

Andrzej Wąsek

Problematyka kontratypów przy przestępstwach nieumyślnych

Palestra 32/10(370), 61-71

1988

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

ANDRZEJ WĄSEK

PROBLEMATYKA KONTRATYPÓW PRZY PRZESTĘPSTWACH NIEUMYŚLNYCH

Autor zastanawia się, czy i jakie kontratypy mogą znaleźć zastosowanie w celu wyłączenia odpowiedzialności karnej za czyny nieumyślne. Dla praktyki adwokata ważny jest m.in. pogląd autora, że w razie przekroczenia przez sprawcę granic obrony koniecznej (art. 22 § 3 k.k.) skazanie może nastąpić również za przestępstwo z winy nieumyślnej (art. 152, 155 § 2, 156 § 3 k.k.) lub z winy kombinowanej (art. 157 § 1 zd. 2, 157 § 2 k.k.).

Problematyka określona w tytule tego artykułu jest obszerna i dość złożona pod względem teoretycznym. W wielu punktach jest ona mało opracowana w naszej doktrynie prawa karnego. Poniższe uwagi nie mogą zatem pretendować do wyczerpującego omówienia tematu.

Punktem wyjścia musi być przyjęcie określonej koncepcji kontratypu. Wolno przyjąć za W. Wolterem, że „przez kontratypy rozumiemy te i tylko te okoliczności, które mimo że czyn wykazuje ustawowe znamiona czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, jednak powodują, iż czyn nie jest społecznie szkodliwy (ew. jest dodatni), a tym samym bezprawnym są to więc okoliczności legalizujące czyn, generalnie uznany za bezprawny”.¹ Takie ujęcie kontratypów oznacza, że traktowane są one jako okoliczności wyłączające przestępczość (bezprawność) czynu, a nie jako negatywne znamię przestępstwa.²

Rozważmy, jakie kontratypy mogą wejść w grę przy przestępstwach (czynach zabronionych) nieumyślnych oraz czy i jakie modyfikacje występują przy ich stosowaniu w dziedzinie tych przestępstw (czynów zabronionych).³

Najpierw zajmiemy się kontratypami zawartymi w kodeksie karnym. Należą do nich: 1) obrona konieczna (art. 22), 2) stan wyższej konieczności (art. 23),⁴ ryzyko nowatorstwa (art. 23a), 3) działanie w ostatecznej potrzebie (art. 291).

¹ W. Wolter: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 163.

² Ścisłe biorąc, „te okoliczności wyłączają możliwość przyjęcia bezprawności czynu, a nie bezprawność” (K. Buchała: *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 271).

³ Zupełnie inna jest kwestia pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za nieumyślne popełnienie przestępstwa, gdy działał on w błędzie (w postaci nieświadomości) co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Możliwość taka istnieje w razie przyjęcia stanowiska, że tego rodzaju błąd należy oceniać na podstawie art. 24 § 1 k.k. (wprost lub *per analogiam*), a nie na podstawie art. 24 § 2 k.k. Por. A. Zoll: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 130 i n.

⁴ Stan wyższej konieczności może stanowić kontratyp, gdy sprawca poświęca dobro wartości mniejszej niż dobro ratowane. Jeżeli poświęca on dobro równej lub większej wartości (ale nie, oczywiście, większej wartości) niż dobro ratowane, to wyłączenie odpowiedzialności karnej nastąpić może (przy spełnieniu innych warunków określonych w art. 23 k.k.) przez wyłączenie winy.

Spośród tych kontratypów jeden z nich — działanie w obronie społecznie uzasadnionego interesu (art. 179 k.k.) — na pewno nie wystąpi przy przestępstwie nieumyślnym, a to z tego względu, że powiązany jest on z przestępstwem zniesławienia (art. 178 k.k.), które może być popełnione tylko umyślnie. Nie ma też wątpliwości, że inny z tych kontratypów, mianowicie ryzyko nowatorstwa (art. 23a k.k.), wystąpi w sposób niejako typowy na terenie różnych przestępstw nieumyślnych (np. art. 136 § 2, 217 k.k.). Problematyką tego kontratypu nie będę się bliżej zajmował, ponieważ była ona wielokrotnie analizowana w naszej doktrynie.⁵

Zatrzymać się natomiast należy nad tym, co jest wątpliwe. A wątpliwe jest, czy bezprawność czynu wypełniającego znamiona nieumyślnego typu czynu zabronionego (określonego np. w art. 152 k.k.) mogą wykluczyć obrona konieczna, stan wyższej konieczności lub działanie w ostatecznej potrzebie.

Obserwacja praktyki wykazuje, że nie notuje się wyroków niewinniających sprawców czynów nieumyślnych z tego powodu, iż zostały popełnione w sytuacji jednego z tych trzech kontratypów. Z tego faktu nie wolno oczywiście wyciągać wniosku, iż te kontratypy w ogóle nie wejść w grę przy przestępstwach nieumyślnych. Obserwacja praktyki sądowej może być bowiem niepełna, a sama praktyka może być nieprawidłowa; może być też i tak, że tego rodzaju wypadki „załatwiane” są już w toku postępowania przygotowawczego.

Prima facie przeciwko możliwości występowania tych trzech kontratypów na terenie przestępstw nieumyślnych przemawia warunek, aby działający w sytuacji kontratypowej sprawca miał świadomość i wolę tego, że działa w ramach kontratypu. Warunek ten określa podmiotowe znamię (podmiotową stronę) każdego kontratypu. Podmiotowe znamię stanu wyższej konieczności zawarte jest w przepisie art. 23 k.k. w słowie „w celu” (podobnie — w art. 23a k.k.). Brak takiego lub podobnego do niego określenia w przepisach dotyczących obrony koniecznej i działania w ostatecznej potrzebie nie stanowi — zdaniem doktryny i orzecznictwa SN — przeszkody w formułowaniu warunku istnienia subiektywnego znamienia przy tych i innych kontratypach. Warunek taki wypływa niejako z „istoty rzeczy” kontratypu.⁶ Realizacja przedmiotowych znamion kontratypu bez realizacji jego znamienia podmiotowego nie wyłączy jednak odpowiedzialności karnej sprawcy. Sporne jest natomiast, czy w takim wypadku sprawca powinien odpowiadać za dokonanie czy też za usiłowanie (udolne lub nieudolne) danego przestępstwa.

Problematyka subiektywnego elementu kontratypu żywo jest dyskutowana w doktrynie germańskiej. Niektórzy autorzy, ujmując kontratyp wyłącznie obiektywistycznie, nie wymagają tego, aby działający w sytuacji

⁵ Wprowadzić przepis art. 23a k.k. pojawił się w k.k. dopiero w 1985 r., ale w dużej mierze wywodzi się on z przepisu art. 217 § 3 k.k. w redakcji do I.VII.1985 r.

⁶ Por. A. Gubiński: Wylączenie bezprawności czynu, Warszawa 1961, s. 20—21; A. Zoll: *iw.*, s. 112. Por. też wyrok SN z dn. 30.XII.1972 r. RW 1312/72 (OSNKW nr 5/1973, poz. 69) głoszący, iż niezbędnym elementem podmiotowym obrony koniecznej jest, aby akcja broniącego wynikała ze świadomości, że odpiera on zamach, i podyktowana była wolą obrony”. Pogląd ten przyjął SN w wyroku z dn. 19.III.1982 r. III KR 31/82. OSNPG nr 11/1982, poz. 142.

kontraktowej sprawca miał świadomość i wolę tego, że działa w ramach kontraktynu.⁷ Inni uważają, że podobnie jak do powstania bezprawności czynu umyślnego lub nieumyślnego konieczna jest realizacja znamion subiektywnych i obiektywnych czynu zabronionego, również dla wyłączenia bezprawności takiego czynu niezbędna jest realizacja przez sprawcę subiektywnych i obiektywnych znamion kontraktynu.⁸ W ostatnich latach dość szeroko reprezentowany jest jeszcze inny pogląd. Przyjmuje on, że do wyłączenia bezprawności czynu popełnionego umyślnie konieczne jest, aby faktycznie nastąpiła sytuacja kontraktynowa i aby sprawca miał świadomość i wolę działania w ramach kontraktynu, natomiast do wyłączenia bezprawności czynu popełnionego nieumyślnie wystarczy realizacja samych tylko obiektywnych znamion kontraktynu.⁹ Interesujące jest uzasadnienie tego poglądu. Otóż jeżeli przyjmie się, że odpowiada za usiłowanie przestępstwa (rzecz prosta, umyślnego) ten, kto dopuszcza się umyślnie zamachu na cudze dobro prawne, nie mając świadomości, iż działa on w ramach kontraktynu (przykład z życia: żona z wałkiem w ręku postanowiła „przywitać” powracającego nad ranem męża, tym jednak, który dostał wałkiem w głowę, był niefortunny włamywacz) — to należy konsekwentnie przyjąć, że zabraknie podstaw do ukarania sprawcy nieumyślnego zamachu popełnionego w nieświadomości sytuacji kontraktynowej. Zabraknie dlatego, że usiłowanie przestępstwa nieumyślnego jest bezkarne (a może nawet pojęciowo niemożliwe). Zwolennikiem takiego stanowiska jest m.in. G. Stratenwerth. Tok jego rozumowania jest następujący: ponieważ przy realizacji obiektywnych elementów kontraktynu odpada ujemna wartość przedmiotowa czynu (*Erfolgsunwert*), więc tym samym odpadnie podstawa odpowiedzialności za popełnienie nieumyślnego czynu zabronionego, karalność bowiem nieumyślnego czynu zabronionego zależy od wystąpienia ujemnej wartości przedmiotowej czynu (*Erfolgsunwert*).¹⁰

⁷ Por. G. Spindel: Gegen den „Verteidigungswillen” als Notwehrerfordernis (w:) Festschrift für P. Bockelmann, München 1979, s. 245 i n.

⁸ Por. H. J. Hirsch: Strafgesetzbuch — Leipziger Kommentar, 36. Lieferung, Berlin, New York 1985, s. 31—33; Eb. Schmidhäuser: Strafrecht — Allgemeiner Teil, Tübingen 1982, s. 136.

⁹ Por. G. Stratenwerth: Strafrecht — Allgemeiner Teil I, Köln 1981, s. 299—300; tenże: Die Bedeutung der finalen Handlungselemente für das Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht nr 2, 1965, s. 17—18; R. Schmitt: Subjektive Rechtsfertigungselemente? Juristische Schulung nr 2/1963, s. 64—68; C. Roxin, B. Schünemann, B. Hafke: Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepositorium, Köln 1977, s. 54—55; F. Schaffstein: Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten (w:) Festschrift für H. Welzel, Berlin, New York 1974, s. 556 i n.; H. Otto: Grundkurs Strafrecht — Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, New York 1976, s. 179; G. Jakobs: Strafrecht — Allgemeiner Teil, Berlin, New York 1983, s. 299—300. Modyfikację tego poglądu stanowi zapatrywanie, że subiektywne znamię kontraktynu nie jest potrzebne do wyłączenia bezprawności skutkowego czynu zabronionego, natomiast jest ono niezbędne dla wyłączenia bezprawności czynu zabronionego o charakterze formalnym. Por. H. H. Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil, Berlin 1978, s. 477; Th. Lenckner (w:) A. Schönke — H. Schröder: Strafgesetzbuch — Kommentar, München 1982, s. 409—410.

¹⁰ Przykład, jaki podaje G. Stratenwerth (Strafrecht (...), s. 299—300) dla ilustracji swych wywodów może się komuś wydać mało praktyczny: kierowca najężdza wskutek

Ustosunkowując się do tego poglądu, należy zauważyć, że u jego podstaw leży teza, iż sprawca umyślnego czynu popełnionego w sytuacji kontratypowej powinien odpowiadać za usiłowanie przestępstwa, jeżeli nie był świadom tej sytuacji. Jeżeli jednak uzna się, że prawidłowe w takim wypadku powinno być przyjęcie konstrukcji dokonanego przestępstwa umyślnego, to wówczas konsekwentnie należałoby przyjąć konstrukcję dokonanego przestępstwa nieumyślnego w wypadku, gdy działający w sytuacji kontratypowej sprawca (nie mający jednak o niej świadomości) dopuścił się nieumyślnie czynu zabronionego.¹¹ W polskim prawie karnym mamy jeszcze do dyspozycji przepisy typizujące nieumyślne przestępstwa narażenia dobra na niebezpieczeństwo. Jako sztuczną i społecznie nieadekwatną należałoby jednak ocenić kwalifikację z art. 160 § 3 k.k. zastosowaną do czynu kierowcy, który nieświadomie, odpierając zamach bandyty, nieumyślnie spowodował u niego ciężkie uszkodzenie ciała. Wydaje się przy tym, że nie należy przeceniać praktycznej rangi dyskutowanej tutaj kwestii. Sytuacje, gdy sprawca czynu nieumyślnego działa w nieświadomości realizacji przy tym znamion kontratypu, zdarzają się chyba rzadko w życiu. Można przypuszczać, że w takich wypadkach organ stosujący prawo karne skłonny będzie chyba przyjąć (niewykluczone, że oportunistycznie), iż sprawca nie naruszył obowiązku ostrożności, stąd też już z tego względu nie powinien on ponieść odpowiedzialności karnej za czyn nieumyślny.¹²

Przyjęcie, że do znamion kontratypu należy też znamię subiektywne, nie oznacza wcale, że kontratypy określone w art. 22 k.k., art. 23 k.k. i art. 291 k.k. nie mogą występować przy nieumyślnych czynach sprawcy. Sytuacja taka jest pojęciowo możliwa i wcale nierzadko może występować w życiu. Oto przykłady dla każdego z tych kontratypów.

1) Osoba A w obronie przed zamachem na swe życie ze strony osoby B uderza silnie ręką w twarz B; B przewraca się, doznaje złamania kości podstawy czaszki i umiera. Działanie A, stanowiące umyślne naruszenie nietykalności cielesnej B i jednocześnie nieumyślne pozbawienie życia tegoż B, należałoby ostatecznie ocenić jako przestępstwo z art. 152 k.k.,¹³ gdyby nie to, że zostało ono dokonane w ramach kontratypu obrony koniecznej. Nic tu bowiem nie stoi na przeszkodzie przyjęciu tego kontratypu. Odwołać się tu można do rozumowania typu *per analogiam* lub *a fortiori*: jeśli sprawca działający w ramach obrony koniecznej uprawniony jest do umyślnego (art. 7 § 1 k.k.) naruszenia dobra napastnika, to tym

nieumyślności na osobnika, który, jak się potem okazało, właśnie zamierzał dokonać zamachu na tego kierowcę.

¹¹ Argument ten podnosi F. Nowakowski: Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe (w): Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Ottenstein 1977, s. 16—17.

¹² Zdaniem J. Seiera w sytuacji takiej znaleźć może zastosowanie instytucja dozwolonego ryzyka. Por. J. Seier: Strafrecht A. T.: Der Verteidigungswille bei Notwehrhandlung, Juristische Arbeitsblätter, nr 1/1986, s. 51.

¹³ Doktryna przyjmuje, że w takim wypadku przepis art. 182 § 1 k.k. zostaje skonsurowany przez przepis art. 152 k.k. i dlatego nie pojawi się w kwalifikacji czynu sprawcy. Por. A. Spotowski: Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw, Warszawa 1976, s. 153.

samym lub nawet tym bardziej wolno mu to dobro naruszyć nieumyślnie (art. 7 § 2 k.k.).¹⁴

Na te argumenty powołuje się też doktryna i orzecznictwo zachodnio-niemieckie, przyjmując obronę konieczną w następujących stanach faktycznych: a) osoba A zagrożona zamachem ze strony osoby B dała strzał ostrzegawczy, który nieumyślnie zranił napastnika; b) działająca w ramach pomocy koniecznej osoba A uderzyła pistoletem w głowę osobę B, jednego z trzech napastników, którzy zaatakowali osobę C, przy czym przy drugim uderzeniu pistolet wypalił, raniąc ciężko napastnika B. W obu sprawach uznano, że działanie A nie jest bezprawne, gdyż nawet w razie umyślnego ranienia B czyn taki zostałby „zalegalizowany” przez kontratyk obrony koniecznej.¹⁵

Jeszcze dalej idą w tym kierunku G. Stratenwerth¹⁶ i M. Burgstaller.¹⁷ Wychodząc z założenia, że bezprawie czynu nieumyślnego jest zasadniczo mniejsze od bezprawia odpowiedniego czynu umyślnego, autorzy ci dochodzą do wniosku, że czyny nieumyślne w szerszym zakresie niż czyny umyślne poddają się legalizacji poprzez kontratyki. Praktyczny wniosek stąd taki, że nieumyślne spowodowanie skutku przez broniącego się może się mieścić w ramach obrony koniecznej, podczas gdy umyślne spowodowanie takiego skutku mogłoby już wykroczać poza granice obrony koniecznej. Pogląd ten można kwestionować, gdyż prowadzi on do premiowania nierozważnie broniącej się osoby.¹⁸ Dotykamy tu wysoce kontrowersyjnej problematyki wyznaczania granic „konieczności” przy obronie koniecznej. Dodatkowa komplikacja wynika stąd, że broniący się narusza tutaj nieumyślnie dobro napastnika. Do kwestii tej jeszcze wrócę.

2) Osoba A wjeżdża samochodem na chodnik, aby uniknąć najechania na dziecko, które nagle wtargnęło na jezdnię; zbawienny dla życia dziecka manewr A powoduje jednak nieumyślne uszkodzenie ciała przechodnia C. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby przyjąć, że bezprawność nieumyśl-

¹⁴ Inna jest oczywiście kwestia nieumyślnego zamachu. Jak wiadomo, obrona konieczna służy przeciwko zamachom umyślnym i nieumyślnym.

¹⁵ Por. H.H. Jescheck: *ju.*, s. 479; C. Roxin: *ESJ Strafrecht — Allgemeiner Teil*, München 1984, s. 65—70; W. Rost: *Die Rechtfertigungsgründe bei Fahrlässigkeitsdelikten*, München 1965, s. 1 i n.; W. Hassemer: *głosy do orzeczeń BGH z dn. 19.III.1973 r. i z dn. 12.I.1979 r.*, *Juristische Schulung* nr 4/1974, s. 261 i nr 9/1978, s. 638. Pogląd taki reprezentuje też doktryna szwajcarska: por. P. Noll: *Schweizerisches Strafrecht — Allgemeiner Teil I*, Zürich 1981, s. 215; H. Schulz: *Einführung in dem Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Bern 1977, s. 148.

Przeciwko zastosowaniu kontratyki obrony koniecznej wobec nieumyślnego czynu sprawy (np. nieumyślnego spowodowania śmierci) wypowiedział się natomiast francuski Trybunał Kasacyjny w wyroku z dn. 16.II.1967 r. Zdaniem tego sądu „*la légitime défense est incompatible avec le caractère involontaire de l'infraction.*” Teza ta spotkała się z krytyką niektórych przedstawicieli doktryny. Por. R. Combaldieu: *Głos do wymienionego wyżej orzeczenia z 16.II.1967 r.* *Juris-Classeur Périodique* 1967, poz. 5034. Inni autorzy francuscy uważają, że wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawcy, który w ramach obrony koniecznej nieumyślnie wywołał skutek przestępny, da się uzasadnić przez odwołanie się do pojęć przymusu lub przypadku (*contraîne ou cas fortuit*). Por. A. Vitu: *Chronique de jurisprudence*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* nr 4/1967, s. 856.

¹⁶ G. Stratenwerth: *Strafrecht (...)*, s. 298; tenże: *Schweizerisches Strafrecht — Allgemeiner Teil I*, Bern 1982, s. 408.

¹⁷ M. Burgstaller: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien 1974, s. 152.

¹⁸ Por. B. Jakobs: *ju.*, s. 300.

nego czynu z art. 145 § 1 lub 2 k.k. wyłączył kontratyp stanu wyższej konieczności.¹⁹

Również SN dopuszcza (co prawda pośrednio i bez bliższego uzasadnienia) stosowanie kontratypu stanu wyższej konieczności do nieumyślnego czynu kierowcy, sprawcy wypadku drogowego. W pkt 37 wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach o przestępstwa drogowe (uchwała Izby Karnej SN z dn. 28.II.1975 r. V KZP 2/74, OSNKW nr 3—4/1975, poz. 33) czytamy: „Kierowca pojazdu mechanicznego nie może skutecznie powoływać się na przemęczenie jako okoliczność łagodząca (...). W wyjątkowej sytuacji, gdy kierowca mimo przemęczenia podejmuje jazdę np. w celu realizacji nagłego zadania o wyjątkowej wadze i to przemęczenie stanie się jedną z istotnych przyczyn wypadku, to okoliczność ta może być poczytana na korzyść sprawcy, jeżeli nie wchodzi w rachubę art. 23 k.k.”.

3) Dla wymuszenia posłuchu dla rozkazu żołnierz A stosuje wobec żołnierza B środki przymusu (np. narusza jego nietykalność cielesną); stosowanie tych środków doprowadziło do uszkodzenia ciała B; podejmujący działania w ostatecznej potrzebie żołnierz A skutku takiego nie chciał ani się nie godził nań (por. art. 7 § 1 k.k.), można natomiast przyjąć, że skutek ten spowodował on nieumyślnie (art. 7 § 2 k.k.). Podobnie jak poprzednio w pkt 1 i 2 tych rozważań, także i tutaj kontratyp ten może wyłączyć odpowiedzialność karną sprawcy, który nieumyślnie wywołał skutek przestępny.

Konieczność stosowania instytucji kontratypu na terenie czynów nieumyślnych występuje nie tylko wtedy, gdy czyn nieumyślnie działającego sprawcy mieści się w ramach kontratypu, lecz również wtedy, gdy wykrocza poza jego granice. W. Wolter i K. Buchała trafnie wskazują, że przekroczenie granic obrony koniecznej lub stanu wyższej konieczności prowadzić może, zależnie od sytuacji, do odpowiedzialności karnej za przestępstwo umyślne lub nieumyślne.²⁰

¹⁹ Por. też W. Radecki: Stan wyższej konieczności na tle aktualnych potrzeb praktyki, Zeszyty Naukowe ASW nr 22, 1978, s. 128.

Trybunał Apelacyjny w Rennes orzeczeniem z dn. 28.VI.1958 r. uniewinnił kierowcę oskarżonego o nieumyślne spowodowanie uszkodzenia ciała w następującym stanie faktycznym. W trakcie jazdy otworzyły się przednie prawe drzwiczki samochodu i na jezdnię wypadła żona kierowcy wraz z ich dzieckiem. Aby uniknąć przejechania tych osób, kierowca skierował gwałtownie samochód na lewą stronę jezdni, co doprowadziło do zderzenia z nadjeżdżającym z przeciwka samochodem i spowodowania uszkodzeń ciała jadących w nim osób. Wydając orzeczenie uniewinniające, sąd zastosował instytucję stanu wyższej konieczności. Por. M. Puech: Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, tom I, Paris 1976, s. 298—299.

Również orzecznictwo sądów radzieckich stosuje instytucję stanu wyższej konieczności w celu wyłączenia odpowiedzialności karnej kierowcy, który skierował swój pojazd do rowu lub na chodnik, co doprowadziło do rozbicia pojazdu i uszkodzeń ciała jadących w nim osób; manewr ów wykonał kierowca po to, aby uniknąć zderzenia swego pojazdu z pojazdem nadjeżdżającym z przeciwka lub aby uniknąć najechania na osobę znajdującą się na jezdni. Por. N.N. Paszeozierskij: Nieobchodimaja oborona i krajnaja nieobchodimost', Moskwa 1962 r., s. 140—142.

²⁰ W. Wolter: jw., s. 117, 184; K. Buchała: jw., s. 287, 296. Kwestia ta budzi kontrowersje w doktrynie radzieckiej; por. I.S. Tiszkievicz: Ustowija i priediety nieobchodimoj oborony, Moskwa 1969, s. 120 i n.

Niestety, pogląd ten nie znajduje najwidoczniej akceptacji w orzecznictwie SN dotyczącym obrony koniecznej.²¹ Z niemałym bowiem zdziwieniem należy stwierdzić, że w wyrokach skazujących sprawcę za przestępstwo popełnione przy przekroczeniu granic obrony koniecznej czyn taki kwalifikowany jest wyłącznie jako przestępstwo umyślne (np. z art. 148 § 1 lub 2 k.k., art. 155 § 1 k.k.), brak jest natomiast skazań za przestępstwo nieumyślne (np. z art. 152 k.k., art. 155 § 2 k.k.) lub za przestępstwo z winy kombinowanej (np. z art. 157 § 2 k.k.).²² Źródła takiego stanu rzeczy należy chyba upatrywać w tezie przyjętej przez SN w wyroku z dn. 11.VIII.1972 II KR 109/72, (OSNKW nr 2—3/1973, poz. 29), w myśl której „przekroczenie obrony koniecznej musi być zawinione, a więc sprawca musi mieć świadomość i co najmniej godzić się na to, że używa nadmiernego środka obrony do odparcia bezpośredniego bezprawnego zamachu na jakiegokolwiek dobro społeczne lub jakiegokolwiek dobro jednostki albo że jego działanie jest niewspółmierne w stosunku do napadu”.²³ A. Marek uznał, że jest to teza „nad wyraz trafna i interesująca”.²⁴ Nie uważam tej tezy za trafną. Stylizacja przepisu art. 22 § 3 k.k. nie wskazuje, że sprawca przekraczający granice obrony koniecznej powinien odpowiadać wyłącznie za przestępstwo umyślne. Przepis art. 22 § 3 k.k. kwestii tej nie przesądza. I słusznie. Jest przecież kwestią faktu, czy czyn sprawcy przekraczającego granice obrony koniecznej wypełnia znamiona przestępstwa umyślnego, nieumyślnego lub przestępstwa powstałego z winy kombinowanej. Zależy to bowiem od tego co sprawca faktycznie uczynił i jaki miał od tego stosunek psychiczny. Całość zaś podlega ocenie z punktu widzenia art. 22 § 1 i 3 k.k.

U podstaw cytowanego poglądu SN leży słuszna myśl, że przekroczenie granic obrony koniecznej musi być zawinione, aby mogło ono uzasadniać odpowiedzialność karną sprawcy. Nie można się przestąpić w żadnym razie zgodzić z wnioskiem, jaki SN wyprowadził z tej przesłanki. Niestuszenie jest bowiem stawianie znaku równości między „zawinionym” a

²¹ Z trzech kontratypów-stanów konieczności (art. 22, 23, i 291 k.k.) największe znaczenie praktyczne ma niewątpliwie obrona konieczna (brak jest natomiast opublikowanych orzeczeń SN dotyczących art. 23 k.k. i art. 291 k.k.). Z tego też względu uwagi w tekście dotyczyć będą wyłącznie możliwości popełnienia przestępstwa nieumyślnego przy przekroczeniu granic obrony koniecznej. Można jednak odpowiednio odnieść je do pozostałych dwóch kontratypów.

²² Możliwość skazania sprawcy przekraczającego granice obrony koniecznej za przestępstwo z winy nieumyślnej lub kombinowanej nie była rozważana w wielu sprawach, w których orzekał SN. Por. w tej kwestii np. wyroki SN: z dn. 13.IV.1956 r. III K. 173/56, NP nr 7—8/1956, s. 188; z dn. 24.IX.1968 r. IV KR 167/68, OSNKW nr 3/1969, poz. 26; z dn. 10.I.1969 r. IV KR 234/68, OSNKW nr 7—8/1969, poz. 80; z dn. 27.VII.1973 r. IV KR 153/73, OSNKW nr 1/1974, poz. 5; składu siedmiu sędziów z dn. 30.IX.1975 r. IV KRN 39/75, NP nr 6/1976, s. 982—984; z dn. 5.IV.1978 r. V KR 42/78, OSNKW nr 10/1978, poz. 111; z dn. 14.VI.1984 r. I KR 123/84, OSNPG nr 4/1985, poz. 51; z dn. 8.II.1985 r. IV KR 18/85, OSNKW nr 11—12 1985, poz. 92. W tych i podobnych im sprawach należało oczekiwać stosownej aktywności ze strony obrońców oskarżonych.

²³ Do orzeczenia tego odwołał się SN w wyrokach z dn. 27.VII.1973 r. IV KR 153/73, OSNKW nr 1/1974, poz. 5 i z dn. 14.VI.1984 r. I KR 123/84, OSNPG nr 4/1985, poz. 51.

²⁴ A. Marek: *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 112.

„umyślnym” („sprawca musi mieć świadomość i co najmniej godzić się”) przekroczeniem granic obrony koniecznej. Umyślny lub nieumyślny czyn zabroniony może być zawiniony lub nie zawiniony (art. 7 § 1 i 2 k.k., art. 120 § 1 k.k.). Wina bowiem w prawie karnym to coś więcej niż umyślność lub nieumyślność. Są to truizmy, ale do ich przypomnienia zmusza lektura krytykowanego wyroku SN.²⁵

Największe trudności występują oczywiście przy określeniu wymagań granic „konieczności” dla obrony koniecznej. Na ten temat wypowiedziały się niejednokrotnie doktryna i orzecznictwo SN, daleko jest jednak do wypracowania jednolitego stanowiska. Rzecz dodatkowo się tu komplikuje, jako że rozważamy sytuację, gdy działający w obronie koniecznej nieumyślnie naruszył dobro napastnika. Czy powinny być tutaj zmodyfikowane ogólne wymagania co do „konieczności” obrony koniecznej? Nasuwają się dwa rozwiązania:²⁶

- 1) konieczność powinna być ujmowana „czynnościowo”, tzn. bez względu na rodzaj i rozmiar nieumyślnie naruszonego dobra napastnika; obrona będzie uważana za konieczną, gdy działanie broniącego się — biorąc pod uwagę całokształt okoliczności — było konieczne do odparcia zamachu, np. wymachiwanie nożem, groźba użycia trzymanej w ręku broni palnej,
- 2) konieczność powinna być oceniana „skutkowo”, co oznacza, że skutek, jaki broniący się spowodował nieumyślnie, musi być uznany za konieczny do odparcia zamachu. Jeżeli np. w danej sytuacji niedopuszczalne byłoby umyślne zabicie (przy użyciu noża lub broni palnej) napastnika, to nie jest też dopuszczalne nieumyślne pozbawienie życia tegoż napastnika (przy użyciu noża itd.).

²⁵ Wyrok ten — poza A. Markiem — ocenił pozytywnie także (jako „ogromnie instruujący”) W. Radecki, dopatrując się w nim opowiedzenia się SN za normatywną teorią winy (por. W. Radecki: Ocena współmierności sposobu obrony i niebezpieczeństwa zamachu w obronie koniecznej, NP nr 6/1977, s. 865). Moim zdaniem nic nie wskazuje na to, aby SN w wyroku tym normatywnie ujmował kwestię winy sprawcy przekraczającego granice obrony koniecznej. Przeciwnie, kwestia winy została ujęta tutaj wyłącznie w sposób psychologiczny, a nawet więcej: wina została sprowadzona tylko do umyślności.

Słusznie natomiast zwraca uwagę W. Radecki (jw., s. 865) na niewystarczalność rozwiązania przyjętego w art. 22 § 3 k.k. O wiele dalej idzie bowiem w tym zakresie § 17 ust. 2 k.k. NRD, według którego przy przekroczeniu granic obrony koniecznej odstępuje się od środków odpowiedzialności karnej, jeżeli działający „znalazł się z przyczyn usprawiedliwionych w stanie wysokiego stopnia podniecenia i dlatego wykroczył poza granice obrony koniecznej”. Dodać należy, że zbliżone rozwiązanie zna art. 33 ust. 2 k.k. Szwajcarii i § 33 k.k. RFN. Doktryna zachodnoniemiecka przyjmuje zastosowanie § 33 k.k. zarówno wtedy, gdy sprawca przekraczający granice obrony koniecznej dopuścił się czynu umyślnego, jak i wtedy, gdy dopuścił się czynu nieumyślnego. Wskazuje się przy tym na trudności ustalenia granic między umyślnością a nieumyślnością czynu przekraczającego granice obrony koniecznej. Por. C. Roxin: Über den Notwehrexzess (w:) Festschrift für F. Schaffstein, Göttingen 1975, s. 107 i n. Odmienne rozwiązanie przyjmuje § 3 ust. 2 k.k. Austrii: „Kto jedynie z powodu przerażenia, obawy lub przestachu przekracza usprawiedliwioną miarę obrony lub podejmuje oczywiście niewspółmierną obronę (ust. 1), podlega karze tylko wówczas, gdy przekroczenie to jest wynikiem nieumyślności, a czyn nieumyślny zagrożony jest karą”.

Nawiązuję tutaj do wywodów R. Hassemmera: Ungewollte, über das erforderliche Mass hinausgehende Auswirkungen einer Notwehrhandlung (Juristische Schulung nr 6/1980, s. 414—418).

Sądzę, że należy opowiedzieć się za pierwszym rozwiązaniem. Przepis art. 22 § 3 k.k. ujmując obronę konieczną „czynnościowo” stawiając warunek, by „sposób obrony” był współmierny do niebezpieczeństwa zamachu. Takie ujęcie jest niewątpliwie korzystne dla interesów broniącego się, a niekorzystne dla interesów napastnika.

Nieumyślne naruszenie dóbr napastnika przekraczać będzie granice obrony koniecznej, gdy działanie broniącego stwarzało dla dóbr napastnika ryzyko większe niż to, które było konieczne do odparcia zamachu. Za „czynnościowym” ujmowaniem obrony koniecznej przemawia też okoliczność, że kwestia konieczności obrony powinna być oceniona w chwili odpierania zamachu, a nie *ex post*. Podejmujący obronę konieczną nie zawsze jest w stanie właściwie ocenić dynamicznie zmieniającą się sytuację i zastosować takie środki obrony, które byłyby jednocześnie skuteczne i nie wyrządzałyby zbędnej szkody napastnikowi.²⁷ To bowiem napastnik powinien ponosić konsekwencje swego czynu. Za słuszną należy uznać wypracowaną w ostatnich latach przez doktrynę i orzecznictwo SN linię szerszego ujmowania uprawnień osoby działającej w obronie koniecznej. Trudno tu wchodzić w szczegóły.

Niewiele już miejsca pozostało do zajęcia się problematyką funkcjonowania kontratypów pozakodeksowych na terenie czynów nieumyślnych.

Ograniczyć się można do stwierdzenia, że takie kontratypy jak czynności lecznicze²⁸ i ryzyko sportowe²⁹ z istoty swej znajdują zastosowanie przede wszystkim do wyłączenia bezprawności kryminalnej czynów nieumyślnych. Ta kwestia nie budzi wątpliwości. Gdy chodzi zaś o kontratyp działania w ramach praw i obowiązków, to można odwołać się do uprzednio już powołanej zasady, że jeżeli sprawca uprawniony jest do umyślnego naruszenia dobra prawnego innej osoby, to legalnie może być też nieumyślne naruszenie danego dobra prawnego (oczywiście przy spełnieniu pozostałych wymagań natury subiektywnej i obiektywnej do bytu tego kontratypu). Jeśli np. funkcjonariusz MO uprawniony jest przy stosowaniu środków przymusu do umyślnego pozbawienia życia lub uszkodzenia ciała innej osoby, to tym samym jest on uprawniony do nieumyślnego spowodowania tych skutków.

Różnego rodzaju wątpliwości wyłaniają się natomiast przy innych kontratypach.

Przeciwko zastosowaniu kontratypu karcenia małoletnich w sferze czynów nieumyślnych przemawia okoliczność, że kontratyp ten znajduje zastosowanie tylko przy niewielkiej grupie czynów umyślnych kwalifikowanych z art. 178 § 1, 181 § 1, 182 § 1, 165 § 1, 167 § 1 k.k., nieumyślne

²⁷ Por. A. Wroński: Eksces intensywny w obronie koniecznej a możliwości ograniczenia szkód wyrządzonych napastnikowi, NP nr 2/1980, s. 36 i n.

²⁸ W nowszej literaturze odnotować trzeba pogląd A. Zolla (jw., s. 88 i n.) nie traktujący czynności leczniczych jako kontratypu, ponieważ czyn taki nie narusza dobra chronionego normą. Z poglądem tym polemizuje K. Buchała w pracy: Niektóre problemy zachowania w warunkach umiarkowanego ryzyka, Studia Prawnicze nr 1—2/1986, s. 156—157.

²⁹ Por. art. 15 ustawy z dn. 23.VII.1984 r. o kulturze fizycznej (Dz. U. Nr 34, poz. 181).

zaś popełnienie tych czynów nie jest karalne. Można natomiast rozważać, czy podlegałby „legalizacji” przez zastosowanie kontraktynu karcenia małoletniego czyn ojca, który karcąc fizycznie swego syna za szczególnie drastyczny wyryk (mający cechy czynu karalnego np. z art. 168 lub 203 k.k.), nieumyślnie spowodował jego lekkie uszkodzenie ciała (art. 156 § 3 k.k.). W takiej sytuacji „legalizacji” uległoby nieumyślne spowodowanie skutku, gdy tymczasem umyślne spowodowanie takiego skutku przekraczałyby granice kontraktynu karcenia małoletniego.

Podobnego typu wątpliwości nasuwają się w związku ze stosowaniem kontraktynu działania w ramach zwyczaju. Skromny jest katalog czynów, których przestępność wyłączyć może zwyczaj (por. art. 181 § 1, 182 k.k.). Nieumyślne popełnienie tych czynów nie jest karalne. Podobnie jak przy kontraktynie karcenia małoletnich, *prima facie* zabrakłoby pola do stosowania kontraktynu zwyczaju do czynów nieumyślnych. Wniosek taki byłby jednak pochopny, gdyż kontraktyn zwyczaju może wejść w grę wtedy, gdy sprawca, działając w ramach dozwolonego przez państwo zwyczaju, umyślnie naruszył dobro prawne innej osoby (np. naruszył jej nietykalność cielesną, oblewając ją wodą — art. 182 § 1 k.k.), doprowadzając przy tym nieumyślnie do nastąpienia skutku przestępnego w postaci rozstroju zdrowia (art. 156 § 3 k.k.). Wydaje się, że nie należy stawiać przeszkód w przyjęciu tutaj legalizacji czynu sprawcy nawet wtedy, gdy zajmie się stanowisko, że kontraktyn ten nie ma zastosowania przy umyślnym spowodowaniu rozstroju zdrowia.

Przejdźmy w końcu do kontraktynu zgody pokrzywdzonego. A. Spotowski pisze, że „zezwolenie uprawnionego lub zgoda pokrzywdzonego mogą wyłączyć odpowiedzialność karną również za przestępstwa nieumyślne. Przykładem może być tutaj nieumyślne uszkodzenie ciała, jeżeli poszkodowany wyraził zgodę na określone działanie sprawcy, które mogło powodować uszkodzenie ciała, a sprawca przewidując nastąpienie tego skutku, bezpodstawnie przypuszczał, że go uniknie, to zgoda pokrzywdzonego wyłącza tutaj bezprawność czynu, który formalnie rzecz biorąc stanowi przestępstwo nieumyślne określone w art. 156 § 3 k.k.”³⁰ Trafny jest pogląd, że zgoda pokrzywdzonego wyłącza może przestępność czynów nieumyślnych (to samo dotyczy zezwolenia uprawnionego). Wątpliwości dotyczą kwestii szczególnych. Na przykład czy skuteczna zgoda musi się odnosić do działania sprawcy i wywołanego przezeń skutku, czy też wystarczające jest, że zgoda dotyczy tylko samego działania sprawcy, które stwarza niebezpieczeństwo nastąpienia skutku. W razie przyjęcia drugiego stanowiska zakres funkcjonowania kontraktynu zgody pokrzywdzonego na terenie czynów nieumyślnych będzie szerszy niż przy odpowiednich czynach umyślnych.³¹ Kierowca mógłby zatem nie odpowiadać za nieumyślne spowodowanie śmierci pasażera, jeżeli ten godził się na ryzykowną jazdę lub nawet zachęcał do niej kierowcę. Pogląd ten można jednak kwestionować, stając na stanowisku, że zgoda na narażenie dobra na niebez-

³⁰ A. Spotowski: Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna, PiP nr 4/1972, s. 86.

³¹ Por. H. J. Hirsch: *iw.*, s. 58; G. Stratenwerth: *Strafrecht (...)*, s. 298—299; F. Haft: *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, München 1984, s. 94—96.

pieczeństwo nie oznacza zgody na naruszenie tegoż dobra. Poza tym — tak samo przy czynach umyślnych jak i czynach nieumyślnych — skuteczność zgody pokrzywdzonego uzależniona jest m.in. od tego, czy pokrzywdzony mógł danym dobrem rozporządzać (przy innym ujęciu tej kwestii mógł on się zrzec jego prawnokarnej ochrony).³²

Nie ma co do tego wątpliwości, że bezskuteczna jest zgoda na umyślne lub nieumyślne pozbawienie życia.

³² Por. M. Burgstaller: *iw.*, s. 158 i n.

MIROŚLAW SURKONT

ZMUSZANIE Z ART. 167 K.K. W ZWIĄZKU Z INNYMI PRZESTĘPSTWAMI

Istnieje wiele dóbr, które obowiązujący system prawa uważa za sferę samodzielnej decyzji człowieka. Przestępstwa godzące w wolność jako dominujące dobro są zgrupowane w rozdziale XXII k.k. (przestępstwa przeciwko wolności). Podstawowym zaś działaniem spośród tych czynów jest zmuszanie.

Całościowa ocena działania wykazującego cechy zmuszania nie jest jednak prosta. Pojawia się tu bowiem problem stosunku zmuszania do innych przestępstw przeciwko wolności oraz do niektórych innych przestępstw, które zostały wyodrębnione ze względu na przedmiot swego działania, gdyż zmuszanie innej osoby do określonego zachowania się nie stanowi wyłącznie istoty czynu z art. 167 k.k.

Groźba — jako środek działania — występuje w całym szeregu przestępstw (np. art. 168, 189, 209, 210, 211, 235, 253, 312, 313, 314). Także przemoc może polegać na wszelkim fizycznym oddziaływaniu na osobę i zawierać (bądź nie zawierać) cechy samoistnego przestępstwa. Z drugiej strony znamieniem czynu z art. 167 k.k. jest cel zmuszania. Zakwalifikowany z tego przepisu może być tylko czyn, który jest podyktowany zamiarem zmuszania, intencją naruszenia wolności w zakresie swobody wyboru postępowania, a nie zamiarem wyrządzenia jakiegokolwiek szkody innej osobie. „Określone zachowanie się” — to zachowanie czynne (działanie), powstrzymanie się od działania (zaniechanie) lub zachowanie obojętne wobec czynności dokonywanych przez inną osobę, faktyczne zezwolenie na dokonanie tych czynności, na ich tolerowanie, znoszenie. „Określoność” zachowania się wynika z sytuacji, w której sprawca dopuszcza się czynu.

W wypadku zmuszania widoczna jest również więź sprawcy i zmuszanego. W stanie faktycznym tego przestępstwa można wyróżnić użycie