

CZASOPISMO PRAWA KARNEGO i NAUK PENALNYCH

Preprint nr 5/2018 | Data publikacji: 30 IV 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 5/2018, www.czpk.pl/preprinty]

Alicja Limburska

Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej w świetle art. 25 § 2a k.k.

1. Prawidłowe zastosowanie regulacji kontratypu obrony koniecznej wydaje się wciąż jednym z bardziej problematycznych zadań, przed którymi staje praktyka wymiaru sprawiedliwości. Z jednej strony trudność nieodmiennie sprawia prawidłowe określenie przez sąd granic instytucji. Z drugiej natomiast szczególnie istotną kwestią – zwłaszcza z perspektywy społecznego poczucia sprawiedliwości – pozostaje właściwe powiązanie określonych prawnych konsekwencji ze stwierdzonym przez sąd przekroczeniem granic obrony koniecznej.

W uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dn. 5 maja 2017 r. przygotowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości¹ czytamy, że prawo do obrony jest w naszym kręgu kulturowym uważane za jedno z ważniejszych praw i jako takie winno być możliwie skutecznie egzekwowane². Jednocześnie za dalece niesatysfakcjonującą uznana została przez projektodawcę dotychczasowa praktyka sądów powszechnych w sprawach z tego zakresu,

¹ Zob. druk sejmowy nr 1871, Sejm VIII kadencji, < <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/3D337CF9CCD8F5E7C12581AA002FFBF5/%24File/1871.pdf> >, dalej: „druk sejmowy nr 1871”; projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dn. 5 V 2017 r., < <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299304/12438777/12438778/dokument293158.pdf> >.

² Zob. druk sejmowy nr 1871, s. 4.

w szczególności „nieuzasadnione pomijanie art. 25 § 3 k.k.³ przy dokonywaniu oceny zachowania osoby odpierającej bezpośredni, bezprawny zamach na dobro chronione prawem”⁴. W zamyśle projektodawcy, który skądinąd trafnie rozpoznał liczne niedomagania regulacji w zakresie działania ekscedenta, remedium na te problemy, które zapewni pełną realizację prawa do obrony koniecznej, stanowić miało dodanie do art. 25 k.k. jednostki redakcyjnej – § 2a w proponowanym przez projekt brzmieniu. Obowiązujący już nowy przepis zakłada mianowicie, że nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpierając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren lub odpierając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące⁵.

Jak wskazywał projektodawca, dzięki tej „jasnej i niebudzącej wątpliwości” regulacji wzmocnione zostanie obywatelskie prawo do ochrony fundamentalnych dóbr prawnych związanych z naruszeniem tzw. miru domowego⁶. Mimo deklaracji o klarowności proponowanego rozwiązania, warto postawić sobie jednak w jego kontekście kilka pytań:

- 1) Jaka jest rola omawianego przepisu oraz jakie wynikają z niej konsekwencje?
- 2) Jak ocenić należy oparcie art. 25 § 2a na samych tylko okolicznościach przedmiotowych?
- 3) W jakiej relacji pozostaje nowy art. 25 § 2a do art. 25 § 3?
- 4) Czy przyjęte rozwiązanie jest w pełni adekwatne do osiągnięcia zamierzonego przez ustawodawcę efektu?

2. Przed podjęciem próby udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania wstępnej analizie poddać należy treść omawianego przepisu.

³ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2017, poz. 2204 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks karny”, „k.k.”

⁴ Dokument z dn. 15 V 2017 r., < <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299304/12438777/12438778/dokument293160.pdf> >, dalej: „ocena skutków regulacji”.

⁵ Na marginesie warto przypomnieć, że już w 2007 r. ustawodawca podjął próbę uregulowania w podobny sposób właśnie tych przypadków zastosowania obrony koniecznej, w których akt bezprawia wiąże się z naruszeniem prywatności w postaci wtargnięcia do przestrzeni mieszkalnej. Wówczas pomysł ten nie wyszedł z fazy projektu.

⁶ Zob. ocena skutków regulacji, s. 1.

Jego zastosowanie uzależnione jest od spełnienia czterech przesłanek. W pierwszej kolejności dojść musi do bezpośredniego, bezprawnego zamachu na jakiegokolwiek dobro prawne. Zamach ten może z jednej strony polegać na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo przylegającego do nich ogrodzonego terenu lub też – z drugiej strony – może być poprzedzony wdarciami się do wyżej wymienionych miejsc. Okoliczności modalne określające wymagane cechy zamachu mają zatem charakter czysto przedmiotowy lub innymi słowy są całkowicie oderwane od wewnętrznych przeżyć sprawcy. Zabieg taki, polegający – w porównaniu do art. 25 § 3 k.k. – na przesunięciu akcentu ze sfery emocjonalnej na mający charakter zobiektywizowany przedmiot zamachu, ma zgodnie z intencją autorów projektu zapewnić ochronę obywateli przed uznaniowymi działaniami organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości przy interpretacji niejasnych i niedookreślonych zwrotów dotyczących emocji sprawcy⁷.

Zauważmy również, że tylko *prima facie* uchwalony przepis odnosi się wyłącznie do różnego rodzaju pomieszczeń mieszkalnych. O ile w przypadku mieszkania oraz domu jest tak rzeczywiście, o tyle pojęcie lokalu ma znaczenie dużo szersze⁸ – przepis nie konkretyzuje wszak, o jaki rodzaj lokalu chodzi. Tym samym znajdzie on zastosowanie zarówno w przypadku zamachu na lokal stanowiący własność prywatną przeznaczony na cele mieszkalne *sensu largo* (np. piwnica), zamachu na lokal użytkowy stanowiący własność prywatną (np. sklep osiedlowy), jak też zamachu na lokal stanowiący własność osoby prawnej czy instytucji publicznej (np. urząd gminy).

Uważny czytelnik zauważy bez trudu, że omawiany przepis przejawia zatem daleko idące podobieństwo do strony przedmiotowej czynu zabronionego z art. 193 k.k., czyli tzw. przestępstwa zakłócenia miru domowego. Polega ono bowiem między innymi właśnie na wdzieraniu się do wyżej wymienionych miejsc lub pomieszczeń. Wspólny dla obu przepisów jest

⁷ Zob. druk sejmowy nr 1871, s. 5.

⁸ Pojęcie lokalu pojawia się *de lege lata* w tekście Kodeksu karnego, na gruncie art. 25 § 2a k.k. trzeba je zatem interpretować tożsamo. Wiąże się ono *nota bene* z doktrynalnym sporem. Za szerokim rozumieniem – obejmującym również lokale stanowiące własność podmiotów zbiorowych czy instytucji publicznych – opowiada się m.in. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 639; zob. też: uchwała SN z 13 III 1990 r., V KZP 33/89, OSNKW 1990, nr 7, poz. 23. Odmienne, mniejszościowe stanowisko, według którego przepis ten tyczy się wyłącznie nieruchomości o przeznaczeniu mieszkalnym, prezentuje m.in. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Łódź 2010, s. 444. Odnotować można wreszcie oryginalny pogląd J. Makarewicza dotyczący rozumienia pojęcia lokalu na gruncie art. 252 k.k. z 1932 r.: „Lokal odpowiada pojęciu publicznie dostępnych ubikacyj: sklep, kawiarnia, restauracja” – J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 565.

również taki sposób sformułowania, który obejmuje – niezależnie od przeznaczenia – nieruchomości należące zarówno do podmiotów prywatnych, jak i publicznych⁹. Wydawać by się zatem mogło, że w każdym przypadku objętym zastosowaniem art. 25 § 2a k.k. będziemy mieli do czynienia z niejako automatyczną realizacją przez napastnika znamion czynu z art. 193 k.k. Jest to jednak wrażenie mylne. Przystępstwo zakłócenia miru domowego obejmuje bowiem jedynie wdzieranie się do cudzego domu, mieszkania, lokalu albo ogrodzonego terenu. Zatem – jako że brzmienie art. 25 §2a nie przewiduje takiego ograniczenia – przyjąć należy, że przepis ten będzie miał zastosowanie również wówczas, gdy napastnik będzie wdierał się do własnego mieszkania czy na własną posesję.

W tym miejscu warto zaznaczyć, że w doktrynie prawa karnego panuje zgoda co do tego, że „cudzą” w rozumieniu art. 193 k.k. jest taka nieruchomość, do której zamieszkujący ma wyłączne lub większe uprawnienia niż wdzierający się (a nie – jak można by mniemać, opierając się na potocznym znaczeniu tego słowa – tylko taka, w stosunku do której wdzierającemu nie przysługuje żadne prawo)¹⁰. Ktoś mógłby podać w wątpliwość, czy jest możliwe bezprawne wdzieranie się na teren nieruchomości, w stosunku do której napastnik jest uprawniony – wydaje się jednak, że przykłady można mnożyć¹¹.

Ażeby uzyskać pełen obraz regulacji, warto również sprecyzować, jak na gruncie art. 193 k.k. – pamiętając o zasadzie jednolitego rozumienia pojęć użytych w akcie prawnym¹² – rozumiana jest czynność wykonawcza wdzierania się. Jej istotą jest dostanie się do pomieszczenia wbrew woli osoby uprawnionej i bez jej zgody. Drugoplanowe znaczenie ma natomiast sposób, w jaki zostało to uczynione. W doktrynie wskazuje się, że może to nastąpić przy użyciu siły fizycznej, groźby, przymusu, przemocy, podstępem, z wykorzystaniem czyjejs

⁹ Tym samym nazwę „zakłócenie miru domowego” uznać można za nieprecyzyjną.

¹⁰ Wyrok SN z 21 IX 1961 r., V K 381/61, OSNPG 1961, nr 11–12, poz. 148.

¹¹ Jako przykład takiej sytuacji podać można przypadek, gdy mąż wdiera się do domu (objętego współwłasnością małżeńską) zamieszkiwanego przez jego żonę, do której – dodajmy – nie może zbliżyć się na mocy prawomocnego wyroku sądu karnego. Żona, przekroczywszy granice obrony koniecznej, broniąc się przed małżonkiem, nie będzie podlegała karze (chyba że przekroczenie sąd uzna za rażące). Kolejnym przykładem może być sytuacja, gdy jeden z rozwiedzionych współmałżonków zamieszkujących we wspólnym mieszkaniu podzielonym do użytkowania wdiera się do pomieszczenia zajmowanego przez drugiego współmałżonka – przykład za: J. Giezek, *W obronie granic obrony koniecznej*, w: *Prawo karne wykonawcze w systemie nauk kryminologicznych. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leszka Boguni*, red. T. Kalisz, Wrocław 2011, s. 62.

¹² Zob. Z. Pulka, w: *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2008, s. 253.

nieporadności lub przez wprowadzenie kogoś w błąd¹³. Szczególnie ugruntowane jest jednak przekonanie, że wdzierania się nie można utożsamiać z włamaniem się do pomieszczenia. W przypadku czynności wdzierania się akcent położony jest bowiem na naruszenie wolności osoby uprawnionej do korzystania z pomieszczenia, a nie na pokonywanie fizycznych barier (np. wyważenie drzwi czy wybicie okna)¹⁴. Zwrócić zatem należy uwagę na stosunkowo szeroki sposób wykładni tego pojęcia, który skutkuje z kolei odpowiednio szeroką kategorią sytuacji będących podstawą bezkarnych zachowań obronnych.

Kolejnymi przesłankami zastosowania uchwalonego przepisu jest z jednej strony podjęcie przez osobę akcji obrończej, która będzie miała cechy obrony koniecznej w rozumieniu art. 25 § 1 k.k.¹⁵, a z drugiej strony przekroczenie przez sprawcę – tj. osobę broniącą atakowanego dobra – granic kontratytu. Na potrzeby niniejszego opracowania za A. Markiem przyjmijmy, że granice obrony koniecznej kształtowane są z jednej strony przez jej *nomen omen* konieczność, a z drugiej strony przez współmierność do niebezpieczeństwa zamachu¹⁶.

Ostatnim warunkiem, który musi zostać spełniony, ażeby zastosowany mógł być art. 25 § 2a k.k., jest wymóg stawiany samemu przekroczeniu granic obrony koniecznej: nie może być ono rażące. Takie uregulowanie powoduje zatem, że mamy do czynienia z wprowadzeniem rozróżnienia wewnątrz kategorii ekscesu. Rażące przekroczenie granic obrony koniecznej jest zatem obecnie swego rodzaju ekscesem kwalifikowanym¹⁷. Uzasadnienie ustawy nowelizującej nie zawiera jednak niestety żadnych wskazówek co do tego, w jaki sposób sąd oceniać ma tę okoliczność, stanowiącą niewątpliwie nowe wyrażenie niedookreślone.

3. Oczyszczywszy nieco przedpole, przejść możemy do próby udzielenia odpowiedzi na postawione wcześniej pytania (wątpliwości) dotyczące uchwalonego przepisu. Pierwszą pojawiającą się w kontekście analizowanego przepisu wątpliwością jest kwestia jego rzeczywistej roli. Analizując brzmienie tej regulacji, dojść należy do wniosku, że jej istotą jest niekaralność pewnych

¹³ Zob. M. Królikowski, A. Sakowicz, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117-221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 630.

¹⁴ W plastyczny sposób obrazuje tę cechę J. Makarewicz: „wdziera się włóczęga, który korzystając z drzwi otwartych wślizguje się do sypialni i kładzie się do łóżka” – J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 563.

¹⁵ Jako że dokładne omawianie wymagań stawianych sprawcy działającemu w sytuacji obrony koniecznej przekracza założenia niniejszego tekstu, w tym zakresie warto sięgnąć zwłaszcza do monografii A. Marka, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008.

¹⁶ Zob. A. Marek, *Obrona...*, s. 87.

¹⁷ Zob. J. Giezek, *W obronie...*, s. 60.

zachowań, które wychodzą poza zakres kontratypu obrony koniecznej, stanowiąc przekroczenie jej normatywnie wyznaczonych granic¹⁸. Zawiera ona bowiem klauzulę niepodlegania karze, co z perspektywy procesowej wiąże się naturalnie z obowiązkiem niewszczywania postępowania oraz umorzenia postępowań już wszczętych w sytuacjach, w których zastosowanie znajdzie ów nowy przepis (art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.¹⁹). Jeśli natomiast chodzi o sferę materialnego prawa karnego, rozwiązanie takie wiązać należy z wyłączeniem karalności określonych zachowań. Odwołując się zatem do modelu zaproponowanego przez A. Zolla – a więc koncepcji przestępstwa jako czynu bezprawnego, karalnego, karygodnego oraz zawinionego – stwierdzić można, że w przypadku zachowania objętego zakresem zastosowania przepisu będziemy mieli do czynienia z zachowaniem bezprawnym, którego karalność – niejako na wyższym piętrze struktury przestępstwa – została przez ustawodawcę wyłączona²⁰. Przenosząc natomiast rozważania na płaszczyznę normatywną, dojść musimy do wniosku, że zachowanie takie będzie co prawda naruszało normę sankcjonowaną, nie będzie jednak prowadziło do aktualizacji normy sankcjonującej (z którą to wiązać należy pojęcie karalności)²¹. Tym samym wprowadzenia nowej jednostki redakcyjnej nie można utożsamiać z ustanowieniem nowego rodzaju okoliczności wyłączającej bezprawność²². Konstatacja ta prowadzi natomiast do wniosku – znamiennego

¹⁸ Jak zauważa J. Giezek, możliwe jest również takie ujęcie, zgodnie z którym działanie w obronie koniecznej obejmuje również przekroczenie jej granic. Wydaje się jednak, że taka interpretacja przeczy intuicyjnemu rozumowaniu – któremu nie sposób odmówić sugestywności – zgodnie z którym jeżeli zachowanie wychodzi poza granice kontratypu A, to nie może ono jednocześnie być zrealizowane w sytuacji kontratypowej A. Oczywiście przekraczając granice obrony koniecznej, sprawca wciąż działa w obronie przed rzeczywistym, bezprawnym i bezpośrednim zamachem, ale obrona ta nie ma już waloru konieczności w rozumieniu art. 25 § 1 k.k. Zob. J. Giezek, *Przekroczenie granic rzeczywistej oraz mylnie wyobrażonej obrony koniecznej*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, Lublin 2005, s. 143.

¹⁹ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2017, poz. 1904 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks postępowania karnego”, „k.p.k.”

²⁰ Zob. A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990, s. 108. Andrzej Zoll określa skonstruowany przez siebie model jako „wieloaspektowy”, gdyż co do zasady odchodzi on od pojmowania struktury przestępstwa jako nałożonych na siebie kolejnych pięter czy warstw. Niemniej jednak w przypadku relacji bezprawność–karalność uznaje on konieczność właśnie takiego „piętrowego”, wertykalnego umiejscowienia tych elementów.

²¹ Zob. W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 19; Odmienne: Ł. Pohl, *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1, s. 63, przyp. 38.

²² Wydaje się, że również na płaszczyźnie teoretycznej tak ujętą okoliczność wiązać należy z wyłączeniem karalności, a nie bezprawności czy winy. Samo bowiem wdarcie się napastnika do domu, mieszkania czy lokalu ani nie uzasadnia legalności niewspółmiernych działań obronnych, ani nie oznacza, że broniący się

zwłaszcza ze względu na przedmiot analizy – że przeciwko takim działaniom sprawcy, do których zastosowanie będzie miał ów nowy przepis, także napastnikowi przysługiwać będzie obrona konieczna²³. Nie ma wątpliwości, że spostrzeżenie to zasadniczo osłabia gwarancyjną funkcję przypisywaną uchwalonemu przepisowi przez jego autorów.

Druga wątpliwość pojawia się w obliczu sposobu sformułowania okoliczności, które legitymizować mają takie – bądź co bądź preferencyjne – traktowanie określonych sytuacji, w których przekroczone zostają granice obrony koniecznej. Pierwszą kwestią w tym kontekście jest ocena trafności przyjętego rozwiązania w zakresie całkowitego pominięcia przezeń okoliczności podmiotowych, takich jak właściwości psychofizyczne czy stan emocjonalny sprawcy. Samo przekroczenie granic obrony koniecznej wiązać wszak należy – i to być może wyłącznie – właśnie ze sferą psychiki ekscedenta. U jego podstaw może bowiem leżeć z jednej strony nieadekwatność zachowania spowodowana błędem, pod którego wpływem znajdował się sprawca, z drugiej natomiast nieadekwatność wynikająca z emocji mu towarzyszących²⁴. Wydaje się zatem, że również podstaw usprawiedliwienia dla takiego przekroczenia powinniśmy szukać właśnie w sferze podmiotowej. Warto jednak zauważyć, że choć czysto przedmiotowe ujęcie klauzuli niepodlegania karze nieuchronnie ucieka od istoty problematyki, to czyni to przede wszystkim w imię atrakcyjności dowodowej (co można uznać za zrozumiałe).

Jak zostało już wcześniej wspomniane, okoliczności wskazane w art. 25 § 2a k.k. mają charakter czysto przedmiotowy i obejmują dwie grupy sytuacji. Po pierwsze są to przypadki, w których odpierany zamach polega na wdarciu się do pomieszczeń określonych kategorii albo do przylegającego do tych pomieszczeń terenu; po drugie zaś sytuacje – występujące dalej w pochodzie działań napastnika – gdy samo wdarcie się już miało miejsce, a odpierany jest inny zamach. Naturalnie takie skonstruowanie okoliczności umożliwia – choć jedynie do pewnego stopnia – odczytanie, jakie dobra prawne ustawodawca chce wziąć pod ochronę. W pierwszym przypadku będzie to przede wszystkim wolność (zwłaszcza wolność osoby uprawnionej do korzystania z nieruchomości), co wynika wprost z tytułu rozdziału, w którym znajduje się

sprawca nie miał możliwości alternatywnego, pozostającego w granicach obrony koniecznej – a więc zgodnego z prawem – działania.

²³ Zob. Opinia Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, KR-51-724/17/TSR/mde, <<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299357/12439149/12439152/dokument305907.pdf>>, s. 2; dalej: „Opinia PGRP”.

²⁴ Zob. J. Giezek, *W obronie...*, s. 53–54.

przestępstwo zakłócenia miru domowego, do którego analizowany przepis przejawia duże podobieństwo. Można również wskazać dobra niejako akcesoryjne, w szczególności mienie. W drugim natomiast przypadku ochronę przydaje się wszystkim dobrom, które po wdarciu się do pomieszczeń mogą być zagrożone lub naruszone przez kolejny zamach – będzie to zatem katalog niezwykle obszerny. Podkreślmy jednak, że w obu przypadkach szczególne traktowanie nie wynika z kategorii dóbr prawnych *expressis verbis* wziętych przez ustawodawcę pod ochronę, a jedynie dobra te można w sposób pochodny wyinterpretować z sytuacji objętych zakresem zastosowania przepisu.

Pojawia się zatem – jak się zdaje uzasadnione – pytanie: dlaczego pewne dobra zasługują na wzmożoną ochronę jedynie w ściśle określonych sytuacjach? Ponadto: dlaczego akurat okoliczności związane z naruszeniem miru domowego mają to specjalne traktowanie uzasadniać? Trudno jest znaleźć jakieś racjonalne uzasadnienie takiego właśnie różnicowania. W uzasadnieniu projektu jego autorzy co prawda szeroko powołują się na dorobek anglosaskich systemów prawnych, w których ugruntowana jest zasada *my house is my castle*. Przyznaje ona szczególne uprawnienia osobie działającej „w obronie domostwa przed jego bezprawnym najściem”²⁵. Oczywiście za całkowicie uzasadnione uznać należy stworzenie takiego środowiska normatywnego, które umożliwi skuteczną obronę najważniejszych w naszym kręgu kulturowym wartości, takich jak życie, zdrowie czy własność prywatna. Dlaczego jednak obrona przed zagrożeniem życia, które poprzedzone jest wdarcie się napastnika do mieszkania, ma zasługiwać na inną – dodajmy, że znacznie korzystniejszą dla ekscedenta – prawnokarną ocenę niż obrona przed zagrożeniem życia w jakiegokolwiek innej sytuacji?²⁶ Wydaje się, że taka wycinkowa regulacja nie jest trafnym sposobem rozwiązania problemów, które narosły w obrębie instytucji obrony koniecznej.

Kolejna wątpliwość dotyczy kwestii węzłowej, to jest relacji pomiędzy nową regulacją a obecnym już w Kodeksie karnym przypadkiem niepodlegania przez sprawcę karze przy przekroczeniu przezeń granic obrony koniecznej, tj. art. 25 § 3 k.k. W tym drugim wypadku okoliczności usprawiedliwiające szczególne traktowanie określonej klasy sytuacji oparte są

²⁵ Druk sejmowy nr 1871, s. 5.

²⁶ Chyba najbardziej jaskrawym przykładem unaoczniającym istotę powyższego zarzutu jest sytuacja, w której to ekscedent odpierający zamach na terenie swej ogrodzonej posesji objęty zostanie dobrodziejstwem uchwalonego przepisu. Jeżeli jednak część działań obronnych została podjęta jeszcze przed przekroczeniem ogrodzenia przez atakującego, przepis ten nie będzie miał do nich zastosowania – pod warunkiem, że zamach nie polega na samym wdarcie się na nieruchomości.

przede wszystkim na przeżyciach wewnętrznych sprawcy. Wydaje się, że ta obowiązująca regulacja ma dwa główne mankamenty. Po pierwsze, jak zauważa się w literaturze przedmiotu, wskazane w przepisie „strach” i „wzburzenie” są tak pojemnymi i nie do końca określonymi pojęciami, że zaryzykować można pogląd, iż obejmują one w istocie całe spektrum negatywnych emocji towarzyszących zamachowi na dobro prawne²⁷ – zwłaszcza że ustawodawca nie posłużył się żadnym kwantyfikatorem, który stawiałby wymóg ich określonego natężenia²⁸. Po wtóre wątpliwy jest stawiany przez przepis wymóg usprawiedliwienia strachu oraz wzburzenia. Właściwie można sprowadzić tę kwestię do pytania, czy wystąpienie strachu lub wzburzenia w sytuacji rzeczywistego, bezprawnego, bezpośredniego zamachu na dobro prawne kiedykolwiek będzie nieusprawiedliwione. Wydaje się, że w znakomitej większości przypadków zastosowania obrony koniecznej nawet duże natężenie emocji uznamy za całkowicie normalne, *ergo* – uzasadnione²⁹.

Powody te zdają się praktycznie całkowicie eliminować możliwość racjonalnego zastosowania tego przepisu, czego przejawem jest jego nagminne wadliwe wykorzystywanie w praktyce wymiaru sprawiedliwości³⁰. Warto jednak zauważyć, że jego niezaprzeczalnym atutem jest bardzo duża pojemność, obejmująca silnie zróżnicowane stany faktyczne – zarówno pod względem okoliczności zamachu, sposobu jego dokonania, jak też zagrożonych dóbr.

Jeżeli chodzi o relację zakresową art. 25 § 3 oraz uchwalonego art. 25 § 2a k.k., *prima facie* można by stwierdzić, że ich zakresy zastosowania krzyżują się. Z całą bowiem pewnością choć część ekscesów, do których dojdzie w warunkach zakłócenia miru domowego, spowodowana będzie strachem lub wzburzeniem usprawiedliwionym okolicznościami zamachu. Czy jednak na pewno mamy tu do czynienia z krzyżowaniem się zakresów zastosowania? Nie ma wielkich wątpliwości co do tego, że kontekst sytuacyjny polegający na wdarciu się napastnika do mieszkania czy domu wywołać może – albo nawet musi – bardzo silne, częstokroć ekstremalne emocje. Wcielając się zatem w rolę „adwokata diabła”, postawić można tezę, że w istocie wszystkie sytuacje, których dotyczy norma wynikająca z art. 25 § 2a k.k., zawierają się

²⁷ Zob. J. Giezek, *Przekroczenie...*, s. 133 i n. Naturalnie chodzi o emocje, które potencjalnie mogą być prawnokarnie relewantne. Nie ma bowiem wątpliwości, że emocje z natury tak łagodne, jak zdumienie czy niepokój nie mogą uzasadniać uwolnienia się sprawcy od kary. Wydaje się natomiast, że gniew, złość oraz wściekłość zaklasyfikować można jako postaci wzburzenia o zróżnicowanym natężeniu.

²⁸ Zob. J. Giezek, *Przekroczenie...*, s. 137.

²⁹ Zob. J. Giezek, *Przekroczenie...*, s. 134.

³⁰ Zob. T. Tabaszewski, *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12, s. 73–75.

całkowicie w klasie sytuacji objętych już przez art. 25 § 3 k.k. Jeżeli zaakceptowalibyśmy to stanowisko, okazałoby się, że nowo uchwalony przepis nie niesie żadnej realnej treści normatywnej. Naturalnie takie stwierdzenie uznane zostanie zapewne za kontrowersyjne.

Wydaje się jednak, że ustawodawca być może nawet dopuszcza tę drugą, skrajną możliwość – próbuje jednak uciec od konieczności stosowania niejednoznacznego art. 25 § 3 k.k. Nowy przepis sprawia również bez wątpienia mniejsze trudności dowodowe od dotychczasowej regulacji – wszak dowodzenie okoliczności przedmiotowych jest zawsze dużo mniej problematyczne niż okoliczności związanych ze świadomością sprawcy³¹. Wydaje się jednak, że obecność w Kodeksie karnym dwóch niezależnych podstaw niekaralności, których wzajemna relacja zakresowa jest cokolwiek niejasna, jest sytuacją niepożądaną. To z kolei sugeruje potrzebę bardziej kompleksowej – niżli przeprowadzona – zmiany brzmienia art. 25 k.k.

4. Ustawodawca z całą pewnością poprawnie zidentyfikował ważki problem w postaci licznych trudności w poprawnym funkcjonowaniu instytucji obrony koniecznej, skutkujący znaczącym spadkiem zaufania obywateli do prawa, które winno przecież gwarantować im możliwość skutecznej obrony przed bezprawnymi zamachami. Zwrócić należy jednak uwagę na wyraźne mankamenty przyjętego rozwiązania.

Bez wątpienia jego główną słabością jest posłużenie się – wbrew deklaracjom projektodawców – nowego rodzaju pojęciami nieostrymi. W szczególności problematyczne wydaje się zastosowanie określenia „rażący” w stosunku do przekroczenia granic kontratypu. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że cel prawodawcy – którym było osiągnięcie klarownej oceny prawnej sytuacji odpierającego bezprawnego zamach w przypadku naruszenia miru domowego – został poprzez taki zabieg chyba skutecznie wyeliminowany³². Jako że wprowadzone zostało kolejne kryterium ocenne, w dalszym ciągu obrońca nie ma pewności, czy jego działania będą wiązały się z karą, czy też nie. Podnieść należy również, że już pod rządami dotychczasowej regulacji sądy miały wiele trudności z poprawnym stwierdzeniem, gdzie w danym kontekście sytuacyjnym winna przebiegać granica obrony koniecznej. Określanie dodatkowo stopnia przekroczenia granic przy jednoczesnym braku precyzyjnych kryteriów

³¹ W istocie wydaje się, że na płaszczyźnie dowodzenia określonego stanu świadomości sądy posługują się – być może bezwiednie – licznymi domniemaniami, w celu uproszczenia postępowania dowodowego oraz zniwelowania liczby koniecznych czynności dowodowych.

³² Zob. Opinia PGRP, s. 1.

ustawowych przypominać wszak będzie wróżenie z fusów. Wydaje się zatem, że wskutek takiej niejasności przepisu dojść może do poważnej rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych, która bez wątpienia nie wpłynie pozytywnie na pewność prawa³³. Sądy w toku orzekania mogą ponadto zacząć uciekać się do licznych domniemań, których przykładem może być następujący – w sposób oczywisty nieprawidłowy – schemat wnioskowania: „Jeżeli wskutek akcji obronnej nastąpiła śmierć napastnika, doszło do rażącego przekroczenia granic obrony koniecznej”.

Jak trafnie zostało wskazane w uzasadnieniu projektu nowelizacji, chyba największym błędem, jakiego dopuszczają się obecnie sądy podczas orzekania w sprawach z zakresu obrony koniecznej, jest dokonywanie ocen *ex post*³⁴. Jest tak, mimo że praktyka taka wielokrotnie określana była jako jednoznacznie wadliwa³⁵. Tymczasem wydaje się, że zastosowanie schematów orzeczniczych, które będą miały ułatwić sądowi ocenę stopnia przekroczenia granic obrony koniecznej, opiera się właśnie na ocenach dokonywanych *ex post*. Jeżeli jest tak w istocie, wprowadzenie zmiany w przyjętym brzmieniu nie tylko nie wyeliminuje tej niepożądaney praktyki, a wręcz grozić może jej pogłębieniem. Inna sprawa, że wadliwości metodologicznej na poziomie stosowania prawa chyba nie sposób wyrugować samą tylko zmianą prawa materialnego w uchwalonym zakresie.

Zauważyć również należy, że przepis – ponownie wbrew zamierzeniom projektodawcy³⁶ – zdaje się obejmować zakresem zastosowania przypadki ekscesu nie tylko intensywnego, ale także ekstensywnego³⁷. Przekroczenie granic obrony koniecznej może przecież wystąpić nie tylko w kontekście intensywności obrony, ale także właśnie w wypadku naruszenia korelacji czasowej pomiędzy zamachem a działaniami obronnymi³⁸. Taką interpretację potwierdza chyba w szczególności brak znamienia bezpośredniości zamachu w uchwalonym przepisie. Oznaczałoby to zatem, że ustawodawca dopuszcza w przypadku naruszenia miru domowego

³³ Zob. Opinia PGRP, s. 1.

³⁴ Zob. druk sejmowy nr 1871, s. 4.

³⁵ Zob. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 258; A. Marek, *Obrona...*, s. 119; wyrok SA w Szczecinie z 23 II 2016 r., II AKa 253/14, LEX nr 2041892.

³⁶ „[...] jest niezbędne wyeliminowanie ryzyka wadliwej interpretacji art. 25 § 2 k.k. dotyczącej «współmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu» przez uchylenie karalności ekscesu intensywnego, gdy zagrożone zamachem są dobra osobiste stojące na czele hierarchii wartości” – druk sejmowy nr 1871, s. 4.

³⁷ Zob. Opinia PGRP, s. 3.

³⁸ Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-166 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 469.

bezkarność zarówno przedwczesnych, jak i spóźnionych działań obrońcy. Również i w tych wypadkach sąd musiałby przy tym ustalić, czy przekroczenie miało charakter rażący. Wydaje się, że takie sformułowanie art. 25 § 2a wzmaga nieczytelność zakresu zastosowania przepisu i budzić musi uzasadnione wątpliwości interpretacyjne.

Patrząc natomiast z perspektywy kryminalno-politycznej – zwłaszcza mając na uwadze spostrzeżenie o objęciu klauzulą niekaralności również ekscesu ekstensywnego – pojawić się może obawa, że analizowany przepis doprowadzi nie tyle do zwiększenia poczucia bezpieczeństwa obywateli, ile spowodować może ich butę oraz nasilenie się agresywnych zachowań wobec osób naruszających sferę prywatności³⁹. Może on być również uznany za „zielone światło” dla poświęcenia dóbr bardziej fundamentalnych – takich jak życie czy zdrowie – w imię ochrony miru domowego⁴⁰.

Powyższe rozważania prowadzą niechybnie do wniosku – będącego jednocześnie odpowiedzią na ostatnią wyrażoną na początku niniejszego tekstu wątpliwość – że zaproponowane rozwiązanie nie jest środkiem adekwatnym do osiągnięcia zamierzonego celu. Wydaje się, że poszukać należy bardziej efektywnego rozwiązania, które mogłoby polegać albo na próbie udoskonalenia istniejących już mechanizmów, albo na sformułowaniu zupełnie nowej, całościowej propozycji. Trudno bowiem uniknąć wrażenia, że przyjęta konstrukcja – leżąca niejako gdzieś w połowie drogi – nie tylko nie rozwiąże istniejących problemów, lecz wprost przeciwnie, stworzy nowe. Opierając się na poczynionych we wcześniejszej części tekstu uwagach, wskazać można zatem co najmniej dwa alternatywne kierunki potencjalnej zmiany art. 25 k.k.

5. Po pierwsze możliwe byłoby całkowite odejście – zakładające również uchylenie obowiązującego art. 25 § 3 k.k. – od płaszczyzny psychiki sprawcy i oparcie całej konstrukcji na elementach czysto przedmiotowych. Wydaje się jednak, że trzeba by to uczynić w sposób odmienny niż przyjęty przez ustawodawcę – na przykład poprzez odwołanie się do konkretnych dóbr prawnych, których ochrona uzasadnia preferencyjne traktowanie sprawcy. Zakres zastosowania klauzuli niepodlegania karze mógłby być również dookreślany przez sposób dokonania zamachu, przykładowo: „Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony

³⁹ Zob. J. Giezek, *W obronie...*, s. 60.

⁴⁰ Zob. Opinia PGRP, s. 1.

koniecznej, odpierając zamach na życie, zdrowie lub polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren”. Takie rozwiązanie z całą pewnością byłoby dużo bardziej uniwersalne niż to uchwalone. Dokładnego przemyślenia wymagałyby jednak wówczas dwie kwestie:

- 1) Zamach na które w istocie dobra usprawiedliwia przyjęcie bezkarności zachowań stanowiących przekroczenie granic obrony koniecznej?
- 2) Jakimi okolicznościami modalnymi należy posłużyć się do współwyznaczenia zakresu klauzuli niepodlegania karze?

Wydaje się jednak, że ujęcie to – a właściwie każde unormowanie opierające bezkarność działań obronnych wyłącznie na elementach przedmiotowych – ma pewne poważne mankamenty. Po pierwsze bardzo szeroki zakres zastosowania w połączeniu z całkowitym oderwaniem od podłoża motywacyjnego nie skutkuje co prawda rozmyciem instytucji obrony koniecznej (ponieważ nie modyfikuje jej granic), powoduje jednak *de facto* znaczące obniżenie wymagań stawianych działającemu w obronie. Pojawić się może zatem obawa, że z czasem prawo zacznie w sposób nieakceptowalny ustępować bezprawiu ze strony obrońcy⁴¹.

Wydaje się również, że nie każdą postać przekroczenia granic obrony koniecznej mieszczącą się w zakresie takiej klauzuli niekaralności będziemy skłonni traktować równie preferencyjnie. Wymusiłoby to tym samym wyznaczenie pewnego dozwolonego „pułapu” przekroczenia granic kontratypu. Mogłoby to z jednej strony – tak jak to ma miejsce w nowo uchwalonym przepisie – przyjąć formę swoistej gradacji stopnia przekroczenia. Mając jednak na uwadze poczynione wcześniej spostrzeżenia, uznać należy takie rozwiązanie za wysoce niepraktyczne. Z drugiej strony w zakresie samego ekscesu intensywnego efekt ograniczenia klauzuli niekaralności można by również osiągnąć poprzez określenie, jaki skutek działań obronnych uznamy za niedopuszczalny. Bez ryzyka błędu przyjąć można, że społecznie nieakceptowalne następstwa obrony koniecznej dotyczyć będą właściwie tylko życia lub zdrowia napastnika. Moglibyśmy zatem za karalny uznać taki eksces intensywny, wskutek którego sprawca powoduje określony uszczerbek na zdrowiu napastnika lub pozbawia go (umyślnie bądź nieumyślnie) życia – do ustawodawcy należałaby ocena, jaki w istocie stopień zagrożenia czy naruszenia dóbr napastnika uznać za nadmierny.

⁴¹ Zob. J. Giezek, *W obronie...*, s. 62.

Przyjmując takie rozwiązanie, a także chcąc jednocześnie oprzeć klauzulę niekaralności na kilku dobrach prawnych – być może nawet pokrewnych, jednak prezentujących różną wartość – szybko stajemy przed istotnym problemem. W odniesieniu bowiem do którego dobra wyznaczyć powinno się dozwolony rozmiar (czy stopień) przekroczenia granic obrony koniecznej? Obrazując ten problem, dość powiedzieć, że w przypadku zamachu na życie dopuścimy przecież dużo dalej idące skutki akcji obronnej niż w sytuacji zamachu „tylko” na zdrowie. W jaki zatem sposób możliwie syntetycznie ująć dozwolone konsekwencje przekroczenia granic obrony koniecznej? Wydaje się, że stajemy przed dwoma – a w zasadzie trzema – możliwymi rozwiązaniami:

- 1) ustalenie dopuszczalnego stopnia przekroczenia granic w odniesieniu do dobra wyżej wycenianego i objęcie niekaralnością również ekscesu cięższego gatunkowo;
- 2) ustalenie dopuszczalnego stopnia przekroczenia granic w odniesieniu do dobra niżej wycenianego i objęcie niekaralnością jedynie ekscesu lżejszego gatunkowo;
- 3) uregulowanie osobno skutków obrony przed zamachem na każde z wybranych dóbr.

Ostatnie rozwiązanie trzeba już *ab initio* odrzucić, ponieważ prowadzi do nazbyt kazuistycznej regulacji, której z założenia chcemy uniknąć. Również zawyżanie bądź zaniżanie standardu wydaje się całkowicie nietrafne i ujawnia największy defekt tego mechanizmu, czyli jego nieelastyczność. Trzeba również zauważyć, że najdalej idącą formą przekroczenia granic obrony koniecznej może być spowodowanie śmierci napastnika. Jeśli zatem chcielibyśmy ograniczyć klauzulę niekaralności, wyznaczając katalog niedopuszczalnych ekscesów, musielibyśmy w tym wyliczeniu zawrzeć chociażby skutek w postaci śmierci napastnika. Nie ma jednak wątpliwości, że z punktu widzenia polityki kryminalnej ze wszech miar zasadne jest potencjalne dopuszczenie bezkarności ekscedenta również w takim wypadku. Nie sposób bowiem *a priori* stwierdzić, że zawsze, niezależnie od kontekstu sytuacyjnego będziemy chcieli uznać tego rodzaju eksces za zasługujący na karę. Takie rozwiązanie należy zatem uznać za zbyt sztywne i niepraktyczne.

Można by co prawda określić „pułap” dozwolonego przekroczenia w sposób analogiczny, jak ma to miejsce w przypadku art. 26 § 2 k.k.⁴² Działania obrońcy pozostałyby w takim wypadku niekaralne, chyba że poświęcił on dobro o wartości oczywiście wyższej od dobra

⁴² Myśl wyrażona przez M. Małeckiego w wywiadzie dla „Dziennika Gazety Prawnej” przeprowadzonym przez P. Szymaniaka: *W „naszej twierdzy” agresorowi też będzie wolno więcej*, < <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1050360,nasza-twierdza-agresor-bedzie-mogl-sie-bronic.html> >.

ratowanego. Takie rozwiązanie zapewniłoby spójność regulacji kodeksowej⁴³ i byłoby chyba w wystarczającym stopniu elastyczne. Tak samo jak powyższa propozycja dotyczyłoby ono jednak wyłącznie limitacji przekroczenia granic obrony koniecznej w przypadku ekscesu intensywnego. Jeśli natomiast chcielibyśmy klauzulą niepodlegania karze objąć również kategorię ekscesu ekstensywnego, trudności z klarownym wyznaczeniem stopnia przekroczenia zwiększą się, niestety, znacząco.

Wydaje się, że największym zagrożeniem płynącym z takiego czysto przedmiotowego sposobu ujęcia klauzuli niekaralności – przede wszystkim ze względu na trudność w dostosowaniu do zróżnicowanych stanów faktycznych – jest znaczne zwiększenie ryzyka nadmiernie kazuistycznej regulacji, co potwierdza również analizowany przepis. Nieuchronnie pojawi się bowiem pytanie, dlaczego pewnym dobrom w określonych sytuacjach chcemy udzielić szerszej ochrony niż innym. Przyjęcie rozwiązania opartego wyłącznie na okolicznościach przedmiotowych wymagałoby zatem bardzo rozważnych decyzji o charakterze kryminalno-politycznym podjętych w celu wyznaczenia „pojemności” w ten sposób zakreślonej klauzuli. Niezaprzeczalną zaletą takiego rozwiązania byłaby natomiast jego klarowność oraz stosunkowa łatwość zastosowania, jeśli chodzi o kwestie dowodowe.

Drugim możliwym kierunkiem zmiany art. 25 k.k. pozostaje modyfikacja dotychczasowego rozwiązania, to jest art. 25 § 3 k.k. W tym kontekście nasuwa się jednak pewna refleksja wychodząca poza rozważania na temat niepodlegania karze przez ekscedenta. Nie ryzykując poważniejszego błędu, można bowiem przyjąć, że emocje, pod których wpływem dochodzi do przekroczenia granic, stanowią przede wszystkim główną podstawę, na której opiera się chęć usprawiedliwienia zachowania stanowiącego przekroczenie granic obrony koniecznej. Stany emocjonalne towarzyszące broniącemu się znacznie utrudniają mu bowiem – a czasami nawet całkowicie uniemożliwiają – prawidłowe oszacowanie niebezpieczeństwa stwarzanego przez napastnika. Innymi słowy, broniący się przestaje myśleć, co w danych okolicznościach jest konieczne, a zaczyna reagować impulsywnie. Emocje upośledzają również zdolność poprawnego przewidzenia przebiegu zdarzeń, co jest dodatkowo pogłębiane przez dynamizm towarzyszący każdej akcji obronnej. W konsekwencji natomiast – ze względu na nieuniknione reakcje, właściwe psychice ludzkiej – ograniczona lub wręcz całkowicie wykluczona jest możliwość takiego pokierowania własnym działaniem, ażeby mieściło się ono w granicach kontratypu.

⁴³ Zob. M. Małecki, *W „naszej twierdzy” ...*

Mimo poczynionych powyżej spostrzeżeń nasunąć się może jednak pewna wątpliwość dotycząca charakteru tak zakreślonej okoliczności. Okazuje się bowiem, że w przypadku usprawiedliwionego ekscesu, do którego doszło wskutek reakcji psychicznych obrońcy, pojawią się nieuniknione trudności z postawieniem mu zarzutu. Trudno wszak nie przyznać, że możliwość „sensownej autodeterminacji”⁴⁴ ekscedenta – ze względu na anormalność sytuacji motywacyjnej – jest w takiej sytuacji dalece ograniczona.

Można w konsekwencji zaryzykować twierdzenie, że klauzula opierająca się na reakcjach psychicznych sprawcy zbliża się w swej istocie do okoliczności wyłączającej nie karalność, a winę ekscedenta⁴⁵. Być może zatem przepis art. 25 § 3 k.k. powinien brzmieć: „Nie popełnia przestępstwa, kto usprawiedliwiony strachem lub wzburzeniem wywołanymi okolicznościami zamachu przekracza granice obrony koniecznej”⁴⁶. W literaturze wskazuje się, że eksces przejawiać się może w niezachowaniu wymogu współmierności środka i sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu lub też – niewyrażonego *expressis verbis* – wymogu proporcjonalności dóbr⁴⁷. Usprawiedliwienie przekroczenia oznaczałoby w tym wypadku, że w psychice sprawcy powstały takie stany emocjonalne, które uzasadniają niezastosowanie się sprawcy do powyższych wymogów. Przypadki nieusprawiedliwionych ekscesów spowodowanych emocjami mogłyby być natomiast objęte klauzulą niepodlegania karze o dużo węższym – zauważmy – zakresie zastosowania, niż ma to miejsce obecnie.

Takie ujęcie byłoby chyba przede wszystkim dużo bardziej poprawne pod względem teoretycznoprawnym. Z jednej bowiem strony wydaje się, że trafnie diagnozowałoby istotę przekroczenia granic kontratypu pod wpływem emocji i skutkowałoby w określonych sytuacjach niemożnością przypisania sprawcy winy. Z drugiej natomiast strony, w porównaniu do obecnego brzmienia art. 25 § 3 k.k., odrzucałoby błędny warunek usprawiedliwienia okolicznościami zamachu emocji jako takich. Przyjąć bowiem należy, że w danych okolicznościach emocje w

⁴⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 322.

⁴⁵ Do podobnych wniosków dochodzi A. Zoll, analizując istotę okoliczności ustanowionej w art. 25 § 3 k.k. w jego obecnym brzmieniu: „[...] wydaje się, że bardziej konsekwentne byłoby uznanie, że sprawca w warunkach opisanych w tym przepisie nie popełnia przestępstwa” – A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 472.

⁴⁶ Możliwe są również inne sposoby redakcji przepisu, przykładowo: „Nie popełnia przestępstwa, kto pod wpływem strachu lub wzburzenia wywołanymi okolicznościami zamachu przekracza granice obrony koniecznej, a przekroczenie jest tymi emocjami usprawiedliwione”. Naturalnie takie rozwiązanie pozostawiłoby sądowi kwestię oceny usprawiedliwienia ekscesu. Takiej sytuacji nie sposób chyba jednak w prawie uniknąć, gdyż kryteria normatywne są ze swej istoty ocenne.

⁴⁷ Zob. A. Marek, *Obrona...*, s. 87 i n.

sposób naturalny powstają i bezcelowe są próby ich obiektywizacji czy odnoszenia do jakiegoś standardu⁴⁸.

Warto również zauważyć, że przy takim uregulowaniu odnaleźlibyśmy swego rodzaju paralelę pomiędzy instytucją obrony koniecznej *sensu largo* – rozumianą jako zestawienie pary okoliczności wyłączających bezprawność oraz winę – oraz konstrukcją kontratypu wyższej konieczności. Wydaje się bowiem, że również w przypadku obrońcy odpierającego zamach – a nie tylko osoby działającej w stanie wyższej konieczności – spotykamy się z takimi zachowaniami sprawcy, które naruszają co prawda normę sankcjonowaną, pozostają jednak niezaruszalne.

Warto również na marginesie odnotować, że czynnikiem usprawiedliwiającym eksces może być także występujący po stronie broniącego się deficyt informacji oceniany względem obiektywnego obserwatora *ex ante*. Wszak niejednokrotnie to właśnie niepełny stan wiedzy – a nie targające sprawcę emocje – nie pozwala mu na prawidłowe rozeznanie, jakie działania obronne w rzeczywistości mieszczą się w granicach obrony koniecznej. Podejmuje on wtedy działanie, które choć w jego mniemaniu jest konieczne dla skutecznego odparcia zamachu, przekracza jednak obiektywnie istniejące granice kontratypu. Nie można przy tym odebrać działaniom broniącego się przymiotu racjonalności – nie mogąc wszak wykluczyć poważniejszego zagrożenia niż realnie zaistniałe, reaguje on w sposób, który w jego mniemaniu zapewni mu skuteczną ochronę przed „najgorszym”.

Nie ma wątpliwości, że również w takim wypadku eksces uznamy za usprawiedliwiony. Wydaje się jednak, że do tego rodzaju sytuacji zastosowanie mieć winien inny prawnokamy instrument, a mianowicie błąd co do kontratypu. Wskazać bowiem należy, że błąd co do okoliczności faktycznej stanowiącej znamię kontratypu zachodzi nie tylko wtedy, gdy sprawca mylnie wyobraża sobie wystąpienie sytuacji kontratypowej (podczas gdy w rzeczywistości zamach nie miał miejsca), ale także gdy sprawca odpiera faktyczny zamach, mylnie jednak przyjmuje, że jego działania mieszczą się w granicach obrony koniecznej (podczas gdy w rzeczywistości je przekroczył)⁴⁹. Tym samym broniącemu się, któremu towarzyszył tego rodzaju usprawiedliwiony błąd, ze względu na art. 29 k.k. nie powinniśmy przypisać odpowiedzialności karnej pomimo zaistniałego ekscesu. Zauważyć należy, że taka wykładnia tego przepisu w

⁴⁸ Zob. J. Giezek, *Przekroczenie...*, s. 136.

⁴⁹ Chodzi o tzw. błąd co do granic kontratypu. Zob. J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013, s. 108.

jeszcze większym stopniu ogranicza zakres zastosowania ewentualnej klauzuli niepodlegania karze przez ekscedenta.

Powyższe rozważania można zilustrować, odwołując się do następującego przykładu. Wyobraźmy sobie sytuację, w której agresywny mężczyzna atakuje przechodnia, a po wstępnej przepychance sięga ręką pod kurtkę. Atakowany – pod wpływem nagłej fali strachu – przypuszcza, że agresor ma przy sobie niebezpieczne narzędzie, którego zamierza użyć. Sięga zatem do kieszeni po nóż i zadaje na oślep kilka ciosów w klatkę piersiową napastnika, powodując jego śmierć⁵⁰. Poczyńmy ponadto założenie, że napastnik sięgał po scyzoryk, a w opisanym kontekście sytuacyjnym mimo wszystko doszło do przekroczenia granic obrony koniecznej. Próbując uwolnić ekscedenta od odpowiedzialności karnej, musielibyśmy się zatem powołać się na niezarzucalność działań sprawcy, który pod wpływem emocji zareagował nieadekwatnie do faktycznego zagrożenia. Jeżeli natomiast zmodyfikujemy kasus w ten sposób, że agresor chciał jedynie wyciągnąć z kieszeni klucze do samochodu, to okaże się, że sprawca działał pod wpływem błędu co do granic kontratypu. Jeśli błąd ten był usprawiedliwiony, ze względu na art. 29 k.k. sprawcy już *de lege lata* nie można przypisać winy – niezależnie od tego, czy kierowały nim emocje, czy też nie. W przeciwnym natomiast wypadku podstaw dla uniknięcia przez ekscedenta odpowiedzialności ponownie upatrywać by można w strachu i wzburzeniu, które nim powodowały.

6. Podsumowując powyższy wywód, pokusić się można o pewną refleksję o charakterze ogólnym. Wydaje się mianowicie, że jeśli chodzi o instytucję obrony koniecznej, to zwłaszcza prostota i uniwersalność przyjmowanych rozwiązań mają szansę przywrócić jej pełną funkcjonalność. Nietrudno odnieść wrażenie, że wszelkie próby fragmentarycznej regulacji – do których zaliczyć można również najnowszą nowelizację art. 25 k.k. – osłabiają jednoznaczność tej konstrukcji oraz jej siłę.

Wydaje się, że panaceum na powstałe problemy może być wyłącznie rozwiązanie kompleksowe. Z jednej strony pójść można by w kierunku czysto przedmiotowego ujęcia klauzuli niepodlegania karze, która jednak musiałaby mieć bardziej uniwersalny charakter niż przyjęta przez ustawodawcę. Największą zaletą takiej propozycji jest bez wątpienia klarowność regulacji i brak poważniejszych trudności dowodowych, a zagrożeniem – niebezpieczeństwo

⁵⁰ Stan faktyczny częściowo oparty na wyroku SA w Białymstoku z 23 III 2017 r., II AKa 16/17, niepubl.

nazbyt kazuistycznej regulacji. Drugą możliwością – z pewnością dużo mniej atrakcyjną pod względem dowodowym – jest modyfikacja brzmienia art. 25 § 3 k.k. w taki sposób, ażeby uczynić zeń okoliczność wyłączającą winę. Względy dowodowe nie powinny mieć chyba jednak w tym przypadku znaczenia rozstrzygającego, jako że to właśnie ta propozycja zdaje się dużo bardziej trafna na płaszczyźnie teoretycznoprawnej. W pewnych sytuacjach związanych z przekroczeniem granic obrony koniecznej możemy mieć bowiem do czynienia nie z okolicznością uzasadniającą jedynie bezkarność sprawcy, ale z wyłączeniem zarzucalności jego zachowania. W takim wypadku klauzula niepodlegania karze przez ekscedenta byłaby konieczna dla osiągnięcia społecznie pożądaných rozstrzygnięć tylko w bardzo ograniczonym zakresie.

CZASOPISMO PRAWA KARNEGO i NAUK PENALNYCH

Preprint nr 5/2018 | Data publikacji: 30 IV 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 5/2018, www.czpk.pl/preprinty]