

Zbigniew Jędrzejewski\*

## Funkcje i materialne podstawy rozróżnienia między kontratypami a okolicznościami znoszącymi zawinienie\*\*

Rozróżnienie między okolicznościami wyłączającymi bezprawność (kontratypami) a okolicznościami wyłączającymi (znoszącymi) zawinienie stanowi oczywistą konsekwencję przyjętego w tzw. analitycznej strukturze przestępstwa rozdzielenia płaszczyzn oceny przestępności czynu: bezprawności i winy<sup>1</sup>. W literaturze niemieckojęzycznej do niedawna konieczność rozróżniania tych płaszczyzn traktowano jako stwierdzenie niedopuszczające przeciwdowodu (niemal aksjomat), bardzo często podkreślano, że jest to jedno z największych osiągnięć nauki w ostatnim stuleciu<sup>2</sup>. Znalazło ono również wyraz w niemieckim Kodeksie karnym (*Strafgesetzbuch*, StGB). Tymczasem w nauce i ustawodawstwach karnych państw niepozostających pod wpływem nauki niemieckiej, np. we Włoszech i na obszarze oddziaływania francuskiego prawa karnego, a w szczególności w państwach z tradycją *common law*, rozróżnienie to jest ledwie zauważalne (na ogół w nauce prawa), niekiedy nawet całkowicie ignorowane<sup>3</sup>. Ze względu na ramy artykułu muszę ograniczyć prezentację tego zagadnienia do kilku wątków, odsyłając jednocześnie do kilku

\* Prof. dr hab. Zbigniew Jędrzejewski jest pracownikiem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz sędzią Trybunału Konstytucyjnego, Polska, ORCID: 0000-0001-6635-8150, e-mail: z.jedrzejewski@wpia.uw.edu.pl

\*\* Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2019 r.

<sup>1</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 330. Pomijam tu zagadnienie samego czynu oraz relacji między istotą czynu (niem. *Tatbestand*) a bezprawnością (kontratypami).

<sup>2</sup> Zob. np. H. Welzel, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, Juristische Schulung 1966, s. 421: „*Ich sehe in der Zerlegung des Verbrechens in die drei Elemente Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld den wichtigsten dogmatischen Fortschritt der letzten zwei bis drei Menschenalter.*“; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, 5 wyd., s. 425: „*Sie (...) muß als Angelpunkt der Verbrechenslehre bezeichnet werden*“; B. Schünemann, *Strafrecht dogmatik als Wissenschaft* [w:] *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (herausgegeben von B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.-J. Rudolphi), Berlin–Nowy Jork 2001, s. 9 i n.; J. de Figueiredo Dias, *Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems* [w:] *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (herausgegeben von B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias), Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1995, s. 362: „*Diese Unterscheidung in Frage zu stellen – oder, schlimmer noch, sie ganz aufzugeben – , würde meiner Ansicht nach einen Rückfall um mehr als ein Jahrhundert in der wissenschaftlichen Entwicklung unserer Fachrichtung bedeuten.*“; zob. także W. Frisch, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar)* [w:] *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick* (herausgegeben von A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt), Monachium 2000, s. 165–173.

<sup>3</sup> Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 330, 338 i n.

moich wcześniejszych publikacji<sup>4</sup>. Materia jest bowiem nie tylko bardzo obszerna. Mogę co najwyżej skonstatować ogromne zróżnicowanie stanowisk w literaturze niemieckojęzycznej. Wynika to nie tylko z różnicy zapatrywań co do „zestawu” koniecznych elementów decydujących o przyjęciu bezprawności czynu bądź jego zawinienia (np. funkcja zamiaru w czynie umyślnym) w ramach podobnych ogólnych systematyk przestępstwa, ale również z rozmaitych ujęć tejże struktury przestępstwa, od ujęć ontologiczno-naturalistycznych, np. klasyczno-naturalistycznych czy finalizmu, w których rozróżnienie bezprawia i winy się przeprowadza, do systematyk normatywizujących, w tym poddającym określenie winy prewencyjnym celom kary (np. ujęcia C. Roxina, a w szczególności G. Jakobsa) lub ją „socjologizujących”, w efekcie czego powstać mogą dosyć pojemne konstrukcje jakiejś „odpowiedzialności” (*Verantwortlichkeit, Verantwortung*) lub „społecznej odpowiedzialności”, w których kategorie bezprawia i winy są już ledwie rysowane. Wreszcie pomijając przy tym wątpliwe „osiągnięcia” syntetycznego ujęcia przestępstwa tzw. szkoły kilońskiej (G. Dahm, F. Schafstein)<sup>5</sup>, w piśmiennictwie niemieckojęzycznym znacznie powiększyła się grupa przeciwników rozdzielenia płaszczyzn bezprawności i winy, również tych, którzy odrzucają konstrukcję „niezawinionego bezprawia”, co w pewnym stopniu stanowi nawiązanie do stanowiska dziewiętnastowiecznej teorii imperatywów (*Imperativtheorie* – często A. Merkela<sup>6</sup>) i dyskusji na temat problemu adresatów norm bądź inspirowane jest wpływami heglizmu<sup>7</sup> lub czystej nauki prawa H. Kelsena<sup>8</sup>.

Oczywiście najpierw musi się nasuwać pytanie, jakie są konsekwencje rozróżnienia tych płaszczyzn. Czy jest ono w ogóle do czegoś przydatne, czy pełni jakieś funkcje, czy wiąże się z różnymi skutkami także w zakresie odpowiedzialności karnej. Przeciwnicy zawsze mogą podać przykład anglosaskiego prawa karnego, które przecież bez takiego rozróżnienia się obywa, w każdym razie jego brak nie wpływa

<sup>4</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Funkcje rozróżnienia między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę)* [w:] *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, red. G. Rejman, B.T. Bienkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski, Warszawa 2008, s. 141–168; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 329–512; Z. Jędrzejewski [w:] *System Prawa Karnego*, t. IV, *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Rozdział 1. Okoliczności wyłączające bezprawność. § 1. Zagadnienia ogólne, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 97–149.

<sup>5</sup> Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej*, część I. „Ius Novum” 2011/2, s. 7–21; część II. „Ius Novum” 2011/3, s. 11–27.

<sup>6</sup> Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 65 i n.; zob. również F. Loos, *Zur Bedeutung des Unrechtsbegriffs im Strafrecht* [w:] *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (herausgegeben von R. Bloy, M. Böse, Th. Hillenkamp, C. Momsen, P. Rackow), Berlin 2010, s. 471.

<sup>7</sup> Zob. np. G. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Monachium 1992, s. 44; G. Jakobs, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem” Prinzipiendenken*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 107, 1995, s. 864; H.H. Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, Kolonia-Berlin-Bonn-Monachium 1999, s. 1 i n., 198, 210, 224; G. Jakobs, *Unrecht und Schuld im Strafrecht*, „Juristische Arbeitsblätter” 2002, s. 602 i n.; M. Pawlik, „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschnalter”? *Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht* [w:] *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (herausgegeben von G. Dannecker, W. Langer, O. Ranft, R. Schmitz, J. Brammsen), Kolonia-Berlin-Monachium 2007, s. 133 i n.; M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tybinga 2012, s. 257 i n., 276 i n.

<sup>8</sup> Zob. np. H. Koriath, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin 1994, s. 254 i n., 328 i n.; A. Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, Berlin 1997, s. 82–88, 100 i n. Za likwidacją tych dwóch płaszczyzn oceny również np. H. von der Linde, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?*, Frankfurt n. Menem-Berno–Nowy Jork–Paryż 1988, s. 137 i n.; T. Walter, *Der Kern des Strafrechts*, Tybinga 2006, s. 81 i n. (krytycznie zob. L. Kuhlen, *Buchbesprechungen: Walter, Tonio, Der Kern des Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 120, 2008, s. 141 i n.). Na temat pojęcia przestępstwa H. Kelsena i jego zwolenników zob. Z. Jędrzejewski, *Hans Kelsen i nauka o przestępstwie* [w:] *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*, red. A. Bosiacki, Warszawa 2017, s. 264–298.

istotnie na jego funkcjonowanie. Twierdzi się, że rozróżnienie takie nie istniałoby nawet w teoretyczno-prawnokarnym systemie, gdyby rozgraniczeniu poszczególnych elementów nie przypisywano wewnątrz tego systemu żadnej funkcji, gdy nie dałoby się odnaleźć skutków prawnych, których wystąpienie – inaczej niż przy wymierzeniu kary – wymagałoby istnienia jedynie bezprawia czynu (nawet bez winy)<sup>9</sup>.

Najwcześniej zwrócono uwagę na funkcję tego rozgraniczenia w obszarze prawa obrony koniecznej (*Notwehrfunktion*)<sup>10</sup>. Tak więc jest ona niedopuszczalna, gdy zamach jest legalny, np. przypadki wykonywania w granicach prawa rozmaitych czynności urzędniczych lub zamach podjęty w sytuacji kontraktowego (*Rechtfertigungsgrund*) stanu konieczności określonego w § 34 niemieckiego StGB<sup>11</sup> (art. 26 § 1 polskiego Kodeksu karnego<sup>12</sup>)<sup>13</sup>. Nie jest możliwa konstrukcja obrony koniecznej do obrony koniecznej. Natomiast uprawnienie takie istnieje w przypadku zamachu bezprawnego podjętego w warunkach sytuacji wyłączającej lub znoszącej zawinienie zamachowca lub gdy zachodzi inna, nie dotycząca bezprawności czynu zamachowca okoliczność wyłączająca karalność. Wśród okoliczności wyłączających winę (*Ausschließungsgründe*), które nie wykluczają prawa do obrony koniecznej, wymieniano np. zamach osoby niepoczytalnej lub pozostającej w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czy zamach podjęty w usprawiedliwionym błędzie co do znamienia kontraktu (przyjmując że taki błąd wyłącza jedynie winę<sup>14</sup>) Podobnie rzecz przedstawia się z tzw. sytuacjami znoszącymi zawinienie (*Entschuldigungsgründe*<sup>15</sup>), np. gdy zamachowiec podjął czyn w stanie wyższej konieczności

<sup>9</sup> Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem* [w:] *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (herausgegeben von B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias), Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1995, s. 183–184.

<sup>10</sup> Szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 407 i n., 416 i n., 422 i n. Tak już F. v. Liszt. Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 184.

<sup>11</sup> § 34 „Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“

<sup>12</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k.

<sup>13</sup> Art. 26 k.k.: „§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionego prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego. § 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. § 3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. § 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególnie obowiązek chronić nawet z narażeniem na niebezpieczeństwo osobiste. § 5. Przepisy § 1–3 stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z cięższych na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony.“ Regulacji art. 26 § 1 k.k. przypisuje się powszechnie funkcję kontraktu, a art. 26 § 2 funkcję wyłączenia winy. Jednak granica między legalizacją a wyłączeniem – winy nie jest wyznaczana jedynie przez utylitarystyczne kryterium proporcjonalności dobra ratowanego i poświęcanego. Na temat zob. niżej.

<sup>14</sup> Przy takim ujęciu błąd ten nie różni się jakościowo od bezpośredniego lub pośredniego błędu co do bezprawności (nieświadomość bezprawności czynu wynikająca z nieznanomości istnienia zakazu generalnego normy albo też z błędnego przyjęcia, że dana sytuacja ma charakter kontraktowy). Zdecydowana większość doktryny niemieckiej przy urojeniu znamienia kontraktu przyjmuje albo wyłączenie bezprawia umyślności albo wyłączenie winy umyślności z pozostawieniem umyślności jako znamienia bezprawia czynu. W każdym razie możliwe jest jedynie pociągnięcie do odpowiedzialności za popełnienie czynu nieumyślnego, o ile błąd był do uniknięcia i ustawa przewiduje karalność typu nieumyślnego.

<sup>15</sup> Szerzej na temat tej kategorii zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona konieczna, agresywny i defensywny stan wyższej konieczności w prawie cywilnym i karnym – usprawiedliwienie (legalizacja) czynu zabronionego między wolnością a utylitarystycznym (proporcjonalnością, solidarnością)* [w:] *Państwo. Konstytucja. Prawo. Księga pamiątkowa poświęcona Sędziemu Trybunału Konstytucyjnego Profesorowi Henrykowi Ciochowi*, Warszawa 2018, s. 174 i n.

określonym w § 35 niemieckiego StGB<sup>16</sup> (art. 26 § 2 polskiego k.k.). Nauka prawa karnego zalicza do tej grupy również sytuację przekroczenia granic obrony koniecznej w warunkach § 33 niemieckiego StGB, chociaż niemiecka ustawa karna używa zwrotu „*wird er [tj. Täter, sprawca – dop. Z.J.] nicht bestraft*”<sup>17</sup> (podobnie art. 25 § 3 k.k.<sup>18</sup>)<sup>19</sup>.

Warto przy tym podkreślić założenie takiego ujęcia: bezprawność zamachu rozumiana jest identycznie jak bezprawność czynu będąca elementem struktury przestępstwa<sup>20</sup>. Koresponduje ono na ogół z akceptacją zasady jedności porządku prawnego, która oparta jest przede wszystkim na obiektywistycznym, skutkowym (*Erfolgsumwert*, z perspektywy dobra zagrożonego, a nie z perspektywy ujemności aktu zachowania zamachowca – *Handlungsumwert*) ujęciu bezprawności. Czyn oceniany jest z punktu widzenia całego porządku prawnego, tak więc bezprawność (bezprawie) czynu w całym porządku prawnym powinna być materialnie oparta na jednorodnych (tu: elementach obiektywnych) kryteriach. O przekroczeniu normy (sankcjonowanej) decydują wyłącznie elementy przedmiotowe, w tym przede wszystkim skutek (naruszenie dobra). Bezprawność jako element struktury przestępstwa nie jest przy tym prawnokarnym „produktem”, nie istnieje więc specyficzna bezprawność karna. Pozostające wobec siebie w relacji agresywnego przeciwieństwa zachowania (zamach i obrona) nie mogą być jednocześnie legalne<sup>21</sup>. Przyznanie prawa do ingerencji w cudze dobra (*Eingriffsrecht*) prowadzi do obowiązku znoszenia tej ingerencji (*Duldungspflicht*). Obiektywistyczne zorientowanie bezprawności zamachu na ujemność zagrożenia dobra prawnego stanowi najlepszą podstawę dla rozróżniania bezprawności i winy, kontratypów i okoliczności wyłączających winę. Ta ostatnia kategoria może być z kolei orientowana na ocenę sprawcy, niezależnie od tego, czy przyjmujemy teorię psychologiczną czy też ewentualnie normatywną

<sup>16</sup> § 35 StGB: „(1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte. (2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.”

<sup>17</sup> § 33 niem. StGB: „Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, wird er nicht bestraft”.

<sup>18</sup> Art. 25 § 3 k.k.: „Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”.

<sup>19</sup> Natura przypadków „niepodlegania” karze jest często wieloaspektowa i złożona. Z punktu widzenia systematyki przestępstwa nie dotyczą one ocen bezprawności i winy. Materialna podstawa może być w tym sensie złożona, że niektóre z nich charakteryzują się wprawdzie zmniejszonym stopniem bezprawia i winy, jednak nie wystarcza to, by kwalifikować je na płaszczyźnie wyłączenia bezprawności bądź wyłączenia winy. Dochodzi tu najczęściej aspekt braku potrzeby prewencyjnego oddziaływania kary. W wielu innych sytuacjach „niepodlegania karze” dominującym aspektem jest właśnie brak potrzeby reakcji karnej wobec sprawcy (np. tzw. czynny żal – uchylenie niebezpieczeństwa przy typach z narażenia, naprawienie szkody po dokonaniu przestępstwa). Jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. W. Wolter (*Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 250–252) niektóre przypadki „niepodlegania karze” (art. 247 § 3, art. 250 § 2, art. 254 § 2 k.k. z 1969 r.) traktował jako sytuacje znoszące zawinienie. Wynikało to oczywiście z przyjętej przez niego normatywnej teorii winy.

<sup>20</sup> Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 185.

<sup>21</sup> Zob. W. Hassemer, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare* [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)* (herausgegeben von A. Eser, G.P. Fletcher), Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br. (herausgegeben von A. Eser), Freiburg i. Br. 1987, t. I, s. 195.

(zarzut stawiany sprawcy). Dla ustalenia bezprawności zamachu zasadniczo nie miały więc znaczenia personalne właściwości zamachowca i broniącego się. Obronę konieczną dopuszczano nawet wobec osób zachowujących się zgodnie z zasadami ostrożności, ponieważ na ogół, szczególnie w starszym piśmiennictwie, przekroczenie granic obowiązku ostrożności lokowano na płaszczyźnie winy (tak przeważająco jeszcze w nauce prawa cywilnego i orzecznictwie w sprawach cywilnych)<sup>22</sup>. W ten sposób uzyskiwano zresztą materialne podstawy jednolitości (obiektywnego) bezprawia w całym porządku prawnym. W dawniejszej literaturze podkreślano często znaczenie tzw. próby obrony koniecznej (*Notwehrprobe*)<sup>23</sup>. Obrona konieczna miała być probierzem, który decydowałby, czy jakiś zamach przeciwko innym dobrom (względnie ingerencja w prawną sferę innej osoby) jest niezgodny lub zgodny z prawem w zależności od tego, czy przeciwko zamachowi należałoby zagrożonemu przyznać lub nie przyznać takie uprawnienie obronne<sup>24</sup>. Właściwie trzeba dokonać oceny, czy zagrożony z jakich powodów nie powinien lub powinien naruszenie takie znosić. Ta niejasna formuła czerpała ze źródeł „poczucia” sprawiedliwości, które pozwalały na ewentualną korektę wyniku stosowania utylitarystycznej koncepcji rozważenia kolidujących interesów i wyboru interesu „przeważającego”. W taki sposób stosowanie próby obrony koniecznej postulował Th. Lenckner przy odgraniczaniu stanów konieczności, wyłączających bezprawność jako środek kontroli (tymczasowego) rezultatu rozważenia kolidujących interesów (przed ostateczną decyzją o legalności bądź bezprawności czynu)<sup>25</sup>. Miało to chronić sędziego przed pochopnym wnioskowaniem o legalności czynu<sup>26</sup>. W czasie, gdy ukazała się monografia Th. Lencknera (1965 r.), nie obowiązywał jeszcze § 34 niemieckiego StGB. Zawiera on bowiem meta-normę, tzw. klauzulę odpowiedności (*Angemessenheitsklausel*: „*Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.*“), w ramach której uwzględnić można wartości wyższego stopnia, które mogą zmienić pierwotną ocenę, wydaną na podstawie § 34 StGB zd. 1<sup>27</sup>.

Całkowicie obiektywistyczne ujęcie bezprawia i bezprawności w prawie karnym odeszło jednak już do przeszłości. Klasyczna trójelementowa definicja przestępstwa, z ostrym podziałem wedle pozornie jasnego kryterium: elementy obiektywne czynu – bezprawie oraz elementy podmiotowe – wina, dosyć szybko zostały nadwątlone przez rozwijającą się naukę o subiektywnych elementach bezprawia (bezprawności). Finalizm H. Welzla, który – osiągnął apogeum wpływów w latach pięćdziesiątych i sześćdziesiątych ubiegłego wieku, elementy ujemności aktu człowieka (ujemność

<sup>22</sup> Nawet niemiecka nauka prawa cywilnego i orzecznictwo przyjmują co najwyżej „kontraktypowość” zachowania zgodnego z zasadami ostrożności. Współcześnie w nauce prawa karnego zdecydowanie dominuje pogląd, że czyn taki jest „pierwotnie” legalny.

<sup>23</sup> Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 185 i n. Na temat próby obrony koniecznej zob. Th. Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, Tybinga 1965, s. 151 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 408 i n.; krytycznie: R. Felber, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*, Monachium 1979, s. 1 i n.

<sup>24</sup> Tak już cywilista H.A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Monachium 1911, s. 201. Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 185–186; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 408, przypis 1839.

<sup>25</sup> Th. Lenckner, *Der rechtfertigende...*, s. 150 i n. Zob. aprobujące uwagi w: M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 186, przypis 13.

<sup>26</sup> Th. Lenckner, *Der rechtfertigende...*, s. 151: „*Daher empfiehlt es sich, das Resultat der Interessenabwägung vor der endgültigen Entscheidung in jedem Fall noch einmal unter dem Gesichtspunkt zu überprüfen, ob dem Betroffenen die Notwehrbefugnis abgesprochen werden kann.*”

<sup>27</sup> Na temat tej klauzuli zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 29 i n., 314 i n.

czynu sprawcy – *Handlungsunwert*) ulokował w bezprawiu jako podstawowy jego element (*Handlungunrecht*) zarówno w czynie umyślnym (zamiar), jak i w czynie nieumyślnym (przekroczenie norm ostrożności czy staranności)<sup>28</sup>. – Subiektywistyczne bezprawie<sup>29</sup>, wbrew nawet powojennemu stanowisku samego H. Welzla, podważało jednolite dla całego systemu prawa podstawy materialne bezprawności (koncepcji jednolitej bezprawności)<sup>30</sup>. Chcąc utrzymać zasadę tożsamości pojęcia bezprawności jako kategorii struktury przestępstwa i pojęcia bezprawności zamachu jako znamienia instytucji obrony koniecznej, trzeba było zgodzić się albo na to, by zamiar stanowił element tego bezprawia zamachu<sup>31</sup>, albo przynajmniej na to, by elementem współdecydującym było przekroczenie zasad ostrożności<sup>32</sup>. Tak, czy owak położenie akcentu przy ustalaniu bezprawności na ocenę ujemności zachowania sprawcy, a nie na to, czy takie zachowania zaatakowany musi znosić bądź nie, prowadzi do sprzeczności ze względu na często podkreślane szczególne *ratio* obrony koniecznej (obrona dobra zagrożonego). Nic dziwnego więc, że próba ich unikięcia kończyła się niekiedy przyjęciem dwóch ujęć bezprawności: pierwszej jako kategorii systematyki przestępstwa, drugiej, – odmiennie określanej bezprawności jako cechy zamachu uprawniającego do obrony koniecznej. Charakterystyczne jest tu nie tylko stanowisko dawnego „kilończyka”, a po wojnie zwolennika finalizmu, F. Schaffsteina, który akceptując personalne (subiektywistyczne) bezprawie jako kategorię struktury przestępstwa, początkowo postulował inne, obiektywne określenie bezprawności zamachu<sup>33</sup>. Sam twórca finalizmu H. Welzel stwierdzał wprawdzie, że pierwotnie miarodajne jest nie tyle to, co zaatakowany musi znosić, lecz to, co zamachowiec może czynić<sup>34</sup>, jednak oświadczył jednocześnie, że w niektórych przypadkach, np. § 859 (obrona posiadania) i § 1004 (roszczenie windykacyjne i negatoryjne) niemieckiego BGB: „braucht der Angriff noch nicht einmal auf einen Willensakt zurückzugehen”<sup>35</sup>. Bezprawność zamachu twórca finalizmu ujmował więc skrajnie przedmiotowo! Trudno jest oczywiście ustalić powody tych często sprzecznych wewnętrznie stanowisk. Moim zdaniem wynikało to z błędnego założenia większości finalistów o tzw. jednolitej bezprawności<sup>36</sup>. W zakresie systematyki przestępstwa postulowali bezprawność zorientowaną podmiotowo, co, z powodu

<sup>28</sup> Na temat finalizmu zob. Z. Jędrzejewski [w:] *System Prawa Karnego*, t. III, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Rozdział I, § 7, Przesłpstwo i jego struktura. Bezprawność, red. R. Dębski, Warszawa 2017, 2 wyd., s. 322 i n.

<sup>29</sup> Jak się wydaje, sam H. Welzel nie negował znaczenia również ujemności skutku w bezprawiu czynu (*Erfolgsunwert*), zwłaszcza przy czynach umyślnych. Natomiast jego stanowisko co do znaczenia tego elementu ujemności w bezprawiu czynu nieumyślnego było chwiejne i często niejasne. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 324 i n.

<sup>30</sup> Nie udało się żadne próby – zastosowania finalizmu do pojęcia bezprawia cywilnego.

<sup>31</sup> Tak np. F. Schaffstein, *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, „Monatsschrift für Deutsches Recht“ 1952, s. 132 i n.; zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 435.

<sup>32</sup> Tak np. H.J. Hirsch, *Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs* [w:] *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin–Nowy Jork 1977, s. 224–225; zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 435.

<sup>33</sup> F. Schaffstein, *Putative Rechtfertigungsgründe und die finale Handlungslehre*, „Monatsschrift für Deutsches Recht“ 1951, s. 199 i n. Później zmienił zdanie. Zob. powyżej przypis 31; szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 409–410, 435.

<sup>34</sup> H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969, 11 wyd., s. 85–86.

<sup>35</sup> H. Welzel, *Das Deutsche...*, s. 85; na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 420.

<sup>36</sup> Przed II wojną światową H. Welzel (*Studien zum System des Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 1938, t. 58, s. 508, 523, 525, 535) często podkreślał, że nie istnieje żadna jednolita i jednorodząowa bezprawność. Szerzej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 524 i n.

różnicy funkcji, w żadnym razie nie da się pogodzić z rozumieniem bezprawności i zasadami odpowiedzialności np. za spowodowanie szkody (zasadniczo obiektywny charakter bezprawia oparty na ujemności szkody)<sup>37</sup>. Najwyraźniej dopuszczano także przekonanie, że o charakterze bezprawności zamachu decyduje cel przepisu o obronie koniecznej. Pozostawano przy tym stale w przeświadczeniu, że obrona konieczna jest instytucją związaną z porządkiem prawnym pojmowanym jako całość: obrona konieczna wyłącza bezprawność w każdej gałęzi prawa. Przyjęcie bezprawności karnej prowadzi z kolei nieuchronnie do tezy, że obrona konieczna określona w ustawie karnej jest specyficzną instytucją prawa karnego, kontraktem, który wyłącza bezprawie karne, a kto nie chce jeszcze posługiwać terminem „bezprawie karne“, może twierdzić, że wyłączana jest jedynie przestępność czynu lub jego karalność. Natomiast jeżeli zaakceptuje się różne funkcjonalnie zorientowane bezprawności, np. w prawie karnym i cywilnym, wtedy oczywista staje się konstatacja, że zakresy prawnokarnej obrony koniecznej (art. 25 k.k.) i obrony koniecznej określonej w art. 423 Kodeksu cywilnego<sup>38</sup>, wbrew rozpowszechnionemu pogładowi wcale się nie pokrywają (np. różnie rozumiana bezprawność zamachu – w przypadku 423 k.c. całkowicie obiektywistyczna; wymóg znamienia podmiotowego obrony w przypadku art. 25 k.k.). Być może trafny jest więc pogląd, że funkcją okoliczności legalizujących (usprawiedliwiających) w prawie karnym jest jedynie wyłączenie możliwości reakcji karnej (redukcja ujemności czynu realizującego znamiona typu), natomiast nie wpływają one na ustalenie zakresu legalności (bezprawności) czynu (tego co jednej stronie czynić wolno, a druga powinna to znieść)<sup>39</sup>.

Warto zauważyć, że przyjęta wykładnia bezprawności zamachu nie powinna prowadzić do stanu „nierównowagi” wymogów po stronie zamachowca i broniącego się. Jeżeli przyjmie się jej obiektywistyczną wykładnię (pogląd dominujące w nauce polskiej), to jednocześnie wymogi działania obronnego powinny mieć charakter również przedmiotowy. Tymczasem dosyć powszechny jest pogląd (przy obiektywistycznym ujęciu bezprawności zamachu napastnika), że broniący się powinni działać przynajmniej w świadomości odpierania bezprawnego zamachu (niekiedy nawet z wolą czy celem obrony). Brak takiej świadomości powoduje, że zachowanie broniącego się pozostaje bezprawne, natomiast zamachowiec zyskuje uprawnienie obronne! Nie da się wtedy utrzymać tezy o jednolitym ujęciu bezprawności. Niektórzy finaliści, czy zwolennicy pojmowania bezprawności jako przekroczenia zasady reguły ostrożnego zachowania (dozwolonego ryzyka) ocenianego np. *ex ante* przez tzw. rozważnego obserwatora (przy czym najczęściej włącza się do podstawy oceny specyficzną wiedzę sprawcy!) postulują konieczność uwzględniania w ujemności zachowania się zamachowca i broniącego jedynie tzw. ujemności aktu (*Handlungs-unwert*), co w przypadku utrzymywania jednolitego pojęcia bezprawności może doprowadzić do sytuacji, w których dwa antagonistyczne zachowania uznane zostaną za jednocześnie bezprawne bądź jednocześnie legalne!

W nauce niemieckiej zaczyna natomiast powoli dominować stanowisko, że warunkiem podjęcia „ostrego” działania obronnego (brak zasady subsydiarności

<sup>37</sup> Konsekwentny finalista powinien dojść do pojęcia specyficznego (zabarwionego subiektywnie) bezprawia karnego.

<sup>38</sup> Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145) – dalej k.c.

<sup>39</sup> Zob. np. W. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1983, s. 424–425 (przypis 42).

i proporcjonalności) w granicach określonych w § 32 niemieckiego StGB<sup>40</sup> jest bezprawny i zawiniony zamach<sup>41</sup>. Rozdzielanie kategorii oceny czynu na bezprawność (okoliczności wyłączające bezprawność) oraz winę (okoliczności wyłączające winę) w ramach instytucji obrony koniecznej nie ma tu żadnego znaczenia. Zamachy niespełniające tych warunków oceniane mogą być jedynie poprzez pryzmat tzw. defensywnego stanu konieczności<sup>42</sup>. Zdaniem zwolenników tego poglądu, takiej zorientowanej na warunek zawinienia wykładni nie stoi na przeszkodzie sformułowanie samej ustawy karnej („bezprawny zamach”). Jej podstawą jest już *ratio* prawa obrony koniecznej (§ 32 StGB), a nie systemowe pojęcie bezprawności<sup>43</sup>. Uzasadnienia są tu różne, ale często pojawia się motyw jednolitej kategorii odpowiedzialności, w której elementy tradycyjnie pojmowanej bezprawności i winy stopione są ze sobą nierozdzielnie.

Ze względu na ramy artykułu przedstawię jedynie jeden z kierunków, którego reprezentantem jest M. Pawlik, uważany za członka tzw. szkoły G. Jakobsa. Odrzuca on podział na dwie kategorie oceny, wyklucza możliwość przyjęcia „niezawinionego” bezprawia, postuluje za to przyjęcie jednolitej kategorii „bezprawia kryminalnego” (*Kriminalunrecht*)<sup>44</sup>. Jego stanowisko wyraźnie inspirowane jest filozofią prawa G.W.F. Hegla oraz teorią norm jako imperatywów A. Merkela (także K. Bindinga)<sup>45</sup>. Według Merkela źródłem oceny zachowania człowieka nie jest naruszenie przedmiotu dobra prawnego, lecz jego specyficzna komunikatywna treść (zaprzeczenie prawa)<sup>46</sup>. Wyraźnie wybrzmiewają przy tym akcenty prewencyjne. Przedmiotem ujawnionego przez sprawcę „zaprzeczenia” prawa jest ucieleśniona w prawie wola powszechna (*der Gemeinwille*), która żąda poszanowania przede wszystkim dla siebie samej i tylko jedynie pośrednio dla woli jednostki (*der Einzelwille*)<sup>47</sup>. W każdym razie wywodzone z tego pojęcie bezprawia zawiera w sobie znamię „przypisywalności” (*Zurechenbarkeit*). Tylko ten, kto jako komunikatywnie kompetentny, a więc „poczytalny” (*zurechnungsfähig*), uznaje prawo jest w stanie naruszać zakazy lub nakazy<sup>48</sup>. Jeżeli więc

<sup>40</sup> § 32 StGB: „(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden”.

<sup>41</sup> Szerszy wykaz odnośnej literatury zob. V. Erb [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, §§ 1–37 StGB, Monachium 2011, § 32 s. 1464, przypis 130; M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 184, przypis 7; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 432 i n., 438, przypis 1976; R. Felber, *Die Rechtswidrigkeit*, s. 62 i n. W nauce polskiej dominuje obiektywistyczna formuła bezprawności zamachu. Stanowiska idące w kierunku uwzględniania strony podmiotowej czy elementów zawinienia zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 439, przypis 1980.

<sup>42</sup> W ramach § 34 StGB (poza zakresem cywilnoprawnego stanu konieczności z § 228 BGB – tak większość doktryny przyjmującej warunek zawinienia zamachu). Swoich zwolenników ma również pogląd, że § 34 StGB dotyczy jedynie przypadków tzw. agresywnego stanu konieczności, postuluje się więc przyjęcie tzw. ogólnego (pozaustawowego) defensywnego stanu konieczności (poza zakresem § 228 BGB), z odwrotną do agresywnego stanu klauzulą proporcjonalności. Należy *per analogiam* stosować kryteria sformułowane w § 228 BGB. Tak np. J. Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, s. 243 i n. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 210, przypis 153.

<sup>43</sup> R. Felber, *Die Rechtswidrigkeit*, s. 56.

<sup>44</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 257 i n.; M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 133 i n.

<sup>45</sup> Zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 276 i n.; M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 141, 144 i n.; F. Loos (*Zur Bedeutung...*, s. 471, przypis 11) stwierdza jednoznacznie, że tzw. szkoła Jakobsa (G. Jakobs, M. Pawlik, H.H. Lesch), która neguje rozdział bezprawności i winy nawiązuje bezpośrednio do Hegla i nurtu heglowskiego w nauce prawa karnego rozwijającego się do lat 60. i 70. XIX w.

<sup>46</sup> Zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 277 i wskazówki do opracowań A. Merkela.

<sup>47</sup> Zob. A. Merkel, *Die Lehre vom Verbrechen und Strafe*, Stuttgart 1912, s. 44; zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 277.

<sup>48</sup> A. Merkel, *Die Lehre...*, s. 43 i n.; zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 277. Problem tzw. zdalnych bądź niezdatnych adresatów normy był przedmiotem niezwykle żywej dyskusji w nauce i teorii prawa (także karnego) w drugiej połowie XIX i na początku XX w.



na płaszczyźnie normy zachowania (sankcjonowanej) dominuje funkcja motywująca, włączenie „klasycznych” elementów winy (m.in. świadomość bezprawności, poczynałość) do zakresu warunków jej przekroczenia wydaje się być „naturalną” konsekwencją. M. Pawlik również podkreśla (za K. Bindingiem), że przestępstwo nie jest w pierwszej linii interpersonalnym zdarzeniem między sprawcą a ofiarą<sup>49</sup>. Sprawca narusza przede wszystkim swój obowiązek współdziałania (*Mitwirkungspflicht*) wobec wspólnoty prawnej (*Rechtsgemeinschaft*), gdy swoim zachowaniem wyraża brak wierności prawu. Pokazuje wtedy dobitnie, że nie jest gotowy wnieść swój wkład do utrzymania istniejącego stanu wolności (*Zustand der Freiheitlichkeit*). Prewencyjny punkt widzenia prowadzi tego autora do tezy, że wywiedzione z takich przesłanek pojęcie kryminalnego bezprawia wymaga, by zachowanie sprawcy zostało mu indywidualnie (tj. także na podstawie kryteriów, które dotąd decydowały o winie) przypisane<sup>50</sup>. W tym sensie nie ma „niezawinionego” bezprawia. Wychodząc z zasadniczo szerokiego prawa obrony koniecznej<sup>51</sup>, nie wyklucza jego ograniczania (miarkowania) w przypadkach, w których zachowanie zamachowca nie przedstawia się w ogóle (albo przejawia się w znacznie złagodzonej formie) jako nieposzanowanie jego obowiązku we współdziałaniu wobec wspólnoty prawnej – bądź dlatego, że zamachowiec działa bez winy, bądź dlatego, że tylko nieznacznie przekracza granice zachowań społecznie adekwatnych<sup>52</sup>.

M. Pawlik zadaje nawet pytanie, czy w nauce rozróżnienie między bezprawnością i winą zostało dobrze uzasadnione<sup>53</sup>. Jego zdaniem bliższa analiza tego zagadnienia może nas zaskoczyć. Współczesna literatura, w której znajdziemy wiele opracowań tematów szczegółowych, kwestię tę praktycznie pomija. Wprawdzie w wielu nowszych pracach rozróżnienie między bezprawiem i winą usiłuje się koncepcyjnie przetwarzać, natomiast uprawnienie do takiego rozróżnienia jest milcząco zakładane. M. Pawlik uważa, że nawet w pracach H. Welzla, R. v. Jehringa czy E. Mezgera rozdzielenie płaszczyzn bezprawności i winy nie zostało uzasadnione tak nienagannie, by uznać iż ponowne podnoszenie tego problemu jest zbyteczne.

Pozytywistyczno-naturalistyczne i analityczne ujęcie przestępstwa Liszta-Belinga wyparło całkowicie rozwijającą się wcześniej heglowską szkołę o przypisaniu<sup>54</sup>. Bezprawie (bezprawność) rozumiane była czysto obiektywnie jako „dowolne” zewnętrzne zachowanie się sprawcy, które narusza zakaz lub nakaz porządku prawnego. Natomiast pojęcie winy sprowadzono do „subiektywnego stosunku” sprawcy do czynu (teoria psychologiczna). Wynikające z tak ujętej struktury rozgraniczenie obydwu płaszczyzn wydawało się klarowne. F. v. Liszt ubrał je w znaną formułę, według której w znamieniu bezprawności zawarta jest ocena ujemności czynu, a w znamieniu zawinięcia – ujemna ocena sprawcy<sup>55</sup>. Rychło jednak okazało się, że zagadnienie to nie jest tak proste.

<sup>49</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 280.

<sup>50</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 281.

<sup>51</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 237 i n.

<sup>52</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 245–246; zob. M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 148 i n. (przypis 110). Warto przypomnieć tylko, że A. Merkel, na którego teorię imperatywów powołuje się M. Pawlik, bezprawność zamachu pojmował całkowicie obiektywistycznie!

<sup>53</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 258.

<sup>54</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 259 i n.; na ten temat Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 314; na temat ujęcia bezprawności w klasycznej (naturalistycznej) systematyce przestępstwa Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 316 i n.

<sup>55</sup> F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, Berlin–Lipsk 1919, 22 wyd., s. 111; zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260.

W ramach rozwijającego się pod wpływem neokantyzmu kierunku teleologicznego („neoklasycznego”) do bezprawia czynu zaczęto włączać elementy podmiotowe, a winę ze względu na jej normatywne, wartościujące ujęcie obiektywizować<sup>56</sup>. W ten sposób klarowny podział na bezprawność i winę został w wielu punktach zatarty. Kierunek teleologiczny programowo odrzucał formalizm szkoły naturalistycznej, kładąc akcent przede wszystkim na materialne podstawy, wartości i cele odpowiedzialności karnej (m.in. systematyki przestępstwa). Utrzymanie rozróżnienia bezprawia i winy wymagało teraz przypisania każdej z tych płaszczyzn samodzielnych materialnych podstaw<sup>57</sup>. Prominentny reprezentant tego kierunku A. Hegler rozwiązanie problemu widział w przeciwstawieniu „szkodliwości socjalnej” czynu (*Sozialschädlichkeit*) „zarzucalności” (*Vorwerfbarkeit*): do bezprawia należy to, co wpływa na naruszający interesy społeczne charakter czynu, do winy zaś to – co uzasadnia zarzucalność czynu wobec określonego sprawcy<sup>58</sup>. Jednak w normatywnym ujęciu winy nie chodziło już o realny stosunek sprawcy do czynu, lecz o to, jaki on być powinien (obiektywizacja winy)<sup>59</sup>. Zatem – zdaniem M. Pawlika – można stwierdzić, że o samym sprawcy taki sąd nic nie wypowiada. Należy przy tym zauważyć, że przedstawiciele kierunku teleologicznego często podważali jednolite ujęcie bezprawności i tym samym taki charakter bezprawności jako kategorii przestępności czynu. Ujmowali ją teleologicznie, a więc na podstawie celów stawianych prawu karnemu (tzw. bezprawność karna albo bezprawność w rozumieniu prawa karnego)<sup>60</sup>. Wreszcie finalizm pozbawił bezprawie obiektywistycznej perspektywy (zachowywanej jeszcze przez neokantystów), skoro H. Welzel twierdził, że czyn jest bezprawny tylko jako dzieło określonego sprawcy<sup>61</sup>. Tak więc to już bezprawność, a nie dopiero ocena zawinienia (tak w klasycznej systematyce) orientowana była na sprawcę.

W trakcie ponad stuletniego rozwoju ustawodawstwa i doktryny, którego ostatnim etapem – zdaniem M. Cortes Rosy – było wprowadzenie do niemieckiego StGB (ustawą z 4.07.1969 r.) regulacji § 35 ust. 2 (błędne przyjęcie przedmiotowych warunków stanu konieczności znoszącego zawinienie) rozgraniczeniu bezprawia i winy przypisano trzy dalsze funkcje w zakresie: „dwutorowości” prawa karnego (*Zweispurigkeit*), akcesoryjności odpowiedzialności za udział (*Akzessorietätsfunktion*) oraz w obszarze błędu (*Irrtumsfunktion*)<sup>62</sup>. Z kolei C. Roxin w zwięzłej formie podał następujące konsekwencje rozróżnienia bezprawności i winy w tych trzech obszarach<sup>63</sup>: 1) kara

<sup>56</sup> Szerzej zob. Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 319 i n.

<sup>57</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260.

<sup>58</sup> A. Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 1915, t. 36, s. 28 i n., 184 i n. (*Schluss*); zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260.

<sup>59</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260.

<sup>60</sup> Zob. np. A. Hegler, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff* [w:] *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* 16. August 1930, t. I. Neudruck der Tübingen Ausgabe 1930, Aalen 1969, s. 274, przypis 2; A. Hegler, *Die Merkmale...*, s. 29, przypis 31; na ten temat Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 322.

<sup>61</sup> H. Welzel, *Das Deutsche...*, s. 62: „Nicht die von der Täterperson abgelöste Erfolgsverursachung (Rechtsgüterverletzung) erschöpft das Unrecht, sondern rechtswidrig ist die Handlung nur als Werk eines bestimmten Täters (...) Rechtswidrigkeit ist immer Mißbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat. Unrecht ist täterbezogenes, «personales» Handlungsunrecht“; zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260–261.

<sup>62</sup> Określenia pochodzą od B. Schünemanna, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, 2 Teil: *Schuld und Kriminalpolitik*, „Goldammer's Archiv für Strafrecht“ 1986, s. 302–303; zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 186.

<sup>63</sup> C. Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen* [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)* (herausgegeben von A. Eser, G.P. Fletcher), Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., herausgegeben von A. Eser, Freiburg i. Br., 1987, t. I, s. 238 i n.

nawiązuje do winy (bez winy nie ma kary), natomiast środek zabezpieczający może być stosowany już wtedy, gdy czyn jest bezprawny; 2) udział (*Teilnahme*) w usprawiedliwionym (legalnym) czynie sprawcy głównego musi pozostać bezkarny. Nie dotyczy to jednak udziału w czynie niezawinionym, którego karalność niemiecki StGB na podstawie limitowanej akcesoryjności zasadniczo dopuszcza; 3) błędne przyjęcie przedmiotowych warunków kontraktu wyłącza umyślność (zamiar) względnie winę umyślności, podczas gdy urojenie przedmiotowych warunków sytuacji znoszącej zawinięcia, podczas gdy pociąga (umyślność czynu nie zostaje wyłączona)<sup>64</sup>.

Jak zatem funkcjonuje rozróżnienie między bezprawnością a winą w zakresie tzw. dwutorowości systemu odpowiedzialności?<sup>65</sup> Można podkreślić na początku, że „dwutorowość” nie stanowi żadnego minimalnego warunku spełniania standardów państwa prawa przez określony system karny. Poza tym nawet „dwutorowe” ustawodawstwa karne w tym zakresie istotnie mogą się między sobą różnić.

W polskim Kodeksie karnym z 1997 r. warunkami koniecznymi wymierzenia kary jest ustalenie bezprawności i zawinięcia czynu wypełniającego znamiona typu, przewiduje on również możliwość orzeczenia środków zabezpieczających. Orzekanie tych środków miałyby więc być wykluczone wtedy, gdy czyn sprawcy nie był bezprawny, np. gdy działał on w sytuacji kontraktowej (np. obrony koniecznej), możliwe natomiast gdy brakowałoby winy sprawcy (zachodzi okoliczność wyłączająca winę; w tym przede wszystkim niepoczytalność). Poza niepoczytalnością nie ma jednak w polskim Kodeksie karnym żadnego przepisu, który stanowiłby samodzielną podstawę stosowania środka zabezpieczającego. Jedyną sytuacją, w której dopuszcza się na podstawie art. 93c k.k. orzeczenie środka zabezpieczającego bez skazania (a więc przy braku winy), jest wypadek sprawcy, co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 k.k. Artykuł 99 k.k. przewiduje możliwość orzeczenia wobec niepoczytalnego sprawcy czynu zabronionego tytułem środka zabezpieczającego nakaz lub zakazy wymienione w art. 39 pkt 2–3 k.k.<sup>66</sup> Podstawowe znaczenie ma tu jednak możliwość orzeczenia wobec sprawcy niepoczytalnego pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym (por. art. 93g § 1 k.k. w zw. z art. 93c pkt 1 k.k.). Nie ulega wątpliwości, że „czyn zabroniony” należy rozumieć jako zachowanie sprawcy, które realizuje znamiona typu czynu w sytuacji, gdy nie wystąpił żaden kontrakt. Zatem orzeczenie tego środka jest wyłączone, gdy niepoczytalny sprawca działał w granicach kontraktu, np. art. 25, 26 § 1 k.k. Wykluczone jest to jednakże również w sytuacjach klasyfikowanych jako zniesienie czy wyłączenie winy, np. określonej w art. 26 § 2 (tzw. znoszący winę stan wyższej konieczności<sup>67</sup>), w przypadku usprawiedliwionego przekonania, że zachodzi okoliczność wyłączająca

<sup>64</sup> Zob. również M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 187.

<sup>65</sup> Zob. również Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 345 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 132 i n.

<sup>66</sup> Odnosnie do orzekania przypadku, to, pomijając rozważania co do charakteru tego środka po nowelizacji Kodeksu karnego (obecnie art. 45a w rozdziale Va „Przypadek i środki kompensacyjne” – dawniejszy art. 100 k.k.), można go orzec wobec osoby, która popełniła czyn zabroniony w stanie niepoczytalności albo jeżeli zachodzi okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego. Należy przyjąć, że termin „okoliczności wyłączające ukaranie” nie obejmuje ani sytuacji wyłączających winę sprawcy, ani tym bardziej kontraktów. Można odwołać się do dominującej wykładni uchylonego art. 100 k.k. Ocena znikomości społecznej szkodliwości czynu (umorzenie postępowania) nie dotyka winy sprawcy.

<sup>67</sup> Moim zdaniem funkcje wyłączenia bezprawności i winy w tych przepisach (art. 26 § 1 i art. 26 § 2 k.k.) nie przebiega według kryterium utilitarystycznego proporcji dóbr. Na ten temat poniżej.

bezprawność albo winę albo usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu (art. 29 i 30 k.k.; nie mogą one pozostawać w związku ze stanem niepoczytalności), a nawet wtedy, gdy ustawa uznaje, iż sprawca nie podlega karze (np. art. 15 § 1 k.k.). Moim zdaniem powinny zachodzić wszystkie warunki karalnego zachowania (w tym negatywne), z wyjątkiem poczytalności. Tak więc postulat ścisłego rozróżniania sytuacji wyłączenia bezprawności i wyłączenia winy generalnie nie jest uzasadniony. Na tej płaszczyźnie można co najwyżej przyjąć rozróżnienie między niepoczytalnością a innymi okolicznościami wyłączającymi przestępność czynu. Nie ma racjonalnych podstaw, by – co do zasady – odmówić osobie, co do której istniałyby nawet przesłanki określenia jej jako „niepoczytalnej”, powołania się na działanie w granicach kontratypu, jak i na to, że działała np. w granicach art. 26 § 2 czy w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu (art. 30 k.k.; nie może jednak mieć ona związku z niepoczytalnością). Zgodnie z art. 414 § 1 k.p.k. ustalenie po rozpoczęciu przewodu sądowego okoliczności wymienionych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. (w tym kontratypów i okoliczności wyłączających winę) prowadzi do konieczności wydania wyroku uniewinniającego, chyba że sprawca w chwili czynu był niepoczytalny! (wtedy sąd wydaje wyrok umarzający).

Podobnie rzecz przedstawia się z wykładnią § 63 StGB w nauce niemieckiej. Jak się wydaje, przeważająca jej część warunki umieszczenia sprawcy niezdatnego do zawinienia (niepoczytalnego) w zakładzie leczenia psychiatrycznego wywodzi z teleologii tego przepisu, a nie założeń ogólnosystemowych<sup>68</sup>. Przede wszystkim warunek popełnienia przez sprawcę czynu bezprawnego (*rechtswidrige Tat*) rozumiany jest jako *tatbestandsmäßig-rechtwidrige Tat*<sup>69</sup>. Nie chodzi więc tu o jakąkolwiek bezprawność, lecz o bezprawność „prawnokarnie” relevantną (zachowanie wyczerpujące znamiona typu czynu zabronionego, gdy nie zachodzi jakiegokolwiek okoliczność czyn usprawiedliwiająca – *Rechtfertigungsgrund*). Celowościowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym jest wykluczone nie tylko wtedy, gdy zachodzi okoliczność legalizująca czyn, ale również gdy zachodzą warunki okoliczności znoszącej zawinienie, np. znoszący winę stan konieczności określony w § 35 niemieckiego StGB. Podstawę stosowania § 63 StGB należy wiązać tylko z takim zachowaniem sprawcy, które wykazuje wszystkie cechy czynu zabronionego karalnego (a więc nie mogą zachodzić nawet przypadki braku karalności), z wyjątkiem poczytalności sprawcy<sup>70</sup>. Jest rzeczą niezwykle ciekawą, że np. H.-H. Jescheck i Th. Weigend, rzecznicy rozróżniania bezprawności i winy, reprezentanci dwupłaszczyznowej koncepcji *Fahrlässigkeit* („nieumyślność”)<sup>71</sup> przyjmują, iż w przypadku czynów nieumyślnych osób niepoczytalnych warunkiem zastosowania środków zabezpieczających jest, by „sprawca

<sup>68</sup> Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 28, 352.

<sup>69</sup> § 11 ust. 1, pkt 5 StGB brzmi: „(1) *Im Sinne dieses Gesetzes ist (...) 5. rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht.*”

<sup>70</sup> Tak zasadniczo zwolennicy dwupłaszczyznowej oceny czynu H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, 5 wyd., s. 808. Szersza literatura zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 352, przypis 1574.

<sup>71</sup> H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 563 i n., 594 i n. Szersza literatura zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 366, przypis 1627. Według tego dominującego poglądu, naruszenie obowiązującej w obrocie reguły ostrożności oraz obiektywna przewidywalność skutku (*sollen*) przypisana jest płaszczyźnie bezprawności, natomiast konkretno-indywidualna zdolność dołożenia należytej staranności oraz konkretno-indywidualna możliwość przewidzenia skutku to sfera winy (*können*).

według swoich indywidualnych zdolności, abstrahując od stanu poczytalności, był w stanie sprostać obiektywnym wymogom ostrożności<sup>72</sup>. Zatem brak elementu konkretno-indywidualnej zdolności (w ujęciu systemowym autorów element winy) dołożenia należytej staranności (systemowo płaszczyzna bezprawności) wyłącza możliwość przyjęcia warunku „czynu bezprawnego”<sup>73</sup>!

Rozróżnienie między bezprawnością i winą w zakresie stosowania środków zabezpieczających traci na znaczeniu również wtedy, gdy, akcentując ich niewątpliwie prewencyjny charakter (niebezpieczeństwo sprawcy popełnienia czynu zabronionego w przyszłości), poluźnia się związek z systemem prawa karnego. Cytowany wyżej niemiecki karnista M. Pawlik podkreśla więc zdecydowanie prewencyjny charakter środków zabezpieczających<sup>74</sup>. Dlatego też mogą one być stosowane wobec niezdatnych do zawinienia. W przeciwieństwie jednak do praw obronnych (*Notrechte*; „wolno mi ingerować w sferę napastnika, ponieważ zostałem przez niego zaatakowany”) czyn „bezprawny”, do którego nawiązuje poszczególny środek zabezpieczający, nie jest „podstawą” (*der Grund*), lecz tylko „powodem” (*der Anlaß*) czy „wskaźnikiem” (*das Indiz*) przyszłej niebezpieczności niezdolnego do zawinienia sprawcy. Warunek „bezprawnego czynu” powinien więc być wykładany z punktu widzenia celu środka zabezpieczającego (zapobieganie niebezpieczeństwom w przyszłości)<sup>75</sup>. Jego zdaniem tezę tę potwierdza orzecznictwo niemieckie, które nie wyklucza stosowania § 63 StGB w przypadkach, gdy niepoczytalny działa w błędzie (np. co do znamion, w urojeniu znamienia kontraktypu), wynikającym z jego chorobowego stanu.

Rację ma jednak inny niemiecki uczoney F. Loos, zwracając uwagę na to, że tezy M. Pawlika nawiązują najwyraźniej do tzw. symptomatycznej definicji przestępstwa O. Tesara i H. Kollmanna (przestępstwo jest tylko symptomem niebezpieczności sprawcy)<sup>76</sup>. Elementy takiego spojrzenia można odnaleźć przynajmniej częściowo w niemieckim prawie karnym nieletnich (*Jugendstrafrecht*)<sup>77</sup>. Podobnie rzecz przedstawia się ze środkami wychowawczymi w polskiej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich stosowanymi w przypadku stwierdzenia „demoralizacji”<sup>78</sup> (nieco inaczej w przypadku umieszczenia w zakładzie poprawczym<sup>79</sup>). Z rozpatrywanego tutaj punktu widzenia ciekawy jest również art. 12 tej ustawy<sup>80</sup>. W pierwotnym

<sup>72</sup> H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 593. Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 370.

<sup>73</sup> Przed II wojną światową również H. Welzel (*Studien...*, s. 562) twierdził, że w zakresie nieświadomej nieumyślności istota bezprawia zależna jest od zdolności do zawinienia sprawcy: w tym wypadku nie istnieje „niezawinione bezprawie”. W nauce niemieckiej istnieje dosyć liczna grupa zwolenników stanowiska, które zalicza indywidualną możliwość wypełnienia obiektywnego obowiązku staranności do sfery bezprawia czynu (ściślej do jego istoty – *Tatbestand*). Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 367 oraz piśmiennictwo.

<sup>74</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 268–269, przypis 76; M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 149–150.

<sup>75</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 269, przypis 76; M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 150.

<sup>76</sup> Zob. F. Loos, *Zur Bedeutung...*, s. 470 i wskazana tam literatura.

<sup>77</sup> F. Loos, *Zur Bedeutung...*, s. 470.

<sup>78</sup> Zob. art. 4 § 1 tej ustawy, który wśród „okoliczności świadczących o demoralizacji nieletniego” wymienia również „popełnienie czynu zabronionego” czy „udział w grupach przestępczych”.

<sup>79</sup> Warunkiem koniecznym zastosowania tego środka (art. 10) jest popełnienie czynu karnego w rozumieniu art. 1 § 2 pkt 2 lit. a (przestępstwo lub przestępstwo skarbowe). Co do struktury i zakresu terminu „czyn karny” na gruncie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 354 i n.

<sup>80</sup> Art. 12: „W razie stwierdzenia u nieletniego upośledzenia umysłowego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych bądź nałogowego używania alkoholu albo innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia, sąd rodzinny może orzec umieszczenie nieletniego w szpitalu psychiatrycznym lub innym odpowiednim zakładzie leczniczym. Jeżeli zachodzi potrzeba zapewnienia nieletniemu jedynie opieki wychowawczej, sąd może orzec umieszczenie go w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, a w przypadku gdy nieletni jest upośledzony umysłowo w stopniu głębokim i wymaga jedynie opieki – w domu pomocy społecznej.”

brzmieniu warunkiem zastosowania tego środka było popełnienie przez nieletniego „czynu karalnego”<sup>81</sup>. Przepis ten w obecnym brzmieniu tego warunku już nie przewiduje<sup>82</sup>. Jednak prawo o postępowaniu w sprawach nieletnich nie jest prawem ustanawiającym zasady odpowiedzialności karnej nieletnich. Natomiast symptomatyczne pojęcie przestępstwa w przypadku obowiązującego prawa karnego „dorosłych” zarówno w Niemczech, jak i w Polsce nie wchodzi w ogóle w rachubę<sup>83</sup>.

Rozróżnienie między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę) skorelowane ma być z niemiecką konstrukcją limitowanej (ograniczonej) akcesoryjności odpowiedzialności podżegacza i pomocnika (teoria udziału w cudzym czynie zabronionym)<sup>84</sup>. Zakres tej akcesoryjności ustalany jest dokładnie na linii demarkacyjnej między bezprawnością a winą. Przepisy niemieckiego StGB (§ 26, 27) wymagają, by sprawca bezpośredni popełnił jedynie bezprawny czyn umyślny, a podżegacz lub pomocnik karani byli według swojej winy, bez względu na winę pozostałych uczestników (§ 29). Zatem podżeganie (pomocnictwo) do zachowania w sytuacji kontratypowej nie jest karalne (brak bezprawia sprawcy głównego), jeżeli zaś sprawcy bezpośredniemu nie można przypisać zawinienia (okoliczność znosząca zawinienie), odpowiedzialność podżegacza (pomocnika) nie byłaby zasadniczo wykluczona. Bardzo wcześnie powstał jednak spór co do tego, czy możliwa jest odpowiedzialność podżegacza (pomocnika), który nakłania (ułatwia) do czynu sprawcę działającego w warunkach stanu konieczności z § 35 niemieckiego StGB i nie należy do kręgu osób bliskich sprawcy<sup>85</sup>. Przepis ten ogranicza bowiem krąg osób, które mogą się na tę sytuację powołać: sprawca musi działać w celu uchylenia niebezpieczeństwa jedynie dla swojego życia, zdrowia lub wolności lub życia, zdrowia, wolności osoby mu bliskiej (generalizacja szczególnej sytuacji motywacyjnej). Przyjmowana tu często bezkarność podżegacza i pomocnika prowadzi do rozszerzenia zakresu akcesoryjności na obszar winy. Akcesoryjność nie pokrywa się wtedy dokładnie z linią rozdzielającą bezprawność i winę. W niemieckiej konstrukcji odpowiedzialności osób współdziałających trzeba jednak uwzględnić formę sprawstwa pośredniego, nieznaną polskiej ustawie karnej<sup>86</sup>. Nakłaniający do czynu *extraneus* w rozumieniu § 35 StGB w wielu przypadkach może zostać uznany za sprawcę pośredniego. Ponieważ pole konstrukcji sprawstwa pośredniego (opartej na koncepcji „władztwa nad czynem” – *Tatherrschaft*) jest w nauce i orzecznictwie niemieckim stale poszerzane, jednocześnie zawęża się zakres zastosowania zasady ograniczonej akcesoryjności (także w przypadkach wykorzystania działania osoby niepoczytalnej lub pozostającej

<sup>81</sup> Dz.U. z 1982 r. Nr 35, poz. 228.

<sup>82</sup> Zmiana przyjęta ustawą z 15.09.2000 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 91, poz. 1010).

<sup>83</sup> Zob. także F. Loos, *Zur Bedeutung...*, s. 470.

<sup>84</sup> Szerzej (również literatura niemiecka) zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 393 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 134 i n.

<sup>85</sup> Treść tego przepisu zob. powyżej przypis 16. Kategoryzowany jest na ogół jako okoliczność znosząca zawinienie. Z tego punktu widzenia został on zdecydowanie lepiej sformułowany niż jego polski odpowiednik. W art. 26 § 2 k.k. nie odnajdziemy znamion, które chociażby generalno-objektywnie opisywałyby szczególną sytuację motywacyjną sprawcy (nie ogranicza dóbr, które sprawca może ratować, do dóbr własnych lub osób bliskich). Uprawniony wydaje się więc wniosek, że jeżeli sprawca jako sam bezpośrednio działający pozostaje bezkarny ratując inne „obce” dobra, to tym bardziej wtedy pozostaje bez kary, gdy do podobnego zachowania nakłania lub udziela pomocy.

<sup>86</sup> Formy przyjęte w polskiej ustawie karnej: sprawstwo kierownicze i polecające nie pokrywają się ze sprawstwem pośrednim.

w niemożliwej do uniknięcia nieświadomości bezprawności). Sprawstwo pośrednie obejmuje już niemal wszystkie sytuacje, w których po stronie sprawcy bezpośredniego zachodzi brak jakiejś cechy, wymaganej do przyjęcia przestępności jego czynu (w tym brak bezprawności czy brak winy)<sup>87</sup>. Nic zatem dziwnego, że jeden z niemieckich autorów neguje w zakresie udziału znaczenie rozróżnienia między wyłączeniem bezprawności i wyłączeniem winy<sup>88</sup>.

Z przyjętych założeń filozoficzno-prawnych wychodzi natomiast M. Pawlik, który zwraca uwagę na wykształcone w XIX w. w piśmiennictwie szkoły heglowskiej prawa karnego (także u G.W.F. Hegla i I. Kanta) pojęcie „podżegacza”<sup>89</sup>. Chodzi mianowicie o to, że podżegacz musi nakłaniać do czynu, którego decyzja wykonania wynika z „wolnej woli” sprawcy bezpośredniego. W przeciwnym razie podżegacza należy uznać po prostu za sprawcę. Całkowicie konsekwentnie można więc przyjąć, że o podżegaczu może być mowa tylko pod warunkiem iż czyn sprawcy podżeganego jest zawiniony<sup>90</sup>. W takim ujęciu należy więc koncepcję limitowanej akcesoryjności odrzucić<sup>91</sup>.

Konstrukcja limitowanej akcesoryjności to jednak jedna z wielu możliwości regulacji odpowiedzialności osób współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego. Dlatego też postulat czy dogmat rozróżniania między bezprawnością i winą traci na znaczeniu na gruncie innych zasad odpowiedzialności, nieopartych na koncepcji udziału czy odrzucających ograniczoną akcesoryjność. Przynajmniej w tym krótkim wywodzie trzeba poruszyć ten problem na przykładzie obecnie obowiązujących przepisów polskiego Kodeksu karnego z 1997 r., w interpretacji, którą przyjęła zdecydowana większość współczesnej polskiej doktryny<sup>92</sup> oraz Sąd Najwyższy i Trybunał Konstytucyjny<sup>93</sup>.

Programowo odrzucono w nauce polskiej i orzecznictwie koncepcję tzw. form zjawiskowych („technicznych sposobów”) popełnienia czynu zabronionego przez podżegacza i pomocnika. Podżeganie i pomocnictwo to odrębne, samodzielne odmiany typów czynów zabronionych, charakteryzujące się własnymi, specyficznymi

<sup>87</sup> Sprawstwo pośrednie przyjmuje się również np. gdy po stronie sprawcy głównego nie zachodzi czyn w znaczeniu prawnokarnym, gdy sprawca występuje w roli „narzędzia” nierealizującego znamion typu czynu, gdy pozostaje w błędzie co do znamienia typu czynu zabronionego, wreszcie nawet gdy działa legalnie.

<sup>88</sup> Zob. H. v. der Linde, *Rechtfertigung...*, s. 152 i n., 253 i n., 289. Jego zdaniem odpowiedzialność za udział powinna zostać oparta na konstrukcji ścisłej akcesoryjności (bezwprawny i zawiniony czyn sprawcy bezpośredniego)!

<sup>89</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 272 i n.

<sup>90</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 273.

<sup>91</sup> M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 275. Podobnie (co do wyniku) cytowany wyżej (*de lege ferenda*) H. von der Linde, s. 252 i n.; także T. Walter, *Kern...*, s. 208; G. Jakobs, *Die Akzessorietät*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht” 1996, s. 253 i n.

<sup>92</sup> Inną rzeczą jest to, że z taką interpretacją się nie zgadzam. Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Podżeganie (pomocnictwo), sprawstwo kierownicze i sprawstwo pośrednie a akcesoryjność odpowiedzialności* [w:] *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, red. Z. Jędrzejewski, M. Królikowski, Z. Wiernikowski, S. Zółtek, Warszawa 2014, s. 111 i n. Ze względu na ramy artykułu muszę zrezygnować z analizy koncepcji form zjawiskowych w Kodeksie karnym z 1932 r. i 1969 r. Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Problem „skutkowości” podżegania i pomocnictwa w Kodeksie karnym z 1932 r.* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 5, red. B.T. Bienkowska, D. Szafranski, Warszawa 2014, s. 111 i n.; Z. Jędrzejewski, *Akcesoryjność kuantytatywna oraz karalność „usiłowania” podżegania i pomocnictwa w Kodeksach karnych z 1969 i 1997 r.* [w:] *Problemy...*, s. 133 i n.

<sup>93</sup> Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 21.10.2003 r., I KZP 11/03, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karne i Wojskowa 2003/11–12, poz. 89, oraz TK w wyroku z 17.07.2014 r., SK 35/12, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego ZU 2014/7A, poz.74; sentencja ogłoszona 28.07.2014 r. w: Dz.U. poz. 992.

zespołami znamion<sup>94</sup>. Skutek w postaci popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę *sensu stricto* nie należy więc do znamion podżegania i pomocnictwa<sup>95</sup>. Czyn zabroniony, do którego podżegacz nakłania lub jego wykonanie pomocnik ułatwia, określany jest nie z punktu widzenia zachowania sprawcy bezpośredniego, lecz właśnie z punktu widzenia podżegacza (pomocnika)<sup>96</sup>. Zdaniem P. Kardasa „z punktu widzenia czynności podżegania znaczenie ma tylko wyobrażony i w pełni uświadomiony przez podżegającego czyn zabroniony”, „(...) z punktu widzenia osoby nakłanianej charakterystyka czynu zabronionego określonego w części szczególnej nie wyznacza przedmiotu zamiaru nakłanianego”, „znamiona podżegania wymagają, aby podżegacz miał pełną świadomość normatywnej charakterystyki przedmiotu nakłaniania, nie zawierają natomiast takiego warunku w odniesieniu do osoby nakłanianej”, z perspektywy tej osoby „istotne jest jedynie wzbudzenie przez podżegacza decyzji dokonania konkretnego zachowania scharakteryzowanego obiektywnie bez konieczności uświadamiania sobie przez osobę nakłanianą, że zachowanie to ma określoną charakterystykę jurydyczną wyrażoną przez odpowiedni przepis części szczególnej KK<sup>97</sup>”. „Z punktu widzenia nakłaniającego, czyn zabroniony, do popełnienia którego podżegacz nakłania inną osobę, jest jedynie wyobrażony, ponieważ osoba nakłaniana ani nie musi tego czynu realnie dokonać, ani też nie musi być świadoma jego prawnej kwalifikacji<sup>98</sup>”. Otwiera to – według P. Kardasa – drogę do konstruowania podstaw odpowiedzialności za podżeganie do przestępstwa nieumyślnego, bowiem nieumyślność po stronie nakłanianego nie rzutuje w żadnym zakresie na odpowiedzialność podżegacza (tzw. właściwe podżeganie do przestępstwa nieumyślnego)<sup>99</sup>. Z kolei A. Liszewska postuluje, by wymagana charakterystyka czynu sprawcy bezpośredniego obejmowała jedynie stronę przedmiotową, co pozwoliłoby na kwalifikowanie z art. 18 § 2 i 3 k.k. przypadków gdy nakłanianie lub ułatwianie dotyczy zachowania, które po stronie nakłanianego nie jest czynem zabronionym (np. X nakłania Y do zaboru cudzej rzeczy ruchomej przez wprowadzenie go w błąd zapewnieniem, że owa rzecz jest jego)<sup>100</sup>.

Wypowiedzi te należy uznać za dalekie od klarowności. W każdym razie wydadają się tylko połowicznie załatwiać cały problem. Nie ulega chyba wątpliwości, że typy czynów zabronionych podżegania i pomocnictwa zostają tu przekształcone w swoiste typy czynów zabronionych, w których podżegacz i pomocnik traktują wykonawcę bezpośredniego jako jedynie narzędzie dla realizacji ich własnego zamiaru naruszenia (zagrożenia) dobra prawnego<sup>101</sup>. Z konstrukcyjnego punktu widzenia nie chodzi tu o sprawstwo pośrednie w ujęciu niemieckiego StGB i niemieckiej

<sup>94</sup> Szerzej zob. P. Kardas [w:] *System Prawa Karnego*, t. III, red. R. Dębski, Rozdział III, Sprawstwo i współdziałanie w popełnieniu czynu zabronionego, Warszawa 2017, 2 wyd., s. 1008 i n., 1011 i n., 1041 i n.

<sup>95</sup> Przyjmuje się, że skutkiem jest wzbudzenie u osoby nakłanianej decyzji określonego zachowania lub w przypadku pomocnictwa zmiana sytuacyjna, przejawiająca się w stworzeniu warunków, w których popełnienie przez inną osobę czynu zabronionego będzie łatwiejsze niż w sytuacji gdy pomocnik nie zrealizował swojego zachowania. Zob. P. Kardas [w:] *System...*, t. III, s. 1021 i n., 1057 i n. Występuje też pogląd o formalnym charakterze przestępstw podżegania i pomocnictwa.

<sup>96</sup> Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Podżeganie (pomocnictwo)...* [w:] *Między nauką...*, s. 130 i n.

<sup>97</sup> Zob. P. Kardas [w:] *System...*, t. III, s. 1020 i n.

<sup>98</sup> P. Kardas [w:] *System...*, t. III, s. 1022.

<sup>99</sup> P. Kardas [w:] *System...*, t. III, s. 1022.

<sup>100</sup> A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 108 i n., 173–174.

<sup>101</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Podżeganie (pomocnictwo)...* [w:] *Między nauką...*, s. 132.



doktryny prawa karnego. W każdym razie podżegacz realizuje znamiona „swojego” czynu zabronionego. Moim zdaniem podżegacz może nakłaniać również inną osobę, która „nie realizuje znamion”, osobę, która „działa bez zamiaru” (przy braku typu nieumyślnego), czy nawet nakłaniać ją do czynu legalnego (np. w warunkach kontraktu)! Tak więc rozróżnienie szczebli przestępności czynu (czyn, realizacja znamion przedmiotowych, podmiotowych, bezprawność, wina), do którego popełnienia nakłania podżegacz, lub którego popełnienie ułatwia pomocnik, dla odpowiedzialności podżegacza i pomocnika nie ma żadnego znaczenia.

Funkcja rozróżnienia między bezprawnością i winą w zakresie regulacji błędu jest omawiana w literaturze stosunkowo rzadko. Z różnego systemowego usytuowania kontraktu (*Rechtfertigungsgrund*) i sytuacji znoszącej zawinienie (*Entschuldigungsgrund*) ma wynikać konieczność odmiennej regulacji urojenia znamienia kontraktu oraz urojenia okoliczności stanowiącej znamię okoliczności znoszącej zawinienie<sup>102</sup>. W niemieckim StGB nie uregulowano wyraźnie pierwszej sytuacji, jednak zdecydowana większość doktryny przyjęła stanowisko, że albo, tak jak błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu, taki błąd wyłącza bezprawie umyślne, albo też bezprawie umyślne zostaje zachowane, odpada jedynie „wina umyślności”, co oznacza w obydwu przypadkach odpowiedzialność z odpowiedniego typu nieumyślnego<sup>103</sup>. Urojenie okoliczności stanowiącej znamię kontraktu należy od dawna do najbardziej spornych przedmiotów debaty naukowej, a gama proponowanych rozwiązań jest niezwykle duża – od wyłączenia umyślności po stanowisko tzw. ścisłej teorii winy (*die strenge Schuldtheorie*), według której jest to po prostu przypadek nieświadomości bezprawności<sup>104</sup>. Stanowisko zbliżone do ścisłej teorii winy przyjęto w art. 29 polskiego k.k. (choć niekiedy stwierdza się, że jest to błąd swoisty, odmienny od błędu co do znamienia typu i nieświadomości bezprawności). Popełnienie czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność, usuwa jedynie zawinienie, zamiar (bezprawie umyślne) nie ulega wyłączeniu. W tym samym przepisie uregulowano identycznie urojenie znamienia okoliczności wyłączającej winę. Jeżeli postuluje się ścisłe rozróżnianie płaszczyzn (wyłączenia) bezprawności oraz (wyłączenia) winy, to zrównanie w ocenie tych dwóch rodzajów błędów na pewno nie jest rozwiązaniem, które odpowiada takiemu założeniu.

W niemieckim StGB, nauce i orzecznictwie rzecz przedstawia się inaczej. Trzeba uwzględnić pogląd dominujący co do rozwiązania urojenia znamienia kontraktu (odpowiedzialność z typu nieumyślnego) oraz regulację z § 35 ust. 2 niemieckiego StGB dotyczącą urojenia znamienia tzw. wyłączającego winę stanu konieczności<sup>105</sup> (nie ma ogólnej regulacji dotyczącej urojenia znamienia każdej możliwej

<sup>102</sup> Podobnie z różnego systemowego usytuowania typu i kontraktu zwolennicy koncepcji *Leitbildtatbestand* wnoszą niekiedy o konieczności różnej regulacji błędu co do znamienia typu oraz urojenia znamienia kontraktu.

<sup>103</sup> Takie stanowisko nauki niemieckiej z pewnością nie odpowiada zwolennikom uwzględniania systemowego usytuowaniu typu i znamion kontraktu. Większość doktryny niemieckiej odrzuca teorię negatywnych znamion czynu zabronionego.

<sup>104</sup> Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 513–575. *Die strenge Schuldtheorie* reprezentowali przede wszystkim finaliści.

<sup>105</sup> „(2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern“.

sytuacji znoszącej winę). Konstrukcja § 35 ust. 2 oparta jest na *Schuldtheorie*: jeżeli sprawca nie mógł uniknąć błędu, to odpada wina, ale bezprawie umyślne czynu pozostaje nienaruszone. Znaczna część nauki niemieckiej postuluje odpowiednio stosowanie § 35 ust. 2 StGB do przypadków błędu co do warunków innych *Entschuldigungsgründe*<sup>106</sup>.

W starszej doktrynie prawa karnego, ze względu na podkreślane podobieństwo do kontratypów, proponowano niekiedy w przypadku urojenia znamienia stanu konieczności wyłączającego winę odpowiedzialność za czyn nieumyślny, jeśli sprawca mógł uniknąć błędu<sup>107</sup>. Takie rozwiązania spotyka się również w obecnie obowiązujących Kodeksach karnych. Zgodnie z § 10 ust. 2 austriackiego StGB urojenie okoliczności stanowiącej znamię stanu konieczności znoszącego zawinienie prowadzi do odpowiedzialności za czyn nieumyślny, pod warunkiem że błąd polega na nieumyślności i nieumyślne popełnienie czynu jest zagrożone karą. Odnośnie do błędnego urojenia przedmiotowych znamion okoliczności znoszącej winę, podobne rozwiązanie znajdziemy w art. 16 ust. 2 portugalskiego Código Penal. W tym samym przepisie identyczne rozwiązanie przyjęto również odnośnie do urojenia znamienia kontratypu<sup>108</sup>. Nie ulega zatem wątpliwości, mimo pewnych różnic teoretycznych (błąd co do znamienia typu wyłącza bezprawie umyślne, w przypadkach urojenia znamienia kontratypu lub urojenia okoliczności wyłączającej winę następuje zniesienie „winy umyślności”), że skutki błędów są identyczne (możliwa odpowiedzialność za czyn nieumyślny)<sup>109</sup>.

Grupa okoliczności znoszących zawinienie (niem. *Entschuldigungsgründe*) budzi spory w nauce prawa karnego. Często – mimo identycznego usytuowania w strukturze przestępstwa – doktryna odróżnia je od „tradycyjnych” okoliczności wyłączających winę: niepoczytalności, nieletniości czy niedającej się uniknąć nieświadomości bezprawności (*Schuldausschließungsgründe*). W przypadkach *Entschuldigungsgründe* nie zachodzi całkowite zniesienie zawinienia. Współcześnie przeważa pogląd, że w takich sytuacjach następuje tylko istotne zmniejszenie bezprawia i winy jednocześnie, np. zachowanie w stanie konieczności określonym w § 35 niemieckiego StGB charakteryzuje się spadkiem stopnia bezprawia (*actio duplex* – sprawca, naruszając interesy, ratuje inne) i „podwójnym” zmniejszeniem stopnia winy<sup>110</sup>. Spadek stopnia winy następuje pośrednio ze względu na zmniejszone bezprawie, drugi raz ze względu na szczególną sytuację motywacyjną sprawcy. Pogląd, że ten drugi spadek stopnia winy jest niezależny od bezprawia, to oczywiście wynik przyjęcia normatywnej teorii winy. Według jej twórców (R. v. Frank, J. Goldschmidt, B. Freudenthal), najogólniej rzecz biorąc, wina sprowadza się do zarzucalności (*Vorwerfbarkeit*) czy wymagalności (*Zumutbarkeit*) zachowania zgodnego z określonym obowiązkiem prawnym (normą). R. v. Frank przyjmował, że warunkiem przypisania winy (obok zdatności do przypisania, zamiaru lub nieumyślności) jest

<sup>106</sup> Zob. H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 508 i wskazana tam literatura.

<sup>107</sup> Zob. np. J. Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 1975, s. 430.

<sup>108</sup> Na ten temat M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 188 i n.

<sup>109</sup> M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 189.

<sup>110</sup> Na ten temat zob. H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 478; W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–Nowy Jork 2005, s. 276 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 478 i n., 486 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 143 i n.; Z. Jędrzejewski, *Obrona...*, s. 175 i n.

„normalny stan okoliczności, w których działa sprawca”<sup>111</sup>. Zarzucalność odpada, gdy okoliczności towarzyszące noszą ze sobą niebezpieczeństwo dla sprawcy (lub innej osoby), z którego ma go uratować właśnie zakazane działanie albo ogólniej – gdy podjęciu decyzji popełnienia czynu towarzyszy anormalna sytuacja motywacyjna. Zdaniem J. Goldschmidta, okoliczności usprawiedliwiające (legalizujące) czyn zabroniony są wynikiem rozważenia wartości kolidujących interesów i wyboru obiektywnie przeważającego lub uprawnionego interesu, natomiast podstawa *Entschuldigungsgründe* tkwi „w subiektywnie przeważającym i pozytywnie ocenianym motywie”, wynika z „anormalnego procesu motywacji”, w sytuacji, w której „nie można od sprawcy wymagać, by kierował się normą obowiązku”<sup>112</sup>. Jest to niejako wynik bilansu prowadzącego do przynajmniej nie negatywnej oceny konfliktu różnych motywów i przeciw-motywów.

W owym czasie rozpoczyna się w obszarze kontraktypów dominacja utylitarystycznej koncepcji rozważenia kolidujących interesów i pierwszeństwa interesu bardziej wartościowego. Jeżeli zaś określona sytuacja nie dała się zakwalifikować jako kontraktyp według teorii przeważającego interesu, to lokowano ją na ogół normatywnie pojmowanej winie. W taki sposób w nauce i w orzecznictwie niemieckim doszło do powstania tzw. teorii zróżnicowania i wyodrębnienia tzw. pozaustawowego stanu konieczności wyłączającego bezprawność, który ostatecznie został unormowany w § 34 obecnie obowiązującego niemieckiego StGB, oraz stanu konieczności znoszącego zawinienie, który ustawodawca niemiecki opisał w § 35 StGB<sup>113</sup>.

Jednorodne kryterium, według którego do zakwalifikowania do kategorii kontraktypów wystarczy, że ratowane dobra czy interesy mają większą wartość niż interesy (dobra) poświęcane, w demokratycznym państwie chroniącym wolności człowieka nie może być akceptowane. Dawne utylitarystyczne, monistyczne uzasadnienie kontraktypów należy zdecydowanie odrzucić. Ponadto między *Rechtfertigungsgründe* i *Entschuldigungsgründe* zachodzą bardziej złożone różnice o charakterze raczej ilościowym. W przypadku *Entschuldigungsgründe* stopień kompensacji ujemnej wartości czynu zabronionego (zarówno bezprawia, jak i winy) jest na tyle niedostateczny, że nie pozwala bez żadnych wątpliwości na kategoryzowanie tych sytuacji jako okoliczności wyłączających bezprawność. W piśmiennictwie nie brak również stanowisk lokujących takie przypadki w innych, niż bezprawność czynu (rozumianej jako jego niezgodność z całym porządkiem prawnym) płaszczyznach oceny. C. Roxin wprowadził np. kategorię „odpowiedzialności” (*Verantwortlichkeit*) jako oceny „uczynienia sprawy prawnokarnie odpowiedzialnym”<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> R. v. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen 1907, s. 12–13; na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 374 i n., 473 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 142; Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 174–175.

<sup>112</sup> J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Sonderabdruck aus der „Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht“ Wiedeń 1913, z. 3–4, s. 34 i n.; na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 374 i n., 477 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 142–143; Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 175. J. Goldschmidt rozwija swój pogląd co do charakteru okoliczności znoszących zawinienie *per analogiam* do okoliczności usprawiedliwiających (*Rechtfertigungsgründe*), poprzez wysunięcie na plan pierwszy sytuacji konfliktowej (w tym przypadku motywów i przeciw-motywów w sferze psychiki sprawcy). Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 477.

<sup>113</sup> Na ten temat szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 444 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 97 i n.

<sup>114</sup> Zob. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Monachium 2006, 4 wyd., s. 91 i n., 226–227, 851 i n., 945 i n., 963 i n. Szerzej na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 95 i n., 106 i n., 361 i n., 372, 384 i n., 478; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 147.

W przypadkach okoliczności znoszących zawinienie brakuje prewencyjnej konieczności ukarania (wyłączenie *Verantwortlichkeit*)<sup>115</sup>. Natomiast zgodnie z funkcjonalnym, ogólnoprewencyjnym ujęciem winy G. Jakobsa (wina służy urzeczywistnieniu celu kary, jakim jest utrzymanie znaczenia norm i stabilizacja zaufania do obowiązywania porządku prawnego, naruszonego przez zachowanie sprawcy – pozytywna prewencja ogólna) brakuje wyłącznie ogólnoprewencyjnej potrzeby karania<sup>116</sup>. Z kolei R. Maurach między bezprawność (w tradycyjnym jednolitym znaczeniu) a winę (w tradycyjnym znaczeniu jako zarzut stawiany konkretnemu sprawcy) wprowadził generalizującą kategorię „odpowiedzialności za czyn” (*Tatverantwortung*)<sup>117</sup>. Jego zdaniem w zakresie jednego pojęcia zarzucalności nie można łączyć warunków o charakterze indywidualizującym (poczytalność i dająca się uniknąć nieświadomość bezprawności) oraz generalizującym, jakim jest wymagalność zgodnego z normą zachowania. W § 35 niemieckiego StGB (stan konieczności) opis sytuacji braku wymagalności zgodnego z prawem zachowania (braku odpowiedzialności za czyn) został dokonany przez podanie w sposób wyczerpujący jedynie jej znamion obiektywnych, zewnętrznych. Jej psychologiczny wpływ jest generalizująco domniemywany i nie podlega sprawdzeniu w stosunku do konkretnego sprawcy. Brak wymagalności zgodnego z normą postępowania powinien być ustalany jeszcze przed przyjęciem warunków o charakterze indywidualizującym. Tak więc np. osoba „niepoczytalna” czy działająca w niedającej się uniknąć nieświadomości bezprawności może powołać się na stan konieczności określony w § 35 niemieckiego StGB<sup>118</sup>. Nie jest wtedy możliwe zastosowanie środka zabezpieczającego.

Tezy te potwierdza generalizująca typizacja takich stanów konieczności w kodeksach karnych<sup>119</sup>. Oznacza to, że nie wymaga się żadnej indywidualizującej oceny sprawcy i stopnia jego winy. Trafnie dawno temu stwierdzał H.-J. Rudolph, że potrzeba posłużenia się generalizującą typizacją wynika właśnie dlatego, iż chodzi o opisanie sytuacji zmniejszonego bezprawia<sup>120</sup>. Zatem granica między

<sup>115</sup> C. Roxin (*Strafrecht...*, s. 877–878, 945 i n.) odrzuca podział na okoliczności niepozwalające w ogóle przypisać winy (*Schuldausschließungsgründe*) oraz okoliczności, w których pewien stopień winy istnieje, choć są one ostatecznie kategoryzowane, jako znoszące zawinienie (*Entschuldigungsgründe*).

<sup>116</sup> G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin–Nowy Jork 1993 (Studienausgabe), 2 wyd., s. 480 i n., 568 i n. Na temat koncepcji G. Jakobsa zob. Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 148.

<sup>117</sup> R. Maurach, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel–Hannover 1948; R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1*, Heidelberg–Karlsruhe 1977, s. 443 i n. Na temat tej koncepcji Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 378 i n.; Z. Jędrzejewski, *Odpowiedzialność za czyn (Tatverantwortung) w strukturze przestępstwa R. Mauracha* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 3, red. B. Bienkowska, D. Szafrąński, Warszawa 2011, s. 139–148; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 146. W literaturze prezentowane są również stanowiska zaliczające te sytuacje do okoliczności wyłączających bezprawność karną albo do kategorii obszaru wolnego od prawa (*rechtfreier Raum*). Na ten temat Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 148–149.

<sup>118</sup> W przypadku wyłączenia odpowiedzialności za czyn nie jest możliwe wymierzenie środka zabezpieczającego. Odpowiedzialność za czyn jest więc ostatnim „wspólnym” warunkiem wymierzenia kary (dodatkowo musi być ustalona wina) oraz zastosowania środka zabezpieczającego (dodatkowo ustalenie niebezpieczeństwa sprawcy).

<sup>119</sup> Typizacja w przypadku § 35 niemieckiego StGB przynajmniej sugeruje poprzez znamiona obiektywne (ratowanie dóbr własnych lub osób bliskich) specyficzną sytuację motywacyjną sprawcy (teoria normatywna winy), czego nie można powiedzieć o typizacji art. 26 § 2 polskiego k.k. Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 209–210.

<sup>120</sup> H.-J. Rudolph, *Ist die Teilnahme an einer Notstandtat i.S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1966, t.78, s. 82 i n.; zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 479 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 144 i n.

okolicznościami usprawiedliwiającymi czyn (*Rechtfertigungsgründe*) i okolicznościami znoszącymi zawinienie (*Entschuldigungsgründe*) jest płynna, bowiem również przy zagadnieniu zniesienia zawinienia miarodajne są momenty związane z bezprawiem czynu<sup>121</sup>. Zdaniem H.-J. Rudolphiego nie należy więc traktować „usprawiedliwienia” (legalizacji) i „zniesienia zawinienia” jako dwóch diametralnie przeciwstawnych sobie pojęć.

Wypada jedynie zgodzić się z poglądem tego autora. Kontratyty i okoliczności znoszące zawinienie łączy przede wszystkim występujące znamię „konieczności”. Jest to wspólny trzon tych dwóch grup – okoliczności wyłączających przestępność czynu i ważny argument przemawiający na rzecz tezy o ich strukturalnym podobieństwie. Anormalna sytuacja motywacyjna występuje również w przypadku praw obronnych, np. przy obronie koniecznej, tzw. defensywnym, ewentualnie tzw. agresywnym stanie konieczności (zwłaszcza gdy bronione są dobra własne lub osób np. bliskich)<sup>122</sup>. Skutek w postaci wyłączenia bezprawności powoduje, że – ocena w zakresie winy staje się zbędna (brak bezprawia – brak winy). Jednak wystarczy, że broniący dóbr czy interesów przekroczy granice takiego kontraktypu, by w pełni ukazała się rola sytuacji motywacyjnej przy ocenie czynu (wina). Przypomnieć wypada więc np. § 33 niemieckiego StGB i art. 25 § 3 polskiego Kodeksu karnego. Opisują one sytuację, która we współczesnej nauce prawa karnego traktowana jest jako okoliczność znosząca zawinienie (*Entschuldigungsgründe*)<sup>123</sup>.

Czyżby zatem do kategorii *Entschuldigungsgründe* miałyby trafiać wszystkie te sytuacje, które nie spełniają kryteriów uzasadnienia kontraktypowego? Problem polega jednak na tym, że nie da się również oprzeć kontraktypów na jednolitej, wspólnej podstawie. Jak już wyżej była mowa, utylitarystyczna, sztywna reguła rozważenia kolidujących interesów (dóbr) oraz wyboru po prostu ważniejszego interesu (dobra) jako jednolita, ogólna podstawa wyłączania bezprawności w prawie karnym demokratycznego państwa jest nie do przyjęcia. Stanowi zbyt duże zagrożenia dla trwałości ochrony praw podmiotowych, wykorzystywana być może w systemach kolektywistycznych lub zgoła totalitarnych<sup>124</sup>. Prawa i wolności przydzielone jednostkom mają wtedy zawsze charakter prawa relatywnych i mogą być ograniczane lub nawet zniesione na rzecz innych dóbr, także społecznych<sup>125</sup>. Utylitarystyczne uzasadnienie obrony koniecznej prowadzi do skutków, które z indywidualistyczno-podmiotowego punktu widzenia są nie do przyjęcia (np. wymóg obrony dobra wartości wyższej i subsydiarności zachowania obronnego). Również w tym kontekście należy oceniać regulację art. 26 § 1 i 26 § 2 polskiego k.k.<sup>126</sup> Przyjmowana powszechnie w nauce polskiej interpretacja, że § 1 tego przepisu określa warunki kontraktypowego zachowania w stanie konieczności, a § 2 – warunki stanu konieczności znoszącego zarzut winy jest nietrafna. Ramy prezentacji nie pozwalają na wyczerpujące omówienie tego zagadnienia. Podniosę tylko kilka wątków. Już przyjęta prosta przewaga wartości dobra zagrożonego nie może zasadniczo stanowić

<sup>121</sup> H.-J. Rudolph, *Ist die Teilnahme...*, s. 85, przypis 60.

<sup>122</sup> Z. Jędrzejewski, *Obrona... [w:] Państwo...*, s. 175–176.

<sup>123</sup> Brzmienie obydwu przepisów zob. powyżej przypisy 17 i 18.

<sup>124</sup> Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 450 i n.

<sup>125</sup> Z. Jędrzejewski, *Obrona... [w:] Państwo...*, s. 188.

<sup>126</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona... [w:] Państwo...*, s. 209 i n.

Kryterium decydującym o wyłączeniu bezprawności. Uzasadnienie tzw. agresywnego stanu konieczności, tj. sytuacji gdy sprawca ratując dobro narusza dobro osoby, która tego stanu zagrożenia nie spowodowała (jej obszar wolności nie jest źródłem zagrożenia), jeżeli jest wyjątkowo akceptowane, to jedynie z racji międzyludzkiej solidarności i tylko wtedy gdy wartość dobra zagrożonego (ratowanego) „istotnie” przewyższa wartość dobra poświęcanego, a i taki wynik może zostać przekreślony, jeżeli łączyłoby to się z np. naruszeniem godności osoby ludzkiej<sup>127</sup>. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że takie instytucje jak agresywny stan konieczności czy obowiązek prawny niesienia pomocy (art. 162 k.k., § 323c niemieckiego StGB) na gruncie ściśle indywidualistycznego, antyutilitarnego liberalizmu nie da się w ogóle uzasadnić. Mogą to być co najwyżej reguły moralne. We współczesnym prawie akceptowane są one jako instytucje zupełnie wyjątkowe, dopełniające jego „wolnościowy” charakter zasadą solidarności. Punktem wyjścia regulacji prawnych współczesnego porządku prawnego, w tym prawa karnego, musi być więc liberalny model gwarantowania równości i poszanowania obszarów wolności jednostek, modyfikowany ostrożnie i wyjątkowo elementami zasady solidarności z innymi jednostkami.

Wolnościowemu „modelowi bazowemu” w pełni odpowiadają natomiast instytucje tzw. defensywnego stanu konieczności oraz obrony koniecznej. Dopuszczają one naruszenie dobra większej wartości, niż dobro ratowane, bowiem cechą istotną tych instytucji jest źródło zagrożenia i kierunek zachowania obronnego: broniący narusza sferę, w której znajduje się źródło zagrożenia, a w przypadku obrony koniecznej jest to reakcja wobec bezprawnego zamachu. Strukturalnie defensywny stan konieczności jest podobny do obrony koniecznej, zresztą kiedyś granice obrony koniecznej utożsamiano z defensywnym stanem konieczności<sup>128</sup>. Podstawą usprawiedliwienia (legalizacji) tych sytuacji nie jest bynajmniej zasada przeważającego interesu, lecz zasada zakazująca ingerencji w cudzą sferę wolności (nakaz respektowania cudzej sfery wolności), zasada znoszenia niebezpieczeństw i szkód powstałych wewnątrz własnej sfery wolności (*casum sentit dominus*) i zakazująca przetrzymywania niebezpieczeństw i szkód w obce sfery wolności osób, które tego niebezpieczeństwa nie spowodowały (*Abwälzungsverbot*) oraz zasada prawa odpowiedzi, tj. odwrócenia tego niebezpieczeństwa na koszt sfery zagrażającej, choćby wartość dobra naruszanego była wyższa niż dobra zagrożonego<sup>129</sup>. Jeżeli wprowadza się tu jakieś ograniczenia, np. by wartość naruszonego interesu nie była „nieproporcjonalnie” wyższa, niż wartość interesu ratowanego (zob. np. § 228 niemieckiego BGB), to można jedynie stwierdzić, że nie wynikają one z liberalno-podmiotowego stanowiska, lecz są co najwyżej pochodzenia „socjalno-etycznego”. Podobnie rzecz przedstawia się z postulowanymi licznymi w nauce niemieckiej „socjalno-etycznymi” ograniczeniami obrony koniecznej. Moim zdaniem obrona konieczna i tzw. defensywny stan konieczności są sytuacjami, w których „sprawca” nie przekracza granic swojego obszaru wolności, a więc nie przekracza żadnej normy sankcjonowanej („pierwotna” legalność czynu)<sup>130</sup>. Obrona (konieczna, defensywny

<sup>127</sup> Zob. wyżej przypis 11 (trafne uregulowanie § 34 niemieckiego StGB).

<sup>128</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 192.

<sup>129</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 199 i n., 210 i n.

<sup>130</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 215.

stan konieczności) prawa podmiotowego (wolności) jest wykonywaniem tego prawa czy też po prostu jest elementem tego prawa podmiotowego<sup>131</sup>. Jeżeli jednak te dwie instytucje traktowane są nadal jako kontrakty, to z pewnością uzasadniane są one zupełnie odmiennie niż tzw. agresywny stan konieczności<sup>132</sup>. Nietrudno więc również zauważyć, że stanowisko przypisujące art. 26 § 1 k.k. funkcję kontraktu, zaś § 2 tego przepisu funkcję wyłączania winy, nie może być trafne. Agresywny stan konieczności może wyłączyć bezprawność jedynie w sytuacji gdy wartość dobra ratowanego „istotnie” przewyższa wartość dobra poświęcanego, i nie zachodzi przypadek naruszenia godności osoby ludzkiej. Jednak wyłączenie bezprawności może nastąpić również w sytuacji defensywnego stanu konieczności, gdy wartość dobra poświęconego jest wyższa niż wartość dobra ratowanego (lub mu równa)!

### Abstract

#### Zbigniew Jędrzejewski, *Functions and Substantive Law Grounds for the Distinction between Defences and Circumstances Excluding Guilt*

*The author attempts to make a distinction between circumstances excluding the unlawfulness of an act (defences) and circumstances excluding guilt. He provides extensive documentation of the evolving approaches to the issue of distinguishing in the assessment of whether an act is an offence two issues: that of unlawfulness and that of guilt, like it is done in the German criminal law literature. In the course of the analysis he reaches the conclusion that the common stem for defences and circumstances excluding guilt, as situations that exclude the criminal nature of a given act, is the feature of 'necessity'. He rejects the rationality of a situation where all defences are based on single common grounds, which grounds are derived from the utilitarian understanding of the expediency of sacrificing one of the conflicting legal interests. The author sees the legalization of acts covered by the defences of necessity and self-defence in the prohibition of interference with the sphere of another person's freedoms, in the principle of removing the threats and losses that arise within the sphere of one's own freedoms (casum sentit dominus), and in the prohibition of transferring threats and losses into the spheres of freedoms of other persons who have not caused a given threat. The author reaches the conclusion that self-defence and necessity as a defence are situations when the 'perpetrator' does not exceed the limits of his/her area of freedom, hence he/she does not violate any norm that would trigger sanctions. The lawfulness of the perpetrator's act is one of 'primary' character, because defending a legal right (freedom) is comprised in the exercise of such a right or perhaps it is simply an element of such a right.*

**Keywords:** criminal law, defence, circumstance excluding guilt

<sup>131</sup> Tak w istocie rzeczy m.in. I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, Kęty 2006, s. 42–50. Szerzej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 194 i n., 210 i n.

<sup>132</sup> Zob. np. G. Jakobs, *Strafrecht...*, s. 350 i n. Usprawiedliwienie obrony koniecznej, defensywnego stanu konieczności, samopomocy, zatrzymania przestępcy wynika z zachowania się ofiary ingerencji (zasada odpowiedzialności, zasada spowodowania przez ofiarę naruszenia), usprawiedliwienie agresywnego stanu konieczności z zasady solidarności. Podobnie zob. M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–Nowy Jork 1997, s. 235 i n., 242 i n., 260 i n., 280 i n., 298 i n.; na temat ujęcia G. Jakobsa zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 471–472; na temat ujęcia M. Köhlera zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 472–473.

## Streszczenie

### Zbigniew Jędrzejewski, *Funkcje i materialne podstawy rozróżnienia między kontratypami a okolicznościami znoszącymi zawinienie*

Autor podejmuje kwestię rozróżnienia między okolicznościami wyłączającymi bezprawność (kontratypami) a okolicznościami wyłączającymi (znoszącymi) zawinienie. W rozbudowany sposób dokumentuje ewolucję w podejściu do kwestii rozdzielenia płaszczyzn oceny przestępności czynu na bezprawność i winę, jaka dokonała się w niemieckiej literaturze prawa karnego. W toku analizy dochodzi do wniosku, że wspólnym trzonem kontratypów i okoliczności znoszących zawinienie, jako sytuacji wyłączających przestępność czynu jest znamię „konieczności”. Odrzuca zasadność oparcia wszystkich kontratypów na jednolitej, wspólnej podstawie, wywodzonej z utylitarystycznie pojmowanej oplacalności poświęcenia jednego z pozostających w kolizji dóbr. Legalizacji działań w ramach defensywnego stanu wyższej konieczności oraz obrony koniecznej upatruje w zakazie ingerencji w cudzą sferę wolności, zasadzie znoszenia niebezpieczeństw i szkód powstałych wewnątrz własnej sfery wolności (*casum sentit dominus*) i zakazie przierzucania niebezpieczeństw i szkód w obce sfery wolności osób, które tego niebezpieczeństwa nie spowodowały. Autor dochodzi do konkluzji, że obrona konieczna i defensywny stan wyższej konieczności są sytuacjami, w których „sprawca” nie przekracza granic swojego obszaru wolności, a więc nie przekracza żadnej normy sankcjonowanej. Legalność czynu sprawcy ma tu charakter „pierwotny”, gdyż obrona prawa podmiotowego (wolności) jest wykonywaniem tego prawa czy też po prostu jest elementem tego prawa podmiotowego.

**Słowa kluczowe:** prawo karne, kontratyp, okoliczność znosząca zawinienie

#### Literatura:

1. Baumann J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 1975;
2. Cortes Rosa M., *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem* [w:] *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (herausgegeben von B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias), Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1995;
3. de Figueiredo Dias J., *Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems* [w:] *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (herausgegeben von B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias), Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1995;
4. Erb V. [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, §§ 1–37 StGB, Monachium 2011;
5. Felber R., *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*, Monachium 1979;
6. Fischer H.A., *Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Monachium 1911;
7. Frank v. R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen 1907;
8. Frisch W., *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar)* [w:] *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick* (herausgegeben von A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt), Monachium 2000;
9. Frisch W., *Vorsatz und Risiko*, Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1983;
10. Goldschmidt J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Sonderabdruck aus der Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht Wien 1913, z. 3–4;
11. Gropp W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–Nowy Jork 2005;
12. Hassemer W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare* [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification*



- and Excuse. Comparative Perspectives), herausgegeben von A. Eser, G.P. Fletcher, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., herausgegeben von A. Eser, Freiburg i. Br., 1987, t. I;
13. Hegler A., *Die Merkmale des Verbrechens*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1915;
  14. Hegler A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff* [w:] *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, t. I. Neudruck der Tübingen Ausgabe 1930, Aalen 1969;
  15. Hirsch H.J., *Die Notwehrovoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs* [w:] *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin–Nowy Jork 1977;
  16. Hoyer A., *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, Berlin 1997;
  17. Jakobs G., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, t. 107, 1995;
  18. Jakobs G., *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Monachium 1992;
  19. Jakobs G., *Die Akzessorietät*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1996;
  20. Jakobs G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin–Nowy Jork 1993 (Studienausgabe);
  21. Jędrzejewski Z., *Akcesoryjność kwantytatywna oraz karalność „usiłowania” podżegania i pomocnictwa w Kodeksach karnych z 1969 i 1997 r.* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 5, red. B.T. Bieńkowski, D. Szafranski, Warszawa 2014;
  22. Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009;
  23. Jędrzejewski Z., *Funkcje rozróżnienia między bezprawnościami (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę)* [w:] *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, red. G. Rejman, B.T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski, Warszawa 2008;
  24. Jędrzejewski Z., *Hans Kelsen i nauka o przestępstwie* [w:] *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*, red. A. Bosiacki, Warszawa 2017;
  25. Jędrzejewski Z., *Obrona konieczna, agresywny i defensywny stan wyższej konieczności w prawie cywilnym i karnym – usprawiedliwienie (legalizacja) czynu zabronionego między wolnością a utylitaryzmem (proporcjonalnością, solidarnością)* [w:] *Państwo. Konstytucja. Prawo. Księga pamiątkowa poświęcona Sędziemu Trybunału Konstytucyjnego Profesorowi Henrykowi Ciochowi*, Warszawa 2018;
  26. Jędrzejewski Z., *Podżeganie (pomocnictwo), sprawstwo kierownicze i sprawstwo pośrednie a akcesoryjność odpowiedzialności* [w:] *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, red. Z. Jędrzejewski, M. Królikowski, Z. Wiernikowski, S. Żółtek, Warszawa 2014;
  27. Jędrzejewski Z., *Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej*, część I: *Ius Novum* 2011, nr 2, część II: *Ius Novum* 2011, nr 3;
  28. Jędrzejewski Z., *Problem „skutkowości” podżegania i pomocnictwa w Kodeksie karnym z 1932 r.* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 5, red. B.T. Bieńkowska, D. Szafranski, Warszawa 2014;
  29. Jędrzejewski Z., *Rozdział I, § 7, Przesłpstwo i jego struktura. Bezprawność* [w:] *System Prawa Karnego*, t. III, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017;
  30. Jędrzejewski Z. [w:] *System Prawa Karnego*, t. IV, *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, Rozdział 1. Okoliczności wyłączające bezprawność. § 1. Zagadnienia ogólne, Warszawa 2016;
  31. Jędrzejewski Z., *Odpowiedzialność za czyn (Tatverantwortung) w strukturze przestępstwa R. Mauracha* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 3, red. B. Bieńkowska, D. Szafranski, Warszawa 2011;
  32. Jescheck H.-H., Weigend Th., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996;
  33. Kant I., *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, Kęty 2006;

34. Kardas P. [w:] *System Prawa Karnego*, t. III, red. R. Dębski, Rozdział III, *Sprawstwo i współdziałanie w popełnieniu czynu zabronionego*, Warszawa 2017;
35. Köhler M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–Nowy Jork 1997;
36. Koriath H., *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin 1994;
37. Kuhlen L., *Buchbesprechungen: Walter, Tonio, Der Kern des Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, t. 120, 2008;
38. Lenckner Th., *Der rechtfertigende Notstand*, Tybinga 1965;
39. Lesch H.H., *Der Verbrechensbegriff*, Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1999;
40. Lesch H.H., *Unrecht und Schuld im Strafrecht*, Juristische Arbeitsblätter 2002;
41. Liszewska A., *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004;
42. Liszt v. F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin–Lipsk 1919;
43. Loos F., *Zur Bedeutung des Unrechtsbegriffs im Strafrecht* [w:] *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (herausgegeben von R. Bloy, M. Böse, Th. Hillenkamp, C. Momsen, P. Rackow), Berlin 2010;
44. Maurach R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel–Hannover 1948;
45. Maurach R., Zipf H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1*, Heidelberg–Karlsruhe 1977;
46. Merkel A., *Die Lehre vom Verbrechen und Strafe*, Stuttgart 1912;
47. Pawlik M., „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter”? *Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht* [w:] *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (herausgegeben von G. Dannecker, W. Langer, O. Ranft, R. Schmitz, J. Brammsen), Kolonia–Berlin–Monachium 2007;
48. Pawlik M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tybinga 2012;
49. Renzikowski J., *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994;
50. Roxin C., *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen* [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, herausgegeben von A. Eser, G.P. Fletcher, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., herausgegeben von A. Eser, Freiburg i. Br. 1987;
51. Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Monachium 2006;
52. Schaffstein F., *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, Monatsschrift für Deutsches Recht 1952;
53. Schaffstein F., *Putative Rechtfertigungsgründe und die finale Handlungslehre*, Monatsschrift für Deutsches Recht 1951;
54. Schünemann B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2 Teil: Schuld und Kriminalpolitik*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1986;
55. Schünemann B., *Strafrecht dogmatik als Wissenschaft* [w:] *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (herausgegeben von B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.-J. Rudolphi), Berlin–Nowy Jork 2001;
56. von der Linde H., *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?*, Frankfurt nad Menem–Berno–Nowy Jork–Paryz 1988;
57. Walter T., *Der Kern des Strafrechts*, Tybinga 2006;
58. Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969;
59. Welzel H., *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, Juristische Schulung 1966;
60. Welzel H., *Studien zum System des Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1938, t. 58;
61. Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.