

O funkcjach urojenia okoliczności wyłączających bezprawność. Wybrane zagadnienia teoretycznoprawne

SZYMON TARAPATA

Katedra Prawa Karnego Materialnego
Uniwersytet Wrocławski

PIOTR ZAKRZEWSKI

Katedra Prawa Karnego
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

1) Tradycją ksiąg pamiątkowych jest dedykacja jubilatowi opracowania zawierającego analizę tematyki bliskiej jego zainteresowaniom naukowym. W przypadku Profesora Tomasza Kaczmarka paleta tych zagadnień jest niezwykle szeroka, albowiem dorobek naukowy Jubilata jest wyjątkowo bogaty i pełny niezwykle interesujących oraz inspirujących spostrzeżeń. Niemniej jednak — w ocenie autorów niniejszego pracowania — jedno zagadnienie będące w przeszłości przedmiotem żywego zainteresowania Profesora Tomasza Kaczmarka zasługuje szczególnie na to, aby do niego nawiązać. Chodzi mianowicie o kwestię niezwykle sporną dla doktryny prawa karnego, a więc o status tak zwanych okoliczności wyłączających bezprawność, zwanych też często „kontratypami” bądź też — jak to zapewne wolałby Jubilat — „zezwozeniami” na podjęcie zachowania naruszającego bądź narażającego dobro prawne na niebezpieczeństwo. Dyskusję na temat sygnalizowanego powyżej zagadnienia darzymy nieukrywanym sentymentem, albowiem kwestia ta była już wielokrotnie przedmiotem dysput naukowych toczonych przez Tomasza Kaczmarka z Andrzejem Zollem i pozostałymi przedstawicielami bliskiej nam krakowskiej szkoły prawa karnego. Dyskurs ten toczył się nie tylko na łamach czasopism naukowych, lecz miał także miejsce w trakcie zebrania naukowego Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, w którym gościnnie wzięli udział profesorowie Tomasz Kaczmarek i Jacek Gizek. Odbłyło

się ono 20 marca 2009 roku¹ w Collegium Wróblewskiego w Krakowie. Autorzy niniejszego opracowania, będąc wówczas — odpowiednio — studentem V roku i doktorantem I roku — przysłuchiwali się jednej z najciekawszych dyskusji naukowych, w jakich przyszło im dotychczas uczestniczyć. Poniższa krótka analiza zagadnienia urojenia okoliczności wyłączających bezprawność stanowić będzie częściowe nawiązanie do tamtej debaty. Precyzyjniej rzecz ujmując, można stwierdzić, że niniejszy szkic ma na celu ukazanie, jakie skutki dla znaczenia urojenia okoliczności wyłączających bezprawność może wyrzucić rozstrzygnięcie kwestii dotyczącej tego, na którym etapie oceny poszczególnych elementów struktury przestępstwa wykluczy się odpowiedzialność karną jednostki działającej na przykład w warunkach wskazanej w art. 25 § 1 k.k. obrony koniecznej lub opisanego w art. 26 § 1 k.k. stanu wyższej konieczności albo innych, podobnych, konstrukcji.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że nie podzielamy wszystkich tez Jubilata dotyczących charakteru okoliczności zezwalających na naruszenie bądź narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Przyjęcie takiego stanowiska wynika w dużej mierze z istniejących pomiędzy nami różnic w zakresie pojmowania struktury przestępstwa czy też stosowanych w rozważaniach karnistycznych norm. Nie stoi to jednak na przeszkodzie twierdzeniu, że wiele wypowiedzi Tomasa Kaczmarka dotyczących okoliczności zezwalających na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo zasługuje na aprobatę i — co więcej — może zostać twórczo wykorzystane w ramach prezentowanej przez nas konstrukcji zachowania przestępnego oraz — co istotniejsze dla dalszych rozważań — spojrzenia na skutki wystąpienia na gruncie konkretnego stanu faktycznego urojenia okoliczności wyłączających bezprawność.

2) Jedną z najważniejszych dla niniejszego opracowania osi sporu, która pojawiła się w dyskusji Jubilata z A. Zollem, była kwestia dotycząca relacji konstrukcji, zwanych tradycyjnie okolicznościami wyłączającymi bezprawność, do używanych coraz częściej w teorii i dogmatyce prawa karnego — struktur normatywnych. W ramach krakowskiej szkoły prawa karnego przez długi czas twierdzono, że zachowanie podejmowane w warunkach kontratypu stanowi przekroczenie normy sankcjonowanej (zakazu lub nakazu), które to naruszenie, z racji tego, że jest społecznie opłaczalne, nie stanowi czynu bezprawnego. Zatem w ujęciu przyjmowanym przez A. Zolla niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie musi spełnić dwa warunki, albowiem z jednej strony winno ono aktualizować nakaz lub zakaz zawarty w normie sankcjonowanej, z drugiej zaś — nie być popełnione

¹ Wcześniej odbyło się spotkanie, dnia 9 lutego 2009 roku, w trakcie którego zaprezentowane zostały główne tezy prof. Tomasza Kaczmarka, zawarte w artykule *O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność*, PIP 2008, nr 10; oraz prof. Andrzeja Zolla w artykule *W sprawie kontratypów (Odpowiedź Panu prof. dr hab. Tomaszowi Kaczmarkowi)*, PiP 2008, nr 11; zob. W. Zontek, *Zapis dyskusji nt. „Charakter prawny kontratypu” z dnia 9 lutego 2009 r. oraz 20 marca 2009 r. na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ*, CPKiNP 2010, nr 2, s. 63–102.

w warunkach kontratypu. W tym więc ujęciu okoliczności kontratypowe stanowią negatywne warunki bezprawności.

Zaprezentowane spojrzenie zostało zakwestionowane przez Jubilata. Tomasz Kaczmarek wskazał mianowicie, że zabójstwo w obronie koniecznej „nie narusza i nie może naruszać normy sankcjonowanej wysłowionej w art. 148 § 1 k.k., gdyż wyrażony w niej pod groźbą kary zakaz pozbawienia życia innego człowieka w ogóle nie powstaje i nie aktualizuje się z mocy art. 25 § 1 k.k. wobec sprawcy, który zabił człowieka”². Jubilat zaznaczył tym samym, że okoliczności zezwalające na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo nie figurują w obrębie jakiegś autonomicznej normy kompetencyjnej, leżącej poza normą sankcjonowaną. Tomasz Kaczmarek uznał, iż stwierdzenie braku spełnienia przesłanek obrony koniecznej, stanu wyższej konieczności i in. powoduje, że nie można uznać zachowania za naruszające zakaz lub nakaz leżący u podstaw danej normy sankcjonowanej. Stwierdził więc, że konstatacja o braku zezwolenia na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo jest ujętym w sposób negatywny warunkiem decydującym o możliwości stosowania tejże struktury normatywnej.

Przyjęcie zaprezentowanej powyżej perspektywy doprowadziło Jubilata do wniosku, że niezasadny jest przyjmowany przez A. Zolla podział na „pierwotną” i „wtórna” legalność zachowań³, albowiem skoro czyn podjęty w warunkach zezwolenia na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo nie przekracza normy sankcjonowanej, to trudno w takim przypadku mówić o jakiegś „pierwotnej” bezprawności, która w oparciu o kontratypy miałyby zostać w sposób następczy „wyłączona”. W tym kontekście Jubilat podkreśla, że

Słowo „wyłącza” sugeruje [...], że najpierw zachodziła bezprawność, którą następnie „wyłącza” lub „uchyla” zachowanie dozwolone bądź nakazane, podczas gdy z istoty swojej czyny takie od samego początku pozbawione są cechy bezprawności karnej z tego właśnie względu, że stanowią one urzeczywistnienie uprawnienia (zezwoienia) bądź obowiązku prawnego, i jako takie uchylają nie tylko bezprawność, co — ściślej mówiąc — wyłączają możliwość jej przyjęcia⁴.

Z tej też przyczyny T. Kaczmarek kieruje zastrzeżenie terminologiczne w stosunku do sformułowania „okoliczności wyłączające bezprawność”⁵. Ściślej rzecz ujmując, Jubilat uznaje, że określenie to nie jest terminem prawidłowym, gdyż jego treść mogłaby sugerować, że aktualizacja zezwolenia na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo prowadziłyby do następczego wyłączenia

² T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 26–27.

³ T. Kaczmarek, *O kontratypach raz jeszcze*, PiP 2009, nr 7, s. 91; *idem*, *O tzw. okolicznościach „wyłączających”...*, s. 27 n. Zob. też A. Zoll, *op. cit.*, PiP 2009, nr 4, s. 110–111.

⁴ T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach „wyłączających”...*, s. 25.

⁵ *Ibidem*, s. 24–25.

bezpprawności. Owo wyłączenie musiałoby więc dotyczyć zachowania, które zostało wcześniej uznane za bezprawne. Z tej też przyczyny, zdaniem Jubilata, nieadekwatne jest również określenie „kontratyp”. Wynika to zaś z przyjęcia tezy, że skoro zachowanie podjęte w warunkach zezwolenia na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo nie stanowi przekroczenia normy sankcjonowanej, to tym samym postąpienie takie nie może realizować znamion typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Określenie „kontratyp” mogłoby natomiast sugerować, że chcąc wyłączyć odpowiedzialność karną w oparciu o taką figurę, należałoby najpierw ustalić, iż dane działanie lub zaniechanie wyczerpało znamiona typu czynu zabronionego.

3) Odnosząc się do zaprezentowanych powyżej twierdzeń, należy zaznaczyć, że akceptujemy tezę podzielaną zarówno przez T. Kaczmarska, jak i A. Zolla, iż aktualizacja elementów konstytucyjnych z punktu widzenia zezwolenia na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo powoduje brak możliwości stwierdzenia, że zachowanie danej osoby jest bezprawne. Przyjęcie takiego zapatrywania musi zaś prowadzić do konieczności akceptacji poglądu, że okoliczności kontratypowe nie mogą być istotne z perspektywy normy sankcjonującej, albowiem w przyjmowanym przez nas modelu teoretycznym wspomniana struktura normatywna jest domeną wyłącznie płaszczyzny karalności, nie zaś bezpprawności. Pozostaje jednak pytanie, czy konstatacja o braku kontratypów powinna być istotna w obrębie analizy warunków konstytucyjnych z punktu widzenia aktualizacji zakazu lub nakazu wyrażonego w dyspozycji normy sankcjonowanej, czy też należałoby ją uznać za relewantną w odrębnego unormowania, a więc normy kompetencyjnej. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia, o ile w ogóle możliwe, z pewnością nie jest zadaniem łatwym, albowiem przyjęcie takiego bądź też innego rozwiązania musi być uzależnione od pomysłu na prawo karne, prezentowanego przez konkretnego interpretatora tekstu prawnego oraz przyjmowanych przez niego założeń aksjologicznych oraz kryminalno-politycznych.

Sygnalizowany problem nie jest na gruncie teoretycznoprawnym rozstrzygany jednolicie. Z jednej strony możliwość wyodrębniania tak zwanej normy zezwalającej jest kwestionowana przez niektórych teoretyków prawa. Krytyka ta pochodzi głównie od zwolenników podzielanej przez nas derywacyjnej koncepcji wykładni. Wskazują oni, że skoro funkcją wyrażen uznawanych za normy postępowania jest bezpośrednio oddziaływanie na zachowania się jakichś podmiotów, to trudno za takie unormowania uznać wypowiedzi, które formułują jedynie zezwolenia określonego zachowania się, albowiem nie nadają się one do tego, by samoistnie kierować czymś postępowaniem, chyba że rozważa się je w powiązaniu z wypowiedziami nakazującymi lub zakazującymi jakiegoś postępowania. Autorzy ci podkreślają, że jeżeli po ustanowieniu nakazów (zakazów) prawodawca zamierza przywrócić stan poprzednio występujący, to czyni to niekiedy w formie zezwoleń na podejmowanie dotychczas zakazanych czynności. Fakt ten jednak

nie daje wystarczającej podstawy do wyróżniania „norm zezwalających” z tego już choćby względu, że taka wypowiedź „zezwalająca” jest w istocie wypowiedzią performatywną, przez którą w tym przypadku znosi się jedynie poprzednio wydany nakaz albo zakaz. Podkreśla się, że przyjęcie odmiennych założeń, a w szczególności tego, że zachowania nieobjęte ingerencją prawodawcy są zakazane, czy też założenia, że są zachowaniami nakazanymi, prowadzi do niedorzecznych konsekwencji praktycznych. W efekcie wspomniani autorzy uznają, że tak zwane zezwolenie winno stanowić część składową normy prawnej, a więc nie powinno ono występować poza nią⁶. Dalej zaś wskazują, że konstrukcja zezwoleń jest przydatna, natomiast one same

służą do formułowania zdań opisujących kwalifikacje jakichś zachowań ze względu na jakąś rozpatrywaną normę czy system norm, a więc do formułowania szczególnego rodzaju wypowiedzi w metajęzyku (bo wypowiedzi o treści danych norm)⁷.

Dodają też, iż

wszystko to, co miałyby być wyrażane za pomocą wypowiedzi określanych mianem „norm zezwalających”, da się [...] wyrazić w postaci odpowiednio precyzyjnie sformułowanych nakazów albo zakazów. W tej sytuacji, zgodnie z dyrektywą metodologiczną, by w rozważaniach nie mnożyć bytów ponad konieczność, wyróżnienie „norm zezwalających” wydaje się nam niecelowe⁸.

Z drugiej strony w literaturze prezentuje się modele teoretyczne, w których zezwolenie umieszcza się poza normą sankcjonowaną. Zwolennikiem takiego ujęcia jest chociażby Ł. Pohl. Wskazuje on, że system logiki deontycznej opiera się na założeniu, że system normatywny dzieli się na trzy rozłączne klasy czynów. Można wyróżnić zachowania nakazane, zakazane oraz indyferentne. Zdaniem Pohla kontratyp winien być uznawany za uprawnienie traktowane jako odnoszące się do sytuacji, w której dane zachowanie, jak przykładowo stosowanie obrony koniecznej, nie jest ani zakazane, ani nakazane przez daną normę. Uznając tę tezę za niezwykle istotną, autor przyjmuje, że w literaturze często wywodzi się, iż

np. brak zakazu dotyczy w sytuacji realizowania powyższego uprawnienia również realizacji znamion typu czynu zabronionego, znamion, które sprawca wypełnia, podejmując zachowanie kontratypowe. Mówiąc krótko, rozciąga się ustalenia dotyczące zachowania będącego przedmiotem uprawnienia na zachowanie, które, będąc z natury konstrukcyjnej wkompo-

⁶ K. Świrydowicz *et al.*, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. norm zezwalających*, PiP 1975, nr 7, s. 58. Zob. też M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawnawstwie*, Warszawa 1988, s. 75–76; W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 30–31; oraz W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 31–32.

⁷ K. Świrydowicz *et al.*, *op. cit.*, s. 62.

⁸ *Ibidem*, s. 58.

nowane w realizację tego uprawnienia (wkomponowane jako jego warunek konieczny), jest zabronione przez stosowną normę sankcjonowaną. Z takim przeorientowaniem ustaleń przepisanych uprawnieniu zgodzić się natomiast już nie można. Nie można się na to zgodzić zwłaszcza wówczas, gdy zaakceptuje się promowaną tutaj tezę, że przepis formułujący kontrakt opiera się w swej istocie na konstrukcji mocnego dozwolenia. To natomiast [...] w swej budowie zakłada relatywizację do czynu już unormowanego. Słowem, realizując przyznane [...] uprawnienie do zachowania kontraktowego, realizuje się z konieczności czyn w prawie karnym unormowany jako zabroniony. W przypadku kontraktu przekroczenie normy sankcjonowanej jest zatem z jego racji konstrukcyjnych nieuchronne. Analizowane uprawnienie natomiast niejako wtórnie legalizuje owo przekroczenie, co pozostaje w zgodzie z tym nurtem doktryny prawa karnego, który w konsekwencji spełnienia przesłanek kontraktu dopatruje się tak zwanej wtórnej legalizacji zachowania pierwotnie zabronionego. Czyn w ogólnym rozrachunku, pomimo przekroczenia normy sankcjonowanej, zostaje więc zalegalizowany. Nie jest więc on bezprawny pomimo tego, że z racji nieuchronnego, przy zachowaniu kontraktowym, przekroczenia normy sankcjonowanej, kwalifikuje się go jako czyn zabroniony⁹.

W efekcie więc Pohl lokuje zanegowane kontrakty w obrębie zakresu zastosowania normy sankcjonującej.

Można zaryzykować twierdzenie, że na gruncie teoretycznoprawnym oba te ujęcia są możliwe do obrony. To więc, które z nich zostanie przyjęte na potrzeby prawa karnego, zależy od suwerennej decyzji prawodawcy, albowiem wydaje się, że to ustawodawca jest władny, biorąc pod uwagę przyjmowane przez siebie wartości konstytucyjne oraz różne funkcje, jakie mają pełnić poszczególne, tworzone przez niego, gałęzie prawa, arbitralnie skonstruować system normatywny w taki sposób, iż z jego punktu widzenia będzie można mówić tylko o czynach zakazanych/niezakazanych lub nakazanych/nienakazanych. Takie rozstrzygnięcie, przyjęte na poziomie konkretnego porządku prawnego, nie musi jednak oznaczać zaprzeczenia, że na płaszczyźnie teoretycznej dopuszczalne jest też wyróżnienie takiego systemu, w ramach którego istnieje możliwość dodatkowego wyodrębnienia czynów zakazanych, które są jednocześnie dozwolone.

W kontekście zaprezentowanych koncepcji teoretycznych wydaje się, iż istnieją dosyć silne racje aksjologiczne przemawiające za przyjęciem intuicji wyrażonej przez Tomasza Kaczmarka, że element w postaci braku zezwolenia na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo winno się umiejscowić w obrębie normy sankcjonowanej, a ściślej — w jej zakresie zastosowania¹⁰. Uza-

⁹ Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 199–200.

¹⁰ W tym zakresie autorzy niniejszego opracowania zaprezentowali w literaturze nieznacznie odmienne stanowiska. Zob. więcej na ten temat S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 353–394; P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 383–392. Należy przy tym zaznaczyć, że wspólny pogląd, ostatecznie przyjęty w niniejszym opracowaniu, nie jest z nimi sprzeczny, gdyż ujmowanie kontraktów, jako reguł kolizyjnych, mających charakter wypowiedzi metajęzykowych, który to pogląd przyjmuje P. Zakrzewski, pozwala w gruncie rzeczy skonstatować, że ich funkcja polega na modyfikacji zakresu zastosowania norm sankcjonowanych. Według tej koncepcji kontrakty nie

sadniając tę tezę, warto podkreślić, że zwolennicy sytuowania zanegowanych kontraktów poza wspomnianą strukturą normatywną uznają, iż w okolicznościach kontraktowych dochodzi do społecznie opłacalnego poświęcenia przedmiotu prawnokarnej ochrony, pomimo społecznie nieakceptowalnego sposobu obejścia się z tą wartością. Wydaje się jednak, że przyjęcie takiej perspektywy nie zasługuje na aprobatę, albowiem nie jest kwestionowane, że można wyróżnić co najmniej dwa zasadnicze aspekty normy sankcjonowanej, czyli aksjologiczny oraz teleologiczny. Pierwszy z nich polega na wydaniu negatywnego osądu wobec sprawcy, który dopuścił się przekroczenia wspomnianej struktury normatywnej. Można więc twierdzić, że naruszenie tegoż unormowania jest — z punktu widzenia ocen moralnych — złem zasługującym na potępienie. Natomiast wedle zwolenników kwestionowanego ujęcia jest to zło, które można, niejako „wtórnie”, usprawiedliwić. Teza ta nie zasługuje jednak na aprobatę, albowiem trudno podzielić pogląd, że to, co społecznie usprawiedliwione/opłacalne, winno być jednocześnie traktowane jako społecznie nietolerowalne, a więc złe, gdyż naruszające normę sankcjonowaną. Skoro nie ma możliwości potępienia jednostki działającej w granicach obrony koniecznej, która chroni cenne w przekonaniu prawodawcy, bądź to swoje, bądź też cudze dobra prawne (często najcenniejsze, a więc na przykład zdrowie i życie), to sposób jej postępowania nie podobna uznać za nieakceptowalny. Zachowanie podjęte w warunkach określonych w art. 25 § 1 k.k. trzeba potraktować właśnie jako kulturowo aprobowane, a wręcz pożądane, skoro jest ono opłacalne w społecznym bilansie zysków i strat.

Nie można zapominać, że aspekt teleologiczny normy sankcjonowanej sprowadza się do polecenia kierowanego do adresata tegoż unormowania, by ten powstrzymał się od zachowania, które zostało uznane za negatywne w oparciu o ocenę, na której zasada się aspekt aksjologiczny wspomnianej struktury normatywnej. Prowadzi to do jednego istotnego wniosku. W kontekście tej tezy powinno się stwierdzić, iż nakaz lub zakaz wyrażony w normie sankcjonowanej

stanowią części składowej żadnej z tych norm, lecz wskazują sposoby rozstrzygania zachodzących między nimi kolizji. Zdaniem P. Zakrzewskiego nieistnienie konieczności wyróżniania wskazanych reguł kolizyjnych bierze się u poszczególnych autorów stąd, że nie postrzegają oni norm sankcjonowanych jako norm zobowiązująco-uprawnających, a tylko jako normy zobowiązujące (zakazujące/nakazujące) do określonego zachowania. Tymczasem, jeśli się nie pominie tego, że norma zakazu powodowania śmierci drugiego człowieka nie formułuje tylko zakazu podejmowania takich zachowań, których konsekwencją jest społecznie nieakceptowane ryzyko spowodowania śmierci drugiego człowieka (wobec gwarantów — nakazu uchylenia zagrożenia życia drugiego człowieka), lecz formułuje także uprawnienie po stronie tego, którego dotyczy, do samodzielnego uchylenia społecznie nieakceptowanego ryzyka i zagrożenia własnego życia, to należy przyjąć, że z tym uprawnieniem wiąże się nakaz znoszenia takiego zachowania uchylającego przez inne osoby. Tym samym konieczne staje się funkcjonowanie takich reguł kolizyjnych, które powiedzą, jak daleko sięga to uprawnienie i odpowiadający mu nakaz znoszenia, oraz pod jakimi warunkami się aktualizuje/dezaktualizuje, przykładowo w kontekście sytuacyjnym obrony koniecznej czy stanu wyższej konieczności.

może się aktualizować jedynie, gdy dana osoba dokonuje czynu zasługującego na negatywną ocenę w świetle systemu moralnego, odzwierciedloną w aspekcie aksjologicznym wspomnianej struktury normatywnej. Taka sytuacja zaś nie występuje w wypadku zachowań kontratypowych, w szczególności w wypadkach działania w obronie koniecznej. Warto zresztą podkreślić, że podobne wnioski można odczytać z opracowań dotyczących moralności. Na przykład w Katechizmie Kościoła Katolickiego wskazuje się, że „Kto broni swojego życia, nie jest winny zabójstwa, nawet jeśli jest zmuszony zadać napastnikowi śmiertelny cios” (pkt 2264). Z kolei św. Tomasz z Akwinu wskazywał, że

Jeśli więc ktoś w obronie własnego życia używa większej siły niż potrzeba, będzie to niedozwolone. Dozwolona jest natomiast samoobrona, w której ktoś w sposób umiarkowany odpiera gwałt, gdyż wolno siłę odeprzeć siłą, jednakże, jak mówi prawo, w miarę konieczności niezawinionej obrony. Nie jest natomiast konieczne do zbawienia, by ktoś celem uniknięcia śmierci napastnika zaniechał czynności potrzebnej do należynej samoobrony, gdyż człowiek powinien bardziej troszczyć się o własne życie niż o życie cudze¹¹.

W kontekście przytoczonych rozważań trudno oprzeć się wrażeniu, że zezwolenie na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo oddziałuje właśnie na sferę normy sankcjonowanej¹², albowiem ustalenie, że sprawca nie działał na przykład w obronie koniecznej, stanie wyższej konieczności lub w ramach realizacji ciążących na nim obowiązków będzie istotne z punktu widzenia stwierdzenia, że w konkretnej sytuacji faktycznej zaktualizował się w stosunku do tejże jednostki nakaz lub zakaz określonego postępowania. Oznacza to, że rację ma Tomasz Kaczmarek, twierdząc, iż zezwolenie na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo nie powinno być traktowane jako odrębna struktura normatywna, występująca poza normą sankcjonowaną, a więc na przykład w sferze odrębnej normy kompetencyjnej czy też normy sankcjonującej. Z tej też przyczyny trafne są jego krytyczne uwagi terminologiczne kierowane w stosunku do sformułowania „okoliczność wyłączająca bezprawność”. Dzieje się tak przede wszystkim z jednego powodu. Konkretnie rzecz ujmując, funkcją warunków, które tradycyjnie nazywa się „okolicznościami wyłączającymi bezprawność” (i które tak są też nazywane przez ustawę w art. 29 k.k.), jest w istocie statuowanie zachowań zgodnych z prawem, nie zaś „uchylanie” ich bezprawności. Trzeba także podzielić zastrzeżenia terminologiczne kierowane przez Jubilata odnośnie do słowa „kontratyp”, albowiem termin ten mógłby sugerować, że okoliczności

¹¹ Św. Tomasz z Akwinu, *Summa theologiae*, II-II, 64, 7.

¹² Pogląd, że okoliczności wyłączających bezprawność zawężają zakres zastosowania normy sankcjonowanej zdaje się akceptować W. Wróbel i J. Majewski (W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, Przeg. KP 1993, nr 8, s. 8 i 12. Zob. też wypowiedzi W. Wróbla, T. Kaczmarka oraz J. Majewskiego wygłoszone podczas IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 94–102, 110–118).

kontratypowe mogą być istotne dopiero wtedy, gdy w danej sytuacji popełniono zachowanie realizujące znamiona typu czynu zabronionego. Tymczasem czyn podjęty w warunkach kontratypu nie realizuje cech wzorca bezprawnego i karalnego zachowania. Należy jednak zaznaczyć, że na potrzeby niniejszego tekstu autorzy nie zrezygnowali z posługiwania się wspomnianymi powyżej terminami, albowiem mimo że trafniejsze byłoby mówienie o okolicznościach statuujących zachowania zgodne z prawem, ze względu na bogatą tradycję dogmatyczną oraz utrwalone stosowanie zakwestionowanej przez Jubilata terminologii na gruncie języka prawnego (na przykład wspomnianego już art. 29 k.k. lub też art. 10 § 3 k.k.s.) i prawniczego, w niniejszym opracowaniu autorzy posługiwać będą się terminami „okoliczności wyłączające bezprawność” oraz „kontratyp”. Sformułowania te będą jednak skrótami myślowymi, albowiem używając terminów „okoliczność wyłączająca bezprawność” oraz „kontratyp”, będziemy je rozumieć jako warunki zezwalające na naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo, których aktualizacja wyklucza możliwość twierdzenia, że zachowanie człowieka było niezgodne z prawem. W konsekwencji, w dalszej części niniejszego opracowania stosować będziemy również terminy „błąd co do okoliczności wyłączających bezprawność” lub „błąd co do kontratypu”.

4) Należy tu przedstawić jedną istotną uwagę terminologiczną. Konieczna jest deklaracja odnośnie do tego, jak będzie pojmowany termin „błąd” w obrębie niniejszego opracowania. Zabieg ten jest tym bardziej zasadny, że kwestie dotyczące tego zagadnienia wciąż są sporne i stanowią przedmiot ożywionych dysput naukowych¹³.

Niewątpliwie najbardziej rozpowszechnioną obecnie definicją pojęcia błędu na gruncie nauki prawa karnego jest ta zaproponowana przez W. Woltera:

błąd to tego rodzaju stosunek poznającego podmiotu, czyli świadomości do obiektywnej rzeczywistości, który charakteryzuje niezgodność świadomości z rzeczywistością wobec nieodpowiedniego odbicia tej rzeczywistości w świadomości. Mówiąc inaczej, błędność to tyle co niezgodność między rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości w ramach jakiegoś aktu poznawczego¹⁴.

Mimo że W. Wolter posługuje się terminem „akt poznawczy”, definicja ma czysto ontologiczny charakter, albowiem z logicznego punktu widzenia u jej podstaw musi leżeć założenie, że jest możliwe jednoznaczne poznanie rzeczywistości współczesnej aktowi poznania i zestawienie takiego jej obrazu z treścią świado-

¹³ Więcej P. Zakrzewski, *op. cit.*, s. 320–404. Por. też J. Giezek, *Dynamika stanu świadomości sprawcy czynu zabronionego oraz jej wpływ na odpowiedzialność karną*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012; *idem*, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013; Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej zamię stanowiącej zamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013.

¹⁴ W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 8.

mości. W. Wolter ujął więc ramy błędu niezwykle szeroko. W prezentowanym przez tego autora ujęciu mieszczą się zarówno sytuacje nierozpoznania rzeczywistości, wynikłe z błędu diagnostycznego, czyli mylnego rozpoznania rzeczywistości współczesnej aktowi poznawczemu, jak i przypadki, które dotyczą zdarzeń przysłych względem tego aktu, a więc wynikłe z błędu prognostycznego.

Istotne jest, że pod wskazaną definicję podpadają też i takie sytuacje, w których rozpoznanie i przewidywanie rzeczywistości w czasie aktu poznawczego było dla człowieka absolutnie niemożliwe. Owa niemożliwość mogła zaś wynikać z dwóch przyczyn. Przede wszystkim mogło ją spowodować to, że społeczeństwo nie dysponowało potrzebną wiedzą w celu prawidłowego rozpoznania bądź antycypacji rzeczywistości. Po drugie zaś — poznanie otaczającego nas świata w czasie aktu poznawczego było niemożliwe ze względu na przykład na brak dostępu do określonego, niewynalezionego jeszcze, rodzaju sprzętu medycznego. Przykładowo — dla tych, którzy w wiekach średnich sądzili, że ziemia jest płaska, przez długi czas było absolutnie niemożliwe podważenie tej tezy. Tak samo rzecz się miała z lekarzami twierdzącymi, że dla poprawienia stanu zdrowia pacjenta należy upuszczać mu krew. Obie opisane sytuacje mieszczą się z pewnością w definicji błędu W. Woltera, albowiem nie oznaczono w niej czasu, na jaki należy ustanawiać stan świadomości sprawcy oraz stan rzeczywistości. Bez naruszenia ram tej definicji można zatem twierdzić, że ludzie ci byli w błędzie, gdyż już w chwili, gdy wypowiadali wskazane twierdzenia, rzeczywistość była inna. Dziś wiemy natomiast, że przekonania te były mylne. W tym właśnie wyraża się ontologiczność analizowanej tu Wolterowskiej definicji błędu. Mówi ona tylko, że „błądność to tyle co niezgodność między rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości w ramach jakiegoś aktu poznawczego”¹⁵. Błędem, według tej definicji, winna zatem zostać nazwana sytuacja, kiedy to pacjent został źle zdiagnozowany, gdyż w danym momencie brak było dostępu do aparatu USG gwarantującego prawidłowe przeprowadzenie badania, a który został wynaleziony dopiero kilka lat później.

Ważne jest też, że W. Wolter w swym dziele pt. *Funkcja błędu w prawie karnym* nie operował takimi pojęciami, jak „obiektywna rozpoznawalność, czyli takie rozpoznanie rzeczywistości, w którym podmiotem w ramach aktu poznawczego jest modelowy obywatel czy też wzorzec normatywny” oraz „subiektywna rozpoznawalność, a więc tego rodzaju rozpoznanie rzeczywistości, w którym podmiotem w ramach aktu poznawczego jest sam sprawca”. Terminy te zaś mają charakter epistemiczny, albowiem ich istota dotyczy nie tego, jak w rzeczywistości było, lecz skupia się na tym, czy to, co było, dało się w momencie czynu rozpoznać lub przewidzieć.

Należy jeszcze zaznaczyć, że ze wstępu do wskazanej powyżej monografii W. Woltera dowiadujemy się, iż autor zajął się opracowaniem błędu na potrzeby

¹⁵ *Ibidem*, s. 8.

postaci winy (dziś — strony podmiotowej czynu zabronionego) oraz konstrukcji usiłowania. Definicja błędu tegoż dogmatyka według jego zadeklarowanych zamierzeń miała mieć zatem wąskie zastosowanie. Prowadzi to do jednej istotnej konsekwencji. Oczywiście można próbować opisać problemy związane z błędem w prawie karnym za pomocą Wolterowskiej definicji, mając jednak świadomość tego, że właściwie nie przystaje ona już do współczesnych analiz karnistycznych, albowiem w doktrynie podkreśla się, że sama nieświadomość faktów czy też nieuświadomienie sobie bezprawności nie jest wystarczające do uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności. Do stwierdzenia, że człowiek nie będzie odpowiadał za swoje zachowanie, wymaga się dodatkowego warunku, jakim jest „rozpoznawalność” rzeczywistości w chwili czynu. Przykładowo, A. Barczak-Oplustil wskazuje, iż „truizmem jest stwierdzenie, że na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. przesłanką winy nie jest świadomość bezprawności, ale rozpoznawalność bezprawności”¹⁶ albo też „strefa zakazu musi być rozpoznawalna *ex ante* (a nie *ex post*, tj. nie zależy od tego, co się stało)”¹⁷.

Mając to wszystko względnie, przyjąwszy ujęcie Wolterowskie, błędem można nazywać trzy rodzaje sytuacji. Nastąpi on wtedy, gdy:

1) niezgodność świadomości sprawcy z rzeczywistością wobec nieodpowiedniego odbicia tej rzeczywistości w świadomości wynika z tego, że w chwili czynu *ex ante* nie było możliwe rozpoznanie rzeczywistości i przewidzenie następstw zachowania przy dochowaniu standardów wymaganych w danych okolicznościach, a więc rzeczywistość nie była rozpoznawalna i przewidywalna przez wzorzec normatywny;

2) niezgodność świadomości sprawcy z rzeczywistością zaistniała, kiedy to rzeczywistość była obiektywnie rozpoznawalna i przewidywalna, lecz nie była rozpoznawalna i przewidywalna subiektywnie, a więc z uwzględnieniem cech samego sprawcy;

3) niezgodność świadomości sprawcy z rzeczywistością zaistniała, kiedy to zarówno obiektywnie, jak i subiektywnie rzeczywistość była rozpoznawalna i przewidywalna.

Możliwe jest też drugie rozwiązanie. Można spróbować zawęzić Wolterowską definicję błędu tylko do przypadków, w których błąd będzie ujmowany wartościująco. Wystąpi on wtedy, gdy jego pojawienie się może zostać ocenione negatywnie (a więc gdy będzie miał on ujemną konotację aksjologiczną). Wówczas za błędne winno się nazywać tylko takie wyniki aktów poznawczych, które powstały na skutek niedochowania standardów wymaganych w danych okolicznościach. Standardy te zaś będą określane przez zakres społecznej tolerancji zachowań ryzykow-

¹⁶ A. Barczak-Oplustil, *Zasada koincydencji winy i czynu w Kodeksie karnym*, Kraków 2016, s. 319.

¹⁷ E. Schmidhäuser, *Die actio libera in causa — ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Hamburg 1992, s. 39 n.; za: A. Barczak-Oplustil, *op. cit.*, s. 93.

nych. W ten sposób nie będzie się z pewnością określać jako błędnego przekonania istniejącego u lekarza, który przeprowadził operację zgodnie z obowiązującym i przyswojonym przez siebie w danym czasie stanem wiedzy, albowiem w tym ujęciu może razić nonsensownością nazywanie błędem takiej rozbieżności świadomości sprawcy i rzeczywistości, która powstała przy dochowaniu maksymalnej wymaganej od niego staranności. Jeżeli więc wspomniany lekarz niczemu nie uchybił, można powiedzieć, że akt poznawczy (akt epistemiczny) nie był dotknięty żadną wadliwością, a co za tym idzie — postrzeganie rzeczywistości przez sprawcę było prawidłowe na czas, gdy akt poznawczy miał miejsce.

W świetle prezentowanego powyżej wartościującego ujęcia definicja błędu nie obejmowałaby sytuacji braku obiektywnej rozpoznawalności lub przewidywalności, którym prawo nadaje autonomiczne znaczenie, umieszczając je w sferze niemożliwości, ujętej w powszechnie akceptowanej łacińskiej zasadzie *impossibile nulla obligatio est*. Według tego podejścia konsekwencją braku obiektywnej rozpoznawalności i przewidywalności powodującej niezgodność świadomości człowieka z rzeczywistością winien być brak aktualizacji zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, a więc wyłączenie bezprawności. W istocie jest to taki stan rzeczy, w którym stwierdzamy niezgodność tego, co było obiektywnie rozpoznawalne lub przewidywalne w czasie zachowania się sprawcy (*ex ante*) z tym, co zostało obiektywnie rozpoznane i przewidziane po zachowaniu się podmiotu sprawczego (*ex post*). Ustalenie tego, że coś było obiektywnie rozpoznawalne lub przewidywalne, pozwala zatem stwierdzić, że dana osoba dopuściła się błędu. Dopiero wówczas możemy zgodnie z prawdą powiedzieć, że postrzeganie przez nią rzeczywistości było nieprawidłowe w świetle panujących w danej społeczności standardów postępowania.

Podsumowując, błąd można też rozumieć, przy przyjęciu wskazanej powyżej perspektywy, jako niezgodność tego, co było obiektywnie rozpoznawalne i przewidywalne w czasie zachowania się sprawcy (*ex ante*) z tym, co sprawca w tym czasie (*ex ante*) faktycznie rozpoznał lub przewidział. W tak sformułowanej definicji uzyskujemy więc dookreślenie momentów czasowych, które są istotne w toku dokonywania oceny, czy człowiek w danej sytuacji błędził. Tak ujmowana definicja błędu jest zatem wzbogacona o jeszcze jedno kryterium. W ujęciu W. Woltera stan świadomości określający zakres błędzenia oznacza w istocie tylko to, co zostało przez sprawcę rozpoznane i przewidziane. Chcąc natomiast uczynić definicję błędu adekwatną do potrzeb współczesnego prawa karnego (patrząc z punktu widzenia adekwatnych w jego świetle standardów postępowania), powinno się ją opierać na dwóch czynnikach, a więc granicach poznawalności i zdolności antycypacji modelowego obywatela oraz indywidualnej możliwości rozpoznania lub przewidzenia. Dzięki temu prostemu zabiegowi uzyskujemy dwa dodatkowe kryteria błędności. Pierwszym z nich jest „subiektywna rozpoznawalność i przewidywalność” pozwalająca na odtworzenie stanu świadomości sprawcy. Drugie zaś

to „obiektywna rozpoznawalność i przewidywalność” pozwalająca na odtworzenie tego, jak otaczająca tego sprawcę rzeczywistość powinna być postrzegana¹⁸. W tym przypadku ograniczeniem jest punkt widzenia sprawcy jako aktora konkretnego zdarzenia. Niezgodność między tymi dwoma stanami, uchwyconą *ex ante*, a więc w czasie ocenianego zachowania się człowieka, nazywać będziemy błędem. Jego stwierdzenie w postępowaniu dowodowym stanowić będzie tylko procesowe ustalenie faktyczne o tym, że sprawca pomylił się co do relewantnego z punktu przesłanek odpowiedzialności karnej fragmentu rzeczywistości.

5) W zaprezentowanych rozważaniach ustalono — z jednej strony — dwa możliwe rozumienia pojęcia błędu na gruncie prawa karnego, z drugiej zaś stwierdzono, że okoliczności wyłączające bezprawność modyfikują zakres zastosowania normy sankcjonowanej. To ostatnie ustalenie musi prowadzić do jednego istotnego wniosku. Konkretnie rzecz ujmując, warto pamiętać, że norma sankcjonowana, by mogła skutecznie realizować swe zadania, musi być zdalna do kierowania ludzkimi postępowaniami. Do osiągnięcia takiego celu jest ona przydatna jedynie, gdy jej adresat ma rzeczywistą możliwość podporządkowania się nakazowi lub zakazowi zawartemu w tejże dyrektywie postępowania. Twierdzenie to musi prowadzić do wniosku, że norma sankcjonowana nie znajdzie swego zastosowania w sytuacjach, kiedy to jej odbiorca nie jest w stanie zastosować się do wyrażonego w jej dyspozycji polecenia. Nakaz lub zakaz wpisany we wspomnianą dyrektywę postępowania zaktualizuje się zatem wtedy, gdy podmiot, do którego jest on skierowany, zdolny jest się do tego imperatywu zastosować. Zdolność ta wystąpi zaś w przypadku, kiedy podjęcie wymaganego przez prawo zachowania jest nie tylko możliwe w świetle aktualnego na dany moment stanu wiedzy, lecz także w układach sytuacyjnych, w których potrzeba adekwatnego działania lub zaniechania będzie obiektywnie rozpoznawalna oraz przewidywalna. Trzeba przy tym zaznaczyć, że owa rozpoznawalność oraz przewidywalność musi dotyczyć wszystkich istotnych elementów z punktu widzenia aktualizacji nakazu lub zakazu stanowiącego część składową dyspozycji normy sankcjonowanej. Elementem takim jest zaś, jak już wykazano, stwierdzenie, że określony podmiot w konkretnych okolicznościach nie działał w warunkach kontratypu. Oznacza to, iż skoro przedmiotowe przesłanki decydujące o zaktualizowaniu się okoliczności wyłączającej bezprawność decydują jednocześnie o zakresie zastosowania normy sankcjonowanej, to — w toku oceny legalności zachowania konkretnej osoby — również do tych przesłanek powinien być odnoszony wymóg obiektywnej przewidywalności. Prezentowaną tu intuicję trafnie ilustruje jedno z twierdzeń doktryny prezentowanych przez J. Majewskiego. Czyniąc rozważania o odpowiedzialności karnej za nieposłuszeństwo rozkazowi bezprawnemu, autor ten wskazał, że

¹⁸ Więcej P. Zakrzewski, *op. cit.*, s. 208–211, 302–305.

treść normy R wolno nam wyznaczać wyłącznie na podstawie wiedzy dostępnej w chwili wydania żołnierzowi rozkazu. Gdybyśmy bowiem treść normy R uzależnili od wiedzy, która stanie się dostępna dopiero później (np. po wykonaniu przez żołnierza rozkazu), to w chwili wydania żołnierzowi rozkazu nie dałoby się dostatecznie jednoznacznie określić granic tej normy. Z chwilą tą byłby nierozzerwalnie związany stan niepewności co do tego, czy obowiązek wyznaczony przez normę R istotnie się zaktualizował, czy też nie. To zaś oznaczałoby, że żołnierz, któremu właśnie wydano rozkaz, nie mógłby wiedzieć, czy ze względu na normę R jest mu nakazany posłuch dla tego rozkazu, czy też nie. Wiedza niezbędna, by to rozstrzygnąć, nie byłaby wówczas jeszcze dostępna. W konsekwencji norma R nie mogłaby należycie wypełniać funkcji motywacyjnej — nie miałyby należytej wartości dyrektywnej i właściwie traciła jakikolwiek sens¹⁹.

Pogląd ten zdaje się podzielać także W. Wróbel, którego zdaniem: „posługując się standardami wzorca normatywnego, trzeba by stwierdzić, iż każdego błędu można uniknąć do granic tego, co było przewidywalne dla owego wzorca”²⁰. Wskazane założenie leży także u podstaw przytoczonej już w niniejszym opracowaniu łacińskiej zasady *impossibilium nulla obligatio est*, z której wynika to, że „treścią norm prawnych nie mogą być ludzkie zachowania, które są konieczne lub niemożliwe”²¹. Obiektywna rozpoznawalność i przewidywalność, będąc warunkiem normowania, poprzedza zatem zakres zastosowania normy sankcjonowanej. Nazywana jest niekiedy także poznawczym warunkiem zastosowania tej normy²².

Zaprezentowane twierdzenia prowadzą do niezwykle istotnego z punktu widzenia naszych rozważań wniosku. Można na ich podstawie skonstatować, że gdy dana osoba będzie przekonana o tym, że działa w warunkach kontraktotypu, lecz przekonanie to powstanie w warunkach, w których nie będzie, patrząc z perspektywy *ex ante*, obiektywnie rozpoznawalne, iż przedmiotowe przesłanki konstrukcji kontraktypowej w rzeczywistości nie zostały spełnione, norma sankcjonowana nie będzie się aktualizować. W takich zaś przypadkach zachowanie potencjalnego sprawcy nie sposób uznać za sprzeczne z prawem. Stanie się tak, mimo że dana osoba nie spełniła swym czynem wszystkich przedmiotowych cech kontraktypu, albowiem podmiot taki działał w warunkach, w których nie było możliwości

¹⁹ J. Majewski, *W sprawie odpowiedzialności karnej za nieposłuszeństwo rozkazowi bezprawnemu*, PiP 1999, nr 9, s. 47.

²⁰ W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej*, [w:] *Przestępstwo — kara — polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 671.

²¹ Por. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Kryteria niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 321.

²² G. Jakobs, *O prawnokarnej funkcji zamiaru, nieumyślności i winy*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990, s. 44.

zorientowania się, że w konkretnej sytuacji wystąpiły wszystkie elementy konstytutywne z punktu widzenia stwierdzenia bezprawności.

Wyrażona w poprzedni akapicie teza dowodzi, że urojenie przez daną osobę znamion kontraktynu prowadzi do trzech konsekwencji. Z jednej strony jego wystąpienie może spowodować, że chroniąca określoną wartość norma sankcjonowana w ogóle nie znajdzie swego zastosowania. Stanie się to zaś w przypadku, gdy podmiot odpowiedzialności karnej w konkretnym kontekście sytuacyjnym nie będzie miał szans zorientowania się, że nie zaktualizowały się w stosunku do niego przedmiotowe przesłanki okoliczności kontraktynowej. Uzasadniając tę tezę, należy odwołać się do sytuacji, w której A postrzega B jako osobę dopuszczającą się względem niego bezpośredniego i bezprawnego zamachu na dobro chronione prawem. Zgodnie z tym, co zostało już dotychczas powiedziane, można przyjąć, że przedmiotem błędu A jest fakt istotny z punktu widzenia przesłanek kontraktynu, a więc *de facto* podmiot ten błędzi co do elementu konstytutywnego z punktu widzenia zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. Na potrzeby opisanego przykładu należy przyjąć jeszcze jedną tezę. Ściśle rzecz ujmując, jeśli A znajduje się w takiej sytuacji, w której uprawnione jest przyjęcie twierdzenia, że dokonując oceny z punktu widzenia *ex ante*, zachowanie osoby B wobec osoby A obiektywnie, patrząc z perspektywy wzorca osobowego w postaci modelowego obywatela, wygląda jak bezpośredni i bezprawny zamach na dobro chronione prawem²³, to przyjmując musimy, że zachowanie nakierowane na odparcie zamachu nie może zostać uznane za bezprawne. Przypadek taki zaś wystąpi wtedy, gdy przesądzone zostanie, że każda racjonalna osoba (*reasonable man*), znajdująca się na miejscu potencjalnego sprawcy, również doszłaby do przekonania, że spełnione zostały wszelkie przedmiotowe znamiona obrony koniecznej lub też innego kontraktynu. Warto wspomnieć, że podobny punkt widzenia został zaprezentowany w wyroku SN z dnia 17 stycznia 2013 r. o sygn. akt V KK 99/12²⁴. W judykacie tym wskazano mianowicie, że:

Przyznając prawo do obrony koniecznej, ustawodawca wskazał na okoliczności, w których prawo to się aktualizuje. Okoliczności te muszą być rozpoznawalne w momencie podjęcia decyzji o podjęciu obrony (*ex ante*), a ową rozpoznawalność należy ustalać według obiektywnego wzorca, z uwzględnieniem okoliczności danego zdarzenia. Jeżeli w chwili podejmowania decyzji o obronie koniecznej, według kryteriów obiektywnej rozpoznawalności, można było przyjąć wystąpienie zamachu, to danej osobie przysługuje prawo do obrony koniecznej, choćby później, według oceny *ex post*, w rzeczywistości zamach ten nie wystąpił. Od uprawnionego do działania w obronie koniecznej nie można bowiem wymagać wiedzy większej, niżby posiadał ją w takich okolicznościach faktycznych obiektywny wzorzec normatywny. Nie można także takiej osoby obciążać skutkami błędu, który był obiektywnie nie do uniknięcia. Działanie, które w momencie podejmowania decyzji o obronie, według obiektywnie dostępnej na ten moment wiedzy, jawiło się jako działanie dozwolone, nie może przekształcić

²³ P. Zakrzewski, *op. cit.*, s. 392.

²⁴ LEX nr 1316082.

się *ex post* w działanie bezprawne [...]. Byłoby to naruszenie podstawowych zasad gwarancyjnych chroniących zasadę zaufania do obowiązującego prawa. W tym duchu także interpretował art. 2 ust. 2 Konwencji Europejski Trybunał Praw Człowieka, wskazując, że przepis ten ma zastosowanie także wówczas, gdy po stronie organów państwa istnieje „uczciwe” przekonanie odnośnie do potrzeby użycia siły w momencie podejmowania decyzji o jej użyciu, nawet gdyby *ex post* okazało się, że w rzeczywistości takiej potrzeby nie było (wyrok ETPCz z dnia 17 marca 2005 r. w sprawie *Bubbins v. the United Kingdom*, skarga nr 50196/99). Jeżeli w stosunku do organów władzy publicznej ma zastosowanie zasada, w myśl której oparte na obiektywnych przesłankach przekonanie o zaistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 2 ust. 2 Konwencji, uzasadnia przyjęcie legalności użycia przemocy przez funkcjonariuszy publicznych (np. policję), to zasada ta musi dotyczyć w jeszcze większym stopniu obywateli.

Inne konsekwencje na płaszczyźnie struktury przestępstwa wystąpią w sytuacji, gdy określony wycinek rzeczywistości był *ex ante* obiektywnie przewidywalny, a potencjalny sprawca popełnił błąd co do jednego z elementów otaczającego go świata, albowiem taki przypadek powinien zostać oceniony pod kątem jednej z figur dogmatycznych opisanych w art. 28 § 1 i 2 k.k., art. 29 k.k. lub art. 30 k.k. Co znamienne — we wskazanych przepisach ustawodawca odniósł się do różnych obiektów błędzenia. Na gruncie art. 28 § 1 i 2 k.k. przedmiotem błędu ma być tego rodzaju okoliczność, która stanowi charakterystykę typu czynu zabronionego, a jednocześnie — w wyniku autonomicznej decyzji prawodawcy — nie może ona dotyczyć elementu kontratypu, natomiast konsekwencja wskazanego w tymże przepisie błędzenia następuje na płaszczyźnie opisu karalnego zachowania wskazanego w zakresie zastosowania normy sankcjonującej, czyli karalności. Z kolei w art. 29 k.k. obiektem błędzenia nie ma być komponent stanowiący cechę, o jakiej mowa w art. 28 § 1 i 2 k.k., wskazane zaś w tymże przepisie urojenie musi być zwrócone wyłącznie w stronę okoliczności wyłączającej bezprawność albo winę. Artykuł 30 k.k. znacznie się natomiast różni od dwóch pozostałych wskazanych regulacji, albowiem odnosi się do błędu w postaci nieświadomości bezprawności. Artykuł 30 k.k. nie precyzuje tego, której konstrukcji dogmatycznej ma dotyczyć pomyłka sprawcy. Zarysowane różnice są w literaturze niezasadnie pomijane, a pozwalają one przyjąć, że art. 28 § 1 k.k. dotyczy okoliczności, które zostały ujęte przez ustawodawcę w typie czynu zabronionego pod groźbą kary, a art. 29 k.k. *in principio* i art. 30 k.k. nawiązują do elementów, które znajdują się w normie sankcjonowanej²⁵.

²⁵ Więcej P. Zakrzewski, *op. cit.*, s. 359. Podobnie rzecz całą ujmuje S. Glaser. Autor pisał bowiem: „Przytem przez błąd faktyczny (*error facti*) rozumie się błąd co do zgodności zachowania się względnie postąpienia z istotą odnośnego czynu przestępnego (sprawca nie zna istotnej dla stanu faktycznego właściwości lub skutku swego czynu). Tego rodzaju błąd pochodzić może albo znów z błędu faktycznego (A zabija B w mniemaniu, że zabija zwierzę, albo A zabiera rzecz B, którą wskutek zamiany uważa za własną) albo z błędu prawnego (A zabiera rzecz B, którą uważa za własną wskutek błędu co do tytułu prawa własności, t.zn. błędnie mniema, że nabył na tej rzeczy prawo własności). Przez błąd prawny (*error iuris*) rozumie się błąd co do bezprawności, który znów pochodzić może z błędu faktycznego (np. domniemana obrona konieczna) albo z błędu prawne-

Zawężając rozważania do art. 29 k.k. *in principio*, wskazać należy, że zakresem zastosowania figury dogmatycznej opisanej w tym artykule powinna być objęta między innymi sytuacja, w ramach której stwierdzone zostanie, że sprawca pomylił się w kwestii wystąpienia w rzeczywistości faktów relewantnych z punktu widzenia przesłanek okoliczności wyłączającej bezprawność²⁶. Przepis ten znajdzie jednak swe zastosowanie jedynie wówczas, gdy sprawca uroi sobie przedmiotowe znamiona kontratypu w przypadku, gdy brak ich wystąpienia w konkretnej sytuacji faktycznej był, co prawda, obiektywnie, lecz już nie subiektywnie przewidywalny. Jeżeli zatem zachowanie B wobec A ocenione, patrząc z perspektywy *ex ante* z punktu widzenia wzorca osobowego w postaci modelowego obywatela, nie będzie wyglądać jak bezpośredni i bezprawny zamach na dobro chronione prawem, to przyjąć musimy, że zachowanie nakierowane na odparcie rzekomego, gdyż istniejącego jedynie w przekonaniu podmiotu sprawczego, nielegalnego ataku, winno zostać uznane za bezprawne. Niemniej jednak, jeżeli błąd sprawcy, polegający na urojeniu znamion kontratypu, wystąpi jednocześnie z brakiem subiektywnej rozpoznawalności²⁷, to wówczas błędzenie takie zostanie uznane za usprawiedliwione. W takiej sytuacji zaś sprawca nie poniesie odpowiedzialności ze względu na brak winy. Nie będzie mu można zarzucić, że — mimo istnienia ku temu możliwości — nie dał posłuchu aktualizującej się w stosunku do niego normie sankcjonowanej.

Oczywiste jest wreszcie, że jeżeli potencjalny sprawca działa w warunkach błędu co do kontratypu, a dostrzeżenie tego, iż przedmiotowe elementy kontratypowe nie zostały w danej sytuacji spełnione, jest obiektywnie i subiektywnie możliwe, to osoba taka dopuści się nie tylko czynu bezprawnego, lecz także zwinionego. Takie rozwiązanie wynika wprost z art. 29 k.k. Oznacza to, że zachowanie sprawcy spełni warunki konstytutywne do uznania je za przestępstwo, jeśli powstałe w jego umyśle urojenie sytuacji kontratypowej nie będzie pozwalało na wykluczenie bezprawności i jednocześnie wystąpi ono w takich warunkach, w których będzie możliwe stwierdzenie, że można postawić podmiotowi sprawczemu zarzut, iż mimo że mógł postąpić inaczej, nie dał posłuchu zobowiązującej go normie prawnej.

Tytułem podsumowania wskazać należy, iż akceptacja poglądu Jubilata pozwoliła przyjąć, że urojenie okoliczności, tradycyjnie nazywanymi wyłączający-

go (np. mylne przyjęcie, że zachodzi wypadek upoważnienia prawnego albo brak świadomości o bezprawności działania z powodu nieznamomości ustawy czyli błąd prawny *sensu stricto*”, *idem*, *Ignorantia iuris w prawie karnym*, Kraków 1931, s. 2.

²⁶ Więcej P. Zakrzewski, *op. cit.*, s. 354–357, 398.

²⁷ Subiektywna przewidywalność występuje wówczas, gdy po stronie sprawcy nie wystąpi cecha tego rodzaju, że statystycznie doniosła liczba sprawców obciążonych tą cechą nie może rozpoznać relewantnego fragmentu rzeczywistości lub przewidzieć następstw określonego zachowania, zob. *ibidem*, s. 421. Por. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 83.

mi bezprawność, które w rzeczywistości statuują zachowania zgodne z prawem, dotyczy elementów istotnych z punktu widzenia zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. Pewne jest, że sprawca pozostający w takim „błędzie” nie ma świadomości, iż swoim zachowaniem narusza treść zakazu lub nakazu zawartego w tej normie, a więc nie wie on, że działa bezprawnie. W zależności od przyjętej definicji błędu, urojeniu okoliczności kontratypowej może przypisać trzy (Wolterowska — ontologiczna definicja błędu) albo dwie funkcje (wartościująca — epistemiczna definicja błędu). Po pierwsze — kiedy podmiot sprawczy nie miał żadnych szans zorientowania się, że nie zaktualizowały się cechy przedmiotowe kontratypu, to jego zachowanie, mimo iż naruszające bądź narażające dobro prawne na niebezpieczeństwo wskutek braku spełnienia kryterium obiektywnej przewidywalności, nie będzie mogło zostać uznane za bezprawne. Warto przy tym podkreślić, że wspomniane tu urojenie znamion kontratypu, jeśliby włączyć w zakres pojęcia błędu sytuację braku obiektywnej rozpoznawalności (a przypomnijmy, że definicja błędu W. Woltera na to pozwala), stanowiłoby błędzenie co do okoliczności wyłączającej bezprawność.

Po drugie — jeżeli sprawca nieprawidłowo stwierdził, iż działał w warunkach kontratypu, podczas gdy zorientowanie się, że w istocie jest inaczej, było zaś obiektywnie, lecz nie subiektywnie rozpoznawalne, to wówczas podmiot sprawczy nie poniesie odpowiedzialności karnej ze względu na brak winy.

I wreszcie — po trzecie — jeżeli potencjalny sprawca uroił sobie znamiona kontratypu, gdy ich niewystąpienie było obiektywnie i subiektywnie przewidywalne, wówczas spełnione zostaną wszelkie kryteria przestępności czynu i nie będzie podstaw do uwolnienia podmiotu sprawczego od odpowiedzialności karnej.

On the functions of delusion as to the circumstances excluding unlawfulness. Selected theoretical aspects

Summary

It has been established in this paper that delusion as to the circumstances excluding unlawfulness has three different functions in the structure of criminal liability premises. Firstly, it may exclude unlawfulness, which takes place in a situation where a perpetrator had no chance to realise that in reality the objective elements of unlawfulness exclusion had become real. Secondly, if the perpetrator erroneously stated that he was acting under the exclusion of unlawfulness while it was only objectively but not subjectively recognisable that it was not so, the perpetrator's criminal liability would be excluded due to lack of fault. Thirdly and finally, if the perpetrator deluded that he was acting under the exclusion of unlawfulness while it was objectively and subjectively recognisable that it was not so, then all the requirements of the criminality of the act are met and the act of the perpetrator is to be found unlawful and culpable.

Keywords: circumstances excluding illegality, assigning agency, description of a criminal act.