

TOMASZ TABASZEWSKI

OBRONA KONIECZNA *DE LEGE FERENDA* W ŚWIETLE SPORU O SAMOISTNOŚĆ TEJ INSTYTUCJI

Interpretacja znamienia „konieczności” obrony jest źródłem sporów w nauce prawa karnego dotyczących dylematu, czy kontratyp ten ma charakter samoistny, czy subsydiarny. Zasada samoistności obrony koniecznej oznacza, że odpieranie zamachu na jakiegokolwiek dobro chronione prawem jest uzasadnione samym bezprawnym, bezpośrednim i rzeczywistym zamachem¹. Napadnięty ma zatem prawo do aktywnej obrony niezależnie od istnienia możliwości innego sposobu uniknięcia zamachu². Znamię konieczności obrony jest odnoszone tylko do kwestii umiarkowanego sposobu obrony i ewentualnego wymogu proporcji dóbr³. Koncepcja samoistności obrony koniecznej akcentuje pierwotność prawa do obrony i racjonalizuje tę instytucję jako jedno z praw podmiotowych⁴ lub jako środek odparcia bezprawia w imię triumfu idei prawa⁵.

Na marginesie dalszych rozważań pozostaną kwestie proporcji dóbr i współmiernego do niebezpieczeństwa zamachu sposobu obrony. Na powiązanie tych problemów trafnie wskazał Andrzej Zoll argumentując, iż stopień niebezpieczeństwa zamachu jest wyznaczany nie tylko intensywnością i sposobem działania napastnika, ale także wartością zaatakowane-

¹ A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 414.

² A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 91.

³ A. Zoll, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 415.

⁴ A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 91; por. wyrok SA w Rzeszowie z 19 I 1995 r., II Aka 3/95, OSA 1995, nr 2, poz. 9.

⁵ A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 91.

go zamachem dobra⁶. Dla dopełnienia określenia wymogów regulujących legalne działanie obronne przyjmuję wykładnię znamienia konieczności obrony nakładającą obowiązek unikania rażącej dysproporcji między dobrem ratowanym a dobrem naruszonym w wyniku odparcia ataku⁷ oraz obowiązek wyboru mniej niebezpiecznego sposobu i środka obrony spośród równie skutecznych⁸. Oceny spełnienia tych powinności należy dokonywać z pozycji *ex ante*, a nie *ex post* — przez pryzmat skutków obrony⁹.

Teoria subsydiarności znamień konieczności obrony odnosi także do kwestii podjęcia decyzji o podjęciu obrony. Kazimierz Buchała dokonał dystynkcji tej koncepcji na subsydiarność pełną i ograniczoną¹⁰. Przyjęcie zasady pełnej subsydiarności obrony oznacza, że podjęcie obrony jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy nie istnieje w ogóle jakikolwiek inny sposób uniknięcia zamachu. Koncepcja ograniczonej (lub względnej) subsydiarności tej instytucji przyjmuje prawo do obrony tylko w sytuacji, kiedy nie istnieje inny racjonalny sposób uniknięcia niebezpieczeństwa zamachu, który nie pogarszałby sytuacji napadniętego¹¹.

Trudno obecnie wskazać polskich prawników karnistów, którzy popierają teorię pełnej subsydiarności. Autor wyżej wymienionego rozróżnienia również nie wymienił żadnych teoretyków reprezentujących taki punkt widzenia, wymienił natomiast zwolenników subsydiarności względnej¹². Wskazuje to na czysto teoretyczny podział, służący podkreśleniu, iż zwolennicy subsydiarności względnej nie są radykałami, tylko „ludźmi środka”, prezentującymi kompromisowe rozwiązanie jako alternatywę dla dwóch przeciwstawnych, skrajnych teorii. Można zasadnie przyjąć, że obecnie spór toczy się między zwolennikami subsydiarności względnej i samoistności obrony koniecznej. Dlatego też w dalszych rozważaniach teoria pełnej subsydiarności zostanie pominięta, a dokładniejszej analizie będzie poddana koncepcja względnej subsydiarności. Można wyróżnić dwa rodzaje racjonalizacji tej teorii: „prawnonaturalną” reprezentowaną przez Mariana Cieślaka i „użyteczną”, której głównym przedstawicielem jest Andrzej Zoll.

⁶ A. Z o l l, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 416.

⁷ Por. *ibid.*, s. 416–420; A. M a r e k, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 97.

⁸ A. Z o l l, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 418–419; A. M a r e k, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 115–116; por. wyrok składu 7 sędziów SN z 11 VII 1974 r., VI KRN 34/74, OSNKW 1974, nr 11, poz. 198.

⁹ A. M a r e k, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 117–118.

¹⁰ K. B u c h a ł a, *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1974, nr 5, s. 34.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

W myśl koncepcji prawnonaturalnej, znamię konieczności obrony interpretuje się w sensie humanistycznym — a więc praktycznym i racjonalnym z punktu widzenia tego, czego w świetle przekonań i odczuć danego społeczeństwa można albo nie można wymagać od człowieka¹³. Jednocześnie Marian Cieślak uważa, że prawo do obrony koniecznej opiera się na „pierwotnym i naturalnym instynkcie obronnym, który zresztą — z wyjątkiem możliwych niekiedy nadużyć — jest czynnikiem sprzyjającym zapewnieniu społecznego ładu. Stąd też powszechna akceptacja reakcji obronnej wobec bezprawnego napadu nawet w społeczeństwach pierwotnych. Stąd też, nawet gdyby prawo karne nie wspominało o obronie koniecznej, trudno byłoby uzasadnić odpowiedzialność za czyn popełniony w obronie własnej przed bezprawnym atakiem. Istnieją więc chyba podstawy dla uznania prawa człowieka do obrony własnej za jedno z elementarnych praw człowieka”¹⁴.

Ponadto twierdzi on, iż nie można „wymagać od napadniętego, aby [...] ośmieszał się ucieczką”, ponieważ nie można przyjąć zasady, iż prawo zawsze ustępuje przed bezprawiem. Tym samym w zasadzie pogląd ten odrzuca obowiązek ucieczki, ale nakłada na napadniętego obowiązek „zwykłego bezpiecznego uniku albo przejścia na drugą stronę ulicy”¹⁵ lub też obowiązek „usunięcia się”.

Trudno nie zauważyć sprzeczności w prawnonaturalnym ujęciu prawa do obrony koniecznej i uznawaniu zasady prymatu prawa nad bezprawiem, przy jednoczesnym nakładaniu wymogu uniku lub usunięcia się. Wydaje się, że należy oddać głos Kazimierzowi Buchale, który jako pierwszy podniósł tę sprzeczność, komentując orzeczenie z 1963 r.: „A więc oskarżony nie musi wprawdzie uciekać, ma jednak obowiązek usunąć się. Zaiste płynna to niezwykle granica między ucieczką a usunięciem się. Praktycznie bowiem orzeczenie oznacza obowiązek ustąpienia napastnikowi, a więc dania prymatu bezprawiu, mimo że na początku głosi się tezę, że nie można żądać od napadniętego, by się nie bronił aktywnie przed napaścią”¹⁶.

Ponadto odwoływanie się do „przekonań i odczuć” społeczeństwa, które wykazuje powszechną akceptację „reakcji obronnej wobec bezprawnego napadu”¹⁷ i zdaje się być przywiązany do zasady, iż „prawo nie cofa się przed bezprawiem”, nie daje się pogodzić z żądaniem ustępowania przed bezprawiem (nawet w postaci uniku), które jest na ogół przez to społeczeń-

¹³ M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1994, s. 224.

¹⁴ *Ibid.*, s. 225.

¹⁵ *Ibid.*, s. 224.

¹⁶ K. Buchała, *op. cit.*, s. 38.

¹⁷ *Ibid.*

czeństwo odczuwane jako krzywdzące. Tę wersję teorii subsydiarności względnej najlepiej podsumował wymieniony wyżej autor: „Te wewnętrzne sprzeczności dyskwalifikują poglądy wyrażone w wyżej wymienionych orzeczeniach”¹⁸.

Inne, bardziej socjologiczno-prawne podstawy dla zasady względnej subsydiarności znajduje A. Zoll. Uważa on, iż „prawo do obrony koniecznej wynika z kolizji wartości i ze społecznej opłacalności poświęcenia dobra napastnika w celu ratowania zaatakowanego przez niego dobra i dla ochrony porządku prawnego [...]. Niszczenie dobra napastnika, kiedy można było uniknąć w ogóle społecznych strat, oznacza, że nie zachodziła kolizja interesów zakładająca zawsze konieczność poświęcenia jednego dobra dla utrzymania dobra drugiego [...]. Przyjęte tu stanowisko nie oznacza, że np. zaatakowany ma zawsze obowiązek ucieczki, jeśli jest ona możliwa. Zamach na jego dobro, np. w postaci zdrowia, nietykalności cielesnej, łączyć się będzie przeważnie z zamachem na wolność niezakłóconego przebywania w danym miejscu, której to wolności zaatakowany ma także prawo bronić [...]”¹⁹.

Przedstawiona wyżej argumentacja opiera się na twierdzeniu, że obrona konieczna, aby mogła być uznana za kontratyp, musi usprawiedliwić się jak każdy inny kontratyp — tzn. nieuchronnością kolizji dóbr prawnie chronionych²⁰. Koniecznym założeniem tej tezy jest przyjęcie określonego monistycznego modelu kontratypu. Według tej koncepcji kontratyp w znaczeniu materialnym oznacza społecznie opłacalne poświęcenie jednego z kolidujących dóbr prawnych, w sytuacji kiedy była to jedyna możliwość rozwiązania kolizji dóbr²¹. W przypadku obrony koniecznej dobro napastnika jest uznawane za mające taką samą wartość społeczną, jaką ma w sytuacji, w której brak jest znamion kontratypu²². Dlatego też do ustalenia społecznej opłacalności poświęcenia jednego z dóbr pierwszorzędne znaczenie ma rachunek zysków i strat wynikających z porównania wartości kolidujących dóbr²³. Wartością dodatkową jest porządek prawny, jednakże nie jest on uważany za wartość samoistną i decydującą o wyniku bilansu²⁴. Rachunek jest dokonywany w oparciu o kryterium socjologiczno-utilitytarne, odwołujące się do społecznej hierarchii dóbr chronionych w prawie karnym

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ A. Zoll, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 415–416.

²⁰ E. Plebanek, *O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności*, CPKiNP 2006, z. 1, s. 87–90.

²¹ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 101–113.

²² *Ibid.*, s. 103.

²³ *Ibid.*, s. 101.

²⁴ *Ibid.*, s. 106–107; por. też E. Plebanek, *op. cit.*, s. 89.

oraz do polityki społecznej realizowanej przez grupę rządzącą²⁵. W oparciu o tę teorię twierdzi się, że każdy kontratyp cechuje znamię subsydiarności, a więc także i obronę konieczną²⁶.

Koncepcja ta niesie ze sobą pewne trudne do rozwiązania problemy. Pierwszym z nich jest zastrzeżenie, że argumentacja z porównania wartości dóbr dotyczy raczej problemu proporcjonalności dóbr i wyboru sposobu oraz środków obrony niż samej decyzji o podjęciu obrony. Zatem jej przydatność w argumentacji na rzecz teorii subsydiarności względnej jest wątpliwa.

Kolejną trudnością jest kryterium społecznie opłacalnego rachunku zysków i strat. Jeśli porównujemy tylko dobra kolidujące ze sobą, to nie odróżniamy sytuacji etycznej napastnika i jego ofiary. Natomiast wartość dodana porządku prawnego jest abstrakcyjnym dobrem drugiego stopnia i nie ma sposobu bezpośredniego przeliczenia jej na rachunek wartości pierwszego stopnia — tzn. dóbr kolidujących ze sobą. Teoretycznie można więc uznać dwie możliwości: albo porządek prawny jest dobrem wyższego stopnia, które chroni wszystkie dobra pierwszego stopnia i zawsze przeważa nad konkretnym dobrem; albo dobro drugiego stopnia — tzn. porządek prawny — jest czysto pomocnicze względem dóbr konkretnych i nigdy nie zmodyfikuje wyniku bilansu samych kolidujących dóbr. Nieuchronnie wynikającym wnioskiem z pierwszego założenia jest samoistność obrony, natomiast z drugiego — pełna subsydiarność obrony koniecznej. Jak wyżej wspomniałem, zwolennicy tej teorii przyjmują raczej tą drugą możliwość, odmawiając samoistnej wartości porządkowi prawnemu i poprzez to redukują w zasadzie do zera etyczną różnicę między agresorem a ofiarą, a to nie zasługuje na akceptację.

Inną kwestią jest zasadne pytanie o możliwość sformułowania monistycznego modelu kontratypu w oparciu o kryterium kolizji dóbr²⁷. Wielu przedstawicieli doktryny nie akceptuje jednolitego modelu kontratypu i twierdzi, że zbiorowym pojęciem kontratypu obejmuje się różne sytuacje, nie sprowadzalne do wspólnego modelu²⁸. Wypada wspomnieć, że omawiana teoria kontratypu nie jest jedyną; wcześniej obronę konieczną jako kontratyp ujmował Władysław Wolter, który uznawał, iż odparcie zamachu nie jest czynem społecznie szkodliwym i z tego powodu nie jest bezprawiem²⁹.

²⁵ A. Z o l l, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 112–113.

²⁶ *Ibid.*, s. 104–110; por. też E. P l e b a n e k, *op. cit.*, s. 87–93.

²⁷ A. M a r e k, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 28.

²⁸ Wymienia się E. Mezgera, H.H. Jeschecka, T. Lencknera, C. Roxina, W. Woltera, A. Marka; por. A. Z o l l, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 81.

²⁹ W. W o l t e r, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 163.

Problematyczne jest również pośrednie przyjęcie obowiązku ucieczki (skoro „nie zawsze”, to znaczy, że przynajmniej „w niektórych przypadkach”; niestety, autor nie precyzuje w jakich). Wydaje się, że zawsze, kiedy ucieczka jest możliwa, to nie zachodzi „konieczność poświęcenia jednego dobra dla utrzymania dobra drugiego”. Sprawę komplikuje prawo do swobodnego przebywania w danym miejscu, które to prawo przysługuje zawsze bezprawnie zaatakowanemu. Skoro więc można bronić tego prawa, to oznacza, że nie ma nigdy obowiązku ucieczki, usuwania się itp. A zatem zawsze można podjąć decyzję o obronie prawa do „niezakłóconego przebywania w danym miejscu”. Prowadzi to nieuchronnie do wniosku, iż obrona konieczna jest samoistna, chociaż autor tych założeń wniosku tego nie akceptuje.

Jednak najbardziej istotne dla analizy przytoczonej argumentacji jest rozstrzygnięcie, czy mamy do czynienia z „modelem-odwzorowaniem”, w którym punktem wyjścia są już sformalizowane kontrakty, a ich wspólna struktura jest tylko odtwarzana; czy też z „modelem-wzorem”, w którym punktem wyjścia są pewne postulaty, które zdaniem ich autora powinny znaleźć odzwierciedlenie w każdym możliwym kontrakcie. Trafnie zauważa Mateusz Rodzyńkiewicz — badając pojęcie modelu — iż tak sformułowana koncepcja jest „modelem-wzorem”³⁰. W takim razie ta teoria kontraktu ma charakter postulatywny i nie może być traktowana jako argument dowodzący określonego rozstrzygnięcia interpretacyjnego pod rygorem błędu logicznego błędnego koła (*circulum vitiosus*)³¹. Zygmunt Ziemiński uważa błędne koło w dowodzeniu za szczególną postać błędu *petitionis principii*, polegającego na przyjmowaniu za przesłankę zdania niepewnego, o nie zbadanej jeszcze wartości logicznej³². W przypadku argumentacji na rzecz subsydiarności obrony koniecznej z powodu jej przynależności do monistycznego modelu kontraktu, przesłanką jest model kontraktu, który jako postulatywny nie może zostać uznany za pewny. W efekcie przyjmujemy przesłanki, że obrona konieczna jest kontraktem i że każdy kontrakt jest subsydiarny bez uzasadnienia. Zatem już w przesłankach uznajemy obronę konieczną za subsydiarną, czyli na wstępie argumentacji przyjmujemy za udowodnione to, czego usiłujemy dowieść³³.

³⁰ M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 62.

³¹ S. Lewandowski, H. Machińska, A. Malinowski, J. Petzel, *Logika dla prawników*, Warszawa 2002, s. 201.

³² Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1999, s. 196.

³³ Błędnego koła w dowodzeniu. Por. W. Wolter, M. Lipczyńska, *Elementy logiki*, z. III, Kraków–Wrocław 1968, s. 241–242.

Poza tym, sam autor omawianej teorii przyznaje, iż koncepcja samoistności obrony dominuje w polskiej literaturze i orzecznictwie³⁴. Zatem bezstronnie porównując instytucję obrony koniecznej z monistycznym „modelem-wzorem” kontratypu, należy stwierdzić niezgodność. Dysonans ten powinien prowadzić do jednego z dwóch wniosków: albo model kontratypu jest zbudowany wadliwie, albo dana instytucja prawno-karna nie jest kontratypem w znaczeniu materialnym. Żaden z możliwych wniosków nie dowodzi subsydiarności prawa do obrony i w każdym przypadku jest konieczne poszukiwanie innego uzasadnienia etycznego dla tej instytucji.

Wydaje się, że obecnie najbardziej popularnym uzasadnieniem etycznym tej instytucji jest koncepcja obrony koniecznej jako podmiotowego prawa człowieka³⁵. Teoria ta znajduje oparcie w aksjologii konstytucyjnej, nawiązującej do koncepcji prawa naturalnego. Nawet najbardziej konsekwentny zwolennik oparcia tego kontratypu na bilansie kolidujących wartości uznaje potrzebę uwzględnienia prawnonaturalnego punktu widzenia (obok socjologiczno-prawnego) przy interpretacji znamienia „konieczności” obrony³⁶. Można zatem stwierdzić, iż w polskiej nauce prawa karnego dominuje prawnonaturalne ujęcie prawa do obrony.

Najważniejszą podstawą normatywną dla idei praw podmiotowych jest art. 30 Konstytucji i jej preambuła³⁷. Ta ostatnia opiera prawa podstawowe Rzeczypospolitej Polskiej na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, a także na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli. Preambuła wymienia też na wstępie najbardziej uniwersalne wartości („prawdy, sprawiedliwości, dobra, piękna”) wyraźnie dopuszczając ich religijne uzasadnienie, aczkolwiek go nie przesądzając. Niemniej jednak, na podstawie art. 30 stanowiącego, iż „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”, należy przyjąć, że ustawa zasadnicza uznała prawnonaturalne pochodzenie praw

³⁴ A. Z o l l, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 415.

³⁵ A. M a r e k, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 19; A. M a r e k, w: A. M a r e k, J. S a t k o, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Komentarze. Piśmiennictwo. Orzecznictwo*, Warszawa 2000, s. 17; M. C i e ś ł a k, *op. cit.*, s. 225; M. F i ł a r, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, w: *Nowa kodyfikacja. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 18, s. 11; A. K r u k o w s k i, *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 80; M. S z a f r a n i e c, *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, Kraków 2004, s. 28; wg wyroku SA w Rzeszowie z 19 I 1995 r., II Aka 3/95, OSA 1995, nr 2, poz. 9, „Obrona konieczna jest prawem podstawowym”.

³⁶ A. Z o l l, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 402.

³⁷ Por. J. H o ł d a, Z. H o ł d a, D. O s t r o w s k a, J. A. R y b c z y ń s k a, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 32.

podmiotowych człowieka³⁸. Konsekwencją tej tezy jest stwierdzenie, że nawet Konstytucja tylko deklaruje i nadaje państwową ochronę prawom podmiotowym człowieka, wypływającym bezpośrednio z prawa naturalnego.

Wydaje się, że posłużenie się chrześcijańską koncepcją praw podmiotowych jest właściwe ze względu na aksjologię preambuły Konstytucji, która odwołuje się do wartości chrześcijańskich. Preambuła uznaje te wartości za podstawę etyczną państwa, ale nie przesądza o ich pochodzeniu (religijnym lub innym). W związku z tym można uznać, że polski porządek prawny opiera się na rozwiązaniach i ocenach moralnych etyki chrześcijańskiej, bez konieczności odwoływania się do Boga. Z drugiej strony współczesna etyka katolicka wypracowała koncepcję praw podmiotowych, która funkcjonuje również bez konieczności odwoływania się do Boga, czyniąc podstawową wartością systemu „godność i doskonałość osoby ludzkiej” (będącą połączeniem personalizmu i perfekcjonizmu³⁹). Należy uznać, że chrześcijańska „godność i doskonałość osoby ludzkiej” wykazuje te same cechy (jest przyrodzona i niezbywalna) i pełni taką samą rolę źródła konkretnych praw podmiotowych oraz najwyższej hierarchicznej wartości systemu jak „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka” w Konstytucji⁴⁰. Nie można też pominąć aspektu historyczno-kulturowego preambuły ustawy zasadniczej, która odwołuje się do tradycji państwa szanującego aksjologię katolicką i społeczeństwa, które w zdecydowanej większości formalnie ją akceptuje.

Warto także zwrócić uwagę na nawiązanie do godności i wartości osoby ludzkiej w preambule Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, będącej jedynym powszechnie uznawanym dokumentem opisującym prawa podmiotowe. Uznanie „godności każdego z członków rodziny ludzkiej oraz ich równych i nienaruszalnych praw” stanowi fundament aksjologii tego aktu. Należy się zgodzić z Mieczysławem Krąpcem, że Kościół katolicki — analogicznie do wymienionej Deklaracji — ogłosił prawa i obowiązki człowieka w encyklice Jana XXIII *Pacem in terris*. Również w tym dokumencie godność osoby ludzkiej jest źródłem naturalnych, powszechnych i nienaruszalnych praw i obowiązków każdej istoty ludzkiej⁴¹.

Wypada wspomnieć, iż od ogłoszenia w 1879 r. encykliki Leona XIII

³⁸ W. Skrzydło, *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2003, s. 154, 166; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 93; S. Sagan, *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2001, s. 77.

³⁹ T. Ślipko SJ, *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2002, s. 220–226.

⁴⁰ O fundamentalnej roli tej wartości w systemie praw człowieka i obywatela zob. w: J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J.A. Rybczyńska, *op. cit.*, s. 32.

⁴¹ M. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1986, s. 248.

Aeteri Patris Unigenitus filozofia św. Tomasza z Akwinu jest oficjalną doktryną Kościoła katolickiego⁴². Dlatego wydaje się uzasadnione przyjęcie rozstrzygnięć etyki tomistycznej jako materialnej racji prawa do obrony. Wspomniane prawo jest elementem roszczenia związanego z uprawnieniem jurydycznym. Etyka katolicka rozróżnia dwa rodzaje praw podmiotowych: uprawnienia jurydyczne (*ius iuridicum*) i uprawnienia wyłącznie etyczne (*ius mere ethicum*). Cechą charakterystyczną uprawnień jurydycznych są związane z nimi obowiązki poszanowania określonego uprawnienia przez wszystkich innych ludzi⁴³. Podmiot uprawnienia jurydycznego posiada zawsze roszczenie w stosunku do wszystkich innych podmiotów uprawniające do wymuszenia spełnienia poszanowania swojego uprawnienia „aż do użycia siły włącznie”. Np. uprawnienie do życia czy wolności zawiera w sobie roszczenie do stosowania siły fizycznej w obronie życia i wolności⁴⁴. Prawo do słusznej obrony swoich praw jest równe dla wszystkich i powinno być zgodne z wymaganiami sprawiedliwości⁴⁵.

Podstawą dla takiego ujęcia obrony koniecznej jest stwierdzenie św. Tomasza z Akwinu, iż słuszna obrona nie sprzeciwia się miłości bliźniego⁴⁶. Ponadto, nawet zabójstwo napastnika nie jest grzechem, ze względu na naturalne prawo do obrony życia⁴⁷. Zasada etyczna, traktująca zabójstwo napastnika jako konsekwencję uprawnienia do życia ofiary ataku, nie jest sporna w filozofii tomistycznej⁴⁸.

Etyka katolicka odrzuca teorię „kolizji” wartości np. w sytuacji agresji — między wartością życia napadniętego i wartością życia agresora. Zamiast niej przyjmuje zasadę koordynacji wartości, która ogranicza aksjologiczny zakres wartości w stosunku do innej, stojącej wyżej w hierarchii⁴⁹. Jednolita hierarchia wartości oparta na „godności i doskonałości osoby ludzkiej”

⁴² J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998, s. 64–65.

⁴³ *Ibid.*, s. 250.

⁴⁴ T. Ślipko SJ, *Zarys etyki ogólnej, op. cit.*, s. 351.

⁴⁵ M. Krąpiec, *op. cit.*, s. 250.

⁴⁶ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Miłość*, z. 41, a. 1, przeł. A. Głazewski, t. 16, Londyn 1967, s. 245.

⁴⁷ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Sprawiedliwość*, z. 64, a. 7, przeł. F.W. Bednarski OP, t. 18, Londyn 1970, s. 119.

⁴⁸ Por. *Katechizm Kościoła katolickiego*, Poznań 2002, s. 524; E. Gilson, *Tomizm*, Warszawa 2003, s. 359; A. Chouraqui, *Dziesięć przykazań dzisiaj*, Warszawa 2002, s. 153; J.M. Bocheński OP, *Kazania i przemówienia*, t. I, Kraków 2005, s. 178–181; T. Ślipko SJ, *Bioetyka*, Kraków 2009, s. 388–390; T. Ślipko SJ, *Zarys etyki szczegółowej*, t. 1: *Etyka osobowa*, Kraków 2005, s. 234–236.

⁴⁹ T. Ślipko SJ, *Zarys etyki ogólnej, op. cit.*, s. 234–238.

porządkuje wszystkie wartości kosztem ograniczenia ich zakresów etycznej ochrony. Taka sama hierarchia i ta sama zasada koordynacji reguluje uprawnienia jurydyczne, które chronią określone wartości. Np. w sytuacji agresji życie agresora znajduje się poza zakresem etycznej ochrony (jego życie jest tylko fizycznym bytem) i może być odebrane przez broniącego się bez naruszenia uprawnienia do życia agresora. Jest tak dlatego, że uprawnienie do życia zawiera w sobie roszczenie zezwalające na wymuszenie poszanowania tego uprawnienia — także przez zabicie agresora.

Obowiązek uszanowania prawa do życia innych i uznania ich roszczenia do życia jest stałym elementem każdego prawa do życia. Obowiązek ten, zawarty w każdym uprawnieniu jurydycznym do życia, ustanawia stałe ograniczenie tego uprawnienia do życia w sytuacji „bycia agresorem”. Powinność tę można wyrazić mniej więcej tak: „mam etyczny obowiązek dać się zabić napadniętemu, aby nie stać się mordercą”. Nakaz ten jest konsekwencją absolutnej zasady etycznej: „nigdy nie wolno zabijać niewinnego”⁵⁰. Józef Maria Bocheński precyzuje, iż dla określenia pojęcia „niewinnego” właściwe jest materialne ujęcie winy jako wykroczenia przeciw sprawiedliwości. W każdej innej sytuacji „lepiej jest nam wszystkim zginąć uczciwie niż dopuścić się tej okropnej zbrodni”⁵¹.

Podsumowując: każde prawo do życia jest stale i uprzednio wyłączone w sytuacji naruszenia obowiązku poszanowania do życia innego człowieka⁵². Stąd zabicie agresora jest aktem dobrym w świetle etyki katolickiej⁵³. Warto też przypomnieć, że użyteczna ocena tego, co jest słuszne, nie ma zastosowania w etyce katolickiej. Żaden bilans korzyści nie może usprawiedliwić złego środka do najlepszego nawet celu⁵⁴. Nie jest dopuszczalne traktowanie praw podmiotowych człowieka jako środków do innych np. społecznych celów. Etycznym fundamentem tej konstrukcji obrony koniecznej jest antropologiczne założenie dotyczące definiowania człowieka jako podmiotu zdolnego do podejmowania decyzji rozumnych. Akty wolnej decyzji są głównym nośnikiem osobistej odpowiedzialności, dominującej nad wszelkimi warunkami zmiennymi, nawet nad śmiercią człowieka⁵⁵. Wolność i odpowiedzialność osoby ludzkiej przejawia się między innymi ograniczeniem swobody rozwoju jednej osoby ze względu na rozwój innej

⁵⁰ J.M. Bocheński OP, *Kazania...*, *op. cit.*, s. 178–179.

⁵¹ *Ibid.*, s. 179.

⁵² T. Ślipko SJ, *Zarys etyki ogólnej*, *op. cit.*, s. 235.

⁵³ T. Ślipko SJ, *Bioetyka*, *op. cit.*, s. 390.

⁵⁴ T. Ślipko SJ, *Zarys etyki ogólnej*, *op. cit.*, s. 198–184.

⁵⁵ M. Krąpiec, *op. cit.*, s. 150.

osoby⁵⁶. Właściwe proporcje między uprawnieniami jednostek określają wymogi sprawiedliwości zamiennej⁵⁷.

Moralny osąd możliwych reakcji na niesłuszny atak będzie istotny dla rozstrzygnięcia kwestii samoistości obrony na gruncie etyki katolickiej. Dla uproszczenia rozważę ocenę dwóch najbardziej typowych zachowań w sytuacji agresji: kontratak i ucieczkę⁵⁸. Już Arystoteles — którego etyka jest najważniejszą antyczną inspiracją dla filozofii św. Tomasza z Akwinu — wysoko cenił cnotę męstwa i twierdził, że objawia się ono w sytuacjach, w których możliwa jest obrona⁵⁹. Ucieczkę natomiast oceniał negatywnie, jako haniebne wykroczenie przeciw cnotcie męstwa⁶⁰.

Sam Akwinata męstwo uważał za cnotę — i to cnotę kardynalną⁶¹ — pozwalającą człowiekowi postępować słusznie wbrew przeszkodom i trudnościom⁶². Przedmiotem męstwa jest powstrzymanie bojaźni i kierowanie odwagą w celu aktywnego przełamania przeszkody⁶³. Trudności, do pokonania których męstwo usprawnia, są związane z niebezpieczeństwem śmierci, zarówno wojennym, jak i pochodzącym z walki indywidualnej⁶⁴. Męstwo wyraża się dwoma aktami: natarciem i znoszeniem⁶⁵. Natarcie przeciw złu to czynność męstwa wykorzystująca odwagę, a znoszenie niebezpieczeństw to czynność wymagająca opanowania bojaźni⁶⁶. Analizując uczucia będące przedmiotem męstwa św. Tomasz stwierdza, iż odwaga jest przeciwieństwem bojaźni, gdyż „bojaźń ucieka przed złem, zagrażającym w przyszłości zwycięstwem nad bojącym się. Natomiast odwaga naciera na grożące niebezpieczeństwo w przeświadczeniu swego zwycięstwa nad tym niebezpieczeństwem”⁶⁷. Odwaga jest następstwem cnoty nadziei, natomiast następstwem bojaźni jest rozpacz. Są cztery możliwe postawy wo-

⁵⁶ *Ibid.*, s. 151.

⁵⁷ T. Ślipko SJ, *Zarys etyki szczegółowej*, t. 2: *Etyka społeczna*, Kraków 2005, s. 121.

⁵⁸ Oceny dotyczące ucieczki będą w znacznej mierze odpowiednie także dla innych pasywnych reakcji, np. uchylenia, uniku.

⁵⁹ Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, III, 1115 b, przeł. D. Gromska, Warszawa 2007, s. 135.

⁶⁰ *Ibid.*, III, 1116 b, s. 139.

⁶¹ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Męstwo*, z. 123, a. 11, przeł. S. Belch, t. 21, Londyn 1962, s. 32–33.

⁶² *Ibid.*, z. 123, a. 1, s. 12–13.

⁶³ *Ibid.*, z. 123, a. 3, s. 16–17.

⁶⁴ *Ibid.*, z. 123, a. 5, s. 20–22.

⁶⁵ *Ibid.*, z. 128, a. 1, s. 65–70.

⁶⁶ *Ibid.*, z. 123, a. 6, s. 22–23.

⁶⁷ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Uczucia*, z. 45, a. 1, przeł. J. Bardan, t. 10, Londyn 1967, s. 230.

bec szczegółowego zastosowania ogólnej zasady etycznej dążenia do dobra i unikania zła: „dążenie do dobra jest znamienne dla nadziei, unikanie zła jest swoiste dla bojaźni, natarcie na zło jest charakterystyczne dla odwagi, ucieczka zaś przed złem jest znamienna dla rozpacz⁶⁸. Uczucia podlegają moralnej ocenie w oparciu o kryterium zgodności z rozumem⁶⁹. Kontratak jest aktem cnoty męstwa, opartym na uczuciu odwagi. Ucieczka, natomiast, jest efektem rozpacz⁷⁰, która nie jest elementem żadnej z cnot etycznych⁷⁰.

Decyzja o natarciu jest efektem ufności — jako pewności siebie oraz nadziei dokonania rzeczy wielkich i szlachetnych — oraz cnoty wielmożności (*magnificentia*)⁷¹. Wielmożność jest natomiast składnikiem cnoty męstwa; obie te cnoty mają wspólny przedmiot będący dążeniem do rzeczy wzniosłych i trudnych, a także obie usprawniają popęd zdobywczy⁷². Można wysnuć wniosek, iż decyzja o kontrataku jest aktem męstwa i wielmożności, natomiast utylitarna kalkulacja w obliczu bezprawnego zamachu jest aktem małostkowości⁷³.

Kończąc rozważania o chrześcijańskiej aretologii należy przypomnieć precyzyjną analizę pojęcia męstwa autorstwa Jacka Woronieckiego. Za św. Tomaszem rozróżnia on dwa elementy tej cnoty: samo niecofanie się i atakowanie zła⁷⁴. Jego zdaniem bojaźń jest naturalnie silniejsza niż odwaga, którą trzeba wychować w sobie. Dlatego też męstwo i pokrewne mu cnoty powinny być bliższe nadmiarowi niż niedomiarowi, a zatem z wad im przeciwnych gorsze są zawsze te, które grzeszą niedostatkiem, niż te, które przesadzają miarę w swych poczynaniach. Stąd ocena, iż gorszy jest tchórz od zuchwałego i małoduszny od zarozumiałego⁷⁵. Wady moralne przeciwne męstwu to tchórzostwo, będące jego brakiem, a także zuchwałość, będąca jego fałszywym nadmiarem. Pierwsza z nich jest gorsza, ponieważ wprost przeciwstawia się męstwu, natomiast druga tylko nie panuje w pełni nad uczuciem odwagi. Dlatego „złoty środek” w męstwie jest bliższy zuchwałości niż tchórzostwu⁷⁶.

⁶⁸ *Ibid.*, z. 45, a. 2, s. 231–232.

⁶⁹ *Ibid.*, z. 24, a. 1, s. 31–32.

⁷⁰ Bojaźni przed niebezpieczeństwem fizycznym nie należy mylić z bojaźnią Bożą, tj. obawą przed popełnieniem zła moralnego.

⁷¹ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Męstwo, op. cit.*, z. 128, a. 1, s. 65–70.

⁷² *Ibid.*, z. 134, a. 4, s. 124–126.

⁷³ Por. *Ibid.*, z. 135, a. 1, s. 126–129.

⁷⁴ J. Woroniecki OP, *Katolicka etyka wychowawcza*, Lublin 1986, II/1, s. 425.

⁷⁵ *Ibid.*, s. 424.

⁷⁶ *Ibid.*, s. 430.

Biorąc pod uwagę przytoczoną wyżej argumentację należy stwierdzić, że decyzja o aktywnej obronie jest lepiej oceniana moralnie w etyce katolickiej, niż decyzja o ucieczce lub pasywnej postawie wobec bezprawnego zamachu. Odrębnym zagadnieniem jest dość powszechna teza o moralnym obowiązku podjęcia skutecznej obrony przez niesłusznie napadniętego⁷⁷. Bezsporna jest powinność obrony osób, wobec których broniący ma szczególne zobowiązania oraz obowiązek obrony dóbr, którymi człowiek nie może swobodnie dysponować (np. życie i zdrowie)⁷⁸.

Korzystając z chrześcijańskiej koncepcji praw podmiotowych, spróbuję rozważyć problem samoistności obrony koniecznej w oparciu o normy konstytucyjne. Ustawa zasadnicza dzieli prawa człowieka na „wolności i prawa osobiste”, „wolności i prawa polityczne” oraz „wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne”. Prawa i wolności z drugiej i trzeciej grupy przysługują w zasadzie tylko obywatelom (z wyjątkiem prawa własności, innych praw majątkowych i prawa dziedziczenia — przysługujących każdemu), a prawa z trzeciej grupy na ogół nie tworzą żadnych konkretnych uprawnień obywateli z wyjątkiem prawa własności (art. 64)⁷⁹. Koncepcja naturalnych praw podmiotowych jednostki odnosi się przede wszystkim do „praw i wolności osobistych” oraz prawa własności — które przysługują każdemu człowiekowi. Do najważniejszych z tych praw należą: prawo do życia (art. 38), prawo do wolności i nietykalności cielesnej (art. 39, 40, 41), prawo do nienaruszalności mieszkania (art. 50), prawo do ochrony prywatności, czci i dobrego imienia (art. 47), prawo do swobodnego przemieszczania się (art. 52), wolność sumienia i religii (art. 53), wolność wyrażania poglądów i opinii (art. 54) i prawo własności (art. 64)⁸⁰.

Zgodnie z przyjętą prawnonaturalną koncepcją praw podmiotowych, należy uznać, że każdemu z tych praw i wolności towarzyszy roszczenie o skuteczne wyegzekwowanie tych praw także przez użycie siły. Roszczenie to jest stałym elementem każdego z tych praw. Zatem można stwierdzić, że prawo do obrony wyżej wymienionych praw jest konstytucyjnym prawem człowieka.

⁷⁷ Por. J.M. Bocheński OP, *Wobec złych ludzi*, w: J.M. Bocheński OP, *Dzieła zebrane. Etyka*, Komorów [b.d.w.], s. 294; J.M. Bocheński OP, *Kazania...*, *op. cit.*, s. 181; A. Chouraqui, *op. cit.*, s. 153; Z. Podlęski, *Dekalog*, Kraków 2006, s. 73–74.

⁷⁸ *Katechizm...*, *op. cit.*, s. 524; E. Gilson, *op. cit.*, s. 358–359; J. Woroniecki OP, *op. cit.*, II/2, s. 172; T. Ślipko SJ, *Zarys etyki szczegółowej*, t. 1..., *op. cit.*, s. 99–102; J.M. Bocheński OP, *Kazania...*, *op. cit.*, s. 182.

⁷⁹ Por. P. Sarnacki, *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 1999, s. 55–56, 101–106.

⁸⁰ Więcej zob. J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J.A. Rybczyńska, *op. cit.*, s. 32–33, 81 i n.

Problemem, który może podzielić zwolenników prawa natury i pozytywizmu jest kwestia podmiotów zobowiązanych do respektowania konstytucyjnych praw człowieka. Bezsposornie zobowiązane są do tego wszystkie organy państwa (zwłaszcza ustawodawca, sądy i inne organy stosujące prawo). Niepewność dotyczy tzw. horyzontalnego działania konstytucyjnych praw i wolności — tj. relacji między jednostkami. Konstytucja milczy na ten temat. Koncepcja prawnonaturalna zakłada obowiązek poszanowania praw człowieka przez „każdego”. Orzecznictwo polskie nie wypowiedziało się w sposób zdecydowany na ten temat. Istotną wskazówką może być orzecznictwo tych państw, które przyjęły podobną koncepcję konstytucyjnych praw człowieka. Wydaje się, że najbliższe „pokrewieństwo” łączy nasz system z systemem praw podmiotowych w Konstytucji RFN. Dlatego też pogląd Federalnego Trybunału Konstytucyjnego może mieć znaczenie dla polskich rozstrzygnięć: „szereg istotnych konstytucyjnych praw i wolności, choć nie wszystkie, nie tylko chronią obywatela wobec władzy państwowej, ale stanowią też podstawy porządku całego życia społecznego i wywierają bezpośredni wpływ na stosunki prawne pomiędzy obywatelami”⁸¹.

Nawet dla skrajnych pozytywistów problem ten znika w stosunku do tych praw i wolności człowieka, które są chronione przez prawo karne. Tymczasem najważniejsze „prawa i wolności osobiste” z Konstytucji RP, a także prawo własności, są chronione przez normy prawa karnego.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia problemu subsydiarności obrony koniecznej ma „indywidualistyczny” charakter naszej Konstytucji, która czyni zasadą wolność jednostki, zaś jej ograniczenia — wyjątkiem⁸². Granicę ingerencji państwa w sferę praw człowieka wyznacza art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ograniczenia praw i wolności człowieka muszą mieć wyraźną podstawę ustawową⁸³, powinny być uzasadnione koniecznością ochrony jednej z wartości określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, muszą być zgodne z zasadą państwa demokratycznego i nie mogą naruszać zasady proporcjonalności⁸⁴ oraz nie mogą naruszać istoty praw i wolności⁸⁵.

Koncepcja subsydiarności względnej obrony koniecznej, zdecydowanie ogranicza prawo do obrony, a nie spełnia wymogu wyraźnej podstawy ustawowej dla ograniczenia konstytucyjnych praw człowieka. Nie można

⁸¹ Por. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 103.

⁸² W. Skrzydło, *op. cit.*, s. 166.

⁸³ OTK, sygn. U 1/86, U 5/86, K 3/89.

⁸⁴ OTK z 10 V 1995 r., sygn. K 12/93.

⁸⁵ Por. P. Sarnicki, *op. cit.*, s. 52–54; B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007, s. 189–190.

bowiem uznać za „wyrażną podstawę” subsydiarnej wykładni znamienia „konieczności”, przeprowadzonej z analogii do stanu wyższej „konieczności”. Takiej interpretacji nie akceptuje większość przedstawicieli nauki prawa karnego, natomiast preferuje ona wnioskowanie *a contrario*, uznając klauzulę subsydiarności z art. 26 k.k. za jedno z podstawowych kryteriów odróżniających kontratytypy określone w art. 25 i 26 k.k.⁸⁶

Jednak najważniejszym argumentem przeciw „subsidiarnej” wykładni znamienia konieczności obrony jest fakt, że jej konsekwencją jest kryminalizacja zachowania, które byłoby legalne przy zastosowaniu interpretacji „samoistnej”. Z tego powodu należy uznać, że wykładnia „subsidiarna” jest sprzeczna z zakazem stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, będącym jednym z postulatów konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege* (zob. art. 42 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji)⁸⁷. Andrzej Zoll trafnie zauważył, że postulaty wynikające z tej zasady nie odnoszą się do rozwiązań działających na korzyść osoby, której odpowiedzialność karna ma być ustalona, a szczególnie do określenia w ustawie okoliczności wyłączających bezprawność czynu⁸⁸. Dlatego należy uznać „samoistną” interpretację konieczności obrony za konstytucyjną, natomiast wykładnię „subsidiarną” za wykładnię *contra legem*.

Do o wiele ważniejszych i dalej idących wniosków można dojść rozważając zakaz ograniczenia istoty prawa i wolności przez ustawodawcę. Koncepcja istoty (*Wesensgehalt*) praw i wolności wywodzi się z konstytucjonalizmu RFN⁸⁹. Opiera się ona na założeniu, że w ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić tzw. „rdzeń”, bez którego takie prawo w ogóle nie może być realizowane w praktyce⁹⁰ oraz tzw. „otoczkę”, tj. elementy dodatkowe, które mogą być modyfikowane w różny sposób bez

⁸⁶ Por. K. Buchała, *op. cit.*, s. 35; A. Krukowski, *op. cit.*, s. 70; A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 96; M. Szafrańiec, *op. cit.*, s. 76; pogląd ten dominuje również w orzecznictwie — por. np. wyrok SN z 14 V 1984 r., II KR 93/84, OSNPG 1985, nr 5, poz. 63; wyrok SN z 12 X 1960 r., IV KR 582/60, zob. aprobującą glosę G. Rejmana, PiP 1961, nr 4/5, s. 836; wyrok SA w Krakowie z 20 III 1996 r., II Aka 34/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 1, poz. 15; wyrok SN z 9 IV 2002 r., V KKN 266/00, Lex, nr 52942.

⁸⁷ Precyzyjniej: *nullum crimen sine lege stricta*, por. A. Zoll, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 35 i 45.

⁸⁸ *Ibid.*, s. 35.

⁸⁹ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 106–107.

⁹⁰ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 212.

zniszczenia tożsamości danego prawa czy wolności⁹¹. Koncepcję tą przyjął polski Trybunał Konstytucyjny m.in. w orzeczeniu z 11 stycznia 1999 r. (P 2/98), zakładając istnienie „pewnego nienaruszalnego rdzenia danego prawa lub wolności, który pozostawać winien wolny od ingerencji prawodawcy nawet w sytuacji, gdy działa on w celu ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji”⁹².

Naruszenie „istoty” może polegać nie tylko na zniesieniu danego prawa lub wolności, ale także na ustanowieniu takich ograniczeń, których suma w praktyce uniemożliwia korzystanie z tego prawa lub wolności⁹³.

W przypadku prawa własności — całkowitym zniesieniem tego prawa, bezpośrednią ingerencją w jego „istotę” jest wywłaszczenie. Dlatego też wywłaszczenie musi mieć odrębną, wyraźną podstawę konstytucyjną. Natomiast ustanowienie służebności nie przekreśla prawa własności, tylko je modyfikuje. Zatem jest ingerencją w „otoczkę” prawa własności i może być ustanowione na podstawie ustawy⁹⁴. W przypadku obrony koniecznej „rdzeniem” jest sama obrona. Koncepcja subsydiarności względnej w pewnych przypadkach nakłada na napadniętego obowiązek: „nie broń się, tylko postąp inaczej”. Tym samym ogranicza istotę prawa do obrony — samą decyzję o podjęciu obrony.

Zbyt daleko idące zakazy dotyczące sposobu obrony (np. zasada proporcji dóbr, konieczność wyboru najłagodniejszego środka) mogą łącznie uniemożliwić wykonywanie prawa do obrony w praktyce, a zatem pośrednio naruszać jego „istotę”. Ustawowe ograniczenie obrony koniecznej powinno spełniać wymogi przydatności, konieczności i proporcjonalności, aby nie pozostawać w sprzeczności z art. 31 ust. 3 Konstytucji⁹⁵. Przyjmując prawnonaturalną koncepcję praw podmiotowych i zasadę koordynacji wartości należy uznać, że zasada proporcjonalności nie zawęża, lecz chroni przed nadmiernym ograniczeniem prawo do obrony⁹⁶.

Skoro obrona konieczna jest roszczeniem będącym elementem każdego

⁹¹ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 106.

⁹² Red. M. Zubiak, *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Warszawa 2008, 260. P/98, s. 178–179. Definicje „istoty” i „otoczki” identyczne z wyżej podanymi przyjął TK w orzeczeniu P 11/98 — zob. w: *ibid.*, 261. P 11/98, s. 179.

⁹³ K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 213; L. Garlicki, *op. cit.*, s. 106–107; por. OTK z 11 I 2000 r., P 11/98; OTK z 30 X 2001 r., K 33/00.

⁹⁴ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 106.

⁹⁵ Postulaty zasady proporcjonalności — por. P. Sarnacki, *op. cit.*, s. 53.

⁹⁶ Wniosek o zawężeniu prawa do obrony z zasady proporcjonalności wyciąga E. Plebanek. Zob. E. Plebanek, *op. cit.*, s. 91–94.

z konstytucyjnych praw podmiotowych, to należy do jego „istoty”. Nie można bowiem korzystać w praktyce z konkretnego prawa nie mogąc go bronić, gdy jest zagrożone. Zatem żadna ustawa nie może ograniczać konstytucyjnego prawa do życia, wolności czy własności, zakazując obywatelowi — nawet w pewnych, „racjonalnych” okolicznościach — podjęcia decyzji o obronie życia, wolności, własności przed bezprawnym zamachem.

Pozostaje tylko stwierdzić, że nasza Konstytucja nie zawiera żadnej klauzuli o subsydiarności obrony koniecznej. Z tego powodu należy uznać, że obrona konieczna jest samoistnym prawem człowieka, niezależnie od przepisów ustawy, umów międzynarodowych, orzecznictwa Sądu Najwyższego, a nawet od poglądów przedstawicieli doktryny prawa karnego.

PROPOZYCJA NOWEGO UJĘCIA OBRONY KONIECZNEJ

Sądzę, że jednolite ujęcie obrony koniecznej jest źródłem praktycznych problemów w interpretacji ogólnych przepisów kodeksu do sytuacji tak różnych jak obrona życia i obrona gruszki w sadzie. Doktryna prawa karnego, chcąc uniknąć absurdalnych zastosowań tego prawa w sytuacjach nietypowych (np. strzał z broni palnej oddany przez inwalidę do dziecka kradnącego jabłko w sadzie — jedyny sposób obrony jabłek w tej sytuacji), wypracowała zbyt szerokie ograniczenie obrony koniecznej stosowane także do sytuacji typowych. Typowe zastosowanie obrony koniecznej ma miejsce w tzw. sytuacji agresji. Dlatego też, uważam za słuszne oddzielne uregulowanie prawa do obrony osoby i domostwa, od prawa do obrony wszystkich innych dóbr.

Taka dystynkcja ma podstawę w historycznym rozwoju uregulowań prawnych, normujących zasady obrony przed przemocą. Andrzej Marek trafnie wskazał, iż pierwszą precyzyjną definicję obrony koniecznej w prawie polskim zawierała konstytucja z 1659 r.: „Jeśliby kto napazdnika i gwałtownika w obronie dóbr swoich zabił, tedy o takowe zabójstwo do żądanego sądu i prawa pociągan nie będzie”⁹⁷. Należy się zgodzić z wymienionym wyżej autorem, iż zakres legalnej obrony był w tamtych czasach ograniczony do odpierania zamachów na życie lub przypadków najazdu na dom, w szczególności rabunku i włamania nocnego. Pozostałość takiej konstrukcji przetrwała w Code Penale z 1810 r., w którym kazuistycznie dopuszczano obronę życia, zdrowia i mienia w wypadku włamania nocnego lub zama-

⁹⁷ A. Marek, *Obrona konieczna...*, op. cit., s. 12.

chu rabunkowego przy użyciu gwałtu na osobie. Kodeks karny niemiecki z 1871 r. objął ogólną ochroną tylko dobra osobiste i nie wymagał zachowania zasady proporcji dóbr w trakcie działań obronnych⁹⁸. Rozdział dóbr chronionych występuje w prawie karnym Stanów Zjednoczonych Ameryki, w którym przyjmuje się, że zaatakowany ma prawo do czynnego odpierania zamachu na życie, zdrowie, wolność, a także mienie, jeśli jest on połączony z użyciem przemocy lub dokonaniem włamania⁹⁹.

I.1. AGRESJA

Sytuacja agresji obejmuje przemoc lub bezpośrednią groźbę użycia przemocy na osobie. W takich okolicznościach broniący się musi podejmować różne decyzje (o obronie lub o innym wyjściu, o sposobie obrony, środkach itd.) w ogromnym stresie wynikającym z bezpośredniego zagrożenia. Słusznie powątpiewa Maria Szafraniec: „Czy zawsze broniącemu uda się odgadnąć rzeczywiste zamiary napastnika i przewidzieć jak silny będzie atak, aby do niego dopasować obronę? [...] Czy broniący się jest w stanie racjonalnie ocenić, czy też przewidzieć rozmiar krzywdy, jaki może w wyniku zastosowania działań obronnych wyrządzić napastnikowi? [...] Dlatego też nakaz »miarkowania« sposobu obrony i rodzaju środków obrony, jakich można użyć, wydaje się być zdecydowanie absurdalny”¹⁰⁰.

Moim zdaniem, dla oszacowania niebezpieczeństwa ataku na osobę i dobrania właściwych środków obrony, należy uznać za decydującą ocenę napadniętego w momencie zamachu. Istotną dystynkcją jest odróżnienie wyobrażenia zaatakowanego o intencjach napastnika od instytucji błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, uregulowanej w art. 29 k.k. Nie mamy tutaj do czynienia z urojoną obroną, ponieważ przed podjęciem obrony muszą być spełnione obiektywne warunki tego kontratypu, tzn. rzeczywisty, bezprawny i bezpośredni zamach na osobę. Natomiast zaatakowany nie musi dokładnie rozstrzygnąć, czy intencje napastnika obejmują odebranie mu życia, czy tylko zdrowia (ani w jakim stopniu zdrowie jest zagrożone, tzn. ciężkiego, średniego czy lekkiego uszczerbku). Prawnie relewantną będzie tutaj tylko ocena ofiary ataku. Podobne kryterium proponował norweski Kodeks karny z 1887 r. w oparciu o teorię wyobrażenia¹⁰¹.

⁹⁸ *Ibid.*, s. 12–13.

⁹⁹ *Ibid.*, s. 14.

¹⁰⁰ M. Szafraniec, *op. cit.*, s. 209–210.

¹⁰¹ Teoria wyobrażenia była podstawą ujęcia winy w tym kodeksie (teoria Geisa). Obrona konieczna, według tego kodeksu, była niezbędna, gdy „wyobrażenie niebezpieczeństwa

Analogię możemy też odnaleźć w amerykańskim ustawodawstwie i orzecznictwie dotyczącym użycia broni palnej i innych środków zagrażających życiu (*use of deadly force*). Użycie tak niebezpiecznych środków jest dopuszczalne przy odpiernaniu zamachu grożącego fatalnymi konsekwencjami (*deadly or felonious attack*), jeśli broniący się miał racjonalne podstawy by wierzyć, że takie właśnie konsekwencje mu zagrażają¹⁰².

Jeżeli przy zamachu na osobę napadnięty ma poczucie, że jego życie jest zagrożone (a z reguły tak jest), to nic nie powinno ograniczać jego decyzji o reakcji na zagrożenie. Każde ograniczenie czyni jego sytuację gorszą niż sytuacja agresora, który żadnych dylematów nie ma. Każdy zakaz, dotyczący sposobu obrony, utrudnia szybką i trafną decyzję, a więc zwiększa zagrożenie dla napadniętego. Będąc bezpośrednio zaatakowanym trudno jest przewidzieć wynik walki i aby zwyciężyć trzeba maksymalnie zwiększyć swoje szanse. Dlatego broniący się powinien mieć swobodny wybór środków obrony, łącznie z prawem do najskuteczniejszego sposobu obrony. Każde inne rozwiązanie zakładałoby obowiązek zastosowania środka mniej skutecznego, a zatem zmniejszałoby szanse na udaną obronę i zwiększało ryzyko utraty życia lub zdrowia przez napadniętego.

Proponowane rozwiązanie jest konsekwencją zasady maksymalizacji ochrony najistotniejszych praw podmiotowych w ramach określonych przez sprawiedliwość wymienną. Podstawowym elementem tej zasady jest postulat rzeczywistej skuteczności obrony, który możemy odnaleźć w katolickiej definicji prawa do obrony, sformułowanej w encyklice Jana XXIII *Pacem in terris*: „Osoba ludzka posiada również prawo do słusznej obrony swych praw, i to obrony skutecznej, równej dla wszystkich i zgodnej z prawdziwymi zasadami sprawiedliwości”¹⁰³. Zasada skuteczności obrony implikuje nakaz stworzenia dla obrońcy zagrożonego dobra równej szansy w walce z agresorem, który dokonując bezprawnego zamachu najczęściej nie respektuje żadnych ograniczeń¹⁰⁴. Brak etycznej dopuszczalności najskuteczniej-

czynu napastnika i znaczenie praw narażonych może usprawiedliwiać wyrządzenie szkody w rozmiarach wyobrażonych przez broniącego”. Por. A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 13.

¹⁰² Według Model Penal Code (§ 3.04.2) użycie *deadly force* jest usprawiedliwione tylko wtedy, gdy zamach zagrażał życiu lub ciężkim uszkodzeniem ciała (*serious bodily injury*), zgwałceniem (*forcible rape*) albo porwaniem osoby (*kidnapping*). Należy też wspomnieć o szczególnych uprawnieniach do obrony domostw przed bezprawnym najściem (*the privilege of defense of habitation*). Zob. A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 14; por. J. Dresler, *Understanding Criminal Law*, New York 1995, s. 205–206.

¹⁰³ Por. M. Krąpiec, *op. cit.*, s. 250.

¹⁰⁴ T. Ślipko SJ, *Bioetyka*, *op. cit.*, s. 387.

szego sposobu obrony, stawiałby w uprzywilejowanej sytuacji napastnika, a to jest sprzeczne z wymogami sprawiedliwości.

Ponadto prawo do wyboru najskuteczniejszego środka musi się opierać na subiektywnej ocenie skuteczności możliwych *in concreto* sposobów obrony¹⁰⁵. Dla różnych ludzi, w takich samych sytuacjach, różne sposoby walki mogą okazać się optymalne. To, jaki środek będzie najlepszy i jaki sposób użycia tego środka okaże się najskuteczniejszy, zależy od indywidualnych cech i umiejętności oraz od stanu psychicznego napadniętego. W „gorącej” chwili zagrożenia tylko obrońca może podjąć właściwą decyzję o tym, jaki sposób obrony będzie *in concreto* najskuteczniejszy. Myślę, że nie ma żadnych naukowych narzędzi badawczych do podważenia tej decyzji ani żadnych racji etycznych uzasadniających narzucenie innej, zewnętrznej oceny¹⁰⁶.

Możliwą konsekwencją skutecznej obrony jest zabicie napastnika. Zasadę etycznej dopuszczalności takiego aktu sformułował wprost św. Tomasz z Akwinu: „Nie jest natomiast konieczne do zbawienia, by ktoś celem uniknięcia śmierci napastnika zaniechał czynności potrzebnej do należytej samoobrony, gdyż człowiek powinien bardziej troszczyć się o własne życie niż o życie cudze”¹⁰⁷. Zasada ta jest cytowana i akceptowana przez *Katechizm Kościoła katolickiego*. Fundamentem takiego wartościowania jest ocena, iż „miłość samego siebie pozostaje podstawową zasadą moralności”¹⁰⁸. Zachowanie życia niewinnego jest dobrem ważniejszym niż zachowanie przy życiu napastnika. Dlatego też można zgodzić się z oceną, iż zabójstwo agresora w słusznej obronie jest „godziwe i bardzo doniosłe”¹⁰⁹. Wypada zaznaczyć, że chociaż katolicka „nauka moralna wzywa do poszanowania życia fizycznego, nie czyni z niego wartości absolutnej”¹¹⁰.

¹⁰⁵ Ocenę, iż nie można od napadniętego wymagać pełnego opanowania, ani nie można wymagać, aby wybierał on precyzyjnie sposób i środki odpierania zamachu wyraził A. Marek, akcentując także element subiektywny w oszacowaniu niebezpieczeństwa zamachu. Zob. A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 116–117.

¹⁰⁶ Podobną w konsekwencjach ocenę wyraził SA w Warszawie w wyroku z 8 VIII 2002 r., II Aka 255/02, OSA 2003, nr 4, poz. 30: „Nie istnieją żadne ogólnoteoretyczne kryteria współmierności środków i sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu. Prawidłowa ocena zależy zawsze od szczegółowej analizy konkretnego zdarzenia, a zwłaszcza dynamiki zamachu, która determinuje stopień zagrożenia”.

¹⁰⁷ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Sprawiedliwość*, *op. cit.*, z. 64, a. 7, s. 120.

¹⁰⁸ *Katechizm...*, *op. cit.*, s. 524.

¹⁰⁹ J. Woroniecki OP, *op. cit.*, II/2, s. 159.

¹¹⁰ *Katechizm...*, *op. cit.*, s. 530.

W tej etyce absolutny jest zakaz zabójstwa człowieka niewinnego¹¹¹. Kryterium „winy moralnej” jest ustalane w oparciu o zasadę sprawiedliwości wymiennej, określającej słuszne uprawnienia i obowiązki między jednostkami. Etyka katolicka na tej podstawie sformułowała bardziej precyzyjne warunki dopuszczalności zabójstwa człowieka winnego. Akt ten jest uzasadniony moralnie: dla jednostki w sytuacji obrony koniecznej; dla państwa w wykonaniu słusznego materialnie wyroku śmierci oraz w sprawiedliwej wojnie¹¹². Trafnie zauważył Tadeusz Ślipko, że wyżej wymienione wymogi nie są wyjątkami relatywizującymi ochronę życia, tylko stanowią szczegółowe sformułowanie absolutnej zasady ochrony niewinnego życia przed agresją¹¹³.

Różne są poglądy filozofów tomistycznych na katalog dóbr, których można bronić poprzez zabicie napastnika. Na przykład Jacek Woroniecki wylicza: obronę życia, integralności seksualnej i majątku zapewniającego utrzymanie przy życiu¹¹⁴; Józef Maria Bocheński wymienia: życie, zdrowie i inne bardzo wielkie dobro np. tak duża część majątku, że jego utrata doprowadziłaby do nędzy¹¹⁵; Tadeusz Ślipko wymienia tylko sytuację agresji, w której uporczywy zamach na inne dobro przechodzi w zagrożenie życia broniącego, zatem zabójczą obronę można zredukować do obrony życia¹¹⁶. Wydaje się, że wspólną niezręcznością wymienionych wyżej katalogów jest wyliczenie konkretnych dóbr, która wskazuje porównanie kolidujących wartości z pozycji *ex post*, podczas gdy powszechnie na gruncie tej etyki odrzuca się teorię kolizji dóbr. W orzecznictwie i doktrynie prawa karnego trafnie przyjmuje się, że istotna może być tylko ocena zagrożenia dokonywana *in concreto* z pozycji *ex ante*¹¹⁷, której — moim zdaniem — może dokonać tylko napadnięty w momencie zamachu. Przy fizycznym ataku na osobę zawsze istnieje prawdopodobieństwo utraty życia lub zdrowia, a skuteczna ochrona tych wartości dopuszcza użycie najskuteczniejszych środków obrony, których zamierzonym efektem może być nawet śmierć agresora.

Zagadnieniem dodatkowym jest stwierdzenie, że w sytuacji obrony koniecznej nie mamy na ogół do czynienia z okolicznościami, które umożli-

¹¹¹ J.M. Bocheński OP, *Kazania...*, *op. cit.*, s. 178.

¹¹² T. Ślipko SJ, *Bioetyka*, *op. cit.*, s. 394; J.M. Bocheński OP, *Kazania...*, *op. cit.*, s. 178–183.

¹¹³ T. Ślipko SJ, *Bioetyka*, *op. cit.*, s. 394–395.

¹¹⁴ J. Woroniecki OP, *op. cit.*, II/2, s. 160.

¹¹⁵ J.M. Bocheński OP, *Kazania...*, *op. cit.*, s. 181.

¹¹⁶ T. Ślipko SJ, *Zarys etyki szczegółowej*, t. 1..., *op. cit.*, s. 237.

¹¹⁷ Por. A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 104–105 i 116–118.

liwiałyby podjęcie nadobowiązkowego w etyce katolickiej aktu męczeństwa. Męczeństwo jest „wolnym i świadomym wyborem śmierci raczej niż przekroczenia normy”¹¹⁸. Treścią tej cnoty jest odrzucenie dóbr doczesnych dla dóbr wiecznych¹¹⁹, a jej akt jest świadectwem wiary. Broniący się przed bezprawnym atakiem nie przekracza norm sprawiedliwości, a agresja wobec osób — przynajmniej obecnie w naszym kręgu cywilizacyjnym — na ogół nie ma charakteru religijnych prześladowań, wobec których można dać świadectwo wiary w postaci przyjęcia męczeńskiej śmierci.

Istotne jest stwierdzenie, że przy obronie najbardziej istotnych wartości w zasadzie nie jest możliwe rażące naruszenie proporcji dóbr. Z tego powodu uważam, że obrona konieczna w sytuacji agresji powinna być prawem: samoistnym, nieograniczonym zasadą proporcjonalności dóbr i zostawiającym swobodę wyboru sposobu i środka obrony napadniętemu. Innowacją jest tylko to ostatnie twierdzenie o zakresie dopuszczalnych działań obronnych. Praktyka orzecznicza, zwłaszcza sądów pierwszej instancji, polegająca na częstym stosowaniu oceny skutków obrony koniecznej z pozycji *ex post*¹²⁰, uzasadnia — moim zdaniem — wyłączenie tej kwestii spod uznaniowości sądu. Oceny i rozważania każdego składu sędziowskiego cechuje zdystansowany stosunek do zaatakowanego dobra, poczucie bezpieczeństwa fizycznego, niemal nieograniczony czas na podjęcie decyzji oraz pełny i zobiektywizowany obraz zdarzenia. W tych warunkach nie można stwierdzić etycznej poprawności decyzji podjętej szybko, w poczuciu bezpośredniego zagrożenia życia i w oparciu o cząstkowe informacje. W kompetencjach sądu (a także prokuratora już na etapie postępowania przygotowawczego) zostałyby tylko ustalenie faktu bezpośredniego, bezprawnego i rzeczywistego zamachu na osobę, oraz koincydencji czasowej działań obronnych.

Do tej samej kategorii zaliczam atak na domostwo i działanie obronne obecnych domowników. Stres, w jakim znajduje się człowiek, gdy atakuje się najbardziej intymną sferę bezpieczeństwa, jaką jest dom, również uzasadnia przyjęcie subiektywnej oceny jako podstawy dla decyzji o podjęciu i sposobie obrony. W przypadku wtargnięcia intruza do mieszkania można

¹¹⁸ J.M. Bocheński OP, *De virtute militari. Zarys etyki wojskowej*, Kraków 1993, s. 49.

¹¹⁹ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Męstwo*, *op. cit.*, z. 124, a. 4, s. 44–45.

¹²⁰ Por. M. Czapiński, *Problematyka obrony koniecznej w orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Krakowie — analiza krytyczna wybranych spraw w okresie od 2003 do 2007 r.*, Kraków 2007; K. Buchała, *op. cit.*, s. 33 i 44; A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 104–105; M. Szafrańiec, *op. cit.*, s. 207–210.

uznać za uzasadnioną obawę o życie i zdrowie domowników, choćby bezpośredni atak na osobę jeszcze nie nastąpił¹²¹. Z tego powodu należy — moim zdaniem — uznać naruszenie miru domowego (w sensie art. 193 k.k.) za „sytuację agresji”.

Oczywiście sytuacją zupełnie inną jest włamanie do pustego domu (to atak na mienie). Ale wtedy problem obrony miru domowego nie powstaje. Osoba trzecia (np. sąsiad) może reagować, ale już według innych zasad obrony, które przedstawię w kolejnym punkcie. Krąg osób uprawnionych do reakcji obronnej według zasad określonych w tej części pracy nie ogranicza się do osób posiadających formalne uprawnienia do lokalu, ale obejmuje tych wszystkich, których „gospodarz” dopuścił do — nawet krótkotrwałego — korzystania z lokalu (np. dorosłe dzieci, goście).

Co do pomocy koniecznej przy zamachu na osobę właściwe są wyżej opisane reguły, gdyż jest to także sytuacja agresji i bezpośredniej fizycznej walki. Stres osoby udzielającej pomocy koniecznej może być nawet większy, gdyż na ogół pomoc taka jest udzielana osobom bliskim.

II.1. NIEAGRESJA — „NAPASTNIK ODPOWIEDZIALNY”

Prawo do obrony wszystkich innych dóbr powinno być zgodne z obecnie obowiązującą regulacją. Z jedną różnicą: wyłączone z tego zakresu są przypadki, w których napastnikami są nieletni i niepoczytalni, tj. podmioty niezdolne do przypisania im winy. Osoby, które w sposób zawiniony wprawiły się w stan niepoczytalności, powinny podlegać aktualnemu unormowaniu. Rację tego podziału wyjaśnię przy omawianiu trzeciej odmiany obrony koniecznej.

Ten rodzaj samoistnej obrony wszystkich dóbr przed „odpowiedzialnym napastnikiem” niczym nie powinien różnić się od teoretycznie obowiązującego modelu, tj. broniący dobra ma obowiązek wybrać mniej szkodliwy sposób obrony spośród równie skutecznych. Ocena tego wyboru jest zobiektywizowana i dokonywana *ex ante*. W ten sam sposób należy oceniać, czy broniący się mógł rozpoznać, że ma do czynienia z osobą nieletnią lub niepoczytalną. Obiektywizm ten jest zasadny, gdyż obrońca nie jest bezpośrednio zagrożony i nie podejmuje decyzji w takim stresie, aby nie można

¹²¹ Podobnie chroni domostwo prawo anglosaskie, które przewiduje szczególne uprawnienia dla obrony domu przed bezprawnym najściem (*the privilege of defense of habitation*), jednak celowe i śmiertelne użycie broni jest uzasadnione wystąpieniem okoliczności wskazujących na zagrożenie osób zamieszkujących domostwo. Zob. J. Dressler, *op. cit.*, s. 205–206; por. A. Marek, *Obrona konieczna...*, *op. cit.*, s. 14.

było od niego wymagać racjonalnej oceny sytuacji i wyboru stosownego sposobu obrony.

Konieczne jest zastrzeżenie, że jeśli osoba znajdująca się w nagłej i koniecznej potrzebie naruszy cudze mienie dla podtrzymania życia lub zdrowia, to nie popełnia bezprawia¹²². Na gruncie polskiego prawa sytuację taką reguluje instytucja stanu wyższej konieczności. Stąd kradzież środków spożywczych lub leczniczych w niewielkiej ilości dokonywana przez człowieka będącego w koniecznej potrzebie nie może być odpierana siłą. Ewentualną pomyłkę broniącego mienia należy rozpatrywać w kategoriach błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność (art. 29 k.k.).

Jeżeli jedynym możliwym i skutecznym środkiem obrony innych dóbr niż osoba i domostwo jest tzw. środek niebezpieczny (tj. godzący w osobę napastnika), to jest on dopuszczalny po uprzednim ostrzeżeniu napastnika. Bez tego ostrzeżenia nie jest on środkiem „jedynym”, gdyż groźba użycia siły może działać równie skutecznie jak jej użycie. Nie zagłębiając się w kazuistykę należy zauważyć, że zabójstwo z zamiarem bezpośrednim w obronie mienia — np. poprzez oddanie strzału z broni palnej skierowanego w głowę napastnika — trzeba uznać za niedopuszczalny sposób obrony, gdyż w podanym przykładzie równie skuteczny byłby postrzał w nogę. Przy spełnieniu tych warunków całą odpowiedzialność etycznoprawną za skutki użycia radykalnego środka obrony ponosi napastnik¹²³.

Natomiast obrońca nie ma żadnego obowiązku rezygnować z najmniejszego choćby prawa tylko dlatego, że napastnik jest tak bardzo zdeterminowany, iż jest gotów zaryzykować życie dla bezprawnej zdobyczy. Mamy tutaj do czynienia z wolnymi decyzjami dwóch podmiotów: jedna dotyczy obrony prawa, druga jego naruszenia i to ona obciąża winą w sensie materialnym oraz formalnym napastnika. Relacje między równymi sobie podmiotami reguluje sprawiedliwość komutatywna, która w sytuacji bezprawnego zamachu nakłada obowiązek zaprzestania tegoż zamachu na napastnika i uprawnienie do obrony przyznaje defensorowi¹²⁴. Nakładanie obowiązku rezygnacji z jakiegokolwiek prawa tylko dlatego, że napastnik ryzykuje swoją osobą, byłoby niezgodne z wymogami sprawiedliwości.

¹²² Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Sprawiedliwość*, op. cit., z. 66, a. 7, s. 141–142.

¹²³ Podobną ocenę wyraził SA w Krakowie w wyroku z 5 X 2006 r., II Aka 140/06, KZS 2006, nr 10, poz. 29: „Odpowiedzialność za skutek obrony obciąża nie broniącego się, ale napastnika”.

¹²⁴ O sprawiedliwości komutatywnej zob. Arystoteles, op. cit., V, 1131b–1132b, s. 175–176; św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Sprawiedliwość*, op. cit., z. 66, a. 7, s. 141–142.

Napastnik może i powinien spodziewać się skutecznej obrony dobra, które zaatakował, a zatem dobrowolnie i świadomie wystawia swoją osobę na ryzyko związane z konsekwencjami działań obronnych¹²⁵. Nawiązując do klasycznej zasady, iż chcącemu nie dzieje się krzywda, należy odnieść także do napastnika argumentację Arystotelesa dotyczącą samobójcy: „Wszak dobrowolnie doznaje swego losu, a nikt nie doznaje krzywdy dobrowolnie”¹²⁶. Kolejnym klasycznym argumentem jest twierdzenie, że do doznania krzywdy jest konieczny ktoś, kto krzywdę wyrządza, a defensor kierujący się tylko zamiarem obrony choćby najdrobniejszego, ale należnego mu prawa, nie ma intencji wykroczenia przeciw sprawiedliwości, zatem nie wyrządza nikomu krzywdy. Dlatego należy — za Arystotelesem — uznać, że poszkodowany w wyniku słusznej obrony napastnik nie doznaje krzywdy, lecz co najwyżej ponosi stratę¹²⁷.

Ostatnim zagadnieniem będzie stwierdzenie, że sprawiedliwy czyn polegający na skutecznej obronie nawet małowartościowego dobra nie jest sprzeczny z wymogami chrześcijańskiej miłości. Zakres zastosowania miłości i sprawiedliwości jest taki sam (obejmuje wszystkich ludzi), lecz przedmiot formalny jest różny. Dlatego te wartości nie kolidują ze sobą, ale dopełniają się bez wzajemnego zniekształcenia¹²⁸. Fundamentem etycznym miłości jest sprawiedliwość i dlatego „miłość nie pomija, ani nie działa poza porządkiem sprawiedliwości [...] Miłość bez sprawiedliwości jest tylko pseudomiłością, która na rzecz pozorów poświęca bardziej istotne wartości etyczne, bądź też za łatwiejszą cenę chce się wykupić od trudniejszego zadania, jakie stawia przed człowiekiem surowość i ścisłość nakazów sprawiedliwości”¹²⁹. Także *Katechizm Kościoła katolickiego* stanowi, że miłość jest największym przykazaniem społecznym, szanuje prawa innego człowieka oraz „wymaga praktykowania sprawiedliwości i tylko ona nas do tego uzdalnia”¹³⁰.

¹²⁵ Podobną ocenę wyraził SA w Krakowie w wyroku z 31 VIII 2005 r., II Aka, 168/05, KZS 2005, nr 10, poz. 29: „[...] napastnik powinien się liczyć z każdą konsekwencją, jaka w wyniku takiego zamachu może nastąpić, z ryzykiem doznania uszczerbku na zdrowiu, a nawet utratą życia”.

¹²⁶ Arystoteles, *op. cit.*, V, 1138a, s. 191.

¹²⁷ *Ibid.*, V, 1136b, s. 187.

¹²⁸ Przedmiotem formalnym miłości jest upodobanie skłaniające do życzliwości, natomiast przedmiotem formalnym sprawiedliwości jest uprawnienie i związany z nim obowiązek. Zob. J. Woroniecki OP, *op. cit.*, II/2, s. 7.

¹²⁹ T. Ślipko SJ, *Zarys etyki szczegółowej*, t. 2..., *op. cit.*, s. 132.

¹³⁰ *Katechizm...*, *op. cit.*, s. 449.

II.2. NIEAGRESJA — „NAPASTNIK NIEODPOWIEDZIALNY”

Zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku zamachu na dobra inne niż osoba i domostwo ze strony nieletnich oraz niepoczytalnych, którym nie można przypisać winy. Należy założyć, że taka osoba — będąca napastnikiem — nie jest w stanie podjąć w pełni świadomej i dobrowolnej decyzji, za którą byłaby odpowiedzialna. Tym samym nie jest ona w pełni podmiotem obowiązku etyczno-prawnego poszanowania uprawnień innych osób.

Jedyną osobą zdolną do podjęcia odpowiedzialnej decyzji — w sytuacji obrony przed takim napastnikiem — jest broniący dobra prawnego. Nie jest on zagrożony przemocą i w związku z tym ma warunki do racjonalnej oceny sytuacji oraz do podjęcia optymalnej decyzji. Ocena sytuacji w tym przypadku będzie dotyczyła zarówno rozpoznania stopnia niebezpieczeństwa zamachu, jak i stwierdzenia, czy napastnikiem jest nieletni lub niepoczytalny. Ponieważ obrońca nie działa w silnym stresie, należy zastosować zobiektywizowane kryterium oceny poprawności jego procesu decyzyjnego, czyli ustalić ocenę sytuacji przez stereotypowego przeciętnego obywatela szanującego prawo postawionego w miejscu broniącego dobra prawnego, tj. dysponującego tym samym zasobem informacji i charakteryzującego się tymi samymi cechami psychofizycznymi (np. stan zdrowia, wiek).

Istotną cechą tej postaci obrony koniecznej jest specyficzne ujęcie zakresu dozwolonych środków i sposobów obrony. Ogólna reguła nakazująca wybór najłagodniejszego środka (i sposobu obrony) z równie skutecznych jest w tym przypadku ograniczona inną regułą, zakazującą użycia niebezpiecznych środków obrony (tj. godzących w życie lub zdrowie napastnika w sensie art. 156 k.k.).

Podobne ograniczenie było postulowane już przez Władysława Woltera i Wojciecha Radeckiego, jednak w odniesieniu do jednolitego ujęcia obrony koniecznej¹³¹. Inne było też uzasadnienie — tj. standardowo mniejszy sto-

¹³¹ Por. W. Wołter, *Nauka...*, op. cit., s. 172; W. Radecki, *Podjęcie obrony koniecznej w świetle prawa i moralności*, „Nowe Prawo” 1976, nr 7/8, s. 102. Za bezprawnością cywilnoprawną obrony koniecznej przed atakiem sprawcy nieletniego opowiadał się A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu. O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu*, Warszawa 1961, s. 22; natomiast za naruszeniem zasad dobrej wiary, skutkującym bezprawnością cywilnoprawną obrony koniecznej polegającej na zabiciu lub zranieniu osoby niepoczytalnej dokonującej zamachu na mienie niewielkiej wartości wypowiedział się S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 164.

pień niebezpieczeństwa zamachu w takich sytuacjach. Usprawiedliwienie takie łatwo było podważyć wykazując, iż stopień niebezpieczeństwa zamachu nie zależy od stopnia winy sprawcy¹³².

Podstawą postulowanego w tej pracy ograniczenia jest reguła nakazująca ochronę „słabszych” osób, nawiązująca do postulatu Wojciecha Radeckiego „łagodniejszego traktowania człowieka w pewnym sensie słabszego”¹³³. „Słabość” rozumiana jest tutaj jako niezdolność do samodzielnego i odpowiedzialnego decydowania o sobie. Etyka chrześcijańska nakłada taki nakaz opieki nad „słabszymi”, który można w warunkach systemu prawnego sformułować mniej więcej tak: „wszystkie odpowiedzialne osoby pełnią funkcję gwaranta wobec osób nieodpowiedzialnych w sytuacji kontaktów bezpośrednich”. W przypadku obrony koniecznej „funkcja gwaranta” oznacza zabezpieczenie podstawowych dóbr (jak życie i zdrowie) napastnika. Nie można bowiem założyć, że dziecko lub chory psychicznie, skutecznie „zrzeka się” tych dóbr ryzykując ich utratę dla bezprawnej zdobyczy. Zabezpieczenie życia i zdrowia jest realizowane przez bezwzględny zakaz użycia środków obrony godzących w te dobra.

Podstawą moralną uprzywilejowania „słabszych” w stosunku do osób odpowiedzialnych jest w etyce katolickiej porządek miłości, mającej za przedmiot człowieka. Na szczycie tej hierarchii jest miłość własna, niżej *eros* (miłość erotyczna), *storge* (miłość rodzinna), *filia* (przyjaźń) i najniżej *agape* (miłość bliźniego)¹³⁴. Bardziej powinno się kochać ludzi bliższych człowiekowi kochającemu¹³⁵. Troski o słabszych uczymy się na poziomie miłości rodzinnej i poprzez analogię do opieki rodzinnej powinniśmy także w miarę możliwości dbać także o obce osoby słabsze¹³⁶. Stąd dzieci i osoby chore psychicznie powinny być kochane z podobną mocą do *storge*. Natomiast ludzie obcy i odpowiedzialni powinni być kochani tylko na poziomie *agape*.

Niemniej ważne jest stwierdzenie, że w tym przypadku nakaz miłości do słabszych nie narusza sprawiedliwości wymiennej. Napastnik nieodpowiedzialny z samej definicji nie ponosi winy w sensie formalnym i nie jest podmiotem obowiązku etycznoprawnego. Zatem nie mamy tutaj do czynienia z relacją dwóch podmiotów wzajemnie zobowiązanych i upraw-

¹³² Por. K. Buchała, *op. cit.*, s. 42–43.

¹³³ W. Radecki, *op. cit.*, s. 102.

¹³⁴ J.M. Bocheński OP, *O miłości*, w: J.M. Bocheński OP, *Dziela...*, *op. cit.*, s. 218–219.

¹³⁵ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Miłość*, *op. cit.*, z. 26, a. 7, s. 87–88.

¹³⁶ Por. *Katechizm...*, *op. cit.*, s. 513–514.

nionych. W takiej sytuacji jedynym podmiotem obowiązku jest broniący dobra prawnego i to on powinien dostosować swoje działania obronne do wymogów sprawiedliwości oraz hierarchii dóbr. Pozbawienie życia lub zdrowia napastnika nieodpowiedzialnego w obronie małowartościowych dóbr, naruszałoby proporcję wartości (w której nie można uwzględnić winy napastnika) i byłoby wykroczeniem przeciw sprawiedliwości.

Warto zauważyć, że zasada wyżej opisana nie opiera się w żadnej mierze na bilansie utylitarnym. Mamy tutaj przykład dwóch reguł (ochrony słabszych i prawa do skutecznej obrony małowartościowych dóbr), których pozorny konflikt rozwiązywany jest — na zasadzie koordynacji norm — poprzez ograniczenie zakresu jednej w celu pełnego zabezpieczenia drugiej, ważniejszej w systemie. Oznacza to, że zakres prawa do skutecznej obrony „małowartościowych” dóbr (tj. innych niż osoba i domostwo) jest ograniczony przez obowiązek ochrony istotnych dóbr (życie i zdrowie) osób „słabszych”. Harmonizację tych norm zapewnia naczelną zasadą sprawiedliwości wymiennej, regulująca stosunki między jednostkami¹³⁷.

Konsekwencją tego rozwiązania jest uznanie, iż w sytuacji, w której użycie radykalnych środków jest jedynym skutecznym sposobem ochrony dobra zaatakowanego, to użycie takich środków jest bezwzględnie niedopuszczalne. Zatem niedopuszczalne jest w ogóle podjęcie skutecznej obrony. Nietrudno zauważyć, że zasada ochrony słabszych ogranicza nie tylko swobodę doboru środków, ale pośrednio także samą decyzję o podjęciu skutecznej obrony. Wszystkie te okoliczności zbliżają znacznie tę postać obrony koniecznej do stanu wyższej konieczności. Zagrożenie dla dobra nie jest w pełni podmiotowe (w sensie wyżej opisanym), a jedyną osobą, od której wymagamy racjonalnej oceny i decyzji jest obrońca. Wszystkie trzy aspekty działania obronnego (samoistność, brak wymogu ścisłej proporcji dóbr, obowiązek wyboru najłagodniejszego spośród równie skutecznych środków obrony) są ograniczone zakazem użycia radykalnych środków obrony, wynikającym z nadrzędnej zasady ochrony słabszych.

Przekształcając wyżej wymienione postulaty na konkretną konstrukcję nowego ujęcia obrony koniecznej sformułowaną w języku ustawy karnej — otrzymamy efekt o takiej treści:

Art. 25 § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej, odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem.

¹³⁷ T. Ślipko SJ, *Zarys etyki szczegółowej*, t. 2..., *op. cit.*, s. 121.

§ 2. W przypadku obrony koniecznej osoby lub domostwa broniący tych dóbr może wybrać najskuteczniejszy w jego ocenie sposób obrony.

§ 3. W przypadku obrony koniecznej jakiegokolwiek innego niż wymienione w § 2 dobra chronionego prawem broniący tego dobra powinien wybrać najmniej szkodliwy spośród równie skutecznych sposobów obrony.

§ 4. W przypadku obrony koniecznej jakiegokolwiek innego niż wymienione w § 2 dobra chronionego prawem przed napastnikiem nieletnim lub niepoczytalnym broniącemu tego dobra nie wolno stosować takiego sposobu obrony, który spowodowałby śmierć lub ciężki uszczerbek na zdrowiu.

Definicję „domostwa” — stosowną do art. 193 k.k. — należałoby umieścić w art. 115 k.k.

