

Michał Królikowski

Okoliczności wyłączające bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej

1. Pewna alternatywa

Gościnność i życzliwość, która spotyka mnie w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, wyraziła się w sformułowanym zaproszeniu do włączenia się na łamach „Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych” do dyskusji o koncepcji kontratypów, która rozgorzała po V Kolokwium Bielańskim i późniejszej wymianie poglądów między Tomaszem Kaczmakiem i Andrzejem Zollem. Trudno jest mi w pełni towarzyszyć wszystkim zawiłościom dogmatycznym tej debaty, wnosząc dodatkowe argumenty o tym charakterze¹. Chciałbym jednak odnieść się do pewnej myśli, która osobę zajmującą się prawem karnym stawia wobec prostej alternatywy. Andrzej Zoll pisze w zdecydowany sposób: „Trzeba się na coś zdecydować, czy wyjątki od zakazów zmieniają ich treść i tym samym zawężają zakres obowiązywania zakazu (tak teoria negatywnych znamion), czy też wyjątek wynikający z zezwolenia oddziałuje na innym poziomie struktury przestępstwa i nie wpływa tym samym na zmianę treści zakazu i także na zakres jego obowiązywania jako normy abstrakcyjnej i generalnej, wpływając jedynie na zakres zastosowania obowiązującego zakazu (tak przeciwnicy teorii negatywnych znamion)”². Nie ma wątpliwości, że tym

¹ Zob. zwłaszcza znakomite wypowiedzi M. Bielskiego, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, CPKiNP 2010, nr 2, s. 25–50; J. G i e z k a, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu zabronionego czy okoliczność kontratypowa, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.

² A. Z o l l, *W sprawie kontratypów. Polemika z artykułem T. Kaczmarka*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4, s. 108 i n.

samym, w tle tej wypowiedzi, pojawia się dodatkowa alternatywa – trzeba zdecydować się na którąś z konkurencyjnych struktur przestępstwa (dwu- lub trzejelementowych) i konsekwentnie ją stosować. Postawiony wybór jest zatem dla karnisty zasadniczy. Jest wyborem szkoły dogmatycznej, która miałaby skutecznie, wprowadzając określony porządek rozumowania w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej, doprowadzić do możliwej kontroli procesu rozumowania i przewidywalności metody, jaką zaaplikujemy do rozwiązania problemów karnoprawnych. Z drugiej jednak strony nie sposób nie zauważyć, że osią sporu jest przyjęcie lub odrzucenie teorii negatywnych znamion przestępstwa. Koncepcję tę zasadniczo krytykuje Andrzej Zoll, chociaż słusznie podnosi się w nowszych wypowiedziach, że wiążą się z nią pewne korzyści w stosowaniu spłaszczonej, otwartej na niejednorodne struktury karnoprawne, koncepcji bezprawności karnej³.

2. Paradygmat „krakowskiej” struktury przestępstwa

Prezentowane przez A. Zolla stanowisko w zakresie konstrukcji struktury przestępstwa zaowocowało na etapie prac nad Kodeksem karnym z 1997 r. przyjęciem aktualnego kształtu art. 1. Budowę tego przepisu – a w konsekwencji dalszych przepisów kodeksu – oparto na zestawieniu elementów czystego obiektywizmu (pojęcie bezprawności), finalizmu (czysta wina normatywna), społecznej szkodliwości, jako kategorii odrębnej od pojęcia bezprawia, której nadano szczególną rolę wartościowania materialnego znaczenia konkretnego czynu, oraz „szczególnej normy sankcjonowanej”, używanej dla rozwiązywania przypadków wątpliwych. Takiego rodzaju postępowanie nie tylko porządkuje dogmatykę prawnokarną, ale również dopasowuje odpowiedzialność karną do jej szczególnej wizji teoretycznej. W tym momencie uwidacznia się podstawowa zaleta, a równocześnie zasadnicze ograniczenie tej koncepcji. Trzeba bowiem zauważyć, że omówiona wyżej struktura przestępstwa i wyznaczony przez nią kształt zasad prawa karnego niemal naturalnie – na poziomie ogólnej koncepcji przestępstwa, a nie w zakresie wykładni znamion konkretnego typu, w szczególności chronionego dobra prawnego⁴ lub społecznej adekwatności

³ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009; J. Giezek, „Zezwolenie”..., *op. cit.*

⁴ Zob. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 187 i n.; Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 36–44.

czynu⁵ – oddaje istotę subsydiarności prawa karnego. Rzec można nawet, że niekiedy nadmiernie zasadę tę akcentuje, odmawiając innej funkcji całej dziedzinie prawa karnego, jak tylko wprowadzaniu karalności uprzednio bezprawnych zachowań⁶. Jednocześnie, dzięki znakomitemu, uwzględniającemu szeroki kontekst normatywny, piśmiennictwu autorów wywodzących z tej koncepcji istotę prawa karnego, bardzo czytelnie powiązано problem relacji norm optymalizujących ochronę dóbr i wartości konstytucyjnych, w szczególności wyrażonych w katalogu praw i wolności człowieka i obywatela, z sytuacją typowej kolizji, w jakiej normy te, o charakterze zasad, pozostają względem siebie⁷, ze sposobem usprawiedliwienia czynu niosącego zagrożenie dla dobra, opartym o akceptację w związku z zaistniałą relacją między normami konstytucyjnymi (m.in. w dogmatyce prawnokarnej wyraża to konstrukcja względnej subsydiarności kontratypów).

Warto jednak nadmienić, że istnieją pewne, niekiedy istotne ograniczenia adaptacji tej koncepcji do całego zbioru zakazów karnych. Innymi słowy, struktura przestępstwa i zasad oparta o pięcioelementową definicję wprowadza pewien paradygmat prawa karnego, nawiązującego do istniejących uprzednio wzorców postępowania, wyznaczanych przez reguły ostrożności, kolizję dóbr (najczęściej konstytucyjnie ujmowanych wartości), społecznie akceptowany stopień narażenia dóbr będących w obronie, który ogranicza zasięg normatywnego przypisania szkody sprawcy. W tym też zakresie konstrukcja zaproponowana w polskiej literaturze przez A. Zolla jest wartościowa i może być z powodzeniem odniesiona również do innych wizji bezprawności (kryminalnej). Istotne jest jednak przy tym to, że trudno dostrzec przesądzające racje do przyjęcia tylko jednej, jednolitej koncepcji bezprawności (bezprawia) dla wyjaśnienia struktury odpowiedzialności karnej⁸, w szczególności problemu usiłowania nieudolnego, podżegania lub takich typów przestępstw, które ustawa wprowadza w sposób niejako

⁵ R. Dęb ski, *op. cit.*, s. 133 i n.; por. L. Gardocki, *Pozaustawowe źródła znaczenia przepisu karnego*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 123–129.

⁶ Np. funkcji o bardziej regulacyjnym charakterze, związanej z adekwatną zasadą ochrony dóbr konstytucyjnych lub zasadą sprawiedliwości; por. uchwała SN z 30 XI 2004 r., I KZP 23/04, BPK 2004, nr 11.

⁷ R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Juris” 2000, vol. XIII, nr 3, 294–304; w polskiej literaturze m.in. L. Morawski, *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, w: *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, T. Gizbert-Studnicki, Kraków 2001 i powołana tam literatura.

⁸ Zob. G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford 2000, s. 481.

pierwotny (np. art. 201 k.k.). Prawo karne powinno zachować zdolność do odpowiedzi na akceptowaną społecznie potrzebę odpowiedzialności karnej osób występujących we wspomnianych rolach sprawczych lub naruszających szczególnego rodzaju zakazy i różne powody kryminalizacji, pod warunkiem ich zgodności z wzorcami oceny konstytucyjnej. Z tej perspektywy zasadne wydaje się wobec tego powiązanie funkcji bezprawności po prostu z koniunkcją typu przestępstwa i braku usprawiedliwienia (kontratypu), które obejmie tym samym inne paradygmaty odpowiedzialności karnej, wyrażone w ustawie karnej (np. subiektywistycznie zorientowanej odpowiedzialności sprawcy usiłowania nieudolnego). Oznacza to postrzeganie jej z perspektywy prawnokarnej i przy akceptacji zasady subsydiarności jednak zgodę na mniej wyraźne wypowiedzenie jej w samej strukturze przestępstwa⁹.

Teoretyczna struktura przestępstwa jest oczywiście do pewnego stopnia konwencją, choć – co ważne – wyrastającą z tradycji doktryny i niekiedy silnie powiązana z, uważanym za podstawowy, paradygmatem prawa karnego i jego funkcji. W poniższych rozważaniach chciałem zwrócić uwagę na wybrane konsekwencje przyjęcia spłaszczonej struktury przestępstwa, stanowiącej zbiór warunków odpowiedzialności karnej, odwołujących się do relacyjnego charakteru odpowiedzialności karnej podmiotu i powiązanej z tym teleologii prawnokarnej. W związku z tym można przyjąć rozumienie bezprawności czynu jako koniunkcji formalnego zakazu karnego, funkcjonującego w warunkach subsydiarności prawa karnego, i braku legalizacji (kontratypu). Odczytanie bezprawia trzeba rozumieć jako odwołanie się do zdarzeń ze sfery obiektywnej (w tym również istniejącego układu normatywnego), a w pewnych sytuacjach również do momentów subiektywnych (umyślności), by w wypadkowej tych dwóch impulsów pojąć sens zdarzenia i potrzebę odpowiedzialności za nie. Jest to zbieżne z wyróżnieniem społecznego niebezpieczeństwa typu czynu zabronionego, które stanowi hipotetyczną projekcję zdarzenia stanowiącego negację wartości społecznych, obejmowanego zainteresowaniem prawa karnego. Konstrukcja ta uzasadnia samodzielność bezprawności karnej zakazu. W stosowaniu prawa karnego w większości przypadków treść konkretnego zachowania szkodliwego jest tymczasem odzwierciedlona przez konstrukcję społecznej szkodliwości czynu (które jednak nie zawiera winy, choć dla jej oceny należy uwzględnić elementy istotne dla stwierdzenia winy), składającą się na

⁹ Por. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 127 i n.

kompleks zasad odpowiedzialności karnej sprawcy¹⁰. Przy takiej korekcie schematu przestępstwa trzeba zauważyć dwie prawidłowości. Po pierwsze, w ramach każdej z płaszczyzn elementy definiujące – odpowiednio czyn, bezprawność i społeczną szkodliwość lub winę – mogą występować w różnych konfiguracjach i z różnym natężeniem ilościowym. Dlatego struktury te można nazwać mieszanymi. Przykładowo, w przypadku typów umyślnych decydujące znaczenie będą odgrywały elementy podmiotowe, w przypadku nieumyślnych – elementy przedmiotowe, takie jak skutek, reguły ostrożności i oczekiwana powinność ich uwzględnienia w procesie decyzyjnym. Po drugie, te same momenty czynu mogą odgrywać podwójną funkcję w ramach wartościowania prawnokarnego przeprowadzonego w całej strukturze przestępstwa. Na przykład w przypadku typów umyślnych zamiar wyznaczy istotę zakazu, nada czynowi odpowiednią szkodliwość społeczną, jak również posłuży dla ustalenia przesłanki winy. Podstawowy kłopot z podwójnym wartościowaniem tych samych elementów występuje w zasadzie wówczas, gdy przyjmie się tezę o niezbędności stopniowania wewnątrz zbioru warunków karalności czynu między okolicznościami wyłączającymi bezprawność i wyłączającymi winę ze względu na różne stopnie przypisania czynu, których znaczenie jest nie tylko analityczne, ale również normatywne i jakościowo (hierarchicznie) stopniowalne¹¹. Ma ona charakter metodologiczny. Akceptując jednak przede wszystkim walor analityczny i praktyczny struktury przestępstwa¹² wspomniana obiekcja mija, podczas gdy zbiór warunków odpowiedzialności karnej zachowuje funkcję gwarancyjną względem określoności zakazu i warunków odpowiedzialności karnej, a równocześnie uwzględnia funkcjonujące społecznie różnorodne paradygmaty odpowiedzialności karnej, dostrzeżone w konstrukcji typów przestępstw lub form sprawczych.

¹⁰ Szerzej R. Z a w ł o c k i, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 99 i n.

¹¹ Zob. uwagi Z. J ę d r z e j e w s k i e g o, *Funkcje rozróżnienia między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę)*, w: *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Alfreda Kaftala*, red. G. Rejman, B.T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski, Warszawa 2008, s. 141 i n.; por. głos W. W r ó b l a w dyskusji podczas IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 96 i n.

¹² Zob. L. G a r d o c k i, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 47.

3. W stronę bezprawności karnej

Bezprawność karna w prezentowanej koncepcji dystansuje się od ujęcia monistycznego. W przypadku tego ostatniego, cecha bezprawności jest związana z momentem naruszenia normy prawnej zawartej w jakimkolwiek miejscu systemu prawnego. System ten traktuje się przy tym jako jednolitą i niesprzeczną całości. Oznacza to przeświadczenie, że w ramach takiego systemu nie mogą funkcjonować normy prawne wyznaczające zakazy lub nakazy postępowania, które miałyby rzeczywiście pozostawać w relacji konfliktu. Ewentualna sprzeczność może mieć tylko charakter pozorny, eliminowany za pomocą reguł kolizyjnych. Podstawową metodą interpretacyjną jest zatem poszukiwanie takiego sposobu wykładni zbiegających się reguł prawnych, by doprowadzić do ich pełnej koherencji, oznaczając cechę legalności lub braku legalności z perspektywy kompletnego zbioru ocen prawnych, wyrażonych w systemie prawa. Inaczej rzecz ujmując, wobec jednego podmiotu system prawny nie może skierować rozbieżnych poleceń – musi wyrazić jednoznaczną i jednolitą w każdym miejscu systemu prawnego ocenę zachowania¹³. Tym samym prawo karne rozumiane jest jako zbiór norm sankcjonujących, wyrażających warunki karalności uprzednio bezprawnego zachowania, związanego z naruszeniem reguł występujących w systemie prawnym. Pluralistyczne ujęcie bezprawności zwraca uwagę na większą samodzielność funkcji, jaką pełni prawo karne. Nie redukuje go zatem jedynie do zbioru norm sankcjonowanych, wyznaczających zbiór karalnego zachowania, z zasady węższy niż zbiór zachowania bezprawnego, wyznaczanego przez odrębne od prawa karnego dziedziny prawa. Przyznaje mu bowiem również cechy funkcji regulacyjnych¹⁴ i zdolność do samodzielnego wyznaczenia pola bezprawności karnej. Pojęcie bezprawności zrelatywizowanej do danej dziedziny prawa (karnej, cywilnej, administracyjnej itp.) oznacza stanowisko, w myśl którego system prawny jest w większym stopniu fragmentaryczny, niż sądziliby zwolennicy ujęcia

¹³ Zwolennikami takiego ujęcia bezprawności są m.in. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, t. 23, s. 73; P. Kardaś, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 1, s. 17; W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, nr 8, s. 5 i n.; M. Bielski, *Koncepcja kontratypów...*, *op. cit.*

¹⁴ Związanych np. z komunikacyjnymi funkcjami, jakie względem społeczeństwa może pełnić kara kryminalna – M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych*, Warszawa 2005, s. 70 i n.

monistycznego. Tym samym każda z dziedzin wyznacza z powodu własnej teleologii – a zatem na podstawie właściwych dla siebie celów regulacji, powodów ich sformułowania i zdolności do formułowania samodzielnych ocen odnoszących się do kwalifikacji danego postępowania – zakres dozwolonego lub zakazanego zachowania. Powody nadawania tych cech nie muszą być koniecznie jednolite. Należy przy tym zauważyć panujące wśród zwolenników tego ujęcia przekonanie o możliwości posługiwania się konstrukcjami karnoprawnymi o mieszanym charakterze. Oznacza to stanowisko dystansujące się od poszukiwania jednolitej struktury i monistycznego ujęcia elementów składających się na warunki odpowiedzialności karnej¹⁵. Pewne potwierdzenie dla tego stanowiska, na zasadzie opozycji względem koncepcji jednolitej bezprawności i sprowadzenia prawa karnego do warunków karalności wcześniej bezprawnego zachowania, znajdziemy w uchwale SN z 30 listopada 2004 r., I KZP 23/04, gdzie wskazano, iż: „Powszechnie przyjęte twierdzenie, że przestępstwem może być tylko czyn bezprawny oznacza [...] tylko tyle, że czyn wypełniający znamiona przestępstwa nie jest nim, jeżeli z innych przepisów (często są to przepisy z innej dziedziny prawa, np. prawa cywilnego lub administracyjnego) wynika, iż zachowanie sprawcy jest w pewnym stopniu zalegalizowane. Nie oznacza natomiast, że w odniesieniu do każdego typu przestępstwa wymaga się, by istniał pozakarnoprawny zakaz określonego zachowania się, który to zakaz przepis karny dopiero wzmacnia, przez ustanowienie zagrożenia karą”¹⁶.

Powyższemu zestawieniu odpowiada różnica poglądów między zwolennikami monistycznego uzasadnienia okoliczności wyłączających bezprawność¹⁷. Zwolennicy pluralistycznego ujęcia okoliczności kontratypowych wskazują, że próby skonstruowania dla nich wspólnego mianownika nie dały satysfakcjonujących rezultatów¹⁸. Jestem zdania, że ewentualny wspólny mianownik okoliczności kontratypowych musiałby być bardzo blankietowy – posługiwać się ogólną figurą nadawania określonej sytuacji znaczenia zmieniającego ostateczną ocenę prawną. W gruncie rzeczy można przyznać, że również i zwolennikom pluralistycznego ujęcia okoliczności

¹⁵ Zob. np. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, *op. cit.*, zwł. s. 461 i n.; R. Zawłocki, *Pojęcie...*, *op. cit.*, zwł. s. 329 i n.

¹⁶ Uchwała SN z 30 XI 2004 r., I KZP 23/04, BPK 2004, nr 11.

¹⁷ Najczęściej przywołuje się w tym przypadku kolizję dóbr – zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 339 i n.

¹⁸ Zob. powołujących te poglądy: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, *op. cit.*, s. 442 i n.; R. Kubiak, *Kontratyp dozwolonego eksperymentu w świetle kolizji dóbr i optacalności społecznej*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 12, s. 64–79.

kontratypowych nie udało się stworzyć spójnego i w miarę powszechnie akceptowanego katalogu powodów usprawiedliwienia danego zachowania. Można zatem rozważyć, jaka jest istota i funkcja takiej figury za pośrednictwem której zmienia się kierunek oceny danego zachowania (nadaje się mu cechę legalności). W poniższych uwagach proponuję koncepcję kontratypów jako instytucji sprawiedliwości korygującej.

Istotna różnica w ujmowaniu bezprawności jest związana z nadawaniem jej formalnego lub materialnego (wartościującego) charakteru. Ujęcie formalne, czasem określane jako relacyjne, oznacza, że cecha bezprawności jest wyrazem braku zgodności zachowania adresata normy ze wskazanym w niej jako prawidłowy wzorem postępowania. Ujęcie materialne, zwane wartościującym, zakłada ocenę danego zachowania pod kątem celu ustanowienia normy prawnej, która może prowadzić do uznania go za legalne, mimo formalnej sprzeczności z zakazem karnym¹⁹. Dla lepszego zrozumienia różnicy między tymi ujęciami warto dostrzec, że z perspektywy jej samodzielnego charakteru, prawo karne zawiera normy o niejednorodnym charakterze. Podstawowy zespół norm stanowią zakazy zorientowane na umyślne naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo szkody. Uzupełniającą kategorię, której struktura właściwie bliższa jest odpowiedzialności deliktowej, stanowią zakazy zorientowane na nieumyślne spowodowanie skutku w postaci naruszenia dobra lub niebezpieczeństwa wyrządzenia względem niego szkody. Wystarczy wspomnieć tylko te dwie grupy norm, nie dążąc do wyliczenia wyczerpującego, by wskazać, że w pierwszym przypadku aspekt wartościujący normy będzie się w zasadzie wyczerpywał w decyzji sprawcy o naruszeniu dobra, nie zaś w istocie podejmowanego ryzyka związanego z naruszeniem reguł postępowania z dobrem. W drugim przypadku odwrotnie – aspekt wartościujący zostanie wyrażony przez analizę reguł postępowania z dobrem, stopień ich naruszenia w relacji do tworzonego niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody, postaci ich uświadomienia przez sprawcę i decyzję o działaniu ryzykownym. Na tle tego rozróżnienia wartościująca struktura bezprawności wymaga odniesienia się do (1) dobra prawnego i postaci kryminalizowanego zagrożenia lub naruszenia tego dobra, (2) reguł postępowania z dobrem, jak również (3) relacji pojęcia bezprawności w ujęciu materialnym do pojęcia społecznej szkodliwości czynu.

¹⁹ A. Z o l l, *O normie...*, *op. cit.*, s. 94; W. W r ó b e l, *Relacyjne...*, *op. cit.*, s. 10 i n.; R. Z a w ł o c k i, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 329 i n.; por. J. W y r e m b a k, *Bezprawność jako sprzeczność czynu sprawcy z normą prawną*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 3, s. 4 i n.

Ze względu na art. 1 § 2 k.k. w literaturze podnoszono, że rozróżnienie na bezprawność w sensie formalnym i materialnym *de lege lata* nie jest prawidłowe, skoro kodeks przewiduje pojęcie społecznej szkodliwości, stopniowane w zależności od relacji zachowania do m.in. dóbr chronionych²⁰. W związku z tym należałoby mówić jedynie o bezprawności jako o formalnym elemencie przestępstwa, wyznaczonym przez sprzeczność istoty czynu z zakazem wyrażonym w ustawie karnej, zaś materialna treść przestępstwa wyczerpuje się w definicji społecznej szkodliwości czynu. Zdaniem zwolenników tego poglądu, przemawia za tym wyraźnie argument językowy, skoro Kodeks karny w art. 1 § 1 mówi o „czynie zabronionym przez ustawę karną” (wskazując na relacyjne ujęcie bezprawności), a w § 2 mówi o wyłączeniu przestępności czynu zabronionego w wyniku jego znikomej społecznej szkodliwości. Funkcjonowanie bezprawności jako jedynie formalnej cechy czynu zabronionego byłoby w moim przekonaniu możliwe jednak jedynie wówczas, gdyby społeczna szkodliwość stanowiła samodzielny, funkcjonalny łącznik między zakazem a treścią normy prawnej wyrażonej w zakazie karnym. Wydaje się jednak, że takie postrzeganie społecznej szkodliwości utrudnia wielość funkcji, które powierza się tej konstrukcji, jej w miarę konwencjonalny charakter i szeroki zakres definicji zawartej w art. 115 § 2 k.k. Jest to pojęcie znacznie szersze niż zespół elementów wiążących sens normy prawnokarnej z formalnym zakazem karnym i na tyle niejednorodne, że przypisywanie mu również znaczenia bezprawności materialnej byłoby w niektórych sytuacjach pewnym nadużyciem²¹. Innymi słowy, na tej płaszczyźnie przypisania, jaką jest ustalenie bezprawności kryminalnej danego zachowania, przedmiotem analizy jest zarówno naruszenie zakazu wyrażającego typ czynu zabronionego, jak również analiza normy sankcjonowanej, którą należy wyprowadzić z zakazu karnego w kontekście pozostałych regulacji, w tym konstytucyjnych, odwołujących się do celu zakazu i koncepcji dozwolonego zagrożenia dóbr w obrocie prawnym²².

W tradycyjnej nauce polskiej dominował pogląd o przedmiotowym charakterze bezprawności, przy czym bezprawności niejednolitej, bowiem stopniowanej ze względu na odniesienie do różnych dziedzin prawa.

²⁰ Tak L. Ty s z k i e w i c z, *O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach*, „Problemy Prawa Karnego” 1995, t. 21, s. 37 i n.; R. Z a w ł o c k i, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 335–226.

²¹ Zob. jednak argument z art. 100 k.k., który przewiduje możliwość orzeczenia przypadku, gdy czyn zabroniony był szkodliwy społecznie w stopniu znikomym.

²² Por. J. G i e z e k, *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2002, t. 50, s. 113–117; por. W. W r ó b e l, *Relacyjne...*, *op. cit.*, s. 17–18.

Dostrzegano konieczność ścisłego rozróżnienia elementów stanowiących o treści czynu od oceny jego relacji do norm prawnych. Dopuszczano zaś posługiwanie się pojęciami materialnej i formalnej bezprawności: „Tylko wtedy działanie jest bezprawne – pisał Wacław Makowski – jeżeli, przeciwstawiając się ustawie karnej, dotyka zarazem tego, co stanowi przedmiot jej ochrony z punktu widzenia ogólnych zadań społecznych, którym służy oprócz ustawy karnej także szereg innych urządzeń i norm”²³. Trzecim odróżnianym ściśle elementem była podmiotowa treść zachowania, której byt jest na tyle niezależny, że – jak twierdził Władysław Wolter – „normy domagają się pewnego przedmiotowego zachowania nawet wtedy, gdy braki podmiotowe nie dają żadnej gwarancji możliwości zastosowania się do tych wymagań”²⁴. Wspomniani autorzy dokonywali zróżnicowania owej przedmiotowej bezprawności ze względu na charakter norm prawnych. Jak przyjmował Stanisław Śliwiński: „bezprawność [ogólna] czynu ma miejsce wówczas, gdy czyn jest sprzeczny z przedmiotowym porządkiem prawnym, z przedmiotową normą prawa, z rozporządzeniem, zarządzeniem lub rozstrzygnięciem władzy lub nawet nakazem służbowym, jeżeli są prawnie skuteczne, także z prawnie skuteczną umową lub innym prywatno- lub publiczno-prawnym postanowieniem”²⁵. Jego zdaniem, podstawą legalności lub bezprawności czynu jest tzw. porządek prawny przedmiotowy, wpływający z norm prawnych, przy czym takich, które ustalane są na podstawie wszystkich dziedzin prawa. W związku z tym, bezprawność czynu lub jego zgodność z prawem jest okolicznością wyłącznie przedmiotową – wyraźnie nie wyróżniano podmiotowej bezprawności. Drugi stopień bezprawności, bezprawność karną, S. Śliwiński określał następująco: „O bezprawności czynu zabronionego pod groźbą kary decyduje prawo karne, z tym zastrzeżeniem, że o okolicznościach wyłączających bezprawność czynu decydować mogą także inne dziedziny prawa. Bezprawność czynu zabronionego pod groźbą kary ma samoistne źródło w prawie karnym nawet wtedy, gdy z innych dziedzin prawa bezprawność czynu da się wyprowadzić”²⁶. Jest tak

²³ W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1926, s. 165; podobnie W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, Kraków 1933, s. 82–83, który stwierdza, że materialny sens ustawy i pojęcie materialnej prawności i bezprawności umożliwia również wytlumaczenie tzw. okoliczności wykluczających bezprawność czynu, mimo że dane działanie koliduje z formalnym przepisem ustawy; zob. także S. Śliwiński, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 146, który wskazuje, że materialna bezprawność oznacza bezprawne naruszenie lub zagrożenie pewnego dobra prawnego.

²⁴ W. Wolter, *op. cit.*, s. 76.

²⁵ S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 140.

²⁶ *Ibidem*, s. 143–144.

dlatego, że „w karze mieści się ujemne wartościowanie”, a zatem szczególna bezprawność karna związana jest wyraźnie ze specyficznym wartościowaniem, właściwym jedynie dla przepisów karnych.

Co jednak trzeba podkreślić, zdaniem grupy klasyków polskiej doktryny prawa karnego, chociaż bezprawność karna jest kategorią wyłącznie przedmiotową, może być uzależniona od momentów podmiotowych, stanowiących „składniki przedmiotowej bezprawności”²⁷, ale tylko wówczas, jeżeli ów podmiotowy moment cechuje czyn, a nie sprawcę. Podobną niejednorodność elementów składowych dostrzegali oni w zakresie strony podmiotowej, skoro, jak opisywał to W. Wolter: „tak samo jak momenty podmiotowe nie muszą należeć do podmiotowej strony czynu, tak i momenty normatywne nie muszą należeć do samej oceny, a mogą być integralną częścią samego substratu oceny, i tutaj więc granica między substratem oraz oceną ulega pewnego rodzaju zatarciu”²⁸. Jak sądzą, wyrażali oni w ten sposób świadomość tego, że bezwzględny podział na elementy czysto przedmiotowe (obiektywna bezprawność) i czysto podmiotowe (wina) jest granicznie niejasny, być może nawet niesłuszny, skoro jego celem jest oddanie treści zachowania, jego sprzeczności z normą i ocena jego ciężaru. Znacząca jest tu wątpliwość S. Śliwińskiego co do tego, czy obrona konieczna – skutkując brakiem odpowiedzialności karnej za czyn – wyłącza jedynie przestępność (nie określając, czy jest to wynikiem jedynie braku elementów przedmiotowych, czy także ze względu na elementy podmiotowe), czy także „w zasadzie bezprawność” czynu²⁹.

Warto podkreślić, że koncepcja jednolitej bezprawności, ujętej w sposób wyłącznie obiektywny, rodzi wątpliwości. Widać to wyraźnie na tle takich konstrukcji, jak nieumyślność, która składa się z elementów bezprawia (reguły ostrożności) i elementów winy (możliwość i powinność przewidzenia), usiłowanie nieudolne, którego sens najlepiej oddaje rozumienie normy prawa karnego jako zakazu podjęcia czynu w zamiarze naruszenia dobra, czy też urojenie znamienia kontratypu, przy którym zamiar naruszenia dobra pozostaje, ale jego ujemność karna zostaje wyłączona dodatnią wartością świadomości (np. celem uratowania innego dobra). Można się przy tym zastanawiać, czy są to jedynie wyjątki, które da się przekroczyć przy tradycyjnym, obiektywistycznym rozumieniu bezprawności, czy też przy-

²⁷ *Ibidem*, s. 142–143; W. Wolter, *op. cit.*, s. 78.

²⁸ *Ibidem*, s. 78.

²⁹ Odmiennie J. Makarewicz, który jednoznacznie uznaje, że o wyłączeniu bezprawności działania w obronie koniecznej przesądza ustawa karna – J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 108.

kłady wykazujące granice użyteczności przyjętej konstrukcji bezprawia. Obiektywne ujęcie bezprawności poddał gruntownej krytyce H. Welzel, włączając do niego generalnie umyślność (zamiar), wskazując w ten sposób na możliwe rozwiązanie przypadków, które na gruncie teorii obiektywnego bezprawia pozostawały właściwie nierozwiązywalne. Ujemność działania jest dla niego generalną ujemnością wszystkich czynów zabronionych, w szczególności umyślnych. Ujemność skutku jest wprawdzie momentem bezprawia, ale niesamodzielnym. W konkretnym przypadku może go brakować, ale o bezprawności może przesądzić wówczas element podmiotowy, jak ma to miejsce podczas usiłowania nieudolnego. „To właśnie strona subiektywna (także zamiar) jest tym czymś «więcej» w bezprawiu karnym w stosunku do innych rodzajów bezprawia, w tym zwłaszcza bezprawia cywilnego”³⁰. Podobnie jest z ujemnością elementu podmiotowego – jest on elementem bezprawności, ale niesamodzielnym, w związku z czym w danym przypadku może go brakować, jak to ma miejsce w przypadku nieumyślnego naruszenia dobra. Wówczas to strona przedmiotowa bezprawności rozstrzygnie o możliwości objęcia danego zachowania zakazem karnym. Subiektywny komponent bezprawności – ujemność zamiaru – stanowi wynik teleologii prawnokarnej. Ta ostatnia może w sposób samodzielny – niejako niezależnie od tego, jak to się dzieje na gruncie formalnej niezgodności z porządkiem prawnym – wyznaczać granice między działaniem prawnym i bezprawnym (wypełniającym znamiona typu), ze względu na wyróżniającą się w porównaniu z innymi dziedzinami prawa strukturę bezprawności karnej.

4. Funkcja koncepcji norm sprzężonych w rekonstrukcji bezprawności karnej

Chciałbym powrócić do postawionej przez A. Zolla alternatywy, przywołanej na początku artykułu. Z dotychczasowych rozważań można by wywnioskować, że negując monistyczne ujęcie bezprawności dystansują się również od przyjęcia koncepcji norm sprzężonych w procesie stosowania prawa karnego. Tak nie jest. Co więcej, jestem przekonany, że o ile spierając się na temat bardziej lub mniej dogodnej struktury przestępstwa, staramy

³⁰ Z. Jędrzejewski, *Urojenie znamienia kontratypu a problem struktury przestępstwa*, w: *Gaudium in litteris est. Księga jubileuszowa Pani Profesor Genowefy Rejman*, red. L. Gardocki, M. Królikowski, A. Walczak-Zochowska, Warszawa 2005, s. 185.

się wypracować pewne warunki minimalne do porozumienia, czegoś na kształt „wspólnego języka dogmatycznego”, to można zaliczyć do niego właśnie przyjęcie tej właśnie konstrukcji. Proponuję jednak nieco odmienny sposób postrzegania ich roli. Mimo że obie podstawowe dla zakazu karnego normy – sankcjonowana, wyznaczająca zakres dozwolonego zachowania, oraz sankcjonująca, ustalająca zakres karalności za naruszenie normy sankcjonowanej – stanowią oddzielnie grupy zagadnień, należy je odczytywać w kontekście typu przestępstwa, modyfikowanego przez ogólne reguły przypisania odpowiedzialności karnej, np. przez unormowania form stadialnych lub zjawiskowych³¹. W taki też sposób, potwierdzenie jednoczesnego naruszenia ich obu prowadzi do wniosku o zajęciu bezprawności karnej, wypowiedzianej przez typ czynu zabronionego. Rozróżnienie na wskazane, odrębne struktury normatywne, które należy wyprowadzić z typu czynu zabronionego jest wartościowe przede wszystkim z powodów interpretacyjnych, tzn. ukształtowania reguł rozumowania prawniczego, zmierzającego do ustalenia warunków odpowiedzialności karnej sprawcy w konkretnym przypadku. Poprzedzają je pewne ustalenia w obrębie struktury przestępstwa, przy czym nie muszą one oddzielać od siebie płaszczyzn przypisania karnoprawnego na pierwotną i wtórną legalność (bezprawność) danego zachowania³². Tym samym, nie widzę przeszkód dla powiązania bezprawności karnej z określonością typu czynu zabronionego, a zatem spłaszczenia struktury przestępstwa do dwóch kategorii bezprawności karnej i winy³³.

W rozróżnieniu normy sankcjonowanej i sankcjonującej nie chodzi zatem o to, aby wyróżnić dwie warstwy, gdzie w pierwszej mają znaleźć się wszystkie przesłanki, których wystąpienie decyduje o ogólnej bezprawności danego zachowania (norma nakazująca lub zakazująca określonego zachowania), a w drugiej – przesłanki kryminalizujące niektóre z postaci naruszenia normy sankcjonowanej (norma nakazująca skierowana wzglę-

³¹ Zob. R. Dębski, *op. cit.*, gdzie autor zwraca uwagę, że w prawie karnym pojęcie normy sankcjonowanej czerpie swój sens ze związku z normą sankcjonującą; por. również P. Kardaś, *Dozwolone...*, *op. cit.*, s. 3 i n.; Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 48 i n.; W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1993, nr 3, s. 93 i n.; odmiennie A. Zolli, *O normie...*, *op. cit.*, s. 70.

³² Przeciwnie A. Zolli, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 61–77; A. Zolli, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, w: *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 13; A. Zolli, *W sprawie...*, *op. cit.*, s. 108 i n.; por. P. Kardaś, *Dozwolone...*, *op. cit.*, s. 7–32; Ł. Pohl, *Struktura normy...*, *op. cit.*, s. 178 i n.

³³ Zob. też Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, *op. cit.*, s. 252 i n.; J. Giezek, „Zezwolenie”..., *op. cit.*

dem organów państwa do ukarania sprawcy, określająca zakres karalności). Jej podstawowa wartość sprowadza się w moim przekonaniu do tego, że w wyniku proponowanego rozróżnienia otrzymujemy dwa zespoły reguł argumentacyjnych, służących ostatecznemu odczytaniu bezprawności karnej. W przypadku normy sankcjonowanej zachodzi konieczność włączenia do wykładni przepisu karnego wszystkich tych elementów wypowiedzianych w systemie prawnym, które dookreślą związany z typem zakres regulacji pozytywnej (tj. zasad postępowania z dobrem lub zasad postępowania według modelu osobowego, metod interpretacyjnych nakierowanych na wykładnię w zgodzie z Konstytucją, wykładnię przyjazną prawu europejskiemu lub prawom człowieka). Pozwala to w sposób bardziej uporządkowany zintegrować prawo karne z systemem reguł prawnych, pochodzących z wielu źródeł normatywnych. Na podobną zależność wskazuje pośrednio Piotr Kardas pisząc, że reguły ostrożności „stanowią element precyzujący normę sankcjonowaną w każdym wypadku, gdy ustawodawca wykorzystuje dla charakterystyki zachowania karalnego czasownik «powodować», czasowniki bliskoznaczne lub synonimiczne albo czasowniki z rdzeniem semantycznym «powodować», i jednocześnie nie dookreśla bliżej sposobów powodowania ustawowo stypizowanego skutku (zakaz charakterystyczny dla działania) lub sposobów zapobiegania powstaniu takiego skutku (nakaz charakterystyczny dla zaniechania) [...]. Tym samym przekroczenie normy sankcjonowanej jest możliwe wówczas, gdy zachowanie stanowi naruszenie sprzężonych z nią reguł ostrożności. W razie zachowania zgodnego z konkretyzującymi treść normy sankcjonowanej regułami ostrożności, ze względu na ich zasadniczą funkcję – tj. wyznaczenie społecznie akceptowanego poziomu ryzyka – nie może być mowy o przekroczeniu normy zakazującej urzeczywistnienia ustawowo stypizowanego skutku”³⁴. Innymi słowy, norma sankcjonowana cieszy się w porównaniu z normą sankcjonującą większą swobodą w tym, jak kontekstowo może być dokonana jej wykładnia (tj. zgodnie z regułą harmonizowania kontekstów systemowych oraz przy uwzględnieniu elementów teleologicznych związanych z regulacją obrotu dobrami prawnymi i dopuszczalnym ryzykiem w narażaniu tych dóbr na niebezpieczeństwo wystąpienia względem nich szkody). Przykładem takiej relacji może być orzeczenie ETS w sprawie C-40/04 *Yonemoto*³⁵, gdzie uznano, że działalność w zgodzie z dyrektywą może być powołana jako okoliczność uchylająca odpowiedzialność karną sprawcy z tego powodu, że

³⁴ P. K a r d a s, *Dozwolone...*, *op. cit.*, s. 17 i 18.

³⁵ European Court Reports 2005, I-07755.

ogranicza ona stosowanie przepisów krajowych wprowadzających obowiązek niezgodny z logiką dyrektywy. Możliwe jest również dookreślenie warunków odpowiedzialności karnej przez elementy pozaustawowe w takim zakresie, w jakim następuje przez nie konkretyzacja pożądanego postępowania z dobrami prawnymi będącymi w obrocie. Przykładowo, Sławomir Żółtek wskazuje w związku tym, w kontekście tzw. prawa karnego gospodarczego, na podstawową, jego zdaniem, zasadę wtórności tej dyscypliny szczegółowej względem reguł funkcjonowania w obrocie gospodarczym. Jego zdaniem, mimo formalnego wypełnienia znamion zakazu, dopiero zachowania wykraczające poza akceptowane ryzyko gospodarcze mogą być rozpatrywane w perspektywie naruszenia typu czynu zabronionego³⁶. Wciąż jednak chodzi o normę sankcjonowaną, wyprowadzaną z danego typu czynu zabronionego, zrelatywizowaną do tego właśnie typu i postaci jego popełnienia w kontekście zasad ogólnych Kodeksu karnego. Oznacza to przechodzenie między typami czynów zabronionych dla celu ustalenia kolejnych norm sankcjonowanych, które daje się wyprowadzić w kontekście zakazów karnoprawnych, bez ambicji pogodzenia tych norm w jeden spójny system oceny zachowań traktowanych przez cały system prawny jako z nim sprzeczne lub zgodne. Norma sankcjonująca, adresowana do organów stosujących prawo, jest zredukowana do obowiązku prowadzenia postępowania i ukarania sprawcy typu czynu zabronionego, społecznie szkodliwego w stopniu wyższym niż znikomy oraz zawinionego. Poddana jest przy tym bezpośrednio klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji, co oznacza tym samym zakaz rozszerzającej wykładni znamion przestępstwa, traktowanie społecznej szkodliwości czynu w znaczeniu, w jakim o nim mowa w art. 1 § 2 k.k., jako elementu umożliwiającego zaniechanie egzekucji odpowiedzialności karnej w przypadku subminimalnej treści materialnej przestępstwa, czy w końcu – nadanie zasadzie winy wypowiedzianej w art. 1 § 3 k.k. charakteru legalizującego odpowiedzialność karną, a w art. 53 § 1 k.k. charakteru limitującego wymiar kary.

Jak można zauważyć, wskazówki interpretacyjne płynące z wyodrębnionych w kontekście zakazu karnego norm sankcjonowanej i sankcjonującej dotyczą tego samego zbioru znamion, tej samej istoty czynu zabronionego. W takim znaczeniu, w ramach jednej bezprawności karnej (a więc wyznaczonej przez typy, zasady ogólne i zrelatywizowanej do specyficznej

³⁶ S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa. 2009, s. 163 i n.; por. R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 299 i n.

teleologii prawnokarnej) równoważą się względy związane z dostosowaniem regulacji prawnokarnej do odrębnych względem niej części systemu prawnego wyrażającego zasady postępowania w życiu społecznym, jak również względy gwarancyjne związane z restrykcyjnym podejściem do interpretacji znamion zakazu karnego. Jednocześnie elementy te występują z różnym natężeniem w zależności od charakteru typu przestępstwa. Tam, gdzie istota czynu opiera się na sprowadzeniu skutku lub niebezpieczeństwa skutku, pierwszoplanową rolę odegrają dookreślające sposób jego sprowadzenia reguły postępowania z dobrem wyrażone w normie sankcjonowanej, jednocześnie nie sposób ustalić ujemnej lub dodatniej wartości zachowania w oderwaniu od ujemnej lub dodatniej wartości skutku³⁷. Tam, gdzie istota czynu przesuwana się w kierunku decyzji woli, pierwszoplanowa rola zostaje powierzona elementom właściwym dla normy sankcjonowanej³⁸. Podobnie sprawę stawia Jarosław Wyrembak pisząc, iż pojęcie bezprawności karnej „nie może jednakże oznaczać, że bezprawność dookreślają wyłącznie przepisy prawa karnego. Pojęcie [to] może oznaczać tyle tylko, że jest ona ujmowana jako przesłanka odpowiedzialności karnej – stanowiącej konsekwencję naruszenia normy sankcjonowanej, wyrażanej przede wszystkim przez przepisy prawa karnego”³⁹.

5. Sprawiedliwość korygująca odbita w funkcji okoliczności wyłączającej bezprawność

Zakres tej bezprawności może być dodatkowo ograniczony w związku z wystąpieniem sytuacji kontratypowej, która przez formułowane zezwolenie może na różnych poziomach (modyfikację zakresu normy sankcjonowanej lub hipotezy normy sankcjonującej) zmienić zakres bezprawności karnej. W ten też sposób rozróżnienie na tzw. legalność pierwotną zachowania, oznaczającą brak realizacji znamion typu zabronionego, oraz legalność wtórną, o której mówimy wówczas, gdy sprawca zrealizuje znamiona typu, ale uczyni to w sytuacji kontratypowej, traci na znaczeniu. Autor ten, jak już wcześniej wspomniano, lokuje problem kontratypów na płaszczyźnie poprzedzającej sformułowanie zakazu (tzw. pierwotna legalizacja) lub na płaszczyźnie karalności (tzw. wtórna legalizacja), akcentując moni-

³⁷ Zob. J. G i e z e k, *Narażenie...*, *op. cit.*, s. 115.

³⁸ Zob. np. konstrukcja usiłowania nieudolnego; szerzej Z. J ę d r z e j e w s k i, *Bezprawność...*, *op. cit.*

³⁹ J. W y r e m b a k, *op. cit.*, s. 3.

styczne, nawiązujące do kolizji dóbr uzasadnienie tych postaci okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną. Wskazuje, że model lepiej oddaje charakter i funkcję kontratypów jako wyjątkowych okoliczności usprawiedliwiających naruszenie zakazu lub nakazu wynikającego z normy sankcjonowanej, pisząc: „Ustawodawca uchwała normę zawierającą nakaz lub zakaz określonego zachowania się z uwagi na to, że zachowanie sprzeczne z normą ocenia jako społecznie szkodliwe ze względu na przyjęte przez siebie założenia aksjologiczne. Czyn dlatego jest zakazany, gdyż atakuje ważne dobra. Dlatego zakaz dotyczyć może tylko takich czynów, które w rzeczywistości skierowane są przeciwko dobrom, których ochronie miało służyć uchwalenie normy sankcjonowanej. Skierowanie czynu (w znaczeniu obiektywnym) przeciwko dobru prawnemu jest znamieniem czynu zabronionego pod groźbą kary. Norma prawna nie może zakazać wszystkich zachowań obiektywnie nakierowanych przeciwko dobru prawnemu. Musi być, ze względu na obrót społeczny, w którym uczestniczą dobra prawne, dopuszczony margines tolerancji. Zachowania, które nie naruszają reguły postępowania z dobrem prawnym, reguły wykształconej przez wiedzę i doświadczenie nie są skierowane przeciwko zakazowi wynikającemu z normy sankcjonowanej. Naruszenie reguły postępowania z dobrem prawnym jest więc znamieniem typu czynu zabronionego”⁴⁰.

Myślę, że powyższym wywodom można przeciwstawić następujące rozumowanie. W przypadku integralnego powiązania normy sankcjonującej i sankcjonowanej, stanowiących struktury normatywne wyprowadzane z zakazu karnego, typ przestępstwa staje się punktem wyjścia w rozumowaniu o sensie zakazu i jego granicach. Decyzję o kryminalizacji pewnego abstrakcyjnego postępowania można rozumieć jako rozstrzygnięcie przez ustawodawcę kolizji norm optymalizujących ochronę istotnych dla porządku aksjologicznego danego społeczeństwa wartości, w szczególności praw i wolności człowieka i obywatela, wypowiedzianych w Konstytucji. Tym samym sama decyzja o legalności lub wprowadzeniu zakazu karnego poddana jest rozumowaniu o charakterze kolizyjnym, który wpływa na rozstrzygnięcie ustawodawcy i może być przedmiotem kontroli zgodności danej decyzji kryminalizacyjnej z Konstytucją⁴¹. Zwraca na to uwagę TK w wyroku z 30 września 2008 r., K 44/07⁴², pisząc o decyzji dotyczącej możliwości wprowadzenia kompetencji dla ministra obrony narodowej

⁴⁰ A. Zoll, *W sprawie kontratypów...*, *op. cit.*, s. 110.

⁴¹ Zob. również J. G i e k, *Narażenie...*, *op. cit.*, s. 113–114.

⁴² Wyrok TK z 30 IX 2008 r., K 44/07, OTK-A 2008, nr 7, poz. 126.

o zestrzeleniu samolotu cywilnego z terrorystami na pokładzie: „kierunek rozstrzygnięcia zależy od odpowiedzi na szereg fundamentalnych pytań, włącznie z pytaniami o cel istnienia państwa i stanowionego przez nie prawa, hierarchię systemu wartości, jakie leżą u jego podstaw, relację jednostki do aparatu państwowego i zakres jego arbitralnej władzy”. Ograniczenie ochrony prawnej danego dobra jest w świetle ustaleń TK możliwe, jeśli jest niezbędne ze względu na konieczność ochrony lub realizacji innych wartości, praw czy wolności konstytucyjnych. Jako generalne kryteria decyzji ustawodawcy w tym zakresie TK wskazał na konieczność ustalenia: „czy dobro, którego naruszenie ustawodawca legalizuje, stanowi wartość konstytucyjną; b) czy legalizacja naruszeń tego dobra znajduje usprawiedliwienie na gruncie wartości konstytucyjnych [...]; c) czy ustawodawca dochował konstytucyjnych kryteriów rozstrzygania takiej kolizji, w szczególności, czy przestrzegał [...] wymogu proporcjonalności”⁴³. Trzeba wyraźnie zaznaczyć, że w pierwszej kolejności powyższe reguły wnioskowania – z teoretycznego punktu widzenia – dotyczą nie tyle okoliczności wyłączających bezprawność, co abstrakcyjnego rozstrzygnięcia o wprowadzeniu zakazu karnego, dokonanego przez ustawodawcę po wyważeniu kolidujących zasad konstytucyjnych. Innymi słowy, zasady konstytucyjne, przyjmując postać norm optymalizujących, wypowiedają nakaz względem ustawodawcy i organów stosujących prawo do możliwie maksymalnej ochrony konkretnych wartości (dóbr konstytucyjnych) istotnych dla porządku normatywnego danego społeczeństwa. I tak zderzyć się może obowiązek do zapewnienia prawnej ochrony życia każdego z nas (art. 38 Konstytucji) z prawem do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji), który może przybrać postać decyzji o wprowadzeniu zakazu pozbawienia życia człowieka i pomocy do samobójstwa, ale nie kryminalizacji jego usiłowania. Podobnie we wzajemnej relacji wzywającej do zapewnienia maksymalnej ochrony pozostaje obowiązek do zapewnienia prawnej ochrony życia osób atakowanych przez terrorystów przy użyciu porwanego samolotu oraz ten sam obowiązek odniesiony do osób przetrzymywanych w tym samolocie. Konstrukcja norm optymalizujących powoduje, że jedno rozstrzygnięcie ustawodawcy (o ukształtowaniu typu) nie przesądza o tym, że wynikające z nich obowiązki maksymalnej realizacji zawartych w nich postulatów normatywnych nie będą wymagały korekty uprzedniej decyzji ustawodawcy⁴⁴. Tym samym wprowadzenie abstrakcyjnego typu przestępstwa zakła-

⁴³ Zob. wyrok TK z 28 V 1997 r., K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19.

⁴⁴ Zob. interesująco TK w wyroku z 12 V 2008 r., SK 43/05 z glosą K. Pałki i M. Kućki,

da możliwość modyfikacji jego zakresu przez powtórne wartościowanie zbiegających się norm optymalizujących ochronę wartości konstytucyjnych. Tego rodzaju korekta odbywa się w okolicznościach legalizujących dane zachowanie lub w okolicznościach wyłączających możliwość osobistej zarzucalności danego zachowania. Jest to jakby powtórny proces rozstrzygnięcia kolizji norm optymalizujących, które ze względu na dookreślenie sytuacji funkcjonowania zakazu wymagają korekty abstrakcyjnego rozstrzygnięcia wprowadzającego syntetyczny opis czynu zabronionego. Norma, która wyraża kontratyp – zezwolenie znoszące bezprawność karną – jest w związku z tym „zewnątrzna” wobec struktury przestępstwa. Ogranicza zakres zastosowania normy sankcjonowanej i sankcjonującej, przełamując zakaz przez powtórne, równie relewantne wartościowanie ustawodawcy. W tym sensie rację ma również Zbigniew Jędrzejewski pisząc, że „struktura wyłączania bezprawia karnego jest identyczna ze strukturą uzasadniania tego bezprawia, chodzi więc tu o aspekt materialny”⁴⁵. Co więcej, postrzeganie kontratypu jako normy odrębnej od typu pozwala również przyjąć, że zgodnie z art. 8 k.k. zamiar rozciąga się jedynie na znamiona typu, kontratyp posiada odrębną strukturę podmiotowo-przedmiotową.

W zakresie rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej podobny skutek o charakterze rozstrzygnięcia dyrektyw optymalizujących może również osiągnąć odpowiednia modyfikacja normy sankcjonowanej⁴⁶. Nie znajduje przy tym żadnego przekonywającego argumentu, który nakazywałby przyjęcie jednolitego uzasadnienia bezprawności, czy też struktury bezprawności karnej, a tym samym okoliczności ją wyłączających. Dopuszczenie koncepcji modyfikacji normy sankcjonowanej wydaje się sensowne w szczególności wtedy, gdy zachodzi konieczność jej dookreślenia ze względu na aspekt związany z oceną dopuszczalnego narażenia dóbr na niebezpieczeństwo, które pozostaje poza regulacją normy sankcjonowanej. Mam tu na myśli przede wszystkim potrzebę włączenia reguł dozwolonego postępowania względem dobra do wykładni znamion czynności sprawczej

„Przegląd Sejmowy” 2009, nr 6; por. wyrok TK z 30 X 2006 r., P 10/06, OTK ZU 2006, nr 9A, poz. 58.

⁴⁵ Z. Jędrzejewski, *Teoria negatywnych znamion czynu zabronionego*, w: *Refleksje o prawie, państwie i społeczeństwie*, red. A. Turska, Warszawa 2005, s. 130.

⁴⁶ Zob. wypowiedzi W. Wróbla, T. Kaczmarka i J. Majewskiego, w: *Okoliczności..., op. cit.*, s. 96–101, 102, 103–106; T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10, s. 26–27; J. Giezek, „Zezwolenie”..., *op. cit.*; krytycznie Ł. Pohl, *Struktura..., op. cit.*, s. 178 i n., lokujący tę grupę zagadnień w modyfikacji hipotezy normy sankcjonującej.

typu. Wybór między tymi dwoma podstawowymi sposobami wprowadzenia korekty do zakresu bezprawności karnej jest do pewnego stopnia drugorzędny. Zależy w znacznej mierze od tego, czy uznamy, że do wprowadzenia z konkretnego typu (modyfikowanego przez zasady ogólne odpowiedzialności karnej, np. formy sprawcze) normy sankcjonowanej, potrzeba, ze względu na rodzaj dobra lub syntetyczny sposób typizacji, korekty już na tym poziomie⁴⁷, czy też zachodzi potrzeba skorzystania z instytucji sprawiedliwości korygującej, do których można zaliczyć typowe okoliczności wyłączające bezprawność, tzn. znoszące ujemność narażenia dobra na szkodę lub sprowadzenia skutku⁴⁸.

⁴⁷ P. K a r d a s, *Dozwolone...*, *op. cit.*, s. 7–28.

⁴⁸ Na względność tego zagadnienia w kontekście przyjęcia jednej z równoważnych koncepcji struktury przestępstwa wskazuje również J. G i e z e k, „Zezwolenie”..., *op. cit.*