

ZBIGNIEW JĘDRZEJEWSKI

POJĘCIE PRZESTĘPSTWA W DOKTRYNIE
PRAWA KARNEGO NIEMIEC HITLEROWSKICH
W UJĘCIU TZW. SZKOŁY KIŁOŃSKIEJ

CZEŚĆ II

Rozłożenie pojęcia przestępstwa na czyn, istotę czynu, bezprawność i winę kilończycy uważali za zabieg nienaturalny, gwałcący prawdziwą, kompleksową jego istotę¹. Odrzucono konieczność ścisłego odróżnienia bezprawności i winy² oraz istoty czynu („Tatbestand”) i bezprawności³. Odpada więc również konieczność odróżniania okoliczności wyłączających bezprawność od okoliczności wyłączających winę. Między obydwojma kilończykami dochodzi do pewnego „podziału pracy” przy „likwidacji” klasycznej definicji przestępstwa: Dahm zajmuje się częścią istotą czynu („Tatbestand”), Schaffstein bezprawnością i winą⁴.

Dla Dahma punktem wyjścia jest krytyka deskryptywnej, wolnej od wartościowania istoty czynu w ujęciu E. Belinga⁵. Jego zdaniem, odróżnienie istoty czynu („Tatbestand”) i bezprawności („Rechtswidrigkeit”) jest wynikiem przeciwstawienia przedmiotu oceny i samej oceny. Dahm formułuje nawet postulat:

¹ W dyskusji na temat reformy procesu karnego G. Dahm (*Das Urteil*), (w:) *Das kommende deutsche Strafverfahren. Bericht der amtlichen Strafprozesskommission*, Berlin 1938, s. 313, 315–316) występował przeciwko różnicowaniu wyroków uniewinniających z takich powodów, jak np. brak znamion czynu zabronionego, obrona konieczna, wyłączające winę przekroczenie granic obrony koniecznej (§ 53 ust. 3; odpowiednik § 33 obecnie obowiązującego niemieckiego k.k.) czy niepoczytalność. Odrzucał również dopuszczoną przez komisję możliwość zaskarżenia wyroku uniewinniającego, gdy podstawy wyroku naruszają cześć („die Ehre”) lub inny interes oskarżonego. Nie wykluczał natomiast jakiegś formy obrony naruszonego interesu oskarżonego w uzasadnieniu do wyroku.

² F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1938, Bd. 57, s. 295 i n.; idem, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, s. 31 i n.; idem, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1935, Bd. 55, s. 31.

³ G. Dahm, *Verbrechen und Tatbestand. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, s. 23 i n.; idem, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1937, Bd. 57, s. 269 i n.

⁴ Zob. K. Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin 1975, s. 222, przyp. 348.

⁵ Zob. G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 8 i n.

pojęcie „istoty czynu” („Tatbestand”) powinno zniknąć z dogmatyki prawa karnego⁶. W koncepcji E. Belinga realizacja znamion istoty czynu (np. zabójstwa) nie pociąga za sobą żadnej, choćby tymczasowej oceny. Dokonuje się jej dopiero na płaszczyźnie bezprawności poprzez ustalenie, czy wyjątkowo nie zachodzą okoliczności legalizujące czyn („Rechtfertigungsgründe”). Na poziomie zgodności zachowania z istotą (opisem) czynu („Tatbestandsmäßigkeit”) nie zachodzi żadna różnica między zachowaniami bezprawnymi (np. zwykłym zabójstwem) a zachowaniami legalizowanymi (np. zabójstwem w obronie koniecznej). Istotą czynu mordu czy zabójstwa wypełnia więc ten, kto spowodował śmierć człowieka, również osoba działająca w obronie koniecznej, żołnierz, który zabija na wojnie, czy kat⁷. Urzędnik zakładu karnego, zamykający skazanego, popełnia zaś „pozbawienie wolności”. Ponieważ pod istotą czynu podpadają także zachowania legalne, Beling i jego następcy czuli się zmuszeni do stworzenia procedury, która przeszkodzi w ukaraniu wszystkich zgodnych z istotą czynu zachowań. To wyrównanie jest funkcją okoliczności usprawiedliwiających (wyłączających bezprawność), okoliczności wyłączających winę oraz wyłączających karalność („Rechtfertigungs-”, „Entschuldigungs-” i „Strafausschließungsgründe”). Według tego poglądu, istota czynu („Tatbestand”) obejmuje w zasadzie („an sich”) także zachowania prawne. Istota czynu i okoliczność wyłączająca bezprawność przedstawiają się jak reguła i wyjątek („Regel-Ausnahme”). To szyderstwo z logiki – pisze G. Dahm – legalność bezprawnego w zasadzie („an sich”) zachowania. Kto twierdzi, że żołnierz na wojnie wypełnia znamiona mordu, ten nie tylko wyraża fakt zabicia człowieka przez tego żołnierza, ale tworzy, czy tego chce, czy nie chce, pewną wewnętrzną relację między żołnierzem i mordercą. Stwierdzenie, że zachowanie w zasadzie („an sich”) wypełnia istotę czynu, zawiera w gruncie rzeczy ujemną ocenę i stanowi degradację takiego zachowania.

Z drugiej strony, w im większym stopniu postępuje separacja istoty czynu i bezprawności, tym bardziej sama bezprawność staje się pojęciem abstrakcyjnym, oderwanym od konkretnego typu, a problem ewentualnego wyłączania bezprawności przesuwany jest do części ogólnej w formie ogólnie ujętych okoliczności

⁶ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 32–33. W każdym razie – zdaniem G. Dahma – rozdzielenie istoty czynu i bezprawności może mieć co najwyżej znaczenie praktyczno-pedagogiczne, stanowić pewne uporządkowanie materiału w postępowaniu karnym. Zob. również jego odpowiedź (*Der Methodenstreit...*, s. 269–270, przyp. 105) na krytykę E. Mezgera. Normy gwarantujące realizację liberalnej zasady *nullum crimen sine lege* zostały w nazistowskim prawie uchylone lub zmienione. Znowelizowany 28 czerwca 1935 r. § 2 niemieckiego k.k. otrzymał następujące brzmienie: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft”. Podkreśl. Z.J. Bliżej na ten temat zob. K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 192 i n.; V. Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlin–New York 1983, s. 27 i n.; W. Naucke, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935*, (w:) NS-Recht in historischer Perspektive, Kolloquien des Instituts für Zeitgeschichte, München–Wien 1981, s. 71 i n.

⁷ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 8–12.

wyłączających bezprawność⁸. Zachowanie przełożonego, który gani podwładnego, najpierw podpada pod pojęcie zniewagi („Beleidigung”), ingerencja lekarza, który usiłuje ratować życie matki, jest aborcją. Początkowo zawieszona ocena musi zostać dopiero później „odrobiona” („nachgeholt werden”)⁹. Ponieważ odpowiednia zwężająca interpretacja znaczenia poszczególnych typów nie jest możliwa, musi to następować poprzez rozszerzenie „wyciągniętych przed nawias” okoliczności wyłączających bezprawie. Zostają one jeszcze bardziej rozszerzone, poniekąd rozciągnięte, aby objąć wszystkie te pojedyncze przypadki, w których zgodność zachowania z opisem (istotą) czynu zabronionego („Tatbestandsmäßigkeit”) nie pokrywa się z bezprawnością. Tak więc okoliczności wyłączające bezprawie, które mają zastosowanie przy konkretnych typach przestępstw, uwolnione od konkretnych związków i uogólnione, są przenoszone do relacji i związków opartych na innych zasadach. Dobrym przykładem jest tutaj tzw. pozaustawowy stan konieczności. W słynnym już orzeczeniu RG z 11 marca 1927 r.¹⁰ przypadek aborcji ze wskazań medycznych dał asumpt do ukształtowania ogólnych reguł wyłączania bezprawności czynu, opartych na zasadzie rozważenia kolidujących dóbr i obowiązków. W późniejszych orzeczeniach i literaturze uzyskane i rozwinięte zasady ogólne wyłączenia bezprawności zostały zastosowane do całkowicie odmiennych przypadków¹¹. Rzecz przedstawia się podobnie z problemem zgody dysponenta dobrem (pokrzywdzonego). Rozwiniętą przy uszkodzeniu ciała zasadę uogólnia się i transponuje na inne typy, np. na zniewagę lub przestępstwa przeciwko mieniu¹². G. Dahm nie twierdzi, że nie istnieją i nie powinny w ogóle istnieć ogólne okoliczności wyłączające bezprawie, i że nie powinny być regulowane w części ogólnej k.k.¹³. Tak wydaje się być w przypadku obrony koniecznej. Nie oznacza to bynajmniej, że realizacja znamion istoty czynu i bezprawność leżą na różnych płaszczyznach. Tylko z technicznych powodów właściwe wszystkim

⁸ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 40 i n.; idem, *Der Methodenstreit...*, s. 271; zob. również F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit...*, s. 306, przyp. 23.

⁹ G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 271.

¹⁰ Na temat tego orzeczenia bliżej C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl. München 2006, s. 725. Na podobnej zasadzie (rozważenie kolidujących interesów) oparto § 34 obecnie obowiązującego niemieckiego k.k. Reichsgericht po raz pierwszy wyraźnie rozróżnił okoliczności wyłączające bezprawność („Rechtfertigungsgründe”) i okoliczności znoszące zawinienie („Entschuldigungsgründe”), opowiadając się za tzw. teorią zróżnicowania („Differenzierungstheorie”) stanów wyższej konieczności. Odzwierciedleniem takiego ujęcia jest rozróżnienie w obecnie obowiązującym niemieckim k.k., obok stanu konieczności wyłączającego bezprawność (§ 34), stanu konieczności wyłączającego zawinienie (§ 35). Również większość polskiej doktryny prawa karnego przyjmuje, że art. 26 § 1 k.k. z 1997 r. zawiera regulację stanu konieczności wyłączającego bezprawność, a art. 26 § 2 stanu konieczności znoszącego zawinienie. Polska ustawa karna – w przeciwieństwie do niemieckiego k.k. – werbalnie nie odróżnia jednak okoliczności wyłączających bezprawność i okoliczności znoszących zawinienie (w obydwu sytuacjach posługuje się zwrotem: „Nie popełnia przestępstwa, kto...”).

¹¹ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 41; idem, *Der Methodenstreit...*, s. 271. Przykłady orzeczeń zob. C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 725.

¹² G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 271.

¹³ Ibidem, s. 273.

typom ograniczenie wyraża się w postaci jakiejś ogólnej negatywnej formuły. Takie postępowanie wymaga jednak ostrożności, cały proces może prowadzić do odrywania się tych ogólnych okoliczności od konkretnych typów, wypaczając rzeczywistą treść bezprawia. Na ogół lepiej jednak regulować te kwestie w części szczególnej. Bezprawność nie jest abstrakcyjną ogólną kategorią, lecz ma charakter konkretny. Przy bliższym oglądzie widać wyraźnie, że niektóre okoliczności wyłączające bezprawie nie są wcale ogólnymi pojęciami, zatem nie powinny mieć zasadniczo żadnego ogólnego znaczenia, lecz odnosić się tylko do określonych przestępstw¹⁴. Treść bezprawności określa istota i swoistość konkretnego przestępstwa. Stare ustawy w ogóle nie znały części ogólnej, chociaż oczywiście jej całkowita likwidacja nie wydaje się możliwa. Stan wyższej konieczności jest instytucją części ogólnej dopiero od drugiej połowy XIX w. Nawet obrona konieczna wcześniej regulowana była przy poszczególnych przestępstwach i zwykle jej warunki określano ściśle w odniesieniu do zabójstwa¹⁵. Rekapitułując w tym fragmencie swoje wywody, G. Dahm stwierdza: 1) nietrafne jest stanowisko zakładające, że pojęcie istoty czynu obejmuje zarówno bezprawne, jak i zgodne z prawem zachowania oraz przyjmujące rozdzielenie sfery istoty czynu i bezprawności oraz wynikające z tego przesunięcie punktu ciężkości oceny do obszaru okoliczności wyłączających bezprawie; 2) opisany w części szczególnej konkretny „Deliktstypus” obejmuje raczej zachowania od samego początku bezprawne, stosownie do tego musi zostać sensownie zinterpretowany; 3) kilka właściwości, istotnych dla wszystkich typów z odpowiednią powściągliwością mogą zostać „wyciągnięte” przed „forum części szczególnej”¹⁶.

G. Dahm oczywiście przychylnie odniósł się do tych kierunków w nauce prawa karnego, które relatywizowały rozdział między istotą czynu („Tatbestand”) i bezprawnością. Już w przeszłości wysuwano tezę, że istnieją istoty czynu przestępstw o właściwościach prowadzących siłą konieczności do wniosku o ich bezprawności¹⁷. Jest ona sprzeczna z zasadniczym twierdzeniem E. Belinga, że jakoby nie istnieją zachowania zgodne z istotą czynu, które zawsze byłyby bezprawne. Zdaniem Dahma, w stanowisku, które zostało jednak przez tradycyjnie zorientowaną na Belinga naukę odrzucone, tkwiło zdrowe jądro¹⁸. Jako idące w kierunku ściślejszego związania ze sobą istoty czynu i bezprawności G. Dahm chwali koncepcje W. Sauera i E. Mezgera,¹⁹ według których zgodność z istotą czynu („Tatbestandsmäßigkeit”) jest „typizacją bezprawności” („Vertypung der Recht-

¹⁴ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 39 i n.

¹⁵ W praktyce znajduje zastosowanie do ograniczonej grupy przestępstw, a przy niektórych w ogóle nie jest możliwa, np. zdrada kraju czy zgwałcenie. Przyznają to nawet E. Schwinge, L. Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937, s. 91.

¹⁶ G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 274.

¹⁷ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 39; zob. np. rozważania A. Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a.S. 1905, s. 58 i n.

¹⁸ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 40.

¹⁹ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 24; idem, *Der Methodenstreit...*, s. 270.

swidrigkeit”)²⁰. Lepiej ocenia G. Dahm tzw. teorię negatywnych znamion czynu zabronionego²¹. Jej zwolennicy twierdzili, że jeżeli istota czynu („Tatbestand”) ma wyrażać bezprawie, to powinna ona obejmować wszystkie znamiona to bezprawie zachowania określające, a nie tylko jakąś ich część. W istocie czynu zabronionego powinny się więc znaleźć również zaprzeczone znamiona okoliczności wyłączających bezprawność (stąd jej nazwa)²². Realizacja przez sprawcę znamion takiej istoty czynu („Gesamttatbestand”) nie prowadzi do tylko prowizorycznej, „przejściowej” oceny ujemności czynu, ale daje podstawę ostatecznej oceny negatywnej („vorbehaltloses Unwerturteil”). Pojęcie przestępstwa zostaje w ten sposób zredukowane do dwóch elementów: istoty czynu („Gesamttatbestand” – jej realizacja przez sprawcę *eo ipso* prowadzi do bezprawności czynu) oraz winy sprawcy. We współczesnej doktrynie prawa karnego niekiedy uznaje się tę teorię jako wynik skrajnej normatywizacji (wartościowania) pojęcia istoty czynu zabro-

²⁰ W. Sauer, *Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1915, Bd. 36, s. 449 i n., 463 i n., 469; idem, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin, Leipzig 1921, s. 286, s. 307 i n.; E. Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, Der Gerichtssaal 1924, Bd. 89, s. 248–250; idem, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, Sonderdruck aus der Festschrift für L. Traeger, Berlin 1926, s. 6–7, 11–12; zob. również A. Hegler, *Die Merkmale des Verbrechen*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1915, Bd. 36, s. 19 i n., 184 i n. Według E. Mezgera, istota czynu („Tatbestand”) jest „wyrazem specjalnego stylizowanego bezprawia, a więc tworzeniem szczególnego »typu bezprawia« dla celów prawa karnego”. Akt ustawodawczego tworzenia istot czynu, ustawodawcze oznajmienie karalności jako takie, zawiera bezpośrednio oznajmienie bezprawności, uzasadnienie bezprawia. Zgodność zachowania z istotą czynu nie jest bynajmniej, jak to przyjmował M.E. Mayer (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg 1915, s. 185), *ratio cognoscendi*, lecz prawdziwe *ratio essendi* (specjalnej) bezprawności. Zachowanie sprawcy jest wtedy bezprawne, co prawda nie jedynie dla siebie, lecz tylko w połączeniu z brakiem szczególnych okoliczności wyłączających bezprawie. Istota czynu jest sądem o tym, że podpadające pod nią zachowanie tymczasowo, jak długo nic innego nie zostanie ustalone, jest bezprawne. Później E. Mezger (*Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre*, Neue Juristische Wochenschrift 1953, s. 6) radykalizował swoje stanowisko, opowiadając się za teorią negatywnych znamion czynu zabronionego. W. Sauer, A. Hegler i E. Mezger byli przedstawicielami kształtującej się wtedy teleologicznej (neoklasycznej) koncepcji przestępstwa i pozostawali pod wyraźnymi wpływami neokantyzmu.

²¹ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 25.

²² Teorię negatywnych znamion przyjęli m.in. A. Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1 Aufl., Stuttgart 1889, s. 82; A. Löffler, *Besprechung der 5. Aufl. des Lehrbuches von Franz von Liszt*, Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift) 1892, Bd. 20, s. 767 i n.; R. v. Frank, *Bericht über Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1894, Bd.14, s. 363 i n.; A. Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Tübingen 1913, s. 85 i n., s. 220 i n.; G. Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, (w:) Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16 August 1930, Bd. I, 1930, Aalen, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1969, s. 164 i n.; L. Zimmerl, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau 1928, s. 64 i n.; K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlin 1930, s. 11–12; F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit...*, s. 305 i n.; E. Schwinge, L. Zimmerl, *Wesensschau...*, s. 79 i n. Na temat tej teorii zob. obszerna monografia H.J. Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn 1960; w literaturze polskiej zob. m.in. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 245 i n. Jej powstanie wiąże się często z nazwiskiem A. Merkla i próbą rozwiązania zagadnienia urojenia znamienia kontratypu przez przyjęcie, że taki błąd wyłącza zamiar sprawcy. Jednak H.J. Hirsch (*Die Lehre...*, s. 29–32) odmawia Merklowi miana twórcy teorii negatywnych znamion, bowiem pierwszym uczonym, który ją rozwinął na gruncie belingowskiego rozumienia funkcji „Tatbestand”, był A. Baumgarten. Przed E. Belingiem istota czynu („Tatbestand”) ujmowana była jako suma, ogół warunków przestępności czynu (wszystkie warunki materialne zagrożenia karą z wyłączeniem przesłanek procesowych).

nionego, w której „stapiają się” wszystkie momenty decydujące o bezprawności czynu. Ma ona stanowić biegun przeciwny w stosunku do belingowskiego ujęcia relacji istoty czynu i bezprawności. Twierdzi się nawet, że jest ona uwieńczeniem procesu „nasycaenia” istoty czynu ujemnym wartościowaniem i jakiś dalszy rozwój w tym kierunku nie jest już możliwy²³. Jednak zdaniem G. Dahma, także ta teoria przypisuje istocie czynu jedynie funkcję typizacji koniecznej dla zapewnienia bezpieczeństwa prawnego, przez co bezprawie polega tylko na naruszeniu abstrakcyjnej normy, jej zwolennicy pozostają więc w kręgu myślenia abstrakcyjnego²⁴. Dahm dostrzega znaczenie stopniowej normatywizacji istoty czynu dla obalenia systemu Belinga. Rozpoczął ją M.E. Mayer, „odkrywając” w istocie czynu znamiona normatywne, które sam ujmował jeszcze jako pewne absurdy i zwyrodnienia tego systemu (stoją jedną nogą w istocie czynu, a drugą w bezprawności)²⁵. Uwieńczeniem tego procesu jest dla G. Dahma stanowisko E. Wolfa, dla którego wszystkie elementy istoty czynu mają charakter normatywny, a trójpodział Belinga – Liszta – Mayera, w szczególności rozdział istoty czynu i bezprawności, ma wartość nie teoretyczną a jedynie heurystyczną²⁶. Dla znamion normatywnych charakterystyczne jest więc „splątanie struktur” („Strukturverschlingung”)²⁷. Rozbiór wszystkich takich elementów na część faktyczną i normatywną jest przedsięwzięciem niemożliwym do zrealizowania²⁸.

Zdaniem Dahma, te nowe stanowiska stanowią znaczący postęp, jednak nie zawierają jeszcze decydującego rozstrzygnięcia²⁹. Tak czy owak, są wynikiem zwalczanej przez niego dualistycznej metodologii, a nie całościowego oglądu rzeczy. Właśnie słowo „splątanie struktur” wyraża dobitnie, że zakładane jest przeciwieństwo dwóch sposobów myślenia. Rzeczy nie są badane całościowo, życie jest widziane jako chaos, nie pojmowane same z siebie, lecz oceniane z zewnątrz przez przychodzącą stamtąd normę. Dla Dahma przykładem takiego „oglądu całościowego” („ganzeitliche Betrachtung”) była nauka o *corpus delicti*, której punktem wyjścia było nie abstrakcyjnie ujęte przestępstwo, lecz rzeczywiste treści, tj. istota pojedynczego przestępstwa. Prawo niemieckie – twierdzi Dahm – jest

²³ C. Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1959, s. 44.

²⁴ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 25.

²⁵ Zob. M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil...*, s. 182 i n. Według M.E. Mayera, znamiona normatywne stanowią tylko wyjątki w systemie Belinga. Blżej na ten temat H. Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe 1957, s. 43–45; K.H. Kunert, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin 1958, s. 28–31; W.G. Tischler, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, Berlin 1984, s. 60–65.

²⁶ E. Wolf, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau 1931, s. 56–61. Zob. G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 25.

²⁷ M. Grünhut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen 1926, s. 8. Grünhut był neokantystą, przejął więc ich główne założenie metodologiczne: zależność materiału poznawczego od metody poznania. Zob. K.H. Kunert, *Die normativen Merkmale...*, s. 31 i n.; S. Ziemann, *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, Baden-Baden 2009, s. 115 i n.

²⁸ E. Wolf, *Die Typen...*, s. 58.

²⁹ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 25 i n.

porządkiem życia („Lebensordnung”) niemieckiego narodu³⁰. Wszystkie działania i byt mają sens nadany jedynie przez tę wspólnotę. Nie jest ona żadnym systemem czy układem norm, lecz pewnym rzeczywistym, żywym wewnętrznym porządkiem. Prawo i życie nie stanowią przeciwieństw, prawo jest pełną treścią i znaczeń – nieempiryczną – samą rzeczywistością. Wspólnota nie jest porządkowana z zewnątrz, lecz jest nośnikiem swoich reguł. Błędne jest każde myślenie, które zakłada dualizm wartości i rzeczywistości, powinności i bytu, chociaż oczywiście rzeczywistość empiryczna może stać w sprzeczności z porządkiem narodowym i rasowym. Byt narodu niemieckiego nie jest jednak chaosem, lecz porządkiem³¹. Tak jak prawo jest konkretnym porządkiem, tak przestępstwo jest konkretnym nieporządkiem³². Bezprawie nie da się więc podzielić między całkowicie obiektywny świat bytu i wartości, między istotę czynu („Tatbestand”) i bezprawność („Rechtswidrigkeit”). „Zabójstwo” nie może zostać ustalone „jako takie” („als solche”) i następnie opatrzone piętnem „mordu”. Jest ono od razu morderem, jeżeli niszczy wspólnotę. Kto ocenia z punktu widzenia wspólnoty, dla tego mord i czyn żołnierza to dwie całkowicie różne rzeczy, tak że zupełnym bezsenssem jest rozwijanie pojęcia istoty czynu, które obydwie te sytuacje ze sobą łączy. Przyjmowanie „istoty czynu zabójstwa” („Tatbestand der Tötung”) jest pozbawione jakiegokolwiek wartości. Już to słowo jest abstrakcyjne i nierealne, papierowe, całkowicie pozbawione życia, podczas gdy „mord” już w języku jest żywym wyobrażeniem. Wartość i jej miara pochodzą nie z abstrakcyjnych zewnętrznych norm, lecz z samych rzeczy („aus den Dingen selbst”), nie z empirycznej rzeczywistości, lecz z jej wewnętrznego porządku, jej bytu we wspólnocie narodowej i rasowej. Wynika z tego – wywodzi dalej G. Dahm – ograniczoność całego procesu tworzenia pojęć³³. Prawnicze pojęcie nie jest w stanie uporządkować chaosu. Zastaje ono nie nieporządek, lecz naród i rasę, historyczny i żywy porządek, pewien wewnętrzny i całościowy związek sensu („Sinnzusammenhang”), który nie daje się dowolnie i według prawideł abstrakcyjnej logiki rozszcześcić na „znamiona” lub „części składowe”. Tego porządku nie da się stworzyć, można go jedynie rozumieć. Nie chodzi więc o problem tworzenia pojęć, lecz o ich odtwarzanie.

³⁰ Ibidem, s. 28 i n.

³¹ Zob. także R. Freisler, *Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung*, (w:) Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Berlin 1935, s. 17: „Eines jedenfalls ist für den Nationalsozialismus selbstverständlich: Im Widerspruch zur im Volk anerkannten Sittenordnung und zu ihren Forderungen darf die Rechtsordnung nicht stehen”; idem, *Der Versuch*, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1934, s. 83: „Der Nationalsozialismus und vor allem der Führer haben mit aller Entschiedenheit immer wieder hervorgehoben, daß der Staat nur **eine**, wenn auch wichtige Lebensäußerung und Organisationsform des Volkes sei. Wir müssen deshalb für die staatliche Rechtsordnung eine tiefere Grundlage anerkennen. Diese kann nur das **im Volke wurzelnde deutsche Sittengesetz sein**, aus dem heraus sich die staatliche Rechtsordnung als eine unvollkommene Ausdrucksform entwickelt hat und weiterhin entwickeln wird”. Podkreśli. R. Freisler.

³² G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 29.

³³ Ibidem, s. 30.

Zdaniem G. Dahma, kara nie chroni zewnętrznego porządku, jakiś trwałych stanów bądź interesów (dóbr), lecz „żywą jedność połączonych ze sobą ludzi” („lebendige Einheit von zueinander gehörenden Menschen”)³⁴. Kara dotyka tego, kto występuje przeciwko wspólnocie, odpowiada on za przestępstwo, które narusza wewnętrzne prawo wspólnoty. Sprawstwo jest pewnym bytem we wspólnocie. „Istota sprawcy” („Wesen des Täters”) jest określana nie tylko przez procesy psychiczne. Dahm konstatuje, że określenie narodowosocjalistycznego prawa karnego jako „prawa „karnego woli” („Willensstrafrecht”) daje powody do błędów. Słowo to prawidłowo wyraża zasadę, że nie chodzi jedynie o skutek czy zewnętrzny proces, że przestępstwo oznacza coś innego niż naruszenie interesów (dóbr). Prawo karne w ujęciu nazistowskich karnistów nie opierało się wyłącznie na prostym subiektywizmie, który prowadził np. do karalności wszystkich przypadków usiłowania nieudolnego, w tym usiłowania z zabobonu („der abergläubische Versuch”) oraz usiłowania tzw. nieudolnego podmiotu³⁵. O rodzaju sprawcy nie decyduje jedynie jego wola (zamiar) ujawniona w jakimś czynie. Dahm posługuje się pojęciem typu sprawcy („Tätertypus”), do którego należy wszystko, co jest istotne dla wspólnoty. Decydujące znaczenie dla typu przestępstwa mają, obok procesów psychicznych, zewnętrzne warunki, w których sprawca żyje, przynależność do wspólnoty narodowej i rasowej, kolektywu żołnierskiego, zawodu, stanu itd.³⁶ Bezprawie jest przecież naruszeniem obowiązku wobec takich wspólnot. Nie ma tu żadnych ogólnych reguł, tylko interpretacja poszczególnych zjawisk. Wskazówki dają często mowa – zdrajca, morderca, oszust – tu z reguły istota sprawcy leży w woli³⁷. Mordercą jest nie tylko ten, kto popełnia mordy z nawykienia („gewöhnheitsmäßig”), lecz również ten, kto – ewentualnie już na podstawie pojedynczego czynu – według natury popełnionego przez niego przestępstwa i swojego nastawienia wydaje się mordercą („als Mörder erscheint”)³⁸. Typ sprawcy oznacza tu pewien obraz człowieka („ein Menschenbild”), żywe we wspólnocie narodowej wyobrażenie o mordercy, złodzieju, paserze, stręczycielu. To, czy ktoś w tym sensie wydaje się sprawcą, nie zależy od częstości popełniania

³⁴ Ibidem, s. 31–32.

³⁵ Zob. np. K. Klee, *Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, Deutsche Juristen-Zeitung 1934, s. 33 i n. W 1938 r. Reichsgericht na podstawie norymberskiej ustawy z 15 września 1935 r. o ochronie krwi przyjął, że sprawca, który podjął współzycie płciowe z „aryjką” w błędnym przekonaniu, że jest Żydem, popełnia przestępstwo usiłowania nieudolnego „zhańbienia rasy” („Rassenschande”). Bliżej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 74.

³⁶ Por. nowe określenie zdolności prawnej K. Larenza (*Rechtsperson und subjektives Recht*, (w:) Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, s. 241): „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit – jedes Menschen – aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden”. Bliżej zob. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen 1968, s. 323 i n.

³⁷ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 31–32.

³⁸ G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 257; idem, *Verbrechen...*, s. 32; idem, *Das strafrechtliche Täterproblem in der Rechtsprechung*, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1939, s. 528 i n.

czynów lub od istnienia zakorzenionej skłonności do popełniania określonych przestępstw, chociaż tego rodzaju kryminologiczne aspekty również mogą typ sprawy współokreślać, lecz przede wszystkim od natury przestępstwa, mianowicie od sposobu jego popełnienia, od nastawienia, które posiadał sprawca przy podjęciu czynu, od usytuowania i obowiązków sprawcy wobec wspólnoty. Rodzaj sprawcy określa się przede wszystkim według istoty sprawy („Wesensschau”), zaś rodzaj przestępstwa według rodzaju sprawcy³⁹. Jest to prawo karne zorientowane nie na czyn, tylko na sprawcę („Täterstrafrecht”). Takie prawo zakłada jedność czynu i sprawcy i nie pomija zagadnienia, czy sprawca należy do wspólnoty. Przez to określa się często rodzaj niektórych przestępstw. Zdrada ojczyzny („Landesverrat”), którą popełnić może tylko Niemiec, to zdrada i wiarołomstwo wobec wspólnoty, jest więc całkowicie czymś innym niż zamach obcego szpiega na prawo gościnności i bezpieczeństwo Rzeszy. Popełniona przez towarzysza kradzież jest czymś innym niż kradzież dokonana wobec obcego. Osoby, które w 1919 r. wtargnęły na wystawę w Berlinie i zabrały francuski sztandar z 1871 r. (po traktacie wersalskim miał być wydany Francji), następnie go spaliły, nie są złodziejami⁴⁰. Złodziejem nie jest każdy, kto „zabiera cudzą rzecz ruchomą w celu bezprawnego przywłaszczenia”, tylko jedynie ten, kto z istoty swej jest złodziejem („wer seinem Wesen nach Dieb ist”)⁴¹. Ustawowej „istocie czynu” odpowiada określony typ sprawcy. Zatem istota kradzieży nie wyczerpuje się w sumie swoich znamion. Zakres karalności może być węższy niż ustawowy opis kradzieży, i odwrotnie, może on wykraczać poza brzmienie ustawy karnej⁴². Wyraźnie fenomenologicznego pochodzenia „ogład istoty sprawcy” („Wesensschau”), jeszcze przed nowelizacją § 2 niemieckiego k.k., prowadzi G. Dahma do zakwestionowania zakazu analogii na niekorzyść sprawcy⁴³, a źródłem określania istoty sprawcy staje się „zdrowe poczucie narodowe” („gesundes Volksempfinden”), kryterium zaś interes wspólnoty narodowej i obowiązki wobec niej, ów konkretny porządek tkwiący w instytucjach tej wspólnoty. Bezwarunkowe odwołanie się do rzeczywistości panujących zapatrywań i poglądów narodu mogłoby stać w sprzeczności z politycznymi intencjami kilońskich uczonych⁴⁴. Wskazuje na to wyraźnie uzupełnienie w postaci atrybutu „zdrowe”. Wbrew postulatom metodologicznym kilończyków miarodajny jest tutaj zewnętrzny punkt widzenia, decydujący o tym, które z istniejących zapatrywań narodu jako „zdrowe” mają określać kryteria wykładni. W nazistowskim państwie totalitarnym tym zewnętrznym źródłem jest oczywiście ideologia narodowosocjalistyczna. Jako zdrowe może obowiązywać tylko takie zapatrywanie, które odpowiada niemieckiej i narodowosocjalistycz-

³⁹ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 35.

⁴⁰ G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 253.

⁴¹ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 45.

⁴² Zob. również G. Dahm, *Der Methodenstreit...*, s. 253, 263 i n.

⁴³ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 46.

⁴⁴ K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 205.

nej idei prawa – stwierdza wyraźnie G. Dahm⁴⁵. Koncepcja „Täterstrafrecht” pozwala na stosowanie represji właściwie tylko ze względu na stosunek sprawcy do reżimu nazistowskiego. Czyn, który nawet w wypadku skrajnie subiektywistycznego ujęcia bezprawia odgrywa pewną rolę, tutaj schodzi całkowicie na dalszy plan. Ta nazistowska koncepcja normatywnego sprawcy znalazła wyraz np. w 1941 r. w nowelizacji przepisu dotyczącego tzw. mordu. Brzmienie istoty czynu tego przestępstwa nie uległo zmianie do chwili obecnej!⁴⁶

Nie ulega wątpliwości, że z nauką o normatywnym typie sprawcy i uznaniem za podstawę bezprawia „naruszenie obowiązku” („Pflichtverletzung”), które tożsame było z naruszeniem etycznych wartości narodu niemieckiego, korespondowało zapatrywanie G. Dahma, wyrażone najskrajniej w tezie, że właściwie każde przestępstwo kryje w sobie moment „zdrady” (przestępstwo jako zdrada – „Verrat”), że „zdrada” jest prototypem przestępstwa, ogólną zasadą prawa karnego⁴⁷. Niszczy ona społeczeństwo i porządek, odbiera sprawcy honor, hańbi go i wyklucza ze wspólnoty⁴⁸. Takie ujęcie wiąże się bezpośrednio z koncepcją kary G. Dahma. Zadaniem prawa karnego w narodowym socjalizmie jest dla niego ochrona honoru i godności wspólnoty narodowej przez napiętnowanie wrogiego dla narodu nastawienia sprawcy⁴⁹. Zarówno Dahm, jak i Schaffstein uważali, że każda rzeczywista kara jest ostatecznie karą na honorze („die Ehrenstrafe”) i karą podstawową w nowym prawie karnym⁵⁰. Zadaniem takiej kary jest wyrażenie obniżenia godności i honoru sprawcy z powodu jego wrogiego wobec wspólnoty narodowej nastawienia. Ujęcie przestępstwa jako „zdrady” oznacza oczywiście skrajną subiektywizację bezprawia i likwidację linii demarkacyjnej między bezprawiem a winą sprawcy. G. Dahm nie tylko włączył zamiar i nieumyślność do istoty czynu (bezprawia)⁵¹, czy przyjął, że świadomość bezprawia należy do umyślności (zamiaru)⁵², ale posunął się do stwierdzenia, że nawet zachowanie chorego psychicznie (niepoczytalnego) nie jest bezprawne, ponie-

⁴⁵ G. Dahm, *Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht*, Deutsches Strafrecht, 1934, s. 91. Na ten temat K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 205.

⁴⁶ Zob. B. Feldmüller-Bäuerle, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, Hamburg 2010, s. 9. § 211 obecnie obowiązującego niemieckiego k.k.: „(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Strafe bedroht. (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet”. W 1941 r. mord zagrożony był oczywiście karą śmierci.

⁴⁷ G. Dahm, *Verrat und Verbrechen*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1935, Bd. 95, s. 291. Zob. K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 186–188; B. Feldmüller-Bäuerle, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, s. 99–107.

⁴⁸ G. Dahm, *Verrat...*, s. 283.

⁴⁹ G. Dahm, *Die Ehre im Strafrecht*, Deutsches Recht 1934, s. 419; bliżej zob. B. Feldmüller-Bäuerle, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, s. 89–99.

⁵⁰ G. Dahm, *Die Erneuerung der Ehrenstrafe*, Deutsche Juristen-Zeitung 1934, s. 826; F. Schaffstein, *Die Bedeutung des Ehrenschatzes im nationalsozialistischen Strafrecht*, Deutsches Recht 1935, s. 270; zob. B. Feldmüller-Bäuerle, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, s. 92 i n.

⁵¹ G. Dahm, *Verbrechen...*, s. 37–38.

⁵² *Ibidem*, s. 34.

waż brakuje tu od początku naruszenia wewnętrznych praw wspólnoty, brakuje więc przestępstwa!⁵³ Chory psychicznie nie popełnia mordu, kradzieży, nie narusza bowiem obowiązku wierności wobec wspólnoty (innymi słowy: nie popełnia zdrady). Traktowany jest więc jak gradobicie, które niszczy zbiory, lub jak byk, który zabija człowieka!

Problematyką relacji między bezprawnością a winą zajął się przede wszystkim F. Schaffstein. Jego stanowisko zarówno wobec kategorialnej systematyki klasycznej, jak i nowszego, teleologicznego (neoklasycznego) ujęcia przestępstwa jest zdecydowanie krytyczne⁵⁴. Stara kategorialna systematyka dzieliła zadany jej materiał ogólnych warunków karalności według formalnych kryteriów obiektywne – subiektywne. Całość obiektywnych warunków karalności zaliczano do bezprawia (bezprawności) i przeciwstawiano je winie, przez którą rozumiano stosunek psychiczny sprawcy do czynu (elementy podmiotowe)⁵⁵. Ujęcie teleologiczne w zasadzie przejęło obiektywny charakter bezprawia, opartego przede wszystkim na ujemności naruszenia dobra prawnego. To stanowisko było jednak korygowane przez uznanie np. tzw. podmiotowych elementów bezprawności czy przedmiotowo określonych elementów winy (np. w wypadku stanu konieczności znoszącego winę). Koncepcja „Willensstrafrecht” – stwierdza F. Schaffstein – która przestępstwo ujmuje jako wystąpienie przeciwko porządkowi moralnemu („Pflichtverletzung”) i traktuje drugorzędnie zewnętrzną szkodę, ma dla systematyki przestępstwa znaczenie o tyle, że przesuwa na plan pierwszy sprawcę i jego nastawienie⁵⁶. Występujące w znacznej ilości w istocie czynu obiektywne elementy winy i podmiotowe elementy bezprawności (motywy, cele, nastawienia, obowiązki sprawcy) prowadzą do tezy, że zwykle określenie tych istot czynu jako „typów bezprawia” („Unrechtstypen”) jest jednostronne i nietrafne. Treść bezprawia i treść winy powinny zostać ujęte w jednym nadrzędnym pojęciu. Dotyczy to odpowiednio okoliczności wyłączających bezprawie. Nauka i orzecznictwo wymagają do ich przyjęcia, oprócz istnienia określonej sytuacji obiektywnej, również elementów subiektywnych (np. cel odparcia zamachu przy obronie koniecznej, cel uchylecia niebezpieczeństwa przy stanie konieczności). Z drugiej strony materialne elementy bezprawia znajdują się także w obszarze niektórych okoliczności znoszących zawinienie („Entschuldigungsgründe”). Bardzo dobrym przykładem jest tutaj znoszący zawinienie stan wyższej konieczności (wówczas za takie uznawano §§ 52 i 54 niemieckiego k.k., obecnie § 35 obowiązującego k.k.), który wymaga rozważenia proporcji kolidujących dóbr⁵⁷. F. Schaffstein akceptuje teorię

⁵³ Ibidem, s. 37.

⁵⁴ F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit...*, s. 295 i n.

⁵⁵ Ibidem, s. 298 i n.

⁵⁶ Ibidem, s. 300 i n.

⁵⁷ Por. art. 26 § 2 polskiego k.k. z 1997 r. We współczesnej doktrynie niemieckiej rozpowszechniony jest pogląd, że „Entschuldigungsgründe” (np. stan konieczności z § 35 niemieckiego k.k., sytuacja przekroczenia granic obrony koniecznej „aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken” – § 33; polskim odpowiednikiem jest art. 25 § 3 k.k.), w przeciwieństwie do prawdziwych okoliczności wyłączających winę („Schuldausschlie-

negatywnych znamion czynu zabronionego nie tylko w obszarze tradycyjnych okoliczności wyłączających bezprawność, ale również w wypadku okoliczności znoszących zawinienie (z wyjątkiem niepoczytalności)⁵⁸. Wreszcie opowiada się za finalnym ujęciem czynu, kształtującym się w poglądach m.in. A.G. zu Dohny, H. v. Webera, E. Wolfa, a później rozwiniętym i propagowanym przez H. Welzla i jego uczniów, a próbuje również narzucającą się niektórym niemal automatycznie konsekwencję tego stanowiska w postaci konieczności włączenia umyślności (zamiaru) do bezprawności (bezprawia, istoty czynu)⁵⁹. F. Schaffstein, idąc poniekąd śladem swojego przyjaciela G. Dahma, rozważa możliwość („wiele za tym przemawia...”) włączenia poczytalności do bezprawia, ostatecznie uznaje ją za samodzielny element przestępstwa⁶⁰. Na podstawie tych rozważań Schaffstein dochodzi do wniosku, że zespolenie elementów przedmiotowych i podmiotowych, w tradycyjnej nauce traktowanych jako elementy bezprawia oraz winy, jest tak mocne, że rozdzielenie tych płaszczyzn jest niemożliwe, że powinno się w wypadku istot czynu zagrożonych karą („Strafandrohungstatbestände”) operować pojęciem karygodnej ujemności całościowej („strafwürdiger Gesamtunwert”)⁶¹. Dotyczy to także tradycyjnych okoliczności wyłączających bezprawność („Rechtfertigungsgründe”) oraz okoliczności znoszących zawinienie z wyjątkiem niepoczytalności („Entschuldigungsgründe”)⁶². Również tutaj, ze względu na pomieszczenie różnorodnych elementów, kompleksowość tych sytuacji wyłączających karalność, rozróżnienie na okoliczności wyłączające bezprawność oraz wyłączające winę jest praktycznie nie do przeprowadzenia. Tezę tę, ze względu na ujęcie kary jako kary na honorze i konsekwencje procesowe, stawia Schaffstein jednak ostrożnie⁶³. Dla konstrukcji przestępstwa nie ma to wszakże większego znaczenia. W porównaniu z systemem dawnej nauki ulega ona przede wszystkim istotnemu uproszczeniu⁶⁴. Dawniejsza zgodność zachowania z istotą czynu („Tatbestandsmäßigkeit”) zostaje poszerzona, obejmując wszystkie elementy charakteryzujące bezprawie i winę w dawnym znaczeniu, również jako negatywne znamiona wyłączające karalność. Jest to tzw. typ deliktu („Deliktstypus”).

„Entschuldigungsgründe”, np. niepoczytalność, nie dająca się uniknąć nieświadomość bezprawności czynu), mimo że ostatecznie zostają kategoriami wyłączenia zawinienia, a nie wyłączenia bezprawności czynu, materialnie charakteryzują się zmniejszonym stopniem bezprawia; stanowią „podwójne” zmniejszenie winy, raz ze względu na mniejsze bezprawie (rozważenie proporcji kolidujących dóbr), które zawsze pociąga za sobą obniżenie zarzutu winy (pierwsza wtórna, zależna redukcja winy), oraz obniżenie zarzucalności ze względu na anormalną sytuację motywacyjną (druga niezależna redukcja winy). Ten ostatni element redukcji wiąże się z normatywnym ujęciem winy. Bliżej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 477 i n.

⁵⁸ F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit...*, s. 305–311, 314–316.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 304, 311–314.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 314–315, 316.

⁶¹ *Ibidem*, s. 307, 310.

⁶² *Ibidem*, s. 308.

⁶³ *Ibidem*, s. 311.

⁶⁴ F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit...*, s. 315.

W celu mocniejszego uzasadnienia swojego stanowiska F. Schaffstein poddaje krytyce praktyczne konsekwencje wiązane w tradycyjnej nauce z rozróżnieniem bezprawności i winy (okoliczności wyłączających bezprawność i wyłączających zawinienie)⁶⁵. Chodzi mianowicie o przesłanki „bezprawności” jako warunki wystarczające: zamachu przy podjęciu obrony koniecznej, zachowania pozwalającego na zastosowanie środka zabezpieczającego oraz zachowania sprawcy bezpośredniego jako podstawa bezprawności zachowania podżegacza i pomocnika (udział w czynie zabronionym)⁶⁶.

Według tradycyjnej nauki „bezprawność” zamachu wykładana była obiektywistycznie, np. obrona konieczna dopuszczalna była wobec zachowania sprawcy nieletniego, niepoczytalnego, działania sprawcy w niedającym się uniknąć błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię typu (istoty) czynu zabronionego czy w niedającej się uniknąć nieświadomości bezprawności, zachowania w tzw. stanie konieczności wyłączającym jedynie zawinienie⁶⁷. Sytuacje te zaliczane są do tzw. okoliczności wyłączających winę, nie uchylają zatem bezprawności czynu. F. Schaffstein dochodzi do wniosku, że pojęcie bezprawności zamachu jako warunek podjęcia obrony koniecznej należy interpretować, uwzględniając funkcje tej instytucji. Ponieważ właściwym sensem prawa obrony koniecznej jest utrzymanie i potwierdzanie wobec bezprawia obowiązywania porządku prawnego, byłoby niesłuszne i niesprawiedliwe, tego, kto np. w dobrej wierze czy w wyłączającym winę stanie konieczności wkracza w obcą sferę prawną, stawiać w gorszym położeniu niż atakujące zwierzę i poddawać obszernemu i ostremu działaniu dopuszczanego w ramach obrony koniecznej⁶⁸. Tak więc według F. Schaffsteina, warunkiem podjęcia obrony jest obok bezprawności również zawinienie zamachu.

⁶⁵ Ibidem, s. 316–324.

⁶⁶ Problem funkcji rozróżnienia między okolicznościami wyłączającymi bezprawność oraz wyłączającymi winę w tych obszarach jest przedmiotem rozważań także współczesnej doktryny prawa karnego. Bliżej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 329–441.

⁶⁷ Obecnie obowiązujący § 35 niemieckiego k.k.; art. 26 § 2 polskiego k.k. z 1997 r.

⁶⁸ F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit...*, s. 317. Podobnie we współczesnej niemieckiej nauce duża grupa uczonych wymaga warunku zawinienia zamachu dla podjęcia działania w obronie koniecznej. Zob. m.in. J. Hruschka, *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, (w:) Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29 April 1977, Berlin–New York 1977, s. 202; idem, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin–New York 1988, s. 140 i n.; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004, 7. Aufl., s. 107 i n.; K. Marxen, *Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr*, Frankfurt am Main 1979, s. 62; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin–New York 1993 (Studienausgabe), 2. Aufl., s. 385 i n. (tylko przy ewidentnie niezawinionych zamachach obrona wyłączona); J. Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, s. 99 i n., 279 i n. Ponadto duża część doktryny niemieckiej w sytuacjach zamachów niezawinionych wprawdzie dopuszcza obronę konieczną, ale tylko przy spełnieniu dodatkowych wymogów: zasady proporcjonalności i subsydiarności. Zob. m.in. J. Hermann, *Obrona konieczna w prawie RFN*, „Studia Prawnicze” 1987, nr 3, s. 85–87; C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 685–687; s. 81; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996, s. 345–346; W. Mitsch (w:) J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld 2003, s. 365–366; F. Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2004, s. 90–91; M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–New York 1997, s. 273; W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–New York 2005, s. 206.

Tym samym odpada jedna z funkcji przypisywana rozróżnieniu między bezprawnością a winą⁶⁹.

W tradycyjnej nauce postulującej konieczność ścisłego rozgraniczenia bezprawności i winy, okoliczności wyłączających bezprawność i okoliczności wyłączających winę, przyjmuje się, że warunkiem koniecznym wymierzenia kary jest ustalenie bezprawności i winy, natomiast do zastosowania środków zabezpieczających wystarczy m.in. to, że zachowanie realizujące znamiona istoty czynu jest bezprawne. Wobec sprawcy, który działał w sytuacji wyłączającej bezprawność orzeczenie środków zabezpieczających nie jest możliwe, natomiast nie jest to wykluczone, gdy zachodzi okoliczność wyłączająca winę (w szczególności w przypadku niepoczytalności). Zdaniem F. Schaffsteina, całkowicie nietrafna jest teza, że do zastosowania środka zabezpieczającego, np. wobec niepoczytalnego, wystarczy jedynie warunek bezprawności czynu sprawcy⁷⁰. Środki takie nie mogą być stosowane zarówno wtedy, gdy niepoczytalny sprawca działa np. w obronie koniecznej, ale także wtedy, gdy znajduje się w tzw. wyłączającym winę stanie konieczności. Argumentacja Schaffsteina jest tutaj również związana z funkcją przepisów przewidujących możliwość stosowania takich środków. Jego zdaniem, np. w przypadku niepoczytalnego muszą zachodzić wszystkie znamiona „Deliktstypus” (oczywiście bez warunku poczytalności, który jest odrębnym elementem przestępstwa), a więc brak okoliczności wyłączających bezprawność, jak i brak okoliczności wyłączających zawinienie (np. stan konieczności, urojona obrona konieczna lub inny błąd)⁷¹.

Rozróżnienie między okolicznościami wyłączającymi bezprawność a okolicznościami znoszącymi winę w niemieckiej doktrynie prawa karnego związane jest również z zasadami odpowiedzialności za udział w czynie zabronionym (podżegaczy i pomocników), w szczególności z zasadą tzw. limitowanej (ograniczonej) akcesoryjności. W tradycyjnej nauce zakres akcesoryjności odpowiedzialności za udział został ustawiony dokładnie na linii demarkacyjnej między obiektywną bezprawnością a podmiotową winą. Tak więc podżeganie (pomocnictwo) do zachowania w sytuacji wyłączającej bezprawność pozostaje także niebezprawnym (brak bezprawia sprawcy głównego). Natomiast jeżeli u sprawcy głównego zachodzi okoliczność znosząca zawinienie, odpowiedzialność podżegacza (pomocnika) jest możliwa. F. Schaffstein zgadza się ze stanowiskiem profesorów marburskich, E. Schwinge i L. Zimmerlem, że prawnej istoty zachowania podżegacza i pomoc-

⁶⁹ Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 407 i n.

⁷⁰ F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit...*, s. 317–319.

⁷¹ Tak również we współczesnej doktrynie prawa karnego. Zob. np. H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 808; W. Stree (w:) A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 26. neu bearbeitete Auflage von Th. Lenckner, A. Eser, P. Cramer, W. Stree, G. Heine, W. Perron, D. Sternberg-Lieben, München 2001, s. 876; w austriackim prawie karnym O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien–New York 1994, s. 488. Bliżej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 345–358.

nika nie da się ująć w całkowitym oderwaniu od zachowania sprawcy głównego⁷². Również bezsporna jest dalsza ich teza, że zachowanie podżegacza i pomocnika swoje bezprawie czerpie z bezprawia sprawcy głównego. Jest to jednak początek problemu – wywodzi F. Schaffstein. Założenie E. Schwinge i L. Zimmerla, że jest to jedynie bezprawie obiektywne, a nie bezprawie zawinione, jest przedwczesne tak długo, jak będzie istniał spór co charakteru tego bezprawia. Zdaniem Schaffsteina, karalność udziału jest uzależniona od istnienia wszystkich znamion „Deliktstypus”, a więc czyn sprawcy głównego musi realizować wszystkie znamiona typu przy braku istnienia okoliczności wyłączających bezprawność oraz braku tzw. okoliczności znoszących zawinienie (warunkiem akcesoryjności nie jest jednak poczytalność)⁷³. Oznacza to, że akcesoryjność w jego ujęciu rozciąga się także na elementy, które w tradycyjnej systematyce przestępstwa uznawane są za elementy winy, w tym odpowiedzialność podżegaczy i pomocników zależy od nieistnienia tzw. okoliczności wyłączających winę. Upada zatem trzeci praktyczny argument przemawiający za rozdziałem bezprawności i winy.

Koncepcja przestępstwa kilońskich reprezentantów nazistowskiej nauki prawa karnego, przede wszystkim G. Dahma i F. Schaffsteina, posiada cechy chyba najbardziej typowe dla doktryny prawa karnego państwa totalitarnego. Gwarancyjna funkcja prawa karnego zostaje zniesiona nie tylko poprzez formalne dopuszczenie analogii na niekorzyść, ale również przez dogmatyczne całkowite unicestwienie tradycyjnej wieloszczeblowej formalnej struktury przestępstwa oraz odwołanie się do politycznie określanego materialnego jego ujęcia („materielle Verbrechensauffassung”; ewentualnie materialna bezprawność – „materielle Rechtswidrigkeit”), orientowanego przede wszystkim na kryterium wyrządzenia szkody wspólnocie narodowej i rasowej⁷⁴. Dokładnej definicji nowego materialnego pojęcia przestępstwa Schaffstein i Dahm jednak nie sformułowali⁷⁵. Poszczególne jej elementy czy konkretyzacje odnaleźć można u kilończyków np. w koncepcjach honoru i jego utraty jako podstawy prawa karnego („Lehre vom Ehrenstrafrecht”), nauce o przestępstwie jako zdradzie („Lehre vom Verrat”), nauce o typach sprawcy („Tätertypenlehre”), nauce o przestępstwie jako narusze-

⁷² F. Schaffstein, *Rechtswidrigkeit...*, s. 318–324.

⁷³ Według Schaffsteina, realizacja przez sprawcę znamion „Deliktstypus” wymaga realizacji wszystkich znamion typu (istoty) czynu oraz braku znamion okoliczności wyłączających bezprawność oraz braku okoliczności wyłączających winę z wyjątkiem poczytalności, która stanowi samodzielny element przestępstwa. Do „Deliktstypus” nie należą zaś tzw. personalne okoliczności wyłączające karalność. Problem zakresu akcesoryjności odpowiedzialności podżegaczy i pomocników jest w doktrynie nadal przedmiotem sporu. Szczególnie kontrowersyjna jest ewentualna odpowiedzialność w wypadku nakłaniania lub pomagania innej osoby do działania w warunkach stanu konieczności wyłączającego winę (§ 35 niemieckiego k.k.), gdy podżegacz i pomocnik nie są sami zagrożeni lub nie należą do kręgu osób bliskich osoby zagrożonej. Na gruncie art. 26 § 2 polskiego k.k., ze względu na ujęcie tego przepisu (można działać na rzecz osoby zupełnie obcej), karalność podżegacza i pomocnika do zachowania w jego warunkach jest wyłączona. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 393–407.

⁷⁴ Zob. w szczególności F. Schaffstein, *Die materielle Rechtswidrigkeit...*, s. 18 i n.

⁷⁵ Na temat materialnego ujęcia przestępstwa kilończyków szerzej B. Feldmüller-Bäuerle, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, s. 71 i n.; K. Marxen, *Der Kampf...*, s. 172 i n.

niu obowiązku („Lehre als Pflichtverletzung”), wreszcie postulowanej nie tylko przez Dahma i Schaffsteina nauce o pierwotnym i podstawowym charakterze subiektywnego bezprawia („Willensstrafrecht”)⁷⁶.

STRESZCZENIE

Przedstawiciele szkoły kilońskiej, przyjmując metodę „oglądu całościowego” („ganzheitliche Betrachtung”), traktowali analityczną metodologię ujęcia struktury przestępstwa (czyn, istota czynu, bezprawność, wina) jako zabieg nienaturalny, gwałcący prawdziwą, kompleksową jego istotę. Odrzucali konieczność ścisłego odróżnienia istoty czynu („Tatbestand”) i bezprawności oraz bezprawności i winy, w tym również okoliczności wyłączających bezprawność od okoliczności wyłączających winę. Między obydwojema kilończykami doszło do pewnego „podziału pracy” przy „likwidacji” klasycznej definicji przestępstwa: G. Dahm zajmował się częściej relacją między istotą czynu („Tatbestand”) a bezprawnością, natomiast F. Schaffstein relacją między bezprawnością a winą. Dla Dahma punktem wyjścia była krytyka koncepcji E. Belinga, który przyjmował, że na poziomie zgodności zachowania z deskryptywną, wolną od wartościowania istotą czynu („Tatbestandsmäßigkeit”) nie zachodzi żadna różnica między zachowaniami bezprawnymi (np. zwykłym zabójstwem) a zachowaniami legalizowanymi (np. zabójstwem w obronie koniecznej). Niemieckie prawo – twierdził natomiast G. Dahm – jest porządkiem życia („Lebensordnung”) niemieckiej wspólnoty narodowej. Wspólnota ta nie jest porządkowana z zewnątrz, lecz jest nośnikiem swoich reguł. Bezprawie nie da się podzielić między całkowicie obiektywny świat bytu a wartości, między istotę czynu („Tatbestand”) a bezprawność („Rechtswidrigkeit”). Dahm sformułował postulat zlikwidowania pojęcia „istoty czynu” („Tatbestand”). Zamiast tego podstawowe znaczenie uzyskało normatywne pojęcie typu sprawcy („Tätertypenlehre”), podstawą bezprawia stało się „naruszenie obowiązku” wobec wspólnoty narodowej („Pflichtverletzung”). G. Dahm wysunął nawet tezę, że „zdrada” („Verrat”) wobec wspólnoty jest prototypem każdego przestępstwa, ogólną zasadą prawa karnego. Z kolei F. Schaffstein, analizując poszczególne instytucje, doszedł do wniosku, że rozróżnienie między bezprawnością a winą jest praktycznie nie do przeprowadzenia oraz nie pełni takich funkcji, które mu się przypisuje (np. w obszarze obrony koniecznej, warunków stosowania środków zabezpieczających oraz koncepcji udziału w czynie zabronionym).

⁷⁶ Zob. B. Feldmüller-Bauerle, *Die strafrechtliche Kieler Schule*, s. 74.

SUMMARY

Adopting a method of an “overall analysis” („ganzheitliche Betrachtung”), the representatives of the Kiel School treated the analytical methodology of the crime structure (a criminal act, the essence of a criminal act, unlawfulness, guilt) as an unnatural operation violating its true, complex essence. They rejected the necessity of distinguishing between the essence of a criminal act (“Tatbestand”) and unlawfulness and between unlawfulness and guilt, including differentiating the circumstances excluding unlawfulness from those excluding guilt. The two Kiel Scholars in a peculiar way “shared the job” of liquidating the classical definition of crime: G. Dahm more often worked on the relation between the essence of a criminal act (“Tatbestand”) and unlawfulness while F. Schaffstein dealt with the relation between unlawfulness and guilt. For Dahm the starting point was the criticism of the concept of E. Beling, who assumed that on the level of conformity of behavior with a descriptive, free of evaluation, essence of a criminal act (“Tatbestandsmäßigkeit“), there is no difference between unlawful behavior (e.g. common manslaughter) and legalized behavior (e.g. homicide in self-defense). German law – according to G. Dahm – is a life order (“Lebensordnung”) of the German national community. The community is not organized from outside but is a means of conveying its own rules. Unlawfulness cannot be divided between totally objective world of existence and values, between the essence of a criminal act (“Tatbestand”) and unlawfulness (“Rechtswidrigkeit”). Dahm formulated a demand for liquidating a concept of “the essence of a criminal act” (“Tatbestand”). Instead, a normative concept of the type of perpetrator (“Tätertypenlehre”) obtained major importance, and a “failure to fulfill obligations” towards the national community (“Pflichtverletzung”) became the basis of unlawfulness. G. Dahm even formulated a thesis that “betrayal” (“Verrat”) of the community is a prototype of every kind of crime, a general rule of criminal law. F. Schaffstein, on the other hand, analyzing individual institutions, came to a conclusion that it is practically impossible to differentiate between unlawfulness and guilt and that such differentiation does not play the role attributed to it (e.g. in the field of self-defense, conditions for the use of protective measures and a concept of participation in a forbidden act).