

ZBIGNIEW JĘDRZEJEWSKI



NULLUM CRIMEN SINE LEGE I KONTRATYPY
A ZASADA JEDNOŚCI PORZĄDKU PRAWNEGO
(JEDNOLITEJ BEZPRAWNOŚCI)

W e współczesnej doktrynie prawa karnego przyjmuje się dosyć powszechnie, że z zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* można wyprowadzić cztery bardziej szczegółowe zakazy: zakaz stosowania prawa zwyczajowego i prawa opartego na orzeczeniach sądowych lub rozstrzygnięciach doktryny (prawo karne musi być prawem pisanim i zawartym w ustawie – *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), zakaz wstecznego działania ustawy (ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzającą nie może działać wstecz – *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), zakaz analogii na niekorzyść oskarżonego (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), zakaz nieokreśloności czynów zabronionych i kar (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)¹.

Obowiązywanie tych zakazów ogranicza się na ogół do sytuacji działania na niekorzyść sprawcy (oskarżonego), zatem nie funkcjonują one w wypadku, gdy chodzi o oddziaływanie *in bonam partem*. Dlatego też ze względu na kierunek działania kontratypów – wyłączenie bezprawności czynu – stwierdzenie W. Woltera, że „zasada *nullum crimen sine lege* nie posiada odpowiednika na terenie kontratypów i posiadać go nie może”², wydaje się na pierwszy rzut oka uzasadnione. Jego zdaniem, definitywne zamknięcie kręgu kontratypów (wyjątków od reguły) może doprowadzić do tego, że jakiś czyn realizujący znamiona typu będzie musiał być ukarany tylko dlatego, że brak cechy społecznej szkodliwości nie znalazł wyrazu w jakimś kontratybie występującym w tym zamkniętym kręgu.

W nauce prawa karnego przyjmuje się na ogół, że zastosowanie kontratypu pozaustawowego, zwyczajowego czy też sformułowanego w doktrynie lub orzecznictwie, rozszerzenie istniejącego kontratypu w drodze analogii czy też wprowa-

¹ Zob. V. Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlin–New York 1983, s. 1; R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 19 i n.; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl. München 2006, s. 141 i n.

² W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 134; tenże, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 164.

dzenie kontratypu o działaniu retroaktywnym jest dozwolone, bowiem zawsze działa na korzyść sprawcy (*in bonam partem*)³. Także A. Zoll podkreśla wyraźnie, że ponieważ zasada *nullum crimen sine lege* ma charakter gwarancyjny, chroniący jednostkę przed ingerencją ze strony władzy państwowej, jej postulaty nie odnoszą się do rozwiązań działających na korzyść osoby, której odpowiedzialność karna ma być ustalana⁴. Autor ten dodaje przy tym, że dotyczy to w szczególności określenia w ustawie okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Dopuszczalne jest także stosowanie analogii w przypadkach podobieństwa z uregulowanymi w ustawie okolicznościami wyłączającymi bezprawność, winę lub karalność⁵. Jeszcze dalej idzie pogląd M. Cieślaka, według którego znaczenie zasady wyłączności ustawy w zakresie prawa karnego ogranicza się wyłącznie do kierunku na niekorzyść oskarżonego⁶. Jego zdaniem, w kierunku na korzyść oskarżonego odpada racja uzasadniająca tę gwarancję. Oskarżony może powołać się nie tylko na ustawę, ale również na wszelkie obowiązujące przepisy prawne, a nawet na uznane i przestrzegane przez daną społeczność normy niepisane. W kierunku na korzyść oskarżonego źródła prawa należy rozumieć najszerzej, zaliczając do nich nie tylko ustawę, umowę międzynarodową, ale także akty niższego rzędu (nie tylko wykonawcze), a nawet prawo zwyczajowe. Normy tych „źródeł” mogą uzasadniać nie tylko złagodzenie odpowiedzialności, ale nawet całkowite jej wyłączenie, czego dobitnym, słownym znakiem jest pojęcie „kontratypu pozaustawowego”. Rozszerzenie granic kontratypu poza możliwe znaczenie językowe znamion ustawowych oraz tworzenie nowych kontratypów *praeter legem* w drodze analogii lub na podstawie zwyczaju, jako zgodne z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN⁷, uznaje przeważająca część doktryny niemieckiej (*in bonam partem*)⁸.

Niemniej jednak nawet w tych sytuacjach mogą powstać poważne wątpliwości, gdy uświadomimy sobie, że każde takie ograniczenie karalności nadweręża

³ Zob. H. Rajzman, *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska 1966, Vol. XIII, 2, Sectio G, s. 43.

⁴ A. Zoll (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Komentarz do art. 1-116 k.k., Kraków 2004, s. 44–45; zob. również W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 343: „Jest bezsporne, że zasada *nullum crimen sine lege*, jako fundamentalna zasada gwarancyjna chroniąca obywatela przed samowolnym ze strony władzy pociągnięciem go do odpowiedzialności karnej, nie ma zastosowania w stosunku do opisu kontratypów jako okoliczności wyłączających bezprawność i tym samym odpowiedzialność karną”.

⁵ A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 57.

⁶ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 70, 96.

⁷ Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”. Identycznie § 1 niemieckiego k.k. Art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP z 1997 r.: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”.

⁸ Zob. V. Erb, *Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1996, Bd.108, s. 271; H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, (w:) *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio 1985, s. 53–54; D. Kratzsch, § 53 StGB und der Grundsatz *nullum crimen sine lege*, „Goltdammer’s Archiv für Strafrecht” 1971, s. 66–67; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996, s. 134, 235. Na ten temat H. Suppert, *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage”*, Bonn 1973, s. 293 i n.

ochronę dobra dotkniętego naruszeniem, a każda taka legalizacja zachowania sprawy w sytuacji konfliktowej prowadzi do uznania zachowania strony przeciwnej za bezprawne, w konsekwencji często również za przestępne⁹. Powołany wyżej A. Zoll stwierdza, że możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej lub jej ograniczenia nie jest pozostawiona swobodnej ocenie władzy stosującej prawo albo władzy wykonawczej uchylającej lub ograniczającej odpowiedzialność karą aktem podustawowym¹⁰. Przy rozważaniu stosowania okoliczności wyłączających odpowiedzialność, w szczególności o charakterze pozaustawowym, trzeba brać również pod uwagę zasadę podziału władzy oraz ochronę osoby pokrzywdzonej¹¹. Analogię w przypadkach podobieństwa z uregulowanymi ustawowo kontratypami należy stosować z dużą ostrożnością, aby uniknąć zarzutu wkraczania w zakres władzy ustawodawczej¹². H. Rajzman w nawiązaniu do wypowiedzi W. Sauera, że formułowanie pewnych kontratypów pozostawia się nauce, stwierdza z kolei, że w tezie tej brak informacji, kto i gdzie przekazał nauce uprawnienia do „kontratypizowania”, do arbitralnego stanowienia norm wiążących obywatela, przekreślających bezprawność krzywdzącego go czynu, uznaną w ustawie, która czyn ten opisuje jako przestępstwo pewnego typu¹³. Autor ten jednocześnie odrzuca stosowanie analogii w obrębie kontratypów pozaustawowych, tj. nie wprowadzonych do kodeksu karnego¹⁴. Tworzenie takich nowych kontratypów mogłoby następować za pomocą analogii wyłącznie przez jej odniesienie do kontratypów skatalogowanych w kodeksie.

Na gruncie koncepcji jednolitej bezprawności rozszerzanie w drodze analogii bądź tworzenie nowych kontratypów rzeczywiście prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawy. Wątpliwości powstają natomiast, gdy oceniamy sytuację prawną innej osoby, pozostającej w konflikcie z osobą, której zachowanie w taki sposób uznano za legalne (np. obrona konieczna, której legalność implikuje „bezprawność” zamachu drugiej strony). Jeżeli bowiem jednej z osób pozostają-

⁹ Zob. H. Rajzman, *Analogia...*, s. 43.

¹⁰ A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 44–45; tenże, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karłą w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 427; zob. również W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, s. 341 i n.

¹¹ Zob. również H. Rajzman, *Analogia...*, s. 43.

¹² A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 57, 456–457. W. Wróbel, A. Zoll (*Polskie prawo karne...*, s. 341 i n., 373–374) dochodzą do wniosku, że uznanie przez sąd jakiejś sytuacji za kontratypową (a więc dającą się opisać i zgeneralizować), mimo że ustawodawca nie uznał jej za usprawiedliwiającą, jest wkroczeniem władzy sądowniczej w obszar władzy ustawodawczej oraz narusza art. 7 w związku z art. 89 Konstytucji RP. Autorzy ci podnoszą również brak praktycznej potrzeby tworzenia kontratypów pozaustawowych (zabieg lekarski i zgoda dysponenta dobieg nie naruszają normy sankcjonowanej). Uprawnienia i obowiązki funkcjonariuszy państwowych do ingerencji w sferę wolności obywateli muszą być oparte na akcie normatywnym o randze ustawowej (art. 7 Konstytucji RP). Nie można konstruować pozaustawowego kontratypu usprawiedliwiającego naruszenie dobra jednostki na rzecz pozostającego z nim w kolizji dobra kolektywnego (państwa, grupy). Takie kontratypy muszą mieć charakter ustawowy. Zob. również A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności..., s. 433–434.

¹³ H. Rajzman, *Analogia...*, s. 47.

¹⁴ Ibidem, s. 45.

cych w konflikcie coś czynić „wolno”, to osoba dotknięta tym zachowaniem musi je wbrew własnej woli znosić¹⁵. Rozszerzenie okoliczności wyłączającej bezprawność („Rechtfertigungsgrund”) *contra verbum legis* na korzyść sprawcy prowadzi *eo ipso* do ograniczenia sfery wolności innej osoby pozostającej z nią w sytuacji konfliktowej. Odmawia się tej osobie np. prawa obrony koniecznej wobec obecnie już opatrzonego (np. przez analogię) predykatem legalności zamachu¹⁶. Analogia *in bonam partem* w wypadku kontratypu poprzez znamię „bezprawności” zamachu może stać się podstawą nieprzewidzianej w tekście ustawy karnej karalności zachowania osoby dotkniętej tym legalnym już czynem. Z punktu widzenia tej osoby taka analogia działa faktycznie jak analogia *in malam partem*¹⁷. Z tego właśnie powodu, np. zdaniem G. Gribbohma, zakazane powinno być również rozszerzanie kontratypów w drodze analogii¹⁸.

Dopuszczalność takiej analogii jest niekiedy uzasadniana tym, że chodzi tu nie o wprowadzenie karalności w sposób bezpośredni, tak jak w pozostałych przypadkach analogii na niekorzyść, lecz o oddziaływanie pośrednie wynikające np. z zespolenia znamienia „bezprawności” w przepisie o obronie koniecznej prowadzącego do odmowy prawa obrony koniecznej osobie dotkniętej naruszeniem¹⁹. Jest to cecha charakterystyczna tej analogii z podwójnym skutkiem (*in bonam et malam partem*), która odróżnia ją od pozostałych przypadków prowadzącej do odpowiedzialności karnej analogii²⁰.

H. Suppert rozważa nasuwające się *prima facie* rozwiązanie: zachowania obydwu stron uznajemy za bezkarne i obiektywnie zgodne z prawem²¹. Jest ono jednak nie do pogodzenia z zasadą jedności porządku prawnego. Jej podstawowym założeniem jest to, że takie samo zachowanie nie może być przez porządek prawny jednocześnie ocenione ujemnie jako zakazane i pozytywnie, jako dozwolone. Wynika z niej również, że dwa zachowania pozostające w konflikcie nie mogą jednocześnie zostać uznane za legalne. Zdaniem H. Supperta, nie do przyjęcia jest relatywizacja bezprawności i przyjęcie fikcji dla „poszkodowanego” przez analogię, że zachowanie osoby działającej teraz w warunkach (poszerzonego) kontratypu jest traktowane jakby było bezprawne. W tym przypadku możliwa byłaby obrona konieczną do obrony koniecznej. Według tego autora, wyrażony w art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN zakaz analogii na niekorzyść obejmuje tylko bezpośrednią konstytuującą karalność analogię w sen-

¹⁵ H. Suppert, *Studien...*, 294.

¹⁶ Ibidem; U. Hellmann, *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1987, s. 102; zob. również A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności..., s. 427.

¹⁷ H. Suppert, *Studien...*, s. 294.

¹⁸ G. Gribbohm, *Der praktische Fall – Strafrechtssklausur („Die eifrigen Verfolger”)*, Juristische Schulung 1966, s. 159, przyp. 15.

¹⁹ H. Suppert, *Studien...*, s. 297; H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 54.

²⁰ H. Suppert, *Studien...*, s. 297.

²¹ Ibidem, s. 295–296.

sie technicznym²². Jakiś „totalny” zakaz analogicznego rozszerzania okoliczności wyłączających bezprawność jest nie do pogodzenia z wymaganiami sprawiedliwości. Na miejscu „otwartego”, rozwijającego się kanonu takich okoliczności, powstałby jakiś statyczny ich *numerus clausus*²³. Musiałoby to również doprowadzić do odrzucenia możliwości konstruowania pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność

Z kolei H.J. Hirsch stwierdza, że to nie przepis o obronie koniecznej, który mógłby być stosowany do osoby trzeciej, jest wykładany zwężająco, lecz rozszerza się inną, uprzednią wypowiedź zezwalającą, a ta nie pozwala ostatecznie w przypadku tej osoby na zastosowanie prawa obrony koniecznej²⁴. Takie tylko pośrednie następstwa nie naruszają zakazu analogii. Jego zdaniem, podobny skutek występuje przy zwężającej wykładni znamion typu czynu zabronionego. Zmniejszenie zakresu tej istoty czynu zmniejsza odpowiednio zakres uprawnienia do obrony koniecznej osoby, której dobra mogą być naruszone, i tym samym poszerza się dla niej pole ewentualnej karalności.

Argumentacja H. Supperta i H.J. Hirsch nie usuwa jednak wszystkich wątpliwości. Ten ostatni autor zdaje się nie zauważać, że redukcja zakresu typu czynu zabronionego, np. przez wprowadzenie znamion modalnych, według wielu zwolenników jednolitego ujęcia bezprawności wcale nie wyłącza bezprawności zachowania sprawcy, w konsekwencji nie musi pozbawiać dzierżyciela dobra lub inną osobę (obrona cudzego dobra również legalna) prawa obrony koniecznej. Z punktu widzenia przyjmowanej teorii norm znamiona modalne traktowane są jedynie jako warunki karalności, a nie bezprawności. Poza tym w polskiej nauce panuje powszechne przekonanie, że bezprawność zamachu powinna być wykładana ściśle obiektywnie, a bezprawie zamachu nie musi stanowić bezprawia kryminalnego. Nawet redukcja zakresu typu czynu zabronionego musi następować w sposób wyważony, by nie osłabić funkcji ochronnej prawa karnego. Funkcja gwarancyjna winna pozostawać w rozsądnej relacji z potrzebą ochrony dóbr pokrzywdzonego. Problem ten jest na terenie kontratypów jeszcze bardziej istotny ze względu na możliwość naruszenia i potrzebę ochrony dóbr najważniejszych dla człowieka (np. życie, zdrowie w wypadku obrony koniecznej). Stosowanie analogii na korzyść osoby naruszającej dobro jednostki wydaje się być natomiast ze względów gwarancyjnych wykluczone w przypadku czynów funkcyjno-nariuszy publicznych. Trzeba przy tym pamiętać, że zasadą jest nienaruszalność dobra chronionego przez normę karną (poza granicami zachowania starannego), wyjątkiem zaś szczególne zezwolenie na jego naruszenie.

Jednak podstawowe zadanie zasady *nullum crimen sine lege* polega na zagwarantowaniu niepogarszania prawnokarnej oceny czynu sprawcy dokona-

²² Ibidem, s. 297.

²³ Zob. również H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 55.

²⁴ Ibidem, s. 54–55.

nej w momencie jego popełnienia. Funkcja gwarancyjna nie traci więc swojego znaczenia także na terenie kontratypów. Z tego punktu widzenia przedmiotem szczególnej uwagi powinien stać się np. problem zakazu stosowania analogii zwięzającej (w tym np. wprowadzania socjalno-etycznych ograniczeń obrony koniecznej, cywilistycznej koncepcji nadużycia prawa) lub uchylania z mocą wsteczną istniejących i uznanych w momencie popełnienia czynu sytuacji kontratypowych (*in malam partem*; w nauce i orzecznictwie niemieckim np. problem karalności funkcjonariuszy straży granicznej NRD, strzelających do osób, które z punktu widzenia wschodniemieckiego prawa nielegalnie przekraczały granicę wewnątrzniemiecką)²⁵. Pewną specyfikę wykazuje natomiast problematyka określoności kontratypów.

Kategoryczność tezy W. Woltera, formułowanej w związku z problematyką kontratypów pozaustawowych, w odpowiednich kontekstach zasady *nullum crimen* budzi zastrzeżenia także z tego powodu, że był on przecież zwolennikiem teorii negatywnych znamion, a teoria ta traktuje znamiona pozytywne (uzasadniające bezprawie) oraz znamiona negatywne (wyłączające bezprawie) jako tylko dwie strony jednego i tego samego wartościowania. Wszystkie zanegowane kontratypy, włączone do istoty czynu, podlegać powinny prawnokarnym wymogom związanym z zasadą *nullum crimen sine lege*²⁶. Okoliczności wyłączające bezprawność jako znamiona negatywne dzielą los prawny znamion typu czynu zabronionego w tradycyjnym znaczeniu.

Zasadniczo inny punkt widzenia mogą przyjąć natomiast zwolennicy stanowiska separującego istotę (typ) czynu i kontratypy („Leitbildtatbestand”). Otwiera się tu bowiem możliwość różnego traktowania obydwu grup, zwłaszcza wtedy, gdy idzie za tym pogląd o jednolitym dla całego porządku prawnego ujęciu bezprawności i bezpośrednim oddziaływaniu pozakarnych okoliczności wyłączających bezprawność, których zakres całkowicie samodzielnie i suwerennie ustalany jest przez gałęzie prawa, z których pochodzą, w oparciu o specyficzne dla tych gałęzi kryteria i metody, i które bez zastrzeżeń przyjmowane są w prawie karnym. Oznacza to, że prawo karne ma charakter akcesoryjny właśnie przede wszystkim w zakresie sytuacji wyłączających bezprawność, ponieważ jego charakter jako środka *ultima ratio* nie pozwala na przyjęcie bezprawności czynu w wypadku, gdy istnieje zezwolenie w jakiegokolwiek pozakarnej gałęzi prawa. W ten sposób poprzez kontratypy np. prawa cywilnego, administracyjnego itd. przenikać ma do prawa karnego teleologia i zasady innych obszarów porządku prawnego (np. dopuszczalność analogii na niekorzyść)²⁷.

²⁵ Zob. V. Erb, *Die Schutzfunktion...*, s. 266 i n.

²⁶ H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 56–57, przyp. 26, s. 62, przyp. 45. Jednak znaczna część reprezentantów teorii negatywnych znamion nie wyciąga tak określonych konsekwencji.

²⁷ Warto dodać, że w nauce niemieckiej rozpowszechnione jest stanowisko, że tzw. okoliczności usprawiedliwiające („Rechtfertigungsgründe”) zawarte w kodeksie karnym również prowadzą do legalizacji czynu w innych obszarach porządku prawnego, np. w prawie cywilnym.

Jak się wydaje, w tym kierunku zmierzają wyraźnie rozważania H. Rajzmana, który stanowczo i dobitnie podkreśla zasadę jedności porządku prawnego i jednolitej dla całego systemu prawa oceny bezprawności oraz deklaruje się jako przeciwnik teorii negatywnych znamion czynu zabronionego²⁸. Jego zdaniem, kontratyp obrony koniecznej (art. 21 k.k. z 1932 r.) znajduje dokładne odbicie w tekście art. 423 k.c., a różnice między art. 22 k.k. z 1932 r. i art. 424 k.c. w określeniu stanu konieczności nie są do tego stopnia zasadnicze, że ustawodawca nie mógłby w przyszłości ustalić treści jednakowej. Kto działa w obronie koniecznej lub w stanie wyższej konieczności (nie przekraczając granic oznaczonych w prawie cywilnym) w oparciu o upoważnienie prawa cywilnego – twierdzi autor – ten urzeczywistnia swoje prawo (*qui iure suo utitur neminem ledit*). Generalizujący kontratyp działania w ramach praw i obowiązków obejmuje swoim zakresem wypadki dozwolonej w prawie cywilnym samoobrony, dozwolonych w ustawie o zawodzie lekarskim zabiegów operacyjnych bez zgody pacjenta oraz środków karcenia przedsięwziętych w myśl przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego o władzy rodzicielskiej. Kontratyp zgody pokrzywdzonego (zasada *volenti non fit iniuria*) należy odesłać do art. 65 k.c., nakazującego tłumaczyć oświadczenia woli tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostają złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, oraz do art. 58 § 2 k.c. („Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”). Sprawa zwyczajaju jako okoliczności wyłączającej bezprawność również znajduje odbicie w normach prawa cywilnego regulujących kwestię oświadczeń woli (np. dyngus – oświadczenie woli osoby dotkniętej naruszeniem może nastąpić *per facta concludentia*). H. Rajzman dochodzi do ogólnego wniosku, że poza niewielkim odcinkiem stanu konieczności, wszystkie zawarte bądź nie zawarte w ustawie karnej kontratypy traktować można jako ustawowe oraz że w dziedzinie kontratypu nadrzędne znaczenie ma klauzula generalna art. 5 k.c., zgodnie z którą bezprawne jest zachowanie spełnione z nadużyciem prawa, szczególnie gdy jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego (tzw. wewnętrzna teoria nadużycia prawa). Klauzula ta – zdaniem H. Rajzmana – zawęża granice obrony koniecznej (art. 21 k.k. z 1932 r.), wprowadzając w jej obszar zasadę proporcjonalności i subsydiarności. Rozsądnie pojmowana instytucja nadużycia prawa podmiotowego może być stosowana na terenie prawa karnego, ponieważ porządek prawny powinien przedstawiać się jako wewnętrznie zgrana jedność wszystkich swoich odcinków (obrona konieczna jest jedną instytucją, chociaż unormowaną w prawie karnym i w prawie cywilnym).

²⁸ H. Rajzman, *Analogia...*, s. 49–60; tenże, *Glosa do wyroku SN z 12 października 1960 r., IV K 582/60*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 4–5, s. 838 i n.; tenże, *Przegląd orzecznictwa SN – Prawo karne materialne*, „Nowe Prawo” 1963, nr 4–5, s. 481.

Podobne stanowisko zajmuje również T. Bojarski²⁹. Zdaniem tego autora, koncepcja nadużycia prawa może znaleźć odpowiednie zastosowanie do pewnych wypadków obrony koniecznej, np. gdy wartość dobra naruszonego była rażąco większa od dobra bronionego. Litera przepisu art. 21 k.k. z 1932 r. nie zna bowiem zasady proporcji dóbr oraz zasady subsydiarności. Gdyby nie art. 3 przepisów ogólnych prawa cywilnego z 1950 r. (obecnie art. 5 k.c.) lub art. 135 k.z. z 1933 r., czyn taki nie stanowiłby również bezprawia cywilnego, gdyż art. 139 k.z. ujmował obronę konieczną identycznie jak art. 21 § 1 k.k. z 1932 r. Zdaniem T. Bojarskiego, nie ulega wątpliwości, że art. 3 p.o.p.c. miał charakter ogólny i nie ograniczał się jedynie do przepisów prawa cywilnego. Nie inaczej rzecz przedstawia się z zakresem art. 5 k.c., mimo iż art. 1 k.c. wyraźnie stwierdza, że kodeks reguluje jedynie stosunki cywilnoprawne między określonym podmiotami (art. 1 nie tyle przesądza o tym, że postanowienia k.c. nie mogą być ewentualnie wskazówkami interpretacyjnymi przy stosowaniu innych przepisów prawa, co raczej określa, jaki typ stosunków prawnych i między jakimi podmiotami jest przedmiotem uregulowań kodeksu). Uznany za niezgodny z zasadami współżycia czyn sprawcy stanowi bezprawie zarówno cywilne, jak i karne. Konsekwencje tego poglądu wskazują wyraźnie, że autor ten jest zwolennikiem jednolitego ujęcia bezprawności.

Postulat stosowania klauzul prawa cywilnego wynikał przede wszystkim z potrzeby ograniczenia uprawnienia obrony koniecznej w wypadkach rażącej dysproporcji między zniszczonym dobrem zamachowca a dobrem bronionym. Eksponując bardzo mocno funkcję obrony koniecznej jako zachowania podejmowanego dla obrony porządku prawnego i zasadę, że prawo nie musi ustępować przed bezprawiem³⁰, początkowo zarówno niemiecka doktryna, jak i niemieckie orzecznictwo opowiadały się za rygorystycznym stosowaniem przepisu o obronie koniecznej, nawet wtedy, gdy np. doszło do śmierci lub uszkodzenia ciała napastnika, który próbował zabrać mienie stosunkowo niskiej wartości³¹. Dopiero po

²⁹ T. Bojarski, *Kodeks cywilny a prawo karne*, „Nowe Prawo” 1965, nr 12, s. 1382–1385; tenże, *Z problematyki stanów konieczności w polskim prawie karnym*, (w:) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, op. cit., s. 82–83. Por. także A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 19. Za stosowaniem koncepcji nadużycia prawa również W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Wrocław 1966, s. 132; później zmiana uzasadnienia zob. W. Świda *Prawo karne. Część ogólna*, Wrocław 1989, s. 133 (rażąca dysproporcja dóbr jako zastosowanie sposobu niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu – art. 22 § 3 k.k. z 1969 r.). Na ten temat bliżej A. Krukowski, *Kilka uwag o pojęciu „konieczności” w obronie koniecznej*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 3, s. 429 i n.; tenże, *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 79 i n.; A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 80 i n.; tenże, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 100 i n.

³⁰ D. Kratzsch, § 53 *StGB...*, s. 65.

³¹ Na temat rozwoju poglądów niemieckiej doktryny i zmian w niemieckim orzecznictwie zob. R. Runte, *Die Veränderung Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre*, Frankfurt am Main–Bern–New York–Paris 1991, s. 90 i n. W literaturze niemieckiej dla zilustrowania tej linii orzecznictwa przytacza się często wyrok Reichsgerichtu z 20 IX 1920 r., który uznał, że postrzelenie śrutem złodziei

II wojnie światowej linia orzecznictwa niemieckiego ulega wyraźnej zmianie³². Powołując się często na cywilistyczną koncepcję nadużycia prawa, uznawano za przekraczające granice obrony koniecznej zachowanie podjęte w obronie dobra materialnego niewielkiej wartości i powodujące utratę życia lub ciężkie uszkodzenie ciała. Współcześnie w nauce niemieckiej upowszechnił się pogląd, że ograniczenia obrony koniecznej mogą wynikać z pewnych „społeczno-etycznych” powodów. Chodzi tu m.in. o przypadki rażącej dysproporcji dóbr, zamachy dzieci, chorych psychicznie (niepoczytalnych), nietrzeźwych, osób działających w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, w niedającej się uniknąć nieświadomości bezprawności, w znoszącym zawinienie stanie konieczności (§ 35), między osobami bliskimi, w sytuacjach zawinionego sprowokowania zamachu, wreszcie przy zagrożeniach bagatelnych³³. Prawo obrony koniecznej zasadniczo nie jest w takich sytuacjach wyłączane, lecz jedynie ograniczane przez wprowadzanie klauzuli subsydiarności i zasady proporcjonalności³⁴. Obecnie rzadko uzasadnia się takie ograniczenie możliwością stosowania klauzul generalnych prawa cywilnego, gdyż granice obrony stają się wtedy nadzwyczaj niepewne, a oparta na nich wykładnia zwięzająca, prowadząca do rozszerzenia karalności, budzi podejrzenia, że jest po prostu zabronioną analogią na niekorzyść (konflikt z konstytucyjną i kodeksową zasadą *nullum crimen sine lege* – art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN)³⁵. Ograniczenia te wyprowadzane są więc w drodze odpowiedniej interpretacji znamienia „konieczności” (§ 32 niemieckiego k.k.)³⁶ oraz w powiązaniu z zasadami, które to prawo ustanawiają

owoców, którzy ucierpieli „nicht unerheblich”, mieści się w granicach obrony koniecznej (§ 53 StGB), bowiem okradziony nie miał żadnej innej możliwości, aby zmusić ich do zatrzymania i odebrania im tego mało wartościowego łupu. Zob. R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 113, przyp. 6; J. Herrmann, *Obrona konieczna w prawie RFN*, „Studia Prawnicze” 1987, nr 3, s. 82; D. Kratzsch, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, Berlin 1969, s. 6; R. Runte, *Die Veränderung...*, s. 92.

³² Szczegółowo na ten temat D. Kratzsch, *Grenzen...*, s. 6–8. Na temat polskiego orzecznictwa i doktryny zob. A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 98 i n.

³³ Na ten temat H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 344–348; zob. także J. Herrmann, *Obrona...*, s. 81 i n.

³⁴ Część nauki niemieckiej prezentuje radykalne stanowisko, że warunkiem prawa obrony koniecznej jest zawinienie zamachu. Zob. m.in.: J. Hruschka, *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; J. Renczkowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, s. 99 i n., 279 i n.

³⁵ D. Kratzsch (§ 53 StGB..., s. 73; *Das (Rechts-)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts*, „Juristische Schulung” 1975, s. 437 i n.) trafnie uznał konstrukcję nadużycia prawa za niedopuszczalną w prawie karnym przypadek stosowania *analogia iuris*. Krótki przegląd rozmaitych uzasadnień zob. D. Kratzsch, § 53 StGB..., s. 66–67.

³⁶ § 32 niemieckiego KK: „(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.” Ograniczenie obrony w nauce niemieckiej wywodzone z odpowiedniej interpretacji znamienia „erforderlich” bądź znamienia „geboten”. Zob. V. Erb, *Die Schutzfunktion...*, s. 269–270; D. Kratzsch, § 53 StGB..., s. 78 i n. Ograniczenie obrony koniecznej przy rażącej dysproporcji ze znamienia konieczności wyprowadzał w doktrynie polskiej A. Krukowski, *Obrona...*, s. 86. Po wejściu w życie k.k. z 1969 r. takie ograniczenie częściej przyjmowano na podstawie odpowiedniej inter-

i ograniczają (najczęściej przyjmuje się, że w przypadkach takich zamachów nie istnieje w ogóle lub jest istotnie zmniejszony element występowania w obronie porządku prawnego, potwierdzania jego obowiązywania – Rechtsbewährungsprinzip”). Budząca zasadnicze zastrzeżenia możliwość legalizacji pozbawienia życia napastnika w obronie mienia jest niekiedy odrzucana przez wskazanie na art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, z tym że w przeciwieństwie do doktryny polskiej, nauka niemiecka na ogół nie przyjmuje bezpośredniego stosowania tego przepisu w relacji między obywatelami³⁷.

Okoliczności wyłączające bezprawność stanowią szczególnie wrażliwy teren napięcia między postulowaną zasadą jedności porządku prawnego, rozumianą jako konieczność istnienia jednolitej dla całego systemu prawa oceny zachowania (jednolite ujęcie bezprawności), a szczególną teleologią i zasadami odpowiedzialności karnej, w tym zasadą *nullum crimen sine lege*. Aby zachować jednolitą ocenę zachowania w całym porządku prawnym, zwolennicy koncepcji jednolitej bezprawności muszą dopuszczać w obszarze kontratypów wpływ teleologii i zasad innych gałęzi prawa, w tym stosowaną np. w prawie cywilnym zasadę analogii na niekorzyść, w konsekwencji wykluczyć je z zakresu *nullum crimen*. Natomiast ceną w przypadku objęcia kontratypów zasadą *nullum crimen* jest możliwe rozjęcie się ocen zachowania np. między prawem karnym i cywilnym. Przywiązanie do jednolitego ujęcia bezprawności jest tak mocne, że nawet reprezentanci tzw. funkcjonalnej, teleologicznej systematyki przestępstwa w obszarze bezprawności z teleologicznego uzasadnienia właściwie rezygnują. Tak rzecz przedstawia się np. z koncepcją C. Roxina, który deklaruje teleologiczne prawnokarne zorientowanie wszystkich płaszczyzn przypisania przestępności czynu³⁸. Pomijając problem funkcji istoty (typu) czynu, która u C. Roxina służy wypełnieniu zasady *nullum crimen sine lege*, podstawowym elementem orientowanym ściśle prawnokarnie teleologicznie jest kategoria tzw. odpowiedzialności („Verantwortlichkeit”), oparta na kryteriach prewencyjnych. Funkcja płaszczyzny bezprawności nie jest jednak u niego prawnokarnie zorientowana. Chodzi bowiem tutaj o społecznie prawidłową regulację konfliktów społecznych, sprzecznych ze sobą interesów. C. Roxin stwierdza zresztą wyraźnie, że istota czynu i „odpowiedzialność” (wina) powinny być interpretowane z punktu widzenia specyficznych prawnokarnych

pretacji art. 22 § 3 k.k. 1969 r., art. 25 § 2 k.k. z 1997 r.). Zob. np. K. Buchała, *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1974, nr 5, s. 40; tenże, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 258; L. Gardocki, *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1993, nr 7–8, s. 60; tenże, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 115.

³⁷ Na ten temat bliżej Z. Jędrzejewski, *Art. 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności a obrona konieczna (art. 25 k.k.)*, (w:) *Europeizacja prawa polskiego – wybrane aspekty*, (red.) B.T. Bieńkowska, D. Szafranski, Warszawa 2007, s. 60 i n.

³⁸ Zob. C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin–New York 1973, 2 Aufl., s. 14 i n. Na temat funkcji poszczególnych kategorii przestępności czynu w systematyce C. Roxina zob. K. Amelung, *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, (w:) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Herausg. von B. Schünemann, Berlin–New York 1984, s. 85 i n.

zasad, natomiast bezprawność służy realizacji zadań całego porządku prawnego³⁹. Tzw. okoliczności znoszące zawinienie („Entschuldigungsgründe”; ściślej okoliczności wyłączające „odpowiedzialność”), np. stan konieczności określony w § 35 niemieckiego k.k. czy usprawiedliwiony błąd co do bezprawności czynu (§ 17) – w przeciwieństwie do okoliczności usprawiedliwiających („Rechtfertigungsgründe”) – stanowią materię o charakterze czysto prawnokarnym⁴⁰. Właśnie poprzez okoliczności legalizujące czyn, które pochodzić mogą z różnych gałęzi prawa, prawo karne wiąże się w jedną całość z innymi częściami porządku prawnego. Bezprawność w całym systemie prawa pozostaje jednolita, pozostałe warunki różnorodnej odpowiedzialności (karnej, cywilnej, administracyjnej itd.), ustanawiane w poszczególnych gałęziach, mogą się różnić, ponieważ bardzo często różnią się ich teleologiczne uzasadnienia (np. różne zakresowo ujęcia winy w prawie karnym i prawie cywilnym). Zdaniem C. Roxina, np. zakaz analogii na niekorzyść obejmuje, poza istotą czynu w części szczególnej i zagrożeniem karnym, przepisami części ogólnej rozszerzającymi istoty czynu (np. usiłowanie, podżeganie, pomocnictwo, współsprawstwo), również okoliczności znoszące zawinienie („Entschuldigungsgründe”) i wyłączające karalność („Strafausschließungsgründe” i „Strafaufhebungsgründe”)⁴¹. Z okolicznościami wyłączającymi bezprawność rzecz przedstawia się odmiennie, bowiem nie stanowią one specjalnej materii prawa karnego⁴². Jedna i ta sama okoliczność usprawiedliwiająca („Rechtfertigungsgrund”) nie może być w różnych gałęziach prawa oparta na różnych przesłankach. Tak więc – zdaniem C. Roxina, rezygnacja z nieprzekraczalnych granic językowego znaczenia przepisu dotyczy również okoliczności wyłączających bezprawność zawartych w kodeksie karnym, m.in. obrony koniecznej czy stanu konieczności, bowiem i one obowiązują nie tylko w prawie karnym, ale także w każdym innym punkcie czy miejscu porządku prawnego⁴³. *Nullum crimen* nie należy rozumieć jako zasadę struktury tej kategorii przestępności czynu, lecz tylko jako granicę dla zmienności zasad leżących u podłoża tych okoliczności, stanowiących wyraz społecznie odpowiedniej regulacji interesów i inte-

³⁹ C. Roxin, *Kriminalpolitik...*, s. 16.

⁴⁰ Zob. C. Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, (w:) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, Herausg. von A. Eser, G.P. Fletcher, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., Herausg. von A. Eser, Freiburg i. Br., 1987, Bd. I 1987, s. 234.

⁴¹ Zob. C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 157–158.

⁴² Z kolei zdaniem H.-H. Jeschecka i Th. Weigenda (*Lehrbuch...*, s. 136), zakaz analogii obejmuje wszystkie znamiona przepisu karnego, które określają karygodność czynu („Strafwürdigkeitsgehalt”) oraz jego skutki prawne, tj. znamiona istoty czynu zarówno wyrażające uzasadnienie bezprawia („Unrechtstatbestand”), jak znamiona uzasadniające winę („Schuld tatbestand”), tzw. persönliche Strafausschließungsgründe i persönliche Strafaufhebungsgründe, obiektywne warunki karalności oraz wszystkie sankcje (włącznie ze środkami zabezpieczającymi). Wyłączone są natomiast przesłanki procesowe (np. wniosek o ściganie). Autorzy ci nie wymieniają jednak zarówno okoliczności wyłączających bezprawność, jak i okoliczności usuwających prawnokarne zawinienie („Entschuldigungsgründe”).

⁴³ Zob. C. Roxin, *Kriminalpolitik...*, s. 32.

resów przeciwnych⁴⁴. W poszczególnych okolicznościach usprawiedliwiających te „zasady porządkujące” występują w różnorodnej liczbie i kombinacji⁴⁵. Istnieje pięć zasad: 1) zasada ochrony („Schutzprinzip”); 2) zasada obrony i utwierdzenia obowiązywania porządku prawnego („Rechtsbewährungsprinzip”); 3) zasada proporcjonalności („Verhältnismäßigkeitsprinzip”); 4) zasada rozważenia interesów („Güterabwägungsprinzip”); 5) zasada autonomii jednostki („Autonomieprinzip”). Obronę konieczną porządkują zasady pierwsza i druga, defensywny stan konieczności – zasady pierwsza i trzecia (ta zastępuje drugą), agresywny stan konieczności – zasada czwarta łagodzona przez zasadę piątą. W przypadku obrony koniecznej, wyłączającego bezprawność stanu konieczności i innych sytuacjach nawet te pięć społecznych zasad porządkujących nie wystarczy, by wyczerpująco uzasadnić poszczególne okoliczności usprawiedliwiające. Z powodu wielopostaciowości i zmian życia społecznego nie jest możliwy *numerus clausus* miarodajnych zasad regulacji, nie jest również możliwa zupełna systematyzacja okoliczności wyłączających bezprawność. Niezależny od „nullum-crimen-Denken” rozwój innych gałęzi prawa w zakresie okoliczności usprawiedliwiających wpływa bezpośrednio na zakres karalności i nie musi przy tym zmieniać się ustawa karna. *Lex* w rozumieniu art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN nie jest więc rozumiane jak w wypadku typu (istoty) czynu zabronionego jako ustawa karna, lecz jako całość porządku prawnego. O tyle dynamika okoliczności wyłączających bezprawność z natury rzeczy niesie ze sobą rozluźnienie zasady *nullum crimen*⁴⁶. Zmienność różnych prawnych kryteriów o tyle ograniczana jest tą zasadą, że niedopuszczalne jest za pomocą motywowanych kryminalno-politycznie rozważań „ein gesetzliches Regelungsprinzip hinwegzuinterpretieren oder ohne gesetzliche Grundlage einzuschränken”. Np. nie można w obszarze obrony koniecznej rozszerzać karalności w taki sposób, że na ten kontratyp przeniesie się generalnie zasadę rozważenia dóbr prawnych lub odrzuci zasadę obrony porządku prawnego („Rechtsbewährungsprinzip”) i wszędzie przyjmie się obowiązek uniknięcia zamachu w inny sposób, jeżeli istniała taka możliwość.

Do dysharmonii między cywilistycznym i karnistycznym rozumieniem bezprawności prowadziło kompromisowe stanowisko S. Śliwińskiego, który w niektórych sytuacjach obrony koniecznej (np. zabicie lub zranienie uciekającego z łupem niepoczytalnego, który zabrał komuś z podwórza starą deskę, a z okoliczności wynika, że nieznaczna szkoda byłaby natychmiast wynagrodzona przez znanego pokrzywdzonemu opiekuna lub kuratora sprawcy zaboru) przyjął nadużycie prawa mające wyłącznie konsekwencje cywilnoprawne (tylko bezprawie cywilne – art. 135 i 139 k.z.)⁴⁷. W ten sposób powstawała konstrukcja „bezprawnej obrony koniecznej”, a zamachowiec uzyskiwał prawo obrony koniecznej przed wykony-

⁴⁴ Ibidem, s. 15.

⁴⁵ C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 617–619; tenże, *Kriminalpolitik...*, s. 24–27.

⁴⁶ C. Roxin, *Kriminalpolitik...*, s. 31 i n.

⁴⁷ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 163–166.

waną w ten sposób obroną. Nie była ona jednak obroną przestępną, ponieważ mieściła się w granicach art. 21 k.k. z 1932 r. S. Śliwinski uważał, że przepis ten nie mówi o „prawnej” obronie koniecznej. Polskie prawo – jego zdaniem – zajmuje się obroną konieczną raz w prawie karnym z punktu widzenia przestępności czynu, drugi raz w prawie cywilnym z punktu widzenia bezprawności i obowiązku odszkodowawczego. Art. 21 nie odwołuje się do innych dziedzin prawa, legalność bądź bezprawność czynu to problem prawa cywilnego⁴⁸. Zasada proporcjonalności wartości dóbr nie miała więc znaczenia, gdy chodziło o ocenę „przestępności” czynu, odegrać zaś mogła rolę przy ocenie, czy obrona konieczna jest „bezprawiem”. Chociaż S. Śliwiński pisze o braku przestępności, nie ulega wątpliwości, że jedyną kategorią, o którą może tutaj chodzić, jest wyłączenie bezprawia karnego. Konsekwencją takiego ujęcia jest naruszenie zasady jedności porządku prawnego i różne oceny bezprawności czynu w prawie cywilnym i karnym⁴⁹. Jedynie nieograniczone i bezpośrednie stosowanie klauzuli generalnej nadużycia prawa w obszarze prawa karnego zapewnia jednolite ujęcie bezprawności, tak jak to przyjmowali wyżej powoływani H. Rajzman i T. Bojarski.

Nieco inne rozwiązanie proponuje konsekwentny zwolennik jednolitego ujęcia bezprawności H.J. Hirsch⁵⁰. Jego zdaniem, ciężar problematyki zakresu stosowania *nullum crimen sine lege* w obszarze kontratypów spoczywa na sytuacjach, w których chodzi o wykładnię ograniczającą zakres kontratypu, wychodzącą poza możliwe językowe znaczenie jego znamion⁵¹. Autor ten przyłącza się do dosyć rozpowszechnionego w nauce niemieckiej poglądu, że zasada *nullum crimen sine lege* rozciąga się przynajmniej na stypizowane w ustawie karnej kontratypy (np. § 32 – obrona konieczna; § 34 stan konieczności), a zatem obowiązuje tu zakaz analogii na niekorzyść⁵². Ich ograniczenie *contra legem* jest niedopuszczalne (np. zawężenie *contra verba legis* obecnie obowiązującego § 32 niemieckiego k.k.). H.J. Hirsch nie zgadza się z tezą, że zakaz analogii w obszarze kontratypów nie da się pogodzić z zasadą jedności porządku prawnego, że nie może być tak, by jedna i ta sama wypowiedź zezwalająca poddana miała być w prawie karnym zakazowi analogii, podczas gdy np. prawo cywilne czy konstytucyjne nie są nim związane⁵³. Rozejście się ocen może polegać na tym, że pozaprawnokarnie uznane jako bezprawne zachowanie będzie „legalne karnie” z powodu zakazu

⁴⁸ Ibidem, s. 149.

⁴⁹ Zob. wątpliwości wyrażane przez W. Woltera, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 205.

⁵⁰ H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 55 i n.

⁵¹ Ibidem, s. 53, przyp.18.

⁵² Już K. Engisch (*Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, (w:) *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Berlin–München 1954, s. 131) uważał, że ustawowo określone okoliczności wyłączające bezprawność należą (w ujęciu negatywnym) do tzw. gwarancyjnej istoty czynu („Garantietatsbestand”). Był on zwolennikiem teorii negatywnych znamion czynu zabronionego. Do gwarancyjnej istoty czynu nie zaliczał jednak pozaustawowego (wyłączającego bezprawność) stanu konieczności (obecnie obowiązujący § 34 niemieckiego k.k.).

⁵³ H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 59 i n.

analogii obowiązującego w tej gałęzi prawa. Autor ten na wstępie konstatuje, że w wypadku przyjęcia specyficznej bezprawności karnej odwołanie się do jedności porządku prawnego byłoby od razu bezprzedmiotowe. Odrzuca jednak zdecydowanie nawet umiarkowaną koncepcję H.-L. Günthera wyłączenia w niektórych przypadkach bezprawia li tylko karnego. Według H.J. Hirscha, ten „stosunek napięcia” między zakazem analogii a zasadą jedności porządku prawnego, a więc jednolitym rozstrzygnięciem co do bezprawności czynu, rozwiązuje się w sposób następujący: w odniesieniu do karalności sprawcy takie zachowanie oceniane jest tak, jakby było legalne (usprawiedliwione)⁵⁴. Odnośny ustawowy kontratyp prawa karnego za taką okoliczność może nie zostać uznany np. w prawie cywilnym, wedle przyjętych tam ogólnych zasad metodyki dopuszczalnego wnioskowania z analogii. Zupełnie odmiennie H.J. Hirsch traktuje natomiast uregulowane poza ustawą karną (np. stany konieczności uregulowane w §§ 227, 228 i 904 BGB), jak również zwyczajowe kontratypy⁵⁵. Zasada *nullum crimen* jest w stanie zagwarantować ochronę zaufania jedynie w zakresie ustaleń o charakterze ustawowym i karnoprawnym. Natomiast wypowiedzi prawne, których wpływ na ustalone w ustawie karnej zakres karalności ma charakter pośredni poprzez zawarty w tej ustawie warunek ogólny, nie są objęte zakazem analogii. Zdaniem autora, tak rzecz przedstawia się z pozakarnym znamionami normatywnymi (np. rzecz „cudza” jako znamię kradzieży) i znamionami blankietowymi. W wypadku tych ostatnich nawet właśnie z powodu ich różnorodności i zmienności rezygnuje się z ich bezpośredniego, ustawowego określenia w typie czynu zabronionego. One również, jeżeli mają charakter pozakarny, nie podlegają zakazowi analogii. Dotyczy to również nieuregulowanych w ustawie karnej kontratypów. Kodeks karny za pomocą „rozwiązania blankietowego” („Blankettlösung”) zadowala się tutaj ogólnym wymogiem „bezprawności”.

Podział kontratypów na uregulowane w ustawie karnej i w niej nieuregulowane oraz w szczególności konstrukcja zachowania, które traktowane jest, „jak gdyby było usprawiedliwione (legalne)”, razi jednak sztucnością. Próba H.J. Hirscha pogodzenia zasady jedności porządku prawnego i zasady *nullum crimen* w obszarze kontratypów nie może przekonywać. Zdaniem H.-L. Günthera, art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN postuluje wytyczne jedynie dla karalności zachowania, a nie dla cywilnej czy publicznoprawnej odpowiedzialności obywateli lub funkcjonariuszy publicznych⁵⁶. Warunki usprawiedliwienia wydanej i opatrzonej państwowym autorytetem ujemnej oceny czynu i sprawcy, ze względu na intensywność społeczno-etycznego potępienia czynu i poważne następstwa prawne, muszą być znacznie ostrzejsze niż w innych obszarach porządku prawnego. H.-L. Günther jest autorem żywo dyskutowanej w nauce niemieckiej koncepcji, w której

⁵⁴ Ibidem, s. 61.

⁵⁵ Ibidem, s. 63 i n.

⁵⁶ H.-L. Günther, *Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht gelten kann*, (w:) *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden 1999, s. 215 i n.

przyjmuje istnienie zarówno okoliczności legalizujących czyn w całym porządku prawnym („Rechtfertigungsgründe”), jak i okoliczności wyłączających jedynie bezprawność karną („Strafunrechtsausschließungsgründe”)⁵⁷. Te ostatnie, zresztą stosunkowo nieliczne⁵⁸, nie prowadzą do obowiązku znoszenia naruszenia dobra, nie dotyczą bowiem bezprawności czynu. Jednak w zakresie „Rechtfertigungsgründe” H.-L. Günther (zalicza do nich również obronę konieczną uregulowaną w § 32 StGB i stan konieczności określony w § 34 StGB) pozostaje konsekwentnym zwolennikiem jedności porządku prawnego. Wobec koncepcji H.J. Hirscha formułuje trzy zastrzeżenia⁵⁹. Po pierwsze, dlaczego ograniczenie stosowania art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN jedynie do uregulowanych w ustawie kontratypów obejmuje tylko zakaz analogii, a nie obejmuje nakazu określoności, zakazu działania wstecznego i zakazu derogowania ustawowych kontratypów za pomocą prawa zwyczajowego lub ponadpozytywnego. W tym ujęciu nic nie stałoby na przeszkodzie teleologicznej redukcji np. § 27 wschodnioniemieckiej ustawy o ochronie granicy (zezwoleń na strzelanie do uciekinierów z NRD), ponieważ nie chodzi w tym przypadku o kontratyp uregulowany w ustawie karnej (jest to uprawnienie funkcjonariuszy państwowych do ingerencji w dobro). Konsekwentnie art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej nie byłby również stosowany, gdyby ustawodawca z mocą wsteczną lub sędzia na podstawie prawa ponadpozytywnego stwierdzili (częściowe) nieistnienie tego publicznoprawnego zezwolenia do użycia broni palnej w celu pozbawienia życia⁶⁰. Po drugie, ustawodawca mógłby bardzo łatwo uniknąć wymagań konstytucyjnych, sytuując określone zezwolenie w innej niż prawnokarna części porządku prawnego. Po trzecie, zakaz teleologicznej redukcji np. przepisu o obronie koniecznej, zawartego w ustawie karnej (§ 32 StGB) oraz dopuszczalność analogii w przypadku odpowiedniego przepisu prawa cywilnego (§ 227 BGB) prowadzą do sprzeczności norm (naruszenie zasady jedności porządku prawnego). Zatem zakaz stwarzania sytuacji sprzeczności norm

⁵⁷ H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln–Berlin–Bonn–München 1983.

⁵⁸ M.in. „Wahrnehmung berechtigter Interessen” (§ 193 StGB), aborcja na podstawie wskazań z § 218 a StGB, klauzula zarzeczności z § 240 ust. 2 i § 253 ust. 2 StGB, sytuacje podobne do stanu konieczności – okoliczności tworzone *praeter legem* („die »notstandsähnliche Lage«” – przewaga interesu ratowanego nad poświęconym, ale nie przewaga „istotna”, równowartość kolidujących dóbr), zgoda dysponenta dobrem na jego naruszenie, domniemana zgoda.

⁵⁹ H.-L. Günther, *Warum Art. 103 Abs. 2 GG...*, s. 216 i n.

⁶⁰ Zdaniem V. Erba (*Die Schutzfunktion...*, s. 267–268), problem zakresu zasady *nullum crimen* w obszarze kontratypów nie miałyby znaczenia, gdyby § 27 wschodnioniemieckiej ustawy o ochronie granicy dałby się w sposób „przychylny dla prawa i wolności jednostki” tak zinterpretować, że w przypadku strzelania na wewnątrzniemieckiej granicy zostałyby uznane za bezprawne zabójstwa już w momencie ich popełnienia. Jeżeli natomiast przyjmuje się, że rzeczywiście stosowany w praktyce kontratyp objęty jest zakresem zasady *nullum crimen*, to powstaje pytanie o dopuszczalność jej wyjątkowego naruszenia np. na podstawie słynnej formuły G. Radbrucha (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristen-Zeitung” 1946, s. 107), zgodnie z którą prawo pozytywne nie wiąże wtedy, gdy sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga tak intensywny stopień („unerträgliches Maß”), że ustawa jako „unrichtiges Recht” musi ustąpić sprawiedliwości. Bliżej na ten temat zob. w literaturze polskiej m.in. J. Zajadło, *Filozofia prawa a prawo karne. Studium tzw. Mauerschützen*, „Ius et Lex” 2003/1, N (II), s. 175 i n.

(jednocześnie zakazującej i zezwalającej) pozostawia jedynie następującą alternatywę: albo art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN rozciąga swoje gwarancje na wszystkie okoliczności usprawiedliwiające w ich funkcji jako wypowiedzi zezwalających na czyn w całym porządku prawnym, albo w ogóle wyłącza je z gwarancji z powodu ich ponadprawnokarnego oddziaływania⁶¹. Zdaniem H.-L. Günthera, ponieważ art. 103 ust. 2 gwarantuje tylko ustawowe warunki karalności zachowania, oddziałuje tylko na prawo karne, trafne może być tylko drugie rozwiązanie. Zastrzeżenie art. 103 ust. 2 dotyczy tylko genuin prawnokarnych warunków karalności, a okoliczności wyłączające bezprawności takiego charakteru nie posiadają. Natomiast gwarancjom wynikającym z tego konstytucyjnego przepisu podlegają bez ograniczeń wyróżniane przez tego autora okoliczności wyłączające bezprawie karne („Strafunrechtsausschließungsgründe”). Nie legalizują one naruszenia normy, tylko usuwają jego bezprawie karne. Stanowią genuin prawnokarną materię.

Sceptycyzm co do rozróżnienia między prawnokarnymi i pozaprawnokarnymi okolicznościami wyłączających bezprawność, które miałyby zapobiec rozciągnięciu zakresu art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN na cały porządek prawny, wyraża V. Erb⁶². Jednakże – jego zdaniem – niebezpieczeństwo, że prawo karne swoje zasady narzuci pozostałym częściom porządku prawnego, może być zażegnane w taki sposób, że pozostawi się gwarantowaną przez art. 103 ust. 2 ochronę przed ściganiem karnym. Zachowanie nie zostaje usprawiedliwione np. w prawie cywilnym, natomiast można przyjąć skutek w postaci wyłączenia bezprawia karnego. Z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN można również dla takich wypadków wywieść zawartą bezpośrednio w przepisach konstytucyjnych okoliczność wyłączającą karalność („Strafausschließungsgrund”), która nie dotyka bezprawności zachowania.

Wyłączenie bezprawia karnego i możliwość przyjmowania różnych ocen bezprawności w różnych gałęziach porządku prawnego mocniej akcentuje D. Kratzsch⁶³. Jego zdaniem, trzy podstawowe cele określają *ratio legis* art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej. Po pierwsze, przepis ten wraz z innym przepisami konstytucyjnymi (przede wszystkim art. 1 Ustawy Zasadniczej – nienaruszalność godności osoby ludzkiej) ma chronić godność jednostki poprzez zapewnienie, że może być ona pociągnięta do odpowiedzialności karnej tylko wtedy, gdy możliwe jest w momencie czynu przewidzenie szczególnie dolegliwych, karnych jego następstw. Po drugie, przepis ten chronić powinien wolność zachowania: przez określenie warunków karalności jednostka powinna mieć możliwość dokładnego rozpoznania, w jakim zakresie może bez obawy przed sankcją karną czynić użytek ze swojej wolności. Po trzecie, art. 103 ust. 2 ma przeciwdziałać dowolnemu i ule-

⁶¹ H.-L. Günther, *Warum Art. 103 Abs. 2 GG...*, s. 218 i n.

⁶² V. Erb, *Die Schutzfunktion...*, s. 272 i n.

⁶³ D. Kratzsch, § 53 *StGB...*, s. 65 i n.; tenże, *Grenzen...*, s. 30 i n.

gającemu naciskom opinii publicznej lub chwili karaniu przez sędziego. Zdaniem D. Kratzscha, wszystkie wymienione cele tego przepisu znajdują zastosowanie na terenie okoliczności wyłączających bezprawność. Usprawiedliwione czyny należą do obszaru gwarantowanej wolności jednostki. W obronie koniecznej zaatakowany często stoi przed alternatywą albo czynić użytek ze swojej wolności, aby zamach odeprzeć, albo też znosić naruszenie niekiedy najważniejszych swoich dóbr (niekiedy np. życia). Jeżeli granice wolności zachowania nie są dokładnie określone, zaatakowany nie jest w stanie rozpoznać granic swojego prawa i ocenić ryzyka prawnokarnych konsekwencji zastosowania środków obronnych. Z tego powodu w licznych przypadkach uprawnionej obrony jednostka chętniej zrezygnuje z obrony niż narazi się na niebezpieczeństwo, że w wyniku błędnego rozpoznania granic obrony straci wolność na długie lata. W obszarze okoliczności wyłączających bezprawność – wywodzi D. Kratzsch – poruszamy się na granicy między prawem i bezprawiem. Sytuacje te, szczególnie w przypadku obrony koniecznej, wywołują bardzo silne emocje społeczne, a sędzia często rozstrzyga albo o pełnej bezkarności sprawcy, albo skazuje go na długoletnią karę pozbawienia wolności. Autor ten dochodzi do wniosku, że ograniczanie ustawowego brzmienia przepisu o obronie koniecznej przez sędziego prowadzi do nie wynikającego z ustawy rozszerzenia karalności. Brzmienie, znaczenie i cel tego przepisu określa jedynie liberalna zasada, że prawo nie musi ustępować bezprawiu. Nie dopuszcza ona żadnych wyjątków. Jedynym następstwem „usprawiedliwienia” na jego podstawie jest wyłączenie karalności, przez co D. Kratzsch rozumie, jak się wydaje, wyłączenie bezprawności karnej⁶⁴. Nie oznacza to – twierdzi – że zachowanie to z punktu widzenia innych gałęzi prawa jest traktowane jako legalne. Może ono zostać uznane jako bezprawne np. w prawie cywilnym.

Z tej interesującej dyskusji prowadzonej w niemieckiej nauce prawa karnego wyciągnąć można na pewno wniosek, że objęcie okoliczności wyłączających bezprawność gwarancjami zasady *nullum crimen* jest nie do pogodzenia z koncepcją tzw. jednolitej bezprawności. Pozostaje on w zgodzie z wynikiem rozważań powoływanego wyżej H.-L. Günthera, który jednak nie decyduje się na ostateczne zerwanie z tak rozumianą zasadą jedności porządku prawnego, chociaż to właśnie on opowiedział się za wprowadzeniem, obok wyłączenia bezprawności w całym porządku prawnym, również kategorii wyłączenia jedynie bezprawności karnej. Połowiczność jego stanowiska wynika także z tego, że materialnie nie ujmuje on (wyłączania) bezprawia karnego jako struktury jakościowo odmiennej, lecz jako kategorię różniącą się jedynie ilościowo. Tak więc w jego koncepcji prawo karne nie rozstrzyga o bezprawności bądź legalności zachowania⁶⁵. Nie ma tam miejsca

⁶⁴ Zob. wyraźne stwierdzenia D. Kratzscha, *Grenzen...*, s. 31, 44, 47–48.

⁶⁵ Zob. np. H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit...*, s. 101: „Zwischen »Strafrechtswidrigkeit« und »allgemeiner« Rechtswidrigkeit besteht also ein Verhältnis der Subordination und Spezialität.”; s. 121: „Das Strafrecht zieht seine Grenze somit nicht zwischen Recht und Unrecht, sondern zwischen strafwürdigem Unrecht und nicht strafwürdigen (rechtmäßigen wie rechtswidrigen) Verhaltensweisen”.

na sytuacje, w których czyn został oceniony jako bezprawny w prawie karnym, ale pozostaje legalny np. z punktu widzenia prawa cywilnego⁶⁶. Jednak radykalnego postulatu H.-L. Günthera – wyłączenia kontratypów z zakresu gwarancji zasady *nullum crimen sine lege* – nie można zaakceptować z powodów, które klarownie wyłożył m.in. D. Kratzsch⁶⁷. To z kolei narzuca jedynie trafne rozwiązanie problemu: przyjęcie specyficznej kategorii (wyłączenia) bezprawności karnej. Taką alternatywę widział wyraźnie H.J. Hirsch, jeden z najbardziej stanowczych obrońców zasady jedności porządku prawnego rozumianej jako konieczność przyjęcia jednolitej dla całego systemu prawa oceny bezprawności czynu⁶⁸.

Zasada *nullum crimen sine lege* jest jedną z zasad właściwych dla prawa karnego, która ze względów funkcjonalnych i braku potrzeby tak mocnych gwarancji dla działającego podmiotu nie jest przyjmowana w innych gałęziach prawa, np. w prawie cywilnym. Już choćby z powodu jej funkcjonowania w prawie karnym materialnym możliwe jest rozejście się ocen bezprawności w prawie karnym i prawie cywilnym. Jednak podstawowe różnice wynikają z odmiennej struktury uzasadniania bezprawia karnego i jego wyłączenia, warunkowanych różną, często całkowicie odmienną od funkcji innych obszarów porządku prawnego teleologią prawa karnego. To właśnie w obszarze nauki prawa karnego, zwłaszcza wśród zwolenników subiektywnego, personalnego bezprawia, wysunięto postulat niezbędności istnienia tzw. podmiotowych znamion okoliczności wyłączających bezprawność nawet tam, gdzie nie ma do tego wyraźnych podstaw w brzmieniu odpowiednich przepisów oraz oczywiście również w wypadku pozakarnych kontratypów. Nie sądzę, by prawo cywilne kiedykolwiek zaakceptowało tak zdecydowaną subiektywizację bezprawności, chociaż bez elementów podmiotowych i ono wyjątkowo obyć się niekiedy nie może. Taka subiektywizacja odpowiada w zasadzie teleologii prawa karnego, ale nie prawa cywilnego; prawo cywilne nie wypełniałoby wtedy właściwych dla siebie funkcji. Zakresy przepisów art. 25 k.k. i art. 423 k.c. pokrywają się tylko pozornie. Zachowanie podjęte w nieświadomości obiektywnej sytuacji uprawniającej do podjęcia obrony wyłączy odpowiedzialność deliktową za wyrządzoną napastnikowi szkodę, nie wyłączy jednak bezprawia karnego, o ile przepis o usiłowaniu bądź usiłowaniu nieudolnym obejmuje swoim zakresem takie sytuacje⁶⁹. Zatem zakres art. 25 k.k. może być węższy niż

⁶⁶ Zob. trafne krytyczne uwagi na temat koncepcji H.-L. Günthera, U. Hellmann, *Die Anwendbarkeit...*, s. 6 i n.

⁶⁷ Zob. również przekonujące uzasadnienie konieczności objęcia kontratypów zasadą *nullum crimen* V. Erb, *Die Schutzfunktion...*, s. 274 i n.

⁶⁸ H. J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe...*, s. 59: „Der Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung wäre von vornherein gegenstandslos, wenn eine eigene Strafrechtswidrigkeit zu bejahen wäre”.

⁶⁹ Moim zdaniem, obecnie obowiązujący art. 13 § 2 k.k., jako rozszerzający zakres karalności usiłowania, nie obejmuje takich wypadków, zatem zachowanie powinno pozostać również karnie niebezprawne (*nullum crimen sine lege*). Nie wyklucza to jednak przyjęcia bezprawia karnego np. poprzez bardziej subiektywne ujęcie brzmienia przepisu o usiłowaniu. Bliżej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 571, przyp. 2546. Zwolennicy jednolitej bezprawności opowiadają się często za odpowiedzialnością za dokonanie!

art. 423 k.c. Subiektywizacja kontratypów pochodzących z innych gałęzi prawa, żądanie uwzględniania elementów podmiotowych kontratypów także w tych gałęziach, to przykład nieuprawnionego narzucania im teleologii prawa karnego. Natomiast odrzucenie tego roszczenia np. przez prawo cywilne prowadzi do naruszenia zasady jedności porządku prawnego (jednolitej oceny bezprawności). Ze swojego punktu widzenia rację miał G. Spindel, jeden z obrońców obiektywistycznej wykładni bezprawia i jego wyłączenia, przeciwnik podmiotowych znamion okoliczności wyłączających bezprawność oraz konsekwentny zwolennik jednolitej w całym systemie prawa bezprawności, gdy twierdził, że z powodu braku akceptacji w prawie cywilnym podmiotowego znamienia obrony koniecznej w postaci świadomości istnienia bezpośredniego bezprawnego zamachu bądź woli obrony przed takim zamachem przyjęcie takiego znamienia przy wyłączeniu odpowiedzialności karnej prowadzi do rozejścia się ocen w prawie cywilnym i karnym⁷⁰. Zatem zachowanie jednolitej bezprawności wymaga odrzucenia tych znamion podmiotowych kontratypu także na terenie prawa karnego. Ten ostatni postulat G. Spindela właśnie ze względu na teleologię prawa karnego nie zasługuje na aprobatę. Jeżeli zatem nie widzimy już w prawie karnym możliwości oparcia bezprawia na wyłącznie obiektywnych podstawach, to musi to prowadzić do przyjęcia zorientowanej prawnokarnie bezprawności.

STRESZCZENIE

Bezprawność stanowi konieczną przesłankę przestępności (karalności) czynu. Wyłączenie bezprawności zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego może nastąpić w przypadku wyjątkowego zezwolenia na naruszenie dobra prawnego. Zgodnie z zasadą jedności porządku prawnego, rozumianej jako konieczność przyjęcia jednolitej dla całego systemu prawa oceny bezprawności czynu, oraz zasadą subsydiarności odpowiedzialności karnej (subsidiarnego charakteru bezprawia karnego) zezwolenia te, nazywane w prawie karnym okolicznościami wyłączającymi bezprawność (kontratypami), mogą pochodzić nie tylko z obszaru prawa karnego, ale także innych gałęzi prawa, np. prawa cywilnego, administracyjnego. Ich zakres jest suwerennie ustalany przez gałęzie prawa, z których pochodzą, na podstawie specyficznych dla tych gałęzi kryteriów i metod, i które bez zastrzeżeń są przyjmowane w prawie karnym. Oznacza to, że prawo karne ma charakter akcesoryjny właśnie przede wszystkim w zakresie sytuacji wyłączających bezprawność, ponieważ jego charakter jako środka *ultima ratio* nie pozwala na przyjęcie bezprawności czynu w wypadku, gdy istnieje zezwolenie w jakiegokolwiek pozakarnej gałęzi prawa. W ten sposób poprzez kontratypy, np. prawa cywilnego, administracyjnego, przenikać ma do prawa karnego

⁷⁰ G. Spindel, *Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis*, (w:) *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München 1979, s. 248–249.

teleologia i zasady innych obszarów porządku prawnego (np. dopuszczalność analogii na niekorzyść). Zasada *nullum crimen sine lege* gwarantuje jednostce pewność i obliczalność wyjątkowo dolegliwej represji karnej, nakazując ustawowe określenie warunków karalności czynu przed jego popełnieniem. Jednym z takich koniecznych elementów karalności (przestępności) jest brak sytuacji kontratypowej. W związku z tym kontratypy stanowią obszar szczególnego „napięcia” między teleologią i zasadami prawa karnego materialnego a podstawami (wyłączenia) odpowiedzialności (bezprawności) zachowania sprawcy w innych gałęziach prawa, tj. zasadą jednolitej oceny bezprawności w całym systemie prawa. Zdaniem autora, gwarancje wynikające z zasady *nullum crimen* powinny obejmować również okoliczności wyłączające bezprawność (kontratypy). Prowadzi to jednak do postulatu przyjęcia kategorii (wyłączenia) specyficznej prawnokarnej bezprawności, co jest równoznaczne z odrzuceniem jednolitej dla wszystkich gałęzi oceny bezprawności czynu.

SUMMARY

Unlawfulness is a necessary condition for the criminality of an act (criminal liability for it). Exclusion of unlawfulness of the behavior that has the features of a forbidden act can take place in case of an extraordinary consent to a violation of the legal interest. In accordance with the principle of the unity of the legal order understood as a necessity to adopt a uniform assessment of unlawfulness of an act for the whole legal system, and the principle of subsidiarity of criminal liability (subsidiary character of criminal unlawfulness), this consent that is called circumstances excluding unlawfulness (justification) can come not only from criminal law but also from other branches of law, e.g. civil law, administrative law, etc. Their range is independently established by the branches of law which they come from based on the criteria and methods specific for these branches, and which without reservations are adopted in criminal law. This means that criminal law has an accessory character especially within situations excluding unlawfulness because its character as a measure *ultima ratio* does not allow to state unlawfulness of an act in case there is consent to it in any other branch of law. This way – via justification from e.g. civil law or administrative law – teleology and principles of other areas of legal order (e.g. admissibility of analogy to a disadvantage) are to penetrate criminal law. Ordering a statutory specification of the conditions for punishment before the commitment of an act, the principle of *nullum crimen sine lege* guarantees an individual certainty and measurability of an especially afflicting penal reprisal. One of such obligatory elements of criminal liability (criminality) is the lack of a situation which has a justification character. Due to that, justification is an area of special “tension” between teleology and principles of criminal law and grounds for (exclusion of) liability (unlawfulness) of the perpetrator’s behavior in other branches of law, i.e. a principle of a uniform assessment of unlawfulness in the whole system of law. In the author’s opinion, the

guarantees arising from the principle *nullum crimen* should also cover circumstances excluding unlawfulness (justification). However, this leads to a demand for adopting the category of (an exclusion of) specific criminal unlawfulness, which is equivalent to a rejection of a uniform assessment of unlawfulness of an act for all the branches.