



Adrian Romkowski¹

 <https://orcid.org/0000-0003-1958-8986>

Norma sankcjonowana w prawie karnym. Zarys koncepcji²

Sanctioned Norm in Criminal Law: An Outline of the Concept

1. Wstęp

Zacznę od wyjaśnienia trzech zagadnień, które mogą ułatwić czytelnikowi zrozumienie omawianej przeze mnie problematyki.

Po pierwsze, przyjmuję, że normatywny byt przestępstwa tworzą trzy hierarchicznie uszeregowane normy: norma sankcjonowana wysławiająca wszystkie przesłanki bezprawności, norma sankcjonująca wysławiająca wszystkie elementy winy oraz norma walidacyjna wysławiająca kryteria oceny stopnia społecznej szkodliwości. W tym artykule zajmę się pierwszą z norm składających się na przestępstwo – normą sankcjonowaną.

Po drugie, twierdzę, że normy prawa karnego – a więc także i norma sankcjonowana – nie są w ścisłym sensie normami prawnymi. Postaram się podważyć tę teoretyczną „oczywistość”, że w prawie karnym można mówić tylko o rekonstruowanych za pomocą wykładni przepisów ustawy karnej normach abstrakcyjnych i generalnych, „prawnych”

¹ Adrian Romkowski – mgr, doktorant, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, adwokat / M.A., Ph.D. student, Chair in Criminal Law, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow, attorney. Wkład/Contribution: 100%.

✉ adrian.romkowski@gmail.com

² Publikacja powstała w wyniku realizacji projektu badawczego nr 2019/35/N/HS5/02934, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki w ramach konkursu „PRELUDIUM 18”.

w tym sensie, że ich źródłem jest samo prawo. Nie oznacza to zarazem, że normy karne nie są normami prawnymi; prawo określa ich maksymalny obszar, jednak ostateczny kształt normy zależny jest – co do zasady³ – od kryteriów pozaprawnych. Właściwość tę umownie nazwę swoistością normy prawnej.

Po trzecie – co wynika bezpośrednio z powyższego – uważam, że normy prawnokarne są zawsze normami konkretnymi i indywidualnymi.

W niniejszej pracy postaram się odpowiedzieć na pytania, w jaki sposób zbudowana jest norma sankcjonowana, skąd norma ta wynika, dlaczego nie jest normą prawną w ścisłym sensie, dlaczego wyznacza ona wszystkie przesłanki bezprawności karnej, dlaczego jest normą obiektywną, dlaczego nie jest normą postępowania oraz dlaczego jest normą dla prawa karnego swoistą.

Odpowiedzi na powyższe pytania wiążą się nierozdzielnie z czterema zagadnieniami: dobrem prawnym, przedmiotem ochrony⁴, normami ostrożności oraz zespołem znamion typu czynu zabronionego. Trzy pierwsze zagadnienia, ze względu na ich szczególną relację, omówię łącznie. Zagadnienie czwarte potraktuję odrębnie.

2. Dobro prawne, przedmiot ochrony oraz normy ostrożności

Zagadnieniami, od których chciałbym wyjść, są dobro prawne oraz przedmiot ochrony. Chodzi tu o odpowiedzi na pytania, czym są przedmiot ochrony oraz dobro prawne i jak się one mają do znamion typu czynu zabronionego, w szczególności, czy należą do tych znamion. Poczynię od razu zastrzeżenie dotyczące specyficznej metodyki wywodu: skupię się przede wszystkim na polemice z S. Tarapatą, który jako jedyny w polskim piśmiennictwie podjął się monograficznego opracowania zagadnienia dobra prawnego (utożsamianego przez autora z przedmiotem ochrony)⁵. Przytoczenie zasadniczych zapatrywań S. Tarapaty zogniskuje bowiem doskonale eklektyzm podejścia do przedmiotu ochrony oraz dobra prawnego i u wspomnianego badacza, i u innych znakomitych

³ Wyjątek stanowią tzw. przestępstwa abstrakcyjnego narażenia dobra na naruszenie, w przypadku których prawo stanowi wyłączną podstawę ustalenia treści normy.

⁴ Odróżnienie dobra prawnego od przedmiotu ochrony jest nieprzypadkowe, co rozjaśnię niżej.

⁵ S. Tarapata, *Dobro...* Z tego też powodu poglądom autora poświęcę najwięcej uwagi.

przedstawiciele nauki prawa karnego⁶, co będzie stanowić dobry kontrapunkt dla analiz porządkujących owe zagadnienia.

Szymon Tarapata przyjmuje, że dobro prawne stanowi znamię typu czynu zabronionego⁷, przy czym nie wskazuje wyraźnie, jak postrzega

⁶ Nieprecyzyjność pojęcia dobra prawnego wespół z brakiem zarysowania teoretycznych podstaw jego dekodowania oraz normatywnych funkcji można dostrzec także u piszących szerzej na ten temat D. Gruszeckiej oraz S. Żółtka. Dagmara Gruszecka w dobru prawnym (utożsamianym z przedmiotem ochrony) doszukała się „czynnika uzasadniającego objęcie pewnych zachowań hipotezą przepisu karnego”, dodając przy tym, że: „jedynie sięgnięcie do płaszczyzny metaprawnej może zapewnić zgodne z postulatami sprawiedliwości, proporcjonalności oraz zasadą *nullum crimen sine periculo sociali* karanie wyłącznie tych czynów, które naruszają lub narażają na niebezpieczeństwo pewne uznane społecznie wartości”. Jednocześnie zdefiniowała ona dobro prawne jako „idealną chronioną wartość, wartościowy stan, proces rozwojowy, roszczenie, czy inny fenomen” – D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 49, 52; zob. także D. Gruszecka, *Pojęcie...*, s. 154–155. W tym więc ujęciu dobro prawne byłoby wartością i fenomenem metanormatywnym, wpływającym zarazem na hipotezę przepisu karnego, a zatem swoistą dyrektywą interpretacyjną. Równocześnie autorka zdaje się przychylić do poglądu, że „dobra prawne” to „wartości realne, które mogą być naruszone” i które nie mogą być „jedynie nieuchwytną, duchową i oderwaną wartością, jeżeli chcemy wykorzystywać je jako kryterium podziału przestępstw i wyznaczania pola oraz przedpola kryminalizacji”, ukazując przy tym pewne związki dobra prawnego z przedmiotem czynu, czyli znamieniem – D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 50 i n., 74, 118. Owo „dwójmyślenie” o dobru prawnym, charakterystyczne też dla S. Tarapaty, jest związane z brakiem uporządkowania, czy pojęcie to ma charakter abstrakcyjny, czy konkretny, czy pełni funkcję dyrektywy interpretacyjnej, czy samo podlega interpretacji, czy jest znamieniem, czy też równoległym do znamion warunkiem przestępności. Analogicznie niekoherentne są zapatrywania S. Żółtka, który z jednej strony przyjmuje, że: „w uproszczeniu można zatem stwierdzić, że wykładnia funkcjonalna to w zasadniczej części wykładnia oparta na celu przepisu, tj. *ratio legis*. W prawie karnym *ratio* to ochrona dobra. Wniosek z tego zatem, że wykładnia musi się odbywać w oparciu o chronione dobro”, dodając przy tym, że: „przedmiot ochrony jest niezmiernie istotnym elementem, który zawsze musi być w tym procesie uwzględniony. Dobro prawne jest wszak aksjologiczną podstawą istnienia określonego zakazu uzasadniającego jego trwanie w systemie praw”, pozycjonując dobro prawne jako dyrektywę interpretacyjną o aksjologicznej proveniencji, a z drugiej strony uznaje dobro prawne (jego naruszenie) niekiedy za znamię typu czynu zabronionego – S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 94, 349, 378. Synkretyzm zapatrywań na pojęcie dobra prawnego i trudność w sprecyzowaniu jego funkcji jest obecny w polskiej literaturze karnistycznej nieprzerwanie od kilkudziesięciu lat – zob. R. Dębski, *O normie...*, s. 81. W każdym razie teoretyczny nieład zapatrywań na „dobra prawne” (i „przedmiot ochrony”) w polskiej nauce prawa karnego komasują poglądy S. Tarapaty, toteż skupię się na polemice z tym autorem.

⁷ S. Tarapata, *Dobro...*, *passim*. Na potwierdzenie przytoczę jedną z wielu wypowiedzi autora: „Jednym z założeń niniejszego opracowania jest pogląd, że dobro prawem chronione stanowi znamię typu czynu zabronionego, które zasadniczo jest częścią składową normy sankcjonowanej” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 122. W innym miejscu S. Tarapata stwierdza, że dobro prawne jest „niepisanym znamieniem ustawowym” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 128.

same znamiona (zespół znamion) typu czynu zabronionego. Można to jednak odtworzyć pośrednio z poszczególnych wypowiedzi autora⁸, przyjmując, że rozumie je kanonicznie jako zespół charakterystycznych cech, wspólnych danej klasie zachowań, powtarzalnych i ujętych abstrakcyjnie, tworzących opis typu przestępstwa⁹. W konsekwencji traktuje on dobro prawne jako przedmiot wykładni, czyli pojęcie wyjaśniane w procesie interpretacji¹⁰. Równocześnie Tarapata wskazuje, że: „figura dobra prawnego ma charakter gwarancyjny”¹¹, stanowi „przedmiot

⁸ Po pierwsze, jak wskazałem w przypisie powyższym, S. Tarapata uważa dobro prawne za „ustawowe, acz niepisane, znamię” typu czynu zabronionego. Po drugie, referując zapatrywania nauki niemieckiej oraz polskiej na problem „znamienia typu”, autor przytoczył za R. Dębskim prezentowaną we współczesnej literaturze niemieckiej definicję „ustawowych znamion czynu przestępnego” jako „abstrakcyjnego opisu prawnokarnie relewantnego sposobu zachowania się” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 145, nie prezentując później żadnego innego stanowiska w odniesieniu do tej kwestii. Można więc zakładać, że rozumie on znamiona typu czynu zabronionego właśnie w taki sposób. Z tym wnioskiem konweniuje przedstawiona następnie przezeń definicja „typu czynu zabronionego”: „Przez typ czynu zabronionego należy bowiem rozumieć wzorzec bezprawnego i karalnego zachowania. Termin ten dotyczy więc zespołu tych cech, które decydują zarówno o bezprawności, jak i karalności zachowania sprawcy. Będą się więc składać nań zarówno znamiona zawarte w normie sankcjonowanej, jak i sankcjonującej” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 262.

⁹ Na temat prezentowanych w piśmiennictwie polskim definicji znamion (zespołu znamion) typu czynu zabronionego zob. R. Dębski, *Przestępstwo...*, s. 397 i n. wraz z powołaną tam literaturą. W odniesieniu do problemu zespołu znamion i typizacji w perspektywie teorii kryminalizacji zob. także L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 204–207; C. Kulesza, *Problemy...*, s. 122–125. Warto tu przytoczyć także trafny pogląd I. Andrejewa, że: „ustawowe znamiona przestępstwa” stanowią „zarys typu czynu zabronionego” – I. Andrejew, *Polskie...*, s. 115, przy czym – odróżniając się w tym miejscu od Andrejewa – trzeba wskazać, że mowa tu o tych cechach, które stanowią rezultat interpretacji (normę), a nie jedynie wysłowiony w ustawie przepis – zob. I. Andrejew, *Ustawowe...*, s. 123. Zaakcentuję w tym miejscu, że ze względów gwarancyjnych odrzucam istnienie tzw. znamion pozaustawowych – zob. R. Dębski, *Pozaustawowe...* Za S. Żółtkiem należałoby też rozróżnić: znamię typu (pewną cechę modelową), znamię czynu (cechę rzeczywistego zachowania odzwierciedlającą cechę modelową) oraz znamię przestępstwa (cechę rzeczywistego zachowania, poddaną pełnemu wartościowaniu karnoprawnemu) – zob. S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 50. Sławomir Żółtek słusznie wskazał na nieporządek posługiwania się tymi pojęciami w literaturze karnistycznej i ich zamienne stosowanie.

¹⁰ Zob. przykładowo tytuł podrozdziału 5 rozdziału I: „Dobro prawne w kontekście zasady *nullum crimen sine lege* oraz jego wykładnia” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 122. Przytoczę także następujące twierdzenie badacza: „Przy przyjęciu założenia, że figura dobra prawnego ma charakter gwarancyjny, trzeba rozważyć, jaki wpływ wywierają na nią poszczególne aspekty zasady *nullum crimen sine lege*. Jest to również pytanie o sposób wykładni znamienia przedmiotu ochrony” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 100.

¹¹ S. Tarapata, *Dobro...*, s. 100.

ochrony¹² danego typu przestępstwa oraz że jest „celem ochronnym” normy sankcjonowanej¹³, a wreszcie, że stanowi warunek *sine qua non* wprowadzenia do ustawodawstwa karnego opisu bezprawnego i karalnego zachowania¹⁴. Ponadto definiuje on „dobro prawne” jako „chronioną przez ustawodawcę wartość, rozumianą jako pozytywnie ewaluowany, a więc ceniony przez społeczeństwo stan rzeczy¹⁵”. Zestawmy te twierdzenia – dobro prawne jest jednocześnie:

- 1) znamieniem (niepisanym, ale ustawowym) typu czynu zabronionego, czyli charakterystyczną, wspólną danej klasie zachowań, powtarzalną i ujętą abstrakcyjnie cechą współtworzącą opis typu przestępstwa,
- 2) chronioną przez ustawodawcę wartością, pełniącą funkcję gwarancyjną i stanowiącą przedmiot ochrony typu czynu zabronionego (cel ochronny normy sankcjonowanej),
- 3) warunkiem *sine qua non* ustanowienia danego typu czynu zabronionego.

Nietrudno dostrzec tu pewne nieścisłości. Niemożliwe jest w szczególności pogodzenie twierdzenia pierwszego z drugim i trzecim; zachodzi tu wszak logiczna relacja wykluczania. Pomijając pewną niezręczność sformułowania „dobro prawne jest znamieniem typu” (należałoby raczej powiedzieć, że znamieniem typu jest jakiś rodzaj – naruszającego go lub zagrażającego mu – zamachu, wskutek czego dobro prawne nie jest znamieniem samoistnym, a składową znamienia czynności sprawczej¹⁶), niepodobna twierdzić, że – równoległe do bycia znamieniem –

¹² S. Tarapata, *Dobro..., passim*, przykładowo s. 20, 26, 30.

¹³ S. Tarapata, *Dobro..., passim*, przykładowo s. 267, 326, 612.

¹⁴ S. Tarapata, *Dobro..., s. 65–66*.

¹⁵ S. Tarapata, *Dobro..., s. 90*.

¹⁶ Uwaga ta nie ma li tylko charakteru precyzującego, lecz wiąże się z ważkimi konsekwencjami teoretycznymi i normatywnymi. Jeśli bowiem powiedzieć – tak jak czyni to S. Tarapata – że znamieniem typu jest dobro prawne, to w każdym wypadku, bez względu na to, jak to znamię zostałyby wyłożone (a już w szczególności, gdyby wyłożyć je tak, jak czyni to autor, czyli jako „wartość”), zawsze mielibyśmy do czynienia z pustą normą sankcjonowaną. Skoro znamię typu to charakterystyczna, powtarzalna i ujęta abstrakcyjnie cecha, a więc kryterium kwalifikacji konkretnego zachowania jako czynu zabronionego, to cechą żadnego zachowania nie mogłoby być „dobro prawne”, ponieważ oznaczałoby to niemożność zdekodowania zakresu normowania takiej „normy sankcjonowanej” (tj. czynności sprawczej). Czynnością sprawczą (wedle optyki, że każdy typ czynu zabronionego musi kryminalizować zachowanie „co najmniej” zagrażające dobru prawnemu) mogłaby być wyłącznie określona relacja między zachowaniem a dobrem, polegająca na zagrażaniu mu lub naruszaniu go. Zobrazują tę subtelność: gdyby znać, że znamieniem zabójstwa jest życie człowieka, a znamieniem

jest ono „wartością” stanowiącą „przedmiot ochrony”, pełniącą funkcję gwarancyjną, a nadto warunkiem ustanowienia danego typu czynu zabronionego. Znamieniem, a zatem kryterium kwalifikacji konkretnego zachowania jako wypełniającego opis typu, w żadnym razie nie może być zagrożenie lub naruszenie wartości (przedmiotu ochrony/celu ochronnego). Wartość to bowiem abstrakt, a zagrożenie (naruszenie) można wyłącznie konkretowi, czyli inkorporacji (przejawowi) wartości w konkretnym nośniku. Subtelność ta nie jest jedynie pozbawionym praktycznego znaczenia przekładaniem pojęć z jednej szuflady do drugiej, lecz jest doniosła dla stosowania prawa. Konsekwentne przyjęcie, że znamieniem typu jest zagrożenie lub naruszenie wartości będącej przedmiotem ochrony (celem ochronnym), musiałoby skutkować pustością norm sankcjonowanej i sankcjonującej¹⁷, tożsamością przedmiotu wykładni i jej dyrektywy¹⁸, niemożnością weryfikacji zakresu kryminalizacji pod kątem jego proporcjonalności i pełnienia przez przedmiot ochrony funkcji gwarancyjnej, a wreszcie – teoretyczną zbytecznością idei dobra prawnego-przedmiotu ochrony jako znamienia.

kradzieży – mienie, to niemożliwe byłoby ustalenie ani denotacji „zabijania”, ani „zabierania” (nie da się ustalić, czym jest „zabijanie”, jeżeli cechą zabijania człowieka miałoby być życie człowieka, jak i nie da się ustalić, czym jest „zabieranie”, jeżeli cechą zabierania ma być mienie; w zasadzie nie wiadomo nawet, co dokładnie miałoby to oznaczać). Wobec tego dobro prawne musiałoby pełnić funkcję punktu odniesienia czynności zamachującej, a zatem być nie znamieniem, a elementem znamienia, jakim jest narażenie lub naruszanie dobra. Perspektywę tę zdaje się podzielać również sam S. Tarapata – zob. przykładowo S. Tarapata, *Dobro...*, s. 278, 326–330, toteż moja uwaga nie stanowi zarzutu merytorycznego, a odnosi się wyłącznie do warstwy terminologicznej.

¹⁷ W tym miejscu operuję jeszcze pojęciami normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej tak jak postrzega je S. Tarapata. Kontestując spostrzeżenia autora, muszę bowiem operować instrumentarium teoretycznym przezeń przyjętym. Szymon Tarapata postrzega normy sankcjonowaną oraz sankcjonującą zgodnie z propozycją A. Zolla przedstawioną w znamienitym tekście – A. Zoll, *O normie...*, s. 69–95. Zaznaczę wówczas, że nie podzielał tych zapatrywań.

¹⁸ W innym niż dotychczas cytowane opracowaniu S. Tarapata napisał, że: „Nie można się zgodzić z B. Wróblewskim, że tzw. «przedmiot czynu przestępnego» jest czymś innym niż «przedmiot ochrony». Jakkolwiek pogląd tego autora, że drugie z przytoczonych pojęć odnosi się do tworu rzutującego na interpretację ustawowych znamion, zasługuje na aprobatę, nie sposób przyjęć założenia, iż pierwszy ze wskazanych terminów dotyczy abstrakcyjnej wartości przynależnej do treści zamiaru. Owa abstrakcyjna wartość chroniona przez prawo, czy też – ściślej rzecz ujmując – atak na nią, jest znamieniem niezależnym zarówno od treści samego zamiaru, jak i strony podmiotowej. Nadto należy wskazać, że znamię przedmiotu ochrony przynależy do znamion normy sankcjonowanej, zaś do jej komponentów nie należą co do zasady znamiona podmiotowe” – S. Tarapata, *Kontrowersje...*, s. 128.

Pustość normy sankcjonowanej i sprzężonej z nią normy sankcjonującej to rezultat braku możliwości wyznaczenia czynności sprawczej, która byłaby „zamachem na wartość”: wartości, jako abstraktu niemającego wymiaru konkretnego¹⁹, nie można bowiem żadnym ludzkim postępkiem naruszyć²⁰. Ma to zasadnicze znaczenie praktyczne. Przykładowo mienie – rozumiane jako wartość – jest niemierzalne w pieniądzu, a cecha ta jest konieczną składową tego, by ustalić jakikolwiek zamach na mienie. Istotą takiego zamachu jest bowiem jego „uszczerbkowość”, czyli konkretna wartość szkody wyrządzonej lub grożącej wskutek zachowania sprawcy. Wymiar majątkowy jest zaś przymiotem wyłącznie mienia konkretnego, a uszczerbku w tworze idealnym (wartości) nie sposób wyznaczyć.

Jednocześnie konkretnego mienia nie można przecież uznać za przedmiot ochrony typu czynu zabronionego, warunkujący w dodatku jego ustanowienie. Przedmiotem ochrony typu nie jest konkretne mienie tego czy tamtego człowieka, a mienie „każde”, czyli oderwane od konkretnego wymiaru. Gdyby przyjąć odwrotnie, to należałoby wówczas postawić absurdalne i niemające odpowiedzi pytanie o to, które

¹⁹ Warto powtórzyć za L. Leszczyńskim: „Ujęcie wartości opiera się na założeniach antykognitywizmu. Najistotniejsze są te z nich, które mówią, iż wartości nie istnieją w takim sensie, jak istnieją fakty i przedmioty rzeczywistości materialnej, a oceny czy normy «stwierdzające istnienie» wartości nie mogą podlegać kwalifikacji z punktu widzenia prawdy i fałszu” – L. Leszczyński, *Pojęcie...*, s. 164–165.

²⁰ Sam S. Tarapata wskazał, że pojęcie dobra prawnego stanowi „prawniczy postulatywny model-wzór, nie zaś odwzorowanie” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 92. Nie muszę uzasadniać, że nie istnieją takie zachowanie, które byłoby zdolne do ingerencji w „postulatywny model-wzór”. Słusznie wskazywał cytowany w przypisie wcześniejszym L. Leszczyński, że oceny czy normy „stwierdzające istnienie” wartości nie mogą podlegać kwantyfikacji z punktu widzenia prawdy i fałszu, toteż w kategoriach prawdy i fałszu nie może również podlegać kwantyfikacji twierdzenie, że wartość została naruszona. Definiując pojęcie dobra prawnego, zauważył to także W. Wolter, wskazawszy, że: „przedmiotem ochrony czy dobrem prawnym są realne czy idealne przedmioty, z którymi związane są pewne wartości społeczne (interesy) i które właśnie dlatego znajdują się pod ochroną norm karnych w tym sensie, że bezprawne i zawinione zrealizowanie pewnego stanu faktycznego, który przedstawia się jako naruszenie lub narażenie na niebezpieczeństwo tych przedmiotów, pociąga za sobą karę państwową” – zob. W. Wolter, *Przestępstwo...*, s. 1482–1484; wątpliwość dotyczącą braku możliwości naruszenia wartości wyakcentowała także D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 63–64. W nowszej literaturze słusznie podniósł W. Wróbel, że należy odróżniać „dobro prawne” w znaczeniu idealnym, jako pewien wyobrażony stan rzeczy, którego nie można naruszyć, od konkretnych i realnych nośników dóbr prawnych, takich jak życie, zdrowie czy prawa majątkowe konkretnej osoby – W. Wróbel, *Pojęcie...*, s. 622.

konkretnie (i czyje) mienie stanowi przedmiot ochrony typu czynu zabronionego. Uniknięcie odpowiedzi poprzez wskazanie, że jest to mienie „każde”, cofałoby nas do rozumienia mienia jako abstraktu, a takie nie może być znamieniem typu (sprawca nie zamachuje się na mienie każde, a konkretne). Słuszne były tedy krytykowane przez S. Tarapatę intuicje B. Wróblewskiego²¹, że czym innym jest wartość chroniona przez dany typ czynu zabronionego, czym innym zaś konkretny jej wymiar inkorporowany w nośniku, na który sprawca oddziałuje. Wróć do tej kwestii.

W zakresie tożsamości przedmiotu wykładni i jej dyrektywy starczy napisać, że teoretycznie nie sposób przyjąć, że to samo jest i wyrażeniem objaśnianym (znamieniem typu czynu zabronionego), i narzędziem służącym objaśnieniu („pojęciem rzutującym na interpretację znamion”). Wówczas w ogóle nie dałoby się mówić o wykładni ani w ujęciu dynamicznym (proces wykładni), ani statycznym (rezultat wykładni), bo jednostkę interpretowaną objaśnialibyśmy przez nią samą (*idem per idem*). Pojawiałyby się ponadto następująca osobliwość wykładni znamion typu czynu zabronionego, związana z jej „dwupoziomowością”: najpierw należałoby bowiem zinterpretować znamiona „pisane”, by ustalić znamie „niepisane” (dobro prawne), a następnie zbiór znamion „pisanych” i „niepisanych” wyłożyć raz jeszcze, by uzyskać normę²². Zabieg to tyleż interesujący, co teoretycznie wątpliwy.

²¹ S. Tarapata, *Kontrowersje...*, s. 102, 128.

²² Przytoczę kilka twierdzeń S. Tarapaty, które uwidaczniają to zjawisko: a) „Dobro prawne musi być bowiem możliwe do zdekodowania na podstawie obowiązującej regulacji” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 124; b) „Wydaje się bowiem, iż fakt, że dobro prawne jest niepisany znamieniem typu, nie czyni jeszcze zeń komponentu pozaustawowego. Dany komponent wzorca może mieć charakter ustawowy również wtedy, gdy możliwy jest do zdekodowania właśnie w oparciu o treść ustawy. Taka sytuacja występuje zaś w przypadku dobra prawnego” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 128; c) „Nie bez wpływu dla dobra prawem chronionego pozostaje również reguła *nullum crimen sine lege stricta*. Zasada ta oddziałuje na interpretację przedmiotu ochrony w taki sposób, że stanowi dla tego komponentu wzorca bezprawnego i karalnego zachowania pewną barierę gwarancyjną” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 129; d) „Opierając się na powyższych rozważaniach, można sformułować pewną zasadę wykładniczą, służącą do wyznaczania granic dobra prawnego, od której odstąpić nigdy nie można” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 129; e) „Oznacza to, iż na poziomie dekodowania struktur normatywnych – w oparciu o przepis ustawy – przy interpretacji znamienia dobra prawnego należy uwzględnić zakres znaczeniowy słów będących komponentami tekstu ustawy karnej (a więc gwarancyjnego zespołu znamion), ich relację składniową (syntaktyczną) oraz powiązanie celowościowe pomiędzy danymi wyrażeniami a chronioną przez ustawodawcę abstrakcyjną wartością” – S. Tarapata, *Dobro...*, s. 129–130.

Tożsamość przedmiotu wykładni i jej dyrektywy rzutowałaby również na to, że dobro prawne nie mogłoby służyć ani weryfikacji zakresu kryminalizacji pod kątem jego proporcjonalności, ani też pełnić funkcji gwarancyjnej. Każdy typ czynu zabronionego zawsze doskonale proporcjonalnie chroniłby dobro prawne, bo współtworzyłoby ono jego opis²³. W twierdzeniu tym, pozornie, nie ma niczego niewłaściwego – perspektywa zmienia się jednak, gdy uwzględnić, że „znamienia dobra prawnego” ustawa nie wysławia, a musiałyby ono być „zdekodowane na podstawie obowiązującej regulacji”. Tworzyłoby to poważny problem z wyznaczeniem granic takiego „znamienia”, a przede wszystkim – z wyznaczeniem samego katalogu znamion. Do tego, by wyznaczyć ów katalog, konieczne byłoby ustalenie dóbr chronionych przez dany typ czynu zabronionego, co jest czynnością niełatwą, a przede wszystkim zależną w całości od interpretatora²⁴. W konsekwencji problematyczny byłby nie tylko krąg desygnatów „znamienia dobra prawnego”, ale i postać samych znamion w ogóle.

Pokażę to na przykładzie art. 180a k.k.²⁵ Jedni autorzy twierdzą, że dobrem chronionym przez ten typ jest bezpieczeństwo na drogach publicznych, w strefie zamieszkania oraz w strefach ruchu²⁶, inni – że jest to działalność instytucji samorządu terytorialnego, a ubocznie życie, zdrowie oraz mienie²⁷, jeszcze inni – że to bezpieczeństwo w komunikacji, a dalej szeroko rozumiany porządek publiczny i działalność organów państwa²⁸.

²³ Jeżeli cel ochronny normy byłby jednocześnie znamieniem typu, to brak przestrzeni dla twierdzenia, że znamiona typu są nieproporcjonalne z punktu widzenia celu ochronnego normy.

²⁴ O problemach z „identyfikacją dobra prawnego” oraz jego granicami obszernie pisał zresztą sam S. Tarapata, wskazując zręcznie, że: „Jednym z najistotniejszych elementów wiedzy o dobru prawnym jest kwestia techniki jego dekodowania. Wydaje się, że zagadnienie to stanowi piętę Achillesową zarówno doktryny prawa karnego, jak i orzecznictwa sądowego. Jednakowoż trzeba przyznać, że dotychczas nie podjęto próby szerszego omówienia wspomnianego zagadnienia, co może – z uwagi na ogromną wagę tej problematyki – budzić zdziwienie” – sam S. Tarapata, *Kontrowersje...*, s. 138. Spostrzeżenie to wciąż jest aktualne.

²⁵ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2025, poz. 383, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

²⁶ J. Lachowski, w: *Kodeks...*, s. 986; R.A. Stefański, w: *Kodeks...*, 2025, komentarz do art. 180a k.k., nb. 1; J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks...*, s. 495.

²⁷ G. Bogdan, w: *Kodeks...*, s. 528.

²⁸ M. Budyn-Kulik, w: *Kodeks...*, s. 480; D. Szeleszczuk, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 180a k.k., nb. 6; Z. Gądzik, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 180a k.k., nb. 1; T. Razowski, w: *Kodeks...*, s. 468.

Nie muszę uzasadniać, jak mgliste są desygnty większości tych dóbr i frapująco różnorodny ich zestaw oraz jak swobodnie można w ten sposób „zarządzać” granicami kryminalizacji²⁹. Z tego właśnie względu dobro prawne – postrzegane jako znamię – nie mogłoby być probierzem proporcjonalności typu, bo nie sposób weryfikować proporcjonalności opisu zachowania karalnego przez pryzmat jednego z jego elementów. Takie kryterium byłoby bezużyteczne: każdy typ czynu zabronionego *a priori* doskonale proporcjonalnie chroniłby dobro prawne, ponieważ współtworzyłoby ono jego opis, choćby nawet nie było wiadomo, o jakie dobro chodzi lub co dokładnie ono oznacza.

Kolejno, dobro prawne nigdy nie mogłoby pełnić funkcji gwarancyjnej, bo jako znamię typu czynu zabronionego samo musiałyby podlegać wykładni. Istotą funkcji gwarancyjnej prawa karnego jest natomiast zabezpieczenie osób, którym przestępstwo miałyby zostać przypisane, przed niewłaściwą – zbyt szeroką – interpretacją przepisów statuujących podstawy odpowiedzialności³⁰. Chodzi tu o pewność, że nikt nie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej za zachowanie, które w czasie jego popełnienia nie było określone jako zabronione pod groźbą kary³¹. W żadnym więc razie wyrażenie objaśniane nie mogłoby zarazem wyznaczać granic objaśniania, bo samo dla siebie byłoby gwarancją niedokonania zbyt szerokiej interpretacji. Ważne też, że dobro prawne nie jest wprost wyrażone w ustawie karnej, ale miałyby być wywodzone z „pisanych” znamion typu czynu zabronionego, wskutek czego zamiast limitować ustawowy („pisany”) opis zachowania karalnego, tworzyłyby przestrzeń do jego rozszerzania. Można by to robić dwojako – albo poprzez granice dobra chronionego, albo poprzez katalog dóbr chronionych. Modyfikacja spektrum kryminalizacji poprzez „zarządzanie” granicami dobra jest zagadnieniem teoretycznie trywialnym³². Co tyczy

²⁹ Zastanawiająca jest już sama metoda interpretacji, za pomocą której wywodzi się, że „typ X chroni dobro Y”.

³⁰ Zob. J. Giezek, w: *Prawo...*, s. 33.

³¹ J. Giezek, w: *Prawo...*, s. 33.

³² Warto tu przytoczyć niezwykle celną wypowiedź L. Gardockiego: „Sprawa przestaje być jednak tak prosta, jeśli uświadomimy sobie, w jakim stopniu pojęcie dobra prawnego jest rozciągliwe i manipulowalne, zwłaszcza gdy mówimy o dobrach ponadindywidualnych. Pomysłowość interpretatorów powoduje tutaj, że do każdego przepisu można dopasować jakiś przedmiot ochrony, jeżeli się go tylko dostatecznie ogólnie i niejasno sformułuje” – L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 51.

się modyfikacji poprzez katalog dóbr, posłużę się przykładem, by problem wyostrzyć.

Weźmy art. 234 k.k.: przyjmuje się, że chroni on funkcjonowanie organów wymiaru sprawiedliwości, a także dobra osobiste osoby fałszywie oskarżanej³³. Na plan pierwszy wybija się pytanie, czy do zrealizowania znamion tego typu wystarczy naruszenie jednego ze wspomnianych dóbr, czy też trzeba naruszyć oba? Odpowiadając, że starczy naruszyć jedno, należałoby zapytać: które, albo czy oba alternatywnie? Odpowiadając zaś, że trzeba naruszyć oba, należałoby zapytać, czy analogicznej odpowiedzi udzielimy np. w odniesieniu do art. 178a k.k., zakładając – jak czyni to część literatury – że chroni on życie, zdrowie i mienie?³⁴ Co najmniej kłopotliwe jest sformułowanie argumentu teoretycznego, który opowiadałby się za którąś z opcji. W każdym razie możliwe do uzasadnienia byłoby twierdzenie, że dla wypełnienia opisu art. 234 k.k. wystarczyłoby naruszenie tylko dóbr osobistych osoby fałszywie oskarżanej. W ten sposób dosyć prosto można by uznać art. 234 k.k. za typ kwalifikowany wobec art. 212 § 1 k.k., rozszerzając zakres jego kryminalizacji na przypadki w ogóle niezagrażające prawidłowemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości³⁵. Nie jest to przykład wydumany – w taki właśnie sposób art. 234 k.k. interpretuje część piśmiennictwa³⁶. Ukazuje to, dlaczego uznanie dobra prawnego za znamię typu nie tylko wykluczałoby traktowanie go jako ostoji funkcji gwarancyjnej, ale wręcz czyniłoby zeń jej oczywiste zaprzeczenie³⁷.

³³ I. Zgoliński, w: *Kodeks...*, s. 1223.

³⁴ Zob. przykładowo G. Bogdan, w: *Kodeks...*, s. 513; T. Razowski, *Kodeks...*, s. 444. Zob. także w ograniczeniu tylko do życia i zdrowia R.A. Stefański, w: *Kodeks...*, 2023, komentarz do art. 178a k.k., nb. 1. Już ta choćby różnica pokazuje, jak kłopotliwe byłoby traktowanie dobra prawnego jako znamienia typu i jak płynna mogłaby być tego znamienia treść.

³⁵ Na przykład w sytuacji, w której fałszywe oskarżenie byłoby oczywiście nieprawdziwe i nie istniałoby żadne niebezpieczeństwo wszczęcia postępowania, w związku z czym brak byłoby zagrożenia dla prawidłowego funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości.

³⁶ Zob. przykładowo B. Kunicka-Michalska, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 234 k.k., nb. 18; A. Muszyńska, w: *Kodeks...*, s. 759.

³⁷ Innym przykładem, tym razem już z orzecznictwa, jest wykorzystanie dobra prawnego pojmowanego jako znamię do rozszerzenia zakresu kryminalizacji art. 300 § 2 k.k. W uchwale z 26 listopada 2003 r., I KZP 32/03, Sąd Najwyższy przyjął, że przedmiotem ochrony wspomnianego typu jest dobro wymiaru sprawiedliwości, a nie obrót gospodarczy, wskutek czego rozszerzono zakres kryminalizacji zachowań

Uznanie dobra prawnego za znamię typu czynu zabronionego nie dawałoby ponadto żadnego – ni teoretycznego, ni normatywnego – pożytku, ale mnożyłoby byty ponad potrzebę. Jeśli by dobro prawne uważać i za przedmiot ochrony, i za znamię typu czynu zabronionego (w dodatku „niepisane znamię ustawowe”), to w szczególności w perspektywie tzw. typów naruszenia i konkretnego narażenia dobra prawnego wypuklałoby się pytanie, po co w ogóle wyodrębniać „znamię naruszenia/zagrożenia wartości”? Naruszenie konkretnego jej wymiaru lub zagrożenie mu – jako określony rodzaj zamachu na nośnik – jest wprost opisane w przepisie typizującym czy to w czynności wykonawczej i jej przedmiocie, czy to w znamieniu przestępnego skutku (w zależności od językowej konstrukcji typu). Wspomniany zabieg wydaje się nie tylko niepotrzebny, ale – o czym napisałem wyżej – szkodliwy, bo do opisanych przez prawodawcę znamion, umożliwiających zdekodowanie konkretnego³⁸ kręgu desygnatów, wprowadza komponent abstrakcyjny, który nie dość, że dubluje przedmiot czynu³⁹, to burzy także strukturę normatywną przepisu, uniemożliwiając wyznaczenie norm sankcjonowanej i sankcjonującej, które nie byłyby puste.

Wreszcie, niezrozumiałe wydaje mi się utożsamianie warunku wprowadzenia danego typu czynu zabronionego z jego znamieniem. Samo to zdanie wskazuje zresztą na pomieszenie różnych zagadnień. Znamiona, jako cechy selektywne na płaszczyźnie typizacji, a dystynktywne na płaszczyźnie faktu, są wtórne wobec podstaw (warunków) kryminalizacji. Wyakcentowanie owej wtórności jest ważne, bo warunek-postulat penalizacji w postaci „ochrony dobra prawnego” – jeśli już taki przyjmować – musi się odnosić łącznie do wszystkich znamion typu, a nie tylko do jednego z nich. Winien on bowiem stanowić wyznacznik budowy opisu typu czynu zabronionego, a nie być elementem owego opisu. Jeśli warunek kryminalizacji sprząc ze znamieniem, to – obok wszystkich problemów, o których wspominałem – prowadziłoby to do paradoksu, że spełnienie tego znamienia (naruszenie dobra prawnego) byłoby

opisanych w tym przepisie na przypadki polegające na udaremnieniu lub uszczerpieniu wiarytelności, które nie miały charakteru gospodarczego – zob. W. Wróbel, *Pojęcie...*, s. 629–630.

³⁸ Konkretnego w tym sensie, że zdatnego do naruszenia ludzkim postępkim.

³⁹ Jeżeli dobro prawne byłoby znamieniem, to niezależnie od wykazania zamachu na nośnik przejawiający wartość (np. zabicia lksińskiego) należałoby wykazać także zamach na samo dobro (np. wartość w postaci życia człowieka).

zarazem naruszeniem warunku kryminalizacji (naruszeniem postulatu ochrony dobra prawnego)⁴⁰. Czyn zabroniony, naruszając warunek kryminalizacji, sam uchylałby swoją karalność. Także z tego powodu normy sankcjonowane i sankcjonujące byłyby puste, nie mówiąc o tym, że byłoby to absurdalne.

Wszystkich opisanych problemów można by jednak prosto uniknąć – uczynił to B. Wróblewski. Jakkolwiek tezy autora wymagają pewnego wysubtelnienia, a gdzieś tam korekt, trudno odmówić im zasadności i teoretycznej spójności. Wróblewski wyróżnił cztery pojęcia⁴¹:

- 1) przedmiot ochrony jako abstrakcyjną wartość, której ochronie ma służyć dany typ czynu zabronionego (np. życie człowieka)⁴²,
- 2) przedmiot czynu przestępnego jako znamię typu czynu zabronionego określające rodzaj nośnika inkorporującego (konkretyzującego) wartość i stan tego nośnika (np. człowiek żyjący/człowiek pod względem życia),
- 3) przedmiot wykonawczy jako konkretny nośnik wartości w konkretnym stanie (np. konkretny człowiek żyjący),
- 4) przedmiot zamachu jako konkretny stan konkretnego nośnika wartości (np. życie konkretnej osoby).

Zaproponowany przez badacza aparat pojęciowy warto nieznacznie uprościć. Przede wszystkim nie wydaje się konieczne wyróżnianie ani przedmiotu wykonawczego, ani przedmiotu zamachu. Oba są bowiem faktami zgodnymi z przesłanką w postaci przedmiotu czynu, a mówiąc prosto: „przedmiot czynu” to nazwa, a „przedmiot wykonawczy” i „przedmiot zamachu” to desygnaty tej nazwy (skądinąd specyficznie i moim zdaniem niepotrzebnie rozcłunkowane). Nie ma potrzeby, by pojęcia

⁴⁰ Poczynię jedną uwagę. Jest logicznie niemożliwe, by warunek ustanowienia typu czynu zabronionego był zarazem znamieniem typu. Warunkiem ustanowienia typu mogłaby być wyłącznie „ochrona dobra prawnego”, a jego „znamieniem” – przyjmując optykę S. Tarapaty – „naruszenie dobra prawnego”, czyli odwrotność wspomnianego warunku. Dla uproszczenia argumentacji przyjmuję jednak równoważność warunku kryminalizacji i znamienia, jak to zresztą uczynił Tarapata – zob. przykładowo S. Tarapata, *Dobro...*, s. 93–94.

⁴¹ B. Wróblewski, *Przedmiot...*, *passim*.

⁴² Bronisław Wróblewski określał przedmiot ochrony także mianem „oderwanego przedmiotu zamachu” – B. Wróblewski, *Przedmiot...*, s. 27–28, w odróżnieniu od „konkretnego przedmiotu zamachu”, o którym wspomnę w dalszej kolejności. By nie wprowadzać chaosu przy odtwarzaniu poglądów autora, nie będę się posługiwał sformułowaniem „oderwanego przedmiotu zamachu”.

mnożyć i wprowadzać nazwy na desygnaty innej nazwy. Starczy mówić o przedmiocie czynu, doprecyzowując w miarę potrzeby, czy chodzi o nazwę (ustawową przesłankę/znamię typu), czy o jej desygnat (konkretny fakt/znamię czynu). Mogę wszelako mówić, że „muszę kupić krzesło”, mając na myśli przedmiot o czterech nogach, siedzisku i oparciu, a mogę też mówić, że „siedzę na krześle”, mając na myśli konkretny obiekt.

Ponadto w przedmiocie czynu zbyt cenne jest wyróżnianie stanu nośnika inkorporującego wartość. Określony stan nośnika, przejawiający wartość chronioną przez typ czynu zabronionego, jest zakodowany w nim samym i stanowi jego immanentną cechę. Jeżeli przedmiotem czynu zabójstwa (nośnikiem konkretyzującym przedmiot ochrony) jest „człowiek”, to w „człowieku” jest zakodowany stan „życia”. Z perspektywy przedmiotu czynu-nazwy „człowiek” bez „życia” to „nie-człowiek”⁴³, a z perspektywy przedmiotu czynu-faktu brak życia to brak człowieka (choćbyśmy nawet potocznie powiedzieli o „człowieku nieżyjącym”). To z kolei, który stan nośnika ma znaczenie w danym typie czynu zabronionego⁴⁴, jest zagadnieniem rodzaju zamachu, a nie jego przedmiotu⁴⁵. By ustalić, który stan nośnika wartości należałoby uwzględnić w przedmiocie czynu, trzeba by złożyć ów nośnik z rodzajem zamachu, co gmatwałoby terminologię. Starczy więc przyjąć, że – w zależności od kontekstu – przedmiot czynu to rodzajowe określenie nośnika konkretyzującego wartość (np. człowiek) lub konkretny nośnik (np. konkretna osoba).

Uwypuklę teraz zalety poglądów B. Wróblewskiego, które przesądzą, że to w oparciu na nich sformułuję kolejne twierdzenia.

Po pierwsze, rozróżnienie przedmiotu ochrony i przedmiotu czynu zabronionego pozwoli mi wyznaczyć niepusty krąg desygnatów znamienia czynności sprawczej, czyli niepusty zakres normowania tej z norm, która wysławia obiektywne⁴⁶ przesłanki odpowiedzialności karnej – normy sankcjonowanej. Dyferencja chronionej wartości (jako abstraktu),

⁴³ „Człowiek” bez „życia” to zresztą – jako „zwłoki” – odrębny przedmiot innych przestępstw, np. znieważenia zwłok z art. 262 § 1 k.k.

⁴⁴ Na przykładzie „człowieka” można wskazać, że jest on nośnikiem wielu stanów: życia, zdrowia, nietykności cielesnej, czci itd.

⁴⁵ Przykładowo przedmiot czynu zabójstwa i przedmiot czynu naruszenia nietykności cielesnej jest taki sam, a różne są oddziaływania na ten przedmiot.

⁴⁶ Dlaczego tylko obiektywne, wyjaśnię niżej.

niebędącej znamieniem typu czynu zabronionego, oraz będącego znamieniem nośnika ją przejawiającego (obiektu materialnego lub niematerialnego⁴⁷), uwalnia od charakteryzującego podejście S. Tarapaty problemu nieistnienia zachowań sprawczych zgodnych z opisem przestępstwa. W optyce Wróblewskiego zachowanie sprawcze (zamach) oddziałuje bowiem nie na wartość, a jedynie na nośnik, który ją przejawia (przedmiot czynu), a którego inherentną cechą jest podatność na zmianę poprzez ludzkie zachowanie.

Po drugie, odróżnienie przedmiotu ochrony od przedmiotu czynu jest pożyteczne na trzech płaszczyznach: teoretycznej, normatywnej oraz aplikacyjnej.

Co dotyczy się płaszczyzny pierwszej, porządkuje to strukturę normy sankcjonowanej, bo pozwala na oddzielenie przedmiotu czynu – czyli znamienia typu czynu zabronionego podlegającego interpretacji wedle ogólnych reguł wykładni – od przedmiotu ochrony, czyli pochodnej wykładni⁴⁸, swoistego jej rezultatu wyinterpretowanego właśnie z przedmiotu czynu. Dostrzeżenie dwóch teoretycznie różnych konstrukcji – ustawowego znamienia (ustawowej przesłanki) oraz jakiegoś rezultatu interpretacji tego znamienia, a kolejno dostrzeżenie zależności, jaka między tymi konstrukcjami zachodzi, będzie stanowić asumpt do zarysowania dwóch komponentów normy sankcjonowanej: stałego-ustawowego (w postaci podlegających wykładni *in abstracto* znamion typu czynu zabronionego, w tym wspomnianego znamienia przedmiotu czynu) oraz relatywnego-aplikacyjnego (w postaci ustalanych *in concreto* na podstawie przedmiotu ochrony i charakterystyki konkretnego przypadku reguł/norm ostrożności). Zawilości te omówię później; w każdym razie, nie mogę zgodzić się z B. Wróblewskim, który teoretycznej korzyści odrębności przedmiotu ochrony i przedmiotu czynu upatrywał w tym, że przedmiot ochrony „jest sprawą ważką przy wykładni przepisów części szczególnych k.k.”⁴⁹. Dla wykładni znamion typu czynu zabronionego przedmiot ochrony jest bez znaczenia, bo sam jest wykładni efektem⁵⁰.

⁴⁷ Nośnik dobra nie musi być przedmiotem materialnym (rzeczą). Może to być, przykładowo, zjawisko niematerialne, acz fizycznie mierzalne (np. energia), może to być także twór konwencjonalny (np. prawo majątkowe).

⁴⁸ Termin „pochodna wykładni” wyjaśnię w dalszej części opracowania.

⁴⁹ B. Wróblewski, *Przedmiot...*, s. 31.

⁵⁰ Nie można więc zgodzić się z S. Żółtkiem, prezentującym podobny do S. Tarapaty pogląd o dyrektywalnym znaczeniu przedmiotu ochrony (utożsamionego z dobrem

Co tyczy się płaszczyzny drugiej, wywiedziony z przedmiotu czy-
ni przedmiot ochrony kreuje w normie przestrzeń do uadekwatnie-
nia przypisania. Z grona przypadków zgodnych z ustawowym opisem
znamion wyłączyć poza obszar bezprawności będzie można te, które
nie są nieostrożne, czyli – w najdalej idącym uproszczeniu – nie naru-
szają żadnych standardów normalnego (społecznie akceptowalnego)
postępowania. Przedmiot ochrony stanowi podstawę klauzuli relatyw-
nej (aplikacyjnej), która współwyznacza zakres zastosowania normy
sankcjonowanej. Klauzula ta statuuje generalny warunek nieostrożno-
ści (sprzeczności z regułami ostrożności/postępowania) zachowania re-
alizującego znamiona opisane w ustawie. Od spełnienia tego warunku
uzależnione jest przekroczenie normy, a więc i bezprawność. W sensie
normatywnym klauzula relatywna jest odpowiednikiem klauzuli gene-
ralnej⁵¹, ale i o tym mowa będzie niżej.

Co tyczy się płaszczyzny trzeciej, ze względu na to, że na normę
sankcjonowaną składa się zarówno komponent stały (ustawowy), jak
i relatywny (odtworzony/odpoznawany *in concreto*), bezprawność zależ-
na jest nie tylko od zgodności zachowania z ustawowym opisem typu,
lecz od naruszenia norm ostrożności wiążących w konkretnej sytuacji.

prawnym), który wskazał, że: „dobro chronione ma również istotne znaczenie w per-
spektywie samego procesu wykładni. Proces ten nie może się nigdy odbywać w ode-
rwanianiu od dóbr stanowiących ratio istnienia przepisu i dekodowanego z niego typu
czyżno zabronionego. Przedmiot ochrony stanowi bowiem realizację celu istnienia prze-
pisu oraz jest wyrazem przyjętej przez ustawodawcę aksjologii. Dobro prawne, na
płaszczyźnie wykładni, staje się zatem niezwykle silną dyrektywą funkcjonalną. Dy-
rektywa ta nakazuje przyjęcie takiego znaczenia dekodowanych znamion, które przy
uwzględnieniu ograniczeń gwarancyjnych stworzą normę optymalnie zabezpieczającą
to dobro. Norma taka zrealizuje tym samym cel istnienia wykładanej regulacji (moż-
na tu zatem mówić o roli dyrektywnej dobra) – S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 521. W mo-
mencie dokonywania wykładni nieznanne jest bowiem ani dobro prawne, ani przedmiot
ochrony, a z perspektywy gwarancyjnej niedopuszczalne jest czynienie w tym zakresie
metazożeń interpretacyjnych. Teoretycznie niepodobna bronić swoistego pierwszego
i drugiego „wejścia” w wykładnię, tak by najpierw ustalić dobro prawne i przedmiot
ochrony, a następnie, przez pryzmat przedmiotu ochrony, dokonać ponownej wykładni
już zdekodowanej normy.

⁵¹ Odpowiednikiem, gdyż – w przeciwieństwie do „klasycznych” klauzul generalnych, wy-
rażanych w aktach normatywnych wprost – w ustawie karnej zasadniczo brak odesłań
do „reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach”. Odwołania takie sta-
nowią rzadkie – i nie zawsze potrzebne – wyjątki (np. art. 177 § 1 k.k. – „zasady bez-
pieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym”, art. 301 § 3 k.k. – „zasady
prawidłowego gospodarowania”). Hipotetycznie można by poszukiwać ustawowego
(wyraźnego) źródła „klauzuli generalnej reguł ostrożności” w art. 9 § 2 k.k., ale sam nie
jestem przekonany do tego pomysłu.

„Konkretność sytuacji” jest tu kluczowa: tylko charakterystyka konkretnego przypadku pozwala bowiem na odtworzenie reguł ostrożności, które w danej sytuacji obowiązywały sprawcę⁵², a także – co już trywialne – na stwierdzenie, czy sprawca naruszył te reguły. Różnica między przedmiotem ochrony a przedmiotem czynu ma więc przede wszystkim takie znaczenie, że nie istnieje norma sankcjonowana, której treść byłaby niezależna od jej aplikacji, tj. mogłaby być zdekodowana *in abstracto*. Dlatego też norma sankcjonowana w prawie karnym jest zawsze normą konkretną i indywidualną.

Wracając do rozważań ogólnych, **po trzecie**, różnicowanie przedmiotu ochrony i przedmiotu czynu pozwala pełnić temu pierwszemu funkcję gwarancyjną. Znamionami typu czynu zabronionego są bowiem tylko te przesłanki odpowiedzialności, które zostały wprost opisane w ustawie. Wyznaczają one maksymalne spektrum bezprawności zachowania. Przedmiot ochrony, który nie jest znamieniem (bo nie jest wyrażony w ustawie), może wyłącznie zawęzić bezprawność. Nie ma więc tu tego niebezpieczeństwa, że gwarancją niedokonania zbyt szerokiej wykładni znamion typu byłoby jedno z wyrażenń wykładni podlegających.

Po czwarte, oddzielenie przedmiotu ochrony od przedmiotu czynu umożliwia weryfikację proporcjonalności kryminalizacji przez pryzmat pierwszego. Niebędący znamieniem przedmiot ochrony wyznacza następujące płaszczyzny oceny proporcjonalności: pierwszą – czy dany przedmiot ochrony, z punktu widzenia art. 31 ust. 1 Konstytucji⁵³, w ogóle może być chroniony za pomocą prawa karnego, a jeśli tak – to czy można chronić go w takim zakresie, który wyznacza ustawowy opis znamion, oraz drugą – w przypadku pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytania – czy ustawowe zagrożenie karą przewidziane przez prawodawcę jest proporcjonalne z punktu widzenia rodzaju chronionego przedmiotu oraz zakresu kryminalizacji wyznaczonego przez ustawowy opis znamion. Tego typu wnioski można przeprowadzić wyłącznie wówczas, gdy ich punkt odniesienia jest zewnętrzny wobec znamion typu.

⁵² Jest tak nawet wówczas, gdy na normy ostrożności istotne w danym przypadku składają się i normy prawne (formalne), i normy pozaprawne; są one bowiem w takich przypadkach zawsze komplementarne. Nie da się zrekonstruować kompletnych norm ostrożności bez znajomości specyfiki konkretnego zachowania znamiennego.

⁵³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP, Konstytucja.

W tym miejscu wnikliwy czytelnik postawiłby trzy pytania:

- 1) jak ustalić przedmiot ochrony?
- 2) czy przedmiot ochrony to to samo, co dobro prawne, a jeśli nie, to czym jest dobro prawne?
- 3) jak ma się przedmiot ochrony do przedmiotu czynu, norm ostrożności i, ewentualnie, dobra prawnego?

Odpowiadając na pytanie pierwsze, powrócę do sformułowania, którym już się posłużyłem, że przedmiot ochrony jest „pochodną wykładni”, ponieważ stanowi jej swoisty rezultat. Wartość chroniona przez dany typ czynu zabronionego może być bowiem odczytana tylko wtórnie do interpretacji jego znamion i na jej podstawie: jest ona uogólnionym (zgeneralizowanym, czyli oderwanym od wymiaru konkretnego) stanem nośnika wartości (czyli przedmiotu czynu), na który nakierowana jest czynność sprawcza. Stan ów jest odczytywany różnorako w zależności od charakterystyki typu czynu zabronionego, przy czym można wyróżnić trzy prawidłowości. W przypadku tzw. typów naruszenia jest to albo uogólniona („uwartościowiona”) odwrotność przestępnego skutku (gdy mowa o typach skutkowych), albo uogólniona odwrotność czynności sprawczej (gdy mowa o typach bezskutkowych). W przypadku tzw. typów konkretnego narażenia jest to zawsze uogólniona odwrotność przestępnego skutku. W przypadku zaś tzw. typów abstrakcyjnie niebezpiecznych (zarówno skutkowych, jak i bezskutkowych) nie da się wskazać żadnego przedmiotu ochrony, bo brak jest nośnika wartości, na który jest nakierowana czynność sprawcza; w rzeczy samej typy te nie mają żadnego przedmiotu ochrony⁵⁴.

Jeszcze przykłady: weźmy art. 148 § 1 (typ skutkowy naruszenia), art. 217 § 1 (typ bezskutkowy naruszenia) oraz art. 160 § 1 k.k. (typ konkretnego narażenia). W przypadku pierwszego skutkiem przestępnym jest śmierć człowieka. Jej odwrotnością jest życie człowieka (konkretny stan desygnatów nazwy „człowiek”). Uogólnieniem jest wartość w postaci życia człowieka. W przypadku drugiego czynność sprawcza to uderzanie człowieka lub naruszanie w inny sposób jego nietykalności cielesnej. Odwrotnością jest nieuderzanie człowieka i nienaruszanie w inny sposób jego nietykalności cielesnej, a redukując brzytwą

⁵⁴ Wniosek ten może konfundować, ale z uwagi na przedmiot opracowania nie będę go szerzej objaśniał.

Ockhama – nienaruszanie nietykalności cielesnej człowieka. Uogólnieniem jest wartość w postaci nienaruszenia nietykalności cielesnej człowieka, czy prościej: nietykalność cielesna człowieka. W przypadku trzeciego skutkiem przestępnym jest narażenie (stan narażenia) człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Odwrotnością skutku jest nienarażenie człowieka na niebezpieczeństwo utraty życia i ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, czyli – redukując – bezpieczeństwo życia i zdrowia człowieka. Generalizacją jest wartość w postaci (bezpieczeństwa) życia i zdrowia człowieka.

Odpowiedź na drugie pytanie winna być stanowcza ze względu na treść ustawy karnej – dobro prawne to z pewnością byt odrębny od przedmiotu ochrony. Dobra muszą być konkretne (zdatne do naruszenia ludzkim zachowaniem), przedmioty ochrony są zaś ze swej istoty abstrakcyjne. Wywodzę to z regulacji Kodeksu karnego, które posługują się terminem „dobro (prawne)” w różnorodnych wariantach, zawsze jednak jednoznacznie konkretnie. Można tu wspomnieć chociażby o art. 25 § 1 k.k., gdzie mowa o „bezpośrednim, bezprawnym zamachu na jakiegokolwiek dobro chronione prawem”, art. 26 § 1 k.k., gdzie mowa o „uchylaniu bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem” tudzież art. 115 § 2 k.k., gdzie mowa o „rodzaju i charakterze naruszonego dobra”⁵⁵. Jak przekonywałem, wartości nie da się naruszyć, więc nie można też mówić o „zamachu” na nią, grożącym jej „niebezpieczeństwie”, tym bardziej „naruszeniu”. W języku Kodeksu karnego dobro prawne to więc byt konkretny, czyli podatny na zmianę poprzez ludzkie oddziaływanie⁵⁶.

Odpowiedź na pytanie trzecie zacznę od rozbudowania pytania o kwestię, która wyłoniła się z akapitu powyższego – czym jest dobro prawne i jak w związku z tym mają się do siebie: przedmiot ochrony, dobro prawne, przedmiot czynu i normy ostrożności? A więc po kolei: przedmiot ochrony to wartość, którą odczytujemy na podstawie wykładni, generalizując odwrotność skutku lub czynności wykonawczej. Dobro prawne jest zaś samą odwrotnością skutku lub czynności wykonawczej, czyli stanem nośnika wartości, przeciwko któremu nakierowana jest

⁵⁵ Zachęcam zarazem czytelnika do weryfikacji moich słów przez pryzmat innych przepisów Kodeksu karnego.

⁵⁶ I nie tylko przez ludzkie zachowanie, a np. także przez siły przyrody – zob. art. 26 § 1 k.k.

czynność sprawcza⁵⁷. Terminu „dobro prawne”, podobnie, jak i „przedmiotu czynu”, o którym pisałem wyżej, można używać w dwóch znaczeniach: jako nazwy oraz w odniesieniu do desygnatów nazwy. Krótko: przedmiot ochrony to oderwane od wymiaru konkretnego (zgeneralizowane) dobro prawne i odwrotnie – dobro prawne to konkretny przejaw przedmiotu ochrony⁵⁸.

Pora wyjaśnić, jak mają się przedmiot ochrony i dobro prawne do przedmiotu czynu. Przedmiot czynu – jako znamię typu czynu zabronionego, czyli nazwa określająca selektywną na płaszczyźnie typizacji, a dystynktywną na płaszczyźnie faktów, cechę zachowania bezprawnego – stanowi warunek konieczny i podstawę odczytania dobra prawnego (jako negacji skutku albo czynności sprawczej) oraz przedmiotu ochrony (jako generalizacji dobra prawnego). Jest on tym, co – w przypadku typów naruszenia oraz konkretnego narażenia – w ogóle umożliwia zaistnienie skutku lub podjęcie zachowania sprawczego. Przedmiot czynu to więc nośnik wartości chronionej przez dany typ czynu zabronionego w tym sensie, że posiada cechę, która konkretnie przejawia tę wartość. Ta cecha to dobro prawne.

Dla porządku przybliżę, czym jest sam nośnik. To albo byt naturalny, a w tym zakresie: materialny (np. rzecz ruchoma) bądź niematerialny (np. energia), albo byt nienaturalny, a w tym zakresie: cyfrowo-informatyczny (np. dane informatyczne) bądź konwencjonalny (np. instrument finansowy). Cechą wspólną wszystkich nośników jest podatność na zmianę poprzez ludzkie zachowanie, przy czym zmiana będzie zachodzić w „świecie”, który właściwy jest danemu nośnikowi. Zmiany w nośnikach naturalnych są mierzalne fizycznie, zmiany w nośnikach nienaturalnych – przykładowo danych informatycznych – nie, ale można je weryfikować w sposób właściwy dla „świata”, do którego przynależy nośnik.

Przejdę wreszcie do odpowiedzi, jak do przedmiotu ochrony, dobra prawnego i przedmiotu czynu mają się normy ostrożności. Normy ostrożności (reguły ostrożności/postępowania) to założenie teoretyczne –

⁵⁷ Dobro prawne, tak jak przedmiot ochrony, jest pochodną wykładni znamion typu czynu zabronionego.

⁵⁸ W żadnym razie nie da się powiedzieć, że „przedmiot ochrony” to nazwa, a „dobro prawne” – jej desygnat. Są to bowiem nazwy kategoryalnie różnych zjawisk. Wartości odnoszą się do stanów idealnych, a dobra prawne – realnych.

niepozbowione jednak normatywnej proveniencji⁵⁹ – wedle którego możliwość uznania zachowania za zabronione jest zależna nie tylko od jego zgodności z ustawowym opisem znamion, lecz także od naruszenia przez sprawcę istotnych w danej sytuacji reguł ostrożności. Pożytki płynące z posługiwania się tą konstrukcją są oczywiste: pozwala ona wyłączyć poza obszar kryminalizacji zachowania, które – choć technicznie zgodne ze znamionami typu – są albo społecznie akceptowalne (społecznie adekwatne), albo nawet pożyteczne.

Natura norm ostrożności jest bliźniacza klauzulom generalnym. Twierdzi się w literaturze, że klauzule generalne to zwroty języka prawnego nieokreślone znaczeniowo (niedookreślone) w tym sensie, że odsyłają adresatów normy prawnej do ogólnie ukierunkowanych, ocennych kryteriów pozaprawnych, na podstawie których podmioty te wyprowadzają konkretne oceny w obrocie prawnym⁶⁰. Klauzula generalna jest zatem częścią przepisu prawnego upoważniająca podmiot stosujący prawo do oparcia decyzji prawnej na wskazanych kryteriach pozaprawnych⁶¹. „Pozaprawność” kryteriów oceny oznacza, że podmioty obrotu prawnego nie znajdują bezpośrednich podstaw oceniania w systemie prawnym, lecz odwołują się do ukształtowanych w danym środowisku społecznym ocen (same są zresztą częścią tego środowiska)⁶². Zgodnie z tak ukształtowaną definicją, najistotniejszymi cechami klauzul generalnych są: nieokreśloność znaczeniowa, wartościujący charakter odesłania pozaprawnego oraz wyprowadzenie konkretnej oceny⁶³.

Powyższe twierdzenia można odnieść do reguł ostrożności w całej rozciągłości, z dwoma wszelako modyfikacjami. Po pierwsze, reguły ostrożności to pojęcie teoretyczne, a nie zwrot języka prawnego⁶⁴.

⁵⁹ Na to, że nieostrożność zachowania jest jakimś warunkiem przestępności, wskazują art. 9 § 2 oraz art. 115 § 2 k.k. Pytanie nie brzmi zatem, czy nieostrożność współkształtuje strukturę przestępstwa, a raczej, do którego jej elementu przynależy. W niniejszym opracowaniu naszkicuję jedynie kontur swojego spojrzenia na to zagadnienie, twierdząc, że naruszenie reguł ostrożności to element zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, czyli element bezprawności.

⁶⁰ L. Leszczyński, *Pojęcie...*, s. 159.

⁶¹ L. Leszczyński, *Generalne...*, s. 13.

⁶² L. Leszczyński, *Generalne...*, s. 165.

⁶³ L. Leszczyński, *Generalne...*, s. 159.

⁶⁴ Co należy postrzegać jako istotną wadę ustawy karnej. *De lege ferenda* z łatwością można zaproponować zmianę art. 115 § 1 k.k., która przewidywałaby wyraźny wymóg naruszenia reguł ostrożności, by zachowanie uznać za czyn zabroniony: „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej naruszające

Po drugie, reguły ostrożności odsyłają niekiedy – choć z rzadka – do kryteriów mających mieszany, prawno-pozaprawny, charakter, a nie wyłącznie do kryteriów pozaprawnych, jak ma to miejsce w przypadku klauzul generalnych. Doskonały przykład stanowi tu art. 177 § 1 k.k., gdzie na reguły ostrożności składają się mające charakter prawny przepisy prawa o ruchu drogowym oraz zasady mające charakter zwyczajowy lub wynikające ze specyfiki konkretnej sytuacji⁶⁵. Relacja między nimi jest złożona i pełna różnorodnych subtelności; nie ma potrzeby, bym się tym tutaj zajmował.

Tu jednak pojawia się zasadnicze pytanie: skąd w ogóle brać normy ostrożności oraz jakie jest ich miejsce w strukturze przestępstwa? Normy ostrożności są ustalane w procesie stosowania prawa na podstawie okoliczności danej sytuacji w taki sposób, że organ stosujący prawo odtwarza je, a nie kreuje⁶⁶. Odtwarzanie to polega na odwołaniu do ukształtowanych w danym środowisku społecznym ocen⁶⁷. Na to, do

normy ostrożności [wiążące w danej sytuacji]”. Zmiana taka korespondowałaby z obecną treścią innych przepisów Kodeksu karnego, np. art. 9 § 2 czy art. 115 § 2. Bardzo podobny pomysł nowelizacji art. 115 § 2 k.k. przedstawił Ł. Pohl, *Niezachowanie...*, s. 84.

⁶⁵ Zob. G. Bogdan, w: *Kodeks...*, s. 490–491.

⁶⁶ Nie mogę nie wspomnieć, skąd zaczerpnąłem inspirację do wysnucia takiego wniosku. Wpływ na moje poglądy dotyczące norm ostrożności miały rozważania M. Byczyka zawarte w pracy *Normy...* W znacznej części nie podzielam zapatrywań autora, który m.in. traktował normy ostrożności jako wstępny warunek normowania normy sankcjonowanej, ja zaś uważam je za wtórny wobec zespołu znamion komponent zakresu zastosowania normy sankcjonowanej; twierdził również, że normy ostrożności są normami postępowania o charakterze indywidualnym i konkretnym, a ja twierzę, że ani nie są normami postępowania (bo są oceną, a nie nakazem czy zakazem), ani nie są indywidualne i konkretne, lecz generalne i konkretne (dotyczyłyby jednakowo każdego podmiotu w konkretnej sytuacji), oraz uważał, że treść norm ostrożności uwzględnia elementy subiektywne w postaci zdolności fizycznych i możliwości działania podmiotu ze względu na jego niezawiniony stan psychiczny oraz fizyczny, a ja uważam, że normy ostrożności nie zawierają żadnych elementów subiektywnych i są neutralną personalnie oceną konkretnego zachowania, a te faktory są doniosłe jedynie dla winy sprawcy albo w aspekcie zarzucalności umyślności, albo niemyślności, albo w aspekcie zarzucalności decyzji o czynnie – zob. M. Byczyk, *Normy...*, *passim*, w szczególności zawierająca wnioski płynące z analiz s. 458. Zawdzięczam jednak M. Byczykowi pierwotną intuicję, że nieostrożność to problem konkretnego przypadku, warunek bezprawności jakoś wyciągany z charakterystyki określonego zachowania znamiennego, nie zaś zagadnienie wykładni, zupełnie niezależne od aplikacji normy. Od M. Byczyka zaczerpnąłem zresztą wdzięczny termin „odpoznawać”, którym ochoczo się posługuję w niniejszej pracy.

⁶⁷ Dlatego normy ostrożności, a precyzyjniej: warunek nieostrożności, to teoretyczny bliźniak klauzuli generalnej.

jakich ocen należy się odwołać, wskazuje przedmiot ochrony: stanowi on swoistą soczewkę, w której skupia się konkretne zachowanie o znamionach opisanych w ustawie karnej, weryfikując, czy z punktu widzenia wartości chronionej przez typ czynu zabronionego sprawca postąpił w sposób społecznie akceptowalny (ostrożny), czy też nie. Weryfikacja (nie)ostrożności jest dokonywana wyłącznie w świetle wartości, choć wyprowadza się z niej konkretną ocenę odnoszącą się do określonego postępu ludzkiego – tak samo, jak robi się to w przypadku klauzul generalnych. Normy ostrożności są przeto gotowymi ocenami społecznymi związanymi z ceną dla społeczeństwa, a chronioną przez prawo karne, wartością, dotyczącymi konkretnych zachowań ludzi. By ustalić takie normy, trzeba znać dwie zmienne: wartość oraz konkretne zachowanie⁶⁸.

Warto też wyjaśnić, dlaczego reguły ostrożności nie stanowią znamienia typu czynu zabronionego. Powodem jest natura samej nieostrożności: w odróżnieniu od znamienia, nie jest ona cechą zachowania ujętą w ustawowym wzorcu, lecz jego społeczną oceną przez pryzmat chronionej wartości. Różnica między czynami ostrożnymi i nieostrożnymi nie wynika z różnicy jakościowej, a wyłącznie z odmiennej oceny z punktu widzenia owych ocen⁶⁹. W tym więc sensie przypisanie nieostrożności jest podobniejsze przypisaniu winy niżli przypisaniu znamienia, z tą różnicą, że w przypadku winy zarzut stawia się sprawcy, w przypadku reguły ostrożności można zaś mówić o „zarzucie wobec zachowania” (uwaga: nie czynu zabronionego, bo czynem zabronionym zachowanie staje się dopiero, gdy naruszy normy ostrożności).

⁶⁸ W podobnym kierunku zmiernają m.in. S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 397: „Przypomnieć także trzeba, że dobro prawne wskazuje płaszczyznę, z której dekodować należy reguły postępowania (rola wskazująca dobra). Te mogą znajdować swoje źródło w różnych aktach prawnych (przykładowo, reguły dotyczące własności będą w dużej mierze dekodowane z przepisów prawa cywilnego). W takim układzie same reguły również wyznaczają pewien kontekst interpretacyjny odnośnie do wyrazów zawartych w przepisach karnoprawnych, stając się istotnym wskazaniem co do wyboru ich właściwego znaczenia (z założenia wszak to powinno optymalnie zabezpieczyć dobro)” czy M. Królikowski, *Modele...*, s. 23: „Jeszcze inaczej rzecz ujmując, o ile dobro wskazuje płaszczyznę, na jakiej należy dekodować reguły postępowania z dobrem, o tyle nie wymaga ich naruszenia dla stwierdzenia, że dobro doznało uszczerbku”.

⁶⁹ Uderzenie pięścią w nos, skutkujące jego złamaniem, nie jest obiektywnie mniej lub bardziej nieostrożne podczas walki bokserskiej oraz podczas „ulicznej szermierki na pięści”. „Ostrożność” pierwszego zachowania i „nieostrożność” drugiego to wyłącznie ocena wynikała z tego, że społeczeństwo uznaje to pierwsze za dopuszczalne, drugie zaś – nie.

Na pytanie, jakie jest miejsce norm ostrożności w strukturze przestępstwa, odpowiedziałem zdawkowo wcześniej: warunek nieostrożności zachowania (klauzula nieostrożności) należy do zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. Spróbuję to zwięźle wyjaśnić.

Normy ostrożności są wtórne wobec znamion typu czynu zabronionego, bo bez ich wykładni nie byłoby wiadomo, o jaki rodzaj norm ostrożności miałyby chodzić (do czego miałyby się one odnosić). Nie istnieją zachowania ostrożne albo nieostrożne *per se*, ostrożność albo nieostrożność mają zawsze jakiś punkt odniesienia. Owym punktem odniesienia jest przedmiot ochrony, czyli chroniona przez typ czynu zabronionego wartość. Przedmiot ochrony jest zaś pochodną wykładni, „uwartościowieniem” dobra prawnego.

Normy ostrożności są też wtórne wobec konkretnego zachowania znamiennego (wypełniającego istotę czynu). Dla ustalenia norm ostrożności wiążących w konkretnym przypadku niezbędna jest właśnie znajomość charakterystyki tego przypadku. Normy ostrożności są odpoznawane ze specyfiki konkretnego zdarzenia, nie da się ich wyznaczyć *in abstracto*, bo tyle jest norm ostrożności, ile możliwych sposobów realizacji znamion typu, a zatem nieskończenie wiele.

Normy ostrożności mają charakter obiektywny, są „zarzudem stawianym zachowaniu”, a nie sprawcy. Ich postać jest jednaka bez względu na właściwości podmiotu, który dopuścił się postępku. Ich obiektywny charakter przesądza o związku z bezprawnością, czyli normą sankcjonowaną.

Ze względu na swą wtórność i wobec znamion typu, i wobec znamion czynu, normy ostrożności przynależą do zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. Nie jest ich rolą wskazywanie, jakie zachowania nie wypełniają znamion typu, lecz wskazywanie, jakie zachowania wypełniające znamiona typu przekraczają normę (są bezprawne), a jakie normy nie przekraczają (nie są bezprawne)⁷⁰.

⁷⁰ Odrzucam w związku z tym najbliższy mojemu spojrzeniu na normy ostrożności pomysł Ł. Pohla, powielony przez M. Byczyka, zgodnie z którym nieostrożność stanowi warunek wstępny normowania wszelkich zachowań określonych w prawno-karnych normach sankcjonowanych, czyli pierwotny w stosunku do znamion typu czynu zabronionego element struktury normatywnej przepisu karnego – zob. Ł. Pohl, *Niezachowanie...*, s. 84; Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 95 i n.; M. Byczyk, *Normy...*, s. 468. Nie będę rozwodził się nad uzasadnieniem tej rozbieżności, jako że konsekwencja normatywna obu zapatrywań jest identyczna: nieostrożność zachowania stanowi warunek *sine qua*

3. Znamiona typu czynu zabronionego (zespół znamion typu czynu zabronionego)

Dotychczas zdawkowo pisałem o znamionach typu czynu zabronionego. Zasygnalizowałem, że norma sankcjonowana zawiera wyłącznie obiektywne przesłanki odpowiedzialności oraz że składa się z dwóch komponentów: stałego-ustawowego, w postaci znamion typu czynu zabronionego, oraz relatywnego-aplikacyjnego, w postaci dekodowanych *in concreto* norm ostrożności, co powoduje, że norma ta ma zawsze charakter konkretno-indywidualny. Problem teoretycznego i normatywnego charakteru norm ostrożności, jak również źródła ich odpoznavania, omówiłem obszerniej; teraz zajmę się kwestią znamion.

Punktem wyjścia dla moich przemyśleń uczynię rozważania o zespole znamion prezentowane w dogmatyce niemieckiej. Interesuje mnie bowiem tylko perspektywa ogólna dotycząca natury zespołu znamion i ich relacji do struktury normatywnej i płaszczyzn przestępstwa, nie zaś rozważania szczegółowe o wewnętrznej budowie zespołu znamion czy ich rodzajach. W tym zaś zakresie współczesna nauka polska przejęła zasadniczo instrumentarium teoretyczne zaproponowane przez autorów niemieckich, zwłaszcza finalistów, nawet jeśli finalistyczna struktura przestępstwa nie znalazła w Polsce wielu zwolenników⁷¹. Z pożytkiem dla przejrzystości wywodu mogę czerpać wprost od autorów niemieckich.

Źródeł nauki o zespole znamion czynu zabronionego w piśmiennictwie niemieckim trzeba upatrywać w prekursorskich rozważaniach

non przekroczenia normy sankcjonowanej. Wskażę tylko, że podstawowym zarzutem, który tutaj stawiam, jest wątpliwość co do podstawy ustalenia norm ostrożności, które byłyby w danej sytuacji istotne. Łukasz Pohl stwierdził wszak, że: „reguły ostrożności są z formalnoprawnego punktu widzenia pierwotnym materiałem normatywnym w stosunku do zbioru norm sankcjonowanych w prawie karnym” – Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 101. Jeżeli tak, to trzeba zapytać, skąd wiadomo, o które reguły ostrożności chodziłoby w konkretnym przypadku. Nietrudno przecież wyobrazić sobie zachowanie, które naruszałoby jakieś reguły ostrożności i jednocześnie byłoby zgodne z ustawowym opisem jakiegoś typu czynu zabronionego, ale *prima facie* wspomniane reguły ostrożności oraz ich naruszenie byłyby zupełnie nieistotne z punktu widzenia przedmiotu ochrony typu. Na zasygnalizowaniu tej wątpliwości poprzestaną.

⁷¹ Na temat znaczenia finalizmu w polskim prawie karnym w perspektywie „afirmacji istotnych konsekwencji w zakresie uporządkowania elementów subiektywnych w ramach struktury przestępstwa, związanego z tym ściśle pojmowania tej struktury oraz postępowania się figurą reguł postępowania wobec dobra prawnego” – zob. M. Gałęski, *Dorozumiane...*, s. 136 i n.

E. Belinga z 1906 r.⁷² Beling uznał znamiona czynu zabronionego (*Tatbestand*) za „centralny punkt pojęcia przestępstwa, wokół którego grupują się inne znamiona przestępstwa”⁷³. W ujęciu autora znamienność (*Tatbestandsmäßigkeit*), zwana również ustawową określonością tudzież typowością czynu, obok bezprawności i winy, składa się na byt przestępstwa, a zgodność czynu z ustawowymi znamionami jest warunkiem koniecznym (*condictio sine qua non*) przestępności⁷⁴. Sama jednak znamienność nie przesądza zdaniem Belinga o bezprawności czynu, ba, autor uważał, że: „w znamionach nie ma oceny wartościującej” (*Im Tatbestand liegt kein Werturteil*)⁷⁵. Zespół znamion typu był wedle tego ujęcia prawnokarnie „bezbarwny”⁷⁶.

Beling rozumiał wąsko ustawyowy opis znamion, bo postrzegał go ściśle obiektywnie i deskryptywnie, zowiąc „obrazem przewodnim” (*Leitbild*)⁷⁷ czy „zarysem typu przestępstwa” (*Umriß des Verbrechentypus*)⁷⁸. Bezprawność była dla autora niezależną od istoty czynu (znamienności) sprzecznością zachowania z całym porządkiem prawnym (*Vollrechtswidrigkeit*) postrzeganym jako ogół norm, abstrakt, nie zaś sprzecznością z pojedynczą i konkretną normą⁷⁹. Zamiar sprawcy był dlań z kolei „lustrzanym odbiciem” znamion (*Spiegelbild*): albo doskonałym – wtedy można mówić o umyślności, albo niedoskonałym – wtedy można mówić o nieumyślności⁸⁰. Stronę podmiotową E. Beling wiązał z winą, zgodnie z teorią psychologiczną postrzegając ją deskryptywno-subiektywnie jako stosunek psychiczny sprawcy do czynu, stopniowalny według form winy i jej postaci⁸¹.

⁷² E.v.L. Beling, *Die Lehre...*

⁷³ E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 110.

⁷⁴ E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 24.

⁷⁵ E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 147. Nurt reprezentowany przez Belinga nazywa się niekiedy „doktryną (nauką) o bezwartościowym charakterze znamion czynu zabronionego” (*die Lehre von der Wertfreiheit des Tatbestandes*) – zob. przykładowo K. Ambos, *100 Jahre...*, s. 465.

⁷⁶ E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 10, 12–13: „Nicht nur die Willensseite, sondern auch die äußere Seite der Handlung muß, wenn anders volle Klarheit erzielt werden soll, farblos gefaßt werden”.

⁷⁷ E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 3–5.

⁷⁸ E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 21, 100.

⁷⁹ E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 120–122, 127. Większość norm nie była zresztą zdaniem Belinga sformalizowana w prawnopozytywnym znaczeniu – E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 117.

⁸⁰ E.v.L. Beling, *Die Lehre...*, s. 178–179.

⁸¹ E.v.L. Beling, *Unschuld...*, s. 34–36.

W późniejszych swych pracach, w szczególności w *Die Lehre vom Tatbestand* z 1930 r., Beling wyostrzył trójstopniową strukturę przestępstwa, kreśląc: płaszczyznę pierwszą, wspomniany „obraz przewodni” przestępstwa (*Leitbild*), mający obiektywno-deskryptywną postać i tożsamy ze znamiennością, płaszczyznę drugą, typ bezprawia (*Unrechtstypus*) zawierający indywidualizujące dane zachowanie cechy wskazujące na jego sprzeczność z porządkiem prawnym, oraz płaszczyznę trzecią, zawinienie (*Schuldtypus*), określającą wewnętrzne (subiektywne) cechy przestępstwa⁸².

Od ponad stuletnich spostrzeżeń E. Belinga zaczynam nieprzypadkowo: pomimo rozlicznych uwag krytycznych późniejszych autorów, to właśnie zapatrywania Belinga uznaję za najbliższe słuszności, wymagające raczej wysubtelnienia niżli odrzucenia. Trafnie dostrzegł on wiele prawidłowości, które ostaną się także i w moich wnioskach: że znamiona typu mają postać wyłącznie obiektywną, że wywodzą się tylko z ustawy, że sama znamienność nie oznacza bezprawności i jest z jej punktu widzenia „bezbarwna”⁸³, że strony podmiotowej w znamionach – rozumianych tak jak rozumie się je w przypadku strony przedmiotowej – niepodobna ustrukturalizować. Błędnie autor wiązał bezprawność ze sprzecznością zachowania z porządkiem prawnym rozumianym jako ogół norm, w prawie pozytywnym często nieujętych, przez co – zupełnie na opak – zaproponowana przez Belinga struktura przestępstwa była zaprzeczeniem gwarancyjności. Usprawiedliwia jednak Belinga to, że właśnie w bezprawności poszukiwał materialnego uadekwatnienia opisanych w ustawie cech przestępstwa, zdając sobie sprawę, że zrównanie znamienności z bezprawnością prowadziłoby do wypaczeń nieakceptowalnych z punktu widzenia istoty prawa karnego.

Nieco później w podobnym nurcie o znamionach i strukturze przestępstwa pisał M.E. Mayer⁸⁴, przy czym – co trzeba wyraźnie powiedzieć – próbując doszlifować spostrzeżenia E. Belinga, wyłącznie zmącił ich klarowną strukturę. Jakkolwiek Mayer podzielał belingowskie zapatrywanie o obiektywno-deskryptywnym charakterze obrazu czynu

⁸² Systematyka belingowskiej struktury przestępstwa za: H. Schweikert, *Die Wandlungen...*, s. 76 i n.

⁸³ Albo i pisząc odważniej: że zachowania znamienne i nieznamienne są tak samo prawnokarnie indyferentne, póki znamienności nie wzbogaci się innymi cechami składającymi się na byt przestępstwa.

⁸⁴ M.E. Mayer, *Der allgemeine...*, 1915, s. 182 i n.

i wiązał go z zespołem znamion (znamiennością), to wyróżnił w tym zespole znamiona normatywne, stanowiące wyjątek od zasady, że zespół znamion ma charakter ściśle obiektywny⁸⁵. Znamiona ustawowe autor nazwał znamionami właściwymi, zaś znamiona normatywne – niewłaściwymi. Znamiona normatywne Mayer wiązał z naruszeniem norm kulturowych⁸⁶, kładąc w ten sposób fundament pod rozwój koncepcji wplatających do znamion typu komponent ocenny czy wręcz łączących znamienność z oceną (wartościowaniem).

Max Ernst Mayer podzielał intuicje E. Belinga i poszukiwał w strukturze przestępstwa przestrzeni do uadekwatnienia znamienności i bezprawności oraz niewiązania ich tylko ze zgodnością zachowania z ustawowym opisem znamion oraz sprzecznością z ogólnie rozumianym prawem. Temu właśnie miały służyć „doklejone” do belingowskiej struktury przestępstwa „znamiona normatywne”, zwane przez Mayera niewłaściwymi.

Mankamentem wniosków autora było jednak to, że rozwiązania problemu bezprawności formalnej szukał w samym opisie czynu, próbując wpleść doń ujemne wartościowanie znamion ustawowych, przez co pomieszał cechy zachowania (znamiona) z oceną tych cech, czyli przedmiot oceny z oceną. Co na wskroś osobliwe, zachowanie musiało być znamienne oceną swojej znamienności. Osobliwość tę – nad wyraz samokrytycznie – dostrzegał sam Mayer, bo znamiona normatywne uważał za „absurdy” i „zwyrodnienia” obiektywnej istoty czynu, powiadając nie bez racji, że stoją one jedną nogą w tejże istocie, a drugą nogą w bezprawności⁸⁷. Niedoskonałość wniosków Mayera nie powinna

⁸⁵ Za: H. Schweikert, *Die Wandlungen...*, s. 42 i n.

⁸⁶ M.E. Mayer, *Der allgemeine...*, 1915, s. 37 i n. Autor twierdził, że materialną podstawą bezprawności są normy kulturowe, „które pozwalają zrozumieć zakazy i nakazy, jakimi posługuje się społeczeństwo w celu zapewnienia zachowań odpowiadających jego interesom” i które to normy pozwalają uznać „za materialnie bezprawne takie zachowanie, które pozostaje w sprzeczności z normami kultury, jakie uznaje państwo” – M.E. Mayer, *Der allgemeine...*, 1923, s. 44, 180; zob. także M.E. Mayer, *Rechtsnormen...*, s. 17.

⁸⁷ Mayer miał tu rzecz jasna na myśli belingowską strukturę przestępstwa i podział na ściśle obiektywną znamienność oraz normatywnie ujmowaną bezprawność – zob. M.E. Mayer, *Der allgemeine...*, 1923, s. 182 i n. Znamiona normatywne nie pasowały autorowi ani do jednej, ani do drugiej płaszczyzny i stanowiły wyjątek od trójstopniowej struktury przestępstwa Belinga. Na temat trudności pogodzenia znamion normatywnych swoiście uadekwatniających bezprawność ze strukturą przestępstwa Belinga zobacz w szczególności: H. Schweikert, *Die Wandlungen...*, s. 43–45; K.H. Kunert, *Die normativen...*, s. 28–31; W.G. Tischler, *Verbotsirrtum...*, s. 60–65.

jednak przysłaniać tego, że pomimo problemów z osadzeniem znamion normatywnych w strukturze przestępstwa – błędnie zresztą uważanych za „znamiona” – autor niebawem trafnie wyczuwał, iż w tejże strukturze trzeba uwzględnić jakiś faktor uelastyczniający bezprawność, i że ów faktor różni się od zwykłych (właściwych) znamion typu, ze swej istoty obiektywnych, różni się także i od normatywnie pojmowanej bezprawności, a wreszcie – różni się też od umyślności i nieumyślności (czyli dla klasyków winy).

Neokantowski nurt nasączenia formalnych przesłanek odpowiedzialności pozaprawnymi kryteriami wartościowania reprezentował w literaturze niemieckiej zwłaszcza E. Mezger⁸⁸. Mezger postrzegał bezprawność jako naruszenie zagwarantowanego przez prawo obiektywnego porządku współżycia między ludźmi⁸⁹. Odwrotnie więc niż u klasyków, samą bezprawność Mezger ujmował obiektywnie, powiadając, bezprawność to sprzeczność z prawem jako normą oceniającą (*Bewertungsnorm*), ujemna ocena zmiany dokonanej w aprobowanym przez prawo stanie, a nie ujemna ocena samego zachowania⁹⁰.

W ujęciu Mezgera istota czynu – czyli ustawowy opis jego znamion – miała stanowić „stypizowaną bezprawność” (*vertypte Rechtswidrigkeit*) tudzież „typ bezprawia” (*Unrechtstypus*)⁹¹. Z tego też względu autor uważał znamienność za rzeczywistą podstawę bezprawności (*Realgrund, ratio essendi*), a nie tylko za jej przesłankę (*Erkenntnisgrund, ratio cognoscendi*), jak czynił to Mayer⁹². Dla Mezgera bezprawność była więc tożsama ze znamiennością, bo samą treść prawa postrzegał on materialnie i wiązał z ochroną ludzkich interesów, przez co realizacja znamion wiązała się inherentnie z naruszeniem owych interesów⁹³.

Edmund Mezger znamiona (istotę czynu) pojmował czworako: jako wszystkie przesłanki odpowiedzialności, których spełnienie wiąże się ze skutkami prawnymi, albo jako cechy właściwe każdemu przestępstwu (ogólny zespół znamion), albo jako cechy specyficzne dla konkretnego typu przestępstwa (szczególny zespół znamion), albo jako cechy

⁸⁸ Zanim Mezger został narodowosocjalistycznym konwertytą.

⁸⁹ E. Mezger, *Die subjektiven...*, s. 239 i n. Odnośnie do koncepcji Mezgera zobacz także E.J. Lampe, *Das personale...*, s. 51 i n.; H. Koriath, *Grundlagen...*, s. 289 i n.

⁹⁰ E. Mezger, *Die subjektiven...*, s. 246.

⁹¹ E. Mezger, *Vom Sinn...*, s. 190–191.

⁹² E. Mezger, *Vom Sinn...*, s. 194–195.

⁹³ E. Mezger, *Vom Sinn...*, s. 194–195, a także E. Mezger, *Strafrecht...*, s. 197 i n.

charakteryzujące w danym przepisie określone bezprawie, z pominięciem znamion przynależnych do winy (znamiona we właściwym prawnokarnym znaczeniu)⁹⁴. Nieklarowny był autor w tym, czym dokładnie miałyby się różnić podejście trzecie od czwartego, ale rozplątywanie tutaj tego supła byłoby zbędne.

Wiążąc znamienność z bezprawnością, Mezger włączył do zespołu znamion elementy subiektywne, które klasycy wyraziście oddzielali od znamion ze względu na ich nieobiektywne i niedeskryptywne charakter. Zespół znamion wyznaczały w takim wypadku wszystkie, zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe⁹⁵, zarówno deskryptywne, jak i normatywne, znamiona charakteryzujące dany typ, które odróżniały go od innych typów zachowań⁹⁶. Do istoty czynu należały zaś tylko te znamiona, do których odnosi się wina, co samą winę lokowało poza istotą czynu⁹⁷. Mówiąc prosto: znamionami były wszystkie przesłanki odpowiedzialności karnej prócz winy. Sama struktura przestępstwa stała się przez to strukturą dwuszczeblową: bezprawność/znamiona – wina⁹⁸.

Teoretycznych podstaw uadekwatnienia (uwartościowienia) znamion typu Mezger – niezbyt spójnie metodologicznie – poszukiwał na styku typizacji, wykładni i stosowania prawa; zresztą autor niespecjalnie odróżniał wykładnię od stosowania prawa. Pisał, że ustawowy opis znamion to nic innego, jak „stypizowana bezprawność”, którą powinno się ustalać w konkretnym przypadku na podstawie subiektywnego osądu podyktowanego „logiką emocjonalną”, ewaluacji wykraczającej poza czystą dyskrecjonalność, bo wspartej odwołaniem do „sądów wartościujących tkwiących w istocie rzeczy”⁹⁹. W mezgerowskim postrzeganiu znamion i bezprawności można dostrzec zaczerpniętą wyraźnie z neokantowskiego leksykonu dwuznaczność polegającą na przypisaniu waloru obiektywności osądowi subiektywnemu. Autor z jednej strony

⁹⁴ E. Mezger, *Strafrecht...*, s. 175–176.

⁹⁵ Tu uwaga terminologiczna. Umyślność i nieumyślność nie były wedle Mezgera znamionami podmiotowymi istoty czynu. Przynależały one bowiem do winy. Znamiona podmiotowe tworzyły okoliczności typu motywacja sprawcy itp.

⁹⁶ W. Wolter, *Funkcja...*, s. 47.

⁹⁷ W. Wolter, *Funkcja...*, s. 47. Zob. także E. Mezger, *Strafrecht...*, s. 175–176.

⁹⁸ Edmund Mezger zasadniczo był zwolennikiem kompleksowej normatywnej teorii winy, z pewnymi akcentami zaczerpniętymi ze znanej dogmatyce austriackiej charakterologicznej koncepcji winy (*charakterologischen Schuldbegriff*); zob. na ten temat H.-H. Jescheck, *Wandlungen...*, s. 3.

⁹⁹ E. Mezger, *Subjektivismus...*, s. 18, 20–21.

odróżnił osąd kognitywny, który sąd miał stosować w odniesieniu do tzw. opisowych elementów sprawy, od osądu ewaluatywno-normatywnego, charakterystycznego dla elementów normatywnych, równocześnie jednak włączył w poczet znamion i okoliczności obiektywne, i subiektywne, stwierdzając zarazem, że: „podstawy samej wiedzy mają charakter normatywny”¹⁰⁰. „Nawet ocena (*Wertung*)” – pisał Mezger – „jako taka może być w pewnym sensie z «zobiektywizowana»”, jeśli rozumieć ją nie jako akt indywidualnej władzy, ale jako czynność wykonywaną zgodnie z „danymi ocenami” (*gegebene Wertungen*), „w szczególności w zgodzie z tym, co być powinno w sensie kulturowo-historycznym”¹⁰¹. Zrównywało to w istocie znamiona obiektywne i subiektywne, bo wszystkie wiązały się z jakimś osądem normatywnym (wartościowaniem)¹⁰², któremu to osądowi – co jest już zupełnie w spostrzeżeniach Mezgera niezrozumiałe – przysługiwał jednak przymiot obiektywizmu, bo stawał się on obiektywny przez odniesienie do bytów idealnych-wartości¹⁰³.

Edmunda Mezgera można uznać za protoplastę uadekwatnienia znamion typu czynu zabronionego poprzez wykładnię. Nie szukał on w opisie czynu szczególnego znamienia wskazującego na rodzaj naruszanego dobra lub chronioną wartość, lecz cały opis znamion (istotę czynu) wiązał z ochroną wartości i postrzegał jako typizację bezprawia. Odczytywanie znamion, a także stosowanie prawa miały być dokonywane w odniesieniu do wartości, przepuszczane przez swego rodzaju kulturowo-historyczny filtr. Wedle dzisiejszych kategorii pojęciowych byłoby to nic innego jak uadekwatnienie znamion typu na płaszczyźnie wykładni teleologicznej i funkcjonalnej, służące wyłączeniu poza

¹⁰⁰ Zob. E. Mezger, *Vom Sinn...*, s. 215–218, 225. Wskazując, że wszystkie znamiona typu wiążą się z oceną, Mezger zwrócił uwagę na potencjalną sprzeczność z zasadą legalności w odniesieniu do tych znamion, które mają silne konotacje pozaprawne, kulturowe, np. „nieprzyzwoitość”. Luz decyzyjny wydawał się w przypadku takich znamion nieunikniony, dlatego zdaniem Mezgera pożądane było, by ustawodawca ostrożnie postugiwał się tą techniką normatywną – E. Mezger, *Vom Sinn...*, s. 226 i n.

¹⁰¹ E. Mezger, *Subjektivismus...*, s. 17.

¹⁰² Według autora ustalenie znamion przestępstwa „nie może być rozstrzygnięte w zwykłej ocenie bytu (*Seins-Urteil*), ale zawsze obejmuje również normatywną ocenę konkretnego przypadku, a zatem ocenę wartości (*Wert-Urteil*) obok oceny bytu” – E. Mezger, *Strafrecht...*, s. 90.

¹⁰³ W pracy z 1924 r. E. Mezger sformułował obiektywną koncepcję prawa, w tym prawa karnego, jako zbioru norm wartościujących (*Bewertungsnormen*) – E. Mezger, *Die subjektiven...*, s. 241. Wartościowanie przez pryzmat idealnych wartości autor uważał za ocenę obiektywną.

obszar kryminalizacji przypadków, które właśnie ze względu na chronione przez typ wartości nie powinny znaleźć się w tym spektrum. Podejście to żywe jest i w dogmatyce niemieckiej, i polskiej do dziś. O tym jednak, czemu nie może się ono ostać, napiszę niżej.

Na współczesnym kształcie nauki o zespole znamion – zarówno niemieckiej, jak i polskiej – największe piętno odcisnęły poglądy finalistów. Finalistyczne podejście do znamion typu czynu zabronionego stanowiło syntezę podejścia klasycznego i neokantowskiego. Słusznie spozstrzegł najważniejszy przedstawiciel finalizmu w dogmatyce niemieckiej, H. Welzel, że istota sporu między klasykami a neokantystami sprowadzała się do tego, czy zespół znamion stanowił jedynie wartościowo neutralną poszlakę bezprawności, czy też nasyconą wartościami „stypizowaną bezprawność”¹⁰⁴.

Starając się – niestety niezbyt spójnie – czerpać z obu nurtów, Welzel wskazywał, że z jednej strony istota czynu jest normatywnie bezbarwna, a komponent ocenny – nazwany przez autora społeczną adekwatnością (*Soziale Adäquananz*) – należy do okoliczności wyłączających bezprawność, a zatem jest wobec samych znamion wtórny, a z drugiej strony – że istota czynu nie jest wolna od wartościowania, bo z wielości zachowań ludzkich pozwala wyodrębnić te, które są prawnokarnie relewantne, bo albo są bezprawne, albo wyraźnie przez prawo dozwolone, ale nigdy obojętne¹⁰⁵. W tym więc sensie H. Welzel wprowadził swoiste domniemanie bezprawności zakodowane w znamionach typu, uznając, że istotą zespołu znamion jest oddanie treści zakazu karnego (*Verbotsmaterie*), toteż wypełnienie znamion co do zasady wskazuje na sprzeczność czynu z prawem, chyba że jest on dozwolony przez normę zezwalającą¹⁰⁶. Zespół znamion (*Tatbestand*) Welzel wiązał z normą opisującą potencjalne ludzkie zachowanie się, zakazującą określonego postępowania. Znamienność czynu (*Tatbestandsmäßigkeit*) była tu sprzecznością z normą (*Normwidrigkeit*), poszlaką (*Indiz*) bezprawności, ale jeszcze o bezprawności (*Rechtswidrigkeit*) nie przesądzała, bo porządek prawny to nie tylko zakazy i nakazy, ale i zezwolenia¹⁰⁷.

¹⁰⁴ H. Welzel, *Das Deutsche...*, 1958, s. 52.

¹⁰⁵ Na temat wspomnianej niespójności w poglądach H. Welzla zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 243.

¹⁰⁶ H. Welzel, *Das Deutsche...*, 1958, s. 53.

¹⁰⁷ H. Welzel, *Das Deutsche...*, 1958, s. 49 i n. Hans Welzel rozróżniał dwa pojęcia, które trudno dostatecznie dystynktywnie przełożyć na język polski: *Unrecht* oraz

W postrzeganiu istoty czynu jako normatywnie bezbarwnej oraz umiejscowieniu społecznej adekwatności w strukturze normy sankcjonowanej H. Welzel nie był jednak konsekwentny. W pierwszym okresie swej twórczości uważał, że społecznie adekwatne zachowanie nie realizuje istoty czynu, bo nie przekracza normy sankcjonowanej. Następnie – i to twierdził Welzel najdłużej – prezentował wspomniane wyżej stanowisko, że istota czynu jest normatywnie bezbarwna, acz jej wypełnienie co do zasady wskazuje (*indiziert*) na bezprawność, którą można wyłączyć (zalegalizować wtórnie) okolicznością w postaci społecznej adekwatności zachowania¹⁰⁸. W ostatnim okresie aktywności naukowej autor powrócił do pierwotnego stanowiska¹⁰⁹.

Znamiona typu Welzel wiązał z normą, normę zaś z bezprawnością. Znamiona – czyli normę – autor definiował jako „faktyczny, obiektywny opis zabronionego zachowania, który w prawie karnym musi być dokonany ze szczególną starannością”¹¹⁰. „Obiektywności” opisu zachowania w żadnej mierze nie można jednak utożsamiać z obiektywnością znamion (*objektiven Tatbestand*). *Novum* zaproponowanym przez szkołę finalistyczną było włączenie w poczet zespołu znamion czynu oraz strony podmiotowej (umyślności i nieumyślności). Welzel pisał, że:

czyn jest zdarzeniem „ostatecznym”, a nie tylko „przyczynowym”. „Ostateczność” lub celowość opierają się na fakcie, że człowiek, na podstawie swojej wiedzy przyczynowej, może do pewnego stopnia przewidzieć możliwe konsekwencje swojego działania, a więc i wyznaczyć sobie różne cele oraz skierować swoje działanie na osiągnięcie tych celów w sposób zaplanowany. (...) Działanie finalne jest zatem świadomie nakierowane na cel, podczas gdy zdarzenie czysto przyczynowe na cel ukierunkowane nie jest, lecz jest losową wypadkową odpowiednich składowych¹¹¹.

Rechtswidrigkeit. Oba można przełożyć jako „bezprawność”, ale dla autora znaczyły one coś innego. Welzel poprzez *Unrecht* rozumiał ściśle „niezgodność z normą”, a poprzez *Rechtswidrigkeit* – bezprawność (niezgodność z normą i brak okoliczności wyłączających bezprawność) – zob. H. Welzel, *Das Deutsche...*, 1958, s. 42–43.

¹⁰⁸ Zwiąże o poglądzie Welzla na bezprawność napisał W. Gropp, *Die Tatbestandsmäßigkeit...*, s. 167.

¹⁰⁹ Na teoretyczną drogę Welzla w tę i z powrotem trafnie zwrócił uwagę Z. Jędrzejewski, *Společno-wartościujący...*, s. 76.

¹¹⁰ Zob. H. Welzel, *Das Deutsche...*, 1969, s. 49. Twierdzenie to przetrwało w niezmiennym kształcie wariacje autora na temat relacji istoty czynu do społecznej adekwatności, bo akurat w postrzeganiu znamion typu jako obiektywnego opisu zabronionego zachowania Welzel był bardzo konsekwentny – zob. H. Welzel, *Das Deutsche...*, 1947, s. 34 i n.

¹¹¹ H. Welzel, *Das Deutsche...*, 1958, s. 28.

Logiczną konsekwencją włączenia przez finalistów czynu do zespołu znamion było włączenie doń także strony podmiotowej. Celowość charakteryzującą czyn wiązali oni ze świadomością i wolą, czyli komponentami zamiaru, przez co czyn i strona podmiotowa miały tożsamy fundament i musiały w związku z tym mieć wspólne miejsce w strukturze przestępstwa.

Ze względu na zaliczenie strony podmiotowej do znamion typu, umyślność i nieumyślność zostały poddane teoretycznej i normatywnej obiektywizacji. Welzel stwierdził, że: „rzeczywistą podstawą każdego przestępstwa jest obiektywizacja woli w akcie zewnętrznym” (*die Objektivierung des Willens in einer äußeren Tat*), która „wyraża się w obiektywnych «okolicznościach czynu»” (*findet ihren Ausdruck in den objektiven „Tatumständen”*)¹¹². Znamiona przedmiotowe i podmiotowe nie różniły się przez to dla finalistów ani z punktu widzenia swej struktury, ani z punktu widzenia tego, jak należałoby stwierdzać ich spełnienie w konkretnym przypadku. I jedno, i drugie odnosiły się bowiem do określonych okoliczności obiektywnych¹¹³.

Największym problemem finalizmu – rezonującym po dziś dzień w proponowanych we współczesnej dogmatyce polskiej i niemieckiej strukturach przestępstwa – jest pozór obiektywizacji subiektywnych komponentów odpowiedzialności skutkujący rozmyciem pojęcia znamienia i włączeniem do ich zespołu przesłanek odpowiedzialności, które nie poddają się ani strukturalizacji pod względem określonych cech, ani – wtórnie – nie poddają się też wykładni. W przypadku znamion obiektywnych – nawet tych nieostrych, zwanych niekiedy błędnie „ocennymi”¹¹⁴ – możliwe jest ustalenie za pomocą reguł interpretacji jakichś cech zdarzenia, których wystąpienie będzie oznaczać spełnienie znamienia. Można się sprzeczać o prawidłowość wykładni, o granice

¹¹² H. Welzel, *Das Deutsche...*, 1958, s. 47.

¹¹³ Często zresztą tych samych, co wiąże się z problemem tzw. zdublowanego (pozorne-go) przypisania, o czym wypowiem się obszerniej w artykule poświęconym normom sankcjonującej i walidacyjnej.

¹¹⁴ Błędnie, bo żadne znamiona obiektywne nie wiążą się z wartościowaniem, lecz część z nich ma klarowny rdzeń i nieklarowny brzeg, czyli można wskazać desygnaty, które na pewno wypełniają dane znamię i które na pewno go nie wypełniają, ale nie można przesądzić, że są to wszystkie desygnaty, które wypełniają dane znamię lub wszystkie, które go nie wypełniają. Na temat nieostrości nazwy zob. K. Ajdukiewicz, *Logika...*, s. 58.

wywiezionych zeń denotacji, ale w żadnym razie nie można sprzeczać się o to, że dane znamię opisuje w sposób uniwersalny (powtarzalny, abstrakcyjny) jakiś fragment rzeczywistości. Niczego takiego nie da się powiedzieć o żadnym z subiektywnych aspektów przestępstwa: nie ma cech „chęci”, „godzenia się”, „przewidywania”, „motywacji” i tak dalej, nie ma też cech „czynu” jako „zachowania celowego”. Muszę jeszcze na chwilę zostawić czytelnika z wątpliwościami, które zasiałem.

Nie mieli również racji finaliści ze swym postrzeganiem miejsca i funkcji społecznej adekwatności zachowania w strukturze przestępstwa i to bez względu na to, czy mowa o „Welzlu wczesnym i późnym” (zachowania społecznie adekwatne nie realizują istoty czynu), czy „Welzlu środkowym” (zachowania społecznie adekwatne wypełniają istotę czynu, ale są wtórnie legalizowane). Jeśli by zachowania społecznie adekwatne postrzegać jako niewypełniające istoty czynu, to płaszczyzną korekty normy sankcjonowanej musiałaby być wykładnia. To zaś wiązałoby się z licznymi, moim zdaniem nieusuwalnymi, problemami, które napotykali także neokantyści. Więcej napiszę o tym niżej, ale teraz wspomnę mimochodem, że problem ten można określić jako brak punktu odniesienia dla teleologicznej i funkcjonalnej korekty wykładniczej normy sankcjonowanej: bez ukończonej wykładni i bez znajomości specyfiki konkretnego przypadku nieznany jest kierunek, w którym należałoby uadekwatnić normę. Próby uadekwatnienia *in abstracto* byłyby teoretycznym wróżbiarstwem, zgadywanką pozwalającą odgadnąć tylko najoczywistsze normy ostrożności.

Jeśli by natomiast społeczną adekwatność postrzegać jako kontratyp, to z perspektywy gwarancyjnej nie do zaakceptowania byłoby podejście przyjmujące domniemanie bezprawności, póki nie obali się go następczym jej wyłączeniem (typu nie przełamie kontratypem)¹¹⁵. Rysuje się to szczególnie wyraźnie w „środkowej” twórczości H. Welzla, który – zaliczywszy do kontratypów społeczną adekwatność – domniemanej a ustawowo określonej bezprawności przeciwstawił pozaprawną, dalece uznaniową i nieokreśloną okoliczność wyłączającą bezprawność.

¹¹⁵ W tym wypadku finaliści byli więc największymi radykałami, bo nie podążali ani za klasykami, którzy znamienność w ogóle oddzielali od bezprawności, ani za neokantystami, którzy wszystkie znamiona typu wiąźali z wartościowaniem, widząc w nich „typizację bezprawia”.

Zbierając najważniejsze elementy poszczególnych podejść:

- 1) Beling – trójstopniowa struktura przestępstwa: znamiona obiektywne (obraz przewodni) – bezprawność (sprzeczność z porządkiem prawnym jako całością) – wina rozumiana psychologicznie,
- 2) Mayer – trzypółstopniowa struktura przestępstwa: znamiona obiektywne (właściwe) – bezprawność (sprzeczność z porządkiem prawnym jako całością) – znamiona normatywne (niewłaściwe) rozumiane jako naruszenie norm kulturowych, usytuowane na styku istoty czynu oraz bezprawności – wina rozumiana psychologicznie,
- 3) Mezger – dwustopniowa struktura przestępstwa: znamiona obiektywne jako stypizowana bezprawność – wina rozumiana (zasadniczo) normatywnie kompleksowo,
- 4) Welzel – dwupółstopniowa struktura przestępstwa: czyn, znamiona przedmiotowe, znamiona podmiotowe składające się na bezprawność – okoliczność wyłączająca bezprawność (kontratyp), jeśli występuje – wina rozumiana normatywnie czysto.

Nakreślę teraz moje spojrzenie na zespół znamion. Wspomniałem wyżej, że zapatrywania E. Belinga są mi bliskie i należy je raczej wysubtelnić niż odrzucić. Słusznie Beling spostrzegł, że znamiona pełnią przede wszystkim funkcję selektywną, stanowią *conductio sine qua non* przestępności, ale wartościowo są neutralne („bezbabarwe”). Zachowanie znamienne przez samą swą znamienność nie jest ani bezprawne, ani niebezpieczne, ani społecznie akceptowalne, ani nieakceptowalne.

Podepnę się przykładem. Z punktu widzenia ustawowego opisu zachowania z art. 157 § 1 k.k. polegającego na (s)powodowaniu naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwającego dłużej niż 7 dni, nie ma różnicy między złamaniem nosa w następstwie uderzenia pięścią w trakcie walki bokserskiej a złamaniem nosa w następstwie uderzenia pięścią w trakcie potyczki w warunkach ulicznych. Zachowania te nie różnią się kwalitatywnie z punktu widzenia ustawowej istoty czynu, bo te same znamiona wypełniają w ten sam sposób. Dystynkcja między nimi jest oparta na kryteriach pozaznamiennych, a więc pozaprawnych, i polega na odwołaniu się do ocen ukształtowanych w danym środowisku społecznym. Dla takich ocen znamiona są warunkiem prymarnym, bo w sensie temporalnym i funkcjonalnym wyznaczają ramy zdarzenia, do których odnoszą się „gotowe” oceny, przez co wiadomo w ogóle, o zestaw jakich ocen chodzi. Z tego też względu normy ostrożności, czyli

owe społeczne oceny, nie mogą być ani znamieniem, ani wstępnym warunkiem normowania: i w jednym, i w drugim przypadku muszą to być zjawiska wtórne wobec znamion¹¹⁶.

W związku z tym nie miał racji M.E. Mayer, który – dostrzegając problem braku komponentu ocennego w belingowskiej strukturze przestępstwa – chciał wprowadzić ów komponent do znamion typu. Oprócz wspomnianego już niedostatku, że zachowanie musiałoby być znamienne oceną swojej znamienności, co jest i teoretycznym, i praktycznym absurdem, mayerowskie „znamiona normatywne” byłyby w ogóle niemożliwe do ustalenia. Normy ostrożności nie mają bowiem nigdy charakteru abstrakcyjnego, są odpoznawane z konkretnego przypadku i nie dałoby się ich odczytać z istoty czynu nawet, gdyby przyjąć to karkołomne teoretyczne założenie, że ze znamion ustawowych można byłoby wyinterpretować „znamiona normatywne” i później z jednych i drugich składać pełny zespół znamion. Konkretnemu wymiarowi norm ostrożności nie uchybiają nawet te przypadki, gdy odpoznając je, trzeba sięgnąć do usystematyzowanych, a nawet skodyfikowanych wzorców, bo żeby wiedzieć, do których wzorców i w jakim zakresie sięgać, trzeba znać specyfikę danego przypadku.

Znów przykład: jeśli mowa o (s)powodowaniu naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwającego dłużej niż 7 dni, to skądś trzeba wiedzieć, czy sięgnąć do reguł prawidłowego przeprowadzenia danego zabiegu medycznego, reguł współzawodnictwa w jakiejś dyscyplinie sportu, reguł prawidłowej asekuracji przy wykonywaniu prac wysokościowych, czy wreszcie do reguł zupełnie nieformalnych, związanych z „praktyką życia społecznego” w odniesieniu do określonego rodzaju zdarzeń. Co więcej, nawet reguły najdalej sformalizowane czy mające obszerne epistemologiczne podstawy nigdy nie stanowią jedynych norm ostrożności w danej sytuacji, bo sformalizowane

¹¹⁶ Jeśli by normy ostrożności miały być znamieniem, to musiałyby podlegać jednolitej (i jednocześnie) wykładni z innymi znamionami typu, a wówczas w ogóle nie byłoby wiadomo, o jakie normy ostrożności może chodzić, bo w ujęciu abstrakcyjnym byłoby jeszcze nieustalone zdarzenie, z którym takie reguły należałoby wiązać (inną sprawą jest oczywiście, że norm ostrożności nie da się zrekonstruować *in abstracto*). Jeśli by miały one być wstępnym warunkiem normowania, to również nie byłoby wiadomo, o jakie reguły miałyby chodzić, ani do jakiego zdarzenia te reguły miałyby się odnosić. Nie istnieją zachowania nieostrożne *per se*, zawsze są one nieostrożne w odniesieniu do czegoś i trzeba wiedzieć, czym to coś ma być.

czy epistemologiczne normy ostrożności zawsze muszą być dopełnio- nie obiektywną charakterystyką konkretnego przypadku¹¹⁷. Niemożliwe byłoby więc odwrócenie perspektywy i stwierdzenie, że na podstawie samych znamion typu można byłoby *in abstracto* wyznaczyć wszystkie możliwe sposoby realizacji tychże znamion i zrekonstruować w ten sposób wszystkie możliwe normy ostrożności, bo sposobów realizacji znamion typu jest nieskończenie wiele, a przeto i nieskończenie wiele jest norm ostrożności.

W związku z tym zespół znamion musi być pozbawiony jakichkolwiek komponentów ocennych, bo ocena może się odnosić do konkretnego, nie zaś do abstraktu. Upřednio zaś konkret, który podlegałby ocenie, należy wyselekcjonować – i temu właśnie służy zespół znamion. Ocena nie może być jednym z kryteriów selekcji, bo byłoby to pomieszanie kategoryjne, pomylenie przedmiotu oceny z oceną. Nie sposób jednak nie docenić intuicji M.E. Mayera, który słusznie wyczuwał, że w strukturze przestępstwa trzeba uwzględnić jakiś „bezpiecznik” odnoszący się do zespołu znamion, który uadekwatni spektrum prawnokarnie relevantnych zachowań, a jedynie błędnie ulokował ten „bezpiecznik” w strukturze znamion.

Nie zgodzę się jednak z klasykami, którzy zespół znamion separowali od bezprawności, poszukując bezprawności w bliżej niesprecyzowanej „sprzeczności z porządkiem prawnym jako całością”. Figura taka jest pozbawiona jakiegokolwiek treści, nie dostarcza jakiegokolwiek przesłanek, które pozwalałyby stwierdzić jej wystąpienie. Nie mogę też zgodzić się z samą koncepcją poszukiwania bezprawności poza systemem prawa karnego, ani w ujęciu abstrakcyjnym, ani w ujęciu konkretnym, jako sprzeczności z konkretną nieprawidłową normą¹¹⁸, w wersji

¹¹⁷ Najlepiej widać to na przykładzie zabiegów medycznych. Obok epistemologicznych reguł przeprowadzania określonego zabiegu na normy ostrożności wiążące w konkretnym przypadku składa się szereg zmiennych, na przykład: sprzęt dostępny lekarzowi i jego jakość, kompetencje personelu pomagającego w operacji, charakterystyka konkretnego pacjenta itd. Zmienne te mają charakter obiektywny w tym sensie, że każda osoba postawiona w tejże sytuacji miałaby takie właśnie warunki zachowania. Inną sprawą jest, że wiedza medyczna nie jest tak kompletna i precyzyjna, jak się to często laikom wydaje – zob. w literaturze popularnonaukowej A. Gawande, *Komplikacje...*

¹¹⁸ Pogląd ten jest charakterystyczny dla autorów przyjmujących, że właściwą normą prawa karnego jest norma sankcjonująca, a norma sankcjonowana jedynie logicznie poprzedza przepis prawa karnego i jest przesłanką wydania przez ustawodawcę przepisu karnego, ale przepis karny nie wystawia tej normy – zob. w szczególności A. Zoll,

skrajnej niekoniecznie nawet prawną¹¹⁹. Nie podzielam też naturalnej konsekwencji tego poglądu, że bezprawność jest pojęciem jednolitym (monistycznym) w całym systemie prawa i w żadnym razie nie można mówić o bezprawnościach swoistych dla poszczególnych gałęzi prawa, w tym o bezprawności karnej¹²⁰. Zapatrywanie to zdezawuuje dwojako, spoglądając na problem bezprawności z perspektywy obu jej komponentów: ustawowego (znamion typu) oraz relatywnego (norm ostrożności).

Co tyczy się pierwszego, wbrew temu, co twierdzą zwolennicy podejścia monistycznego, częstokroć jedynym źródłem ustawowych przesłanek bezprawności są tylko przepisy ustawy karnej. Przykładowo znikąd poza prawem karnym nie wywiedzie się ustawowych podstaw bezprawności form stadialnych oraz zjawiskowych (poza współsprawstwem)¹²¹, znikąd poza prawem karnym nie wywiedzie się też przesłanek

O normie..., s. 85; A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie...*, s. 114 i n. We wcześniejszej twórczości W. Wróbel przyjmował jednak odmiennie, że: „można normę sankcjonowaną uzyskać w inny jeszcze sposób. Można bowiem odnaleźć wprost w kodeksie karnym operator deontyczny nakazu/zakazu. Art. 120 § 1 [obecny art. 115 § 1 k.k. – A.R.] stwierdza, że czynem zabronionym jest działanie lub zaniechanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Wyraźny więc przepis prawny zakazuje zachowań opisanych w kodeksie karnym zarówno w części szczególnej, jak i ogólnej. W związku z treścią art. 1 popełnienie takiego czynu zabronionego pod groźbą kary jest warunkiem odpowiedzialności karnej. Można więc we wspomnianym art. 120 § 1 odnaleźć źródło normy sankcjonowanej. Podobnie sformułowane przepisy kodeksu wykroczeń również posługują się terminem czynu zabronionego. Dla odmiany, nie wprowadzają tego zwrotu przepisy o odpowiedzialności dyscyplinarnej. Odpowiedzialność ta nie jest związana z popełnieniem czynu bezprawnego. (...) Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, iż przepis prawa karnego zawiera elementy mające znaczenie dla trzech odrębnych struktur normatywnych: normy sankcjonującej *sensu stricto*, kompetencji do orzeczenia sankcji i normy sankcjonowanej” – W. Wróbel, *Struktura...*, s. 101–102. Na spostrzeżenia autora, że źródła normy sankcjonowanej, a zatem i bezprawności, należy poszukiwać w samym prawie karnym, spoglądam z pełną aprobatą, choć różnię się zdecydowanie w postrzeganiu i normy sankcjonowanej, i bezprawności, co zaakcentuję w dalszej części pracy.

¹¹⁹ K. Binding, *Die Normen...*, s. 36. Trafnej krytyki zapatrywań Bindinga i jego osobliwej koncepcji „nieokreślonego «nieskodyfikowanego porządku normatywnego»” z pozycji zastrzeżeń podnoszonych w literaturze niemieckiej przez H. Kelsena dokonał Ł. Pohl – Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 32 i n.

¹²⁰ Za poglądem tym opowiada się większość autorów z tzw. krakowskiej szkoły prawa karnego – przykładowo A. Zoll, *O normie...*, s. 72 i n.; A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 51 i n.; A. Zoll, *Karalność...*, s. 102 i n.; Z. Ćwiąkowski, *Błąd co...*, s. 37 i n.; M. Bielski, *Koncepcja...*, s. 28.

¹²¹ W odniesieniu do odrębności norm sankcjonowanych (przesłanek bezprawności) form stadialnych i form zjawiskowych zasadniczo podzielam poglądy prezentowane w literaturze przez Ł. Pohla. Co tyczy się form stadialnych, podobnie jak autor, uważam, że

odpowiedzialności za zachowania typizujące postęпки niemoralne, np. kazirodztwo¹²². Wnikliwa analiza poszczególnych typów przestępstw i w Kodeksie karnym, i w regulacjach pozakodeksowych prowadzi do wniosku, że w przypadku bardzo dużej części przestępstw jedynym źródłem ustawowych przesłanek bezprawności jest ustawa karna¹²³.

Co tyczy się drugiego – i co moim zdaniem samodzielnie dyskredytuje pogląd o monistycznie pojmowanej bezprawności – tylko w prawie karnym bezprawność jest zależna od nieostrożności zachowania. Nawet w tych przypadkach, skądinąd niezwykle rzadkich, w których ustawowe przesłanki bezprawności zachowania są tożsame w prawie karnym i w innej gałęzi prawa, różnica między tymi „bezprawnościami gałęziowymi” przejawia się właśnie w warunku nieostrożności, swoistym tylko dla bezprawności karnoprawnej. Weźmy tu za przykład bigamię. Przesłanki bezprawności z art. 13 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹²⁴ oraz art. 206 k.k. są tożsame. Dla bezprawności cywilnej wystarczające jest zawarcie małżeństwa pomimo pozostawania w związku małżeńskim. Dla bezprawności karnoprawnej konieczne jest nieostrożne zawarcie małżeństwa pomimo pozostawania w związku małżeńskim, czyli takie, które jest sprzeczne z normami ostrożności wiążącymi w konkretnym przypadku.

do znamion normy sankcjonowanej należą wszystkie znamiona typu czynu zabronionego i – jakkolwiek różnię się z Pohlem co do przynależności doń tzw. „znamion podmiotowych”, uważam bowiem, że termin „znamiona podmiotowe” jest teoretycznym nieporozumieniem i mówić niepodobna o takiej konstrukcji – to jesteśmy zgodni, że do normy sankcjonowanej przynależą wszystkie znamiona przedmiotowe, ze skutkiem włącznie. Norma dotycząca usiłowania zabicia człowieka jest więc treściowo różna od normy dotyczącej zabicia człowieka – zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 137–138. Zgadzam się także z zapatrywaniem badacza, że ze względu na wypracowaną w teorii prawa zasadę normowania w jednej normie czynu tylko jednego rodzaju, poszczególne formy zjawiskowe mają swoje własne normy sankcjonowane – zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 140 i n.

¹²² Na to, że przepisy ustawy karnej stanowią niekiedy jedyną podstawę dekodowania przesłanek bezprawności (ustawowych znamion typu) zwrócił uwagę sam A. Zoll, stwierdzając, że: „jeżeli przyczyny polityczno-kryminalne skłaniają ustawodawcę do karalności podżegania i pomocnictwa do określonego przestępstwa indywidualnego (właściwego), to powinien wprowadzić odrębną normę prawną zakazującą podżegania lub pomocnictwa do określonego typu przestępstwa indywidualnego. Karalność takich czynów oparta będzie wtedy na tej «nowej» szczególnej normie sankcjonowanej. Będzie to już karalność za sprawcze zrealizowanie przestępstwa *sui generis*, a nie karalność postaci zjawiskowej przestępstwa indywidualnego” – A. Zoll, *O normie...*, s. 87–88.

¹²³ Rozumiana rzecz jasna szerszej niż sam tylko „kodeks karny”, bo jako zbiór wszystkich przepisów rangi ustawowej regulujących podstawy odpowiedzialności karnej.

¹²⁴ Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964, nr 9, poz. 59.

Z powyższego wynikają dwa bardzo ważne wnioski. Po pierwsze, bezprawność karnoprawna nigdy nie jest tożsama z bezprawnością innej gałęzi prawa, choćby na poziomie ustawowym opisywały identyczne zachowanie. Przykładowo widać to doskonale na styku prawa karnego z innymi gałęziami prawa publicznego, w szczególności z prawem podatkowym: „warunkiem progowym” bezprawności zachowania w prawie karnym jest możliwość stworzenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego (u mnie: nieostrożność), a w prawie podatkowym zachowania przekraczające normę sankcjonowaną, np. nakaz składania deklaracji podatkowej w określonym terminie, nie muszą spełniać takiego warunku¹²⁵. Po drugie, ustawowe przesłanki bezprawności – czyli znamiona typu czynu zabronionego – są odczytywane wyłącznie z przepisów prawa karnego¹²⁶. Nie zmienia się to nawet wówczas, gdy prawodawca posługuje się techniką legislacyjną w postaci znamion odsyłających, bo taki zabieg jest normatywnie neutralny, gdyż sprowadza się jedynie do sięgnięcia do warstwy deskryptywnej przepisu, a nie do rekonstruowanej w oparciu na nim bezprawności.

Teraz krótko o mezgerowskim sprzężeniu znamienności z bezprawnością (typizacją bezprawia). Napisałem wyżej, że postawienie znaku równości między znamiennością a bezprawnością stanowiło w istocie przerzucenie uadekwatnienia znamion typu na płaszczyznę wykładni teleologicznej i funkcjonalnej. Przyjmując, że zespół znamion *a priori* koduje *Unrechtstypus*, Mezger musiał znaleźć jakiś sposób, by poza znamiona wyłączyć przypadki, które oczywiście nie powinny należeć do znamion. Sposób ten znalazł w subiektywnym osądzie poddyktowanym „logiką emocjonalną”, ewaluacji wykraczającej poza czystą dyskrecjonalność, bo wspartej odwołaniem do „sądów wartościujących tkwiących w istocie rzeczy”, zobiektywizowanej jednak, bo zgodnej z kulturowo-histerycznymi ocenami. Kryła się za tymi nieprzesadnie klarownymi twierdzeniami wykładnia w ujęciu dynamicznym, konwencjonalne czynności interpretatora podejmowane wedle ściśle określonych reguł na poziomie teleologicznym i funkcjonalnym.

Koncepcja uadekwatnienia znamion typu za pomocą wykładni nie broni się przynajmniej z jednego bardzo ważnego powodu. Jak już

¹²⁵ Zob. G. Łabuda, *O kształcie...*, s. 75 i n.

¹²⁶ Na temat prezentowanych w teorii prawa karnego stanowisk opowiadających się za możliwością wyinterpretowania z przepisu prawa karnego – obok normy sankcjonującej – także normy sankcjonowanej zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 48 i n.

писаłem, nie istnieją wyłącznie abstrakcyjne, niezależne od charakterystyki konkretnego przypadku, normy ostrożności. Nawet wówczas, gdy – odpoznając normy ostrożności – trzeba sięgnąć do formalnego (skodyfikowanego) ich wzorca¹²⁷, to i tak konieczne jest dopełnienie tego wzorca specyfiką konkretnej sytuacji. Dopełnień tych jest zaś tyle, ile możliwych zachowań zgodnych z ustawową istotą czynu, a zatem nieskończenie wiele. Jeśli więc uadekwatnienie wiązać nie z aplikacją normy, a z jej wykładnią, to trzeba byłoby założyć, że dałoby się zrekonstruować *in abstracto* wszystkie możliwe ostrożne i nieostrożne zachowania wypełniające znamiona typu, a następnie poza zespół znamion wyłączyć te ostrożne. Nie muszą dopowiadać, czy założenie takie się broni.

O czym jeszcze wspomnę, a co jest zarzutem ściśle metodycznym, na etapie wykładni nie wiadomo, do jakiego rodzaju norm ostrożności (do czego się odnoszących) należałoby się odwołać. Ulokowanie komponentu uadekwatniającego wewnątrz wykładni, procesu przecież niedokończonego, stwarzałoby ten problem, że nieznanymi byłby wówczas kierunek uadekwatnienia, nieznanymi byłyby wartości, przez pryzmat której bezprawność powinna zostać zawężona w stosunku do zakresu wyznaczonego przez znamiona typu. O ile tego problemu można nie dostrzec w prostych do zdekodowania istotach czynu, o tyle nie da się go zignorować w przypadkach znamion interpretacyjnie złożonych.

I wreszcie finalizm. Wspomniałem, że finaliści rozmyli istotę znamienia, za znamię uznając zarówno obiektywne, czyli empirycznie odrębne okoliczności czynu, jak i okoliczności subiektywne, empirycznie niewyodrębne, bo przynależne do świata wewnętrznego sprawcy. Znamieniem stał się u finalistów czyn jako celowe zachowanie człowieka, znamionami stały się też umyślność i nieumyślność złożone z określonych postaci świadomości i woli.

Spojrząc na ten pomysł z punktu widzenia podstawowych funkcji znamion typu, jakimi są funkcja selektywna na płaszczyźnie typizacji i funkcja dystynktywna na płaszczyźnie faktów. Czy hipotetycznie byłyby możliwe dwa obiektywnie identyczne zachowania, gdzie w przypadku jednego sprawca miałby zamiar jego popełnienia, a w przypadku drugiego – nie? Pytając od drugiej strony: czy hipotetycznie byłyby możliwe takie zachowanie, po zaobserwowaniu którego można byłoby

¹²⁷ Wzorców takich jest zresztą niewiele i w przypadku wielu typów czynów zabronionych próżno byłoby ich szukać.

suponować o dwóch postawach intelektualnych i wolitywnych sprawcy: zamiarze jego popełnienia albo jego braku?

A teraz do rzeczy. Sprawca, naruszając zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym, spowodował wypadek, którego następstwem jest śmierć innej osoby – kierowcy drugiego pojazdu. Wypadek polegał na tym, że sprawca na autostradzie zjechał na lewy pas i zajechał w ten sposób drogę motocykliście wykonującemu manewr wyprzedzania. Czy hipotetycznie byłoby możliwe, że w tym stanie faktycznym: albo sprawca zagapił się i nie spojrzął w lusterko przed zjechaniem na lewy pas, choć powinien był to zrobić, albo zjechał na lewy pas intencjonalnie, bo widział, że wyprzedza go znenawidzony sąsiad, którego sprawca od lat chciał zabić i trafiła mu się doskonała okazja, by „wyglądało to na wypadek”? Pytanie to ma rzecz jasna charakter retoryczny: tak, do przedstawionego stanu faktycznego można by „dopisać” wszystkie postacie umyślności i nieumyślności.

Implikuje to trzy spostrzeżenia. Po pierwsze, umyślność i nieumyślność nie pełnią funkcji selektywnej na płaszczyźnie typizacji, ani dystynktywnej na płaszczyźnie faktów. Funkcję taką pełnią wyłącznie znamiona przedmiotowe; jak by nie kraść i jak by nie wyrządzać uszczerbku na zdrowiu, kradzież będzie się różnić od wyrządzenia uszczerbku na zdrowiu, a z umyślnością i nieumyślnością (i poszczególnymi ich postaciami) zupełnie tak nie jest¹²⁸. Po drugie, norma sankcjonowana tożsamych rodzajowo typów umyślnych i nieumyślnych jest taka sama, bo różnica między nimi nie przebiega na płaszczyźnie obiektywnej. Po trzecie, umyślność i nieumyślność w sensie ontycznym nie przejawiają właściwości znamionnych, zaś w sensie normatywnym nie dają się ująć w znamionach. Zamiar i jego brak to fakty, i to zarówno w aspekcie intelektualnym, jak i wolitywnym, tyle że dla przypisania odpowiedzialności karnej spostrzeżenie to jest pozbawione znaczenia. Fakty te mają bowiem swe miejsce w świecie niedostępnym poznaniu, są planetami z odległej galaktyki, o których wiemy tyle tylko, że istnieją. Mówiąc o faktach z tego świata, trzeba się poruszać po omacku, bo nieznane są prawa, które rządzą tym światem. Nie ma w szczególności mowy, by o poszczególnych komponentach zamiaru lub nieumyślności wnioskować na podstawie prawdziwości kauzalnych, tak jak z zachowaniem wiąże się skutek na

¹²⁸ Termin „znamiona” oznacza więc to samo co „znamiona przedmiotowe” i nie ma potrzeby, by „znamiona” dookreślać.

płaszczyźnie obiektywnej¹²⁹. Pomysł ten podważę jednym, zupełnie nieprawnokarnym przykładem: każdy z pewnością doświadczył sytuacji, że po wyjściu z domu zaczął zachodzić w głowę, czy zamknął drzwi wejściowe na klucz i pomimo usilnych starań, nie mógł sobie przypomnieć tej czynności. Po powrocie do domu okazywało się, że drzwi zamknięte były. Jaka prawidłowość kauzalna oparta na obiektywnym zamknięciu drzwi pozwalałaby ustalić taką postawę psychiczną? Otóż żadna, tak samo jak żadna nie pozwalałaby ustalić zamykania drzwi z rozmysłem¹³⁰.

Nie będę w tym miejscu rozwijał powyższych spostrzeżeń. Dopełnię jedynie, że ze względu na swą poznawczą niedostępność, strona podmiotowa czynu zabronionego będzie się wiązać w prawie karnym wyłącznie z oceną normatywną. Tak samo jest ze wszystkim, co odwołuje się do wewnętrznej strony czynu, czyli warunkiem czynu¹³¹ oraz winą. Zachodzi zresztą między nimi specyficzna relacja, ale nie o tym teraz.

Płyną stąd kolejne wnioski ogólniejszej natury. Norma sankcjonowana w prawie karnym nie jest normą postępowania¹³² i jest normą całkowicie obiektywną¹³³, a ustalenie bezprawności wykazania ogranicza

¹²⁹ Koncepcję odwoływania się przy rekonstrukcji strony podmiotowej do prawidłowości kauzalnych, wnioscowania o niej na podstawie zdań oznajmujących zawierających opis zdarzenia oraz ogólnych praw (doświadczenia kauzalnego), zarysował w literaturze J. Giezek, *Świadomość...*, s. 257–261. Autor ten poszukiwał symetrii między tzw. obiektywnym przypisaniem a przypisaniem subiektywnym i starał się zobiektywizować stronę podmiotową, tworząc za pomocą pojęcia intersubiektywności swego rodzaju obiektywną jej protezę rekonstruowaną kauzalnie wedle reguł zaczerpniętych z obiektywnego wyjaśniania przyczynowego – zob. J. Giezek, *Świadomość...*, s. 258: „Rozważając, komu może zostać przypisany prawnokarnie relewantny skutek, w pierwszym rzędzie próbujemy więc ustalić, czy w konkretnym przypadku zachowanie potencjalnego sprawcy (kandydata do przypisania) stanowi jeden z nieodzownych elementów kauzalnego wyjaśnienia tego, co faktycznie się zdarzyło. Ten sam mechanizm wykorzystujemy wówczas, gdy chcemy dokonać rekonstrukcji tego, co sprawca przewidywał”.

¹³⁰ Postępowanie się pojęciem kauzalności w odniesieniu do strony podmiotowej jest nieporozumieniem o tyle, że kauzalność ze swej istoty musi się zasadzać na powtarzalności, empirycznej i epistemologicznej niezmienności związku przyczyn (przyczyn) ze skutkiem (skutkami). Jeśli z tego samego może wynikać raz tamto, a raz owamto, to nie można mówić o kauzalności.

¹³¹ Czynu rozumianego w jakikolwiek inny sposób niż tylko jako ludzka aktywność lub pasywność w danej przestrzeni w danym czasie.

¹³² Stanowisko to prezentował w literaturze Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 80 i n.; Ł. Pohl, *Norma...*, s. 55–64.

¹³³ W ogólnoteoretycznym spojrzeniu na normę sankcjonowaną jako normę obiektywną zgadzam się w całości z W. Patryasem. Niezwykle trafnie pisał autor, że: „Norma ta

się do wykazania, że wykonanie czynu stanowi przekroczenie owej normy¹³⁴. Jakikolwiek komponenty subiektywne nie stanowią warunku normowania tej normy ani warunku jej zastosowania, a pomieszczeniem kategorialnym jest w ogóle mówienie o „subiektywnych komponentach bezprawności”¹³⁵.

Wróć jeszcze do finalizmu. Welzel łączył znamienność z bezprawnością¹³⁶, a tak zwaną społeczną adekwatność zachowania – w zależności od okresu twórczości – lokował albo na poziomie wykładni (przyjmując, że zachowania społecznie adekwatne nie wypełniają istoty czynu), albo na płaszczyźnie kontratytu („wyłączenia bezprawności”). Wady pierwszego pomysłu omówiłem wcześniej; drugi również jest nie do zaakceptowania. Ze względów gwarancyjnych mój najdalej idący opór wzbudza domniemanie bezprawności oparte na ustawowo wysłowionych znamionach, które trzeba przełamywać kontratitem społecznej adekwatności o znamionach ustawowo nieokreślonych. Nie chodzi tu o czepliwość: ważka jest różnica między taką strukturą bezprawności, w której zachowanie znamienne musi być jeszcze nieostrożne (sprzeczne z co najmniej jedną konkretną normą ostrożności), a taką jej strukturą, w której zachowanie znamienne jest co do zasady bezprawne, chyba że akurat jest ostrożne (społecznie adekwatne)¹³⁷. Wektory domniemań są tu przeciwne. Drugi

[sankcjonowana – A.R.] zakazuje wykonać czyn zabicia człowieka, nie określając subiektywnych elementów działającego podmiotu. Zakazuje ona po prostu wytworzenia stanu rzeczy – uśmiercenia człowieka. Adresatem tej normy jest, w zasadzie, każdy człowiek. Przekracza ją ten, kto nie działając w obronie koniecznej itp. zabija człowieka. Czyn polegający na wytworzeniu tego właśnie stanu rzeczy jest czynem bezprawnym” – W. Patryas, *Interpretacja...*, s. 19. Gdzie indziej, w kontekście mającego współkształtować normę sankcjonowaną warunku czynu jako zachowania dowolnego, również trafnie wskazano, że: „Wytwarzając stan rzeczy C podmiot wykonuje czyn C, niezależnie od tego, czy wytwarzanie to jest dowolne, czy też niedowolne. Natomiast czyn ten może być uznany za przestępny wtedy tylko, gdy wykonując go podmiot kierował się własną wolą” – W. Patryas, *Interpretacja...*, s. 32.

¹³⁴ W. Patryas, „Norma...”, s. 66.

¹³⁵ Zob. przyczynkarski dla systematyzacji problematyki „subiektywnych komponentów bezprawności” artykuł P. Kardasa, *Subiektywne...*, s. 7–38.

¹³⁶ Znamienność miała wskazywać na bezprawność; za cytowanym wyżej W. Groppem: „Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert (lat. indicare = anzeigen) die Rechtswidrigkeit”.

¹³⁷ Zawsze trzeba brać poprawkę na ludzką omylność, nieodłącznie związaną ze stosowaniem prawa. Trudniej o wadliwe stwierdzenie bezprawności, gdy – w sensie pozytywnym – trzeba odpoznać konkretną normę ostrożności i normę tę wskazać, niż wtedy, gdy spełnienie ustawowo określonych cech co do zasady oznacza bezprawność, a w sensie negatywnym trzeba wykazać, czemu akurat w konkretnym przypadku nie ma bezprawności.

pogląd uważam przez to za sprzeczny z podstawową dla prawa karnego zasadą *ultima ratio*¹³⁸.

Ostatnia uwaga, trochę na marginesie. Zdaje się, że dostrzegam powód teoretycznych zwrotów Welzla, który raz umieszczał społeczną adekwatność na płaszczyźnie wykładni, czyniąc z niej swoisty metawarunek interpretacji ustawowego opisu czynu, innym zaś razem wiązał społeczną adekwatność z okolicznością wyłączającą bezprawność. Intelktualny niepokój powodowało chyba u autora jednoczesne posługiwanie się koncepcją jakoś uadekwatnialnej istoty czynu oraz kontratypu, czyli dwoma narzędziami o identycznej funkcji. Wyostrzę problem: jeśli powiedzieć, że istoty czynu nie wypełniają zachowania społecznie adekwatne, to kontratypy musiałyby wyłączać bezprawność zachowań społecznie nieadekwatnych, co stwarzałoby ogromny problem z uzasadnieniem ich *ratio legis*. Myślę, że H. Welzel dostrzegł ten problem i zastosował teoretyczną „ucieczkę do przodu”, przesuając społeczną adekwatność na płaszczyznę okoliczności wyłączających bezprawność. W ten sposób, za jednym zamachem, zneutralizował normatywnie istotę czynu, odcinając ją wyraziście od problemu społecznej adekwatności, a nadto obronił uzasadnienie *ratio legis* kontratypów jako okoliczności wyłączających bezprawność zachowań społecznie adekwatnych¹³⁹.

¹³⁸ W każdym chyba polskim i niemieckim podręczniku do prawa karnego przewija się słynne zdanie H. Welzla, że dobra prawne nie są muzealnymi eksponatami zamkniętymi w szklanych gablotach, a ścisły zakaz ich naruszania „doprowadziłby natychmiast do całkowitego zatrzymania życia społecznego i dobra prawne przeniósł do świata muzealnego, w którym byłyby one faktycznie ludzką ręką nienaruszone, ale musiałyby zastygnąć bezowocnie, nie realizując funkcji życiowej” – tłumaczenie za: R. Kubiak, *Czy istnieje...*, s. 86. Pogląd, wedle którego zachowania znamienne typowo byłyby bezprawne, a niekiedy ich bezprawność mogłaby być wtórnie wyłączona, jest oczywistym zaprzeczeniem przytoczonej konstatacji. Jeśli każdemu zachowaniu naruszającemu dobro prawne przysługiwałoby domniemanie bezprawności, to dobra prawne, przed naruszeniem których dany typ przestępny miałby chronić, stałyby się właśnie takimi muzealnymi eksponatami, z którymi trzeba byłoby się obchodzić jak z jajkami. Należałoby nieustannie baczyć, by nie naruszyć dóbr tych, a jeśli już je naruszyć, to w warunkach wyłączających bezprawność naruszenia. Ocenę, czy byłoby to sensowne i czy nie paraliżowałoby to życia społecznego, pozostawiam czytelnikowi.

¹³⁹ Podejście to było dla Welzla użyteczne z jeszcze jednego względu. Doniosła – i mocno przezeń eksponowana – była różnica między zachowaniami realizującymi znamiona, lecz wtórnie legalizowanymi, a zachowaniami nierealizującymi znamion. Pokazywał to autor, zestawiając zabicie komara i zabicie koguta przez chłopa z zabiciem człowieka w obronie koniecznej. Starał się w ten sposób dowieść, że pomimo identycznego rezultatu w postaci braku bezprawności, prawnokarna ocena tych zachowań jest różna – zob. H. Welzel, *Das neue...*, s. 54. Bez przesunięcia społecznej adekwatności na

Płynie stąd jeden wniosek, który jest bardzo ważny dla zaproponowanej przeze mnie struktury normy sankcjonowanej: posługiwanie się figurą norm ostrożności wyklucza posługiwanie się figurą okoliczności wtórnie legalizujących (włączających bezprawność). Jednego z drugim nie można pogodzić: albo zachowanie nie jest nieostrożne, czyli jest zgodne z ocenami wyznaczającymi granice społecznej akceptowalności, albo jest nieostrożne, a wtedy nie może być „wtórnie zalegalizowane”, bo oznaczałoby to, że normatywną istotą kontratypów jest legalizacja zachowań społecznie nieakceptowalnych. Niezależnie więc od jałowego moim zdaniem sporu o istnienie kontratypów pozaustawowych, samo pojęcie kontratypu jest wadliwe¹⁴⁰. To, co zowie się „kontratypem”, to nic innego jak zachowanie ostrożne, które byłoby ostrożne – i legalne – także wtedy, gdyby ustawa milczała na jego temat¹⁴¹. W odniesieniu do problemu „kontratypów” na tym poprzestanę.

4. Wnioski

Prawnokarna norma sankcjonowana składa się z dwóch komponentów: stałego-ustawowego w postaci znamion typu czynu zabronionego wysłowionych wprost w ustawie karnej oraz relatywnego-aplikacyjnego w postaci warunku nieostrożności polegającego na naruszeniu ustalanych (odpознаwanych) *in concreto* norm ostrożności.

płaszczyznę wtórnej legalizacji nie byłoby to możliwe; wówczas wszystkie wspomniane zachowania po prostu nie wypełniałyby istoty czynu.

¹⁴⁰ Twórcą pojęcia kontratypu był W. Wolter. „Przez kontratypy” – pisał Wolter – „rozumujemy te i tylko te okoliczności, które mimo że czyn wykazuje ustawowe znamiona czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, powodują jednak, iż czyn nie jest społecznie szkodliwy (ewentualnie jest dodatni), a tym samym bezprawny; są to więc okoliczności legalizujące czyn generalnie uznany za bezprawny” – W. Wolter, *Nauka...*, s. 163.

¹⁴¹ Podobne intuicje wyraził J. Giezek, nie bez racji dostrzegając, że różnica między „pierwotną” a „wtórnią” legalnością jest różnicą jakościową, a co najwyżej różnicą ilościową. Jedynej różnicy między legalnością „pierwotną” a „wtórnią” doszukiwał się autor w tym, że w ramach tej pierwszej dozwolone byłoby narażenie dobra prawnego, a w ramach drugiej jego naruszenie – zob. J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 159 i n. Pomimo słuszych intuicji, z ostatecznym wnioskiem nie mogę się zgodzić: „pierwotnie” legalne mogą być zarówno zachowania zagrażające dobrom prawnym, jak i naruszające te dobra, bo o tym, czy zachowanie jest ostrożne, czy nieostrożne, w ogóle nie decyduje stopień konsekwencji dla dobra prawnego, lecz odwołanie do ocen ukształtowanych w danym środowisku społecznym. Nie bardzo więc rozumiem, jakie – poza próbą ratowania koncepcji „wtórnej legalizacji” – miałyby być uzasadnienie tego pomysłu.

Warunek nieostrożności zachowania to figura bliźniacza klauzuli generalnej, różniąca się od niej jedynie tym, że nie jest wprost wysłowiona w ustawie karnej. Zasadne byłoby dokonanie takiej korekty art. 115 § 1 k.k., by osadzić tę klauzulę w ustawie.

Nieostrożność zachowania to jego sprzeczność z normami ostrożności. Normy ostrożności to gotowe oceny społeczne związane z ceną dla społeczeństwa, a chronioną przez prawo karne wartością, dotyczące konkretnych zachowań ludzi.

Organ stosujący prawo odtwarza (odpoznaje) normy ostrożności, nie zaś je kreuje. Oceny te można wywieść wyłącznie ze złożenia charakterystyki konkretnego zachowania znamiennego i przedmiotu ochrony, czyli wartości chronionej przez dany typ czynu zabronionego.

Przedmiot ochrony to dobro prawne oderwane od wymiaru konkretnego i przeniesione do świata wartości. Dobro prawne to odwrotność przestępnego skutku (przestępstwa skutkowe naruszenia i przestępstwa konkretnego narażenia na naruszenie) albo odwrotność czynności sprawczej (przestępstwa bezskutkowe naruszenia). W strukturze przestępstw abstrakcyjnego narażenia dobra na naruszenie niemożliwe jest wyróżnienie ani dobra prawnego, ani przedmiotu ochrony. Złożenie charakterystyki konkretnego zachowania znamiennego i przedmiotu ochrony służące ustaleniu norm ostrożności polega na tym, że na podstawie cech konkretnego przypadku oraz chronionej przez typ wartości odpoznaje się oceny społeczne dotyczące tejże konkretnej sytuacji, a związane z tą ceną dla społeczeństwa wartością.

Nieostrożność nie stanowi znamienia (typu) czynu zabronionego, bo nie jest cechą zachowania, a jego oceną.

Co do zasady normy ostrożności nie podlegają wykładni, a wyjątkiem są te sytuacje, w których na część norm ostrożności istotnych w konkretnym przypadku składają się normy formalne. Normy formalne nigdy jednak nie stanowią samodzielnej podstawy norm ostrożności istotnych w konkretnym przypadku, bo zawsze muszą być dopełnione specyfiką tego przypadku.

Znamiona typu czynu zabronionego (zespół znamion) to zbiór cech pozwalający w sposób powtarzalny i różnicujący wyodrębnić dany fragment rzeczywistości istotny z punktu widzenia odpowiedzialności karnej.

Znamiona typu czynu zabronionego to zestaw wszystkich obiektywnych przesłanek odpowiedzialności określonych wprost w ustawie karnej.

Do zespołu znamion nie należą żadne subiektywne komponenty odpowiedzialności karnej, na przykład warunek czynu jako zachowania dowolnego, umyślność albo nieumyślność oraz wina. Nie posiadają one bowiem cech selektywnych na płaszczyźnie typizacji, a dystynktywnych na płaszczyźnie faktu. Obiektywnie identyczne mogą być zachowania dowolne i niedowolne, umyślne i nieumyślne, zarzucalne i niezarzucalne.

Zespół znamion podlega wykładni według ogólnych reguł interpretacji i wyznacza maksymalne spektrum bezprawności. Normy ostrożności uadekwatniają to spektrum na etapie stosowania prawa.

Norma sankcjonowana wyznacza pełne spektrum bezprawności. Bezprawność jest zatem w prawie karnym obiektywna, ale i relatywna. Jest ona też swoista, bo od bezprawności innych gałęzi prawa różni ją szczególny, właściwy tylko prawu karnemu, warunek nieostrożności.

Norma sankcjonowana w polskim prawie karnym nie jest normą prawną w sensie ścisłym, bo jest niemożliwa do ustalenia tylko na podstawie samej ustawy. Ustawowe znamiona typu podlegają wykładni zgodnie z ogólnymi regułami interpretacji, ale dokładna treść normy jest wyznaczana dopiero na etapie stosowania prawa, wówczas gdy znane są szczególne właściwości konkretnego przypadku umożliwiające odpoznanie norm ostrożności, w związku z czym jest to norma konkretno-indywidualna. Jest to swoista norma prawna, różniąca się od typowej normy prawnej tym, że ustawa określa maksymalny obszar normy, a nie wyłączną podstawę do ustalenia jej treści.

Wadliwa jest koncepcja wtórnej legalności (okoliczności wyłączających bezprawność zwanych kontratypami), bo zachowania społecznie akceptowalne (ostrożne) nie przekraczają normy sankcjonowanej, a zatem są legalne. Wykluczona jest wtórna legalizacja zachowań legalnych. *Ratio legis* kontratypu nie może być natomiast wtórna legalizacja zachowań społecznie nieakceptowalnych.

Streszczenie

Artykuł stanowi pierwszą część analizy struktury normatywnej przestępstwa w polskim prawie karnym. W pracy omówiono budowę normy sankcjonowanej, czyli pierwszej z norm hierarchicznych współtworzących normatywny fenomen przestępstwa. Dowiedziono, że norma sankcjonowana składa się z dwóch komponentów: stałego-ustawowego, w postaci określonych wprost ustawie znamion typu czynu zabronionego, oraz

relatywnego-aplikacyjnego, w postaci warunku nieostrożności opartego na normach ostrożności rekonstruowanych *in concreto* na podstawie charakterystyki konkretnego przypadku. Nieostrożność jest figurą bliźniaczą klauzuli generalnej różniącą się od niej tylko tym, że nie jest wyraźnie wysłowiona w ustawie karnej. Norma sankcjonowana nie może więc być ustalona *in abstracto*, w oderwaniu od specyfiki konkretnego przypadku, a nadto nie jest ona normą prawną, bo jest zawsze dopełniana kryteriami pozaprawnymi, związanymi z charakterem danego zachowania znamionnego. W pracy objaśniono także, że do zespołu znamion nie należą żadne subiektywne przesłanki odpowiedzialności karnej, bo nie mają one cech wyróżniających, umożliwiających ujęcie ich w znamionach. Obiektywnie identyczne mogą być zachowania dowolne i niedowolne, umyślne i nieumyślne, zarzucalne i niezarzucalne. W konsekwencji ustalono, że norma sankcjonowana nie jest normą prawną, jest obiektywna, nie jest normą postępowania oraz może być zrekonstruowana jedynie *in concreto*.

Słowa kluczowe

norma sankcjonowana, bezprawność, zespół znamion, normy ostrożności, klauzula generalna, dobro prawne, przedmiot ochrony

Summary

The article is the first part of an analysis of the normative structure of crime within Polish criminal law. It discusses the structure of the sanctioned norm – the first of the hierarchical norms that co-create the normative phenomenon of crime. The paper demonstrates that the sanctioned norm consists of two components: a fixed statutory component in the form of the explicitly defined statutory elements of the type of a prohibited act; and a relative applicative component in the form of a negligence condition based on safety rules reconstructed *in concreto* according to the specifics of each case. Negligence is a twin figure of the general clause, differing only in that it is not explicitly stated in the criminal statute. Therefore, the sanctioned norm cannot be established *in abstracto*, independently of the specifics of a particular case. Furthermore, it is not a legal norm because it is always supplemented by extralegal criteria relating to the nature of the characteristic behaviour in question. The paper also explains that no subjective prerequisites of criminal liability belong to the set of elements of a prohibited act, as they lack distinctive features that would permit their inclusion. Objectively identical behaviours can be voluntary or involuntary, intentional or unintentional, blameworthy or non-blameworthy. Consequently, it has been established that the sanctioned norm is neither a legal norm nor a norm of conduct; it can only be reconstructed *in concreto* and is objective.

Keywords

sanctioned norm, unlawfulness, elements of a prohibited act, safety rules, general clause, legal interest, object of legal protection

Bibliografia/Bibliography

- Ajdukiewicz K., *Logika pragmatyczna*, Warszawa 1975.
- Ambos K., *100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2006, nr 10.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989.
- Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu, typizacja i kwalifikacja przestępstwa*, Warszawa 1978.
- Beling E.v.L., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906.
- Beling E.v.L., *Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, Leipzig 1900.
- Bielski M., *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 2.
- Binding K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig 1890.
- Bogdan G., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- Budyn-Kulik M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015.
- Byczyk M., *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2016.
- Ćwiąkalski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym: zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 1991.
- Dębski R., *O normie prawnokarnej we współczesnym piśmiennictwie polskim*, „Acta Universitatis Lodziensis, Folia Iuridica” 1994, nr 60.
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995.
- Dębski R., *Przestępstwo i jego struktura*, w: *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017.
- Gałęski M., *Dorozumiane warunki bezprawności czynu w prawie karnym*, Poznań 2018.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Gawande A., *Komplikacje. Zapiski chirurga o niedoskonałej nauce*, Kraków 2009.
- Gądzik Z., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2024.
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013.
- Giezek J., w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2020.
- Gropp W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg 2001.
- Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012.
- Gruszecka D., *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie” 2009, z. 2, <https://repozytorium.uni.wroc.pl/dlibra/publication/22375/edition/29207/pojecie-dobra-prawnego-w-prawie-karnym-gruszecka-dagmara-orcid-0000-0003-3370-7902>.
- Jescheck H.H., *Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich*, „Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” 2003, 05-01vo.

- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Warszawa 2009.
- Jędrzejewski Z., *Społeczno-wartościujący (normatywny) a deskryptywny charakter strony podmiotowej czynu zabronionego. Kompleksowe a (czysto) normatywne ujęcie winy (na przykładzie regulacji urojenia znamienia kontratypu i znowelizowanego art. 28 par. 1 KK z 1997 r.)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, z. 1, <https://wnus.usz.edu.pl/ais/pl/issue/878/article/14638/>.
- Kardas P., *Subiektywne komponenty czynu a bezprawność i okoliczności ją wyłączające. Kilka uwag o przyjmowanych w piśmiennictwie karnistycznym płaszczyznach i metodach analizy subiektywnych elementów bezprawności*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, nr 1, <https://wnus.usz.edu.pl/ais/pl/issue/878/article/14636>.
- Koriath H., *Grundlagen Strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin 1994.
- Królikowski M., *Modele rozumowania dogmatycznego w prawie karnym*, „Forum Prawnicze” 2020, z. 4, <https://forumprawnicze.eu/wp-content/uploads/2020/08/fp60-Krolikowski.pdf>.
- Kubiak R., *Czy istnieje kontratyp zwyczajowy?*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 7–8, <https://www.gov.pl/attachment/01dd88c5-35c6-4fc2-904f-3a8bad4308f8>.
- Kulesza C., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.
- Kunert K.H., *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin 1958.
- Kunicka-Michalska B., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222-316. Tom II*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010.
- Lachowski J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2023.
- Lampe E.J., *Das personale Unrecht*, „Schriften zum Strafrecht” 1967.
- Leszczyński L., *Generalne klauzule odsyłające – ujęcie teoretycznoprawne*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia” 2016, vol. LXIII, nr 2, <https://journals.umcs.pl/g/article/view/2643>.
- Leszczyński L., *Pojęcie klauzuli generalnej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Lublin-Polonia” 1991, Vol. XXXVIII, nr 12, SECTIO G.
- Łabuda G., *O kształcie norm charakteryzujących bezprawność i karalność przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo*, w: *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego. Tom XV*, red. L. Bogunia, Wrocław 2004.
- Mayer M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg 1915.
- Mayer M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg 1923.
- Mayer M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903.
- Mezger E., *Die subjektiven Unrechtselemente*, „Der Gerichtssaal” 1924.
- Mezger E., *Subjektivismus und Objektivismus in der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichtes*, w: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Band 5. Strafrecht und Strafprozeß*, red. O. Schreiber, Berlin 1929.
- Mezger E., *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, w: *Festschrift für Ludwig Träger (1926)*, Aalen 1979.
- Muszyńska A., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021.
- Patryas W., *„Norma sankcjonowana w prawie karnym...” - kilka uwag do artykułu Łukasza Pohla*, „Ruch prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1.
- Patryas W., *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988.

- Piórkowska-Flieger J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016.
- Pohl Ł., *Niezachowanie wymaganej ostrożności – znamię typu czynu zabronionego czy odrębny element w strukturze przestępstwa?*, w: *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2012.
- Pohl Ł., *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej niebędącej normą postępowania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1, <https://repozytorium.amu.edu.pl/bitstreams/4b5cb2a0-7114-4571-b3ce-84a-a31497c88/download>.
- Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007.
- Razowski T., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021.
- Schweikert H., *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe 1957.
- Stefański R.A., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2023.
- Stefański R.A., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2025.
- Szeleszczuk D., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2023.
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.
- Tarapata S., *Kontrowersje wokół wyznaczania granic dobra prawnego – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 23 września 2009 r. (sygn. akt I KZP 15/09)*, „Zasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 1.
- Tischler W.G., *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, Berlin 1984.
- Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht Eine systematische Darstellung*, Berlin 1958.
- Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin 1947.
- Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969.
- Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Przestępstwo*, w: *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, red. W. Makowski, z. XXIII, Warszawa 1938.
- Wróbel W., *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, w: *Aktualne problemy prawa Karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.
- Wróbel W., *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, z. 3, <https://repozytorium.amu.edu.pl/bitstreams/ed87cf8c-037e-4399-9d16-5e1156becaa5/download>.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012.
- Wróblewski B., *Przedmiot przestępstwa, zamachu i ochrony w prawie karnem*, Wilno 1939.
- Zgoliński I., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2023.
- Zoll A., *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.

Adrian Romkowski

Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, nr 23.

Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982.

Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017.