

## II. POLEMIKI

JAKUB MRÓZ<sup>a</sup>

### UWAGI POLEMICZNE O ASPEKCIE TEORETYCZNYM KONTRATYPU OBRONY KONIECZNEJ<sup>1</sup>

#### POLEMICAL COMMENTS ON THE FORMAL ASPECT OF THE JUSTIFICATION OF NECESSARY (SELF) DEFENCE

This polemic contributes to the discussion on the formal aspect of the justification of necessary (self) defence and on how the justification should be located in the normative structures of criminal law. The author, using the dogmatic-legal method with particular emphasis on the derivative concept of legal interpretation as an integrated concept, argues that the regulations on the justification of necessary (self) defence function as a modifier of the scope of the sanctioning norm. This approach to the issue of the normative placement of the justification leads the author to the conclusion that it is an expression given, by the norm-maker, to the concept of strong permission, which is an operator in deontic logic. This present study rejects the thesis that the provision on the justification of necessary (self) defence constitutes the modifier of the scope of application of the prohibition of the norm. This means that conduct performed in justification conditions meets the criteria of a prohibited act under penalty, and this entails that it is conduct capable of transgressing the sanctioned norms of criminal law. The occurrence of this situation prevents the sanctioning norm from being actualized. A different approach leads to a situation in which normative content is redundant in the legal text and is also inconsistent with the prohibition of synonymous interpretation.

Keywords: sanctioned norm; sanctioning norm; justification; necessary (self) defence; legal interpretation

---

Niniejsza polemika jest głosem w dyskusji nad aspektem formalnym kontratypu obrony koniecznej oraz lokowania sytuacji kontratypowej w prawnokarnych strukturach normatywnych. Autor, posługując się metodą dogmatycznoprawną ze szczególnym uwzględnieniem derywacyjnej koncepcji wykładni prawa jako koncepcji zintegrowanej, przedstawia punkt widzenia, który w przepisach o kontratypie obrony koniecznej upatruje modyfikatora zakresu zastosowania normy sankcjonującej. Takie ujęcie problematyki normatywnego lokowania sytuacji kontratypowej prowadzi autora do wniosku, że stanowi on danie wyrazu przez normodawcę koncepcji dozwoleń mocnego, będącego operatorem w logice deontycznej. W niniejszym opracowaniu odrzuca się tezę, jakoby

---

<sup>a</sup> University of Szczecin, Poland / Uniwersytet Szczeciński, Polska  
jakubmroz2503@wp.pl, <https://orcid.org/0000-0002-7384-3469>

<sup>1</sup> *Ukochanej Mamie Katarzynie, która niespodziewanie odeszła, w podziękowaniu za trud wychowania, miłość, przyjaźń i dobroć, którymi mnie obdarzyła, pracę tę poświęcam z miłością.*

przepis o kontratybie obrony koniecznej stanowił modyfikator zakresu zastosowania normy sankcjonowanej i ograniczał zasięg zakazu normy. Oznacza to, że zachowanie podjęte w warunkach kontratypowych wypełnia znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary, a oznacza to, że jest zachowaniem zdatnym do przekroczenia prawnokarnej normy sankcjonowanej. Wystąpienie rzeczowej sytuacji uniemożliwia zaktualizowanie się normy sankcjonującej. Odmienne ujęcie prowadzi do sytuacji redundancji treści normatywnej w tekście prawnym, a także niezgodne jest z zakazem wykładni synonimicznej.

Słowa kluczowe: norma sankcjonowana; norma sankcjonująca; kontratyp; obrona konieczna; wykładnia prawa

---

## I. WPROWADZENIE

Kamil Siwek w 2020 opublikował artykuł na temat formalnego aspektu kontratypu obrony koniecznej oraz lokowania rzeczowego w strukturach normatywnych (Siwek, 2020, s. 81–98), które to opracowanie wywołało dyskusję w środowisku karnistów. Taki stan rzeczy musi cieszyć, zarówno bowiem krytyka, jak i polemika w środowisku naukowym powinny spotkać się z uznaniem.

Niemniej w kwestii metody naukowej i podejścia do systemów naukowych słusznie wskazał Popper (2002), że: „System w rodzaju mechaniki klasycznej może być w najwyższym stopniu »naukowy«, lecz jego dogmatyczni zwolennicy – którzy zapewne przekonani są, że ich zadaniem jest odpieranie zarzutów przeciwko utrzymującemu się systemowi, aż do momentu, gdy zostanie on obalony definitywnie – przyjmują postawę dokładnie przeciwną tej krytycznej postawie, która moim zdaniem powinna cechować naukowca” (s. 44). Bez wątplenia Popper trafnie przedstawił podejście, które powinno charakteryzować metody naukowe i działania naukowców. Krytyczne podejście nie tylko do spostrzeżeń i dokonań innych badaczy, ale również wobec samego siebie<sup>2</sup> i przez siebie wygłaszanych przekonań (pretendujących do bycia twierdzeniami naukowymi) staje się podstawą wszelkiej nauki i wszelkiego odkrycia naukowego.

Zadaniem, które sobie postawiłem w niniejszym tekście, polega na krytycznej analizie argumentacji przedstawionej przede wszystkim w tekstach Siwka (2020, 2022), które oparte zostały na błędnym odczytaniu słów teoretyków prawa skupionych wokół tzw. szczecińsko-poznańskiej szkoły teorii prawa. Posługując się metodą dogmatycznoprawną, ze szczególnym uwzględnieniem derywacyjnej koncepcji wykładni prawa Macieja Zielińskiego (2006, s. 93–96, także 2017, s. 76–77) jako koncepcji zintegrowanej, postaram się udzielić odpowiedzi na pytanie dotyczące lokowania kontratypu w prawnokarnych strukturach normatywnych.

---

<sup>2</sup> Istotą rozmaitych przekonań i twierdzeń naukowych musi być bowiem możliwość obiektywnego zweryfikowania własnych twierdzeń, a prowadzenie badań oparte jest na kontroli tych twierdzeń, które funkcjonują już w systemie (dopowiedzmy, że naukowym), a także zdań, które mają pretendować do bycia twierdzeniami naukowymi – por. Kmita (1973, s. 112–113).

## II. ASPEKT FORMALNY KONTRATYPU OBRONY KONIECZNEJ – PRZEGLĄD SPORU W LITERATURZE

Na gruncie tytułowej problematyki Siwek (2020, s. 84–85, 89–91) przyjął, że przepisy części ogólnej Kodeksu karnego<sup>3</sup>: art. 25 § 1 i 26 § 1 stanowią przepisy modyfikujące względem przepisów części szczególnej k.k. oraz przepisów karnych pozakodeksowych, które to przepisy modyfikują zakres zastosowania normy sankcjonowanej poprzez ograniczenie (zawężenie) okoliczności, w których norma znajduje zastosowanie. Oznacza to nic innego, jak sytuację, w której sprawca (którego wszak nie można w tych okolicznościach nazywać sprawcą czynu zabronionego) działający w warunkach kontratypu nie przekracza prawnokarnej normy sankcjonowanej, albowiem jego czyn – na skutek działania w warunkach kontratypowych – jest legalny.

Wspomniany autor w pełni słusznie (za Zielińskim) zauważa, że ustawodawca stosuje technikę rozczłonkowania syntaktycznego i treściowego norm w przepisach prawnych (Siwek, 2020, s. 82, o technikach rozczłonkowania i samym rozczłonkowaniu szerzej por. Zieliński, 2017, s. 101–102), wyraźnie akcentując fakt, że w świetle karnistycznego założenia przepisy te stanowią modyfikatory normy sankcjonowanej, zaznaczając przy tym, że przepisy części ogólnej k.k. mogą modyfikować więcej niż jeden przepis centralny (Siwek, 2020, s. 82).

Odwołując się do zasad techniki prawodawczej oraz do ustaleń teorii legislacji<sup>4</sup>, Siwek (2020, s. 82–83) wskazuje, że postanowienia zawarte w przepisach ogólnych<sup>5</sup>, są wspólne dla wszystkich lub dla większości przepisów merytorycznych zawartych w ustawie, a pomocna w tym zakresie staje się technika rozczłonkowania treściowego norm w przepisach prawnych, która polega na wyłączeniu, poniekąd „przed nawias”, elementu istotnego dla wszystkich lub większości przepisów szczegółowych, w przepisie – wówczas – ogólnym. Siwek zaznacza, że zasady techniki prawodawczej pełnią istotną rolę w wykładni przepisów prawnych, a tym samym stanowią regułę, którą interpretator musi respektować. Uznaje on arbitralnie, że przepis art. 25 § 1 k.k. jest przepisem modyfikującym przepis centralny niepełny, a – według autora – kwestię te ustawa przesądza „w sposób całkowicie jednoznaczny” (s. 83)<sup>6</sup>.

Słusznie Siwek (2020, s. 85–86) spostrzega, że modyfikację uwzględnić należy na etapie rekonstrukcyjnej fazy wykładni, która prowadzi do przeistoczenia wyrażenia normokształtnego, a w dalszej kolejności zmusza interpretatora do przejścia z językowego poziomu odczytywania przepisów prawnych na

<sup>3</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.jedn.: Dz. U. 2023, poz. 17 (dalej jako: k.k.).

<sup>4</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad Techniki Prawodawczej”, Dz. U. 2016, poz. 283 (dalej jako: z.t.p.).

<sup>5</sup> W których zamieszcza się postanowienia różne od określenia zakresu spraw regulowanych ustawą i podmiotów, których ona dotyczy lub spraw i podmiotów wyłączonych spod jej regulacji – por. § 21 ust. 1 i 2 z.t.p.

<sup>6</sup> Owey jednoznaczności jednak nie sposób dostrzec. W żadnym miejscu bowiem ustawodawca nie wypowiedział się w tej kwestii – wręcz przeciwnie. Przyjdzie jeszcze zagadnienie to poruszyć w dalszej części opracowania.

poziom normatywny. To spostrzeżenie prowadzi jednak autora do odrzucenia koncepcji, która u podstaw typizacji i kontratypizacji upatruje kolizji między typem a kontratypem. Z tego punktu widzenia działanie w warunkach kontratypu obrony koniecznej jawić się będzie, jako przekroczenie prawnokarnej normy sankcjonowanej, a tym samym wypełnienie znamion czynu zabronionego. Ten punkt widzenia jednak autor arbitralnie odrzuca jako niemożliwy do pogodzenia z koncepcją derywacyjną. Typ czynu zabronionego należy rozpatrywać wspólnie z kontratypem, który wpływa na opis czynu zabronionego (przez wyjęcie spod zakazu zachowań podjętych w okolicznościach kontratypowych). Przepisy modyfikujące uwzględnione muszą być już w momencie odtwarzania znamion czynu zabronionego, opisu typu czynu zabronionego, a nie dopiero po odtworzeniu sfery zakazu (płaszczyzny normy sankcjonowanej)<sup>7</sup>.

W płaszczyźnie zakresu zastosowania normy sankcjonowanej należy zatem uwzględnić modyfikatory przepisu centralnego niepełnego (przepisy kontratypizujące), a dopiero z tak ukształtowanego procesu można odtworzyć – zdaniem autora – normę sankcjonowaną o zakresie zastosowania ograniczonym przez rzeczoną modyfikację. Dopiero ten proces pozwala nam odtworzyć przepis centralny (o zmienionej treści). Autor odrzuca całkowicie możliwość realizacji znamion przez osobę podejmującą zachowanie w warunkach kontratypizacji (Siwek, 2020, s. 86–89).

Siwek (2020, s. 88–90) za niezasadne uważa wyróżnienie pierwotnej i wtórnej legalności, ponieważ na płaszczyźnie normy sankcjonowanej zarówno zachowanie podjęte w warunkach kontratypu, jak i zachowanie „pierwotnie legalne” przedstawiają się identycznie<sup>8</sup>. Obydwa zachowania są legalne, zatem nie ma konieczności „usprawiedliwiać naruszenie zakazu”. Zachowania te są czynami indyferentnymi prawnie, nie stanowią więc przedmiotu obowiązku prawnego. Autor zauważa, że nie jest niedorzeczne stwierdzenie, że prawo karne nie obejmuje ochroną dobra życia napastnika<sup>9</sup>. Norma sankcjonowana zatem zakazuje na przykład zabijania (norma ta odkodowana zostanie z art. 148 § 1 k.k.), ale z wyłączeniem sytuacji kontratypowych. I tak, jakiegokolwiek rozważania dotyczące ewentualnego oddziaływania na normę sankcjonującą stają się zupełnie niepotrzebne: skoro nie można mówić o przekroczeniu normy sankcjonowanej, to i nie zaktualizuje się norma sankcjonująca, zawierająca nakaz wymierzenia kary temu, kto nie dochował wierności normie sankcjonowanej.

<sup>7</sup> Na potwierdzenie swoich słów Siwek jednak nie przytacza żadnych argumentów.

<sup>8</sup> W tym miejscu pragnę zauważyć, że niniejszą polemikę ograniczam wyłącznie do instytucji obrony koniecznej w prawie karnym. Omówienie tego zagadnienia na gruncie prawa cywilnego wymagałoby odrębnego opracowania. Niemniej zdaję sobie sprawę z rozmaitych sporów, które toczą się – w odniesieniu do instytucji obrony koniecznej – również w doktrynie prawa cywilnego, w której to również wiele wątpliwości budzi rozumienie pojęcia bezprawności.

<sup>9</sup> Uważam jednak, że to stwierdzenie jest niedorzeczne na paru płaszczyznach, choć przede wszystkim dlatego, że gdyby prawo karne nie obejmowało swoją ochroną dobra prawnego w postaci życia napastnika, to przekroczenie granic obrony koniecznej również nie mogłoby stanowić o przekroczeniu prawnokarnej normy sankcjonowanej. A przecież napastnik nie przestaje być napastnikiem, tylko z tego powodu, że podejmujący obronę wychodzi poza granice kontratypu obrony koniecznej.

Zdaniem powołanego autora (Siwek, 2020, s. 91–92) przepis kontratypizujący nie jest niczym innym, jak przepisem modyfikującym sankcjonowane wyrażenie normokształtne „rekonstruowane z przepisu centralnego niepełnego”. W gruncie rzeczy jednak modyfikacja ta oddziałuje na normę sankcjonowaną, a ściślej rzecz ujmując, na jej zakres zastosowania, modyfikując okoliczności zastosowania normy sankcjonowanej. Podkreśla on również, że przepis ten stanowi wyraz usprawiedliwienia, któremu ustawodawca dał wyraz już w momencie statuowania typizacji, „kształtowania sfery zakazu”. Nie można mówić w tym momencie o zachowaniu bezprawnym, albowiem nie można w ogóle mówić o wypełnieniu znamion typu czynu zabronionego. Oznacza to, że ustawodawca dokonał zabiegu polegającego na ograniczeniu zakresu zachowań zabronionych, wyłączając z tego zakresu zachowania podjęte w warunkach kontratypu. Zdaniem Siwka nie ma również różnicy pomiędzy sformułowaniem występującym na gruncie art. 25 § 1 k.k. „Nie popełnia przestępstwa”<sup>10</sup>, a sformułowaniem „Nie ma przestępstwa”, którym posłużył się ustawodawca w art. 213 § 1 k.k.

W opinii Siwka (2020, s. 93) dochodzi do błędów w rozumieniu przepisów kontratypizujących, ich odczytanie bowiem dokonuje się na poziomie czysto językowym, z pominięciem płaszczyzny normatywnej. Dla autora omawianego opracowania, stanowiącego przedmiot polemiki, jasny jest fakt, że brak kontratypu jest warunkiem przyjęcia bezprawności zachowania sprawcy, odrzuca on również możliwość wyróżniania pierwotnej i wtórnej legalności, a to dlatego, że rozróżnienie to nie znajduje oparcia w założeniach derywacyjnej koncepcji prawa, opiera się bowiem na jednopoziomowym – językowym – odczytaniu tekstów aktów prawnych.

Wspomniany autor (Siwek, 2020, s. 94) odrzuca również koncepcję dozwoleń mocnego, jako ujęcia nietrafnego. Argumentem przeciwko tej koncepcji staje się to, że zachowanie podjęte w warunkach kontratypu nie są objęte zakazem, a zatem nie ma potrzeby ujmowania przepisów kontratypizujących jako statuujących tzw. dozwoleń mocne<sup>11</sup>.

Za bezowocne rozważania Siwka uznali Mikołaj Iwański i in. (2020, s. 136), którzy twierdzą, że nieprawdą jest, jakoby przepis modyfikujący (modyfikacja) oddziałował na zakres zastosowania normy sankcjonowanej, a przeto nie oddziałuje on na strukturę normy sankcjonującej. Autorzy wypowiadają się w następujący sposób: „Gdyby w istocie było tak, że modyfikator kontratypu obrony koniecznej – usytuowany w strukturze normy sankcjonowanej – nigdy nie jest usytuowany (zarazem) w strukturze normy sankcjonującej, to w sytuacji popełnienia przez kogoś zabójstwa w obronie koniecznej osobę taką należałoby skazać za zabójstwo, gdyż w strukturze normy sankcjonującej wywiezionej z art. 148 § 1 k.k. nie pojawiałaby się informacja o obronie koniecznej. Nie trzeba dłużej dowodzić, iż zapatrywanie autora, że obrona konieczna »ni-

<sup>10</sup> To sformułowanie, zdaniem Siwka, oznacza nic więcej jak to, że nie dochodzi do realizacji znamion czynu zabronionego.

<sup>11</sup> Oznacza to, że w gruncie rzeczy Siwek w całej pracy nie przeprowadza żadnej argumentacji na rzecz swoich tez.

gdy« nie jest usytuowana w zakresie zastosowania normy sankcjonującej, prowadzi do absurdalnych konsekwencji” (s. 136). Stwierdzenie wspomnianych autorów oparte jest jednak na pewnym nieporozumieniu, to bowiem właśnie teza, którą oni ferują, prowadzi do absurdalnych konsekwencji.

Siwek (2020, s. 84–85) przyjmuje, że modyfikator, którym jest przepis o obronie koniecznej, ogranicza zakres zastosowania normy sankcjonowanej. Oznacza to nic innego, jak to, że osoba działająca w warunkach obrony koniecznej nie przekracza normy sankcjonowanej. Skoro nie przekracza normy sankcjonowanej, to norma sankcjonująca się nie zaktualizuje (Zieliński, 1972, s. 23)<sup>12</sup>, ponieważ właśnie w hipotezie normy sankcjonującej znaleźć musi się informacja o przekroczeniu normy sankcjonowanej. Zatem gdy takiej informacji nie ma – w świetle założeń dokonanych przez Siwka – to norma sankcjonująca nie może się zaktualizować, nie doszło więc do wypełnienia znamion czynu zabronionego.

Jeżeli tak, to zachowanie osoby działającej w warunkach obrony koniecznej jawi się jako zachowanie niezabronione (tj. wyłączone spod zakazu karnego, wyłączone w ogóle z zakresu normowania). Oznacza to, że norma sankcjonująca nie znajdzie swojego zastosowania – bo w zakresie zastosowania normy sankcjonującej winna znajdować się informacja o przekroczeniu normy sankcjonowanej, a nie o braku tego przekroczenia. Ferowana przez Iwańskiego i in. koncepcja abstrahuje od tego subtelного faktu<sup>13</sup>.

W dalszej części opracowania Iwański i in. (2020, s. 137–138) całkiem słusznie zauważają, że przepisy zasad techniki prawodawczej nie dają podstawy do wysunięcia wniosków prezentowanych przez Siwka (choć całkiem nietrafnie odrzucają możliwość korespondowania dyrektyw interpretacyjnych z technikami legislacji). Słusznie zauważają, że ani cytowana przez Siwka (2020) literatura, ani przedstawiane argumenty w istocie rzeczy nie pozwalają na przyjęcie tezy o modyfikacji zakresu zastosowania normy sankcjonowanej przez przepis o kontratypie obrony koniecznej. W pełni uzasadnione jest twierdzenie, że „charakter prawny przepisów części ogólnej Kodeksu karnego [...] trudny jest do jednoznacznego zaklasyfikowania” (Iwański i in., 2020, s. 138).

Rzeczywiście jest tak, jak twierdzą Iwański i in. (2020, s. 138), że przepis o obronie koniecznej nie daje podstawy do twierdzenia, że osoba działająca w warunkach kontratypu obrony koniecznej nie wypełnia znamion czynu zabronionego pod groźbą kary, a tym samym, że nie przekracza prawnokarnej normy sankcjonowanej. Siwek (2020) nie przytacza na uzasadnienie swojego stanowiska – w zakresie modyfikacji zakresu zastosowania normy sankcjonowanej – żadnych argumentów.

Iwański i in. (2020, s. 139) w pełni trafnie zauważają – choć nie w pełni trafnie to wyłuszczone – że fragmenty prac cytowane przez Siwka stanowi-

<sup>12</sup> Zieliński (1972) pisze, że: „Aby norma sankcjonująca znalazła zastosowanie, konieczne jest (oprócz niezrealizowania normy sankcjonowanej) zrealizowanie pewnych norm” (s. 23).

<sup>13</sup> Na marginesie rozważań dodam, że Siwek – w świetle swoich założeń – słusznie zauważa, że norma sankcjonująca w ogóle się nie zaktualizuje. Zarzut ten jest o tyle absurdalny, ile nielogiczny i dyktowany wyłącznie brakiem zrozumienia funkcjonalnego sprzężenia normy sankcjonującej z normą sankcjonowaną.

ły pewien przykład, czy też miały ilustrować funkcje w tekście prawnym, jakie pełnić może rozczłonkowanie syntaktyczne, czy – w tym przypadku – treściowe. Zieliński (1972, s. 78–79) bowiem nie zajął się rozpracowaniem niniejszego problemu aspektu formalnego kontratypu obrony koniecznej. Poruszał się on przecież w terminologii współczesnej mu nauki prawa karnego, która kontratypy ujmowała jako znamiona zanegowane. Dał też wyraz przyjmowanemu stanowisku – za karnistami – wielokrotnie (1972, s. 79, 2017, s. 119).

W odpowiedzi na polemikę Siwek (2022, s. 242–243) podtrzymał swoje poprzednie stanowisko. Polemistom zarzuca, że niezasadnie uznali oni, że zasady techniki prawodawczej nie stanowią wyznaczników wykładni, one to bowiem, jako wiedza legislacyjna, są elementami założenia o juretrycznej racjonalności ustawodawcy. Zauważył on, że techniki kodowania norm w przepisach prawnych zostały uwzględnione w koncepcji derywacyjnej wykładni prawa („kategoryczne kwestionowanie przez moich oponentów znaczenia ZTP w sferze wykładni prawa prowadzi wprost do zanegowania założenia o juretrycznej racjonalności prawodawcy”, s. 243).

Siwek (2022, s. 242–245) podkreśla, że u podstaw założeń, które przyjmuje na gruncie swojej pracy, jest okoliczność, że ustawodawca stosuje technikę rozczłonkowania treściowego norm w przepisach, co wielokrotnie było podkreślane przez teoretyków prawa. Przyznaje on rację autorom krytyki, w zakresie, w jakim twierdzą oni, że z.t.p. w żadnym miejscu nie przesądzają o oddziaływaniu na określone struktury normatywne (normę sankcjonowaną czy sankcjonującą) przez modyfikatory, podkreśla jednak, że nie ma wątpliwości, iż przepis o kontratypie obrony koniecznej jest przepisem modyfikującym (i to modyfikującym treściowo), która to modyfikacja musi zostać uwzględniona już na etapie rekonstrukcyjnej fazy wykładni. Powołując się na słowa Zielińskiego, podkreśla, że to właśnie ustalenia tego autora stają się podstawą do przyjęcia modyfikacji zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. Tak przedstawiając sprawę, Siwek odrzuca możliwość traktowania kontratypów jako kolizji z przepisem typizującym, jako normy zezwalającej na naruszenie normy sankcjonowanej, jako wyrazu dozwoleń mocnego na płaszczyźnie sankcjonującego wyrażenia normokształtnego oraz jako klauzulę kolizyjną (zbieg przepisów ustawy polegającego na wyczerpaniu jednym czynem znamion typu czynu zabronionego oraz kontratypu).

Zdaniem Siwka (2022, s. 246) kolizja między przepisami jest w istocie złudna, iluzoryczna, albowiem występuje wyłącznie na płaszczyźnie językowego (deskryptywnego) odczytu tekstu aktu prawnego. Na poziomie normatywnym brak tej kolizji dlatego, że przepis centralny oraz przepis modyfikujący stają się podstawą do wyinterpretowania z nich normy prawnej (a na tym etapie, dokładniej rzecz ujmując, odtworzenia wyrażenia normokształtnego), a zatem są wobec siebie komplementarne i nie pozostają w konflikcie. Norma wyinterpretowana z przepisu centralnego musi być normą, w której treści interpretator uwzględni występujące w systemie modyfikatory (mniejsza już, czy na potrzeby wykładni operatywnej czy nie). Niezgodność przepisów, to – jego zdaniem – nie to samo przecież co niezgodność norm.

Przez to właśnie, że w procesie wykładni, gdy głównym przedmiotem jej stanie się przepis centralny niepełny, uwzględnić musimy również przepisy modyfikujące, to nie wystąpi na jej gruncie ani problem wielości prawnokarnych ocen, ani kolizja dóbr prawnych. Zdaniem Siwka (2022, s. 246–247, 249) jest to konsekwencja ujmowania prawa jako zbioru przepisów, których charakter jest równorzędny pod kątem formalnym, a nie norm prawnych. Autor zauważa, że modyfikator nie pełni samodzielnej funkcji w systemie – należy go uwzględniać wspólnie z przepisem centralnym niepełnym – nie stanowi podstawy do „rekonstrukcji żadnej normy”. Podstawą do odtworzenia pełnego zestawu ustawowych znamion staje się zarówno przepis centralny niepełny, jak i jego modyfikator, i to w ten sposób, że modyfikator ogranicza zakres zastosowania normy sankcjonowanej, czyli normę o ograniczonym zakresie okoliczności, w których norma znajdzie zastosowanie. Zakres kryminalizacji, który odtworzyć można z „połączenia” przepisu centralnego niepełnego (przepisu typizującego) z przepisem modyfikującym, jest niepełny – nie ma charakteru absolutnego, nie dotyczy wszystkich, w każdym czasie i okolicznościach. Zdaniem Siwka inne ujęcie tego problemu może być ferowane wyłącznie na poziomie deskryptywnego odczytania przepisów<sup>14</sup>. W sytuacji kontratypowej (zabicia drugiego człowieka) nie znajdują zastosowania, w opinii Siwka, ani przepis art. 148 § 1 k.k., ani art. 25 § 1 k.k. Zdecydowanie stwierdza on, że modyfikacje uwzględnią się, jeszcze zanim zakaz zostanie zrekonstruowany<sup>15</sup>.

Zdaniem Siwka (2022, s. 250) dlatego że to norma sankcjonowana jest normą, z której wywieść (odtworzyć) należy zakaz wykonania czynu zabronionego, to przepis o kontratypie obrony koniecznej nie może odnosić się do normy sankcjonującej wobec faktu, że zawsze jest ona normą nakazującą<sup>16</sup>. Słusznie jednak Siwek zauważa, że norma sankcjonująca aktualizuje się w momencie przekroczenia normy sankcjonowanej, gdyż przekroczenie jej „jest oczywistym prawarunkiem zastosowania normy sankcjonującej” (s. 250).

Prowadząc powyższe rozważania, Siwek (2022, s. 248) dochodzi do wniosku, że uzasadnione jest twierdzenie, że czyn działającego w ramach obrony koniecznej „sprawcy” nie jest zachowaniem o znamionach czynu zabronionego pod groźbą kary. Oznacza to tyle, że podmiot taki nie może swoim zachowaniem przekroczyć prawnokarnej normy sankcjonowanej. Przy tym autor podkreśla, że znamionami można określać tylko znamiona czynu zabronionego, nie istnieje coś takiego jak znamiona kontratypu. Znamionami bowiem są te elementy, które swój wyraz znajdują w normie sankcjonowanej<sup>17</sup>. Na

<sup>14</sup> Swoją drogą, to niezwykła uwaga autora, która całkowicie ignoruje fakt, że w pełni uzasadnione byłoby tu twierdzenie o tym, że przepis ten modyfikuje zakres zastosowania, ale normy sankcjonującej. Trudno określić takie stanowisko jako traktujące tekst prawny wyłącznie na poziomie deskryptywnym, a nadto niezgodne z techniką rozczłonkowania norm w przepisach.

<sup>15</sup> Chociaż i to stwierdzenie można podać w wątpliwość. Odtworzenie wyrażenia normkształtnego z przepisu centralnego niepełnego daje już podstawę do odtworzenia trzonu znamion czynu zabronionego.

<sup>16</sup> Związku, o którym pisze autor, ja nie zauważam.

<sup>17</sup> Zaskakujące jest twierdzenie (Siwek, 2022): „Nie stwierdza się natomiast działania człowieka w warunkach kontratypu (ściśle biorąc, nie ma niczego takiego, jak znamiona typu i kontratypu, znamiona są zawsze jedne i są znamionami typu odzwierciedlonymi w normie sankcjonowa-



zakończenie, w pełni słusznie, Siwek (s. 252) zwraca uwagę, że poziom dekskryptywny (językowy) nie jest wystarczający do odtworzenia pełnej informacji normatywnej, która wszak zawarta jest na poziomie normatywnym (dyrektywnym).

### III. STANOWISKO WŁASNE

Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „Nie popełnia przestępstwa”, o niczym w istocie nie przesądza, nie jest również charakterystyczne dla modyfikatorów treściowych zakresu zastosowania normy sankcjonowanej (Iwański i in., 2020, s. 139–140).

Siwek ignoruje też – i to w sposób nie budzący wątpliwości – że wiedzy legislacyjnej nie można traktować wybiórczo – wyłącznie, gdy jej ustalenia prowadzą do wniosków zgodnych z tezami stawianymi przez interpretatora. Wszak autor ten w pełni arbitralnie – jak się wydaje – pominął istotną wskazówkę wypływającą z § 10 z.t.p., w którym to ustawodawca wyraził się w jednoznaczny sposób: „Do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami”. Zawarte w tym przepisie sformułowania, za Zielińskim (2021, s. 42–43), można ująć w sposób następujący: dla różnych pojęć, należy używać różnych terminów. Zawarty w powyżej przytoczonym przepisie zakaz wykładni synonimicznej doprowadziłby Siwka do wniosku, że rozważania jego są co najmniej chybione. Ustawodawca bowiem w ten sposób wypowiada się w przepisie art. 1 § 3 k.k., 25 § 1 k.k., 26 § 1 i 2 k.k., 27 § 1 k.k., 28 § 1 k.k. itd. Oznacza to, że funkcja tego sformułowania na gruncie techniki legislacyjnej musi być traktowana w sposób jednolity – skoro ustawodawca posłużył się jednym sformulowaniem.

Trudno znaleźć podstawę do stwierdzenia Siwka (2020, s. 92, przyp. 57), że przepisy art. 25 § 1 k.k. i 26 § 1 k.k. stanowią modyfikację normy sankcjonowa-

---

nej w prawie karnym)” (s. 248). Nieco wcześniej Siwek (s. 246–247) sam przekonuje, że dochodzi do modyfikacji zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, tzn. że modyfikacja ta znaleźć musi odzwierciedlenie w normie sankcjonowanej. Uważam jednak, że skoro ustawodawca daje wyraz ograniczeniu zakresu zastosowania normy sankcjonowanej w przepisie o kontratywie obrony koniecznej, tzn. że stanowi to wyraz uzupełnienia zestawu znamion o pewne dodatkowe elementy, które uniemożliwiają przekroczenie normy sankcjonowanej. Inaczej przecież modyfikator ten byłby zawieszony w normatywnej próżni. Skoro norma może być odtworzona w procesie interpretacji, który musi uwzględnić i przepis centralny niepełny (z którego odtworzyć można już trzon znamion czynu zabronionego), i przepis modyfikujący, to przecież modyfikator musi znaleźć swój wyraz już w wyrażeniu normokształtnym (np. przez sformułowanie „w każdych okolicznościach, oprócz działania w warunkach kontratywu obrony koniecznej”), co stanowi o wystąpieniu – w gruncie rzeczy – znamienia zanegowanego. Racjonalny ustawodawca, skoro w przepisach koduje normy, do czego używa również modyfikatorów, to musi to znaleźć odzwierciedlenie w strukturach normatywnych. A to czyni właśnie z kontratywu – w tym ujęciu – znamię zanegowane, stanowiące element uadekwatniający zakres zastosowania normy sankcjonowanej. Nie oznacza to jeszcze, że nie można mówić o znamionach kontratywu jako o szczególnych jego cechach, zatem „znamię” to nic innego jak pewna cecha charakterystyczna pewnego przedmiotu. Por. Zieliński (1972, s. 77–78), który wskazuje na odzwierciedlenie tej modyfikacji właśnie w postaci znamion zanegowanych.

nej, a przepisy art. 26 § 2 k.k. czy przepisy o błędzie już nie. Ustawodawca posłużył się wszak tym samym sformulowaniem. Za bezpodstawne uznać należy również rozważania autora, gdzie twierdzi, iż na płaszczyźnie normatywnej znaczeniowo identyczne ze sformulowaniem „Nie popełnia przestępstwa” jest użyte przez ustawodawcę w art. 213 § 1 k.k. sformułowanie „Nie ma przestępstwa”, a różnice między nimi są jedynie redakcyjne<sup>18</sup>.

U podstaw referowanego tu sporu dotyczącego aspektu formalnego kontratypu obrony koniecznej legło błędne odczytanie słów przedstawicieli teorii prawa, tzn. nieuwzględniające charakteru tych rozważań. Na łamach niniejszego opracowania postaram się zaproponować metodę rozwiązania tego – niezwykle jednak doniosłego – problemu teoretycznoprawnego.

Problemem Siwka staje się to, że nie przytacza on – na potwierdzenie swojej tezy interpretacyjnej – żadnej argumentacji. Rzecz w tym, że istotą polemiki nie powinno stawać się (w pierwszej kolejności) rozprawienie z tezą (czy tezami) cytowanych autorów, a z autorem tez, które stają się przedmiotem polemiki – i jemu tylko są (lub przynajmniej powinny być) właściwe. Wspomniany autor, wielokrotnie zarzuca rozmaitym autorom, że rozważania te są bezowocne naukowo, co poniekąd stanowi zarzut braku naukowości ich twierdzeń. Dziwić musi ten fakt, podczas gdy sam Siwek wskazuje, że sam nie przedstawia własnych argumentów, a jedynie przytacza argumenty, które w literaturze już padły. Czy to nie oznacza tyle, że jego rozważania nie stanowią żadnego wkładu czy propozycji rozwiązania problemu (aspektu formalnego kontratypu obrony koniecznej) w nauce prawa karnego?

Siwek jednak zupełnie nieprawidłowo odczytał słowa, których autorem jest Zieliński. Koronnym argumentem na rzecz tezy interpretacyjnej Siwka stają się słowa teoretyków prawa, którzy – na przykładzie kontratypów – wskazywali, czym są przepisy modyfikujące (treściowo, dodajmy zrazu). Niech za przykład posłuży jedna z ich wypowiedzi: „*przy karnistycznym założeniu* [wyróżnienie – J.M.], że są to elementy modyfikujące już normę sankcjonowaną, a nie dopiero sankcjonującą” (Zieliński, 2017, s. 119). Siwek w zupełności pomija, że Zieliński powołuje się na „karnistyczne założenie” dotyczące tego, że przepis o kontratypie obrony koniecznej jest przepisem modyfikującym (treściowo) normę sankcjonowaną<sup>19</sup>. Wszak twórca koncepcji derywacyjnej wykładni prawa w żadnym miejscu nie rozstrzygał tego problemu samodzielnie, a powołany przykład miał stanowić po prostu ilustrację jednego z możliwych ujęć przepisów o kontratypach.

Czytelnik zaznajomiony z twórczością Zielińskiego niezwłocznie spostrzeże, że opierał się on na ujmowaniu kontratypów jako znamion nega-

<sup>18</sup> Warto podkreślić, że twierdzenie owo jawnie ignoruje założenie o jurystycznej racjonalności poczynań ustawodawcy, czemu i dał on wyraz w § 10 z.t.p.

<sup>19</sup> Zieliński (2017) wskazuje dosadnie: „Jeśliby zatem zakres zastosowania wyrażenia normokształtnego sankcjonowanego art. 148 § 1 k.k. wyobrazić sobie [...] to po uwzględnieniu wymienionych wyżej przepisów modyfikujących [chodzi tu o przepisy o obronie koniecznej oraz przepis o stanie wyższej konieczności – J.M.], a więc tych sąsiednich i tych z części ogólnej, przy karnistycznym założeniu, że są to elementy modyfikujące już normę sankcjonowaną, a nie dopiero sankcjonującą, zakres ten przedstawiałby się” (s. 119).

tywnych czynu zabronionego pod groźbą kary przez Władysława Woltera (1963, s. 507–508), który określał kontratywy – właśnie – jako znamiona zanegowane czynu zabronionego (odmiennie w tej kwestii np. Andrejew, 1959, s. 219–220, 1978, s. 126–127).

Aby jednak uniknąć zarzutu arbitralności czy przypisywania Zielińskiemu twierdzeń, których nigdy on nie wypowiedział, zasadne w tym miejscu wydaje się przytoczenie jego słów. Zieliński (2017), twórca derywacyjnej koncepcji wykładni prawa, przed laty (na przykładzie art. 148 § 1 k.k.) pisał:

Takie sformułowanie bardziej uadekwatnionego wyrażenia normokształtnego o cechach normy sankcjonowanej z art. 148 § 1 k.k., powstałe w związku z uwzględnieniem modyfikujących przepisów – art. 148 § 2 k.k., art. 149 k.k. i art. 150 k.k., jest jednocześnie przejawem zajęcia określonego stanowiska w sprawie niektórych z tzw. „negatywnych znamion istoty czynu”. Przedstawiona wyżej modyfikacja normy sankcjonowanej wysłowionej zasadniczo w art. 148 § 1 k.k., niezbędna na gruncie przedstawionego w niniejszej pracy modelu interpretacji tekstu prawnego, przemawia za koniecznością włączenia do zespołu „znamion istoty czynu” – „znamion negatywnych wynikających z zaprzeczenia znamion typu uprzywilejowanego” [...]. Przepisem, który w związku z tym należy niewątpliwie wziąć pod uwagę przy uadekwatnianiu normy sankcjonowanej wysłowionej zasadniczo w art. 148 § 1 k.k., jest art. 22 § 1 k.k. [przepis o kontratywie obrony koniecznej – J.M.] [...]. Po uwzględnieniu tego przepisu interesujące nas wyrażenie normokształtne brzmieć będzie następująco: „Człowiekowi, który nie jest matką zachowującą się w czasie porodu pod wpływem jego przebiegu w stosunku do dziecka i który nie zachowuje się w ten sposób, że w obronie koniecznej odpiera bezpośredni bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro społeczne lub jakiegokolwiek dobro jednostki, nakazuje się niech nie zabija, a nawet nie usiłuje zabić człowieka, nie pod wpływem silnego wzruszenia, nie na żądanie innego człowieka i pod wpływem współczucia dla niego” [...]. Wydaje się, że w przypadku art. 148 § 1 k.k. przepis art. 23 § 1 k.k. należy uznać za modyfikujący normę sankcjonowaną, lecz sankcjonującą. (s. 78–79)

W przytoczonym powyżej fragmencie już na pierwszy rzut oka widać, że Zieliński nie rozstrzygał problemów, a zajął się on wyłącznie możliwym ujęciem rozmaitych instytucji prawa karnego, a precyzyjniej – ich lokowaniem w płaszczyznach normatywnych i konieczności ich uwzględniania w procesie wykładni.

Ferowanej przez Siwka (2020, s. 94) koncepcji można byłoby postawić zarzut, że jest ona ujęciem problemu tożsamym z koncepcją znamion negatywnych czynu zabronionego. I chociaż sam autor otwarcie temu zaprzecza, analizy jego twierdzeń prowadzą do zupełnie odmiennych wniosków.

Po pierwsze, sam Zieliński w przywołanych już wcześniej opracowaniach, posługiwał się sformułowaniem „znamiona negatywne”, i – za Wolterem – tak właśnie ujmował kontratywy. Trudno zarzucić przecież twórcy derywacyjnej koncepcji wykładni prawa, że nie respektował on ustaleń, które sam poczynił, tworząc tę koncepcję. Po drugie, skoro to na normę sankcjonowaną oddziałuje modyfikator treściowy, to właśnie w ten sposób, że „zmienia” (modyfikuje – uadekwatnia treść) elementy syntaktyczne treściowo. A skoro tak, to nie ma żadnych przeszkód, by ową modyfikację traktować właśnie jako normatywną podstawę teorii znamion negatywnych. Należy jednak podkreślić, że w tekście prawnym brak informacji o tym, jaki charakter ma przepis o kontratywie obrony koniecznej. Oznacza to ni mniej, ni więcej jak to, że ta sprawa musi

zostać rozstrzygnięta na płaszczyźnie normatywnej. Skoro kontratypy nie są znamionami negatywnymi, to czy właśnie Siwek nie odczytuje tekstu prawnego wyłącznie na poziomie deskryptywnym?

Autor usilnie jednak odżegnuje się od koncepcji znamion negatywnych (*Tatbestandsmermalen*), prezentuje jednak pogląd, w którym kontratyp nie jest niczym innym, jak uadekwatnieniem zakresu zastosowania normy sankcjonowanej (por. Siwek, 2022, s. 244, przyp. 13). A właśnie owo uadekwatnienie – tak jak w przypadku typów zmodyfikowanych – traktować należy jako znamię negatywne typu czynu zabronionego (zob. słuszne uwagi w tym zakresie Pohl, 2007, s. 184). Siwek najpewniej właśnie z tych względów stara się odsunąć od siebie zarzut ujawniania w swojej koncepcji teorii znamion negatywnych. Pamiętać bowiem należy, że skoro zakres zastosowania normy sankcjonowanej został ograniczony (a ustawodawca przesądził w przepisie typizującym – lub nie – w jakich okolicznościach może dojść do jej przekroczenia) przez przepis stanowiący o kontratypie (np. obrony koniecznej), to wystąpienie sytuacji kontratypowej staje się znamieniem zanegowanym (zaprzeczoną).

Warto zasygnalizować, że dogmatycznie ujmowana struktura przestępstwa nie może funkcjonować w oderwaniu od prawnokarnych struktur normatywnych. Skoro zatem pojawiają się przepisy modyfikujące treściowo normę sankcjonowaną, a norma ta jest normą, w której odzwierciedlenie znaleźć musi pełny zestaw znamion czynu zabronionego, oznacza to, że modyfikacja treściowa jest modyfikacją w obrębie znamion czynu zabronionego. Idzie bowiem o to, że spory dogmatycznoprawne (i problemy na ich gruncie rozwiązywane) muszą być toczone w sposób zintegrowany, oparty na teoretycznoprawnych spostrzeżeniach<sup>20</sup>.

Zacząć wypada jednak od kwestii podstawowych. Zanim jednak przedstawię możliwe rozwiązanie problemu, konieczne jest wyjaśnienie, w jaki sposób przepis modyfikujący może oddziaływać na wyrażenie normokształtne.

Na normę postępowania, składać się muszą poszczególne elementy syntaktyczne (Zieliński, 2017, s. 101): 1) adresat, okoliczności (dwa te elementy składają się na zakres zastosowania normy; 2) nakaz/zakaz (operator deontyczny/normatywny zakazu/nakazu), 3) zachowanie się<sup>21</sup> (dwa powyższe, tj. 2 i 3 element, składają się na zakres normowania normy).

Wyrażenie, na które będą składały się wszystkie cztery elementy syntaktyczne, Zieliński (2017, s. 101) nazywa zupełnym. Niejednokrotnie jednak w rzeczywistości legislacyjnej, a także ze względu na pewne tradycje legislacyjne, niemożliwe jest oddanie pełnej informacji normatywnej w jednym przepisie. W takich przypadkach pomocne okazuje się posłużenie się przez ustawodawcę techniką rozcłonkowania syntaktycznego lub treściowego.

<sup>20</sup> Na co na gruncie omawianej problematyki zwracano już uwagę – por. Pohl (2007, s. 178–179). Warto w tym miejscu wskazać, że powołany autor jest stronnikiem możliwie najpełniejszej integracji ustaleń nauk prawnych, nie tylko w ich obrębie, lecz także z naukami filozoficznymi.

<sup>21</sup> W tym miejscu należy wskazać, że znamiona podmiotowe również znajdują swoje odzwierciedlenie w strukturze normy sankcjonowanej. O zasadności wyróżniania odrębnego elementu syntaktycznego w postaci stosunku intelektualno-wolicjonalnego sprawcy do popełnianego przez niego czynu szerzej por. Pohl (2007, s. 111–112).

Przez rozczłonkowanie syntaktyczne będziemy rozumieli taką sytuację, w której w przepisie prawnym wysłowione są przynajmniej dwa elementy syntaktyczne normy: operator deontyczny nakazu/zakazu oraz określone zachowanie (taki przepis zawierający obydwie te elementy syntaktyczne nazywany jest w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa przepisem zrębowym), tj. norma posiada wszystkie elementy, które są konieczne do odtworzenia jej zakresu normowania. Pozostałe elementy syntaktyczne, takie jak adresat oraz okoliczności zastosowania owej normy (czyli zakresu zastosowania), zawarte są w pozostałych przepisach, które to przepisy w koncepcji derywacyjnej nazywa się przepisami uzupełniającymi (Zieliński, 1998, s. 6).

Z kolei rozczłonkowanie treściowe przejawia się w tym, że ustawodawca w jednym przepisie może zawrzeć wszystkie elementy syntaktyczne normy (przepis ten nazywany jest przepisem centralnym lub zasadniczym), przy równoczesnym zawarciu modyfikacji normy zakodowanej w tym przepisie, przepisy te nazywane są przepisami modyfikującymi (lub po prostu modyfikatorami; Zieliński, 1998, s. 6).

Przepisem centralnym będzie przepis uprzednio scharakteryzowany jako przepis zrębowy (zupełny, gdy wysłowione w nim są wszystkie elementy syntaktyczne; określenie przepisu jako zrębowego zupełnego zachodzi w fazie rekonstrukcyjnej wykładni; Zieliński, 2017, s. 286–287). Na płaszczyźnie ani przepisów centralnych, ani przepisów modyfikujących nie jest możliwe rozstrzygnięcie, na którą strukturę normatywną one oddziałują. Częstość jest i tak, że to ustalenie jest ustaleniem problematycznym – wymagającym przeto znajomości poglądów wyrażanych w doktrynie prawa karnego.

Rozwiązaniem tytułowego problemu staje się jego zgoła odmienne ujęcie od prezentowanego dotychczas w literaturze. Przepis art. 25 § 1 k.k. należy bowiem traktować jako modyfikator treściowy, ale nie normy sankcjonowanej, a normy sankcjonującej<sup>22</sup>.

Odwołując się do konstrukcji dozwoleń (mocnego), należy zauważyć parę zależności – które wymagają wyluszczenia. Prowadzenie rozważań w zakresie dozwoleń mocnego (von Wright, 1977, s. 86) wymaga już na etapie omawiania zagadnienia dozwoleń przyjęcia założeń za von Wrightem, iż konieczne jest wyróżnienie płaszczyzny normatywnej (będącej przedmiotem normowania) oraz pozanormatywnej (której ustawodawca nie przydaje przymiotu normatywnej relewantności – indyferentnej; Zirk-Sadowski, 1986, s. 40) oraz że

---

<sup>22</sup> W tym miejscu należy zauważyć, że ustawodawca, posługując się formułą „Nie podlega karze...”, mógłby wyraźnie wskazać na modyfikację normy sankcjonującej przez przepisy o kontratypie obrony koniecznej. Wydaje się jednak, że biorąc pod uwagę funkcję, którą pełni przepis o kontratypie obrony koniecznej, zarówno w warstwie dogmatycznej, jak i normatywnej (w szczególności zaś chodzi tu o funkcję samego kontratypu obrony koniecznej, którego wystąpienie skutkuje dekompletacją struktury przestępstwa), rozwiązanie to jednak jawi mi się jako nieuzasadnione. Formuła „Nie popelnia przestępstwa...” wyraźnie odnosi się do okoliczności wyłączających przestępstwo, tj. dekompletujących strukturę przestępstwa (a w tym przypadku bezprawności), przez to, że zachowanie broniącego się stanowi społecznie opłacalne (ale nie akceptowalne!) przekroczenie normy sankcjonowanej. Wydaje się jednak, że – choć może być to tylko kwestia pewnej konwencji terminologicznej – omówieniu zagadnieniu użycia przez ustawodawcę takiej bądź innej formuły należałoby poświęcić odrębne opracowanie.

możliwa jest relatywizacja zdań deontycznych do norm (mocno) zezwalających (Zirk-Sadowski, 1986, s. 40)<sup>23</sup>.

Wyróżnia się dozwoleń mocne (pozytywne)<sup>24</sup>, a także dozwoleń słabe (negatywne)<sup>25</sup>. To pierwsze związane jest z decyzją normodawcy w zakresie zezwolenia na dane zachowanie, które może polegać na ustanowieniu normy zezwalającej, albo być logiczną konsekwencją ustanowienia innych norm (von Wright, 1977, s. 86). Dozwoleń słabe nie jest przeto w ogóle przedmiotem zainteresowania normodawcy, w tym sensie, że nie staje się ono przedmiotem normowania, nie jest źródłem obowiązku prawnego, jest zatem indyferentne prawnie.

Istotnie to, co jest nakazane – jest z pewnością dozwolone (Trypuz, 2008, s. 159)<sup>26</sup>. Skoro tak, to należy sobie zadać pytanie, czy dozwoleń to ma charakter normatywny czy pozanormatywny. Bez wątplenia dozwoleń to staje się w pewnym sensie przedmiotem normy, a zatem nakaz czynienia (albo powstrzymywania się od czynienia) stanowi swoisty wyraz dozwoleń mocnego, które tym się charakteryzuje, że podjęcie nakazanego zachowania musi być zachowaniem niezakazanym oraz właśnie – dozwolonym.

W logice deontycznej ostatnimi czasy w obronę bierze się właśnie koncepcję dozwoleń mocnego, jako przydatną szczególnie na gruncie nauk prawnych (zob. Roy i Kulicki, 2020, s. 51–52; por. też chociażby Asher i Bonevac, 2005, s. 305–306)<sup>27</sup>. Ową koncepcję przyjmował Ziemiński (1974, s. 132), który utożsamiał to pojęcie z sytuacją, w której kreuje się zakaz dla osób trzecich przedsięwzięcia zachowań, które miałyby stać na drodze realizacji zachowania osoby uprawnionej do podjęcia zachowania zezwolonego<sup>28</sup>. Natomiast Kelsen

<sup>23</sup> O tym wspomina również von Wright (1977), pisząc: „If we accept this division [chodzi tu o podział na zachowania leżąca poza zakresem normowania oraz normowane – J.M.] of acts into two main groups – relative to a given authority of norms – and if we decide to call acts permitted simply by virtue of the fact that they are not forbidden, then it becomes sensible to distinguish between two kind of permission” (s. 86).

<sup>24</sup> Por. von Wright (1977): „Roughly speaking, an act is permitted in the strong sense if the authority has considered its normative status and decided to permit it. But this must not be understood to mean that the authority is necessarily aware of having permitted the act. The permission may also be a logical consequence of other norms which he has issued” (s. 86).

<sup>25</sup> Von Wright (1977) wspomina: „Weak permission is not an independent norm-character. Weak permissions are not prescriptions or norms at all. Strong permission only is a norm-character” (s. 86). Co do rozróżnienia w zakresie dozwoleń negatywnego i pozytywnego por. von Wright (1977, s. 139–140), a także Governatori i in. (2013, s. 800).

<sup>26</sup> Praca Trypuz (2008) istotnie jest niezwykle interesująca – chociaż autor nie wspomina w niej o dozwoleń mocnym i słabym, to koncepcja, którą opracował, wydaje się doniosła – także z punktu widzenia problemów nauk prawnych. Zainteresowanego czytelnika odsyłam do tej pracy.

<sup>27</sup> Chociaż przywołani autorzy próbują w istotny sposób pogodzić rachunek zdań deontycznych, logikę deontyczną z pragmatyką, utożsamiając dozwoleń wolnego wyboru (jak jednak sądzę, na gruncie cytowanej pracy bardziej precyzyjne wydaje mi się określenie dozwoleń wolnej woli) z dozwoleń mocnym, to ich koncepcja stanowi pogłębioną aprobatę koncepcji dozwoleń mocnego. Autorzy zwracają – zdaje się, że całkiem słusznie – uwagę, że koncepcja dozwoleń mocnego napotyka problemy z powodu założeń, które poczyniono w ramach systemów, w których pojęciem tym się operuje.

<sup>28</sup> Autor ten słusznie wskazał, że przepis formułuje to zezwoleń mocne na tej podstawie, że ogranicza możliwość podejmowania zachowań zmierzających do ograniczenia zachowań podejmowanych w ramach zezwoleń przez osobę uprawnioną.

(2014, s. 122–124) uznawał normy udzielające zezwolenia za niesamodzielne normy prawne (ale jednak normy), uznawał on jednak również, że prawo karne nie wyraża żadnego zakazu, w ten sposób więc w systemie obowiązuje norma, która wiąże z określonym zachowaniem reakcje podmiotu nadrzędnego (sankcję w stosunku do tego, który przekroczył powszechnie rozumianą normę sankcjonowaną, zawierającą zakaz określonego zachowania).

Nie oznacza to jednak, że zachowanie podjęte w ramach dozwoleń jest równoznaczne z podjęciem zachowania zabronionego. To, co dozwolone, jest również zakazane. Przecież właśnie taka jest istota dozwoleń mocnych, które musi mieć miejsce w stosunku do zachowania będącego przedmiotem zainteresowania normodawcy, a to oznacza, że stało się prawnie relewantne (nieindyferentne).

Przechodząc jednak do przedstawienia propozycji rozwiązania tego problemu, należy zwrócić uwagę na koncepcję dozwoleń mocnych<sup>29</sup>. Koncepcja dozwoleń mocnych miałaby w ten sposób oddziaływać na struktury normatywne i dogmatycznie ujmowaną strukturę przestępstwa, że wprowadzałyby ona dozwoleń na naruszenie reguł ostrożności<sup>30</sup>. Nie oznacza to jednak jeszcze, że takie zachowania (dozwolone, acz naruszające reguły ostrożności) wyłączone są z zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. To właśnie przy ocenie naruszenia normy sankcjonowanej nie ma znaczenia, ponieważ ona obejmuje swoim zakresem zastosowania wszystkie zachowania, które naruszają reguły ostrożności bez względu na sposób tego naruszenia (dozwolony czy nie).

Takie ujęcie, w mojej ocenie, umożliwia reakcję społeczną (i przy tym reakcję prawa karnego) na „wyjście” poza dozwoleń w postaci ekscesu ekstensywnego lub intensywnego. Oznacza to tyle, że to w płaszczyźnie normy sankcjonującej, a dokładnie w jej zakresie zastosowania, dojdzie do stwierdzenia, czy sąd, badając sprawę, doszedł do przeświadczenia, że naruszenie reguł ostrożności zyskuje miano społecznie opłacalnego z powodu wystąpienia okoliczności wyłączającej bezprawność. Gdyby uznawać, że zachowania te wyłączone są z zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, to spóźniona obrona konieczna nie byłaby przekroczeniem granic obrony koniecznej, a byłaby po prostu naruszeniem normy sankcjonowanej. Stąd racjonalny ustawodawca stworzyłby sytuację, w której niemożliwe byłoby skorzystanie z kompetencji do nadzwyczajnego złagodzenia kary czy odstąpienia od jej wymierzenia.

Na tę problematykę zwrócono uwagę już przed laty: „Wg. art. 148 § 1 kk, każdemu człowiekowi zakazane byłoby zabijanie. Tymczasem po uwzględnieniu już choćby art. 22 § 1 czy art. 23 § 1 k.k. krąg adresatów normy się zmniejszy, ponieważ przepisy te wyłączają zakaz zabicia w przypadku działania w stanie obrony koniecznej lub w stanie wyższej konieczności (jeśli w obu przypadkach spełnione zostaną pewne dodatkowe warunki, np. nieprzekroczenie granic obrony koniecznej, lub odpowiednia proporcja dóbr: poświęconego i ratowanego)” (Ziemiński i Zieliński, 1992, s. 112). W istocie jest tak,

<sup>29</sup> Która jednak nie została powszechnie przyjęta w polskiej doktrynie prawa karnego.

<sup>30</sup> W tym miejscu zaznaczę, że traktuję reguły ostrożności jako odrębny element struktury przestępstwa.

że proponowane „pewne dodatkowe warunki” (w postaci braku przekroczenia granic obrony koniecznej itd.) należy również lokować w normatywnych strukturach prawa karnego. Takie ujęcie doprowadza do sytuacji redundancji treści normatywnej, a sytuacja taka – przy założeniu jurydycznej racjonalności postępowań ustawodawcy – jest niedopuszczalna.

Na konstrukcję dozwoleń mocnego – i jego użyteczność na gruncie omawianej tu problematyki – uwagę zwrócił Łukasz Pohl (2007, s. 178–201). Odwołując się do ustaleń poczynionych w ramach logiki deontycznej, Pohl przez wykazanie związku występującego między dozwoleńm mocnym a kontratympem zwraca również uwagę na to, że zachowanie podjęte w sytuacji kontratypowej stanowi zachowanie, którym sprawca przekracza prawnokarną normę sankcjonowaną. Odnotować w tym miejscu należy, że słusznie Pohl spostrzega, iż dozwoleńie odnoszone może być wyłącznie do czynów, które stały się przedmiotem normowania. Idzie zatem o to, że dozwoleńie mocne zachodzi wtedy, gdy uprzednio czyn stał się przedmiotem normowania, czyli był albo nakazany albo zakazany. Takie ujęcie istoty rzeczy sprowadza się do relatywizacji operatora do czynu nakazanego lub zakazanego. Sprawca podejmujący zachowanie objęte dozwoleńm mocnym będzie i z tego powodu przekraczał prawnokarną normę sankcjonowaną. Pohl wprost wykazuje, że operator dozwoleńia mocnego stanowi taką konstrukcję, która przenosi „klauzulę o zanegowanym kontratypie” do zakresu zastosowania normy sankcjonującej. Nie oznacza to nic innego, jak to, że norma sankcjonująca nie zaktualizuje się, zaktualizowanie się tej normy – w sytuacji wypełnienia znamion czynu zabronionego, przekroczenia normy sankcjonowanej – jest bowiem możliwe w sytuacji ustalenia braku wystąpienia kontratypu.

Skoro prawo karne nie obejmuje ochroną dobra życia napastnika, to niemożliwe jest wyłączenie z wyłączenia, gdyż prowadzi to do redundancji treści normatywnej. Nie ma zatem wątpliwości, że przepisy o kontratyptach są przepisami modyfikującymi przepis centralny niepełny. Modyfikator jednak nie oddziałuje w tej płaszczyźnie na zakres zastosowania normy sankcjonowanej, ale przede wszystkim na zakres zastosowania normy sankcjonującej.

Ujęcie takie absolutnie nie zgadza się ze stwierdzeniem, że w obrocie prawnym obowiązują tzw. normy zezwalające. Głoszone tu ujęcie w pełni odpowiada spostrzeżeniu von Wrighta, że podstawą dozwoleńia mocnego może być również fakt ustanowienia innych norm, których obowiązywanie logicznie prowadzi do ustanowienia dozwoleńia mocnego.

Przepis o kontratypie obrony koniecznej nie jest niczym innym, jak wyrazem ustawodawcy w zakresie wyrażenia dozwoleńia mocnego. Nie jest to norma zezwalająca, a raczej przepis zezwalający, uniemożliwiający skorzystanie sądowni z kompetencji do wymierzenia kary temu, kto przekroczył prawnokarną normę sankcjonowaną.

Oznacza to tyle, że norma sankcjonująca nie zaktualizuje się w warunkach działania w sytuacji kontratypowej przez sprawcę. Przepis ten jest w istocie rzeczy, jak podkreślał Siwek, modyfikatorem treściowym, oddziałuje on jednak (modyfikuje) zakres zastosowania normy sankcjonującej. Nie aktualizują się bowiem okoliczności, w których możliwe jest zastosowanie sankcji.



Zaktualizowanie się sankcji jest związane z tym, że sprawca przekracza swoim zachowaniem prawnokarną normę sankcjonowaną. W tym kontekście dopuszcza się zachowanie społecznie nieakceptowalne, naruszające reguły ostrożności. Takie podejście uzasadnia również możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej i wymierzenia kary sprawcy przekraczającemu granice obrony koniecznej. Przecież sprawca przekraczający granice obrony koniecznej przekracza tę samą normę sankcjonowaną, którą przekracza sprawca nieprzekraczający owych granic. Inne ujęcie przeczyłoby założeniu o racjonalności ustawodawcy, a także uniemożliwiłoby przekroczenie normy sankcjonowanej przez przekraczającego granice obrony koniecznej.

Prawnokarne wartościowanie z punktu widzenia normy sankcjonowanej jest innym wartościowaniem od wartościowania, które zachodzi w momencie aktualizacji normy sankcjonującej. Nie oznacza to jednak, że dozwoleńskie mocne traktować należy jako odrębną normę, która jest wypowiedzią zezwalającą, obok wypowiedzi nakazujących i zakazujących. Przepis o kontratypie obrony koniecznej (art. 25 k.k.) nie stanowi w tym przypadku niczego innego, jak metodologiczne spostrzeżenie, które znalazło wyraz ustawodawcy w owym „przepisie zezwalającym” czy – będąc bardziej precyzyjnym – przepisie „dozwalającym”. Ustawodawca, czerpiąc właśnie z tych rozmaitych modalności deontycznych, dał mu wyraz w rzeczonym przepisie.

## Bibliografia

- Asher, N., i Bonevac, D. (2005). Free choice permission is strong permission. *Synthese*, 145, 303–323. <https://doi.org/10.1007/s11229-005-6196-z>
- Andrejew, I. (1959). *Ustawowe znamiona przestępstwa*. Wydawnictwo Prawnicze.
- Andrejew, I. (1978). *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*. Wydawnictwo Prawnicze.
- Governatori, G., Olivieri, F., Rotolo, A., i Scannapico, S. (2013). Computing strong and weak permissions in defeasible logic. *Journal of Philosophical Logic*, 42(6), 1–37. <https://doi.org/10.1007/s10992-013-9295-1>
- Iwański, M., Małecki, M., Tarapata, S., i Zontek, W. (2020). Dlaczego rozważania o „aspekcie formalnym kontratypu obrony koniecznej” są bezprzedmiotowe (na marginesie artykułu Kamila Siwka). *Przegląd Sądowy*, 11–12, 135–142.
- Kelsen, H. (2014). *Czysta teoria prawa* (R. Szubert, tłum.). LexisNexis Polska.
- Kmita, J. (1973). *Wykłady z logiki i metodologii nauk*. Wydawnictwo PWN.
- Pohl, Ł. (2007). *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*. Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Popper, K. R. (2002). *Logika odkrycia naukowego* (U. Niklas, tłum.). Fundacja Aletheia.
- Roy, O., i Kulicki, P. (2020). Legal permissibility and legal competences in hierarchical systems with strong permission. *Journal of Zhejiang University*, 5, 51–62. <https://www.zjujournals.com/soc/EN/Y2020/V6/I5/30>
- Siwek, K. (2020). Aspekt formalny kontratypu obrony koniecznej. *Przegląd Sądowy*, 5, 81–98.
- Siwek, K. (2022). Jeszcze o aspekcie formalnym kontratypu obrony koniecznej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 84(3), 241–253. <https://doi.org/10.14746/rpeis.2022.84.3.15>
- Trypuz, R. (2008). „Setna” – prosta teoria norm i działania. *Filozofia Nauki*, 16(3–4), 155–175. <https://www.fn.uw.edu.pl/index.php/fn/article/view/553>
- Wolter, W. (1963). O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu. *Państwo i Prawo*, 18(10), 502–511.

- Wright, G. H. von (1977). *Norm and action: A logical enquiry*. Routledge and Kegan Paul.
- Zieliński, M. (1972). *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*. Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Zieliński, M. (1998). Wyznaczniki reguł wykładni prawa. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 60(3–4), 1–20. <http://hdl.handle.net/10593/5446>
- Zieliński, M. (2006). Derywacyjna koncepcja wykładni prawa jako koncepcja zintegrowana. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 68(3), 93–101. <http://hdl.handle.net/10593/6373>
- Zieliński, M. (2017). *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*. Wolters Kluwer.
- Zieliński, M. (2021). Komentarz do § 10. W: M. Zieliński i S. Wronkowska, *Komentarz do Zasad Techniki Prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.* (s. 42–43). Wydawnictwo Sejmowe.
- Ziemiński, Z. (1974). *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*. Wydawnictwo PWN.
- Ziemiński, Z., i Zieliński, M. (1992). *Dyrektywy i sposób ich wypowiedania*. Polskie Wydawnictwo Semiotyczne.
- Zirk-Sadowski, M. (1986). Uprawnienie a problem funkcji tzw. języka prawnego. *Acta Universitatis Lodzensis Folia Iuridica*, 24, 37–51.