

Marek Bielski

Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność

1. Dogmatyka prawa karnego definiuje pojęcie bezprawności również od strony negatywnej, jako sprzeczność zachowania z porządkiem prawnym przy braku okoliczności wyłączających bezprawność czynu¹. W świetle tego założenia relacja bezprawności nie zachodzi, jeśli sprawca czynu zabronionego podejmuje zachowanie w sytuacji wystąpienia okoliczności wyłączających bezprawność, a więc podejmuje zachowanie w granicach kontratypu. Pochodzące od Władysława Woltera pojęcie kontratypu² wyraźnie wskazuje na sposób rozumienia instytucji prawno Karnych mieszczących się w tej kategorii dogmatycznej. Zakłada ono istnienie zespołu okoliczności uzasadniających wyłączenie prawnej odpowiedzialności jednostki³ pomimo

¹ A. Z o 11, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 59; A. Z o 11, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim i niemieckim prawie karnym. Materiały polsko-niemieckiego sympozjum prawa karnego*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990, s. 108; K. B u c h a ł a, *Prawo karne materialne*, wyd. 2, Warszawa 1989, s. 191. Podobnie M. C i e ś ł a k, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. 2, Warszawa 1994, s. 196–197.

² W. W o l t e r, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 190; W. W o l t e r, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1969, nr 10, s. 507; W. W o l t e r, *Z problematyki struktury przepisów karnych*, PiP 1978, nr 11, s. 34–35.

³ Mowa o „wyłączeniu prawnej odpowiedzialności jednostki” z kilku powodów. Po pierwsze, pojęcie kontratypu nie jest swoistą instytucją prawno Karną. Również w prawie cywilnym istnieje ustawowe unormowanie obrony koniecznej oraz stanu wyższej konieczności. Po drugie, w doktrynie prawa karnego istnieją rozbieżności co do konsekwencji prawnych zachowania kontratypowego. Omówienie tych kontrowersji będzie przedmiotem niniejszego opracowania.

podjęcia przez nią zachowania sprzecznego z generalno-abstrakcyjnie sformułowanym zakazem lub nakazem postępowania, wynikającym z normy sankcjonowanej. Zachowanie podjęte w granicach kontratypu decydować ma o skorygowaniu tej oceny na płaszczyźnie konkretno-indywidualnego zachowania jednostki. Istnienie kontratypów ma za zadanie zapewnić niezbędną korektę konsekwencji prawnych związanych z naruszeniem imperatywu wynikającego z normy, z uwagi na wiążącą się z konkretną sytuacją faktyczną kolizją dóbr, zachodzącą pomiędzy dobrem prawnym chronionym przez naruszaną normę a inną wartością zasługującą na uwzględnienie w ramach społecznego rachunku zysków i strat⁴. Wartości ujmowane w ramach rachunku zysków i strat muszą być wartościami prawem chronionymi.

W ramach niniejszego opracowania szerzej omówiony zostanie tylko jeden, aczkolwiek dotyczący najbardziej spornych kwestii, aspekt poruszanej problematyki, a mianowicie zagadnienie charakteru prawnego kontratypu. Trudności z ustaleniem znaczenia prawnego kontratypów związane są z dwoma zasadniczymi problemami. Z jednej strony istnieją dość poważne trudności w ustaleniu rzeczywistych poglądów poszczególnych autorów z uwagi na rozbieżności terminologiczne, a zwłaszcza ze względu na różne rozumienie pojęcia bezprawności. W szczególności problematyczne jest ustalenie zapatrywań tych teoretyków, którzy odrzucają monistyczne pojmowanie bezprawności, co prowadzi ich do odróżniania bezprawności karnej od bezprawności na gruncie innych dziedzin prawa. Z drugiej strony trudności rodzi przekładanie poglądów dogmatycznych, zbudowanych przy wykorzystaniu siatki pojęciowej charakterystycznej dla rozważań o strukturze przestępstwa, na język właściwy dla rozważań związanych z analizą normatywną. W szczególności problematyczne jest ustalenie istoty pewnych poglądów na płaszczyźnie normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej⁵.

⁴ A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 101 i n.

⁵ Dlatego jako regułę przyjęto odwoływanie się tylko do prac tych autorów, którzy swoje poglądy na temat charakteru prawnego kontratypów zarysowali także na płaszczyźnie analizy normatywnej. Należą do nich: A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, w szczególności s. 94, 122 i 153; A. Z o 11, *W sprawie kontratypów*, PiP 2009, nr 4, s. 110; W. P a t r y a s, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 30–31; K. B u c h a ł a, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 246. Por. W. W r ó b e l, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 257–258; T. K a c z m a r e k, *O tzw. okolicznościach „wyluczających” bezprawność czynu*, PiP 2008, nr 10, s. 26–27; T. K a c z m a r e k, *O kontratypach raz jeszcze*, PiP 2009, nr 7, s. 91 i n.; J. G i e z e k, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga*

2. Dostrzeżenie powyższych problemów interpretacyjnych uzasadnia poprzeczenie właściwego przedmiot rozważań krótkim wprowadzeniem co do podstawowych założeń leżących u podstaw prezentowanego poglądu odnośnie charakteru prawnego kontratypów. Podstawą analizy będzie przyjęcie pięcioelementowej struktury przestępstwa stworzonej przez A. Zolla⁶. Przestępstwem może być określone tylko zachowanie, które będzie: (1) czynem⁷, (2) bezprawnym, (3) karalnym, (4) karygodnym i (5) zawinionym. Najistotniejsze z punktu widzenia podejmowanych rozważań jest oddzielenie w tej strukturze od siebie płaszczyzny bezprawności i karalności.

W opracowaniu tym przyjmujemy, że bezprawność, to podlegająca wartościowaniu, z uwagi na cel obowiązywania danej normy prawnej, relacja sprzeczności konkretno-indywidualnego zachowania adresata normy z za-

pamiętkowa z okazji Jubileuszu 70 urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 151 i n. Por. M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2009, nb. 69–72 do art. 1.

⁶ W swych pracach autor ten dużo miejsca poświęcił strukturze przestępstwa, stopniowo ją modyfikując i doprecyzowując. Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 59; A. Zoll, *O wartościowaniu czynu w prawie karnym*, PiP 1983, nr 4, s. 112–114; A. Zoll, *Einige Probleme der Handlungsbewertung im Strafrecht*, „Archivum Iuridicum Cracoviense” 1987, vol. XX, s. 150 i n.; A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, vol. XXIII, s. 93–94; A. Zoll, *Karalność...*, *op. cit.*, s. 108; A. Zoll, w: K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Warszawa 1994, s. 11, teza 5 do art. 1; A. Zoll, w: G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 22, teza 10 do art. 1.

⁷ Wydaje się, że obecnie A. Zoll uznaje pojęcie czynu za jeden z elementów struktury przestępstwa, które traktowane jest jako normatywne kryterium prawnokarnego wartościowania, a nie obiekt wartościowania. Przedmiotem oceny z punktu widzenia prawa karnego autor ten uznaje zachowanie człowieka, jako fakt czysto ontologiczny, który musi zostać poddany wartościowaniu w celu ustalenia czy zachowanie to ma charakter przestępny (tak K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, wyd. II, Warszawa 1997, s. 121; A. Zoll, w: G. Bogdan [i in.], *op. cit.*, s. 22, teza 10 do art. 1). We wcześniejszych pracach pojęcie czynu było uznawane za obiekt, a nie kryterium wartościowania (por. A. Zoll, *O normie...*, *op. cit.*, s. 94; A. Zoll, *Karalność...*, *op. cit.*, s. 108–109). Zob. też na ten temat M. Ródnickiewicz, *Treść pojęcia czynu w prawie karnym jako efekt procedury modelowania*, w: *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierz Buchały*, red. Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, W. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994, s. 211–212; M. Ródnickiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 28–29; J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu (Zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997, s. 31–32; P. Kardas, *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym*, Kraków 1999, s. 80–81.

kazem lub nakazem określonego zachowania wynikającym z obowiązującego w danym miejscu i czasie porządku prawnego. Tak ogólne określenie bezprawności musi zostać uściślone przez wskazanie kilku cech doprecyzowujących to pojęcie. Po pierwsze, bezprawność będzie rozumiana monistycznie jako sprzeczność zachowania z całym porządkiem prawnym⁸. Po drugie, niezbędne wydaje się uwzględnienie nie tylko formalnego aspektu bezprawności, jako relacji zgodności pomiędzy konkretnym zachowaniem adresata normy a klasą zachowań zakazanych przez porządek prawny, ale także materialnego (wartościującego) aspektu bezprawności sprowadzającego się do oceny zachowania formalnie sprzecznego z normą prawną z punktu widzenia celu wydania zakazu lub nakazu postępowania⁹. Aspekt wartościujący bezprawności wyraża się w dwóch instytucjach prawa karnego, a mianowicie w konstrukcji dobra prawnego i reguł postępowania z dobrem¹⁰. Po trzecie, bezprawność rozumieć należy jako pojęcie nakierowane na zachowanie sprawcy, jednak zrelatywizowane do (ewentualnego) skutku przestępnego¹¹. Bezprawność jest wyznaczana przez ujemne wartościowanie samego zachowania adresata normy sankcjonowanej, które jest jedynie odniesione z perspektywy *ex ante* do możliwych następstw zachowania sprzecznego z normą¹², co bynajmniej nie oznacza, że warunkiem przyjęcia bezprawności jest wystąpienie skutku przestępnego¹³. Po czwarte, właściwe jest przedmiotowe rozumienie bezprawności¹⁴, niezależniające to

⁸ A. Z o l l, *O normie...*, *op. cit.*, s. 73; A. Z o l l, *Karalność...*, *op. cit.*, s. 103; K. B u c h a ł a, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 190.

⁹ A. Z o l l, *O normie...*, *op. cit.*, s. 78.

¹⁰ *Ibid.*, s. 79–80.

¹¹ W. W r ó b e l, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, vol. 8, s. 10; J. G i e z e k, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 68 i n.; R. D ę b s k i, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 180 i n. oraz 226 i n.; J. M a j e w s k i, *Prawnokarne...*, *op. cit.*, s. 89–91; J. M a j e w s k i, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002, s. 269; P. K a r d a s, *Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu*, w: *Podstawy odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe*, red. J. Majewski, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 84.

¹² J. G i e z e k, *Przyczynowość...*, *op. cit.*, s. 63 i n.; R. D ę b s k i, *op. cit.*, s. 226.

¹³ Odmiennie w tym względzie Ł. P o h l, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 89–95; Z. J ę d r z e j e w s k i, *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009, s. 133.

¹⁴ W. W o l t e r, *O kontratypach...*, *op. cit.*, s. 504; A. Z o l l, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 35 i 58–60; A. Z o l l, *O normie...*, *op. cit.*, s. 81 i 88–89; W. W r ó b e l, *Relacyjne...*, *op. cit.*, s. 10; W. P a t r y a s, *Interpretacja...*, *op. cit.*, s. 19; W. P a t r y a s, „Norma sankcjonowana w prawie karnym...” – kilka uwag do artykułu Łukasza Pohla, RPEiS 2006,

pojęcie od elementów podmiotowych¹⁵. W końcu przyjmowane będzie tu relacyjne ujęcie bezprawności, wykluczające stopniowanie tego pojęcia¹⁶. Bezprawność może zachodzić, albo nie zachodzić. Natomiast nie jest możliwe mówienie o wyższym lub niższym stopniu bezprawności. Drugi istotny z punktu widzenia prowadzonych rozważań element struktury przestępstwa, a więc karalność, należy utożsamiać z realizacją przez sprawcę znamion przedmiotowych i podmiotowych typu czynu zabronionego. Podkreślenia wymaga też tkwiąca u podstaw przyjmowanej struktury przestępstwa zależność między płaszczyzną bezprawności i karalności¹⁷. Tylko zachowanie bezprawne może zostać uznane za karalne, co uzasadnione jest wynikającym z zasady państwa prawa aksjologicznym założeniem tkwiącym u podstaw odpowiedzialności karnej, że tylko zachowanie łączące się z naruszeniem porządku prawnego zasługuje na ukaranie.

Dla wyjaśnienia charakteru prawnego sytuacji kontratypowych niezbędne wydaje się sięgnięcie do wniosków jakie niesie z sobą analiza struktur normatywnych dekodowanych z przepisów prawa karnego. Narzędziem tej analizy będzie koncepcja norm sprzężonych w powiązaniu z koncepcją semantycznej struktury normy¹⁸.

3. Spojrzenie na problematykę charakteru prawnego kontratypów z punktu widzenia analizy normatywnej daje dwie teoretyczne możliwości usytuowania sytuacji kontratypowych w obrębie dekodowanych z przepisów karnych struktur normatywnych¹⁹. Pierwsza możliwość sprowadza

nr 1, s. 66; J. M a j e w s k i, *Prawnokarne...*, *op. cit.*, s. 83–84; J. M a j e w s k i, *Tak zwana kolizja...*, *op. cit.*, s. 269; P. K a r d a s, *Przestępstwo ciągle...*, *op. cit.*, s. 101–102 i 106–108; P. K a r d a s, *Przypisanie...*, *op. cit.*, s. 84.

¹⁵ Odmienne W. M a ć i o r, *O finalizmie w prawie karnym*, PiP 1971, nr 6, s. 980; Z. J ę d r z e j e w s k i, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 170; Z. J ę d r z e j e w s k i, *Bezprawność...*, *op. cit.*, s. 132–134; Ł. P o h l, *Uwagi na marginesie dialogu z prof. Wojciechem Patryasem*, RPEiS 2006, nr 4, s. 182 i n.; Ł. P o h l, *Struktura...*, *op. cit.*, s. 110 i n.

¹⁶ W. W r ó b e l, *Relacyjne...*, *op. cit.*, s. 6.

¹⁷ A. Z o l l, *Karalność...*, *op. cit.*, s. 103–104 i 108–109.

¹⁸ P. K a r d a s, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 85 i n.

¹⁹ Trzeba się zgodzić z tymi przedstawicielami doktryny, którzy uznają, że przepisy karne są źródłem zarówno normy sankcjonowanej, jak i normy sankcjonującej. Tak W. W r ó b e l, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, RPEiS 1993, nr 3, s. 93 i n.; P. K a r d a s, *Przestępstwo ciągle...*, *op. cit.*, s. 89 i n.; M. D ą b r o w s k a - K a r d a s, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Kraków 2007, niepublikowana rozprawa doktorska, II.1.2., s. 171 i n. Odmienne A. Z o l l, *O normie...*, *op. cit.*, s. 70; A. Z o l l, *Karalność...*, *op. cit.*, s. 102.

się do uznania kontratypów za okoliczności, które należy uwzględnić w zakresie zastosowania normy sankcjonowanej, co w odniesieniu do analizy strukturalnej oznaczać musi rozpatrywanie tych okoliczności na płaszczyźnie bezprawności. Druga teoretyczna możliwość wyjaśnienia prawnego charakteru kontratypów sprowadza się natomiast do uwzględnienia sytuacji kontratypowych jako okoliczności zawężającej zakres zastosowania normy sankcjonującej, co w przełożeniu na strukturę przestępstwa oznaczać musi rozważanie kontratypów na płaszczyźnie karalności. Mając to na uwadze można w doktrynie prawa karnego wyróżnić trzy ogólne koncepcje wyjaśnienia charakteru prawnego kontratypów.

4. Pierwszy z poglądów można określić jako koncepcję prawnej irrelevantności kontratypu. Sprowadza się on do przyjęcia, że konkretno-indywidualne zachowanie adresata normy sankcjonowanej może być sprzeczne z zakazem lub nakazem wynikającym z tej normy tylko i wyłącznie wtedy, gdy jednocześnie nie zostało podjęte w sytuacji kontratypowej²⁰. Według tego zapatrywania zakres zastosowania normy sankcjonowanej, leżącej u podstaw prawnokarnej normy sankcjonującej, nie obejmuje sytuacji faktycznych, w których zachowanie zostanie podjęte w granicach kontratypu²¹. Przepisy statuujące kontratypy pełnią w tym wypadku rolę przepisów uadekwatniających przez modyfikację zakres zastosowania normy sankcjonowanej. Istotą tego poglądu jest więc przyjęcie, że zachowanie podjęte w gra-

²⁰ „Norma zezwalająca (nakazująca) na określone zachowanie wyczerpujące znamiona typu czynu zabronionego nie uchyla jednak normy sankcjonującej wynikającej z tego określenia, w konsekwencji nie uchyla rzekomo istniejącego naruszenia normy, lecz jedynie zawęża zakres zastosowania normy sankcjonowanej” (K. B u c h a ł a, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 246). Wyraźnie za poglądem pozostawiającym sytuacje kontratypowe poza zakresem zastosowania normy sankcjonowanej wypowiedzieli się też W. P a t r y a s, *Interpretacja...*, *op. cit.*, s. 30–31; T. K a c z m a r e k, *O tzw. okolicznościach...*, *op. cit.*, s. 26–27. Por. wypowiedzi W. W r ó b l a, T. K a c z m a r k a i J. M a j e w s k i e g o, *Zapis dyskusji*, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, odpowiednio s. 96–101, 102 i 103–106 oraz 110–118.

²¹ Do tej grupy trzeba też zaliczyć koncepcje negatywnych znamion typu, pomimo że istnieją trudności w przełożeniu jej na teorię norm. Zwrócono uwagę, że przejście z rozważań na poziomie przepisów na poziom norm dekodowanych z tych przepisów prowadzi do uznania, że teoria negatywnych znamion typu oznacza zawężenie zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, w której nie mieściłyby się zachowania podejmowane w granicach kontratypu. Zob. W. P a t r y a s, *Interpretacja...*, *op. cit.*, s. 30–31; A. B a r c z a k - O p l u s t i l, *Reguły postępowania jako znamię typu czynu zabronionego*, Kraków 2004, niepublikowana rozprawa doktorska; Ł. P o h l, *Struktura...*, *op. cit.*, s. 189.

nicach kontratypu nie jest sprzeczne z zakazem lub nakazem wynikającym z normy, a więc jest tylko prawnokarnie, ale w ogóle prawnie irrelewantne. Nie dochodzi w tym wypadku do naruszenia normy sankcjonowanej dekodowanej z przepisów karnych. W tym ujęciu zachowanie podjęte w sytuacji kontratypowej nie różniłoby się niczym od sytuacji braku naruszenia przez adresata normy dobra prawnego, którego ochrona stanowiła cel ustanowienia normy sankcjonowanej²², albo od sytuacji, w której adresat normy nie naruszył swym zachowaniem reguł postępowania z dobrem prawnym, nie przekraczając tym samym granic społecznej tolerancji dla zachowań rodzących niebezpieczeństwo naruszenia lub narażenia na uszczerbek dobra prawnego chronionego przez daną normę²³. Takie rozumienie kontratypu oznacza uznanie zachowań mieszczących się w ramach tej konstrukcji prawnej za zachowania pierwotnie legalne²⁴. Przyjęcie, że działanie w sytuacji kontratypowej pozostaje zawsze poza zakresem normy sankcjonowanej²⁵ oznacza równocześnie pozostawianie tych sytuacji poza zakresem normy sankcjonującej, zgodnie z zasadą, że tylko zachowania bezprawne mogą być karalne. Przeniesienie wniosków wynikających z omawianej koncepcji na poziom struktury przestępstwa prowadzi do stwierdzenia, że zachowania kontratypowe jedynie pozornie odpowiadają opisowi znamion typu czynu zabronionego, gdyż z uwagi na pozostawianie ich od samego początku poza zakresem zachowań bezprawnych nie mogą też zostać uznane za czyny karalne.

Krytyka zarysowanej wyżej teoretycznej możliwości ujęcia konsekwencji prawnych zachowania w sytuacjach kontratypowych, sprowadzić się musi do zarzutu, że od strony materialnej istoty kontratypów²⁶ koncepcja ta tłumaczy zagadnienie w sposób trudny do zaakceptowania. Kontrowersyjne wydaje się zrównanie prawnych konsekwencji kontratypów z sytuacjami, kiedy zachowanie odpowiadające opisowi znamion typu czynu zabronio-

²² A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 88–95.

²³ *Ibid.*, s. 95–100.

²⁴ Na temat pierwotnej i wtórnej legalności: A. Z o 11, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 6 i n.; A. Z o 11, w: G. B o g d a n [i in.], *op. cit.*, s. 397, tezy 8 i 9 do wpraw. do rozdz. III; A. Z o 11, K. B u c h a ł a, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 196.

²⁵ W myśl tego poglądu nie można mówić o wyłączeniu bezprawności. Pozostawienie poza zakresem zastosowania normy sankcjonowanej sytuacji działania w granicach kontratypu oznacza, że takie zachowania nigdy nie może zostać objęte imperatywem wynikającym z normy. Tak K. B u c h a ł a, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 245–246; M. C i e ś ł a k, *op. cit.*, s. 215; T. K a c z m a r e k, *O tzw. okolicznościach...*, *op. cit.*, s. 24–25.

²⁶ A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 100–104; A. Z o 11, *W sprawie...*, *op. cit.*, s. 110; M. R o d z y n k i e w i c z, *Modelowanie...*, *op. cit.*, s. 61 i n.

nego nie godzi w dobro prawne, którego ochrona uzasadnia ustanowienie normy, albo nie jest sprzeczne z zasadami postępowania z tym dobrem. W tych dwóch przypadkach tzw. pierwotnej legalności zachowania brak bezprawności wynika z faktu, że zachowanie nie stanowiące ataku na dobro prawne albo nie będące przekroczeniem reguł postępowania z tym dobrem, nie może być z punktu widzenia celu ustanowienia normy sankcjonowanej negatywnie oceniane, gdyż nie zagraża wartości społecznej chronionej przez normę, albo nie przekracza stopnia społecznej tolerancji dla ryzyka związanego z pozostawianiem tego dobra w obrocie społecznym. Uznanie, że zachowanie podjęte w sytuacji kontratypowej powoduje zawężenie zakresu zastosowania normy sankcjonowanej musiałoby oznaczać zaakceptowanie tezy, że również działanie w granicach kontratypu nie może być ujemnie wartościowane z punktu widzenia celu ustanowienia danej normy sankcjonowanej, pomimo że uwzględnienie jednokierunkowości celu, dla którego norma została ustanowiona, wskazywałoby na typowe naruszenie tej normy. W przypadku zachowań pierwotnie legalnych brak bezprawności czynu wynika nie tyle z faktu pozytywnego wartościowania, co raczej z braku negatywnej oceny zachowań nie łączących się z atakiem na dobro prawne albo zachowań nie przekraczających stopnia społecznej akceptacji dla pewnych niebezpieczeństw związanych z pozostawianiem dobra w obrocie społecznym. W przypadku zachowań kontratypowych sytuacja jest zgoła inna. Z punktu widzenia celu ustanowienia normy sankcjonowanej naruszanej przez zachowanie kontratypowe dochodzi do zniweczenia tego celu dokładnie w ten sam sposób, jak to się dzieje w wypadku zachowania podejmowanego w sytuacji niekontratypowej. Aksjologiczny aspekt normy sankcjonowanej zostaje więc naruszony niezależnie od tego, czy zachowanie stanowiące przełamanie zakazu lub nakazu stanowiącego treść tej normy nastąpiło w sytuacji kontratypowej. Zabicie człowieka w obronie koniecznej, z punktu widzenia celu ustanowienia normy sankcjonowanej możliwej do odtworzenia z art. 148 k.k., jest tak samo negatywnie wartościowane, jak zabicie człowieka dla pieniędzy. Uzasadnienie różnicowania konsekwencji prawnych w tych dwóch przypadkach leży natomiast w fakcie wystąpienia kolizji dóbr prawnych, leżących u źródeł sytuacji kontratypowych.

5. Drugi z poglądów na istotę kontratypów określić wypada – podążając za utartą terminologią – koncepcją kontratypów jako okoliczności wyłączających bezprawność. Sprowadza się on do twierdzenia, że działanie w granicach kontratypu jest zachowaniem bezprawnym, przy czym z uwagi na kolizję dóbr prawnych bezprawność tego zachowania zostaje wyłączona

z uwagi na istnienie zezwolenia na zachowanie sprzeczne z zakazem lub nakazem wynikającym z imperatywu wyrażonego w normie sankcjonowanej²⁷. Zachowanie realizujące znamiona typu czynu zabronionego podjęte w sytuacji kontratypowej oznacza typowe, z punktu widzenia celu ustanowienia normy sankcjonowanej, naruszenie nakazu lub zakazu wynikającego z tej normy, prowadzące do naruszenia lub narażenia chronionego tą normą dobra prawnego. Jednak takie zachowanie nie może zostać uznane za bezprawne z uwagi na charakterystyczne dla sytuacji kontratypowej usprawiedliwienie dla naruszenia tej normy²⁸. Usprawiedliwienie to opiera się na konieczności uwzględnienia faktu, że konkretno-indywidualne zachowanie przełamujące imperatyw wynikający z normy sankcjonowanej jednocześnie stanowiło zachowanie chroniące inne zagrożone w tej sytuacji dobro prawne. W tym ujęciu kontratyp jest okolicznością wtórnie legalizującą zachowanie co do zasady bezprawne. Zwolennicy prezentowanego ujęcia kontratypów, niezależnie od tego, czy rozumieją bezprawność monistycznie, czy też są zwolennikami wyróżnienia szczególnej bezprawności karnej, przyjmują, że usprawiedliwienie wynikające z faktu działania w sytuacji kontratypowej wyłącza bezprawność zachowania w sferze całego porządku prawnego. Na płaszczyźnie teorii norm uzasadnieniem dla traktowania kontratypów jako okoliczności wyłączających bezprawność jest konstrukcja norm zezwalających, których funkcją ma być wprowadzenie do systemu prawnego zezwolenia²⁹ na przełamanie zakazu lub nakazu wynikającego z normy ze względu na szczególne okoliczności usprawiedliwiające takie zachowanie. Przepisy statuujące kontratypy zdają się w prezentowanej koncepcji pełnić dwie funkcje. Z jednej strony stanowią podstawę do wyinterpretowania normy zezwalającej na zachowanie naruszające zakaz lub nakaz postępowania wynikający z normy sankcjonowanej. Z drugiej strony statuują normę kolizyjną pozwalającą rozstrzygnąć formalną niezgodność pomiędzy normą sankcjonowaną a normą zezwalającą na korzyść tej drugiej.

Przeciwko zarysowanemu pogładowi na istotę kontratypu jako okoliczności wyłączającej bezprawność można podnieść szereg wątpliwości zarówno natury teoretycznoprawnej, jak i związanych z konsekwencjami przyjmowanego rozwiązania na gruncie dogmatyki prawa karnego.

²⁷ Dobrze zależność tę oddaje wypowiedź A. Zolla, stwierdzającego, że „[...] określenie kontratypu jest położonym na język opisu wyrazem normatywnego zezwolenia na dokonanie czynu typowo zakazanego” (A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 153, zob. też s. 94 i 122; A. Z o 11, *W sprawie...*, *op. cit.*, s. 110).

²⁸ A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 101–104.

²⁹ *Ibid.*, s. 76 i 121 i n.

Koncepcja kontratyphu jako okoliczności wyłączającej bezprawność jest trudna do wyjaśnienia z punktu widzenia teorii norm³⁰. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w teorii prawa istnieją poważne wątpliwości co do poprawności posługiwania się konstrukcją normy zezwalającej³¹. Wskazuje się mianowicie na to, że norma zezwalająca jako taka nie może stanowić jakiegos przeciwstawienia normie prawnej, ale powinna być interpretowana jako zawężenie zakresu zastosowania tej normy. Trudno też przyjąć, że przepisy statuujące kontratyphy mogą stanowić podstawę do odkodowania zrębu normy prawnej³². Odrzucenie możliwości posługiwania się pojęciem normy zezwalającej prowadziłoby do tych samych konsekwencji prawnych, które rodzi omówiona wcześniej konstrukcja kontratyphu jako sytuacji prawnie irrelevantnej, a to oznaczałoby pozostawienie sytuacji kontratyphowych poza zakresem zastosowania normy sankcjonowanej.

Co dość paradoksalne, do takich samych konsekwencji prowadzi posługiwanie się pojęciem normy zezwalającej przy uwzględnieniu postułowanego w teorii prawa sposobu rozstrzygania formalnej niezgodności norm³³. Przyjęcie, że z przepisów regulujących kontratyphy możliwe jest

³⁰ Por. T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach...*, *op. cit.*, s. 26–27.

³¹ K. Świdrowicz, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. norm zezwalających*, PiP 1975, nr 7, s. 57 i n.; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 175; M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 75–76; Z. Ziemiński, w: A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 86–87; W. Patryas, *Interpretacja...*, *op. cit.*, s. 30–31, zwł. przyp. 74; W. Wróbel, *Relacyjne...*, *op. cit.*, s. 8; W. Wróbel, *Zmiana...*, *op. cit.*, s. 31–32; L. Pohl, *Struktura...*, *op. cit.*, s. 193 i n., w szczególności s. 200. Por. też J. Giezek, *Przyczynowość...*, *op. cit.*, s. 161–164.

³² W pełni zasadnie wskazuje się, że „[...] przepisy części ogólnej zawierają wyrażenia normatywne modyfikujące lub ograniczające normy zasadnicze z części szczególnej, nigdy zaś nie samodzielne normy postępowania” (M. Dąbrowska-Kardas, *op. cit.*, s. 62). Przepisy art. 25 k.k. czy art. 26 k.k., jak większość przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, zaliczyć trzeba do kategorii przepisów uadekwatniających modyfikująco, charakteryzujących się tym, że wpływają na treść normy poprzez modyfikację treści któregoś z elementów syntaktycznych normy (M. Dąbrowska-Kardas, *op. cit.*, II.2.1.3.ii, s. 67–68). Co więcej, wskazuje się, że zasadniczą cechą przepisów części ogólnej Kodeksu karnego jest to, że nie odnoszą się one w ogóle do norm sankcjonowanych, ale do norm sankcjonujących. Jedynie nieliczne przepisy części ogólnej Kodeksu karnego współokreślają treść norm sankcjonowanych, stanowiąc dla ich rekonstrukcji przepisy zrębowe. Wskazuje się tu na przepisy statuujące formy stadialne i formy zjawiskowe przestępstwa (art. 13, 16, 18 § 2 i § 3 k.k.). Tak M. Dąbrowska-Kardas, *op. cit.*, III.3.4.6.iii, s. 171 oraz IV.1, s. 211 i 216.

³³ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 100–

wyinterpretowanie normy zezwalającej na zachowanie sprzeczne z imperatywem zawartym w normie sankcjonowanej, przy jednoczesnym założeniu, że przepisy te formują normę kolizyjną rozstrzygającą niezgodność pomiędzy zakazem lub nakazem wynikającym z normy sankcjonowanej a uprawnieniem do pewnego zachowania wynikającym z normy zezwalającej, prowadzi do wniosku, że z punktu widzenia teorii norm pomiędzy tymi normami dochodzi tylko i wyłącznie do formalnej, a nie rzeczywistej sprzeczności. Traktowanie porządku prawnego jako jednolitej i niesprzecznej całości oznacza, że w ramach jednego systemu prawnego nie mogą funkcjonować normy prawne wyznaczające rzeczywiście sprzeczne z sobą zakazy lub nakazy postępowania. Przyjmuje się, że sprzeczność ta może mieć charakter tylko pozorny, a reguły kolizyjne stanowiące jeden ze składników porządku prawnego pozwalają rozstrzygnąć, która z formalnie sprzecznych norm znajdzie zastosowanie w przedmiotowym przypadku, a która zastosowania nie znajdzie. Oznacza to, że podmiot, który jest pozornie adresatem dwóch formalnie niezgodnych norm, w istocie jest adresatem tylko jednej z nich, a mianowicie tej, której na podstawie norm kolizyjnych należy dać w konkretnym przypadku pierwszeństwo. Przekładając te rozważania na omawianą problematykę, nie można przyjąć, że podmiot działający w sytuacji kontratypowej jest jednocześnie adresatem normy sankcjonowanej i normy zezwalającej. Tylko takie założenie prowadziłoby do wniosku, że co prawda narusza on zakaz lub nakaz wynikający z normy sankcjonowanej, ale bezprawność tego zachowania zostaje wyłączona w związku z działaniem przez niego w granicach normy zezwalającej. Mająca wynikać z przepisów regulujących instytucje kontratypowe norma kolizyjna ma jednak taką funkcję, że wskazuje, iż w sytuacji kolizji normy sankcjonowanej i normy zezwalającej podmiot działający w sytuacji kontratypowej jest adresatem wyłącznie normy zezwalającej, której immanentną cechą jest podjęcie zachowania sprzecznego z zakazem lub nakazem wynikającym z normy sankcjonowanej.

Koncepcja kontratypu jako okoliczności wyłączającej bezprawność pozostaje w sprzeczności z przyjmowanymi w teorii prawa fundamentalnymi założeniami co do funkcjonowania i wzajemnych relacji zachodzących w systemie prawa. Podstawowym założeniem systemu prawa jest jego wewnętrzna spójność i niesprzeczność³⁴. W związku z tym wykluczyć należy

104; Z. Ziemiński, w: A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 214 i n.

³⁴ K. Opałek, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 96 i n.; S. Wronkowska, w: A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 219–221.

możliwość rzeczywistej sprzeczności norm w systemie prawa. Ewentualne niezgodności mogą mieć charakter co najwyżej tzw. formalnej niezgodności norm, której wyeliminowanie powinno nastąpić przy pomocy istniejących w systemie prawa norm kolizyjnych³⁵. Przy monistycznie rozumianej bezprawności konsekwencje prawne wyłączenia bezprawności muszą być więc takie same dla całego systemu prawnego. Wyłączenie bezprawności zachowania przez instytucję unormowaną w ramach prawa karnego musi mieć również moc na gruncie innych gałęzi prawa. W systemie prawa kontratypty uregulowane są nie tylko na gruncie prawa karnego, ale również prawa cywilnego. O ile uregulowanie okoliczności wyłączających bezprawność jest spójne, jeżeli chodzi o obronę konieczną³⁶, to częściowo odmienne konsekwencje na gruncie obu gałęzi prawa przewidziano w zakresie stanu wyższej konieczności³⁷. Niespójność systemowa pomiędzy regulacją kontratypty działania w stanie wyższej konieczności sprowadza się do znacznie węższego jego ujęcia w prawie cywilnym³⁸ niż w prawie karnym³⁹. Przyję-

³⁵ Por. W. Wróbel, *Zmiana...*, *op. cit.*, s. 241 i n.

³⁶ Kontratyp obrony koniecznej jest uregulowany w art. 25 k.k. i w art. 423 k.c.

³⁷ Kontratyp działania w stanie wyższej konieczności jest uregulowany w art. 26 § 1 k.k. i w art. 424 k.c. Ten ostatni przepis przewiduje, że: „Kto zniszczył lub uszkodził cudzą rzecz albo zabił lub zranił cudze zwierzę w celu odwrócenia od siebie lub od innych niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio od tej rzeczy lub zwierzęcia, ten nie jest odpowiedzialny za wynikłą stąd szkodę, jeżeli niebezpieczeństwa sam nie wywołał, a niebezpieczeństwu nie można było inaczej zapobiec i jeżeli ratowane dobro jest oczywiście ważniejsze aniżeli dobro naruszone”.

³⁸ W doktrynie cywilistycznej ta różnica w uregulowaniu stanu wyżej konieczności nie budzi żadnej wątpliwości. „W art. 424 unormowano kontratyp w postaci stanu wyższej konieczności, wyłączający bezprawność działania. Zakres tego kontratypty jest jednak znacznie węższy niż w prawie karnym. O ile bowiem w prawie karnym stan wyższej konieczności obejmuje wszelkie działania podjęte w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa, o tyle komentowany przepis ogranicza zakres działania wskutek »wyższej konieczności« do sytuacji wyrządzenia szkody przez zniszczenie (uszkodzenie) cudzej rzeczy lub zabicie (zranienie) cudzego zwierzęcia, od których zagraża bezpośrednio niebezpieczeństwo. Różnica dotyczy też zakresu stosunku wartości dobra »naruszonego« i »ratowanego«; odpowiednio dobra »poświęconego« i »chronionego«. O ile w prawie karnym »dobro poświęcone« nie może przedstawiać »wartości oczywiście większej niż dobro ratowane«, o tyle na podstawie art. 424 obowiązuje wymaganie, aby »ratowane dobro jest (było) oczywiście ważniejsze aniżeli dobro naruszone«. To ostatnie sformułowanie wskazuje, że na gruncie art. 424 chodzi o ochronę (ratowanie) dobra wyższego rzędu” (G. Bieniek, w: S. Dmowski, M. Sychowicz, H. Cieplą, K. Kolański, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, J. Gudowski, G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 1999, teza 1 do art. 424).

³⁹ W doktrynie karnistycznej na odmienne zakresowo uregulowanie stanu wyższej ko-

cie poglądu, że konsekwencje prawne wystąpienia sytuacji kontratypowych prowadzają się do wyłączenia bezprawności konkretno-indywidualnego zachowania, oznaczałoby w pewnych przypadkach, że wykluczenie występowania relacji bezprawności przy zastosowaniu art. 26 § 1 k.k. nie oznaczałoby wcale uznania w każdym przypadku takiego zachowania za zgodne z porządkiem prawnym na gruncie prawa cywilnego. Konsekwencja taka jest nie do zaakceptowania dla całościowo i spójnie rozumianego systemu prawa.

Nawiązując do powyższego argumentu, przyjęcie relacyjnego ujęcia bezprawności samo w sobie pozwala kwestionować sformułowanie: „kontratyp jako okoliczności wyłączające bezprawność”. Jeśli traktuje się bezprawność jako relację, albo zachodzi sprzeczność zachowania adresata normy z systemem prawnym, albo jeśli takie zachowanie jest zgodne z prawem, to taka zależność nie zachodzi. *Tertium non datur*. Z punktu widzenia relacyjnego ujęcia bezprawności błędem jest twierdzenie, że z jednej strony zostaje naruszona norma sankcjonowana, co determinować powinno stwierdzenie bezprawności zachowania, a z drugiej strony wskazanie, że tak rozumiana bezprawność zostaje wyłączona z uwagi na rozwiązanie kolizji norm między normą sankcjonowaną a normą zezwalającą przez uznanie pierwszeństwa tej drugiej normy. Jeśli przyjąć, że w sytuacji kontratypowej zachodzi formalna sprzeczność norm rozwiązywana za pomocą normy kolizyjnej, pozwalającej ustalić pierwszeństwo jednej z kolidujących norm, to oznaczałoby to w istocie, że norma sankcjonowana nigdy nie byłaby adresowana do podmiotu działającego w sytuacji kontratypowej.

Krytykę poglądu traktującego kontratypy jako okoliczności wyłączające bezprawność na płaszczyźnie dogmatyki prawa karnego warto zacząć od uwag dotyczących wykładni językowej uregulowań związanych z problematyką kontratypu⁴⁰. Artykuły 25 § 1 i 26 § 1 k.k. nie mówią nic o tym, że działanie w granicach obrony koniecznej lub stanu wyższej konieczności wyłączają bezprawność czynu, ale przewidują wyłączenie przestępności czynu. Zwolennicy twierdzenia, że kontratypy wyłączają bezprawność, przyjmują zazwyczaj, że uregulowanie to z punktu widzenia prawa karnego ma przede wszystkim znaczenie dla wyłączenia karalności (bezprow-

nieczności zwracali uwagę: W. Wróbel, *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, Kraków 1992, niepublikowana rozprawa doktorska, 4.2; M. Cieślak, *op. cit.*, s. 228.

⁴⁰ Por. L. Tysocki, *O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach*, „Problemy Prawa Karnego”, t. 21. Katowice 1995, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego” nr 1485, s. 57.

ności karnej) takiego zachowania, ale jednocześnie pociąga za sobą skutek w postaci legalności tego zachowania na gruncie całego porządku prawnego. Wykładnia językowa zwrotu „nie popełnia przestępstwa” nie daje żadnych podstaw do twierdzenia, że kontratypy wyłączają bezprawność zachowania⁴¹.

W doktrynie prawa karnego przyjmuje się, że przesłanką uznania zachowania za kontratypowe jest istnienie po stronie jednostki świadomości, że działa w obronie koniecznej lub w stanie wyższej konieczności. Pomiedzy uznawaniem kontratypów za okoliczności wyłączające bezprawność a uzależnianiem spełnienia przesłanek działania kontratypowego od spełnienia przesłanek strony podmiotowej zachodzi rażąca niekonsekwencja⁴². Z jednej strony twierdzi się, że bezprawność jest relacją czysto przedmiotową, niezależnioną od nastawienia psychicznego adresata normy do zachowania sprzecznego z imperatywem wynikającym z normy, z drugiej zaś uzależnia się wyłączenie bezprawności zachowania od elementów podmiotowych, warunkując przyjęcie kontratypu od tego, czy zachowanie naruszające ten imperatyw było podjęte w przypadku obrony koniecznej w celu odparcia zamachu, a w przypadku stanu wyższej konieczności w celu uchylenia niebezpieczeństwa⁴³. Rozumienie bezprawności jako relacji przedmiotowej wyklucza uzależnienie spełnienia przesłanek kontratypu od nastawienia psychicznego jednostki do zachowania podjętego w sytuacji kontratypowej. Konsekwentne przyjmowanie, że kontratypy rodzą konsekwencje prawne w sferze bezprawności, wymusza wyeliminowanie elementów podmiotowych z przesłanek zastosowania instytucji obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności⁴⁴. W wypadku stanu wyższej konieczności wydaje się to o tyle trudne, że już sama treść art. 26 § 1 k.k. uzależnia możliwość powołania się na ten kontratyp temu, „kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem”.

⁴¹ W art. 423 i 424 k.c. podobnie użyte sformułowanie mówi jedynie o wyłączeniu odpowiedzialności za wynikłą w sytuacji kontratypowej szkodę. Niemniej jednak i w doktrynie cywilistycznej powszechnie przyjmuje się, że kontratypy wyłączają bezprawność zachowania.

⁴² J. M a j e w s k i, *Tak zwana kolizja...*, *op. cit.*, s. 84–87; J. M a j e w s k i, *Czy znamię podmiotowe (subiektywne) jest jedną z cech konstytutywnych kontratypu?*, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 39 i n.

⁴³ Argument taki podnoszą: W. W r ó b e l, *Znamiona...*, *op. cit.*, 4.2; Ł. P o h l, *Podmiotowe znamiona czynu zabronionego w strukturze przestępstwa*, PiP 2006, nr 2, s. 67; Ł. P o h l, *Struktura...*, *op. cit.*, s. 178 i n., zwł. 179.

⁴⁴ Tak czyni J. M a j e w s k i, *Czy znamię...*, *op. cit.*, s. 39 i n.

6. W doktrynie rzadko formułowane są poglądy upatrujące konsekwencji prawnych zachowania kontratypowego nie na płaszczyźnie bezprawności i normy sankcjonowanej, ale na płaszczyźnie karalności⁴⁵ i normy sankcjonującej⁴⁶. Istotę tego zapatrywania można scharakteryzować w odniesieniu do rozważań odnoszących się do struktury przestępstwa przez wskazanie, że kontratypy są okolicznościami wyłączającymi karalność czynu zabronionego, czemu na poziomie rozważań na temat struktur normatywnych dekodowanych z przepisów prawa karnego odpowiada twierdzenie, że działanie w sytuacji kontratypowej stanowi ograniczenie zakresu zastosowania normy sankcjonującej.

Inspiracją dla prezentowanego w tej pracy poglądu na temat konsekwencji prawnych działania w sytuacji kontratypowej są te wypowiedzi przedstawicieli doktryny, które negowały możliwość regulowania przez prawo karne innych sfer odpowiedzialności prawnej niż sfery przestępności zachowania⁴⁷, co bynajmniej nie prowadziło do wniosku, że zachowania kontratypowe są zachowaniami bezprawnymi⁴⁸. W niniejszym opracowa-

⁴⁵ Taką możliwość teoretycznie dopuszcza A. Z o l l, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność*, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 12–13; A. Z o l l, *W sprawie...*, *op. cit.*, s. 114. Co jednak ciekawe, autor ten uzależnia takie zapatrywanie od przyjęcia tezy, że przepisy prawa karnego nie stanowią źródeł norm sankcjonowanych. Przyjmowane w tym opracowaniu założenie przeciwne nie wydaje się stanowić przeszkody dla przyjęcia, że kontratypy wyłączają karalność zachowania.

⁴⁶ Ł. P o h l, *Struktura...*, *op. cit.*, rozdz. III, w szczególności s. 179 i 200.

⁴⁷ W okresie międzywojennym SN w wyroku z 14 II 1933 r., 4K 7/33, OSN(K) 1933, nr 4, poz. 69 stwierdził, że: „Kodeks z r. 1932 w art. 21 stanowi, że czyn w obronie koniecznej przedsięwzięty, nie jest przestępny, natomiast, czy obrona konieczna jest czynnością prawną (przestępność i bezprawność nie są pojęcia te same), o tem stanowi prawo cywilne”. Analogiczne stanowisko wynika z wyroku SN z 27 III 1934 r., 3K 25/34 (zob. W. M a k o w s k i, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 103, teza 10 do art. 21). Krytycznie wobec cyt. orzeczenia ustosunkował się J. Makarewicz (J. M a k a r e w i c z, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. V, Lwów 1938, s. 103, teza 10 do art. 21). Aprobujące stanowisko, wobec tezy, że na gruncie prawa karnego kontratypy wyłączają jedynie przestępność czynu, zajęli S. Śliwiński i W. Wolter. S. Śliwiński pisał, „[...] że obrona konieczna wyłącza przestępność czynu – ale nie wypowiedzi się co do tego kiedy zachodzi prawność obrony koniecznej” (S. Ś l i w i ń s k i, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 148). W. Wolter stwierdził, że „Brak bezprawności z punktu widzenia prawa karnego wynika z norm prawa karnego; brak bezprawności w ogóle z norm innych dziedzin” (W. W o l t e r, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 185). Podobne zdanie wyraził A. G u b i ń s k i, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 6–7.

⁴⁸ „Przyjąć należy, że obrona konieczna jest zasadniczo prawem, czynem prawnym i dlatego o obronie koniecznej należy mówić w dziale o przyczynach wyłączających bezprawność (nie tylko przestępność) czynu. Gdyby nawet prawo karne nie stanowiło wyraźnie, że czyn

niu teza, że norma sankcjonowana nie może zostać ustanowiona na płaszczyźnie prawa karnego, nie jest akceptowana⁴⁹, co bynajmniej nie oznacza odrzucenia poglądu, że działanie w granicach kontratypu rodzi jedynie skutki prawne w sferze karalności zachowania, a nie w sferze jego bezprawności. W doktrynie prezentowany jest też pogląd, który neguje jednolitość skutków prawnych zachowania podjętego w sytuacji kontratypowej⁵⁰. Sprawadza się on do wyróżnienia kontratypów względnych, które wyłączają karalność zachowania⁵¹ oraz kontratypów bezwzględnych, które wyłączają

przedsięwzięty w obronie koniecznej, nie jest przestępny, to i tak czyn taki nie uzasadniałby odpowiedzialności karnej, ponieważ jego zgodność z prawem wynikałaby z art. 139 kod. zob., a czyn prawny nie może być przestępstwem. Prawo karne o obronie koniecznej traktuje wyraźnie dlatego, że działanie w obronie koniecznej jest pozbawione cech przestępności, gdyby nawet wyjątkowo było bezprawne w świetle prawa cywilnego, a ponadto prawo karne zajmuje się sprawą kary w razie przekroczenia granic obrony koniecznej (art. 21 § 2), które to przekroczenie jest już bezprawne i może być przestępne, chociaż zasługuje na łagodniejsze traktowanie w dziedzinie kary” (S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 149). Takie samo stanowisko wyraził W. Wolter, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 122 i 184–186.

⁴⁹ Co ciekawe A. Zoll, zwolennik poglądu, że prawo karne nie może być źródłem norm sankcjonowanych, a tylko norm sankcjonujących, a więc, że prawo karne nie zakreśla sfery bezprawności zachowania, a jedynie sferę zachowań karalnych, jednocześnie twierdzi, że kontratypy wyłączają mają bezprawność zachowania. Z jednej strony autor ten odrzuca możliwość ustanawiania norm sankcjonowanych w przepisach prawa karnego, z drugiej zaś nie widzi przeszkód w tym, aby w ramach systemu prawa karnego istniały normy wyłączające bezprawność zachowań opisanych w normie sankcjonującej. Niekonsekwencje te zauważa, stojąca również na stanowisku, że prawo karne nie jest źródłem norm sankcjonowanych, A. Barczak-Oplustil, przyjmując, że kontratypy na gruncie prawa karnego wyłączają karalność czynu, zaś na gruncie prawa cywilnego stanowią podstawę uchylenia odpowiedzialności odszkodowawczej (A. Barczak-Oplustil, *op. cit.*, 5.2.3). Por. też A. Zoll, *Kontratypy...*, *op. cit.*, s. 12–13.

⁵⁰ M. Cieślak, *op. cit.*, s. 218. Pogląd ten zaakceptował A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz, Tom I. Art. 1–116*, red. O. Górniok, Gdańsk 2005, s. 316, teza 3 do art. 25; A. Grześkowiak, M. Gałązka, R. Hałas, K. Wiak, F. Ciepły, S. Hypś, D. Szeleszczuk, *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2007, s. 100; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 247–248. Por. W. Wróbel, *Zmiana...*, *op. cit.*, s. 257–258. Na gruncie nauki niemieckiej podobne zapatrywanie prezentuje H.L. Günter, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln–Berlin–Bonn–München 1983, s. 258 (zob. H.J. Rudolphi, *Okoliczności usprawiedliwiające w prawie karnym. Przyczynek do funkcji, struktury i zasad wyłączenia bezprawności*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim i niemieckim prawie karnym. Materiały polsko-niemieckiego sympozjum prawa karnego*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990, s. 74–77; J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, *op. cit.*, s. 68 i n.).

⁵¹ Według terminologii przyjmowanej przez M. Cieślaka, kontratypy bezwzględne wyłączają „bezprawność kryminalną”.

bezpprawność zachowania⁵². Prezentowany jest również pogląd, zakładający że jeśli norma sankcjonowana ma swoje źródło wyłącznie w przepisach prawa karnego, to przewidziana prawem karnym okoliczność wyłączająca bezpprawność uchyla w tym przypadku bezpprawność w ogóle, natomiast jeśli norma sankcjonowana ma swoje źródło również w przepisach innego działu prawa, to wówczas dla wyłączenia bezpprawności konieczne jest uchylenie bezpprawności przez przepisy pozakodeksowe⁵³.

7. Przechodząc do zarysowania własnego stanowiska w przedmiocie skutków prawnych działania w sytuacji kontratypowej wypada zacząć od stwierdzenia, że prezentowane w tym opracowaniu ujęcie – wbrew pozorom – nawiązuje bardzo mocno do koncepcji kontratypów wypracowanej przez Andrzeja Zolla. Podstawą dalszych rozważań będą bowiem wnioski, jakie przyjmuje ten autor, jeżeli chodzi o odróżnienie od siebie dwóch różnych konstrukcji normatywnych, jakimi są reguły postępowania z dobrem prawnym i kontratypy, oraz wnioski co do odmiennego znaczenia tych konstrukcji z perspektywy materialnej istoty przestępstwa⁵⁴. W pełni zasadne jest zróżnicowanie skutków prawnych związanych z podjęciem przez jednostkę zachowania nie godzącego w chronione przez normę sankcjonowaną dobro prawne lub zachowania mieszczącego się w granicach reguł postępowania z dobrem prawnym od podjęcia zachowania w granicach kontratypu. W pierwszym wypadku zachowania takie należy traktować jako „pierwotnie” legalne, to znaczy nie naruszające normy sankcjonowanej leżącej u podstaw danego typu czynu zabronionego. Natomiast konieczna wydaje się zasadnicza modyfikacja poglądów A. Zolla co do charakteru prawnego

⁵² Oczywiście należy pamiętać, że M. Cieślak wychodził z innych założeń niż przyjęte w tej pracy. W szczególności autor ten nie przyjmował monistycznego i wartościującego ujęcia bezpprawności. M. Cieślak stał na stanowisku, że „bezpprawnymi kryminalnie” są wszystkie zachowania sprzeczne z formalnym zakazem wynikającym z normy karnej (M. C i e ś l a k, *op. cit.*, s. 195–198). Uwzględnienie tych fundamentalnych różnic co do rozumienia pojęcia bezpprawności skłania do wniosku, że większość sytuacji uznawanych przez M. Cieślaka jako tzw. bezwzględne kontratypy w ujęciu tutaj prezentowanym stanowi zachowania pierwotnie legalne, a więc takie, które pozostają poza zakresem normy sankcjonowanej nie naruszając aspektu aksjologicznego tej normy, z uwagi na fakt, że nie godzą w dobro prawne lub nie naruszają reguł postępowania z dobrem. Natomiast, jeśli chodzi o sytuacje również na gruncie tej pracy uznawane za kontratypowe, M. Cieślak twierdził, że obrona konieczna jest kontratypem bezwzględnym, zaś stan wyższej konieczności kontratypem względnym (M. C i e ś l a k, *op. cit.*, s. 225 i 228).

⁵³ Takie specyficzne stanowisko zajmuje L. T y s z k i e w i c z, *op. cit.*, s. 49, przyp. 28.

⁵⁴ A. Z o l l, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 88 i n. oraz 95 i n. Zob. też E. P l e b a n e k, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 222 i n.

kontratypów, która wynikać będzie przede wszystkim z odmiennych założeń, jeśli chodzi o wpływ tzw. wypowiedzi (norm) zezwalających na struktury normatywne dekodowane z przepisów prawa karnego. Przyjmowany tu pogląd wymaga więc z jednej strony wyjaśnienia, dlaczego sytuacje kontratypowe stanowią podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej na płaszczyźnie karalności, a nie jak się tradycyjnie przyjmuje – bezprawności, a z drugiej strony ustosunkowanie się do zarzutów tych dogmatyków prawa karnego, którzy nie widzą zasadniczej różnicy pomiędzy konstrukcją reguł postępowania z dobrem prawnym a konstrukcją kontratypów, upatrując w jednej i w drugiej kategorii normatywnej sposobu rozwiązywania kolizji dóbr prawnych⁵⁵.

Generalno-abstrakcyjny opis pożądanego zachowania, stanowiącego treść normy sankcjonowanej, tkwiącej u podstawy prawnokarnej normy sankcjonującej, jest wielce niedoskonałym środkiem wyrazu dla oddania rzeczywistego zakresu zastosowania i zakresu normowania normy sankcjonowanej, gdy zachodzi konieczność ustalenia bezprawności konkretno-indywidualnego zachowania sprzecznego z tą normą. Ten generalno-abstrakcyjny opis ma charakter jednokierunkowy, a mianowicie stanowi podstawę ustalenia zakazu lub nakazu postępowania tylko i wyłącznie z punktu widzenia jednego dobra prawnego lub pewnego zespołu dóbr prawnych, których ochrona była celem ustanowienia danego imperatywu postępowania. Jednokierunkowość ochrony, na jaką jest nastawiona każda norma sankcjonowana, pozwala zawęzić jej zakres zastosowania tylko w stosunku do tych kategorii zachowań, które z uwagi na wartościujący aspekt normy sankcjonowanej nie są sprzeczne z celem ustanowienia tej normy. Dlatego poza zakresem zastosowania normy sankcjonowanej będą pozostawać zachowania formalnie sprzeczne z imperatywem wynikającym z normy, ale materialnie nie mogące być poddane negatywnemu wartościowaniu. Chodzi tu oczywiście o zachowania nie naruszające dobra prawnego, stanowiącego przedmiot ochrony danego typu czynu zabronionego, oraz zachowania nie naruszające reguł postępowania z takim dobrem. Uadekwatnienie zakresu normowania normy sankcjonowanej z uwagi na cel ustanowienia tej normy, a więc – przekładając to na język analizy strukturalnej – pozostawienie poza zakresem bezprawności zachowań nie godzących w dobro prawne albo zachowań nie naruszających reguł postępowania z dobrem,

⁵⁵ Zob. wypowiedzi W. Wróbla, T. Kaczmarka i J. Majewskiego, *Zapis dyskusji*, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, odpowiednio s. 96–101, 102 i 103–106 oraz 110–118; T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach...*, *op. cit.*, s. 26–27.

oznacza ni mniej, ni więcej tylko brak aktualizacji ochrony prawnej tego dobra w danym kontekście społecznym na rzecz jakiejś innej wartości, która w świetle zobiektywizowanych ocen społecznych wyłącza w pewnym zakresie ochronę tego dobra prawnego. W tym wypadku kolizja dóbr prawem chronionych jest rozstrzygana w sposób bezwzględny poprzez stwierdzenie, że społeczny rachunek wartości przemawia za zupełnym wyłączeniem spod zakresu normy sankcjonowanej zachowań, które w określonym kontekście społecznym podejmowanego zachowania z uwagi na brak materialnej istoty przestępstwa nigdy nie mogą zostać uznane za zakazane lub nakazane. Bezwzględność tego zakazu wynika więc z tego, że zachowanie formalnie naruszające normę sankcjonowaną, ze względu na kontekst społeczny w jakim miało miejsce, nigdy nie będzie mogło być uznawane za zachowanie zakazane lub nakazane z uwagi na brak materialnego pierwiastka bezprawności, wiążącego się z negatywnym wartościowaniem tego zachowania z punktu widzenia celu ustanowienia normy. Oznacza to ni mniej, ni więcej tylko uznanie, że z uwagi na cel ustanowienia danej normy sankcjonowanej zachowanie formalnie zakazane lub nakazane podjęte w danym kontekście społecznym, przesądzającym o braku podstaw do jego negatywnego wartościowania, nie będzie mieściło się w zakresie zastosowania tej normy, a więc będzie od samego początku należało do kategorii zachowań legalnych. Zachowania „pierwotnie” legalne od strony materialnej istoty przestępstwa będą oceniane jako zachowania charakteryzujące się brakiem społecznej szkodliwości czynu⁵⁶.

Zbadanie istoty i charakteru prawnego sytuacji kontratypowej jest możliwe do ustalenia dopiero po porównaniu i skonfrontowaniu tej konstrukcji

⁵⁶ Przyjęcie proponowanego podejścia prowadzi do pozostawienia poza zainteresowaniem prawa karnego wszystkim przypadków tzw. pozaustawowych kontratypów, takich jak zabieg lekarski czy kosmetyczny, karcenie wychowawcze, ryzyko sportowe, działania w zakresie uprawnień i obowiązków, kontratypu ryzyka dnia codziennego itp. Wszystkie te okoliczności mieścić się będą poza zakresem zastosowania normy sankcjonowanej, o ile nie będą mogły zostać negatywnie wartościowane z uwagi na cel ustanowienia tej normy. Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że podjęcie zabiegu lekarskiego, łączącego się z niebezpieczeństwem dla życia i zdrowia pacjenta, nie może być uznane za objęte zakresem zastosowania którejś z norm sankcjonowanych zakazujących powodowania śmierci czy uszczerbku na zdrowiu, gdyż kontekst społeczny podjęcia zachowania prowadzącego do powstania skutku przestępnego decyduje o tym, że nie można tu mówić o ataku na życie czy zdrowie pacjenta (celem podjęcia takiego zachowania było leczenie pacjenta, a nie pozbawienie go życia czy zdrowia) pod warunkiem jednak, że zabieg został przeprowadzony *lege artis* (a więc zgodnie z wymaganymi od lekarza w konkretnych okolicznościach regułami postępowania z dobrem prawnym). Tak A. Z o 11, *W sprawie...*, *op. cit.*, s. 113.

prawnej z regułami postępowania z dobrem prawnym. Cechą charakterystyczną sytuacji kontratypowych jest bowiem to, że nie pozwalają one zweryfikować zakresu normowania normy sankcjonowanej na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnego opisu zachowań zakazanych lub nakazanych. Ze swojej istoty bowiem konkretno-indywidualne zachowania mieszczące się w granicach kontratypu stanowią typowy atak na dobro prawne chronione przez naruszaną normę sankcjonowaną, a także stanowią zachowania wykraczające poza zakres przyjętych reguł postępowania z dobrem. Nie mogą więc pozwać na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnego określenia zakazu lub nakazu poza zakresem zastosowania normy sankcjonowanej. Nie mogą zostać „wykrojone” z zakresu zastosowania normy sankcjonowanej ze względu na to, że rozstrzygnięcie kolizji dóbr leżących u podstawy tej konstrukcji prawnej charakteryzuje się tym, że będzie dawało różne wyniki w zależności od wartości skonkretyzowanych dóbr prawnych wchodzących w kolizję i to w zależności od tego, która z sytuacji kontratypowych będzie podstawą oceny tej skonkretyzowanej kolizji. Tak więc również u podstawy konstrukcji kontratypu tkwi kolizja dóbr prawnych, która jednak ma charakter kolizji względnej. Względny charakter tej kolizji przejawia się w tym, że w danym kontekście sytuacyjnym zachodzi konieczność usprawiedliwienia naruszenia normy sankcjonowanej chroniącej jedno z kolidujących dóbr ze względu na rozstrzygnięcie zachodzącej kolizji na rzecz drugiego dobra prawnego. W przeciwieństwie do kolizji bezwzględnej, która prowadzi do każdorazowego wyłączenia w danym kontekście sytuacyjnym ochrony dobra prawnego chronionego przez normę sankcjonowaną kosztem jakiegś innej wartości społecznej, kolizja względna zakłada, że zaktualizowana jest ochrona dobra prawnego chronionego przez naruszaną normę sankcjonowaną i jednocześnie istnieje podstawa do usprawiedliwienia podjęcia zachowania sprzecznego z tą normą. Zachowanie podjęte w granicach kontratypu jest zarówno formalnie bezprawne, jak i materialnie bezprawne, gdyż z punktu widzenia jednokierunkowego charakteru celu ustanowienia normy sankcjonowanej musi zostać wartościowane negatywnie, jako typowy przykład naruszenia tej normy.

Z punktu widzenia założeń teoretycznoprawnych, dotyczących metod uadekwatniania treści normy, nie istnieje jednak możliwość usprawiedliwienia naruszenia normy sankcjonowanej przez tzw. „wtórne” wyłączenie bezprawności za pomocą swoistej wypowiedzi zezwalającej na jej przełamanie, która miałaby przywracać legalność podjętego zachowania. W świetle wniosków wypływających z teorii prawa takie wypowiedzi należy bowiem traktować co najwyżej jako wypowiedzi uadekwatniające zakres

zastosowania jednej ze struktur normatywnych dekodowanych z przepisów prawa karnego. Zachowanie w granicach kontratypu nie może być więc uznawane za „wtórnie” wyłączające bezprawność, gdyż określenie konsekwencji prawnych kontratypu na płaszczyźnie bezprawności musi łączyć się w świetle analizy normatywnej z ograniczeniem zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. Przyjęcie takiej perspektywy musiałoby prowadzić wprost do zrównania konsekwencji prawnych wszystkich sytuacji kontratypowych z sytuacjami prowadzącymi do tzw. „pierwotnej” legalności zachowania. Takie zrównanie, jak starano się wykazać powyżej, jest z jednej strony niemożliwe do przeprowadzenia na poziomie generalno-abstrakcyjnego opisu normy sankcjonowanej, a z drugiej – jest mało intuicyjne, jeśli idzie o wyjaśnienie konstrukcji kontratypów od strony materialnej istoty przestępstwa. Zachowanie w granicach kontratypu może być natomiast bez żadnych przeszkód traktowane jako okoliczność wyłączająca karalność, gdyż na płaszczyźnie analizy normatywnej może zostać uznane za ograniczenie zakresu zastosowania normy sankcjonującej. Uwzględnienie kolizji dóbr, leżącej u podstawy wszystkich sytuacji kontratypowych, ma znaczenie dla prawidłowej oceny konsekwencji prawnych zachowania dopiero na płaszczyźnie normy sankcjonującej, poprzez wyłączenie tych zachowań z zakresu zastosowania tej normy⁵⁷. Zachowanie podjęte w granicach kontratypu jest zachowaniem typowo naruszającym imperatyw wynikający z normy sankcjonowanej, natomiast z uwagi na konieczność usprawiedliwienia tego naruszenia pozostaje dopiero poza zakresem zastosowania normy sankcjonującej⁵⁸ sprzężonej z naruszoną normą sankcjonowaną. Elementy stanu faktycznego charakterystyczne dla sytuacji kontratypowej nie mogą zostać uwzględnione z punktu widzenia treści zakazu lub nakazu określane-

⁵⁷ Analiza normatywna art. 25 k.k. czy art. 26 k.k. wskazuje, że są to przepisy uadekwatniające normę sankcjonującą, a nie normę sankcjonowaną. Zob. M. Dąbrowska-Kardas, *op. cit.*, s. 171 oraz 211 i 216.

⁵⁸ W istocie rzeczy określenie omawianego tu poglądu jako „koncepcji kontratypu jako okoliczności wyłączającej karalność” nie jest nazwą adekwatną dla tego stanowiska. Zachowanie podjęte w granicach kontratypu nie wyłącza karalności tego typu zachowań, gdyż zachowania kontratypowe nigdy nie są zachowaniami karnymi, skoro pozostają poza zakresem zastosowania normy sankcjonującej. Przyjęcie konwencji terminologicznej nieadekwatnej do istoty prezentowanego stanowiska na płaszczyźnie teorii norm usprawiedliwić można jednak tym, że tradycyjnie mówi się w prawie karnym o „okolicznościach wyłączających bezprawność”. Dopuszczalne wydaje się więc przyjęcie terminu „okoliczności wyłączające karalność” dla stanowiska doszukującego się konsekwencji prawnych zachowań kontratypowych na płaszczyźnie karalności a nie na płaszczyźnie bezprawności.

go postępowania wynikającego z naruszanej normy sankcjonowanej, gdyż istotą tej normy jest wskazanie imperatywu postępowania tylko i wyłącznie dla celów ochrony jednego z kolidujących dóbr. Sama kolizja dóbr związana z konkretno-indywidualnym zachowaniem adresata normy sankcjonowanej, który postępuje sprzecznie z imperatywem wynikającym z tej normy w celu ochrony innego uznawanego przez prawo dobra, zostaje uwzględniona w ramach oceny odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony popełniony w granicach kontratywu dopiero na płaszczyźnie karalności zachowania.

Przełożenie powyższych rozważań na wnioski odnoszące się do budowy struktury przestępstwa, prowadzi do uznania, że relacja bezprawności, jako sprzeczności konkretno-indywidualnego zachowania adresata normy z treścią określonej w sposób generalno-abstrakcyjny normy sankcjonowanej, zachodzi również w sytuacji kontratypowej. Kontratypy, jako okoliczności wyłączające karalność, należy rozumieć jako korekturę opisu typu czynu zabronionego w aspekcie formalnym, polegającą na ograniczeniu możliwości zastosowania przez organy władzy państwowej kary za zachowania realizujące znamiona typu czynu zabronionego tylko do takich czynów, które nie zostaną uznane za zachowania podjęte w granicach kontratypu⁵⁹.

8. Przyjęcie koncepcji kontratypu jako okoliczności wyłączającej karalność pozwala uniknąć zastrzeżeń jakie sformułowano pod adresem koncepcji kontratypu jako okoliczności prawnie irrelevantnej i koncepcji kontratypu jako okoliczności wyłączającej bezprawność zachowania, a więc zapatrywać teoretycznych, których wspólną cechą było określanie skutków prawnych sytuacji kontratypowych na płaszczyźnie bezprawności.

⁵⁹ Uznanie kontratypu za okoliczność wyłączającą karalność nie jest w żadnym razie powrotem do krytykowanej na gruncie dogmatycznym teorii negatywnych znamion typu (zob. A. Z o 11, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 72 i n.). Po pierwsze, teoria negatywnych znamion miała służyć uzasadnieniu wyłączenia bezprawności – a nie jak w proponowanym ujęciu karalności – przez wprowadzenie negatywnych znamion (przesłanek kontratypu) na płaszczyźnie karalności. Po drugie, teoria negatywnych znamion oparta była na twierdzeniu, że wystąpienie sytuacji kontratypowej, tworzącej zespół negatywnych znamion, oznaczało brak realizacji znamion tego typu. Przeniesienie problematyki skutków prawnych kontratypu na płaszczyznę karalności, przy jednoczesnym uznaniu zachowań kontratypowych za bezprawne, nie prowadzi do uznania, że w tym wypadku nie zostają spełnione znamiona typu czynu zabronionego, a oznacza jedynie stwierdzenie, że pomimo zrealizowania znamion typu czynu zabronionego organ państwowy upoważniony do zastosowania sankcji karnej nie ma podstaw do uznania przestępności czynu i wymierzenia za niego kary z uwagi na fakt, że realizacja znamion typu w granicach kontratypu wyłącza karalność czynu.

Po pierwsze, ujmowanie kontratypu jako okoliczności wyłączającej karalność nie tworzy przeszkód dla wyjaśnienia materialnej istoty kontratypu. W szczególności pozwala odróżnić zachowania kontratypowe od zachowań pierwotnie legalnych, czego nie sposób uczynić przez odwołanie się do koncepcji kontratypu jako okoliczności prawnie irrelevantnej⁶⁰. Przeniesienie ciężaru oceny prawnej sytuacji kontratypowej na płaszczyznę karalności pozwala uwzględnić, że zachowania kontratypowe, jako typowe naruszenia normy sankcjonowanej z punktu widzenia celu ochronnego tej normy, jest tak samo negatywnie wartościowane, jak takie samo zachowania nie podjęte w sytuacji kontratypowej⁶¹. Uzasadnienie dla uznania, że zachowanie nie zasługuje na ukaranie znajduje się w okolicznościach istotnych dla ustalenia zakresu zastosowania normy sankcjonującej. Wystąpienie sytuacji kolizji dóbr przesądza, że z uwagi na wyznaczone przez ustawodawcę kryteria oceny wartości kolidujących dóbr⁶², zniweczenie celu ochronnego normy sankcjonowanej przez podjęcie zachowania sprzecznego z imperatywem wynikającym z tej normy, jest usprawiedliwiane faktem zapewnienia ochrony innemu dobru w tej konkretnej sytuacji, mającemu wyższą wartość społeczną. Społeczna szkodliwość czynu zabronionego zrealizowanego w sytuacji kontratypowej nie opiera się więc na fakcie pierwotnego braku negatywnego wartościowania czynu, jak to ma miejsce w wypadku braku

⁶⁰ A. Z o l l, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 101 i n.; E. P l e b a n e k, *Materialne...*, *op. cit.*, s. 222 i n.

⁶¹ Na pełną akceptację zasługują wnioski do jakich doszedł A. Zoll, wykazując iż zachowania kontratypowe z punktu widzenia materialnej istoty przestępstwa nie różnią się niczym od takich samych zachowań podjętych poza zakresem kontratypu. Nie zasługują na aprobatę te ujęcia materialnej istoty kontratypów, które uznają, że od strony materialnej są to zachowania pozbawione cechy społecznej szkodliwości. Kontratypy nie opierają się na braku społecznej szkodliwości zachowania, ale na usprawiedliwieniu faktu podjęcia zachowania społecznie szkodliwego z uwagi na wartość społeczną jaką była ochrona dobra pozostającego w kolizji z dobrem, dla którego ochrony ustanowiono naruszoną normę sankcjonowaną (A. Z o l l, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 101 i n.). Zob. też E. P l e b a n e k, *Materialne...*, *op. cit.*, s. 222 i n.

⁶² Kryteria te są różne dla poszczególnych sytuacji kontratypowych. W szczególności charakterystyczne dla obrony koniecznej jest to, że nie opiera się ona – tak jak stan wyższej konieczności – jedynie na materialnej wartości dobra prawnego, ale przede wszystkim sprowadza się do uwzględnienia faktu negatywnego wartościowania zachowania zamachowca, który godząc w dobro broniącego się narusza porządek prawny. Dlatego pomimo naruszenia przez broniącego się dobra wyższej wartości napastnika zachowanie takie z punktu widzenia kryteriów oceny społecznej prowadzi do wyłączenia karalności realizacji znamion typu czynu zabronionego podjętego w granicach obrony koniecznej. Jeszcze inne kryteria wartości kolidujących dóbr wyznaczyć można na podstawie art. 27 k.k.

ataku na dobro prawne lub zachowania zgodnego z wymaganymi w danej sytuacji regułami postępowania, ale na usprawiedliwieniu podjęcia zachowania bezprawnego koniecznością ratowania innego dobra. Odstąpienie od karalności zachowania bezprawnego uzasadnione jest dodatnim bilansem zysków i strat, który usprawiedliwia podjęcie zachowania sprzecznego z normą sankcjonowaną, ale nie przekreśla faktu, że do zachowania bezprawnego w istocie doszło.

Po drugie, uznanie kontratypów za okoliczności wyłączające karalność w pełni odpowiada afirmowanemu tu założeniu o spójności i wewnętrznej niesprzeczności systemu prawnego. Przyjęcie, że zachowania w granicach kontratypu – z uwagi na łączącą się z nimi typowość naruszenia normy sankcjonowanej – są czynami bezprawnymi, a tkwiąca u podstaw sytuacji kontratypowej kolizja dóbr, w zależności od wartości kolidujących dóbr, prowadzi do zróżnicowanych skutków prawnych, pozwala w łatwy sposób wyjaśnić różny zakres odpowiedzialności w wypadku kontratypu stanu wyższej konieczności w prawie karnym i w prawie cywilnym. Podstawą odpowiedzialności karnej i cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej jest naruszenie zakazu lub nakazu postępowania tej samej treści. Pomijając fakt odmiennego zakresu przedmiotowego kontratypu stanu wyższej konieczności, oba reżimy odpowiedzialności przewidują jedynie odmienne konsekwencje prawne w zależności od relacji zachodzących pomiędzy kolidującymi dobrami prawnymi. O ile art. 26 § 1 k.k. daje podstawę do wyłączenia karalności zachowań, w wypadku których naruszenie normy sankcjonowanej prowadziło do ratowania dobra prawnego wyższej lub równej wartości w stosunku do dobra poświęcanego, o tyle art. 424 k.c. prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej w wypadkach, gdy naruszenie normy sankcjonowanej prowadziło do ratowania dobra wyższej wartości niż dobro poświęcane. Różny zakres skutków prawnych w zakresie odpowiedzialności karnej i cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej oparty jest na stwierdzeniu, że w wypadku obu reżimów odpowiedzialności została naruszona jedna norma sankcjonowana⁶³. Prowadzi to do

⁶³ Ten sam imperatyw postępowania, zakazujący niszczenia cudzej rzeczy bez zgody jej dysponenta, tkwi u podstaw prawnokarnej normy sankcjonowanej z art. 288 k.k. i cywilnoprawnej normy sankcjonowanej z art. 415 k.c. Zachowanie polegające na zniszczeniu cudzej rzeczy bez zgody jej dysponenta w celu uratowania innej rzeczy, niezależnie od jej wartości, zawsze będzie zachowaniem bezprawnym. Jednak z uwagi na zachodzącą w tym wypadku kolizję dóbr, uwzględnianą przez porządek prawny w ramach kontratypu stanu wyższej konieczności, zupełnie różne, w zależności od wartości kolidujących ze sobą dóbr, będą konsekwencje prawne takiego naruszenia. W razie zniszczenia rzeczy

wniosku, że przyjmowana w tym opracowaniu koncepcja kontratypów nie prowadzi do żadnych niespójności w obrębie systemu prawnego rozumianego jako spójna i wewnętrznie uporządkowana całość.

Po trzecie, pogląd traktujący kontratypy jako okoliczności wyłączające karalność pozwala – jak to jest powszechnie przyjmowane w doktrynie – uzależnić przyjęcie kontratypowego charakteru czynu zabronionego od okoliczności podmiotowych. Z teoretycznego punktu widzenia niekonsekwentne jest usytuowanie skutków prawnych kontratypów na płaszczyźnie bezprawności, przy jednoczesnym uzależnieniu przesłanek warunkujących przyjęcie kontratypu od nastawienia psychicznego sprawcy do czynu. W wypadku uznania kontratypów za okoliczności wyłączające karalność, uzależnienie zastosowania kontratypu od nastawienia psychicznego sprawcy do czynu nie tylko nie prowadzi do niekonsekwencji teoretycznej, ale wydaje się być logicznym następstwem sposobu rozumienia pojęcia typu czynu zabronionego, jako wzorca zachowania karalnego zawierającego jego opis zarówno od strony przedmiotowej, jak i podmiotowej. Kontratyp jako korektura tak określonego wzorca zachowania karalnego na płaszczyźnie konkretno-indywidualnego zachowania sprawcy nie tylko może, ale wręcz powinien odnosić się do okoliczności przedmiotowych, jak i okoliczności podmiotowych związanych z sytuacją kontratypową⁶⁴.

W końcu za uznaniem kontratypów za okoliczności wyłączające karalność przemawia wprost wykładnia językowa przepisów statuujących na gruncie prawa karnego instytucje kontratypowe. Zarówno art. 25, jak i art. 26 § 1 oraz art. 27 k.k. przewidują wyłączenie przestępności czynu, a nie jego bezprawności. Podobnie art. 423 i 424 k.c. zakreślają przesłanki wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej, a nie wyłączenia bezprawności zachowania. Wykładnia językowa wyraźnie wskazuje więc na

mniejszej wartości niż rzecz ratowana wyłączona zostaje podstawa do ponoszenia przez jednostkę zarówno odpowiedzialności karnej (art. 26 § 1 k.k.), jak i odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 424 k.c.). W razie zniszczenia rzeczy tej samej wartości co rzecz ratowana, wyłączona zostanie podstawa do odpowiedzialności karnej (art. 26 § 1 k.k.), co nie będzie stwarzało przeszkód do pociągnięcia jednostki do odpowiedzialności odszkodowawczej (z reguły) na podstawie art. 415 k.c. W razie zniszczenia rzeczy większej wartości niż rzecz ratowana wyłączona zostaje podstawa do ponoszenia przez jednostkę odpowiedzialności karnej, ale już nie z uwagi na wyłączenie karalności, ale z uwagi na wyłączenie winy (art. 26 § 2 k.k.). Jednostka poniesie w tym wypadku odpowiedzialność odszkodowawczą. W końcu zarówno odpowiedzialność karną, jak i odpowiedzialność odszkodowawczą poniesie jednostka, która dla ratowania rzeczy oczywiście mniejszej wartości poświęci rzecz oczywiście większej wartości (art. 26 k.k. *in fine*).

⁶⁴ Odmienne sprawę postrzega J. M a j e w s k i, *Czy znamię..., op. cit.*, s. 45–46.

konieczność szukania konsekwencji prawnych zachowań kontratypowych na płaszczyźnie prawnokarnej normy sankcjonującej.

9. Proponowane tu ujęcie charakteru prawnego kontratypów jest niewątpliwie kontrowersyjne, szczególnie z uwagi na głęboko zakorzenione w nauce prawa i świadomości społecznej przekonanie, że zachowania kontratypowe nie są zachowaniami sprzecznymi z prawem. Analiza dogmatyczna, opierająca się na wykorzystaniu normatywnych narzędzi badawczych wydaje się przeczyć temu przekonaniu, wskazując na możliwość traktowania kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność, a nie bezprawność. Nie da się jednak ukryć, że proponowane przewartościowanie spojrzenia na konsekwencje prawne kontratypów w prawie karnym ma charakter propozycji teoretycznej i nie koresponduje w pełni z obecnie obowiązującym ujęciem ustawowym⁶⁵ czy pewnymi przyjmowanymi w dogmatyce sposobami rozstrzygnięcia niektórych zagadnień szczegółowych⁶⁶.

⁶⁵ Tytułem przykładu trzeba wskazać uregulowanie błędu co do znamion kontratypu (art. 29 k.k.).

⁶⁶ Konieczne byłoby na przykład przewartościowanie zapatrywań na problematykę możliwości podjęcia w ramach obrony koniecznej działań obronnych zmierzających do odparcia zamachu ze strony innej osoby, która działa w obronie koniecznej lub w stanie wyższej konieczności z art. 26 § 1 k.k.