

Mikołaj Małecki

Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej zamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.

1. Wprowadzenie

W dniu 20 lutego 2015 r. została uchwalona nowelizacja szeregu przepisów Kodeksu karnego, wśród których znalazł się także art. 28 § 1 k.k.¹ Przepis ten regulował konsekwencje błędu co do okoliczności stanowiącej zamię czynu zabronionego konstatając, że sprawca działający w takim błędzie nie popełnia umyślnie czynu zabronionego. W znowelizowanej wersji art. 28 § 1 k.k. normuje konsekwencje usprawiedliwionego błędu co do znamienia. Zgodnie z tym przepisem: „Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej zamię czynu zabronionego”. Usprawiedliwiony błąd co do faktu – w przeciwieństwie do błędu nieusprawiedliwionego – jest przesłanką wyłączającą winę za popełnienie czynu zabronionego.

W poniższych rozważaniach zostanie omówione rozwiązanie przyjęte w art. 28 § 1 k.k. w perspektywie formułowanych w nauce prawa karnego poglądów na temat miejsca usprawiedliwionego błędu co do faktu w strukturze przestępstwa. Zostaną także przeanalizowane wcześniejsze projekty nowelizacji Kodeksu karnego, pod kątem spójności projektowanych wersji art. 28 § 1 k.k. z innymi przepisami objętymi nowelizacją. Analiza legislacyjnych losów omawianej regulacji posiada samoistną wartość poznawczą, szczególnie w perspektywie istotnych dla praworządnego państwa prawnego założeń o racjonalności ustawodawcy i jego najlepszych kompetencjach.

¹ Zob. ustawa z dn. 20 II 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 396, < <http://dziennikustaw.gov.pl/DU/2015/396> >.

Chaos w podejściu rządowego projektodawcy oraz komisji sejmowych do nowelizacji art. 28 § 1 k.k., przyświecający pracom nad omawianą ustawą, zdaje się jednak niezawinioną przez autorów projektu konsekwencją znacznie poważniejszego zamętu, a mianowicie pojęciowego i teoretycznego zamieszania w obszarze prezentowanych w nauce prawa karnego poglądów na temat wzajemnych relacji poszczególnych aspektów struktury przestępstwa, szczególnie zaś aspektu karalności oraz zawinienia².

Art. 28 § 1 k.k. w wersji ostatecznie uchwalonej przez parlament, wskutek poprawki zgłoszonej na etapie prac Senatu, czyni zadość trafnym twierdzeniom na temat usprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego pod groźbą kary, głoszonym w polskiej nauce prawa karnego. Należy wyjaśnić, w jakim zakresie art. 28 § 1 k.k. porządkuje omawianą materię, stanowiąc w dniu dzisiejszym nieodzowny punkt odniesienia dla dogmatycznej analizy tekstu ustawy karnej.

2. Charakter prawny art. 28 § 1 k.k.

W literaturze karnistycznej od początku obowiązywania Kodeksu karnego z 1997 r. formułowany był pogląd, że art. 28 § 1 k.k. jest przepisem zbędnym. Już w komentarzu z 1999 r. A. Wąsek zauważył:

Przepis art. 28 § 1 k.k. można by właściwie uznać za zbędny, gdyż to, o czym on stanowi, wynika wprost z brzmienia przepisu art. 9 § 1 i 2 k.k. O utrzymaniu unormowania dotyczącego błędu co do faktu zadecydowała zapewne tradycja ustawodawcza³.

² Warto w tym miejscu odnotować trafną, jak się zdaje, opinię A. Zolla, *Regulacja błędu w projekcie kodeksu karnego*, w: *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996, s. 242: „Błąd należy do tych instytucji prawa karnego, którego ustawowe uregulowanie oddaje w bardzo istotnym stopniu poglądy ustawodawcy na strukturę przestępstwa, na wzajemne relacje podstawowych elementów tej struktury: bezprawności czynu (jego sprzeczności z normą sankcjonowaną, przy braku okoliczności wyłączających bezprawność), karalności czynu (zgodności czynu z ustawową określonością czynu zabronionego), karygodności czynu (przekroczenia przez konkretny czyn bezprawny i karalny określonego progu ujemnej zawartości), winy (wymagalności zgodnego z prawem zachowania, przy braku okoliczności wyłączających zarzut). Przedmiotem błędu mogą być bowiem okoliczności lub oceny stanowiące podstawę ustalenia poszczególnych elementów tej struktury. Konsekwencje błędu przewidziane prawem karnym pozwalają w istotnym stopniu na rekonstrukcję teoretycznego modelu struktury przestępstwa”.

³ A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I (art. 1–31)*, Gdańsk 1999, s. 361. Zob. także: Z. Ćwiąkalski, *Błąd w prawie karnym – stan obecny i proponowane zmiany*, w: *Problemy reformy prawa karnego*, red. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin 1993, s. 177.

Ten mankament przepisu o błędzie w zestawieniu z kodeksową charakterystyką umyślności dostrzegali projektodawcy Kodeksu karnego z 1969 r.:

Błąd, jako odwrócenie umyślności, wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo zawinione umyślnie, co daje się wydedukować już z przepisów art. 7 [odpowiednik art. 9 k.k. – dop. mój, M.M.]. Niemniej jednak Zespół uznał, iż ze względu na tradycje naszego ustawodawstwa karnego i celem uniknięcia ewentualnych nieporozumień, należy przepis o błędzie co do okoliczności faktycznej zachować w przyszłej kodyfikacji karnej⁴.

Niemalże pół stulecia później Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego wystąpiła z inicjatywą zmiany zawartości normatywnej art. 28 § 1 k.k. Założenia nowelizacji przedstawił w 2012 r. na łamach „Państwa i Prawa” A. Zoll:

Zmiany wymaga także niewłaściwie sformułowany w obowiązującym kodeksie karnym przepis o błędzie co do znamion typu czynu zabronionego (art. 28 § 1). Przepis ten dzisiaj nie wprowadza żadnej nowej treści normatywnej. To, że taki błąd wyłącza umyślność, wynika z art. 9 § 1. Ważne jest natomiast to, że usprawiedliwiony błąd wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne. Dlatego proponuje się następującą treść znowelizowanego art. 28 § 1: „Nie popełnia przestępstwa nieumyślnego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”⁵.

Stwierdzenie A. Zolla na temat niewłaściwego sformułowania przepisu o błędzie co do znamienia mogłoby sugerować, że przepis ten regulował analizowaną materię w niewłaściwy sposób, a wobec tego wymagał korekty legislacyjnej. Art. 28 § 1 k.k. zawierał jednak stwierdzenie zgodne z prawdą, mówił bowiem o braku popełnienia umyślnego czynu zabronionego w wypadku działania sprawcy w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego⁶. Dla usunięcia ewentualnych nieporozumień należy więc wyjaśnić, że niewłaściwe sformułowanie przepisu o błędzie, o którym pisał A. Zoll, polegało na uregulowaniu w art. 28 § 1 k.k. niewłaściwej materii (bowiem została ona już uregulowana w art. 9 § 1 k.k.), a nie na tym,

⁴ *Projekt kodeksu karnego. Część ogólna. Wprowadzenie*, Warszawa 1966, s. 43.

⁵ A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej Kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 11, s. 9.

⁶ Podobnego zdania jest J. Giezek, *Funkcja błędu co do ustawowych znamion w nowym kodeksie karnym*, w: *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*, red. A.J. Szwarec, Poznań 1999, s. 115: „[...] funkcja błędu co do ustawowych znamion ujęta została w nowym kodeksie karnym prawidłowo. Do przyjętej przez ustawodawcę w art. 28 § 1 regulacji należy się przeto odnieść z pełną aprobatą”.

że zagadnienie błędu co do faktu zostało w tym przepisie niewłaściwie uregulowane.

Jak zauważyli cytowani autorzy, w omawianym zakresie art. 28 § 1 k.k. nie wprowadzał do Kodeksu karnego żadnej nowej treści, gdyż jedynie powtarzał informację wynikającą z art. 9 § 1 i 2 k.k.⁷ Intelktualny aspekt umyślności, scharakteryzowany w art. 9 § 1 k.k. polega na tym, że sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego (ma pełną świadomość realizacji znamion przedmiotowych czynu zabronionego). Sprawca nie działa więc w błędzie co do okoliczności stanowiących te znamiona, co dodatkowo podkreślał art. 28 § 1 k.k. Nieświadomość jakiegokolwiek okoliczności stanowiącej znamię pozytywne lub błędne przekonanie o zachodzeniu okoliczności opisanej jako znamię negatywne typu czynu zabronionego pod groźbą kary wyłącza możliwość przyjęcia, że sprawca popełnił ten czyn umyślnie w rozumieniu art. 9 § 1 k.k. i do stwierdzenia tego faktu nie jest potrzebny żaden dodatkowy przepis.

Uchylając dotychczasową treść art. 28 § 1 k.k. ustawodawca zrezygnował z dwukrotnego zaznaczenia w tekście ustawy karnej, jakie są konsekwencje błędu co do znamienia. Nowelizacja art. 28 § 1 k.k., polegająca na uchyleniu jego dotychczasowej treści nie oznacza zatem zmiany normatywnej w zakresie prawnokarnych konsekwencji nieświadomości okoliczności stanowiącej znamię pozytywne lub urojenia sobie przez sprawcę okoliczności opisanej jako znamię negatywne czynu zabronionego. Nie ma obecnie ryzyka nieporozumień, które mogły się pojawić na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. wskutek ewentualnego zrezygnowania z przepisu o błędzie co do faktu. Wymienione przypadki należy wartościować w oparciu o ogólne przepisy ustawy karnej, odnoszące się do strony podmiotowej czynu zabronionego, a więc bacząc na treść art. 9 § 1 i 2 k.k.

W znowelizowanym art. 28 § 1 k.k. zostały uregulowane konsekwencje popełnienia czynu zabronionego w warunkach *usprawiedliwionego błędu sprawcy co do faktu*. Twórca przepisu skorzystał w tym zakre-

⁷ Należy odnotować, że zdaniem niektórych autorów art. 28 § 1 k.k. dawał podstawy do zrekonstruowania przesłanki błędu usprawiedliwionego. Zob. R. Kubiak, *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, „Palestra” 1998, nr 7/8, s. 34: „Również art. 28 § 1 n.k.k. regulujący odpowiedzialność sprawcy w sytuacji wystąpienia błędu co do znamienia czynu zawiera, choć nie użytą *expressis verbis*, konstrukcję błędu usprawiedliwionego. Dzieje się tak dlatego, gdyż wyłączenie odpowiedzialności występuje tylko w stosunku do przestępstwa umyślnego, natomiast jeśli ów błąd był wynikiem niezachowania wymaganych reguł ostrożności, wówczas należy przyjąć brak usprawiedliwienia, co oznacza możliwość ponoszenia odpowiedzialności za czyn popełniony nieumyślnie”.

sie z pomysłu legislacyjnego Komisji Kodyfikacyjnej, która w projektach z 4 kwietnia i 5 listopada 2013 r. zaproponowała następujące brzmienie art. 28 § 1 k.k.: „Nie popełnia przestępstwa nieumyślnego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”⁸. Jak czytamy w uzasadnieniu tej propozycji przedstawionym przez Komisję, „brak jest [...] w obowiązującej ustawie warunku wyłączenia odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne popełnione w wyniku błędu. Proponowany art. 28 § 1 k.k. formułuje szczególną podstawę wyłączenia odpowiedzialności na zasadzie braku winy (usprawiedliwiony błąd)”⁹.

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego opowiedziała się za konsekwentnym odróżnianiem – z jednej strony – ustalenia, że zostały wyczerpane znamiona danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary, w tym znamiona jego strony podmiotowej (art. 9 k.k.), z drugiej zaś strony przypisania sprawy indywidualnej winy za popełnienie czynu zabronionego. Z perspektywy epistemicznej, odniesionej do rzeczywistości pozanormatywnej, odróżnienie to należy uznać za w pełni uzasadnione¹⁰. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy zachowanie danej osoby wyczerpało znamiona przedmiotowe czynu zabronionego pod groźbą kary. Następnie należy określić, czy sprawca działał umyślnie czy nieumyślnie, a więc jaki był jego stosunek intelektualny i wolicjonalny do okoliczności stanowiących znamiona przedmiotowe. Dopiero na samym końcu aktualizuje się pytanie, czy sprawcę umyślnie lub nieumyślnie popełnionego czynu zabronionego można obarczyć winą,

⁸ Zob. projekt z dn. 4 IV 2013 r., < <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/download,2278,0.html> >, a także projekt z dn. 5 XI 2013 r., < <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/download,2556,0.html> >, opublikowany wraz z uzasadnieniem w specjalnym wydaniu „Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 4.

⁹ „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 4, s. 52.

¹⁰ Na temat oddzielenia strony podmiotowej i winy jako dwóch różnych elementów struktury przestępstwa zob. szerzej: A. Zoll, *Regulacja...*, *op. cit.*, s. 243–244; A. Zoll, *Ogólne zasady odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 10, s. 33 i n.; A. Zoll, *Strona podmiotowa i wina w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, w: *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 407 i n.; A. Zoll, *Typ czynu zabronionego charakteryzujący się nieumyślnością*, w: *Nieumyślność. Pokłosie VIII bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012, s. 63 i n.; L. Pohl, *Błąd co do znamion czynu zabronionego*, w: *System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*. Tom 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 653.

a w rezultacie odpowiedzialnością karną za popełnienie przestępstwa¹¹. Jeżeli sprawca nie przewidywał możliwości popełnienia czynu zabronionego, ponieważ działał w błędzie, to *de re et de lege lata* stroną podmiotową jego czynu jest nieumyślność (art. 9 § 2 k.k.). Osobną kwestią jest ustalenie, czy nieświadomość realizacji znamion przedmiotowych przez konkretnego sprawcę może zostać usprawiedliwiona. Jeśli błąd miał charakter usprawiedliwiony, sprawca nie popełnił przestępstwa, o czym stanowi *expressis verbis* nowy art. 28 § 1 k.k., a co w poprzednim stanie prawnym można było rozwiązywać w oparciu o ogólną klauzulę zawinienia z art. 1 § 3 k.k. W wypadku nieusprawiedliwionego błędu co do znamienia sprawca ponosi winę za swój nieumyślny czyn.

Regulacja dotycząca usprawiedliwionego błędu co do znamienia została ulokowana w rozdziale Kodeksu karnego, mówiącym o wyłączeniu odpowiedzialności karnej¹². Miejsce tej regulacji zostało wybrane ze wszech miar celnie. Art. 28 § 1 k.k. stanowi, że sprawca działający w usprawiedliwiony błędzie „nie popełnia przestępstwa”. Merytorycznym powodem braku przestępności czynu jest w omawianej sytuacji wyłączenie winy. Najogólniej rzecz ujmując można stwierdzić, że kryterium usprawiedliwienia popełnionego przez człowieka zachowania bezprawnego, karalnego i karygodnego lokuje się w obszarze ustaleń związanych z możliwością postawienia sprawy

¹¹ Zob. J. Giezek, *Funkcja..., op. cit.*, s. 114–115: „[...] oczywiste wydaje się stwierdzenie, iż błąd wyłącza umyślną realizację znamion czynu zabronionego, a w konsekwencji również możliwość przypisania sprawcy przestępstwa umyślnego. Należy natomiast zwrócić uwagę, iż na tym etapie kwestia winy w ogóle przecież jeszcze nie powstaje. Dopiero bowiem gdy ustalimy, że właśnie na skutek popełnionego przez sprawcę błędu doszło do nieumyślnej realizacji znamion czynu zabronionego, rozważamy możliwości postawienia sprawcy zarzutu. Ów potencjalny zarzut będzie się już jednak ograniczać tylko do przestępstwa nieumyślnego. [...] Błąd sam przez się nie usprawiedliwia, lecz usprawiedliwiać mogą co najwyżej okoliczności, które do jego popełnienia doprowadziły. Wszak stwierdzenie, że sprawca na skutek błędu nie wiedział, co czyni, nie zwalnia z odpowiedzialności, jeśli jego popełnienie w konkretnym przypadku okaże się zarzucalne”; A. Zoll, *Kwalifikacja prawna czynu i wina niepoczytalnego sprawcy, w: Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010, s. 10: „Na podstawie ustawy karnej jesteśmy w stanie jednoznacznie ustalić, czy dany czyn zabroniony charakteryzuje się umyślnością, czy nieumyślnością. Dopiero ustalenie, że dany czyn wyczerpuje wszystkie znamiona czynu zabronionego, a więc zarówno znamiona strony przedmiotowej, jak i znamiona strony podmiotowej, pozwala na badanie, czy czyn taki jest zawiniony albo, czy w stosunku do sprawcy takiego czynu mogą być zastosowane środki zabezpieczające (w przypadku niepoczytalności) albo środki poprawcze (w przypadku nieletności)”.

¹² Zob. A. Zoll, w: K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Warszawa 1990, s. 121.

zarzutu winy, że dopuścił się on takiego właśnie czynu, a w konsekwencji powinien wziąć na siebie odpowiedzialność za ten czyn i uzasadnione jest obarczenie go odpowiedzialnością za przestępstwo¹³. Kryterium usprawiedliwienia pojawia się konsekwentnie w kolejnych przepisach mówiących o błędnym przekonaniu sprawcy co do znamienia typu uprzywilejowanego (błąd taki umniejsza winę na zasadzie art. 28 § 2 k.k.), błędzie co do okoliczności wyłączającej odpowiedzialność (art. 29 k.k.) oraz błędzie co do prawa (art. 30 k.k.). Także osoba niepoczytalna nie może ponosić odpowiedzialności karnej, gdyż z powodów wskazanych w art. 31 § 1 k.k. jest w swoim postępowaniu usprawiedliwiona; identycznie należy ocenić czyn osoby działającej w stanie wyższej konieczności wyłączającym winę (art. 26 § 2 k.k.).

Błąd co do znamienia, niezależnie od jego usprawiedliwionego czy nieusprawiedliwionego charakteru, dekompletuje znamiona typu umyślnego czynu zabronionego pod groźbą kary. Z kolei usprawiedliwienie błędu jest kryterium wyłączenia odpowiedzialności karnej za faktycznie popełniony czyn zabroniony, nie zaś przesłanką dekompletującą znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary. Pozostawanie w błędzie i usprawiedliwienie błędu to kryteria pochodzące z różnych piętér struktury przestępstwa. Świadczy o tym definicja czynu zabronionego, zamieszczona w art. 115 § 1 k.k. oraz zawartość art. 1 k.k., korespondująca z ustaleniami dotyczącymi wewnętrznej struktury przestępstwa; stwierdzenie to posiada potwierdzenie ontologiczne oraz współgra z przepisami ustawy procesowej. Czymś innym jest ustalenie faktu, że dana osoba nie rozoznaje się w stanie rzeczy i nie wie, że zabija człowieka, a zupełnie innego typu ustaleniem jest wartościująca ocena, że dany sprawca jest w swojej nieświadomości usprawiedliwiony, gdyż nie mógł rozpoznać znaczenia czynu na przykład z powodu upośledzenia umysłowego. Stwierdzenie faktu, że sprawca działa umyślnie albo nieumyślnie, to etap ustalania realizacji znamion czynu zabronionego, który w procesowej

¹³ Zob.: A. Barczak-Oplustil, *Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, nr 2, s. 86: „[...] ustawa karna wyklucza możliwość przypisania winy, jeżeli sprawca nie miał możliwości uświadomienia sobie oceny prawnej popełnianego czynu oraz jeżeli działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności faktycznych odzwierciedlonych w znamionach typu czynu zabronionego [...]. Wskazać należy, że przepisy Kodeksu karnego jako przesłankę winy przyjmują możliwość świadomości bezprawności (art. 29 k.k.). Także tylko tzw. usprawiedliwiony błąd co do znamion wyklucza możliwość przypisania sprawcy winy (stanowiąc pozaustawową okoliczność wyłączającą winę; chodzi to oczywiście o błąd badany z punktu widzenia indywidualnej, nie obiektywnej możliwości jego uniknięcia; kwestia obiektywnej możliwości wchodzi w grę przy badaniu realizacji znamion typu czynu zabronionego)”.

praktyce stosowania prawa może zakończyć się umorzeniem postępowania z uwagi na brak wyczerpania przez daną osobę znamion czynu zabronionego pod groźbą kary (art. 17 § 1 pkt 2 zdanie 1 k.p.k.)¹⁴. Ocena, czy sprawca jest w swej umyślności bądź nieumyślności usprawiedliwiony, należy do odrębnego aspektu struktury przestępstwa, którym jest wina (podstawą zakończenia postępowania jest w takim wypadku art. 17 § 1 pkt 2 zdanie 2 k.p.k.).

Różnice między omawianymi aspektami struktury przestępstwa zacierają się na gruncie subiektywizujących interpretacji art. 9 § 2 *in fine* k.k. Podlegający obecnie interpretacji fragment tego przepisu posługuje się wyrażeniem „mógł przewidzieć” (w kontekście informacji wynikających z art. 9 § 2 k.k. chodzi tu o sytuację, w której sprawca faktycznie nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego, ale „mógł ją przewidzieć”). Najogólniej rzecz ujmując, w myśl subiektywizujących interpretacji omawianego zwrotu:

- a) możliwość przewidywania realizacji znamion, o której mowa w art. 9 § 2 *in fine* k.k., zależy od indywidualnych właściwości konkretnego sprawcy,

¹⁴ Nietrafny jest pogląd, w myśl którego błąd co do faktu nie dekompletuje znamion typu umyślnego czynu zabronionego pod groźbą kary, lecz jedynie wyłącza winę sprawcy. Zob. M. Filar, w: J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, E. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 120: „Spotykany w piśmiennictwie pogląd, iż nie chodzi tu o wyłączenie winy, lecz o tzw. zdekompletowanie znamion typu przestępstwa umyślnego [...] jest nietrafny, musiałby bowiem prowadzić do konkluzji, iż w takim wypadku mamy do czynienia z brakiem bezprawności czynu (skoro bowiem czyn nie wyczerpuje znamion typu, zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege*, nie jest bezprawny karnie), a to byłoby nie do przyjęcia (wyłączałoby bowiem m.in. możliwość stosowania wobec takich działań obrony koniecznej”. W stwierdzeniu tym niezasadnie utożsamiono zdekompletowanie znamion czynu zabronionego z brakiem bezprawności czynu. Niezależnie od tego, stwierdzenie to jest niezasadne, gdyż – jak zauważa ten sam autor już w kolejnym akapicie swego komentarza – „działanie w ramach istotnego błędu co do faktu nie wyłącza możliwości odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne (jeśli ustawa taki typ przewiduje)”. Dopuszczona przez M. Filara możliwość odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne musi oznaczać, że wciąż mamy do czynienia z czynem bezprawnym, uzasadniającym stosowanie obrony koniecznej. Trafnie przeto zauważa P. Palka, *Błąd co do okoliczności faktycznych (error facti)*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4, s. 33: „Błąd takie nie stanowi zatem okoliczności wyłączającej winę; gdyby tak bowiem było, sprawca zgodnie z treścią art. 1 § 3 k.k. nie popełniałby żadnego przestępstwa. Błąd w postaci nieświadomości znamienia pozytywnego będącego elementem określoności czynu zabronionego [...] wyłącza jedynie odpowiedzialność za przestępstwo umyślne i to bez względu, czy sprawca mógł błędu uniknąć czy nie”.

- b) zasadne jest objaśnienie zawartości normatywnej art. 9 § 2 *in fine* k.k. z odwołaniem się do kategorii „niedbalstwa”,
- c) oddzielenie nieświadomej nieumyślności od winy nie jest możliwe („wina nieumyślna”).

Warunkiem popełnienia nieumyślnego czynu zabronionego jest w tym ujęciu, obok realizacji znamion przedmiotowych, nie tylko brak zamiaru, lecz równocześnie stwierdzenie, że konkretny sprawca subiektywnie rzecz biorąc mógł (i powinien był) przewidzieć możliwość wyczerpania znamion czynu zabronionego, której jednak nie przewidywał¹⁵.

Pod adresem subiektywizującej interpretacji art. 9 § 2 *in fine* k.k. da się wysunąć szereg argumentów teoretycznych i dogmatycznych, których nie sposób w całości zaprezentować w ramach niniejszego opracowania¹⁶. W po-

¹⁵ Zob. stanowisko referentów projektu kodeksu karnego z 1966 r.: I. Andrejew, J. Bafia, K. Mioduski, *Wprowadzenie do projektu części ogólnej kodeksu karnego*, w: *Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1966, s. 34. Na gruncie aktualnego stanu prawnego zob.: A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I (art. 1–31)*, Gdańsk 1999, s. 118; A. Marek, *Ujęcie winy w prawie karnym jako problem kodyfikacyjny*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 286; R. Zawłocki, *Nieumyślność jako podstawa odpowiedzialności karnej – w poszukiwaniu kompromisu*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 11, s. 572 i n.; M. Budyn-Kulik, w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009, s. 212; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 328–329; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 41–42; A. Grześkowiak, w: F. Ciepły, M. Gałązka, A. Grześkowiak, R.G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 98; J. Lachowski, *Ocena projektowanych zmian art. 9 k.k.*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 1, s. 95. Egzemplifikację gruntownego pomieszania kategorii normatywnych w obrębie samej „istoty nieumyślności” zawiera praca: R. Citowicz, *Wgląd w istotę nieumyślności i jej formy*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, t. VI, Wrocław 2000, s. 9 i n. Autor ten rozpoczyna rozważania na temat nieumyślności jako „kategorii prawnej” na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. od niczym nieuzasadnionego stwierdzenia: „Jest to kategoria prawna zdefiniowana jako lekkomyślność lub niedbalstwo, gdzie oprócz określonego stanu psychicznego – towarzyszącego procesowi decyzyjnemu związanemu z zachowaniem, które doprowadziło do popełnienia czynu zabronionego – wyraźnie zaznacza się zarzucalność tego procesu, związana z popełnionymi przez sprawcę błędami, oceniana z punktu widzenia racjonalnego przebiegu tego procesu”.

¹⁶ Zob. W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej*, w: *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarska*, red. J. Giezek, Zakamycze 2006, s. 662 i n. Argumenty na rzecz subiektywizującej interpretacji art. 9 § 2 *in fine* k.k. oraz liczne, trafne argumenty przeciw-

niższych rozważaniach dyskusja z omawianym ujęciem interpretacyjnym zostanie ograniczona do kwestii zasadniczych, bezpośrednio wiążących się z problematyką usprawiedliwionego błędu. Istotę omawianego zagadnienia w ramach prawnokarnej ewaluacji zachowań podjętych w stanie nieświadomej nieumyślności wydaje się streszczać pytanie, czy sprawca, który nie przewidywał możliwości popełnienia czynu zabronionego, powinien ją jednak przewidywać, a więc czy „dorósł” do wymagań stawianych adresatowi normy postępowania, jak to celnie ujął przed laty M. Rodzyńkiewicz¹⁷. To zaś wymaga zbadania, czy przyczyny błędu zachodzącego po stronie tej osoby miały charakter usprawiedliwiony¹⁸. Badanie przyczyn błędu oraz wnioskowanie, że był on usprawiedliwiony, nie ma już oczywiście nic wspólnego z ustalaniem nieumyślności, gdyż ustalenie nieumyślności (a precyzyjniej: nieumyślnie popełnionego czynu zabronionego) jest koniecznym i wstępnym warunkiem wartościowania błędu co do znamienia pod kątem jego usprawiedliwionego albo nieusprawiedliwionego charakteru. Badanie przyczyn opisanego stanu rzeczy nie zmienia analizowanej rzeczywistości, lecz jedynie odpowiednio ją wartościuje: nieświadomość popełniania czynu zabronionego pozostaje nieświadomością, nawet jeżeli jej powody okażą się usprawiedliwione.

Nie wymagają w tym miejscu ponownego roztrząsania dobrze znane zarzuty skierowane pod adresem tzw. niedbalstwa, w którym przedmiot

ne, zostały przypomniane w ramach niedawnej dyskusji nad najnowszymi projektami zmian w kodeksie karnym. Zob. K. Banasik, *Nieumyślność w świetle propozycji nowelizacji kodeksu karnego*, „Palestra” 2013, nr 7/8, s. 21 i n.; D. Tokarczyk, *Nieumyślność w świetle propozycji nowelizacji kodeksu karnego – w odpowiedzi Doktor Katarzynie Banasik*, „Palestra” 2014, nr 1/2, s. 139 i n.; J. Duda, *W sprawie definicji nieumyślności – polemicznie*, „Palestra” 2014, nr 5/6, s. 118 i n.; M. Malecki, *Umyślność i nieumyślność w projekcie nowelizacji kodeksu karnego. Analiza wybranych uwag krytycznych*, „Palestra” 2014, nr 5/6, s. 108 i n.

¹⁷ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Określenie umyślności i nieumyślności w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 5, s. 59–60: „Rezygnacja z subiektywnych komponentów nieświadomej nieumyślności porządkuje dogmatycznoprawną strukturę przestępstwa. Zachodzenie ogólnej przewidywalności wystarcza do przyjęcia nieumyślnego typu bezprawia, indywidualizacja zaś jest wprowadzana tylko raz, tzn. w płaszczyźnie winy, w której pytamy, czy można było od sprawcy żądać, ażeby «dorósł» do wymagań stawianych w ramach modelu zobiektywizowanego, których to wymagań sprawca nie spełnił”.

¹⁸ Zob. W. Wróbel, *Wina i zawinienie...*, *op. cit.*, s. 668: „Nie tyle więc subiektywna możliwość przewidzenia realizacji znamion typu czynu zabronionego ma znaczenie w perspektywie przesłanek zawinienia, lecz usprawiedliwiony lub nieusprawiedliwiony charakter błędu”.

oceny (to, że sprawca „nie przewidywał”) jest pomieszany z wartościującą oceną danego stanu rzeczy (powinien/nie powinien przewidywać)¹⁹. Nietrudno dostrzec, że jedną z przyczyn indywidualnej niemożności przewidzenia realizacji znamion czynu zabronionego może być choroba psychiczna sprawcy. Podążając tropem subiektywizującej interpretacji art. 9 § 2 *in fine* k.k. należałoby dojść do konsekwentnego wniosku, że niemożliwość rozpoznania znaczenia czynu z powodu choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego dekompletuje znamiona czynu zabronionego i w rezultacie zachowanie danej osoby nie realizuje znamion czynu zabronionego, określonych w ustawie karnej. Stwierdzenie to przeczy jednak treści art. 31 § 1 k.k., w świetle którego osoba niepoczytalna „nie popełnia przestępstwa”. Ustawa karna nieprzypadkowo – respektując teoretyczną konstrukcję wieloaspektowej struktury przestępstwa – posługuje się w omawianym przepisie wyrażeniem „nie popełnia przestępstwa”²⁰. Sprawca niepoczytalny, który nie mógł przewidzieć możliwości popełnienia czynu zabronionego, popełnia ten czyn nieumyślnie, jednak nie można mu za to przypisać winy²¹. In-

¹⁹ Zob. P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz, *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur (część pierwsza – zasady odpowiedzialności karnej, formy popełnienia przestępstwa)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, nr 2, s. 47–48: „Warto zaznaczyć, że projekt [kodeksu karnego z 1994 – dop. mój, M.M.] zarzuca, funkcjonujące na gruncie k.k. z 1969 r., rozróżnienie dwóch form nieumyślności, tzn. lekkomyślności i niedbalstwa. Obie bowiem formy nieumyślności zawierają mieszaną strukturę prowadzącą do zacierania różnic pomiędzy winą a stroną podmiotową czynu zabronionego. Ponadto dla przyjęcia nieumyślności jako znamienia strony podmiotowej czynu, nie ma znaczenia, czy sprawca działał lekkomyślnie czy niedbale. Wypada podnieść, że wyrażona w opiniach opozycja wobec wprowadzenia nowego określenia nieumyślności wiąże się z niedostatecznym rozpropagowaniem wśród prawników-praktyków osiągnięć współczesnej dogmatyki prawa karnego, a w konsekwencji z nieświadomością wymagań stawianych współczesnemu prawu karnemu. [...] Projekt wpisuje zatem jedynie do aktu prawnego twierdzenie, które już znacznie wcześniej uznawane było zarówno przez judykaturę, jak i doktrynę prawa karnego”. Zob. również: A. Zoll, *Strona..., op. cit.*, s. 416; W. Wróbel, *Wina i zawinienie..., op. cit.*, s. 662 i n.

²⁰ Zob. W. Wolter, w: M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1977, s. 22: „[...] kodeks karny [z 1969 r. – dop. mój, M.M.] w podstawowym przepisie dotyczącym niepoczytalności sprawcy czynu zabronionego stanowi wyraźnie, że «nie popełnia (on – przyp. W.W.) przestępstwa» (art. 25 § 1 k.k.), mimo że popełnia czyn zabroniony, przez który to czyn zabroniony rozumieć należy działanie lub zaniechanie o znamionach określonych w ustawie karnej, chociażby nie było ono przestępstwem ze względu na brak winy (art. 120 § 1 k.k.)”.

²¹ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 388: „Co do zasady błędem usprawiedliwionym będzie taki błąd, którego nie można było uniknąć nawet przez podjęcie wcześniejszych działań, które dostarczyłyby sprawcy od-

terpretacja włączająca do opisu typu czynu zabronionego pod groźbą kary przesłanki zawinienia w sposób nieuprawniony (rzec można nawet: *contra legem*) zaciera różnice między odrębnymi aspektami struktury przestępstwa, zakodowanymi w art. 1 § 1 k.k. i art. 1 § 3 k.k.

Umieszczenie kryterium braku usprawiedliwienia w strukturze znamion czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie rodzić musi pytanie, z jakiego powodu tego samego kryterium nie należałoby włączyć do struktury czynu zabronionego popełnionego umyślnie. Predykatem umyślności musiałby być wówczas nieusprawiedliwiony brak błędu, zachodzący na przykład w sytuacji, gdy sprawcy posiadającemu pełną świadomość dotyczącą okoliczności popełnianego czynu jest całkowicie obojętne, czy skutek nastąpi, czy nie (zamiar wynikowy). W opisanej sytuacji należałoby dojść do wniosku, że usprawiedliwiona obojętność, podyktowana przykładowo anormalną sytuacją motywacyjną (stanem wyższej konieczności) dekompletuje znamiona czynu zabronionego popełnionego umyślnie. Ujęcie to okazuje się ewidentnie sprzeczne z treścią obowiązujących przepisów, gdyż ustawa karna wyodrębnia zestaw znamion czynu zabronionego oraz odróżnia go od okoliczności usprawiedliwiających popełnienie czynu zabronionego, dotyczących na przykład stanu wyższej konieczności (sprawca umyślnie pozbawia życia innego człowieka, ale jest usprawiedliwiony, bo chce uratować swoje życie). Dalszą konsekwencją tego wyodrębnienia jest regulacja błędu do co okoliczności stanowiących znamiona kontratypu lub okoliczności wyłączających winę (art. 29 k.k.). Jest to więc jasna odpowiedź na pytanie, dlaczego nie należy mieszać strony podmiotowej czynu zabronionego z przesłankami decydującymi o jej usprawiedliwieniu.

Subiektywizująca interpretacja art. 9 § 2 *in fine* k.k. nie wytrzymuje próby krytyki także z innego powodu, a mianowicie z uwagi na treść art. 31 § 3 k.k. Zgodnie z tym przepisem w odniesieniu do sprawcy, który w czasie czynu znajdował się w stanie głębokiego upojenia alkoholowego powodu-

powiednich informacji czy wiedzy pozwalającej na rozpoznanie faktycznego znaczenia czynu. Szczególnym błędem, którego nie można było uniknąć, jest brak możliwości rozpoznania znaczenia czynu będący wynikiem choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych. Błąd ten, jako szczególną negatywną przesłankę zawinienia, uregulowano odrębnie w art. 31 § 1 k.k. i stanowi on jedną z postaci niepoczytalności [...]. Usprawiedliwienie błędu co do znamion może także wynikać z niepatologicznego zakłócenia czynności psychicznych (procesu odbioru lub przetwarzania informacji), wynikającego z okoliczności, na które sprawca nie miał wpływu (np. silne wzburzenie związane z odpieraniem zamachu, zmęczenie wynikające z konieczności realizacji obowiązków prawnych)”.

jącego niemożliwość rozpoznania faktycznego znaczenia czynu, nie stosuje się art. 31 § 1 k.k. Oznacza to, że sprawca ponosi winę za popełniony czyn zabroniony, gdyż ani towarzysząca mu nieświadomość realizacji znamion czynu zabronionego, ani całkowita niemożliwość jej posiadania z powodu kondycji psychofizycznej, nie znajdują w danych okolicznościach usprawiedliwienia²². Gdyby jednak konsekwentnie zastosować do omawianej kategorii wypadków art. 9 § 2 *in fine* k.k. – interpretowany w sposób subiektywizujący – należałoby uznać, że sprawca niepoczytalny z powodu stanu upojenia alkoholowego „nie mógł” przewidzieć popełnienia czynu zabronionego i w konsekwencji – zgodnie z art. 9 § 2 *in fine* k.k. – w ogóle nie popełnił czynu zabronionego. Zwróćmy uwagę, że art. 31 § 3 k.k. wyłącza zastosowanie normy zakodowanej w art. 31 § 1 k.k., lecz nie wyłącza zastosowania regulacji z art. 9 § 2 k.k. Zwolennicy subiektywizującej interpretacji zwrotu „mógł przewidzieć” muszą zatem sprowadzić do zera rozwiązanie przewidziane w art. 31 § 3 k.k., co prowadzi do nieakceptowalnych konsekwencji kryminalno-politycznych i unaocznia nietrafność omawianego podejścia interpretacyjnego.

Nowa treść art. 28 § 1 k.k. pozwala przewyciężyć omówione kontrowersje. Przepis ten *de lege lata* wzmacnia konieczność odróżniania ustaleń w przedmiocie realizacji znamion czynu zabronionego od ustalenia, że czyn miał charakter zawiniony. W konsekwencji końcowy fragment art. 9 § 2 k.k., ujęty w słowach „mógł przewidzieć”, powinien być w obecnym stanie prawnym rozumiany obiektywnie (generalnie), jako obiektywna – nie zaś subiektywna – możliwość przewidywania realizacji znamion czynu zabronionego²³. Generalna możliwość rozpoznania otaczającej człowieka rzeczy-

²² Zob. W. Wróbel, *Zapis dyskusji*, w: *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 129: „Na gruncie tego co mówi Trybunał Konstytucyjny i co należy wprowadzić jako konsekwencje czystej teorii normatywnej, sprawca ponosi winę także wtedy, kiedy nie mógł zachować się inaczej, o ile ów brak wyboru jest przez sprawcę zawiniony, a więc sprawcy nie można usprawiedliwić. Istotna jest więc nie tyle odpowiedź na pytanie, czy sprawca mógł czy nie mógł zachować się inaczej, ale czy ową niemożność usprawiedlimy czy nie i według jakich kryteriów”.

²³ Za obiektywną interpretacją sformułowania „mógł przewidzieć” („było obiektywnie przewidywalne”) opowiadają się jednoznacznie: W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 221: „W wypadku nieświadomej nieumyślności brak jest po stronie intelektualnej świadomości możliwości popełnienia czynu zabronionego. Można jednak ustalić, że popełnienie czynu zabronionego było obiektywnie przewidywalne. Obiektywna przewidywalność dotyczy z reguły normalnych następstw naruszenia reguł ostrożności. Tę przewidywalność ustalamy nie na podstawie indywidualnych możliwości sprawcy wynikających z jego osobowości, wykształcenia, stanu zdrowia, stresu, zmęczenia

wistości oraz przewidzenia konsekwencji podjętego działania, jako warunek zaktualizowania się normy sankcjonowanej, ustalana jest w oparciu o wzorzec standardowego, typowego adresata normy postępowania. Jeżeli wyczerpanie znamion czynu zabronionego było generalnie nieprzewidywalne, to nie zostały zrealizowane znamiona przedmiotowe czynu zabronionego, czasami nawet z powodu braku zaktualizowania się normy sankcjonowanej. Inaczej należy ocenić sytuację, w której powodem nieprzewidywania są indywidualne właściwości konkretnego sprawcy, zaś popełnienie czynu zabronionego jest łatwo przewidywalne dla wzorca normatywnego. Norma postępowania mająca na celu ochronę określonego dobra prawnego jest wiążąca dla osób biorących udział w życiu społecznym niezależnie od tego, czy *in concreto*, z uwagi na indywidualne zdolności percepcyjne lub możliwości intelektualne dana osoba jest w stanie przewidzieć możliwość sprowadzenia zagrożenia dla dobra prawnego. Norma zakazująca wjeżdżać na skrzyżowanie na czerwonym świetle adresowana jest do każdego kierowcy, nie wyłączając osoby ze znaczną wadą wzroku, która nie może zobaczyć sygnalizatora świetlnego ani osoby upośledzonej umysłowo, która nie jest w stanie rozpoznać zagrożenia związanego z wjechaniem na skrzyżowanie wbrew wyświetlanemu sygnałowi.

Obiektywna przewidywalność popełnienia czynu zabronionego należy do charakterystyki strony przedmiotowej czynu zabronionego, a realizacja znamion przedmiotowych – rzecz jasna – nie przesądza jeszcze o odpowiedzialności karnej sprawcy. Jeżeli popełnienie czynu zabronionego było generalnie przewidywalne, lecz konkretny sprawca z powodu właściwości osobistych nie mógł go przewidzieć, skutek przestępny zostanie mu przypisany i zgodne z prawdą będzie twierdzenie, że popełnił on ten czyn nieumyślnie. Odpowiedzialność karna może w omawianej sytuacji odpaść z uwagi na zastosowanie przepisu o usprawiedliwionym błędzie co do faktu (art. 28 § 1 k.k.).

W ścisłym związku z dotychczasowymi ustaleniami pozostaje twierdzenie, w myśl którego nieumyślność jest na gruncie ustawy karnej niczym

itp., ale na podstawie modelowego obywatela, czyli osoby posiadającej odpowiednie do wykonania danej czynności kwalifikacje i sumiennie traktującej swoje obowiązki oraz posiadającej ewentualnie szczególne informacje, którymi dysponował sprawca”; a także Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 142: „Podstawą przypisania sprawcy popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary w omawianej odmianie nieumyślności jest więc stwierdzenie, że sprawca ten mógł przewidzieć możliwość popełnienia tego czynu (art. 9 § 2 k.k. *in fine*). Ową możliwość postrzegamy obiektywnie i ustalamy, czy w rozważanym przez nas przypadku miała ona miejsce, w oparciu o model miarodajnego w tym względzie (a więc w tym sensie wzorcowego) obywatela”.

więcej jak tylko brakiem kodeksowo rozumianej umyślności²⁴. Twierdzenie, w myśl którego nieumyślność jest jedynie brakiem zamiaru – wbrew poglądom niektórych autorów²⁵ – znajduje potwierdzenie w treści art. 9 § 2 k.k. Przystępując do wykładni tego przepisu należy w pierwszej kolejności odnotować, że czymś innym jest charakterystyka „czynu zabronionego” popełnionego nieumyślnie bądź umyślnie, a czymś innym jest charakterystyka „nieumyślności” i „umyślności”. Art. 9 § 2 k.k., jak wyraźnie głosi początkowy fragment tego przepisu, zawiera charakterystykę „całego” czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie, a nie jedynie jego fragmentu w postaci strony podmiotowej. Należy zauważyć, że znamię strony podmiotowej jest tylko jednym ze znamion czynu zabronionego pod groźbą kary²⁶. Czymś innym jest nieumyślność, a czymś innym kontekst, w którym pojawia się nieumyślność. O nieumyślności decyduje brak zamiaru, wskazany w art. 9 § 2 *in principio* k.k. („nie mając zamiaru jego popełnienia”). Znamionami czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie są ponadto różnorodne znamiona przedmiotowe, np. charakterystyka skutku, naruszenie reguł postępo-

²⁴ O trafności negacyjnego ujmowania nieumyślności świadczą przekonujące argumenty, sformułowane w najnowszej literaturze karnistycznej. Zob. J. Giezek, *Kilka uwag o ujęciu nieumyślności w nowym kodeksie karnym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 1998, t. II, s. 18, 20; T. Kaczmarek, *VIII Bielańskie Kolokwium Karnistyczne „Nieumyślność”*. Warszawa, 18 maja 2011 r. – zapis dyskusji, w: *Nieumyślność. Pokłosie VIII bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012, s. 87–88; J. Majewski, *Nieumyślność a brak umyślności*, w: *Nieumyślność...*, *op. cit.*, s. 40.

²⁵ Zob. A. Marek, J. Lachowski, *Struktura nieumyślności w kodeksie karnym z 1997 r.*, w: *Nieumyślność...*, *op. cit.*, s. 13 i n.; J. Lachowski, *VIII Bielańskie Kolokwium Karnistyczne „Nieumyślność”*. Warszawa, 18 maja 2011 r. – zapis dyskusji, w: *Nieumyślność...*, *op. cit.*, s. 109.

²⁶ Zob. A. Zoll, *Strona...*, *op. cit.*, s. 411–412: „Strona podmiotowa czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie charakteryzuje się, zgodnie z art. 9 § 2, brakiem zamiaru jego popełnienia. Brak zamiaru musi być oczywiście odczytany zgodnie z określeniem zawartym w art. 9 § 1, tzn. oznacza zarówno brak zamiaru bezpośredniego, jak i brak zamiaru wynikowego. Strona podmiotowa czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie charakteryzuje się więc brakiem pewnej cechy w opisie czynu. Nie jest to niczym nadzwyczajnym, gdyż każdy obiekt możemy opisywać przez wskazanie w nim występowania określonych cech (znamiona pozytywne) lub przez wskazanie braku określonych cech (znamiona negatywne). Z punktu widzenia strony podmiotowej także czyn zabroniony popełniony nieumyślnie nie jest kategorią jednolitą, gdyż wyróżniamy wypadek, w którym czyn taki charakteryzuje się przewidywaniem przez sprawcę możliwości jego popełnienia, (świadoma nieumyślność), oraz wypadek, w którym czyn charakteryzuje się brakiem takiego przewidywania (nieświadoma nieumyślność). Wszystkie inne elementy charakteryzujące czyn zabroniony popełniony nieumyślnie stanowią opis ogólnych (wspólnych dla wszystkich czynów zabronionych popełnionych nieumyślnie) znamion strony przedmiotowej”.

wania z dobrem prawnym (niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach) oraz obiektywna możliwość przewidzenia, że dane zachowanie sprawcze wyczerpie znamiona czynu zabronionego („mógł przewidzieć”). Nie ma w tym niczego nadzwyczajnego, że charakterystyka czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie zawiera elementy przedmiotowe oraz podmiotowe, tak samo jak charakterystyka czynu zabronionego popełnionego umyślnie. Te klarowne argumenty skłoniły swego czasu Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego do odzwierciedlenia negacyjnego ujmowania nieumyślności w projekcie nowelizacji art. 9 § 2 k.k., przedstawionym 4 kwietnia 2013 r. Przepis ten miał otrzymać postać: „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego”²⁷.

Na podstawie dotychczasowych ustaleń warto raz jeszcze podkreślić, że „zaistnienie” nieumyślności – polegające w swej istocie na braku zaistnienia umyślności – nie zależy od stwierdzenia, że nieświadomość stanu rzeczy, w której sprawca działa, ma charakter nieusprawiedliwiony. Sprawca działający w usprawiedliwionym błędzie co do znamienia popełnia czyn zabroniony nieumyślnie, rzecz jednak w tym, że nie można mu wówczas przypisać winy. Aktualizacja kryteriów wskazanych w znowelizowanym 28 § 1 k.k. wymaga ustalenia, że sprawca zrealizował wszystkie znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary. Faktyczną podstawą stosowania art. 28 § 1 k.k. jest zachodzący w świadomości sprawcy błąd co do znamienia, co oznacza, że może tutaj chodzić wyłącznie o czyn zabroniony popełniony nieumyślnie. Analizowany czyn musi zostać zakwalifikowany przy użyciu odpowiedniego przepisu typizującego. Jeżeli zachowanie sprawcy działającego w błędzie nie wyczerpuje znamion żadnego typu czynu zabronionego pod groźbą kary – co może się zdarzyć, jeśli dla określonej kategorii naruszeń normy sankcjonowanej ustawa karna nie przewiduje karalności nieumyślnego występku (art. 8 *in fine* k.k.) – bezprzedmiotowe staje się rozważanie, czy błąd miał charakter usprawiedliwiony.

Omawiany w artykule stosunek zawinienia i nieumyślności został przejrzyście ukazany w ponadczasowej wypowiedzi A. Wąska, który – komentując wcześniejsze brzmienie art. 28 § 1 k.k. – streścił zarazem istotę rozwiązania przyjętego w jego znowelizowanej postaci:

²⁷ Zob. projekt z dn. 4 IV 2013 r.; < <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/download,2278,0.html> >. Komisja Kodyfikacyjna przychyliła się zatem do propozycji przedstawionej przez J. Majewskiego, *Nieumyślność...*, *op. cit.*, s. 47.

[...] w przypadku wystąpienia błędu, o którym mowa w art. 28 § 1 k.k. sprawca nie będzie odpowiadać za przestępstwo umyślne, ponieść może natomiast odpowiedzialność karną za przestępstwo nieumyślne, jeżeli ustawodawca kryminalizuje nieumyślne dopuszczenie się takiego czynu oraz gdy spełnione zostaną przesłanki do przyjęcia z a w i n i o n e j n i e u m y ś l n o ś c i²⁸.

Pogląd wygłoszony przez A. Wąska przeszło 15 lat temu potwierdza zasadność bieżącej nowelizacji art. 28 § 1 k.k. Czymś innym jest nieumyślne dopuszczenie się czynu, a czymś innym ustalanie, że nieumyślność była zawiniona. Nawiązując do końcowego fragmentu zacytowanej wypowiedzi należy stwierdzić, że w przypadku usprawiedliwionego błędu co do znamienia, czyli w sytuacji, którą reguluje znowelizowany art. 28 § 1 k.k., nie zostaną spełnione przesłanki do przyjęcia zawinionej nieumyślności. Nieumyślność wynikająca z błędu co do znamienia będzie miała charakter niezawiniony z uwagi na usprawiedliwiony charakter błędu – sprawcy popełniającemu nieumyślnie czyn zabroniony nie będzie można przypisać winy i w konsekwencji, jak głosi znowelizowany art. 28 § 1 *in principio* k.k., nie popełni on przestępstwa.

3. Projekty nowelizacji art. 28 § 1 k.k.

Legislacyjne dzieje znowelizowanego art. 28 § 1 k.k. zdecydowanie warte są szerszego omówienia²⁹. W projektach z 4 kwietnia i 5 listopada 2013 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego zaproponowała następującą treść art. 28 § 1 k.k.: „Nie popełnia przestępstwa nieumyślnego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie, co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”³⁰. Pierwsza wersja rządowego projektu zmian w Kodeksie karnym, wierna propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w zakresie art. 28 § 1 k.k., została przekazana do konsultacji społecznych 10 grudnia 2013 r.³¹ Poprawiony, bezpowrotnie rezygnujący z wielu propozy-

²⁸ A. Wąsek, *op. cit.*, s. 362; podkreśl. M.M.

²⁹ Zob. przebieg całego procesu legislacyjnego na stronie Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej: < <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2393> >.

³⁰ Zob. projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z dn. 4 IV 2013 r., < <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/download,2278,0.html> >; a także projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z dn. 5 XI 2013 r., < <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/download,2556,0.html> >, opublikowany wraz z uzasadnieniem również w specjalnym wydaniu „Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 4.

³¹ Zob. < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/194900/194903/194904/dokument96053.pdf> >.

cji Komisji Kodyfikacyjnej projekt ukazał się 13 marca 2014 r. W projekcie tym uległa zmianie propozycja art. 28 § 1 k.k., któremu nadano następującą postać: „Nie popełnia nieumyślnie czynu zabronionego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”³². Kolejna wersja ustawy została ogłoszona 31 marca 2014 r. – porzucono wówczas zamiar głębokiej nowelizacji przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, odstąpiono także od projektu zmian w obrębie art. 28 § 1 k.k.³³ Pod obrady Rady Ministrów trafił projekt z 17 kwietnia 2014 r.³⁴ Projekt ustawy skierowany do marszałka Sejmu pismem z 15 maja 2014 r. nie obejmował nowelizacji art. 28 § 1 k.k.³⁵

Dnia 3 lipca 2014 r., podczas obrad podkomisji stałej do spraw nowelizacji prawa karnego został zgłoszony wniosek o wprowadzenie poprawki nowelizującej omawiany przepis. Propozycja została przyjęta 28 sierpnia 2014 r. Komisje sejmowe opracowały następującą wersję art. 28 § 1 k.k., uchwaloną 15 stycznia 2015 r. przez Sejm: „Nie popełnia nieumyślnie czynu zabronionego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”³⁶. Istotna korekta uchwalonego przepisu została przyjęta przez Komisję Ustawodawczą oraz Komisję Praw Człowieka, Praworządności i Petycji w toku prac nad ustawą w Senacie³⁷, w efekcie której Senat nadał art. 28 § 1 k.k. następujące brzmienie: „Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”³⁸. Ostatecznie 20 lutego 2015 r. Sejm poprawkę Senatu przyjął³⁹.

³² Zob. < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/194900/194925/194926/dokument105054.pdf> >.

³³ Zob. < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/194900/194925/194926/dokument106985.pdf> >.

³⁴ Zob. < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/194900/194936/194937/dokument109609.pdf> >.

³⁵ Zob. < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/194900/194942/dokument112267.pdf> >; projekt ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych, druk nr 2393, < <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/39FD209B7AC6C45AC1257CDE0042D631/%24File/2393%20cz%201.pdf> >.

³⁶ Zob. ustawa z dn. 15 I 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, uchwalona na posiedzeniu Sejmu nr 84 dn. 15 I 2015 r.

³⁷ Zob. sprawozdanie Komisji Ustawodawczej oraz Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji o uchwalonej przez Sejm w dniu 15 stycznia 2015 r. ustawie o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 809 A).

³⁸ Zob. uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 7 II 2015 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3131).

³⁹ Zob. sprawozdanie Komisji nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach o uchwaleniu Senatu w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3171); ustawa z dn. 20 II 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, tekst ustawy ustalony ostatecznie po rozpatrzeniu poprawek Senatu: < http://orka.sejm.gov.pl/proc7.nsf/ustawy/2024_u.htm >.

Początkiem nieporozumień związanych z art. 28 § 1 k.k. był rządowy projekt nowelizacji Kodeksu karnego z 13 marca 2014 r. Przypomnijmy, że art. 28 § 1 k.k. miał według projektodawców rządowych otrzymać brzmienie: „Nie popełnia nieumyślnie czynu zabronionego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”. W pisemnych motywach nowelizacji projektodawca nie uzasadnił potrzeby ani kierunku zmiany art. 28 § 1 k.k. Inne fragmenty uzasadnienia projektu ustawy pozwalają jednak rozeznaczyć się w powodach, dla których należało zająć się również tym przepisem:

Ze względu na konstrukcję art. 1 projektodawca opowiada się za przeniesieniem rozstrzygnięcia o zarzucalności czynu (o winie) na etap następujący po ustaleniu realizacji znamion strony przedmiotowej i podmiotowej typu czynu zabronionego, nawiązując do materialnoprawnego domniemania winy, zawartego w art. 1 § 3. Tym samym projektodawca potwierdza zamiar przeciwdziałania redukcji argumentacji dowodowej sądów w zakresie ustalania winy, która sprowadzałaby się do pojedynczego rozważenia zarzucalności realizacji znamion typu czynu zabronionego przy określonym przeżyciu. Innymi słowy, konstrukcja art. 9 § 2 w koncepcji projektodawcy nie powinna prowadzić do posługiwania się koncepcjami lekkomyślności i niedbalstwa, które w orzecznictwie skutkowały spłaszczeniem dowodu winy sprawcy⁴⁰.

Do treści tego uzasadnienia przyjdzie nam jeszcze powrócić. Należy obecnie odnotować, że w projekcie ustawy skierowanym pod obrady Sejmu zrezygnowano z nowelizacji art. 28 § 1 k.k. Pomysł odżył 3 lipca 2014 r. na posiedzeniu podkomisji stałej do spraw nowelizacji prawa karnego⁴¹. Symptomatyczna dyskusja z posiedzenia tej podkomisji warta jest sprawozdania. Przedstawiciel ministerstwa pozytywnie ocenił wniosek o przyjęcie poprawki związanej z art. 28 § 1 k.k. („Nie popełnia nieumyślnie czynu zabronionego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”). Nowa zawartość art. 28 § 1 k.k. likwiduje błąd polegający na tym, że w obecnym stanie prawnym przepis ten realnie powtarza treść art. 9 § 1 k.k. i jednocześnie powoduje, że w Kodeksie karnym nie ma czytelnej regulacji mówiącej o skutkach działania w usprawiedliwionym błędzie co do faktu – przekonywał obecny na posiedzeniu minister. Przedstawiciele Biura Legislacyjnego podnieśli, że

⁴⁰ Zob. uzasadnienie projektu z 13 III 2014 r.: < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/194900/194925/194926/dokument105055.pdf> >, s. 26.

⁴¹ Zob. nagranie wideo: < http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/transmisje_arch.xsp?unid=FD143FCC7C933305C1257D040036129B >.

poprawka wychodzi poza zakres przedłożenia – i z tego powodu budzi wątpliwości – natomiast merytorycznie rzecz biorąc ocenili poprawkę jako na pewno słuszną. Obecny na posiedzeniu ekspert Komisji w zakresie prawa karnego przyglądając się treści zaproponowanego przepisu uznał, że znajduje się w nim pomyłka, gdyż przepis powinien stanowić: „nie popełnia umyślnie czynu zabronionego”, podczas gdy w projekcie jest mowa o niepopelnieniu nieumyślnie czynu zabronionego. Jego zdaniem zamiana słowa „umyślnie” na „nieumyślnie” nie była intencją projektodawcy, gdyż przepis ten reguluje kwestię, czy działający w błędzie popełnia przestępstwo umyślne. Przedstawiciele Biura Legislacyjnego nie odnieśli się do tego zastrzeżenia, a przewodniczący podkomisji nie wycofał poprawki, zwracając się do Biura Legislacyjnego o opinię w tym przedmiocie. Przedstawiciel ministerstwa stwierdził natomiast, że usprawiedliwiony błąd ma wykluczyć zarówno możliwość ponoszenia odpowiedzialności karnej za czyn umyślny, jak i za czyn nieumyślny. Argumentował, że brak odpowiedzialności za czyn umyślny wynika już z art. 9 § 1 k.k., bo sprawca musi mieć świadomość możliwości popełnienia czynu zabronionego. Ekspert prawa karnego odparł, że mamy tu do czynienia ze skomplikowanym ujęciem tego, co było dotychczas jasne – wykluczenie umyślności nie przesądza o odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne. Należy stosować wszystkie reguły odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne, musi zachodzić „wina nieumyślna”. W konsekwencji uznał, że zmiana treści art. 28 § 1 k.k. jest niepotrzebnym komplikowaniem sprawy. Obecni na posiedzeniu posłowie stwierdzili, że refleksja nad tą materią jest potrzebna, ale przebieg dyskusji ujawnia różnice poglądów, więc należy odłożyć omawianą propozycję na później.

Temat powrócił na posiedzeniu podkomisji, które odbyło się 28 sierpnia 2014 r.⁴² Przedstawiciel ministerstwa przypomniał, że art. 28 § 1 k.k. określa, jakie konsekwencje ma mieć usprawiedliwiony błąd co do faktu w zakresie przestępstw umyślnych i nieumyślnych. Stwierdził także, że poprawka nie wykracza poza zakres przedłożenia, ponieważ projektowany art. 93c pkt 4) k.k. przewiduje stosowanie środka zabezpieczającego w razie skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia za umyślne przestępstwo⁴³;

⁴² Zob. nagranie wideo: < http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/transmisje_arch.xsp?unid=B345BF74F0E5435CC1257D3A002FD77B >.

⁴³ Art. 93c pkt 4) k.k. stanowi: „Środki zabezpieczające można orzec wobec sprawcy [...] w razie skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za umyślne przestępstwo określone w rozdziale XIX, XXIII, XXV lub XXVI, popełnione w związku z zaburzeniem osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia”.

jest to więc konieczne ze względu na ocenę skutków zaburzenia osobowości. Jedna z osób biorących udział w posiedzeniu stwierdziła, że komisja miała dotychczas wątpliwości co do zmieszczenia się diskutowanej poprawki w zakresie przedłożenia, ale teraz wątpliwości już nie ma. Poprawka została przyjęta i uchwalona 15 stycznia 2015 r. przez Sejm.

Nad zawartością art. 28 § 1 k.k. debatowano pod raz kolejny 29 stycznia 2015 r. na posiedzeniu senackiej Komisji Ustawodawczej oraz Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji⁴⁴. Przedstawiciel ministerstwa zauważył, że art. 28 § 1 k.k. budził wątpliwości przez cały proces legislacyjny. Proponujemy ostatecznie rezygnację z nowelizacji tego przepisu, dlatego że – mówiąc kolokwialnie – chyba trochę zapętliliśmy się w dyskusjach nad jego sensami i realizacją różnych koncepcji akademickich. Przedstawiciel ministerstwa odniósł się do uwag przekazanych Senatowi przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, która zauważyła, że w myśl przepisu uchwalonego przez Sejm – „nie popełnia nieumyślnie czynu zabronionego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego” – w opisanej tu sytuacji nie można w ogóle mówić o zaistnieniu znamion czynu zabronionego⁴⁵. To nieprawda – stwierdził przedstawiciel Ministerstwa Sprawiedliwości – ponieważ to, że czynu nie ma ani umyślnie, ani nieumyślnie nie znaczy, że nie ma czynu zabronionego, a wobec tego poprawka Komisji Kodyfikacyjnej jest bezprzedmiotowa. Przedstawiciel Biura Legislacyjnego odparł, że art. 28 § 1 k.k. jest źle sformułowany i nie można zgodzić się z argumentacją Ministerstwa Sprawiedliwości, iż poprawka przedstawiona przez Komisję Kodyfikacyjną nic nie zmienia. Obecnie art. 28 § 1 k.k. stanowi, że osoba pozostająca w błędzie nie popełnia czynu umyślnie, ale to nie wyklucza przyjęcia, że popełnia go umyślnie. W wersji uchwalonej przez Sejm jest zaś napisane, że nie popełnia czynu nieumyślnie, a z takiego sformułowania można wnioskować, że popełnia ten czyn umyślnie (jest to bardzo celny argument, o czym szerzej za chwilę). Jeden z członków Komisji odezwał się twierdząc, że to wnioskowanie idzie za daleko, bo w Kodeksie karnym jest napisane, kiedy popełnia się czyn umyślnie, a kiedy nieumyślnie, a działanie pod wpływem błędu dotyczy nieumyślności. Przedstawiciel Biura Legislacyjnego kontynuował

⁴⁴ Zob. nagranie wideo: < <http://senat.atmitv.pl/SenatConsole/TransmissionArchiveItem.go?code=8KU349KPCPP2302> >.

⁴⁵ Zob. pisemne stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z 27 I 2015 r., skierowane do Przewodniczącego Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji, < http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/konsultacje/809/809_kk_kpcp.pdf >.

swoją wypowiedź podkreślając, że Komisja Kodyfikacyjna przedstawiła dobre rozwiązanie omawianego problemu, ponieważ należy tutaj mówić: „nie popełnia przestępstwa”, a nie „czynu zabronionego”; gdy jest mowa o przestępstwie, to trzeba też badać winę. Ta poprawka w rzeczywistości wychodzi naprzeciw intencjom ministerstwa.

Przyjrzyjmy się bliżej propozycjom projektodawców i przepisowi uchwalonemu 15 stycznia 2015 r. przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. Przypomnijmy, że projektodawca rządowy „opowiada się za przeniesieniem rozstrzygnięcia o zarzucalności czynu (o winie) na etap następujący po ustaleniu realizacji znamion strony przedmiotowej i podmiotowej typu czynu zabronionego”⁴⁶, zaś na posiedzeniach podkomisji sejmowych podnoszono, że usprawiedliwiony błąd uregulowany w art. 28 § 1 k.k. ma wyłączyć możliwość ponoszenia odpowiedzialności karnej za czyn umyślny oraz nieumyślny. Należy w pełni zgodzić się z twierdzeniem, że rozstrzygnięcie o zarzucalności czynu (o winie) powinno następować po ustaleniu realizacji znamion strony przedmiotowej i strony podmiotowej czynu zabronionego. Pod takim uzasadnieniem zaproponowane i procedowane brzmienie art. 28 § 1 k.k. nie mogło się jednak ostać, ponieważ było dokładnym zaprzeczeniem argumentów sformułowanych w tym uzasadnieniu. Sprawca działający w usprawiedliwionym błędzie, wbrew brzmieniu analizowanego projektu, popełnia nieumyślnie czyn zabroniony, ale nie można mu za to przypisać winy i w konsekwencji nie popełnia przestępstwa⁴⁷.

Rozwiewając wszelkie wątpliwości dotyczące fatalnego przepisu uchwalonego przez Sejm 15 stycznia 2015 r. należy stwierdzić, że uchwalona w wysokiej izbie wersja art. 28 § 1 k.k. była klasycznym przykładem błędu legislacyjnego, polegającego na nieprawidłowym odzwierciedleniu w deskryptywnej warstwie przepisu jego rzeczywistej zawartości normatywnej, a także przykładem nieadekwatnego odzwierciedlenia w uchwalonym przepisie ujawnionych w toku prac legislacyjnych intencji ustawodawcy. Dobitnie potwierdzają to niemerytoryczne wypowiedzi przedstawiciela Ministerstwa Sprawiedliwości na posiedzeniu komisji senackiej.

Projektodawca zmienił występujące w dotychczasowej treści art. 28 § 1 k.k. słowo „umyślnie” na wyraz „nieumyślnie” oraz dodał do treści przepisu dodatkową przesłankę w postaci usprawiedliwionego błędu co do znamienia nie dostrzegając, że przesłanka usprawiedliwienia pochodzi z innego aspektu

⁴⁶ Zob. uzasadnienie projektu z 13 III 2014 r.: < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/194900/194925/194926/dokument105055.pdf> >, s. 26.

⁴⁷ Zob. M. Małecki, *Świat równoległy*, wpis opublikowany na blogu „Dogmaty karnisty”, < <http://dogmatykarnisty.blogspot.com/2014/03/swiat-rowlonegy.html> >, 31 III 2014.

struktury przestępstwa i konsekwencje usprawiedliwionego błędu nie są symetryczne względem konsekwencji jakiegokolwiek innego błędu. W wypadku błędu co do znamienia z powodów natury ontologicznej wykluczone jest ustalenie, że sprawca działa umyślnie⁴⁸. W przypadku usprawiedliwionego błędu nie dochodzi do wyłączenia nieumyślności. Usprawiedliwiony charakter błędu niczego nie wnosi do opisu czynu zabronionego popełnionego bez zamiaru (czyli nieumyślnie), lecz determinuje sposób wartościowania popełnionego czynu zabronionego na płaszczyźnie winy.

Dla przejrzystości dalszych rozważań przypomnijmy raz jeszcze treść omawianego projektu: „Nie popełnia nieumyślnie czynu zabronionego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”. W przytoczonym zdaniu akcent spoczywa na przysłówku „nieumyślnie”. Nie chodzi o to, że sprawca nie popełnia nieumyślnego czynu zabronionego (czego nie popełnia? – czynu nieumyślnego), lecz o to, że nie popełnia czynu nieumyślnie (jak nie popełnia czynu? – nieumyślnie, lecz popełnia go jakoś inaczej). W opisywanej sytuacji sprawca działa w błędzie, więc oczywiście wykluczone jest ustalenie, że popełnia czyn umyślnie (art. 9 § 1 k.k.), a równocześnie nie popełnia go nieumyślnie. Przepis ten suponuje zatem istnienie rzeczywistości, w której da się zrobić coś ani umyślnie, ani nieumyślnie. Twierdzenie to rodzi poważne zastrzeżenia ontologiczne, gdyż wydaje się czystym urojeniem.

Na czym polegał błąd popełniony przez ustawodawcę? Należy zauważyć, że nieumyślność – której nie należy oczywiście mylić z czynem zabronionym popełnionym nieumyślnie – jest jedynie brakiem zamiaru scharakteryzowanego w art. 9 § 1 k.k. Stwierdzenie to jest prawdziwe na mocy znaczenia pojęcia „umyślność” oraz funkcji partykuły negującej „nie”, występującej w roli przedrostka tworzącego pojęcie „nieumyślność”, co ustawa karna wyraźnie potwierdza w art. 9 § 2 *in principio* k.k., w opisowej formule „nie mając zamiaru jego popełnienia”. Z perspektywy ścisłego opisu strony podmiotowej nieumyślnie popełnionego czynu zabronionego pod groźbą kary istotny jest wyłącznie brak zamiaru. Jakiej rzeczywistości odpowiada zatem brak nieumyślności, czyli – siłą rzeczy – brak braku zamiaru? Odpowiedź wydaje się oczywista: brak ustalenia nieumyślności, czyli brak ustalenia braku zamiaru przesądza o ustaleniu zamiaru, czyli umyślności. O prawdziwości

⁴⁸ Mowa, rzecz jasna, o urojeniu okoliczności stanowiącej znamię negatywne bądź nieświadomości okoliczności opisanej jako znamię pozytywne. Z odwrotną sytuacją (odwrotną postacią błędu) mamy do czynienia na gruncie usiłowania nieudolnego: sprawca działa wówczas umyślnie, gdyż przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego mimo, że jego dokonanie jest niemożliwe.

tego ustalenia przekonuje i przesądza warte w tym miejscu przypomnienia prawo podwójnej negacji: $\neg(\neg p) \equiv p$. Brak braku zamiaru, czyli brak nieumyślności („nieprawda, że działa nieumyślnie”), jest siłą konieczności po prostu zamiarem („działa umyślnie”) i mamy tu do czynienia ze stwierdzeniem oczywiście i zawsze prawdziwym, gdyż jest to klasyczna tautologia.

Zastosowaną przez projektodawcę formułę „nie popełnia nieumyślnie czynu zabronionego” warto także zbadać pod kątem *stricte* prawnym. W efekcie zastosowania projektowanego przepisu powstać musiałaby sytuacja, w której *prima facie* mielibyśmy do czynienia z popełnionym czynem zabronionym, lecz ani umyślnie, ani nieumyślnie. Skoro jednak sprawca nie wypełnił znamion strony podmiotowej, które należą do obligatoryjnych znamion każdego typu czynu zabronionego pod groźbą kary, to w ogóle nie dochodziłoby do popełnienia czynu zabronionego (art. 115 § 1 k.k.). Przyjmując nawet wynikające z omawianego brzmienia art. 28 § 1 k.k. założenie, że w wypadku usprawiedliwionego błędu co do faktu nie dochodzi do ustalenia nieumyślności, i tak należałoby dojść do wniosku, że projektowany przepis był nieadekwatny do sytuacji, którą starał się opisać, ponieważ w rzeczywistości opisywał on sytuację, w której ktoś w ogóle nie popełnia czynu zabronionego, a nie jedynie nie popełnia go nieumyślnie⁴⁹.

Zastosowanie projektowanego art. 28 § 1 k.k. prowadziłyby do stwierdzenia, że w sytuacji, o której przepis ten stanowił, nie zostały wyczerpane znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary. Byłoby to rozwiązanie niespójne z innymi, nienaruszonymi nowelizacją przepisami, np. z art. 31 § 1 k.k., który w wypadku usprawiedliwionego błędu wynikającego z choroby psychicznej pozwala jedynie na wyłączenie winy. Rozwiązanie to pozostawiałoby równocześnie w sprzeczności z regulacjami dotyczącymi stosowania środków zabezpieczających. Uchwalony w ramach tej samej ustawy art. 93b § 1 k.k. stanowi: „Sąd może orzec środek zabezpieczający, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabro-

⁴⁹ Na etapie opiniowania ustawy w Senacie, na niewłaściwy sposób zredagowania omawianego przepisu zwróciła uwagę B. Mandylis, *Opinia do ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 809)*, < <http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/2846/plik/809.pdf> >, s. 9: „Obecnie uchwalony przepis wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne, natomiast z jego redakcji może wynikać *a contrario*, że skoro «nie popełnia nieumyślnie» czynu zabronionego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie, to popełnia go umyślnie. Oczywiście taka wykładnia byłaby nieprawidłowa, zatem należy przepis ten rozumieć w ten sposób, że kto działa w usprawiedliwionym błędzie nie popełnia czynu umyślnie ani nieumyślnie, a zatem w ogóle nie popełnia czynu zabronionego. Obecnie proponowaną redakcją przepisu należy uznać za niewłaściwą i przepis odpowiednio zmienić”.

nionego [...]. Środek zabezpieczający, o którym mowa w art. 93a § 1 pkt 4, można orzec jedynie, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości”. Art. 93c stanowi natomiast: „Środki zabezpieczające można orzec wobec sprawcy: 1) co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1”. W przepisach tych jest mowa o „sprawcy” oraz o „ponownym popełnieniu czynu zabronionego”. Koniecznym warunkiem stosowania środków zabezpieczających jest więc ustalenie popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego. Tymczasem w myśl komentowanego brzmienia art. 28 § 1 k.k. osoba niepoczytalna nie popełniałaby w ogóle czynu zabronionego, co blokowałoby możliwość stosowania wobec takiej osoby środków zabezpieczających⁵⁰.

Wziąwszy pod uwagę wszystkie omówione powody należy pozytywnie ocenić poprawkę senacką i powrót do brzmienia art. 28 § 1 k.k. zaproponowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, który znalazł wyraz w treści ustawy uchwalonej 20 lutego 2015 r. Usprawiedliwiony błąd co do faktu wyłącza winę i powoduje, że sprawca popełniający czyn zabroniony nie popełnia przestępstwa, jak stanowi nowy art. 28 § 1 k.k.

⁵⁰ Zwracała na to uwagę Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego w pisemnym stanowisku z 27 I 2015 r., < http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/konsultacje/809/809_kk_kpcp.pdf >: „Proponowane brzmienie przepisu powoduje, że każda nieumyślna realizacja czynu zabronionego wywołana usprawiedliwionym błędem co do znamion czynu zabronionego, wyłącza możliwość przyjęcia, że doszło do realizacji znamion typu czynu zabronionego. Błąd sprawcy może być wynikiem zakłóceń psychicznych czy upośledzenia umysłowego, a więc przyczyn, które uzasadniają przyjęcie niepoczytalności. Efektem zastosowania zwrotu «nie popełnia nieumyślnie czynu zabronionego» zastosowanego w nowelizacji będzie konieczność przyjęcia, że niepoczytalny nie realizuje znamion typu czynu zabronionego. To zaś wykluczy stosowanie wobec osoby niepoczytalnej środków zabezpieczających, choćby taka osoba była niebezpieczna. Warunkiem zastosowania środków zabezpieczających jest, bowiem popełnienie przez osobę niepoczytalną czynu zabronionego. Usprawiedliwiony błąd co do znamion czynu zabronionego powinien wyłączać jedynie winę, a nie samą realizację znamion typu czynu zabronionego. Dlatego w art. 28 § 1 powinno się użyć zwrotu «Nie popełnia przestępstwa». Zwrot ten pozwala przyjąć, że sprawca dopuszcza się czynu zabronionego ale czyn ten nie stanowi przestępstwa z uwagi na brak winy”. Problemów wynikających z komentowanej wersji art. 28 § 1 k.k. nie dostrzegł M. Królikowski, mimo że przytoczył on tę wersję przepisu w swoim komentarzu: M. Błaszczyk, M. Królikowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, T. Sroka, A. Sakowicz, A. Walczak-Żochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, W. Zontek, S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1–31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2014, s. 531.

4. Podsumowanie

W ramach podsumowania kluczowych wątków należy stwierdzić, co następuje:

1. Nowelizacja art. 28 § 1 k.k. nie pociągnęła za sobą zmiany normatywnej w zakresie prawnokarnych konsekwencji nieusprawiedliwionego błędu co do faktu. Przypadki te należy wartościować w oparciu o ogólne przepisy ustawy karnej, odnoszące się do strony podmiotowej czynu zabronionego, a więc bacząc na treść art. 9 § 1 i 2 k.k.

2. Art. 28 § 1 k.k. wzmacnia konieczność odróżniania ustaleń w przedmiocie realizacji znamion czynu zabronionego pod groźbą kary, w tym ustalenia umyślności i nieumyślności, od wartościowania popełnionego czynu zabronionego w perspektywie kryteriów zawinienia. Są to odrębne elementy struktury przestępstwa.

3. Informacje normatywne płynące z interpretacji art. 28 § 1 k.k. przemawiają za nietrafnością subiektywizującej interpretacji art. 9 § 2 *in fine* k.k. Końcowy fragment art. 9 § 2 k.k., ujęty w słowach „mógł przewidzieć”, powinien być w obecnym stanie prawnym rozumiany jako obiektywna (generalna) – nie zaś subiektywna (indywidualna) – przewidywalność realizacji znamion czynu zabronionego.

4. Historia legislacyjna art. 28 § 1 k.k. obnażyła mankamenty formułowanych w nauce prawa karnego twierdzeń na temat relacji poszczególnych aspektów struktury przestępstwa oraz ujawniła słabe strony procesu legislacyjnego. Art. 28 § 1 k.k. w wersji przygotowanej przez komisję sejmową i uchwalonej 15 stycznia 2015 r. przez Sejm był klasycznym przykładem błędu legislacyjnego, polegającego na nieprawidłowym odzwierciedleniu w deskryptywnej warstwie przepisu jego rzeczywistej zawartości, a także przykładem na nieadekwatne odzwierciedlenie w treści przepisu ujawnionych w materiałach legislacyjnych intencji projektodawcy – jako taki nigdy nie powinien się pojawić w projekcie ustawy skierowanej do trzeciego czytania w wysokiej izbie. Niespójność projektowanego art. 28 § 1 k.k. z pozostałymi regulacjami Kodeksu karnego oraz ryzyko dysfunkcjonalności innych rozwiązań przewidzianych w tej samej ustawie nowelizacyjnej wskutek wejścia w życie projektu art. 28 § 1 k.k. – oto kolejne mankamenty, którymi obarczony był analizowany przepis przed jego korektą na etapie prac w Senacie.

5. Ostateczna redakcja art. 28 § 1 k.k. uchwalona 20 lutego 2015 r. trafnie reguluje problematykę usprawiedliwionego błędu co do faktu. Sprawca działający w usprawiedliwionym błędzie popełnia nieumyślnie czyn zabroniony, lecz nie ponosi winy za jego popełnienie i z tego powodu nie popełnia przestępstwa.

**Excusable error as to the fact constituting the mark of an offense
under the amendment of Art. 28 § 1 of the Polish Criminal Code**

Summary

The article discusses the solution provided in the amended Art. 28 § 1 of Polish Criminal Code (k.k.), based on the dogmatic method of analysis of the criminal law, including the relevant ontological information and theoretical environment of the legal structure. The consequence of an excusable error as to the fact constituting the mark of an offense is the lack of criminal liability for unintentional offense because of the exclusion of guilt. The solution adopted in Art. 28 § 1 k.k. was discussed with regard to the arrangements concerning the place of an excusable error of the fact in the structure of the offense. Draft amendments to Art. 28 § 1 k.k. appearing in the legislative process were also analyzed – they reveal the chaos in the approach of the legislators to the amendment of the Penal Code. On the basis of the interpretation of Art. 28 § 1 k.k. it is outlined that negligence is a simple denial of intent (negligence is only a lack of intention). Moreover, it is considered that the subjective interpretation of the phrase “could have predicted” described in Art. 9 § 2 *in fine* k.k. is not accurate, as shown by the content of Article 28 § 1 k.k.

Keywords: guilt, excluding guilt, negligence, error as to the fact, the principles of good legislation