

AGNIESZKA BARCZAK-OPLUSTIL

SPORNE ZAGADNIENIA ISTOTY WINY W PRAWIE KARNYM. ZARYS PROBLEMU¹

1. Wprowadzenie

Jedną z podstawowych zasad prawa karnego jest zasada *nullum crimen sine culpa*. O ile sama zasada nie budzi wątpliwości, o tyle nadal powstają trudności z odpowiedzią na pytanie, co rozumieć należy pod terminem *culpa* (wina), szczególnie, gdy weźmie się pod uwagę, iż w Kodeksie karnym z 1997 r. użyty jest on kilkakrotnie. Przede wszystkim wskazać tu należy na art. 1 § 3 k.k., zgodnie z którym nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego jeżeli nie można mu przypisać w i n y w chwili czynu, a także na art. 53 § 1 k.k., według którego sąd wymierzając karę baczy, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia w i n y. Co się tyczy tych dwóch regulacji, to stwierdzić należy, iż bezdyskusyjna jest jedynie funkcja, jaką spełniać ma wina: w pierwszym przypadku funkcję legitymującą wymierzenie kary osobie, która swoim zachowaniem zrealizowała znamiona typu czynu zabronionego, w drugim — funkcję limitującą, wina określa górną granicę kary, jaką można wymierzyć tej osobie.

Wątpliwości, a także pewne nieporozumienia, jakie powstają na gruncie prawa karnego przy ustalaniu znaczenia pojęcia „winy”, stanowią konsekwencję utożsamiania „winy” z art. 1 § 3 k.k. z „winą”, o której mowa w art. 53 § 1 k.k. Utożsamienie to, jakkolwiek zgodne z techniką legislacyjną, jest, jak poniżej zostanie wykazane, niemożliwe do pogodzenia z nałożonymi na te konstrukty funkcjami. Powstawaniu pozornych rozbieżności sprzyja także pewna nieprecyzyjność w określeniu definiowanego przedmiotu.

¹ Tekst ten stanowi rozbudowaną wersję referatu zaprezentowanego na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ w dn. 5 XI 2004 r.

Ustalić bowiem należy, czy zajmujemy się definicją winy rozumianej czysto normatywnie² (tj. z istniejących w prawie karnym przesłanek winy wnioskujemy o jej istocie³), czy jest odwrotnie: istota winy leży poza prawem karnym (określenie materialnej treści, istoty winy nie może być dokonane bez odwołania się do pozaprawnokarnych ustaleń), przepisy Kodeksu, określające jej przesłanki, mogą ją zaś tylko na potrzeby prawa karnego doprecyzować (przy założeniu, że granice tego doprecyzowania są ograniczone). Jeżeli weźmiemy pod uwagę chociażby reprezentowane przez część doktryny⁴ stanowisko, zgodnie z którym art. 31 § 3 k.k. stanowi wyjątek od zasady winy, to uprawnione jest ono tylko i wyłącznie przy przyjęciu, iż istota winy leży poza prawem karnym (gdyby winę rozumieć tylko czysto normatywnie, regulacja art. 31 § 3, stanowiąc wyjątek od § 1, wyznaczałaby nam granice winy). Także akceptacja, przynajmniej przez część doktryny⁵, dopuszczalności pozaustawowych okoliczności wyłączających winę, pozwala przypuszczać, iż wina nie stanowi czysto normatywnego konstruktu, lecz jest czymś pierwotnym w odniesieniu do regulacji Kodeksu karnego⁶.

Celem tego opracowania jest przedstawienie własnych intuicji na temat istoty winy, legitymującej do wymierzenia sprawcy kary (próba zdefiniowania winy), oraz — mając już na względzie dokonane ustalenia — próba

² Nie chodzi tu bynajmniej o nawiązanie do normatywizmu w definiowaniu winy.

³ Nawiązując do Radbrucha, winę jako pojęcie prawne rozumiane w ten sposób, iż słowo „wina” jest nazwą dla wypowiedzi prawnej lub dla zawartego w tej wypowiedzi stosunku warunkującego, przyjmował B. Burkhardt, *Wina odnosząca się do czynu i zawinienie w przedpolu czynu (Vorverschulden)*, „Studia Prawnicze” 1988, z. 1–2, s. 293.

⁴ A. Zolli, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Zolla, Kraków 2004, s. 568; W. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 396; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 134; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 302; J. Giezek, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2004, s. 188.

⁵ K. Buchała, A. Zolli, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 279; A. Zolli, w: K. Buchała, A. Zolli, *Kodeks karny. Część ogólna Komentarz*, Kraków 1998, s. 208; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 37. Z uzasadnienia do Kodeksu karnego wynika także dopuszczalność posługiwania się pozaustawowymi okolicznościami wyłączającymi winę. Przeciw takiej dopuszczalności opowiadał się L. Gardocki, *op. cit.*, s. 53, który stwierdził, że gdyby ustawodawca dopuszczał możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej w sytuacji, gdy sprawcy w konkretnym przypadku nie można postawić zarzutu, to wprowadziłyby to wyraźnie do Kodeksu. Także A. Marek twierdzi, że zarzucalności czynu nie mogą wyłączać inne okoliczności nieopisane w ustawie, jako że prowadziłyby to do relatywizacji prawa karnego i osłabiło jego funkcje ochronną (a także gwarancyjną). A. Marek, w: *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 136.

⁶ Teza ta nie oznacza bynajmniej, co należy wyraźnie podkreślić, że należy utożsamiać winę prawną z winą moralną.

odpowiedzi na pytanie, czy tak rozumiana wina może spełniać funkcje limitującą, o której mowa w art. 53 § 1 k.k., czy też pojęciu „stopień winy”, użytym w tym przepisie, należy nadać odmienne znaczenie.

2. Wina w rozumieniu art. 1 § 3 k.k.

Na gruncie dotychczasowej doktryny prawa karnego istoty winy upatrywano (w uproszczeniu) w stosunku psychicznym sprawcy do czynu (psychologiczna teoria winy), w zarzucalnym stosunku psychicznym sprawcy do czynu (kompleksowa teoria normatywna) oraz w zarzucie, jaki można postawić sprawcy czynu bezprawnego, karalnego i karygodnego, iż nie dał posłuchu normie prawnej, choć można było tego od niego wymagać (czysta teoria normatywna⁷). Jeśli chodzi o psychologiczną teorię winy, to od czasu słynnego zdania J. Goldschmita⁸ nie powinno budzić wątpliwości, że winy nie można sprowadzać do samego faktu istnienia określonego przeżycia psychicznego (czy podjęcia decyzji dotyczącej określonego działania). Co się tyczy kompleksowej teorii normatywnej, to rodzi ona automatycznie pytanie, dlaczego przedmiot oceny ograniczać tylko do strony podmiotowej czynu zabronionego⁹ (czyli do stosunku psychicznego sprawcy do czynu), a nie do całego czynu zabronionego — ujmowanego jako jedność strony przedmiotowej i podmiotowej. Wydaje się, iż mając powyższe na względzie, niektórzy reprezentanci kompleksowego ujęcia winy, tj. takiego, na który składa się samo wartościowanie plus przedmiot, który podlega wartościowaniu, szerzej niż czynili to ich poprzednicy ujmowali przedmiot wartościowania. Przykładowo, zgodnie z definicją winy zaproponowaną przez Igora Andrejewa, winą jest zarzucalność przyczynienia się¹⁰. Zarzucalność, rozumiana jako właściwość czynu w jego relacji do konkretnego sprawcy, zachodzi wtedy, gdy spełnione są warunki dotyczące sprawcy i jego świata psychicznego.

⁷ A. Z o l l, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 40.

⁸ Stwierdził on, że „wina nie może być nigdy wolą skierowaną na coś co nie powinno się było stać (*Wollen des Nichtseinsollenden*), ale tylko wolą, która nie powinna była być (*Nichtseinsollendes Wollen*)”. J. G o l d s c h m i t, *Der Notstand — ein Schuldproblem*, Wien 1913, s. 13, cyt. za: W. W o l t e r, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. I, Kraków 1933, s. 163.

⁹ Także A. Wąsek, będący zwolennikiem kompleksowej teorii winy, na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. definiuje winę jako zarzucalną umyślność lub nieumyślność sprawcy czynu zabronionego, A. Wąsek, *Ewolucja pojęcia winy w prawie karnym*, PPK 1990, z. 4, s. 15; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 35.

¹⁰ I. A n d r e j e w, *O pojęciu winy w prawie karnym*, PiP 1982, z. 7, s. 48.

Przy czym miarą zarzutu jest nie tylko „rodzaj zjawisk psychicznych przeżywanego przez sprawcę w chwili czynu”, ale „ujemnie oceniona zaszczość zewnętrzna — szkoda rozpatrywana łącznie ze stopniem przyczynienia się oraz stosunek psychiczny sprawcy do wyrządzonej szkody, jak również osobowość sprawcy”¹¹. Jednakże podstawowy zarzut, jaki stawiany był kompleksowej teorii winy, nie dotyczył zbyt wąskiego ujęcia przedmiotu oceny, tylko samego faktu łączenia przedmiotu oceny z samą oceną (upatrywano w tym — przede wszystkim finaliści — błędu metodologicznego). Dlatego, w ocenie krytyków tej koncepcji, należało element psychiczny usunąć ze sfery winy, a samą winę ograniczyć wyłącznie do oceny woli działania, zarzutu, wartościowania. Według zwolenników tej teorii, wina wyczerpuje się w samej możliwości postawienia sprawcy zarzutu¹². Tzw. czysta teoria normatywna zrodziła wręcz automatycznie zarzut, iż winę przenosi się do głowy sędziego¹³. Jak wyjaśnił to Mateusz Rodzynkiewicz: „wina w ujęciu czystej teorii normatywnej nadal «bytuje» w sferze przeżyć psychicznych, tyle, że nie jest to sfera intelektualno-wolitywnych przeżyć psychicznych sprawcy, lecz sfera emocjonalnych przeżyć podmiotu oceniającego czyn sprawcy”¹⁴. Podzielając powyższy pogląd, wskazać należy na brak podstaw do twierdzenia, że istotą winy jest zarzut o określonej treści czy też sama możliwość postawienia tego zarzutu. Nie należy także utożsamiać winy z negatywną z punktu widzenia kryteriów społecznych oceną podjęcia decyzji określonego zachowania. Istoty winy należy szukać — najogólniej mówiąc — w charakterze okoliczności warunkujących postawienie zarzutu. Materialną treść winy nie wyznacza bowiem możliwość (niemożliwość) postawienia zarzutu, tylko przyczyny, dla których jest to możliwe (niemożliwe).

Przypominając przyjmowane w prawie karnym koncepcje winy, nie wolno nie wspomnieć o „najnowszych”: relacyjnej, funkcjonalnej i dyskursywnej (*diskursive Schuld begriff*). Zgodnie z pierwszą, wina istnieje jako relacja teoriomnogościowa. Wina oderwana zostaje zatem od przeżyć psychicznych

¹¹ *Ibidem*.

¹² Jak podnosi H. Welzel: „Das Wesen der Schuld list sich am treffendsten durch das (...) Wort «Vorwerfbarkeit» kennzeichnen”. H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1965, s. 38. Winę jako zarzucalność ujmowali także np. R. Ma r a c h, H. Z i p f, *Strafrecht, Allgemeine Teil*, Heidelberg 1983, s. 440; U. K i n d h ä u s e r, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden 2005, s. 134 i n.

¹³ Z polskich autorów zarzut ten bardzo jednoznacznie podnosił już S. Ś l i w i ń s k i, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 210 i n.

¹⁴ M. R o d z y n k i e w i c z, *Pojęcie winy w prawie karnym — próba analizy krytycznej na tle ujęcia relacyjnego*, RPEiS 1992, z. 3, s. 14.

sprawcy, jak i od samego aktu oceny i przesunięta do sfery rzeczywistości przedmiotowej¹⁵. Nie podważając ustaleń dokonanych przez reprezentantów teorii relacyjnej odnośnie ontologii winy, nie sposób nie zauważyć, iż *de facto* nie odpowiada nam ona na pytanie o „materialną zawartość” winy, a jedynie stwierdza, że wina istnieje jako relacja¹⁶. Jeżeli zatem zaakceptujemy twierdzenie, że istoty winy według twórców tej koncepcji upatruje się w tym, „że jest ona relacją teoriomnogościową”¹⁷, to trzeba zauważyć, iż nie daje nam to odpowiedzi na pytanie, dlaczego dopiero przypisanie winy warunkuje uznanie danego zachowania za przestępstwo. Poza tym wina nie jest przecież jedyną relacją teoriomnogościową. Taką relacją jest też bezprawność. Nikt zaś nie zaakceptuje tezy, że istota winy i istota bezprawności jest taka sama. Z faktu zatem, że dany konstrukt jest relacją nie jesteśmy w stanie wyinterpretować jego istoty (materialnej zawartości). To przesłanki tej relacji (jej człony, a przede wszystkim definiens) określają nam treść winy. Wskazać tylko należy, iż analizując prezentowane definicje winy w ujęciu relacyjnym nie sposób nie zauważyć, że wina w takim ujęciu jest winą prawnokarną (poprzez odwołanie się w do systemu prawa karnego¹⁸), co daje podstawę dla szukania materialnej treści winy przede wszystkim w przepisach prawa (nie zaś poza prawem). Bardzo wyraźnie wskazuje się też, iż akceptacja tezy o winie rozumianej jako relacja, uniemożliwia jednocześnie przyjęcie, że wina jest stopniowalna; tak jak twierdzenie, że czyn jest mniej lub bardziej bezprawny jest bezsensowne, tak nie można zasadnie twierdzić, iż jeden czyn spełnia w mniejszym stopniu relację zawinienia, a drugi w większym¹⁹.

Na marginesie rozważań o winie nie wolno zapomnieć o tzw. funkcjonalnej koncepcji winy, za której prekursora w literaturze polskiej powinien uchodzić Stanisław Stomma²⁰, a zgodnie z którą, dla przyjęcia winy decydujące znaczenia ma wzgląd na celowość orzeczenia wobec danego sprawcy kary, widziana z perspektywy prewencji generalnej lub indywidualnej²¹.

¹⁵ W. P a t r y a s, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 191–198; M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 16; J. M a j e w s k i, P. K a r d a s, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP 1993, z. 10.

¹⁶ Zwraca na to zresztą uwagę sam twórca tej teorii W. P a t r y a s, kiedy piszę, iż określenie definiensa pozostawia „kompetentnym karnistom”. W. P a t r y a s, *op. cit.*, s. 196.

¹⁷ Zob. M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 16.

¹⁸ *Ibidem*, s. 17.

¹⁹ *Ibidem*, s. 18 i n.

²⁰ Zob. S. S t o m m a, *Fikcja winy*, PiP 1947, nr 10, s. 11.

²¹ Na temat funkcjonalnego pojęcia winy zob.: A. W ą s e k, *Ewolucja prawnokarnego pojęcia*

Na gruncie zarówno polskiej doktryny prawa karnego, jak i (ostatecznie) niemieckiej doktryny, takie ujęcie winy nie znalazło akceptacji. Najnowszą koncepcją winy, prezentowaną w niemieckiej doktrynie prawa karnego (*diskursive Schuldbegriff*) wiąże się z ujmowaniem sprawcy nie tylko jako adresata, ale i jako autora normy, którą on przełamuje. Przełamanie normy stanowi zatem jednocześnie zanegowanie leżącego u jej podłoża porozumienia osób współuczestniczących w nim. Wina w sensie materialnym stanowi zatem wyrażający się w czynie karalnym brak lojalności względem współudziału innych w porozumieniu, odnoszącym się do sprawiedliwego wyrównania interesów²².

Przechodząc do zarysowania własnego stanowiska na temat istoty winy w prawie karnym (która jednakże, zgodnie z reprezentowanym tu poglądem, jest konstruktem pozaprawnym, który na potrzeby prawa karnego został doprecyzowany w przepisach prawnokarnych), na wstępie stwierdzić należy, iż bez wątplenia wina, jak twierdzą zwolennicy relacyjnej teorii winy, jest relacją, podobnie jak relacją jest bezprawność. Problemem staje się jednak określenie, kiedy ona zachodzi, tzn. jakie przesłanki muszą zaistnieć, abyśmy mogli przyjąć, iż z jednej strony sprawca „jest winien”, a z drugiej popełniony przez niego czyn jest zawiniony (tak samo jak przyjęcie, iż bezprawność jest relacją, nie przesądza jeszcze jej „istoty”). Wydaje się, że intuicyjne rozumienie winy²³ najpełniej oddane zostało w stwierdzeniu, iż „to wina właśnie jest t y m (podkreślenie A. B.-O.) co pozwala przypisać sprawcy obiektywną ujemność dokonanego przezeń czynu karygodnego, tym, co przedmiotową szkodliwość przeistacza w subiektywną zarzucalność”²⁴. Trudność leży jednak w zdefiniowaniu tego „czegoś”. Oczywiście nie można tego uczynić bez odwołania się do katalogu okoliczności, które

winy w powojennej Polsce, „Przegląd Prawa Karnego” 1990, z. 4, s. 11; T. K a c z m a r e k, *Spory wokół charakteru odpowiedzialności karnej przestępstw popełnionych w warunkach zawinionej niepoczytalności*, PiP 2004, nr 1, s. 39; G. S t r a t e n w e r t h, L. K u h l e n, *Strafrecht. Allgemeine Teil I: Die Straftat*, [wyd. 5], Köln 2004, s. 191 i n.

²² „Dennoch ist materielle Schuld ein sich in der Straftat zeigender Mangel an Loyalität gegenüber der Teilhabe anderer an der Verständigung über einen gerechten Ausgleich von Interessen”. U. K i n d h ä u s e r, *op. cit.*, s. 135.

²³ Zaznaczyć należy, że mówienie o winie, czy przesłankach winy jest pewnym skrótem myślowym; chodzi tu bowiem o sformułowanie drugiego członu relacji bycia winnym, decydującego o tym, czy została ona spełniona.

²⁴ J. M a j e w s k i, P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 69. Podobnie ujął to A. Kaufmann, który stwierdził, iż „Schuld etwas ist, was einen Vorwurf gegen den Schuldigen begründet”. A. K a u f m a n n, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg 1961, s. 149.

zgodnie z przyjętymi w społeczeństwie standardami²⁵ pozwalają uznać sprawcę odpowiedzialnym za to, co uczynił. Nawet pobieżna analiza najczęściej używanych w języku potocznym zwrotów zawierających słowo „wina”, wskazuje bowiem, iż najczęściej utożsamiana jest ona z odpowiedzialnością (być winnym tzn. być odpowiedzialnym; możliwość przypisania winy tzn. możliwość uczynienia kogoś odpowiedzialnym za to, co uczynił)²⁶. Analizując zawarte w Kodeksie karnym przesłanki winy, w poszukiwaniu istoty pozaprawnej winy, przy pełnej świadomości swoistej niekonsekwencji takiego posunięcia, nie sposób nie oprzeć się wrażeniu, że w podstawowym zarysie jej istota została uwidoczniiona w art. 31 § 1 k.k., zgodnie z którym nie popełnia przestępstwa sprawca, jeżeli w czasie czynu nie mógł rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem, przy czym ta niemożność warunkowana jest wystąpieniem określonych w tym przepisie czynników. Na istotność wymogu, jaki stanowi niemożność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, wskazuje także kolejna z przyjmowanych w doktrynie przesłanek winy, tj. ukończenie określonego wieku. Jak bowiem wiadomo, niemożność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem bywa także konsekwencją wynikającej z młodego wieku szeroko rozumianej niedojrzałości²⁷. Treść powyższych przesłanek przesądza o słuszności tezy, reprezentowanej szeroko na gruncie prawa karnego, zgodnie z którą u podstaw winy leży założona wolność woli, wolność wyboru innego niż przestępne zachowania²⁸. Jeżeli ta wolność wyboru ma być pełna, osoba, której zachowanie z punktu widzenia „jego zawinienia” jest oceniane, powinna posiadać świadomość (albo co najmniej możliwość świadomości) zarówno tego, co może zrobić, jak i tego,

²⁵ Uzależnianie winy od pewnych standardów społecznych znalazło już niejednokrotnie wyraz w przyjmowanych definicjach winy. Przykładowo, A. Zoll traktuje winę jako „ocenianą z punktu widzenia kryteriów społeczno-etycznych [podkr. A. B.-O.] nieusprawiedliwioną wadliwość procesu decyzyjnego”. A. Zoll, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 41. Także J. Gierek, definiując istotę subiektywnej personalnej zarzucalności czynu, odwołuje się do społecznych oczekiwań, których sprawca nie spełnił, mimo iż mógł je spełnić. Zob. J. Gierek, *O tendencjach do subiektywizowania bezprawności i obiektywizowania winy we współczesnym prawie karnym*, w: *Wybrane zagadnienia reformy prawa karnego*, Wrocław 1997, s. 9.

²⁶ Odnośnie powiązania winy z odpowiedzialnością zob. chociażby: G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *op. cit.*, s. 190, 192.

²⁷ Do wskazanej przesłanki winy powrócę jeszcze w dalszej części pracy.

²⁸ Zob. m.in. K. Buchała, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 299; A. Zoll, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 65. W doktrynie niemieckiej: G. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeine Teil*, Berlin 1976, s. 74; H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1996, s. 408 i n.

jak z punktu widzenia wymogów społecznych i prawnych oceniane jest jej zachowanie. Z tego względu 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 zabronionego²⁹. Mając powyższe na względzie, za element definiensu relacji bycia winnym³⁰ uznać należy nie tyle zarzut niewłaściwego skorzystania z tej wolności woli, ile taki stopień tej wolności, który zezwala na postawienie sprawy zarzutu. **Relacja bycia winnym zostaje zatem spełniona jeżeli sprawca w chwili czynu charakteryzuje się takim zespołem cech czy właściwości (posiada taką subiektywną kondycję), która pozwala mu na zaniechanie danego postępowania. Przypisanie sprawcy winy możliwe jest zatem wtedy, kiedy sprawca podjął decyzję określonego zachowania się, pomimo istniejącej u niego możliwości świadomości oceny i konsekwencji takiego zachowania oraz możliwości jego zaniechania³¹. Przenosząc tak rozumianą winę na grunt prawa karnego można przyjąć, iż winę można sprawcy przypisać tylko wtedy, jeżeli w chwili czynu posiadał on subiektywną możliwość dochowania nakazu/zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej.** Przy czym podkreślenia wymaga, że sama treść (zawartość) tego nakazu/zakazu (szkodliwość podjętego lub zaniechanego zachowania) jest z punktu widzenia istoty tak rozumianej winy irrelevantna. Pojawia się oczywiście pytanie, w jaki sposób tak rozumiana wina jest doprecyzowana przez przepisy prawa karnego i czy przez wszystkie przepisy, które „zwyczajowo” odnosi się do problematyki winy. Wydaje się nie budzić

²⁹ Wskazać należy, że przepisy Kodeksu karnego jako przesłankę winy przyjmują m o ż l i w o ś ć 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). Nie sposób nie zauważyć, iż zarówno w przypadku błędu co do prawa, jak i błędu co do znamion mamy do czynienia z podwójnym wartościowaniem, tzn. czy miał świadomość bezprawności danego zachowania, czy miał możliwość tej świadomości bezprawności — jak przyjrzymy się bliżej przesłankom decydującym o przyjęciu tej możliwości, to może się okazać, iż *de facto* badamy z punktu widzenia spełnienia przesłanek winy inne zachowanie niż to poddane pierwotnej ocenie (na tym zdaje się polegać koncepcja zawinienia na przedpolu czynu). Dokładne omówienie tego problemu wykracza poza ramy tego artykułu.

³⁰ Taką nazwę przyjmuję za: J. M a j e w s k i, P. K a r d a s, *op. cit.*

³¹ W kontekście subiektywnej możliwości zaniechania podjętego zachowania należałoby rozważyć kwestie związane np. z anormalną sytuacją motywacyjną.

wątpliwości, iż o ile za przepis doprecyzowujący materialną treść winy na gruncie Kodeksu karnego uznać należy art. 31 § 1 k.k., o tyle nie jest nim art. 31 § 3. Omówienie tego zagadnienia wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

Na marginesie dyskusji o istocie winy, zakwestionowane zostało traktowanie nieletniości (nieukończenia wskazanego ustawą wieku) jako okoliczności wyłączonej winę. W uzasadnieniu powyższego poglądu odwołano się do ustawy z dnia 26 października 1982 r. Postępowanie w sprawach nieletnich, która w dwóch przypadkach przewiduje³² możliwość wymierzenia sprawcy kary pomimo nie osiągnięcia w chwili popełnienia czynu karalnego przewidzianego ustawą wieku. Akceptacja przyjmowanego poglądu³³, iż nieletniość stanowi okoliczność wyłączającą przypisanie sprawcy winy, prowadzi do wniosku, że odpowiedzialność na podstawie przepisów wskazanej powyżej ustawy jest odpowiedzialnością obiektywną, co biorąc pod uwagę chociażby art. 42 Konstytucji RP budzić musi poważne wątpliwości³⁴. Uznanie zatem, iż nie jest wykluczone przypisanie winy sprawcy, który nie ukończył wskazanego w art. 10 § 1 (względnie § 2) wieku, rodzi pytanie o funkcję przewidzianą w tych przepisach Kodeksu karnego granicy wieku.

Wydaje się, iż wskazany przepis statuuje tylko zakaz obowiązujący na gruncie Kodeksu karnego i tych ustaw szczegółowych, do których ze względu na brzmienie art. 116 k.k. znajdowałby zastosowanie, zgodnie z którym,

³² Art. 94. Jeżeli nieletni, wobec którego orzeczono umieszczenie w zakładzie poprawczym, ukończył lat 18 przed rozpoczęciem wykonania orzeczenia, sąd rodzinny decyduje, czy wykonać orzeczony środek, czy od jego wykonania odstąpić i wymierzyć sprawcy karę. Wymierzając karę sąd stosuje nadzwyczajne jej złagodzenie. W szczególnie uzasadnionych wypadkach sąd może odstąpić od wymierzenia kary, zwłaszcza gdy w zachowaniu sprawcy nastąpiła istotna poprawa. W razie wymierzenia kary pozbawienia wolności albo kary ograniczenia wolności czas jej trwania nie może przekroczyć okresu, jaki pozostaje do ukończenia przez sprawcę lat 21.

Art. 13. Jeżeli wobec nieletniego, który dopuścił się czynu karalnego, o którym mowa w art. 1 § 2 pkt 2 lit. a), ale w chwili orzekania ukończył lat 18, zachodzą podstawy do orzeczenia umieszczenia w zakładzie poprawczym — sąd rodzinny może wymierzyć karę, gdy uzna, że stosowanie środków poprawczych nie byłoby już celowe. Wydając wyrok skazujący sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary.

³³ Zob. K. B u c h a ł a, A. Z o l l, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 256; J. W a r y l e w s k i, *op. cit.*, s. 297; J. G i e z e k, w: *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 188. Także niemiecka doktryna prawa karnego traktuje nieukończenie określonego ustawą wieku (tj. 14 lat), jako okoliczność wyłączającą winę. Zob. np. H. J e s c h e c k, T. W e i g e n d, *op. cit.*, s. 434.

³⁴ Wskazać należy na pogląd, zgodnie którym w opisanych przypadkach mamy do czynienia z wyjątkiem od zasady winy. A. W a s e k, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 129.

w sytuacji nie stwierdzonego ukończenia przewidzianego ustawą wieku, nie wolno sprawcy zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego uznać za winnego popełnienia tego czynu. Innymi słowy: nieukończenie przez sprawcę określonego w art. 10 k.k. wieku nie oznacza, że sprawcy nie można przypisać winy w tym znaczeniu, że nie istniała u niego subiektywna możliwość dochowania nakazu/zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej, a oznacza tylko, iż ze względu na przyjęte z góry założenie nie można nawet rozważać jej przypisania. Wyznaczona w ustawie granica wieku nie stanowi zatem elementu treści winy. O winie decyduje bowiem możliwość rozpoznania znaczenia czynu (zarówno faktycznego, jak i prawnego) i niczym nie skrępowana możliwość pokierowania swym postępowaniem (podjęcia decyzji i jej przeprowadzenia). Jak przyjmuje się w doktrynie³⁵, sprawca musi być zdalny do powzięcia decyzji woli wyboru konkretnego zachowania bez ulegania społecznie nieakceptowanym potrzebom, popędom, motywacjom i innym czynnikom zewnętrznym, co implikuje zasadniczo odpowiedni poziom rozwoju intelektualnego, psychicznego oraz społecznego. Kodeks karny dla przyjęcia winy nie wymaga jednakże każdorazowego badania, czy sprawca ze względu na osiągnięty wiek miał możliwość faktycznego i prawnego rozpoznania znaczenia czynu i wolitywnego panowania nad swym postępowaniem, tylko stwierdza autorytatywnie, iż jeżeli nie osiągnął określonego wieku, to takiej możliwości nie miał³⁶. Nie oznacza to jednakże, że ukończenie przewidzianego ustawą wieku uniemożliwia dowodzenie, iż sprawca w chwili czynu nie miał w uproszczeniu zdolności do sensownej autodeterminacji, ani że osoba, która nie ukończyła 17 względnie 15 roku życia, ze względu na tzw. subiektywną kondycję, nie mogłaby, gdyby nie brzmienie art. 10 § 1 k.k., ponosić winy za swoje zachowanie. Omawiany przepis nie zezwala tylko na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego, który nie ukończył 17 względnie 15 roku życia, bez względu na to, czy spełniona została relacja bycia winnym czy też nie.

³⁵ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 241 i n.

³⁶ To tak, jakby dla przyjęcia niepoczytalności wystarczył sam fakt istnienia choroby psychicznej (jak jest przy definiowaniu niepoczytalności metodą psychiatryczną). Zaznaczyć jednak należy, że w przypadku osoby, która ukończyła 15 a nie ukończyła 17 roku życia i odpowiada za popełnienie jednego z czynów zabronionych, określonych w art. 10 § 2 k.k., przepis Kodeksu wymaga każdorazowego ustalenia, czy istniała u niej subiektywna możliwość dochowania nakazu/zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej.

3. Wina w rozumieniu art. 53 § 1 k.k.

Rozumienie winy, o której mowa w art. 53 § 1, zdeterminowane jest funkcjami jakie ona ma do spełnienia, a które zostały jednoznacznie określone w powołanym przepisie. Zgodnie z jego brzmieniem, sąd wymierza karę bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy (funkcja limitująca winy) i mając m.in. na względzie stopień społecznej szkodliwości czynu. Wina, o której mowa w tym przepisie, winna być zatem nie tylko tak sformułowana, aby można było ją stopniować (na co wskazuje większość komentatorów tego przepisu), co jest jednak nie do pogodzenia z ujmowaniem winy jako relacji³⁷, a także aby była ona w stanie wyznaczyć górną granicę kary, poza którą nie można jej wymierzyć konkretnemu sprawcy za konkretny czyn. Akceptacja poglądu, iż wina jest relacją, pociąga za sobą konieczność ustosunkowania się do tezy o stopniowości winy. Ponieważ relacja jest niestopniowalna³⁸, naturalną kolejną rzeczą pojawiała się teza o możliwości dwojakiego rozumienia pojęcia winy, tj. przypisania innego znaczenia terminowi wina, występującemu jako element w dogmatyczno-prawnej strukturze przestępstwa, i innego winie, o której mowa w kontekście dyrektyw sądowego wymiaru kary³⁹. Na niemożność utożsamiania winy, o której mowa w art. 1 § 3 i art. 53 § 1 k.k. wskazują już zatem czysto „formalne” przesłanki. W niniejszym opracowaniu broniony jest jednakże także pogląd, który niemożność jednolitego traktowania winy w prawie karnym (niemożność nadania winie, o której mowa w art. 53 § 1 k.k. treści, jaka została jej przypisana na gruncie art. 1 k.k.) uzasadnia poprzez odwołanie się do funkcji, jakie ma do spełnienia wina, o której mowa w art. 53 § 1 k.k., a więc funkcji limitującej.

Na wstępie wskazać należy na te poglądy doktryny, zgodnie z którymi stopnia winy nie mogą określać okoliczności wyłączające winę, jako że dotyczą one problematyki istnienia lub nieistnienia winy w ogóle⁴⁰. Trudnym bowiem wydaje się uzasadnienie, dlaczego sam fakt wzięcia pewnych

³⁷ W. P a t r y a s, *W sprawie definicji winy — replika*, RPEiS 1992, s. 24; J. M a j e w s k i, P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 71; M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 18.

³⁸ Na marginesie przywołać należy reprezentowane w doktrynie stanowisko, według którego także traktowanie winy jako samego zarzutu stawianego sprawcy uniemożliwia jej stopniowanie. Tak: P. J a k u b s k i, *Wina i jej stopniowalność na tle kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 4, s. 49 i n.

³⁹ Na taką dopuszczalność wskazuje M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 20. Odmienne znaczenie winie nadają także J. M a j e w s k i, P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 75; P. J a k u b s k i, *op. cit.*, s. 50, przypis 27.

⁴⁰ P. J a k u b s k i, *op. cit.*, s. 47.

okoliczności pod uwagę przy stwierdzeniu, czy mamy do czynienia z winą, uniemożliwiać ma branie ich pod uwagę przy określaniu stopnia winy, skoro, jak podnosi się w doktrynie, okoliczności, których wystąpienie warunkuje stwierdzenie relacji bycia winnym winy, są stopniowalne. Twierdzenie, że podstawą przypisania winy jest ukończenie określonego ustawą wieku, poczytalność, rozpoznawalność bezprawności i brak anormalnej sytuacji motywacyjnej jest pewnym uproszczeniem (skrótom myślowym). Sam ustawodawca, poprzez modyfikacje sankcji karnej przy tzw. ograniczonej poczytalności, przekroczeniu granic obrony koniecznej, czy braku świadomości bezprawności przy istniejącej możliwości jej rozpoznania, nie neguje faktu, iż sprawcy działającemu w tych okolicznościach można przypisać winę, tylko jej stopień jest mniejszy (ze względu na ograniczoną *de facto* wolność wyboru). Trudne do zaakceptowania są także twierdzenia, które fakt stopniowalności winy wywodziły z okoliczności, iż wpływa nań społeczna szkodliwość czynu, która przecież jest stopniowalna⁴¹. Takiemu stanowisku przeciwstawić można kilka argumentów: przede wszystkim fakt, że ustawodawca przewidział możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadkach, w których, jak wskazano powyżej, nie występuje zmniejszony stopień społecznej szkodliwości czynu (on pozostaje taki sam bez względu na to, czy sprawca był w pełni poczytalny, czy jego poczytalność była ograniczona), tylko właśnie nie istnieje pełna i swobodna możliwość rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swym postępowaniem. Ponadto, przy takim rozumieniu stopnia winy (która jest stopniowalna ze względu na stopniowalność społecznej szkodliwości zachowania), funkcję limitującą wymiar kary pełniłaby nie tyle wina, ile stopień społecznej szkodliwości czynu.

Mając powyższe na względzie, przychylić się należy do stanowiska, zgodnie z którym pod pojęciem winy, w rozumieniu art. 53 § 1 k.k., rozumie się to kwantum naganności czynu, jakie można sprawcy przypisać z uwagi na domniemaną wolność i możliwość dochowania wierności prawu⁴². Tak rozumianą winę uzyskuje się poprzez rzutowanie stopnia zawinienia (obrazującego stopień subiektywnej możliwości podjęcia przez sprawcę zachowania zgodnego z prawem, stopień wolności jaki posiadał przy podjęciu i wykonaniu decyzji o zachowaniu sprzecznym z prawem⁴³) na stopień społecznej szkodliwości czynu⁴⁴. Jeżeli chcemy, aby wymierzona sprawcy kara

⁴¹ Zob. na ten temat: *ibidem*, s. 48.

⁴² W. W r ó b e l, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 809.

⁴³ *Ibidem*, s. 810 i n.

⁴⁴ Tak: *ibidem*, s. 811; podobnie J. M a j e w s k i, P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 75.

nie przekraczała stopnia winy (a na to wskazuje jednoznacznie zwrot ustawy: bacząc by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy), nie możemy rozumienia jej ograniczać wyłącznie do czynników decydujących o stopniu zawinienia (przesądzają one o możliwości przypisania sprawcy winy, legitymującej do wymierzenia sprawcy kary) dlatego, że może on być taki sam przy kradzieży, jak i przy zabójstwie, albo nawet większy w tym pierwszym przypadku. Ustawowe zagrożenie karą, przewidziane w przepisach części szczególnej, stanowi odzwierciedlenie stopnia społecznej szkodliwości penalizowanej w tym przepisie kategorii zachowań. Z tego względu nie ma możliwości określenia górnej granicy kary bez odwołania się do stopnia owej społecznej szkodliwości⁴⁵. Sama społeczna szkodliwość nie może nam zaś wyznaczać tego stopnia ze względu na możliwość zaistnienia w konkretnym przypadku ograniczonej wolności sprawcy, spowodowanej przykładowo jego ograniczoną poczytalnością, która spowoduje, iż nie zawsze będzie można go uczynić odpowiedzialnym za całe „zło” spowodowane jego zachowaniem się⁴⁶. Z tego względu, w przypadkach, w których mamy do czynienia z brakami na płaszczyźnie szeroko rozumianej subiektywnej kondycji sprawcy (ograniczona poczytalność, ponoszenie odpowiedzialności karnej pomimo nieukończenia 17. roku życia, przekroczenie granic obrony koniecznej lub stanu wyższej konieczności, nieusprawiedliwiony błąd co do prawa) Kodeks karny przewiduje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, czyli wymierzenia jej poniżej dolnej granicy kary odzwierciedlającej przewidziany dla danej kategorii zachowań stopień ich społecznej szkodliwości. Nie budzi najmniejszych wątpliwości, że wymierzenie takiej kary nie jest motywowane mniejszym stopniem społecznej szkodliwości⁴⁷, tylko tym, co określić można mianem zmniejszonego stopnia zawinienia. Na tyle zmniejszonego, iż kara odpowiadająca stopniowi naganności czynu, jaki ze względu na ten stopień zawinienia można sprawcy przypisać, leży poniżej dolnej granicy zagrożenia przewidzianego za popełniony czyn zabroniony.

⁴⁵ Nie można zatem podzielić stanowiska prezentowanego przez tych autorów, którzy kwestionują sensowność uzależnienia stopnia winy od stopnia społecznej szkodliwości czynu. Np. P. J a k u b s k i, *op. cit.*, s. 57.

⁴⁶ W. W r ó b e l, w: *Kodeks karny.*, *op. cit.*, s. 812 i n.

⁴⁷ Tezy tej nie podważałaby nawet akceptacja prezentowanego w doktrynie stanowiska (zob. m.in. P. J a k u b s k i, *op. cit.*, s. 52, M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 21 i n.), według którego na stopień społecznej szkodliwości czynu wpływają m.in. także okoliczności tradycyjnie ujmowane jako umniejszające winę sprawcy, np. ograniczona niepoczytalność sprawcy (rozważana w aspekcie procesów psychicznych).

Takiemu rozumieniu stopnia winy może jednakże stać na przeszkodzie wynikająca z art. 53 § 1 k.k. konieczność uwzględnienia przy wymiarze kary (obok wspomnianego stopnia winy, którego ta kara nie może przekraczać) stopnia społecznej szkodliwości czynu. Nie sposób nie zadać sobie jednak pytania: po co?⁴⁸ Po pierwsze stopień społecznej szkodliwości współwyznacza nam już stopień winy, po drugie zaś sam stopień społecznej szkodliwości czynu nie może nam nigdy wyznaczać kary z tego względu, iż w zakresie, w jakim nie został on (ściślej: zachowanie charakteryzujące się określonym stopniem społecznej szkodliwości) zawiniony przez sprawcę, nie może być brany pod uwagę przy wymiarze kary, jako że prowadziłyby to do odpowiedzialności obiektywnej. Innymi słowy: wzięcie pod uwagę przez sąd orzekający w sprawie przy wymiarze kary stopnia społecznej szkodliwości czynu w zakresie wykraczającym poza ten przypisany sprawcy ze względu na istniejący stopień zawinienia (subiektywne przypisanie społecznej szkodliwości czynu) jest, ze względu na zasady konstytucyjne, w tym zasadę godności człowieka, niedopuszczalne. Mając powyższe na względzie, nie powinno budzić wątpliwości, że trudno jest przy przedstawionym powyżej rozumieniu stopnia winy znaleźć „zastosowanie” dla dyrektywy społecznej szkodliwości. Chyba że uznamy, iż ustawodawca posługując się tym terminem odwoływał się nie tyle do społecznej szkodliwości rozumianej *in genere* tylko do poszczególnych elementów składających się na nią. Innymi słowy: uzasadniając wymiar kary powyżej tej, jaką należałoby wymierzyć, gdyby sąd kierował się wskazaniem przewencji indywidualnej (poniżej oczywiście granicy wyznaczonej przez stopień winy), sąd może się odwołać przykładowo do wagi naruszonych przez sprawcę obowiązków czy szczególnego motywu działania sprawcy (trudno byłoby jednak w tym przypadku zasadnie twierdzić o dyrektywie społecznej szkodliwości).

Omawiając zasadę winy, kilka słów poświęcić należy charakterowi wynikającego z art. 53 § 1 k.k. zakazu wymierzania sankcji karnej powyżej stopnia winy. W wielu opracowaniach i komentarzach wskazuje się, że mamy tu do czynienia z jedną z dyrektyw wymiaru kary⁴⁹. Zgodnie zaś z odmiennym poglądem, opisana w art. 53 § 1, „instytucja” stanowi jedną z kodeksowych zasad wymiaru kary⁵⁰. Zasady wymiaru kary mają charakter „stanowczych zakazów i nakazów dotyczących rozmiaru konkretnej sankcji karnej i wy-

⁴⁸ Zwracał na to uwagę m.in. P. J a k u b s k i, *op. cit.*, s. 49.

⁴⁹ A. M a r e k, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 230; L. G a r d o c k i, *op. cit.*, s. 178; J. W a r y l e w s k i, *op. cit.*, s. 418.

⁵⁰ W. W r ó b e l, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 800, 808.

nikają z konieczności przestrzegania w procesie stosowania prawa karnego określonych wartości o charakterze aksjologicznym (sprawiedliwociowym)⁵¹. Dyrektywy wymiaru kary mają natomiast charakter prakseologiczny, związane są z celami kary jakie ma ona osiągnąć wobec konkretnego sprawcy⁵². Mając na względzie przedstawioną powyżej definicję winy użytej w art. 53 § 1 k.k., oraz realizowaną przezeń funkcję, przychylić się należy do tych poglądów, które uznają zakaz wymierzania kary za kodeksową zasadę wymiaru kary, wskazując, iż Kodeks karny nie daje podstaw do formułowania dyrektywy nakazującej wymierzać karę odpowiadającą stopniowi winy, tylko stanowi, iż orzeczona w jednostkowym akcie kara nie może przekraczać stopnia winy⁵³.

Przyjęte na gruncie art. 53 § 1 k.k. rozumienie winy spotkało się z następującym zarzutem: skoro stopień społecznej szkodliwości wyznacza stopień winy, a na społeczną szkodliwość składają się m.in. umyślność i nieumyślność, to oznacza to, iż elementy podmiotowe z powrotem wchodzi w zakres pojęcia winy⁵⁴. Przede wszystkim narzuca się momentalnie pytanie, dlaczego uznać tylko niektóre składniki społecznej szkodliwości czynu za wchodzące w zakres pojęcia winy. Chcąc być konsekwentnym, należałoby przyjąć, iż także inne elementy społecznej szkodliwości, m.in. rodzaj naruszonych reguł ostrożności, charakter naruszonego dobra, współwyznaczają nam istotę winy. W tym kontekście usprawiedliwione byłoby traktowanie winy jako kwalifikowanego bezprawia. Co stawia na nowo pytanie, z jakich względów kwalifikowanego (przez co kwalifikowanego). Czyżby dlatego, że zawinionego? Wydaje się, że istnieją dwie drogi wyjścia ze swoistego impasu. Możemy przyjąć, iż wina w rozumieniu art. 1 § 3 i art. 53 § 1 k.k. jest tą samą winą (co oznacza, że tak rozumiana wina nie może wyznaczać ale co najwyżej współwyznaczać górną granicę, jakiej nie może przekraczać sędzia wymierzając karę sprawcy za popełniony przezeń czyn zabroniony, co jest jednakże nie do pogodzenia z brzmieniem ustawy karnej, w której wyraźnie jest powiedziane, iż to stopień winy ma wyznaczać tę górną

⁵¹ *Ibidem*, s. 795 i n.

⁵² K. Buchała, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 407; W. Wróbel, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 795.

⁵³ *Ibidem*, s. 809; odmiennie m.in. A. Marek, *op. cit.*, s. 230.

⁵⁴ P. Jakubski, *op. cit.*, s. 48 i n., gdzie stwierdzone zostało wprost, że „stopień społecznej szkodliwości jako element decydujący o stopniu winy spełnia poniekąd rolę konia trojańskiego, który ponownie wprowadza do pojęcia winy umyślność i nieumyślność, a więc te składniki, od których w myśl założeń niektórych twórców Kodeksu wina miała być uwolniona”.

granice)⁵⁵. Alternatywą jest przyłączenie się do tych poglądów⁵⁶, zgodnie z którymi w prawie karnym mamy do czynienia z dwoma znaczeniami (ujęciami) winy⁵⁷. Czym innym jest bowiem wina spełniająca zgodnie z art. 1 § 3 funkcję legitymującą, a czym innym wina, której zadaniem jest limitowanie kary. Tak samo jak czym innym jest bezprawność (rozumiana jako relacja), a czym innym bezprawie (rozumiane jako ujemnie oceniony czyn).

Górną granicę kary, jaką można sprawcy wymierzyć, określać ma zatem ten zakres społecznej szkodliwości danego czynu, który można sprawcy zarzucić (zgodnie z terminologią kodeksową jest to „stopień winy”) mając na względzie zakres, w jakim sprawca mógł rozpoznać znaczenie swojego czynu i pokierować swoim postępowaniem (stopień zawinienia). Biorąc pod uwagę, iż wina jest relacją, podkreślić należy, że nie ma bezpośredniego przełożenia pomiędzy stopniem zawinienia a winą spełniającą funkcję legitymującą. Jednakże jeżeli przyjrzymy się elementom, których wystąpienie warunkuje przyjęcie, iż została spełniona relacja bycia winnym, i elementom decydującym o stopniu zawinienia, to stwierdzić należy, że o ile nawet może nie są one tożsame, to zachodzi pomiędzy nimi stosunek zawierania, tzn. jeżeli dany element ma wpływ na przyjęcie winy spełniającej funkcję legitymującą, musi mieć także wpływ na stopień zawinienia. Uzasadniona zdaje się zatem być teza, zgodnie z którą **funkcja limitująca winy, w rozumieniu przyjętym w pkt. 2 (tj. ta, o której mowa w art. 1 § 3 k.k.), ogranicza się do funkcji, jakie spełnia stopień zawinienia — wina, a precyzyjniej przesłanki warunkujące przyjęcie, iż została spełniona relacja bycia winnym zatem nie tyle wyznaczają, ile współwyznaczają (wraz ze stopniem społecznej szkodliwości) górną granicę kary, jaką można sprawcy wymierzyć za popełnienie konkretnego czynu zabronionego.**

⁵⁵ Można przyjąć oczywiście, że pojęciu „winy”, o której mowa w art. 1 k.k., należy nadać takie samo znaczenie, jak to, które przyjęte zostało na gruncie art. 53 § 1 k.k. (tak m.in. W. Wróbel, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 809), co jednakże jest nie do pogodzenia z przyjętą na gruncie niniejszego opracowania definicją winy, tzn. zarówno z jej ontologiczną istotą, jak i z jej „materialną treścią”. Winę traktować należy analogicznie do bezprawności, której przyjęcie jest niezależne od treści normy prawnej, która została przełamana przez sprawcę. Tak samo przyjęcie „zawinienia” tego przełamania powinno być od niej niezależne.

⁵⁶ Zob. przypis 39.

⁵⁷ Na wieloznaczność terminu wina, rozumianego zarówno jako zarzucalność, jak i zarzucalny czyn, wskazywał już H. Weizel, *op. cit.*, s. 39 i n. Także na gruncie współczesnej doktryny niemieckiej wskazuje się, iż wina, o której mowa przy wymiarze kary, i wina stanowiąca element struktury przestępstwa nie są identycznie rozumiane. Zob. H. Jeschek, T. Weigend, *op. cit.*, s. 887; U. Kindhäuser, *op. cit.*, s. 242.

Na marginesie tylko zakwestionować należy wyrażony w doktrynie pogląd, zgodnie z którym wątpliwości wynikające z uzależnienia stopnia winy od stopnia społecznej szkodliwości czynu nie powstają na gruncie kompleksowej teorii winy, zgodnie z którą umyślność/nieumyślność należy do istoty winy, co, w ocenie reprezentantów tego poglądu, zezwala na stopniowanie winy w oparciu o elementy składające się na jej strukturę, bez potrzeby odwoływania się do innych cech czynu przestępnego, np. stopnia jego społecznej szkodliwości⁵⁸. Na wstępie wskazać należy, iż jeżeli zaakceptujemy tezę, iż wina jest relacją, to bez względu na przyjęty kształt definiensa (materialnej istoty winy), jest ona niestopniowalna. Podkreślić należy, że także zgodnie z przyjętym w niniejszej pracy rozumieniem winy, składają się nań elementy podlegające stopniowaniu, co jednak nie oznacza, iż sama wina jest stopniowalna. Zasadniczy argument, przemawiający jednak przeciwko cytowanemu pogładowi, związany jest z funkcją, jaką ma do spełnienia stopień winy w prawie karnym. Jeżeli stopień winy ma limitować górną granicę kary, to nie można go określić bez odwołania się do stopnia społecznej szkodliwości czynu. Sama umyślność czy nieumyślność, bez odwołania do elementów przedmiotowych typu czynu zabronionego (choćby naruszonego dobra), nie jest w stanie wyznaczyć górnej granicy kary, której nie można orzec za popełnienie konkretnego czynu.

Podzielić należy natomiast pogląd wyrażony w doktrynie, zgodnie z którym stopień społecznej szkodliwości wpływa na stopień winy (w rozumieniu art. 53 § 1 k.k.), ale tylko do granic możliwości przewidywania konsekwencji swojego zachowania⁵⁹. Nie oznacza to oczywiście, że przewidywalny ma być stopień winy i stopień społecznej szkodliwości, tylko iż wystąpienie konkretnych elementów czynu, wpływających na stopień społecznej szkodliwości czynu może być zarzucalne (przypisane sprawcy) tylko wtedy, jeżeli ich wystąpienie można było przewidzieć. Niezasadna jest zatem teza, iż „kryterium przewidywalności nie może być miernikiem ustalenia wpływu stopnia społecznej szkodliwości na stopień winy”⁶⁰. Nie budzi wprawdzie wątpliwości, że płaszczyzna związana z oceną czynu pod kątem

⁵⁸ P. Jakubski, *op. cit.*, s. 53.

⁵⁹ A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 482 i n.; W. Wróbel, w: *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 810.

⁶⁰ P. Jakubski, *op. cit.*, s. 55. Podkreślić jednak należy, iż autor tej tezy winę definiuje „czysto normatywnie” i przyjmuje, że ten termin ma takie samo znaczenie na gruncie art. 1 § 3 k.k., jak i art. 53 § 1 k.k.

przewidywalności określonych jego konsekwencji nie odnosi się do stopnia społecznej szkodliwości, chociażby z tego względu, że ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu dokonywana jest *ex post*, gdy tymczasem sama ocena przewidywalności przez sprawcę konsekwencji swojego zachowania dokonywana jest *ex ante*⁶¹, jednakże przy ocenie stopnia winy chodzi w uproszczeniu o zakres zarzucalnego stopnia społecznej szkodliwości czynu. W tym kontekście przyjmuje się, iż nie jest zarzucalne m. in. wystąpienie tych elementów kształtujących stopień społecznej szkodliwości czynu, które nie były przewidywalne.

4. Zakończenie

Powyższe opracowanie miało na celu podkreślenie dwóch kwestii: Po pierwsze, iż jeżeli przyjmujemy istnienie pozaustawowych okoliczności wyłączających winę i traktujemy art. 31 § 3 jako wyjątek od zasady winy, to implikuje to traktowanie winy jako „bytu”, którego istoty należy szukać poza płaszczyzną prawa karnego. Po drugie zaś, iż nie ma możliwości wyznaczenia stopnia winy w rozumieniu art. 53 § 1 k.k. bez odwołania się do stopnia społecznej szkodliwości czynu. Wszystko inne jest sporne i wymaga jeszcze dogłębnej analizy. Nie budzi też wątpliwości, iż przedstawiona propozycja nadania terminowi „wina” dwóch odmiennych znaczeń, rodzić będzie nowe problemy. Przede wszystkim nasuwa się pytanie o rozumienie tego terminu na gruncie innych przepisów prawnych (przykładowo art. 66 k.k.). Odpowiedź na to pytanie, wymagająca odwołania się zarówno do funkcji, jakie stawia się konkretnej instytucji, jak i motywów, jakie leżały u podstaw uczynienia winy jedną z jej przesłanek, także wykracza znacznie poza ramy powyższego opracowania.

⁶¹ *Ibidem*, s. 56.