

**Zapis dyskusji nt. „Charakter prawny kontratypu”
z dnia 9 lutego 2009 r. oraz 20 marca 2009 r.
na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ**

Opracował Witold Zontek

Pomimo kompleksowego (i kompletnego), jak by się *prima facie* wydawało, opracowania w polskiej nauce prawa karnego problematyki wyłączenia odpowiedzialności karnej, nieuprawnione (a z pewnością wielce przedwczesne) byłoby stwierdzenie, iż tematyka ta nie budzi już żadnych kontrowersji, więc jako taka nie stanowi ciekawego przedmiotu rozważań. Podlega ona bowiem ciągłej ewolucji i stanowi przedmiot żywego zainteresowania karnistów.

W związku z ukazaniem się w nr 10 z 2008 r. „Państwa i Prawa” artykułu prof. Tomasza Kaczmarka *O tzw. okolicznościach „wyluczających” bezprawność* oraz następnie w nr 11 z 2008 r. polemiki prof. Andrzeja Zolla *W sprawie kontratypów (Odpowiedź Panu prof. dr hab. Tomaszowi Kaczmarkowi)* podjęto decyzję o zorganizowaniu spotkania obu „adwersarzy” w celu skonfrontowania ich koncepcji oraz przeprowadzenia dyskusji na temat kontratypów i ich charakteru prawnego.

Z przyczyn organizacyjnych planowane spotkanie zostało podzielone na dwa oddzielne panele, które odbyły się odpowiednio 9 lutego oraz 20 marca 2009 r., podczas dedykowanych im zebrań naukowych Katedry Prawa Karnego UJ. W trakcie pierwszego z nich zaprezentowane zostały w sposób ogólny główne tezy prac obu autorów. Głos na zebraniu zabrali m.in. prof. dr hab. Andrzej Zoll, dr hab. Włodzimierz Wróbel prof. UJ, dr hab. Piotr Kardas prof. UJ, dr Michał Królikowski (UW), dr Agnieszka Barczak-Oplustil oraz doktoranci w Katedrze Prawa Karnego UJ.

W celu odpowiedniego przygotowania do dyskusji mającej się odbyć podczas drugiego panelu, na pierwszym spotkaniu zarysowane zostały kluczowe zagadnienia, które immanentnie powiązane są z prezentowaną tematyką. Wskazano na fundamentalną kwestię, a więc poglądy obu autorów

na sposób dekodowania normy sankcjonowanej. Czy ma się ono odbywać w oparciu o cały system prawny, czy też jedynie o normy danej dziedziny prawa? Zaznaczono problem niejasnych kryteriów odróżniających okoliczności tzw. wtórnie legalizujące czyn od tych „pierwotnie legalnych”. W jaki sposób ustawodawca, wskazując na pewne reguły postępowania z dobrem prawnym, dokonuje ważenia wartości i rozstrzyga tę kwestię już na poziomie zakresu normowania określonej normy? Czy istnieje dająca się wyodrębnić metoda wskazywania, że określona w ustawie okoliczność powinna jedynie „wtórnie legalizować” dane zachowanie? Na końcu postawiono problem faktycznego charakteru prawnego kontratypów, tj. czy z funkcji jakie pełni obecnie prawo karne, możliwe jest wyprowadzenie tezy jakoby kontratypy decydowały jedynie o braku karalności danego zachowania, bez rozstrzygania jego legalności na gruncie całego systemu prawa.

Na powyższe pytania starano się odpowiedzieć na obu spotkaniach, które wypełnione zostały niezwykle interesującymi wystąpieniami, często kontrowersyjnymi tezami, a także celnymi (i czasem ciętymi) ripostami dyskutantów. W drugim spotkaniu zabrali głos m.in. prof. dr hab. Tomasz Kaczmarek (Uniwersytet Wrocławski), prof. dr hab. Jacek Giezek (Uniwersytet Wrocławski), prof. dr hab. Andrzej Zoll, dr hab. Włodzimierz Wróbel prof. UJ, dr hab. Piotr Kardas prof. UJ, dr Agnieszka Barczak-Oplustil oraz doktoranci w Katedrze Prawa Karnego.

Zapis obu spotkań prezentujemy Czytelnikom poniżej.

Zebrań naukowe Katedry Prawa Karnego UJ w Krakowie, 9 luty 2009 r.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL¹: Panie Profesorze [do prof. A. Zolla], czy można prosić o przedstawienie poglądów polemisty, pod nieobecność prof. T. Kaczmarka?

ANDRZEJ ZOLL²: Przyznaję, że ze względu na brak prof. T. Kaczmarka sytuacja jest trudniejsza. Aczkolwiek pozwolę sobie zacząć dyskusję może od ostatniego zagadnienia – tj. czy kontratypy wyłączają karalność, czy bezprawność. Jest to jeden z ciekawszych problemów, gdyż w tej materii nasze poglądy ciągle się zmieniają, co oznacza, że chyba nie jest najgorzej. Ja mam od dłuższego czasu pewne wątpliwości, co do tego tematu. Szcze-

¹ Dr hab. Włodzimierz Wróbel, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

² Prof. dr hab. Andrzej Zoll, kierownik Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

gólnie wątpliwości te powracają po lekturze książki Władysława Woltera, dotyczącej okoliczności wyłączających przestępność, gdzie autor wskazuje wyraźnie, że kontratywy zawarte w Kodeksie karnym wyłączają jedynie karalność i nic nie mówią na temat bezprawności. Do refleksji nad tym zagadnieniem skłania mnie twierdzenie, stanowiące kanon mojej koncepcji, tzn. że prawo karne odpowiada na pytanie co jest karalne, a nie odpowiada natomiast na pytanie, co jest bezprawne. Zatem norma, która wyłącza przestępność na gruncie prawa karnego, powinna wyłączać karalność. Odpowiedzi na pytanie, czy czyn jest bezprawny, powinniśmy szukać w innych dziedzinach prawa. Uważam, że tutaj jest pole do dyskusji, szczególnie gdy w związku z przyjętą koncepcją norm sprzężonych, rozdzielamy normy sankcjonowane i sankcjonujące. Uważam, że warto o tym rozmawiać i pójść dalej w rozważaniach, które dotychczas pojawiły się w literaturze. Bardzo dobrze się stało, że prof. T. Kaczmarek wywołał dyskusję, a zasługa leży także po stronie prof. Jarosława Majewskiego, że zorganizował na ten temat Kolokwium Bielańskie.

Druga kwestia, to już początek mojej polemiki z prof. T. Kaczmarkiem, tj. kwestia ochrony dobra prawnego. To nie jest nowa teza, gdyż – tutaj Państwa zaskoczę – mój mistrz, prof. W. Wolter głosił taką koncepcję. Twierdził, że nieświadomość działania w obronie koniecznej pociąga za sobą konieczność przypisania usiłowania nieudolnego. Dzieje się tak dlatego, że dobro napastnika w obronie koniecznej przestało być już dobrem prawnym i nie można było na nim obiektywnie dokonać przestępstwa. Bardzo pasowało to W. Wolterowi, zwłaszcza gdy przyjmie się zasadę odwrotności błędu. Ale tak, jak było to pokazane we wprowadzeniu, skoro dobro nie jest już chronione, to czym uzasadniamy ograniczenia w sposobie obrony? Czym wytłumaczymy konieczność obrony? Jak uzasadnimy to, co jest w art. 2 EKPC, w którym wprowadza się subsydiarność (działanie konieczne i niezbędne dla obrony osoby)? One mają sens jeżeli dalej obowiązuje norma generalna nie zabijaj, a jedynie może nastąpić usprawiedliwienie jej naruszenia. Następuje ono jednak na innej płaszczyźnie i nie jest to ta sama korekta w zakresie regulowania normy sankcjonowanej.

Proszę Państwa, idźmy dalej w naszych rozważaniach. Czego dokonał prof. T. Kaczmarek w swoich rozważaniach? Dość krytycznie odniósł się do teorii negatywnych znamion, choć nie do końca, ale przesunął to, co mówiła ta teoria z poziomu normy sankcjonującej na poziom normy sankcjonowanej. Jednak z teorią negatywnych znamion jest bardzo duży kłopot. Odnoszę wrażenie, że mamy tutaj do czynienia z pewną sprzecznością logiczną. Teoria negatywnych znamion mówi, iż o typie może być mowa, gdy

są zrealizowane znamiona z części szczególnej i nie wystąpił kontratyp, ale prof. T. Kaczmarek dokłada do tego jeszcze znamiona kontratypu:

$$(A - B) + B$$

Tego tak się wyjaśnić nie da. Przecież o kontratypie można mówić jedynie wtedy, gdy zachowanie realizuje znamiona typu, gdyż dopiero wtedy sensowne jest sięganie po usprawiedliwienie. Wtedy idziemy dalej, zadając pytanie, co znaczy zrealizować znamiona typu? Co zaliczamy do jego znamion? Według mnie do tychże należy, obok elementów jakie można wyczytać z jego opisu w części szczególnej, uzupełnionych elementami z części ogólnej (np. strona podmiotowa), także dobro prawne. Aby norma sankcjonowana mogła być wprowadzona do systemu (nakaz lub zakaz), należy, zgodnie z Konstytucją, zweryfikować, czy wkroczenie w sferę praw i wolności jest uzasadnione. Zatem uznać należy, że dobro prawne musi być wpisane w znamiona, co oznacza, że jeżeli nie ma ataku na dobro, to nie są one zrealizowane.

Ciekawe jest prześledzenie ewolucji poglądów Hansa Welzla. Na temat, o którym wspominałem, ciągle zmienia on stanowisko w kolejnych wydaniach swojego podręcznika. Przechodzi od społecznej adekwatności zachowania, kontratypów i w końcu do reguł postępowania. Dla sprzeczności z normą u H. Welzla musi zostać naruszona reguła postępowania, gdyż jest pewien obszar społecznej tolerancji. Słynne jest jego stwierdzenie, że dobra prawne nie są eksponatami muzealnymi, lecz dlatego są chronione, gdyż właśnie uczestniczą w obrocie. Reguły te biorą się z naszego doświadczenia, wiedzy, aktów normatywnych. Z tego też względu stwierdzenie, czy naruszono te reguły, jest kluczowe dla ustalenia faktu naruszenia zakazu/nakazu. Jest jednak od tej reguły wyjątek – usiłowanie nieudolne, w którym nie mamy do czynienia w ogóle z naruszeniem reguł postępowania, albo nie ma ataku na dobro.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że by móc mówić o kontratypie, musi nastąpić atak na dobro i naruszona powinna być reguła postępowania z tym dobrem (w przeciwnym razie nie trzeba w ogóle używać konstrukcji kontratypu). Pokazuje to różnicę pomiędzy zachowaniami nieszkodliwymi społecznie a kontratypowymi. Te ostatnie są społecznie dodatnie, ale na zasadzie bilansu zysków i strat. Ale podkreślić wypada, że jest tutaj jednak strata (np. przy obronie koniecznej może pojawić się trup), zatem potrzebuje ona usprawiedliwienia.

Odnosząc się do wypowiedzi prof. T. Kaczmarka, będę się trochę czepiał słowa, gdyż mój adwersarz stwierdza, że tylko ustawa może uchylić bezprawność (nie może to być rola stanu faktycznego), a kilka wierszy

dalej, w swoim artykule, pisze o kontratypach pozaustawowych. Ja w mojej koncepcji nie potrzebuje w ogóle tej konstrukcji, gdyż według mnie brak jest wtedy typu. Podobnie prof. T. Kaczmarek dopuszcza bezprawność bez społecznej szkodliwości. Fakt, że społeczna szkodliwość powiązana jest z sytuacjami faktycznymi, a bezprawność – z systemem normatywnym, lecz obie te instytucje mogą mieć wspólne źródło. W przypadku braku naruszenia reguł postępowania dany czyn nie jest społecznie szkodliwy, a przy okazji, nie naruszając normy sankcjonowanej nie realizuje znamion typu, a więc nie jest też bezprawny. Dlatego nie do końca ma rację prof. T. Kaczmarek mówiąc, że może istnieć bezprawność bez społecznej szkodliwości.

Na koniec pragnę jeszcze raz podziękować prof. T. Kaczmarkowi, że sprowokował tę dyskusję, gdyż w końcu w prawie karnym znowu coś się dzieje. Dziękuję.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Dziękuję Panie Profesorze. Jednak w prezentacji znalazły się pytania, do których Pan się nie odniósł. Pewnie skomentuje je Pan w dalszej części dyskusji, bo one padły też w tych głosach, które zostały przygotowane na tę dyskusję. Zatem poproszę teraz te osoby o zaprezentowanie swoich głównych tez i pytań. Panie Marku [do mgr. Marka Bielskiego], proszę.

MAREK BIELSKI³: Będę mówił krótko, gdyż miałem okazję swoje poglądy przedstawić już wcześniej na zebraniu Katedry w tym roku. Moje stanowisko jest, co do zasady, zgodne z tym, co prof. A. Zoll już wiele lat temu napisał, lecz dostrzegam konieczność przewartościowania tego w jednym, zasadniczym punkcie. Uważam, że w prawie karnym nie ma żadnych okoliczności, które by tę bezprawność wyłączały. Na podstawie analizy normatywnej obrona stanowiska Pana Profesora jest niemożliwa. Chodzi w szczególności o twierdzenie, jakoby istniały dwie normy, jedna sankcjonowana, a druga naruszenie tej pierwszej usprawiedliwiająca. Gdybyśmy jednak operowali pojęciami: bezprawność i wyłączenie zakazu karnego, to to, co Pan Profesor mówi, byłoby uzasadnione.

Bardzo zainteresował mnie także ten zarzut wobec prof. T. Kaczmarka, dotyczący teorii negatywnych znamion, gdyż uważam, że można go postawić tak samo Panu Profesorowi. Jeżeli traktować normę sankcjonowaną jako swoiste *prius* normy sankcjonującej, to mówiąc o wyłączeniu bezprawności, nigdy nie będziemy mieli do czynienia z typem. Jeżeli kontratyp, to właśnie coś przeciwnego typowi, to stanowisko wolterowskie jest nie

³ Mgr Marek Bielski, asystent na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

do obrony. O ile mogę w ten sposób powiedzieć, uważam, że gdyby prof. W. Wolter żył i posługiwał się analizą normatywną, to doszedłby do wniosku, że kontratypy wyłączają karalność.

ANDRZEJ ZOLL: Czy można *ad vocem*? Tak chyba łatwiej będzie prowadzić dyskusję.

Ja się w dużej części zgadzam z wypowiedzią Pana Marka Bielskiego, podobało mi się także to rozróżnienie pomiędzy płaszczyzną abstrakcyjno-generalną a konkretną. Pan ma rację i prof. T. Kaczmarek też w jednym miejscu swojego artykułu ma rację, a zapomniałem o tym powiedzieć. Chodzi o to wyłączenie bezprawności. Nieporozumienie bierze się z tego, że jest to skrót myślowy. Mówiąc o wyłączeniu, mamy na myśli zamknięcie drogi do ustalania bezprawności w ogóle, a nie jej ustalania i następczego wyłączania. W przypadku kontratypu nie ma typu, gdyż w ogóle zachowanie nie było bezprawne. Proszę spojrzeć na art. 1 k.k. – nie ma tam mowy o bezprawności, tylko o typie. Chodzi mi o to, że aby mieć możliwość rozważania kontratypu, należy mieć pewność, że naruszono normę sankcjonowaną.

MAREK BIELSKI: Ale to nie jest rozumienie wolterowskie.

ANDRZEJ ZOLL: Proszę Pana, nauczyłem się od W. Woltera tego, że bardzo często nas podpuszczał, byśmy go krytykowali. Tylko proszę pamiętać, że W. Wolter był przez długi czas zwolennikiem teorii negatywnych znamion.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: W naszej dyskusji natrafiłszy na moment, w którym brakuje nam chyba osoby, która byłaby wciąż przekonana, że kontratypy wyłączają bezprawność. Wydaje mi się, że w takim razie doszliśmy do wniosku, że jedyne czego jesteśmy pewni, to że działanie w ramach kontratypu jest niekaralne, a nie legalne. Zatem jedynie prof. T. Kaczmarek broniłby stanowiska o wyłączaniu przez nie bezprawności.

ANDRZEJ ZOLL: Nie. Ja tylko stwierdziłem, że jest to kwestia otwarta.

AGNIESZKA BARCZAK-OPLUSTIL⁴: Ja mam w takim razie pytanie do Marka [Bielskiego], gdyż nie uważam, że wrzucanie wszelkich okoliczności wyłączających przestępność do jednego worka jest poprawne. Co w przypadku działania w ramach uprawnień i obowiązków?

MAREK BIELSKI: To już jest inna kwestia, jak odróżnić zachowania pierwotnie legalne od tych wyłączających karalność. Przyznaję, że nie

⁴ Dr Agnieszka Barczak-Oplustil, adiunkt na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

odnosiłem się do tego. Wszystko zależy od tego, na jakiej płaszczyźnie będziemy szukali rozstrzygnięcia. Jeżeli stwierdzimy, że nie mogą być one niezgodne z prawem, to działanie w ramach uprawnień i obowiązków nie może być traktowane jako naruszenie normy. Różnią się one jednak od tych stanów faktycznych, w których dopiero patrząc na sytuację konkretno-indywidualną jesteśmy w stanie wskazać na preferowane dobro. Tylko ja wychodzę z podobnych założeń jak prof. A. Zoll, tj. uznaję zarówno formalne, jak i wartościujące ujęcie bezprawności. Przecież brak ataku na dobro, to jest tak naprawdę pewne wartościowanie. Jeżeli przyjęlibyśmy jedynie to ujęcie formalne, to mielibyśmy problem z wyjaśnieniem społeczeństwu, dlaczego lekarz, który nacina tkanekę podczas operacji, nie realizuje znamion typu.

Uważam, że o zachowaniach kontratypowych (przy rozumieniu ich jako okoliczności wyłączających karalność) można mówić, gdy kolizja dóbr będzie rozstrzygana na poziomie indywidualno-konkretnym. W podobnych stanach faktycznych, raz będziemy dawali prymat jednemu dobru, a innym razem drugiemu (raz pozwolimy na poświęcenie wazy z dynastii Ming, a innym razem samochodu, w zależności od proporcji wartości).

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Prosiłbym zatem Pana Michała Kućkę o przedstawienie tego problemu w kontekście art. 21 k.k. – czy jest to kontratyp, czy coś innego.

MICHAŁ KUĆKA⁵: Zajmowałem się ostatnio wyrokiem TK, który zawęził normę wynikającą z art. 213 k.k. Powstaje pytanie, czy w art. 213 § 2 k.k. mamy do czynienia z kontratypem, czy też może z negatywnymi znamionami typu? Co do art. 213 § 1 k.k. prof. A. Zoll zajął stanowisko, że zawiera on negatywne znamiona typu, gdyż w części szczególnej można takie znamiona spotkać. Natomiast zarzut znieślawiający z § 2 badać należy z punktu widzenia prawdy i fałszu, a także ze względu na interes społeczny. Jak rozróżnić kontratyp od negatywnego znamienia?

Analizując ten problem wraz ze współautorką artykułu na ten temat, doszliśmy do wniosku, że § 2 zawiera negatywne znamię. Ma to duże znaczenie dla postępowania dowodowego, gdyż sąd zobligowany jest badać zaistnienie bądź niezastnienie tego znamienia. Podobnie ma się to przy błędzie, gdzie w przypadku błędu co do znamion typu odpada storna podmiotowa (umyślność), a w przypadku błędu co do znamion kontratypu – wina. Na końcu istotne jest ustalenie momentu ważenia dóbr. Czy przypadkiem ustawodawca w art. 213 § 2 k.k. nie zrobił tego wcześniej, na

⁵ Mgr Michał Kućka, doktorant na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, Katedra Prawa Cywilnego.

poziomie generalno-abstrakcyjnym? Gdy jedynym kryterium miała by być prawda, pewnie bardziej pasuje koncepcja negatywnych znamion, a jeżeli interes społeczny, to kontratyp.

Jeśli uznać, że ustawodawca przesądził wcześniej, wyciągając niejako przed nawias, które dobro jest zawsze ważniejsze, to do czynienia mamy z negatywnym znamieniem, co wskazuje, przy jego wystąpieniu, na działanie legalne. Chodzi o sytuację, w której wyrażam mój sąd o kimś, a jest on zgodny z prawdą i uzasadniony interesem społecznym – wówczas nie naruszam reguł postępowania.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Panie Profesorze [do prof. A. Zolla], poprosimy o komentarz.

ANDRZEJ ZOLL: Poruszył Pan bardzo interesujący temat, szczególnie w kontekście ostatnich dwóch orzeczeń TK, dotyczących art. 213 k.k. Sam napisałem na ten temat artykuł do Księgi pamiątkowej trzech pań profesor z Zakładu Kryminologii, w którym musiałem dokonać kilku rewizji, gdyż orzeczenie TK kompletnie burzy dotychczasowy pogląd o charakterze art. 213 k.k. Przecież TK wyciągnął z niego 4 typy czynu.

Nie jestem jednak pewny, czy da się iść w tę stronę, w którą Państwo idziecie, tj. uznać § 2 za negatywne znamię typu. To ja się pytam, czemu przy obronie koniecznej nie jest to tak samo *in abstracto* wyważone?

GŁOS Z SALI: Ależ jest!

ANDRZEJ ZOLL: No właśnie, też tak uważam. Każdy kontratyp ustawowy jest tak określony. Ale nie do przyjęcia są Państwa tezy [do Michała Kućki i Katarzyny Pałki], bowiem każdy błąd (według tej teorii), nawet zawiniony, wyłącza odpowiedzialność za publiczne pomówienie. A to jest chyba za daleko idące. Zatem by nie czynić z prawa karnego fikcji, należy skreślić w ogóle art. 212 k.k. Uważam, że rozwiązanie z art. 29 k.k., gdzie jedynie usprawiedliwiony błąd ma znaczenie, jest znacznie lepszym rozwiązaniem. A jeżeli ustawodawca nie zdecydowałby się na usunięcie tego przepisu, to chociaż powinien wprowadzić kontratyp prawdziwości zarzutu.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Ale pozostaje pytanie, jak odróżnić § 1 od § 2?

ANDRZEJ ZOLL: Pewne wskazówki daje nam sam ustawodawca. W § 1 jest napisane „nie ma przestępstwa”, a w § 2 „nie popełnia przestępstwa”. Tam gdzie jest mowa o kontratypach jest zawsze „nie popełnia przestępstwa”.

Ale też chciałbym się odnieść do tego, co mówił Pan Marek [Bielski]. Jak odróżnić zabiegi lekarskie, czy też ryzyko dnia codziennego (zacho-

wania pierwotnie legalne) od kontratypów? Wszak ww. zaliczane są przez znaczną część doktryny do kontratypów? Nie bez kozery przy kontratypach mowa jest o regule i wyjątku. Przecież statystycznie jest to trudno ustalić. Chociażby analizując art. 189 k.k. (pozbawienie wolności), jest oczywiste, że 99,9% przypadków pozbawienia wolności to pozbawienie wolności orzeczone legalnymi wyrokami sądów. Dlatego to powinno być także kontratypem, gdyż zaatakowana zostaje wolność i sąd musi uzasadnić dlaczego.

AGNIESZKA BARCZAK-OPLUSTIL: Ale to w takim razie z czego dekodujemy normę sankcjonowaną – z ustaw karnych, czy też z całego systemu?

ANDRZEJ ZOLL: Ja stoję na stanowisku o monistycznym charakterze bezprawności, lecz już zakaz nie musi być w całym porządku prawnym ten sam. Norma sankcjonowana musi być wyprowadzona z całego porządku prawnego, natomiast bezprawność nie. Zachowanie może naruszać normę sankcjonowaną i nie być bezprawne, gdyż wystąpił kontratyp.

MAREK BIELSKI: No tak, ale tak jak już wcześniej mówiliśmy, taki pogląd byłby do obrony, gdyby operować pojęciem zakazu karnego i bezprawności jako odrębnymi strukturami. Bezprawne jest to zachowanie, które jest sprzeczne z normą sankcjonowaną, która została uadekwatniona w oparciu o cały system prawny.

ANDRZEJ ZOLL: Ale zrobił Pan w tym momencie to, co teoria negatywnych znamion. Dla mnie bezprawność jest wtedy, gdy zachowanie jest sprzeczne z normą sankcjonowaną i nie wystąpi kontratyp. A dla Pana wtedy, kiedy z całego systemu nie da się wyinterpretować zezwolenia i ograniczyć zakresu normy sankcjonowanej.

PIOTR KARDAS⁶: Prosiłbym jeszcze o wyjaśnienie jednej kwestii, gdyż chciałbym abyśmy się wszyscy dobrze zrozumieli. Pan Profesor twierdzi, że norma jest wyinterpretowywana z dowolnego przepisu wyrażonego w porządku prawnym. Zatem bezprawność jest dla Pana Profesora sprzecznością z tak zdekodowaną normą sankcjonowaną oraz brakiem okoliczności kontratypowych. Z tego wynika, że kontratypy musimy zaliczyć do płaszczyzny bezprawności, a nie karalności. Gdyż nie do obrony jest stanowisko, że brak kontratypu przesądza o bezprawności, a sam kontratyp należy do sfery karalności.

ANDRZEJ ZOLL: Na początku stwierdziłem, że jestem otwarty na dyskusję o charakterze kontratypu. Jeżeli uznamy, że jest to okoliczność

⁶ Dr hab. Piotr Kardas, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

wyłaczająca karalność, wtedy będę musiał zweryfikować swoje poglądy na bezprawność.

MAREK BIELSKI: Chciałbym jeszcze na chwilę wrócić do zarzutu Pana Profesora, jakoby przyjmuję teorię negatywnych znamion. Według mnie korekta normy następuje na poziomie generalno-abstrakcyjnym. Natomiast kontratyp wkracza w sferę normy sankcjonującej, czyli karalności (tak jak np. czynny żal).

ANDRZEJ ZOLL: W takim ujęciu jest Pan konsekwentny. Wtedy faktycznie mówimy o różnych płaszczyznach.

MIKOŁAJ IWĄŃSKI⁷: Skoro wyjaśniliśmy sobie już te różnice, to mam pytanie do Pana Marka Bielskiego. Czy godzi się Pan na konsekwencje swoich teorii? Chodzi np. o przypadek obrony koniecznej, w której broniący się działałby bezprawnie i napastnik mógłby się bronić?

MAREK BIELSKI: Zaznaczyłem tę kontrowersję na końcu mojego tekstu. Nie jestem jednak pewny, czy obrona konieczna nie ma charakteru takiego, jak to określił prof. T. Kaczmarek, tj. ustawodawca przesądził *in abstracto*, które dobra należy poświęcić. Ale jestem przekonany, że stan wyższej konieczności jest kontratypem, gdyż można rozstrzygać konflikty dóbr jedynie na płaszczyźnie indywidualno-konkretnej.

PIOTR ZAKRZEWSKI⁸: Zabrałem w tej dyskusji pisemny głos. Wydaje mi się, że należy uporządkować terminologię. Po lekturze literatury przedmiotu, widzę konieczność rozróżnienia bezprawności podmiotowej i przedmiotowej. W dawnym prawie, każde naruszenie przedmiotowe dobra innej osoby (niezależnie czy umyślnie, czy nieumyślnie), spotykało się z reakcją rodu. Ale kiedy państwo zaczęło przejmować rolę stróża, wtedy powstał konstrukt typu, czyli zachowania karalnego.

Ponadto należy wyróżnić jeszcze bezprawność materialną (wartościującą) i formalną (opis znamion typu). Według mnie nie da się wyłączyć w drodze kontratypu tej bezprawności podmiotowej, czyli karalności, lecz bezprawność, gdyż odnosić je trzeba do pewnych wartości, czyli tego wazenia dóbr.

Kolejną moją sugestią było przeprowadzenie podziału na czyny legalne i nielegalne. Wtedy zabiegi lekarskie i działania policjantów byłyby zaliczane do tej pierwszej grupy. Kontratypy, ze względu na podobny opis, też można by tam umiejscowić.

⁷ Mgr Mikołaj Iwański, doktorant na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

⁸ Mgr Piotr Zakrzewski, doktorant na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

MIKOŁAJ IWAŃSKI: Chciałbym zadać prof. A. Zollowi pytanie na temat kontratypów pozaustawowych. Pan Profesor w jednym ze swoich artykułów stwierdził, że jest to konstrukcja niekonstytucyjna, powodująca wkroczenie władzy sądowniczej w kompetencje władzy ustawodawczej. Lepsza w tym przypadku byłaby koncepcja braku naruszenia reguł postępowania. Dlatego chciałbym się zapytać o rozumienie reguł postępowania z dobrem prawnym, przy dobrach mających charakter abstrakcyjny, a nie fizyczny. W przypadku zdrowia czy mienia reguły wyrażają nauki przyrodnicze, lecz w przypadku dóbr w postaci obrotu gospodarczego, sprawności funkcjonowania instytucji publicznych metody działania formułują nauki społeczne, niekonstruujące prawideł przyczynowości. W tym drugim przypadku nasza wiedza zdaje się być czysto intuicyjna. W tych przypadkach sędzia także jest narażony na zarzut arbitralności, identyczny jak gdyby posługiwał się koncepcją kontratypów pozaustawowych.

ANDRZEJ ZOLL: Proszę Państwa, jestem zwolennikiem zakazu konstruowania kontratypów pozaustawowych od czasu wprowadzenia Konstytucji z 1997 r. Przy kontratypach pozaustawowych sędzia stwierdza, że naruszono normę sankcjonowaną, zrealizowano znamiona typu czynu oraz nie ma w ustawie żadnej normy zezwalającej, ale stwierdza, że jednak czyn ten powinien zostać usprawiedliwiony. Co więcej, próbuje uogólnić daną sytuację, która miałaby zawsze korygować normę sankcjonowaną. Jest to klasyczne wkroczenie przez sąd w rolę ustawodawcy. Jednak obecnie taki sędzia na podstawie art. 193 Konstytucji, może zapytać TK, czy pominięcie danej sytuacji jako kontrotypu nie jest przypadkiem niezgodne z ustawą zasadniczą.

Odnosząc się do drugiej części pytania, w niemieckiej literaturze pisze się dużo o pewnym szwindlu, który ma na celu obejście zasad gwarancyjnych prawa karnego, poprzez penalizację naruszeń właśnie takich dóbr abstrakcyjnych. Dlatego może lepiej, że w każdym przypadku żądamy wskazania konkretnych dóbr jakie dany typ ma chronić. Bardzo mnie ucieszyło, kiedy przeczytałem w jednej z prac doktorantów, że rozdział XXI k.k. dotyczy dóbr takich jak zdrowie i życie, a nie jakiegoś abstrakcyjnego bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Uważam, że tak można postąpić w wielu wypadkach i nie operować jakimiś abstrakcyjnymi przedmiotami ochrony. Ale są sytuacje, w których nie można w ten sposób uszczegółwić dóbr prawnych chronionych w przepisie, tak więc w niemieckiej literaturze proponuje się stworzenie prawa karnego „rzeczywistego” i prawa karnego administracyjnego dla tych abstrakcyjnych dóbr. Ale ucieczka od problemu nie jest jego rozwiązaniem.

Biorąc za przykład sztukę lekarską czy też ekonomię, zauważamy od razu, że mamy przecież wiele szkół. Razi mnie sytuacja, gdy sędzia w sprawie z przestępczości gospodarczej dostaje opinie od biegłego, która ma oparcie w którejś szkole ekonomii, i wyraża w niej pogląd, że dana decyzja zarządu była niekorzystna. Jednak inna szkoła mówi, że tego typu transakcje są bardzo optymalne. Jak ocenić chociażby obecną postawę premiera Tuska, który nie zarządził wrzucania ogromnych ilości pieniędzy do gospodarki. Jeden powie, że to skandal, a drugi że bardzo racjonalne działanie. Zatem postuluję wprowadzenie zasady, że jeżeli mamy w danym momencie jedną, uznaną przez większość szkołę, to nie można stwierdzić, że działania zgodnie z jej naukami są naruszeniem reguł.

GŁOS Z SALI: A jeżeli nie ma szkoły i reguł?

ANDRZEJ ZOLL: Zastanawialiśmy się nad taką sytuacją z prof. W. Wróblem, gdy był jeszcze studentem. Sąd apelacyjny zadaje pytanie SN, a właściwie precyzuje problem – czy zgodnie z przyjętą wykładnią to jest przestępstwo czy nie. Co wtedy powinien zrobić SN? Uniewinnić na podstawie art. 30 k.k. i stworzyć regułę.

MAREK BIELSKI: Ale wtedy musielibyśmy uniewinniać ok. 75% kierowców w przypadkach wypadków komunikacyjnych. Przecież trudno tam odnaleźć reguły, szczególnie w bardzo skomplikowanych stanach faktycznych.

ANDRZEJ ZOLL: Ale znajdzie Pan ogólne reguły dotyczące ograniczonego zaufania czy też prowadzenia pojazdu tak, by móc nad nim panować.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Panie Doktorze [do Michała Królikowskiego].

MICHAŁ KRÓLIKOWSKI⁹: Właściwie towarzyszy mi poczucie ulgi, że Państwo też nie zgadzacie się ze sobą. Szczególnie z punktu widzenia Warszawy, gdzie coraz częściej studenci po obejrzeniu *on-line* wykładu prof. A. Zolla proszą mnie o ustosunkowanie się do tego.

Zrobiłem sobie listę rozstrzygnięć, jakie musiałem poczynić, kiedy tutaj jechałem, by móc wziąć udział w dyskusji. Tych rozstrzygnięć, związanych z językiem dogmatycznym, jaki dziś się tu stosuje, jest 7. Każde z nich jest właściwie odrębnym rozdziałem dotyczącym tego, co rozumieć należy pod pojęciem bezprawności itp. W związku z liczbą tych założeń (relacyjne, wartościujące, podmiotowe, przedmiotowe ujęcie itd.) nie jestem pewny,

⁹ Dr Michał Królikowski, adiunkt na Uniwersytecie Warszawskim, Instytut Prawa Karnego, dyrektor Biura Analiz Sejmowych.

czy wnioski te mogą być uniwersalne. Na ile one są wiążące wszędzie, a na ile jest to konwencja, której można przedstawić drugą konwencję (tak jak to czyni prof. T. Kaczmarek). Nie jest wtedy kwestią, która jest lepsza, ale która lepiej pełni swoje funkcje. Nasuwa się także kilka innych refleksji, podczas próby zrozumienia szkoły krakowskiej oraz tego, o czym tutaj się dziś dyskutuje.

Po pierwsze zastanawiam się, czy rzeczywiście kontratypan jest oparty na kolizji dóbr? Nie chodzi mi tutaj o monistyczne bądź pluralistyczne rozróżnienie podstaw kontratypanów, lecz o to, czy przypadkiem to sam typan nie jest już oparty na kolizji. Nie mam na myśli kolizji dóbr, ale norm, które w systemie prawnym wiążą ustawodawcę, w tym dworkinowskim ujęciu. Kryminalizację należy rozumieć w kontekście kolizji nakazu i respektowania kilku wartości będących w tle. Wtedy będziemy mieli rozstrzygnięcie co do typizacji i kontrtypizacji, w indywidualnym przypadku, gdy rozstrzygnięcie będzie musiało być inne niż to ogólne.

Niestety, ta intuicja nie daje się dokładnie wyrazić w tej wielowarstwowej strukturze przestępstwa, mającej także charakter analityczny (poza merytorycznym). Konstrukcja przestępstwa w pewnych przypadkach pozwoli zobaczyć niektóre rzeczy lepiej, ale czasem będzie razić sztucznością, jak chociażby w przypadku usiłowania nieudolnego.

Ostatnimi czasy towarzyszy mi wątpliwość, czy taka konstrukcja jest potrzebna. Gdyby od strony teoretycznej przyjrzeć się paradygmatom prawa karnego, które przyjmujemy (świadomie bądź mniej świadomie) kiedy mówimy o szkołach dogmatycznych, to ja takich paradygmatów naliczyłem 3 – zasada subsydiarności prawa karnego, zasada ochrony dóbr prawnych oraz zasada wykładni otwartej na interes pokrzywdzonego. Wszystkie te zasady w pewien sposób przenikają dogmatyczne debaty. Ja rozumiem tę wielowarstwową strukturę przestępstwa prof. A. Zolla, gdzie mówi się o zakazie karnym, karalności i kontratypanie jako swoistym aneksie do wcześniejszych rozstrzygnięć systemu. Kładzie to nacisk na zasadę subsydiarności, odbierając prawu karnemu możliwość samodzielnego określania tego, co zakazane. Jednak w części przypadków, gdzie wskazany paradygmat nie ma zastosowania, przyjęcie wielowarstwowej struktury fałszuje to, o co w terminologii prawa karnego miałyby chodzić. Zbigniew Jędrzejewski w swojej wielostronicowej habilitacji wyraża pogląd podobny (choć nie jest to tak oczywiste), wskazując, że przedstawiciele szkół prawa karnego w Niemczech, dostrzegają potrzebę zlewania niektórych warstw, tworząc warstwy pośrednie. Dzieje się tak, gdyż autorzy ci w pewnych sytuacjach nie potrafili wytłumaczyć rzeczywistości prawnej bazując na tych precyzyj-

nych podziałach. W związku z tym, że nie wychowałem się w Krakowie, mam pewien problem ze zrozumieniem języka dogmatycznego.

Kolejna kwestia, która mnie zastanawia, to do jakiego momentu ten model analizy normatywnej jest potrzebny.

ANDRZEJ ZOLL: Jeżeli można taki mały komentarz do tego, co Pan Doktor powiedział... Bardzo ciekawie przedstawił Pan zagadnienie tych trzech paradygmatów. Przeciwstawił Pan zasadę subsydiarności zasadzie ochronnej. Ale według mnie, między nimi nie występuje stosunek rozłączności, one się bardzo przenikają. To jest proszę Państwa także sprawa pokolenia, i mówię to z pełną powagą. Byłem wychowany w czasach, w których tutaj, w Katedrze kierowanej przez prof. W. Woltera, widzieliśmy w dogmatyce szansę na walkę z nadużyciami w stosowaniu prawa karnego. Akcentowaliśmy funkcję gwarancyjną i w tym dostrzegaliśmy wartość. To wszystko szło właśnie w kierunku prawa karnego jako *ultima ratio*.

Dziś te sprawy wyglądają odmiennie, państwo prawa nie może zrezygnować z funkcji gwarancyjnej prawa, gdyż wtedy przestałoby być demokratycznym państwem prawa. Bardzo raziło mnie to po transformacji ustrojowej, gdy nowa władza uważała, że nie potrzebuje już ograniczeń, gdyż teraz oni będą tymi „dobrymi”. Ale to nie może być tak – prawo musi krępować każdą władzę. Zgadzam się jednak, że obecnie zbyt mało mówi się o pokrzywdzonym, należałoby się bliżej przyjrzeć chociażby sprawiedliwości naprawczej. Może powinniśmy więcej o tym mówić, lecz nie chciałbym zrezygnować z dogmatyki.

EWA PLEBANEK¹⁰: Pozwoliłam sobie Państwu przesłać fragment mojego doktoratu, który został w jednej recenzji podsumowany jako twórcze rozwinięcie niektórych kluczowych myśli prof. A. Zolla.

Wiele mówi się tu dziś na tematy związane z regułami ostrożności oraz o tym, dlaczego lepiej uciec do nich niż do kontratypów pozaustawowych. Jednak, będąc idealistką, uważam, że da się bardziej precyzyjnie określić, sięgając jednak do wiedzy biegłych. Tu zgadzam się z prof. A. Zollem, że lepiej w tę stronę, niż pozwalać sumieniu sędziego być takim małym TK.

Ale mam też pytanie do prof. A. Zolla. Jaka według Pana Profesora jest społeczna treść kontratypów i okoliczności wyłączających winę? Czy działanie w ramach kontratypu może być społecznie szkodliwie w stopniu znikomym?

ANDRZEJ ZOLL: Co do społecznej treści kontratypu... Widzę kon-

¹⁰ Dr Ewa Plebanek, adiunkt w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Katedra Postępowania Karnego.

tratyp jako pewną kolizję wartości, które są dobrami prawnymi, lecz jedna z nich musi zostać poświęcona. Widzę różnicę pomiędzy tymi sytuacjami a brakiem kolizji przy braku społecznej szkodliwości czynu. Byli tacy, a reprezentantem tej grupy jest prof. T. Kaczmarek, którzy zaliczali znikomą społeczną szkodliwość lub jej brak do kontratypów. Bliżej analizując kolizję, poszczególne czyny są społecznie szkodliwe, lecz bilans jest dodatni.

Natomiast w przypadku społecznej szkodliwości (kiedy nie ma konfliktu dóbr), musimy ustalić bezprawność. Dlatego też do struktury przestępstwa wprowadziłem karygodność. Jednak w przypadku przekroczenia granic kontratypu powstaje pytanie, czy pomimo tego, że poświęcono dobro wyższej wartości, bilans może nie być uznany za szkodliwy? Wolałbym jednak unikać twierdzeń, że np. zabicie człowieka w obronie koniecznej jest społecznie szkodliwe w stopniu znikomym. Preferuję następujące rozwiązanie: dlatego są art. 25 § 3 i 26 § 2 k.k., żeby nie uciekać do art. 1 § 2 k.k. Przepisy te przewidują rozwiązanie szczególne, ale inne niż brak społecznej szkodliwości.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Panie Adamie [do A. Wojtaszczyka].

ADAM WOJTASZCZYK¹¹: Chciałbym wrócić do kwestii braku reguł postępowania. Jeżeli wyobrazilibyśmy sobie sytuację, w której funkcjonuje jakieś urządzenie i coś się stało, powstaje pytanie, czy można przypisać odpowiedzialność karną osobom odpowiedzialnym? Jak w takim razie uczciwie można zarzucić osobie działanie przestępcze, jeżeli nie naruszono żadnych reguł?

A druga sprawa, to problem, co począć gdy mamy kilka szkół. Gdybyśmy sądzili premiera Tuska, to sąd narażałby się na śmieszność decydując czy Maynard Keynes, czy Friedrich von Hayek miał rację. Sąd ma zbadać, czy było to rozsądne i sensowne.

A po trzecie, odnosząc się do wypowiedzi Marka [Bielskiego], dotyczącej skomplikowanych stanów faktycznych przy przestępstwach komunikacyjnych, uważam, że jeżeli są ogólne reguły i sprawca dochował im wierności, a w jakimś nieistotnym detalu nastąpiła kumulacja zdarzeń i wypadek, to powinniśmy taką osobę uniewinnić.

MIKOŁAJ IWAŃSKI: Chciałbym trochę pociągnąć wątek reguł postępowania z dobrami, które nie są „przyrodniczymi” obiektami. Czy w przypadku dóbr opisywanych przez nauki społeczne, sędzia nie jest trochę oddawany na pastwę biegłych?

¹¹ Mgr Adam Wojtaszczyk, doktorant na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

ANDRZEJ ZOLL: Kiedy sędzia karny ma przed sobą dwie sprzeczne opinie, to może przecież uniewinnić na zasadzie *in dubio pro reo*.

PIOTR KARDAS: Panie Mikołaju [do M. Iwańskiego], ale nasza wiedza opiera się na pewnych statystycznie ujętych przebiegach sytuacyjnych. Nie ma tak naprawdę wiedzy pewnej. Różnicy pomiędzy naukami ekonomicznymi a innymi nie ma.

Ale jeszcze jedno. Od dłuższego czasu zastanawiam się nad tym, co powiedział dr M. Królikowski. Szczególnie, że zastanawiam się, czy nie podjąć z Panem małej polemiki, głównie co do tez zawartych w tekście o kontekstowej dogmatyce. Podobnie jak Pan, mam pewien problem ze zrozumieniem niektórych formuł, które prezentowane są na tej sali. Aczkolwiek wydawało mi się, że posiadam zdolności lingwistyczne pozwalające komunikować się z innymi, a analizą dogmatyczną zajmuje się od dłuższego czasu. Zgadzam się z Panem, że taka klasyczna formuła dogmatyczna oparta jest na pewnych konwencjach lingwistycznych. W zależności, którą wybierzemy, tak wydaje się nam, że prowadzimy dyskurs.

Gdyby jednak zadać sobie to radykalne pytanie, które odczytałem z pańskiej wypowiedzi, a mianowicie: czy to w ogóle ma sens, czy też lepiej patrzeć w perspektywie utylitarno-amerykańskiej (niekoniecznie przyjmując optykę Ronalda Dworkina), to wydaje mi się, że jakiś sens ma. W istocie patrzymy na prawo karne w dwóch różnych perspektywach. Jeżeli patrzymy na to, co mówili Ronald Dworkin, John Rawls czy ktokolwiek inny, to mamy do czynienia z procesem stanowienia pewnych norm, które dają władzy publicznej uprawnienie do ingerencji w prawa i wolności obywateli. W tym obszarze (tj. pytań o podstawę karania) dogmatyka nie jest w stanie udzielić sensownej odpowiedzi, gdyż my (dogmatycy) przychodzimy na pewien gotowy, usprawiedliwiony z pewnej filozoficznej perspektywy system. Jeżeli ten system jednak istnieje, to potrzebujemy pomocy przy rozstrzygnięciu jednostkowych przypadków. Te przypadki moglibyśmy rozstrzygać odwołując się do jakiejś jednej ogólnej idei (np. sprawiedliwości retributywnej), albo potrzebujemy zbudować sobie pewien model (oczywiście konwencyjny), który będzie nam dawał dyrektywy techniczne, jak postępować w danym przypadku. Dla mnie właśnie dogmatyka prawa karnego jest próbą tworzenia takich dyrektyw. Stanie się jednak zbyt dysfunkcyjna, jeżeli powędruje za daleko w zabawy językowe. Jeśli zachowa się zdrowe proporcje, to staje się ona instrumentem użytecznym, który może wykorzystywać każdy, kto próbuje rozwiązywać konkretne problemy.

Na końcu odnoszę się do wypowiedzi prof. A. Zolla. To nie zawsze tak było, że Kraków i Warszawa ze sobą konkurowały. Nie jest też prawdą,

że W. Wolter stał się w późnych latach 40-tych [ubiegłego wieku] takim „harddogmatykiem” i poczuł potrzebę analiz, by przeciwstawić się pewnemu intuicyjnemu bezprawiu, które działo się wokół niego. Ja postrzegam W. Woltera jako *par excellance* dogmatyka, a pięknie to widać podczas jego sporów z Juliuszem Makarewiczem, który akurat takim dogmatykiem nie był. Gdyby przenieść charakter sporu tych dwóch uczonych na zaprezentowane przez dr. M. Królikowskiego dylematy, to można powiedzieć tak: przyjmując perspektywę R. Dworkina można mieć bardzo dobry instrument do tworzenia systemu i budowania prawa karnego w oparciu o sensowne uzasadnienie jako pewnej regulacji generalno-abstrakcyjnej. Ale jeżeli potrzeba by było rozwiązać konkretny przypadek, należałoby sięgnąć po kogoś, kto byłby dzisiejszym odpowiednikiem W. Woltera, który wskazałby jak odczytać konkretne problemy.

Kwestia rozstrzygnięcia, czy kontratyphu wyłączają bezprawność, karalność lub może są jakimiś amorficznymi konstrukcjami jurydycznymi, które nie dają się zaklasyfikować, ma bardzo praktyczny aspekt. Dlatego warto o nim dyskutować, jednak z zastrzeżeniem spełnienia pewnego założenia, a mianowicie, że osoby zajmujące się stosowaniem prawa przyjmują choć w wąskim zakresie te same konwencje, zarówno do sposobu konstrukcji, jak i ich odczytania. Póki tak się dzieje, nie ma jeszcze niebezpieczeństwa różnic między Krakowem a jakimkolwiek miejscem w Polsce, gdyż rozstrzygnięcia w jednostkowych przypadkach będą budowane na tych samych regulach.

MAREK BIELSKI: Chciałbym jeszcze nawiązać do wypowiedzi dr. M. Królikowskiego. Ciekaw jestem, szczególnie po lekturze tekstów anglosaskich, jak oni by rozwiązali te problemy, o których dziś mówimy. Np. co w przypadku, gdy lekarz utnie prawą, a nie lewą nogę, albo w ogóle to nie będzie lekarz, tylko sadysta itp.

MICHAŁ KRÓLIKOWSKI: Dostrzegam wartość dogmatyki jako narzędzia porządkującego rozumowanie. Chociażby sąd apelacyjny bierze orzeczenie sądu niższej instancji i potrafi je zweryfikować. Ale na tym wartość dogmatyki (ta podstawowa) się kończy. Odejście od dogmatyki oczywiście tworzy obawy większej swobody w kreowaniu podstaw odpowiedzialności oraz stosowania pewnych konstrukcji analogicznych. Nie bez powodu, na pytanie dotyczące braku reguł postępowania odpowiedziałem, że należy sięgnąć po analogię do innych reguł. Trochę to jest pytanie o to, jak zobiektywizowany wzorzec normatywny poradziłby sobie w takiej sytuacji. Intuicyjnie rozwiązanie to zgodne będzie ze sprawiedliwością materialną. Zdaję sobie sprawę, że osłabia to funkcję gwarancyjną prawa

karnego, lecz należy sobie uzmysłwić, że stworzenie generalnej teorii na temat stanu prawnego jest możliwe do pewnego momentu. Im więcej źródeł prawa i bardziej skomplikowany system prawny, tym trudniej takie ogólne rozwiązania tworzyć. Jest taka zasada anglosaska, którą można wysłowić jako: *sailing close to the wind* lub *thin ice principle*. Wtedy osoba w tak skomplikowanym systemie prawnym może wkroczyć w sferę bezprawności i bronić się następnie błędem co do prawa. Wydaje mi się, że tutaj Zbigniew Jędrzejewski ma trochę racji, mówiąc, że powinniśmy być otwarci na mieszane konstrukcje w dogmatyce, tj. podwójną rolę zamiaru, znamiona podmiotowe bezprawności itp. Zatem elastyczność w stosowaniu konstrukcji dogmatycznych jest nam potrzebna.

ADAM WOJTASZCZYK: Problem z zasadą stąpania po cienkim lodzie jest tylko taki, że nie daje ona odpowiedzi sądowi, co tak naprawdę jest tym obszarem bezprawności. Wchodząc na obszar *terra incognita*, zupełnie nic nie wiemy. Należy wtedy uniewinnić.

MICHAŁ KRÓLIKOWSKI: Chyba że możliwość stworzenia reguły była dostępna.

WITOLD ZONTEK¹²: Przysłuchując się tym argumentom, które padły dzisiaj, dostrzegam pewną atrakcyjność koncepcji prof. T. Kaczmarka, jako próby przedstawienia rzeczywistości prawnej w bardzo poukładany i kompleksowy sposób. Prawo karne odpowiedziało nam na wszystkie pytania. Ale prof. T. Kaczmarek nie rozstrzygnął kwestii różnic regulacji kontratypów w kodeksie cywilnym i karnym. Mam wrażenie, że ten temat będzie dalej pomijany i bagatelizowany.

Dla obywatela istotniejsze będzie, czy i w jakim zakresie odpowie. A na to chyba należy spojrzeć z perspektywy funkcji i celów nie tyle danej normy, ale całej gałęzi. W przypadku, np. działania na szkodę spółki, może się okazać, że sąd karny nie przypisze skutku, a sąd cywilny uzna, że jak najbardziej jest to adekwatny związek przyczynowy i zasądzi odszkodowanie. Sąd cywilny w przypadku stanu wyższej konieczności wskaże, w jakim zakresie osoba odpowiada, a reszta, tj. status nadany zachowaniu przez inne dziedziny, jest nieistotna.

MAREK BIELSKI: Ale nie wyobrażam sobie sytuacji, w której jednostka dostawałaby na temat swojej odpowiedzialności sprzeczne sygnały.

MICHAŁ KRÓLIKOWSKI: Pragnę tutaj przytoczyć historię jednego z orzeczeń TK, dotyczącego oszustwa z Kodeksu karnego skarbowego.

¹² Mgr Witold Zontek, doktorant na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

Pomimo że kobieta wybrała najkorzystniejszą z trzech interpretacji wydawanych przez izby skarbowe, to i tak została skazana, gdyż sąd przyjął inną niż ona wykładnię. To taki klasyczny przykład *thin ice principle*.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Ja na koniec chciałbym podjąć się podsumowania dotychczasowych argumentów.

Po pierwsze musimy zastanowić się nad paradygmatem interpretacyjnym tych zagadnień, o których mówiliśmy. To nie jest spór o słowa czy skróty językowe, ale o to, jaki będzie zakres dowodzenia przed sądem, jakie orzeczenie zapadnie w kontekście zasady *in dubio pro reo*, w jakim zakresie możemy stosować konstrukcję błędu oraz jak wyklądać charakter kontratypów w związku z pewnym przyporządkowaniem ich w kodeksie. Nie możemy ignorować tego, gdyż należy mieć na uwadze, że w Kodeksie karnym nie ma okoliczności wyłączających karalność w odniesieniu do kontratypów. Biorąc pod uwagę kształt normatywny art. 17 k.p.k., art. 29 k.k. (błąd co do okoliczności wyłączającej winę i bezprawność) itp.

Ten paradygmat wskaże nam, jak bardzo dokładnie mamy próbować wyodrębnić kryteria oceny, albo powiemy tak jak prof. Paul Roberts – poczekamy na orzeczenie sądu w konkretnym przypadku. Ważne jest, by podkreślić, że paradygmat interpretacyjny prawa karnego zmienił się od chwili skomplikowania źródeł prawa i sądy zaczynają interpretować przepisy inaczej niż my do tego się przyzwyczailiśmy. Wykładnia kreatywna rozwija się bujnie i odstępstwa od wykładni literalnej są coraz częstsze.

Jest kilka problemów, które należy jeszcze analizować – np. stronę podmiotową kontratypów, która jest konieczna dla wyłączenia karalności i do tego elementu struktury przestępstwa doskonale pasuje. Przyjmując pogląd o monistycznym ujęciu bezprawności, należy zdecydować, czy coś jest sprzeczne, czy zgodne z porządkiem prawnym. A może jest jednak tak, że podstawa naszych roszczeń prawnokarnych nie musi nic oznaczać w innych dziedzinach, pełniących swoje własne funkcje. Może też zasada pewności prawa nie dotyczy pewności rozstrzygnięcia rodzaju odpowiedzialności.

Podobnie problematyczne jest uznanie, czy rozstrzygnięcie na gruncie prawa karnego może legalizować zachowanie w całym porządku prawnym. Kwestia ta jest widoczna przy uadekwatnianiu normy prawnej przez reguły postępowania z dobrem prawnym.

Zachęcam więc do pisemnych stanowisk w tej materii, które będą opublikowane w „Czasopiśmie Prawa Karnego i Nauk Penalnych”.

ANDRZEJ ZOLL: Bardzo też dziękuję za głosy w dyskusji. Jest to, widać, temat otwarty.

**Zebranie naukowe Katedry Prawa Karnego UJ w Krakowie,
20 marzec 2009 r.**

ANDRZEJ ZOLL: Proszę Państwa, bardzo długo czekaliśmy na przyjazd prof. T. Kaczmarka. Pana Profesora w Krakowie nie trzeba przedstawiać, jest tutaj powszechnie znany, ceniony i lubiany. Ostatnio mieliśmy możliwość przeanalizować trochę Jego tezy, pod nieobecność autora, a dziś będzie możliwość rewanżu. Witam także bardzo serdecznie prof. Jacka Giezka z Uniwersytetu Wrocławskiego, również bardzo znanego autora, szczególnie publikacji o tematyce związanej z obiektywnym przypisaniem skutku, zbiegami i nieumyślnością. Przyjazd obu panów jest wyrazem naszej współpracy, którą kontynuować będzie, mam nadzieję, młode pokolenie.

Poproszę teraz prof. W. Wróbla o krótkie przedstawienie tez z ostatniego zebrania.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Bardzo krótko postaram się przedstawić to, o czym dyskutowaliśmy poprzednio.

Teza pierwsza, co do której się zgodziliśmy: norma zezwalająca ustanowiona w systemie prawa, poza prawem karnym, z pewnością legalizuje to zachowanie także na gruncie prawa karnego.

Druga teza: prawo karne, w mniejszym lub większym stopniu ustala też normy zakazu i nakazu.

Teza trzecia: z pewnością istnieją w prawie karnym takie regulacje, które uchylają odpowiedzialność karną, pomimo realizacji przez czyn znamion typu czynu zabronionego. Dlaczego uchylają tę odpowiedzialność, jest sporne. Wokół tego ostatnio prowadziliśmy naszą dyskusję. Część głosów opowiedziała się za tym, by to, co powszechnie nazywamy kontratypami, wyłączało jedynie karalność.

A teraz punkty sporne czy też pytania, które w dalszym ciągu pozostają bez jednoznacznej odpowiedzi.

Po pierwsze: czy kontratypy legalizują zachowanie w całym systemie prawnym, czy tylko prowadzi to do niemożliwości przyjęcia bezprawności jako przesłanki odpowiedzialności karnej? Jakie w takim razie są powody pojawienia się w regulacji karnej tej grupy okoliczności?

Po drugie: co oznacza w takim razie ocena – czyn bezprawny? Jak rozumieć znamię „bezprawny zamach” w art. 25 k.k.? Czy definicja bezprawności, tak jak my ją konstruujemy na gruncie prawa karnego (z elementem materialnym), może być odniesiona do całego systemu jako pojęcie uniwersalne?

Kolejnym kontrowersyjnym punktem była kwestia, jak odróżnić tę

materialną definicję od społecznej szkodliwości czynu. Jeżeli zatem są w Kodeksie karnym takie okoliczności, które wyłączają karalność, bo odpada przesłanka bezprawności, to jak je wyróżnić w systemie prawnym. Tutaj pojawiają się różne stanowiska. Niektórzy stali na stanowisku, że można je oprzeć na generalnie ujętym konflikcie dóbr, inni, że można je odnosić jedynie *ad casu*. W przypadku tych drugich, decydowałaby jedynie technika legislacyjna.

Pozostaje jeszcze kwestia rozstrzygnięcia, jak kontrotypy mają się do teorii norm. Czy mają one znaczenie w kontekście ewentualnego ograniczenia zakresu zastosowania normy, czy też związane są ze znamionami typu (sposobem ich napisania)? Do rozstrzygnięcia pozostaje także mocno kontrowersyjne zagadnienie, w jaki sposób miałyby wyglądać to ograniczenie zakazu. Chodzi o to, czy kontratyp ogranicza ochronę dobra w całym systemie, czy tylko w ramach prawa karnego?

Na końcu dotknęliśmy jeszcze problemu, jak ujmować w ramach tego, co mówimy o kontratypach, kwestie ich strony podmiotowej.

ANDRZEJ ZOLL: Dziękuję bardzo. Proszę prof. T. Kaczmarka o zabranie głosu.

TOMASZ KACZMAREK¹³: Dziękuję bardzo prof. A. Zollowi za zaproszenie do Krakowa, do Katedry, którą od lat bardzo sobie cenię. Dziękuję także za usprawiedliwienie mojej nieobecności. Zdaję sobie też sprawę, że przychodzę tutaj mocno spóźniony. Kiedy ta cała dyskusja zaczynała się 150 lat temu, nie byliśmy obecni, ale pewnie gdyby dane nam było tam wtedy uczestniczyć w dyskusjach, pewnie utkalibyśmy tę materię inaczej. Dzięki uprzejmości prof. W. Wróbla, odsłuchiwałem i czytałem kilkakrotnie te nagrania i transkrypty. Jednakże zaznaczam, że nie przyjechałem tutaj rozstrzygnąć problem, a bardziej by pytać i prowokować.

Tak się składa, że zajmując się teorią prawa karnego, to my się właściwie wyłącznie żywimy kontrowersjami i wątpliwościami, a odczuwamy udrękę, gdy mówić mamy o rzeczach oczywistych. Chciałbym odnieść się pokrótce do dwóch kwestii. A mianowicie do ujęcia kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność, gdyż trochę się z tym podejściem oswoiłem po lekturze prac mgr. M. Bielskiego, którego zawsze czytam z wielką przyjemnością oraz prof. Łukasza Pohla. Jedyne co łączy moje poglądy z tymi koncepcjami, to fakt pewny, że na gruncie Kodeksu karnego, za zachowania podjęte w ramach obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności nie moż-

¹³ Prof. dr hab. Tomasz Kaczmarek, Uniwersytet Wrocławski, Katedra Prawa Karnego Materialnego.

na przypisać odpowiedzialności karnej. Od tego jednak momentu różnimy się całkowicie.

W dyskusji nad charakterem prawnym kontratypu, by problem przedstawić nie w sposób topiczny, lecz systemowy, należy zapytać, które z elementów konstytutywnych przestępstwa wyłączają te okoliczności. Proponuję podczas dzisiejszego spotkania posługiwać się nie pojęciem kontratypu, lecz – nie rozstrzygając – bardzo neutralną nazwą: dozwoleń. W tym miejscu możemy przedstawić już 3 koncepcje: zanegowany kontratyp jako znamię typu czyn zabronionego (jeżeli kontratyp występuje, to nie realizujemy znamion), zanegowanie bezprawności lub też karalności.

Osobiście szukałbym rozwiązań w tych teoriach, które nawiązują do ogólnej teorii prawa, a szczególnie do struktur normatywnych (czy to do struktury normy sankcjonowanej, czy też do normy sankcjonującej). To rozwiązanie mi się podoba, gdyż otwiera dogmatyków na teorię i sprzyja integracyjnemu sposobowi myślenia. Ale niestety to szukanie rozwiązań w teorii wywołuje od razu sporne kwestie, gdyż okazuje się, że konkretna koncepcja normy nie jest nawet wśród teoretyków pewna i powszechnie uznana. Jednak podejście do problemu przez pryzmat teorii prawa zawsze budzi respekt. Próba usytuowania kontratypów, czy to w normie sankcjonowanej, czy też sankcjonującej – budzi ten respekt. Pan prof. A. Zoll mówił, że nasz system prawny konstruuje zakazy, nakazy i zezwolenia. Jednak gdy zaczniemy mówić o normie zezwalającej, to oburzeni będą teoretycy mówiąc, że to nie żadna norma, a jedynie wypowiedź o normie. Swoją kamyk dorzuca ci z Poznania, którzy powiedzą, że to wszystko to zawracanie głowy, bo to, co chcemy wyrazić przez normy zezwalające, da się opisać zakazem/nakazem, pod warunkiem, że perfekcyjnie ustalimy ich zakres. Ale należy się zastanowić, jak się mają do siebie wypowiedzi zezwalające (nie chcę tutaj przesądzać czy to normy, czy nie) do norm sankcjonowanych i sankcjonujących.

Na pierwszy rzut oka wydaje się, że nie wpływają na zakres norm sankcjonowanych, gdyż zdają się mieć samodzielną strukturę. Rozumiem, że taką koncepcję przyjmują prof. A. Zoll i mgr M. Bielski. Przyjmujecie, że z punktu widzenia normy sankcjonowanej, zabójstwo w obronie koniecznej i dla pieniędzy to to samo. Zatem zabójstwo w obronie koniecznej nie dość, że realizuje znamiona, to jeszcze jest bezprawne? Dodatkowo można wnioskować, że ujemna treść czynu jest także negatywnie pojmowana od strony materialnej, tj. karygodności. Tak więc owo zezwolenie ma znaczenie na płaszczyźnie normy sankcjonującej, gdyż wyłącza karalność. Tak ja zrozumiałem tę koncepcję. Przy tego typu założeniach, koncepcja Magistra

Bielskiego ma swoją logikę i jest jak najbardziej sensowna, ale z punktu widzenia tylko tego założenia.

Jednak takie wyobrażenie charakteru kontratypu burzy we mnie wszystko. Konsekwentnie musiałbym przyjąć, że zabójstwo dla pieniędzy – analizując to na bardzo prostym poziomie – nie różni się niczym od zabójstwa w obronie koniecznej. Dla mnie jest to nie do przyjęcia, ponieważ burzy pewne wyobrażenie o obronie koniecznej – burzy pewien społeczny i aksjologiczny porządek. Przecież aksjologiczny sens obrony, to odparcie bezprawia. A teraz miałbym przyjąć, że realizując moje podmiotowe prawo do obrony działam bezprawnie, a co więcej karygodnie?! Zrównuję zatem sytuację napastnika i napadniętego. Tak naprawdę wymagalibyśmy przy tym ujęciu więcej od broniącego się niż od napastnika. Przecież zamach musi być jedynie bezpośredni, bezprawny i rzeczywisty. A ten, który się broni, musi być punktualny (żeby pod żadnym pozorem nie podjął za wcześnie tej obrony), musi miarkować sposób obrony (wymagamy dodatkowo racjonalności i uwagi), musi dobrać zatem proporcjonalne do ataku i wartości dobra chronionego środki obrony. A przecież zapominamy, że sam atak jest dynamiczny i nie sposób z taką precyzją wszystkiego przewidzieć. Czyli teraz dowiadujemy się, że na bezprawie odpowiadamy bezprawiem i, co gorsza, godzimy w prawem chronione dobro napastnika. No to jest dla mnie chore! Życie i zdrowie napastnika jest dobrem wartym wiele dla niego, jego rodziców czy koleżanek. Jest też dobrem społecznym, ale jak czytamy z podręcznika prof. A. Zolla – nie wszystkie dobra są całkowicie chronione. No bo przecież, gdybyśmy wszystko chronili totalnie, to sparaliżowalibyśmy życie. Ale to przecież teza oczywista. Pamiętajmy, że prawo nie tworzy dóbr, ale je zastaje i co najwyżej pyta się, jak je chronić. Jak można mówić, że życie i zdrowie napastnika jest chronione, kiedy w pewnych, określonych w kontratypach, sytuacjach prawo pozwala mi je uszkodzić? Jak to wyjaśnić?

Wprawdzie mógłbym odwołać się do klasyka i twierdzić, że regulacje dotyczące kontratypów są ogólne, a ochrona dobra aktualizuje się na poziomie konkretnym, ale przecież szczegółowe nie może istnieć bez ogólnego. Uznając fakt, że prawo chroni życie napastnika, należałoby równocześnie stwierdzić, a nie jest to chyba możliwe bez obrazy zdrowego rozsądku, że kat wykonujący karę śmierci chroni życie delikwenta. Życie i zdrowie napastnika są wartością społeczną, lecz w pewnych sytuacjach prawo wycofuje się z ich ochrony.

Z tych powyżej zarysowanych względów aksjologicznych i społecznych bałbym się zrównywać obronę z zamachem z perspektywy normy sankcyj-

nowanej. Ponadto mówiąc, iż obrona jest bezprawna – narusza się pewien dogmatyczny porządek rzeczy. Przecież wtedy na bezprawną obronę konieczną służy mi dalej obrona. W takiej sytuacji teoria norm sprzężonych doznaje pewnego ograniczenia. Bowiem norma sankcjonowana zakazuje naruszać dobro prawne jakim jest życie, pod groźbą kary, natomiast norma sankcjonująca nakazuje wymierzyć karę tylko za niektóre naruszenia. Ten związek pomiędzy normami zostałby bardzo rozluźniony. Uważam, że dopiero brak zagrożenia karą powoduje, że nie możemy mówić o przestępstwie (kiedy dekompletowana jest jego struktura). Okoliczności, gdy nie wymierza się kary (np. czynny żal), to inna kategoria.

Kiedy czytałem polemikę prof. A. Zolla nadesłaną do „Państwa i Prawa”, bardzo ucieszyłem się, gdy dostrzegłem w przypisie takie oto stwierdzenie: „ma oczywiście rację Kaczmarek, że mylnie jest twierdzenie że kontratywu uchylają bezprawność, gdyż czyn jest od samego początku prawny”. Następnie jednak czytam w samym tekście, że zachowanie broniące się jest pierwotnie bezprawne...

ANDRZEJ ZOLL: Chyba pierwotnie prawne?!

TOMASZ KACZMAREK: No nie, to przecież cała Twoja koncepcja! O tej wtórności. Czyn bezprawny zostaje dopiero wtórnie zalegalizowany, z uwagi na okoliczności, które go usprawiedliwiają. Przepraszam, ale usprawiedliwiona czy nie – bezprawność pozostaje bezprawnością. To tak jak błąd – usprawiedliwiony czy nie jest błędem. Usprawiedliwienie niczego mi nie może wyłączyć! Czy zatem w takim razie nie prościej byłoby powiedzieć, że dozwoleń zmienia zakres normowania normy sankcjonowanej? Nie jestem w tym myśleniu osamotniony, gdyż wkraczam na poletko Panów: Włodzimierza Wróbla, Mateusza Rodzynkiewicza i Wojciecha Patryasa, którzy tak właśnie twierdzą.

Kiedy jednak prezentuję tę teorię, to od razu spotykam się z zarzutem, że nie jest to nic innego jak teoria negatywnych znamion. No i co z tego?! Dlaczego nie wolno być zwolennikiem tej teorii? Że jest ona *passe*, nieprzyzwoita i nierozumnie jest się na nią powoływać? Teraz jestem przekonany, że w tej teorii leży rozwiązanie. Kiedyś wskazywałem, że ma ona pewne zalety, szczególnie umożliwia połączenie reguły i wyjątku. Teoria ta była wszakże słuszną repliką na belingowską strukturę przestępstwa. Ernst Beling widział strukturę w ten sposób, że mamy istotę czynu, piętro bezprawności i winę. Twierdził, że na poziomie konstruowania ustawowej określoności typu czynu dokonujemy operacji całkowicie wolnych od jakiegokolwiek wartościowania. Można powiedzieć, że opisujemy przyrodę, nie martwiąc się na tym pięttrze, jakie mogą być tego konsekwencje. To

skorygujemy na płaszczyźnie bezprawności. Zatem na poziomie opisu czynu mogę ustanowić, że: „Kto prowadzi konie do wodopoju podlega karze”. Zabezpieczenie konsekwencji takiego zakazu chowam sobie na pięterko bezprawności. Przecież to jakaś bzdura! Ja tworząc opis zakazu już na wstępie mam na uwadze tylko te zachowania, które są negatywne i szkodliwe.

Druga teza. Jeżeli dozwolenia istnieją samoistnie, to by móc twierdzić, że one usprawiedliwiają, muszę wprawdzie wiedzieć co jest zakazane. Logicznie to wszystko gra, ale niestety przeczy rzeczywistości. Byliśmy przecież razem w Komisji Kodyfikacyjnej [do prof. A. Zolla]. Wtedy nie negocjowaliśmy zakazów i nakazów, ale zaczęliśmy od części ogólnej. Są przecież protokoły Komisji spisywane przez młodziutkiego W. Wróbla.

[śmiej na sali]

Wtedy zaczęliśmy mówić o art. 1 k.k. – co jest, a co nie jest przestępstwem.

Patrząc bliżej na koncepcję wtórnego wyłączania, to ma ona sens, gdybyśmy wprawdzie tworzyli opisy zachowań bez jakiegokolwiek wartościowania. Ale w procesie tworzenia i stosowania prawa postępujemy dokładnie odwrotnie. Stąd nie widzę potrzeby rozróżniania wtórnego i pierwotnego legalizowania.

Drugi zarzut jaki jest mi stawiany... Moi adwersarze głoszą, że Kaczmarek, uważając, że zachowanie kontratypowe jest od początku legalne, zaciera różnice między zabiciem komara (czy też koguta) i człowieka. Przecież to jest absurd, że ja zacieram różnicę – tzn. komu zacieram, to zacieram. Ja dostrzegam tak kategoryczną różnicę, że mi nawet na myśl nie przychodzi, żeby porównywać zabójstwo komara i koguta z zabójstwem w obronie koniecznej. Nie udał się bowiem ten przykład H. Welzlowi. Problem zabitego koguta i komara to jest problem H. Welzla i prof. A. Zolla. Pozwolę sobie teraz zacytować H. Welzla z 11 wydania jego podręcznika (s. 529): „Za absurd należy uznać możliwość kwalifikowania jako zgodnego z istotą czynu (*Tatbestandsmässigkeit*) zabójstwa nieprzyjaciela na wojnie. Wszystkie akty państwowego wykonywania prawa i jego stosowania, nie realizują w ogóle znamion np. zabójstwa czy pozbawienia wolności”.

Proszę Państwa, to tutaj ujawnia się w całej sile problem ze znalezieniem kryteriów odróżniania zachowań pierwotnie i wtórnie legalnych. Na Boga, jeżeli H. Welzel mówi, że zabójstwo napastnika na wojnie jest pierwotnie legalne, to dlaczego zabójstwo napastnika w obronie koniecznej takie by być nie miało? To stwierdzenie H. Welzla otwiera drogę do negatywnych znamion. Proszę zwrócić uwagę jeszcze na dodatkową rzecz. Przecież obok tych zachowań pierwotnie legalnych jest cała masa zachowań kompletnie

nieregulowanych przez prawo. Niech za przykład służy tutaj zabicie tego koguta, jedzenie kromki chleba, spożywanie kolacji itp. Ja tutaj nie widzę różnicy w kontekście np. uprawnień policji. Dla mnie to się nie zacierą. Problem z tym może mieć jedynie prof. H. Welzel.

Trudności przy teorii wtórnej legalizacji powoduje brak transparentnego kryterium, które oddzielałoby jedno od drugiego. Na Bielańskich Kollokwiach Karnistycznych u prof. Jarosława Majewskiego wykazano już na wszystkie sposoby, że te kryteria są płynne. Jarosław Majewski powiedział wtedy, że dobrze, że mamy prof. A. Zolla, bo do niego zadzwonimy i wtedy się dowiemy, jak jest. Ale ja bym wolał, żeby robił to sędzia. Dziękuję.

ANDRZEJ ZOLL: Dziękuję bardzo. Prof. T. Kaczmarek wyczerpał swoim referatem trzy seminaria, bo trwało to 3 razy 20 minut. Po wysłuchaniu tego, muszę powiedzieć, że zgadzam się z jednym ważnym stwierdzeniem, a mianowicie, że od czasów Komisji Kodyfikacyjnej W. Wróbel się postarzał...

[donośny śmiech na sali]

Prócz tego, z innymi tezami się nie zgadzam. Musimy chwilę ochłonąć i nie podejmiemy polemiki od razu, lecz poproszę prof. J. Giezka o zabranie głosu.

JACEK GIEZEK¹⁴: Dziękuję. Jak prof. A. Zoll już powiedział, prof. T. Kaczmarek wyczerpał nie tylko te 45 minut dla gości, ale i więcej; dlatego ja pozwolę sobie mówić krócej. Głównie z tego powodu, że właściwie przyjechałem tutaj jako kierowca prof. T. Kaczmarka...

[śmiech na sali]

Po drugie, pozwoliłem sobie przekazać prof. P. Kardasowi swój tekst, który, jak się dowiedziałem, został już Państwu udostępniony. To nie jest oczywiście naruszenie praw autorskich, jestem bardzo wdzięczny za to rozesłanie, gdyż pozwoli mi to mówić krócej. Profesor W. Wróbel na początku przedstawił to, co Państwo na poprzednim spotkaniu uznali za niewątpliwe. Ja niestety jestem w gorszej pozycji, gdyż nie mam pewności co do czegośkolwiek.

Wynika to już po części z tytułu mojej pracy, którą mieliście Państwo sposobność przeczytać. Ja mam wątpliwość, czy to, co nazywamy kontratypami, taką nazwę powinno nosić. Dlatego w tytule sygnalizuję, że idzie mi o zezwolenie na naruszenie dobra prawnego. To zezwolenie można traktować w kategoriach negatywnego znamienia typu, można określać je

¹⁴ Dr hab. Jacek Giezek, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, Katedra Prawa Karnego Materialnego.

jako okoliczność kontratypową lub traktować jako okoliczność wyłączającą karalność. W tym ostatnim przypadku nazwa kontratyp byłaby najbardziej chybiona (jeżeli zezwolenie miałoby się znajdować w strukturze normy sankcjonującej). Uważam, że dałbym się przekonać do każdego z wyżej zarysowanych rozwiązań, pod warunkiem przyjęcia odmiennych założeń. My, teoretycy, jeszcze długie lata będziemy się zastanawiać jak to jest, ale praktyk potrzebowałby konkretnej odpowiedzi.

Pisząc ten tekst, chyba pierwszy raz zdarzyło mi się w wypowiedzi pisemnej nie zgodzić z prof. A. Zollem. Chodzi tu o rozstrzygnięcie podziału na wtórną i pierwotną legalność. Jeżeli optowano by za wyeliminowaniem tego podziału, stwierdziwszy, że trzeba będzie wejść w obszar teorii negatywnych znamion, to jestem gotów to przyjąć. Niech mi ktoś przedstawi argumenty, że teoria znamion negatywnych jest do kosza. Argumentacja prof. A. Zolla, która w literaturze przez długie lata wskazywała na odcinanie się od tej teorii, nie zawiera argumentacji nieodpartej, która zmuszałaby nas od odrzucenia teorii.

Ale jeszcze chwilkę o wtórnej i pierwotnej legalności. Gdyby poddać argumentację w stosunku do określonych instytucji prawa drobiazgowej analizie, pewnie doszlibyśmy do wniosku, że można mówić o legalności I, II, III itp. stopnia.

W tej kategorii, zawierającej tego nieszczęsnego komara, znajdują się pewnie jeszcze inne najprostsze czynności dnia codziennego, które nie powodują ani naruszenie, ani nawet abstrakcyjnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo. Zresztą do głowy by nam nie przyszło analizowanie niebezpieczeństwa wyjścia na spacer. Uznajemy je za pierwotnie legalne, choć nie wiem czy w ogóle istnieje potrzeba takiego nazewnictwa, bo przecież taki spacerowicz zdziwiłby się, że my w ogóle próbujemy te zachowania kwalifikować w kontekście legalne czy nielegalne.

Wyobraźmy teraz sobie zachowania naruszające i narażające dobra prawne, lecz w sposób wynikający z obowiązujących w obrocie prawnym reguł postępowania. Też pewnie powiemy, że są legalne, ale czy tak samo jak te z poprzedniej grupy? Czy przeprowadzenie operacji przez chirurga, która pomimo zachowania obowiązujących w medycynie reguł, kończy się niepowiedzeniem, należy traktować tak jak zjedzenie kanapki?

Kolejnym przykładem może być sytuacja, gdy lekarz zmuszony okolicznościami przeprowadza skomplikowany zabieg leczniczy z użyciem niewysterylizowanego narzędzia. Pojawia się kolejny odcień legalności.

Wydaje się więc, że to stopniowanie legalności do niczego tak naprawdę nie jest potrzebne. Może lepiej zdecydować się na tę dychotomię: legal-

ne–nielegalne. Ale wtedy przechodzimy do tego, co prof. A. Zoll chyba najbardziej konsekwentnie w doktrynie odrzuca, tj. do teorii znamion negatywnych. Powstaje od razu pytanie, dlaczego ta teoria miałaby się nadawać do kosza. Pozwolę sobie skorzystać z tablicy.

Wpierw nawiąże do argumentu prof. A. Zolla związanego z logiką norm, do którego zresztą w swojej książce sprzed 2 lat nawiązywał prof. Łukasz Pohl, dzieląc pogląd, że on teorię negatywnych znamion całkowicie rozkłada. Profesor A. Zoll ubiera typ i kontrakt w następujący schemat:

Typ:

A–B

Kontrakt (tak jak to przed laty prof. W. Wolter stawiał)

A i B

Kontrakt jednak nie mógłby istnieć bez typu, traciłby wtedy całkowicie rację bytu. Tak więc zaproponowano schemat:

(A–B) i B

Ja mam kilka wątpliwości z takim prezentowaniem tego problemu. Schematy te można uznać za poprawne, ale wtedy, gdy odrzuca się teorię znamion negatywnych. Nie mogą zostać odniesione do kontraktów w przypadku jej przyjęcia, a więc nie mogą być także używane do jej krytykowania. Gdybym był zwolennikiem teorii negatywnych znamion (a według Zbigniewa Jędrzejewskiego nim jestem, nad czym zacząłem się ostatnio zastanawiać), to zanegowałbym konieczność tworzenia dwu odrębnych schematów do typu i kontraktu.

Sięgnąć trzeba na chwilę do historii. Pojęcie kontraktu wprowadził prof. W. Wolter w 1947 r. Pięknie się to przez lata przyjęło. Jednak kiedy w połowie lat 60. [ubiegłego wieku] zaczął się skłaniać ku teorii znamion negatywnych, nie bez wahania stwierdził, że mógłby przyjmując tę teorię wycofać się ze swoich poglądów z 1947 r., ale tego nie uczynił. Przez to naraził się na frontalny atak, gdyż jego schematy nie przystawały do teorii negatywnych znamion. Z perspektywy konsekwentnego zwolennika znamion negatywnych należałoby uznać, że jeden schemat wystarczy, skoro kontrakt jest niczym innym jak zanegowaniem znamienia typu.

Zatem pozwolę sobie wskazać na pewien schemat. Niech A to będą znamiona pozytywne (w dużym skrócie, gdyż typy zawierają też znamiona z negacją). Podzielę je jeszcze na 4 dalsze podgrupy:

A1 – zachowanie będące naruszeniem reguł postępowania z dobrem prawnym;

A2 – negatywny skutek w postaci naruszenia bądź narażenia dobra prawnego;

A3 – związek przyczynowy (obiektywne przypisanie) pozwalający połączyć A1 z A2;

Z – niech to będzie owo zezwolenie.

Zatem schemat typu wyglądać będzie w następujący sposób

A1 i A2 i A3 i Z

Ale w sumie dlaczego tylko Z miałoby być kontratypem? Przecież A3 też niweczy możliwość mówienia o typie. Dlatego uważam za nieprzekonywujący argument prof. A. Zolla, o którym mowa wcześniej.

Ale druga kwestia, także bardzo istotna, która wystawiła prof. W. Woltera na krytykę, której chyba się poddał, to pewna wątpliwość, czy powinno być dogmatem, że kontratyp nie może istnieć bez typu. Zapewne stanowi to aksjomat dla przeciwników teorii znamion negatywnych. Dla zwolenników już chyba nie. To tak, jakbyśmy powiedzieli, że zachowanie naruszające reguły ostrożności nie ma sensu w oderwaniu od całej reszty znamion. Przecież zaatakowany może się tak pięknie obronić, że nie dojdzie do realizacji znamion żadnego typu. Mówi się, że z punktu widzenia prawa karnego nas to nie interesuje. A niby dlaczego?

Pozwolę sobie przytoczyć przykład podany już w moim tekście. Wyobraźmy sobie, że kierowca jadący z nadmierną prędkością, naruszając reguły, powoduje wypadek. Zapewne powiemy *prima facie*, że zrealizował znamiona z art. 177 k.k. Lecz w procesie karnym pojawia się biegły i stwierdza, że nie jest w stanie z całą pewnością stwierdzić, jaki byłby przebieg przyczynowy, gdyby kierowca zachowywał reguły ostrożności. Ale pojawia się nam ów element Z, a więc rodząca żona na tylnym fotelu samochodu. Wioząc ją do szpitala naruszył reguły ruchu w stanie wyższej konieczności. Tak więc, czy zanim nie ustalimy A3, to fakt działania w stanie wyższej konieczności powinniśmy kompletnie ignorować? A po co biedzić się z tym biegłym, jak rozwiązanie problemu mamy przed sobą? Przyjmując kontratyp wskazujemy, że nie interesuje nas tu jednak, czy w ogóle znamiona typu zostały zrealizowane. Co obala nam dogmat o braku samodzielności kontratypu.

Ostatnia moja uwaga dotycząca teorii norm sprzężonych... Ja jestem w stanie dać się przekonać do wszystkiego, lecz jeżeli chodzi o usytuowanie tego zezwolenia (kontratypu), to tak naprawdę musi ono wynikać z przyjętych założeń, a nie być punktem wyjścia do ich konstruowania. Nie może być tak, że oznajmiamy rezultat, bez uwzględnienia przyczyn. Dziękuję. W dalszej dyskusji jestem do dyspozycji, choć mam wiele wątpliwości i nie upieram się przy swoich racjach. Co więcej, nie wiem nawet, czy chcę mieć rację w tej materii.

ANDRZEJ ZOLL: Dziękuję. Chciałbym teraz przez chwilę odnieść się do tego, co tak pięknie, zresztą jak zawsze, przedstawił nam prof. T. Kaczmarek. Mam kilka zasadniczych pytań do Pana Profesora.

Zacznę od kwestii wartości życia jako dobra prawnego, gdyż do tego się Pan odnosił. Czy w przypadku ataku wartość życia ulega zmniejszeniu? Czy mamy tu do czynienia z życiem wartym ochrony i jej niewartym? Jeżeli tak, to nas to prowadzi do bardzo niebezpiecznych wniosków. Uważam, że każde życie ma prawo do bycia chronionym. Lecz istnieją sytuacje, które usprawiedliwiają zniszczenie tego dobra ze względu na konflikt. Ale nie mogę zgodzić się, że tutaj norma nie działa i prawo cofa się z ochroną.

TOMASZ KACZMAREK: [w tle] Ale ja nic takiego nie mówię!

ANDRZEJ ZOLL: Spokojnie, zaraz Pan Profesor będzie miał możliwość ustosunkowania się. Odnosząc się do zarzutów Pana Profesora, jakobym uważał, że zabójstwo w obronie koniecznej i dla pieniędzy jest tak samo bezprawne. Nikt tak nie twierdzi Panie Profesorze. Uważam, że oba zabójstwa są naruszeniami normy sankcjonowanej, co nie przesądza o bezprawności. Pan Profesor utożsamia jednak naruszenie normy z uznaniem bezprawności. A to nie jest to samo, bo bezprawność wymaga przyjęcia braku kontratypu.

Owszem, oba zabójstwa są relewantne z punktu widzenia normy sankcjonowanej, ale nie mogę się zgodzić, że oba są zachowaniami karygodnymi, bezprawiem. Ja wolę kontratyp nazywać usprawiedliwieniem, gdyż nie neguje ataku na dobro, lecz uważam, że czasem odparcie tego ataku jest usprawiedliwione. Nie jest też tak, że ja wykluczam eksces ekstensywny w ogóle. Ja go wykluczam jako zachowanie podjęte przed zamachem. Ja nie chce też bronić H. Welzla, w tych jego stwierdzeniach o pierwotnej legalności zabicia przeciwnika na wojnie – jest to wielka niekonsekwencja w jego koncepcji. Co do tego nie mam najmniejszych wątpliwości. Nie wiem, na ile wynikało to z jego poglądów politycznych i sytuacji związanej z pewnymi oskarżeniami.

Ale skoncentrujmy się na tym głównym problemie, tj. podziale na wtórną i pierwotną legalność. Pan prof. J. Giezek ma rację, mówiąc o tych przykładach z kromką chleba, operacją i czynem dokonany w kontratypie. Są to oczywiście 3 różne sytuacje. Nas interesuje sytuacja 2. i 3. – kromka nas nie interesuje. W przypadku tej kromki ja nie mogę stwierdzić żadnego zagrożenia dla dobra prawnego. Myślę, że są tutaj różnice zasadnicze. Przy operacji dokonanej *lege artis*, ja optuję, jako karnista, za przyjrzeniem się sprawie, gdyż mamy jednak do czynienia z pewnego rodzaju uszczerbkiem na zdrowiu.

Jeżeli stwierdzę, że nie zostały naruszone te reguły postępowania, to nie została naruszona także norma sankcjonowana. Nazewnictwo – pierwotna czy niepierwotna legalność – to już kwestia konwencji. Ale chcę to odróżnić od sytuacji naruszenia dobra prawnego i normy sankcjonowanej, ale przy pojawieniu się usprawiedliwienia tego naruszenia. I tutaj prof. T. Kaczmarek ma rację, że nie doszło tu do wyłączenia bezprawności, lecz zachowanie nie było bezprawne, z tego powodu, iż pojawiło się owo usprawiedliwienie.

Odnosząc się do tego, co mówił prof. J. Giezek, że dałby się przekonać do każdej koncepcji, byle dobrze uzasadnionej. Tutaj jest chyba klucz, gdyż w całej strukturze przestępstwa dla mnie najważniejsze jest stwierdzenia naruszenia normy sankcjonowanej i bezprawność. To przejście jest tutaj decydujące. Można przyjąć, że naruszenie równa się bezprawność, i będzie to powrót do dwuszczeblowej struktury przestępstwa, dosyć rozpowszechnionej w pierwszej połowie XX w. Tak czynili przedstawiciele teorii negatywnych znamion. Ja nie twierdzę, że to jest złe, obrzydliwe wręcz. Jest to po prostu koncepcja, która z wielu powodów mi nie odpowiada, ale zaraz do tego przejdę.

Można też uznać, że samo naruszenie normy nie wystarczy i potrzebujemy tego dodatkowego elementu w postaci braku kontrotypu, ale wtedy struktura przestępstwa jawi się inaczej.

Bardzo ważne jest to, co prof. J. Giezek zasygnalizował, a to możliwość wystąpienia kontrotypu bez udowodnienia realizacji znamion typu. Moim zdaniem nie może tak być. I odnosząc się do Pańskiego przykładu o rodzącej kobiecie i kierowcy, uważam, że stan wyższej konieczności zaktualizuje się dopiero wtedy, gdy zaktualizuje się typ. Jeżeli nie doszło do realizacji znamion, to nie mam co usprawiedliwiać. Nie doszło do prawnie relewantnego zagrożenia dla dobra prawnego. Stąd ten typ jest dla mnie potrzebny (którego zrealizowanie potrzebuję usprawiedliwić).

Przejdźmy jeszcze do schematu, który Pan bardzo trafnie rekonstruował. Proszę zwrócić uwagę, że jeżeli ja nie rozróżniam znamion negatywnych typu (a takie się znajdują w różnych przepisach części szczególnej Kodeksu [karnego]) od kontrotypu, to nie jestem w stanie zbudować takich typów. Moja polemika szła w kierunku argumentów W. Woltera. W schemacie definiującym typ jako realizację znamion i brak kontrotypu, ja jeszcze potrzebuję tego kontrotypu (tj. że wystąpił). A przy takiej definicji (częściowo zaczerpniętej z teorii negatywnych znamion, a częściowo z tez W. Woltera) nie ma ona sensu.

Ja odrzucam teorię negatywnych znamion nie tylko dlatego. Proszę przecież zajrzeć do książki H.J. Hirscha. Wysławia w swojej monografii po-

nad 20 argumentów przeciwko tej teorii. Przecież ta koncepcja była sztucznie stworzona na potrzeby błędu. W ówczesnym Strafgesetzbuch (StGB) brak było instytucji błędu co do kontraktynu i bezprawności. Paragraf 59 wyróżniał jedynie błąd co do typu. Przy urojonej obronie koniecznej zaproponowano, że będzie to rozwiązywane za pomocą błędu co do negatywnego znamiona typu. Ale jeśli my wprowadzamy do Kodeksu karnego osobne regulacje błędu co do bezprawności i kontraktynu, to koncepcja ta nie jest nam już potrzebna. Dlatego bardziej konsekwentne jest traktowanie kontraktynu jako usprawiedliwienia naruszenia normy sankcjonowanej. Oprócz tego, że koncepcja negatywnych znamion jest już niepotrzebna, to nastrocza duże wątpliwości, chociażby dotyczące strony podmiotowej. Jak przyjąć umyślność? Jeżeli żądamy świadomości każdego znamienia, to musimy przyjąć, że zabójca cały czas powinien mieć świadomość, że nie działa w obronie koniecznej. To jest naprawdę bardzo silny argument przeciwko tej koncepcji.

Proszę Państwa, otwieram dyskusję.

JACEK GIEZEK: Czy ja mógłbym od razu? Odniosę się do tego, co Pan Profesor powiedział odnośnie problemów ze stroną podmiotową. Uważam, że to nie jest dobry argument i stosunkowo łatwo sobie z nim poradzić. Sprawca zabójstwa, które nie było popełnione w obronie koniecznej, w stanie wyższej konieczności itp. ma przecież tego świadomość, choć pewnie nawet o tym w chwili czynu nie myśli. Dlatego uważam, że przesadzamy w argumentacji odnoszącej się do tego, że w przypadku teorii znamion negatywnych rozbudowyalibyśmy ją do monstrualnych rozmiarów.

ANDRZEJ ZOLL: Ja od razu *ad vocem*. Jeżeli Pan przenosi możliwość nieaktualizowania sobie przez sprawcę jego wiedzy o tym, co robi, na wszystkie znamiona, to osłabia Pan funkcję gwarancyjną.

JACEK GIEZEK: Ale chyba tak po prostu jest. Jeżeli lekarz wykonuje zabieg bez zgody pacjenta, to przecież nie musi o braku tej zgody myśleć podczas całej operacji. On o tym wie, ale nie musi o tym myśleć ciągle. Zresztą robi to na takiej samej zasadzie, jak wie, że nie dokonuje eutanazji.

MAREK BIELSKI: Ale czy to jest umyślne realizowanie znamion typu?

JACEK GIEZEK: Oczywiście że tak! Ma świadomość, lecz nie zaktualizowaną, że brak jest zgody pacjenta. To tak, jakbyśmy wymagali od złodzieja, by cały czas myślał, że rzecz jest cudza, że jest ruchoma, ma wartość majątkową, że ją zabiera w celu przywłaszczenia. Przecież nie musi myśleć nawet słowami ustawy. Jeżeli chce zabrać coś, to kradnie. Przecież

nieracjonalne byłoby wymaganie od sprawcy, by przez cały czas myślał, że realizuje każde znamię strony przedmiotowej.

Ponadto schemat Pana Profesora mnie nie przekonuje, bo jest skonstruowany z punktu widzenia przeciwnika teorii znamion negatywnych.

ANDRZEJ ZOLL: Ale to jest schemat przejmowany od W. Woltera i Władysława Maćjora – zwolenników teorii znamion negatywnych. Sami twierdzą, że nie ma kontratypu bez typu.

JACEK GIEZEK: Ale jeśli przestaniemy traktować owo zezwolenia jako *kontratyp* i zaczniemy je postrzegać jako znamię typu, to to znamię typu może wystąpić samodzielnie, tak jak każde inne.

ANDRZEJ ZOLL: Ale co Pan wtedy usprawiedliwia?

JACEK GIEZEK: No nie potrzebuje nic usprawiedliwiać, bo znamię typu nie wystąpiło.

ANDRZEJ ZOLL: Ale ono musi wystąpić, żeby je usprawiedliwić.

JACEK GIEZEK: Pan Profesor tutaj mówi właśnie z pozycji przeciwnika teorii znamion negatywnych.

TOMASZ KACZMAREK: Ja *ad vocem* w sprawie wartości życia jako dobra prawnego. Claud Levi Strauss mówił o ześlizgach umysłowych. Używamy niby tych samych pojęć, ale każdy przydaje im inne znaczenie. Nigdy nie mówiłem, że życie ulega stopniowaniu. Ja mówię tylko, że nie zawsze prawo karne za pomocą swoich instrumentów je chroni. Przy samobójcy prawo nie chroni życia, ale nie dlatego, że uznaje je za mniej wartościowe, ale dlatego, że instrument karania nie jest tu właściwym środkiem do przywracania komuś życia. Ja nie znajduję wartości absolutnie i bezwyjątkowo chronionej. Prawo karne nie zawsze może chronić każde dobro w całym spektrum.

Dalej... Kolidzja dóbr nie leży jedynie u podstaw kontratypu, lecz także u podstaw typizowania. Np. przy art. 192 k.k. chronię prawo do samostanowienia się pacjenta kosztem życia. Przecież prof. A. Zoll pisze w komentarzu do art. 148 k.k., że życie jest wartością absolutną.

ANDRZEJ ZOLL: [w tle] Nigdzie Pan takiego zdania nie znajdzie Panie Profesorze.

TOMASZ KACZMAREK: Zawsze mamy u podstaw typu jakąś kolidzję i nie znam dobra bezwzględnie chronionego przez prawo. Instrumenty prawa karnego często nie są właściwe dla zapewnienie poprawnej ochrony.

MAREK BIELSKI: Czy można kontynuować wątek poruszony przez Pana Profesora? Czy kontratyp na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej normy mówi, że wolno naruszać jakieś dobro, czy też ogranicza tę możliwość do pewnych przypadków?

Pan Profesor wytknął mi kilka rzeczy w moim artykule. Ale ja nie jestem pewny czy Marian Cieślak nie miał racji mówiąc o kontratypach względnych i bezwzględnych. Ale rozważmy przykład dziecka, które kradnie jabłka z ogrodu i zostaje zastrzelone przez sąsiada. Chronimy jego życie czy nie? Bo mnie osobiście bliżej do poglądów prof. T. Kaczmarka, że czasem tego życia nie chronimy. Pan prof. A. Zoll chyba jednak napisał w komentarzu, że życie jest wartością bezwzględną. Co komentarz o niespójności teorii H. Welzla potwierdza.

Mnie się wydaje, że H. Welzel miał jednak rację z tą wojną i z komarem. Mamy normę generalno-abstrakcyjną, że nie wolno zabijać człowieka. Czasem będę mógł na tym poziomie przesądzić, że zakres normy ulega ograniczeniu, a czasem nie. Zachowania będące działaniem zgodnym z regułami ostrożności, będą ograniczać ten zakres na poziomie generalno-abstrakcyjnym. Tutaj wchodzi te wszystkie zachowania sportowe, karcenie nieletnich itp. Zawsze jeżeli będziesz się zachowywał w sposób akceptowalny, nie naruszysz normy. Natomiast w przypadku stanu wyższej konieczności, nie jestem w stanie *in abstracto* rozstrzygnąć kolizję dóbr. Dlatego przy stanie wyższej konieczności muszę zejść z poziomu normy sankcjonowanej na sankcjonującą i mówić o wyłączeniu karalności.

Proszę mi wierzyć, że długo nad tym myślałem zanim napisałem swój tekst. Burzy się we mnie to, że zachowanie w wyższej konieczności będzie bezprawne, ale tak mi wychodzi.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Trochę rozwiewając wątpliwości Marka [Bielskiego]. Nie należy chyba tak bardzo bać się tych konsekwencji. Wiemy jedno, że działający w stanie wyższej konieczności nie poniesie kary. Trzeba teraz zapytać, jaką przyjmujemy regułę kolizyjną. Chodzi nam o konsekwencje działania np. w obronie koniecznej. Pan prof. T. Kaczmarek zmierza do tego, żeby ten działający w obronie koniecznej miał pewność, że już nikt, na gruncie żadnej ustawy, nie będzie się niczego od niego domagał, oraz że jak działa, to nikt mu nie ma prawa przerwać. Może przepis prawnokarny załatwi nam kwestię karalności, a inny przepis rozwiąże problem bezprawności. A stan wyższej konieczności jest jeszcze lepszy, bo zachowania spełniające jego znamiona na gruncie Kodeksu karnego rodzą odpowiedzialność cywilną. Słowacy, którzy byli tutaj ostatnio z wykładami, są do bólu konsekwentni i na gruncie ich ustawodawstwa działanie w stanie wyższej konieczności nie rodzi odpowiedzialności cywilnej. A u nas coś, co nie rodzi odpowiedzialności karnej, rodzi tę odpowiedzialność na gruncie Kodeksu cywilnego.

TOMASZ KACZMAREK: Ale to komplikuje ujęcie monizmu...

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: No ale ja tutaj mówię, że tak rozumianego monizmu nie można bronić. Monizm jednak działa w drugą stronę – jak coś jest legalne na gruncie ustaw, to nie może zostać sankcjonowane karnie.

ANDRZEJ ZOLL: Jeszcze odnosząc się do tego, co mówił Pan Marek [Bielski]. Czy nie lepiej uznać, że w tym przez Pana podawanym przykładzie prawo karne o bezprawności się w ogóle nie wypowiedziało?

MAREK BIELSKI: Ale to nie jest pomysł nowy. Już chyba W. Wolter, w podręczniku z 1947 r., pisał to samo. Potem pojawiło się to u Mariana Cieślaka i prof. W. Wróbel też to napisał w swoim doktoracie. Ale przyjmując pewne założenia co do konstrukcji systemu prawnego, m.in. że co do tego samego zachowania porządek prawny nie może wypowiadać się w sprzeczny sposób (mówić, że zakazane i dozwolone), muszę zdecydować się na stwierdzenie, że jakieś zachowanie jest legalne bądź nielegalne w całym systemie. W wypowiedziach Panów Profesorów nie podoba mi się to spłaszczanie pola oceny. Profesor J. Giezek pisał, że bez sensu jest odróżniać kontratyphu od tych zachowań zwiększających ryzyko i zawsze będzie tu kolizja. Ale nie jesteśmy w stanie tą argumentacją rozwiązać wszystkich problemów. Ja podawałem już przykład obcinania nogi. Są 4 warianty tego kazusu:

1. Lekarz ma amputować lewą nogę i to robi, z medycznie uzasadnionych przyczyn.
2. Lekarz się pomylił i obciął prawą nogę.
3. Pacjent leży pod gruzami i musimy odciąć mu nogę, nie dlatego, że to medycznie konieczne, ale dlatego, że inaczej go nie wyciągniemy.
4. Ktoś się ogłosił w gazecie, że da zjeść swoją nogę i przychodzi kanibal, szatkuje tego drugiego i zjada mu tę nogę.

Każdy z tych przypadków należałoby inaczej rozstrzygnąć. Pierwsze zachowanie jest legalne, drugie bezprawne, trzecie to działanie w stanie wyższej konieczności.

JACEK GIEZEK: Ale zawsze kiedy ucinam nogę w stanie wyższej konieczności czy ze względów medycznych, to lekarz robi to, by ratować życie i dlatego ta różnica nie ma charakteru jakościowego.

Jeszcze wracając do wypowiedzi prof. A. Zolla, w której przyznał rację, że nie interesuje nas kromka chleba. To rozumiem, że daje Pan wyraz temu, że H. Welzel wymyślił zupełnie chybiony przykład. Jeżeli nie interesuje nas kromka, to i komar nas nie interesuje i nie porównujemy tego do zabicia człowieka w obronie koniecznej.

ANDRZEJ ZOLL: On mówił, że teoria negatywnych znamion poza zakres relewantności wyrzuca zabójstwa w obronie koniecznej. To jest dla mnie zasadniczy błąd.

MIKOŁAJ IWAŃSKI: Chciałbym zadać dwa pytania. Profesorowi T. Kaczmarkowi: Jakie miejsce w Pańskiej koncepcji zajmują tzw. kontratypy pozaustawowe?

Pytanie do prof. A. Zolla: Jaka jest różnica między zabiciem napastnika na wojnie, jeżeli jest to zgodne z prawem danego kraju (jest przepis wprost na to pozwalający), a sędzią wydającym wyrok pozbawiający wolności przestępcę?

TOMASZ KACZMAREK: Dziękuję za to pytanie. Profesor A. Zoll cały czas mnie pomawiał, że mówię o okolicznościach wyłączających społeczną szkodliwość, które odczytuję jako kontratyp. To jest absolutnie, pochwornie nieprawda.

ANDRZEJ ZOLL: Ale proszę o odpowiedź na pytanie kolegi. Co z tymi kontratypami pozaustawowymi?

TOMASZ KACZMAREK: Traktuję je jako zachowania społecznie akceptowalne.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Ale formalnie sprzeczne z zakazem?

TOMASZ KACZMAREK: Tak. Ale ze względu na społeczną akceptowalność, są pierwotnie legalne.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: A więc nie naruszają zakazu?

TOMASZ KACZMAREK: No tak. Z powodu akceptowalności. Tak jak np. ryzyko dnia codziennego. To jest podobnie jak z tą kanapką czy spacerem, które prof. J. Giezek zaliczył od tych okoliczności irrelevantnych. Jeżeli idziemy na spacer, to z filozoficznego punktu widzenia może to być niebezpieczne.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: To ja *ad vocem*. Przecież obronę konieczną także postrzega się jako zachowanie społecznie akceptowalne i można by nic nie mówić w ustawie, bo byłoby to zbędne, patrząc na akceptowalność (powszechną) tego zjawiska. Zresztą jest to chyba bardziej społecznie akceptowalne niż dawanie lekarzom prezentów.

PIOTR KARDAS: Ale chciałbym trochę doprecyzować pytanie prof. W. Wróbla. Różnica pomiędzy obroną konieczną i kontratypami wiosennymi, to fakt, że ta pierwsza została opisana w Kodeksie i stanowi fragment porządku prawnego. Np. śmigus dyngus jest elementem, który nie został w systemie sformalizowany. Gdzie Pan Profesor umieściłby te okoliczności?

TOMASZ KACZMAREK: Na płaszczyźnie akceptowalności.

PIOTR KARDAS: Ale to znaczy gdzie? Wyłączałyby bezprawność, karalność, uniemożliwiające przyjęcie bezprawności czy karalności, wreszcie prowadzące do pozbawienia przestępstwa owego elementu materialnego?

JACEK GIEZEK: Czy ja mógłbym odpowiedzieć na to pytanie? Przychoǳę w sukurs prof. T. Kaczmarkowi. Zwolennik teorii negatywnych znamion znajduje się w połozeniu nieco wygodniejszym. Mówił o tym na IV Bielańskim Kolokwium sędzia Stanisław Zabłocki. Mówił, że my, teoretycy, to możemy sobie wymyślać teorie, ale sędzia ma stosować prawo. W dość kłopotliwej sytuacji jest sędzia, który miałby na potrzeby określonej sytuacji skonstruować kontratyp, stwierdzając, że zrealizowano znamiona typu, ale potrzeba usprawiedliwienia tego zachowania jest tak silna, że potrzebuje jakiejś okoliczności wyłączającej tę odpowiedzialność. Pojawia się pytanie, za prof. A. Zollem, czy jest konstytucyjne umocowanie dla takiej praktyki. Zwolennik teorii negatywnych znamion natomiast powie, że nie doszło do realizacji typu.

ANDRZEJ ZOLL: Jacku, ale właśnie jest odwrotnie, bo jak się odrzuci teorię negatywnych znamion, to łatwiej to uzasadnić poprzez społeczną adekwatność – nie naruszenie reguł.

JACEK GIEZEK: Ale społeczna adekwatność wpisana jest w zespół znamion. Dlatego łatwiej sędziemu będzie powiedzieć, że typ nie realizował znamion, niż tworzyć na potrzeby konkretnej sprawy kontratyp pozaustawowy, stwierdzając, że znamiona zrealizował, ale jego zachowanie z jakichś względów nie jest bezprawne.

ANDRZEJ ZOLL: Ja odniósłbym się od pytania Pana Mikołaja Iwańskiego. Działania w ramach uprawnień i obowiązków można określić jako pewien kontratyp. Ja bardzo żałowałem, ale pod wpływem recenzenta mojej książki o okolicznościach wyłączających bezprawność, wykreśliłem dość obszerny fragment, gdzie pisałem, że wymiar kary jest właściwie kontratypem. Przyznaję się od takiego jakiegoś oportunistycznego kroku i bardzo tego żałuję.

WOJCIECH GÓROWSKI¹⁵: Ja mam pytanie do prof. J. Giezka. Argument o monstualnych rozmiarów stronie podmiotowej przy teorii negatywnych znamion próbuje Pan zbić. No bo faktycznie, próbowano kiedyś błąd co do kontratypu wytłumaczyć tym, że jest to błąd co do znamion. Profesor J. Gizek i w wypowiedzi, i w tekście wskazywał, że aktualna świadomość nie jest wymagana, bo nie musimy się pytać, czy ten sprawca w danym momencie myśli, że działa w obronie koniecznej, czy w stanie wyższej konieczności.

Czy konsekwencją nie jest to, że istnieje różny wymóg świadomości co do różnego rodzaju znamion? Jeżeli przy umyślności trzeba nią obejmować

¹⁵ Mgr Wojciech Górowski, asystent na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie, Katedra Prawa Karnego.

każde znamię, to wypowiedź Pana Profesora trochę zmienia nam tę optykę. Inne wymogi konstruuje Pan dla dozwoleń, a inne dla znamion z części szczególnej. Tyle że w wypowiedzi tej nie znalazłem uzasadnienia dla odmiennego standardu świadomości. A może teoria negatywnych znamion zakłada, że nie ma konieczności umyślności do wszelkich znamion? Przykładem niech będzie art. 292 k.k. – gdzie ustawodawca chciał, to napisał o okolicznościach objętych nieumyślnością.

Drugą kwestią, którą chciałbym poruszyć, jest pytanie zadane przez prof. J. Giezka, a mianowicie czy może istnieć kontratyp bez typu. Przy przykładzie Pana Profesora o kierowcy i rodzącej kobiecie. Jeśli Pan nie wymaga, by ci biegli badali związek przyczynowy, skoro i tak mamy kontratyp, to czy to nie jest powrót do koncepcji Ernsta Belinga, w której on uważa, że nie mamy tu do czynienia z oceną, tylko opisem rzeczywistości. Teoria negatywnych znamion chyba nie na tym miała polegać.

JACEK GIEZEK: Uważam, że stany faktyczne, które konstytuują kontratypy, mogą wystąpić bez realizacji znamion typu. Przecież można się bronić i przy okazji nie wyrządzić żadnej krzywdy napastnikowi.

ANDRZEJ ZOLL: Zdecydowanie nie.

JACEK GIEZEK: Nie można?

ANDRZEJ ZOLL: Nie, bo odparcie oznacza naruszenie dóbr napastnika, poprzez realizację znamion typu.

JACEK GIEZEK: Ale Panie Profesorze, przecież mamy w danej sytuacji atak i aktualizuje się moje prawo do obrony. Ale ja przecież mogę bronić się wyjątkowo elegancko i nie zrobić krzywdy napastnikowi.

ANDRZEJ ZOLL: Nie zgadzam się. Ja o tym kiedyś pisałem, ale w kontekście wypowiedzi prof. Andrzeja Marka, jakoby ucieczka była obroną. To jest jakieś nieporozumienie. Ja muszę odpierać poprzez naruszenie dóbr napastnika. Po co w przepisie art. 25 k.k. byłby zapis: „Nie popełnia przestępstwa...”, gdyby do żadnego przestępstwa i tak nie dochodziło?

JACEK GIEZEK: No to ona ma zastosowanie do tych sytuacji, gdy do naruszenia doszło.

ANDRZEJ ZOLL: No to w takim razie pojęcie obrony koniecznej, którego Pan używa, jest zupełnie inne niż to z Kodeksu karnego.

WŁODZIMIERZ WRÓBEL: Jeżeli mogę uszczegółowić. Czy wyobraża sobie Pan Profesor [do prof. J. Giezka], żeby sąd w uzasadnieniu wyroku napisał tylko: „Uniewinniam XY, bo działał w obronie koniecznej”?

JACEK GIEZEK: Uważam, że z punktu widzenia zwolennika znamion negatywnych jakoś podobnie by to mogło brzmieć. Podstawą byłby art. 17 § 1 k.p.k. – brak znamion.

Pozwolę sobie jeszcze odpowiedzieć na pytanie o różne standardy świadomości.

WOJCIECH GÓROWSKI: Ja jeszcze tylko by uszczegółowić moje pytanie i wątpliwości... Kiedyś pisał Pan Profesor o deficycie informacji. Wtedy mówił Pan nie o wiedzy, ale o świadomości na chwilę popełniania czynu. Dziś tak trochę jakby odwrotnie. W którymś momencie analizy strony podmiotowej należy odpowiedzieć sobie na pytanie, co należy wiedzieć.

JACEK GIEZEK: W psychologii istnieje pojęcie współuświadamiania, które oznacza, że współuświadamia się to wszystko, co się wie, ale o czym na daną chwilę się nie myśli. Pan pytał się z punktu widzenia praktyka, więc odpowiem też z punktu widzenia praktyka – taka jest rzeczywistość sali sądowej. Przecież prokurator nie udowadnia, że w chwili czynu sprawca uświadamiał sobie to wszystko, o czym wiedział.

Na gruncie teorii wywód powinien być bardziej skomplikowany, powiedziałbym tak, wśród znamion możemy wyróżnić takie, które konstytuują nam typ, i je musi sobie sprawca aktualnie uświadamiać. Ale mamy też do czynienia ze znamionami modyfikującymi typ. Nawet prof. A. Zoll nie kwestionuje teorii znamion negatywnych względem znamion modyfikujących. Znamieniem art. 148 § 1 k.k. jest brak afektu. Standard dla tych znamion musi być inny, gdyż jest ich sporo i ich wystąpienia (niewystąpienia) sprawca nie musi sobie uświadamiać na bieżąco. Przecież byłoby absurdem wymagać od zabójcy, żeby myślał, że nie jest matką, która zabija dziecko.

AGNIESZKA BARCZAK-OPLUSTIL: Chciałam jeszcze podać jeden przykład, gdzie te standardy są inne nawet dla znamion pozytywnych. Przecież w części typów mamy znamię: „na terytorium Polski”. Przecież to jest tak oczywiste, że sprawca działając w Krakowie, działa na terytorium Polski, że nie wymagamy od niego uświadamiania sobie tego w czasie czynu.

PIOTR KARDAS: Chciałbym nawiązać pokrótce do tego, co na początku powiedział prof. W. Wróbel. Próbował wskazać na kilka problemów, które próbowaliśmy rozstrzygnąć i mam wrażenie, że mimo niezwykle interesującej debaty nie do końca nam się to udało.

Właściwe to do żadnego z nich nawet się nie zbliżyliśmy. Jeżeli chodzi o wyróżnianie pierwotnej i wtórnej legalności, czy też okoliczności, które by pozwalały na taki podział, przedstawiono kilka ciekawych poglądów, ale ani na krok nie zbliżyliśmy się do rozstrzygnięcia tego problemu.

Co do samej kwestii, czym są kontratypy, zarysowano dwie dość skrajnie różniące się koncepcje. Jedną, odnoszącą się do problemów typizacji,

wskazującą na kontratypy jako elementy znamion, których wystąpienie powoduje brak karalności oraz wspólne twierdzenie prof. A. Zolla i prof. T. Kaczmarka, że jest to problem bardziej bezprawności niż karalności, z pewną wątpliwością, jak można to ewentualnie bliżej określić.

Pojawiały się, choć marginalnie, kwestie skutków normatywnych, ale bez wskazywania, jak mielibyśmy łączyć kontratypy z normą sankcjonowaną lub sankcjonującą.

Jak tak siedziałem i słuchałem tej dyskusji, to doszedłem do takiego wniosku, że nie jest najlepszym rozwiązaniem odwoływanie się do struktur normatywnych. Przesądzenie, gdzie umieści się kontratyp (na jakiej płaszczyźnie), wymaga przesądzenia tego od strony dogmatycznej. Argument, że kontratyp jest elementem normy sankcjonowanej czy też współokreśla zakres zastosowania normy sankcjonującej jest o tyle nieprecyzyjny i chybiony, że owe struktury normatywne – sprzężone czy też występujące oddzielnie, gdzie każda ma swoją odrębną strukturę wewnętrzną – pomagają nam jedynie porządkować nasze myślenie o świecie normatywnym. Smuci mnie to w perspektywie już drugiej dyskusji o kontratypach, iż nie mamy na nie pomysłu od strony dogmatycznej.

Po raz kolejny można dostrzec pewne ryzyko i pewien błąd, polegający na automatycznym przenoszeniu pomysłów teoretycznych niemieckich na grunt naszej nauki. W kilku miejscach dzisiaj tego dotknięto. Chciałbym jednak zwrócić uwagę na jeden przypadkowo wyjęty. Jak się popatrzy na *Strafrechtsgesetzbuch* (StGB) w obecnym brzmieniu i tym, które interesowało H. Welzla czy Ernsta Belinga, a wcześniej jeszcze Karla Bindinga, zauważyć należy, że oni bardzo specyficznie definiują bezprawność, łącząc ją z elementami znamion typu czynu zabronionego. Takiego rozwiązania nie ma w polskiej ustawie karnej. Jeżeli tylko uświadomimy sobie ową różnicę, to łatwo zauważyć, że dla teoretyka niemieckiego naturalne jest łączenie okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną z teorią negatywnych znamion. Natomiast przeniesienie tego na grunt polskich realiów normatywnych w dowolnym momencie, jest bardzo kłopotliwe. To tyle. Dziękuję.

ANDRZEJ ZOLL: Dziękuję. Proszę Państwa, potraktujmy to za znakomite podsumowanie dzisiejszego zebrania. W jednym aspekcie różniłbym się z prof. P. Kardasem – nie byłbym jednak takim pesymistą co do efektów naszej pracy. Ta tematyka jest tak bardzo skomplikowana i stanowi wyzwanie dla młodych ludzi, że w tym jest optymizm. Trzeba wziąć się do roboty i z tym problemem zmierzyć. Dziękuję bardzo wszystkim uczestnikom zebrania, szczególnie zaś naszym Gościom.