

Obrona konieczna, agresywny i defensywny stan wyższej konieczności w prawie cywilnym i karnym – usprawiedliwienie (legalizacja) czynu zabronionego między wolnością a utylitaryzmem (proporcjonalnością, solidarnością)

I. Sprawca, który realizuje znamiona typu czynu zabronionego w warunkach obrony koniecznej (art. 25 § 1 k.k., art. 423 k.c.¹) lub stanów wyższej konieczności, określonych w art. 26 k.k. z 1997 r.² oraz art. 142 i art. 424 k.c. z 1964 r.³, nie popełnia przestępstwa⁴. Dogmatykowi prawa karnego takie

* Uniwersytet Warszawski.

¹ Art. 25 § 1 k.k.: „Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem”.

Art. 423 k.c.: „Kto działa w obronie koniecznej, odpierając bezpośredni i bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro własne lub innej osoby, ten nie jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną napastnikowi”.

² Art. 26 k.k.: „§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronione prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego. § 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. § 3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. § 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste. § 5. Przepisy § 1-3 stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciążących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony”.

³ Art. 142 k.c.: „§ 1. Właściciel nie może się sprzeciwić użyciu a nawet uszkodzeniu lub zniszczeniu rzeczy przez inną osobę, jeżeli to jest konieczne do odwrócenia niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio dobru osobistym tej osoby lub osoby trzeciej. Może jednak żądać naprawienia wynikłej stąd szkody. § 2. Przepis powyższy stosuje się także w razie niebezpieczeństwa grożącego dobru majątkowym, chyba że grożąca szkoda jest oczywiście i niewspółmiernie mniejsza aniżeli uszczerbek, który mógłby ponieść właściciel wskutek użycia, uszkodzenia lub zniszczenia rzeczy”. Art. 424 k.c.: „Kto zniszczył lub uszkodził cudzą rzecz albo zabił lub zranił cudze zwierzę w celu odwrócenia od siebie lub od innych niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio od tej rzeczy lub zwierzęcia, ten nie jest odpowiedzialny za wynikłą stąd szkodę, jeżeli niebezpieczeństwa sam nie wywołał, a niebezpieczeństwu nie można było inaczej zapobiec i jeżeli ratowane dobro jest oczywiście ważniejsze aniżeli dobro naruszone”.

⁴ W starszym ustawodawstwie i doktrynie prawa karnego w przypadkach stanów konieczności przyjmowano często wyłączenie „karalności” czynu zabronionego.

ustalenie nie wystarczy. Chodzi tu przede wszystkim o problem lokalizacji tych sytuacji w tzw. strukturze przestępstwa. Przyjmuje się, że definicja przestępstwa ma charakter wieloszczeblowy, hierarchiczny oraz normatywny. Przeszłość czynu ustalana jest w pewnej sekwencji elementów (warunków) koniecznych: czyn, realizujący znamiona typu czynu zabronionego („znamiennosc” czynu), bezprawny (brak okoliczności wyłączających bezprawność), zawiniony przez sprawcę. Hierarchiczność takiej struktury wyczerpuje się m.in. w tym, że ustalenie braku elementu poprzedzającego eliminuje konieczność ustalania elementu następnego (np. brak realizacji znamion typu eliminuje kwestię rozważenia sytuacji kontratypowych; wyłączenie bezprawności usuwa problem winy), jednak ustalenie każdego kolejnego elementu przestępności czynu wiąże się z bardziej ujemną oceną (normatywność struktury przestępstwa). Ocena wiążąca się z kolejnym szczeblem oceny ufundowana jest niejako w ocenach szczebli poprzednich. W kierunku odwrotnym: wyłączenie przestępności na stopniu „wcześniejszym” oznacza, że czyn oceniany jest „mniej” ujemnie lub zgoła nawet „pozytywnie” w stosunku do wyłączenia przestępności na płaszczyźnie następnej. Te subtelne rozróżnienia płaszczyzn oceny mają znaczenie praktyczne. Tak więc np. kara może zostać wymierzona wyłącznie w przypadku zawinienia czynu zabronionego, nigdy zaś wtedy, gdy czyn został oceniony jedynie jako realizujący znamiona typu i bezprawny. W tej ostatniej sytuacji możliwe jest tylko zastosowanie określonego środka zabezpieczającego, gdy niejako „w miejsce winy” wstępuje ocena „niebezpieczności sprawcy” (np. pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym osoby niepełnoletniej w rozumieniu art. 31 § 1 k.k. z 1997 r.).

Obrona konieczna traktowana jest powszechnie jako sytuacja legalizująca czyn (najczęściej jako kontratyp). W nauce prawa karnego przyjmuje się na ogół, że warunkiem zaktualizowania się uprawnienia obrony koniecznej jest „bezprawność” zamachu napastnika, a nie przestępność jego zachowania. W systemie zakładającym jednolitą ocenę legalności bądź bezprawności czynu w całym porządku prawnym (tzw. jednolite pojęcie bezprawności) zakresy legalności zachowania obronnego oraz „bezprawności” zachowania napastnika pozostają we wzajemnej, „odwrotnej” zależności. Uznaje się więc, że prawo obrony koniecznej nie przysługuje wobec zamachów „legalnych”, bez względu na to, czy traktowane są one jako „pierwotnie” legalne (brak naruszenia dobra prawnego, brak przekroczenia normy sankcjonowanej; tzw. dozwoleń słabe), czy też jako „wtórnie” legalne, dokonane w sytuacji kontratypowej (czyn realizuje znamiona typu, narusza dobro prawne, norma sankcjonowana zostaje przekroczona, następuje jedynie wyłączenie bezprawności jej przekroczenia; tzw. dozwoleń mocne). Dopuszcza się natomiast

możliwość powołania się na obronę konieczną w przypadku, gdy napastnik działa bezprawnie, choć nie można mu przypisać winy (zamach niepoczytalnego, nieletniego, osoby działającej w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności, w tzw. stanie konieczności wyłączającym winę itd.)⁵.

W niemieckiej i polskiej nauce prawa karnego rozróżnieniu między bezprawnością czynu a winą (okolicznościami wyłączającymi bezprawność a wyłączającymi zawinienie) przypisuje się często znaczenie fundamentalne. Duża część uczonych wskazuje również na konieczność rozdzielania płaszczyzn znamienności czynu (braku realizacji znamion czynu – „pierwotna” legalność) oraz bezprawności (okoliczności wyłączających bezprawność – „wtórna” legalność)⁶, chociaż rozróżnienie takie w prawie karnym nie musi bezwzględnie wiązać się z różnymi prawnokarnymi konsekwencjami⁷. Czyn realizujący wprawdzie znamiona typu, ale podjęty w sytuacji kontratypowej, nie pociąga za sobą żadnych konsekwencji prawnokarnych, w tym wypadku nie ma możliwości zastosowania jakiegokolwiek środka zabezpieczającego. Gdyby miało być inaczej, właściwe dla demokratycznego państwa prawo karne czynu (zabronionego) sprawcy zmieniłoby swój charakter w kierunku traktowania go jako środka państwowej polityki prewencyjnego zwalczania patologii i dewiacji społecznych, których punktem orientacyjnym jest niebezpieczeństwo samego sprawcy. Niemniej jednak zwraca się uwagę, że istnieje istotna materialna różnica ocen między zachowaniami podejmowanymi

⁵ We współczesnej doktrynie niemieckiej istnieje stanowisko modyfikujące granice obrony koniecznej w przypadku zamachu osoby działającej bez winy (np. niepoczytalnej czy nieletniej) przez wprowadzenie klauzuli subsydiarności lub proporcjonalności, bądź postulujące ocenę tej sytuacji przez pryzmat tzw. defensywnego stanu konieczności). Rośnie liczba zwolenników tezy, że „ostrość” reakcji obronnej może uzasadnić jedynie bezprawny zamach osoby zdolnej do ponoszenia winy. Na ten temat zob. niżej.

⁶ Potrzebę rozróżniania tych płaszczyzn kwestionują natomiast zwolennicy tzw. teorii negatywnych znamion czynu zabronionego. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 245 i n.; tenże, *Okoliczności wyłączające bezprawność. Zagadnienia ogólne*, [w:] *System prawa karnego, t. 4 Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej* (red. L. Paprzycki), Warszawa 2016, wyd. II, poprawione C.H. Beck Instytut Nauk Prawnych PAN, s. 41 i n.

⁷ Zwolennicy ścisłego rozróżnienia znamion typu od znamion kontratypu (koncepcja znamion typu jako „obrazu przewodniego”; niem. *Leitbildtatbestand*; na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Okoliczności*, s. 34 i n.) przyjmują często, choć nie zawsze, różne konsekwencje błędu co do znamienia typu (brak umyślności) oraz błędu co do znamienia kontratypu (umyślność czynu nie zostaje wyłączona). Dla zwolenników teorii negatywnych znamion konsekwencje obydwu błędów są identyczne (wyłączenie umyślności). Rezultat logiczny i oczywisty, skoro znamiona kontratypów włączają oni ze znakiem ujemnym – właśnie jako znamiona negatywne – do szerzej pojętej istoty czynu. Negatywnie ujęte znamiona kontratypów są w tym ujęciu takimi samymi znamionami typu jak każde znamię typu w ujęciu węższym.

(na ogół) wewnątrz indywidualnej sfery wolności (i z tego powodu uznany-
mi za nieprzekraczające normy sankcjonowanej – „pierwotnie” legalne) oraz
zachowaniami naruszającymi obce sfery wolności, realizującymi znamiona
typu czynu zabronionego, tylko wyjątkowo legalizowanymi z powodu sytu-
acji „konfliktowej” czy „kolizyjnej”, w której sprawca narusza dobro prawne
ratując inne dobra lub wartości.

Tak więc z punktu widzenia struktury przestępstwa powinno się dążyć
do precyzyjnego ustalenia, czy dana sytuacja wyłączająca przestępność czynu
ma charakter negatywnego warunku przekroczenia normy sankcjonowanej
(brak naruszenia obcej sfery wolności – „pierwotna” legalność czynu), cha-
rakter okoliczności wyłączającej bezprawność (naruszenie obcego dobra i ob-
cej sfery wolności i wyjątkowa ich legalizacja podyktowana szczególnymi rac-
jami rozwiązania sytuacji „kolizyjnej” między wolnościami, wartościami czy
interesami), czy charakter okoliczności wyłączającej ewentualnie znoszącej
tylko zawinienie sprawy. W tym ostatnim przypadku nie chodzi o „klasycz-
ne” sytuacje całkowitego wyłączenia winy (niepoczytalność, nieletniość czy
usprawiedliwiony błąd co do bezprawności; niem. *Schuldausschließungsgrün-
de*), ale o niejednorodną, co do zakresu i struktury niezwykle sporną grupę
tzw. okoliczności znoszących zarzut winy (niem. *Entschuldigungsgründe*). Ich
wyodrębnienie należy wiązać niewątpliwie z powstaniem i rozwojem tzw.
normatywnej teorii winy, której podwaliny położyli niemieccy dogmatycy
prawa karnego, przede wszystkim R. Frank, J. Goldschmidt oraz B. Freudent-
thal⁸. Sama koncepcja normatywnej winy kształtowała się w kontekście roz-
ważań i analizy pewnych stanów konieczności (równa wartość kolidujących
dóbr lub ratowanie interesu kosztem interesu wartości większej) i począt-
kowo sprowadzała się do stwierdzenia, że zarzutu winy nie można postawić
sprawcy, gdy podejmował on czyn naruszający dobro (realizujący znamiona
typu czynu zabronionego; przekraczający normę sankcjonowaną) w anor-
malnej sytuacji motywacyjnej, gdy „okoliczności towarzyszące niosły ze sobą
niebezpieczeństwo dla sprawcy lub dla osoby trzeciej, z którego właśnie

⁸ Zob. R. v. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen 1907; J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem, Sonderabdruck aus der „Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht”, Jabrg. 1913, H. 3-4*, Wien 1913; tenże, *Normativer Schuldbegriff*, [w:] *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930*, Aalen 1969; B. Freudenthal, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen 1922. Na ten temat szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 374 i n., 473 i n.; tenże, *Okoliczności*, s.142 i n.

zakazane zachowanie miało go uratować”.⁹ Anormalność sytuacji podejmowania decyzji realizacji znamion czynu zabronionego redukowała „zarzucałość” decyzji podjęcia czynu zabronionego do stopnia, z karnoprawnego punktu widzenia, nieistotnego. Twórca nauki o *Entschuldigungsgründe*, J. Goldschmidt, za podstawę okoliczności wyłączających bezprawność przyjął utylitarystyczną zasadę obiektywnie przeważającego lub uprawnionego interesu, natomiast zniesienie zarzutu winy widział w subiektywnie przeważającym lub pozytywnie ocenianym „przeciw-motywie” w stosunku do „motywu obowiązku” przestrzegania normy¹⁰. Współcześnie przeważa jednak stanowisko bardziej złożone: *Entschuldigungsgründe* – w przeciwieństwie do *Schuldausschließungsgründe* (niepoczytalność, nieletniość, usprawiedliwiony błąd co do bezprawności) – nie wyłączają winy całkowicie, powodują jedynie istotne zmniejszenie bezprawia czynu oraz „podwójne” zmniejszenie winy¹¹. Z tego powodu, że zachowania w takich sytuacjach, naruszające lub zagrażające dobru prawnemu, jednocześnie zmierzają do ochrony, ratowania innych dóbr (*actio duplex* – sprawca realizuje znamiona typu, ale jednocześnie ratuje inne wartości), ulega redukcji stopień bezprawia. Natomiast stopień zarzutu winy spada raz pośrednio ze względu na zmniejszone bezprawie czynu, drugi raz (niezależnie od spadku bezprawia czynu) ze względu na szczególną sytuację motywacyjną. Ze względu na „zmniejszone bezprawie” czynu struktura tych sytuacji wyraźnie odróżnia się od *Schuldausschließungsgründe* (brak redukcji bezprawia), z drugiej zaś strony nie zawsze da się je klarownie oddzielić od okoliczności wyłączających bezprawność, zwanych w nauce niemieckiej okolicznościami usprawiedliwiającymi (*Rechtfertigungsgründe*; pol. „kontratypy”)¹². W sytuacjach kontratypowych, np. w obronie koniecznej, bez trudu dostrzec można elementy anormalnych sytuacji motywacyjnych

⁹ Zob. R. v. Frank, *Über den Aufbau*, s. 12 i n. Teoria normatywna winy odpowiadała doskonale normatywnemu określeniu winy nieumyślnej, w szczególności w formie tzw. niedbalstwa (sprawca nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego, chociaż mógł taką możliwość przewidzieć). Stąd normatywiści skupili swoje rozważania przede wszystkim na umyślności. Według znanego zwięzłego określenia J. Goldschmidta (*Der Notstand*, s. 13), wina nie jest *Wollen des Nicht-Sein-Sollenden* lecz *nicht-sein-sollendes Wollen*.

¹⁰ Zob. J. Goldschmidt, *Der Notstand*, s. 17 i n. Na temat teorii J. Goldschmidta szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 375-376, 477-478.

¹¹ Zamiast wielu zob. H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5 Aufl.*, Berlin 1996, s. 476 i n. Szerzej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 478 i n.; tenże, *Okoliczności*, s. 143 i n.

¹² *Entschuldigungsgründe* wykazują duże podobieństwo do okoliczności wyłączających bezprawność (kontratypów) choćby przez wymaganie „konieczności” podjęcia zachowania ratującego dobro prawne. Znamię „konieczności” charakteryzuje bowiem wszystkie kontratypy. Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 442 i n.

(np. zachowanie w obliczu niebezpieczeństwa bezprawnego zamachu), których znaczenie przy wyłączeniu bezprawności nie jest uwzględniane (legalność czynu czyni zbędnym analizę spadku zawinienia). Dopiero gdy np. dochodzi do przekroczenia granic kontratypu szczególna anormalność sytuacji, w której sprawca podejmuje decyzję popełnienia czynu zabronionego, może stać się na tyle istotna, że ostatecznie prowadzi do uznania, że zachodzi sytuacja znosząca zawinienie (*Entschuldigungsgrund*). Tak rzecz przedstawia się np. z regulacją art. 25 § 3 pol. k.k. (§ 33 niem. StGB)¹³.

Institucja obrony koniecznej (art. 25 k.k., art. 423 k.c.) być może jest najbardziej stosownym przykładem sytuacji w kontekście sporu co do „pierwotnej” czy „wtórnej” legalności zachowania się sprawcy¹⁴. Dochodzi również różnica zdań co do charakteru takiej „legalizacji” w punktu widzenia całego porządku prawnego. Często reprezentowany jest pogląd, że chodzi tu o legalizację czynu w całym porządku prawnym, w każdej jego gałęzi czy części. Zatem ocena czynu dokonanego w sytuacji określonej w art. 25 k.k. jest wiążąca nie tylko w obszarze prawa karnego, ale również dla prawa cywilnego (np. w odpowiedzialności deliktowej), administracyjnego czy dyscyplinarnego (w tym sensie obrona konieczna nazywana jest często „kontratypem bezwzględny”). Sprawa nie jest jednak prosta, gdyż wielu zwolenników tzw. jednolitego pojęcia bezprawności wyklucza w ogóle możliwość, by prawo karne nadawało czynowi predykat „bezprawny” czy „legalny”. Według nich, ocena bezprawności dokonywana jest w innych, regulujących stosunki społeczne częściach porządku prawnego (najczęściej w prawie cywilnym), prawo karne decydować może jedynie o tym, które z czynów, uznanych już za bezprawne, należy dodatkowo, ze względu na wagę dóbr i ujemność zamachu,

¹³ Art. 25 § 3 k.k.: „Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”. § 33 niem. StGB: *Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, wird er nicht bestraft*. Zarówno ustawa karna polska jak i niemiecki StGB wyłączenie odpowiedzialności klasyfikują tu jako wyłączenie karalności. Jednak z materialnoprawnego punktu widzenia jest to okoliczność znosząca zawinienie (brak przestępczości). Określone w k.k. przypadki niepodlegania karze nie powinny wyłączać przestępczości czynu. Ich natura jest jednak często wieloaspektowa i złożona. Wyłączenie li tylko samej karalności powinno być łączone przede wszystkim z kryteriami, które nie dotyczą w ogóle poszczególnych elementów przestępczości czynu: bezprawia lub winy. Najbardziej typowym przypadkiem jest np. sytuacja tzw. czynnego żalu (uchylenie niebezpieczeństwa przy typach z narażenia, naprawienie szkody) po dokonaniu przestępstwa. Materialnoprawnym (a nie procesowym) motywem jest tutaj brak konieczności reagowania karą (motyw prewencji indywidualnej).

¹⁴ W nauce prawa karnego nie spotyka się już poglądu, że zachowanie w obronie koniecznej usuwa jedynie winę sprawcy.

opatrzyć zagrożeniem karnym¹⁵. Wynikać ma to z zasady subsydiarnej roli prawa karnego. W tym ujęciu „bezprawność” nie jest prawnokarnym „produktem”, lecz oceną pozaprawnokarną. Jest to stanowisko skrajnie liberalne, którego podstawę stanowi założenie, że prawo publiczne (w tym prawo karne), używając zgrabnego sformułowania G. Radbrucha, jest jedynie „wąskim obramowaniem”, otaczającym prawo cywilne i służącym wyłącznie jego ochronie¹⁶. Sfery wolności zostają więc niejako rozdzielone przez prawo cywilne, a prawo karne musi je respektować (nie może ich zmieniać). Takie ujęcie stawia pod znakiem zapytania istnienie innych niż w prawie cywilnym (art. 423 k.c.) regulacji obrony koniecznej (w tym art. 25 k.k.). Granice legalności („pierwotnej”) określałby więc min. art. 423 k.c. Konsekwentnie można by również twierdzić, że stany konieczności z art. 142 i 424 k.c. to wiążące regulacje dotyczące rozdzielania sfer wolności („pierwotna” legalność”). Regulacje prawa cywilnego dotyczące stanów konieczności dla prawa karnego mają jednak znaczenie ograniczone. Mogą one jedynie legalizować czyny realizujące znamiona czynu zabronionego zniszczenia, uszkodzenia czy użycia cudzej rzeczy, zranienia lub zabicia cudzego zwierzęcia (np. art. 288 k.k.)¹⁷.

Zasada jednolitości porządku prawnego reprezentowana jest często w wersji, zgodnie z którą na pozostałe gałęzie prawa, w tym na prawo cywilne, oddziałują również kontraty (zezwoenia) prawa karnego. Zatem np. podjęcie zachowania w warunkach art. 25 k.k. czy art. 26 § 1 k.k.¹⁸ wyłączałoby bezprawność również np. deliktu cywilnego czy dyscyplinarnego. Wobec istnienia w porządku prawnym „jednoimiennych” okoliczności legalizujących, taki pogląd prowadzić musi do tezy, że np. zakres „wyłączania bezprawności” art. 423 k.c. i art. 25 k.k. musi być identyczny, w przeciwnym razie dojść może

¹⁵ W tym kierunku np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 25-26, 110 i n.

¹⁶ G. Radbruch, *Filozofia prawa* (przeł. E. Nowak), Warszawa 2009, s.136: „Dla światopoglądu liberalnego prawo prywatne jest motorem wszelkiego prawa, prawo publiczne zaś – wąskim obramowaniem, służącym wyłącznie jego ochronie (...)”.

¹⁷ Ponadto legalizacja takich czynów prowadziłaby do wykluczenia możliwości podjęcia przeciwko nim działań obronnych w ramach obrony koniecznej (brak znamienia „bezprawności” zamachu).

¹⁸ W nauce polskiej przyjmuje się dosyć powszechnie, że art. 26 § 1 k.k. reguluje zakres stanu konieczności wyłączającego bezprawność, a art. 26 § 2 k.k. zakres stanu konieczności znoszącego zawinienie (niem. *Entschuldigungsgrund*). Stanowisko to opiera się na prostym kryterium użytecznym (jakakolwiek wyższa wartość dobra ratowanego = legalność). Moim zdaniem, jest ono całkowicie nietrafne. Na ten temat zob. rozważania w dalszej części artykułu.

do rozejścia się ocen w obydwu gałęziach prawa¹⁹. Na podstawie analizy tych przepisów, na tle orzecznictwa oraz poglądów nauki prawa cywilnego i karnego, łatwo dojść do konstatacji, że o „równozakresowości” nie może być mowy. Rola kategorii bezprawności czynu w prawie cywilnym, tak jak jest ona w tej gałęzi rozumiana²⁰, w tym w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej, jest ograniczona i stale maleje, natomiast w prawie karnym bezprawność czynu realizującego znamiona typu jest zawsze koniecznym warunkiem jego przestępności (nie ma przestępności, winy bez bezprawności czynu). Stwierdzenie, że np. uśiłowanie nieudolne (art. 13 § 2 k.k.), z tego powodu, iż nie posiada normatywnego korelatu bezprawności w innej gałęzi prawa, stanowi przypadek „karalności winy bez bezprawności” (bez bezprawia)²¹,

¹⁹ Zob. np. A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz, T. I*, Gdańsk 2005, s. 316: „Ponieważ k.c. (art.423) w istocie rzeczy określa obronę konieczną tak samo jak k.k. (art. 25), to mamy tu do czynienia z kontratypem bezzwzględnym. Wobec zachowania mieszczącego się w ramach obrony koniecznej nie przysługuje obrona konieczna (...)”. Zdaniem A. Wąska, „każdy kontratyp wyłącza bezprawność kryminalną, ale nie każdy – bezprawność w ogóle”. Oceniając tę wypowiedź, należy przypuszczać, że Autor ten nie jest jednak zwolennikiem koncepcji jednolitej bezprawności. Dla polskiego piśmiennictwa cywilistycznego charakterystyczna jest uderzająca zdawkowość komentarzy na temat regulacji art. 423 k.c. Dominuje przekonanie, że treść tego przepisu koresponduje z rozwiązaniem przyjętym w prawie karnym, a wszelkie rozwiązania i wykładnia przyjęte w nauce i orzecznictwie z zakresu prawa karnego znajdują bezpośrednie zastosowanie dla wykładni art. 423 k.k. Zob. np. Z. Banaszczyk, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Z. Banaszczyk, A. Brzozowski, J. Mojak, L. Ogiegło, M. Pazdan, K. Pietrzykowski, W. Popiołek, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, J. Szachułowicz, K. Zaradkiewicz, K. Zawada, *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹¹, T. I*, Warszawa 2005, s. 1195. Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 177 i n.

²⁰ Chociaż k.c. z 1964 r. terminem „bezprawność” lub terminami synonimicznymi posługuje się stosunkowo często, jednak należą one do różnorodnych materii regulacji. Moim zdaniem, na tej podstawie nie można rozpoznać konturów jakiegś „jednorodnej” koncepcji bezprawności w prawie cywilnym (na ten temat w nauce niemieckiej zob. U. Hellmann, *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 1987, s. 34 i n.). „Bezprawność” nie jest ogólnym znamieniem każdego stosunku cywilnoprawnego. Jest ona omawiana w związku z niektórymi regulacjami, przede wszystkim w związku z problematyką odpowiedzialności odszkodowawczej *ex delicto* i *ex contractu*. Odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych wykazuje najbardziej widoczne paralele z odpowiedzialnością karną. Ponadto „bezprawność” w ramach podstawowej formuły odpowiedzialności z art. 415 k.c. traktowana jest jako „obiektywny” element składowy pojęcia winy, co oczywiście nie sprzyja klarownemu ich odróżnianiu („Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia”. Identycznie art. 134 k.z. z 1933 r.). Na ten temat szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 150 i n.

²¹ Tak np. w dawniejszej nauce austriackiej F. Nowakowski, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, ZStW 1951, Bd. 63, s. 316. Na ten temat zob. H.-H. Jescheck, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland im Vergleich mit österreichischen Lehre*, ZStW 1961, Bd. 73, s. 188 i n., 199, 203, 207; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 87 i n.

jest pozbawione sensu. Ujęcie takie prezentowane było przez „specyficznych” subiektywistów w obszarze prawa karnego, którzy postulowali karalność usiłowania nieudolnego, a jednocześnie chcieli zachować jednolicie obiektywny charakter bezprawia (bezprawności) dla całego porządku prawnego, dla którego decydujące znaczenie miała obiektywistyczna struktura bezprawia cywilnego. Usiłowanie nieudolne jest przykładem instytucji, której bezprawie (materialna podstawa konstruowania normy) oparta jest w przeważającym stopniu na podmiotowej ujemności zamiaru sprawcy!²² Należy przy tym zauważyć, że cywilistyczna dyskusja na temat bezprawności koncentruje się przede wszystkim na bezprawności samego zachowania (czynu). Z drugiej strony, jest ona rozumiana niezwykle szeroko jako obiektywna „niewłaściwość” czynu: bezprawnym jest czyn naruszający nie tylko określone przepisy prawne, ale także zasady współżycia społecznego (obiektywnie niewłaściwy). W polskiej cywilistyce bagatelizuje się lub zgoła neguje znaczenie szkody dla bezprawia czynu. Jeżeli mamy posługiwać się kategorią bezprawności w odpowiedzialności deliktowej czy innych rodzajów odpowiedzialności sprawcy za szkodę, to szkoda powinna zostać włączona do „istoty” (niem. *Tatbestand*) czynu niedozwolonego. Tradycyjnie rozważana w cywilistyce kategoria bezprawności samego czynu (bez uwzględniania rezultatu) jest po prostu kategorią wyznaczania granic zarzucalnego spowodowania szkody. Ustawowym przykładem „bezprawności” zorientowanej na rezultat (skutek) jest domniemanie bezprawności naruszenia dóbr osobistych (art. 24 § 1 k.c.). Jeżeli w cywilistyce przyjmuje się odpowiedzialność za wyrządzenie szkody czynem „legalnym”²³ czy w wyniku wykonywania prawa podmiotowego, to chyba, chcąc zachować i zrekonstruować strukturę bezprawia czynu, musimy ją orientować wyłącznie na ujemność rezultatu. W tym kontekście struktura

²² Choć, moim zdaniem, nie wyłącznie. Czyn sprawcy musi się charakteryzować generalnie określaną zdolnością woli sprawcy do kształtowania przyczynowości w założonym przez sprawcę celu. Szerzej na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 189 i n.; tenże, *Usytuowanie zamiaru ewentualnego w strukturze przestępstwa*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi* (red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 97 i n.

²³ Przykładem może być stan wyższej konieczności określony w art. 142 k.c. Mimo legalności czynu sprawcy właściciel rzeczy może żądać naprawienia wynikłej stąd szkody. W niemieckiej nauce prawa cywilnego wymienia się pięć zasad odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu czynów niedozwolonych: *Verschuldungshaftung* (zasada winy), *Gefährdungshaftung* (odpowiednik zasady ryzyka), *Billigkeitshaftung* (zasada słuszności), *Aufopferungshaftung* (np. § 904 BGB), *Selbstopferungshaftung* (§ § 683, 670 BGB). Zob. E. Deutsch, H.-J. Ahrens, *Deliktsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, s. 2 i n.; na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 160 i n.

bezprawia cywilnego różni się niekiedy radykalnie od struktury bezprawia karnego²⁴, nawet czynu zabronionego nieumyślnego, skoro niedołożenie „należytej staranności” traktowane jest w prawie karnym jako element konieczny realizacji znamion typu (przekroczenia normy sankcjonowanej)²⁵, a w prawie cywilnym jako element winy sprawcy²⁶. We współczesnej doktrynie prawa karnego, w szczególności w nauce niemieckiej, rzadko kwestionuje się konieczność uwzględniania podmiotowego komponentu bezprawia karnego. Określa się go jako „bezprawie czynu” (*Handlungsunrecht*) i identyfikuje jako umyślność czynu zabronionego (zamiar), a na terenie czynów nieumyślnych jako przekroczenie granic „ostrożności”, „staranności” czy granic „dozwolonego (zwykłego) ryzyka”. „Prototypem” bezprawia karnego jest ujemność wynikająca zarówno z ujemności skutku (*Erfolgsunrecht*), jak i z ujemności podmiotowej w postaci zamiaru (*Handlungsunrecht*). Punktem centralnym systemu bezprawia karnego są więc umyślnie dokonane czyny skutkowe (naruszające dobro prawne), a konstrukcje „ułamne” (np. usiłowanie, czyny z narażania na niebezpieczeństwo, czyny nieumyślne) stanowią niepełne (bardziej subiektywne lub bardziej obiektywne) i peryferyjne formy bezprawia. Natomiast prawo cywilne, jak się wydaje, podąża w przeciwnym kierunku. Podlega ono procesowi obiektywizacji, co wynika ze wzrastającego stopnia złożoności stosunków społecznych (cywilnych), rozwoju technicznego i gospodarczego, a w związku z tym pierwszorzędnym zadaniem

²⁴ Por. strukturę bezprawia naruszenia dóbr osobistych (art. 24 § 1 k.c.) oraz strukturę bezprawia usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.).

²⁵ Rzadko już prezentowany jest pogląd, że jest to okoliczność wyłączająca bezprawność (kontratyp). W każdym razie zawsze problem sytuowany jest na płaszczyźnie bezprawności, a nie winy.

²⁶ Na temat różnic między bezprawiem cywilnym i karnym oraz konieczności przyjęcia funkcjonalnie zorientowanych „różnych” ocen bezprawności w tych gałęziach prawa zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 150 i n., s. 186 i n.; tenże, *Struktura przestępstwa. § 5 Bezprawność*, [w:] *System prawa karnego, t. 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności* (red. R. Dębski), Warszawa 2017, wyd. II, C.H. Beck Instytut Nauk Prawnych PAN, s. 352 i n.; tenże, *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym a zasada jedności porządku prawnego (jednolitego ujęcia bezprawności)*, IN 2008, nr 1, s. 74 i n.; tenże, *Wina i bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, IN 2008, Nr 4, s. 28 i n.; tenże, *Wpływ wyroku karnego na ustalenie bezprawności w procedurze cywilnej a zasada jedności porządku prawnego (jednolitego ujęcia bezprawności)*, [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym, część II* (red. B.T. Bieńkowska, D. Szafranski), Warszawa 2009, s. 119 i n.; tenże, *Nullum crimen sine lege i kontratypy a zasada jedności porządku prawnego (jednolitej bezprawności)*, IN 2011, Nr 1, s. 7 i n.; tenże, *Kilka uwag na temat relacji między prawem karnym i prawem cywilnym na płaszczyźnie bezprawności czynu*, [w:] *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu* (red. M. Boratyńska), Warszawa 2016, s. 257 i n.

prawa cywilnego, w tym zasad odpowiedzialności odszkodowawczej, jest zapewnienie bezpieczeństwa obrotu (ewentualnie funkcja kompensacyjna)²⁷. Funkcja prewencyjna, której dość słabo zarysowane elementy można by ewentualnie dojrzeć w odpowiedzialności kształtowanej na zasadzie winy, nie ma już praktycznie żadnego znaczenia. Wyrazem tego jest nie tylko to, że niezachowanie reguł staranności (brak należytej staranności) lokowane jest tutaj na płaszczyźnie winy, ale również i to, że stosowany w prawie cywilnym miernik staranności ma najczęściej wyłącznie charakter generalno-objektywny. Ponadto wina cywilistyczna odnoszona jest często do samego zachowania, a nie do szkody (skutku)²⁸, tak więc jej pojęcie odbiega daleko od treści i funkcji winy w prawie karnym²⁹. Nie oznacza to oczywiście, że elementy podmiotowe w zestawie warunków bezprawia cywilnego lub jego wyłączenia nie odgrywają żadnej roli (np. dobra czy zła wiara, element podmiotowy w art. 424 k.c.). Jednak, to co w prawie karnym jest regułą, w prawie cywilnym stanowi wyjątek.

Należy więc odrzucić tzw. jednolite pojęcie bezprawności, zgodnie z którym ocena czynu następuje z punktu widzenia jego niezgodności lub zgodności

²⁷ Obok zasady winy pojawiły się więc zasady ryzyka i zasada słuszności, odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem „legalnym”. Ponadto wymienia się np. odpowiedzialność „gwarancyjną” i „absolutną”, dla której element sprawstwa będzie w ogóle obojętny. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 158 i n.

²⁸ W prawie karnym wina (umyślność bądź nieumyślność) musi obejmować wszystkie przedmiotowe znamiona istoty czynu (bezprawia), w tym także skutek jako znamię przestępstw materialnych. M. Kaliński odrzuca stanowisko, zgodnie z którym szkoda należy do pojęcia czynu niedozwolonego. Zob. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, s. 42, 101-102. Twierdzi on, że włączenie szkody do „istoty” czynu niedozwolonego oznaczałoby konieczność objęcia jej winą. Jego zdaniem, prowadziłoby to do pogorszenia pozycji osoby dotkniętej uszczerbkiem. Pogląd M. Kalińskiego opiera się na pewnym nieporozumieniu. Włączenie szkody do „istoty” czynu niedozwolonego, a więc uznanie, że stanowi ona komponent bezprawia, nie oznacza, że musi być ona objęta winą. Taką zasadę przyjmując musi prawo karne (eliminacja sytuacji odpowiedzialności za niezawinione bezprawie), ale nie cywilne. Decyduje o tym cel regulacji, w prawie cywilnym jest to dopuszczalne. Na temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 176. Potwierdzanie bądź negowanie przynależności szkody do bezprawia cywilnego na podstawie przedmiotu umyślności bądź nieumyślności jest nietrafnym zabiegiem metodologicznym. O charakterze bezprawia nie decyduje przyjęty teleologicznie zakres zawinienia. Ze względu na funkcję odpowiedzialności odszkodowawczej można przecież w ogóle zrezygnować z zasady winy lub realizować ją połowicznie (np. objąć jej zakresem jedynie samo zachowanie sprawcy)

²⁹ Prawnokarna wina nieumyślna, np. w postaci niedbalstwa, to personalny zarzut wobec sprawcy, a jej ustalenie oparte jest na konkretno-indywidualnej możliwości sprawcy wykonania obiektywnego obowiązku staranności oraz konkretno-indywidualnej możliwości przewidzenia skutku. W przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym operuje się tzw. adekwatnym związkiem przyczynowym, co można w jakimś zakresie uważać za substytut przewidywalności samej szkody.

z porządkiem prawnym traktowanym jako całość, że jest ono identyczna w dowolnej części (gałęzi) tego porządku. Różnice w ujęciu bezprawia czynu wynikają z różnorodnych, często niemal odmiennych funkcji poszczególnych gałęzi prawa. Stąd też niepokrywanie się zakresów obrony koniecznej w art. 423 k.c. i art. 25 k.k. Temat ten zasługuje z pewnością na większą uwagę. Ze względu na ramy artykułu wskażę jedynie na niektóre aspekty zagadnienia.

Pierwszy z nich ma bezpośredni związek z odmiennością struktury bezprawia cywilnego i karnego oraz podstaw ich wyłączenia. Jak już o tym wspomniano wyżej, bezprawie karne, np. czynu umyślnego polegającego na naruszeniu dobra (czyn skutkowy), składa się z dwóch komponentów: ujemności umyślności oraz ujemności skutku. W relacji odwrotnej, wyłączenie bezprawia karnego takiego czynu określają dwa pozytywne komponenty: dodatnia wartość rezultatu (obiektywne odparcie zamachu) oraz dodatnia wartość samego czynu (świadomość odpierania tego zamachu – podmiotowe znamię kontratypu³⁰). W rezultacie, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że zachodzi sytuacja uprawniająca do odparcia zamachu (nieświadomość, że zachodzi bezpośredni, bezprawny zamach), odpowiedzialność karna nie jest wyłączona. Nauka prawa karnego przyjmuje tu odpowiedzialność albo w formie usiłowania (nieudolnego; kompensacja „ujemności skutku” przez spełnienie obiektywnych warunków obrony koniecznej; pozostaje „ujemność zamiaru” – brak redukcji „ujemności czynu” z powodu nieświadomości działania w sytuacji kontratypowej), bądź nawet za dokonanie umyślnego czynu zabronionego³¹. Obiektywistyczne stanowisko, reprezentowane w dawnej nauce prawa

³⁰ Na temat tzw. podmiotowych znamion kontratypu zob. Z. Jędrzejewski, *Okoliczności*, s.154 i n.; J. Majewski, *Czy znamię podmiotowe (subiektywne) jest jedną z cech konstytutywnych kontratypu?*, [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV bielańskiego kolokwium karnistycznego* (red. J. Majewski), Toruń 2008; tenże, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013. Wyjątkowo bogaty jest dorobek niemieckiej nauki prawa. Zob. np. J. Rath, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Berlin-Hedelberg-New York 2002.

³¹ Szerzej K. Rinck, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlin 2000, s. 223 i n., 246 i n.; zob. także Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 178. Rozwiązanie tej sytuacji w postaci odpowiedzialności za dokonanie charakterystyczne jest dla zwolenników stanowiska o konieczności ścisłego rozdzielania znamion typu i znamion kontratypu (niem. *Leitbildtatbestand*), koncepcji jednolitej bezprawności oraz tezy, że wyłączenie bezprawności czynu wymaga istnienia zarówno przedmiotowych, jak i podmiotowych znamion kontratypu. Brak części znamion (podmiotowych czy przedmiotowych) dekompletuje znamiona całego kontratypu, co w konsekwencji oznacza brak wyłączenia bezprawności. Istnienie jedynie znamion przedmiotowych kontratypu nie ma żadnego znaczenia dla jakościowej zmiany *Erfolgsunrecht* (zasada wszystko albo nic). Czyn zrealizował wszystkie znamiona typu czynu zabronionego, nie zachodzi kontratyp, zatem sprawca odpowiada za czyn zabroniony dokonany. Co najwyżej istnienie przedmiotowych znamion kontratypu można uwzględnić przy wymiarze kary.

karnego, prowadzi do wyłączenia bezprawności niezależnie od istnienia bądź nieistnienia znamion podmiotowych kontratypu³². Jak już o tym była mowa, z kompensacyjnej funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej wynika dominująca rola elementów przedmiotowych (obiektywnych) w uzasadnieniu i wyłączeniu bezprawia cywilnego, zatem przyjęć można, że nieświadomość istnienia zamachu nie odgrywa żadnej roli przy wyłączeniu bezprawności na podstawie art. 423 k.c. (odpada odpowiedzialność za szkodę).

Innym elementem, którego wykładnia na gruncie prawa karnego i cywilnego może przesądzać o różnej w tych gałęziach ocen bezprawności bądź legalności czynu, jest znamię „bezprawności” zamachu. W tym kontekście przypomnieć należy, że cywilistyka, np. w ramach odpowiedzialności deliktowej, posługuje się szerokim pojęciem bezprawności, tzn. bezprawność czynu może wynikać nie tylko z przekroczenia wyrażonych w przepisach różnych gałęzi prawa nakazów i zakazów, ale ponadto z naruszenia zasad współżycia społecznego. Pogląd taki, nawet wtedy gdyby przyjąć tezę o pozakarnym „pochodzeniu” oceny bezprawności, na płaszczyźnie struktury czynu przestępnego byłoby trudno zaakceptować³³. W tym kontekście bezprawność (karna) ściśle związana jest z typami czynów zabronionych („istotami” czynu; niem. *Tatbestand*; zasada określoności czynu zabronionego), a jej wykluczenie następuje w stosunku do określonych typów czynów zabronionych³⁴. Inaczej rzecz przedstawia się na gruncie np. odpowiedzialności za czyny niedozwolone, bowiem operuje się tutaj bardzo ogólnymi formułami (np. art. 415), które muszą być wypełnione dodatkowymi kryteriami ściśle cywilistycznego wartościowania ujemności czynu sprawcy szkody. Taką rolę pełnią właśnie zasady współżycia społecznego. W polskiej nauce i orzecznictwie cywilistycznym również bezprawność zamachu na gruncie art. 423 k.c. ujmowana jest szeroko, tzn. chodzi o każde zachowanie się, które sprzeczne jest z przepisami prawa lub zasadami współżycia społecznego³⁵. Przyjęcie takiego zakresu źródeł

³² Na ten temat G. Rohrer, *Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente*, JA 1986, s. 363 i n. Zwolennicy obiektywnego charakteru uzasadniania i wyłączenia bezprawia karnego na ogół opowiadali się również za jednolitym jego charakterem w całym porządku prawnym (w tym prawie cywilnym i karnym).

³³ Nie można jednak nie zauważyć, że nauka prawa karnego posługuje np. kategorią zachowań społecznie adekwatnych, które nie naruszają normy sankcjonowanej (nie realizują znamion czynu zabronionego), czy „zwyczajowych” kontratypów, często w ustawie nieokreślonych.

³⁴ Może więc zdarzyć się tak, że określony kontratyp wyłączy bezprawność realizacji znamion pewnego typu, nie dotykając kwestii bezprawności realizacji znamion innego typu lub realizacji części znamion w wypadku tzw. kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy (tzw. podzielność oceny bezprawności). Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 551 i n.

³⁵ Zob. np. Z. Banaszczyk, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, s. 1195.

bezprawności zamachu jako warunku uprawnienia obronnego w ramach art. 25 k.k., moim zdaniem, jest wykluczone. Ponieważ jednak bezprawność zamachu, zdaniem większości przedstawicieli nauki prawa karnego, nie musi tu wynikać jedynie z przekroczenia zakazów prawnokarnych (może to być czyn bezprawny z punktu widzenia jakiegokolwiek gałęzi prawa), powstaje uzasadniona wątpliwość co do traktowania klauzul generalnych prawa cywilnego (np. naruszenie zasad współżycia społecznego), które przecież w tej gałęzi prawa stanowią element wielu norm³⁶.

Zwolennicy tzw. jedności porządku prawnego jako jeden z jego fundamentów traktują zasadę jednakowej oceny bezprawności czynu każdym punkcie tego porządku (koncepcja jednolitej bezprawności). Właśnie płaszczyczna bezprawności ma być taką kłamrą spinającą wszystkie gałęzie prawa, pozostałe elementy odpowiedzialności karnej czy cywilnej mogą zaś podlegać specyficznym, gałęziowym zasadom. Niemniej jednak realizacja tego postulatu załamuje się w obliczu „napięć” powstających w wyniku konfliktu teleologii, funkcji i zasad poszczególnych części gałęzi porządku prawnego. Czy np. stosowane w prawie cywilnym klauzule generalne (art. 5 k.c., koncepcja nadużycia prawa) mogą zostać przeniesione na grunt prawa karnego, np. przy wykładni granic obrony koniecznej z art. 25 k.k., zwłaszcza wtedy, gdy służą one ograniczaniu (miarkowaniu) tego uprawnienia?³⁷ Moim zdaniem, jest to niedopuszczalne.³⁸ Reprezentanci koncepcji jednolitej bezprawności stają przed trudnym zadaniem określenia zakresu gwarancji wynikających z zasady *nullum crimen sine lege* w odniesieniu do okoliczności wyłączających bezprawność. Zakres *nullum crimen* powinien obejmować bowiem wszystkie materialnoprawne, pozytywnie czy negatywnie określone warunki

³⁶ Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 186 i n.

³⁷ Najczęściej chodzi tu o przypadki rażącego naruszenia proporcji dobra bronionego i dobra napastnika (np. pozbawienie życia w obronie mienia). Na temat szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 186 i n.

³⁸ Zob. w nauce niemieckiej trafnie D. Kratzsch, § 53 *StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, GA 1971, s. 73. Wyrażane niekiedy w polskiej doktrynie stanowisko, że art. 5 k.c. należy odnosić nie tylko do przepisów k.c., ale także do przepisów k.k., np. do przepisu określającego granice karnoprawnej obrony koniecznej (zob. np. T. Bojarski, *Kodeks cywilny a prawo karne*, NP 1965, nr 12, s. 1384), należy uznać za nietrafne. Jest ono wyrazem koncepcji jednolitej bezprawności, wydaje się, że w wersji zakładającej skrajną akcesoryjność prawa karnego wobec prawa cywilnego. S. Śliwiński (*Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 163-166) przyjął nadużycie prawa mające jedynie konsekwencje cywilnoprawne. W wypadku rażącej dysproporcji naruszonego dobra zamachowca (śmierć lub ciężkie uszkodzenie ciała) i dobra bronionego (np. mienie) czyn pozostawałby bezprawny (cywilnie), ale nieprzestępny (tu: legalny z punktu widzenia oceny prawnokarnej – konstrukcja „bezprawnej obrony koniecznej”). Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 187-188.

karalności (karygodności) czynu³⁹, tak więc np. zakaz analogii powinien dotyczyć znamion typu czynu zabronionego, zarówno uzasadniających bezprawie, jak i znamion uzasadniających winę sprawcy, oraz obejmować wszystkie materialnoprawne okoliczności wyłączające karalność na różnych poziomach (kontratypy, okoliczności wyłączające lub znoszące zawinienie sprawcy, okoliczności wyłączające karalność w ścisłym znaczeniu). Zwolennicy koncepcji jednolitej bezprawności często zmuszeni są dojść do wniosku, że w wypadku okoliczności legalizujących czyn zabroniony (kontratypów) zakaz analogii na niekorzyść sprawcy w ogóle nie znajduje zastosowania albo jego rygory w większym lub mniejszym stopniu zostają rozluźnione. Wynika to oczywiście z prostej konstatacji, że w innych gałęziach prawa, w tym w szczególności w prawie cywilnym, zezwolenia nie są związane zakazem analogii na niekorzyść. Przypomnieć należy tylko powszechnie w doktrynie prawa karnego przyjmowaną tezę, że zezwolenia (okoliczności wyłączające bezprawność) mogą pochodzić z dowolnego punktu porządku prawnego. Oznacza to, że w systemie, w którym tak mocno akcentuje się subsydiarną rolę i niekiedy skrajną akcesoryjność prawa karnego w stosunku do innych gałęzi prawa, oceny i ustalenia tych części porządku prawnego są dla prawa karnego bezwzględnie wiążące, są transponowane bez jakichkolwiek prawnokarnych modyfikacji. Jak jednak rozwiązać problem polegający na tym, że jedna i ta sama wypowiedź zezwalająca w prawie karnym poddana jest zakazowi analogii, podczas gdy np. prawo cywilne nie jest nim związane⁴⁰. Prymat celowościowej wykładni właściwej prawu cywilnemu, stosowanie klauzul generalnych, dopuszczalność wykładni zwięzłej, czy nawet analogii na niekorzyść (tu: zawężenie granic kontratypu – legalności czynu) na terenie prawa karnego jest trudny do zaakceptowania szczególnie przy wykładni przepisu o obronie koniecznej, który przecież najczęściej rozważany jest przy okazji czynów naruszających najcenniejsze dobra prawne (życie, zdrowie). Granice między karalnością a niekaralnością powinny być tutaj możliwie ostro przeprowadzone. Poddanie tej samej okoliczności usprawiedliwiającej zakazowi analogii i brak związania wykładni w prawie cywilnym granicą możliwego znaczenia znamion tej sytuacji jest nie do pogodzenia z zasadą jedności porządku prawnego⁴¹. Dopuszczenie tzw. analogii na korzyść sprawcy (*in bonam partem*), tzn. rozszerzenie kontratypu *contra verbum legis*, stanowi

³⁹ Na ten temat szerzej: Z. Jędrzejewski, *Nullum crimen sine lege i kontratypy*, s. 7 i n.; tenże, *Okoliczności*, s. 150 i n.; tenże, *Bezprawność*, s. 189 i n.

⁴⁰ H.J. Hirsch, *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, [w:] *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio 1985, s. 59. Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 193.

⁴¹ Zob. V. Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: eine Einführung in die Problematik des Analogieverbotes*, Berlin 1977, s. 234 i n.; zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 193 przyp. 830.

w istocie rzeczy również przypadek nieakceptowalnego stosowania analogii na niekorzyść. Chodzi bowiem o to, że ustalenie, iż sprawcy wolno czynić teraz to, co wcześniej było zakazane, prowadzi do zawężenia sfery legalności działania osoby pozostającej w konflikcie (osoby trzeciej)⁴². Na gruncie obrony koniecznej analogia na korzyść poprzez znamię „bezprawności” zamachu staje się podstawą nieprzewidzianej w tekście ustawy karnej karalności zachowania osoby dotkniętej tym legalnym teraz czynem. Z punktu widzenia tej osoby analogia taka działa faktycznie jak analogia *in malam partem*! W wypadku kontratypów „urzędniczych” jakakolwiek analogia czy wykładnia rozszerzająca poza granice znaczenia znamion jest absolutnie niedopuszczalna!

II. Podstawy materialne uzasadnienia legalizacji popełnionego (naruszającego normę) czynu zabronionego stanowiły zawsze jeden z głównych przedmiotów dyskusji i sporów w nauce prawa karnego. Nauka tradycyjna rzeczowy stosunek między typem czynu zabronionego a kontratypem ujmowała w ten sposób, że w tym pierwszym chroni się określoną wartość czy dobro prawne, a więc uwzględnia interesy pokrzywdzonego, a korekta uwzględniająca interesy przeciwne dokonywana musi być na płaszczyźnie kontratypów. Okoliczności wyłączające bezprawność (niem. *Rechtfertigungsgründe*) – jak ujął to lapidarnie C. Roxin – to obszar rozwiązywania społecznych konfliktów, ich zadaniem jest właśnie społecznie prawidłowa regulacja kolidujących interesów⁴³. Teza, że jedynie kontratypy rozstrzygają konflikty i kolizje wartości (dóbr prawnych), można jednak zostać zasadnie zakwestionowana. Jest tak najczęściej w sytuacjach, gdy dane dobro stanowi wyjątkowo cenną wartość (np. życie ludzkie), stąd chronione jest w zasadzie przed wszystkimi możliwymi zamachami, a zakres możliwej legalizacji (zakres interesów przeciwnych) jest stosunkowo wąski⁴⁴. W wielu przypadkach, ze względu na podobną wartość kolidujących dóbr czy wolności,

⁴² Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 194 i n.

⁴³ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 617; tenże, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin – New York 1973, s. 15: *Die Rechtswidrigkeit dagegen ist der Bereich sozialer Konfliktlösungen, das Feld, auf dem widerstreitende Individualinteressen oder gesamtgesellschaftliche Belange mit den Bedürfnissen des einzelnen zusammenstoßen (...)* Es geht immer um die sozial richtige Regulierung von Interesse und Gegeninteresse.

⁴⁴ Prezentowane jest często stanowisko, że legalizacja czynu wykluczona jest w przypadkach „naruszenia godności osoby ludzkiej”, szczególnie w wypadku zachowań funkcjonariuszy. Szerzej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Czy zakaz stosowania „tortur” ma charakter absolutny?*, [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Sienkiewicz* (red. M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz), Wrocław 2015, s. 139 i n. Por. treść art. 30 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN z 1949 r.

sprawa nie przedstawia się tak prosto. W każdym razie można stwierdzić, że niektóre kolizje między takimi wartościami mogą być rozstrzygane już na płaszczyźnie typu czynu zabronionego⁴⁵. Jeżeli jednak uwzględni się, że w ramach wszystkich typów czynów zabronionych koniecznym warunkiem realizacji ich znamion jest przekroczenie przez sprawcę granic tzw. dozwolonego ryzyka (ryzyka dopuszczalnego, „dnia codziennego”, norm staranności, ostrożności), to musimy dojść do wniosku, że rozstrzyganie kolizji następuje na poziomie każdego typu. Zachowania mieszczące się w tych granicach, choć ryzykowne, są legalne (w niemieckiej terminologii brak *Handlungsunrecht*). Dobra prawne nie są bowiem „muzealnymi eksponatami”, zamkniętymi w gablotach⁴⁶. Nie są absolutnie nienaruszalne. Zdarza się bowiem, że zostają one naruszone w wyniku zachowań niosących ze sobą pewne akceptowalne społecznie ryzyko. Wymaganie podejmowania zachowań całkowicie bezpiecznych prowadziłyby do istotnej redukcji dynamiki życia społecznego, a nawet do jego paraliżu⁴⁷. Na płaszczyźnie znamion typu zawsze trzeba rozważyć i rozstrzygnąć między dopuszczalnymi granicami wolności działalności człowieka w różnych sferach a koniecznością ochrony różnorodnych dóbr (życie, zdrowie, mienie itd.).

Ustalenie, że zachodzi wymagająca rozwiązania prawnego kolizja (konflikt) interesów, wartości czy dóbr (prawnych), rodzi pytanie o kryteria czy zasady ich rozstrzygania. Oparte na prawidłowo skonstruowanych i akceptowanych społecznie zasadach prawo powinno podać adresatowi zakazów i nakazów klarowne wzory zachowań w sytuacjach kolizyjnych. W niemieckiej nauce prawa od początku ubiegłego wieku, rozwinęła się, inspirowana wpływami utilitaryzmu oraz jurysprudencji interesów Ph. Hecka, tzw. teoria rozważenia kolidujących interesów i pierwszeństwa „przeważającego”, tzn. bardziej cennego społecznie interesu (*Prinzip des überwiegenden Interesses*)⁴⁸. W konsekwentnie przeprowadzanym ujęciu utilitarystycznym nie istnieją obszary niepodlegające rozważeniu interesów, „poszczególne

⁴⁵ Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 292 i n.

⁴⁶ Tak już twórca finalizmu H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 1938, Bd. 58, s. 514 i n.

⁴⁷ Wyobraźmy sobie wymaganie całkowicie bezpiecznego ruchu komunikacyjnego, które prowadziłyby do np. nakazu jazdy z prędkością 10 km na godzinę. Eliminacja wszelkiego ryzyka w zasadzie rodzi konieczność rezygnacji z podejmowania jazdy w ruchu samochodowym, lotniczym, wielu rodzajów działalności gospodarczej, naukowej itd.

⁴⁸ Na ten temat J. Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, s. 37 i n., 202 i n.; M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin-New York 2002, s. 32 i n., 51 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 33, 446 i n. Niewątpliwie pod głębokim wpływem utilitaryzmu J. Benthamu pozostawała zawsze anglosaska doktryna prawa. Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 446 i n., 456 i n.

jednostki nie posiadają żadnego wewnętrznego znaczenia”, ważne są tylko jako „fragmentaryczne punkty (...) całkowitej agregacji” społecznej korzyści⁴⁹. Niekiedy negowana jest nawet koncepcja naturalnych i niezbywalnych praw podmiotowych⁵⁰. W każdym razie utylitarysta skłonny jest poddać rozważeniu każde prawo podmiotowe oraz uznać ewentualny efekt tego rozważenia w postaci całkowitego przekreślenia tego prawa dla dobra (korzyści) ogółu. Prawa jednostki wynikające z przydzielenia równych obszarów wolności mają więc zawsze charakter praw względnych, pozostają zrelatywizowane do innych dóbr czy wartości ogółu, mogą zostać w pewnych sytuacjach z tego powodu ograniczone, a nawet zniesione. Poza zakresem niniejszych rozważań pozostawiam kwestię miejsca benthamowskiego utylitarysty w ramach ideologii i filozofii liberalizmu, można jednak stwierdzić, że takie ujęcie prowadzi najczęściej na pozycje koncepcji mniej lub bardziej otwarcie kolektywistycznych⁵¹. Zwalczane są one ostro przez klasyczny, indywidualistyczny nurt liberalizmu, zakładający istnienie naturalnych, niezbywalnych i w swej istocie nienaruszalnych praw jednostki. Jego znaczenie w europejskiej, kontynentalnej myśli prawniczej, m.in. na poziomie prawa konstytucyjnego i prawa karnego, nie może być obecnie kwestionowane. Na niemiecką doktrynę prawa karnego ogromny wpływ wywierała zawsze antyutilitarystyczna filozofia prawa i moralności I. Kanta i dlatego może nieco dziwić długotrwałe przywiązanie karnistów niemieckich do zasady rozważenia kolidujących interesów i wyboru interesu ważniejszego, w szczególności na terenie okoliczności wyłączających bezprawność. Sama zasada użyteczności, realizowana w polityce państwa, nie związana żadnymi absolutnymi, nieprzekraczalnymi granicami, stanowi niezwykle istotne zagrożenie dla idei państwa prawnego. Polityka kryminalna państwa, nastawiona na osiągnięcie określonych celów (zwalczanie przestępczości, ochrona dóbr prawnych), z natury rzeczy może korzystać wtedy z metod wprawdzie niekiedy skutecznych, ale często okupionych zawężeniem lub dotkliwymi

⁴⁹ H.L.A. Hart, *Pomiędzy użytecznością a uprawnieniami*, [w:] H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa* (przekł. J. Woleński), Warszawa 2001, s. 200 i n.; na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 448.

⁵⁰ Na ten temat H.L.A. Hart, *Utylitarysta i prawa podmiotowe*, [w:] H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa* (przekł. J. Woleński), Warszawa 2001, s. 181 i n.; zob. także, Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 447-448. J. Bentham charakteryzował koncepcję praw naturalnych (podmiotowych) jako „wrzaski na papierze” czy „nonsens na szczydach” (*nonsens upon stilts*); zob. H.L.A. Hart, *Utylitarysta*, s. 182 i n.

⁵¹ Zob. U. Neumann, *Naczelné zasady stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu i okoliczności wyłączającej winę*, AUMCS Lublin – Polonia, 2002, vol. XLIX, sectio G, s. 33.

naruszeniami sfery wolności człowieka. W tym sensie podmioty i ich sfery wolności zostają niekiedy niejako „uprzedmiotowione”, służą realizacji określonych, leżących poza nimi celów. Tamą stawianą takiemu „funkcjonalizmowi” w postrzeganiu państwa, społeczeństwa i prawa karnego są oczywiście postulaty i zasady, często *expressis verbis* wyrażone w ustawach zasadniczych: *nullum crimen sine lege* i zasada winy indywidualnej. Dla zwolenników liberalnych podstaw prawa karnego ustawa karna (kodeks karny) stanowi więc *magna charta* przestępcy, która chroni nie ogół, lecz występującą przeciw ogółowi jednostkę⁵². Kluczowe znaczenie ma tutaj postulat precyzyjnego określenia przestępstwa w każdym jego elemencie, najlepiej ujęcie go w formie logicznie nienagannej „systematyki” („systemu” czy „struktury”), która ogranicza możliwe sfery „dowolności”.

Wielu przedstawicieli nauki prawa poszukiwało również jakichś „stałych”, niedających się zrelatywizować podstaw „ontologicznych” struktury przestępności czynu i jego bezprawia. O ile tradycyjna nauka o zabarwieniu naturalistycznym, wiążąc zasadniczo represję karną z naruszeniem dobra (wyjątkowo z jego zagrożeniem; obiektywistyczna struktura bezprawia), zakładała m.in. „kausalno-skutkowe” ujęcie czynu, akceptując (logiczny) test warunku koniecznego jako podstawę przypisania skutku, całkowicie deskryptywną istotę czynu (niem. *Tatbestand*) oraz psychologiczną teorię winy, odpowiadała liberalnym tendencjom w nauce prawa karnego, to już np. skrajnie subiektywistyczny wariant „ontologicznego” finalizmu, odrzucającego znaczenie ujemności skutku (*Erfolgsunwert* wzgl. *Erfolgsunrecht*) w bezprawiu czynu, w konsekwencji przyjmując subiektywistyczny model bezprawia, sferę wolności w istotny sposób zawęził i mógł stanowić narzędzie przekształcenia prawa karnego w kierunku prawa o charakterze policyjnym (prewencyjnym)⁵³.

⁵² Na ten temat np. C. Roxin, *Kriminalpolitik*, s. 1 i n.; zob. również Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 92 i n.

⁵³ Na ten temat C. Roxin, *Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, ZStW 2004, Bd. 116, s. 929 i n., 934 i n., 937 i n. Uwagi te odnoszą się w szczególności do tzw. kierunku monistyczno-subiektywnego. Zob. na ten temat W. Gallas, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, [w:] *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München 1979, s. 155 i n.; H.J. Hirsch, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Teil II), ZStW 1982, Bd. 94, s. 240 i n.; C. Roxin, *Das strafrechtliche Unrecht*, s. 937 i n. Dla zwolenników kierunku monistyczno-subiektywnego „prototypem” bezprawia jest ukończone usiłowanie (nawet nieudolne; *Intentionsunwert*), natomiast bezprawie czynu nieumyślnego wyczerpuje się całkowicie w przekroczeniu granic ostrożności. Skutek może być co najwyżej elementem (obiektywnym warunkiem) karalności. Trzeba jednak zaznaczyć, że wielu reprezentantów tego nurtu swoją koncepcję bezprawia wywodzi z funkcji normy, przypisując mniejsze znaczenie lub zupełnie bagatelizując finalne, ontologiczne ujęcie czynu. Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 70 i n.

Stosowanie reguły przeważającego interesu prowadzi często do wyników, które na gruncie zasad państwa prawnego, chroniącego wolności człowieka, nie mogą zostać zaakceptowane. Problem polega nie tylko na tym, że ochrona prawna każdej wolności czy dobra może zostać zakwestionowana tylko z tej racji, że pozostająca w „kolizji” inna wolność (dobro) ma wartość „społecznie” wyższą. Dla konsekwentnych utylitarystów w gruncie rzeczy bez znaczenia jest źródło powstawania takich „kolizji”. Na podstawie identycznego kryterium rozstrzygają więc legalność zarówno czynu podjętego w obronie koniecznej („kolizja” wywołana bezprawnym zamachem), jak i czynu podjętego w stanie konieczności, gdy zagrożenie powstało poza jakąkolwiek sferą odpowiedzialności człowieka (np. zagrożenia wywołane nagłymi zdarzeniami przyrodniczymi). W utylitarystycznym systemie oceny legalności zachowania można zobowiązać do znoszenia naruszenia dobra osobę, która w wywołaniu zagrożenia dla innego dobra (cudzej sfery wolności) w ogóle nie brała jakiegokolwiek udziału (nie jest za to w ogóle odpowiedzialna). Obrona konieczna jest tutaj zasadniczo traktowana co najwyżej jako specyficzny rodzaj stanu konieczności. Nic dziwnego więc, że wprowadzenie do niemieckiego BGB tzw. agresywnego stanu konieczności (§ 904⁵⁴) wywołało ostrą krytykę liberalnej części niemieckiej nauki prawa cywilnego⁵⁵.

Prawny obowiązek znoszenia przez osobę nienaruszającą żadnej prawnej sfery wolności, „niewywołaną” w powstanie stanu zagrożenia, naruszenia swoich dóbr tylko dlatego, że ich wartość oceniana jest niżej niż wartość dobra zagrożonego, oznacza wymaganie od niej „specjalnej ofiary”, „szczególnego aktu solidarności międzyludzkiej”, który nawet przy założeniu, iż wartość dobra zagrożonego ma wartość „istotnie” wyższą od wartości dobra

⁵⁴ § 904 BGB: *Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schaden verlangen.*

⁵⁵ Na ten temat M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 36-37; J. Renzikowski, *Notstand*, s. 187, przyp. 121; R. Haas, *Notwehr und Nothilfe*, Frankfurt am Main-Bern-Las Vegas 1978, s. 206 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 452-453. Przytaczana jest tu np. wypowiedź O. v. Alberti o § 904 BGB jako „kawałku komunizmu”. Zob. O. v. Alberti, *Gefährdung durch überlegene Gewalt (Notstand)*, Stuttgart 1903, s. 37. Cytując innego cywilistę Maučka, podobnie stwierdzał A. Hold v. Ferneck, że przyjęcie legalności takiego zachowania prowadzi *zum Kommunismus: Jeder unverschuldet Notleidende könnte vom Reichen den Lebensunterhalt verlangen*. Zob. A. Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Zweiter Band. Erste Abteilung. Notstand und Notwehr*, Jena 1905, s. 64. Dalej (s. 66) pisze zaś, że leżący u podłoża teorii kolizji pogląd trzeba byłoby *von Recht und Gerechtigkeit als geradezu als unwürdig bezeichnen*.

poświęcanego, w ramach indywidualistycznego rygorystycznego liberalizmu nie da się uzasadnić: jest typowym przykładem reguły moralnej pozostającej poza sferą regulacji prawnej⁵⁶. W ujęciu kierunku utylitarystycznego wystarczy zresztą jedynie jakakolwiek przewaga wartości dobra zagrożonego. Jest przy tym rzeczą ciekawą, że w rozważaniach polskiej doktryny na ogół nie wyróżnia się agresywnego i defensywnego stanu wyższej konieczności⁵⁷, a wytłumaczyć to można tylko tym, że pozostaje ona nadal pod wpływami koncepcji utylitarystycznych⁵⁸.

Specyficzne cechy, związki oraz różnice między tzw. agresywnym, defensywnym stanem konieczności oraz obroną konieczną w nauce niemieckiej dostrzegano już na początku wieku XX⁵⁹. Agresywny stan wyższej konieczności charakteryzuje się tym, że uchylenie niebezpieczeństwa następuje poprzez ingerencję w interesy (dobra) osoby trzeciej, nieodpowiadającej za wywołanie niebezpieczeństwa, nieuczestniczącej w zdarzeniu (źródło niebezpieczeństwa nie znajduje się w jej sferze wolności), natomiast w wypadku defensywnego stanu konieczności ratowanie dobra (interesu) zagrożonego polega na ingerencji w sferę wolności osoby, w której znajduje się źródło niebezpieczeństwa⁶⁰.

⁵⁶ Podobnie traktowano wprowadzenie do kodeksów karnych czynu zabronionego nieudzielenia pomocy. Por. art. 323c niem. StGB i art. 162 pol. k.k. z 1997 r.

⁵⁷ Charakterystyki agresywnego i defensywnego stanu konieczności znajdują się w moich publikacjach. Zob. np. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 307 i n., 321 i n., 449 i n.; tenże, *Okoliczności*, s. 77 i n., 104, 114, 116, 129 i n. W polskim piśmiennictwie karnistycznym rozważania na temat stanów konieczności koncentrują się na agresywnym stanie konieczności, choć sami autorzy go tak nie nazywają i najczęściej nie konfrontują ze stanem defensywnym.

⁵⁸ W ramach monistycznego, „negatywnego” utylitarystycznego ujęcia kontratypów (zasada rozważenia interesów), nastawionego na cel minimalizacji szkody, pochodzenie niebezpieczeństwa jest nieistotne, nie ma więc znaczenia, której sferze wolności można je przypisać. Zob. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 205-206. J. Renzikowski (*Notstand*, s. 246) zauważa, że w Niemczech w czasach nieograniczonego niemal panowania teorii rozważenia interesów (lata sześćdziesiąte XX w.) w nauce niemal w ogóle nie dyskutowano na temat systematycznych związków między agresywnym i defensywnym stanem konieczności.

⁵⁹ Zob. np. A. Löffler, *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr*, ZStW 1901, Bd. 21, s. 537 i n.; A. Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905 Halle a.S., s. 129 i n. „Odkrycie” ogólnego defensywnego stanu konieczności przypisuje się autorce niemieckiej Ortrun Lampe, *Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand*, NJW 1968, s. 88 i n. Zob. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 44.

⁶⁰ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 307, przyp. 1372. Na temat tego rozróżnienia zob. m.in. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 24, 43 i n., 181 i n., 191 i n., 243 i n.; V. Erb, § 34. *Rechtfertigende Notstand*, [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 1 §§ 1-37 StGB* (red. B. v. Heintschel-Heinegg), 2 Aufl., München 2011, s. 1566 i n.; J. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin-New York 1988, s. 68 i n.; F. Zieschang, *Der recht-*

Strukturalnie defensywny stan konieczności zbliżony jest do obrony koniecznej, jeżeli chodzi o źródło zagrożenia i kierunek zachowania obronnego⁶¹, z tą różnicą, że w obronie koniecznej źródłem zagrożenia jest bezprawny zamach sprawcy⁶². Regulacja agresywnego stanu konieczności, jak się wydaje, wzorowana na § 904 BGB,⁶³ znalazła się w art. 142 polskiego k.c.⁶⁴. Natomiast cywilnoprawny defensywny stan konieczności określa § 228 BGB,⁶⁵ jego odpowiednikiem był art. 140 k.z. z 1933 r.⁶⁶, obecnie jest nim art. 424 k.c.⁶⁷. Przepis o agresywnym stanie wyższej konieczności zwolennicy utilitaryzmu porównywali do instytucji wyłączenia za odszkodowaniem⁶⁸. Właściciel rzeczy (znoszący naruszenie) poniekąd „kredytował” własną stratą obce dobro ze względu na grożące temu dobru bezpośrednio niebezpieczeństwo⁶⁹, tak więc ostatecznie obowiązek znoszenia naruszenia własności (brak uprawnienia obrony koniecznej oraz wyłączenie *actio*

fertigende und der entschuldigende Notstand, JA 2007, s. 680 i n.; M. Pawlik, *Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte*, GA 2003, s. 16 i n.; H. J. Rudolphi, *Okoliczności usprawiedliwiające w prawie karnym*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały polsko-niemieckiego sympozjum prawa karnego. Karpacz, maj 1990*, Wrocław 1990, s. 92; H.J. Hirsch, *Nowe uregulowanie stanu wyższej konieczności w zachodnoniemieckim prawie karnym*, AUMCS Lublin-Polonia, 1985/1986, vol. XXXII/XXXIII, 5, sectio G, s. 91 i n.

⁶¹ S. Śliwiński (*Polskie prawo karne*, s. 166 i n.) nazwał sytuację art. 140 k.z. z 1933 r. (obroną konieczną przeciw rzeczy lub zwierzęciu. Na ten temat zob. rozważania w końcowej części niniejszego opracowania. Zob. również Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 324, przyp. 1450.

⁶² W starszej nauce przyjmowano często możliwość działania w obronie koniecznej w stosunku do niebezpiecznego zwierzęcia. Zob. np. R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 112: (...) *ist Notwehr auch gegenüber Tieren zulässig*. Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 421, przyp. 1888. Zob. także rozważania w końcowej części niniejszego opracowania.

⁶³ Jednak z wyraźnymi, nie dającymi się uzasadnić odmiennościami. Na ten temat zob. niżej.

⁶⁴ Brzmienie przepisu zob. wyżej przyp. 3.

⁶⁵ § 228 BGB: *Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet*.

⁶⁶ Art. 140 k.z.: „Kto zniszczył lub uszkodził cudzą rzecz, albo zabił lub zranił cudze zwierzę, w celu odwrócenia od siebie lub od innych niebezpieczeństwa, grożącego bezpośrednio od tej rzeczy lub zwierzęcia, ten nie odpowiada za szkodę, jeżeli niebezpieczeństwa sam nie wywołał, a czyn wyrządzający szkodę był konieczny”.

⁶⁷ Brzmienie przepisu zob. wyżej przyp. 3. Również i ten przepis przez klauzulę proporcjonalności został inaczej ujęty niż art. 140 k.z. i § 228 niemieckiego BGB. Krytycznie na ten temat zob. niżej.

⁶⁸ Zob. R. Haas, *Notwehr*, s. 209; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 453, przyp. 2043.

⁶⁹ M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 9.

negatoria) rekompensowano mu ustawowo przewidzianą możliwością żądania naprawienia wynikłej stąd szkody (§ 904 zd. 2 BGB, art. 142 § 1 zd. 2 k.c.). Dochodzenie jednak tego roszczenia przez właściciela rzeczy obciążone jest wieloma trudnościami, a jego uzyskanie niepewne. W pojedynczych przypadkach będzie on musiał znosić stratę dobra również w sytuacjach, w których od razu jest niemal pewne, że odszkodowania się nie uzyska⁷⁰.

Takie instytucje jak prawo agresywnego stanu konieczności czy ogólny obowiązek pomocy, którego niewypełnienie zagrożone jest karą (np. art. 162 k.k., § 323 c StGB), nie dadzą się uzasadnić na gruncie indywidualistycznego liberalizmu. To, że dobro mniej wartościowe poświęcane jest w celu ratowania dobra wartości nawet oczywiście wyższej (np. rzecz poświęcana dla ratowania zdrowia), nie stanowi wystarczającego uzasadnienia z punktu widzenia osoby zobowiązanej do rezygnacji z tego dobra⁷¹. W liberalno-indywidualistycznym systemie wartości taki obowiązek może mieć charakter co najwyżej normy moralnej. Trudno sobie nawet wyobrazić, jakie konsekwencje przyniosłaby taka utylitarystyczna zasada przyjęta w formie „ważenia” dóbr osobistych. Jest ona trudna do zaakceptowania już wtedy, gdy w celu ratowania życia („obcej”) osoby konieczna byłaby, np. (przymusowa) transfuzja krwi, o przeszczepie nie wspominając. Nawet współczesna doktryna pozostająca pod wpływem teorii przeważającego interesu nie akceptuje na ogół ważenia „żyć ludzkich”, zarówno w aspekcie ich jakości, długości trwania itd., jak i w aspekcie kwantytatywnym⁷². W każdym razie trzeba pamiętać, że obecnie obowiązujący art. 26

⁷⁰ R. Haas, *Notwehr*, s. 206; M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 9. Postulowano więc niekiedy, by odszkodowanie to było gwarantowane przez państwo. Na ten temat M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 10, 123, przyp. 238; R. Haas, *Notwehr*, s. 211 i n.

⁷¹ R. Haas, *Notwehr*, s. 207.

⁷² Nieco inaczej w doktrynie i orzecznictwie anglosaskim, które wprawdzie odrzucają rozważenie według kryterium jakości życia, natomiast akceptują niekiedy rozważenie według kryterium „ilościowego”. Na ten temat A. Archangelskij, *Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges*, Berlin 2005, s. 31-32. Nic zatem dziwnego, że nauka prawa w USA gotowa jest dopuścić legalizację zestrzelenia samolotu porwanego wraz z pasażerami przez terrorystów, którzy zamierzają zaatakować na ziemi cele, w wyniku czego zginąć może większa liczba osób. Niemiecki BVerG w wyroku z 15 lutego 2006 r. uznał § 14 ust. 3 ustawy o bezpieczeństwie żeglugi powietrznej za niezgodny m.in. z art. 2 ust. 2 zd. 1 (prawo do życia) oraz art. 1 ust. 1 (nienaruszalność godności człowieka) Ustawy zasadniczej RFN (możliwość zestrzelenia samolotu i spowodowanie śmierci niewinnych pasażerów oraz członków załogi stanowi niedopuszczalną agresywną ingerencję, depersonalizuje pasażerów i załogę). Również polski TK w wyroku z 30 września 2008 r. orzekł, że art. 122a ustawy – Prawo lotnicze jest niezgodny z art. 2 (zasada demokratycznego państwa prawnego), art. 30 (nienaruszalność godności człowieka), art. 38 (prawo do życia) w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Szerzej na ten temat Z. Z. Jędrzejewski, *Okoliczności*, s. 118-119. W literaturze niemieckiej zob. m.in. A. Archangelskij, *Das Problem*, 11 i n.

§ 1 k.k. z 1997 r.⁷³, jeżeli przypiszemy mu funkcję legalizacji czynu w całym porządku prawnym (tzw. jednolite ujęcie bezprawności), z czysto formalnego punktu widzenia obejmuje swoim zakresem sytuacje poświęcania zdrowia (nawet w postaci tzw. ciężkiego uszkodzenia ciała) osoby, która nie jest źródłem niebezpieczeństwa, dla ratowania życia innej osoby (wystarczy tu jakakolwiek przewaga dobra ratowanego). Nie może też zadowalać, że ewentualnie przepis ten w znacznym zakresie można uznać za niekonstytucyjny. Podstawy takiego rozwiązania konstruowano bardzo dawno temu pod wpływem utylitaryzmu niemieckiego, w każdym razie autorzy projektu k.k. z 1997 r. nie uwzględnili wprost – w przeciwieństwie do ustawodawcy niemieckiego – wartości konstytucyjnych, w tym, w szczególności, zasady nienaruszalności godności osoby ludzkiej (art. 30 Konstytucji RP, art. 1 ust. 1 Ustawy zasadniczej RFN).⁷⁴

III. W relacji do wielu innych kontratypów („wtórna” legalność) ocena społeczna zachowania w obronie koniecznej wypada niewątpliwie dodatnio, co może skłaniać nawet do przyjęcia jego „pierwotnej” legalności (brak przekroczenia normy sankcjonowanej). W systemie wartości indywidualistyczno-liberalnych obrona konieczna własnych dóbr przed zamachami bardzo często traktowana jest jako podstawowe, naturalne uprawnienie każdego człowieka⁷⁵, w każdym razie jest ona nierozłącznie związana z przyznaną członkom społeczeństwa sferą praw podmiotowych⁷⁶. Dla I. Kanta „jedynym, pierwotnym prawem przysługującym każdemu człowiekowi z racji jego człowieczeństwa, jest wolność (niezależność od przymuszającej woli kogoś innego), o ile może ona zgodnie z powszechną normą współistnieć z wolnością każdego innego”⁷⁷. „Prawe [lub słuszne] jest każde działanie, jeżeli może ono współistnieć z wolnością każdego [innego] zgodnie z pewną ogólną normą lub jeśli stosownie do jego maksymy wolność woli każdego [człowieka] może współistnieć z wolnością każdego [innego] zgodnie z pewną ogólną normą. Jeżeli zatem moje działanie, czy też w ogóle mój stan może współistnieć z wolnością każdego [innego] zgodnie z pewną ogólną normą, wówczas ktoś, kto mi w nim przeszkadza,

⁷³ Brzmienie tego przepisu zob. przyp. 2.

⁷⁴ Art. 1 ust. 1 Ustawy zasadniczej RFN: *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Macht.* Art. 30 Konstytucji RP: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

⁷⁵ Zob. trafna konstatacja W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, s. 348. Tak już wielu jurystów rzymskich. Zob. E. Loska, *Zagadnienie obrony koniecznej w rzymskim prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 91 i n.; R. Haas, *Notwehr*, s. 35 i n.

⁷⁶ Zob. na ten temat np. A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 12.

⁷⁷ I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa* (przekł. W. Galewicz), Kęty 2006, s. 50.

postępuje wobec mnie bezprawnie; bowiem ta przeszkoda, ten opór nie może współistnieć z wolnością zgodnie z powszechnymi normami”⁷⁸. Dalej I. Kant wywodzi: „Stawianie oporu czynnikom przeszkadzającym w jakimś działaniu jest wspomaganie tego działania i zgadza się z nim. Otóż wszystko, co nieprawe, przeszkadza wolności w granicach ogólnych norm. Przymus jest zaś przeszkodą lub oporem stawianym wolności. A w konsekwencji: jeżeli pewien użytek z [własnej] wolności sam stoi na przeszkodzie w granicach powszechnych norm (tzn. jest czymś nieprawym), wówczas przymus, który mu się przeciwstawia, jako przeszkodzenie przeszkodzie w wolności, jest czymś zgodnym z wolnością w granicach powszechnych norm (tzn. czymś prawym). Tak zatem z prawem na mocy zasady sprzeczności wiąże się równocześnie uprawnienie do stosowania przymusu wobec kogoś, kto narusza to prawo”⁷⁹. Królewiecki filozof wiązał więc jednoznacznie prawo z uprawnieniem do stosowania przymusu⁸⁰. „Prawo i uprawnienie do [stosowania] przymusu oznaczają zatem jedno i to samo”⁸¹. Jest to wyraz starej prawnonaturalnej zasady, zgodnie z którą z przyznaniem jakiegoś prawa związane jest jednocześnie również uprawnienie do jego realizacji⁸². Trafny jest zatem wniosek R. Haasa, że dla Kanta – chociaż on sam tego wyraźnie nie wypowiedział – usprawiedliwienie zachowania obronnego wynika z posiadania każdorazowo zagrożonego prawa⁸³. Obrona prawa jest wykonywaniem tego prawa, czy też po prostu elementem tego prawa⁸⁴, prawo podmiotowe (*subjektives Recht*) i obrona konieczna pozostają w takim związku, że nie da się pomyśleć o istnieniu tego prawa bez związanego z nim uprawnienia obronnego (*Notwehrbefugnis*)⁸⁵. Prawo obrony koniecznej

⁷⁸ *Tamże*, s. 42.

⁷⁹ *Tamże*, s. 43-44.

⁸⁰ Zob. również I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, s. 44, tytuł § E we *Wstępie do nauki prawa*: „Prawo w ścisłym sensie można przedstawić także jako możliwość powszechnego wzajemnego przymusu dającego się pogodzić z wolnością, jaka przysługuje każdemu w granicach powszechnych norm”.

⁸¹ I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, s. 45. Na ten temat zob. R. Haas, *Notwehr*, s. 95-99; J. Renzikowski, *Notstand*, s. 81; zob. również M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York 1997, s. 20-21.

⁸² Zob. R. Haas, *Notwehr*, s. 96-97.

⁸³ *Tamże*, s. 97.

⁸⁴ *Tamże*, s. 97: *Es ist dieses Recht selbst, welches in der Notwehr ausgeübt wird*; zob. także J. Hruschka, *Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre*, ZStW 2003, Bd. 115, s. 203, 208, 217; tenże, *Rechtsstaat, Freiheitsrecht und das „Recht auf Achtung von seinen Nebenmenschen“*, JRE 1993, Bd. 1, s. 200.

⁸⁵ J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 217. Prawo podmiotowe nie da się pomyśleć również bez związanego z nim obowiązku obrony koniecznej. I. Kant przyjął bowiem nie tylko prawo obrony koniecznej (*Notwehrbefugnis* – uprawnienie), ale również obowiązek podjęcia obrony koniecznej (*Notwehrpflicht*). Szerzej J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 202, 208 i n., 217.

nazwał Kant „prawem najświętszym”⁸⁶. Nie ma natomiast prawa (twardej) konieczności (*ius necessitatis*). „To domniemane prawo ma być uprawnieniem do tego, aby w razie niebezpieczeństwa utraty mojego własnego życia odebrać życie komuś innemu, kto nie robi mi nic złego. Jest oczywiste, że w tym uprawnieniu nauka prawa musiałaby zaprzeczać samej sobie; nie chodzi tutaj bowiem o przypadek, gdy ktoś niesprawiedliwie nastaje na moje życie, czemu ja zapobiegam pozbawiając napastnika jego życia (*ius inculpatae tutelae*), w którym to zalecenie umiaru (*moderamen*) należy nawet nie do prawa, lecz tylko do etyki; chodzi tu raczej o dozwoloną przemoc w stosunku do kogoś, kto sam nie dopuścił się wobec mnie żadnej przemoc. Jest jasne, że to twierdzenie należy rozumieć nie w sposób obiektywny, zgodnie z tym, co przepisuje ustawa, lecz tylko w sposób subiektywny, w jaki wydawany jest wyrok przed sądem. Nie może bowiem istnieć żadne prawo karne, które skazywałoby na śmierć kogoś, kto w morskiej katastrofie, znajdując się w takim samym śmiertelnym niebezpieczeństwie jak inny rozbitek, dla ocalenia własnego życia spycha tego drugiego z deski, na której on się ratuje. Bo przecież kara, która na mocy prawa mogłaby grozić temu pierwszemu, nie byłaby większa od kary utraty życia. Otóż taka norma prawa karnego wcale nie odnosiłaby zamierzonego skutku; groźba zła, które jest jeszcze niepewne (śmierć na skutek sądowego wyroku), nie zdoła bowiem przemoc obawy przed złem pewnym (utonięciem). Tak więc akt ratowania samego siebie przy użyciu przemocy względem kogoś innego nie powinien być bynajmniej oceniany jako niekarygodny (*inculpabile*), lecz tylko jako niekaralny (*impunibile*). I ta subiektywna niekaralność wskutek osobliwego pomieszania pojęć uchodzi wśród prawników za niekaralność obiektywną (zgodność z prawem). Dewiza prawa twardej konieczności brzmi: »Konieczność nie zna nakazu« (*necessitas non habet legem*); lecz przecież nie ma takiej konieczności, która czyniłaby zgodnym z prawem coś, co jest nieprawe”⁸⁷.

⁸⁶ I. Kant, *Reflexionen zur Moralphilosophie (zu Initia philosophiae practicae primae acromatice von Alexander Gottlieb Baumgarten, Reflexion 7195, [w:] Kant's gesammelte Schriften, herausg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Band XIX, Dritte Abteilung. Handschriftlicher Nachlaß, Band VI, Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1934, s. 269: Die Notwehr ist der einzige Casus necessitatis gegen den Beleidiger. Obrigkeiten, welche die Selbstvertheidigung mit größer Beschädigung des andern verbieten, müssen wissen, daß sie dem Menschen sein heiligstes Recht nehmen, um dasselbe zu verwalten und als depositairs desselben bricht ab. Na ten temat M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 19; J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 221.*

⁸⁷ I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, s. 47-48. Ostatnie zdanie w języku niemieckim (I. Kant, *Metaphysik der Sitten, Herausgegeben und erläutert von J. H. Kirchmann, Leipzig 1870, s. 38): Der Sinnspruch des Nothrechts heisst: »Noth hat kein Gebot (...);« und gleichwohl kann es keine Noth geben, welche was unrecht ist, gesetzmässig machte. Na temat stanowiska*

I. Kant odrzuca więc możliwość legalizacji tzw. agresywnego stanu konieczności w wypadku kolizji takich dóbr jak ludzkie życie (dobra równej wartości)⁸⁸. Zupełnie odmiennie traktuje za to obronę konieczną. Pomijając szczegółowe problemy terminologiczne, nauka prawa karnego kantowskie rozróżnienie *inculpabile* (*unsträflich*) – *impunibile* (*unstrafbar*) na ogół wyklada w taki sposób, że w pierwszym przypadku chodzi o czyn legalny, w drugim zaś o bezprawny, choć niekaralny⁸⁹. Tak więc obrona konieczna to *ius inculpatae tutelae*, którą niemieccy dogmatycy tłumaczą dosłownie na język niemiecki jako *Recht der rechten Notwehr*⁹⁰. Podkreśla się nawet, że w *Metafizyce moralności* (*Metaphysik der Sitten*) Kanta obrona konieczna zajmuje miejsce centralne⁹¹, że nauka o obronie koniecznej jest częścią jego teorii państwa z „koniecznym, nienagannym wewnętrznym ustrojem państwa, opartym na czystych zasadach prawnych”⁹², a takie państwo współcześnie

Kanta co do obrony koniecznej i agresywnego stanu konieczności zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 452 i n., 476; tenże, *Okoliczności*, s. 108.

⁸⁸ Rozważania Kanta mogły przy tym służyć także niektórym zwolennikom teorii zróżnicowania w tym sensie, że w sytuacji agresywnego stanu konieczności przy równości dóbr (życia ludzkiego) zachodziłoby wyłączenie winy sprawcy. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 475-476.

⁸⁹ Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 476 i n. Przy okazji analizy stanu konieczności warto zwrócić uwagę na te zdania Kanta, które sugerują prewencyjny charakter zagrożenia karnego. Kant wiązany jest przecież bardzo często z teorią odpłaty. *Ius talionis* u Kanta dotyczy wymiaru kary, a nie jej usprawiedliwienia. Zob. J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 202, 218-219, 219, przyp. 73.

⁹⁰ Zob. J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 201. Według Kodeksu Justyniana 8.4.1 (cyt. za E. Loska, *Zagadnienie obrony*, s. 102): (Imp. Diocletianus et Maximianus AA Theodoro): *Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet* (tłumaczenie drugiej części zdania w języku niemieckim: *Die einem Menschen zugefügte Gewalt darf durch maßvolle rechte Notwehr abgewendet werden*). Zob. J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 201, przyp. 3. Autor ten podaje, że przekład *inculpata tutela* jako *rechte Notwehr* pochodzi z publikacji H. G. Heumann, E. Seckel, *HandLexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Jena 1926, s. 258. *Inculpatae tutelae moderatione* – d.b. *durch rechte, über die Grenzen der Verteidigung nicht hinausgehende Notwehr*. *Inculpatus* to tyle co: „nienaganny”, „poprawny”, „wolny od winy”; zob. *Słownik łacińsko-polski* (red. M. Plezia), Warszawa 1998, T. III, s. 104; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2006, s. 468; *tutela* tłumaczona jest na niemiecki jako *Schutz, Sicherung* (J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 201, przyp. 3), w języku polskim znaczy: „opieka”, „zabezpieczenie”, „obrona”, „ochrona”; zob. *Słownik łacińsko-polski* (red. M. Plezia), Warszawa 1999, T. V, s. 468; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2006, s. 962.

⁹¹ J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 201, 217.

⁹² Zob. I. Kant, *Do wiecznego pokoju*, [w:] *Rozprawy z filozofii historii*, (przeł. Translatorium filozofii niemieckiej Instytutu Filozofii Uniwersytetu Mikołaja Kopernika pod kier. M. Żelaznego; T. Kupś, D. Pakalski, A. Grzeliński, M. Żelazny), Kęty 2005, s. 196.

określamy jako „państwo prawa” (*Rechtsstaat*)⁹³. Charakterystyczne jest stanowisko I. Kanta odnośnie do prób ograniczania czy nawet likwidacji w niektórych sytuacjach prawa obrony koniecznej. W cytowanej wyżej Refleksji do *Initia philosophiae practicae primae* A.E. Baumgartena⁹⁴ czytamy m.in., że *Obrigkeiten, welche die Selbstvertheidigung mit größer Beschädigung des andern verbieten, müssen wissen, daß sie dem Menschen sein heiligstes Recht nehmen*⁹⁵. Adresatem tej uwagi są władze, które często skłaniają się do ograniczania obrony. Jeżeli zakazują lub ograniczają one obronę konieczną, to tym samym zostają zniesione lub ograniczone prawa podmiotowe, ponieważ nie mogą one już być skutecznie broniące⁹⁶. W sytuacjach, w których dochodzi do zniesienia (lub substancjalnego ograniczenia) obrony koniecznej, prawo podmiotowe (*subjektives Recht*) staje się pustym, pozbawionym treści słowem. Dlatego właśnie dla Kanta prawo obrony koniecznej jest prawem „najświętszym” człowieka⁹⁷.

W związku z tym pojawia się zawsze pytanie: które z wprowadzanych (wyraźnie ustawowo lub interpretowanych) pod wpływem nurtów utylitarystycznych (ewentualnie socjalizujących czy postulujących uwzględnienie również zasady solidarności międzyludzkiej) ograniczeń obrony koniecznej nie dadzą się zaakceptować w kantowskim modelu współistnienia wolności (praw podmiotowych). Trudno oczywiście nie doceniać we współczesnej myśli polityczno-prawnej znaczenia nurtów może nie tyle utylitarystycznych, co dążących do wkomponowania solidarności międzyludzkiej do systemu wartości prawnych (konstytucyjnych), opartych przede wszystkim na przyrodzonych człowiekowi prawach podmiotowych. Dla konsekwentnych zwolenników indywidualistycznego liberalizmu rozmaite „socjalno-etyczne” ograniczenia obrony koniecznej stanowią niedopuszczalny przykład mieszania moralności i prawa („miarkowanie” obrony koniecznej Kant zaliczał do etyki, a nie do prawa). „Dla skrajnie liberalnego społeczeństwa solidarność wchodzi w rachubę jako zasada moralna; prawo chroni tylko sferę wolności jednostki (Kant), jednak nie jej prawo do ludzkiej solidarności”⁹⁸.

Wolnościowy model, w dużym zakresie oparty na filozofii G. W. F. Hegła i I. Kanta, prezentuje w zwięzłej formie niemiecki karnista M. Pawlik⁹⁹. Zadaniem zorientowanego „wolnościowo” porządku prawnego w pierwszym

⁹³ J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 223.

⁹⁴ Zob. przyp. 86.

⁹⁵ Zob. J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 221.

⁹⁶ *Tamże*, s. 222.

⁹⁷ *Tamże*, s. 222.

⁹⁸ U. Neumann, *Naczelne zasady*, s. 34.

⁹⁹ M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 14-17.

rzędzie jest zagwarantowanie swoim obywatelom swobody „organizowania się” wewnątrz swojej sfery wolności (*Organisationsfreiheit*). Podstawowy karnoprawny obowiązek każdego obywatela polega na tym, by respektować prawny obszar (prawnie gwarantowana wolność organizowania się) innych osób (formułując negatywnie: nikt nie może ingerować w cudzy dla niego obszar prawny¹⁰⁰). Wolność organizowania się i zakaz ingerencji przedstawiają poniekąd dwie strony jednego medalu: wolność organizowania się, która nie jest zabezpieczona generalnym zakazem ingerencji, z teoretyczno-wolnościowego punktu widzenia sama by się zdewaluowała. W takim systemie nie istnieją inne, dalej idące prawne obowiązki obywatela względem innych; w szczególności nie dotyczą go sytuacje konieczności, w które popadły inne podmioty; każdy musi sam nieść ciężar tych sytuacji¹⁰¹. Zakaz ingerencji zawiera również zakaz przerzucania ciężaru takich zdarzeń na innych (*Abwälzungsverbot*)¹⁰². Oznacza to, że okoliczność jako taka, że ktoś znajduje się w jakimś ciężkim położeniu (*Notlage*), nie daje mu uprawnienia do ingerencji w prawny obszar wolności innej, nieuczestniczącej w zdarzeniu osoby, by zagrożenie odwrócić (nawet w przypadku zagrożenia życia). Gdyby zaś jednakowoż próbował w ten sposób postąpić, wtedy osobie poddawanej ingerencji wolno jest powstrzymać go nawet przy użyciu siły. Bez gwarancji samookreśloności każdej osoby wewnątrz jej sfery wolności niemożliwe byłoby stabilne przyporządkowanie dóbr prawnych; każdy władałby prawnie przydzielonymi mu dobrami jedynie z zastrzeżeniem, że w konkretnym przypadku jakiś inny ważniejszy interes nie stoi temu na przeszkodzie¹⁰³. Gdyby każdy zasadniczo w każdym czasie mógł determinować przy użyciu przymusu plany życiowe innej osoby, wtedy idea własnego planu życia nie byłaby już przewidywalna. Autonomia jednostki związana jest z pewnymi ograniczeniami zależności od kontekstu sytuacyjnego, funkcją legitymującą prawa podmiotowe jest po

¹⁰⁰ Zob. G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa* (przekł. A. Landman), Warszawa 1969, s. 59: „Konieczność tego prawa ogranicza się z tej samej racji, a mianowicie z racji swej abstrakcyjności, do momentu negatywnego, do tego, by nie naruszać praw osobowości i wszystkiego, co z tego wynika”. Zob. A. Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit*, s. 128: *Es ist ein jeder gehalten, bei der Verwaltung seiner Angelegenheiten darauf acht zu haben, daß nicht anderen durch ihn Gefahren entstehen.*

¹⁰¹ M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 15.

¹⁰² Zob. również R. Haas, *Notwehr*, s. 207, J. Renzikowski, *Notstand*, s.179; Th. Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen 1965, s.111; na ten temat także Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s.454; tenże, *Okoliczności*, s.111-112. Zob. A. Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit*, s.128; *Es ist ein jeder gehalten, einen ihm drohenden Schaden auf sich zu nehmen, und nicht berechtigt, ihn auf einen unbeteiligten Dritten abzuwälzen.*

¹⁰³ M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 16.

trzeba uwolnienia jednostki od zmiennych moralnych wymagań¹⁰⁴. W takim systemie nie ma miejsca dla instytucji agresywnego stanu konieczności, za to uprawnione jest założenie, że niebezpieczeństwa płynące z pewnej sfery wolności, grożące dobrom znajdującym się w sferze wolności innej osoby, mogą być przez tę osobę, o ile sama tego niebezpieczeństwa nie wywołała, na zasadzie jakby „odbicia” do tej sfery wolności „zwrócone”¹⁰⁵. Legitymowane jest więc nie tylko szerokie prawo obrony koniecznej, ale przede wszystkim ogólne prawo defensywnego stanu konieczności. Prawo naruszenia dobra posiadacza, z którego sfery pochodzi niebezpieczeństwo, nie jest przy tym związane z proporcją dóbr czy interesów¹⁰⁶. Przed wielu już laty stwierdzał więc trafnie A. Graf zu Dohna, że szkoda wyrządzona dobru, które było źródłem zagrożenia, może być nawet zdecydowanie wyższa, natomiast nikt nie może być uprawniony do wyrządzenia szkody osobie nie uczestniczącej, której sfera wolności nie stanowi zagrożenia, nawet wtedy gdyby miał ponieść stratę większą niż ewentualna strata tej osoby¹⁰⁷.

IV. Należy przy tym odnotować odwrót części niemieckiej doktryny prawa karnego od jednostronnie pojmowanego utylitaryzmu. Idea praw podmiotowych staje się najwyraźniej przynajmniej istotnym elementem, niekiedy nawet punktem wyjścia rozważań na temat legalizacji czynu. W miejsce kryterium utylitarystycznego, które stanowić może przecież podstawę wagi dobra indywidualnego z punktu ogólnospołecznych, kolektywistycznych korzyści (w ujęciu negatywnego utylitaryzmu jako postulatu minimalizacji szkody), wprowadzana jest współcześnie w różnym zakresie zasada solidarności międzyludzkiej. Przypomnieć należy więc przy tym hasło francuskiej

¹⁰⁴ Tamże, s. 17. M. Pawlik cytuje tu wypowiedzi innych autorów niemieckich: W. Kymlicka, *Politische Philosophie heute. Eine Einführung*, Frankfurt 1997, s. 245; R. Merkel, *Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Missverständnisse zu § 34 S. 1 StGB)*, [w:] Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt 1995, s. 176.

¹⁰⁵ R. Haas, *Notwehr*, s. 213.

¹⁰⁶ Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 455.

¹⁰⁷ Zob. A. Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit*, s. 128-129: *Droht mir eine Gefahr von seiten eines anderen, so bin ich diesem gegenüber auch dann zur Abwälzung berechtigt, wenn der mir drohende Schaden kleiner ist, als der jenem durch meine Abwehr erwachsene; denn er hat die meinen Interessen gebührende Achtung verletzt. – Umgekehrt bin ich einem unbeteiligten Dritten gegenüber verpflichtet, den Schaden auf mich zu nehmen, auch wenn er größer sein sollte, als die Einbuße, die jener Dritte durch meine Abwehr erleiden würde; es läge sonst meinerseits eine Mißachtung seiner vor.*

rewolucji *liberté, égalité, fraternité*¹⁰⁸. U. Neumann twierdzi, że wraz z rozwojem państwa w kierunku państwa socjalnego uległy również przesunięciu granice między prawem i moralnością¹⁰⁹. Zasada solidarności międzyludzkiej związana jest ze wzajemnymi relacjami między jednostką a pozostałymi członkami społeczeństwa, charakteryzuje ją „socjalne związanie”¹¹⁰. Każdy członek społeczności nie musi już bojaźliwie zawsze baczyć na to, by nie stwarzać jakiegokolwiek ryzyka dla innych sfer wolności i zawsze sam ponosić skutki wszystkich sytuacji niebezpieczeństwa, w które popadnie, raczej, przez szacunek i pomoc innych, zostanie z niego zdjęty ciężar podejmowania pewnych wysiłków staranności¹¹¹. Zasada solidarności zostaje uznana jako zasada kształtująca „rozdział” wolności obok zasady autonomii jednostki.¹¹² Jedynie w granicach jej dopuszczalnego oddziaływania stosuje się kryteria rozważenia interesów. Z czysto indywidualistyczno-liberalnego punktu widzenia nie da się uzasadnić nie tylko np. agresywnego stanu konieczności czy penalizacji nieudzielenia pomocy (§ 323 niemieckiego StGB; art. 162 polskiego k.k. z 1997 r.), ale również wielu ograniczeń „instytucji” zakorzonych w idei praw podmiotowych (obrona konieczna, defensywny stan konieczności).

Zasada rozważenia interesów nie zostaje więc całkowicie wyrugowana, dopuszczana jest jedynie pod „sztandarem” zasady solidarności. Zmieniają się punkty ciężkości czy też punkty wyjścia oceny legalności. Można spotkać stanowiska, w których ocena wynikająca z rozważenia dóbr jest korygowana następnie przez absolutne wartości systemu państwa prawnego (np. przez zasadę nienaruszalności godności osoby ludzkiej), jak również stanowiska, których punktem wyjścia jest model bazowy, oparty na indywidualistyczno-liberalnych zasadach dystrybucji sfer wolności (często w wersji kantowskiej), uzupełniany aspektami międzyludzkiej

¹⁰⁸ Zob. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 197. Obok zasad (możliwie szerokiej) wolności (*liberté*) i sprawiedliwości rozdzielczej (*égalité*) występuje zasada solidarności (*fraternité*) jako wyraz społecznego usytuowania jednostki.

¹⁰⁹ U. Neumann, *Naczelne zasady*, s. 34 i n. Idea „państwa socjalnego” (*Sozialstaat*) stanowi zasadę niemieckiej Ustawy zasadniczej (Art. 20 ust. 1: *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*). Zob. także J. Herrmann, *Obrona konieczna w prawie RFN*, SP 1987, Nr 3, s. 81-82. Por. art. 2 Konstytucji RP. Na temat stanowiska U. Neumanna zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 458-459. Jak trafnie zauważa J. Renzikowski (*Notstand*, s. 197), zasada państwa socjalnego określa jednak działania organów państwowych, a na jej podstawie (prawa o charakterze socjalnym) obywatelowi przysługuje roszczenie o świadczenia państwa w wąskim (wyjątkowym) zakresie. Zob. np. art. 81 Konstytucji RP.

¹¹⁰ J. Renzikowski, *Notstand*, s. 198.

¹¹¹ *Tamże*, s. 197.

¹¹² *Tamże*, s. 200.

solidarności. U. Neumann wprowadza do rozważań na temat systemu prawa rozwinięte w analitycznej etyce rozróżnienie między deontologicznym i konsekwencyjnym systemem etycznym¹¹³. Jako pozycję konsekwencyjną rozumie on stanowisko, które przy ocenie moralnej czynu orientuje się na jego skutki, natomiast z deontologicznego punktu widzenia moralna jakość czynu oceniana jest jedynie według typu zachowania i jego zgodności z regułą¹¹⁴. Zdaniem tego Autora, stanowisko deontologiczne prowadzi często do kontrintuicyjnych rezultatów. Najsłynniejszy tego przykład znajduje się w tekście I. Kanta o domniemanym prawie kłamstwa z pobudek miłości ludzkiej¹¹⁵. Ktoś postawiony przed wyborem: albo skłamać mordercy, który ścigając naszego przyjaciela, pyta, czy ten nie ukrył się u nas w domu, i tym samym uratować mu życie, albo powiedzieć prawdę i w ten sposób wydać ofiarę, musi według I. Kanta zdecydować się na rzecz prawdy. Zakaz czynów określonego rodzaju („kłamstwo”) przyjmowany jest bezwarunkowo, nie istnieją od niego żadne wyjątki zorientowane na skutki konkretnych zachowań. U. Neumann próbuje uzasadnić, że porządek prawny musi być kombinowany w sposób kompleksowy z elementów deontologicznych i konsekwencyjnych¹¹⁶. Prawo karne okazuje się być w swojej materii zakazów zasadniczo systemem deontologicznym (typy czynów zabronionych)¹¹⁷. Gdyby jednak miało to być ostatnie słowo porządku prawnego, nie do uniknięcia byłyby wnioski, które Kant wysnuł przy rozważaniu przykładu prawa do kłamstwa. Według Autora, nowoczesne porządki prawne mogą uniknąć takich rezultatów, jeżeli zamortyzują rygorystyczną deontologiczną zasadniczą strukturę systemu prawnego przez wbudowanie konsekwencyjnej korektury¹¹⁸. Centralną pozycję zajmują tu przepisy o wyłączającym bezprawność stanie konieczności, które rozstrzygnięcie o bezprawności czynu uzależniają wyraźnie od skutków, które ten czyn powoduje w konkretnym wypadku.

¹¹³ U. Neumann, *Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral*, JRE 1994, Bd. 2, s. 81 i n.; tenże, *Naczelne zasady*, s. 32-33; zob. J. Hruschka, *Strafrecht*, s. 112 i n.

¹¹⁴ U. Neumann, *Die Moral des Rechts*, s. 82 i n.

¹¹⁵ Zob. I. Kant, *O domniemanym prawie do kłamstwa z pobudek miłości ludzkiej*, [w:] *Rozprawy z filozofii historii* (przekł. Translatorium filozofii niemieckiej Instytutu Filozofii Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika pod. kier. M. Żelaznego: T. Kupś, D. Pakalski, A. Grzeliński, M. Żelazny), Kęty 2005, s. 204 i n.

¹¹⁶ U. Neumann, *Die Moral des Rechts*, s. 84.

¹¹⁷ *Tamże*, s. 85.

¹¹⁸ *Tamże*.

Najlepszym przykładem jest obowiązujący § 34 niemieckiego StGB¹¹⁹, na podstawie którego dokonywana jest ocena legalności czynu z punktu widzenia całego porządku prawnego (tzw. jednolite ujęcie bezprawności; *rechtfertigender Notstand*). Natomiast czyn podjęty w warunkach § 35 StGB ustawodawca niemiecki uznał za wolny jedynie od winy (*entschuldigender Notstand*), pozostaje on więc czynem bezprawnym z punktu widzenia całego porządku prawnego¹²⁰. Przyjęto więc ustawowo tzw. teorię zróżnicowania stanów konieczności na te, które legalizują czyn w całym porządku prawnym, oraz znoszące jedynie zawinienie sprawcy (*Differenzierungstheorie*)¹²¹. Według U. Neumanna, zachowanie, ocenione jako „bezprawne” na podstawie – reguł części szczególnej¹²², w przypadku pozytywnego bilansu interesów w ramach § 34 zd. 1 zostanie uznane jako legalne¹²³. Przepis ten w swojej istocie jest regulacją konsekwencyjną. Ponieważ wymaga ona jedynie rozważenia skutków

¹¹⁹ § 34 *Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.*

¹²⁰ § 35 StGB: (1) *Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs.1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte.* (2) *Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs.1 zu mildern.*

¹²¹ W nauce niemieckiej przyjęcie teorii zróżnicowania uważane jest często za doniosłe osiągnięcie dogmatyki. Zob. np. U. Neumann, *Naczelne zasady*, s. 30-31; Th. Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 8-9; W. Küper, *Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen: Sachgerecht und notwendig? Überlegungen am Beispiel von „Notstand“, „Pflichtenkollision“ und „Handeln auf dienstliche Weisung“, [w:] Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, herausg. von A. Eser, G.P. Fletcher, *Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., herausg. von A. Eser*, Freiburg i. Br. 1987, Bd. I 1987, s. 321 i n. Na temat §§ 34 i 35 oraz obszerne wskazówki bibliograficzne zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 443 i n.; H. J. Hirsch, *Nowe uregulowanie*, s. 89 i n.

¹²² Czyn zrealizował znamiona typu czynu zabronionego. Wypowiedź U. Neumanna wymaga tu pewnej korekty: czyn sprawcy musi zrealizować również znamiona podmiotowe czynu zabronionego, a przepisy, z których dekoduje się znamiona typu, znajdować się mogą także w części ogólnej kodeksu karnego. Uwaga ta dotyczy również np. znamion form współdziałania i form stadialnych.

¹²³ U. Neumann, *Die Moral des Rechts*, s. 86.

podjęcia lub zaniechania konkretnego czynu, należy ją rozumieć jako regulację utylitarystyczną zorientowaną na czyn sprawcy (*aktutilitaristisch*). Wraz z wprowadzeniem § 34 zd. 1 StGB został rozwiązany problem niewystarczającej elastyczności porządku prawnego, ale ponieważ ma on charakter klauzuli generalnej, niesie ze sobą jednocześnie niebezpieczeństwo zmiany struktury prawa karnego: z zorientowanego na normę na system nakazów i zakazów zorientowanych skutkowo¹²⁴. Temu niebezpieczeństwu mają zapobiec dwie korektury o charakterze deontologicznym: wymaganie, by chroniony interes „istotnie” (*wesentlich*) przeważał nad interesem poświęcanym, oraz tzw. klauzula odpowiedniości (*Angemessenheitsklausel*) określona w § 34 zd. 2 (*Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden*)¹²⁵. Znaczenie tej klauzuli jest w nauce niemieckiej przedmiotem kontrowersji¹²⁶. Przeważa jednak stanowisko, że najwyższe wartości i zasady przewodnie społeczeństwa i porządku prawnego (godność człowieka, personalna autonomia jednostki, zasady państwa prawnego) powinny być uwzględniane dopiero w ramach zdania 2 § 34 StGB, a więc niejako regulacja ta ma charakter metanormy¹²⁷. Część nauki niemieckiej, która najwyraźniej skłania się nadal ku utylitaryzmowi, prezentuje pogląd, że „odpowiedniość” czynu jako środka do uchylenia niebezpieczeństwa rozstrzygana jest już w ramach rozważenia okoliczności (interesów) w oparciu o zdanie 1 § 34 StGB, zatem klauzula odpowiedniości z § 34 zd. 2 jest zakresowo pusta¹²⁸. Zdaniem U. Neumanna,

¹²⁴ *Tamże*, s. 86 i n.

¹²⁵ *Tamże*, s. 88-89.

¹²⁶ Szerzej na temat wykładni tej klauzuli C. Roxin, *Strafrecht*, s. 767 i n.; J. Renzikowski, *Notstand*, s. 34 i n., 60 i n., 247 i n. (zob. wskazana tam literatura); M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 245 i n. (zob. wskazana tam literatura); w literaturze polskiej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 314 i n., 459, przyp. 2076, 464, przyp. 2090; tenże, *Okoliczności*, s. 112-113.

¹²⁷ M. Pawlik (*Der rechtfertigende Notstand*, s. 140 i n.) w ramach regulacji § 34 zd. 1 StGB postuluje uwzględnianie jedynie tych elementów wartościowania, które orientowane są na dobra prawne (wartość kolidujących dóbr, rozmiar grożącego im niebezpieczeństwa, rozmiar konkretnie grożących naruszeń dobra prawnego, szansa uratowania), w ramach § 34 zd. 2 uwzględniać należy „autonomię” osoby poddanej ingerencji, „zawinienie” sytuacji konieczności przez zagrożonego i szczególnie obowiązek służbowy jednego z uczestników konfliktu. Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Okoliczności*, s. 113.

¹²⁸ Na ten temat M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, s. 245 i n. (zob. wskazana tam literatura); J. Renzikowski, *Notstand*, s. 34 i n., 60 i n. (zob. wskazana tam literatura); C. Roxin, *Strafrecht*, s. 767 i n. Pojęcie „interes” jest wtedy wykładane bardzo szeroko i obejmuje każdą wartość prawną, nie tylko wyrażającą się w konkretnym dobrze prawnym, ale również w ogólnych zasadach prawnych. Autonomia jednostki poddanej ingerencji ma wprawdzie niezwykle dużą wartość pozytywną, jednak jej naruszenie jest tylko jednym z elementów branych pod uwagę przy rozważeniu kolidujących interesów. Por. stanowisko J. S. Milla, *Utylitaryzm. O wolności* (przekł.: *Utylitaryzm*: M. Ossowska, *O wolności*:

przyznanie prawa podmiotowego implikuje gwarancje, że korespondujące z nim interesy nie będą w każdej sytuacji konfliktowej podlegały dowolnemu rozważeniu¹²⁹. Prawne zabezpieczenie interesów nadaje obowiązкови znoszenia cudzej ingerencji charakter aktu solidarności, ale solidarności tej wymagać można jedynie wtedy, gdy chodzi o uratowanie interesu istotnie wyższej (kwalifikowanej) wartości niż interes osoby zobowiązywanej do aktu solidarności. Paragraf 34 zd. 2 StGB może być interpretowany tylko z deontologicznego punktu widzenia. Chodzi tu o konfrontację wyniku rozważenia interesów (§ 34 zd. 1 StGB) z normatywnymi strukturami porządku społecznego i prawnego¹³⁰. Tak więc – według tego Autora – na podstawie zdania 2 § 34 wykluczyć należy usprawiedliwienie (legalizację) czynu, gdy: 1) porządek prawny odsyła dzierżyciela zagrożonego interesu do ujętych jako zupełne (wyczerpujące) określonych środków ochrony takich interesów (np. utworzenie drogi prawnej wobec orzeczeń karnych); 2) dzierżyciel zagrożonego interesu jest osobą szczególnie zobowiązaną do znoszenia takich niebezpieczeństw (np. to, że strażak w niektórych okolicznościach nie może ratować nawet swojego życia kosztem zdrowia innej osoby, nie tłumaczy się na podstawie rezultatu rozważenia dóbr czy interesów, lecz jest to konsekwencja normatywno-relevantnego, prawnego i socjalnego rozdziału ról); 3) naruszenie godności osoby ludzkiej (np. przymusowe pobranie krwi w celu uratowania innej osoby).

V. W ramach monistycznej koncepcji legalizacji, opartej na zasadzie rozważenia kolidujących dóbr, uzasadnienie obrony koniecznej może sprawiać duże trudności. Przepis o obronie koniecznej – w przeciwieństwie regulacji

A. Kurlandzka), Warszawa 2006, s. 56 i n., 71 i n., 80 i n., 86 i n. Według Milla, „sprawiedliwość” (nazwa dla pewnych moralnych postulatów) jest „najważniejszą, najświętszą i najbardziej wiążącą częścią całej moralności”. Zajmuje na skali użyteczności społecznej wyższe miejsce, chociaż mogą zdarzyć się wypadki, gdy jakiś obowiązek społeczny jest tak doniosły, że uchyła którąś z ogólnych zasad sprawiedliwości. Szerzej na ta temat poglądów J.S. Milla Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 456 i n. Współcześnie chyba żaden z utilitarystów wyraźnie nie oświadczył, że „godność osoby ludzkiej”, chociaż ma nadzwyczajną wartość, również podlega rozważeniu. Pojęcie „godności osoby ludzkiej” nie jest jednak jednolicie interpretowane. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Okoliczności*, s. 109 i n. C. Roxin (*Strafrecht*, s. 772) uważa wprawdzie, że klauzula odpowiedniości wprowadza zasadę, iż naruszenie godności człowieka nigdy nie może być odpowiednim środkiem do zachowania (obrony) jakiegoś interesu, jednak nie uzasadnia ona istnienia jakiegś samodzielnej (wyższej) płaszczyzny wartościowania; jest to jedynie wiążąca wskazówka interpretowania zdania 1 § 34, która zakazuje jakiegokolwiek relatywizacji godności człowieka. Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Okoliczności*, s. 113.

¹²⁹ U. Neumann, *Die Moral des Rechts*, s. 87, 89; tenże, *Naczelne zasady*, s. 34.

¹³⁰ U. Neumann, *Die Moral des Rechts*, s. 87-88.

dotyczącej legalizacji stanu konieczności – nie przewiduje możliwości ważenia dóbr (interesów) w konkretnej sytuacji, niektórzy przedstawiają go jako specyficzny przypadek stanu wyższej konieczności (*Lex specialis*), w którym ustawodawca wiążąco rozstrzygnął istniejącą kolizję. Jakie zatem wartości i dobra po stronie obrony ostatecznie „przeważały”, skoro zasadniczo można naruszyć dobro napastnika o wartości wyższej niż dobro bezpośrednio zagrożone (z jej zakresu wyłączone są jedynie przypadki jaskrawego naruszenia proporcjonalności), a przy tym broniący nie jest związany klauzulą subsydiarności. Uznaje się zatem, że oprócz dobra bezpośrednio zagrożonego bronione jest niejako „dodatkowo” dobro o charakterze już ponadindywidualnym w postaci „porządku prawnego”. Obrona konieczna służy więc także „utwierdzeniu porządku prawnego (*Rechtserhaltungsprinzip*)”¹³¹. Plastycznie wyraża to formuła A.F. Bernera: *Das Recht braucht dem Unrechte nicht zu weichen* („Prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem”) ¹³². Ta teoria podwójnej podstawy obrony koniecznej (*Zwei-Elemente-Theorie*)¹³³ jest licznie reprezentowana w mniej lub bardziej utylitarystycznie zorientowanej nauce niemieckiej¹³⁴. To właśnie interes obrony porządku prawnego jest tym czynnikiem, który upoważnia jednostkę do odpierania zamachu bez uprzedniego uciekania się do innych sposobów uniknięcia go, podobnie uzasadniany jest również brak warunku zachowania proporcji między dobrem zaatakowanym a naruszonym dobrem napastnika¹³⁵. Redukcja lub brak elementu „obrony”, „utwierdzenia” całego porządku prawnego (czy „potwierdzenia” jego obowiązywania) wykorzystywany jest przy uzasadnianiu ograniczania lub nawet wyłączenia uprawnienia obrony koniecznej z tzw. powodów społeczno-etycznych (*sozialistische Notwehrgrenzen*). Zakres tych przypadków jest sporny, wymienia się m.in. zamachy ze strony osób nieponoszących winy (np. niepoczytalnych, nieletnich), pozostających w błędzie (osoby działające bez

¹³¹ Na temat tego pojęcia w doktrynie niemieckiej obszernie J. Renzikowski, *Notstand*, s. 79 i n.

¹³² A. F. Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig 1898, s. 107, 109. W nauce niemieckiej, zdecydowanie dominuje „ponadindywidualistyczna” wykładnia terminu *Rechtserhaltungsprinzip*. Można go jednak rozumieć również indywidualistycznie w nawiązaniu np. do I. Kanta: państwo, które gwarantuje prawa obywateli, popada w sprzeczność, gdy dopuszcza do sytuacji, w której prawa te nie mogą być realizowane wobec napastnika. Zob. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 80-81. Każde prawo implikuje uprawnienie do stosowania przymusu. Zob. wyżej przyp. 81.

¹³³ Na ten temat m.in. J. Herrmann, *Obrona*, s. 79; J. Renzikowski, *Notstand*, s. 76 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 461 i n., 465 i n.

¹³⁴ Szczegółowa literatura zob. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 76, przyp. 4; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 462, przyp. 2084.

¹³⁵ J. Herrmann, *Obrona*, s. 79 i n.

zamiaru), zamachy bagatelne, prowokację zamachu, stosowanie obrony przy istnieniu bliskich więzi osobistych¹³⁶. Tradycyjne, ściśle liberalne zasady ulegają tu częściowemu zastąpieniu przez kryteria natury społeczno-etycznej¹³⁷. Równoznaczne jest to z rezygnacją w pewnym zakresie z ochrony dóbr prawnych¹³⁸.

Utylitarystyczne uzasadnienie obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności dominuje nadal w nauce polskiej. W. Wolter prezentował teorię zróżnicowania stanów konieczności (rozróżnienie na stan konieczności wyłączający bezprawność oraz wyłączający winę¹³⁹), opartą na wyraźnie utylitarystycznym ujęciu kontratypu¹⁴⁰. Na utylitarystycznych pozycjach

¹³⁶ Na ten temat m.in. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 31, 108 i n., 301 i n.; J. Herrmann, *Obrona*, s. 81 i n.

¹³⁷ J. Herrmann, *Obrona*, s. 81.

¹³⁸ Następuje to najczęściej przez wprowadzanie do uprawnień obrony koniecznej nowych elementów, np. wymogu zawinięcia zamachu (także np. klauzuli subsydiarności), albo bez wprowadzania korekt do znamion obrony koniecznej postuluje się analogiczne stosowania kryteriów defensywnego stanu konieczności z § 228 BGB do sytuacji zagrożenia ze strony osób. Elementem przepisu § 32 niemieckiego StGB (obrona konieczna), do którego w takich wypadkach również często odwołuje się nauka niemiecka, jest znamię *geboten* (*Wer eine Tat begeht die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig*). Ta pojemna klauzula generalna podatna jest na interpretację uwzględniającą oceny etyczno-społeczne. Rzeczą ciekawą jest, że jest ona wykorzystywana również do uzasadnienia wyłączenia obrony koniecznej w wypadku naruszenia godności osoby ludzkiej przez funkcjonariuszy publicznych stosujących przemoc lub jej groźbę (stosowanie tortur lub inne okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie). Godność osoby ludzkiej nie podlega bowiem „ważeniu” (jest „nienaruszalna”), jej naruszenie nie może zostać usprawiedliwione żadną sytuacją kontratypową, w tym obroną konieczną i stanem wyższej konieczności. Innym spornym zagadnieniem jest problem możliwości powołania się funkcjonariuszy państwowych (np. policjantów) na działanie w obronie koniecznej lub stan konieczności. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Czy zakaz stosowania „tortur” ma charakter absolutny?*, s. 139 i n. Zob. wyżej przyp. 44.

¹³⁹ Podstawę stanowi tu teoria normatywna winy: „niezarzucalność w razie anormalnej sytuacji motywacyjnej, której wyrazem jest wyższa konieczność”. Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 181-182. Dotyczy to przypadków, gdy poświęcone zostaje dobro wyższej, ale nie oczywiście wyższej wartości lub zachodzi kolizja dóbr równej wartości (np. życia). Za teorią zróżnicowania na gruncie art. 22 k.k. z 1932 r. (wyłączenie bezprawności – ratowanie dobra większej wartości; wyłączenie winy w pozostałych wypadkach A. Gubiński, *Wyłączenie*, s. 36. Zob. również m.in. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982, s. 116; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 261, 264, 353-354. Na ten temat A. Wąsek, *Stany konieczności w części ogólnej projektu kodeksu karnego z 1991 roku*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 104-105.

¹⁴⁰ Zob. W. Wolter, *Nauka*, s. 177-183; s. 180: „W tym konflikcie nie może być mowy o tym, aby ta preferencja interesu wyższej wartości była w niezgodzie z zasadniczym celem prawa, które chroni interesy, była czynem społecznie szkodliwym, a tym samym bezprawnym. Wobec tego trzeba uznać, że tego rodzaju akcja na rzecz dobra wyższej wartości w zała-

„okopali się” W. Wróbel i A. Zoll. W podręczniku tych Autorów zdecydowanie forsowana jest koncepcja „obrazu przewodniego” czynu zabronionego (niem. *Leitbildtatbestand*)¹⁴¹ oraz reprezentowane stanowisko, że podstawą wszystkich kontratypów jest kolizja dóbr, konieczność poświęcenia dobra prawnego dla ratowania innego dobra prawnego oraz społeczna opłacalność poświęcenia tego a nie innego dobra¹⁴². Opowiadając się za teorią zróżnicowania, stwierdzają, że różnica między tymi dwoma rodzajami stanu wyższej konieczności, tj. wyłączającym bezprawność oraz znoszącym zawinienie, sprowadza się do proporcji wartości dobra ratowanego do dobra poświęconego¹⁴³. W wypadku kontratypu musi wystąpić społeczna opłacalność poświęcenia określonego dobra, a więc dobro poświęcone musi mieć niższą wartość od dobra ratowanego. Zdaniem Autorów, „skoro sytuacja wymaga poświęcenia przynajmniej jednego z kolidujących dóbr, co oznacza społeczną stratę, to usprawiedliwione będzie poświęcenie tego dobra, które ma mniejszą wartość społeczną w stosunku do kolidującego z nim dobra lub sumy wartości kolidujących z nim dóbr”¹⁴⁴. Odnajdziemy również wypowiedzi wyraźnie nawiązujące do uzasadnienia obrony koniecznej charakterystycznego dla teorii „dwuelementowej”: „W sytuacji obrony koniecznej odpierający zamach broni nie tylko dobra prawnego bezpośrednio zaatakowanego przez napastnika, ale także broni spokoju i porządku publicznego przed jego zakłóceniem bezprawnym zamachem oraz broni swojej wolności od zmuszania do określonego zachowania”¹⁴⁵. Według W. Wróbla i A. Zolla, „w bezprawnym zamachu tkwi bowiem zawsze dodatkowa ujemna wartość związana z naruszeniem porządku prawnego i odpierający zamach występuje, siłą rzeczy, w obronie

twieniu kolizji stanowi kontratyp (...)”. Charakterystyczna jest inna jego uwaga co do znaczenia ważenia życia ludzkiego w aspekcie kwantytatywnym i jakościowym (*Nauka*, s. 182-183): „Nadta przewagą ilościową trudno przejść do porządku dziennego. Różnice czysto indywidualne przy dobrach materialnie nieocennych (życie wielkiego artysty – życie starego człowieka) nie odgrywają roli, chociaż niekiedy trudno się z tym pogodzić”. Zob. także A. Gubiński, *Wyłączenie*, s. 35: „Doktryna socjalistyczna, w ślad za głównym nurtem teorii proporcji dóbr reprezentuje pogląd, iż poświęcenie mniejszego dobra w tym celu, aby uratować większe, jest *per saldo* korzystne dla interesu społecznego. Społeczeństwo bowiem ponosi w takim przypadku najmniejszy możliwy uszczerbek”.

¹⁴¹ Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, s. 341: „Zabójstwo dokonane w obronie koniecznej jest z punktu widzenia ochrony życia człowieka takim samym zabójstwem jak dokonane bez sytuacji obrony koniecznej”.

¹⁴² W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, s. 342-343.

¹⁴³ *Tamże*, s. 362. Tak więc art. 26 § 1 k.k. wyłącza bezprawność, a art. 26 § 2 k.k. wyłącza winę; zob. też *Tamże*, s. 402-404.

¹⁴⁴ *Tamże*, s. 343. Autorzy zdają się nawet uwzględnić w bilansie zysków i strat godność osoby ludzkiej. Zob. *tamże*, s. 367.

¹⁴⁵ *Tamże*, s. 342.

tego porządku¹⁴⁶. Ma to usprawiedliwić możliwość poświęcenia dobra napastnika o dużo wyższej wartości niż dobro bronione, za wyjątkiem rażącej dysproporcji tych dóbr. Cytowani Autorzy odrzucają również samoistność obrony koniecznej¹⁴⁷, a A. Zoll w uznał, że samobójstwo jest czynem bezprawnym i dopuszczalna jest obrona konieczna z tego powodu, iż dzierżyciel dobra nie ma prawa swobodnie dysponować swoim życiem, ponieważ stanowi ono wartość społeczną¹⁴⁸.

Można postawić tezę, że współczesna polska doktryna prawa karnego nadal przywiązana jest do utylitarystycznego uzasadniania podstaw legalizacji czynów w sytuacjach obrony koniecznej, defensywnego czy agresywnego stanu konieczności. Art. 26 pol. k.k. jest natomiast regulacją przestarzałą, opartą na schematycznym, uproszczonym utylitarystycznym¹⁴⁹. W przeciwieństwie do § 34 niemieckiego StGB nie ma ona w praktyce orzeczniczej większego znaczenia. W literaturze brak jest pogłębionych na ten temat analiz. Wprawdzie nauka polska, najwyraźniej pod wpływem doktryny niemieckiej, opowiada się niemal jednolicie za teorią zróżnicowania stanów konieczności, niemniej jednak na ogół jest to wariant utylitarystyczny, oparty o prostą przewagę wartości zagrożonego dobra nad dobrem poświęcanym. Dlatego też – według tego stanowiska – art. 26 § 1 k.k. ustanawia warunki wyłączenia bezprawności czynu (jak się wydaje, cytowani wyżej Autorzy przyjmują legalizację czynu w całym porządku prawnym), a art. 26 § 2 warunki wyłączenia winy (normatywna teoria winy). Tymczasem struktura tych przepisów, w tym np. ujęcie klauzul proporcjonalności, nie daje żadnych rzeczowych argumentów przemawiających za tym, by tak niewiele różniącym się od siebie sytuacjom przypisywać tak odmienne skutki wyłączenia przestępności czynu¹⁵⁰. Wystarczy porównać art. 26 § 2 pol. k.k. z § 35 niem. StGB. W regulacji niemieckiej nawiązuje się wyraźnie do szczególnej sytuacji motywacyjnej sprawcy, który odwraca

¹⁴⁶ *Tamże*, s. 358.

¹⁴⁷ *Tamże*, s. 356-357: „Wydaje się, że stanowisko przyjmujące samoistność w sposób nieuzasadniony uznaje prawo do obrony koniecznej, gdy jest racjonalna możliwość uniknięcia zamachu. Jeżeli taka sytuacja występuje, to brak jest kolizji dóbr uniemożliwiającej zachowanie obu kolidujących ze sobą dóbr”. Autorzy przyjmują względną samoistność (względna subsydiarność) obrony koniecznej.

¹⁴⁸ Zob. A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Ćwiąkowski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz, t. II, Komentarz do art. 117-277 k.k.*, Zakamycze 2006, s. 290-291.

¹⁴⁹ A. Wąsek, [w:] *Kodeks karny*, s. 361; tenże, *Sporne kwestie stanu wyższej konieczności w prawie karnym*, PPK 1992, Nr 7, s. 26; tenże, *Stany konieczności*, s. 105 i n.; zob. Z. Jędrzejewski, *Okoliczności*, s. 104-105; tenże, *Bezprawność*, s. 460.

¹⁵⁰ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 391.

od siebie lub osób bliskich niebezpieczeństwo grożące życiu, zdrowiu lub wolności¹⁵¹. Występująca tu presumpcja zniesienia zawinienia sprawcy ma mocne uzasadnienie w określonych tam znamionach (odwracanie niebezpieczeństwa od siebie albo od osób bliskich). W żadnym wypadku nie da się tego powiedzieć o stylizacji art. 26 § 2 k.k. Brak w nim ograniczenia zakresu dóbr ratowanych do dóbr własnych lub osób bliskich. Oparcie zaś teorii zróżnicowania na prostej przewadze wartości dobra ratowanego przy agresywnym stanie konieczności z pewnością nie da się uzasadnić, gdy naruszone zostaje dobro osobiste, bowiem w tym przypadku prawie zawsze będziemy mieli do czynienia z niedopuszczalną sytuacją instrumentalizacji osoby ludzkiej (naruszenia jej godności). Z indywidualistyczno-liberalnego punktu widzenia, nawet gdy np. poświęcone zostaje dobro majątkowe niższej wartości na rzecz ratowania innego dobra majątkowego, w myśl zasady, że każdy musi znosić niebezpieczeństwa w swojej sferze i nie przerzucać ich na inne sfery wolności (*casum sentit dominus*) nie ma żadnych podstaw usprawiedliwienia takiej „uzurpacji” cudzej sfery wolności. Jeżeli zaś porządek prawny realizuje również elementy zasady solidarności międzyludzkiej, to czyni to w stopniu ograniczonym, a wymogiem musi tu być istotna, kwalifikowana przewaga dobra ratowanego (zazwyczaj ratowanie ważnych dóbr osobistych kosztem dóbr majątkowych; ewentualnie ratowanie dóbr majątkowych bardzo dużej wartości kosztem innych, daleko mniej wartościowych dóbr majątkowych).

Z drugiej strony, pamiętać trzeba, że pewne klauzule czy ograniczenia nie tylko obrony koniecznej, ale również tzw. defensywnego stanu konieczności, a już tym bardziej sama instytucja tzw. agresywnego stanu konieczności czy odpowiedzialność karna za nieudzielenie pomocy, muszą być traktowane jako sytuacje wyjątkowego „przełamania” zasady równości rozdziału gwarantowanych prawnie sfer wolności (autonomii) człowieka. Na korzyść jednej sfery prawnej wolności zostaje nałożony na inną osobę obowiązek znoszenia, co równoznaczne jest z ograniczeniem sfery wolności (ograniczeniem zasady autonomii) tej osoby¹⁵². Tak więc nie tylko § 904 BGB (agresywny stan konieczności), § 34 StGB (stan wyższej konieczności prawa karnego¹⁵³) czy

¹⁵¹ Brzmienie tego przepisu zob. wyżej przyp. 120.

¹⁵² J. Renzikowski, *Notstand*, s. 195.

¹⁵³ Większość doktryny niemieckiej uznaje, że § 34 StGB służy do oceny legalności czynu zarówno w przypadkach agresywnego, jak i defensywnego stanu konieczności, nieobjętego zakresem cywilnoprawnego § 228 BGB. Reprezentowane jest także stanowisko, że § 34 StGB dotyczy jedynie przypadków stanu agresywnego, postuluje się więc przyjęcie tzw. ogólnego defensywnego stanu konieczności (poza zakresem § 228 BGB), z odwrotną do agresywnego stanu klauzulą proporcjonalności, do którego należy *per analogiam* stosować kryteria sformułowane w § 228 BGB. Tak np. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 243 i n.

§ 323c StGB (czyń zabroniony nieudzielenia pomocy) stanowią instytucje przełamujące sferę autonomii podmiotów. Ograniczenia zasady samookreśloności podmiotu (zasady autonomii) zawierają również § 228 BGB (defensywny stan konieczności) i art. 32 StGB (obrona konieczna – w szczególności tzw. ograniczenia socjalno-etyczne). W modelu wyjściowym (bazowym), opartym na pierwotnym założeniu wzajemnego rozgraniczenia równych sfer wolności (zasada autonomii jednostki), nie ma miejsca na rozważanie czy przeliczanie interesów¹⁵⁴. Zdaniem J. Renzikowskiego, w modelu solidarnościowym sfery prawne przedstawiają się w stosunku do siebie jak przecinające się kręgi¹⁵⁵. Ochrona interesów w obszarach przecięcia jest wykonywana za pomocą rozważania interesów i dlatego jest relatywna. Istnieje obawa, że przy uznaniu zasady solidarności podział na równe sfery autonomii człowieka straciłby swoje znaczenie¹⁵⁶. Przyjęcie pewnych elementów solidarnościowych wydaje się jednak konieczne. Można więc założyć, że „wolnościowy” model bazowy, poniekąd strukturalnie określa nieprzekraczalne granice akceptacji pewnych wyjątkowych wątków solidarnościowych, określa więc granice możliwości poświęcania własnych interesów czy znoszenia ingerencji we własny obszar wolności, np. można naruszyć interes wyższej wartości w stanie defensywnym i obronie koniecznej, brak klauzuli subsydiarności w wypadku obrony koniecznej. Natomiast postulat solidarności w przypadku np. agresywnego stanu konieczności wchodzi w rachubę tylko wtedy, gdy korzyść (zysk) po stronie podmiotu uprzywilejowanego jest istotnie wyższa niż obciążenie po stronie podmiotu zobowiązanego do solidarnego zachowania (istotna, kwalifikowana wyższa wartość interesu czy dobra ratowanego), co wynika z gwarancji, że chronione wolności nie zostaną ograniczone czy zniesione jakimkolwiek (dowolnym) utylitarnie uzasadnianym interesem¹⁵⁷.

Zdaniem J. Renzikowskiego, konsekwencje wolnościowego modelu bazowego (zasada autonomii) są następujące: brak obowiązku udzielania pomocy, brak agresywnego stanu konieczności i rozległy zakres defensywnego stanu konieczności¹⁵⁸. Szerokie uprawnienie obrony koniecznej

¹⁵⁴ J. Renzikowski, *Notstand*, s. 195.

¹⁵⁵ *Tamże*, s. 195.

¹⁵⁶ *Tamże*, s. 196.

¹⁵⁷ Zob. U. Neumann, *Naczelne zasady*, s. 35: „Gdybyśmy poprzestali tu na prostej przewadze dobra zagrożonego, nastąpiłoby osłabienie gwarancyjnej funkcji prawa, gdyż fakt przyznania jakiegoś prawa implikuje istnienie gwarancji, że dobra chronione tym prawem nie podlegają niczym nieskrępowanym przeliczeniom“.

¹⁵⁸ J. Renzikowski, *Tamże*, s. 185-188. Zdaniem J. Renzikowskiego, zbliżony do wolnościowego model istniał w prawie niemieckim do 1 stycznia 1900 r. (moment wejścia w życie BGB): brak było jakiegokolwiek regulacji podobnej do § § 904 i 228, § § 52 i 54 StGB

odpowiada ogólnemu uprawnieniu defensywnego stanu konieczności. Obrona konieczna jest dozwolona wobec każdego zamachu zagrażającego prawnej sferze jednostki, bez względu na to, czy pochodzi on od jakiejś istoty (człowieka, zwierzęcia) czy od rzeczy. Bezprawnym jest każdy zamach, którego jego ofiara nie musi znosić (*nicht zu dulden braucht*). Tak rygorystycznej obronie koniecznej (defensywnemu stanowi konieczności) obce jest jakiegokolwiek rozważenie dóbr prawnych (jakakolwiek klauzula proporcjonalności)¹⁵⁹. Możemy wyobrazić sobie zakres obrony koniecznej w porządku prawnokarnym, który chroniłby jedynie „negatywną” wolność¹⁶⁰. Takie prawo obrony koniecznej orientowałoby się wyłącznie na to, by zagrożony prawny obszar wolności jednostki pozostał nienaruszony, tak więc m.in. uprawnienie obrony koniecznej nie musiałoby być uzależniane od istnienia bezprawnego zagrożenia cudzych sfer wolności, a co się tyczy jego zakresu, to byłoby ono limitowane jedynie przez klauzulę konieczności (*Erforderlichkeit*)¹⁶¹, której z pewnością nie należałoby rozumieć jako „subsydiarność”. Dla rozważań dotyczących proporcjonalności nie ma tu miejsca. Według J. Renzikowskiego, to, iż przy nieograniczonym obowiązywaniu zasady autonomii nie istnieje żadna różnica między obroną konieczną i defensywnym stanem konieczności, wynika z tego, że obrona przed zagrożeniami dla dóbr prawnych została ujęta jako reakcja na bezprawie samego skutku (*Erfolgsunrecht*), którego nie musi znosić zagrożony, ponieważ przez zagrożenie pochodzące z innej sfery zakwestionowana zostawałaby równość rozdziału sfer wolności.¹⁶² W obecnym

z 1871 r. (stany konieczności) przez ówczesną doktrynę na ogół nie były traktowane jako sytuacje legalizujące czyn (na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 444-445, przyp. 1998), nie istniał ogólny obowiązek niesienia pomocy (istniał tylko prawnokarny obowiązek udzielenia pomocy na żądanie policji w § 360 ust. 1, Nr 10 StGB z 1871 r.). Stopniowo jednak ten model zniknął. Po wejściu w życie BGB z § § 904 i 228, w roku 1927 Reichsgericht przyjął tzw. pozaustawowy stan konieczności wyłączający bezprawność, oparty na utylitarystycznych kryteriach zasady przeważającego interesu (na ten temat C. Roxin, *Strafrecht*, s. 725; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 29, 116). Definitywny koniec liberalnego modelu nastąpił natomiast w 1935 r. wraz z wprowadzeniem do StGB § 330 c, poprzednika obecnie obowiązującego § 323c StGB (przestępstwo nieudzielenia pomocy). Zob. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 188.

¹⁵⁹ Projekt BGB z 1887 r. regulował defensywny stan konieczności w § 187 bez klauzuli proporcjonalności. Zob. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 186.

¹⁶⁰ Zob. M. Pawlik, *Der rechtfertigende Defensivnotstand*, s. 13-15; również J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 214.

¹⁶¹ M. Pawlik, *Der rechtfertigende Defensivnotstand*, s. 13-14. Zdaniem tego Autora, odpowiada to stanowisku samego Kanta. Szerzej zob. M. Pawlik, *Die Notwehr nach Kant und Hegel*, ZStW 2002, Bd. 114, s. 266 i n.

¹⁶² J. Renzikowski, *Notstand*, s. 243-245.

stanie prawnym jest jednak nieco inaczej¹⁶³. Nauka prawa karnego zaczęła orientować pojęcie bezprawności i znamię konieczności na sam czyn zamachowca. Z zakresu zastosowania przepisu o obronie koniecznej wypadły więc takie przypadki, w których niebezpieczeństwo pochodziło wprawdzie od osoby, ale nie można było przypisać jej czynu, w których „zamachowiec” nie naruszył reguł ostrożnego zachowania, w wypadku działania bez winy, w błędzie. We wszystkich tych sytuacjach albo przyjmowano uprawnienie obrony koniecznej z klauzulą subsydiarności, albo postulowano ich ocenę przez pryzmat reguł defensywnego stanu konieczności¹⁶⁴. Wreszcie w nauce niemieckiej zaczął dominować pogląd, że zachowanie „ostrości” reakcji obronnej w ramach przepisu o prawnokarnej obronie koniecznej (brak subsydiarności, możliwość naruszenia w obronie dobra większej wartości, nawet życia) dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy przypiszemy zamachowcowi winę¹⁶⁵. Stopniowa ewolucja wykładni przepisu o obronie koniecznej orzecznictwa i nauki prawa karnego prowadziła więc w kierunku redukcji jej szerokich granic, np. od obiektywistycznie ujmowanej bezprawności zorientowanej na skutek do warunku zawinienia zamachu. Nauka i orzecznictwo polskie tego stopnia jeszcze nie osiągnęły, na ogół nadal opowiadają się np. za obiektywistyczną, skutkową interpretacją „bezprawności zamachu”, stąd też wiele sytuacji, które w dogmatyce niemieckiej kwalifikuje się jako defensywny stan konieczności, na gruncie polskiego prawa obejmowane są zakresem obrony koniecznej.¹⁶⁶ Ewolucję stanowisk w nauce niemieckiej można w dużej części objaśnić stanem odpowiednich regulacji prawnych. Do 1 stycznia 1900 r. nie istniał § 228 BGB, stąd obronę przed niebezpieczeństwami pochodzącymi od rzeczy obejmować mógł przepis o obronie koniecznej (szerokie defensywne uprawnienie obronne). Wprowadzenie § 228 BGB uzasadniane było koniecznością pojęciowego rozróżnienia między zamachami

¹⁶³ *Tamże*, s. 243; zob. także M. Pawlik, *Der rechtfertigende Defensivnotstand*, s. 14 i n.

¹⁶⁴ Według M. Pawlika (*Der rechtfertigende Defensivnotstand*, s. 14), to, czy obronę przed niezawinionymi zamachami ujmemy jako jeszcze ograniczone prawo obrony koniecznej, czy potraktujemy pod hasłem „defensywny stan konieczności”, jest raczej kwestią terminologiczną. Moim zdaniem, sytuacje te należy oceniać w ramach defensywnego stanu konieczności (z uwzględnieniem klauzuli subsydiarności). Możliwa jest tu także legalizacja np. zabicia człowieka. Przy tradycyjnej ściśle utylitarystycznej interpretacji art. 26 pol. k.k., można przyjąć jedynie zniesienie winy (art. 26 § 2)!

¹⁶⁵ Na ten temat szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 432-441 i n.

¹⁶⁶ W piśmiennictwie polskim nie brakuje jednak rozważań co do „miarkowania” obrony koniecznej np. w przypadku zamachów osób nieponoszących winy. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 439, przyp. 1980.

pochodzącymi od ludzi oraz pochodzącymi od rzeczy¹⁶⁷. Choć § 228 BGB dopuszczał możliwość naruszenia dobra wyższej wartości, to jednak wprowadzono do niego specyficzną klauzulę proporcjonalności: szkoda wyrządzona nie mogła pozostawać *außer Verhältnis* w relacji do zagrożenia. Przepis ten nadal postrzegany był jako specjalny przypadek obrony koniecznej¹⁶⁸. Ponieważ obrona konieczna (§ 53 StGB z 1871 r.)¹⁶⁹ nie zawierała w ogóle klauzuli proporcjonalności (w orzecznictwie i doktrynie dopuszczano nawet rażącą dysproporcję naruszonego dobra napastnika w stosunku do dobra bronionego¹⁷⁰), „starzy” liberałowie, zwolennicy modelu „wolnościowego” skłonni byli traktować np. ataki zwierząt nadal przez pryzmat przepisu o obronie koniecznej. Wtedy jednak § 228 BGB stałby się zbędny.¹⁷¹ W każdym razie wszelkie zamachy pochodzące od ludzi mogły być oceniane przez pryzmat § 53 StGB z 1871 r. Wraz z redukcją zakresu obrony koniecznej do zamachów osób zdolnych do ponoszenia winy, postuluje się analogiczne stosowanie § 228 BGB również do zamachów osób, ale działających bez winy.¹⁷²

Wydaje się jednak, że przyjęcie jako warunku powstania sytuacji uprawniającej do stosowania „ostrego” uprawnienia obrony koniecznej bezprawnego zamachu osoby zdolnej do zawinienia objaśnić można w ramach, a przynajmniej zgodnie z „duchem” filozofii modelu bazowego. Z „bezprawno-zawinionym” zamachem wiąże się szczególnie negatywnie oceniana jego cecha: jest on nie tylko (świadomym) zakwestionowaniem obowiązywania tego porządku, ale przede wszystkim wyrazem nieposzanowania innego podmiotu, członka wspólnoty prawnej. Można powiedzieć, że stanowi on najbardziej przykładową sytuację naruszenia godności osoby przez jej instrumentalizację dla osiągnięcia własnego egoistycznego celu takiego zamachowca: poszerzenia swojej, czy też lepiej, uzurpacji cudzej sfery wolności. Jest to czyn niezgodny z kantowskim imperatywem kategorycznym. Inne zamachy (np. ze strony osób nieponoszących winy) takiej kwalifikacji nie wykazują. Wskazówki ku temu znajdziemy u samego I. Kanta: „Wyraźniej

¹⁶⁷ Zob. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 186-187.

¹⁶⁸ *Tamże*, s. 186.

¹⁶⁹ Należy pamiętać, że w ówczesnej nauce niemieckiej dominował zdecydowanie pogląd o jednolitym dla całego porządku prawnego pojęciu bezprawności.

¹⁷⁰ Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Artykuł 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji o Ochronie Prawa Człowieka i Podstawowych Wolności a obrona konieczna (art. 25 k.k.)*, [w:] *Europeizacja prawa polskiego – wybrane aspekty* (red. B.T. Bienkowska, D. Szafranski), Warszawa 2007, s. 47-48.

¹⁷¹ J. Renzikowski, *Notstand*, s. 186.

¹⁷² *Tamże*, s. 186.

uwodatnia się to pogwałcenie zasady innych ludzi, gdy przytoczymy przykłady targnięcia się na cudzą wolność i własność. Albowiem widzimy wtedy jasno, że ten, kto narusza prawa innych ludzi, jest skłonny posługiwać się innymi tylko jako środkiem, nie uwzględniając tego, że jako istoty rozumne należy ich cenić zawsze zarazem jako cele, tj. tylko jako takich, którzy ze względu na ten sam czyn muszą także móc zawierać w sobie cel”¹⁷³.

Czyny podejmowane w obronie koniecznej albo w defensywnym stanie konieczności, jako nienaruszające obcej sfery wolności, należy uznać za legalnie „pierwotne”, a nie za kontratypy. Stanowią one wykonywanie swojego prawa podmiotowego, nie naruszają zatem norm sankcjonowanych chroniących wartości w obcych sferach. Osoby działające w ich granicach nie uzurpują sobie cudzych prawnie chronionych obszarów wolności. Zachowania podjęte w granicach obrony koniecznej oraz defensywnego stanu konieczności nie stanowią naruszenia obowiązku prawnego. Charakteru tych sytuacji nie zmieniają ustawowe, doktrynalne lub orzecznicze ograniczenia ich „wolnościowego” modelu bazowego, uzasadniane najczęściej potrzebą solidarności międzyludzkiej (np. socjalno-etyczne ograniczenia obrony koniecznej, przyjęcie klauzuli subsydiarności czy proporcjonalności przy defensywnym stanie konieczności). Stanowią one elementy współczesnego porządku prawnego, limitują zatem zakres „pierwotnej” legalizacji. Trafne jest natomiast stanowisko, że we wszystkich wypadkach, w których zachowanie nie jest („pierwotnie”) legalne z powodu socjalnych czy solidarnościowych ograniczeń „wolnościowego” modelu bazowego (szerokiego prawa obronnego), od broniącego swojej strefy wolności żąda się „specjalnej ofiary” (*Sonderopfer*). Tak rzecz przedstawia się np. w odniesieniu do defensywnego stanu konieczności określonego w § 228 BGB¹⁷⁴, w tej perspektywie należy

¹⁷³ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności* (przekł. M. Wartenberg), Kęty 2001, s. 46-47. Zob. J. Hruschka, *Die Notwehr*, s. 208.: *Angriffe dieser Art bringen den Angegriffenen in die Situation, daß ihm durch die Tat eines anderen »sein Wert als eines Menschen« abgesprochen wird.* I. Kant, *Uzasadnienie*, s. 31: „Wszelkie imperatywy nakazują albo hipotetycznie, albo kategorycznie. W pierwszym wypadku przedstawiają praktyczną konieczność możliwego czynu jako środka prowadzącego do czegoś innego, czego chcemy (albo przynajmniej możemy chcieć). Kategorycznym byłby imperatyw, który przedstawiałby czyn jako sam w sobie, bez względu na inny cel, jako obiektywnie konieczny”; s. 46: „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w twej osobie, jako też w osobie każdego innego używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”; s. 52: „Albowiem wszystko posiada tylko tę wartość, którą wyznacza mu prawo. Samo zaś prawodawstwo, które określa wszelką wartość, musi dlatego posiadać godność, tj. bezwarunkową, nieporównaną wartość, dla której słowo »szacunek« jest jedynym odpowiednim wyrazem oceny, jakiej istota rozumna winna ją poddać. »Autonomia« jest więc podstawą godności natury ludzkiej i każdej istoty rozumnej”.

¹⁷⁴ Tak np. J. Renzikowski, *Notstand*, s. 194-195.

oceniać również uregulowanie art. 424 polskiego k.c. Abstrahując od tego, że § 228 niem. BGB zawiera prawo obronne wobec grożących niebezpieczeństwem rzeczy, przepis ten – zdaniem J. Renzikowskiego – stanowi wyjątek od zasady autonomii jednostki¹⁷⁵. Zasada równości podziału sfer wolności (dóbr) wymaga nieograniczonego defensywnego stanu konieczności, ponieważ ochrona sfery „naruszającej” na niekorzyść sfery „naruszanej” tworzyłaby stan nierówności. Według cytowanego Autora, zasada, że dobra przyporządkowane określonej sferze wolności mogą być prawnie chronione tylko wtedy, gdy nie stanowią zagrożenia dla innych prawnie chronionych dóbr, zostaje przez § 228 przełamana. Dopuszcza on bowiem obronę przed rzeczą, gdy nie prowadzi ona do nieproporcjonalnej szkody (klauzula proporcjonalności), oraz by niebezpieczeństwo pochodzące od rzeczy nie mogło być odwrócone w inny sposób (klauzula subsydiarności)¹⁷⁶. Oznacza to więc, że jeżeli przynajmniej jeden z tych warunków nie został spełniony, obrona rzeczy nie jest usprawiedliwiona, a od dotkniętego zagrożeniem od tej rzeczy wymaga się specjalnego poświęcenia! Dlatego też w nauce niemieckiej postuluje się niekiedy wprowadzenie dla takich sytuacji instytucji odszkodowania, tak jak to ustawodawstwa przewidują często w wypadku agresywnego stanu konieczności (np. § 904 zd. 2 BGB, art. 142 § 1 zd. 2 pol. k.c.). Agresywny stan konieczności w „wolnościowym” modelu bazowym jest w ogóle niedopuszczalny. Jego wprowadzenie do obowiązującego ustawodawstwa motywowane jest wyłącznie elementami solidarności międzyludzkiej. Ze swej istoty w całości stanowi przesunięcie granic sfer wolności i dlatego należy uznać, że czyn podjęty w jego ustawowo określonych granicach – w przeciwieństwie do obrony koniecznej i defensywnego stanu konieczności – przekracza normę sankcjonowaną zakazującą naruszania dobra, realizuje znamiona typu czynu zabronionego, ale jest dozwolony („wtórnie”). Jest zatem klasycznym kontratypem.

Na zakończenie kilka uwag na temat klauzul proporcjonalności zawartych w cywilistycznych uregulowaniach defensywnego (art. 424) i agresywnego (art. 142) stanu konieczności w polskim k.c. z punktu widzenia istoty tych instytucji¹⁷⁷. Art. 424 k.c. często traktuje się jako odpowiednik § 228 BGB, natomiast art. 142 k.c. jako odpowiednik § 904 BGB. W niemieckich uregulowaniach – ze względu na strukturalną różnicę między defensywnym a agresywnym stanem konieczności – klauzule proporcjonalności są

¹⁷⁵ *Tamże*, s. 194.

¹⁷⁶ *Tamże*, s. 195.

¹⁷⁷ Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, s. 322-323, przyp. 1449, s. 324, przyp. 1450, s. 455; tenże, *Okoliczności*, s. 58, przyp. 125, s. 77-78, 114, przyp. 367.

określone poniekąd odwrotnie symetryczne. Przepis § 228 BGB ze swojej istoty (model bazowy) dopuszcza więc sytuację, gdy szkoda wyrządzona w sferze wolności, z której pochodzi niebezpieczeństwo od rzeczy, będzie większa niż szkoda grożąca broniącemu się, byleby tylko szkoda ta nie pozostawała do niebezpieczeństwa *außer Verhältnis* (zachowanie, które uchyla niebezpieczeństwo, nie prowadzi do wyrządzenia nieproporcjonalnie większej szkody)¹⁷⁸. Natomiast wyłączenie bezprawności zachowania podjętego w agresywnym stanie konieczności z § 904 BGB może nastąpić tylko wtedy, gdy grożąca szkoda jest *unverhältnismäßig groß* (nieproporcjonalnie duża) w stosunku do szkody, jaką poniósł właściciel rzeczy¹⁷⁹. Również uregulowanie § 34 StGB zakłada, że chroniony interes powinien „istotnie” przeważać nad interesem naruszonym (*das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt*)¹⁸⁰. Można więc stwierdzić, że z tego punktu widzenia regulacje niemieckie zostały ukształtowane prawidłowo.

Nie da się jednak tego powiedzieć o regulacjach polskiego k.c. Nie sposób zaakceptować zakresu klauzuli proporcjonalności w art. 424 k.c. (defensywny stan wyższej konieczności), bowiem wymaga ona, by ratowane dobro było oczywiście ważniejsze aniżeli dobro naruszone¹⁸¹. Taka klauzula charakterystyczna jest nie dla defensywnego, lecz dla agresywnego stanu konieczności! W tym wypadku trudno jest po prostu stwierdzić, że klauzula proporcjonalności art. 424 k.c. wprowadza wyjątek od zasady autonomii jednostki („wolnościowego” modelu bazowego, który zakłada nieograniczony stan defensywny), że określa obowiązek solidarności broniącego znacznie szerzej niż jego odpowiednik niemiecki. Klauzula proporcjonalności § 228 BGB wprowadza jedynie ograniczenie, aby szkoda wyrządzona nie była nieproporcjonalnie większa od szkody grożącej, nie przekreśla więc zasady, że w stanie defensywnym można wyrządzić szkodę większą niż szkoda grożąca dobrom bronionym. Z punktu widzenia zasady równości rozdziału sfer wolności jednostek (państwa prawnego) art. 424 k.c. stanowi niedopuszczalne ograniczenie sfery wolności jednostki broniącej się przed niebezpieczeństwami pochodzącymi z innych sfer wolności. Jeżeli chodzi o kierunek działania obronnego i zagadnienie proporcjonalności defensywny stan konieczności zbliżony jest (choć nie identyczny) do obrony koniecznej. Za prawidłowo

¹⁷⁸ Brzmienie § 228 BGB zob. wyżej przyp. 65.

¹⁷⁹ Brzmienie § 904 BGB zob. wyżej przyp. 54.

¹⁸⁰ Brzmienie § 34 StGB zob. wyżej przyp. 119. Moim zdaniem trafny jest pogląd, według którego § 34 StGB jest regulacją jedynie stanu agresywnego (nie obejmuje więc swoim zakresem defensywnego stanu konieczności).

¹⁸¹ Brzmienie art. 424 k.c. zob. wyżej przyp. 3.

ukształtowaną regulację należałoby natomiast uznać art. 140 k.z. z 1933 r., który (tak jak przepis o obronie koniecznej) nie zawierał żadnej klauzuli proporcjonalności!¹⁸². W swoim podręczniku prawa karnego S. Śliwiński określał art. 140 k.z. obroną konieczną przeciw rzeczy lub zwierzęciu¹⁸³. Jego zdaniem, przy wykładni pojęć „bezpośrednio” i „konieczności” należało stosować te same zasady, co przy obronie koniecznej (art. 21 k.k. z 1932 r.), stwierdzał m.in., że „zasada proporcjonalnej wartości dóbr (zasada odważania dóbr) nie obowiązuje, można więc poświęcić cenniejszą rzecz (zwierzę) celem obrony rzeczy mniej cennej. Dysproporcja między wartością dobra chronionego a poświęconego mogłaby mieć znaczenie z punktu widzenia nadużycia prawa (art. 135 k.z.) i mogłaby w razie takiego nadużycia uzasadnić bezprawność czynu i jego przestępność (art. 263)”¹⁸⁴.

Podobnie rzecz przedstawia się z regulacją agresywnego stanu konieczności art. 142 k.c., który ogranicza uprawnienia właściciela rzeczy¹⁸⁵. Choć można przyjąć, że dobra osobiste na ogół mają większą wartość niż dobra majątkowe, to wydaje się jednak, że klauzula proporcjonalności powinna być tu ujęta z bardziej zdecydowanym naciskiem na jakościową, kwalifikowaną wyższą szkodę zagrożonego dobra w stosunku do szkody, którą ponosi właściciel rzeczy (tak w § 904 BGB; grożąca szkoda nieproporcjonalnie duża). Zaskakująco natomiast ujęto klauzulę proporcjonalności w § 2 tego przepisu, który nakazuje stosowanie § 1 w razie niebezpieczeństwa grożącego dobrom majątkowym, „chyba że grożąca szkoda jest oczywiście i niewspółmiernie mniejsza aniżeli uszczerbek, który mógłby ponieść właściciel wskutek użycia, uszkodzenia lub zniszczenia rzeczy”. Wynika z tego, że grożąca komuś szkoda majątkowa nie tylko nie musi być np. „istotnie” większa niż szkoda, którą ponosi właściciel, ale może być mniejsza, byleby nie „oczywiście i niewspółmiernie”!

Skróty:

AUMCS – Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska

Bd. – Band

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

BVerG – Bundesverfassungsgericht

¹⁸² Brzmienie art. 140 k.z. zob. wyżej przyp. 66.

¹⁸³ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne*, s. 166-168.

¹⁸⁴ *Tamże*, s. 168. Art. 135 k.z.: „Kto rozmyślnie lub przez niedbalstwo wyrządził drugiemu szkodę, wykonując swoje prawo, obowiązany jest do jej naprawienia, jeżeli wykroczył poza granice, zakreślone przez dobrą wiarę lub przez cel, ze względu na który prawo mu służyło”.

¹⁸⁵ Brzmienie art. 142 k.c. zob. wyżej przyp. 3.

GA – Goltdammer’s Archiv für Strafrecht
JA – Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen
IN – *Ius Novum*
JRE – Jahrbuch für Recht und Ethik (Annual Review of Law und Ethics)
k.c. – kodeksu cywilny
k.k. – kodeks karny
k.z. – kodeks zobowiązań z 1933 r.
NJW – Neue Juristische Wochenschrift
NP – Nowe Prawo
PPK – Przegląd Prawa Karnego
SP – Studia Prawnicze
StGB – Strafgesetzbuch
TK – Trybunał Konstytucyjny
ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Wykaz literatury:

- Alberti v. O., *Gefährdung durch überlegene Gewalt (Notstand)*, Stuttgart 1903.
Archangelskij A., *Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges*, Berlin 2005.
Berner A. F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig 1898.
Bojarski T., *Kodeks cywilny a prawo karne*, NP 1965, nr 12.
Buchala K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
Deutsch E., Ahrens H.-J., *Deliktsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 2002.
Dohna A. Graf zu, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a.S. 1905.
Erb V., § 34. *Rechtfertigende Notstand*, [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Bd. 1 §§ 1-37 StGB (red. Heintschel-Heinegg B. v.), 2 Aufl., München 2011.
Gallas W., *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, [w:] *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München 1979.
Goldschmidt J., *Der Notstand, ein Schuldproblem, Sonderabdruck aus der „Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht“*, Jahrg. 1913, H. 3-4, Wien 1913.
Goldschmidt J., *Normativer Schuld begriff*, [w:] *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, Aalen 1969.
Frank R. v., *Über den Aufbau des Schuld begriffs*, Giessen 1907.
Freudenthal B., *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen 1922.
Gubiński A., *Wylączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961.

- Haas R., *Notwehr und Nothilfe*, Frankfurt am Main-Bern-Las Vegas 1978.
- Hart H.L.A., *Pomiędzy użytecznością a uprawnieniami*, [w:] Hart H.L.A., *Eseje z filozofii prawa* (przekł. Woleński J.), Warszawa 2001.
- Hart H.L.A., *Utylitaryzm i prawa podmiotowe*, [w:] Hart H.L.A., *Eseje z filozofii prawa* (przekł. Woleński J.), Warszawa 2001.
- Hegel G.W.F., *Zasady filozofii prawa* (przekł. Landman A.), Warszawa 1969.
- Hellmann U., *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 1987.
- Herrmann J., *Obrona konieczna w prawie RFN*, SP 1987, Nr 3.
- Hirsch H. J., *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)*, ZStW 1982, Bd. 94.
- Hirsch H.J., *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, [w:] *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio 1985.
- Hirsch H.J., *Nowe uregulowanie stanu wyższej konieczności w zachodnio-niemieckim prawie karnym*, AUMCS Lublin-Polonia, 1985/1986, vol. XXXII/XXXIII, 5, sectio G.
- Hold v. Ferneck A., *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Zweiter Band. Erste Abteilung. Notstand und Notwehr*, Jena 1905.
- Hruschka J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin-New York 1988.
- Hruschka J., *Rechtsstaat, Freiheitsrecht und das „Recht auf Achtung von seinen Nebenmenschen“*, JRE 1993, Bd. 1.
- Hruschka J., *Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre*, ZStW 2003, Bd. 115.
- Jescheck H.-H., *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland im Vergleich mit österreichischen Lehre*, ZStW 1961, Bd. 73.
- Jescheck H.-H., Weigend Th., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000.
- Jędrzejewski Z., *Artykuł 2 ust. 2 lit. a Europejskiej Konwencji o Ochronie Prawa Człowieka i Podstawowych Wolności a obrona konieczna (art. 25 k.k.)*, [w:] *Europeizacja prawa polskiego – wybrane aspekty* (red. Bienkowska B.T., Szafranski D.), Warszawa 2007.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym a zasada jedności porządku prawnego (jednolitego ujęcia bezprawności)*, IN 2008, Nr 1.
- Jędrzejewski Z., *Wina i bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, IN 2008, Nr 4.

- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009.
- Jędrzejewski Z., *Wpływ wyroku karnego na ustalenie bezprawności w procedurze cywilnej a zasada jedności porządku prawnego (jednolitego ujęcia bezprawności)*, [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, część II (red. Bienkowska B.T., Szafranski D.), Warszawa 2009.
- Jędrzejewski Z., *Usytuowanie zamiaru ewentualnego w strukturze przestępstwa*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi* (red. Konarskaj-Wrzosek V., Lachowski J., Wójcikiewicz J., Warszawa 2010.
- Jędrzejewski Z., *Nullum crimen sine lege i kontratypty a zasada jedności porządku prawnego (jednolitej bezprawności)*, IN 2011, Nr 1.
- Jędrzejewski Z., *Czy zakaz stosowania „tortur” ma charakter absolutny?*, [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz* (red. Bojarski M., Brzezińska J., Łucarz K.), Wrocław 2015.
- Jędrzejewski Z., *Kilka uwag na temat relacji między prawem karnym i prawem cywilnym na płaszczyźnie bezprawności czynu*, [w:] *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu* (red. Boratyńska M.), Warszawa 2016.
- Jędrzejewski Z., *Okoliczności wyłączające bezprawność. Zagadnienia ogólne*, [w:] *System Prawa Karnego, t. 4 Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej* (red. Paprzycki L.), Warszawa 2016, wyd. II, poprawione C.H. Beck Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Jędrzejewski Z., *Struktura przestępstwa. § 5 Bezprawność*, [w:] *System Prawa Karnego, t. 3 Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności* (red. Dębski R.), Warszawa 2017, wyd. II, C.H. Beck Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008.
- Kant I., *Metaphysik der Sitten, Herausgegeben und erläutert von J. H. Kirchmann*, Leipzig 1870.
- Kant I., *RefLexionen zur Moralphilosophie (zu Initia philosophiae practicae primae acromamaticae von ALEXANDER GOTTLIEB BAUMGARTEN, RefLEXION 7195*, [w:] *Kant's gesammelte Schriften, herausg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Band XIX, Dritte Abteilung. Handschriftlicher Nachlaß, Band VI, Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie*, Berlin u. Leipzig 1934.
- Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności* (przekł. Wartenberg M.), Kęty 2001.

- Kant I., *Do wiecznego pokoju*, [w:] *Rozprawy z filozofii historii* (przekł. Translatorium filozofii niemieckiej Instytutu Filozofii Uniwersytetu Mikołaja Kopernika pod. kier. M. Żelaznego: Kupś T., Pakalski D., Grzeliński A., Żelazny M.), Kęty 2005.
- Kant I., *O domniemanym prawie do kłamstwa z pobudek miłości ludzkiej*, [w:] *Rozprawy z filozofii historii* (przekł. Translatorium filozofii niemieckiej Instytutu Filozofii Uniwersytetu Mikołaja Kopernika pod. kier. M. Żelaznego: Kupś T., Pakalski D., Grzeliński A., Żelazny M.), Kęty 2005.
- Kant I., *Metafizyczne podstawy nauki prawa* (przekł. Galewicz W.), Kęty 2006.
- Köhler M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York 1997.
- Kratzsch D., § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971.
- Küper W., *Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen: Sachgerecht und notwendig? Überlegungen am Beispiel von „Notstand“, „Pflichtenkollision“ und „Handeln auf dienstliche Weisung“*, [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, herausg. von A. Eser, G. P. Fletcher, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., herausg. von A. Eser, Freiburg i. Br. 1987, Bd. I 1987.
- Nowakowski F., *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, ZStW 1951, Bd.63.
- Lampe O., *Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand*, NJW 1968.
- Lenckner Th., *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen 1965.
- Loska E., *Zagadnienie obrony koniecznej w rzymskim prawie karnym*, Warszawa 2011.
- Löffler A., *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr*, ZStW 1901, Bd. 21.
- Majewski J., *Czy znamię podmiotowe (subiektywne) jest jedną z cech konstytutywnych kontraktypu?*, [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV bielańskiego kolokwium karnistycznego* (red. Majewski J.), Toruń 2008.
- Majewski J., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013.
- Mill J.S., *Utylitaryzm. O wolności* (przekł.: Utylitaryzm: Ossowska M.; O wolności: Kurlandzka A.), Warszawa 2006.
- Neumann U., *Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral*, JRE 1994, Bd. 2.
- Neumann U., *Naczelné zasady stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu i okoliczności wyłączającej winę*, AUMCS Lublin – Polonia, 2002, vol. XLIX, sectio G.
- Pawlik M., *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin-New York 2002.

- Pawlik M., *Die Notwehr nach Kant und Hegel*, ZStW 2002, Bd. 114.
- Pawlik M., *Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte*, GA 2003.
- Pietrzykowski K. (red.), Banaszczyk Z., Brzozowski A., Mojak J., Ogiegło L., Pazdan M., Pietrzykowski K., Popiołek W., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., Szachułowicz J., Zaradkiewicz K., Zawada K., *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹¹*, T. I, Warszawa 2005.
- Radbruch G., *Filozofia prawa* (przekł. Nowak E.), Warszawa 2009.
- Rath J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Berlin-Heidelberg-New York 2002.
- Renzikowski J., *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994.
- Rinck K., *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlin 2000.
- Rohrer G., *Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente*, JA 1986.
- Roxin C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin – New York 1973.
- Roxin C., *Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, ZStW 2004, Bd. 116.
- Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006.
- Rudolphi H. J., *Okoliczności usprawiedliwiające w prawie karnym*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały polsko-niemieckiego sympozjum prawa karnego. Karpacz, maj 1990*, Wrocław 1990.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
- Wąsek A., *Sporne kwestie stanu wyższej konieczności w prawie karnym*, PPK 1992, nr 7.
- Wąsek A., *Stany konieczności w części ogólnej projektu kodeksu karnego z 1991 roku*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993.
- Wąsek A., [w:] Górniok O., Hoc S., Kalitowski M., Przyjemski S.M., Sienkiewicz Z., Szumski J., Tyszkiewicz L., Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, T. I, Gdańsk 2005.
- Welzel H., *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 1938, Bd.58.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014.
- Zieschang F., *Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand*, JA 2007.
- Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982.

Zoll A., [w:] Zoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bogdan G., Ćwiąkański Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Rodzynkiewicz M., Szewczyk M., Wróbel W., Zoll A., *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz, t. II, Komentarz do art.117-277 k.k.*, Zakamycze 2006.