

Tak zwane kontratypy pozaustawowe a zasada określoności w prawie karnym

Michał Grudecki

Kontratypy, będące okolicznością usprawiedliwiającą zachowania przekraczające normę sankcjonowaną, dzięki którym czyn realizujący formalnie znamiona typu przestępnego jest wtórnie legalny, podobnie jak typy cechują się określonością¹. W ich przypadku określoność ta jest opisem zezwolenia na poświęcenie dobra posiadającego wartość społeczną w konkretnym wypadku kolizji co najmniej dwóch takich dóbr². Problem rodzi ustalenie źródła tej określoności – czy musi nim być wyłącznie ustawa, czy może także je stanowić doktryna lub orzecznictwo sądowe?

W piśmiennictwie i orzecznictwie wyróżnia się bowiem tak zwane kontratypy pozaustawowe, których znamiona nie są scharakteryzowane w akcie prawnym³. Przedstawiciele doktryny przyjmują w większości, że z powodu działania na korzyść osób znajdujących się w sytuacji kontratypowej (podmiotów godzących w cudze dobra prawne lub im zagrażających), okoliczności wyłączające bezprawność nie muszą być objęte gwarancjami wynikającymi z zasady *nullum crimen sine lege*⁴. W oparciu o ten właśnie pogląd uzasadnia się możliwość kreowania tak zwanych kontratypów pozaustawowych⁵. Poruszona kwestia nie jest jednak taka oczywista i budzić może wiele wątpliwości⁶. Podstawowym zarzutem, który można postawić tak zwanym kontratypom pozaustawowym jest fakt, że nie mając podstawy w przepisach prawa karnego, wyłączają one lub ograniczają prawnokarną ochronę oraz tym samym usprawiedliwiają naruszenia często istotnych dóbr prawnych⁷. Czy brak egzemplifikacji owych "kontratypów" w ustawie powoduje, że godzą

¹ Posiadają swój zestaw znamion.

² A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 124. Autor nazywa krąg znamion kontratypu, tworzony przez okoliczności usprawiedliwiające, określonością zezwolenia. Oczywiście zgodnie z przyjętymi zasadami kontratypizacji, poświęcenie jednego dobra w wyniku owej kolizji musi być społecznie opłacalne.

³ Przykładowo chociażby J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 313. Zob. także podział M. Cieślaka na kontratypy skodyfikowane i nieskodyfikowane – tenże, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 217-218. Autor wyróżnia te, które zostały skodyfikowane (wyrażone w przepisach prawa) oraz nieskodyfikowane (wynikające ze zwyczaju lub sformułowane przez przedstawicieli doktryny i zaaprobowane w orzecznictwie).

⁴ Z. Jędrzejewski, *Kontratypy a zasada nullum crimen sine lege* [w:] L. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016, s. 150 i tamtejsze odesłania. W starszej literaturze twierdzi tak W. Wolter: "Zasada *nullum crimen sine lege* nie posiada jednak odpowiednika na terenie kontratypów i posiadać go nie może." – tenże, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 134. We współczesnym piśmiennictwie pogląd niniejszy podziela m.in. M. Mozgawa: "Należy mieć na uwadze to, że zakres typów przestępstw jest zamknięty (z uwagi na zasadę *nullum crimen sine lege*), zaś zakres kontratypów pozostaje otwarty (z uwagi na materialne określenie przestępstwa)". – tenże, *Okoliczności wyłączające bezprawność*, [w:] tenże (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2016, s. 257.

⁵ Z. Jędrzejewski, *Kontratypy...*, s. 150. I nie tylko. Cytowany autor słusznie zauważa, że pogląd ten usprawiedliwiać może ponadto stosowanie analogii rozszerzającej granice kontratypu oraz działanie kontratypu z mocą wsteczną.

⁶ Tamże, s. 150.

⁷ Z. Jędrzejewski, *Kontratypy...*, s. 150.. W najnowszej literaturze M. Królikowski i R. Zawłocki wprost nie stawiają tego zarzutu, aczkolwiek uważają, że "[...] okoliczności wyłączające bezprawność czynu muszą mieć podstawę normatywną, co do zasady ustawową lub wynikającą z innego obowiązującego powszechnie źródła prawa". – ciż, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 249. Cytowani autorzy dopuszczają jednak wyjątek w postaci zwyczaju, który ich

one tym samym w zasadę *nullum crimen sine lege scripta*, szczegółową regułę wynikającą z zasady określoności, która nakazuje, aby prawo karne było "[...] prawem pisanym i zawartym w ustawie"?⁸ Celem niniejszego artykułu jest próba dokonania oceny słuszności owego zarzutu. Nie będzie to możliwe bez wcześniejszego omówienia zasady określoności (zwłaszcza szczegółowej reguły *nullum crimen sine lege scripta*).

1. Istota zasady określoności (*nullum crimen sine lege*) oraz katalog źródeł prawa karnego

Zasada określoności, którą inaczej można nazwać zasadą wyłączności ustawy⁹, jest jedną z fundamentalnych zasad prawa karnego¹⁰. Niektórzy autorzy upatrują jej genezę w czasach bardzo odległych, sięgając do prawa rzymskiego, angielskiej *Magna Charta Libertatum* z 1215 r. czy na ziemiach polskich do przywileju Władysława Jagiełły *neminem captivabimus nisi iure victum* z 1433 r.¹¹ Poglądy te są krytykowane, gdyż zasadniczo dopiero od epoki oświecenia nastąpił czas kodyfikacji prawa, jak również powstały koncepcje polityczne, które legły u podstaw konstruowania omawianej zasady¹². Podstawową myślą filozoficzno-polityczną, która wpłynęła na ukonstytuowanie się zasady *nullum crimen sine lege* była idea umowy społecznej¹³. Zgodnie z tą

zdaniem może znosić negatywną ocenę społeczną danego postępowania. Nie tłumaczą jednak, na czym wpływ ten polega i gdzie należy go pomieścić w strukturze przestępstwa (wydaje się, że w karygodności). H. Rajzman zauważa zaś, że "tylko ustawa poręcza bezpieczeństwo prawne, zapewnia równość wobec prawa, ochrania wolność. Ona może ustanawiać zarówno «typy» przestępstwa, jak i «kontratypy»". - tenże, *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska", vol. XIII, Lublin 1966, s. 47. Zdecydowanie przeciwko pozaustawowym kontratypom jako naruszającym zasadę określoności opowiada się także O. Sitarz, *Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną. Brak bezprawności*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 172.

⁸ Tak definiuje w skrócie ową zasadę L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 14.

⁹ Tak nazywa ją A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych", z. 3, Kraków 2013, s. 5.

¹⁰ Tak R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, "Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica", nr 50, Łódź 1992, s. 99. To stwierdzenie stanowi truizm, aczkolwiek dobrze oddaje istotę przedstawianego w podrozdziale 2.4. problemu i ukazuje wagę zarzutów stawianych "kontratypom pozaustawowym". Z. Pinkalski nadaje jej jeszcze większe znaczenie, ponieważ traktuje ją jako posiadającą "[...] najwyższą rangę w polskim systemie prawa karnego". - tenże, *Konstytucyjność terminu "utwór" w świetle przepisów karnych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, "Prace z Prawa Własności Intelktualnej", nr 2, Warszawa 2012, s. 17.

¹¹ T. Bojarski, *Typizacja przestępstw i zasada nullum crimen sine lege (wybrane zagadnienia)*, "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska", vol. XXIV, Lublin 1977, s. 147; R. Dębski, *Zasada...*, s. 101.

¹² Patrz T. Bojarski, *Typizacja...*, s. 147-148; R. Dębski, *Zasada...*, s. 101-102. R. Dębski zwraca jednak uwagę, że źródeł zasady *nullum crimen sine lege* można także dopatrywać w doktrynie absolutyzmu oświeconego. Cytowany autor pisze, że w celu umożliwienia sprawnego kierowania państwem, "[...] nadmierna swoboda sędziowska (dowolność rozstrzygnięć) powinna być zredukowana przez jasne i – na ile to możliwe – precyzyjne ustawy wskazujące na wolę suwerena. [...] Zgodnie z tym stanowiskiem genezy interesującej nas zasady należałoby upatrywać nie tyle w idei zagwarantowania sfery wolności obywateli przez samowolą sędziowską, ile raczej w chęci zapewnienia postulatu wolności wobec władzy i możliwości sprawnego kierowania państwem (za pomocą ustaw)". - tenże, *Zasada...*, s. 102. R. Dębski nie aprobuje tej ciekawej tezy, gdyż następnie stwierdza, że korzenie zasady określoności znajdują się w nurtach myśli politycznej oświecenia. Wydaje się jednak słusznym uznać przedstawione przez niego argumenty za przekonujące i postawić tezę, iż rzeczywiście zasada *nullum crimen sine lege* ma częściowo swoje źródło w absolutyzmie oświeconym. Owe argumenty wskazują ponadto na jedną z jej funkcji, która ma znaczenie także w czasach współczesnych – spisane, jasne i zrozumiałe prawo karne ułatwia sprawne rządzenie państwem, gdyż zapewnia w nim należytą ochronę dóbr prawnych.

¹³ T. Bojarski, *Typizacja...*, s. 148; R. Dębski, *Zasada...*, s. 103.

ideą "[...] ustawa będąca odzwierciedleniem rozsądku zbiorowego wyłączać winna samowolę państwa w zakresie karania jako sprzeczną z tym rozsądkiem, naruszającą przysługujące każdemu naturalne i nienaruszalne prawo do wolności"¹⁴. Sama zasada pierwszy raz została pośrednio sformułowana przez A. Feuerbacha w 1801 r., choć jej wyraz można znaleźć już wcześniej – w konstytucjach północnoamerykańskich z końca XVIII w., austriackiej ustawie karnej (*Constitutio Criminalis Josephina* z 1787 r.), francuskim Code Pénal z 1810 r., jak również w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r.¹⁵ Od tamtego czasu zasada określoności stopniowo została przyjmowana początkowo przez kraje europejskie i amerykańskie, a z początkiem XX wieku stała się powszechnie obowiązującą niemal na całym świecie¹⁶. Obecnie wyrażona w wielu normach różnych aktów prawa międzynarodowego, stanowiących część polskiego porządku prawnego, konstytuuje jedno z praw człowieka¹⁷.

W naszym prawie krajowym zasada *nullum crimen sine lege* wyrażona została w przepisach art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 1 § 1 i art. 4 § 1 k.k.¹⁸ Zanim Konstytucja z 1997 r. wyraziła ją wprost w normie art. 42 ust. 1, była wyprowadzana przez Trybunał Konstytucyjny z zasady demokratycznego państwa prawnego¹⁹. Oznacza to, że jest ona jej nieodłącznym elementem, a dokładniej rzecz ujmując – składnikiem zasady zaufania obywatela do państwa i tworzonych przez nią prawa²⁰. Jak zauważa G. Koksanowicz, z zasady zaufania obywatela do państwa wypływa możliwość żądania, aby prawo było pewne, czyli umożliwiające jednostce podjęcie postępowania "[...] na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania

¹⁴ R. Dębski, *Zasada...*, s. 102.

¹⁵ T. Bojarski, *Typizacja...*, s. 148-149; R. Dębski, *Zasada...*, s. 102-103. A. Feuerbach uzasadnia jej istnienie faktem, że kara stanowi konsekwencję ustawy wydanej w celu zapewnienia porządku w państwie. Wymierzenie kary poprzedzone musi być wydaniem ustawy. Zaś przesłanką wymierzenia kary jest, zdaniem Feuerbacha, istnienie zagrożonego działania (każdy czyn zabroniony musi być związany z ustawowo określoną karą). Oznacza to, jak tłumaczy T. Bojarski, "[...] że punkt wyjściowy tego rozumowania stanowi koncepcja przymusu psychologicznego, wiążąca z ustawowym zagrożeniem karą nadzieję na jej odstraszające oddziaływanie. Dlatego kary muszą być określone w ustawie, a w związku z tym niezbędne jest także określenie zabronionych działań". - tenże, *Typizacja...*, s. 149. Zgodnie z poglądem Feuerbacha, to zasada *nulla poena sine lege* jest źródłem zasady *nullum crimen sine lege*, a nie odwrotnie. R. Dębski wskazuje, że to dopiero od Feuerbacha wymóg określoności czynu przekształcił się z zagadnienia polityczno-ustrojowego, dotyczącego ograniczenia swobody w karania jednostek przez państwo, w fundamentalną zasadę prawa karnego. - tenże, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 18.

¹⁶ A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, s. 505-506.

¹⁷ Art. 11 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III) przyjęta i proklamowana w dniu 10 grudnia 1948 r.; art. 15 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. 1977, nr 38, poz. 167; art. 7 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2, Dz. U. 1993 nr 61, poz. 284; art. 22 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, Dz. U. 2003, nr 78, poz. 708; art. 49 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. U. UE 2012/C 326/02.

¹⁸ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, tj. Dz. U. 2016, poz. 2204 ze zm.

¹⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011, s. 254.

²⁰ Jednoznaczności, bezpieczeństwa i pewności prawa. - patrz też J. Marcinkowska, *Pojęcie utworu w świetle konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa*, [w:] P. Kostański i in. (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Treple*, Warszawa 2017, s. 294.

organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą"²¹. Rozstrzygnięcia organów stosujących prawo muszą być w związku z tym maksymalnie przewidywalne²². Dlatego można też stwierdzić, że omawiana zasada jest również "[...] wyrazem poszanowania godności ludzkiej przez władze publiczne"²³.

Choć Konstytucja z 1952 r.²⁴ w przeciwieństwie do Konstytucji z 1921 r.²⁵ i Konstytucji z 1935 r.²⁶ nie artykułowała zasady określoności bezpośrednio, to była ona pomieszczona w art. 1 kodeksu karnego z 1969 r.²⁷ (tak samo w kodeksie z 1932 r.²⁸). Wyeksponowanie omawianej zasady w ustawie zasadniczej jest jednak konieczne, gdyż dzięki temu tworzy się wzorzec do badania zgodności z nią aktów prawnych przez Trybunał Konstytucyjny²⁹.

Zasada określoności posiada dwóch adresatów – ustawodawcę oraz interpretatora, a ściślej mówiąc – stosującego przepisy prawa. Składa się ona bowiem z czterech podzasad: *nullum crimen sine lege scripta*, *nullum crimen sine lege certa*, *nullum crimen sine poenali anteriori*, *nullum crimen sine lege stricta*. Trzy pierwsze zasadniczo dedykowane są prawodawcy, a ostatnia stosującemu prawo³⁰. Z tych podzasad wypływa gwarancja dla człowieka, pozwalająca mu, jak trafnie zauważa A. Grześkowiak, "[...] bez obawy narażenia się na odpowiedzialność karną [...] czynić wszystko, co nie jest sprzeczne z normami prawa karnego, co nie jest zakazane w momencie

²¹ G. Koksanowicz, *Zasada określoności przepisów w procesie stanowienia prawa*, "Studia Iuridica Lublinensia" 2014, 22, s. 472.

²² Tamże, s. 473. Tym samym przewidywalne i obliczalne powinny stać się skutki prawne własnych zachowań obywateli. - R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 26.

²³ L. Bosek, *Prawo podstawowe do godności ludzkiej w Konstytucji RP*, [w:] P. Kardas i in. (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom I*, Warszawa 2012, s. 85.

²⁴ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy 22 lipca 1952 r., Dz. U. nr 33, poz. 232.

²⁵ Art. 98 ustawy z 17 marca 1921 r. - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. nr 44, poz. 267: „Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega. Sądy wyjątkowe są dopuszczalne tylko w wypadkach, oznaczonych ustawami, wydanymi przed popełnieniem czynu karygodnego. Ściganie obywatela i wymierzenie mu kary jest dopuszczalne tylko na zasadzie obowiązującej ustawy. Kary, połączone z udręczeniami fizycznymi, są niedozwolone i nikt takim karom podlegać nie może. Żadna ustawa nie może zamykać obywatelowi drogi sądowej, dla dochodzenia krzywdy i straty”.

²⁶ Art. 68 ust. 4 Ustawy Konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r., Dz. U. nr 30, poz. 277: „Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega, ani karany za czyn, niezabroniony przez prawo przed jego popełnieniem, ani też zatrzymany bez nakazu sądu dłużej niż czterdzieści osiem godzin”. R. Dębski zwraca uwagę na niefortunny zwrot "przez prawo" zamiast "przez ustawę". - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 12.

²⁷ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny, Dz. U. nr 13, poz. 94.

²⁸ Rozporządzenie Prezydenta RP z 11 lipca 1932 r., Dz. U. nr 60, poz. 571.

²⁹ A. Zoll, *Konstytucyjne...*, s. 255. Umieszczenie zasady *nullum crimen sine lege* w akcie prawnym, znajdującym się najwyżej w hierarchii, przydaje jej, jak zauważył W. Wolter, rangę przepisu podstawowego. - tenże, *Problemy prawa karnego w ramach Konstytucji kwietniowej*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny", z. 1, Poznań 1937, s. 52.

³⁰ Pierwsze trzy podzasady nie są jednak dedykowane wyłącznie ustawodawcy, co na przykładzie podzasady *nullum crimen sine lege scripta* będzie podlegało udowodnieniu. Zdaniem R. Dębskiego pomieszczenie zasady określoności w Konstytucji świadczy o jej adresowaniu do ustawodawcy, by odpowiednio określał znamiona typu czynu zabronionego i nie korzystał z retroakcji, zaś *nullum crimen sine lege* z art. 1 k.k. skierowana jest do sądu, aby ten nie pociągał od odpowiedzialności bez podstawy ustawowej i nie stosował analogii na niekorzyść sprawcy. - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 13. Autor wskazuje, że w nauce niemieckiej postulat *nullum crimen sine lege stricta* i *nullum crimen sine lege scripta* kierowane są do sędziego, zaś *nullum crimen sine lege praevia* oraz *nullum crimen sine lege certa* do ustawodawcy, zaś w piśmiennictwie polskim podkreśla się, że adresowanie do ustawodawcy nakaz maksymalnej określoności typów przestępstw wraz z typizacją wyłącznie w drodze ustawy. - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 20.

[...] zachowania"³¹. Każdy człowiek, podejmując określone zachowanie, chce poznać jego skutki, w tym wynikające z postanowień prawa³². Zasada określoności jest więc wyrazem funkcji gwarancyjnej prawa karnego, będąc jak zauważa A. Zoll, "[...] wielką kartą wolności tych, którzy przestępstw nie popełniają"³³.

Zasada określoności w najprostszym ujęciu oznacza, że nie ma przestępstwa i kary bez ustawy, dlatego też należy zgodzić się z A. Grześkowiak, że "[...] jedynym źródłem prawa karnego może być tylko ustawa, co wyłącza poza nawias źródeł zarówno zwyczaj, jak i orzecznictwo sądowe i doktrynę"³⁴. Powyższe zdanie wynika z podzasady *nullum crimen sine lege scripta*. Oznacza ona zakaz stosowania prawa zwyczajowego lub opartego na judykatach i poglądach doktryny³⁵. Skoro, jak już zostało wspomniane, tak zwanym kontratypom pozaustawowym zarzuca się brak egemplifikacji ustawowej, eo ipso względu na tematykę opracowania, to właśnie ta podzasada podlegać będzie dalszej analizie. Prowadzone rozważania dotyczyć będą rodzajów przepisów prawnokarnych, które muszą być określone w akcie rangi ustawowej, by uczynić zadość zasadzie określoności³⁶.

W związku z powyższym koniecznym staje się przedstawienie katalogu źródeł prawa karnego³⁷. W piśmiennictwie znaleźć można odmienne poglądy. Zdaniem pierwszej grupy autorów omawiana zasada zobowiązuje wyłącznie do typizacji czynu zabronionego (określenia ustawowych znamion) oraz określenia kary w drodze ustawy³⁸. Druga grupa zaś uważa, że w ustawie muszą być

³¹ A. Grześkowiak, *Nullum...*, s. 504. Istotę zasady *nullum crimen sine lege*, którą cytowana autorka oddała w jednym zdaniu warto rozwinąć o stwierdzenie, że te normy prawa karnego muszą być spisane w ustawie, sformułowane jak najbardziej precyzyjnym i niebudzącym wątpliwości językiem, niepodlegające wykładni rozszerzającej oraz stosowaniu per analogiam na niekorzyść sprawcy.

³² R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 26. Oznacza to, jak ujmuje L. Gardocki, że "najważniejszą funkcją zasady *nullum crimen sine lege* jest danie obywatelom możliwości zorientowania się, za jaki czyn grozi im odpowiedzialność karna". - idem, *Typowe zakłócenia funkcji zasady nullum crimen sine lege*, "Studia Iuridica", nr 10, Warszawa 1982, s. 45.

³³ A. Zoll, *Konstytucyjne...*, s. 241. Zupełnie odwrotnie, choć *de facto* o tej samej funkcji zasady określoności, związanej z umieszczaniem przepisów karnych w ustawie, pisze Z. Jędrzejewski: "Kodeks karny jest więc *magna charta* przestępcy, która chroni nie ogół, lecz występującą przeciwko ogółowi jednostkę i gwarantuje mu, że ukarany zostanie tylko na podstawie ustawowych przesłanek oraz tylko w granicach wyznaczonych przez ustawę. Ustawa karna stawia więc celowej działalności w zwalczaniu przestępczości granice, które w interesie indywidualnej wolności nie mogą zostać przekroczone". - tenże, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 93. Zdaniem A. Zolla funkcja gwarancyjna prawa karnego jest sformułowana bezpośrednio w art. 42 ust. 1 Konstytucji – przepisie, który zdaniem tegoż autora "[...] jednoznacznie wyraża podstawową zasadę gwarancyjną *nullum crimen sine lege poenali anteriori*." - tenże, *Konstytucyjne...*, s. 241. Tak samo brzmiący art. 1 k.k. również formułuje ową funkcję już nie na gruncie konstytucyjnym, ale ustawowym.

³⁴ A. Grześkowiak, *Nullum...*, s. 506.

³⁵ Tak Z. Jędrzejewski, konstatując, że "[...] prawo karne musi być prawem pisanym i zawartym w ustawie [...]". - tenże, *Nullum crimen sine lege i kontratypy a zasada jednności porządku prawnego (jednolitej bezprawności)*, "Ius Novum", nr 1, Warszawa 2011, s. 7.

³⁶ Autor celowo pomija inne kwestie związane z interpretacją zasady *nullum crimen sine lege scripta*, m.in. dotyczące dopuszczalności stanowienia przepisów prawa karnego w aktach podustawowych, konieczności należytej publikacji aktów prawnych, właściwego *vacatio legis*. Nie są one bowiem istotne w świetle przedmiotowych badań dotyczących problematyki "pozaustawowej kontratypizacji".

³⁷ W rozumieniu formalnym, czyli jako akty prawne i inne zdarzenia prawne, kształtujące treść norm prawa karnego. - patrz W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 93.

³⁸ Ustawy albo aktu prawa pisanego jej równorzędnego lub wyższego w hierarchii. A. Grześkowiak, *Nullum...*, s. 506; R. Dębski, *Zasada...*, s. 107. Autor ten nieco inaczej wypowiada się w późniejszej publikacji, twierdząc, że "[...] za

spisane nie tylko same typy oraz kary, ale wszystkie struktury normatywne prawa karnego (przesłanki odpowiedzialności karnej)³⁹. U niektórych autorów widać zaś pewną niekonsekwencję. Na przykład L. Gardocki pisze, że prawo karne musi być prawem spisanym w ustawie, a współczesne prawo zwyczajowe nie może być źródłem norm prawnokarnych⁴⁰. Przyznaje, że zwyczaj i normy obyczajowe mogą być tylko pomocne do interpretacji przepisów karnych⁴¹. Jednocześnie zaś wyróżnia on w podrozdziale zatytułowanym "Kontratypy" między innymi zwyczaj czy karcenie małoletnich jako pozaustawowe okoliczności uchylające przestępność czynu⁴². Niejednolitość, a wręcz całkowita sprzeczność poglądów w tym zakresie świadczy o rozbieżnym rozumieniu zasady *nullum crimen sine lege scripta*, co będzie rzutowało na stosunek poszczególnych przedstawicieli doktryny prawa karnego do problemu źródeł określoności kontratypów oraz występowania tak zwanych kontratypów pozaustawowych. Zagadnienie to zostanie przedstawione w dalszej części publikacji.

2. Tak zwane kontratypy pozaustawowe versus zasada określoności

Na bazie powyższych ustaleń, warto przedstawić poglądy przedstawicieli nauki, którzy zdecydowali odnieść się bezpośrednio do stosunku "kontratypów pozaustawowych" wobec zasady określoności. Ci, którzy tego nie zrobili, milcząco aprobują ich występowanie, nie widząc jednocześnie naruszenia przez ową instytucję omawianej w tej części artykułu zasady. Część autorów stoi zatem na stanowisku, że zasada *nullum crimen sine lege* statuuje wymóg zamkniętego

zasadne uznać należy wyprowadzanie z niej [zasady *nullum crimen sine lege* – MG] postulatu wyłączności ustawy w zakresie określania przestępstw i **przesłanek karalności** [wyróżnienie własne - MG] [...]" - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 29. Nieco dalej autor ów pisze odnośnie zasady określoności, że "w szczególności za wiążący należy uznać postulat wyłącznej właściwości ustawy w zakresie określania warunków **(pozytywnych)** [wyróżnienie własne – MG] odpowiedzialności karnej". - tenże, *Pozaustawowe...*, s. 34. Tym samym jest niekonsekwentny. Patrz także T. Bojarski, *Typizacja...*, s. 150; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lublin 2012 (reprint z 1932 r.), s. 49; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 39; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 68; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 37, 40; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 50-51; J. Giezek, *Podstawowe zasady prawa karnego*, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2017, s. 45; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 116-118. Autor ten dozwala stosowanie zwyczaju jako źródła rozstrzygnięć zapadających na korzyść sprawy. - tamże, s. 138. Por. ponadto Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 27.

³⁹ Ustawie albo akcie prawa spisanego jej równorzędnym lub wyższym w hierarchii. Np. I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki piszą, że jedynym i wyłącznym źródłem prawa karnego (czyli wszelkich struktur normatywnych) Polski Ludowej są ustawy. - ciż, *Prawo karne Polski Ludowej. Zarys wykładu części ogólnej*, Warszawa 1950, s. 60. Natomiast W. Wolter, K. Buchała uważają, że źródłem prawa karnego może być tylko ustawa albo akt jej równoważny, aczkolwiek czynią zastrzeżenie odnośnie zwyczaju, uważając, że może stanowić okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, gdyż ten katalog nie jest ustawowo zamknięty. - ciż, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część I. Część ogólna*, Kraków 1979, s. 13, 17. *Zdecydowanie za wyłącznością ustawy jako jedynego źródła prawa karnego opowiada się W. Świda*, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 59. *Patrz także T. Dukiet-Nagórska*, *Źródła prawa karnego, jego normy i ich wykładnia*, [w:] *taż (red.)*, *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 58, 60-61; A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 57; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 94, 99; R. Góral, *Kodeks karny*, Warszawa 2007, s. 12.

⁴⁰ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 15.

⁴¹ Tamże.

⁴² Tamże, s. 135, 138-140.

kręgu wyłącznie typów czynów zabronionych, nie tyczy się jednak kontratypów, dlatego dopuszczalny jest otwarty katalog kontratypów⁴³. Jakie argumenty przedstawiane są za tą tezą?

Przede wszystkim eksponowany jest fakt, że zasada określoności wymaga, ich zdaniem, wyłącznie określania ustawowych znamion przestępstwa, co nie oznacza, by czynić tak odnośnie znamion kontratypów, ponieważ te nie konstytuują pozytywnej odpowiedzialności karnej⁴⁴. Podnosi się ponadto argument z materialnego określenia przestępstwa według którego niedopuszczalne jest karanie za czyn wypełniający cechy typowości, który jednak nie posiada cechy społecznej szkodliwości, w sytuacji, gdy "[...] brak cechy społecznej szkodliwości nie znalazł wyrazu w jakimś kontratypie występującym w [...] zamkniętym kręgu"⁴⁵.

⁴³ W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, "Państwo i Prawo", nr 10, Warszawa 1963, s. 505: "Zasada ustawowego zamknięcia odnosi się jednak jedynie do typów, a nie do kontratypów, których krąg ustawowy może być węższy lub szerszy, jednak zawsze bez pretensji do wyczerpania pełnego zakresu". A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 7; W. Mąciór, *Negatywne znamiona istoty czynu*, "Państwo i Prawo", nr 5-6, Warszawa 1964, s. 863; W. Wolter, *Funkcja...*, s. 134; W. Wolter, K. Buchała, *Wykład...*, s. 161; I. Andrejew, *Polskie...*, s. 169-170; tenże, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 128; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, s. 203-204; A. Opar, *Filozoficzno-metodologiczne aspekty teorii negatywnych znamion czynu przestępnego*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych", z. 2, Kraków 2006, s. 13; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 346; Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 239-240; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo...*, s. 249 – autorzy zasadniczo opowiadają się za wyłącznie normatywną podstawą okoliczności wyłączających bezprawność, ale dopuszczają zwyczaj jako "ocenę znosząc negatywną ocenę postępowania". Patrz także J. Warylewski, *Prawo...*, s. 313; M. Mozgawa, *Okoliczności...*, s. 257.

⁴⁴ Tak W. Wolter, K. Buchała, *Wykład...*, s. 161; J. Warylewski, *Prawo...*, s. 313. Według W. Woltera, "zasada *nullum crimen sine lege poenali* zakazuje jedynie uznać jako czyn zabroniony taki czyn, który nie wykazuje ustawowych znamion czynu zabronionego, z czego naturalnie nie wynika, by ustawa musiała również «określać» te okoliczności, które spełniają tę samą funkcję, jaką wykonują ustawowe kontratypy; wystarczyć tu musi sam priorytet elementu merytorycznego w stosunku do elementu formalnego, jakim jest ustawowy zakaz". - tenże, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 164. Zdaniem cytowanego autora zakres kontratypów nie jest ustawowo zamknięty, a w Kodeksie karnym uregulowane są tylko "najbardziej reprezentatywne kontratypy". Według W. Woltera nie oznacza to, że "kontratyp pozaustawowy" jest "nieokreślony", a jedynie fakt, iż jest on nieokreślony w drodze ustawy. - tenże, *O kontratypach...*, s. 505. Autor dopuszcza też możliwość rozszerzenia kontratypów w drodze analogii, ponieważ jego zdaniem nie koliduje to z zasadą *nullum crimen sine lege*. - tamże, s. 506. Zaś według K. Buchały i A. Zolla, "ich funkcja ["kontratypów pozaustawowych" – MG], polegająca na wyłączeniu bezprawności zachowania realizującego wszystkie znamiona typu czynu zabronionego, nie wymaga z przyczyn gwarancyjnych ustawowej określoności, gdyż przyjęcie kontratypu prowadzi jedynie do wyłączenia, a nie do uzasadnienia odpowiedzialności karnej". - ciż, *Polskie...*, s. 203. Zdaniem A. Zolla, "nie bez racji podkreśla się jednak, że zasada *nullum crimen sine lege* pełni przede wszystkim funkcję gwarancyjną, chroniąc obywatela przed samowolą władzy sądowniczej i przede wszystkim samowolą władzy wykonawczej, nie pozwalając nikogo, kto nie popełnił czynu opisanego w ustawie jako zabronionego pod groźbą kary, pociągnąć do odpowiedzialności karnej jedynie na podstawie swobodnego uznania orzekającego sądu. Jako taka nie ma mieć ona zastosowania do wypadków, w których uznanie sędziowskie, nieoparte na wyraźnej wypowiedzi ustawodawcy, uwalnia sprawcę czynu opisanego przez ustawodawcę jako zabronionego pod groźbą kary od odpowiedzialności karnej. Trudno zaprzeczyć, że zasada *nullum crimen sine lege* nie odnosi się do wypadków pozaustawowych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną". - tenże, *"Pozaustawowe" okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, [w:] L. Leszczyński i in. (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 426. W innym miejscu ów autor pisze, że "zamknięcie katalogu kontratypów nie jest jednak uzasadnione względami gwarancyjnymi. Ich funkcja polegająca na wyłączeniu bezprawności zachowania realizującego znamiona ustawowej określoności czynu zabronionego nie wymaga z przyczyn gwarancyjnych opisu ustawowego, gdyż może prowadzić jedynie do wyłączenia, a nie uzasadnienia odpowiedzialności karnej". - tenże, *Okoliczności...*, s. 126.

⁴⁵ W. Wolter, *Funkcja...*, s. 134. W. Wolter twierdził, że istnienie "kontratypów pozaustawowych" unaocznia zwycięstwo materialnej treści przestępstwa nad formalizmem, który "[...] prowadziłby tu na zupełnie oczywiste manowce". - tenże, *O kontratypach...*, s. 505. Patrz ponadto M. Mozgawa, *Okoliczności...*, s. 257.

Zdecydowana mniejszość autorów uznaje, że instytucja "kontratypów pozaustawowych" narusza zasadę określoności⁴⁶. Zdaniem tej grupy przedstawicieli nauki, tylko ustawa może ustanawiać zarówno typy, jak i kontratypy, gdyż jako akt prawny "[...] poręcza bezpieczeństwo prawne, zapewnia równość wobec prawa, ochrania wolność"⁴⁷.

Najważniejszym argumentem przemawiającym za tezą, że "kontratypy pozaustawowe" naruszają zasadę *nullum crimen sine lege*, są słowa O. Sitarz, która uważa, iż "brak ustawowych granic okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną oznacza, że brak jest ustawowych granic bezprawia. To oznacza, że brak ustawowych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną może więc działać na niekorzyść oskarżonego i naruszać funkcję gwarancyjną prawa karnego sensu largo"⁴⁸. Skoro ustanowiony został przez ustrojodawcę wymóg umieszczania w ustawie karnej opisów abstrakcyjnych i zgeneralizowanych zabronionych zachowań, to powinien dotyczyć on w takim samym stopniu pomieszczania w niej również opisów abstrakcyjnych i zgeneralizowanych zachowań, będących okolicznościami usprawiedliwiającymi dokonanie tych czynów zabronionych (kontratypów)⁴⁹. Nie realizuje więc należycie funkcji gwarancyjnej prawa karnego postulat określenia wyłącznie pozytywnych przesłanek odpowiedzialności karnej i to zasadniczo zawężanych dodatkowo do opisu znamion typu. Pełną wiedzę dotyczącą tego, jakim czynem i w jakich warunkach popełnionym, można narazić się na ponoszenie odpowiedzialności karnej, daje pomieszczenie w ustawie karnej albo innym równorzędnym bądź wyższym akcie prawa zarówno pozytywnych, jak i negatywnych przesłanek owej odpowiedzialności⁵⁰. Mówiąc o przesłankach pozytywnych, trzeba mieć na względzie ich szerokie pojmowanie, obejmujące nie tylko ustawowy opis znamion (typizację), ale i wszystkie elementy normatywne wpływające na

⁴⁶ H. Rajzman, *Analogia...*, s. 47; A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo...*, s. 167; O. Sitarz, *Okoliczności...*, s. 172. A. Opar tezę W. Woltera, aprobującą otwarty i nienaruszający zasady *nullum crimen sine lege* katalog kontratypów, traktuje z wielką ostrożnością jako sformułowaną "[...] w innych warunkach ustrojowych, gdzie Konstytucja była tylko deklaracją polityczną i brak było konstytucyjnego sformułowania tejże zasady, jak i zasady państwa prawa". - *taż*, *Filozoficzne...*, s. 19.

⁴⁷ H. Rajzman, *Analogia...*, s. 47. Por. także A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo...*, s. 167; O. Sitarz, *Okoliczności...*, s. 172.

⁴⁸ O. Sitarz, *Okoliczności...*, s. 172; O. Sitarz, *Materialne prawo wykroczeń. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 88. Słowa autorki wskazują, że jest ona zwolenniczką poglądu o charakterze kontratypów jako wypowiedzi ograniczających zakres zastosowania normy sankcjonowanej.

⁴⁹ A. Zoll, *Problem okoliczności wyłączających bezprawność czynu w okresie politycznej zmiany systemu*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych", z. 1, Kraków 1997, s. 98; W. Wolter, *O kontratypach...*, s. 504.

⁵⁰ Przyjmuję tutaj gwarancyjną istotę w rozumieniu J. Wessela, obejmującą jego zdaniem, na co wskazuje R. Dębski, "[...] ogół warunków karalności, w tym również bezprawność i winę". - J. Wessel, *Strafrecht*, A. T., Heidelberg, 1987, s. 32 – cyt. za R. Dębski, *Pozauktawowe...*, s. 93. Jak słusznie zwraca uwagę autor, "[...] warunki ujęte w ustawie nie mogą być zmienione na niekorzyść sprawcy przez stosowanie analogii lub prawa zwyczajowego [...]". - *tamże*. Owa gwarancyjna istota nie powinna odnosić się tylko do zespołu znamion czynu jak u Wessela, ale do ogólnego modelu przestępstwa, jako prawnej konstrukcji, określającej przesłanki, warunkujące ponoszenie odpowiedzialności karnej. - patrz odnośnie definicji przestępstwa P. Zawiejski, *Pojęcie przestępstwa i podziały czynów zabronionych*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 79. Warto przytoczyć także słowa H. Rajzmana, który zauważa, że pomieszczenie kontratypów w Kodeksie karnym stanowi wyraz troski ustawodawcy "[...] o zachowanie wymagań praworządności w każdym kierunku, jednak dokładnych w stanowieniu *in malam, co in bonam partem*". - *tenże*, *Zagadnienie «kontratypów» w projekcie kodeksu karnego PRL*, "Państwo i Prawo" 1963, nr 3, s. 513.

możność pociągnięcia obywatela do odpowiedzialności karnej takie, jak statuujące formy stadialne, formy współdziałania przestępnego, odpowiedzialność za granicą. Negatywne przesłanki odpowiedzialności karnej (kontratypy, okoliczności wyłączające winę oraz okoliczności wyłączające karalność) również winny być pomieszczone w ustawie, ponieważ wyznaczają one zakres odpowiedzialności karnej, dopełniając ten pozytywny, wynikający z formalnego elementu bezprawności, którym jest ustawowa określoność typizacji. Osoba fizyczna będzie miała dopiero wtedy pewność, które zachowania może podejmować i w jakich sytuacjach, aby nie narazić się na odpowiedzialność karną, gdy należycie pozna między innymi okoliczności wtórnie legalizujące naruszenie zakazów przewidzianych przez prawo. Inaczej jej wiedza o tym, co jest zakazane, a co dozwolone będzie niepełna. Nawet wyodrębniający tak zwane kontratypy pozaustawowe L. Gardocki zauważa, że "[...] ich ujęcie [okoliczności wyłączających bezprawność – MG] ustawowe bądź pozaustawowe ma znaczenie z punktu widzenia określenia sfery penalizacji, co jest istotne z punktu widzenia gwarancyjnej funkcji prawa karnego"⁵¹.

Trafnie zwraca uwagę B. Kunicka-Michalska, że aby zasada *nullum crimen sine lege* należycie pełniła swoją gwarancyjną funkcję, przepisy prawa muszą być w sposób łatwy dostępne dla ogółu⁵². Obywatel musi posiadać możliwość zapoznania się z jasnymi, stałymi i spisnymi regułami dotyczącymi ponoszenia odpowiedzialności karnej. Naturalnie będzie miał dużo większą trudność z ustaleniem znamion "kontratypów pozaustawowych" niż przy ich rekonstrukcji na gruncie ustawy⁵³. Oznacza to, że wyłączanie bezprawności czynu na zasadzie tak zwanego kontratypu pozaustawowego, niewątpliwie osłabia i to znacząco funkcję gwarancyjną prawa karnego⁵⁴.

W związku z tym, co zostało napisane powyżej warto zwrócić uwagę, że funkcja gwarancyjna we współczesnym prawie karnym nie powinna odnosić się wyłącznie do oskarżonego, ale również do pokrzywdzonego, ażeby w należyтым i równym ze sprawcą stopniu zabezpieczać

⁵¹ L. Gardocki, *Pozaustawowe...*, s. 49.

⁵² B. Kunicka-Michalska, *Zasada nullum crimen, nulla poena sine lege w projekcie kodeksu karnego w świetle norm międzynarodowych*, [w:] S. Waltoś i in. (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 63.

⁵³ W. Wolter zauważył, że już samo zamieszczenie kontratypów w innej niż Kodeks karny ustawie, może utrudnić posługiwanie się przepisami w praktyce. - tenże, *O kontratypach...*, s. 505. Zaś J. Wyrembak słusznie twierdzi, że "niewątpliwie państwo ma prawo zakładać, że adresatowi uchwalonej ustawy znane są normy wynikające z jej prawidłowo ogłoszonego tekstu. Sądzę jednak, że adresat ma tak samo ważne prawo, by oczekiwać, że będzie mógł zrekonstruować wiążące go normy prawne na podstawie elementów tekstowych ustawy, bez uciekania się do badań stanowiska doktryny, analizy historyczno-prawnej, myślenia w kategoriach funkcjonalnych czy też studiów porównawczoprawnych. Wydaje się, że obrona tego prawa staje się szczególnie ważna wówczas, gdy przedmiotem analizy stają się normy wyznaczające granice kryminalizacji i idącej za nią represji karnoprawnej. [wyróżnienie całego fragmentu tekstu przez J. Wyrembaka – MG]. - tenże, *Zasadnicza wykładnia znamion ustawowych przestępstwa*, [w:] P. Winczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa, Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbytej w dniu 27 lutego 2004 r.*, Warszawa 2005, s. 308.

⁵⁴ Wskazał na to A. Zoll, *Materiałne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, [w:] S. Waltoś i in. (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 86. Autor użył określenia "funkcja ochronna", lecz niewątpliwie miał na myśli funkcję gwarancyjną w rozumieniu przyjętym przez niniejszą publikację.

jego interesy⁵⁵. Dlatego też należy całkowicie przyznać rację P. Zawiejskiemu, który podnosi, że "nie ma powodu, by wymagając ustawowej określoności typu (przede wszystkim w interesie oskarżonego), nie domagać się tego samego od kontratypu (przede wszystkim w interesie pokrzywdzonego)"⁵⁶.

Ponadto, na co zwraca uwagę R. Dębski, postulat *nullum crimen sine lege scripta* jest kierowany także w stronę sędziego, aby ten nie orzekał na podstawie prawa zwyczajowego⁵⁷. Oznacza to zakaz stosowania przez judykaturę instytucji prawnokarnych, nie mających swojego umocowania w akcie prawa spisanego. Źródłem wszystkim norm prawnokarnych winna więc być tylko i wyłącznie ustawa lub akt prawa pisanego równy bądź wyższy w hierarchii źródeł prawa, określonych w art. 87 Konstytucji. Kontratypy zezwalają przecież na naruszanie dóbr chronionych prawem, dlatego też, jak zauważa A. Zoll, powinny zostać ograniczone do niezbędnych wypadków⁵⁸. Przypadki te powinien konstruować wyłącznie ustawodawca, oceniając poświęcenie których dóbr jest w danym momencie społecznie opłacalne. W żadnym wypadku prawa do tego nie można pozostawiać judykaturze⁵⁹.

3. Słowem zakończenia

Rekapitulując, należy przyznać, że określenie przesłanek pozytywnych, jak i negatywnych odpowiedzialności karnej winno stanowić wyłączną domenę ustawy, a instytucja "kontratypów pozaustawowych" narusza zasadę *nullum crimen sine lege*. Pozostawienie możliwości kreacji okoliczności wyłączających bezprawność w rękach doktryny oraz przede wszystkim orzecznictwa jest nie do pogodzenia z funkcją gwarancyjną, którą powinno realizować prawo karne w demokratycznym państwie prawa. Zarówno sprawca, jak i pokrzywdzony winni dokładnie wiedzieć, kiedy czyn naruszający normę sankcjonowaną nie jest bezprawny, a więc znać znamiona kontratypów. Najlepszą tego gwarancję daje ich pomieszczenie w ustawie.

Kontratyp winien być zatem, na co zwraca uwagę A. Zoll, "[...] opisany w dwóch przepisach; w przepisie określającym sytuację wyjątkową, uzasadniającą zezwolenie na naruszenie dobra stanowiącego wartość społeczną, oraz w przepisie typizującym zachowanie naruszające

⁵⁵ P. Zawiejski, *Przestępstwo działania na szkodę spółki (art. 585 Ksh)*, Katowice 2011, s. 212, materiał niepublikowany, znajduje się w Bibliotece Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

⁵⁶ Tamże.

⁵⁷ R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 30.

⁵⁸ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 113.

⁵⁹ Bardzo trafnie skonstatował to H. Rajzman, pytając "[...] kto i gdzie przekazał nauce uprawnienia do «kontratypizowania», do arbitralnego stanowienia norm, wiążących obywatela, przekreślających bezprawność krzywdzącego go czynu, uznaną w ustawie, która czyn ten opisuje jako przestępstwo pewnego typu". - tenże, *Analogia...*, s. 47.

wartość społeczną"⁶⁰. W przepisach, czyli stanowiących samodzielną całość redakcyjną fragmentach ustawy, opublikowanej w Dzienniku Ustaw, a nie w normach interpretowanych z innych niż prawo spisane źródła⁶¹.

⁶⁰ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 75.

⁶¹ Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, "Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny", nr 1, Poznań 1960, s. 105; tenże, *Teoria prawa*, Warszawa-Poznań 1978, s. 31.

Tak zwane kontratypy pozaustawowe a zasada określoności w prawie karnym

Michał Grudecki

O autorze

Michał Grudecki - doktorant stacjonarny II roku w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii WPiA UŚ; uczestnik licznych ogólnopolskich konferencji prawniczych oraz interdyscyplinarnych; autor wielu publikacji z zakresu szeroko rozumianego prawa karnego materialnego; laureat Nagrody im. prof. Oktawii Górniok za wybitną pracę magisterską z zakresu prawa karnego materialnego obronioną w UŚ w roku akademickim 2015/2016.

Zainteresowania naukowe: szeroko rozumiane prawo karne materialne, struktura przestępstwa (zwłaszcza bezprawność, społeczna szkodliwość), przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu.

Streszczenie

W niniejszym przedłożeniu Autor porusza problematykę tak zwanych kontratypów pozaustawowych z perspektywy zasady *nullum crimen sine lege*. Na początku przedstawieniu podlega historia oraz charakterystyka tej zasady. Głównym zadaniem badawczym opracowania jest dokonanie oceny zgodności tak zwanych pozaustawowych kontratypów z zasadą *nullum crimen sine lege*. Zagadnienie to zrodziło liczne rozbieżności w piśmiennictwie. Autor dokonuje tej oceny w oparciu o przepisy prawa polskiego oraz zagranicznego ze szczególnym uwzględnieniem funkcji, które ma do spełnienia prawo karne w demokratycznym państwie prawa.

Słowa kluczowe

prawo karne, tak zwane kontratypy pozaustawowe, zasada *nullum crimen sine lege*, funkcja gwarancyjna

So called non statutory countertypes from the principle of determinacy perspective

Michał Grudecki

Summary

In the paper the Author describes issue of so-called non statutory justifications from the *nullum crimen sine lege* principle perspective. Firstly, the history and characterisation of this principle is presented. The main research aim of this study is to make an assessment of coherency between so-called non statutory justifications and the *nullum crimen sine lege* principle. That problem has caused many discrepancies in the literature. The Author makes this assessment using Polish and international law with special considerations on the criminal law function in the democratic state of law.

Key words

criminal law, so-called non statutory justifications, principle *nullum crimen sine lege*, guarantee function