

ANNA OPAR

FILOZOFICZNO-METODOLOGICZNE ASPEKTY TEORII NEGATYWNYCH ZNAMION CZYNU PRZESTĘPNEGO

Przedmiotem rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu jest analiza pewnego rodzaju ustawowych znamion przestępstwa, a mianowicie tzw. znamion negatywnych i ich miejsce w ustawowej określoności tegoż czynu, oraz filozoficzno-metodologiczne aspekty teorii ich dotyczące. W literaturze z zakresu prawa karnego wiele uwagi poświęca się tej problematyce, gdyż stanowi ona część „typizacji” czynu przestępnego¹. Musimy więc wyjść od odpowiedzi na pytanie: czym jest owa typizacja?

Odpowiedź nie będzie pełna i wyczerpująca, gdyż nie ta problematyka jest przedmiotem rozważań. Zostanie ona omówiona pod kątem potrzeb związanych z prowadzonymi rozważaniami i to bez wdawania się w kontrowersje i spory jakie zrodziła *Tatbestandslehre* przede wszystkim w polskiej dogmatyce prawa karnego. Poniekąd zwalnia nas od tego bogata literatura, do której będziemy się odwoływać².

¹ Por. W. Mąciór, *Negatywne znamiona istoty czynu*, PiP 1964, nr 5/6, s. 854–863; W. Mąciór, *Błąd jako nieświadomość lub urojenie czy nieświadomość lub niewiedza*, w: *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci profesora Władysława Woltera*, Warszawa 1959, s. 105–121; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 101–109, 233 i n.; z literatury niemieckiej, poza cytowanymi przez Mącióra, zob. H.J. Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn 1960.

² Zob. prace I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959; I. Andrejew, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982; R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995; T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982; T. Florek, *Typizacja czynu — pojęcie, zakres, funkcja*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze”, z. 74, Warszawa–Kraków 1977, s. 25–47.

Najogólniej mówiąc, typizacja „oznacza sformułowanie w ustawie karnej abstrakcyjnych opisów ludzkiego postępowania zabronionego. [...] polega na podaniu przez ustawodawcę schematów postępowania zabronionego, w obrębie których muszą mieścić się poszczególne zachowania ludzkie, jeżeli mają odpowiadać warunkom określonych typów przestępstw”³. W takim ustawowym opisie typu przestępstwa (ustawowa określoność czynu) „przedstawia się” zespół znamion czynu, eksponując te cechy, które najdokładniej oddają „istotę tego zachowania”. Znamiona te zwykle się określać jako znamiona przestępstwa. To one „stanowią o zakresie czynów przestępnych, określają granice między zachowaniem karalnym a niekaralnym”⁴. Stąd między innymi wymóg, by ów opis był na miarę regulowanych stosunków precyzyjny i kompletny. Zbiór tychże znamion określa przecież schemat ustaleń faktycznych dla podmiotów stosujących prawo (w szczególności dla sądu)⁵.

Wśród językowych cech znamion wyróżnia się między innymi znamiona pozytywne i negatywne (choć nie wszyscy ten podział przyjmują) obok opisowych i ocennych, ostrych i nieostrych, potocznych i technicznych, normatywnych i nienormatywnych. Ze względu zaś na ich funkcje w opisie czynu — te które odnoszą się do podmiotu, przedmiotu, strony podmiotowej i przedmiotowej. Jak słusznie zauważył Tomasz Gizbert-Studnicki, „podziały te krzyżują się, a każde znamię może być scharakteryzowane z punktu widzenia wszystkich tych kryteriów”⁶.

Z kolei samo określenie znamion pozytywnych i negatywnych również nie jest jednoznaczne. Ta, zrodzona w niemieckiej nauce prawa karnego, konstrukcja pojęciowa, jak i teoria⁷ do dnia dzisiejszego wywołuje spory i nie dała rozwiązania jednoznacznego⁸, chociaż podkreśla się jej znaczenie

³ T. Bojarski, *op. cit.*, s. 11.

⁴ *Ibidem*, s. 11.

⁵ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Znamiona czasownikowe w kodeksie karnym — zagadnienie czasu gramatycznego i aspektu*, „Studia Prawnicze” 1982, z. 1/2 (71/72), s. 111.

⁶ T. Gizbert-Studnicki, *Znamiona porównawcze w kodeksie karnym*, RPEiS 1981, z. 1, s. 158.

⁷ Początki tej koncepcji można znaleźć w pracach A. Merkla, R. von Franka — por. A. Berger, *Ujemna cecha istoty czynu*, „Głos Sądownictwa” 1937, nr 11, s. 850; W. Macior, *Negatywne znamiona...*, *op. cit.*, s. 855; jej zwolennikami byli i są tak wybitni uczeni, jak m.in.: G. Radbruch, K. Engisch, H. von Weber, H. Schröder, A. Kaufmann, E. Mezger, C. Roxin — zob. na ten temat: H.J. Hirsch, *op. cit.*, cz. I. W literaturze polskiej jej rzecznikami, poza wymienionymi wyżej, byli: S. Śliwiński, W. Wolter.

⁸ Por. H.J. Hirsch, *op. cit.*, s. 220–348. W polskiej doktrynie krytycznie wobec teorii negatywnych znamion wypowiadali się: A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 68 i n.;

przede wszystkim w sytuacji, „gdy chcemy udzielić rzeczowej odpowiedzi na pytanie, dlaczego i na jakiej podstawie urojenie kontratypu [...] pociągać ma za sobą odpadnięcie odpowiedzialności za przestępstwo umyślne i ewentualnie uzasadnić odpowiedzialność za występki nieumyślne, czyli wywołać ma identyczne skutki normatywne, jak błąd co do okoliczności należącej do istoty czynu”⁹. Wedle W. Woltera, teoria ta — jak stwierdza z ubolewaniem — wprawdzie nie jest dominująca (sam na początku swej drogi naukowej nie był jej zwolennikiem), ale jednak, jak się okazuje, w przypadku sprawców działających w błędzie (zasada dwupostaciowości błędu: błąd co do znamion pozytywnych musi występować w postaci nieświadomości, że dane znamię występuje, natomiast błąd co do znamion negatywnych wymaga urojenia sprawcy) „dostarcza [...] logicznie nienaganne rezultaty”¹⁰. Wydaje się, że Władysława Woltera urzekła ponadto „symetria rozstrzygnięć”, określana również „zasadą odwrotności błędu i usiłowania”¹¹. Gdy nieświadomość znamion pozytywnych powoduje odpadnięcie odpowiedzialności z winy umyślnej z ewentualną odpowiedzialnością za przestępstwo nieumyślne, to te same konsekwencje powoduje urojenie kontratypu traktowane jako cecha negatywna typu. Natomiast jeżeli urojenie możliwości dokonania przestępstwa w sytuacji, gdy jego dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak koniecznych dla jego dokonania elementów statycznych, rodzi odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne, to te same konsekwencje pociąga za sobą nieświadomość znamion kontratypu, co czyni rzeczą niemożliwą dokonanie przestępstwa¹².

Powracając do tegoż podziału, zdaniem Reinharda Franka negatywne znamiona istoty czynu to te okoliczności, których zaistnienie usuwa bezprawność czynu¹³. Według A. Bergera, na ustawową istotę czynu składa się „stan, przewidziany w poszczególnych przepisach prawa [karnego], do którego przywiązana jest sankcja karna” (jego spełnienie warunkuje, że czyn ten staje się bezprawnym), „o ile nie zachodzi okoliczność, wyłączająca bezprawność. Tak więc koniecznymi przedmiotowymi podstawami przestępstwa są: z jednej strony, spełnienie czynu o odnośnej ustawowej jego istocie (przesłanka dodatnia) i, z drugiej strony, brak okoliczności, wyłączającej

Z. Cwiakałski, *Błąd co do bezprawności w polskim prawie karnym (zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991, s. 97 i n.

⁹ W. Mąciór, *Negatywne znamiona...*, *op. cit.*, s. 854.

¹⁰ W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 234.

¹¹ Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 61 i n.

¹² W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 149.

¹³ R. Frank, *Das Straftgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Leipzig 1903, s. 83.

w danym wypadku bezprawność (przesłanka ujemna)¹⁴. Negatywne znamiona „odbarwiają”, pozbawiają „zewnątrznie czyn będący przestępstwem” jego bezprawności, przez co staje się on — z punktu widzenia prawa karnego — obojętnym. Podobnie Władysław Mąciór stwierdza, że „zaprzeczone okoliczności wykluczające bezprawność (kontratypy) należą z mocy samej logiki do istoty czynu w charakterze znamion negatywnych, co znaczy, że przestępstwem z art. 225 § 1 k.k. jest zabójstwo człowieka »nie w obronie koniecznej«, »nie w wykonaniu wyroku śmierci«, itd., a zatem przy braku kontratypów¹⁵. Okazuje się więc, że znamiona wyrażone wprost w opisie typu czynu zabronionego, które wymagają wystąpienia jakiegoś elementu, nazywa się pozytywnymi, a te, które oznaczają brak czegoś (np. „nie zgłasza się”, „bez zgody”, „bez wymaganego zezwolenia”, „nie utrzymuje”, „nie zawiadamia”) oraz te nie zawsze *explicite* w tym opisie wyrażone, które nie mogą wystąpić, aby dany czyn mógł być uznany za bezprawny (tak przede wszystkim co do okoliczności wyłączających bezprawność czynu — kontratypów), nazywa się negatywnymi. Bliska temu ujęciu jest koncepcja Stanisława Śliwińskiego, dla którego: „Istotę czynu tworzyć mogą okoliczności dodatnie (pozytywne), których istnienie jest nieodzowne, jeżeli mamy mówić o przestępstwie (np. człowiek jako ofiara — art. 225 [k.k. z 1932 r.]); mogą jednak wchodzić w grę także okoliczności ujemne, tj. okoliczności, które nie mogą istnieć, jeżeli chcemy mówić o przestępstwie (negatywne okoliczności istoty czynu) i których istnienie wyłącza czasem bezprawność, czasem tylko przestępczość czynu¹⁶.”

Dla innych podstawą wyróżnienia tego rodzaju znamion jest to, czy stanowią one regułę (znamiona pozytywne), czy też występują sporadycznie (znamiona negatywne): „zachodzą w razie zaprzeczenia w ustawie jakiejś właściwości lub w razie wymagania braku wystąpienia jakiegoś elementu. [...] Jako znamiona negatywne są traktowane niekiedy okoliczności, które czynom wykazującym pozornie cechy przestępstwa [...] nie pozwalają przypisać charakteru bezprawnego, czyli tzw. kontratypy¹⁷”. W tym kierunku szła argumentacja W. Woltera. Badania zapoczątkowane analizą relacji między *lex generalis* a *lex specialis*¹⁸ doprowadziły go do stwierdzenia, że

¹⁴ A. Berger, *op. cit.*, s. 849.

¹⁵ W. Mąciór, *Negatywne znamiona...*, *op. cit.*, s. 858.

¹⁶ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 135.

¹⁷ *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, red. J. Waszczyński, Łódź 1992, s. 101–102.

¹⁸ W. Wolter, *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 48 i n.

„tzw. *lex generalis* stanowi *lex specialis* złożoną ze znamion rodzajowych bez znamion cechujących *lex specialis* czy *leges speciales*” i należy je odnieść również do kontratypów. „Kontratypy zanegowane należą również do istoty czynów pewnych grup przestępstw, czyli zabójstwem z art. 225 § 2 jest zabicie człowieka nie w warunkach art. 225 § 2, art. 226, 227 itd. i nie w warunkach art. 21 itd. (inne kontratypy)”¹⁹.

Kontratypy — znamiona z ujemnym znakiem — w świetle powyższych ujęć, wchodzą więc w skład ustawowej istoty czynu i stają się przedmiotem zamiaru. Zachowanie w warunkach kontratypu oznacza brak realizacji znamion tak rozumianej istoty czynu. „Czyn nie jest w ogóle prawnokarnie relewantny (»pierwotna« legalność)”²⁰. Dla rzeczników teorii negatywnych znamion, brak realizacji znamion czynu zabronionego jest równoznaczny z brakiem bezprawności w ogóle²¹.

Te przedstawione wyżej kryteria, leżące u podstaw wyróżnienia znamion pozytywnych i negatywnych, wprawdzie są odmienne, ale jednak często się je miesza. Nie czyni to analizowanego podziału jasnym, tym bardziej, że koncepcji opartej na wyróżnieniu reguły i wyjątku zarzuca się, iż nie posiadają one jednakowej logicznej struktury²².

Nie bez znaczenia dla „typizacji” czynu przestępnego jest rodzaj funkcji, jaką ma ona spełniać. Rodzi to również konsekwencje co do akceptacji, jak i odrzucenia powyższego podziału znamion. Igor Andrejew, w swych rozprawach dotyczących znamion, szczególny nacisk kładzie na ich funkcje gwarancyjne i procesowe. Stanowią one według niego „obraz przewodni” każdego typu przestępstwa²³. W późniejszej pracy używa on określenia „zarys typu przestępstwa” na określenie tych ustawowych znamion. Określają one nie tylko granice między zachowaniem karalnym a niekaralnym (funkcja gwarancyjna), ale także „w zakresie czynów karalnych stanowią przesłankę zastosowania sankcji zgodnie z intencją ustawodawcy”²⁴. Bardzo mocno

¹⁹ W. Wolter, *Funkcja błędu...*, *op. cit.*, s. 148.

²⁰ Z. Jędrzejewski, *Urojenie znamienia kontratypu a problem struktury przestępstwa*, w: *Gaudium in litteris est. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Genowefie Rejman z okazji osiemdziesiątych urodzin*, red. L. Gardocki, M. Królikowski, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2005, s. 189.

²¹ Zakładają oni tradycyjną koncepcję bezprawności — o czym niżej, gdzie prezentujemy ujęcie A. Zolla.

²² Por. A. Zoll, *Stosunek kontratypów do ustawowej określoności czynu*, PiP 1975, nr 4, s. 89.

²³ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, *op. cit.*, s. 42–43.

²⁴ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu...*, *op. cit.*, s. 71.

podkreśla on, że: „ustawowe znamiona są to określane w ustawie cechy czynu społecznie niebezpiecznego, jego strony przedmiotowej i podmiotowej oraz podmiotu, które muszą być udowodnione w postępowaniu karnym, aby mogło nastąpić prawidłowe skazanie za przestępstwo”²⁵. Uwypuklając kryterium dowodowe, przez ustawowe znamiona przestępstwa rozumie takie „c e c h y z e w n ę t r z n e g o z a c h o w a n i a s i ę c z ł o w i e k a, s k u t k u i o k o l i c z n o ś c i t e g o z a c h o w a n i a s i ę, j a k r ó w n i e ż s t o s u n k u p s y c h i c z n e g o d o t e g o z d a r z e n i a o r a z c e c h y s a m e g o c z ł o w i e k a j a k o p o d m i o t u z a c h o w a n i a s i ę, c e c h y o k r e ś l o n e w u s t a w i e, k t ó r y c h c a ł o k s z t a ł t c h a r a k t e r y z u j e p r z e s t ę p s t w o, a k t ó r e m u s z ą b y ć u d o w o d n i o n e w p o s t ę p o w a n i u k a r n y m, a b y m o g ł o n a s t ą p i ć s k a z a n i e z a p r z e s t ę p s t w o”²⁶. Nie zalicza doń znamion społecznego niebezpieczeństwa, bezprawności i winy²⁷.

Tenże autor przeprowadza rozdział znamion na ustawowe znamiona czynu i ustawowe znamiona przestępstwa. Powołując się na wówczas obowiązujący przepis art. 120 § 1 k.k. z 1969 r. stwierdza, że te ostatnie nie zawierają „treści specyficznych dla pojęcia winy”²⁸.

Podkreślanie funkcji gwarancyjno-procesowej znamion (tylko znamiona „pozytywne” są normami samodzielnymi — tego charakteru nie mają znamiona „negatywne” — i to one podlegają „w każdym wypadku dowodzeniu w postępowaniu karnym”, podczas gdy okoliczności wyłączające przestępczość — tylko w sytuacjach budzących wątpliwości) przy otwartości kontratypów (ich zbiór nie jest zamknięty, gdyż obok tych „określonych w ustawie są liczne inne, pozaustawowe”²⁹), czyni ten podział według I. Andrejewa drugorzędny. „Z punktu widzenia dialektycznego udowodnienie przestępstwa zabójstwa i przyjęcie kwalifikacji z art. 148 § 1 nie jest jednoznaczne z u d o w o d n i e n i e m b r a k u s i l n e g o w z r u s z e n i a, b r a k u w s p ó ł c z u c i a i ż ą d a n i a n i e d z i a ł a n i a w o b r o n i e k o n i e c z n e j a n i w s t a n i e w y ż s z e j k o n i e c z n o ś c i i t d.”³⁰

Władysław Wolter wprowadzie również zmierza — podobnie jak autor prac omówionych wyżej — do utrzymania jednolitego pojęcia zespołu zna-

²⁵ I. Andrejew, „Ustawowe znamiona” w doktrynie i nowych kodeksach, w: *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdy*, Warszawa 1969, s. 16.

²⁶ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu...*, op. cit., s. 69–70.

²⁷ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 132; również I. Andrejew, „Ustawowe znamiona” w doktrynie..., op. cit., s. 17; I. Andrejew, *Rozpoznanie...*, op. cit., s. 14–17.

²⁸ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia...*, op. cit., s. 129.

²⁹ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu...*, op. cit., s. 128.

³⁰ *Ibidem*, s. 130.

mion, ale jednak nie poprzez uwypuklenie ich funkcji gwarancyjnej, lecz przez podkreślenie w tym zespole znamion czynu ich społecznej szkodliwości. „Idealny typ winien być tak ujęty, aby jego znamiona razem wzięte stanowiły jakby przekład oceny na język pewnych faktów, stanowiły rację dla następstwa w postaci ujemnej oceny społecznej”³¹. Pełnią więc one „funkcję wskaźnikową”, ukierunkowującą na bezprawność. Istota czynu stanowi „rację bytu bezprawności”, chociaż jej jednoznacznie nie determinuje. Jak pisze: tworzy „domniemanie w kierunku bezprawności” dopuszczając jej korekturę „przy pomocy okoliczności wyłączających bezprawność czynu”³². Dalej zaznacza, że w dogmatyce prawa karnego podkreśla się, iż „urzeczywistnienie czynu ujętego typowo w jakiejś dyspozycji jest z »reguły« czynem społecznie szkodliwym. Czyli skoro [jest] to reguła, która pociąga za sobą domniemanie ujemnej oceny, to możliwe są również »wyjątki« od tej reguły”³³. W innej pracy zauważa, że „ustawodawca kształtuje zgeneralizowany czyn w ten sposób, aby on »w większości wypadków« oddawał ujemną treść społeczną, czyli można tu mówić o pewnym sensie statystycznym”³⁴. Z tego, iż czyn wypełniający zespół znamion (w większości wypadków) jest bezprawny, nie można wnioskować, że konkretny czyn jest bezprawny, „jako że dopiero przez brak wyjątku utwierdza się ostatecznie reguła”³⁵. To dlatego zaakceptował „teorię znamion negatywnych” jako dopełniającą rzeczywistość.

Konstrukcja powyższa jest wyrazem przyjęcia postawy, by użyć terminologii Leszka Nowaka, „pozytywizmu metafizycznego”, gdzie „znamiona negatywne” można by „rozumieć jako operację na polu pozytywów taką, iż negacją sytuacji (*sc.* pozytywnej) jest jakakolwiek inna od niej sytuacja pozytywna. Negując tedy sytuację pozytywną nie wykraczamy poza zbiór sytuacji pozytywnych”³⁶. Tak więc wszystkie właściwości są pozytywne, negacja wystąpienia własności pozytywnej to jej dopełnienie, a zatem pozostały zbiór własności pozytywnych, a stąd negacja, nie wyprowadza poza pozytywność³⁷. Autor *Funkcji błędu w prawie karnym* pisze: „Obiektywną cechą znamion negatywnych nie jest negacja znamion, skoro negatywna

³¹ W. Wolter, *Funkcja błędu...*, *op. cit.*, s. 57.

³² *Ibidem*, s. 53–54.

³³ *Ibidem*, s. 59–60.

³⁴ W. Wolter, *Klauzule normatywne w przepisach karnych*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1969, z. 3/4, s. 13.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ L. Nowak, *Byt i myśl. U podstaw negatywistycznej metafizyki unitarnej. Tom I: Nicość i istnienie*, Poznań 1998, s. 124.

³⁷ Zob. *ibidem*, s. 126–127.

rzeczywistość stanowi »*contradictio in andiectis*«. Przy cechach negatywnych obiektywny charakter mają cechy dopełniające, a więc to wszystko, co występuje w obiektywnej sytuacji, gdy wyróżniamy ją przy braku jakiegoś znamienia, jakieś cechy. Jeżeli rzeczywistość obiektywna odbije się w świadomości człowieka bezbłędnie, w pewnym akcie poznawczym wyznaczonym kręgu, to w tej świadomości znaleźć się muszą jej cechy pozytywne. O ile ta obiektywna rzeczywistość wyznaczona zostanie cechą negatywną, to prawidłowe odbicie w świadomości bynajmniej nie musi przybrać kształtu »sądu o braku tej wyznaczającej negatywnej cechy«. Sytuacja odbije się prawidłowo i wtedy, gdy nastąpi apercpcja dopełniającej rzeczywistości. [...] Dla wyznaczenia zakresu zabicia człowieka potrzebny nam jest dodatek »nie działania w obronie koniecznej«. [...] Bandyta atakujący swoją ofiarę ma pełną świadomość dopełniającej rzeczywistości, wyróżnionej brakiem kontekstu obrony koniecznej i chce działać w tej obiektywnej dopełniającej rzeczywistości, a bynajmniej, aby mu móc przypisać świadomość i wolę popełnienia zabójstwa rabunkowego, nie musi przeżyć w myśli sądu »nie działałam w obronie koniecznej«³⁸.

Tego rodzaju ujęcie — pomijając na razie jego ocenę — „przenosi” cały problem na płaszczyznę „świadomości i wiedzy sprawcy (konsekwencji błędu)”³⁹. Świadczy o tym chociażby wypowiedź: „Przy wyróżnieniu jakiegoś przedmiotu przez jego cechę pozytywną, czyli właśnie obiektywną, prawidłowym odbiciem w świadomości jest apercpcja tej pozytywnej cechy. Przy wyróżnieniu jakiegoś przedmiotu tylko cechą negatywną prawidłowym odbiciem jest każda zgodna czy niezgodna z rzeczywistością apercpcja, której treścią jest jedna z możliwości nie wyłączona cechą negatywną.

Przy wyróżnieniu jakiegoś przedmiotu jego cechą pozytywną nieprawidłowym jest brak odbicia tej cechy w świadomości (nieświadomość), obojętnie, czy i jaka mylna świadomość zastąpiła prawidłowe odbicie. Przy wyróżnieniu jakiegoś przedmiotu cechą negatywną nieprawidłowym jest odbicie w postaci mylnego przekonania (urojenie) o wystąpieniu tej cechy, która została zaprzeczona”⁴⁰.

Kryterium mające rozstrzygnąć o przynależności do zespołu znamion wiąże on zatem z konsekwencjami błędu. Czy jest to konieczne? Można mieć wątpliwości, skoro Juliusz Makarewicz, nie zakładając teorii znamion negatywnych, doszedł do takich samych rozwiązań⁴¹. Leszek Lernell

³⁸ W. Wolter, *Funkcja błędu...*, *op. cit.*, s. 67–68.

³⁹ Por. R. Dębski, *op. cit.*, s. 86.

⁴⁰ W. Wolter, *Funkcja błędu...*, *op. cit.*, s. 19.

⁴¹ Por. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 98; zob. również

odrzuca tę „sztuczną dystynkcję”. Według niego: „brak sytuacji obrony koniecznej, stany wyższej konieczności, jest znamieniem »pozytywnym« czynu, bo sytuacja, w której nie występuje obrona konieczna, stan wyższej konieczności, jest zawsze pozytywną [...]. Do sytuacji tej »przymierzamy« ustawowy zespół znamion czynu, będący strukturą cech przestępstwa, tworzony przez ustawodawcę na podstawie uogólnienia faktów empirycznych. Brak sytuacji obrony koniecznej, stanu wyższej konieczności, itd., są ustawowymi znamionami czynu wyłączonymi »poza nawias« w części ogólnej prawa karnego”⁴². Nie znaczy to, że błąd dotyczyć powinien tylko znamion czynu zabronionego określonych w przepisach części szczególnej Kodeksu karnego, które „określone” są przez znamiona pozytywne, a nie jego znamion negatywnych⁴³. Takie ujęcie przeczy logice procesu legislacyjnego oraz podstawowym zasadom techniki legislacyjnej. Ustawodawca, celem uniknięcia powtarzania takich samych fragmentów treści w wielu normach, wprowadza przepisy modyfikujące treść norm wysłowionych w jakimś przepisie zrębowym (zazwyczaj stanowi go przepis zawarty w części szczególnej Kodeksu karnego). Tak np. treść normy sankcjonowanej wysłowionej w art. 148 § 1 k.k. modyfikowana jest przez przepisy części ogólnej tegoż Kodeksu, dotyczące obrony koniecznej, stanu wyższej konieczności itp. Wykorzystuje się tu technikę rozczłonkowania treściowego⁴⁴. Technika ta pozwala również w procesie kodowania norm w przepisie prawnym, czy w przepisach, do odwoływania się do innych aktów normatywnych, w tym także pozakodeksowych. Skoro tak, to błąd może i ich dotyczyć. To rodzi zarzut zakładania przez rzeczników teorii znamion negatywnych fikcji świadomości wszystkich znamion, w tym również negatywnych, przy przestępstwach umyślnych. Przecież nikt, kto podejmuje działania z zamiarem pozbawienia życia człowieka „nie absorbuje” swej świadomości tym, że nie działa np. w obronie koniecznej. Odnosi się to również do pozostałych kontratypów, skoro świadomość sprawcy ma objąć wszystkie znamiona. Jak już wiemy, jest to o tyle trudne, że zbiór kontratypów to zbiór otwarty, wykraczający znacznie poza kodeksową określoność. Wyżej przedstawiona konstrukcja

M. Gałązka, *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej w poglądach Juliusza Makarewicza*, w: *Prawo karne w poglądach Juliusza Makarewicza*, red. A. Grzeškowiak, Lublin 2005, s. 219 i n.

⁴² L. Lernerell, *Wykład prawa karnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa 1969, s. 274.

⁴³ Tak E. Schlüchter, *Irrtum übertormative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen 1983, s. 172 (podają za Z. Cwiakalski, *op. cit.*, s. 97).

⁴⁴ Por. S. Wrórkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, s. 23–25; S. Wrórkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 64–70.

W. Woltera znamion negatywnych jako „dopełniającej rzeczywistości” pozwala obronić się przed tym zarzutem, ale tylko do pewnej granicy. Jak zauważył Josef Simon: „Znak negacji p o z b a w i a m o c y inne znaki. Przez to jest zawsze o k r e ś l o n ą negacją, gdyż rozumiemy go tylko jako negację innego znaku, który musimy zrozumieć, aby rozumieć »jego« negację”⁴⁵. To dlatego ma ona zawsze również owo znaczenie pozytywne. Stwierdzenie „negacji” czyni dotychczasowe rozumienie znaku niewłaściwym, „wywołuje przewrót w rozumieniu [...], oznacza [...], że na określonej drodze rozumienia, nie da się już dalej iść”⁴⁶.

Wracając do typizacji, odmienne stanowisko w tej materii reprezentuje Andrzej Zoll. Uważa on, iż „element formalny czynu zabronionego można sprowadzić do dwóch znaczeń związanych z dwoma ząbwiącymi się funkcjami, jakie zespół znamion ma do spełnienia.

Funkcja pierwsza sprowadza się — według niego — do określenia typu przestępstwa. Tak rozumiany zespół znamion pozwala na odróżnienie zachowań prawnokarnie relewantnych od zachowań irrelewantnych oraz na wyróżnienie poszczególnych kategorii zachowań w ramach zachowań prawnokarnie relewantnych”⁴⁷. Za I. Andrejewem nazwał je, dla podkreślenia ich znaczenia i funkcji, „zespołem ustawowych znamion czynu”.

„Druga funkcja wskazuje na te elementy zachowania, w stosunku do których relacjonować się będzie zamiar sprawcy bądź jego świadomość”⁴⁸. Nazwał ten zespół znamion — za W. Wolterem — „ustawową określonością czynu”.

Pierwszy rodzaj (zespół ustawowych znamion czynu) stanowi wzorzec obejmujący stronę przedmiotową i podmiotową, łączącą wszystkie konstruktywne elementy ujętego abstrakcyjnie społecznego niebezpieczeństwa czynu⁴⁹. Wchodzą doń zarówno umyślność lub nieumyślność jako cechy charakteryzujące typ, jak i znamiona uzupełniające nazwane przez niego „trzonem”. „Do trzonu ustawowej określoności (zespołu znamion) wchodzi te znamiona, które są »wyrażone *expressis verbis* w przepisie, w którym określone jest ustawowe zagrożenie karą za zrealizowanie tego zespołu znamion«”. Trzon zespołu ustawowych znamion czynu, pełniąc funkcję wynikającą z zasady *nullum crimen sine lege poenali*, zakreśla granice dla prawnokarnej relewantności zachowania. Trzon taki nie jest jednak w stanie spełnić warunków stawianych przed zespołem ustawowych znamion jako

⁴⁵ J. Simon, *Filozofia znaku*, Warszawa 2004, s. 95.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 96.

⁴⁷ A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 26.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 27.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 39.

charakterystykę typu przestępstwa, wskazującą jednoznacznie na tylko jeden związany z danym zespołem znamion typ przestępstwa. Trzon zespołu znamion musi więc być uzupełniony dalszymi znamionami zawartymi w tekście ustawy (np. znamionami umyślności zachowania) albo wynikającymi z zasad prawnych obowiązujących w danym systemie prawa karnego (np. ograniczenie odpowiedzialności za skutek, w razie zaniechania, do przekroczenia obowiązków gwaranta). Znamiona uzupełniające trzon zespołu ustawowych znamion charakteryzują się tym, że zawężają zakres czynów relewantnych prawnokarnie, jaki wynikałby tylko z samego trzonu⁵⁰. Stąd właśnie ich wprowadzenie nie narusza zasady *nullum crimen sine lege poenali*.

Natomiast rodzaj drugi (ustawowa określoność czynu) nie obejmuje umyślności lub nieumyślności charakteryzującej typ przestępstwa. Tworzy ją „zespół znamion, który związany jest ze społeczną szkodliwością czynu i stanowi podstawę do stwierdzenia bezprawności zachowania”⁵¹.

Andrzej Zoll odróżnia poza tym ustawową określoność czynu, która — jak stwierdziliśmy to wyżej — opisuje zachowania zagrażające dobrom stanowiącym wartość społeczną, i samo dobro, które jest znamieniem zawartym w trzonie określoności czynu: „Jest znamieniem, które musi być wyinterpretowane z treści całego trzonu ustawowego lub z systematyki kodeksowej, z kontekstu, w jakim znalazł się w ustawie karnej przepis zawierający dany trzon określoności. Mogą się jednak zdarzyć wypadki, że zachowanie realizujące znamiona trzonu określoności czynu nie będzie zagrażało dobru stanowiącemu wartość społeczną. W niektórych wypadkach można tu wprowadzić pewne uogólnienia z uwagi na powtarzalność sytuacji, w których zachowanie realizujące znamiona trzonu nie zagraża jednak dobru stanowiącemu wartość społeczną”⁵².

Koncepcję tę oparł on na tezie, iż „zachowania służące ochronie jakiegoś dobra nie mogą być jednocześnie uznane za zagrażające temu dobru” (w przeciwnym wypadku prowadziłoby to do wewnętrznej sprzeczności). Operację z użyciem skalpela, ratującą życie człowiekowi poranionemu nożem przez jakiegoś rzeźmieszka, nie należy, według niego, traktować jako czyn skierowany przeciwko zdrowiu i realizujący znamiona typu określonego w art. 155 lub 156 k.k. (te same, które zarzucone będą owemu rzeźmieszkiowi). „Ustawowe określoności oparte na trzonach zawartych w tych przepisach po prostu takich zachowań nie obejmują”⁵³.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 42.

⁵¹ *Ibidem*, s. 43.

⁵² *Ibidem*, s. 88.

⁵³ *Ibidem*, s. 89.

Po tych ogólnych rozważaniach poświęconych charakterystyce „typizacji” czynu przestępnego, przyjrzyjmy się bliżej „kontratypom”, jako tym negatywnym znamionom, które wywołują największe obiekcje.

Termin ów, co podkreśla wielu autorów⁵⁴, ukuł W. Wolter⁵⁵. Po raz pierwszy użył go podając jego określenie w podręczniku z 1947 r.: „Okoliczności, wykluczające bezprawność czynu, w szczególności wtedy, gdy dają jednostce wyjątkowe prawo naruszenia cudzego interesu, zostają ustawowo czy naukowo stypizowane, tworząc wtedy w stosunku do typów przestępstw »kontratypy«”⁵⁶.

Nawet w polskiej doktrynie prawa karnego nie wszyscy są jednak rzecznikami tego terminu⁵⁷. Takiego terminu nie stworzono w obcych systemach prawnych. W Niemczech używa się określenia *Rechtfertigungsgründe* — przyczyny powodujące zgodność z prawem, zaś w systemach *common law* — *legal defenses (defences)* — okoliczności wykluczające karalność (termin ten posiada więc znacznie szerszy zakres i obejmuje nie tylko kontratypy, ale również okoliczności wykluczające winę)⁵⁸. Igor Andrejew powątpiewa w trafność nadania tym okolicznościom charakteru kontr-„typowego”, gdy tymczasem są one „zaledwie okolicznościami wyjątkowymi, kiedy stwierdzamy, że czyn nie jest przestępstwem tylko ze względu na jakieś szczególne okoliczności, bo gdyby nie te okoliczności, czyn byłby zabroniony i może przestępny”⁵⁹. Według niego, wielość tych okoliczności, ich różna ocena społeczna powoduje, iż trudno sprowadzić je do wspólnego mianownika.

Podkreśla się również, czego zresztą nie negował sam autor tego terminu, otwartość zbioru kontratypów. Jak pisze Arnold Gubiński, „krąg okoliczności wyłączających społeczną szkodliwość (przedmiotową przestępną)

⁵⁴ Por. I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia...*, *op. cit.*, s. 145; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 219; A. Zołł, *Z problematyki kontratypów*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze”, z. 74, Warszawa–Kraków 1977, s. 49.

⁵⁵ Por. W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 130–131; W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości*, PiP 1963, nr 10, s. 502–511.

⁵⁶ W. Wolter, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 190.

⁵⁷ Por. I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia...*, *op. cit.*, s. 145 i n.; I. Andrejew, *Rozpoznanie...*, *op. cit.*; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu...*, *op. cit.*, w których to pracach nie znajdziemy terminu „kontratyp”, chociaż w swej pierwszej pracy z zakresu znamion, tym terminem się posługiwał — I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 212 i n.; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 6.

⁵⁸ Zob. J. Warylewski, *op. cit.*, s. 219.

⁵⁹ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia...*, *op. cit.*, s. 145.

czynu nie jest zamknięty⁶⁰. Fakt ten rodzi poważne obiekcje, gdy chodzi o „zastosowanie” pozaustawowych okoliczności. A. Zoll widzi w nim niebezpieczeństwo osłabienia ochronnej funkcji prawa karnego. Według niego: „zaatakowanie dobra chronionego prawem karnym może być uzasadnione [jest to wynik tego, jak pisał W. Wolter, że niekiedy typ ze względu na swą abstrakcyjność „strzela poza cel”⁶¹ — dopisek mój, A.O.], ale to uzasadnienie wymaga pokazania kolizji między tym dobrem a dobrem innym oraz stwierdzenia społecznej opłacalności poświęcenia właśnie tego, a nie drugiego dobra. Sędzia nie powinien tworzyć kontratypu dla potrzeb indywidualnego, rozpatrywanego przez siebie przypadku, lecz musi się oprzeć na uznanych w doktrynie kontratypach pozaustawowych. Ich liczba powinna być zresztą ograniczona. Prawotwórcza rola sędziego przy konstruowaniu nowych kontratypów dla potrzeb konkretnego przypadku byłaby także naruszeniem zasady podziału władz⁶².

Choć dzisiaj już inaczej patrzy się na problem „prawotwórczej roli sądu”⁶³, to jednak nie można pominąć kwestii — dziś już nie tylko ustawowej, ale również konstytucyjnej — zasady *nullum crimen sine lege*, czy też relacji pomiędzy zasadą państwa prawa a wymogiem ustawowej określoności przestępstw. Niewątpliwie „zakotwiczenie [w Konstytucji — dopisek mój, A.O.] zasady *nullum crimen sine lege* posiada ten walor, że pozwala wyraźniej wyróżnić dwa zakresy jej odniesienia: zakres związany z tworzeniem i ze stosowaniem prawa⁶⁴. Z chwilą, gdy tała się ona konstytucyjną (art. 42 ust. 1 Konstytucji⁶⁵), nastąpiła zmiana jej adresata oraz odmienny stał się jej zakres normowania.

⁶⁰ A. Gubiński, *op. cit.*, s. 7.

⁶¹ W. Wolter, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 130.

⁶² Por. A. Zoll, *Materiałne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 86.

⁶³ Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 197–242; L. Morawski, *Czy precedens powinien być źródłem prawa*, w: *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa. Księga jubileuszowa w 70-lecie urodzin Profesora Henryka Groszyka*, Lublin 1996, s. 189 i n.; por. również M. Ziarkowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, PiP 1980, nr 6, s. 73 i n.; *Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały z konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji UW odbytej w dniu 27 lutego 2004 r.*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 153–225 (cz. II — poświęcona sporowi pomiędzy Trybunałem Konstytucyjnym a Sądem Najwyższym o wyroki interpretacyjne).

⁶⁴ R. Dębski, *op. cit.*, s. 13.

⁶⁵ Konstytucja RP z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483.

Zasada ta, jako sankcjonująca norma prawno-karna, skierowana jest do organów wymiaru sprawiedliwości, nakazując pociąganie do odpowiedzialności tylko tego, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 1 § 1 k.k.). Zakazuje tym samym rozciągania sfery czynów zabronionych poza zakres wyraźnie wyznaczony przepisami ustawy obowiązującej w czasie popełnienia czynu (zakaz analogii).

Jako norma konstytucyjna, jest ona adresowana do organu ustawodawczego, który powinien w swym akcie stanowienia — może to być tylko ustawa — określić, jaki czyn jest przestępstwem (przy czym nie może on mieć charakteru retroaktywnego) i musi „określić zachowanie zabronione w taki sposób, aby można było jednoznacznie odróżnić typy zachowań zabronionych przez ustawę od zachowań nie zabronionych”⁶⁶. Skoro ustawodawca możliwie dokładnie powinien sprecyzować opis czynów zabronionych, to czy powinnośc ta nie odnosi się również do kontratypów, stanowiących według W. Woltera konieczny element korekty „w postaci okoliczności, które tę stypizowaną w określonym czynie i wobec tego formalnie stwierdzoną bezprawność wykluczają”⁶⁷.

Takie korektury są niezbędne i nie są „jakimś błędem ustawy”. Według twórcy tej konstrukcji, wynikają one z tego, że „typ czynu jest konkretyzacją materialnej bezprawności jako ujemnej oceny społecznej, ale równocześnie w stosunku do konkretnego czynu, podlegającego ocenie, odznacza się abstrakcyjnością, czyli pominięciem szeregu okoliczności, a uchwyceniem tylko pewnych charakterystycznych znamion”⁶⁸. Ustawodawca tworząc typ „musi nastawić się na przeciętność”. Skoro tak się sprawy mają, to „realizacja ustawowego typu, jako wyrazu materialnej bezprawności, nie musi być równocześnie czynem społecznie szkodliwym”⁶⁹. Dalej autor stwierdza, odwołując się do przykładu ochrony życia człowieka i zakazu zabójstwa, że przecież mogą zaistnieć takie okoliczności, kiedy ta ochrona „musi być cofnięta”. Wyjątkowo zabicie człowieka nie musi być czynnością społecznie szkodliwą i to dlatego „musi nastąpić wyjątkowa dla tych przypadków korektura typu”⁷⁰.

⁶⁶ A. Zoll, *Podstawowe zasady gwarancyjne*, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, s. 29; zob. również A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 16 i n.; R. Dębski, *op. cit.*, s. 13 i n., 31 i n.

⁶⁷ W. Wolter, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 130.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 186.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 186–187

⁷⁰ *Ibidem*, s. 187; również W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 164.

W kolejnym podręczniku W. Wolter stwierdza, że nie ma żadnych problemów, gdy okoliczności wyłączające społeczną szkodliwość czynu są ustawowo stypizowane. Problemy pojawiają się w sytuacji braku takowych kontratypów, a „dominujące znaczenie merytorycznej strony przestępstwa (społeczna szkodliwość czynu) zmusza jednak do tego, aby w pewnym zakresie wyłączyć przestępczość tego czy innego czynu”⁷¹. Według tego autora, zasada *nullum crimen sine lege* „zakazuje jedynie uznać jako czyn zabroniony taki czyn, który nie wykazuje ustawowych znamion czynu zabronionego, z czego naturalnie nie wynika, by ustawa miała również »określać« te okoliczności, które spełniają tę samą funkcję, jaką wykonują kontratypy”. Zakres zakazów w świetle tej zasady musi więc być „ustawowo zamknięty”. Co do „wyjątków od reguły (okoliczności wyłączające społeczną szkodliwość czynu) tego już powiedzieć nie możemy; ich zakres nie jest ustawowo zamknięty, musimy liczyć się z rozwojem życia społecznego, z jego potrzebami”⁷².

Tezę powyższą W. Wolter formułował w innych warunkach ustrojowych, gdzie Konstytucja była tylko deklaracją polityczną i brak było konstytucyjnego sformułowania teźże zasady, jak i zasady państwa prawa. Wobec zaistniałych przeobrażeń należy z wielką ostrożnością podchodzić do powyższej tezy. Musimy podzielić pogląd Lecha Gardockiego, że jeżeli prawodawca zakazuje określonego zachowania pod groźbą kary kryminalnej, to powinien dać temu wyraz w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, których nie są w stanie rozstrzygnąć nawet organy postępowania karnego⁷³.

Powróćmy do wyżej przedstawionego przykładu. Jego analiza jednoznacznie wskazuje, że owa korekta, to wynik konfliktu wartości społecznej dobra chronionego z danym typem czynu a wartością (dobrem), której w danym przypadku „daje się przewagę”, a która „tkwi”, „jest zawarta”

⁷¹ W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 164.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 15–16; zob. również C. Sońta, *Wybrane zagadnienia granic wykładni w prawie karnym w świetle zasady nullum crimen sine lege*, w: *Teoria i praktyka...*, *op. cit.*, s. 283 i n.; J. Wyrembek, *Zasadnicza wykładnia znamion ustawowych przestępstwa*, w: *Teoria i praktyka...*, *op. cit.*, s. 299 i n. — „adresat ma tak samo ważne prawo, by oczekiwać, że będzie mógł zrekonstruować wiążące go normy prawne na podstawie elementów tekstowych ustawy, bez uciekania się do badań stanowiska doktryny, analizy historyczno-prawnej, myślenia w kategoriach funkcjonalnych czy też studiów porównawczoprawnych. [...] obrona tego prawa staje się szczególnie ważna, gdy przedmiotem analizy stają się normy wyznaczające granice kryminalizacji i idącej za nią represji karnoprawnej” (s. 308).

w „owej wyjątkowej okoliczności”, dla której „konstruuje”⁷⁴ się kontraty-
-„typ”.

W tym kierunku, jak się wydaje, poszła interpretacja „kontratypu” dokonana przez A. Zolla. Pisze on wprost: „istoty kontratypów szukać należy w przesłankach usprawiedliwiających zaatakowanie dobra mającego wartość społeczną. Zaatakowanie dobra może być tylko wtedy uzasadnione społecznie, gdy ten atak służy jednocześnie ochronie innego dobra, również mającego wartość społeczną. Tylko wtedy można bowiem mówić o korzystnym rachunku społecznym. Podstawą więc wszystkich kontratypów jest kolizja dóbr”. Dalej stwierdza, iż fakt wystąpienia kontratypu „nie powoduje zmiany wartościowania w stosunku do dobra, które w ramach kontratypu zostało zaatakowane. Dobro takie dalej musi być uznawane za mające wartość społeczną identyczną do tej, jaką ma w sytuacji, w której brak jest znamion kontratypu”⁷⁵. Wybór pomiędzy dobrami nie jest prosty. Ich kolizja stawia problem opłacalności takiego wyboru. Można poświęcić jakieś dobro kosztem drugiego jedynie na podstawie „rachunku zysków i strat wynikających z porównania społecznej wartości kolidujących dóbr”⁷⁶. Byłby to zabieg prosty, gdybyśmy posiadali jednoznaczny system wartości, uporządkowany wedle akceptowalnej przez wszystkich skali wartości. Nawet ustawodawca karny takiego kryterium dać jednak nie może. W jakiejś mierze daje wyraz swoim preferencjom poprzez systematyzację kodeksu — określenie wysokości i charakteru (rodzaju) kar jakie przewiduje wobec sprawców zamachów na poszczególne wartości — mają one jednak charakter abstrakcyjny i dopiero *in concreto* można dokonać „wyważenia” pomiędzy nimi i dokonać korektury.

Można te stwierdzenia uznać za zgodne z konstrukcją jej twórcy. Dalej już drogi ich się rozchodzą. Jak zauważył Andrzej Marek, mimo że nazwa kontratyp „powszechnie przyjęła się w polskim piśmiennictwie prawniczym, aczkolwiek nie zawsze nieszkodliwy (ewentualnie jest dodatni), a tym samym bezprawny; są to więc okoliczności legalizujące czyn, generalnie uznany jako bezprawny. [...] Czyn o znamionach określonych w ustawie karnej »plus« okoliczność z zakresu kontratypów daje w efekcie czyn nieprzestępny”⁷⁷. Dalej zaś stwierdza, że okoliczności wyłączające przestępność czynu

⁷⁴ Jak pamiętamy, W. Wolter mówi o ustawowo, względnie naukowo stypizowanych względem typów, „kontratypach”; W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 190.

⁷⁵ A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 103.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 111.

⁷⁷ W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 163.

„cechuje [...] również pewna »określoność« znamionna także dla typów przestępstw”⁷⁸.

Nie można według niego omawiać kontratypów, „typowych okoliczności wyłączających społeczne niebezpieczeństwo czynu, będące integralnym elementem przestępstwa”, bez poświęcenia uwagi samemu zagadnieniu typów; „wszak kontratyp jest w całym tego słowa znaczeniu czymś relatywnym, bez powiązania z typem zrozumieć go nie można”⁷⁹.

W niektórych przypadkach „dane dobro ma tylko wtedy wartość społeczną, gdy w jego ochronie zainteresowany jest dzierżyciel tego dobra”⁸⁰ i to on w końcu określa, czy tej wartości należy dać priorytet (odnosi się ta sytuacja do dóbr mających względną wartość społeczną, określone znamionami typu „bez zgody”, „wbrew woli”). „Znamiona takie nakierowują opis czynu na społeczną szkodliwość, wskazują, że zachowanie opisane w ustawie dokonane zgodnie z wolą dzierżyciela dobra nie naruszają dobra mającego wartość i nie może być potraktowane jako zachowanie społecznie szkodliwe”⁸¹.

Stąd dla niego „kontratyp w znaczeniu materialnym oznacza społecznie opłacalne poświęcenie dobra mającego wartość społeczną w sytuacji, kiedy była to praktycznie jedyna możliwa droga rozwiązania kolizji tego dobra z innym dobrem mającym również wartość społeczną”⁸².

Zgodnie z jego koncepcją, by można stwierdzić, czy dany czyn rozumiany „jako opanowywalne przez sterującą wolę, skierowane na określony rezultat ludzkie zachowanie, dające się wyodrębnić w społecznie istotną jednostkę” jest przestępstwem, musi odpowiadać: ustawowej określoności czynu (opisowi zachowania typowo społecznie szkodliwego), stwierdzenia braku zachodzenia kontratypu (łącznie te dwa „elementy” wyznaczają jego bezprawność), odpowiadać warunkom odnoszących się do strony podmiotowej, stwierdzenie nie zachodzenia znikomego stopnia społecznej szkodliwości (co przesądza o jego karygodności) oraz, że został popełniony przez osobę poczytalną i dojrzałą, a nie zaistniały okoliczności wyłączające winę⁸³. Sekwencja tych atrybutów (społeczna szkodliwość czynu, bezprawność, karygodność i wina) przesądza o stwierdzeniu, że czyn je „posiadający” jest przestępstwem.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ W. Wolter, *O kontratypach...*, *op. cit.*, s. 502; zob. powołane wyżej stwierdzenie J. Simona (s. 9).

⁸⁰ W. Wolter, *O kontratypach...*, *op. cit.*, s. 88–90.

⁸¹ *Ibidem*, s. 90.

⁸² *Ibidem*, s. 113.

⁸³ *Ibidem*, s. 59.

Dla nas na tym etapie rozważań istotny jest element bezprawności. Jak słusznie ujął to Zbigniew Ćwiąkałski — konkludując koncepcję Andrzeja Zolla — „naruszenie normy sankcjonowanej niewątpliwie wskazuje na bezprawność, ale jej jeszcze nie przesądza. Dzieje się tak z tego powodu, że w pewnych wypadkach ustawodawca dopuszcza zachowania niezgodne z normą sankcjonowaną, nie wiążąc z tymi zachowaniami konsekwencji prawnych w postaci sankcji. Są to tzw. okoliczności wyłączające bezprawność czynu, czyli kontratytypy, nazywane przez A. Zolla »negatywnymi znamionami bezprawności zachowania« a oparte na zasadzie społecznej opłacalności wyboru w wypadku kolizji norm prawnych chroniących dobra”⁸⁴.

Kontratytypy stanowią więc ten element struktury przestępstwa, który odnosi się do jego bezprawności, „dookreślając” ją. Nie są znamionami czynu zabronionego (przestępstwa), jako znamiona negatywne — jak w koncepcji W. Woltera — gdzie one „tak samo determinują zakres przepisu, wyłączając zeń objęte nimi wypadki”⁸⁵, są to okoliczności „legalizujące czyn, generalnie uznany jako bezprawny”⁸⁶. W świetle koncepcji A. Zolla, bezprawność, stanowiąc element struktury przestępstwa, „nie jest znamieniem istoty czynu, lecz tylko relacją, która zachodzi między popełnionym czynem a normą prawną”⁸⁷.

Na zakończenia rozważań poświęćmy jeszcze kilka uwag filozoficzno-metodologicznym aspektom „teorii znamion negatywnych”, a zwłaszcza ich krytyki z punktu widzenia logiki i filozofii. Jej rzecznicy, jak to już wyżej zaznaczyliśmy, podkreślają jej niewątpliwie walory, do których należy m.in. fakt, iż „w razie błędu sprawcy co do okoliczności wykluczającej bezprawność czynu, a więc np. obrony koniecznej, teoria ta tłumaczy jasno, dlaczego nie popełnia on przestępstwa umyślnego, obojętnie, czy błąd był zawiniony, czy niezawiniony”⁸⁸. Tylko ta teoria „daje praktycznie zadowalające rezultaty, a z logicznego punktu widzenia niczego nie można jej zarzucić, gdyż jest ona wyrazem rzeczywistych stosunków, jakie zachodzą między zakresami przepisów ustawy karnej”⁸⁹.

⁸⁴ Z. Ćwiąkałski, *op. cit.*, s. 37.

⁸⁵ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu...*, *op. cit.*, s. 129, stwierdził, że „jeżeli przyjmie się taki pogląd, to trzeba traktować kontratytypy jako (negatywne) znamiona przestępstwa”, nie odmawiając tej koncepcji racji „z punktu widzenia statyczno-logicznego”, chociaż sam, jak wiemy, nie był rzecznikiem „teorii negatywnych znamion”.

⁸⁶ W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 163.

⁸⁷ Z. Ćwiąkałski, *op. cit.*, s. 37–38.

⁸⁸ W. Mąciór, *Negatywne znamiona...*, *op. cit.*, s. 855.

⁸⁹ W. Mąciór, *W kwestii nieświadomości bezprawności czynu*, PiP 1983, nr 12, s. 108.

Przedstawiając wyżej koncepcję W. Woltera odwołał się do interpretacji pozytywizmu metafizycznego L. Nowaka, gdyż w tym paradygmacie mieści się ta teoria. Rozwińmy jej założenia: „był to podmiot pewnych jakości”; negacja zdania to tyle, co alternatywa wszystkich innych zdań; negacją sytuacji pozytywnej jest jakakolwiek inna od niej sytuacja pozytywna. Mankamentem tej postawy jest to, że nie oddaje ona sensu negacji w języku potocznym, w szczególności — negacji różnicującej, negacji pojętej jako brak oraz negacji rozumianej jako opozycja⁹⁰. Interesujące dla nas jest wprowadzone przez autora pojęcie „atrybutów negatywnych”. Według niego, należy je interpretować dwojako. Zgodnie z pierwszą interpretacją atrybut negatywny jest atrybutem, którego obiekt nie posiada; według drugiej interpretacji atrybut negatywny jest dopełnieniem atrybutu pozytywnego. Te dwie interpretacje w sposób oczywisty różnią się. Pierwsza z nich wskazuje na sytuację, kiedy obiektowi brak jakiegoś atrybutu, druga — na sytuację, kiedy obiekt posiada atrybut, który jest dopełnieniem innego atrybutu.

Kontratypy ujęte jako negatywne znamiona czynu mieszają te pojęcia. Fakt ten leży u podstaw jej krytyki dokonanej przez Wojciecha Patryasa⁹¹, czy A. Zolla⁹². Obaj wskazują na niewłaściwe użycie negacji przy charakterystyce opisu negatywnych znamion czynu. Jest to wynik przedstawionego wyżej mankamentu, jakim skażony jest metafizyczny pozytywizm. Powoduje to „zmieszanie dwóch różnych kwestii: cechy wskazującej na brak jakiegoś elementu w wyróżnionym wycinku rzeczywistości z brakiem cechy”⁹³.

Andrzej Zoll wykazał również, że włączenie „braku kontratypu” do znamion określenia ustawowego, teorię negatywnych znamion prowadzi do błędnego koła⁹⁴.

Nie bez znaczenia jest tu przyjęta koncepcja przestępstwa, sama o rozbudowanej strukturze (przestępstwo to zachowanie o cechach czynu, bezprawne, karalne, karygodne i zawinione) oraz o niejednorodnej naturze⁹⁵, która legła u podstaw Kodeksu karnego, jego wszystkich instytucji (co również znalazło swój wyraz w typizacji czynów przestępnych)⁹⁶.

⁹⁰ L. Nowak, *op. cit.*, s. 124–126.

⁹¹ W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 180–181.

⁹² A. Zoll, *Z problematyki...*, *op. cit.*, s. 57–60; A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 145 i n.

⁹³ A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 148.

⁹⁴ A. Zoll, *Z problematyki...*, *op. cit.*, s. 58–59.

⁹⁵ Zob. A. Zoll, *Uwagi wprowadzające*, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 28 i n.

⁹⁶ Elementy przedstawionej struktury przestępstwa zostały wyrażone wprost w art. 1 k.k. z 1997 r. i mają także konstytucyjne umocowanie.

Z chwilą wprowadzenia do polskiego ustawodawstwa karnego w 1997 r. instytucji błędu co do znamion określoności kontratypu jako błędu *sui generis* (art. 29 k.k.), a odpowiada ona przyjętej konstrukcji przestępstwa, ustawodawca pozbawił racji bytu koncepcję negatywnych znamion czynu zabronionego w odniesieniu do kontratypu. Nie jest to już błąd ani co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, gdzie na użytek nauki o błędzie ta konstrukcja powstała, ani błąd co do prawa. Krytyka tegoż rozwiązania wymagałaby uprzedniego wykazania nieprzydatności przyjętej struktury oraz jej wadliwość teoretyczną⁹⁷. Tego, jak się wydaje, krytycy powyższego rozwiązania do tej pory nie przedstawili. Obecnie w polskim prawie karnym, wolą ustawodawcy, spór o negatywne znamiona czynu przestępnego przeszedł do historii. „Przygoda” intelektualna, jaka w związku z tym miała miejsce, pozwoliła nam jednak rozjaśnić wiele problemów i ujawnić metodologiczne oraz filozoficzne założenia, na jakich ta teoria się opierała.

⁹⁷ A. Zołł, *Czy trzeba zmieniać kodeks karny?*, w: *Czy trzeba zmieniać kodeks karny? Materiały z konferencji naukowej „Nowelizacja kodeksu karnego” Warszawa, 10 lutego 2003 r.*, Warszawa 2003, s. 17.