

Zasada koincydencji winy i czynu w Kodeksie karnym

Agnieszka Barczak-Oplustil

Kraków 2016

1.6.5. Podsumowanie

Reasumując powyższe rozważania na temat istoty winy w prawie karnym, stwierdzić należy, że:

1. Nie budzi wątpliwości, że wina oparta na wolnej woli stanowi mocną legitymację dla wymierzenia sankcji osobie naruszającej normę prawną, mocniejszą niż jej „zamienniki” proponowane kiedyś przez przedstawicieli socjologicznej szkoły prawa karnego (Liszt, Radbruch), a teraz przez neurobiologów. Okoliczność ta jest podkreślana zarówno przez osoby przenoszące wyniki badań neurobiologicznych negujących wolną wolę na płaszczyznę prawa karnego⁸⁵⁵, jak i przez osoby podważające zasadność takiego rozumowania⁸⁵⁶.

2. Sformułowanie definicji winy (w znaczeniu materialnym) zależy też od tego, czy uznamy, iż przypisanie winy daje podstawy do stwierdzenia, że kogoś potępiamy za to, że postąpił źle (kara jest formą odwetu), czy uzasadnia ona tylko zastosowanie dolegliwości, której celem jest wzmocnienie przekonania, że normy prawne obowiązują i zapobieżenie naruszeniu dóbr prawnych. Na gruncie niniejszego opracowania reprezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym nie da się całkowicie odseparować winy prawnej od winy moralnej. Czy to jednak musi oznaczać, że wina stanowi ocenę moralną popełnionego przez sprawcę czynu? I to rozumianą nie na zasadzie: wina jest oceną moralną, bo moralnie dozwolone jest karać jedynie tego rodzaju czyny, które są popełnione dobrowolnie (czyli przez osoby, które miały kontrolę nad swoim czynem)⁸⁵⁷, ale rozumianą jako **potępienie** tego czynu (z punktu widzenia akceptowanych założeń aksjologicznych⁸⁵⁸). Biorąc pod uwagę rozwój prawa karnego szczególnie w zakresie *mala prohibita*, czyli czynów, których istota nie polega na złu moralnym, tylko na naruszeniu normy prawnej mającej na celu zapewnić prawidłowe funkcjonowanie społeczeństwa, jak też uzależnienie odpowiedzialności w przypadku przestępstw nieumyślnych nierzadko od przypadku, a także ustalenia nauk neurobiologicznych wskazujące na szereg czynników niezależnych od sprawcy, które determinują jego decyzję dotyczącą podjęcia określonego zachowania, a nie

855 Zob. G. Merkel, *Hirnforschung...*, s. 32, 35.

856 T. Hillenkamp, *Hirnforschung...*, s. 50–51.

857 W rozumieniu Ł. Kurka – zob. Ł. Kurek, *Wina...*, s. 18.

858 A. Zoll, w: *Kodeks...*, t. I, s. 78.

mają (z perspektywy kryminalnopolitycznej patrząc – nie mogą mieć) znaczenia dla określenia stopnia winy, stwierdzić należy, że nie można z przypisaniem przestępstwa łączyć w każdym przypadku moralnego osądu podjętego przez człowieka zachowania. Ocena czynu dokonywana w perspektywie moralnej uzasadnia surowsze traktowanie przestępstw popełnionych umyślnie, szczególnie z zamiarem bezpośrednim; z tej perspektywy bowiem równie istotne jest nie tylko to, że sprawca naruszył dobro chronione prawne, ale i to, że chciał je naruszyć. W przypadku przestępstw nieumyślnych to potępienie, ta moralna naganność nie jest tak „widoczna”. Odejście do winy rozumianej jako potępienie może pozwolić w przyszłości uzasadnić możliwość przypisywania odpowiedzialności osobom prawnym. Także w doktrynie niemieckiej pojawiają się głosy mówiące o odchodzeniu od winy rozumianej w kategoriach odpokutowania za wyrządzone zło⁸⁵⁹. Z drugiej strony, nie oznacza to, że mamy całkowicie pozbawić karę pierwiastka odwetu. W przeciwnym razie pojawi się pytanie, czym ona będzie się różniła od naprawienia szkody, czy też od środka zabezpieczającego.

Przypomnieć należy pogląd niemieckiego Sądu Konstytucyjnego, który w wyroku z 24 października 1996 r.⁸⁶⁰ stwierdził, że kara – w przeciwieństwie do środków zabezpieczających – charakteryzuje się tym, że jest ona – jeżeli nie wyłącznie, to w części – nastawiona na represję i odpłatę za bezprawne zachowanie. Wymierzając karę sprawcy, jednocześnie stawia się mu zarzut popełnienia bezprawnego społecznie nieakceptowalnego zachowania⁸⁶¹. Jeżeli wina miałaby jedynie uzasadniać

859 Tak też: R. Merkel, w: *Reparaturanstalt...*, s. 58. Na okoliczność, że doktryna zaczyna odcinać się od twierdzenia, iż celem kary i sposobem na wyrównanie winy (*Schuldausgleich*) jest odwet, wskazuje także G. Merkel, *Hirnforschung...*, s. 27.

860 2 BvR 1851, 1853, 1875 und 1852/94.

861 „Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, daß sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe wird dem Täter ein rechtswidriges vorgeworfen”, < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv095096.html#140> >, Leitsatz 158, dostęp: 20 czerwca 2016 r. W wyroku z 25 października 1966 r. (2 BvR 506/63) innymi słowami stwierdzono to samo, wskazując: „Mit der Strafe, auch mit der Ordnungsstrafe, wird dem Täter ein Rechtsverstoß, vorgehalten und zum Vorwurf gemacht. Ein solcher strafrechtlicher Vorwurf aber setzt Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus”, < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv020323.html#331> >, Leitsatz 31, dostęp: 20 czerwca 2016 r. Zob. ponadto BVerfGE 120, 224, wyrok z 26 lutego 2008 r. (2 BvR 392/07), < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html> >, Leitsatz 69, dostęp: 20 czerwca 2016 r.

zastosowanie dolegliwości, której celem jest wzmocnienie przekonania, że normy prawne obowiązują i zapobiegać naruszeniu dóbr prawnych, to pojawiłby się – wskazany powyżej – problem rozróżnienia kary od środków zabezpieczających. W winie musi być zatem coś więcej niż tylko uzasadnienie dla stosowania kary spełniającej funkcję prewencyjną.

3. Winę w prawie karnym – od strony formalnej – należy rozumieć jako wyznaczony przez prawo zestaw kryteriów, które muszą zostać spełnione, aby można było stwierdzić, że zachowanie sprawcy realizujące znamiona typu czynu zabronionego, bezprawne i karygodne, stanowi przestępstwo. Zasadnicze pytanie brzmi: co ma decydować o tym zestawie kryteriów? Czy ustawodawca ma w tym zakresie pełną „dowolność”, czy jednak związany jest pozaprawnymi *de facto* wytycznymi? Wydaje się, że sam podział na winę w znaczeniu formalnym i materialnym uzasadnia twierdzenie o istnieniu „pozaprawnej” istoty winy. Pytanie, czy rzeczywiście opierać się ona powinna na „możliwości postąpienia inaczej”. Nie jest to dzisiaj pogląd jednomyślnie prezentowany w doktrynie prawa karnego. Przypomnieć można, że przykładowo zdaniem Jakobsa **nie istnieje** jakiś „przedspołeczny” (*vorgesellschaftliches*) element winy, którym miałyby być możliwości postąpienia przez sprawcę inaczej (*Vermeidbarkeit*), który to wymóg każda społeczność powinna respektować. Zdaniem Jakobsa to społeczne zrozumienie świata (*Weltverständnis*) winno decydować o tym, pod jakimi warunkami dany czyn może zostać przypisany sprawcy⁸⁶²; kwestia wolności woli dla stwierdzenia winy jest bez znaczenia⁸⁶³. Nie oznacza to, jego zdaniem, że wolność w perspektywie winy jest bez znaczenia; chodzi tu jednak o wolność do samozarządzania, tj. podmiot decyduje o własnym losie, a nie zostaje mu to z góry (niejako centralnie) narzucone⁸⁶⁴.

Z Jakobsem można się zgodzić tylko częściowo. Rzeczywiście to normy kulturowe i społeczne decydują o tym, kogo można obciążyć odpowiedzialnością za popełniony czyn. I rzeczywiście – społeczeństwo w ciągu stuleci znacznie modyfikowało te kryteria przypisania odpowiedzialności. Paradoksalnie być może, ale łatwiej jednak jest nadać treść nowemu pojęciu niż modyfikować treść pojęcia już zastanego; w tym

862 G. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, s. 14.

863 G. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, s. 34.

864 G. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, s. 34.

drugim przypadku trzeba dysponować mocnymi argumentami uzasadniającymi zmianę ustalonego znaczenia (istoty) danego terminu. W tym kontekście łatwiej byłoby rozszerzyć zakres osób odpowiedzialnych za popełnione czyny także na te osoby, którym nie można przypisać winy, ale które ze względów kryminalnopolitycznych, ze względu na prewencję generalną, ochronę dóbr prawnie istotnych winny ponieść jeżeli nie identyczne, to podobne konsekwencje, co osoby winne popełnienia zarzucanych im czynów, niż nadać winie znaczenie odbiegające od istniejących intuicji językowych, które w jakimś zakresie zakorzenione są w winie w rozumieniu moralnym, która jednak opiera się „możliwości postąpienia inaczej”.

4. Dla wyboru kryteriów decydujących o przypisaniu winy **niewątpliwie znaczenie mają funkcje, jakie wina ma do spełnienia**. Czyli kryteria winy mają być tak ukształtowane, aby wina mogła spełniać swoje funkcje legitymizującą i limitującą⁸⁶⁵ odpowiedzialność karną, z uwzględnieniem celów tej odpowiedzialności/celów kary. Jest to – patrząc z innej perspektywy – problem określenia, jak daleko sięga swoboda prawa w określaniu tych kryteriów. Nie wyznacza ich tylko intuicja semantyczna, ani też jedynie cele wymierzonej kary. Natomiast niewątpliwie punktem granicznym, punktem odniesienia, musi być tutaj zasada godności człowieka. **Kryteria przypisania winy nie mogą zostać tak ukształtowane, aby prowadziły do przedmiotowego traktowania człowieka, do naruszenia jego godności, do pociągania do odpowiedzialności karnej za coś, za co w perspektywie tej zasady nie powinien być pociągnięty**. W doktrynie przedstawiono pogląd, zgodnie z którym przesłanki zawinienia powinny być tak ukształtowane, aby nie wykaczały poza możliwość dania posłuchu normie prawnej. W przypadku, w którym w momencie aktualizacji normy sankcjonowanej adresat nie miał możliwości podjęcia wymaganej przez prawo decyzji lub nie miał możliwości postąpienia zgodnie z tą decyzją, twierdzi się, że „karanie traci wszelkie wymaganie, uzasadnienie etyczne i moralne, wszelki humanistyczny sens, stając się niczym nie usprawiedliwionym aktem ciemnienia”⁸⁶⁶. Problem z normą sankcjonowaną polega jednak m.in.

865 Poza zakresem niniejszego opracowania pozostaje zasadniczo wina, o której mowa w art. 53 § 1 k.k., czyli wyznaczająca górną granicę kary. Zob. jednak podrozdział 6.2.

866 P. Kardas, J. Majewski, *O dwóch...*, s. 72.

na tym, że wielokrotnie sprzężonych z nią jest wiele reguł technicznych, których przestrzeganie zapewnić ma prawidłowe wykonanie ciężącego na sprawcy obowiązku. Niespełnienie tych reguł oznacza zasadniczo, że sprawca w czasie czynu nie mógł postąpić zgodnie z prawem. Tak mocne postawienie punktu odniesienia na moment aktualizacji normy oznacza, że w wielu sytuacjach nie można byłoby pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności karnej za czyn nieumyślny. Problem polega zatem na odpowiedzi na pytanie, jak rozumieć należy aktualizację normy sankcjonowanej w sytuacji, gdy dany zakaz obowiązuje w każdych okolicznościach, i w sytuacji, gdy zachowanie tej normy – wynikające z niej zakazu lub zazwyczaj nakazu – warunkowane jest uprzednim spełnieniem „wynikających z niej” obowiązków. Zakres obowiązków normatywnych ciężących na obywatelu, powiązania istniejące między nimi, wykluczają *de facto* mówienie o jakimś wyodrębnionym momencie aktualizacji normy sankcjonowanej, na który ustalać możemy możliwość zachowania zgodnego z prawem. To podane kryterium trudne jest do zaakceptowania z tego względu, że w przypadku normy nakazu moment jej aktualizacji nie jest tożsamy z momentem czasu popełnienia czynu zabronionego (aktualizacja może nastąpić wcześniej); nawet przyjęcie, że sprawca w momencie aktualizacji mógł wykonać ciężący na nim obowiązek, nie uzasadnia przypisania winy, jeżeli okaże się, że w czasie popełnienia czynu już takiej możliwości nie miał.

5. Z powyższymi rozważaniami ściśle wiąże się pytanie o znaczenie ustaleń neurobiologii dla prawa karnego. Nie budzi wątpliwości, że podnoszone argumenty co do możliwości przyjęcia tezy o indeterminizmie nie przesądzają jeszcze o rezygnacji z posługiwania się pojęciem winy. Przy czym oddzielić tutaj należy wnioski wynikające z dwóch kategorii badań neurobiologicznych: pierwsza, której wyniki wskazują na „podejmowanie decyzji przez mózg”, zanim bodziec ją uzasadniający zostanie uświadomiony przez sprawcę. Z tymi wynikami nie można jeszcze wiązać prawnokarnych konsekwencji, ponieważ łączy się z nimi jeszcze zbyt wiele niewiadomych. Istotne jest chociażby to, że choć świadomość była przedmiotem badań filozofów, neurologów, psychologów, w dalszym ciągu jej umiejscowienie, jak również zasada działania w sensie empirycznym nie są rozpoznane⁸⁶⁷. Skoro tak, to nie można z brakiem

867 T. Przesławski, *Funkcja...*, s. 225.

świadomości bodźców w momencie podejmowania decyzji (zachodzenia zmian fizycznych w naszym mózgu) wiązać konsekwencji wykluczających odpowiedzialność karną w sytuacji, w której ochrona dobra prawnego, jak też prewencja generalna – pozytywna – domagają się pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności. Na tej płaszczyźnie, jak podnosi się w doktrynie⁸⁶⁸, zasada *in dubio pro reo* nie obowiązuje w prawie karnym. Tym bardziej, że przedwczesne i niedostatecznie uzasadnione wnioski wyciągane przez neurobiologów z przeprowadzonych przez nich badań, negujące zasadę indywidualnej odpowiedzialności opartej na wolnej woli, mogą niekorzystanie wpływać na relacje pomiędzy neuronaukami a innymi dziedzinami wiedzy⁸⁶⁹.

Można stwierdzić – z perspektywy prawa karnego – że dopóki nauki neurologiczne nie będą w stanie wykazać, że w sytuacji, w której istnieje możliwości wyboru określonego zachowania, to nie człowiek podejmuje decyzje, tylko że są one efektem zmian chemicznych zachodzących w jego mózgu, na które nie mamy wpływu, dopóty nie ma podstaw do akceptacji stanowiska głoszącego determinizm. Jest on bowiem tak trudny do pogodzenia z pewnymi odczuciami, jakie towarzyszą człowiekowi w procesie podejmowania decyzji, że jego obalenie wymagałoby znacznie bardziej jednoznacznych badań przeprowadzonych w dużo bardziej skomplikowanych i niejednoznacznych sytuacjach niż te przeprowadzone dotychczas. To wyśmiewane przez niektórych przedstawicieli doktryny niemieckiej⁸⁷⁰ „poczucie” wolności wyboru (*Gefühl der Wahlfreiheit*) jest bowiem trudne do podważenia. Okoliczność, że

868 T. Hillenkamp, *Hirnforschung...*, s. 84, wskazując zresztą zasadnie, że nie udzielono jeszcze jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy zanegowanie wolnej woli rzeczywiście byłoby rozstrzygnięciem na korzyść sprawcy.

869 Jak podkreśla się w literaturze: „Durch moderne neurobiologische Forschungsmethoden können wichtige Fortschritte hinsichtlich der Funktionsweise des Gehirns und psychischer Funktionen, die Einfluss auf menschliche Verhaltensweisen haben, erzielt werden. Vermutlich wird es Verhaltensweisen geben, die stärker mit hirnbilologisch fassbaren Korrelaten in Verbindung gebracht werden können und andere, bei denen ein solcher Zusammenhang weniger evident oder weniger stringent ist. Die Zukunft wird zeigen, in welchen Bereichen und für welche Personengruppen mit neurobiologischer Forschung Fortschritte im Bereich der Diagnostik, der Prognostik und möglicherweise auch bei Therapieverfahren und der Dokumentation von Therapieerläufen erreicht werden können. Hierfür sind weitere differenzierte Studien zu einer Fülle von Detailfragen notwendig” – F. Urbaniok i in., *Neurobiologischer Determinismus...*, cyt. za: T. Hillenkamp, *Hirnforschung...*, s. 82.

870 Zob. R.D. Herzberg, *Setzt strafrechtliche...*, s. 49 i n.

ta wolność jest w rzeczywistości ograniczona przez świadomość możliwości poniesienia odpowiedzialności za dokonanie pewnych wyborów – wbrew twierdzeniu Herzberga⁸⁷¹ – nie wyklucza tej wolności (zob. szerzej poniżej: punkty 8–9).

Wyniki badań neuronauk pokazują natomiast coraz wyraźniej, że na nasze zachowanie wpływ może mieć budowa mózgu, a precyzyjniej rzecz ujmując – pewne anormalne ukształtowania poszczególnych jego części. I obok tych ustaleń nie można przejść obojętnie. Przychylić się należy do poglądów filozoficznych wskazujących na to, że w swoim postępowaniu człowiek jest zdeterminowany wieloma czynnikami. Zadaniem prawnika – w przypadku winy prawnokarnej – jest określenie, które czynniki mają mieć znaczenie dla przypisania winy w prawie karnym, a które nie. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na zależność pomiędzy winą, karą a środkami zabezpieczającymi. Niemożność przypisania winy ze względu na nieprawidłową budowę mózgu wyłączyć może wprawdzie (w skrajnych przypadkach) odpowiedzialność karną, ale pozostawi pytania z jednej strony o konieczność, z drugiej zaś o możliwość zabezpieczenia społeczeństwa przed niebezpiecznym sprawcą⁸⁷². Pojawia się w tym kontekście problem odróżnienia kary od szeroko rozumianych środków prewencyjnych, na płaszczyźnie celów, jakie mają one do spełnienia (nie zaś na płaszczyźnie przesłanek ich wymierzania). Niewątpliwie celem obu środków jest zabezpieczenie przed naruszeniem dóbr prawnych istotnych dla funkcjonowania społeczeństwa. Ale przy karze wskazuje się zasadniczo w doktrynie prawa karnego na jej dodatkowy cel: także represję

871 Twierdzi on nawet: „So mag dies die tiefere Wahrheit sein: Das vielberufene «Lebensgefühl» ist bei eindringlicher Erforschung und Selbstbelauschung gar kein Gefühl der Wahlfreiheit, sondern eins der **Verantwortlichkeit** [podkr. Herzberg], von welcher der Fühlende nur meint, sie setze die Wahlfreiheit voraus” – R.D. Herzberg, *Setzt strafrechtliche...*, s. 53. Na temat tego, z czego to złudne poczucie wolności w podejmowaniu decyzji wynika, zob. R.D. Herzberg, *Setzt strafrechtliche...*, s. 57 i n.

872 Aby jednak dokonać takiego wyłączenia (lub ograniczyć winę ze względu na fizjologiczne uszkodzenia pracy mózgu), trzeba – już w procesie karnym – być otwartym na wykonywanie dostępnych badań neurobiologicznych. Tymczasem, jak wskazuje się w doktrynie, w procesie karnym zarówno zachowywana, jak i zalecana jest raczej wstrzeźliwość przy stosowaniu metod typu fMRT, sMRT czy PET. Jak się podnosi: „Jenseits des Nachweises einer symptomatischen Genese ist aber der Aufweis etwa bei Psychopathie, ADHS oder Phädoophilie gruppenstatistisch belegter hirnstruktureller oder hirnfunktioneller Veränderungen im Einzelfall nicht geeignet, den so »belasteten« Probanden valide zu beurteilen” – T. Hillenkamp, *Hirnforschung...*, s. 90.

i odwet⁸⁷³. W tym kontekście pojawia się też pytanie, co – w przypadku wątpliwości co do możliwości przypisania mu winy – byłoby dla sprawcy korzystniejsze. Zdaniem Roxina, wymierzenie sprawcy kary opartej na przypisanej mu winie jest korzystniejsze dla niego niż zastosowanie innych niewspółmiernie odwetowych (*unmäßig vergeltenden*) reakcji i ta „korzystność” dla ukaranego ma stanowić dodatkową legitymację dla wymierzenia kary. Bardziej obciążające dla sprawcy jest traktowanie go jako niepoczytalnego niż przypisanie mu winy⁸⁷⁴. Truizmem jest w tym przypadku twierdzenie, zgodnie z którym mamy do czynienia z osłabieniem funkcji winy (ograniczeniem funkcji winy) w odniesieniu do ciężkich przestępstw, w przypadku których prawo niemieckie pozwala na przymusowe umieszczenie sprawcy w zakładzie (*Sicherungsverwahrung*)⁸⁷⁵. Podobną funkcję w polskim prawie karnym spełniają postpenalne środki zabezpieczające. W tym kontekście tracą uzasadnienie zarzuty wysuwane przez przeciwników rezygnacji z pojęcia winy ze względu na rzekomo wykazany przez badania neurobiologiczne brak wolnej woli. Wskazują oni na niebezpieczeństwo wynikające z zastąpienia winy (spełniającej funkcje legitymująca i limitująca) prognozowanym – przy zastosowaniu metod skanowania mózgu – niebezpieczeństwem i z góry zakładanym czasem potrzebnym do uchylecia tego niebezpieczeństwa („die mit Hirnscanverfahren zu ermittelnde prognostische Gefährlichkeit des Täters und die voraussichtlich benötigte Zeit, diese Gefährlichkeit zu beheben”⁸⁷⁶). W sytuacji, w której posługujemy się postpenalnymi środkami karnymi, traktowanymi przez większość doktryny jako reakcja na popełniony czyn zabroniony⁸⁷⁷, nie rezygnując z pojęcia winy i wymierzając karę, orzekamy wobec sprawców dodatkowo sankcje oparte właśnie na ich prognozowanym niebezpieczeństwie dla dóbr prawnie chronionych. Z tej perspektywy nieuprawnione jest też porównywanie⁸⁷⁸ prawa karnego opartego na zasadzie winy do prawa karnego negującego

873 Podkreśla ten fakt G. Merkel, *Hirnforschung...*, s. 14.

874 Zob. C. Roxin, *Strafrecht...*, § 3, Rn 51–55, cyt. za: G. Merkel, *Hirnforschung...*, s. 27; zob. też rozważania na temat tego, czy dla sprawcy korzystniejsza jest kara, czy zastosowanie środka zabezpieczającego: T. Hillenkamp, *Hirnforschung...*, s. 84–85.

875 G. Merkel, *Hirnforschung...*, s. 28.

876 T. Hillenkamp, *Hirnforschung...*, s. 51 i n.

877 Inaczej: A. Barczak-Oplustil, *Środki...*, teza 14.32–14.33; także: A. Barczak-Oplustil, *Charakter...*, s. 114 i n.

878 Zob. rozważania T. Hillenkampa, *Hirnforschung...*, s. 50 i n.

winę i operującego – w uproszczeniu – niebezpieczeństwem, jakie grozi ze strony sprawcy; tego „czystego” prawa karnego w tym momencie ani w Kodeksie karnym niemieckim, ani polskim już nie ma.

6. W tym kontekście ponownie pojawia się problem zasady godności. Czy można bronić tezy, że w niektórych przypadkach skazanie osoby, co do której istnieją wątpliwości, czy miała ona dostateczną swobodę przy podejmowaniu i wykonaniu prawnokarnie relewantnej decyzji, w większym stopniu uwzględnia jej godność niż uznanie jej za osobę niepoczytalną? W doktrynie wyrażono pogląd, zgodnie z którym uznanie psychopaty za osobę poczytalną (za przestępcę) stanowi potwierdzenie jego godności wyrażające się w uczynieniu go w pełni odpowiedzialnym za popełniony czyn zabroniony⁸⁷⁹. W tym nurcie umieścić można też stanowisko wyrażone przez jednego z przedstawicieli doktryny niemieckiej, zgodnie z którym zasada winy dopuszcza jakościowe różnicowanie ludzi, którego zakazuje zasada godności człowieka wyrażona w art. 1 GG, co powoduje pewne napięcie między tą zasadą a art. 1 GG. Zdaniem G. Merkel, autorki tej tezy, także osoby ciężko chore psychiczne mają swoją godność, którą należy szanować. Co z kolei sprzeciwia się tezie, że tylko zasada winy pozwala uszanować godność człowieka⁸⁸⁰. Odnosząc się do tego poglądu należy wskazać, że oparty jest on na nieporozumieniu. Nie budzi bowiem niczyjej wątpliwości, że także osobom chorym psychicznie przysługuje godność. Odmowa wymierzenia im kary w przypadku, w którym nie można było od nich wymagać postąpienia zgodnie z prawem, stanowi potwierdzenie ich godności, jako że zapobiega ich przedmiotowemu potraktowaniu. Nieporozumieniem jest zatem twierdzenie, że zasada winy dopuszcza jakościowe różnicowanie osób; zakaz przedmiotowego traktowania człowieka leżący u podstaw wyłączenia zarzutu winy w przypadku osób charakteryzujących się wskazanymi w ustawie zaburzeniami stanowi potwierdzenie godności, a nie jej naruszenie.

Warto także wyrazić spore wątpliwości co do zasadności twierdzenia, zgodnie z którym uznanie psychopatów za osoby poczytalne (za przestępców) stanowi potwierdzenie ich godności. Wymierzenie kary podmiotom niezdatnym do zawinienia nie tylko naruszałoby zasadę godności, ale prowadziłoby do rozwiązań trudnych do zaakceptowania,

879 M. Małecki, R. Zyzik, *Poczytalność...*, s. 172.

880 G. Merkel, *Hirnforschung...*, s. 28–29 i cytowana przez nią doktryna (np. Roxin).

z którymi mamy już do czynienia w aktualnie obowiązującym Kodeksie karnym. Okazuje się bowiem, że wobec pewnej kategorii osób (psychopatów) już dzisiaj konieczne jest w wielu przypadkach stosowanie środków postpenalnych, aby zapewnić bezpieczeństwo dla dóbr chronionych prawem. U nich także możliwość kierowania swoim postępowaniem jest w jakimś stopniu ograniczona, tylko to ograniczenie uznajemy za prawnokarnie irrelevantne i wymierzamy im karę. Ponieważ jej odbycie nie gwarantuje w wielu przypadkach ochrony dobra prawnego (nie realizuje funkcji prewencyjnej) konieczne jest dalsze zabezpieczenie społeczeństwa przed niebezpieczeństwem, jakie stwarzają oni dla dóbr chronionych prawem. Taka sama sytuacja zaistniałaby wtedy, gdybyśmy uznali, że w imię zasady prewencji generalnej czy indywidualnej należy karać osoby niezdadne do zawinienia popełnionego czynu zabronionego, jeżeli o to wnoszą. W takim przypadku doszłoby do całkowitego zatarcia funkcji prawa karnego i kary.

7. Zastanówić się także należy nad znaczeniem, jakie dla przyjęcia istnienia ograniczenia wolności leżącej u podstaw postawienia sprawcy zarzutu winy ma fakt obowiązywania pewnych norm prawnych, społecznych i kulturalnych. Czy rzeczywiście wynikający z norm kulturowych nakaz podania ręki gospodyni przyjęcia podchodzącej z uśmiechem i z wyciągniętą ręką powoduje, że nie czujemy się psychicznie (duchowo) wolni⁸⁸¹? Czy świadomość, że część z możliwych fizycznie do wykonania zachowań może pociągnąć za sobą szeroko rozumianą odpowiedzialność, tę wolność – jak wskazuje Herzberg⁸⁸² – ogranicza (a nawet wyłącza)? Takie rozumowanie może zaprowadzić nas na manowce. Można bowiem dojść do wniosku, że osoba, która miała doskonale zinternalizowane normy, dokładnie wypracowane, akceptowane przez społeczeństwo wzorce reakcji na pewnego rodzaju bodźce, była mniej wolna i przez to można jej przypisać niższą winę niż osobie, która nie zadała sobie trudu, aby przyswoić obowiązujące normy, nie ma żadnego poczucia odpowiedzialności, robi rzeczywiście to, co chce, bez uwzględniania konsekwencji swoich zachowań⁸⁸³, a zatem była całkowicie wolna w swojej decyzji i ze względu

881 Jest to przykład zaczerpnięty z tekstu R.D. Herzberga, *Setzt strafrechtliche...*, s. 51–52, który twierdzi, że gość nie czuje tej wolności (podkreśla przy tym, że nie chodzi o fizyczną wolność, tzn. możliwość wyciągnięcia ręki).

882 R.D. Herzberg, *Setzt strafrechtliche...*, s. 51–53.

883 Wydaje się, że ta charakterystyka pasuje do psychopaty.

na ten fakt można jej przypisać większy stopień winy. Wolność czy wolna wola nie oznacza bowiem braku jakichkolwiek determinant wewnętrznych (np. sumienie) czy zewnętrznych (np. normy społeczne, prawne). Nie wyklucza jej też świadomość konsekwencji swoich zachowań. Wręcz przeciwnie uregulowania większości kodeksów karnych (błąd co do prawa) uzasadniają twierdzenie, że czym większa świadomość konsekwencji swoich zachowań tym większy stopień winy.

Czym jest zatem ta wolność (wolna wola) na gruncie prawa karnego, której istnienie uzasadnia postawienie zarzutu winy? Już z samego pytania wynika, że w prawie karnym nie interesuje nas wolna wola jako taka, tylko wolna wola leżąca u podstaw postawienia zarzutu, czyli w sytuacji, w której sprawca naruszył prawo. W takim przypadku szczególnie trudno zaakceptować argumenty Herzberga uzasadniające brak wolnej woli. Decyzja człowieka o podjęciu zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego – jakkolwiek uzasadniana różnymi motywacjami, mniej lub bardziej ograniczającymi możliwość dokonania racjonalnego wyboru – zasadniczo będzie podjęta w sytuacji, w której sprawca miał możliwość zdecydować się na inne rozwiązanie (najczęściej bardziej racjonalne niż to, które pociąga za sobą odpowiedzialność karną). Różnica bowiem między procesem decyzyjnym podejmowanym przez człowieka a szybującą w locie monetą⁸⁸⁴ (w obu przypadkach nie wiemy, jaki będzie ostateczny rezultat: co wybierze człowiek i którą stroną upadnie moneta – i to jest jedyne podobieństwo tych dwóch sytuacji) jest taka, że człowiek ma możliwość kształtowania przebiegu przyczynowego, a lecąca moneta nie. Wolność człowieka polega na możliwości rozważenia i ostatecznego zadecydowania o tym, który z „ograniczających” jego wolność czynników „zwycięży” i podjęta zostanie decyzja o działaniu A, a nie działaniu B. Ale nie tylko. Wolność człowieka polega także na możliwości oddziaływania na kształtowanie się czynników mających wpływ na późniejsze procesy decyzyjne. Problem polega na tym, że to kształtowanie ma miejsce już od najwcześniejszego dzieciństwa, a zatem zachodzi w tym momencie, w którym – zakładamy – człowiek nie jest podmiotem zdatnym do przypisania mu winy. Problematyka odpowiedzialności nieletnich wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Warto tylko zauważyć, że wyzna-

884 Przykład z monetą pojawia się w różnych częściach artykułu D.R. Herzberga, *Setzt strafrechtliche...*, np. s. 57.

czenie granicy wieku, w którym przypisuje się odpowiedzialność karną, na (zasadniczo⁸⁸⁵) 17 lat, można uzasadniać potrzebą pozostawienia człowiekowi czasu dla dokonania pewnej korekty ukształtowanych wcześniej postaw.

Nie budzi zatem najmniejszych wątpliwości, że podjęta przez sprawcę reakcja na konkretny bodziec może być uwarunkowana szeregiem czynników, na które – niekiedy – nie miał on wpływu. Są to wspomniane już wielokrotnie, także w niniejszym opracowaniu, takie czynniki jak geny, uwarunkowania środowiskowe, dotychczasowe doświadczenia, w tym wypracowane od dzieciństwa procesy reakcji na czynniki zewnętrzne, stopień internalizacji norm, czynniki o charakterze fizjologicznym związane chociażby z budową poszczególnych części mózgu, jak i zaburzenia neurologiczne w rodzaju zwiększonej aktywności dopaminergicznej w szlaku mezolimbicznym mózgu (charakterystyczne dla schizofrenii) itp. Podejmując decyzję o wyborze zachowania naruszającego normy, skupiamy się na tych determinantach, które przesądziły o wyborze tego właśnie zachowania. Dla przypisania sprawcy winy konieczne jest, aby te czynniki nie oddziaływały na sprawcę na tyle silnie, aby uniemożliwić mu podjęcie odmiennej decyzji i jej wykonanie (sprawca – przynajmniej z perspektywy⁸⁸⁶ wolnej woli – powinien mieć możliwość postąpienia inaczej, albo precyzyjniej rzecz ujmując – w nawiązaniu trochę do przykładu Frankfurtera – możliwość podjęcia innej decyzji). A nawet jeżeli oddziałują tak silnie na proces decyzyjny, to pojawia się potrzeba oceny tych czynników z perspektywy wpływu człowieka na ich ukształtowanie się, a także ukształtowana przez normy społeczne wymagalność „dania im odporu”⁸⁸⁷. Przykładowo: nie usprawiedliwi sprawcy dokonanie zgwałcenia będące konsekwencją silnego pobudzenia seksualnego, bo jako społeczeństwo zakładamy, że człowiek

885 W przypadku dóbr prawnych większej wartości wymagamy wcześniejszego nabycia umiejętności podejmowania racjonalnych decyzji, co uzasadniać może obniżenie wieku do lat 15, przy jednoczesnym automatycznym niejako przesądzeniu, że istnieje w tych przypadkach zmniejszony stopień zawinienia (obniżenie górnej granicy ustawowego zagrożenia).

886 To, że działanie podjęte w sytuacji braku możliwości wykonania innej czynności przy istniejącej możliwości podjęcia decyzji co do wykonania innego działania nie wyklucza przyjęcia wolnej woli, nie oznacza, że uzasadniać ono będzie odpowiedzialność karną.

887 Patrząc na to z innej perspektywy, można zadać sobie pytanie o to, czy w tych okolicznościach, uwzględniając istniejące normy kulturowe, można daną osobę uznać za odpowiedzialną za popełniony czyn.

musi nauczyć się nad nim panować. Nawet jeżeli zdolność pokierowania w tym czasie swoim zachowaniem była znacznie ograniczona (a nawet wyłączona), sprawcy zostanie wymierzona kara, a silne pobudzenie – jakkolwiek ograniczające (a czasami wyłączające) swobodę decyzji co do podjęcia i wykonania danej czynności – nie zostanie wzięte pod uwagę. Można jednak wyobrazić sobie sytuację osoby wyrosłej w odseparowanej grupie religijnej, w której dopuszczalne było folgowanie swoim popędom seksualnym, co powodowało, że nie miała ona możliwości wypracowania wymaganych w społeczeństwie reakcji. I nie chodzi tutaj o brak możliwości rozpoznania znaczenia czynu, bo wiedzę/informację na ten temat mogła ona otrzymać od samej ofiary tuż przed czynem, tylko o umiejętność panowania nad swoimi odruchami. W takim przypadku, jeżeli dopuściłaby się ona zgwałcenia, należałoby jej przypisać co najmniej zmniejszony stopień zawinienia. Z założenia niejako wszelkiego rodzaju naciski na proces motywacyjny stanowiące przejaw choroby psychicznej uniemożliwiają przyjęcie, że sprawca w czasie czynu miał wolną wolę. W przypadku wykonania rozkazu przez członka gangu można próbować podnosić, że obiektywnie rozkaz wydany przez szefa gangu dla członka tego gangu rodzi także silny nacisk na proces motywacyjny, wykluczający *de facto* możliwość przyjęcia wolnej woli. Pomimo tego, wymagamy od niego, aby nie wykonał tego rozkazu, bo z perspektywy ocen społeczno-etycznych tak uzasadniane ograniczenie/wyłączenie wolności woli uważamy za nieusprawiedliwione. To mogłoby prowadzić w uproszczeniu do wniosku, że o istnieniu wolnej woli – w zakresie, w jakim powołuje się ją dla uzasadnienia przypisania sprawcy winy – decyduje w prawie karnym etyka. I tutaj znaleźć można miejsce dla uwzględnienia ustaleń neurobiologów dla prawa karnego⁸⁸⁸. U podstaw założenia, że choroba psychiczna wyłącza wolną wolę, leżą ustalenia nauk medycznych. Dokonywane na tym obszarze odkrycia, także na płaszczyźnie czysto technologicznej, tj. rozwój aparatury badającej mózg, jego budowę i działanie, mogą spo-

888 Odmienne *prima facie* zdaje się przyjmować W. Hassemer (*Grenzen...*, s. 850), chociaż trudno jednoznacznie stwierdzić, czy jego pogląd wskazujący na społeczne (a nie empiryczne, biologiczne) podstawy odpowiedzialności i przypisania dotyczy tej części badań, które negują istnienie wolnej woli, czy także tych, które odkrywają relacje między budową mózgu a skłonnością do określonych zachowań. W dalszej części swojego opracowania (s. 852–854) wskazuje jednak, że okoliczności wyłączające winę są tym miejscem, gdzie styka się empiryczna wiedza o człowieku i prawo karne; ustalenia wiedzy empirycznej mogą wpływać na kształt okoliczności wyłączających winę.

wodować zmianę ocen etycznych danego czynnika, determinującego w konkretnym przypadku określone postępowanie. Jeżeli uznamy, że ten czynnik był niezależny od sprawcy, w tym sensie, że nie mógł on ani zapobiec jego powstaniu, ani uwolnić się od jego oddziaływania, to może to uzasadniać wyłączenie winy. W uproszczeniu aktualne wyniki badań prowadzonych przez nauki neurobiologiczne nie uzasadniają akceptacji tezy o braku wolnej woli, ale mogą zmienić ocenę czynnika ją ograniczającego.

8. W tym kontekście należy powrócić do jednej z przesłanek winy, a mianowicie do ukończenia określonego w ustawie wieku, w którym – co stanowi aprioryczne założenie – sprawca osiąga dojrzałość społeczną i jest w stanie adekwatnie do wymagań społecznych reagować na docierające z zewnątrz bodźce. Jeżeli tego nie robi, to niekiedy zadaje się pytanie, dlaczego owe mechanizmy nie zostały jeszcze wypracowane w tym wieku. Czyli – badając możliwość postawienia sprawcy zarzutu – oceniamy zachowanie sprawcy przed czynem. Warunkowanie przypisania odpowiedzialności karnej za popełniony czyn zabroniony od ukończenia określonego wieku stanowi także argument za karą zawierającą pierwiastek potępienia. Przecież od najwcześniejszych lat wymaga się od dziecka postępowania zgodnego z normami, szybko też wyciągane są negatywne konsekwencje za naruszenie tych norm. Dlaczego zatem odpowiedzialność karna możliwa jest zasadniczo dopiero od 17 roku życia? I dlaczego elementem decydującym o możliwości wcześniejszego postawienia zarzutu jest nie tylko stopień rozwoju intelektualnego, emocjonalnego sprawcy, lecz stopień społecznej szkodliwości popełnionych przez niego czynów? Zdaniem Herzberga to, co dzieje się na etapie wcześniejszym, czyli „pociągnię” dziecka do odpowiedzialności za podjęte przez niego decyzje, to nic innego, jak uczenie go odpowiedzialności (precyzyjniej: poczucia odpowiedzialności – *Lebensgefühl des Verantwortlichseins*)⁸⁸⁹. Jest natomiast kwestią dyskusyjną, czy rodzi to też poczucie wolności przy podejmowania decyzji, czy też nie. Jak podkreśla Herzberg, dokonywanie świadomego wyboru pomiędzy różnymi możliwościami nie rodzi jeszcze poczucia wolności decydowania (*Entscheidungsfreiheit*)⁸⁹⁰. Na pewno rodzi poczucie możliwości dokonywania wyboru, ale sama

889 R.D. Herzberg, *Setzt strafrechtliche...*, s. 54.

890 R.D. Herzberg, *Setzt strafrechtliche...*, s. 54.

taka możliwość dla przypisania winy jest niewystarczająca, na co wskazują uregulowania anormalnej sytuacji motywacyjnej w wielu kodeksach karnych (w takim przypadku możliwość wyboru innego zachowania wprawdzie istnieje, ale jest ona zbyt ograniczona).

9. Analiza dotychczasowych teorii winy w prawie karnym prowadzi do wniosku, że większa część kryteriów zawinienia w ogólnym zarysie pokrywała się w każdej z teorii winy prezentowanych w doktrynie w ostatnim stuleciu. Możliwość przypisania winy (subiektywnej odpowiedzialności) uzależniona była bowiem od rozpoznawalności prawnego i faktycznego znaczenia czynu, zdolności do pokierowania swoim zachowaniem, możliwości przeprowadzenia prawidłowego procesu motywacyjnego i podjęcia decyzji o zachowaniu zgodnym z prawem⁸⁹¹. Zastanović się tylko należy nad charakterem tych kryteriów: czy mają one charakter obiektywny (określają pewne standardy, których zachowanie uzasadnia przypisanie sprawcy winy), czy subiektywny (w którym nie stosuje się żadnych standardów, tylko rozważa się cechy sprawcy oraz okoliczności, w jakich został podjęty czyn), czy też dla przypisania winy konieczne jest zastosowanie obu rodzajów kryteriów? Przychylić się należy do ostatniej ze wskazanych możliwości, podkreślając przy tym, że kryteria obiektywne mają charakter pomocniczy, techniczny, związane są one z winą w rozumieniu formalnym, ułatwiają określenie w toku procesu karnego, kiedy nie można sprawcy przypisać winy. Jak już wspomniano powyżej, nawet jeżeli winę ujmujemy czysto subiektywnie, to na płaszczyźnie procesowej⁸⁹² wykazanie tego subiektywizmu jest niekiedy utrudnione, dlatego wśród okoliczności decydujących o możliwości przypisania winy (a precyzyjniej – o jej wyłączeniu) mogą znajdować się elementy o charakterze obiektywnym. Istotne z perspektywy spójności systemu prawa jest to, aby niespełnienie tych elementów nie eliminowało możliwości wyłączenia winy w konkretnym przypadku.

10. Reasumując, na gruncie niniejszego opracowania przyjęto teorię winy, której najbliższej chyba do czystej⁸⁹³ normatywnej teorii winy,

891 R.D. Herzberg, *Setzt strafrechtliche...*, s. 77.

892 Za zwrócenie uwagi na okoliczność, że przesłanki winy w znaczeniu formalnym mogą być kształtowane z uwzględnieniem konieczności ich późniejszego wykazania w procesie karnym, dziękuję Panu Profesorowi W. Wróblowi.

893 O tyle, o ile możliwe jest w ogóle przyjęcie, że w prawie karnym jakikolwiek element struktury przestępstwa jest „czysty”.

oczywiście z pewnymi zastrzeżeniami wskazanymi powyżej. Wskazują one jednoznacznie, że w rzeczywistości dla przypisania winy w wielu przypadkach będzie mieć znaczenie zachowanie sprawcy przed czynem. Odrzucając koncepcje funkcjonalne, nie można jednak nie zauważyć pewnych punktów stycznych pomiędzy tymi dwiema teoriami. Wprawdzie nie ma podstaw do przyjęcia tezy, zgodnie z którą o tym, czym jest wina, decydują potrzeby polityki kryminalnej, ale niewątpliwie te potrzeby wpływają na sformułowanie przesłanek decydujących o winie w znaczeniu formalnym. Nieuzasadnione jest zatem twierdzenie, że o tym, kiedy można człowiekowi postawić zarzut, decyduje polityka kryminalna – ochrona dobra prawnego. Niewykluczone jest jednak, że doczekamy się tzw. normatywnej wolności. Nie oznacza to akceptacji słynnej tezy S. Kelsena: „Człowiek nie dlatego będzie odpowiadał, że jest wolny, lecz jest wolny, dlatego, że będzie odpowiadał”⁸⁹⁴. Jak sam podkreślał, funkcją porządku prawnego jest motywowanie ludzi znajdujących się w jego orbicie do nakazanego przez ten porządek zachowania⁸⁹⁵. Skoro tak, to granice normatywnej wolności wyznaczane być powinny przez możliwość powstrzymania podmiotu działającego w ramach tak rozumianej wolności od naruszenia stanowionych przez państwo norm.

2. Czas czynu

Zainteresowanie czasem czynu w prawie karnym jest wynikiem obowiązków w tym systemie założeń, zgodnie z którymi czas, w jakim sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany, stanowi punkt odniesienia dla ustalenia m.in. według jakiej ustawy należy badać, czy zachowanie było zabronione pod groźbą kary, czy sprawca był podmiotem zdatnym do zawinienia, czy występowały znamiona podmiotowe decydujące o kwalifikacji czynu itp. Dopiero⁸⁹⁶ na płaszczyźnie wymiaru kary uwzględnia się okoliczności mające miejsce przed i po popełnieniu czynu zabronionego. Jak podnosi się w doktrynie niemieckiej – które to ustalenia aktualne są także na gruncie polskiego prawa

894 „Dem Menschen wird nicht darum zugerechnet, weil er frei ist, sondern der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird” – H. Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, s. 102, cyt. za: G. Merkel, *Hirnforschung...*, s. 16.

895 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, s. 97 i n., cyt. za: R. Merkel, *Willensfreiheit...*, s. 24.

896 Takie jest przynajmniej założenie.