andrejewa o pojęciu winy)*, „Państwo i Prawo” 1983, z. 4; idem, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej...*; idem, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, nr 23.

²² Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, s. 323–354.

²³ S. Glaser, *Nauka...*, nr 6, s. 82.

²⁴ *Ibidem*.

charakterystyce istocie czynu nie musi być zachowaniem bezprawnym²⁵, choć może rodzić domniemanie bezprawności. Glaser wskazuje, że nieraz w ramach istoty czynu ustawodawca posługuje się wprost określeniami „bezprawne”, „wbrew prawu”, „bez upoważnienia”, co w żaden sposób nie przesądza o tym, że bezprawność stanowi element istoty czynu, a oznacza, że „ustawodawcy nie udało się zebrać w istocie czynu wszystkich warunków, od których zależy bezprawny charakter czynu”²⁶. Autor wskazuje, że ustawodawca może wprowadzić do opisu typu czynu zabronionego okoliczności, które pozwalają na ustalenie rodzaju czynu zabronionego i stanowią o jego charakterystyce, ale które w żaden sposób nie zmieniają znaczenia prawnego czynu – czyn nadal pozostaje bezprawny²⁷. Glaser argumentuje, że „nie miałyby najmniejszego sensu, aby karalność sprawcy była uzależniona od tego, czy znał lub mógł znać takie okoliczności swego czynu, które przy ocenie wartości bezprawnej nie odgrywają żadnej roli”²⁸. Zdaniem autora wprowadzenie przez ustawodawcę do opisu typu czynu zabronionego okoliczności stanowiących przedmiotowe warunki karalności może być podyktowane chęcią ograniczenia karalności (nie chce karać wszystkich wypadków przedstawiających jednakową wartość bezprawną). Autor za przykład wskazuje: przestępstwo udziału w bójce z art. 240 k.k. z 1932 r., którego karalność została ograniczona do wystąpienia określonych w ustawie skutków (śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu); wadliwe prowadzenie ksiąg przez dłużnika, które powoduje takie samo zagrożenie dla interesów wierzycieli, niezależnie czy dłużnik jest wypłacalny, czy też nie, a którego karalność ograniczona została przez ustawodawcę do przypadków wyrządzenia szkody²⁹. Z powodzeniem zatem można przyjąć, że przez przedmiotowe warunki karalności Glaser rozumie następstwa zachowania się sprawcy, w tym te objęte zakresem obecnego art. 9 § 3 k.k.

Co istotne, S. Glaser podkreśla, że istota czynu jest konstruowana przez ustawodawcę w pierwszym rzędzie za pomocą pojęć opisujących i deskryptywnych, w tym najczęściej poprzez wymienienie osób, przedmiotów, czynności, okoliczności, a także za pomocą „nazw, które im dało życie, które zostały wzięte z ich zewnętrznej postaci i które dają bezpośrednio mniej lub więcej dokładne wyobrażenie o ich treści”³⁰. Wówczas ustalenie realizacji elementów składających się na istotę czynu sprowadza się do odwołania się do funkcji czysto poznawczej, kognicyjnej, a tym samym do weryfikacji, czy w ramach określonego przypadku, będącego przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego, zachodzą charakterystyczne właściwości owych pojęć³¹. Często-

²⁵ Idem, *Nauka...*, nr 7, s. 98.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Idem, *Nauka...*, nr 6, s. 82.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, s. 83.

³⁰ Idem, *Nauka...*, nr 7, s. 97.

³¹ *Ibidem*.

króć ustawodawca używa jednak na oznaczenie elementów istoty czynu nie określeń deskryptywnych pochodzących z języka naturalnego, lecz określeń, których znaczeń należy szukać w etyce czy też w dziedzinach dotyczących wartości społecznych, dziedzinach naukowych, artystycznych, odwołujących się do pewnego porządku wartości³², np. w postaci nierządnych czynności, znieważenia, nieprzyzwoitego zachowania się, popełnienia błędów, niezręcznych zabiegów chirurgicznych, ciężkich uszkodzeń czy cudzych rzeczy. W takim przypadku mamy do czynienia z pojęciami wartościującymi czy też normatywnymi, w odniesieniu do których sposób ustalenia tego, czy zachodzą ich charakterystyczne właściwości w ramach określonego przypadku, będącego przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego, wymaga odwołania się do reguł, które ustanawiają ten porządek wartości, z którego znaczenie danego pojęcia pochodzi³³. Wówczas rola sędziego jest podwójnie poznawcza, gdyż winien on nadać ocenę okolicznościom występującym w ramach danego przypadku oraz zestawzić ją z oceną obiektywnie przyjmowaną w ramach tego porządku wartości, z którego znaczenie danego pojęcia pochodzi. Zgodnie zatem z poglądami Glasera na istotę czynu można przyjąć, że niezależnie od tego, czy ustawodawca dla opisu elementów składających się na istotę czynu posłużył się pojęciami deskryptywnymi czy normatywnymi, czy też przyjął domniemanie bezprawności lub wprost posłużył się pojęciem bezprawnie bądź pojęciami do niego bliskoznacznymi, bezprawność nie należy do istoty czynu, a ustalenie tego, czy zachowanie sprawcy odpowiada istocie czynu, polega na poznawczym zaszeregowaniu zewnętrznie postrzegalnych jego elementów pod przedmiotowe elementy istoty czynu, co nie jest tożsame z ustaleniem, że zachowanie sprawcy nosi cechę bezprawności. S. Śliwiński uważa, że świadomość bezprawności współkształtuje podmiotową istotę czynu, choć nie zawsze wprost wynika ze znamion każdego czynu³⁴. Nieświadomość bezprawności, rozumianej jako sprzeczność zachowania z porządkiem prawnym, może być wywołana zarówno przez błąd co do faktu, jak i przez błąd co do prawa, a więc przez błąd co do istoty czynu, i skutkuje wyłączeniem umyślności³⁵.

W takim kontekście należy spojrzeć na art. 14 § 1 k.k. z 1932 r.³⁶ oraz na art. 20 k.k. z 1932 r.³⁷. W uzasadnieniu do k.k. z 1932 r. znajdujemy wskazanie, że

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ S. Śliwiński, *Błąd...*, s. 335.

³⁵ *Ibidem*, s. 336.

³⁶ Art. 14. § 1. Przestępstwo umyślne zachodzi nie tylko wtedy, gdy sprawca chce je popełnić, ale także gdy możliwość skutku przestępnego lub przestępności działania przewiduje i na to się godzi. § 2. Przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość skutku przestępnego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie, jak i wtedy, gdy skutku przestępnego lub przestępności działania sprawca nie przewiduje, choć może lub powinien przewidzieć.

³⁷ Art. 20. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu pod wpływem błędu co do okoliczności należącej do istoty czynu, z wyjątkiem, gdy chodzi o występki nieumyślne, a błąd był

określenie błędu obejmuje cały szereg wypadków błędu faktycznego³⁸ oraz może obejmować błąd co do istnienia stosunku prawnego (zawarcia małżeństwa z osobą, o której sprawca mylnie sądzi, że nie pozostaje w żadnym stosunku małżeńskim), gdyż we wszystkich tych wypadkach po stronie sprawcy zachodzi nieświadomość lub błąd co do okoliczności, należącej do istoty czynu³⁹. Z uzasadnienia wynika pośrednio, że nieświadomość bezprawności nie wyłącza możliwości przypisania sprawcy umyślności, a rolą art. 20 § 2 k.k. z 1932 r. jest przerzucenie ciężaru dowodu wykazania usprawiedliwienia błędu na sprawcę⁴⁰. J. Makarewicz przyjmował, że art. 20 § 2 k.k. z 1932 r. odnosił się tylko do przestępstw nieumyślnych, gdyż warunkiem przyjęcia umyślności jest świadomość przestępczości, a więc też wynikająca z niej świadomość bezprawności⁴¹. Pod pojęciem błędu z art. 20 § 1 k.k. z 1932 r. autor ten rozumiał zarówno błąd co do okoliczności, mającej wykluczyć bezprawność czynu (sprawca przypuszcza, że działa w obrobie koniecznej, zabijając funkcjonariusza państwowego, chcącego go aresztować, a wziętego mylnie za bandytę), jak i błąd urzędnika co do granic swej władzy w mniemaniu, że w danym zakresie działa zgodnie z prawem, gdyż przy przestępstwie „przekroczenia władzy” pojęcie prawne „władza” należy do „istoty czynu”⁴². W orzecznictwie sądowym przyjęto, że błąd co do stosunku prawnego nie jest błędem co do bezprawności, lecz błędem faktycznym i podpada pod art. 20 § 1 k.k. z 1932 r.⁴³. L. Peiper wskazuje, że jeśli sprawca pozostaje w mylnym przekonaniu, iż jest uprawniony do określonego zachowania się, to tym samym nie ma świadomości przestępczości i to przekonanie wyłącza na podstawie art. 20 § 1 k.k. z 1932 r. przypisanie temu sprawcy umyślności⁴⁴. Z tego względu autor ten wyklucza możliwość przepisania umyślności także w przypadku urojenia obrony

wynikiem nieostrożności lub niedbalstwa. § 2. Sąd może uwzględnić usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu jako podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary.

³⁸ Na przykład: działanie przeciwko człowiekowi w przekonaniu, że jest zwierzęciem lub przedmiotem nieożywionym; działanie polegające na zaborze cudzej rzeczy ruchomej w przekonaniu, że jest własną; działanie przeciwko człowiekowi bez zdawania sobie sprawy, że posiada on w stosunku do sprawcy swoiste właściwości (np. osoba zwierzętnicza); działanie w przekonaniu, że nikomu nie grozi żadne niebezpieczeństwo, mimo że niebezpieczeństwo to zachodzi.

³⁹ L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 52–53, 73–74.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 52–53, 75–76.

⁴¹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1937, s. 99; idem, *Błąd co do przestępczości działania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1936, nr 1, s. 33 i n.; idem, *O wykładnię art. 14 k.k.*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 51, s. 714–715; S. Pławski, *Nieświadomość przestępczości a wina*, Lwów 1939, s. 24–47 (autor dopuszcza istnienie takich typów przestępstw, w ramach których brak świadomości bezprawności nie będzie miał wpływu na ustalenie umyślności); J. Aker, *Zagadnienie błędu na tle polskiego prawa karnego (art. 14 i 20 k.k.)*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1937, nr 15, s. 212–215.

⁴² J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 98.

⁴³ Zob. W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 99.

⁴⁴ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 77.

koniecznej⁴⁵. Zdaniem Śliwińskiego każdy błąd, czy to mający za przedmiot fakty, czy to mający za przedmiot prawo, może powodować u sprawcy nieświadomość bezprawności czynu (w szczególności w przypadku, gdy sprawca działa w urojonej obronie koniecznej, błędnie wyklada przepisy spadkowe, nie udziela pomocy w niebezpieczeństwie w przekonaniu, że nie jest do tego obowiązany), gdyż błąd z art. 20 § 1 k.k. z 1932 r. nie dotyczy li tylko faktów, lecz także istoty czynu⁴⁶. Glaser z kolei zwrócił uwagę na to, że powyższa problematyka łączy się z odpowiedzią na pytanie, czy dla przypisania sprawcy umyślności wymagane jest ustalenie świadomości bezprawności, czy świadomości sprzeczności z normą, czy też świadomości naruszenia prawnie chronionego interesu, czy wreszcie świadomości sprzeczności z obowiązkiem⁴⁷. Nieco spłaszczając wskazaną dywersyfikację, Glaser przyjmuje, że warunkiem zastosowania kary powinno być stwierdzenie podmiotowej naganności nastroju woli, a więc stwierdzenie nastawienia woli sprawcy na coś, o czym ten wie, że nie powinno było nastąpić⁴⁸, a następnie wywodzi, że błąd co do prawa powinien być traktowany w ustawodawstwie na równi z błędem faktycznym⁴⁹.

Treść odpowiednich przepisów k.k. z 1969 r., tj. art. 7⁵⁰ i art. 24⁵¹, w relevantnych fragmentach zbliżona jest do art. 9 § 1 k.k. i art. 30 k.k. oraz art. 28 § 1 k.k.⁵² w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. Błąd co do istoty czynu został zastąpiony błędem co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Przy interpretacji art. 9 § 1 k.k. przyjmuje się, że pojęcie czynu zabronionego oznacza

⁴⁵ *Ibidem*, s. 77. Tak samo A. Berger, *Czyn i jego istota (uwagi do art. 1 i 20 § 1 k.k.)*, „Studia nad Kodeksem Karnym” 1932, nr 6, s. 46.

⁴⁶ S. Śliwiński, *Jeszcze o wykładni art. 14 i 20 k.k.*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 44, s. 661–662; idem, *Błąd...*, s. 329–336; idem, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 238–280; K. Bzowski, *O stosunku § 1 art. 14 do § 2 art. 20 K.K. 1932 r.*, „Głos Sądownictwa” 1936, nr 10, s. 768–772; A. Berger, *op. cit.*, s. 50; W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna. Ustawa karna i przestępstwo*, Warszawa 1947, s. 164–166, 241–244.

⁴⁷ S. Glaser, *Ignorantia iuris w prawie karnym*, Kraków 1931, s. 26 i literatura tu cytowana.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 27.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 41; idem, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 180–181.

⁵⁰ Art. 7. § 1. Przestępstwo umyślne zachodzi wtedy, gdy sprawca ma zamiar popełnienia czynu zabronionego, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi. § 2. Przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie, jak i wtedy, gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może przewidzieć.

⁵¹ Art. 24. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu pod wpływem błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, z wyjątkiem, gdy chodzi o występki nieumyślne, a błąd był wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. § 2. Nieświadomość bezprawności czynu nie wyłącza odpowiedzialności, jeżeli sprawca mógł błędu uniknąć. § 3. W wypadku określonym w § 2 do sprawcy przestępstwa umyślnego sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

⁵² Art. 28. § 1. Nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię.

w istocie przedmiotowe znamiona czynu zabronionego (u Glasera istota czynu ujęta jest przedmiotowo). Konstrukcje błędu co do istoty czynu z art. 20 § 1 k.k. z 1932 r., błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z art. 24 § 1 k.k. z 1969 r. oraz błędu z art. 28 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. funkcjonowały obok definicji kontekstowych umyślności z art. 14 § 1 k.k. z 1932 r., art. 7 § 1 k.k. z 1969 r. oraz obecnie obowiązującego art. 9 § 1 k.k. i stanowiły jej doprecyzowanie w tym znaczeniu, że o wyłączeniu przypisania umyślności decydował tylko błąd co do istoty czynu czy też tylko błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Inną rzeczą jest to, co według poszczególnych autorów stanowiło element istoty czynu i czy jej podmiotowym elementem była świadomość bezprawności albo czy do znamion czynu zabronionego zaliczano znamiona negatywne. Niemniej do 1 lipca 2015 r. przedmiot błędu współkształtował zakres świadomości wymaganej dla przyjęcia umyślności.

Jak już zasygnalizowano na początku opracowania, powodem zmiany art. 28 § 1 k.k. było przekonanie, że przy rozumieniu zwrotu „czyn zabroniony” zawartego w art. 9 § 1 k.k. w kontekście słowa „przewidywanie”, jako oznaczającego przedmiotowe znamiona czynu zabronionego, art. 9 § 1 k.k. pełnił tę samą funkcję, co art. 28 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. Przesądzał bowiem, że brak świadomości, a więc nieprzewidywanie elementów rzeczywistości odpowiadających znamionom przedmiotowym typu czynu zabronionego, stanowi o tym, że nie można sprawcy przypisać umyślnego popełnienia czynu zabronionego. Taka zgodność funkcji art. 28 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. z art. 9 § 1 k.k., której konsekwencją stała się konieczność wyeliminowania z porządku prawnego unormowania zbędnego, zachodziła tylko przy przyjęciu określonych założeń teoretycznych. Owe określone założenia teoretyczne i dość pojemna znaczeniowo część ogólna Kodeksu karnego umożliwiając również taką interpretację przepisów, która treść art. 28 § 1 k.k. w obecnym brzmieniu⁵³ pozwala wyciągnąć ze znaczenia czasownika „mógł” użytego w art. 9 § 2 k.k. i art. 9 § 3 k.k. Wówczas to brak możliwości przewidzenia przesądza o tym, że błąd sprawcy należy uznać za usprawiedliwiony. Funkcję art. 28 § 1 k.k. w obecnym brzmieniu można z powodzeniem wyprowadzić także z ogólnej klauzuli zawinienia z art. 1 § 3 k.k. Wówczas dla powtórzenia funkcji art. 28 § 1 k.k. w obecnym brzmieniu („Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”) należy przyjąć, że usprawiedliwiony błąd co do znamion typu czynu zabronionego, jeśli jego przedmiotem były okoliczności stanowiące desygnaty tych znamion, wyłącza winę, a zatem błąd ten mieści się w zakresie zastosowania art. 1 § 3 k.k.

⁵³ Art. 28. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego.

Wydaje się więc, że zmiana art. 28 § 1 k.k. nie była zabiegiem do końca prze-myślanym. Po pierwsze, ustawodawca zerwał z dotychczasową tradycją legisla-cyjną dotyczącą formuły błędu co do znamion, uformowaną poczynając od art. 24 k.k. z 1969 r. Musi to oznaczać, że wobec zmiany art. 28 § 1 k.k. na aktualności zyskują poglądy wyrażone na gruncie art. 20 § 1 k.k. z 1932 r. normującego błąd co do istoty czynu. Obecna formuła wyłączająca umyślność w postaci „nieprzewi-dywania możliwości popełnienia czynu zabronionego”, niezależnie od tego, który z elementów zostanie nieprawidłowo odbity w treści świadomości sprawcy – czy obraz obecnego stanu rzeczy, czy obraz przyszłego stanu rzeczy, czy w końcu stopień prawdopodobieństwa zaistnienia drugiego z wymienionych stanów, zbli-żona jest do formuły błędu co do istoty czynu ze wszystkimi tego konsekwencja-mi. Po drugie, jak się wydaje, ustawodawca nie dostrzegł różnicy znaczeniowej pomiędzy zwrotem „w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego zamię czynu zabronionego”, który można wyprowadzić z obowiązującego do 1 lipca 2015 r. art. 28 § 1 k.k., a zwrotem „nieprzewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego”, który można wyprowadzić z art. 9 § 1 k.k. Jak się wydaje, w oce-nie ustawodawcy, który dokonał zmiany art. 28 § 1 k.k., oba wskazane zwroty są równe co do zakresów znaczeń, a tym samym prowadzą w tożsamy sposób do braku umyślności. Jak zostanie to dalej wykazane, mając na uwadze wyżej zarysowaną relację art. 14 § 1 k.k. z 1932 r. do art. 20 § 1 i 2 k.k. z 1932 r. oraz relację art. 7 § 1 k.k. z 1969 r. do art. 24 k.k. z 1969 r., należy przyjąć, że wyżej wskazane założenie jest błędne, a nowelizacja art. 28 § 1 k.k. powinna prowadzić do daleko idących zmian w ustaleniu tego, jaka powinna być treść świadomości sprawcy wymagana dla przypisania mu zamiaru popełnienia określonego typu czynu zabronionego.

Wydaje się, że na gruncie obecnie obowiązującego art. 9 § 1 k.k. i art. 28 § 1 k.k. do obrony byłoby twierdzenie J. Majewskiego, iż „urojenie sytuacji kontraty-powej zawsze wyłącza przypisanie sprawcy świadomości, że *in concreto* zachodzą wszystkie okoliczności faktyczne konstytuujące bezprawność czynu, który przedsięwzię”⁵⁴, a co za tym idzie za słuszne należałoby przyjąć twierdzenie tego autora, że „urojenie sytuacji kontratypowej jest rodzajem błędu co do faktu, bowiem źródłem błędu jest tu mylne rozpoznanie relewantnego fragmentu rze-czywistości”⁵⁵. O ile, poza zwolennikami teorii negatywnych znamion, na gruncie art. 28 § 1 k.k. o treści obowiązującej do 30 czerwca 2015 r. nie sposób było bronić poglądu, że błąd co do okoliczności faktycznej, którego rezultatem jest nie-prawidłowe rozpoznanie tego, iż sprawca nie znajduje się w sytuacji wyłączającej

⁵⁴ J. Majewski, *Funkcja urojenia sytuacji kontratypowej w prawie karnym*, [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. 442.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 441.

bezpprawność, wyłączał umyślność, gdyż kontratyp nie stanowił znamienia typu czynu zabronionego, o tyle obecnie błąd taki może prowadzić do „nieprzewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego”. Można zatem bronić tezy, że sprawca, który ma nieprawidłowy obraz rzeczywistości i w nieprawidłowy sposób antycypuje z niego przyszły stan rzeczy, znajduje się w błędzie, który wyklucza zastosowanie art. 9 § 1 k.k. i przypisanie sprawcy jednej z dwóch postaci zamiaru. Jeśli w świadomości sprawcy pojawił się tylko jeden obraz rzeczywistości i nie miał on wątpliwości, że znajduje się w okoliczności wyłączającej bezpprawność, a w istocie jej przesłanki nie były spełnione, wówczas błąd sprawcy powinien prowadzić do przyjęcia nieświadomej nieumyślności. Jeśli zaś w świadomości sprawcy pojawiły się dwa przeciwstawne obrazy rzeczywistości – pierwszy odpowiadający sytuacji, w której przesłanki okoliczności wyłączającej bezpprawność są spełnione, oraz drugi, w której nie są, a błąd sprawcy dotyczył prawdopodobieństwa, iż znajduje się on w pierwszej z opisanych sytuacji – wówczas błąd sprawcy powinien prowadzić do przyjęcia świadomej nieumyślności.

Na gruncie obecnego brzmienia art. 9 § 1 i 2 k.k. oraz art. 28 § 1 k.k. nie sposób zasadnie twierdzić, że z tych unormowań można wyprowadzić regułę ogólną przesądzającą o tym, iż przykładowo błąd co do okoliczności o charakterze faktycznym zawsze wyłącza umyślność, a błąd co do okoliczności o charakterze prawnym jest z punktu widzenia umyślności irrelevantny. Obecne brzmienie wskazanych przepisów pozwala natomiast twierdzić, że o tym, co powinno zostać objęte treścią świadomości, aby móc przypisać sprawcy zamiar popełnienia czynu zabronionego, decyduje zestaw przedmiotowych i podmiotowych znamion konkretnego typu czynu zabronionego. W pełni aktualność w tym względzie ma przywołany wyżej pogląd S. Glasera, w którym opisuje rolę sędziego przy ustalaniu realizacji istoty czynu. Pogląd ten z powodzeniem można wykorzystać dla sformułowania sposobu ustaleń dotyczących treści świadomości sprawcy odnośnie do elementów rzeczywistości odpowiadających poszczególnym znamionom typu czynu zabronionego. Gdy typ czynu zabronionego został przez ustawodawcę skonstruowany za pomocą pojęć opisujących i deskryptywnych, wówczas ustalenie świadomości elementów rzeczywistości stanowiących znamiona sprowadza się do odwołania się do funkcji czysto poznawczej, kognicyjnej, a tym samym do weryfikacji, czy zachodzą charakterystyczne właściwości pojęć użytych w ustawie pochodzących z języka naturalnego. Gdy ustawodawca posłużył się określeniami, których znaczeń należy szukać w etyce czy też w dziedzinach dotyczących wartości społecznych, dziedzinach naukowych, artystycznych, a odwołujących się do pewnego porządku wartości, np. w postaci nierządnych czynności, znieważenia, nieprzyzwoitego zachowania się, popełnienia błędów, niezręcznych zabiegów chirurgicznych, ciężkich uszkodzeń czy cudzych rzeczy, wówczas pojęcia te mają charakter wartościujący lub normatywny i należy przy ustalaniu, czy zachodzą charakterystyczne ich właściwości, odwołać się do reguł, które ustanawiają

ten porządek wartości, z którego znaczenie danego pojęcia pochodzi⁵⁶. Wówczas w wymaganej dla przypisania zamiaru treści świadomości sprawcy powinno znaleźć się nie tylko odbicie odnośnego elementu rzeczywistości odpowiadającego znamieniu typu czynu zabronionego, ale także treść reguł, które ustanawiają ten porządek wartości, z którego pochodzi znaczenie elementu rzeczywistości nazywane pojęciem użytym w opisie znamienia. Innymi słowy, przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja typu czynu zabronionego decyduje o tym, czego powinien być świadomy sprawca, aby móc mu przypisać zamiar. Aby móc przypisać sprawcy, że „przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego”, a więc że w jego świadomości odbiła się treść wymagana z punktu widzenia art. 9 § 1 k.k. dla przypisania jednej z postaci zamiaru, należy najpierw odwołać się do charakteru znamion użytych przez ustawodawcę w typie czynu zabronionego. Gdy będą to znamiona wartościujące czy normatywne, wówczas dla przypisania świadomości ich realizacji konieczne jest ustalenie, że sprawca znał reguły tworzące porządek wartości, z którego zostało wzięte pojęcie użyte w opisie znamienia. Gdy owym porządkiem wartości będzie porządek prawny, wówczas świadomość bezprawności powinna współkształtować treść świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru. Tym samym o ile bezprawność sama w sobie nie stanowi znamienia przedmiotowego typu czynu zabronionego, o tyle – w zależności od rodzaju użytych w typie znamion – świadomość bezprawności może współkształtować treść znamion podmiotowych współtworzących ów typ czynu zabronionego.

Wskazany wyżej pogląd nie sposób pogodzić z twierdzeniem wynikającym z poglądów J. Majewskiego, zgodnie z którymi nieświadomość relewantnego z punktu widzenia ustalenia bezprawności faktu zawsze wyłącza umyślność, bez względu na to, czy błąd ten będzie dotyczył znamienia deskryptywnego, znamienia normatywnego, czy też okoliczności wyłączającej bezprawność. Zdaniem tego autora „błąd co do faktu oraz błąd co do prawa różnią się zasadniczo przedmiotem”, gdyż „w przypadku błędu co do faktu sprawca nie wie, co robi, w przypadku błędu co do prawa – nie wie, jak to, co robi, ma się do obowiązującego prawa”⁵⁷. W konsekwencji w ocenie Majewskiego świadomość po stronie sprawcy faktów, na podstawie których ustala się relacje zachowania do porządku prawnego, a zatem składających się na okoliczności wyłączające bezprawność i na znamiona czynu zabronionego, jest kwestią przypisania umyślności/nieumyślności, a świadomość oceny prawnej zachowania jest kwestią przypisania winy. Wydaje się jednak, że nieświadomość oceny zachowania, w tym oceny prawnej, po stronie sprawcy upoważnia do twierdzenia, iż sprawca nie uświadamia sobie tego, co

⁵⁶ S. Glaser, *Nauka...*, nr 7, s. 97.

⁵⁷ J. Majewski, *Błąd co do kontratypu jako podstawa wyłączenia winy*, [w:] *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010, s. 23.

robi. Sama świadomość okoliczności o charakterze faktycznym samych w sobie nie zawsze jest wystarczająca dla stwierdzenia tego, że sprawca wie, co robi.

Jeśli zaakceptować twierdzenie, że świadomość bezprawności w odniesieniu do niektórych typów czynów zabronionych współkształtuje treść świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru, to należy również przyjąć, że sprawca może mieć świadomość bezprawności, może jej nie mieć albo „względnie posiadać tylko świadomość możliwości jej egzystencji”⁵⁸. W perspektywie świadomości bezprawności błąd sprawcy może zatem dotyczyć zarówno obecnego stanu rzeczy, przyszłego stanu rzeczy, jak i prawdopodobieństwa wystąpienia drugiego z wymienionych.

W perspektywie charakteru świadomości bezprawności samej w sobie W. Wolter zadał pytanie, „czy ta bezprawność polega na świadomości, że czyn sprzeciwia się właśnie temu lub innemu przepisowi prawnemu, czy też na jakiejś mniej lub więcej jasnej świadomości sprzeczności z ogólnym porządkiem prawnym, czy też na świadomości sprzeczności z obowiązkiem, lub wreszcie na świadomości aspołeczności skutku”⁵⁹. Wydaje się, że świadomość bezprawności implikuje rozeznanie sprawcy co do wartości tego elementu rzeczywistości, który został zapisany przez ustawodawcę w typie czynu zabronionego przy pomocy znamienia wartościującego lub normatywnego wziętego z porządku wartości, jakim jest porządek prawny. W tym znaczeniu prawidłowe ustalenie treści świadomości sprawcy, a więc tego, że „przewidywał on możliwość popełnienia czynu zabronionego” w rozumieniu art. 9 § 1 k.k., wymaga ustalenia, że znał on wartość prawną relewantnych z punktu widzenia realizacji znamion typu czynu zabronionego elementów rzeczywistości. W tym znaczeniu w pewnym dalekim uproszczeniu można mówić, że świadomość bezprawności jest świadomością sprzeczności odnośnej aktywności sprawcy z porządkiem prawnym⁶⁰.

W. Wolter zauważa, że nawet posłużenie się konstrukcją presumpcji ustawowej, iż przepisy prawne znane są wszystkim, nie wyłącza konieczności ustalenia, czy sprawca uświadamiał sobie bezprawność swojego zachowania. Zdaniem tego autora owa „presumpcja stwierdza tylko, że z powodu trudności dowodowych suponujemy zawsze, iż sprawca działał *in frandem legis*”⁶¹. Wydaje się, że nie ma podstaw, aby różnicować sposób ustalania świadomości sprawcy co do war-

⁵⁸ W. Wolter, *Czynnik psychiczny w istocie przestępstwa*, Kraków 1924, s. 65.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Por. *ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, s. 67–68. Jak wskazuje W. Wolter (*ibidem*, s. 80), „dążności praktyki do zacieśnienia presumpcji: *ignorantia legis nocet* z drugiej strony, zawdzięczamy odróżnienie błędu odnośnie do prawa karnego, od błędu dotyczącego wszystkich innych dziedzin prawnych. Ponieważ jednak i ten podział nie okazał się dostatecznym, przeto wyodrębniono z dziedziny błędów co do prawa karnego ciśniejszą grupę błędów co do charakteru czynności jako zakazanej. A gdy i to nie wystarczało, stworzono kategorię błędów co do negatywnych znamion istoty przestępstwa”.

tości przyczynowej jego zachowania ze sposobem ustalania świadomości sprawcy co do wartości prawnej jego zachowania. Za każdym razem musimy ustalić świadomość po jego stronie relewantnych elementów rzeczywistości, aby móc sformułować następnie wiarygodną wypowiedź przypisującą mu określoną treść świadomości.

W tym kontekście należy wskazać, że w Polsce okresu międzywojennego zarysowały się dwa wyraźne stanowiska w kwestii wpływu świadomości bezprawności na odpowiedzialność karną. Pierwsze, w ramach którego twierdzono, że k.k. z 1932 r. przyjął zasadę *ignorantia iuris criminalis excusat* (J. Makarewicz, S. Pławski, J. Aker), oraz drugie, w ramach którego postawiono tezę, że k.k. z 1932 r. hołduje zasadzie *error iuris nocet* (S. Śliwiński, E.S. Jamontt, S. Rappaport, S. Glaser, K. Bzowski, W. Wolter)⁶². Cały spór dotyczył wszak art. 14 k.k. z 1932 r.⁶³ i art. 20 k.k. z 1932 r.⁶⁴. Należy zwrócić uwagę, że ze sformułowania „przestępność skutku i przestępność działania” zwolennicy pierwszego z wymienionych stanowisk wyciągali argument świadczący o tym, że błąd co do bezprawności, jako element przestępności, pociąga za sobą przypisanie sprawcy winy nieumyślnej. Dopiero niestwierdzenie lekkomyślności i niedbalstwa uwalniało sprawcę od odpowiedzialności karnej. Zwolennicy drugiego stanowiska przyjmowali, że art. 20 § 2 k.k. z 1932 r. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 14 k.k. z 1932 r., a co za tym idzie usprawiedliwiony błąd co do bezprawności pozwala tylko na nadzwyczajne złagodzenie kary przy popełnieniu przestępstwa umyślnego.

Idąc dalej, należy wskazać, że na gruncie art. 7 k.k. z 1969 r.⁶⁵ i art. 24 k.k. z 1969 r.⁶⁶ W. Wolter odwołał się do teorii negatywnych znamion czynu

⁶² Szerzej: M.A. Myrcha, *Nieświadomość bezprawności a wina w karnym ustawodawstwie kanonicznym i polskim*, „Polonia Sacra. Kwartalnik Kanoniczno-Historyczny” 1956, nr 1–2, s. 29–124.

⁶³ Art. 14. § 1. Przestępstwo umyślne zachodzi nie tylko wtedy, gdy sprawca chce je popełnić, ale także gdy możliwość skutku przestępnego lub przestępności działania przewiduje i na to się godzi. § 2. Przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość skutku przestępnego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie, jak i wtedy, gdy skutku przestępnego lub przestępności działania sprawca nie przewiduje, choć może lub powinien przewidzieć.

⁶⁴ Art. 20. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu pod wpływem błędu co do okoliczności należącej do istoty czynu, z wyjątkiem, gdy chodzi o występki nieumyślne, a błąd był wynikiem nieostrożności lub niedbalstwa. § 2. Sąd może uwzględnić usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu jako podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary.

⁶⁵ Art. 7. § 1. Przestępstwo umyślne zachodzi wtedy, gdy sprawca ma zamiar popełnienia czynu zabronionego, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi. § 2. Przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie, jak i wtedy, gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może przewidzieć.

⁶⁶ Art. 24. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu pod wpływem błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, z wyjątkiem, gdy chodzi o występki

zabronionego dla rozwiązania problemu błędu do co okoliczności wyłączającej bezprawność⁶⁷.

W tym kontekście należy powtórzyć, że treść art. 28 § 1 k.k.⁶⁸ w brzmieniu do 30 czerwca 2015 r. przesądzała o tym, że przedmiotem błędu wyłączającego możliwość przypisania sprawcy umyślności mogły być tylko okoliczności faktyczne stanowiące znamiona typu czynu zabronionego. Brak obecnie formuły nieusprawiedliwionego błędu musi wpłynąć na zmianę w zakresie relacji art. 28 § 1 k.k., art. 29 k.k. i art. 30 k.k. do art. 9 § 1 k.k. Żadne z wymienionych unormowań dotyczących błędów nie normuje błędu nieusprawiedliwionego jako przesłanki uniemożliwiającej przypisanie sprawcy umyślności, ale też jej nie wyklucza. Można zatem wywieść, że gdy pozostawanie przez sprawcę w błędzie opisanym w art. 28 § 1 k.k., art. 29 k.k.⁶⁹ lub art. 30 k.k.⁷⁰ wyklucza możliwość przyjęcia, iż „przewidywał on możliwość popełnienia czynu zabronionego” w rozumieniu art. 9 § 1 k.k., to nie tylko błąd co do znamion będzie stanowić o wyłączeniu umyślności, ale także urojenie okoliczności stanowiącej zamię okoliczności wyłączającej bezprawność z art. 29 k.k. oraz nieświadomość bezprawności z art. 30 k.k. O tym, która z okoliczności jest relewantna dla przypisania umyślności, decyduje konstrukcja typu czynu zabronionego.

Należy się zgodzić z Z. Jędrzejewskim, że przyjmowane na gruncie art. 28 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. założenie co do relacji strony podmiotowej i winy musiało w konsekwencji prowadzić do denormalizacji pojęcia zamiaru na płaszczyźnie znamion typu czynu zabronionego oraz do jego „wypreparowania” i oddzielenia od każdego kontekstu wartościującego⁷¹. Przy takim ujęciu bezprawność i wina mają charakter wartościujący, a opis czynu zabronionego, składający się ze strony przedmiotowej i podmiotowej, ma

nieumyślny, a błąd był wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. § 2. Nieświadomość bezprawności czynu nie wyłącza odpowiedzialności, jeżeli sprawca mógł błędu uniknąć. § 3. W wypadku określonym w § 2 do sprawcy przestępstwa umyślnego sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

⁶⁷ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 234.

⁶⁸ Nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego zamię.

⁶⁹ Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność albo winę; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

⁷⁰ Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

⁷¹ 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, vol. 65, s. 27.

charakter deskryptywny⁷². Założenie to w swych konsekwencjach prowadzi do przenoszenia wszelkich ocen związanych z procesem wartościowania zachowania pod kątem jego zgodności z całym porządkiem prawnym na płaszczyznę bezprawności, a tym samym te elementy procesu decyzyjnego sprawcy, których przedmiotem jest sfera zgodności zachowania z prawem, znajdują się w płaszczyźnie winy. Przyjęcie tzw. ścisłej teorii winy w wypadku sytuacji nieświadomości bezprawności czy urojenia znamienia kontratypu, a także znamion normatywnych zawartych w typie czynu zabronionego ma te konsekwencje, że prowadzi do wyrugowania ich z treści strony podmiotowej, w tym zamiaru⁷³.

Całkowite „wypreparowanie” i oddzielenie treści świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru od każdego kontekstu wartościującego oraz całkowite „wypreparowanie” i oddzielenie winy od elementów mających charakter deskryptywny prowadzi do rozwiązań dalece niesprawiedliwych. W opracowaniu dotyczącym problematyki znamion normatywnych i klauzul normatywnych przytoczyłem przykład błędu sprawcy co do okoliczności o charakterze deskryptywnym nieznaidującej się w opisie znamion czynu zabronionego, którego skutkiem jest nieświadomość bezprawności. Przy „wypreparowaniu” i oddzieleniu winy od elementów mających charakter deskryptywny błąd taki jest błędem nieistotnym i prowadzi do pełnej odpowiedzialności za umyślny czyn zabroniony. Przykład ten polega na błędzie sprawcy co do charakterystyki broni, którą posiada (myli się co do tego, że broń, którą posiada, została wyprodukowana przed 1885 r., a tymczasem wyprodukowano ją później i powinien uzyskać zezwolenie na jej posiadanie), który to błąd rodzi po stronie sprawcy przekonanie, że zgodnie z ustawą o broni i amunicji nie musi się on starać o uzyskanie zezwolenia⁷⁴. Logiczną konsekwencją założenia o całkowitej denormatywizacji opisu czynu zabronionego, w tym strony przedmiotowej i podmiotowej tego czynu, oraz o wyłączeniu elementów deskryptywnych z bezprawności i winy, prezentowanego przez A. Zolla⁷⁵, jest przyjęcie, że błąd taki, jak wyżej opisany, pozostaje bez wpływu na odpowiedzialność karną sprawcy. Jest to bowiem błąd co do elementu deskryptywnego znajdującego się poza zakresem znamion czynu zabronionego, a więc błąd nieistotny z punktu widzenia ustalenia elementów niezbędnych dla przypisania jednej z postaci strony podmiotowej (umyślności, nieumyślności), który ze względu na ów deskryptywny charakter nie może mieć przy takim ujęciu również znaczenia

⁷² M. Małecki, *Miedzy bezprawnością, karalnością i winą (na marginesie artykułu Zbigniewa Jędrzejewskiego)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, nr 3, s. 91–92.

⁷³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 214.

⁷⁴ P. Zakrzewski, *O sposobach normowania...*, s. 262.

⁷⁵ A. Zoll, *Strona podmiotowa i wina 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. 407–421.

z punktu widzenia ustalenia elementów niezbędnych dla przypisania winy (zarzucałości), gdyż w tym przypadku przedmiotem błędu może być tylko element normatywny. Drugi przykład – zdecydowanie prostszy i choć typowo akademicki, to być może bardziej obrazowy – dotyczy prawa, które zabrania polowania, gdy powiewa czerwona flaga, a pozwala na polowanie, gdy powiewa flaga zielona⁷⁶. Jeśli myśliwy, znając treść owego prawa, pomyli się co do koloru flagi i rozpocznie polowanie w czasie, gdy powiewa czerwona flaga, przeświadczony, że powiewa flaga zielona, a ów element deskryptywny nie znajduje się w opisie znamion typu czynu zabronionego, to logiczną konsekwencją rzeczzonego poglądu o wyłączeniu elementów deskryptywnych z bezprawności i winy powinno być przyjęcie, że błąd ten nie ma wpływu na odpowiedzialność karną myśliwego. Rozwiązanie takie wydaje się dalece niesprawiedliwe.

Nie sposób natomiast zgodzić się w pełni z Z. Jędrzejewskim w tym zakresie, w jakim autor ten opowiada się za społeczno-wartościującym (normatywnym) ujęciem istoty czynu i umyślności (zamiaru) jako reguły dla wszystkich typów czynów zabronionych, a więc z pominięciem wskazanego wyżej wymagania, aby ustawodawca za pomocą kształtu znamion przedmiotowych decydował *de facto* o elementach składających się na wymaganą dla przypisania zamiaru świadomość sprawcy każdorazowo odrębnie dla konkretnego typu czynu zabronionego. Pogląd tego autora oznacza wprawdzie, że „przy określaniu przedmiotu zamiaru (świadomości sprawcy) są lub mogą być istotne nie tylko «okoliczności faktyczne» będące podstawą znamion typu, ale również ich społeczny (normatywny) kontekst i znaczenie, świadomość społecznej szkodliwości, a być może nawet ocena prawna czynu”⁷⁷, ale jednocześnie ma to stanowić regułę dla wszystkich typów czynów zabronionych. Zdaniem Jędrzejewskiego „zanurzenie” czynu w kontekście społecznym ma te konsekwencje, że przy „konstrukcji zamiaru trzeba uwzględnić całą sytuację, w której czyn jest realizowany, a nie wyłącznie samą wolę naruszenia dobra prawnego”⁷⁸. Takie postawienie sprawy, a więc uwypuklenie społeczno-normatywnego kontekstu umyślnego bezprawia, prowadzi autora do konstatacji, że „zamiar nie może być ujmowany całkowicie neutralnie, tak jak tego chcą finaliści, nie można pozbawić go wszelkich elementów wartościujących”⁷⁹. Zdaniem

⁷⁶ Przykład zaczerpnięty z: D. Husak, *Ignorance of Law: A Philosophical Inquiry*, Oxford 2016, s. 105–106.

⁷⁷ Z. Jędrzejewski, *Společno-wartościujący (normatywny) a deskryptywny charakter strony podmiotowej czynu zabronionego. Kompleksowe a (czysto) normatywne ujęcie winy (na przykładzie regulacji urojenia znamienia kontratypu i znowelizowanego art. 28 par. 1 k.k. z 1997 r.)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, nr 1, s. 75; idem, *Strona podmiotowa i wina, przedmiot oceny i ocena a tzw. ścisła teoria winy*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016, s. 146.

⁷⁸ Idem, *Společno-wartościujący...*, s. 75; idem, *Strona podmiotowa...*, s. 146.

⁷⁹ Idem, *Společno-wartościujący...*, s. 81.

Jędrzejewskiego „nie jest możliwa ostra separacja istoty czynu od bezprawności, a także zamiaru nie tylko od świadomości bezprawności, ale w zasadzie od wszelkich ocen, które u finalistów lokowane są w winie”⁸⁰. Autor ten uważa za całkowicie nietrafne stanowisko, że umyślność ma charakter wyłącznie deskryptywny (jest wolna od wartościowania). Poza tym stoi na stanowisku, że „umyślność jest ujemnie wartościowana poprzez świadomość (rozpoznawalność) ujemnej anty-społecznej wartości poszczególnych znamion i ich całego zestawu typizującego czyn, w szczególności znamion normatywnych (ocennych)”⁸¹.

Uwzględniając powyższe rozważania, uważam, że zmiana art. 28 § 1 k.k., jaka dokonała się 1 lipca 2015 r., a która zbliżyła obecnie obowiązujące unormowania prawne do tych obowiązujących z k.k. z 1932 r., ma również ten skutek, że obok modeli teoretycznych, polegających czy to na przyjęciu jednej reguły dla wszystkich typów czynów zabronionych opartej na całkowitym „wypreparowaniu” i oddzieleniu treści świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru od każdego kontekstu wartościującego oraz na całkowitym „wypreparowaniu” i oddzieleniu winy od elementów mających charakter deskryptywny, czy to na przyjęciu jednej reguły dla wszystkich typów czynów zabronionych polegającej na społeczno-wartościującym (normatywnym) ujęciu istoty czynu i umyślności (zamiaru), w brzmieniu art. 1 § 1 i 3 k.k., art. 9 § 1 i 2 k.k., art. 28 § 1 k.k., art. 29 k.k. i art. 30 k.k., możliwe jest zakotwiczenie jeszcze jednego modelu teoretycznego, w ramach którego o tym, czy treść świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru będzie miała charakter „wypreparowany” i oddzielony od każdego kontekstu wartościującego, czy też będzie miała charakter społeczno-wartościujący, decyduje konstrukcja konkretnego typu czynu zabronionego, a przede wszystkim charakter – czy to deskryptywny, czy to wartościujący – znamion zawartych w jego opisie.

W ramach przyjętej przeze mnie konwencji należy rozróżnić pojęcie błędu jako zaszłości faktycznej w postaci nieprawidłowego odbicia w świadomości sprawcy fragmentu rzeczywistości, która to rzeczywistość ze względu na jej przedmiot może być zaszeregowana albo jako element deskryptywny – błąd co do faktów, albo jako element normatywny – błąd co do prawa⁸², od błędów rozumianych jako konstrukcje jurydyczne w postaci: konstrukcji urojenia albo nieświadomości znamion czynu zabronionego skutkującego wyłączeniem możliwości przypisania sprawcy zamiaru popełnienia czynu zabronionego, a w przypadku czynów zabronionych mających charakter nieumyślny, gdy błąd taki jest usprawiedliwiony, wyłączeniem możliwości przypisania winy (art. 9 § 1 i 2 k.k., art. 28 § 1 k.k.); konstrukcji urojenia znamion okoliczności wyłączających bezprawność

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*, s. 90.

⁸² P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy...*, s. 333–346.

albo wyłączających winę (art. 29 k.k.), skutkującej – gdy błąd taki jest usprawiedliwiony – wyłączeniem możliwości przypisania winy, oraz konstrukcji nieświadomości bezprawności (art. 30 k.k.) również skutkującej – gdy błąd taki jest usprawiedliwiony – wyłączeniem możliwości przypisania winy. W moim przekonaniu o tym, czy błąd co do faktów czy też błąd co do prawa będzie błędem relewantnym z punktu widzenia odpowiedzialności karnej sprawcy, a więc jego zaistnienie znajdzie się w zakresie zastosowania jednej z wymienionych wyżej konstrukcji jurydycznych, decyduje opis konkretnego typu czynu zabronionego. Pojęcie czynu zabronionego jako element treści art. 9 § 1 k.k. ma charakter abstrakcyjny i jego funkcją w ramach wskazanego unormowania jest odesłanie do charakterystyki określonego typu czynu zabronionego⁸³. Sprawca ma mieć świadomość tego, że w konkretnym stanie faktycznym wystąpiły desygnaty pojęć użytych przez ustawodawcę jako elementy charakterystyki typu czynu zabronionego⁸⁴. Treść art. 9 § 1 k.k. sama w sobie nie przesądza o tym, że sprawca ma mieć świadomość tego, że jego zachowanie jest czynem zabronionym czy też że jest zabronione (bez znaczenia, czy pod groźbą sankcji karnej, czy też nie). W przeciwnym wypadku sprawca sprzeniewierzenia czy oszustwa, przekonany błędnie, że grozi mu tylko odpowiedzialność cywilna, nie odpowiadałby karnie, gdyż brak byłoby podstaw do przypisania mu umyślności⁸⁵. Art. 9 § 1 k.k. sam w sobie nie przesądza także o tym, że sprawca powinien mieć dla przypisania zamiaru świadomość bezprawności podjętego postąpienia, rozumianą za W. Wolterem jako świadomość sprzeczności z obiektywnym porządkiem prawnym, który „jest przecież abstrakcją, wytworzoną przez przeciętną uczuć prawnych”⁸⁶. Użycie przez ustawodawcę dla opisanego znamienia pojęcia wartościującego czy też normatywnego, w odniesieniu do których – powtarzając za S. Glaserem – sposób ustalenia tego, czy zachodzą charakterystyczne ich właściwości w ramach określonego przypadku, będącego przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego, wymaga odwołania się do reguł, które ustanawiają ten porządek wartości, z którego znaczenie danego pojęcia pochodzi⁸⁷, przesądza o tym, że reguły te stają się elementem koniecznym treści świadomości wymaganej dla przypisania sprawcy zamiaru. Gdy pojęcie to pochodzi z porządku normatywnego, wówczas dla przypisania sprawcy zamiaru powinien on mieć świadomość bezprawności swojego

⁸³ Zgadzam się z poglądem K. Bzowskiego (*op. cit.*, s. 771), wyrażonym wprawdzie w odniesieniu do art. 20 § 1 k.k. z 1932 r., że istoty czynu należy szukać w części szczególnej kodeksu, *a contrario* nie jest ona unormowana w części ogólnej.

⁸⁴ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 148.

⁸⁵ K. Bzowski, *op. cit.*, s. 770.

⁸⁶ W. Wolter, *Czynnik...*, s. 65.

⁸⁷ *Ibidem*.

zachowania odpowiadającego znamionom przedmiotowym typu czynu zabronionego⁸⁸. Można bowiem postawić tezę, że obecnie o treści świadomości wymaganej dla przypisania zamiaru nie przesądza ani treść art. 9 § 1 k.k., ani treść art. 28 § 1 k.k. i art. 29 k.k., ani treść art. 30 k.k.⁸⁹, a przesądza o tym tylko charakter znamion użytych w opisie typu czynu zabronionego.

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA

- Aker J., *Zagadnienie błędu na tle polskiego prawa karnego (art. 14 i 20 k.k.)*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1937, nr 15.
- Berger A., *Czyn i jego istota (uwagi do art. 1 i 20 § 1 k.k.)*, „Studia nad Kodeksem Karnym” 1932, nr 6.
- Bzowski K., *O stosunku § 1 art. 14 do § 2 art. 20 K.K. 1932 r.*, „Głos Sądownictwa” 1936, nr 10.
- Glaser S., *Ignorantia iuris w prawie karnym*, Kraków 1931.
- Glaser S., *Nauka o istocie czynu*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 6.
- Glaser S., *Nauka o istocie czynu*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 7.
- Glaser S., *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933.
- Husak D., *Ignorance of Law: A Philosophical Inquiry*, Oxford 2016, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190604684.001.0001>.
- Jędrzejewski Z., *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, vol. 65.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, red. R. Dębski, Warszawa 2017.
- Jędrzejewski Z., *Spoleczno-wartościujący (normatywny) a deskryptywny charakter strony podmiotowej czynu zabronionego. Kompleksowe a (czysto) normatywne ujęcie winy (na przykładzie regulacji urojenia znamienia kontratypu i znowelizowanego art. 28 par. 1 k.k. z 1997 r.)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, nr 1.
- Jędrzejewski Z., *Strona podmiotowa i wina, przedmiot oceny i ocena a tzw. ścisła teoria winy*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016.
- Kaczmarek T., *Finalizm w polskim prawie karnym jako problem metodologiczny*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 1.
- Kaczmarek T., *O finalnej teorii winy na gruncie doktryny polskiej*, „Państwo i Prawo” 1970, z. 6.
- Komisja do Spraw Reformy Prawa Karnego, *Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 3 (wkładka).
- Kowalewska-Lukuć M., *Strona podmiotowa a wina – wzajemne relacje*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, nr 1.
- Majewski J., *Błąd co do kontratypu jako podstawa wyłączenia winy*, [w:] *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010.
- Majewski J., *Funkcja urojenia sytuacji kontratypowej w prawie karnym*, [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.

⁸⁸ P. Zakrzewski, *O sposobach normowania...*, s. 267–268.

⁸⁹ Por. *ibidem*, s. 266.

- Makarewicz J., *Błąd co do przestępności działania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1936, nr 1.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1937.
- Makarewicz J., *O wykładnię art. 14 k.k.*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 51.
- Makowski W., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937.
- Małecki M., *Między bezprawnością, karalnością i winą (na marginesie artykułu Zbigniewa Jędrzejewskiego)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, nr 3.
- Mąciór W., *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990.
- Mąciór W., *O finalizmie w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 6.
- Mąciór W., *W związku z dyskusją na temat finalizmu*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 5.
- Myrcha M.A., *Nieświadomość bezprawności a wina w karnym ustawodawstwie kanonicznym i polskim*, „Polonia Sacra. Kwartalnik Kanoniczno-Historyczny” 1956, nr 1–2.
- Peiper L., *Komentarz do Kodeksu karnego*, Kraków 1936.
- Pławski S., *Nieświadomość przestępności a wina*, Lwów 1939.
- Rodzinkiewicz M., *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1990, nr 3–4.
- Roxin C., *Problematyka obiektywnego przypisania*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.
- Smolak M., *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012.
- Śliwiński S., *Błąd w świetle przepisów prawa karnego*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 22–23.
- Śliwiński S., *Jeszcze o wykładni art. 14 i 20 k.k.*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, nr 44.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
- Tarapata S., Zakrzewski P., *O funkcjach urojenia okoliczności wyłączających bezprawność. Wybrane zagadnienia teoretycznoprawne*, [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. 43: *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, Wrocław 2017, DOI: <https://doi.org/10.19195/2084-5065.43.32>.
- Wolter W., *Czynnik psychiczny w istocie przestępstwa*, Kraków 1924.
- Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna. Ustawa karna i przestępstwo*, Warszawa 1947.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.
- Zakrzewski P., *O sposobach normowania i dekodowania treści zamiaru w perspektywie tzw. znamion normatywnych oraz okoliczności wyłączających bezprawność*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, nr 1.
- Zakrzewski P., *Standardy wykonywania zawodu lekarza a wina lekarza*, [w:] *Standard wykonywania zawodów medycznych*, red. A. Górski, E. Sarnacka, M. Grassmann, Warszawa 2019.
- Zakrzewski P., *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016.
- Zębik A., *Czyn jako zachowanie się celowe a problematyka winy*, „Państwo i Prawo” 1970, z. 2.
- Zoll A., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
- Zoll A., *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, nr 23.
- Zoll A., *O wartościowaniu czynu w prawie karnym (Uwagi na marginesie artykułu prof. I. Andrejewa o pojęciu winy)*, „Państwo i Prawo” 1983, z. 4.

Zoll A., *Strona podmiotowa i wina 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.

AKTY PRAWNE

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571, z późn. zm.).

Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94, z późn. zm.).

ABSTRACT

The study is devoted to considerations on the elements necessary to establish the consciousness of the perpetrator of a prohibited act in order to be able to impute intentionality to him. It is partly theoretical in nature in those parts where examples of theoretical approaches to the problem of culpability in the criminal law literature are described, as well as the consequences of these approaches for the legal regulations in force at a given time. It is also of a historical and reporting nature, since in order to provide a complete picture of the dogmatic analyses, it is also necessary to present past disputes concerning the interpretation of legal regulations relating to the subjective side of a prohibited act and fault under the previous criminal codes. Finally, the study is of a dogmatic nature, as its main objective is to argue in favour of the thesis that the amendment of Article 28 § 1 of the Criminal Code, which entered into force on 1 July 2015, and which resulted in the elimination from the legal order of the construction of an unjustified error as to a circumstance constituting the substantiation of a prohibited act, has consequences, unintended by the legislator, for the determination of which of the elements constituting the content of the consciousness of the perpetrator of a prohibited act are, since the entry into force of this amendment, necessary for the assumption of intention. It may be argued that at present, neither the content of Article 9 § 1 of the Criminal Code, nor the content of Article 28 § 1 of the Criminal Code, Article 29 of the Criminal Code, nor the content of Article 30 of the Criminal Code determines the content of consciousness required for ascribing intent, but it is determined only by the nature of the elements used in the description of the prohibited act type.

Keywords: intention; awareness of the elements of a criminal offence; mistake of fact; mistake of law

ABSTRAKT

Opracowanie poświęcone zostało rozważaniom nad elementami koniecznymi dla ustalenia świadomości sprawcy czynu zabronionego, aby móc mu przypisać umyślność. Ma ono po części teoretyczny charakter w tych fragmentach, gdzie opisane zostały przykłady teoretycznego ujęcia problemu zawinienia w literaturze prawa karnego oraz konsekwencje tych ujęć dla obowiązujących w danym czasie uregulowań prawnych. Ma również charakter historyczno-sprawozdawczy, gdyż dla pełnego obrazu analiz dogmatycznych należy przedstawić także spory toczące się w przeszłości, a odnoszące się do interpretacji uregulowań prawnych odnoszących się do strony podmiotowej czynu zabronionego i błędu na gruncie uprzednich kodeksów karnych. W końcu opracowanie ma charakter dogmatyczny, gdyż jego głównym celem jest argumentacja na rzecz tezy, że nowelizacja art. 28 § 1 k.k., która weszła w życie 1 lipca 2015 r., a której rezultatem stało się wyeliminowanie z porządku prawnego konstrukcji nieusprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, ma niezamierzone przez ustawodawcę konsekwencje dla ustalenia tego,

które z elementów składających się na treść świadomości sprawcy czynu zabronionego są od wejścia tej nowelizacji w życie niezbędne dla przyjęcia zamiaru. Można bowiem postawić tezę, że obecnie o treści świadomości wymaganej dla przypisania zamiaru nie przesądza ani treść art. 9 § 1 k.k., ani treść art. 28 § 1 k.k., art. 29 k.k., ani treść art. 30 k.k., a przesądza o niej tylko charakter znamion użytych w opisie typu czynu zabronionego.

Słowa kluczowe: zamiar; świadomość elementów przestępstwa; błąd co do faktu; błąd co do prawa