

Kontratypy pozaustawowe w polskim prawie karnym

Przejdź do produktu na ksiegarnia.beck.pl

Wprowadzenie

Teresa Dukiet-Nagórska, która wprowadziła mnie studenta wprawdzie drugiego, potem czwartego i piątego roku w niezwykły świat prawa karnego, powiedziała kiedyś, że prawo karne jest dlatego tak bardzo interesujące, gdyż w szczególny sposób dotyczy człowieka i wszystkich jego namiętności. Te słowa na zawsze pozostaną w mojej pamięci. Słyszę je za każdym razem, gdy rozpoczynam badania nad zagadnieniem z tej dziedziny. Choć wydawać się może, że to prawo cywilne jest dużo bliżej każdego z nas, gdyż reguluje sposób dokonywania nawet najbardziej błahych czynności życia codziennego, to w wielu przypadkach, również i prawo karne, właśnie w związku z naszymi „namiętnościami”, staje się tak samo bliskie.

Niczym *everyman* bohater średniowiecznego moralitetu człowiek może być podmiotem typu czynu zabronionego w sytuacji, w której najmniej się tego spodziewa. W wielu przypadkach będzie to wprawdzie typ o nieznacznym stopniu społecznej szkodliwości, aczkolwiek mogący przekroczyć poziom znikomości, a więc cechujący się karygodnością i stanowiący przestępstwo. Stąd też niezwykle ważne stało się dla mnie zagadnienie tzw. kontratypów pozaustawowych. Dotyczy ono bowiem właśnie takich sytuacji dnia codziennego, w których ludzkie zachowania mogą chociażby tylko pozornie wydawać się typowe i stanowić *prima facie* czyny bezprawne.

Do podjęcia badań nad konstrukcją kontratypów pozaustawowych skłoniły mnie słowa *Olgi Sitarz, Dominiki Bek i Jakuba Hanca*. Autorzy zauważają, że „mimo niewątpliwej wagi powodów odrzucania możliwości pozaustawowego wyłączenia bezprawności przekonanie o dopuszczalności stosowania pozaustawowych kontratypów wciąż można uznać za przeważające. Zatem rozpatrywanie wpływu wzorów zachowań na wyłączenie bezprawności w ramach okoliczności pozaustawowych nie jest wykluczone”¹. Sąd ten skłania do zastanowienia się, jak dużej wagi są powody sprzeciwiające się możliwości pozaustawowego wyłączenia bezprawności oraz dlaczego, pomimo ich występowa-

¹ O. Sitarz i in., Wpływ klauzuli sumienia i obrony przez kulturę na ocenę elementów struktury przestępstwa, AFDiS 2017, Nr 2, s. 70.

nia, przekonanie o dopuszczalności stosowania tzw. kontratypów pozaustawowych wciąż jest przeważające.

Celem głównym prowadzonych badań było ustalenie prawnokarnego charakteru okoliczności zaliczanych do tzw. kontratypów pozaustawowych, wyodrębnianych przez niektórych przedstawicieli prawa karnego oraz orzecznictwo jako **niespisane w żadnym akcie prawnym** okoliczności wyłączające bezprawność czynu i jednocześnie uwalniające sprawcę typowego zabronionego zachowania od odpowiedzialności karnej. Przyjmuje się, że głównym źródłem tzw. kontratypów pozaustawowych jest praktyka życia codziennego, akceptowana przez sprawujących wymiar sprawiedliwości, w związku z tym wyróżniana w piśmiennictwie i orzecznictwie, które zarazem precyzuje przesłanki jej zastosowania. Dotychczasowe badania zjawiska tzw. kontratypów pozaustawowych miały charakter przyczynkowski i zrodziły nieliczne oraz niekompleksowe opracowania, dotyczące jedynie poszczególnych desygnatów należących do tej kategorii pojęciowej². Zdecydowana większość przedstawicieli nauki, głównie w pozycjach podręcznikowych, zabiera głos w sprawie tej instytucji, апробując możliwość posługiwania się nią przez wymiar sprawiedliwości, pomimo że jej źródłem nie jest akt prawa spisanego, lecz piśmiennictwo naukowe oraz orzecznictwo, co już na samym wstępie winno budzić duże wątpliwości. Owa aprobata jest o tyle zaskakująca, że zasadniczo utrzymuje się, nie bacząc na podnoszone przeciwko kontratypom pozaustawowym przez niektórych karnistów poważne zarzuty. Nieliczne tylko grono badaczy kwestionuje nazywanie tych okoliczności kontratypami oraz podważa samą możliwość ich wyróżniania, wśród okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną³. Część z cytowanych autorów zauważa, że tzw. kontratypy pozaustawowe w rzeczywistości nie dotyczą sytuacji legalizujących zabronione zachowanie (czyniących je wtórnie legalnymi), a warunkujących jego pierwotną zgodność z pra-

² R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, Warszawa 2012, *passim*; R. Krajewski, *Karzenie dzieci. Perspektywa prawna*, Warszawa 2010; M.D. Kopeć, *Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w polskim prawie karnym*, Lublin 2015, *passim*; K. Młynarczyk-Puławska, *Ryzyko sportowe jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu w polskim prawie karnym*, Lublin 2018, *passim*; M. Górski, *Swoboda wypowiedzi artystycznej. Standardy międzynarodowe i krajowe*, Warszawa 2019, *passim*.

³ A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska* (red. L. Leszczyński i in.), Lublin 2005, s. 434; I. Stachura, *Karzenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontratypów pozaustawowych*, CzPKiNP 2007, Nr 2, s. 134; M. Małecki, *Granice sztuki w świetle prawa karnego*, ZA 2015, Nr 26, s. 47–48.

wem⁴. Równie nieliczni karniści zarzucają tzw. kontratypom pozaustawowym sprzeczność z zasadą określoności⁵, zasadą podziału władzy⁶ czy zasadą legalizmu⁷. W zarzutach tych wskazują na niezgodność prezentowanej instytucji, przede wszystkim z normami art. 42 ust. 1, art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Konstytucji RP, jak również z innymi przepisami aktów prawa międzynarodowego, które składają się na powszechny system praw człowieka. Oznacza to, że w wypadku ich potwierdzenia, sądy powinny zaprzestać korzystania z tych pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność.

Zarzuty przeciwko tzw. kontratypom pozaustawowym podnoszone są również przez przedstawicieli prawa karnego procesowego. Ich uwaga zostaje zwrócona na praktyczną kwestię, którą jest trudność w ustaleniu podstawy prawnej, odmowy wszczęcia bądź umorzenia postępowania, w przypadku powołania się przez uprawniony organ na omawianą okoliczność⁸. Dopóki nie odkoduje się prawnokarnego charakteru badanych okoliczności, dopóty nie ma podstaw do posługiwania się terminem kontratypu pozaustawowego bez poddania w wątpliwość prawidłowości tej formuły, dlatego też w niniejszej publikacji do tej pory używane jest sformułowanie – **tak zwane** kontratypy pozaustawowe. Zasadniczym zadaniem, realizowanym w pierwszej części rozprawy jest ustalenie możliwości tworzenia kontratypów pozaustawowych i zasadności posługiwania się nimi. Dla wygody czytelnika autor będzie posługiwał się dalej nazwą kontratypy pozaustawowe bez utrudniającej lekturę frazy przymiotnikowej „tak zwane”.

Celem, który przyświeca niniejszej pracy, jest zbadanie prawnokarnego charakteru poszczególnych wybranych okoliczności, zaliczanych do katalogu kontratypów pozaustawowych, czyli zgody, zwyczaju, karcenia małoletnich, ryzyka sportowego oraz działalności artystycznej z perspektywy ustaleń dokonanych w części pierwszej. Wybór tak zakreślonego katalogu kontratypów pozaustawowych wynika z najczęstszego występowania sytuacji, w których mogą znaleźć zastosowanie w życiu codziennym, a przez to i w praktyce orzeczni-

⁴ I. Stachura, *Karcenie*, s. 134, 135; M.D. Kopeć, *Zwyczaj jako okoliczność*, s. 221.

⁵ H. Rajzman, *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, AUMCS Sectio G 1966, Nr 13, s. 47; O. Sitarz, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa* (red. T. Dukiet-Nagórska), Warszawa 2018, s. 178.

⁶ A. Zoll, „*Pozaustawowe*”, s. 428; A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo karne*, Warszawa 2019, s. 172.

⁷ M.D. Kopeć, *Zwyczaj jako okoliczność*, s. 156–157.

⁸ P. Brzozowski, *Podstawa prawna odmowy wszczęcia (umorzenia) postępowania karnego w sytuacji wystąpienia pozaustawowego kontratypu*, AIS 2014, Nr 8, s. 197.

czej. Owa „popularność” przekłada się również na ich powszechne wyróżnienie w piśmiennictwie z zakresu prawa karnego⁹. Ponadto przeprowadzone badania wstępne wykazały, że wybrane okoliczności są ze sobą powiązane. Zauważyć można influencję zgody dysponenta dobrem na pozostałe kontratypy pozaustawowe, jak np. na niektóre zwyczaje (oblewanie się wodą w gronie znajomych w Poniedziałek Wielkanocny) czy ryzyko sportowe (zgoda uczestnika na udział w zawodach sportowych). Również zwyczaj może kształtować pozostałe okoliczności, przykładowo wpływa on na sposób oddziaływania wychowawczego (w tym karcenia) małoletnich przez ich rodziców czy uprawianie sportu. Wśród wymienionych powyżej okoliczności brak ryzyka zwykłego oraz czynności leczniczych. Wynika to z faktu, że w przeciwieństwie do zaprezentowanych, te okoliczności, uniemożliwiające przypisanie odpowiedzialności karnej już przez zdecydowaną większość przedstawicieli nauki i orzecznictwa, traktowane są jako czynności pierwotnie legalne, a nie kontratypowe¹⁰. Nie oznacza to jednak, że ich problematyka nie będzie poruszona w monografii. Zagadnienia związane z ryzykiem zwykłym oraz czynnościami leczniczymi zostaną podjęte w trakcie omawiania pierwotnej legalności, odpowiednio w postaci nienaruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym oraz braku godzenia w owo dobro. Taki wybór pozaustawowych kontratypów nie wyczerpuje katalogu tych okoliczności. Jego otwarty charakter wiąże się z brakiem umieszczenia go w jakimkolwiek akcie prawnym, co daje możliwość opracowania nowych instytucji, wyróżnianych w orzecznictwie i fachowym piśmiennictwie, przykładowo: „kontratypu krytyki”¹¹, „kontratypu obrzezania”¹², „kontratypu prawa do obrony”¹³, „kontratypu prowokacji dziennikarskiej”¹⁴. Ustalenia dokonane *in genere* na podstawie struktury normatywnej przepisów prawa karnego oraz zasad odpowiedzialności karnej, a także na bazie wyżej wymienionych najpopularniejszych okoliczności, zaliczanych do grona kontratypów pozaustawowych, wystarczą do przesądzenia charakteru każdej z tego typu okoliczności.

⁹ S. *Tarapata*, Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna, Warszawa 2016, s. 169.

¹⁰ R. *Kubiak*, Ryzyko „zwykłe” a kontratyp dozwolonego eksperymentu, PS 2007, Nr 3, s. 121.

¹¹ Post. SN z 9.7.2013 r., II KK 152/13, Legalis.

¹² K. *Banasik*, Male circumcision under Polish criminal law, Prog Health Sci 2016, Nr 1, s. 201–208.

¹³ Uchw. SN z 20.9.2007 r., I KZP 26/07, Legalis.

¹⁴ Wyr. SO w Białymstoku z 11.9.2014 r., VIII Ka 219/14, SAOS; J. *Kulesza*, Prowokacja dziennikarska kontratyp czy mit?, PiP 2010, Nr 2, s. 17–29.

Jednocześnie warto w tym miejscu **postawić hipotezę, że okoliczności ujmowane zbiorczo przez większość karnistów jako kontratyty pozaustawowe posiadają niejednorodny charakter.** Część z nich (bądź wszystkie) może bowiem opisywać, jak ujmują, będący w mniejszości przedstawiciele doktryny, jako czynności pierwotnie legalne. Wówczas zachowanie sprawcy dokonane po spełnieniu określonych warunków nie przekracza reguł postępowania z dobrem, nie narusza tym samym zakazu prawnego, a więc jest irrelewantne z perspektywy prawa karnego. Nie jest jednak wykluczone, że część tych okoliczności dotyczy sytuacji, w których czyn nie jest zgodny ze wspomnianymi regułami i dodatkowo wypełnia pozostałe znamiona typu czynu zabronionego, a więc narusza zakres normowania normy sankcjonowanej. Nie oznacza to jednak, że jest on bezprawny. Wówczas wspomniane okoliczności stanowić mogą kontratyty, a więc okoliczności wtórnie legalizujące zachowanie sprawcy. Z przeprowadzonych badań wstępnych wynika, że istnieje prawdopodobieństwo wykazania ich heterogenicznego charakteru, co uniemożliwiłoby traktowanie ich jako elementów jednego zbioru tak, jak jest to czynione dotychczas przez większość karnistów oraz rodziłoby daleko idące konsekwencje w zakresie wpływu tych zjawisk na odpowiedzialność karną jednostki. W przypadku potwierdzenia tak postawionej hipotezy i przyznaniu, że część okoliczności wyróżnianych powszechnie, jako kontratyty pozaustawowe, rzeczywiście spełnia przesłanki kontratytyzacji, istotne jest rozstrzygnięcie dopuszczalności stosowania takiej konstrukcji w świetle wskazanych norm Konstytucji RP oraz aktów prawa międzynarodowego, statuujących zasady legalności, podziału władzy i określoności, a więc realizujących funkcję gwarancyjną prawa karnego ograniczającą możliwość ingerencji państwa w życie człowieka. Kwestia ta jest bardzo ważna ze względu na fakt częstego woływania się przez sądy na omawiane okoliczności. W takim przypadku dodatkowym celem wynikającym z rozprawy będzie stworzenie – o ile jest to możliwe – postulowanego modelu wyłączenia odpowiedzialności, zgodnego z podstawowymi zasadami prawa karnego. Jeśli stworzenie takiego modelu okaże się niemożliwe, to należy wskazać, że organy wymiaru sprawiedliwości nie mogą zgodnie z prawem uwalniać sprawców od odpowiedzialności karnej na podstawie tych okoliczności.

Jak niezwykle trafnie zauważa *M. Małecki*, „analiza poszczególnych zagadnień dogmatycznych w prawie karnym nie może się współcześnie obejść bez uwzględnienia ich teoretycznego «otoczenia», na które składają się przede wszystkim informacje uzyskane w drodze analizy wieloaspektowej, wewnętrznej struktury przestępstwa oraz tak zwanych struktur normatywnych dekode-

wanych z tekstu prawnego. Mamy tu do czynienia z nieodzownym tłem poznawczym (*background knowledge*) dla nieodzownych rozstrzygnięć dogmatycznych¹⁵. W niniejszej rozprawie owo tło poznawcze stanowić będzie model bezprawności wraz z okolicznościami niwelującymi tę cechę w strukturze przestępstwa, jak również wspomniana przez *M. Małeckiego* koncepcja struktur normatywnych. Celem dodatkowym, który autor pragnie zrealizować, będzie dokonanie ustaleń w zakresie budowy przestępstwa, bezprawności, pierwotnej legalności, konstrukcji kontratypu. W stosunku do tych zagadnień nie stworzono dotychczas modelu powszechnie akceptowalnego w doktrynie prawa karnego. Kwestie z tego zakresu zostaną poruszone w pierwszej części rozprawy.

Podstawową metodą, która będzie wykorzystywana w trakcie prowadzonych badań, jest metoda formalno-dogmatyczna. Uzupełniająco stosowana będzie także metoda historyczna. Badania prowadzone w monografii, w całości oparte zostaną na analizie i krytyce dokumentów aktów prawnych, literatury polskiej, ale także obcojęzycznej oraz orzecznictwa w zakresie objętym realizowaną tematyką. W ramach metody formalno-dogmatycznej poddane zostaną analizie z perspektywy celów przyjętych w rozprawie akty prawa obowiązującego w Polsce. Ze względu na zakres, badane będą przede wszystkim przepisy Kodeksu karnego z punktu widzenia norm dotyczących się struktury przestępstwa oraz zasad odpowiedzialności, a także znamion poszczególnych typów, które chociażby pozornie mogą być naruszane przez zachowania podjęte w ramach okoliczności zaliczanych do kontratypów pozaustawowych.

W niniejszej publikacji zinterpretowane zostaną ponadto przepisy Konstytucji RP, jako ustawy zasadniczej w polskim porządku prawnym, wpływające zarówno na stanowienie, jak i wykładnię przepisów prawa karnego. Przeprowadzona zostanie gruntowna wykładnia przepisów art. 7, 10 oraz 42 ust. 1 Konstytucji RP, statuujących zasady legalizmu, podziału władzy oraz określoności, jak również art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, wprowadzającego do polskiego systemu prawnego zasadę proporcjonalności. Uwzględniony zostanie nie tylko obecny kształt normatywny wspomnianych zasad, ale ich ewolucja z perspektywy przyjętych celów. W drugiej części rozprawy poddają wykładni przepisy konstytucyjne kreujące poszczególne prawa i wolności związane z omawianymi okolicznościami zaliczanymi do kontratypów pozaustawowych, jak również art. 30 Konstytucji RP, potwierdzający przyrodzoną i niezbywalną god-

¹⁵ *M. Małecki*, Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna, Warszawa 2016, s. 38.

ność człowieka. Aby zrealizować założony cel, zwłaszcza w ramach drugiego zadania, zanalizowane zostaną akty prawne z innych niż prawo karne gałęzi prawa.

System prawny jest systemem naczyń połączonych, co w powiązaniu z subsydiarnością prawa karnego, powoduje wzajemne przenikanie się wielu regulacji oraz konieczność kompleksowej analizy norm ze znacznej ilości aktów prawnych. Oprócz rozstrzygania problemów ściśle karnistycznych, w związku z powyższym, autor zajmuje się również zagadnieniami nienależącymi do tej dyscypliny oraz dokona ponadto wykładni przepisów aktów prawa międzynarodowego, stanowiących system ochrony praw człowieka, chociażby w celu zdekodowania zasady *nullum crimen sine lege*, będącej jednym z praw człowieka i z tego powodu podlegającej artykulacji w wielu aktach prawa międzynarodowego.

Umowy międzynarodowe, należące do tego systemu, poddane zostaną analizie w trakcie badań nad poszczególnymi kontraktypami pozaustawowymi w drugiej części rozprawy (np. odnośnie do karcenia małoletnich, ryzyka sportowego czy zwłaszcza działalności artystycznej). W związku z pozanormatywnym charakterem badanej instytucji dokonana zostanie analiza piśmiennictwa i orzecznictwa powiązanego z tematem, zwłaszcza z zakresu nauki o strukturze przestępstwa. Stanowią one źródła kontraktypów pozaustawowych, określają przesłanki zastosowania, konkretyzują sytuacje, w których sąd może się na nie powołać i uwolnić oskarżonego od odpowiedzialności karnej. Literatura oraz orzeczenia sądowe są więc podstawą ich istnienia w praktyce sądowej. Zakres badanej literatury karnistycznej ograniczony zostanie do pozycji poświęconych modelowi kontraktypów pozaustawowych, stanowiących pole badawcze oraz problemom związanym z ich znamionami. W ramach badania orzecznictwa przeanalizowane zostaną postanowienia, uchwały i wyroki SN, wyroki polskich sądów powszechnych i sądów administracyjnych, orzeczenia TK oraz międzynarodowych organów władzy sądowniczej, udostępnione w internetowych bazach informacji prawnej. Kryterium doboru orzeczeń stanowi przywołanie przez sąd w uzasadnieniu kontraktypu pozaustawowego.

Poruszana tematyka ma w znacznej mierze charakter interdyscyplinary. Zajmując się poszczególnymi zagadnieniami związanymi z zasadami odpowiedzialności karnej, jak również analizą konkretnych kontraktypów pozaustawowych, autor sięga po dorobek piśmienniczy teorii i filozofii prawa, jak również i innych nauk humanistycznych, socjologii, psychologii, pedagogiki oraz nauk o sztuce czy o kulturze fizycznej. Dzięki nim stara się budować właściwą siatkę

pojęciową, która jest niezbędna ze względu na brak ustawowej regulacji, a tym samym definicji omawianych zagadnień.

Metoda historyczna wykorzystywana będzie wyłącznie w celu należytego ukazania treści norm stanowiących źródło zakazów i nakazów, których naruszenie sankcjonowane jest przez prawo karne oraz reguł kształtujących postępowanie z dobrem prawnym. Przemiany w sferze prawnej, jak również społecznej, kulturowej czy technicznej, wpływają znacząco na interpretację przepisów. Odkodowanie aktualnego modelu instytucji prawnokarnej wymaga w niektórych przypadkach wskazania procesu jej ewolucji oraz porównania kształtów minionych z obecnymi z perspektywy systemu polityczno-prawnego, w którym występuje oraz stanu dyskursu naukowego. W związku z tym używana będzie ta metoda głównie w trakcie drugiego badania zasadniczego, polegającego na charakterystyce poszczególnych kontratypów pozaustawowych (zwłaszcza oddziaływania wychowawczego na małoletnich oraz działalności artystycznej). Nie wyklucza to jednocześnie możliwości skorzystania z metody historycznej przy ustaleniu akceptowalnej struktury przestępstwa oraz modelu bezprawności, co jest wręcz wymagane z wyżej przytoczonych powodów. Metoda historyczna nie jest jednak metodą wiodącą, a wyłącznie subsydiarną w trakcie prowadzonych badań.

[Przejdź do księgarni →](#)



ksiegarnia.beck.pl