

Obrona konieczna w prawie karnym

Teoria i orzecznictwo

Andrzej Marek



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Obrona konieczna w prawie karnym

Teoria i orzecznictwo



Prawo jest na naszej stronie!

**www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl**

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Obrona konieczna w prawie karnym

Teoria i orzecznictwo

Andrzej Marek



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2008

Stan prawny na 1 maja 2008 r.

Wydawca:
Ewa Wysocka

Redakcja:
Elżbieta Jóźwiak

Korekta:
Małgorzata Sobczak

Skład, łamanie:
JustLuk, Łukasz Drzewiecki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2008

ISSN: 1897-4392
ISBN: 978-83-7601-069-4

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	7
Przedmowa.....	9
Rozdział I	
Pojęcie i funkcje obrony koniecznej.....	11
1. Kilka uwag o rozwoju instytucji.....	11
2. Społeczna funkcja obrony koniecznej	16
3. Obrona konieczna jako kontratyp przestępstwa.....	20
Rozdział II	
Warunki obrony koniecznej.....	30
1. Pojęcie warunków obrony koniecznej.....	30
2. Zamach na dobro chronione prawem	34
2.1. Pojęcie zamachu.....	34
2.2. Zakres dóbr chronionych	42
2.3. Bezprawność i rzeczywisty charakter zamachu	45
2.4. Bezpośredniość zamachu	57
3. Odpieranie zamachu (obrona).....	66
3.1. Pojęcie odpierania zamachu (obrony) i treść działań obronnych.....	66
3.2. Podmiotowe (subiektywne) elementy obrony koniecznej	71
4. Obrona konieczna w wypadku bójki lub pobicia.....	75
Rozdział III	
Granice obrony koniecznej	87
1. Zagadnienie konieczności obrony	87
1.1. Konieczność a współmierność obrony	87

1.2. Samoistość a subsydiarność jako wyznaczniki konieczności obrony.....	90
2. Zagadnienie współmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu	98
2.1. Wyznaczniki współmierności obrony do zamachu	98
2.2. Współmierność obrony a jej skuteczność	106

Rozdział IV

Przekroczenie granic obrony koniecznej i jego prawne konsekwencje ..119

1. Przekroczenie granic obrony koniecznej	119
1.1. Uwagi ogólne	119
1.2. Niewspółmierność sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu jako eksces intensywny	126
1.3. Niewspółczesność obrony do zamachu jako eksces ekstensywny.....	134
2. Ocena i skutki prawne przekroczenia granic obrony koniecznej	143
2.1. Ocena prawna czynu będącego przekroczeniem granic obrony koniecznej	143
2.2. Nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpienie od jej wymierzenia	149
2.3. Odstąpienie od karalności sprawcy przekroczenia granic obrony koniecznej w wyniku strachu lub wzburzenia	157
2.4. Propozycje zmian <i>de lege ferenda</i>	165

Bibliografia	169
--------------------	-----

Wykaz orzecznictwa.....	177
-------------------------	-----

Wykaz skrótów

Apel. Lub.	– Apelacja Lubelska
Biul. SN	– Biuletyn Informacyjny Sądy Najwyższego
Cz.PKiNP	– Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
DPP	– Demokratyczny Przegląd Prawniczy
GSiP	– Gazeta Sądowa i Penitencjarna
GzP	– Gazeta Prawna
GS	– Głos Sądownictwa
Inf. Praw.	– Informator Prawniczy
Konstytucja RP	– ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
k.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
k.k. z 1932 r.	– rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.), uchylony z dniem 1 stycznia 1970 r.
k.k. z 1969 r.	– ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.); uchylony z dniem 1 września 1998 r.
k.w.	– ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 109, poz. 756 z późn. zm.)

k.z.	– rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz. U. Nr 82, poz. 598 z późn. zm.)
KZS	– Krakowskie Zeszyty Sądowe. Orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawach karnych
M. Praw. niepubl.	– Monitor Prawniczy
NP	– niepublikowany
OSNKW	– Nowe Prawo
OSNPG	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa
OSA	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Wydawnictwo Prokuratury Generalnej
OSP	– Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSP i KA	– Orzecznictwo Sądów Polskich
Orz. Prok. i Pr.	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
PiP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sądów Apelacyjnych, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego (dodatek do czasopisma Prokuratura i Prawo)
PiŻ	– Państwo i Prawo
PPK	– Prawo i Życie
Prok. i Pr.	– Przegląd Prawa Karnego
Prz. Polic.	– Prokuratura i Prawo
PS	– Przegląd Policyjny
RPEiS	– Przegląd Sądowy
SA	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SN	– Sąd Apelacyjny
St. Praw.	– Sąd Najwyższy
Wil. PP	– Studia Prawnicze
WPP	– Wileński Przegląd Prawniczy
Zb. Orz.	– Wojskowy Przegląd Prawniczy
	– Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego (wydawany do 1939 r.)

Przedmowa

Niniejsza książka oparta jest w znacznym zakresie na wydanej w 1979 r. monografii autora pt. „Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego” (Wydawnictwo Prawnicze), której nakład dawno został wyczerpany. Na potrzebę wznowienia, naturalnie również uaktualnienia tej monografii, wielokrotnie zwracali mi uwagę zainteresowani problematyką przedstawiciele nauki i studenci, a przede wszystkim przedstawiciele praktyki prawniczej (sędziowie, prokuratorzy i obrońcy w sprawach karnych). Problematyka obrony koniecznej jest bowiem nad wyraz złożona, w wielu punktach sporna i nastrocza poważne trudności w ocenie prawnej i rozstrzyganiu różnych zdarzeń będących przedmiotem postępowania karnego. O żywotności tej problematyki świadczy zresztą ogromna liczba orzeczeń Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych, publikowanych w różnych, w dużym stopniu rozproszonych, zbiorach i periodykach. Potrzeba kompleksowego i w pełni aktualnego opracowania tego frapującego tematu jawiła się więc jako oczywista.

W stosunku do poprzedniego opracowania, które opierało się na nieobowiązującym już kodeksie karnym z 1969 r., zaszyły w stanie prawnym dość istotne zmiany. W obowiązującym kodeksie karnym z 1997 r. pominięto przewidziany w poprzednim kodeksie przepis dotyczący tzw. interwenienta, który występuje w celu przywrócenia naruszonego porządku lub spokoju publicznego (art. 22 § 2), co nasunęło potrzebę analizy tego typu sytuacji w płaszczyźnie ogólnej regulacji działania w obronie koniecznej. Ta ogólna regulacja w art. 25 § 1 obowiązującego k.k. nie różni się zresztą istotnie od przewidzianej w poprzednich kodeksach (art. 21 § 1 k.k. z 1932 r. i art. 22 § 1 k.k. z 1969 r.) poza wy-

rażnym rozstrzygnięciem, iż prawo do obrony koniecznej przysługuje wobec bezpośrednich, bezprawnych zamachów na jakiekolwiek dobro chronione prawem.

Podstawowa norma dotycząca przekroczenia granic obrony koniecznej w art. 25 § 2 obowiązującego kodeksu jest identyczna jak w art. 22 § 3 k.k. z 1969 r., co sprawia, że dotychczasowe orzecznictwo i analizy teoretyczne dotyczące tej problematyki zachowały pełną aktualność. Można wręcz stwierdzić, dokonując analiz doktryny i judykatury z okresu obowiązywania obecnie już trzech kodeksów karnych, że instytucja obrony koniecznej jest w dużym stopniu „ponadczasowa”. Dorobek doktryny i orzecznictwa zgromadzony w ciągu dziesiętków lat wykazuje się dużą trwałością i zaskakującą aktualnością (co zwłaszcza dotyczy znakomitego orzecznictwa z okresu międzywojennego). Dlatego też dorobek ten został w pełni zachowany i wykorzystany, ale również wzbogacony i uaktualniony bogatym orzecznictwem i wypowiedziami doktryny z lat ostatnich.

W stosunku do poprzednich kodeksów istotnym *novum* jest wprowadzony w k.k. z 1997 r. przepis art. 25 § 3, przewidujący obligatoryjne odstępianie od wymierzenia kary przez sąd, jeżeli przekroczenie granic obrony koniecznej było wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu. Analizie tej problematyki poświęcona została szczególna uwaga, zwłaszcza że aktualne są propozycje dalszych zmian, przewidujących uczynienie z sytuacji określonej w art. 25 § 3 k.k. okoliczności uchylającej karalność, co w swych konsekwencjach prowadzić będzie do umarzania postępowania (art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.), zamiast obecnego odstępowania od orzeczenia kary w wyroku skazującym. Zaoszczędziłoby to niewątpliwie osobie, której eksces w obronie koniecznej jest w pełni usprawiedliwiony, traumatycznych przeżyć związanych z procesem karnym i występowaniem w nim w roli oskarżonego. Można mieć nadzieję, że ta daleko idąca w swych konsekwencjach zmiana w nieodległym czasie stanie się obowiązującym prawem, przewidując ją bowiem aktualne projekty nowelizacji kodeksu karnego.

Rozdział I

Pojęcie i funkcje obrony koniecznej

1. Kilka uwag o rozwoju instytucji

Współczesny kształt instytucji obrony koniecznej jest wynikiem wielowiekowej ewolucji. Nie jest wszakże naszym zamierzeniem próba przedstawienia genezy i rozwoju historycznego tej instytucji. Ekskursje w przeszłość czynione są o tyle tylko, o ile może się to przyczynić do lepszego zrozumienia współczesnego kształtu obrony koniecznej, jak też wyjaśnienia genezy różnic poglądów wyrastających na tle ich wykładni i stosowania. Mają one charakter analityczny, a nie chronologiczny i podporządkowane są głównemu zamierzeniu, jakim jest wykładnia przepisów normujących obronę konieczną w obowiązującym polskim prawie karnym.

Powszechnie przyjmuje się, że pierwsze uzasadnienie prawa do obrony koniecznej dał prawnik rzymski Marek Tuliusz Cyncero w słynnym przemówieniu w obronie Milona w słowach: „*Est enim ea non scripta sed nata lex, quam non legimus nec deducimus, sed hausimus et arripuimus, quod vim vi repellere licet*” (istnieje bowiem owo niepisane, lecz wrodzone prawo, którego się nie uczymy ani nie czytamy, ale które przyjmujemy i które akceptujemy, iż siłą siłą odeprzeć wolno). Teza ta, przyjęta w źródłach prawa rzymskiego¹, przetrwała wieki i do dzisiaj często powoływana jest dla uzasadnienia prawa do stosowania obrony koniecznej.

Według koncepcji Cyncerona, prawo do obrony koniecznej wynika z natury człowieka i nie wymaga żadnych uzasadnień (*lex nata*). Jest

¹ W Digestach Justyniana czytamy: „*vim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*” (45, 4 D.IX.2). Szerzej na ten temat por. C. Giofredi, *Il Principi del Diritto Penale Romano*, Turyn 1970, s. 91–93.

ono zgodne z instynktem samozachowawczym, który każe człowiekowi podejmować obronę przed zamachem na jego dobro, co prawo powinno honorować zapewniając ekskulpację za szkody wyrządzone napastnikowi przez działającego w obronie koniecznej².

Idea pełnej ekskulpacji działającego w obronie koniecznej jednak z trudem torowała sobie drogę w wiekach następnych. W okresie Średniowiecza ogólny regres w rozwoju prawa odbił się także na instytucji obrony koniecznej, którą często mieszano z prawem zemsty, zabicia złooczyńcy schwytanego na gorącym uczynku, czy też prywatnego dochodzenia sprawiedliwości³. Ślady tego spotykamy w polskiej konstytucji z 1496 r. „*de homicidia in sui defensionis casu*”. Dopiero konstytucja z 1659 r. precyzuje obronę konieczną w słowach: „Jeśliby kto napadnika i gwałtownika w obronie dóbr swoich zabił, tedy o takowe zabójstwo do żądanego sądu i prawa pociągan nie będzie”⁴.

Jak widzimy, zakres legalnej obrony koniecznej był w tych czasach bardzo ograniczony. Dotyczyć ona mogła, w zasadzie, odpierania zamachów na życie lub przypadków najazdów na dom, w szczególności zaś rabunku i włamania nocnego. Pozostałość takiej przestarzałej konstrukcji spotykamy we francuskim *Code Penal* z 1810 r., który nie formułował ogólnej zasady obrony koniecznej, a odpowiednie unormowania zawierał w swej części szczególnej. Zgodnie z przepisami tego kodeksu dopuszczalna była obrona konieczna przed zamachem na życie lub zdrowie napadniętego lub innej osoby, a także wobec zamachu polegającego na włamaniu nocnym oraz w wypadku zamachu rabunkowego przy użyciu gwałtu na osobie (art. 328–329). To zbyt wąskie, tradycyjne ujęcie obrony koniecznej, doktryna i orzecznictwo rozszerzyły na inne zamachy przeciwko mieniu, jednakże bez dopuszczenia pozbawienia życia lub spowodowania ciężkiego uszkodzenia ciała napastnika⁵. Stanowi tak wyraźnie nowy k.k. Francji z 1992 r. (art. 122–5,6).

² Por. J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 131. Autor ten określa obronę konieczną w ścisłym znaczeniu jako „akt samozachowawczy”, natomiast obronę przy zamachach na cudze dobra – jako „akt międzyludzkiej solidarności”.

³ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne – wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 172 i n.

⁴ Również francuska *ordonnance* z 1670 r. przewidywała możliwość ulaskawienia osoby skazanej za pozbawienie życia napastnika, jeżeli ustalono, że sprawca działań w obronie życia swojego lub najbliższych.

⁵ P. Bouzat, J. Pinatel, *Traite de droit penal et de criminologie*, t. I, *Droit penal general*, Paryż 1970, s. 363–366.

Inny podstawowy kodeks XIX w., mianowicie k.k. niemiecki z 1871 r., zawierał wprawdzie nowocześniejszą konstrukcję, gdyż określał obronę konieczną w części ogólnej, jednak zakres jej dopuszczalności i w tym kodeksie był poważnie ograniczony. Przepis § 32 ust. 2 kodeksu niemieckiego (także w wersji obowiązującej od dnia 1 października 1973 r.) stanowi: „Obrona konieczna jest to działanie obronne niezbędne dla odwrócenia od siebie albo innej osoby bezpośredniej, bezprawnej napaści”. Należy zwrócić uwagę, że obroną konieczną objęto tylko dobra osobiste. Użycie zaś wyrażenia „obrona niezbędna” (*erforderlich*) wskazuje na warunek „stosunkowości” obrony do zamachu, aczkolwiek podkreśla się w literaturze, że w odróżnieniu od stanu wyższej konieczności (*Notstand*), w obronie koniecznej nie jest wymagane zachowanie proporcji dóbr⁶. Nie ulega jednak wątpliwości, że działania, które nie zostaną uznane za niezbędne, stanowić będą przekroczenie granic obrony koniecznej. Dodać tu wszakże trzeba, iż przekroczenie takie nie jest karalne, jeżeli wynikało z przerażenia, zaskoczenia lub lęku (§ 33 k.k. RFN). Będzie o tym szerzej mowa w rozdziale IV.

Ciekawą konstrukcję obrony koniecznej znajdujemy w k.k. norweskim z 1887 r. Kodeks ten uznał za nią: „działanie w celu oddalenia bezprawnego zamachu przeciwko osobie lub czyjemukolwiek mieniu, jeżeli działanie to pozostaje w granicach niezbędności, to jest jeżeli wyobrażenie niebezpieczeństwa czynu napastnika i znaczenie praw narażonych może usprawiedliwiać wyrządzenie szkody w rozmiarach wyobrażonych przez broniącego”. Przytoczona formuła zawiera swoiste ujęcie zasady proporcjonalności dóbr, oparte na założeniach tzw. **teorii wyobrażenia**, tkwiącej u podstaw ujęcia winy w tym kodeksie (teoria Geisa)⁷.

Jest niewątpliwe, że rozwój instytucji obrony koniecznej zmierzał do stopniowego rozszerzenia zakresu dóbr uzasadniających jej stosowania, przy jednoczesnym ścieraniu się poglądów na potrzebę miarkowania tej instytucji zasadami proporcji dobra zagrożonego zamachem i naruszonego w wyniku obrony oraz intensywności środków obrony. Tak włoski k.k. z 1930 r. (art. 52) wprowadził ogólną zasadę ekskulpacji działającego w obronie koniecznej, jednakże zawierał warunek współ-

⁶ Blżej zob. H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 342–344.

⁷ Zob. W. Makowski, *Prawo karne – część ogólna. Wykład porównawczy*, brak roku i miejsca wydania, s. 298–299.

mierności obrony do zamachu, interpretowany w sensie konieczności zachowania proporcji między dobrem zagrożonym zamachem a dobrem naruszonym w wyniku obrony⁸.

Interesujące ujęcie warunków dopuszczalności obrony spotykamy w prawie angielskim. Dopuszczalne zgodnie z nim jest użycie siły w obronie przed natychmiast grożącym atakiem, ale musi ono być racjonalne i uzasadnione okolicznościami (*reasonable use of force*)⁹. Podobne ujęcia spotykamy w prawie karnym Stanów Zjednoczonych Ameryki. Przyjmuje się więc, że zaatakowany ma prawo do czynnego odpierania zamachu na życie, zdrowie, wolność, a także połączonych z użyciem przemocy lub dokonaniem włamania, zamachów na mienie, chyba że: a) zamach został celowo sprowokowany, b) w grę wchodzi działanie funkcjonariusza publicznego w ramach prawa, c) zamach ma miejsce we wzajemnej bójce¹⁰. Jeżeli chodzi o granice użycia siły w obronie podkreśla się, iż nie może ono „przekraczać konieczności i musi być odpowiednie do okoliczności zamachu (reguła *no more force than is necessary and appropriate under the circumstances*). Przepisy ustawodawstw stanowych i orzecznictwo kazuistyczne opisują przypadki dopuszczalności użycia broni palnej i innych środków zagrażających życiu (*use of deadly force*). W zasadzie dotyczy to odpierania zamachu zagrażającego fatalnymi konsekwencjami (tzw. *deadly or felonious attack*), jeżeli stosujący obronę konieczną miał racjonalne podstawy, by wierzyć, że takie właśnie konsekwencje grożą¹¹. Należy dodać, że prawo anglosaskie szczególne uprawnienia przyznaje obronie domostw przed bezprawnym najściem (*the privilege of defense of habitation*). Jednak celowe użycie broni skutkujące śmiercią napastnika orzecznictwo uzależnia od okoliczności wskazujących na istnienie realnego zagrożenia osób w nim zamieszkujących¹².

⁸ R.A. Frosali, *Diritto penale – parte generale*, Mediolan 1974; por. też W. Pompe, *Das niederländische Strafrecht* (w:) *Das ausländische Strafrecht* (Hrsg. Mazger, Schonke und Jescheck), Bd.V.1976, s. 7, a jeżeli chodzi o ustawodawstwo hiszpańskie i argentyńskie, L. Jimenez de Asua, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires 1961, s. 25–55, 195–232.

⁹ Bliżej J. Heaton, *Criminal Law*, Oxford University Press 2004, s. 192 i n.

¹⁰ Zob. J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, Nowy Jork 2001, s. 221–272.

¹¹ Według amerykańskiego Model Penal Code (§ 3.04.2), użycie *deadly force* jest usprawiedliwione tylko wtedy, gdy zamach zagrażał życiu lub ciężkim uszkodzeniem ciała (*serious bodily injury*), zgwałceniem (*forcible rape*) albo porwaniem osoby (*kidnapping*).

¹² Zob. J. Dressler, *Understanding Criminal...*, s. 205–206.

Jeżeli chodzi o pierwszy polski k.k. z 1932 r., to hołdował on zasadom liberalizmu. Szeroko, znacznie szerzej niż przytoczone ustawodawstwa, określał dopuszczalność obrony koniecznej. Kodeks ten (art. 21) nie stawiał w ogóle warunku zachowania jakiejś proporcji między dobrem zagrożonym zamachem a dobrem naruszonym w wyniku jego odpierania, ani też nie wyrażał *expressis verbis* proporcji między natężeniem środków obrony w stosunku do zamachu. Ograniczał się on tylko do wymagania, aby obrona była „konieczna”¹³. W związku z tym S. Śliwiński wysuwał tezę o możliwości bezprawnej obrony koniecznej polegającej na tym, iż odparcie zamachu jest wprawdzie konieczne, a więc w świetle art. 21 k.k. z 1932 r. nieprzestępne, jednakże rażąco narusza zasady prawa i stanowi jego nadużycie (np. zastrzelenie chorego umysłowo złodzieja kradnącego z podwórza deski przez właściciela, który nie rozporządzał innym środkiem odparcia zamachu)¹⁴. Nic więc dziwnego, że przy wykładni „konieczności” obrony odwoływano się do zasad dobrej wiary (art. 135 k.z. z 1933 r.) lub do zasad współżycia społecznego (art. 5 k.c.) dla zakreślenia racjonalnych granic stosowania tej instytucji¹⁵.

Innym brakiem art. 21 k.k. z 1932 r. było to, że przepis ten pomijał potrzebę unormowania obrony koniecznej przed zamachami na dobra kolektywne (społeczne). Brak ten wypełniała teoria i orzecznictwo przez odpowiednią interpretację pojęcia obrony dobra „cudzego” (przepis mówił o odpieraniu zamachu na jakiegokolwiek dobro własne lub innej osoby)¹⁶.

Kodeks karny PRL z 1969 r. nie ograniczał obrony koniecznej do dóbr jednostkowych. Wysuwał nawet na pierwszy plan obronę dóbr społecznych (art. 22 § 1), co naturalnie odpowiadało ówczesnym zało-

¹³ Zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 5, Lwów 1938, s. 106 i n.

¹⁴ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 164. W dyskusji nad reformą prawa karnego S. Śliwiński postulował następujące ujęcie obrony koniecznej: „Nie popełnia przestępstwa, kto w celu odparcia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na jakiegokolwiek dobro własne lub cudze używa środków w danych okolicznościach koniecznych do odparcia zamachu i nie wykracza rażąco przeciwko zasadom słuszności”. Zob. S. Śliwiński, *W sprawie reformy prawa karnego (głos w dyskusji)*, DPP 1947, nr 11, s. 31 i 34; por. także A. Bramson, *Kilka uwag do projektu prof. S. Śliwińskiego*, DPP 1948, nr 2, s. 39, który wypowiedział się przeciwko umieszczeniu w definicji obrony koniecznej warunku „nie wyklucza rażąco przeciwko zasadom słuszności”, gdyż jest to kwestia ekscesu obrony.

¹⁵ Zob. H. Rajzman, *Przegląd orzecznictwa SN*, NP 1963, nr 4-5, s. 481; M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1958, s. 50.

¹⁶ A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności*, Warszawa 1961, s. 12; A. Krukowski, *Obrona na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 56.

żeniom ustrojowym¹⁷. Jeśli zaś chodzi o miarkowanie obrony koniecznej, przepis art. 22 § 3 tego kodeksu uznawał za przekroczenie granic obrony koniecznej zastosowanie sposobu obrony „niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu”, z czego teoria wysuwała zasadę, iż działanie w obronie koniecznej nie może być nadmierne – tak z uwagi na dostosowanie sposobu (środków) obrony do intensywności zamachu, jak i unikanie dysproporcji między dobrem zaatakowanym a dobrem napastnika¹⁸. Dodać trzeba, że wskazana tu proporcja nie występuje „wprost” i ma charakter względny, albowiem tylko rażące jej naruszenie stanowi przekroczenie granic obrony koniecznej¹⁹.

Obowiązujący k.k. z 1997 r. używa chyba najtrafniejszej formuły o prawie do obrony koniecznej przed bezpośrednim zamachem na **jakiegokolwiek dobro chronione prawem** (art. 25 § 1), traktując na równi ochronę dóbr jednostkowych i społecznych (kolektywnych). Jeżeli zaś chodzi o miarkowanie obrony koniecznej, powtarza w art. 25 § 2 k.k. formułę zawartą w art. 22 § 3 k.k. z 1969 r. Oznacza to, iż wiele z dotychczasowych ustaleń doktryny i orzecznictwa dotyczących granic korzystania z prawa do obrony koniecznej nadal zachowuje aktualność. Będziemy więc do nich nawiązywać w dalszych rozważaniach.

2. Społeczna funkcja obrony koniecznej

Pierwsze ujęcia obrony koniecznej odwoływały się do **prawa natury**. Według Cyclerona, instytucja ta wypływa z przyrodzonego człowiekowi prawa do obrony własnej przed zamachami na jego dobra i nie wymaga żadnych dodatkowych uzasadnień (*lex nata*)²⁰. Pogląd ten uznać trzeba za równie oczywisty, co ułomny, gdyż nie daje on prawnego uzasadnienia legalności tej instytucji i nie nawiązuje do jej społecznej funkcji. Uzasadnienia takie jednak pojawiają się dopiero w okresie oświecenia, kiedy to sformułowane zostały teoretyczno-filozoficzne podstawy nowożytnego prawa.

¹⁷ Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie, Warszawa 1968, s. 103.

¹⁸ Por. zwłaszcza K. Buchała, *Granice obrony koniecznej*, Palestra 1974, z. 5.

¹⁹ Tak A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 101 i n.

²⁰ C. Giofredi, *Il Principi del Diritto...*, s. 91.

Interesująca niewątpliwie jest koncepcja J.J. Rousseau, twórcy teorii o umowie społecznej. Wychodząc z założeń tej teorii, Rousseau twierdził, że osoba dopuszczająca się zamachu na życie, zdrowie lub inne dobro narusza tym samym warunki umowy społecznej, która przestaje ją chronić. Napadnięty zatem zwolniony zostaje z obowiązku poszanowania dóbr napastnika. Inni teoretycy – Grocjusz i Pufendorf – wywodzili legalność obrony koniecznej z „umowy politycznej”, na podstawie której obywatele zrzekają się na rzecz państwa prawa stosowania samopomocy przed zamachami na ich dobra. Jeżeli jednak władza państwowa w określonej sytuacji ich nie chroni, odzyskują prawo do występowania przeciwko napastnikowi w obronie swych dóbr i nie ponoszą odpowiedzialności za wyrządzone w ten sposób szkody. Działający w obronie koniecznej niejako „wyręcza” organy państwa w stosowaniu środków niezbędnych dla obrony prawa²¹.

Przedstawiona tu **teoria wyręczenia** miała wielu zwolenników. Należał do nich A. Gubiński, który wywodził, iż obrona konieczna uzasadniona jest tym, że „organy władzy państwowej nie zawsze mogą zapewnić bezpieczeństwo dóbr prawnych. W przypadku więc, gdy nie ma na miejscu funkcjonariusza (...), trzeba przyznać jednostce prawo do wyręczania państwa w jego zadaniach”²².

Inny kierunek filozoficzny wiązał legalność obrony koniecznej z heglowską koncepcją dialektyki, według której odparcie bezprawnego zamachu, jako zaprzeczenie czynu antyprawnego, przyczynia się do triumfu **idei prawa** nad bezprawiem. Pogląd ten krytykował E. Krzymuski, podkreślając, że w obronie koniecznej „nie rozchodzi się o zapewnienie przewagi prawa nad bezprawiem, lecz tylko o zapobieżenie temu, aby bezprawie nie stało się czynem dokonany”²³.

Krytyczna reakcja Krzymuskiego dotyczyła idealizmu koncepcji Hegla (idea prawa, nicość bezprawia), podczas gdy obrona konieczna ma za zadanie obronę konkretnych dóbr i wartości. Nawijając do tego, J. Makarewicz pisał, że obrona konieczna „służy do wzmocnienia poczucia prawa w społeczeństwie”. Nie pozostawał on jednak wolny

²¹ E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*, Kraków 1911, s. 220.

²² A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności...*, s. 12; podobnie S. Śliwiński, *Polskie prawo...*, s. 150.

²³ E. Krzymuski, *Wykład prawa...*, s. 220.

od koncepcji idealistycznej, gdy dodawał: „Kto odpiera bezprawny zamach, ten broni nie tylko siebie, ale także idei prawa”²⁴.

Trzeba wszakże stwierdzić, że – pozbawiona elementów idealistycznych – koncepcja obrony koniecznej jako czynu broniącego prawa przed bezprawiem, była żywa również w późniejszym piśmiennictwie²⁵, a także w orzecznictwie SN, w którym czytamy, iż instytucja ta „ma na celu (...) kształtowanie respektowania zasady, że prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem” oraz że obrona konieczna „jest obroną prawa przeciwko bezprawiu”²⁶.

W doktrynie państw tzw. realnego socjalizmu wysunięto tezę, iż obrona konieczna ma na celu nie tylko ochronę interesu jednostki i jej praw podmiotowych, czy też idei prawa „w ogóle”, ale że jest instrumentem przyczyniającym się do utrzymania porządku prawnego i jego ochrony przed zamachami na dobra społeczne. W tym ujęciu, obrona konieczna stała się nie tylko prawem podmiotowym, lecz wręcz **obywatelskim obowiązkiem**²⁷. Uzasadniając ten pogląd, N.F. Kuzniecowa pisała, że obrona konieczna wypływa z moralnego obowiązku przyczyniania się do zachowania i pomnażania dobra społecznego, co wymaga aktywnej postawy wobec naruszcycieli interesów społecznych²⁸. W literaturze NRD W. Orshekowsky wprost stwierdzał, że ten, kto „uchyla się przed atakiem i wybiera ucieczkę, liczyć się musi z potępieniem swojego postępowania przed socjalistyczną opinią społeczną”²⁹.

Obok tak akcentowanego aspektu zgodności aktywnego korzystania z obrony koniecznej z moralnością socjalistyczną, pojawiał się też w literaturze aspekt polityczno-kryminalny tej instytucji. W.I. Tkaczenko pisał np., że obrona konieczna spełnia istotną funkcję generalno-prewencyjną, gdyż „przyczynia się do umocnienia postaw posza-

²⁴ J. Makarewicz, *Prawo karne – wykład porównawczy...*, s. 173.

²⁵ Zob. I. Andrejew, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 94.

²⁶ Zob. wyrok SN z dnia 27 lipca 1973 r., IV KR 153/73, OSNKW 1974, nr 1, poz. 5, oraz wyrok SN z dnia 10 stycznia 1974 r., III KR 317/73, *Gazeta Prawnicza* 1974, nr 9.

²⁷ Zob. I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *Polskie prawo karne Polski Ludowej*, Warszawa 1950, s. 194; dodać należy, że w uzasadnieniu do projektu k.k. z 1969 r. również znalazła wyraz ta koncepcja, a mianowicie w stwierdzeniu, że obrona konieczna „jest nie tylko prawem, lecz w nowych warunkach ustrojowych nawet obowiązkiem społecznym każdego obywatela”. Zob. *Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie...*, s. 103.

²⁸ N.F. Kuzniecowa, *Ugolownyj sud i moral*, Moskwa 1967, s. 40.

²⁹ W. Orshekowsky, *Strafgesetzbuch der DDR. Allgemeiner Teil*, Berlin 1969, s. 16–17. Dodać trzeba, że teza ta miała oparcie w treści § 17 k.k. NRD z dnia 12 stycznia 1968 r.

nowania prawa przez ogół", a więc jest „jednym z istotnych środków społeczno-prawnych w systemie walki z przestępczością”³⁰.

Nie kwestionując związku obrony koniecznej z moralnością i postulatami aktywnej postawy obywateli wobec sprawców naruszeń prawa, trzeba stanowczo stwierdzić, że powyższe wnioski szły zbyt daleko i miały wyraźnie ideologiczne podłoże. Bezpośrednim celem i społeczną funkcją obrony koniecznej nie jest zwalczanie przestępczości. Temu celowi służą przewidziane przez prawo środki karne, a także rozliczne środki prewencji przestępczości, do których obrona konieczna nie zalicza się. Nie można zapominać o tym, że obrona konieczna jest okolicznością uchylającą odpowiedzialność za naruszenie dóbr napastnika, ustawowym „kontratypem” znoszącym bezprawność czynu, a nie środkiem przeciwdziałania przestępczości.

Prawny obowiązek zwalczania przestępczości spoczywa na odpowiednich do tego powołanych organach państwa³¹. Postulat etyczny aktywnej postawy obywateli przejawiającej się w udzielaniu odporu gwałcicielom prawa, nie może być rozumiany jako nakaz narażania się przez jednostkę na poważny uszczerbek, w szczególności na życie lub zdrowiu. Przeciż, nawet obowiązek udzielania drugiemu człowiekowi pomocy w niebezpieczeństwie dla życia lub zdrowia występuje tylko wtedy, gdy można tej pomocy udzielić bez narażania siebie na takie samo niebezpieczeństwo (zob. art. 162 k.k.). Prawo, wychodząc z przesłanek realistycznych, nie wymaga od wszystkich bohaterstwa, aczkolwiek taki czyn wysoko ocenia.

Według sformułowanego przez autora tej pracy poglądu, obrona konieczna jest przede wszystkim **prawem podmiotowym** człowieka do obrony dóbr własnych, ale prawo to rozciąga się także na obronę innych podmiotów przed bezprawnymi zamachami³². Inną sprawą jest, że skuteczne odparcie przestępnego zamachu, choćby w swym jednostkowym wymiarze, przyczynia się do zapobiegania naruszeniom porządku prawnego, pełni więc zarazem istotną funkcję społeczną.

³⁰ W.I. Tkaczenko, *Nieobchodimaja oborona* (w:) *Sowietskoje ugołownoje prawo*, Moskwa 1972, s. 209; por. też W. Radecki, *Pojęcie obrony koniecznej w świetle prawa i moralności*, NP 1976, nr 7–8.

³¹ Trafnie pisze F. Haft we współczesnym podręczniku niemieckim, że odpierającego bezprawy zamach nie można traktować jako „pomocnika policji” realizującego jej służbowe zadania. Zob. F. Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 1987, s. 81.

³² A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym...*, s. 19; por. też akceptujące stanowisko M. Cieślaka, *Polskie prawo karne. Zarys ujęcia systemowego*, Warszawa 1994, s. 225 oraz M. Filara, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej. Nowa kodyfikacja. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 18, s. 11.

Odparcie bezprawnego zamachu na dobro człowieka lub dobro społeczne jest oceniane jako czyn pozytywny z punktu widzenia społeczno-moralnego. Przepisy normujące obronę konieczną mają więc istotne znaczenie w kształtowaniu właściwych ocen prawnych i moralnych, spełniają istotną rolę wychowawczą³³. Takie też znaczenie przywiązywać należy do właściwego ukształtowania w praktyce dopuszczalnych granic korzystania z tej instytucji.

3. Obrona konieczna jako kontratyp przestępstwa

Obowiązujący kodeks karny ujmuje obronę konieczną na czołowym miejscu wśród okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną (rozdział III). Okoliczności te dzieli się na: uchylające karalną bezprawność czynu (tzw. kontratypy) oraz wyłączające winę, chociaż czyn nie jest pozbawiony cechy bezprawności (np. zabójstwo popełnione przez osobę niepodlegającą odpowiedzialności karnej z powodu nieletniości lub niepoczytalności). W tym ostatnim wypadku w grę wchodzi czyn zabroniony, aczkolwiek nie przestępstwo³⁴. Odrębny charakter ma uchylenie przestępności wskutek znikomości społecznej szkodliwości czynu, albowiem czyn taki jest formalnie bezprawny, a także zawiera pewien stopień winy, jednakże jego ujemna społecznie treść jest niewystarczająca do uznania takiego czynu za przestępstwo (art. 1 § 2 k.k.)³⁵.

Obronę konieczną zalicza się do pierwszego z wymienionych zespołów okoliczności, gdyż pozbawia czyn cechy bezprawności (kontratypy). Czyn podjęty w ramach obrony koniecznej nie stanowi przestępstwa (art. 25 § 1 k.k.), chociaż formalnie może wypełniać znamiona ustawowe czynu zabronionego (np. naruszenie nietykalności cielesnej, uszkodzenia ciała napastnika).

Interpretacja obrony koniecznej jako okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną, niesie ze sobą wiele istotnych problemów. O ile samo uchylenie przestępności, a więc i odpowiedzialności karnej, jest

³³ Tak również M. Szafraniec, *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, Kraków 2004, s. 29.

³⁴ Może to uzasadniać stosowanie wobec sprawcy pozakarnych środków, jak: środki wychowawcze i poprawcze wobec nieletnich oraz środki zabezpieczające wobec niepoczytalnych (zob. art. 94 i 99 k.k.); zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2007, s. 66–67.

³⁵ Według terminologii przyjętej przez A. Zolla, czyn taki jest karnie bezprawny, ale nie karygodny. Zob. *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 27–28.

bezsporne, to nie jest bynajmniej bezdyskusyjny charakter oraz źródło tego wyłączenia, zwłaszcza gdy chodzi o stosunek obrony koniecznej do elementów składowych przestępstwa. Stąd potrzeba zwięzłego przedstawienia na wstępie tych elementów.

Kodeks karny nie określa „wprost” pojęcia przestępstwa, jednak pojęcie to można wyprowadzić z wielu przepisów tego kodeksu. Podstawowe znaczenie ma tu oczywiście art. 1 § 1, wedle którego odpowiedzialności karnej podlega „ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. W przepisie tym – w odróżnieniu od k.k. z 1969 r. – obowiązujący kodeks pomija element materialny przestępstwa („czyn społecznie niebezpieczny” *nullum crimen sine periculo sociali*), akcentując element formalny, ustawowy („czyn zabroniony przez obowiązującą ustawę karną” – *nullum crimen sine lege poenali anteriori*)³⁶. Łączne rozpatrywanie tych elementów jest jednak niezbędne przy analizie okoliczności wyłączających przestępność czynu³⁷.

Element materialny wyraża ujemną treść czynu i jako taki występować musi w odpowiednim nasileniu. Stąd uzupełniające znaczenie w definicji przestępstwa w art. 1 § 2, zgodnie z którym „nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”. Do bytu przestępstwa niezbędne jest więc łączne wystąpienie elementu formalnego i materialnego³⁸.

W związku z powyższymi składnikami pojęcia przestępstwa nasuwa się pytanie, czy obrona konieczna pozbawia czyn materialnej cechy przestępstwa, czy tylko cechy formalnej (bezprawności), czy wreszcie obydwu tych cech, oraz jaki jest stosunek działania w ramach tej instytucji do ustawowych znamion czynu zabronionego. Rozważania rozpoczniemy od ostatniej kwestii. Punktem wyjścia będzie tu sformułowana przez W. Woltera koncepcja obrony koniecznej jako „kontratypu” przestępstwa³⁹.

Nazwa „kontratyp” na określenie okoliczności pozbawiających czyn cech bezprawia kryminalnego (obrona konieczna, stan wyższej

³⁶ O przyczynach i znaczeniu tej zmiany bliżej A. Marek, *Nowy kodeks – zasady odpowiedzialności, polityka karna*, M. Praw. 1997, nr 12, s. 471.

³⁷ A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 8, Warszawa 2007, s. 92.

³⁸ Szerzej na ten temat R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007.

³⁹ Zob. W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości*, PiP 1963, z. 10, s. 502–510; tegoż, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1979, s. 163 i n.

konieczności, działanie w ramach uprawnień lub obowiązków służbowych, dozwolone ryzyko gospodarcze, naukowe lub techniczne itd.) powszechnie przyjęła się w polskim piśmiennictwie prawniczym, aczkolwiek nie zawsze w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez autora koncepcji⁴⁰. Ze względu na tę tradycję i operatywność terminologiczną tej nazwy, która plastycznie oddaje charakter okoliczności znoszących bezprawie kryminalne, będziemy i my się nią posługiwać.

Jeśli zaś chodzi o koncepcję W. Woltera, wyjaśnia on ją zwięźle w słowach: „czyn o znamionach określonych w ustawie karnej «plus» okoliczności z zakresu kontratypów daje w efekcie czyn nieprzestępny. Nazwa «kontratyp» wiąże się z tym, że okoliczności wyłączające przestępność cechuje również pewna «określoność», znamienna także dla typów przestępstw”⁴¹.

Powyższa teza pozostaje w związku z teorią tzw. negatywnych znamion przestępstwa. Według tej teorii, na istotę czynu przestępnego składają się jego znamiona określone w ustawie jako znamiona pozytywne (znamiona typu przestępstwa) oraz brak znamion jakiegokolwiek kontratypu. Zaistnienie tych ostatnich powoduje, że czyn nie wypełnia ustawowej istoty czynu przestępnego i dlatego przestępstwem nie jest⁴².

Koncepcja negatywnych znamion przestępstwa nie jest trafna. Każdy kontratyp, ujmując rzecz realnie, może mieć odniesienie do pewnego kręgu typów przestępstw (np. ryzyko zabiegów leczniczych – do przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, a nie przeciwko mieniu; zgoda pokrzywdzonego – do przestępstw przeciwko dobrom osobistym, a nie przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych, rozkaz wojskowy – do sfery stosunków w wojsku itd.). Toteż nieustanne zestawianie znamion każdego typu przestępstwa ze z góry nieokreśloną liczbą kontratypów wydaje się pozbawione celu. Po wtóre, „określoność” kontratypów – o której wspomina W. Wolter – jest co najmniej względna, w porównaniu do określoności typów przestępstw. Tylko część kontratypów zawarta została w kodeksie karnym (przede wszystkim: obrona konieczna – art. 25 § 1, stan wyższej konieczności – art. 26 § 1; dozwolone ryzyko nowatorskie – art. 27 § 1). Inne kontratypy wynikają z różnorodnych przepisów (np. działanie w ramach uprawnień

⁴⁰ Por. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 75 i n.

⁴¹ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 163.

⁴² Por. W. Mąciór, *Negatywne znamiona istoty czynu*, PiP 1964, z. 5–6, s. 854 i n.