

EWA PLEBANEK

## O OBRONIE KONIECZNEJ I INNYCH KONTRATYPACH W ŚWIETLE ZASADY PROPORCJONALNOŚCI

Problematyka kontratypów, pomimo iż wielokrotnie opisywana w literaturze przedmiotu, wciąż pozostaje zagadnieniem kontrowersyjnym. Orzecznictwo i piśmiennictwo nie mogą osiągnąć zgody w tak kluczowych kwestiach, jak chociażby katalog, istota, charakter, geneza, znamiona i granice okoliczności wyłączających bezprawność czynu. W praktyce zjawisko to najlepiej uwidacznia się przy rozstrzygnięciach dotyczących kontratypu obrony koniecznej. W orzecznictwie istnieją obok siebie wzajemnie wykluczające się wykładnie wszystkich niemal znamion art. 25 k.k., co jest nierzadko przyczyną zupełnie różnych rozstrzygnięć sądów w podobnych stanach faktycznych.

Kluczową dla dalszych rozważań rolę mają artykuły 2 i 31 ust. 3 Konstytucji. Wprowadzają one do polskiego porządku normatywnego znaną z prawa niemieckiego zasadę proporcjonalności. W myśl art. 31 Konstytucji ograniczenia praw człowieka mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla ochrony wartości wskazanym w tym przepisie. Jest on niezwykle ważny dla interpretacji niemal wszystkich norm i zasad prawa karnego, ponieważ w tej sferze prawa najwyraźniej rysuje się konflikt, w którym konieczność ochrony jednych praw obywatelskich zmusza do ograniczenia innych. Konflikt ten to kolizja dóbr chronionych przez wspomniane prawa. Ponieważ kolizja dwóch dóbr prawnych, nie rozwiązana w optymalny sposób, prowadzi do naruszenia któregoś z nich, konieczne jest wypracowanie ogólnych standardów rozwiązywania tego rodzaju kolizji. Konstytucja demokratycznego państwa prawa musi zatem odpowiedzieć na pytanie: jak daleko można przesunąć granicę ochrony

dóbr szczególnie istotnych dla społeczeństwa, jeżeli jedynym sposobem jej realizacji jest naruszenie innych, także chronionych konstytucyjnie wartości?

Zgodnie z nauką prawa konstytucyjnego i orzecznictwem europejskich trybunałów konstytucyjnych, w ramach zasady proporcjonalności można wyróżnić kilka pomniejszych zasad: zasadę proporcjonalności *sensu stricto*, zasadę dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych, zasadę konieczności oraz — mniej istotną dla omawianej tu problematyki — zasadę racjonalności instrumentalnej<sup>1</sup>.

Jak już wspomniano, zgodnie z dyrektywami wynikającymi z zasady proporcjonalności ustawodawca może zawęzić zakres ochrony prawnie chronionego dobra jednostki jedynie wtedy, gdy jest to niezbędne dla ochrony innej wartości prawnie chronionej i wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to konieczne i uzasadnione realizacją tej wartości. Te wartości, czyli dobra społeczne, to pewne idee, stosunki społeczne, stany rzeczy, zdarzenia, które z punktu widzenia aksjologicznych założeń ustawodawcy są ważne lub niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa<sup>2</sup>. Ustawodawcy wolno więc ograniczać realizację praw i wolności, tj. zakazywać pewnych zachowań czyniąc je bezprawnymi, tylko wtedy, gdy ma to służyć ochronie innych ważnych dla społeczeństwa wartości — tylko takie zachowania mogą być przez prawodawcę ocenione negatywnie i w konsekwencji uznane za bezprawne. Zatem czyn bezprawny to czyn, który godzi w dobro prawne poprzez naruszenie społecznie uznanych norm, ustanowionych w celu zagwarantowania mu ochrony. Z tego właśnie względu polska ustawa zasadnicza wymusza na ustawodawcy przyjęcie mieszanego ujęcia przestępstwa formalnego — przez art. 42 ust. 1 Konstytucji — i materialnego — przez art. 31. Wyłącznie formalne ujęcie przestępstwa, podobnie jak ujęcie *stricto* materialne, nie zabezpiecza podstawowych standardów prawa karnego państwa demokratycznego<sup>3</sup>. Pomędzy tymi dwoma elementami musi zatem występować koniunkcja, gdyż dopiero obydwa łącznie gwarantują odpowiednie zabezpieczenie przed nadmiernym, tj. nieuzasadnionym

---

<sup>1</sup> Por. wyroki TK: OTK 1995, cz. I, s. 128 i n.; wyrok TK, K 28/97 z 9 VI 1998 r., OTK ZU 1998, nr 4, s. 294 i n.; wyrok TK, P 2/98 z 12 I 1999 r., OTK ZU 1999, nr 1, s. 10 i n.; *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, red. P. Sarniecki, Warszawa 1999, s. 52–54.

<sup>2</sup> A. Z o 11, *O normie z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, t. XXIII, s. 78.

<sup>3</sup> Szerzej A. Z o 11, *Materialne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 85.

wkraczaniem władzy w podstawowe prawa i wolności jednostki. Krytyka ujęcia przestępstwa jedynie od strony materialnej, oznaczającego przełamanie podstawowej zasady prawa karnego *nullum crimen sine lege* na rzecz zasady analogii, praktykowanego chociażby w Związku Radzieckim w początkach jego istnienia, nie wymaga szerszego uzasadnienia. Natomiast prawo karne w ujęciu jedynie formalnym może przestać być środkiem ochrony dóbr ważnych dla życia społecznego. W tym ujęciu istotą przestępstwa jest niepodporządkowanie się normie — brak posłuchu wobec woli ustawodawcy — nie zaś ujemnie oceniany przez społeczeństwo stan zagrożenia dla dobra chronionego. Dlatego też ustawa zasadnicza wyraźnie stanowi, że żadna kategoria czynów nie może być uznana za bezprawną w sensie formalnym, jeżeli nie posiada owego ujemnego materialnego ładunku — „ujemnego ciężaru społecznego” — wynikającego z zagrożenia, jakie stanowi dla wartości powszechnie uznawanych za cenne i godne ochrony. Nie wolno więc praworządному ustawodawcy zabraniać, a tym bardziej karać, czynów nie godzących w społecznie wartości. Dla przepisów Kodeksu karnego wynika z tego ważka konstatacja: elementem koniecznym w każdym opisie typu czynu zabronionego statuującego zakaz określonego zachowania jest atak na dobro chronione prawem lub narażenia go na niebezpieczeństwo przez naruszenie reguły postępowania z danym dobrem, mającej mu je zapewnić<sup>4</sup>. Wobec takiego ujęcia czynu zabronionego w polskiej ustawie zasadniczej, za słuszny należy uznać pogląd Andrzeja Zolla, głoszący, że znamiona wymienione w typizacji Kodeksu karnego są automatycznie uzupełniane o dodatkowe treści, które nie muszą być wyraźnie wymienione w „trzonie ustawowej określoności” i mimo to są znamionami ustawowymi<sup>5</sup>. Pogląd ten jest słuszny nie tylko dlatego, że takie rozwiązanie jest „bliższe rzeczywistości”<sup>6</sup> — nie można przecież czytać ustawy karnej bez uwzględniania podstawowych zasad konstytucyjnych.

Z zasady dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych oraz z zasady proporcjonalności *sensu stricto* wynika, że przepisy konstytucyjne poddające pod ochronę określone dobra muszą być rozumiane jako nakazy zapewnienia danemu dobru ochrony adekwatnej do jego charakteru i wagi. W wypadku kolizji norm chroniących różne wartości, stopień realizacji ochrony jednej wartości kosztem drugiej jest wedle nich wyznaczany w myśl zasady: im

---

<sup>4</sup> Por. A. Z o 11, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 34 i 458.

<sup>5</sup> A. Z o 11, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 96.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 100.

wyższa wartość, którą narusza ingerencja, i im wyższy stopień naruszenia, tym cenniejsza musi być wartość, którą ta ingerencja ma chronić i tym wyższy stopień realizacji tej ostatniej<sup>7</sup>. Tymczasem instrumentarium prawa karnego stanowią środki wkraczające najdalej w prawa i wolności jednostki — jego stosowanie oznacza najdalej idącą ingerencją w tak fundamentalne dobra, jak życie, wolność, własność. Dlatego też zastosowanie normy prawa karnego jest usprawiedliwione tylko wtedy, gdy naruszenie przez nią wolności i praw jednostki jest należycie uzasadnione koniecznością ochrony innych, przynajmniej równie cennych dóbr. Zasada proporcjonalności wyznacza zatem prawu karnemu funkcję służebną wobec innych dziedzin prawa, zezwalając mu na wkraczanie jedynie tam, gdzie przepisy z innych, „łagodniejszych” dziedzin prawa są niewystarczające. Prawnokarne bezprawie oznacza zatem, że rodzaj i sposób ataku na dobro jest na tyle szkodliwy, że ustawodawca uznał penalizację takich zachowań za konieczną. Jak napisał Jerzy Śliwowski: „Tym kryterium, które decyduje o karalności czynu bezprawnego, o zaliczeniu go w rząd przestępstw jest jego społeczne niebezpieczeństwo i jego miara [...] nie wszystkie czyny społecznie niebezpieczne są przestępstwami [...] tutaj nakazana jest selekcja, której kryterium są zarówno nasilenie tego społecznego niebezpieczeństwa i celowość zwalczania społecznie niebezpiecznych czynów przy pomocy penalizacji”<sup>8</sup>. O tym, które dobra mają na tyle wysoką wartość społeczną aby zasługiwać na prawnokarną ochronę nie decyduje więc prawo karne, ale aksjologia przyjęta przez ustrojodawcę w ustawie zasadniczej. Doprecyzowaniem tych postanowień, czyli stanowieniem norm zapewniających poszanowanie prawnie chronionym wartościom, zajmują się normy innych gałęzi praw organizujących porządek prawny. Normy prawa karnego nie układają zatem hierarchii wartości dóbr prawnie chronionych — pozwalają jedynie na jej częściową rekonstrukcję<sup>9</sup>. Wiele dóbr i chroniących je norm nie znajduje nawet odbicia w przepisach prawa karnego, ponieważ dla ich ochrony wystarczające, zgodnie z zasadą konieczności i dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych, okazują się być przepisy innych dziedzin prawa. Prawo karne w niewielkim stopniu organizuje zatem porządek prawny, raczej zabezpiecza normy stojące na straży wartości dla społeczeństwa najważniejszych, tj. takich, dla obrony których można nawet poświęcić inne dobra prawne. Z tego wynika, co ważne dla dalszych rozwa-

<sup>7</sup> K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, CPKiNP 1999, z. 2, s. 45.

<sup>8</sup> J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 129.

<sup>9</sup> Podobnie A. Zoll, *O normie...*, *op. cit.*, s. 72.

żań, że po pierwsze Kodeks karny nie może dowolnie rozstrzygać o tym, czy w pewnych, wyjątkowych sytuacjach dane dobro może być poświęcone dla ochrony jakiegoś innego dobra. Po drugie, że bezprawność to sprzeczność z normami dziedziny prawa organizujących gospodarowanie danym dobrem, zaś prawo karne nadaje takiemu bezprawnemu zachowaniu jedynie dodatkową cechę karalności<sup>10</sup>. Koniecznym warunkiem badania karalności czynu jest zatem uprzednie zbadanie jego bezprawności. Znamiona charakteryzujące czyn bezprawny są więc konstytutywne dla ustalenia karalności czynu.

Wracając do kontratypów, trzeba postawić pytanie: dlaczego ustawodawca najpierw decyduje się przyznać pewnym dobrom tak intensywną jak prawno-karna ochronę, aby następnie zupełnie z niej zrezygnować, z góry uznając całe kategorie czynów odpowiadających opisowi typowo społecznie szkodliwych zachowań za pozbawione cechy bezprawności? Społeczna szkodliwość, nakazująca ustawodawcy opisać w ustawie charakteryzujące się nią zachowania jako bezprawne, a nawet karalne, jest przecież cechą obiektywną, której nie można wyłączyć przepisem prawnym. Jak to więc możliwe, że racjonalny ustawodawca może w pewnych przypadkach czyn społecznie szkodliwy pozbawić cechy bezprawności? Przecież jeżeli czyn narusza opisaną w ustawie normę zakazującą określonego zachowania, to atakuje społecznie chronione dobro. Wyłączenie bezprawności takiego czynu, z punktu widzenia ochrony atakowanego dobra prawnego jest więc zawsze oceniane ujemnie. W tej sytuacji ujawnia się właśnie doniosłość praktycznego zastosowania zasady proporcjonalności — zgodnie z nią wyłączenie bezprawności jest możliwe jedynie z uwagi na kolizję co najmniej dwóch dóbr prawnych, dwóch norm, którym one służą, powodującą konieczność poświęcenia jednego z nich dla ratowania drugiego. Kontratypy: obrony koniecznej, stanu wyższej konieczności oraz dozwolonego ryzyka są właśnie takimi sytuacjami — wprowadzonymi przez Kodeks karny w części ogólnej ustawowymi wzorcami dla zachowań, które pomimo realizacji znamion typu czynu karalnego, a więc godzących w dobro prawnie chronione<sup>11</sup>, nie są bezprawne z uwagi na leżącą u ich podłoża kolizję dóbr. Jeżeli więc jakies zachowanie realizuje znamiona ustawowej określoności (element formalny) i jednocześnie posiada materialny element bezprawności, to jego bezprawność może być przez ustawodawcę wyłączona jedynie wtedy, gdy element

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 73.

<sup>11</sup> Podobnie W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1963, nr 10, s. 506; A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 128.

materialny został w ogólnym rachunku społecznej wartości zrównoważony przez inne okoliczności danej sytuacji. Zasada proporcjonalności na gruncie kontratypów wskazuje na sposób merytorycznego uzasadnienia legalizacji zachowania, które — mimo zaatakowania wartości społecznej chronionej normą prawną — nie będzie pozostawało bezprawnym. Bez takiego uzasadnienia ustawodawcy nie byłoby wolno wyłączyć cechy bezprawności z uwagi na zasadę dostatecznej ochrony wartości konstytucyjnych, wyznaczającej minimalny zakres ich ochrony. Dzięki niej, konstruującemu kontratyp ustawodawcy nigdy nie wolno całkowicie zanegować wartości i prawa do ochrony jednego z biorących udział w sytuacji przezeń opisanej dóbr prawnych. Tę ochronę wolno tylko ograniczyć — jednak nigdy bardziej niż zezwala na to omawiana zasada.

Brak bezprawności zachowania kontratypowego nie może być zatem „pierwotny” z uwagi na brak ujemnej treści społecznej. Kontratyp jest zawsze zachowaniem naruszającym regułę postępowania z danym dobrem stanowiącym bezpośredni atak na nie lub przynajmniej narażającym je na niebezpieczeństwo, a więc społecznie szkodliwym<sup>12</sup>. Niedopuszczalne jest więc twierdzenie, jakoby sytuacja kontratypowa pozbawiała jedno z kolidujących dóbr jakiegokolwiek ochrony prawnej, skutkiem czego zachowanie stanowiące atak na nie jest zachowaniem pierwotnie legalnym — bez stawiania dodatkowych warunków<sup>13</sup>. Nie można tym samym twierdzić, co często zdarza się w dyskusjach towarzyszących instytucji obrony koniecznej, że czyn naruszający dobro napastnika nie jest społecznie szkodliwy, co w konsekwencji wyłącza jego bezprawność<sup>14</sup>. Oznacza to pozbawienie dóbr prawnych napastnika wszelkiej wartości. Tymczasem nie wolno nigdy uznać,

---

<sup>12</sup> Inaczej uważa J. Śliwowski, z jednej strony trafnie wskazując na konieczność usprawiedliwienia naruszenia dobra prawnie chronionego w sytuacji kontratypowej, z drugiej jednak podkreślając, że takie usprawiedliwienie całkowicie pozbawia czyn godzący w dobro prawne społecznego niebezpieczeństwa — nie zaś bezprawności (J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 130).

<sup>13</sup> Tak uważa m.in. A. Marek: „Nazwa «kontratyp» jest w istocie nazwą umowną, odnoszącą się do pewnych klauzul ogólnych, zawierających okoliczności uchylające bezprawność karną czynów wypełniających znamiona przestępstwa, jednakże pozbawionych [...] ujemnej treści społecznej” (A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym (na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego)*, Warszawa 1979 s. 23).

<sup>14</sup> Tak A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, (*Studia Prawnicze*), s. 171. Tenże pisze: „[...] racją dla wprowadzenia przez ustawodawcę tego kontratypu jest ocena [...] iż czyn podjęty w warunkach obrony koniecznej — jako odparcie zamachu na dobro chronione prawem — generalnie nie jest społecznie niebezpieczny”, A. Marek, *Obrona..., op. cit.*, s. 26 i n.

że dobru, którego ochronę nakazuje Konstytucja, ochrona nie przysługuje, gdyż zostało z uwagi na jakieś szczególne okoliczności pozbawione wszelkiej wartości. Takie podejście narusza podstawowe gwarancje prawne, ponieważ uzależnia wartość dobra jedynie od elementów czysto ocennych, które mogą być oparte na kryteriach ideologicznych lub politycznych. Warto też podkreślić, co pośrednio wynika z powyższych rozważań, że każdy kontratyp jest opisany, po pierwsze, w normie opisującej zachowanie naruszające wartość społeczną, a po drugie, w normie opisującej sytuację wyjątkową, uzasadniającą naruszenie dobra stanowiącego wartość społeczną<sup>15</sup>. Kontratypu nie można zatem definiować bez odwołania się do typu — do opisu zachowania zabronionego.

Z wyrażonej wyżej koncepcji, że między zbiorem czynów bezprawnych a zbiorem czynów karalnych zachodzi — zgodnie z zasadą proporcjonalności — logiczny stosunek zawierania, wynika stwierdzenie, że nim powiemy, iż jakiś czyn realizuje ustawowo opisane znamiona czynu karalnego, musimy uprzednio zbadać, czy jest on także czynem bezprawnym. Zachowanie wykazujące „czysto zewnętrzną zbieżność zachowania z czynem stypizowanym”<sup>16</sup> wcale nie musi być czynem karalnym. Tu należy się rozprawić z niektórymi wyróżnianymi przez doktrynę tzw. kontratypami pozaustawowymi, m.in. „zabiegu lekarskiego” czy „zgody pokrzywdzonego”. I tak wydaje się, że np. nieryzykowny zabieg lekarski, służący ochronie życia lub zdrowia, tj. dobra prawnie chronionego, nie potrzebuje być usprawiedliwiany za pomocą konstrukcji pozaustawowego kontratypu „zabiegu lekarskiego” lub „działania w ramach szczególnych uprawnień i obowiązków”<sup>17</sup>. Konstytucja nie zezwala ustawodawcy sklasyfikować jako bezprawny, a tym bardziej karalny, zabiegu lekarskiego, który nie dość, że nie narusza reguł postępowania z chronionym przez pozornie zrealizowane znamiona przepisu prawa karnego dobrem, ale służy jego ratowaniu. Zachowanie służące ochronie jakiegoś dobra nie może być jednocześnie uznane za zachowanie zagrażające temu dobru, przeciwna teza zawierałaby bowiem wewnętrzną sprzeczność<sup>18</sup>. Jeżeli zatem zachowanie lekarza nie stanowi ataku na dobro prawnie chronione, nie jest naruszeniem reguł postępowania z nim, to nie może być ono zachowaniem

<sup>15</sup> A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 74 i n.

<sup>16</sup> Por. I. Andrejew, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1978, s. 75.

<sup>17</sup> Por. A. Marek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 183; W. Świda, *Prawo karne*, Wrocław 1975, s. 157.

<sup>18</sup> A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 88. Podobnie J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 164–172.

bezpawnym — nie ma zatem przyczyny, dla której miałyby ono wchodzić w zakres zainteresowań jakichkolwiek norm prawa karnego, w tym też tych dotyczących kontratypów.

Na podobną krytykę zasługuje w pewnych warunkach pogląd wyróżniający pozaustawowy kontratyp zgody pokrzywdzonego. W przypadku tzw. dóbr o względnej wartości społecznej, tj. takich, co do których nie ma wątpliwości, że ich dzierżyciel może nimi swobodnie dysponować, należy przede wszystkim zbadać, czy aby dobrem prawnie chronionym w omawianych sytuacjach nie jest właśnie swoboda dysponowania dobrem prawnym, nie zaś inne dobro w znaczeniu jedynie fizykalnym<sup>19</sup>. Taką sytuacją jest chociażby tatuowanie ciała czy też zabieg operacyjny wykonany jedynie w celu — jak to określił Jerzy Śliwowski — „poprawy błędów piękności”<sup>20</sup> „pokrzywdzonego” dysponenta dobrem. Osoba wykonująca taki zabieg realizuje zapewne znamiona niejednego z typów czynów zabronionych skierowanych przeciwko zdrowiu, w dodatku nie działa w celu ochrony, ratowania czy pomnożenia dobra prawnie chronionego, co by ten czyn mogło usprawiedliwiać. Należy jednak przyjąć, że taki specjalista, o ile wykonuje wspomniane zabiegi zgodnie ze wszystkimi wiążącymi je regułami, nie popełnia czynu bezprawnego, gdyż nie atakuje żadnego dobra — tym samym nie popełnia czynu karalnego. W tych przypadkach dobrem prawnie chronionym jest bowiem swoboda dysponowania swym wizerunkiem, wyglądem i innymi dobrami osobistymi, a nie np. sylwetka czy kolor skóry na ramieniu dysponenta dobrem.

Bardziej problematyczną kwestią jest klasyfikacja takich zabiegów lekarskich, które służąc ratowaniu zdrowia pacjenta mogą jednak z pewnym prawdopodobieństwem, mimo zachowania wszystkich reguł sztuki, zakończyć się poważnym uszczerbkiem na jego dobrach prawnych. Ten sam problem dotyczy sytuacji powstających w trakcie wykonywania codziennych, typowych czynności we wszystkich dziedzinach życia, a wiążących się z możliwością narażenia na niebezpieczeństwo lub naruszenia dobra chronionego prawem. Czy jazda samochodem, nawet zgodnie z przepisami ruchu drogowego, nie powinna być zachowaniem bezprawnym, z uwagi na zagrożenie, jakie stanowi dla dóbr prawnie chronionych? Czy prawo powinno zakazywać każdego zachowania, które, nawet z niewielkim prawdopodo-

<sup>19</sup> A. Zołł, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 92 i n. Także J. Śliwowski przychyliła się do tezy, że o ile do ochrony dobra o „niewielkiej cenności społecznej” wagi nie przykłada sam „pokrzywdzony”, to czyn naruszający to dobro nie jest zachowaniem bezprawnym, zob. J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 159.

<sup>20</sup> J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 165.

bieństwem, stać się może źródłem ujemnych następstw dla dóbr mających wartość społeczną? Czy uznać prędkość 20 kilometrów na godzinę za najwyższą dopuszczalną w ruchu pojazdów mechanicznych — pozwoliłoby to uniknąć niebezpiecznych wypadków komunikacyjnych? Uznawanie za bezprawne społecznie pożytecznych zachowań, bez których nie można wyobrazić sobie normalnego funkcjonowania jednostki i społeczeństwa, zdeorganizowałoby, zdelegalizowało lub pozbawiło sensu większość dziedzin aktywności ludzkiej; byłoby więc całkowicie nieracjonalne. Dobra prawne muszą uczestniczyć w obrocie społecznym, co nie jest możliwe bez narażania ich na pewne niebezpieczeństwo. W takim razie, czy jazda samochodem nie wymaga wtórnej legalizacji przez instytucję kolejnego pozaustawowego kontratypu, tzw. „ryzyka zwykłego” czy „ryzyka dnia codziennego”<sup>21</sup>? Czy też lepiej uznać, że istnieje jakaś abstrakcyjnie wyznaczona granica, poniżej której zachowania mogące naruszyć dobro prawnie chronione nie są, mimo takiego ryzyka, uznawane za bezprawne<sup>22</sup>?

Przyjmując koncepcję kontratypową zakładamy, że czyn podejmowany w warunkach „ryzyka zwykłego” wyczerpuje znamiona przestępstwa nieumyślnego a jego bezprawność jest wyłączona, jeżeli wypełnia on jednocześnie znamiona kontratypu<sup>23</sup>. Trudno sobie jednak wyobrazić możliwość zgeneralizowania przez ustawodawcę wszystkich cech indywidualnych czynności wchodzących w zakres pojęcia „ryzyka dnia codziennego” w syntetycznie ujętym przepisie, tak aby można je było odróżnić od zachowań bezprawnych. „Kontratyp”, podobnie jak „typ”, musi być bowiem określony i stypizowany<sup>24</sup>. Tymczasem wytyczenie granic kontratypu „ryzyka zwykłego” nie byłoby rzeczą możliwą z uwagi na różnorodność sytuacji, które zakres tego kontratypu miałyby obejmować. Granice „ryzyka dnia codziennego” nie dość, że są zmienne w poszczególnych dziedzinach życia, to jeszcze nierzadko niemożliwe do wytyczenia bez uwzględnienia warunków konkretnej sytuacji<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> W literaturze wyróżnia się różne odmiany ryzyka dnia codziennego, jak np. ryzyko komunikacji drogowej, ryzyko sportowe, zabiegów lekarskich, gospodarcze. Podział ów nie jest jednak istotny z punktu widzenia omawianych tu zagadnień. Por. K. Rozeñtal, *W sprawie karnoprawnego charakteru tzw. ryzyka zwykłego*, PiP 1991, nr 4, s. 56.

<sup>22</sup> Ku takiemu rozwiązaniu skłaniają się m.in. A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 100; K. Rozeñtal, *op. cit.*, s. 62–66. Istnieją także koncepcje, że rozstrzygnięcie problemu ryzyka zwykłego może nastąpić na płaszczyźnie winy (A. Gubiñski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1961, s. 305).

<sup>23</sup> K. Rozeñtal, *op. cit.*, s. 58 i n.

<sup>24</sup> W. Wolter, *O kontratypach...*, *op. cit.*, s. 506.

<sup>25</sup> K. Rozeñtal, *op. cit.*, s. 60.

Ze względów celowościowych lepiej więc przyjąć, że wiedza i doświadczenie z dziedzin wiedzy, których przedmiotem zainteresowania jest dane dobro, wykształciły pewne obiektywne reguły postępowania z nim, reguły opierające się na prawach przyrody lub też, z uwagi na poziom skomplikowania, będące tworamii normatywnymi, jak np. reguły ruchu drogowego czy zasady prawidłowego gospodarowania<sup>26</sup>. Reguły te wyznaczają granicę akceptowanego społecznie ryzyka — granicę, poniżej której mamy do czynienia z zachowaniami legalnymi pierwotnie<sup>27</sup>. Prawnokarna irrelewantność zachowań podjętych w warunkach „ryzyka zwykłego” jest więc wynikiem nie przekroczenia pułapu społecznie dopuszczalnego ryzyka — nie zaś braku narażenia dobra na nawet minimalne niebezpieczeństwo doznania jakiegoś uszczerbku. Zespół reguł postępowania z danym dobrem jest zatem kompromisem między koniecznością zabezpieczenia dobru prawnemu ochrony a koniecznością wykorzystywania go w społecznym obrocie. Wydaje się, że przyjęcie tezy o pierwotnej legalności czynów podejmowanych w warunkach „ryzyka zwykłego” jest lepszym rozwiązaniem także z punktu widzenia dyrektyw zasady proporcjonalności. Nie wolno przecież zakazywać zachowań nie będących sprzecznymi z powszechnie przyjętym porządkiem społecznym, a wszystkie zachowania z zakresu typowej aktywności ludzkiej nie dość, że z porządkiem społecznym sprzeczne nie są, to wręcz go stanowią, nie spotykając się z ujemną oceną społeczną. Takie ujęcie sprzyja także zabezpieczeniu gwarancyjnej funkcji prawa karnego<sup>28</sup>. Pozwala nie rozszerzać zakresu stosowania ustawy karnej na wszystkie dziedziny aktywności ludzkiej, w których istnieje choćby niewielkie prawdopodobieństwo naruszenia jakiegoś prawnokarnie chronionego dobra i tym samym uniknąć sprowadzenia tej gałęzi prawa do absurdu. Konsekwencją takiego poglądu jest przyjęcie stanowiska, że przestępstwo nieumyślne charakteryzuje się stroną przedmiotową nie ograniczającą się do spowodowania opisanego w ustawie skutku w jakikolwiek sposób, ale w efekcie naruszenia prawideł ostrożnego postępowania. Oznacza to, że do ustawowych znamion typu czynu zabronionego, choć nie zawsze wymienianych w trzonie ustawowej określoności, należy także przestrzeganie reguł ostrożności postępowania z chronionym przez ten typ dobrem. Czynem zabronionym z uwagi na niebezpieczeństwo jakie stanowi dla dobra prawnego może być zatem tylko taki czyn, który narusza

---

<sup>26</sup> Por. A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 96.

<sup>27</sup> Podobnie *ibidem*, s. 96.

<sup>28</sup> Szerzej K. R o z e n t a l, *op. cit.*, s. 61.

reguły postępowania z nim. Natomiast zachowanie podjęte w ramach „ryzyka dnia codziennego”, ale z zachowaniem powyższych reguł, nawet jeśli nieszczęśliwie pociągnęło za sobą skutki o znamionach wspomnianego typu, jest pierwotnie legalne i nie ma potrzeby wyłączenia jego bezprawności za pomocą kontraktu<sup>29</sup>. Jeżeli więc czyn jest zachowaniem pozornie odpowiadającym określonym w przepisie karnym znamionom karalności i jednocześnie nie narusza reguły postępowania z chronionym przezeń dobrem, to nie jest zachowaniem realizującym znamiona czynu karalnego z uwagi na brak bezprawności. Nie ma więc konieczności legalizowania go za pomocą instytucji kontraktu — taki czyn od początku jest zachowaniem prawnokarnie irrelevantnym.

Gwoli sprawiedliwości należy przyznać, że pojęcia typowej aktywności ludzkiej, granicy społecznie tolerowanego ryzyka, powszechnie przyjętych reguł postępowania z danym dobrem nie są pojęciami ostrymi. Pozostawiają ustawodawcy wcale niemałe pole do podejmowania arbitralnych decyzji. Pojęcia te mieszczą w swym zakresie także takie zachowania, których społeczna użyteczność, niewielki stopień zagrożenia dla dobra chronionego prawem, konieczność ich podejmowania w życiu codziennym, nie są już tak oczywiste, jak np. w przypadku zabiegu operacyjnego ratującego ludzkie życie czy nawet ruchu pojazdów mechanicznych. W podręcznikach akademickich często wyróżnia się nawet niektóre z tych sytuacji jako odrębne typy kontraktów pozaustawowych. Są to np. ryzykowne zabiegi z dziedziny medycyny estetycznej<sup>30</sup>, pewne bardzo urazowe dyscypliny sportowe, wychowawcze karcenie nieletnich, zabieg usunięcia ciąży<sup>31</sup>. Do tej kategorii zalicza się także niektóre działania podejmowane w ramach przyznanych przez prawo uprawnień, jak np. dozwolone ustawowo użycie broni palnej lub innych środków bezpośredniego przymusu przez funkcjonariuszy uprawnionych ku temu służb<sup>32</sup>. Znajdują tu swe miejsce także niektóre powszechnie kulturowane zwyczaje, jak np. polewanie wodą w poniedziałek wielkanocny czy wręczanie kelnerowi niewielkiej korzyści majątkowej, zwanej napiwkiem<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 62.

<sup>30</sup> Na pewne niedoceniane aspekty społecznej użyteczności medycyny estetycznej zwraca uwagę J. Śliwowski: „Cele które jej przyświecają nie są w zasadzie niezgodne z prawem dążącym do możliwie szerokiej popularyzacji estetyki i piękna”. Zob. J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 172.

<sup>31</sup> A. Marek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 182–192; W. Świada, *op. cit.*, s. 156–158.

<sup>32</sup> Tak W. Świada, *op. cit.*, s. 157.

<sup>33</sup> A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 22.

Wszystkie te zachowania pozornie realizują znamiona poszczególnych typów czynów zabronionych, stanowią co najmniej zagrożenie dla dobra chronionego prawem, a i często nie są też pozbawione ujemnej oceny społecznej. Nie są one jednak uznawane za bezprawne, konsekwencją czego jest ich prawnokarna irrelewantność. Jednakże nad niektórymi z wymienionych przykładów można się poważnie zastanawiać, czy wciąż jeszcze mamy do czynienia ze społecznie tolerowanym ryzykiem i zachowaniem zgodnym z regułami postępowania z dobrem prawnym, czy też z kolizją dóbr prawnie chronionych, zasługującą na posłużenie się instytucją kontratypu. Co więcej, wydaje się, że dla niektórych wskazanych sytuacji trudno byłoby znaleźć takie usprawiedliwienie, które wskazywałoby na korzystny wynik bilansu zysków i strat uzasadniający brak ich bezprawności w obliczu zasady proporcjonalności. Jeżeli jednak np. boks jako dyscyplina sportu jest uznawany za legalny, a walka toczy się z zachowaniem wszelkich dotyczących go reguł, to nawet w przypadku poważnego naruszenia dóbr jednego z bokserów, działanie drugiego nie będzie działaniem nielegalnym, gdyż nie naruszył on reguł postępowania z danym dobrem i nie przekroczył społecznie akceptowalnego poziomu ryzyka. Co najwyżej można zadać pytanie: czy skoro bokserzy, przestrzegając reguł obowiązujących w dziedzinie życia jaką jest niewątpliwie boks, często powodują poważne szkody w dobrach prawnych innych bokserów, nie przynosząc w zamian równoważących je korzyści społecznych, to czy reguły te nie powinny ulec zmianie z uwagi na zasadę dostatecznej ochrony dóbr konstytucyjnych? Dopiero w razie delegalizacji boksu można z prawidłowo zadanych ciosów uczynić bokserowi zarzut. Za bezprawne należy jednak uznać zachowania zawodników mające miejsce niejako „poza” toczącą się grą i wbrew jej podstawowym zasadom. Dobrym przykładem może być bokser odgryzający przeciwnikowi ucho lub hokeista traktujący kijem kolegę z konkurencyjnej drużyny z dala od „centrum” walki lub w jej przerwie.

Wykazano tu, że wiele z wyróżnianych przez piśmiennictwo kontratypów pozaustawowych to działania pozbawione cechy bezprawności, nie atakujące społecznie cennego dobra, pierwotnie legalne. Jak się wydaje, większość nieporozumień wynika z odmiennego, niż by na to wskazywał art. 31 Konstytucji, postrzegania stosunków zakresowych pomiędzy pojęciami bezprawności i karalności. Przykładowo, Witold Świda przyjmuje, że zakresy bezprawności i karalności krzyżują się, z czego wynika, że istnieją trzy kategorie czynów prawnie relewantnych: czyny bezprawne, czyny bezprawne i karalne oraz kategoria czynów realizujących znamiona typu opisanego w ustawie karnej, ale nie bezprawnych z uwagi na brak szkodliwości społecznej — np. kontra-

typy<sup>34</sup>. Tymczasem, jak wyżej wykazano, bardziej praktycznym i zgodnym z zasadą proporcjonalności rozwiązaniem jest przyjęcie, że między bezprawnością a karalnością zachodzi stosunek zawierania. Takie ujęcie rozwiązuje problem trzeciej kategorii: czynów karalnych a nie bezprawnych — poprzez jej likwidację. Należy zatem uznać, że każdy czyn karalny jest bezprawny, ale nie każdy czyn bezprawny jest karalny. Jest to jedyne rozwiązanie zgodne z formalno-materialną definicją przestępstwa. Zasada proporcjonalności jest zatem swoistą „klauzulą generalną”, wprowadzającą do opisu typu czynu karalnego cechy czynu bezprawnego, które należy zbadać nim przystąpi się do badania karalności. Cechy te to, jak powyżej wspomniano, naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnie chronionym, oznaczające atak na nie lub narażenie go na niebezpieczeństwo. Ustawa karna nie musi zatem za każdym razem, w każdym opisie ich wyliczać jako cech tworzących typ. Czyni to za nią ustawa zasadnicza.

Pomimo tych krytycznych uwag pod adresem kontratypów pozaustawowych, nie można całkowicie odmówić im racji bytu w obecnym porządku prawnym. Istnienie kontratypów pozaustawowych jest zasadne, gdy ustawodawca nie przewidział w postaci ustawowego kontratypu kolizji dóbr, która miała miejsce w rzeczywistości. Sąd powinien w takim przypadku ocenić tę kolizję tak, jakby była ona ustawowo opisanym kontratypem, tj. w oparciu o dyrektywy zasady proporcjonalności. Należy jednak pamiętać, że nadużywanie tej możliwości może naruszać ustawowo gwarantowaną ochronę danego dobra, poprzez decyzję pozbawioną podstawy ustawowej a opartą jedynie na ogólnie sformułowanych normach konstytucyjnych, co godzi w gwarancyjną funkcję prawa karnego. Z uwagi na art. 10 i 178 ust. 1 ustawy zasadniczej, należy takie wypadki badać bardzo ostrożnie, tak aby organ stosujący prawo nie przywłaszczył sobie bezpodstawnie atrybutów prawodawcy<sup>35</sup>. Z tych powodów nie można się zgodzić z twierdzeniem, że tylko część kontratypów jest ustawowo określona, pozostała zaś część nie jest nawet katalogiem zamkniętym, z uwagi na to, że „zasada *nullum crimen sine lege poenali* odnosi się tylko do typów przestępstw nie zaś do znamion kontratypowych”<sup>36</sup>. Nie można więc przyjąć, że kontratyp wynikać może

---

<sup>34</sup> W. Ś w i d a, *op. cit.*, s. 153–156. Podobne stanowisko prezentuje Andrzej Marek, który uważa, że bezprawność jest tylko cechą normatywną. Kontratyp natomiast to czyn realizujący znamiona typu opisanego w ustawie karnej, ale pozbawiony cechy bezprawności z uwagi na „brak celu karania” lub brak społecznej szkodliwości, czyli czyn karalny, ale nie bezprawny (A. M a r e k, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 170–172).

<sup>35</sup> A. Z o l l, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 456 i n.

<sup>36</sup> A. M a r e k, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 22.

z „różnorodnych przepisów”<sup>37</sup>, jak np. walka bokserska. Po pierwsze, kontrakt nie może wynikać „z przepisów”, ponieważ jeżeli przepisy prawne pozwalają np. na prowadzenie walk bokserskich z zachowaniem przyjętych w nich reguł, to jest to działanie zgodne z prawem. Działanie zgodne z prawem nie może być jednocześnie bezprawne ani tym bardziej karalne, a zatem nie wymaga przywracania legalności za pomocą konstrukcji kontraktynu. Jeżeli natomiast chodzi o jakieś inne „przepisy”, np. wewnętrzny regulamin międzynarodowej federacji bokserskiej, to mogą być one cenne dla sądów jako wskazówka jak rozumieć „regulę postępowania z danym dobrem” w sytuacji walki bokserskiej. Przepisy te nie mogą sobie jednak uzurpować miejsca w katalogu obowiązujących w Polsce źródeł prawa, nie mogą więc modyfikować norm zawartych w przepisach prawa, a tym byłoby przyznanie im waloru kontraktynu pozaustawowego. Ta teza odnosi się także do kontraktynów pozaustawowych „wynikających z powszechnie przyjętych zwyczajów”<sup>38</sup>. Zwyczaj także nie jest źródłem prawa w naszym systemie prawnym, nie może więc modyfikować przepisów aktów prawa obowiązującego. Podobnie jak wspomniane „przepisy” wpływa za to na treść „reguł postępowania z danym dobrem”. Polewanie się wodą w poniedziałek wielkanocny nie jest przeto kontraktynem śmingusa-dyngusa, ale zachowaniem w pełni legalnym, nie naruszającym reguł postępowania z dobrem prawnie chronionym, gdyż na mocy zwyczaju, w ten akurat dzień reguła powszechnie przyjęta jest nieco inna niż w dni pozostałe.

Na koniec tej części rozważań warto wspomnieć o różnicach pomiędzy często mylonymi pojęciami „braku bezprawności czynu”, „braku karalności czynu” i „braku karygodności czynu”. Przepis prawa karnego z uwagi na standardy współczesnych kodyfikacji jest daleko posuniętą abstrakcją, opis naruszenia normy prawa karnego jest więc bardzo zgeneralizowany. Opis typu czynu zawiera zatem tylko te okoliczności, które — z uwagi na towarzyszący im stopień ujemnej oceny — powodują, że dana kategoria czynów zasługuje na penalizację. Może się jednak zdarzyć, że konkretny czyn realizujący wszystkie znamiona opisu typu czynu karnego, z powodu wystąpienia szczególnych okoliczności nie jest na tyle szkodliwy społecznie (zagrożający dobru prawnemu), aby zasługiwać na karę. Czyn taki wciąż jednak pozostaje bezprawny i karalny, ale już niekarygodny. Ze względu na atypowo niską dla swej kategorii szkodliwość, zastosowanie dla jego oceny normy prawa karnego stanowiłoby przekroczenie granic wyznaczanych prawu karnemu

---

<sup>37</sup> *Ibidem.*

<sup>38</sup> *Ibidem.*

przez zasadę proporcjonalności. Ujemna ocena, wyrażona w normie sankcjonującej jest bowiem w tym przypadku nieadekwatna do konkretnego czynu. Czyn taki nie może zostać ukarany, pomimo spełnienia kryteriów strony formalnej z uwagi na niedostatki swej materialnej treści. Pomiedzy wyłączeniem karalności z powodu niedostatecznie wysokiej społecznej szkodliwości czynu a wyłączeniem bezprawności w przypadku kontratywów, zachodzi zatem istotna różnica merytoryczna. W tym pierwszym przypadku brak kary nie jest wynikiem kolizji dóbr prawnie chronionych, ale jedynie atypowo niskiego jak na dany typ stopnia zagrożenia dla dóbr prawnych<sup>39</sup>.

Pomimo tych wszystkich rozbieżności dotyczących zasad ogólnych rządzących kontratywami, wykładnia ich ustawowych znamion nie budzi większych wątpliwości. Zastosowanie wszystkich wynikających z zasady proporcjonalności dyrektyw nie sprawia większych problemów w przypadku stanu wyższej konieczności czy ryzyka nowatorstwa — niechlubny wyjątek stanowi instytucja obrony koniecznej, ponieważ z niewiadomych względów próbuje się odróżnić ten kontratyw od pozostałych i nie stosować do niego żadnej z omówionych powyżej zasad ogólnych. Dziwi to tym bardziej, że obrona konieczna należy do najstarszych i najlepiej opracowanych instytucji prawa karnego. Wydaje się, że część sporów powstałych wokół obrony koniecznej można jednoznacznie rozstrzygnąć sięgając do ustawy zasadniczej, zwłaszcza że normatywizacja postanowień konstytucyjnych, wynikająca z zasady bezpośredniości jej stosowania, oznacza, że Konstytucja jest koniecznym elementem analiz prawniczych na płaszczyźnie wykładni i stosowania prawa. Tymczasem rozbieżność poglądów co do charakteru, podstawy, granic obrony koniecznej jest wręcz niesłychana — problem ten szczególnie uwidacznia się w komentarzach opinii publicznej, a także w bardzo różniących się między sobą orzeczeniach sądowych<sup>40</sup>. Nie ma jednak podstaw

<sup>39</sup> Por. A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 119 i n.

<sup>40</sup> I tak np. teza, iż zasada proporcjonalności dóbr nie obowiązuje dla kontratywu obrony koniecznej, znajduje uznanie m.in. w wyrokach SN: z 3 VII 1969 r., IV KR 118/69, OSP 1970, z. 1, poz. 10; z 4 II 1972 r., IV KR 337/71, OSNKW 1972, z. 5, poz. 83; z 20 II 1979 r., III KR 20/79, LEX nr 21800. Przeciwnie uważa SA w Krakowie, m.in. w wyroku z 27 VI 2002 r., II AKa 165/02, KZS 2002, nr 9, poz. 9, a także SN w następujących wyrokach: wyrok z 17 IV 1980 r., I KKR 63/80, LEX nr 83843; wyrok z 21 V 1975 r., II KR 372/74, OSNPG 1975, z. 10, poz. 94; wyrok z 4 IV 1978 r., II KR 40/78, OSNKW 1978, nr 11, poz. 127; wyrok z 19 IV 1982 r., III KR 67/82, OSNPG 1982, nr 11, poz. 143; wyrok z 6 IX 1989 r., II Kr 39/89, OSNPG 1990, nr 2, poz. 16. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku samoistości obrony koniecznej m.in. w wyrokach: z 14 V 1984 r., II KR 93/84, OSNPG 1985, z. 5, poz. 63; z 19 IV 1982 r., II KR 67/82, OSNPG 1982,

prawnych pozwalających na traktowanie obrony koniecznej inaczej niż pozostałych kontratypów. Polski porządek prawny nie czyni żadnej różnicy pomiędzy życiem i zdrowiem napastnika zabierającego portfel w ciemnej uliczce a życiem i zdrowiem pacjenta poddawanego eksperymentowi medycznemu<sup>41</sup>.

Problemy z dostrzeżeniem w kontratypie obrony koniecznej kolizji dóbr prawnie chronionych biorą się — jak się wydaje — z silnych emocji społecznych, jakie towarzyszą zazwyczaj głośnym sprawom z obroną konieczną w tle. To, co odróżnia stan obrony koniecznej od innych kontratypów, to właśnie owa specyfika kolizji dóbr, w której udział biorą nie tylko dobra osobiste osoby atakowanej i atakującej, ale też pewne dodatkowe — budzące owe emocje — wartości. To one stanowią ten element, który utrudnia dopatrzenie się w obronie koniecznej kontratypu opartego na kolizji dóbr, swoistą „ujemną wartość dodatkową”, mającą swe źródło w bezprawnym ataku napastnika nie tylko na dobro ofiary, ale także i na dobro, jakim jest chroniący je porządek prawny<sup>42</sup>. Specyfika ta nie powoduje jednak, że obrony koniecznej kolizją dóbr prawnie chronionych nazwać nie można. W stanach faktycznych, realizujących znamiona innych opisanych w ustawie kontratypów, nie jest też przecież prawie nigdy tak, że kolidują tam tylko dwa dobra; zazwyczaj, w zależności od konkretnej sytuacji, może ich być znaczenie więcej. Tak jak chociażby przy kontratypie dozwolonej krytyki, wyróżnionym w części szczególnej Kodeksu karnego, gdzie konkurują ze sobą wolność słowa, prawo do informacji, dobre imię osoby krytykowanej i wiele innych. Także inne dodatkowe względy, np. polityczno-kryminalne lub społeczne, muszą być uwzględnione w bilansie zysków i strat jakiego się

---

nr 11, poz. 143; z 9 IV 2002 r., V KKN 266/00, LEX nr 52941. Na stanowisku względnej subsydiarności obrony koniecznej: w wyrokach z 14 V 1968 r., II KR 44/68, OSNKW 1968, z. 12, poz. 140; z 12 XII 1974 r., II KR 167/74, OSNPG 1975, z. 6, poz. 61; z 19 III 1982 r., II KR 31/82, OSNPG 1982, nr 11, poz. 142; wyrok SA w Łodzi z 14 IX 2000 r., II Aka 126/2000, Prok i Pr. 2001, nr 6, poz. 15.

<sup>41</sup> Odwołanie się tu do takich dóbr jak życie czy zdrowie nie jest przypadkiem, gdyż znaczenie mają takie działania obronne, w wyniku których dochodzi do naruszenia chronionego dobra napastnika, a więc życia, zdrowia, nietykalności cielesnej, wolności, czci lub mienia. Tylko taki czyn może bowiem realizować znamiona opisanego w ustawie typu czynu zabronionego. Ujęcie takie nie jest zatem podyktowane „praktycznym znaczeniem” tego rodzaju działań obronnych, ale wynika z istoty kontratypu. Bez naruszenia przez osobę broniącą się dóbr prawnych napastnika nie ma przecież kolizji dóbr leżącej u podstaw kontratypu. Inaczej: J. B a f i a, K. M i o d u s k i, M. S i e w i e r s k i, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 82 i n.

<sup>42</sup> A. Z o l l, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 465.

dokonuje dla oceny sytuacji kontratypowej. Należy tu wyraźnie zaznaczyć, że ów rachunek korzyści nie dość, że nie wyłącza względów celowościowych i etycznych<sup>43</sup>, ale wręcz przeciwnie — zgodnie z zasadą proporcjonalności *sensu stricto*, nie można ich pominąć. Obrona konieczna jest zatem typowym przykładem kontratypu, gdzie pewne dodatkowe względy, obok „czystej” wartości dwóch kolidujących dóbr, wpłynęły na ostateczny wynik równania, wynik, który jednak zawsze musi być dla wszystkich kontratypów ten sam — społeczna opłacalność. Obrona konieczna, aby mogła być uznana za kontratyp, musi się zatem wyzbyć cechy materialnej — usprawiedliwić się jak każdy inny kontratyp — w przeciwnym razie nie można mówić o wyłączeniu bezprawności, nawet jeżeli formalnie dany czyn realizuje znamiona obrony koniecznej. Tymczasem w literaturze przedmiotu i orzecznictwie można znaleźć wcale nie rzadki pogląd, że nasze prawo warunku proporcjonalności dóbr — w przypadku obrony koniecznej — w przeciwieństwie do stanu wyższej konieczności nie wymaga<sup>44</sup>. Kodeks karny w art. 25 § 2 stanowi: „[...] W razie przekroczenia granic obrony koniecznej, w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony nie w s p ó ł m i e r n y do n i e b e z p i e c z e ń s t w a zamachu [...]”. Mimo takiej treści przepisu ustawy, przekroczenie granic obrony koniecznej, o którym jest mowa w art. 25 § 2 k.k., próbuje się niejednokrotnie sprowadzać do bardzo wąskiej wykładni pojęcia „niebezpieczeństwa”, do którego sposób obrony miałby być niedostosowany.

Tymczasem zwrot „w szczególności” oznacza, że sposób obrony to nie jedyny element obrony koniecznej, na który należałoby zwrócić uwagę badając, czy nie miało miejsca przekroczenie jej granic. Nie ma więc powodu aby znamię współmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu miało być wykładane zawężająco jako miarkowanie sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu rozumianego jedynie jako jego siła i energia<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Inaczej uważa A. Marek pisząc, iż „Trudno bilansem zysków i strat uzasadnić legalizację zabicia lub spowodowania poważnego uszczerbku na zdrowiu przeciwnika, w ramach objętej kontratypem ryzyka sportowego walki bokserskiej [...]. Jak widać przy tworzeniu kontratypów wchodzi w grę różne racje — natury społecznej, etycznej lub tylko celowościowej” (A. Marek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 171). Podobnie A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Kraków 2000, s. 15.

<sup>44</sup> Por. A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 7; wyrok SN z 20 II 1979 r., III KR 20/77, LEX 218000.

<sup>45</sup> J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *op. cit.*, s. 83. Tak też SN w wyroku z 12 XII 1974 r., II KR 167/74, OSNPG 1975, nr 6, poz. 61. Pod rządami tego samego Kodeksu karnego inni autorzy formułowali jednak warunek proporcjonalności dóbr dla obrony koniecznej — por. J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 135.

Zawsze należy także zważyć na wartość należących do napastnika i napadniętego dóbr pozostających w konflikcie w konkretnej sytuacji, gdyż to one mają przeważający wpływ na wynik bilansu społecznej opłacalności. Nie sposób tym samym zgodzić się z twierdzeniem Stanisława Śliwińskiego, że dobro bronione może przedstawiać wartość mniejszą, a nawet znikomą w porównaniu z dobrem zniszczonym lub uszkodzonym, ponieważ „bezprawie nie powinno zwyciężać prawa, a napastnik musi się liczyć, że może stracić nawet życie”<sup>46</sup>. Należy zauważyć, że autorzy, którzy podważają konstrukcję kolizji dóbr leżącą u podstaw obrony koniecznej, wywodzą jednocześnie, iż dysproporcja dóbr napastnika i broniącego się wpływa na stwierdzenie niewspółmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu, z uwagi na „zasadę współmierności sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu”<sup>47</sup>, „moralne cele obrony koniecznej” i „względy ludzkie”<sup>48</sup>. Jest to pogląd niekonsekwentny, który z jednej strony neguje istnienie po stronie napastnika dóbr prawnie chronionych, z drugiej wprowadza ograniczenia dla odpierającego zamach; ograniczenia oparte w tym układzie na kruchym i ogólnikowym, bo jedynie teleologicznym, uzasadnieniu.

Krytycy koncepcji stawiającej warunek proporcjonalności dóbr dla instytucji obrony koniecznej upatrują źródła legalności czynu broniącego się w „generalnym” braku jego społecznego niebezpieczeństwa (szkodliwości). Pogląd ten także należy uznać za błędny, gdyż czyn taki godzi w dobro napastnika — dobro prawnie chronione. Jest on zatem w sensie obiektywnym czynem społecznie szkodliwym. Pogląd odmawiający czynowi naruszającemu dobro napastnika, dokonanemu w obronie koniecznej, społecznej szkodliwości, wynika ze sprzecznego z art. 31 Konstytucji rozumowania, że pozbawienie danego czynu cechy bezprawności bądź też nadanie mu jej jest faktem normatywnym zależnym jedynie od woli ustawodawcy, który motywować swoje postępowanie może dowolnie: względami prakseologicznymi, polityczno-kryminalnymi albo innymi<sup>49</sup>. Należy się zatem zgodzić

<sup>46</sup> S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 156.

<sup>47</sup> Tak m.in. A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 82; W. Świda, *op. cit.*, s. 164; A. Marek, J. Siatko, *op. cit.*, s. 85.

<sup>48</sup> Por. W. Radęcki, *Ocena współmierności sposobu obrony i niebezpieczeństwa zamachu w obronie koniecznej*, NP 1977, nr 6, s. 856.

<sup>49</sup> A. Marek, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 28. Różnicę pomiędzy pojęciem bezprawności i karalności w demokratycznym państwie prawa i w państwie, któremu takich atrybutów przypisać nie można, łatwo dostrzec analizując tekst pochodzącego z lat siedemdziesiątych XX w. podręcznika prawa karnego W. Świdy, gdzie wyraźnie podkreśla się pełen brak zależności pomiędzy stroną materialną i formalną czynu zabronionego. I tak np. „Ponieważ cecha bezprawności nie jest cechą tkwiącą w samym czynie, lecz cechą zależną od norm prawnych,

z Władysławem Wolterem, że „brak cechy materialnej w postaci obiektywnie (przedmiotowo) rozumianej szkodliwości społecznej powoduje skutek normatywny w postaci wyłączenia bezprawności czynu, istnieje bowiem pełna adekwatność elementów materialnego i formalnego”<sup>50</sup>.

Z koncepcją obrony koniecznej, uznającą warunek proporcji dóbr za podstawowy, nie kłóci się wcale koncepcją obrony koniecznej jako prawa podmiotowego każdego człowieka do ochrony dóbr swoich, cudzych lub społecznych. Należy się zatem zgodzić z Sądem Najwyższym, wielokrotnie podkreślającym, iż instytucja ta ma na celu nie tylko obronę jednostkowego dobra, ale także „kształtowanie zasady, że prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem”<sup>51</sup>, że instytucja ta służy także obronie „idei prawa”<sup>52</sup> — to wszystko składa się właśnie na wspomnianą już wartość dodatkową, powodującą, że w „równaniu” bilansu zysków i strat w przypadku obrony koniecznej po obu stronach występują inne zmienne niż w przypadku stanu wyższej konieczności, gdzie warunek proporcji biorących w kolizji dóbr nie musi być uzupełniany o dodatkowe wartości<sup>53</sup>. Ta specyfika instytucji obrony koniecznej powoduje, że nie wymaga się od atakowanego, aby dobro napastnika przedstawiało wartość niższą od dobra ratowanego (art. 25 § 1 k.k.), tak jak to się właśnie dzieje w przypadku stanu wyższej konieczności (art. 26 § 1 k.k.). Należy jednak podkreślić, że porządek prawny nie jest samodzielnie istniejącym dobrem, samoistną wartością. Porządek prawny, to kompleks norm służących ochronie mających społeczną wartość dóbr prawnych. Oczywiście sam fakt stworzenia potencjalnego zagrożenia dla tych norm musi być oceniany negatywnie. Jednak podstawowymi wartościami wpływającymi na wynik bilansu zysków i strat, także dla kontratypu obrony koniecznej, będą wartości konkretnych, znajdujących się ze sobą w kolizji dóbr. Taka interpretacja jest także zgodna z art. 2 ust. 2 Konwencji w sprawie Ochrony Praw Człowieka z 1950 r., według którego zadanie śmierci w obronie koniecznej jest uważane za konieczne wyłącznie w razie odpierania bezprawnego gwałtu na osobie, nie zaś np. mieniu.

---

to również zniesienie bezprawności czynu odpowiadającego ustawowym znamionom może wynikać z treści prawa [...] cecha społecznego niebezpieczeństwa jest cechą niezależną od ustawodawcy, a więc niezależną od treści prawa, natomiast bezprawność, jak wynika z samej nazwy, zależy całkowicie od treści prawa” (W. Ś w i d a, *op. cit.*, s. 155).

<sup>50</sup> W. Wo l t e r, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 163.

<sup>51</sup> Por. wyrok SN z 27 VII 1973 r., IV KR 153/73, OSNKW 1974, nr 1, poz. 12. Podobnie wyrok SN z 10 I 1974 r., II KR 317/73, „Gazeta Prawnicza” 1974, nr 9; wyrok SN z 19 III 1982 r., III KR 31/82, OSNPG 1982, nr 11, poz. 142.

<sup>52</sup> J. M a k a r e w i c z, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 106.

<sup>53</sup> Por. A. Z o l l, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 464 i n.

Celem obrony koniecznej, jako instytucji prawa karnego, jest ochrona zaatakowanych przez napastnika dóbr przed grożącym mu z jego strony niebezpieczeństwem, ochrona nawet kosztem dóbr napastnika. Wskazanie na cel jest tu niezbędne, gdyż zasada proporcjonalności nie dopuszcza poświęcenia dóbr innego niż celowe, tj. służące ochronie jakiegoś innego dobra. Legalna obrona konieczna może zatem mieć miejsce tylko w sytuacji, w której nastąpiła nie dająca się uniknąć kolizja dóbr chronionych prawem, a wyjść z niej da się inaczej niż przez poświęcenie któregoś z kolidujących dóbr<sup>54</sup>. W przypadku obrony koniecznej będzie to oczywiście poświęcenie któregoś z dóbr należących do napastnika. Z tego twierdzenia wynikają dalsze konsekwencje dla wyznaczenia granic i warunków obrony koniecznej. Przede wszystkim należy wspomnieć o przekroczeniu granic obrony koniecznej w warunkach tzw. ekscesu ekstensywnego, polegającego na naruszeniu korelacji czasowej pomiędzy zamachem i obroną. Nie należy tym mianem określać sytuacji, w których działania „obronne” podjęte zostały nie w celu odparcia bezpośredniego zamachu, ale prewencyjnie. Przykładowo lincz na człowieku, z którego strony obawiamy się, że może w przyszłości dokonać zamachu bezprawnego, nie jest działaniem podjętym w obronie koniecznej; nie jest nawet przekroczeniem granic obrony koniecznej, ale — w zależności od rezultatu — np. zabójstwem. Nie zaistniała tu bowiem podstawowa przesłanka przyjęcia kontratywu, tj. kolizja dóbr prawnie chronionych. Podobnie należy określić działanie nie motywowane zamiarem odparcia zamachu, tylko np. zemstą, a także sprowokowanie obrony koniecznej celem likwidacji adwersarza<sup>55</sup>. Taki czyn także nie spełnia podstawowego wymogu, wymienionego wprost w art. 31 ust. 3 Konstytucji — konieczności poświęcenia jednego dobra celem ratowania drugiego.

Kolejnym warunkiem obrony koniecznej, budzącym liczne spory interpretacyjne — spory, które jak się wydaje dzięki zasadzie proporcjonalności można wreszcie jednoznacznie rozstrzygnąć — jest jej konieczny charakter. Przyjmując za Andrzejem Markiem wąską definicję ustawowego znamienia „konieczności”, jako niezbędności czynnego odpierania bezprawnego zamachu, definiującą kiedy i w jakich warunkach odpieranie takiego zamachu jest dopuszczalne oraz czy i jakie występują tu ograniczenia<sup>56</sup>, należy stwierdzić, że w tej kwestii konkurują ze sobą dwie odmienne teorie: samoistności obrony koniecznej oraz subsydiarności pełnej lub względnej.

<sup>54</sup> A. Z o 11, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 464.

<sup>55</sup> *Ibidem*, s. 479. Tak też J. Ś l i w o w s k i, *op. cit.*, s. 139.

<sup>56</sup> A. M a r e k, *Obrona...*, *op. cit.*, s. 70.

Koncepcja subsydiarności pełnej to pogląd, że prawo do podjęcia obrony koniecznej aktualizuje się dopiero wówczas, gdy nie istnieje inny sposób uniknięcia skutków zamachu. Subsydiarność ograniczona (względna) obrony koniecznej oznacza, że prawo to powstaje w chwili, gdy nie istnieje inny racjonalny sposób uniknięcia niebezpieczeństwa zamachu, który nie pogarszałby sytuacji napadniętego. Natomiast przez samoistność obrony koniecznej rozumiemy koncepcję przyjmującą, że prawo do czynnego odpierania zamachu jest ograniczane jedynie stopniem jego niebezpieczeństwa i powstaje bez względu na to, czy istniał inny sposób uniknięcia niebezpieczeństwa zamachu. Zwolennicy tego ostatniego poglądu uważają, iż ma on swą genezę w „pierwotności prawa do obrony” i czerpie swoje uzasadnienie z racjonalizacji tej instytucji jako środka odparcia bezprawia w imię triumfu idei praw i ochrony dóbr przed bezprawnym zamachem<sup>57</sup>. Radykalni zwolennicy koncepcji samoistności obrony koniecznej widzą w niej nie tylko prawo, ale i obowiązek dotyczący nie tylko powołanych do tego organów, ale też zwyczajnych obywateli (teoria wyręczenia)<sup>58</sup>. Tezy te podbudowuje się występującą w niektórych orzeczeniach Sądu Najwyższego formułą, że „prawo nie powinno nigdy ustępować przed bezprawiem”<sup>59</sup>, a także względami natury prakseologicznej, racjami społeczno-materialnymi (pożyteczność społeczna) i względami formalno-prawnymi (brak uwarunkowania w Kodeksie karnym prawa do obrony koniecznej obowiązkiem ucieczki, usunięcia się, czekania na interwencję władzy). Stanowiska tego nie sposób jednak przyjąć uznając jednocześnie istnienie kolizji dóbr leżących u podstaw każdego z kontratypów. Jak już wykazałam, nie ma powodu, dla którego można by twierdzić, że z jakichś względów art. 31 Konstytucji nie ma zastosowania akurat do obrony koniecznej, skoro nikt nie kwestionuje jego obowiązywania do sąsiadującego z obroną konieczną stanu wyższej konieczności i innych kontratypów. Jakkolwiek nie rozumując, nie można odmówić dobrom napastnika sankcjonowanej przez prawo wartości nie doznającej wyjątków — co implikuje przyjęcie teorii mówiącej o kolizji dóbr. Zasada proporcjonalności zezwala jedynie na poświęcenie tych wciąż chronionych wartości w sytuacji, gdy wyżej cenione wartości miałyby bez tego ucierpieć. I tu jest właśnie miejsce dla tych wszystkich racji, przemawiających

---

<sup>57</sup> A. Marek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 175.

<sup>58</sup> *Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie*, Warszawa 1968, s. 103; I. Andrejew, L. Lerneil, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej*, Warszawa 1950, s. 194.

<sup>59</sup> Por. wyrok SN z 19 III 1982 r., III KR 31/82, OSNPG 1982, nr 11, poz. 142; wyrok SN z 27 VII 1973 r., IV KR 153/73, OSNKW 1974, nr 1, poz. 5.

za potrzebą ochrony porządku prawnego i pożytecznością tej instytucji. To z tego powodu przy sporządzaniu bilansu społecznej użyteczności, z uwagi na specyfikę obrony koniecznej, oprócz dóbr napastnika i dóbr napadniętego trzeba wziąć pod uwagę także takie dobra, jak wspomniany porządek prawny czy wolność przebywania napadniętego w miejscu, z którego musiałby — chcąc za wszelką cenę uniknąć zamachu — uciekać, jeśliby przyjął tezę o pełnej subsydiarności obrony koniecznej. Dlatego też należy odrzucić także koncepcję przeciwną, mówiącą o pełnej subsydiarności obrony koniecznej. Odmienne rozwiązanie stawiałoby napadniętego w sytuacji ryzykownej: uciezka, wołanie o pomoc, telefonowanie do odpowiednich organów może się przecież nie powieść i postawić broniącego się w sytuacji jeszcze gorszej niż ta, z której usiłował wybrnąć, narażając tym samym jego dobra na jeszcze większe zagrożenie. Stanowiąca specyfikę obrony koniecznej „wartość dodatkowa” daje napadniętemu większą swobodę niż np. osobie działającej w warunkach stanu wyższej konieczności. Powoduje, że napadnięty nie musi unikać za wszelką cenę ataku na dobra napadającego, nie musi też zachować bezwzględnej proporcji pomiędzy bronionym przez siebie dobrem a dobrem napastnika — aby wynik bilansu społecznej opłacalności był dodatni. Należy zatem przyjąć pogląd, iż prawo do obrony koniecznej aktualizuje się w momencie, gdy napadnięty nie ma innego racjonalnego i skutecznego sposobu uniknięcia konfliktowej sytuacji bez możliwości jej pogorszenia, tj. koncepcję względnej subsydiarności obrony koniecznej<sup>60</sup>. Za takim rozwiązaniem przemawia także jeszcze jedna dyrektywa zasady proporcjonalności: zasada racjonalności instrumentalnej. Ustawodawca ograniczając ochronę jednych dóbr na rzecz innych powinien działać tak, aby stanowiona przez niego regulacja była skutecznym środkiem dla realizacji założonego przezeń celu<sup>61</sup>. Znamię konieczności i współmierności sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu oznacza zatem, że broniący ma prawo do wykorzystania sposobu obrony, który pozwala mu na skuteczne odparcie zamachu, także takiego, który daje mu nawet pewną przewagę nad napastnikiem — przewagę niezbędną dla odparcia ataku<sup>62</sup>. Napadnięty w celu odparcia zamachu

---

<sup>60</sup> Na takim stanowisko stoi m.in. W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 171; A. Zolli, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 480–485; J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 139; K. Buchała, *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1974, z. 5, s. 34.

<sup>61</sup> Uznanie dla poglądu o prawie do skutecznej obrony koniecznej wyraża m.in. wyrok SN z 4 IV 1978 r., III KR 40.78, OSNKW 1978, nr 11, poz. 127; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, II Aka 53/98, „Wokanda” 1999, nr 4, poz. 54; wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 19 I 1995 r., II AKr 3/95, OSA 1995, nr 2, poz. 9.

<sup>62</sup> Wyrok SN z 11 VII 1974 r., VI KRN 34/74, OSNKW 1974, z. 11, poz. 198.

może więc wykorzystać np. niebezpieczne narzędzie — nawet gdy takim nie posługuje się napastnik — w przypadku gdy nie rozporządza w chwili ataku innym mniej niebezpiecznym, ale równie skutecznym środkiem obrony. Zawsze jednak — zgodnie z zasadą konieczności — obrona choć ma być skuteczna, to jednocześnie wyrządzająca napastnikowi szkodę najmniejszą z możliwych<sup>63</sup>. W praktyce o dopuszczalnym — legalnym — sposobie obrony będą decydowały czynniki każdej konkretnej sytuacji, takie jak: proporcja sił napastnika i broniącego się, narzędzia, jakimi dysponuje napastnik i napadnięty, upór napastnika, kontekst sytuacyjny, charakter i wartość dobra, w które godzi zamach. Warto zauważyć, że niektórzy autorzy są niekonsekwentni w swych poglądach, twierdząc z jednej strony, że konieczność określa się na podstawie niebezpieczeństwa zamachu, tj. „jego siły, intensywności oraz właściwości samego napastnika”, a wartość zaatakowanego dobra nie ma żadnego znaczenia, gdyż „instytucja obrony koniecznej nie opiera się na zasadzie proporcji dobra ratowanego i poświęconego przyjętej tylko w stanie wyższej konieczności”, z drugiej zaś stwierdzają, że w ramach konieczności mieści się tylko taki sposób i środek obrony, który jest najłagodniejszy spośród skutecznych<sup>64</sup>. Przy takim toku rozumowania ostatnie twierdzenie jest pozbawione wszelkich podstaw.

Podsumowując te rozważania należy zauważyć po pierwsze, że tak względy natury dogmatycznej, jak i praktycznej przemawiają za tym, aby przyjąć jednolite zasady rządzące kontratypami. Treść art. 31 Konstytucji pozwala spojrzeć na liczne spory, toczące się wokół kontratypów, na nowo. Pozwala też rozstrzygnąć jednoznacznie przynajmniej część z nich. Po drugie, pogląd, jakoby obrona konieczna była instytucja samoistną, nie ograniczoną warunkami zasady proporcjonalności dóbr, w obecnym stanie prawnym winien być odrzucony. Bezprawiem według obecnej Konstytucji jest przede wszystkim naruszenie dobra prawnie chronionego bez należytego uzasadnienia, uzasadnieniem tym zaś może być tylko konieczność ratowania innego, nie mniej cennego dobra. Pełna samoistność prawa do obrony koniecznej oznaczałaby zatem, że odpieranie bezprawia miałyby się odbywać za pomocą bezprawia, któremu to działaniu raczej trudno przyznać pozytywną rolę społeczną. Prawo do obrony koniecznej nie jest prawem samoistnym, także z uwagi na fakt, że nie można uznać za prawdziwe twierdzenia, iż

---

<sup>63</sup> Podobnie wyrok SN z 6 IX 1989 r., II KR 39/89, OSNPG 1990, nr 2, poz. 16; wyrok SN z 19 IV 1982 r., II KK 67/82, OSNPG 1982, nr 11, poz. 143; wyrok SN z 19 III 1982 r., III KR 31/82, OSNPG 1982, nr 11, poz. 142.

<sup>64</sup> J. B a f i a, K. M i o d u s k i, M. S i e w i e r s k i, *op.cit.*, s. 83.

jest ono jednym z podstawowych podmiotowych praw człowieka<sup>65</sup>. W konstytucyjnym katalogu praw i wolności jednostki wymienione są m.in. takie podstawowe prawa, jak np. prawo do życia czy zdrowia, brak tam jednak wzmianki o podmiotowym prawie do obrony koniecznej czy tym bardziej jego nadrzędności. Przeciwnie, prawo do obrony koniecznej wydaje się być normatywnym sprecyzowaniem art. 31 Konstytucji, stanowiącego na jakiej zasadzie i do jakiego stopnia mogą być tolerowane wyjątki w ochronie praw uznawanych przez polski system prawny za podstawowe. Prawo do obrony koniecznej nie jest więc jakimś samodzielnie istniejącym prawem, konkurującym z prawem do życia, zdrowia, wolności; jest raczej swoistym „prawem II stopnia”, normującym sytuacje, w których wspomniane prawa kolidują ze sobą.

---

<sup>65</sup> A. Marek, J. Satko, *op. cit.*, s. 17.