

PAWEŁ BURZYŃSKI

ZANIECHANIE JAKO ZAMACH NA DOBRO PRAWEM CHRONIONE A OBRONA KONIECZNA

1. Wprowadzenie

Zaniechanie jest jednym z tych zagadnień prawa karnego, które niezmiennie od dwóch stuleci budzi wiele kontrowersji. W połowie ubiegłego wieku tak pisał o tym Władysław Wolter: „Problem przestępstw z zaniechania należy do najbardziej spornych zagadnień prawa karnego. Wątpliwe jest tam wszystko, począwszy od kwestii zaniechania jako czynu, poprzez sprawę związku przyczynowego, bezprawności, a skończywszy na usiłowaniu i pomocnictwie”¹. Można z całym przekonaniem stwierdzić, iż w teoretycznoprawnej ocenie „przestępczego zaniechania” powołana myśl W. Woltera jest wciąż aktualna². Wojciech Patryas przyczyny tego stanu rzeczy upatruje w tym, iż zasady odpowiedzialności karnej wyrosły w oparciu o regulacje odnoszące się do przestępstw z działania³. Podobną ocenę wyraził Andrzej Wąsek, stwierdzając, że „przepisy naszego kodeksu karnego formułowane są w sposób odpowiadający przede wszystkim przestępnemu działaniu sprawcy, pozostawiając z reguły orzecznictwu i doktrynie rozstrzyganie wątpliwości co do prawnokarnej oceny zaniechania (...)”⁴.

¹ W. Wolter, *Przestępne przeszkodzenie*, „Czasopismo Prawnicze” 1939, nadbitka z t. XXXII, s. 18.

² W najnowszej literaturze zagadnienie czynu, w tym w szczególności zaniechania, poddaje szczegółowej analizie P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002. Wielość analizowanych tam koncepcji i poglądów na istotę czynu i zaniechania wskazuje bodaj najwyraźniej, że wciąż mamy do czynienia ze „starym-nowym problemem”.

³ W. Patryas, *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993, s. 15 i n.

⁴ A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973, s. 29.

Tymczasem problem odpowiedzialności za skutki niepodjęcia działań w nakazanym przez prawo kierunku, czyli za skutki nie wywiązania się z ciężkich obowiązków — co nader boleśnie ukazują aktualne wydarzenia społeczne — staje się coraz bardziej doniosły. Celem niniejszego artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie, czy obywatel, którego dobra prawne zostały zagrożone przez „przestępne zaniechanie”, może podjąć działania w ramach obrony koniecznej. Doktryna prawa karnego zajmowała się tym zagadnieniem w stosunkowo niewielkim zakresie i to zarówno pod rządami Kodeksu karnego z 1932 r., jak i Kodeksu z 1969 r. Ponadto przegląd stanowisk zajmowanych w odniesieniu do omawianej problematyki ujawnia wysoki stopień rozbieżności, choć regulacja instytucji obrony koniecznej w swoim zasadniczym kształcie jest jednolita na gruncie wszystkich trzech polskich kodyfikacji karnych (tj. Kodeksu karnego z 1932 r.; z 1969 r. i obecnie obowiązującego z 1997 r.). Warto jeszcze zauważyć, że w literaturze przedmiotu problem zaniechania i obrony koniecznej koncentrował się w zasadzie na zagadnieniu, czy zachowanie kwalifikowane jako zaniechanie może być uznane za zamach. Stąd też przyjęta w niniejszym artykule koncepcja ujęcia problemu poprzez analizę poszczególnych znamion tej instytucji w takiej kolejności, jaką ustalił ustawodawca i jaka stosowana jest bez większych zastrzeżeń w odniesieniu do działania jako zamachu na dobro prawem chronione. Przedmiotem analizy będą więc najpierw znamiona odnoszące się do zamachu, tj. bezprawność i bezpośredniość. Następnie rozważania będą się koncentrowały wokół samego pojęcia zamachu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przy ocenie, czy określone działanie stanowiło zamach w rozumieniu instytucji obrony koniecznej, rozstrzygamy najpierw, czy było to zachowanie bezprawne, a następnie, czy wypełniało znamię bezpośredniości, aby przejść w końcu do oceny takiego zachowania z punktu widzenia znamienia konieczności obrony. Należy bowiem zauważyć, że tak jak działanie nie interesuje nas samo w sobie, tak i zaniechanie staje się przedmiotem zainteresowania prawa dopiero wówczas, gdy jest zachowaniem nieobojętnym z punktu widzenia normy prawnej. Co więcej, o ile można mówić o działaniu w oderwaniu od normy (bez względu na jej charakter), o tyle stwierdzenie, że dane zachowanie stanowi zaniechanie, jest zawsze oceną takiego zachowania przez pryzmat pewnego imperatywu. Punktem wyjścia dla rozważań nad zasadniczym problemem tego opracowania jest analiza problematyki okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Ustalenie pewnych generalnych zasad, które leżą u podstaw tego typu regulacji prawnych, wydaje się bowiem niezbędne dla właściwego rozumienia instytucji obrony koniecznej oraz funkcji, jakie pełni ona w życiu społecznym.

Jest to jednocześnie swoiste dogmatyczne oczyszczenie przedpola analizy — z góry zakładane, aby uniknąć niepotrzebnych, wynikających li tylko z odmiennych założeń teoretycznoprawnych, kontrowersji.

2. Okoliczności wyłączające bezprawność czynu — podstawowe cechy

Punktem wyjścia dla rozważań dotyczących istoty kontratypów jest stwierdzenie, że zachowanie podjęte w warunkach kontratypu jest zachowaniem typowym, spełniającym wszystkie znamiona typu czynu zabronionego⁵. Narusza ono normę sankcjonowaną poprzez przełamanie reguł postępowania wobec dobra będącego przedmiotem jej ochrony. Kontratyp natomiast usprawiedliwia to naruszenie. Trzeba zauważyć, iż atak na dobro prawne może być usprawiedliwiony tylko wówczas, gdy jest to konieczne dla ratowania innego dobra prawnego⁶. Podstawą wszystkich kontratypów, a jednocześnie ich podstawową cechą, jest kolizja dóbr. Zaakceptowanie tego twierdzenia pozwala na wskazanie pozostałych cech zachowania kontratypowego: konieczności poświęcenia dobra prawem chronionego oraz jego społecznej opłacalności⁷. Pierwsza z tych cech oznacza, że w sytuacji kolizji dóbr nie istnieje możliwość jej zniesienia w inny sposób, jak właśnie przez poświęcenie jednego z kolidujących dóbr. Oczywiście ta konieczność będzie miała nieco inne znaczenie przy poszczególnych okolicznościach wyłączających bezprawność (np. inną przy obronie koniecznej, inną zaś przy eksperymencie poznawczym). Kolejną cechą kontratypów będzie społeczna opłacalność zachowania. Jest ona rezultatem wartościowania pozytywnego, które polega na porównaniu wartości pozostających w kolizji dóbr, przy jednoczesnym stwierdzeniu odpowiedniego nastawienia sprawcy. Sprawca musi bowiem działać w celu ratowania jednego z kolidujących dóbr. Ustalenie wartości dobra ratowanego i dobra poświęcanego w celu dalszego dokonania oceny, czy poświęcenie jednego z nich jest społecznie opłacalne, nie jest

⁵ Tak też: A. Zoll, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny — część ogólna*, Kraków 1998, s. 207 i n.; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 217; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 107.

⁶ Por. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu — zagadnienia ogólne*, Warszawa 1992, s. 103 i n. Zob. również: A. Zoll, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny — część ogólna. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 455–461.

⁷ A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 104.

sprawą prostą. Będzie to proces wielostopniowy, w którym konieczne jest odwołanie się do akceptowanego społecznie systemu wartości, do założeń aksjologicznych systemu prawa. Porównania kolidujących dóbr należy jednak dokonywać *in concreto*. Wszelkie bowiem oceny generalne obarczone są dużym marginesem błędu⁸.

Wskazanie omówionych tu cech, jakimi musi charakteryzować się każda okoliczność wyłączająca bezprawność czynu, pozwala na stwierdzenie, iż ustawodawca decyduje się na wyłączenie bezprawności tylko w sytuacjach wyjątkowych, kiedy jest to rzeczywiście uzasadnione niemożnością rozwiązania w inny sposób zaistniałego konfliktu dóbr, oraz gdy jest to społecznie opłacalne. Każda sytuacja kontratypowa będzie więc miała charakter subsydiarny, nigdy zaś samoistny. Ten subsydiarny charakter okoliczności wyłączających bezprawność czynu kwestionowany jest w zasadzie jedynie w odniesieniu do kontratypu obrony koniecznej. Podnosi się bowiem, że prawo nie musi się cofać przed bezprawiem, działający w obronie koniecznej może zaś zastosować w celu odparcia bezprawnego zamachu dowolny środek obrony⁹. Nic bardziej mylnego. Należy bowiem zauważyć, że porządek prawny nie stanowi wartości samej w sobie. Odzwierciedla on jedynie system wartości społecznie akceptowanych¹⁰. Przy kontratypie obrony koniecznej mamy do czynienia z kolizją konkretnych dóbr społecznych, przy czym realizacja przez napastnika czynu bezprawnego stanowi, przy dokonywaniu oceny opłacalności poświęcenia dobra, pewną „ujemną wartość” z punktu widzenia wartościowania społeczno-etycznego, którą należy uwzględnić po stronie dobra poświęcanego.

3. Zaniechanie a bezprawność

Rozważania nad zagadnieniem bezprawności zaniechania należy poprzedzić wyjaśnieniem znaczenia terminu „bezprawność” w kontekście instytucji obrony koniecznej. Chodzi o ustalenie zakresu tego pojęcia,

⁸ A. Zołł, *Wyłączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 207, 240; A. Zołł, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 112 i n. Por. także: A. Zołł, K. Buchała, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 201 i n.

⁹ Tak M. Cieślak, *op. cit.*, s. 224 i n.; A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 165; L. Gardocki, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 108. Szersza analiza poruszonego problemu z powołaniem bogatej literatury w: A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 78 i n.; A. Zołł, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 104 i n.

¹⁰ Tak też: *ibidem*, s. 106 i n.

a w szczególności o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy przez bezprawność należy rozumieć sprzeczność zachowania z normą prawną interpretowaną z przepisu karnego, czy też sprzeczność z jakąkolwiek normą o charakterze prawnym. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż dominującym poglądem jest ten, który ujmuje znamię bezprawności szeroko, nie ograniczając go tylko do sprzeczności z tzw. bezprawiem karnym¹¹. Naruszenie normy prawnej, a więc wynikającej z jakiegokolwiek przepisu lub przepisów prawnych, jest wystarczające dla ustalenia bezprawności zachowania pod warunkiem jednak, że naruszenie to nie było wynikiem działania w ramach okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Bezprawność zaniechania odznacza się jednak pewną szczególną właściwością, wynikającą z samej istoty tego, co określamy jako zaniechanie. Otóż, aby sensownie mówić o zaniechaniu, musimy uprzednio stwierdzić istnienie pewnego imperatywu, który nakazywał podjęcie działania w określonych warunkach. Ten imperatyw nakłada zatem na określony podmiot obowiązek podjęcia pewnych działań¹². Mówiąc o zaniechaniu każdorazowo myślimy o niewywiązaniu się adresata imperatywu z nałożonego nań obowiązku. Zaniechanie nie jest więc prostą negacją działania¹³. Stwierdzenie, że określony podmiot zaniechał dokonania pewnej czynności oznacza tyle, że podmiot ten nie podjął działań w określonym kierunku wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi wynikającemu z nakazu normy prawnej. Pojęcie zaniechania jest więc nierozzerwalnie związane z pojęciem obowiązku. Obowiązki, ze względu na bogactwo stosunków społecznych, mogą mieć różnorodny charakter; przykładowo można wskazać obowiązki moralne, etyczne, zawodowe, rodzinne itd. Przedmiotem naszego zainteresowania będą jednak tylko takie obowiązki, które mają charakter prawny. Warto

¹¹ Tak też: A. Z o l l, *Wyłączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 216; W. W o l t e r, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 167; A. M a r e k, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 45 i n.; A. K r u k o w s k i, *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 17 i n.; G. R e j m a n, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, w: *Kodeks karny, część ogólna, komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 690 i n.; S. Ś l i w i ń s k i, *Polskie prawo karne materialne, część ogólna*, Warszawa 1946, s. 153. W przedwojennej literaturze zwolennikami tego poglądu byli m.in.: J. M a k a r e w i c z, *Kodeks karny z komentarzem i orzecznictwem S.N.*, Lwów 1935, [wyd. 4], s. 88; L. P e i p e r, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1933, s. 108 i n. Zarówno J. Makarewicz, jak i L. Peiper uznają za bezprawny taki zamach, którego nie można usprawiedliwić prawnie, przez co wnioskuje, iż opowiadają się za szerokim ujmowaniem znamienia bezprawności obrony koniecznej.

¹² Tak też: W. W o l t e r, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 62 i n.

¹³ Tak też: A. Z o l l, *Zasady odpowiedzialności karnej*, w: K. B u c h a ł a, A. Z o l l, *Kodeks...*, [1998], *op. cit.*, s. 51.

zauważyć jeszcze, że z punktu widzenia realizacji znamienia bezprawności istotne jest również ustalenie, że zachowanie się sprawcy, które przełamuje pewną normę prawną nie jest jednocześnie zachowaniem podjętym w okolicznościach wyłączających bezprawność czynu. Dla pełnego obrazu problemu koniecznym jest więc ustosunkowanie się do zagadnienia, czy zaniechanie może być zachowaniem wypełniającym znamiona typu czynu zabronionego a jednocześnie legalnym na skutek podjęcia go w warunkach kontraktu — jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu.

W pierwszej kolejności konieczne jest rozważenie charakteru przepisów prawa, z których interpretujemy normę (normy) prawną nakładającą na jej adresata obowiązek podjęcia określonych działań. Niżej poczynione wskazanie kategorii przepisów, z których można dekodować obowiązki prawne, służy jedynie określeniu — przy bardzo dużym uogólnieniu — zakresu możliwych przepisów i, z uwagi na ograniczony zakres niniejszego artykułu, pełni wyłącznie funkcje sygnalizacyjną¹⁴. Najogólniej rzecz ujmując — zgodnie z art. 87 Konstytucji RP źródłami powszechnie obowiązującego prawa mogą być: konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe, rozporządzenia i akty prawa miejscowego. Nie mają więc charakteru powszechnej obowiązującości akty prawa wewnętrznego, tzn. akty obowiązujące jednostki organizacyjne podległe organowi wydającemu te akty¹⁵. Na mocy art. 58 Konstytucji źródłem obowiązku mogą być także przepisy zawarte w konwencjach międzynarodowych ratyfikowanych przez Polskę. Zasadniczo źródłem obowiązku może być również Konstytucja. Należy jednak zaznaczyć, iż obowiązki (jak i oczywiście prawa) określone są w niej w sposób bardzo ogólny i niejednokrotnie trudno będzie określić szczegółową treść zachowania powinno. Norma określająca obowiązek podjęcia działania będzie najczęściej wynikać z przepisu zawartego w ustawie zwykłej, co jednak nie pozwala *a priori* wykluczyć sytuacji, w której normę o takiej treści będzie można dekodować z przepisów konstytucji.

¹⁴ Szerzej na temat źródeł obowiązków prawnych, w szczególności zaś źródeł obowiązku gwaranta, patrz M. Kłiś, *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, CPKiNP 1999, z. 2, s. 169 i n.; P. Konieczniak, *Czyn...*, *op. cit.*, s. 308 i n.

¹⁵ Wątpliwości mogą zachodzić w odniesieniu do aktów wydawanych przez Prezesa NBP i Prezesa NIK. Akty te wydawane są przez organy konstytucyjne, lecz Konstytucja odmawia im charakteru prawa powszechnie obowiązującego nawet wówczas, gdy wydawane są w celu realizacji ich podstawowych zadań. Organy te muszą za każdym razem posługiwać się indywidualną decyzją administracyjną, bądź wnioskować do odpowiednich ministrów o wydanie stosownych aktów normatywnych. Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 1998, [wyd. 2], s. 65. Krytycznie: M. Zdyb, *Publiczne prawo gospodarcze*, Kraków 1998, [wyd. 2], s. 299.

Podstawą obowiązku może być również dobrowolne zobowiązanie się podmiotu w drodze umowy na podstawie przepisów prawa cywilnego, prawa pracy lub innych. Takie zobowiązanie może wynikać również ze zdarzeń prawnie relewantnych, lecz nie będących zawarciem umowy, np. tzw. milcząca przyjęcie spadku obciążonego zapisem lub poleceniem¹⁶.

Należy teraz zastanowić się jeszcze, czy stwierdzenie przełamania obowiązku prawnego wyczerpuje znamię bezprawności przy obronie koniecznej (pomijam tu problem okoliczności wyłączających bezprawność czynu, gdyż będzie on przedmiotem dalszej analizy). Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie nie jest łatwe. Wśród bezprawnych zaniechań można bowiem wyróżnić takie, które utrzymują pewien stan rzeczy, np. nie zwrócenie w określonym terminie pożyczki, odmowa opuszczenia lokalu wbrew żądaniu właściciela, oraz takie, które zmierzają do zmiany sytuacji faktycznej poprzez nie przeciwstawienie się powstaniu określonych skutków, np. odmowa udzielenia przez lekarza pomocy osobie znajdującej się w bezpośrednim niebezpieczeństwie utraty życia, w wyniku czego osoba ta zmarła. W odniesieniu do pierwszej kategorii zaniechań należy uznać, iż stwierdzenie niezgodności takiego zachowania z normą prawną jest wystarczające do uznania jego bezprawności (z wyjątkiem, gdy tego typu zachowanie zostało podjęte w ramach obrony koniecznej lub stanu wyższej konieczności — o ile wyłączał on bezprawność)¹⁷. W przypadku drugiej kategorii zaniechań może natomiast powstać wątpliwość, czy obok stwierdzenia obowiązku podjęcia działań w określonym kierunku, konieczne jest również ustalenie znajdowania się adresata tego obowiązku w pozycji gwaranta nienastąpienia skutku. Problem ten nawiązuje do dyskusji nad tzw. niewłaściwymi przestępstwami z zaniechania (*delicta per omissionem commissa*). Trudności związane z tymi przestępstwami, które powstawały na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., nowy kodeks rozstrzyga w art. 2, wymagając dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej istnienia szczególnego obowiązku prawnego, a więc pozycji gwaranta nienastąpienia określonego skutku. Andrzej Zoll zauważa, że „norma prawna może sensownie zakazać każdemu

¹⁶ Za tego rodzaju zdarzenie prawnie relewantne należy uznać uprzednie działanie stwarzające zagrożenie dla dobra prawnego. Podstawą dla takiego obowiązku jest przepis art. 439 k.c. Kwestią dyskusyjną jest, czy tak określony obowiązek może być podstawą do pociągnięcia do odpowiedzialności osoby za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie. Problem ten nie ma większego znaczenia dla samego tylko określenia charakteru obowiązku wynikającego z art. 439 k.c.

¹⁷ Problem obrony koniecznej przez zaniechanie zostanie omówiony w dalszej części niniejszego rozdziału.

podejmowania działań naruszających dobro prawne. Nie może natomiast sensownie nakazać każdemu ochrony zagrożonego dobra i zapobiegnięcia skutkowi. Nakaz normy musi ograniczać się do kręgu osób powiązanych z dobrem jakąś specyficzną więzią, usprawiedliwiającą od strony aksjologicznej odpowiedzialność karną za niezapobiegnięcie skutkowi na równi z działaniem powodującym nastąpienie takiego skutku¹⁸. W odniesieniu zaś do problemu bezprawności zaniechania, należy stwierdzić, iż każde nie danie posłuchu normie prawnej nakazującej podjęcie określonych działań przez jej adresata, należy uznać za wypełnienie znamienia bezprawności obrony koniecznej, pod warunkiem, że zaniechanie to nie było zachowaniem podjętym w ramach okoliczności wyłączających bezprawność czynu. W odniesieniu do zaniechania czynności obowiązkowej, znaczenie może mieć w zasadzie obrona konieczna bądź stan wyższej konieczności jako instytucja wyłączająca bezprawność czynu. Powstaje jednak pytanie, czy obrona konieczna może być realizowana przez zaniechanie oraz, czy zaniechanie może być zachowaniem podjętym w ramach kontratypanu stanu wyższej konieczności. Rozważania nad poruszonym problemem rozpocznę od zagadnienia obrony koniecznej przez zaniechanie. Jest to bowiem niewątpliwie jedno z bardziej kontrowersyjnych zagadnień prawa karnego. Przegląd piśmiennictwa, w zakresie omawianej problematyki, pozwala na wyróżnienie dwóch stanowisk. Pierwsze z nich dopuszcza możliwość zaniechania jako postaci obrony koniecznej, opierając się na porównaniu pojęć normatywnych: „działa” i „działanie”. Dla Andrzeja Wąska stwierdzenie, że „działa nie znaczy tyle co działanie” i wniosek, że w Kodeksie karnym „działa nie znaczy tyle co przedsięwzięcie działanie” jest wystarczające do postawienia tezy, iż na gruncie Kodeksu karnego istnieje możliwość przyjęcia obrony koniecznej przez zaniechanie¹⁹. Odmienne stanowisko w tej kwestii zajmuje Andrzej Zoll stwierdzając, że obrona konieczna może realizować się wyłącznie przez zachowanie, które realizuje znamiona

¹⁸ A. Zoll, *Zasady...*, *op. cit.*, s. 52 i n. Zob. również: M. Kliś, *op. cit.*, s. 170 i n.

¹⁹ Tak sformułowaną tezę A. Wąsek popiera następującym przykładem: „A napadnięty został przez chuliganów, na pomoc pospieszył jego tresowany pies; A mógł powstrzymać psa, jednakże nie uczynił tego wiedząc, że jest to sposób uchronienia się od zamachu. Pies obronił swego pana, jednakże spowodował jednemu z chuliganów obrażenia cielesne”. Odnosząc się do powołanego przykładu należy stwierdzić, że A. Wąsek zakłada, że właściciel psa mógł w pełni kierować jego zachowaniem, stąd też ocenia zachowanie właściciela jako zaniechanie. Należy jednak pamiętać, że zaniechanie jest zawsze zaniechaniem „czegoś”, zaniechaniem pewnego obowiązku. Doprawdy trudno znaleźć taki obowiązek, który polegałby na powstrzymaniu zwierzęcia obronnego w sytuacji, kiedy jego właścicielowi grozi bezprawny i bezpośredni zamach ze strony napastnika. A. Wąsek, *Zaniechanie i obrona konieczna w prawie karnym*, „Annales UMCS”, Lublin 1972, s. 213 i n.

typu czynu zabronionego i jest skierowane przeciwko napastnikowi²⁰. Autor ten wnioskuje z tego, że skoro warunkiem koniecznym realizacji znamion typu czynu zabronionego jest naruszenie dobra prawnego, to odpieranie zamachu musi być atakiem na takie dobra napastnika, jak: życie, zdrowie, cześć, mienie itd., a to z kolei wyklucza możliwość odpierania zamachu przez zaniechanie²¹. Ustosunkowując się do przedstawionych poglądów, należy uznać za słuszne stanowisko negujące możliwość realizacji obrony koniecznej przez zaniechanie. Argumentację, jaka stoi u podstaw tego poglądu, można jednak podzielić jedynie częściowo. Otóż niewątpliwie rację ma A. Zoll wymagając, aby zachowanie, które stanowi odpieranie zamachu wypełniało znamiona typu czynu zabronionego i było skierowane przeciwko napastnikowi. Należy jednak podnieść, że zaniechanie wykonania określonego obowiązku może być niewątpliwie zachowaniem, które godzi w tego typu dobra, jak: życie, zdrowie, mienie itd. Wydaje się, że rozwiązanie problemu leży gdzie indziej. Otóż, zgodnie z przyjętymi założeniami, zaniechanie, aby mogło być uznane za zachowanie obronne, musiałoby stanowić naruszenie takiej normy prawnej, która nakładałaby obowiązek podjęcia określonych działań, w celu ochrony jakiegoś dobra napastnika. Co więcej, obowiązek taki musiałby być tego typu, że jego zaniechanie prowadziłoby do takiego rozwoju przebiegu przyczynowego (któremu miał się w pewnym układzie czasowo-sytuacyjnym adresat obowiązku przeciwstawić), że naruszenie dobra napastnika byłoby jednocześnie do zamachu z jego strony. Dlatego też obowiązek pod względem czasowym musiałby być tak skonstruowany, że moment końcowy obowiązku (tj. chwila, od której zobowiązany nie może go już wykonać) pokrywałaby się (najdalej) z chwilą rozpoczęcia zamachu. Zaniechanie wykonania obowiązku byłoby więc zawsze uprzednie w stosunku do zamachu. Z tych właśnie powodów należy odrzucić pogląd dopuszczający możliwość realizacji obrony koniecznej przez zaniechanie²². Pozostaje jeszcze ustosunkować się do problemu zaniechania jako zachowania podjętego w ramach stanu wyższej konieczności, przy czym interesuje nas omawiana instytucja tylko jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu. Poruszony tu problem nigdy nie był przedmiotem większych kontrowersji, a w nowym

²⁰ A. Zoll, *Wyłączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 220. Tak też: W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 169; A. Krukowski, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 60; Odmienne, co do twierdzenia, że zachowanie broniącego się musi wypełniać znamiona typu czynu zabronionego wypowiada się: A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 59 i n.

²¹ A. Zoll, *Wyłączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 220.

²² Szerzej problematyką temporalizacji zaniechania zajmuję się w rozdz. 4 niniejszego artykułu.

Kodeksie karnym doczekał się odrębnej regulacji (art. 26 § 5). Niewątpliwie bowiem kolizja dóbr może być wynikiem kolizji obowiązków, z których tylko jeden może być wykonany²³. Zaniechanie jednego z nich oznacza poświęcenie dobra prawnego, które było przedmiotem ochrony normy prawnej nakładającej ten obowiązek. Jeżeli zachowanie to zostało podjęte w celu wykonania obowiązku w stosunku do dobra o większej wartości, to trzeba je oceniać jako zachowanie legalne²⁴. To samo dotyczy kolizji dóbr równej wartości, bowiem — jak zauważa A. Zoll — w tym ostatnim przypadku o braku bezprawności przesądza brak jakichkolwiek wskazań natury prawnej, które z dóbr ma być ratowane²⁵. W pozostałych zaś przypadkach dysproporcji kolidujących dóbr, poświęcenie dobra przedstawiającego wartość niższą stanowi jedynie skodyfikowany przypadek atypowej sytuacji motywacyjnej wyłączającej winę, lecz zachowującej przymiot bezprawności lub też wyłącznie zachowania bezprawnego i przypisywalnego (poświęcenie dobra o wartości oczywiście niższej).

4. Zaniechanie a bezpośredniość

Zarówno w teorii, jak i w praktyce stosowania przepisów o obronie koniecznej, znamię bezpośredniości zamachu ma pierwszorzędne znaczenie. Ustalenie, że bezprawny zamach jest równocześnie bezpośredni, aktualizuje po stronie napadniętego prawo do podjęcia działań w ramach instytucji obrony koniecznej. Pojęciu bezpośredniości jest jednak niezwykle trudno nadać jednolite znaczenie, adekwatne do złożonych stanów faktycznych, jakie przynosi życie. Stąd też wielość opinii doktryny i orzecznictwa w odniesieniu do tego problemu. Trzeba ponadto zauważyć, że większość tych opinii konstruowanych jest w oparciu o bezprawny zamach realizowany przez działanie. Natomiast rozważania nad kwestią bezpośredniości zamachu determinowane są w niniejszej pracy przez problem zaniechania. Zaniechanie ze swej istoty różni się strukturalnie od działania, dlatego też oceny prawne

²³ Krytycznie na temat regulacji kodeksowej art. 26 § 5 k.k.: J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002, s. 228 i n. Autor wskazuje, że kolizja obowiązków w usystematyzowanym, wewnątrznie spójnym systemie prawa, przy stosowaniu prawidłowych reguł systemowych (reguł egzegezy i reguł walidacyjnych) faktycznie nie może się zdarzyć. Zawsze bowiem aktualny jest tylko jeden obowiązek prawny. Por. A. Zoll, *Wyłączenie...*, [2004], *op. cit.*, s. 509, teza 47.

²⁴ A. Zoll, *Wyłączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 245 i n.

²⁵ A. Zoll, *Wyłączenie...*, [2004], *op. cit.*, s. 510.

przyjmowane dla działania nie mogą być mechanicznie przenoszone na zaniechanie. Konieczne jest więc ustalenie treści pojęcia bezpośredniości w odniesieniu do zaniechania. W tym celu ograniczę się do przedstawienia podstawowych poglądów doktryny w zakresie omawianego zagadnienia, aby następnie podjąć próbę oceny, kiedy zaniechanie podjęcia określonych działań może być kwalifikowane jako zachowanie bezpośrednie w świetle przepisów o obronie koniecznej.

Na wstępie należy wskazać, że istota problemu bezpośredniości sprowadza się do ustalenia stosunku czasowego między zachowaniem, które kwalifikujemy jako bezprawny zamach, a akcją obronną zmierzającą do jego odparcia. Chodzi tu więc o ustalenie ram czasowych, w których bezprawny zamach będzie uprawniał do podjęcia działań obronnych. Szczególnie istotne znaczenie ma tu ustalenie momentu początkowego zamachu bezpośredniego. Za początek takiego zamachu część doktryny uznaje „rozpoczęcie ataku”, a więc rozwinięcie zachowania, które wprost prowadzi do naruszenia dobra prawnego, tzn. stwarza sytuację „niebezpieczną już obecnie, wprost, w wyniku samego czynu, a nie dopiero przez dołączenie się innych, dalszych czynników”²⁶. Problem jednak stwarza samo pojęcie „rozpoczęcia ataku”. Otóż według W. Woltera, gdy zamach stanowi realizację znamion przestępstwa umyślnego, to bezpośredniość zachodzi w momencie wejścia czynu w stadium usiłowania, w odniesieniu zaś do przestępstw nieumyślnych, w momencie ujawnienia niebezpieczeństwa dla dobra zagrożonego takim zamachem²⁷. Nie negując przydatności konstrukcji „drogi przestępnej” dla rozstrzygnięcia kwestii bezpośredniości zamachu, należy stwierdzić, iż dotyczy ona tylko tych przypadków, które stanowią realizację typu czynu zabronionego (mowa tu o potencjalnym pełnym zakresie ewentualnych form stadialnych — odrębnych typów powiązanych z typem zasadniczym)²⁸. Obrona konieczna

²⁶ W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 168. Podobny pogląd wyrażają: J. Makarewicz, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 87; S. Śliwiński, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 155.

²⁷ W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 168 i n. Przeciwnie A. Krukowski, który stwierdza, że zamach „nie musi być zbieżny w czasie ani z początkiem dokonania czynu, ani nawet (niekiedy) z usiłowaniem” — A. Krukowski, *Węzłowe problemy obrony koniecznej na tle art. 22 nowego kodeksu karnego*, „Palestra” 1971, nr 1, s. 44. Niestety A. Krukowski nie podaje odpowiednich przykładów na potwierdzenie swego stanowiska.

²⁸ W przypadku propozycji W. Woltera mogą pojawić się pewne problemy w odniesieniu do umyślnych przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo, szczególnie jeśli karalne jest samo przygotowanie. Powstaje więc problem, czy w odniesieniu do tej kategorii przestępstw w ogóle możliwe jest usiłowanie (np. niebezpieczeństwo katastrofy — art. 174 k.k.). Wątpliwości w tej kwestii ma sam W. Wolter (*Nauka...*, *op. cit.*, s. 276).

na tych przypadkach jednak się nie wyczerpuje. Słusznie chyba sądzi Andrzej Marek, upatrując istoty bezpośredniości zamachu w niebezpieczeństwie niezwłocznie zagrażającym dobru prawem chronionemu. Trzeba jednak zaznaczyć, że stanowisko to nie neguje przydatności „testu usiłowania” dla ustalenia bezpośredniości zamachu tam, gdzie jest to oczywiście możliwe. Wymogu aby przez pojęcie bezpośredniości zamachu rozumieć rozpoczęcie wykonywania czynu, nie da się jednak chyba obronić²⁹. Pojęcie niebezpieczeństwa pod względem czasowym obejmuje bowiem również te sytuacje, w których czyn nie został jeszcze podjęty, ale z szeregu okoliczności dopełniających rzeczywistość wynika wysokie prawdopodobieństwo jego podjęcia w najbliższej przyszłości (natychmiast, niezwłocznie). Pogląd ten reprezentuje Leon Peiper stwierdzając, że „obrona konieczna zachodzi od chwili, kiedy niebezpieczeństwo napadu zagraża bezpośrednio, kiedy zagrożony widzi lub z okoliczności (osoby napastnika, sposobu jego zachowania się, czasu i miejsca) wnosić musi, że napastnik szykuje się do napadu i że napad nastąpi w najbliższych chwilach”³⁰. Można by więc stwierdzić, że bezpośredniość zamachu jest warunkowana w dwojaki sposób: przez bliskość przestrzenno-czasową (Stanisław Śliwiński określa ją jako „*vicinitas temporis ac loci*”³¹) oraz wysoki stopień prawdopodobieństwa naruszenia dobra prawnego³². Należy nadto zaznaczyć, iż ocena wypełnienia tych warunków

²⁹ Tak też przyjął w wyroku z 8 XI 1994 r. Sąd Apelacyjny w Krakowie (II AKR 267/93, KZS 1994/9/10) stwierdzając, że „zamach w rozumieniu art. 22 [k.k. z 1969 — P.B.] jest pojęciem szerszym niż sam atak, a bezpośredniość ma miejsce i wtedy, gdy niebezpieczeństwo może zaistnieć niezwłocznie”. Podobnie SN w wyroku z 31 III 1988 r.: „O tym czy istnieje bezprawny i bezpośredni zamach na dobro chronione prawem decyduje zachowanie się osoby w całym przebiegu zdarzenia, a nie tylko ten fragment, który odnosi się do momentu podjęcia akcji obronnej przez osobę zaatakowaną” (I KR 60/68, OSNKW 1988, nr 9–10, s. 64).

³⁰ L. Peiper, *op. cit.*, s. 112.

³¹ S. Śliwiński, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 161.

³² Pogląd tu wyrażony jest zgodny z opiniami znacznej części doktryny: L. Peiper, *op. cit.*, s. 112; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny — komentarze*, Kraków 1934, s. 110; S. Śliwiński, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 155; A. Krukowski, *Węzłowe...*, *op. cit.*, s. 44; A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 54; A. Zoll, K. Buchała, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 206; L. Gardocki, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 109. W tym kierunku, jak się wydaje, idzie również orzecznictwo: wyrok SN z 11 XII 1978 r., w którym czytamy: „Działanie w obronie koniecznej polega na podjęciu takiej akcji obronnej, jaka jest niezbędna do odparcia ataku w momencie bezpośredniego zagrożenia ze strony napastnika. Bezpośredniość zagrożenia wchodzi w grę również wtedy, gdy istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa, że zagrożone atakiem dobro zostanie zaatakowane natychmiast, w najbliższej chwili” (II KR 266/78, OSNKW 1979, nr 6, s. 65).

winna być dokonywana na podstawie obiektywnych okoliczności całego zajścia³³.

Drugim istotnym zagadnieniem dla analizy znamienia bezpośredniości obrony koniecznej jest ustalenie momentu końcowego bezpośredniego zamachu. Tu także pojawiają się trudności interpretacyjne. Andrzej Zoll uważa, że „zamach jest bezpośredni tak długo, jak długo trwa stan niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, utrzymywany przez zachowanie napastnika”³⁴. Stan niebezpieczeństwa ustaje zazwyczaj z chwilą odparcia bezprawnego zamachu, tak iż niebezpieczeństwo dla dobra prawnego przestało być aktualne. Należy też zgodzić się z Władysławem Wolterem, że bezpośredniość wyczerpuje się z chwilą naruszenia dobra, będącego przedmiotem zamachu³⁵. W tym ostatnim przypadku należy jednak dodać, za Stefanem Glaserem i Aleksandrem Mogilnickim, warunek, że tylko wtedy, gdy to naruszenie dobra nie grozi bezpośrednio naruszeniem nowego, bądź powiększeniem już istniejącego naruszenia prawa³⁶. Niebezpieczeństwo dezaktualizuje się również w sytuacji, gdy napastnik ostatecznie zaniechał ataku. Należy jeszcze ustosunkować się do problemu bezpośredniości zamachu przy przestępstwach trwałych. Tego typu przestępstwa, np. bezprawne pozbawienie wolności (art. 189 k.k.), charakteryzują się najpierw określonym zachowaniem ze strony napastnika, które prowadzi do naruszenia dobra prawem chronionego, a następnie utrzymywaniem osiągniętego w ten sposób bezprawnego stanu rzeczy. Powstaje więc pytanie, czy cecha bezpośredniości zamachu dotyczy tylko tego zachowania, które prowadzi do powstania bezprawnej sytuacji, czy też należy ją odnosić również do zachowania polegającego na utrzymywaniu takiego stanu rzeczy. Poglądy doktryny są w zasadzie jednolite — cechę bezpośredniości zamachu należy odnosić do utrzymywania stanu

³³ Tak też: A. Zoll, *Wylączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 215. Por. A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 54.

³⁴ A. Zoll, *Wylączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 215.

³⁵ W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 166.

³⁶ Warunek ten pozwala przyjąć, iż bezpośredni pościg za sprawcą kradzieży jest dopuszczalny. Utrwalenie bowiem stanu bezprawnego poszerza rozmiar szkód wyrządzonych w dobrach społecznych. Chwila zaś „formalnego ukończenia (dokonania) przestępstwa nie ma znaczenia (...) dopuszczalne jest ze stanowiska obrony koniecznej np. odebranie przemocą skradzionego przedmiotu złodziejowi, który ucieka”. S. Glaser, A. Mogilnicki, *op. cit.*, s. 110. W tym miejscu niezbędnym wydaje się podnieść, że bezpośredniość wyczerpuje się jednak w podanym wyżej przypadku z chwilą, jak to określa W. Wolter, „gdy skradzione mienie znajduje się już w spokojnym dzierżeniu sprawcy”. W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 166.

bezprawnego w pełnej rozpiętości czasowej³⁷. Tak więc bezprawnie pozbawiony wolności ma prawo podejmować działania w obronie koniecznej aż do momentu definitywnego zakończenia stanu bezprawnego.

Zanim przejdę do ustalenia jak należy rozumieć znamię bezpośredniości w odniesieniu do zaniechania, konieczne jest zwrócenie uwagi na specyfikę zachowania, które oceniamy jako niepodjęcie działań nakazanych, a mianowicie, że łączy się z nim zawsze pewien czynnik czasowy, bowiem adresat normy prawnej nakazującej podjęcie działań w określonym kierunku ma zawsze wyznaczone pewne granice czasowe, w których nakazane działania mają być podjęte. Temporalizacja należy więc do istoty zaniechania, bowiem wypływa z obowiązku nałożonego przez normę prawną. Czas wykonania obowiązku może być krótszy lub dłuższy, może być określony wprost przez przepisy prawa, z których rekonstruujemy normę prawną nakładającą obowiązek lub norma ta może konstytuować obowiązek pod względem czasowym w oparciu o pewien stan faktyczny, np. stan niebezpieczeństwa. Jeżeli źródłem obowiązku jest umowa, to najczęściej określać będzie ona termin wykonania obowiązku. Jeżeli tego nie czyni, znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy prawa cywilnego, w szczególności zaś art. 455 k.c., który stanowi, że świadczenie winno być spełnione niezwłocznie, po wezwaniu dłużnika do spełnienia świadczenia. Niejednokrotnie może to prowadzić do trudności w ustaleniu właściwego czasu wykonania obowiązku. Stosunkowo najłatwiej ustalić ramy czasowe zachowania nakazanego, kiedy są one precyzyjnie określone przepisami prawa. Tak dzieje się w wypadku

³⁷ Tak też: A. Zołł, *Wylączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 215; W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 166; A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 58; M. Cieślak, *op. cit.*, s. 396. Pewne problemy powstają natomiast w odniesieniu do przestępstw tzw. momentalnych (np. zniewagi). W szczególności chodzi o to, że przestępstwo tego rodzaju realizuje się w tak krótkim czasie, iż naruszenie dobra prawnego następuje natychmiast, przez co odpada prawo do obrony, skoro dobro zostało już naruszone. Wypowiedź stanowiąca słowną zniewagę narusza dobro, jakim jest cześć określonej osoby i w zasadzie należy przyjąć, że niebezpieczeństwo naruszenia dobra zostało zrealizowane, wyczerpuje się więc znamię bezpośredniości zamachu. Jeżeli jednak z kontekstu sytuacji wynika, że niebezpieczeństwo jest nadal aktualne, bo istnieje wysokie prawdopodobieństwo dokonania niezwłocznie dalszych zniewag, to należy przyjąć, że napadniętemu przysługuje prawo do obrony. Tak też: A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 57 i n.; W. Wolter, *Prawo karne, zarys wykładu systematycznego, część ogólna*, Warszawa 1947. [A. Marek zarzuca W. Wolterowi, że (we wskazanej pracy) odmawia prawa do obrony przed przestępstwami momentalnymi — nie jest to jednak słuszne, gdyż W. Wolter stawia jedynie warunek: „o ile naturalnie reakcja ma zahamować zamierzone (dalsze) ataki na cześć”. Wypowiedzi na podstawie prac przytoczonych wyżej.]

art. 41 ust. 3 Konstytucji³⁸, regulującego instytucję zatrzymania (łącznie czas zatrzymania nigdy nie może przekroczyć 72 godzin — upływ wskazanego terminu to ostateczny czas spełnienia obowiązku zwolnienia zatrzymanego, co do którego nie zastosowano tymczasowego aresztowania). Nie zawsze jednak ustalenie czasu wykonania obowiązku jest tak proste. Przykładowo można wskazać regulację art. 236 § 1 k.k. w zw. z art. 233 § 5 pkt 2 k.k. i 237 k.k., gdzie powstaje zasadnicza wątpliwość co do momentu końcowego wykonania obowiązku ujawnienia dowodów niewinności osoby podejrzanej, tak aby nie narazić się na odpowiedzialność karną³⁹.

Pozostaje teraz rozważyć, jakie znaczenie ma ustalenie czasu wykonania obowiązku dla problemu bezpośredniości jako znamienia obrony koniecznej.

³⁸ Regulacja konstytucyjna powtórzona została w art. 248 k.p.k.

³⁹ Patrz M. Szewczyk, *Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości*, w: *Kodeks karny — część szczególna*, red. A. Zoll, Kraków 1999, t. 3, s. 814 i n. Autorka dokonując analizy wskazanych przepisów karnych, stwierdza, że: „wypełnienie obowiązku, a tym samym brak przestępstwa następuje tylko wtedy, gdy ujawnienie dowodów niewinności nastąpi zaraz, niezwłocznie po powzięciu o nich wiadomości”. Taki wynik analizy M. Szewczyk odrzuca, jako że stanowi on rezultat wykładni na niekorzyść sprawy przestępstwa. Stanowisko to prowadzi autorkę do odrzucenia możliwości zastosowania dobrodziejstwa instytucji czynnego żalu (właśnie art. 233 § 5 pkt 2) w stosunku do sprawcy przestępstwa zatajenia dowodów niewinności. Wydaje się, że M. Szewczyk wadliwie odczytuje treść powołanych przepisów. Po pierwsze art. 237 stanowi, iż przepis art. 233 § 5 pkt 2 stosuje się odpowiednio do przestępstwa określonego w art. 236 § 1. To odpowiednie stosowanie oznacza uwzględnienie charakteru przestępstwa z art. 236 § 1, które jest przeciwieństwem formalnym z zaniechania, a więc takim, które może być popełnione w pewnym przedziale czasowym, ale jego popełnienie możemy stwierdzić dopiero po upływie tego czasokresu. Instytucja czynnego żalu dotyczy natomiast sytuacji, kiedy przestępstwo jest już dokonane, a więc na podstawie innego przepisu musimy stwierdzić, iż adresat normy nakazującej podjęcie określonego działania, nie podjął go w wymaganym czasie. Toteż błędem w dokonaniu wykładni przepisu art. 236 § 1 jest ustalenie czasu jego popełnienia w oparciu o przepis regulujący instytucję czynnego żalu (art. 233 § 5 pkt 2). Należy zatem stwierdzić, że jedyną wskazówką dla ustalenia czasu popełnienia przestępstwa zatajenia dowodów niewinności jest pojęcie podejrzanego. W istocie moment końcowy obowiązku, to chwila wydania ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie. Tak więc osoba, która dopiero w postępowaniu apelacyjnym ujawni dowody niewinności — nie popełnia przestępstwa, nie ma zatem potrzeby rozważania kwestii czynnego żalu. Takie podejście do omawianego problemu prowadzi do stwierdzenia, że art. 237 nie znajduje zastosowania do przestępstwa z art. 236 § 1 k.k., ze względu na niemożliwość odpowiedniego zastosowania art. 233 § 5 pkt 2. Należy więc postulować zmianę aktualnie obowiązującej regulacji prawnej. Odmienne: R. A. Stefański, *Przestępstwo zatajenia dowodów niewinności*, Prok. i Pr. 2001, nr 9, s. 40. Patrz również B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Wąsek, t. 2, Warszawa 2005, s. 197.

Celową wydaje się w tym miejscu uwaga, że temporalizacja zaniechania ma znaczenie nie tylko dla wyjaśnienia zasadniczego problemu niniejszego rozdziału (bezpośredniości), ale również dla ustalenia samej bezprawności zaniechania. Bezpośredniość i bezprawność są to kwestie, które w przypadku zaniechania są tak ze sobą powiązane, że w znacznym zakresie muszą być omawiane jednocześnie. Bezpośredniość zaniechania wiąże się, jak była już o tym mowa, z niebezpieczeństwem naruszenia dobra prawem chronionego. Natomiast bezprawność zaniechania możemy stwierdzić w zasadzie dopiero po upływie określonego czasu, w którym nakazane działania nie zostały podjęte przez podmiot zobowiązany. Należy się zatem zastanowić, na jakiej podstawie zachowanie polegające na niepodjęciu działań prawem nakazanych uznajemy za bezprawne jeszcze przed wygaśnięciem pod względem czasowym obowiązku ich podjęcia. Poruszony problem, w zakresie zaniechań przestępnych (chodzi tu o takie zaniechania, które zakazane są pod groźbą kary) znajduje pewne odbicie w dyskusji nad zagadnieniem usiłowania przestępstw z zaniechania. Bardzo dobrze ilustruje ten problem wypowiedź Genowefa Rejman: „podczas gdy przestępstwo z działania, zaznacza poszczególne odcinki czynu zabronionego, swym aktywnym zachowaniem, zarówno w okresie poprzedzającym jego dokonanie (przygotowanie, usiłowanie) by przejść następnie w fazę jego dokonania, to w przypadku zaniechania wymienione etapy czynu zakazanego nie znajdują odpowiedniego wyznacznika, aż do momentu braku na zewnątrz czynu, który był niezbędny we wskazanym miejscu i czasie”⁴⁰. Rodzi się więc zasadnicza wątpliwość, czy można usiłować przestępstwa z zaniechania. Odpowiedź na to pytanie ma kapitalne znaczenie dla dalszych rozważań nad zagadnieniem bezpośredniości zaniechania, szczególnie jeśli ma się na uwadze, iż przez usiłowanie rozumie się zachowanie zmierzające bezpośrednio ku dokonaniu (które jednak nie następuje), a karalność takiego zachowania od strony aksjologicznej uzasadniona jest przede wszystkim wysokim stopniem zagrożenia, jakie zachowanie to stworzyło dla dobra prawnego. Stwierdzenie, że usiłowanie przestępstw z zaniechania jest niedopuszczalne, oznaczałoby, że do momentu wygaśnięcia obowiązku nie można mówić o bezprawności tego rodzaju zaniechań. Takie podejście do sprawy dezaktualizowałoby w zasadzie cały problem obrony koniecznej przed przestępnymi zaniechaniami ze względu na brak znamienia bezprawności zamachu. Zaniechanie stałoby się bezprawne dopiero z chwilą jego „dokonania”, czyli z „bezkutecznym” upływem czasu

⁴⁰ G. Rejman, *Zasady...*, *op. cit.*, s. 187.

wykonania obowiązku podjęcia działań prawem nakazanych⁴¹. Koniecznym więc wydaje się ustosunkowanie do tego zagadnienia.

Rozważania rozpoczniemy od grupy przestępstw z zaniechania, kwalifikowanych przez doktrynę jako przestępstwa formalne (*delicta omissiva*). W odniesieniu do tej kategorii przestępstw należy stwierdzić, że nie ma żadnych podstaw do tego, aby wyłączać możliwość ich usiłowania⁴². Przykładem niech będzie zatrzymanie powołanego do wojska podczas przekraczania granicy pociągiem bezpośrednim do Berlina, w sytuacji, kiedy za godzinę ma on stawić się do jednostki wojskowej położonej na drugim krańcu Polski. Słusznie więc twierdzi się, że w odniesieniu do przestępstw formalnych z zaniechania, usiłowanie ich popełnienia polega na tym, że sprawca podejmuje takie czynności, które uniemożliwiają mu wykonanie ciążącego na nim obowiązku⁴³. Analiza zagadnienia nie jest już jednak tak oczywista na gruncie przestępstw materialnych z zaniechania (*delicta per omissionem commissa*). Władysław Wolter twierdzi, że „praktycznie jako usiłowanie przez zaniechanie kwalifikować się będą wypadki, w których sprawca we właściwym czasie nie przedsięwziął obowiązanego działania, a mimo to skutek nie nastąpił z przyczyn od sprawcy zupełnie niezależnych”. Wydaje się jednak, że Władysław Wolter problem usiłowania przestępstw materialnych z zaniechania zawęży do zagadnienia temporalizacji obowiązku. Chodzi w zasadzie o to, że obowiązek jest tak skorelowany z niebezpieczeństwem dla dobra prawnego, że ustanie obowiązku jest jednocześnie do

⁴¹ A. Krukowski opowiada się przeciwko dopuszczalności obrony koniecznej przed przestępstwami formalnymi z zaniechania, wychodząc z założenia, że moment ukończenia czynu następuje z chwilą jego dokonania. Tak więc zdaniem tego autora, odpieranie zamachu byłoby pozbawione cech działania w obronie koniecznej. A. Krukowski, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 16. Stanowisko to kwestionuje A. Wąsek, który stwierdza: „wśród przestępstw formalnych z zaniechania istnieją takie, które są dokonane już z chwilą niepodjęcia nakazanego działania (np. według art. 18 k.k. [Kodeksu z 1969 r. — P.B.], nie zawiadomia natychmiast), oraz takie, których opis ustawowy wskazuje na możliwość trwania ich w czasie (np. nie udziela pomocy)”. Wydaje się, że argument podniesiony przez A. Wąska nie dotyczy w zasadzie problemu poruszonego przez A. Krukowskiego. Niezależnie bowiem od czasu trwania obowiązku, moment dokonania przestępstwa formalnego, to moment końcowy obowiązku. Problem natomiast dotyka znamienia bezprawności obrony koniecznej. Powstaje więc pytanie, na jakiej podstawie sądzimy, że „zaniechanie niedokonane” jest już bezprawne. A. Wąsek problemu tego zdaje się nie zauważać. A. Wąsek, *Zaniechanie...*, *op. cit.*, s. 202.

⁴² Tak też: A. Zołł, *Formy popełnienia przestępstwa*, w: K. Buchała, A. Zołł, *Kodeks...*, [1998], *op. cit.*, s. 143; M. Cieślak, *op. cit.*, s. 362; M. Marek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 189; L. Gardocki, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 103.

⁴³ A. Zołł, *Formy...*, *op. cit.*, s. 143.

ustania niebezpieczeństwa. Z tego też wnioskuje, że o usiłowaniu będziemy mogli mówić dopiero wówczas, gdy obowiązek się zdezaktualizuje (odpadnie niebezpieczeństwo), a mimo to skutek nie nastąpi, wprawdzie nie w wyniku działania adresata obowiązku, lecz wskutek działania innych przyczyn. Można jednak wyobrazić sobie sytuację, w której niebezpieczeństwo jest nadal aktualne (obowiązek jest aktualny), ale z zachowania adresata obowiązku wynika jednoznacznie, że nie zamierza podjąć działań w kierunku jego odwrócenia. Stanowisko W. Woltera w kwestii usiłowania przestępstw skutkowych przez zaniechanie opiera się na założeniu, że jedynym kryterium dla ustalenia usiłowania tego rodzaju przestępstw jest czas obowiązku (kryterium obiektywne), co powoduje nieuzasadnione zawężenie problemu usiłowania do elementów obiektywnych z pominięciem uzewnętrznionego zamiaru dokonania czynu zabronionego (element subiektywny). Za słuszne należy uznać stanowisko, które także w odniesieniu do omawianej kategorii przestępstw nakazuje uwzględnić całokształt zachowania sprawcy, w celu ustalenia, czy zachodzi usiłowanie popełnienia czynu zabronionego⁴⁴. W tym miejscu konieczne jest podniesienie jeszcze jednego problemu, który istotnie związany jest z zagadnieniem usiłowania przestępstw z zaniechania. Otóż dla przyjęcia usiłowania konieczne jest ustalenie zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Chodzi tu o zamiar zarówno bezpośredni (*dolus directus*), jak i ewentualny (*dolus eventualis*). Stąd też nie jest możliwe usiłowanie przestępstw nieumyślnych. Należy przeto wskazać, iż przestępstwa nieumyślne z zaniechania, to przede wszystkim przestępstwa z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. W odniesieniu do tej kategorii przestępstw mamy więc do czynienia z naruszeniem określonego obowiązku, którego celem jest właśnie ochrona dobra prawnego przed niebezpieczeństwem jego naruszenia. Nie ma natomiast znaczenia to, czy naruszenie tego obowiązku jest zachowaniem umyślnym, czy też nieumyślnym. Istota tych przestępstw sprowadza się bowiem do tego, że karalne jest samo zachowanie, które naraża dobro prawne na niebezpieczeństwo i to niezależnie od tego, czy zachowanie takie jest umyślne, czy nieumyślne. Kryminalizacja zachowań zaczyna się więc na przedpolu naruszenia dobra prawnego, pod tym względem przestępstwa tego rodzaju wykazują podobieństwo do karalności usiłowania⁴⁵. Toteż słusznie podnosi się, że wprowadzenie przez ustawodawcę typu przestępstwa narażenia dobra na niebezpieczeństwo oznacza zwiększoną ochronę danego

⁴⁴ *Ibidem*. Por. też: M. Cieślak, *op. cit.*, s. 362; L. Gardocki, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 103.

⁴⁵ A. Zoll, K. Buchała, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 139.

dobra⁴⁶. Dokonuje się to poprzez rozszerzenie karalności na zachowania nieumyślne, które charakteryzują się poważnym zagrożeniem danego dobra prawnego⁴⁷. Odnosząc powyższe uwagi do omawianej kategorii przestępstw (przestępstw z zaniechania) możemy powiedzieć, że zaniechanie wykonania określonego obowiązku stwarza sytuację niebezpieczeństwa dla dobra prawnego lub zwiększa istniejący już stan zagrożenia dobra prawnego. W tym ostatnim przypadku niebezpieczeństwo grożące dobru prawnemu jest czymś „zewnątrznym” w stosunku do obowiązku, czymś, co dopiero obowiązek ten aktualizuje. Należy zauważyć, że obowiązek podjęcia określonych działań jest wówczas tak skorelowany ze stanem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, że ustanie obowiązku jest jednocześnie do ustania niebezpieczeństwa. Powstaje więc wątpliwość, kiedy możemy mówić, że niepodjęcie działań w nakazanym kierunku jest bezprawne. Dla lepszego zobrazowania poruszonego problemu niech posłuży następujący przykład: lekarz wezwany do wypadku drogowego dowiadując się, że ofiara jest nosicielem groźnej choroby zakaźnej, odmawia udzielenia pomocy ofierze wypadku, wsiada do ambulansu i nakazuje kierowcy powrót do szpitala. Rodzi się więc pytanie: czy zachowanie lekarza posiada cechę bezprawności? Należy w tym miejscu stwierdzić, że obowiązek, który spoczywa na lekarzu, jest określony pod względem czasowym w dwojaki sposób. Po pierwsze czas obowiązku, to czas trwania niebezpieczeństwa. Po drugie działania, które stanowią treść tego obowiązku, muszą być podejmowane natychmiast, bez zbędnej zwłoki, czyli w sposób adekwatny do sytuacji niebezpieczeństwa grożącego dobru prawem chronionemu. W powołanym przykładzie lekarz nie wypełnia ciężącego na nim obowiązku już z chwilą nie podjęcia działań

⁴⁶ Tak też: *ibidem*, s.139; M. Marek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 266; G. Rejman, *Zasady...*, *op. cit.*, s. 179.

⁴⁷ Za A. Zollm należy przyjąć, że typy określające tego rodzaju przestępstwa mają charakter komplementarny w stosunku do odpowiednich typów naruszenia dobra prawnego, stąd też muszą być zawsze do nich odnoszone. „Niebezpieczeństwo jest zawsze niebezpieczeństwem czegoś; to «coś» musi być ujemnie oceniane, aby mogło nadać wcześniejszej sytuacji ujemną wartość, którą oddaje właśnie nazwa niebezpieczeństwo”. A. Zoll, K. Buchała, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 138. Warto jeszcze zwrócić uwagę, że nie można usiłować przestępstw konkretnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo. K. Buchała argumentuje, że „usiłowanie takie nie mogą się pokrywać z samym narażeniem, gdyż stanowiłoby wówczas dokonanie, musi z konieczności zostać rozszerzone na czynności przygotowawcze, co stanowi rażący błąd w wykładni”. K. Buchała, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*, w: *Kodeks karny — część szczególna*, red. A. Zoll, Kraków 1999, t. 2, s. 336 i n. Usiłowanie tego rodzaju przestępstw odrzuca również A. Zoll, *Formy...*, *op. cit.*, s. 140.

w sposób określony powyżej. Można więc stwierdzić, że postępowanie lekarza jest zachowaniem bezprawnym, ponieważ wypełnia znamiona typu czynu zabronionego (narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, art. 160 § 1) poprzez zwiększenie zagrożenia już zachodzącego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, w wyniku zaniechania obowiązku działania w sposób adekwatny do stanu niebezpieczeństwa⁴⁸. Obowiązki, które aktualizują się dopiero z chwilą powstania niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, stanowią stosunkowo nieliczną grupę, w porównaniu z obowiązkami, których podstawowym celem jest niedopuszczenie do powstania niebezpieczeństwa. Obowiązki tego typu mają różnorodny charakter. Są one interpretowane z norm prawnych, mających swoje źródło w przepisach prawa cywilnego, administracyjnego, prawa pracy itd. Przesłanki konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo są przesłankami skutkowymi. Skutek rozumiany jest tu właśnie jako stan niebezpieczeństwa grożącego danemu dobru prawem chronionemu. Tak też o bezprawności zachowania polegającego na zaniechaniu tego typu obowiązków możemy mówić już w momencie, kiedy podmiot nie podjął nakazanych prawem działań. Jednakże dla przyjęcia przestępnego charakteru takiego zaniechania konieczne jest wystąpienie stanu niebezpieczeństwa. Stan niebezpieczeństwa jest natomiast w prawie karnym rozumiany jednolicie, jako pewien układ sytuacyjny, który charakteryzuje się wysokim stopniem prawdopodobieństwa przekształcenia się w stan naruszenia dobra prawem chronionego⁴⁹. Nie każde sprzeniewierzenie się normie prawnej będzie taki stan wywoływać.

Przeprowadzona analiza zaniechań przestępnych pozwala na wskazanie dwóch zasadniczych typów obowiązków: obowiązki, których zaniechanie prowadzi do takiego rozwoju przebiegu przyczynowego, którego skutkiem jest naruszenie dobra prawnego, oraz obowiązki, których zaniechanie pozwala na rozwinięcie się układu sytuacyjnego odznaczającego się stanem zagrożenia dobra prawnego. Oczywiście zaniechanie obowiązków, których celem jest niedopuszczenie do narażenia dobra na niebezpieczeństwo, również z punktu widzenia normy prawnej nakładającej tego typu obowiązek, narusza dobro prawne. Jest nim jednak stan bezpieczeństwa innego dobra prawem chronionego, np. życia, zdrowia itd. Ustawodawca decyduje o zakresie ochrony dóbr prawnych. Wprowadzając pierwszy rodzaj obowiązku decyduje się na

⁴⁸ Por. A. Zol1, *Przesłanki przeciwko życiu lub zdrowiu*, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, t. 2, s. 309.

⁴⁹ A. Zol1, K. Buchała, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 138.

węższą ochronę określonego dobra prawnego. W drugim przypadku dobro prawne, jak była już o tym mowa, podlega ochronie szerszej.

Należy teraz zastanowić się, jakie wnioski płyną z przeprowadzonej analizy dla zasadniczego problemu niniejszego artykułu. Uprawnionym wydaje się stwierdzenie, że obrona konieczna przysługuje przeciwko bezprawnym i bezpośrednim zamachom na dobra prawne. Wynika z tego, że w momencie, gdy zachowanie narusza dobro, odpada, co do zasady, podstawa do zastosowania obrony koniecznej. Wyjątkiem od tak sformułowanej reguły jest sytuacja, kiedy naruszenie dobra prawem chronionego tworzy jednocześnie stan bezprawny (prawo do podejmowania działań obronnych jest aktualne aż do chwili uchylecia stanu bezprawnego). Obowiązek natomiast (i oczywiście jego zaniechanie) charakteryzuje się zawsze pewnym czasokresem, w którym nakazane zachowanie ma być podjęte. W zasadzie do momentu dezaktualizacji obowiązku pod względem czasowym, zaniechanie podjęcia określonych działań mieści się w sferze możliwości adresata tego obowiązku. Pozbawione jest więc cechy bezprawności nawet wówczas, gdy zachowanie takie stwarza stan zagrożenia dla dobra prawnego. Jedynie wyjątkowo (bo tylko w odniesieniu do tzw. zaniechań przestępnych), posługując się instytucją usiłowania, jesteśmy w stanie określić zachowanie polegające na niepodjęciu nakazanych działań przed upływem wspomnianego czasokresu jako zachowanie bezprawne. Stwierdzenie, że mamy do czynienia z usiłowaniem przestępstwa z zaniechania przesądza jednocześnie i o bezprawności, i o bezpośredniości zaniechania. Usiłowanie przestępstwa oznacza bowiem, z punktu widzenia dobra prawem chronionego, nic innego jak stwierdzenie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa jego naruszenia. Znamię bezpośredniości instytucji obrony koniecznej interpretowane jest również jako pewien stan zagrożenia dobra chronionego, który może z dużym prawdopodobieństwem przekształcić się w jego naruszenie. W pozostałych przypadkach, kiedy „zaniechanie” prowadzi bezpośrednio do naruszenia dobra prawnego, ale jednocześnie zaniechanie to pod względem czasowym nie jest jeszcze dokonane, obrona konieczna nie znajduje żadnego zastosowania, już ze względu na brak realizacji znamienia bezprawności. Inaczej sprawa przedstawia się w odniesieniu do tych sytuacji, kiedy celem obowiązku dekodowanego z normy sankcjonującej jest zapobiegnięcie powstaniu stanu niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Zaniechanie podjęcia działań wyznaczonych przez normę sankcjonowaną staje się bezprawne, a mimo to nie zachodzi jeszcze naruszenie dobra prawem chronionego⁵⁰. Obrona konieczna

⁵⁰ W tym wypadku mam na myśli zasadnicze dobro będące przedmiotem ochrony normy prawnej — nie zaś stan jego bezpieczeństwa.

w stosunku do takiego zachowania może być więc aktualna. Konieczne jest jednak ustalenie, czy zaniechanie tego typu obowiązku faktycznie prowadzi do takiego rozwoju przebiegu przyczynowego, który charakteryzuje się wystąpieniem stanu niebezpieczeństwa. Jeszcze raz podnieść warto, że nie każde przełamanie normy sankcjonowanej, nawet jeżeli podstawowym jej zadaniem jest ochrona dobra przed niebezpieczeństwem jego naruszenia, prowadzi do takiego rozwoju układu sytuacyjnego, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo naruszenia dobra. Można powiedzieć, że najczęściej skutkiem naruszenia tego typu normy będzie właśnie spowodowanie stanu niebezpieczeństwa. Nie można wszakże wykluczyć *a priori* sytuacji przeciwnej. W przypadku obrony koniecznej znamień bezpośredniości zamachu jest tylko wówczas spełnione, jeżeli stan niebezpieczeństwa faktycznie powstał w wyniku zachowania sprawcy przełamującego normę prawną. Dlatego w stosunku do zaniechań obowiązków mających na celu zapobiegnięcie narażenia dobra na niebezpieczeństwo konieczne jest, aby to niebezpieczeństwo właśnie wystąpiło. Warto w tym miejscu podkreślić, że zaniechanie obowiązku i stan niebezpieczeństwa musi się znajdować jeszcze w pewnej szczególnej wzajemnej relacji. Otóż konieczne jest ustalenie, że niebezpieczeństwo jest skutkiem takiego rozwoju przebiegu przyczynowego, który nie nastąpiłby w razie podjęcia działań prawem nakazanych przez podmiot zobowiązany. Tak więc należy wykluczyć sytuację, kiedy niebezpieczeństwo powstało w skutek innej sytuacji, która albo wyklucza możliwość wykonania obowiązku, albo była od niego zupełnie niezależna w tym sensie, że nawet wówczas, gdy sprawca podjąłby się działań prawem nakazanych, niebezpieczeństwo i tak by wystąpiło.

Podsumowując rozważania nad problemem bezpośredniości zamachu w odniesieniu do zaniechania, można stwierdzić, że jest to zagadnienie skomplikowane i nie poddające się prostym klasyfikacjom. Jest to zapewne konsekwencją niejednolitej natury zachowania, które określamy jako niepodjęcie działań w nakazanym przez prawo kierunku. Trudności, które pojawiają się w toku analizy znamienia bezpośredniości, wynikają przede wszystkim ze szczególnego splotu problemów. Okazuje się bowiem, że prosta konstatacja, iż zachowanie adresata obowiązku stwarza bezpośrednie zagrożenie dla dobra prawnego nic w zasadzie nie wnosi dla rozjaśnienia zagadnienia bezpośredniości. Dlatego poruszony problem musi być jednocześnie relacjonowany do znamienia bezprawności zamachu obrony koniecznej. Dopiero wówczas pojęcie bezpośredniości nabiera specyficznej treści w stosunku do zaniechania. Istotne jest również podkreślenie, że o ile nie mamy w zasadzie problemów z ustaleniem, czy działanie sprawcy stwarza

stan niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, o tyle problem, czy zaniechanie rozumiane jako nieprzeciwstawienie się pewnej przyczynowości, taki stan wywołało lub spowodowało jego istotne nasilenie, nie jest już takie proste. W tym zakresie nie da się również ustalić pewnej generalnej formuły, innej niż ta, która odwołuje się do stanu faktycznego, z którego musi wynikać ta specyficzna więź między zaniechaniem wykonania pewnego obowiązku a stanem zagrożenia dla dobra prawnego.

5. Zamach i pozostałe znamiona obrony koniecznej a zaniechanie

W poprzednich rozdziałach ustalono znaczenie bezprawności i bezpośredniości jako znamion obrony koniecznej w odniesieniu do zaniechania. Należy się teraz zastanowić, czy zaniechanie realizujące wskazane znamiona może być uznane za zamach w takim sensie, jaki wynika z przepisów normujących obronę konieczną. Warto w tym celu przedstawić zapatrywania doktryny, które w zakresie omawianego zagadnienia odznaczają się wielością poglądów i koncepcji. Przed przystąpieniem do analizy tematu należy wskazać, nie przesądzając jeszcze zasadniczego problemu niniejszego rozdziału, że samo określenie zamachu, jako zachowania bezprawnego i bezpośredniego, nie przesądza jeszcze możliwości podejmowania działań obronnych w ramach instytucji obrony koniecznej. Niezbędnym jest bowiem odnoszenie tak określonego zachowania do znamienia konieczności, które nie dotyczy tylko samego sposobu odpierania zamachu, ale istotnie rzutuje na samą już kwestię zaistnienia kontratypu obrony koniecznej. Do poruszonego tu problemu przyjdzie jeszcze powrócić w toku dalszych rozważań.

Zagadnienie zaniechania jako zachowania, które może aktualizować obronę konieczną stało się przedmiotem orzeczenia Sądu Najwyższego (nr 183/35) już w pierwszym okresie stosowania Kodeksu karnego z 1932 r. W powołanym orzeczeniu Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że „nieopuszczenie miejsca stojącego pod ochroną art. 252 k.k. wbrew żądaniu osoby uprawnionej jest zamachem na spokój domowy, spełnionym przez zaniechanie i uprawniającym do odparcia na drodze obrony koniecznej, która może między innymi polegać na usunięciu z miejsc w art. 252 k.k. wymienionych przemocą fizyczną osoby spokój ten naruszającej”⁵¹. Wskazane orzeczenie

⁵¹ Warto zaznaczyć, że zapatrywanie SN jest konsekwentnie podtrzymywane zarówno w orzeczeniach przedwojennych, jak i obecnie. Porównaj w szczególności: orzeczenie 283/1935r.; orzeczenie z 12 VII 1946 r., PiP 1947, nr 1, s. 117; orzeczenie SN z 28 XI 1949 r., PiP 1946, nr 2.

stało się przedmiotem ostrej krytyki ze strony Juliusza Makarewicza i ostatecznie podzieliło doktrynę na tych, którzy odrzucają możliwość zamachu w formie zaniechania, oraz tych, którzy możliwość taką, co do zasady, przyjmują, ale istotnie różnią się w sposobie ujmowania zaniechania jako zamachu. Stanowisko odrzucające dopuszczalność obrony koniecznej przed zaniechaniem ma swoją mocną podstawę w interpretacji pojęcia „zamach”. I tak dla Juliusza Makarewicza zamach oznacza rozwinięcie przez sprawcę „energii aktywnej”, jest „napadem na dobro prawne”, jest więc semantycznie pojęciem zbliżonym do wyrażen tego rodzaju, jak: gwałtowne działanie, czyn gwałtowny⁵². Nie zarzucając braku słuszności takiej interpretacji pojęcia „zamach”, warto zauważyć, że dla samego J. Makarewicza nie był to wszakże argument przeważający. Najbardziej bowiem obawiał się konsekwencji, jakie niesie ze sobą przyjęcie stanowiska uznającego, że zamach może realizować się także przez zaniechanie. Rozwiązanie takie uznawał za „wysoce niebezpieczne”, popierając jednocześnie argumentem, że może to prowadzić do legalizowania buntów więziennych spowodowanych „jakimś niedbalstwem władzy przełożonej”⁵³. Należy jeszcze podnieść, że w przypadku przestępstwa naruszenia miru domowego poprzez odmowę opuszczenia mieszkania wbrew żądaniu osoby uprawnionej, J. Makarewicz dopuszczał możliwość podjęcia stosownych działań przez uprawnionego, które jednak nie powinny być oceniane w ramach kontratypu obrony koniecznej, lecz samopomocy legalnej z właściwymi dla niej ograniczeniami⁵⁴. Stanowisko Juliusza Makarewicza nie znalazło wielu zwolenników. Doktryna w przeważającej części opowiadała się bowiem za dopuszczalnością obrony koniecznej przed zaniechaniem, podejmując jednocześnie próby wypracowania pewnych generalnych reguł, które pozwoliłyby określić, jakimi cechami musi odznaczać się zaniechanie, aby mogło być uznane za zamach w rozumieniu przepisów o obronie koniecznej. Opinie wyrażane w odniesieniu do poruszonego problemu można by zakwalifikować w ramach dwóch podstawowych koncepcji. Pierwsza

⁵² J. Makarewicz, *Obrona konieczna w stosunku do zaniechania*, „Głos Sądownictwa” 1936, nr 1, s. 7.

⁵³ J. Makarewicz uznawał bowiem konsekwentnie, że przyjęcie dopuszczalności obrony koniecznej przeciwko zaniechaniu musi prowadzić do przyznania więźniowi przetrzymawanemu w zakładzie karnym, pomimo iż minął już okres odbywania przez niego kary, prawa do podjęcia działań w ramach obrony koniecznej. Uprawnienie takie, jak słusznie zauważa J. Makarewicz przysługiwałoby również i pozostałym więźniom, którzy mogliby wówczas powołać się na działanie w granicach pomocy koniecznej. J. Makarewicz, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 8.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 10 i n.

uznaje, że obrona konieczna przed zaniechaniem może być tylko wtedy dopuszczalna, gdy zaniechanie to jest zabronione pod groźbą kary (tzw. „zaniechanie przestępne”). Druga zaś, dopuszczając możliwość podjęcia działań w ramach obrony koniecznej przed zaniechaniem jako zamachem na dobro prawne, nie ogranicza tego pojęcia jedynie do zaniechań przestępnych, lecz upatruje podstawy ich weryfikacji w znamieniu konieczności obrony.

Zajmijmy się na początku pierwszym z powołanych stanowisk, gdyż wśród jego zwolenników trudno o jednolite zdanie na temat, czy każde zaniechanie, które jest zakazane pod groźbą kary, jest jednocześnie zamachem w rozumieniu przepisów o obronie koniecznej. Jedni bowiem ograniczają pojęcie zamachu jedynie do przestępstw skutkowych przez zaniechanie, inni zaś uznają, że zamachem może być każde zaniechanie przestępne, a więc takie, które realizuje znamiona typu czynu zabronionego niezależnie od tego, czy skutek wchodzi do znamion typu czynu, czy też nie. Zwolennikami pierwszego stanowiska byli Stanisław Glaser i Aleksander Mogilnicki. Definiowali oni zamach jako „czyn skierowany, ku temu, by istniejący stan zmienić przez naruszenie dobra prawnego; samo utrzymywanie stanu bezprawnego nie jest zamachem”⁵⁵. Tym samym odcinali się od stanowiska Sądu Najwyższego, uznając racje Juliusza Makrewicza. Różnili się jednak z nim zasadniczo, dopuszczając możliwość obrony koniecznej przed zamachem, który przybrałby postać przestępstwa skutkowego przez zaniechanie (*delicta per omissionem comissa*). Myśl Stefana Glasera i Aleksandra Mogilnickiego kontynuował po wojnie Stanisław Śliwiński twierdząc, że o zamachu można mówić także wówczas, gdy „wchodzi w grę bezprawne oddziaływanie na pewne dobro przez zaniechanie czynu przez prawo nakazanego (...) ale tylko wtedy, gdy oznacza to dążenie do zmiany istniejącego stanu rzeczy, do zmiany w świecie zewnętrznym”⁵⁶. Tym samym autor ten odmawia prawa do obrony koniecznej przed zachowaniem polegającym na zaniechaniu opuszczenia mieszkania wbrew woli osoby uprawnionej. Poważne problemy napotyka jednak Stanisław Śliwiński w odniesieniu do przestępstw trwałych, w szczególności zaś bezprawnego pozbawienia wolności. Nie podziela on bowiem stanowiska prezentowanego zarówno przez J. Makrewicza, jak i przez S. Glasera i A. Mogilnickiego, którzy konsekwentnie odmawiali prawa do obrony koniecznej przed przestępstwami trwałymi na etapie utrzymywania jedynie stanu bezprawnego. Stanisław Śliwiński starając się zachować jednolitość swojej koncepcji podnosi, że w przypadku bezprawnego

⁵⁵ S. Glaser, A. Mogilnicki, *op. cit.*, s. 109.

⁵⁶ S. Śliwiński, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 150 i n.

pozbawienia wolności, które jest typowym przestępstwem trwałym, możemy wyróżnić dwa etapy: etap zamachu i etap utrzymywania stanu przestępnego. Obrona konieczna jest zaś aktualna przez cały czas pozbawienia wolności, a to dlatego, że sprawca jest gotów przeciwstawić się czynnie każdej próbie uwolnienia się pokrzywdzonego. Tak więc dla S. Śliwińskiego to nie „bierne” zachowanie się sprawcy, które polega na utrzymywaniu stanu bezprawnego jest zamachem, lecz ewentualne i potencjalne jego działanie⁵⁷. Obronę konieczną przed przestępstwami formalnymi z zaniechania odrzuca również Adam Krukowski, wychodząc jednak z innych przesłanek niż S. Śliwiński. Swoje stanowisko w odniesieniu do poruszonego problemu uzasadnia tym, iż „wszelkie działanie pokrzywdzonego zmierzające do odparcia zamachu nastąpiłoby zawsze już po dokonaniu odpieranego zamachu, byłoby więc pozbawione cech działania w obronie koniecznej”⁵⁸. Twierdzenie A. Krukowskiego, choć wzbudziło pewne kontrowersje, nigdy nie zostało przekonywująco zanegowane przez zwolenników koncepcji, że zamach może realizować się także przez przestępstwo formalne z zaniechania. Andrzej Wąsek, który uznaje, że zaniechanie wtedy może stanowić zamach, „gdy chodzi o zaniechanie przestępne i to bez względu na to, czy w grę wchodzi *delictum mere omissivum*, czy też *per omissionem comisum*” podnosi przeciwko twierdzeniu A. Krukowskiego w zasadzie jeden zarzut. Dotyczy on czasu popełnienia przestępstwa formalnego, który, jak słusznie zauważa autor, kształtuje się różnie i może być dłuższy lub krótszy. Za przykład służy Andrzejowi Wąskowi przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie, które jest typowym przestępstwem formalnym z zaniechania. I tak, według powołanego autora, w sytuacji, kiedy osoba nie umiejąca pływać zmusi inną osobę, która taką umiejętność posiadała, do udzielenia pomocy

⁵⁷ *Ibidem*. Przeciwko koncepcji S. Śliwińskiego podniesiono wiele zarzutów, w tym bezpodstawność podziału przestępstwa bezprawnego pozbawienia wolności na etap zamachu i etap utrzymywania stanu bezprawnego (Por.: A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 15; W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1970, s. 161). Zarzut ten ma szczególnie mocną postawę na gruncie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego. Przestępstwo pozbawienia wolności (art. 189 k.k.) może być bowiem popełnione przez zaniechanie przez osobę zobowiązaną do terminowego uchylenia legalnego pozbawienia wolności. Przestępstwo to jest wówczas przestępstwem indywidualnym, które może być popełnione jedynie przez sprawcę posiadającego określoną w ustawie cechę (np. przez funkcjonariusza publicznego, który jest zobowiązany do wypuszczenia osoby zatrzymanej natychmiast po ustaniu przyczyny zatrzymania). Por.: A. Zoł, *Przestępstwa przeciwko wolności*, w: *w: Kodeks..., op. cit.*, t. 2, s. 457. Obszerna krytyka stanowiska Śliwińskiego z powołaniem literatury w: A. Wąsek, *Zaniechanie..., op. cit.*, s. 202.

⁵⁸ A. Krukowski, *Obrona..., op. cit.*, s. 15.

tonącemu, to działa ona w obronie koniecznej⁵⁹. Wydaje się jednak, że powołany przykład, choć generalnie słuszny w swojej wymowie, nie wnosi nic dla wyjaśnienia problemu poruszonego przez A. Krukowskiego. Powstaje bowiem pytanie, kiedy w powołanej sytuacji zachowanie osoby umiejącej pływać odznacza się cechą bezprawności? Należy wnioskować, że chwilą tą jest dla A. Krukowskiego odpadnięcie niebezpieczeństwa, a dla A. Wąska jakiś inny moment, którego jednak nie wskazuje⁶⁰. Abstrahując od tego problemu — był on już bowiem przedmiotem analizy niniejszej pracy — należy podnieść, że argumentacja zwolenników stanowiska uznającego dopuszczalność zamachu przez zaniechanie, kiedy to zaniechanie stanowi wypełnienie znamion typu czynu zabronionego, opiera się w zasadzie na twierdzeniu, że nie ma podstaw do tego, aby odmawiać charakteru zamachu tego typu zaniechaniom i to niezależnie od tego, czy mają charakter skutkowy, czy też nie, skoro do „zamachów” zalicza się czyny o lżejszym ciężarze gatunkowym (np. bezprawie cywilne) niż czyny stanowiące przestępstwo, chociażby tylko *mere omissivum*⁶¹. Idąc jednak dalej tym tokiem rozumowania, należy zadać pytanie, dlaczego nie uznać za zamach w rozumieniu przepisów o obronie koniecznej także takich zaniechań, które nie są zabronione pod groźbą kary, a odznaczają się ciężarem gatunkowym większym niż niejedno bezprawne, choć nie zabronione pod groźbą kary, działanie? Andrzej Wąsek nie udziela w zasadzie odpowiedzi na tak postawione pytanie, stwierdzając jedynie, że z reguły nie będzie stanowiło zamachu inne niż przestępne zaniechanie⁶². Podobnie niejasno wypowiada się w tej kwestii Andrzej Marek, który stoi na stanowisku, że „zamachem jest wszelkie zachowanie się człowieka, które stwarza bezpośrednio i rzeczywiste niebezpieczeństwo dla chronionych przez prawo dóbr lub interesów”⁶³. Autor ten opowiada się za dopuszczalnością obrony koniecznej przed zaniechaniem przestępnym bez względu na to, czy zaniechanie tego typu ma charakter skutkowy w rozumieniu prawa karnego. W odniesieniu do zaniechań innych niż te, które stanowią realizację znamion typu czynu zabronionego A. Marek nie wypowiada się⁶⁴. Zwolennicy poglądu, że zaniechanie wtedy stanowi zamach, jeżeli jest zachowaniem przestępnym i to niezależnie od zachodzących między nimi różnic, upatrują

⁵⁹ A. Wąsek, *Zaniechanie...*, *op. cit.*, s. 202.

⁶⁰ Por.: A. Krukowski, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 16; A. Wąsek, *Zaniechanie...*, *op. cit.*, s. 202.

⁶¹ A. Wąsek, *Zaniechanie...*, *op. cit.*, s. 207.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 39.

⁶⁴ *Ibidem*.

więc podstawy weryfikacji zaniechań jedynie w elemencie formalnym (zaniechanie musi być zakazane pod groźbą kary). Do poruszonego problemu zupełnie inaczej podchodzi Władysław Wolter, stwierdzając, że zaniechanie może stanowić zamach, „o ile zaniechanie zmierza do zmiany sytuacji faktycznej albo nawet do utrzymania jakiegoś stanu rzeczy, wtedy jednak tylko pod warunkiem, że zlikwidowanie tego stanu rzeczy możliwe jest tylko drogą ściśle osobistego zachowania się uchylającego się od dokonania tej zmiany”. Stanowisko to pozwala inaczej spojrzeć na omawiany problem. Otóż w świetle tej koncepcji zarówno działanie, jak i zaniechanie może być zamachem, przy czym stwierdzenie to nie przesądza jeszcze zasadniczej kwestii, którą jest możliwość podjęcia działań obronnych przed tego typu zachowaniem. Istotne jest bowiem odnoszenie tak określonego zachowania, do całego zespołu znamion instytucji obrony koniecznej, a więc bezprawności, bezpośrednio i oczywiście konieczności podjęcia działań obronnych.

Przegląd stanowisk w odniesieniu do poruszonego problemu prowadzi do stwierdzenia, że zagadnienie zaniechania jako zamachu jest jedynie refleksem innego problemu, który budzi dużo większe zainteresowanie nauki prawa karnego. Wydaje się, że punktem wyjścia dla wszystkich przedstawionych koncepcji, czy zaniechanie może być zamachem, jest sposób rozumienia pojęcia „zaniechanie”, a w szczególności relacji, jaka zachodzi między tym pojęciem a centralnym dla prawa karnego pojęciem czynu. Pogląd ten dobitnie potwierdza wypowiedź A. Marka, który na poparcie swojego stanowiska w omawianej kwestii podnosi, że jest ono wynikiem „społecznego, a nie naturalistycznego rozumienia czynu jako zachowania się, które niezależnie od formy (działanie, zaniechanie) oddziałują na rzeczywistość społeczną”⁶⁵. Tak więc analiza przedstawionych koncepcji, dotyczących zasadniczego problemu niniejszej pracy, musi być poprzedzona ustaleniem pewnej elementarnej dla prawa karnego siatki pojęciowej. Niewiele jest bowiem w prawie karnym takich problemów, gdzie sposób rozumienia pojęcia „czyn” i „zaniechanie”, a także zachodzącej między tymi pojęciami relacji, w tak zasadniczy sposób rzutuje na ich właściwe rozstrzygnięcie. Nie sposób jednak w ramach niniejszego opracowania przedstawić — choćby w najogólniejszym zarysie — spotykanych w doktrynie poglądów, stąd też koniecznym jest odesłać czytelnika do bogatej literatury tematu⁶⁶. W tym miejscu niezbędnym jest jednak

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ W. Patryas, *op. cit.*; W. Mąciór, *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym*, Warszawa 1990; P. Konieczniak, *op. cit.*; M. Rodzyńkiewicz, *Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przestępstwo popełnione przez zaniechanie w projekcie Kodeksu*

wskazać, iż w ramach niniejszego opracowania akceptowany jest pogląd, że istota czynu nie wyczerpuje się ani w aspekcie kauzalnym, ani też finalnym. Istoty czynu należy doszukiwać się nie tylko na płaszczyźnie ontologicznej, ale także w obowiązującym systemie wartości⁶⁷. Czynem jest więc zachowanie człowieka, które stanowi każdą jego odpowiedź na rozpoznane albo możliwe do rozpoznania wymogi sytuacyjne, polegające na urzeczywistnieniu, zgodnie z jego wolą, stojących do dyspozycji możliwych reakcji. Zachowanie to może polegać, jak to określa czołowy przedstawiciel tego nurtu Hans-Heinrich Jescheck, na wykonaniu czynności celowych (finalność), może się jednak ograniczyć do spowodowania następstw, którym obiektywnie można było zapobiec (kauzalność), może się w końcu wyrażać brakiem czynności w danej chwili oczekiwanej (pasywność)⁶⁸. Zgodzić się należy z A. Zollem, który problem działania i zaniechania sprowadza na płaszczyznę ustawowej określoności. To zachowanie człowieka stanowi przednormatywną podstawę odpowiedzialności i to ono jest przedmiotem dalszej analizy prawnej, nie zaś czyn, który traktowany jest jako pewna cecha (właściwość). Stwierdzenie, że określone zachowanie jest czynem, stanowi już oceną tego zachowania. Działanie i zaniechanie natomiast, to pewne skróty myślowe, przy użyciu których ustawodawca wskazuje, czy w konkretnym zachowaniu istotna jest zgodna z ustawowym opisem aktywność podmiotu, czy też brak ustawowo nakazanej aktywności⁶⁹.

Należy się teraz zastanowić nad pojęciem zamachu jako znamieniem instytucji obrony koniecznej. Niewątpliwie pojęcie to wskazuje, iż przedmiotem wartościowania jest zachowanie człowieka. Zachowanie to jest relacjonowane do pozostałych znamion obrony koniecznej, w szczególności znamienia bezprawności. Chodzi więc o to, aby zachowanie człowieka było prawnie relewantne, a więc przełamywało określoną prawem normę postępowania w stosunku do dobra, które jest przedmiotem ochrony. Powstaje jednak

karnego, „Przegląd Prawa Karnego” 1995, nr 11; L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie — zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975; M. Rodzyńkiewicz, *Treść pojęcia czynu w prawie karnym jako efekt procedury modelowania*, w: *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga pamiątkowa ku czci Profesora K. Buchały*, Kraków 1994, s. 214.

⁶⁷ Koncepcja socjalna (socjologiczna) jest obecnie akceptowana przez znaczną część doktryny. W Polsce jej zwolennikami są w szczególności: A. Zoll, K. Buchała, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 113; A. Marek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 91 i n.; M. Cieślak, *op. cit.*, s. 146 i n.

⁶⁸ H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin 1978, [wyd. 3], s. 177. Por. A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 19.

⁶⁹ Por. A. Zoll, K. Buchała, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 117.

pytanie, czy takie zachowanie musi ponad to być kwalifikowane jako czyn w rozumieniu prawa karnego. Jak była o tym już mowa, większość autorów dokonuje takiego powiązania pojęciowego. Stanowisko to wydaje się w pełni uzasadnione. Jeżeli bowiem przez czyn rozumiemy tylko takie zachowanie, które charakteryzuje się zdolnością dopasowania ruchów do wyobrażonego celu, to w sytuacji, gdy zachowanie pozbawione jest tej cechy, człowiek nie jest jego autorem, gdyż są nim pewne przebiegi przyczynowe zupełnie od niego niezależne. Pojęcie zamach oznacza niewątpliwie tylko takie zachowanie, które charakteryzuje się ową kulturowo determinowaną właściwością, którą jest zdolność współokreślenia ruchu i jego sterowania względem antycypowanego celu. Innym zagadnieniem jest natomiast to, czy zachowanie sprawcy, oceniane z punktu widzenia normy prawnej, charakteryzuje się wystąpieniem pewnych ruchów czy też ich brakiem. Jest to już bowiem problem zachowania powinnego określonego w normie sankcjonowanej. Nie ma więc żadnych podstaw do tego, aby pojęcie zamachu ograniczać bądź tylko do działania, bądź też do tzw. zaniechania przestępnego. Akceptowane w tej pracy rozróżnienie problematyki czynu i ustawowej określoności pozwala na przyjęcie poglądu, zgodnie z którym zamachem może być obok działania również zaniechanie podjęcia określonych działań, i to niezależnie od tego, czy przełamanie nakazu zachowania określonego w normie sankcjonowanej jest objęte jednocześnie dyspozycją normy sankcjonującej. Takie podejście do omawianego problemu nie oznacza jeszcze, że każde zachowanie polegające na zaniechaniu wykonania nakazanej czynności, które jednocześnie spełnia warunki czynu, uprawnia do podjęcia działań w ramach instytucji obrony koniecznej. Aby uprawnienie takie powstało, muszą być spełnione pozostałe znamiona tej instytucji.

6. Zamach jako czyn bezprawny i bezpośredni a konieczność podjęcia działań obronnych

Zachowanie człowieka, charakteryzujące się zdolnością dopasowania ruchów do wyobrażonego celu (a więc spełniające warunki czynu), które z punktu widzenia normy prawnej kwalifikujemy jako zaniechanie, jest zamachem uprawniającym do podjęcia działań obronnych tylko wówczas, gdy zachowanie to wypełnia pozostałe znamiona tej instytucji. Do znamion tych należy obok bezprawności i bezpośredniości również konieczność podjęcia działań obronnych⁷⁰. Stanowisko to wynika bezpośrednio z dostrzegania, że

⁷⁰ Tak też W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 172 i n.; A. Zolli, *Wylaczenie...*, [1998], *op. cit.*,

podstawą wszystkich okoliczności wyłączających bezprawność czynu (w tym również obrony koniecznej) jest kolizja dóbr, której nie da się rozwiązać inaczej jak tylko przez poświęcenie jednego z nich. Poruszone tu zagadnienie było już przedmiotem analizy, stąd w tym miejscu uzasadnione jest jedynie ustalenie znaczenia znamienia „konieczność” w odniesieniu do zachowania kwalifikowanego jako zaniechanie.

Punktem wyjścia dla rozważań nad poruszonym problemem jest ustalenie pewnego układu sytuacyjnego, z jakim mamy do czynienia w przypadku, gdy bezprawnym i bezpośrednim zamachem jest zachowanie, które polega na nie daniu posłuchu normie prawnej nakazującej podjęcie działań w określonym kierunku (zaniechanie). Otóż niewątpliwie układ sytuacyjny, jaki tu powstaje, istotnie różni się od tego, który jest wynikiem działania. W przypadku zaniechania mamy bowiem do czynienia z pewnym przebiegiem przyczynowym, któremu sprawca ma obowiązek się przeciwstawić. Norma prawna nakłada na jej adresata obowiązek aktywności, celem przeciwstawienia się przyczynowości, której rozwój prowadzi do naruszenia dobra prawem chronionego. Zachowanie, które kwalifikujemy jako zaniechanie nie polega na ruchu, ale stanowi brak ruchu, który jest obowiązkowy, oczekiwany. Trafnie ujął poruszony tu problem Władysław Wolter, stwierdzając, że „Zaniechanie jako brak pewnej akcji nie jest czymś realnym w tym sensie, w jakim mówimy o realności działania. Realna jest dopełniająca rzeczywistość wyznaczona brakiem jakiejś akcji”⁷¹. Niebezpieczeństwo naruszenia dobra, z jakim mamy tu do czynienia, jest „czymś zewnętrznym” w stosunku do zachowania sprawcy, czymś, czemu sprawca miał zapobiec lub zmniejszyć jego stopień. Dlatego znamię konieczności podjęcia działań obronnych musi tu być interpretowane dużo bardziej rygorystycznie, niż ma to miejsce w przypadku, gdy stan niebezpieczeństwa jest wywołany działaniem człowieka. Należy bowiem pamiętać, że leżąca u podstaw każdego konfliktu kolizja dóbr prawnych wtedy usprawiedliwia poświęcenie jednego z kolidujących dóbr, gdy nie było innej racjonalnej możliwości ratowania drugiego dobra. Zaatakowanie w ramach działania obronnego dobra osoby, która zaniechała wykonania określonego obowiązku, ma sens w zasadzie tylko wtedy, gdy uchylenie powstałego stanu zagrożenia dla dobra prawnego możliwe jest jedynie w drodze ściśle osobistego zachowania osoby zobowiązanej. Tak też działanie obronne musi mieć na celu zmuszenie osoby do wykonania ciężącego

s. 223; A. Krukowski, *Węzłowe...*, *op. cit.*, s. 47; A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 70 i n.

⁷¹ W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 80.

na niej obowiązku, którego nikt inny w danej chwili nie jest w stanie wykonać. W sytuacji natomiast, kiedy grożące dobru prawnemu niebezpieczeństwo może być uchylone w inny sposób, instytucja obrony koniecznej nie znajduje żadnego zastosowania. Do takich wniosków doszedł jako pierwszy W. Wolter, z tym jednak zastrzeżeniem, że posłużyły mu one do weryfikacji zaniechań na takie, które stanowią zamach w rozumieniu instytucji obrony koniecznej oraz takie, które nie są objęte zakresem tego znamienia. Dlatego dla Władysława Woltera „zaniechanie może stanowić zamach (...) pod warunkiem, że zlikwidowanie tego stanu rzeczy [tzn. zagrożenia dobra prawem chronionego — przypis P.B.] możliwe jest tylko drogą ściśle osobistego zachowania uchylającego się od dokonania tej zmiany (...)”⁷². Takie ujęcie problemu prowadzi w zasadzie do takich samych wyników, co pogląd reprezentowany w niniejszej pracy. Wydaje się jednak, iż od strony metodologicznej uzasadnionym jest rozróżnienie i właściwe zdefiniowanie znamion „zamach” i „konieczność” w ramach omawianej instytucji.

Na podstawie poczynionych ustaleń można więc stwierdzić, iż zamachem uprawniającym do podjęcia działań obronnych, będzie każde zachowanie człowieka, które można zakwalifikować jako czyn, pod warunkiem jednak, że wypełnia pozostałe znamiona obrony koniecznej, tj. bezprawność, bezpośredniość i konieczność podjęcia działań obronnych. W świetle tego stanowiska, nieopuszczenie lokalu wbrew żądaniu osoby uprawnionej, jak i niezwrócenie w umówionym terminie pożyczki, może być kwalifikowane jako bezprawny i bezpośredni zamach na dobro prawem chronione. Taka sytuacja będzie miała miejsce wówczas, jeżeli zachowanie sprawcy będzie spełniać warunki czynu oraz sprawca nie będzie działał w ramach okoliczności wyłączających bezprawność czynu (chodzić tu może w zasadzie o stan wyższej konieczności). W obu powołanych przypadkach zachowanie sprawcy polega na naruszeniu pewnej normy sankcjonowanej, z której interpretujemy obowiązek podjęcia określonych działań. Zachowanie to przełamując normę prawną, nie tylko narusza dobro, które jest przedmiotem ochrony, ale również tworzy pewien stan, który oceniany z punktu widzenia tej właśnie normy, kwalifikujemy jako bezprawny. Skoro zaś znamię bezpośredniości obrony koniecznej, jak wynika z ustaleń poprzednich rozdziałów, należy odnosić do utrzymywania stanu bezprawnego w pełnej rozpiętości czasowej, to niewątpliwie znamię to jest spełnione w obu powołanych przypadkach. Nie

⁷² *Ibidem*, s. 165 i n. Pogląd ten podziela również A. Zoll. Por. A. Zoll, *Wyłączenie...*, [1998], *op. cit.*, s. 214.

oznacza to jednak, aby uprawnienie do podjęcia działań w ramach obrony koniecznej powstawało zarówno w przypadku odmowy opuszczenia lokalu, jak i niezwrócenia pożyczki w wyznaczonym terminie. Wskazane tu sytuacje różnią się bowiem istotnie z punktu widzenia realizacji znamienia konieczności podjęcia działań obronnych. Otóż w pierwszym przypadku układ sytuacyjny, jaki powstaje w wyniku zachowania sprawcy przełamującego normę prawną, której przedmiotem ochrony jest nienaruszalność mieszkania, charakteryzuje się tym, że nie może ulec zmianie w inny sposób, jak tylko w drodze ściśle osobistego zachowania się sprawcy. Stąd też osobie uprawnionej do mieszkania przysługują prawo przymuszenia sprawcy do zachowania zgodnego z normą prawną. W przypadku zaś, gdy dłużnik nie zwraca przedmiotu pożyczki w ustalonym terminie, wierzyciel ma możliwość zniesienia powstałego stanu bezprawnego w inny sposób. Podjęcie zaś przez wierzyciela działań, mających na celu przymuszenie sprawcy do zachowania powinno, nie będzie działaniem w ramach obrony koniecznej, a to właśnie przez niespełnienie znamienia konieczności podjęcia tych działań. Jego zachowanie natomiast zostanie ocenione jako bezprawne. W tym miejscu należy jeszcze podnieść, że znamie konieczności nie tylko w istotny sposób decyduje już o samej aktualizacji obrony koniecznej, ale również odnosi się do sposobu obrony, przy czym chodzi tu zarówno o zagadnienie czasowej limitacji obrony koniecznej, jak i zagadnienia proporcji między zamachem a działaniem obronnym⁷³. W istocie rzeczy to właśnie przypadek obrony koniecznej przed bezprawnym i bezpośrednim zamachem kwalifikowanym jako „zaniechanie” wyjątkowo wyraźnie wskazuje na subsydiarny charakter analizowanej instytucji. Posługując się powołanym w niniejszym artykule przykładem lekarza odmawiającego udzielenia pomocy ofierze wypadku drogowego — działaniem obronnym będzie tylko takie działanie, które nie uniemożliwi adresatowi wykonania ciężącego nań obowiązku. W tym też przypadku znamie konieczności będzie jednocześnie aktualizować prawo do podjęcia działań obronnych i wyznaczać niezbędne granice tychże działań.

⁷³ Poruszona problematyka jest przedmiotem szczegółowej analizy w pracach: A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 67; A. Krukowski, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 66.

