

Z Katedry Prawa Karnego UMCS
Kierownik: doc. dr Henryk Rajzman

Henryk RAJZMAN

Analógia *in bonam partem* i zasada legalizmu w prawie karnym

Аналогия *in bonam partem* и принцип легализма в уголовном праве

Analogue *in bonam partem* et principe de légalité dans le droit pénal

Niniejsze rozważania wiążą się bezpośrednio z pracami nad nowym polskim kodeksem karnym. Zagadnienie wzajemnego stosunku szeroko pojmowanej analogii na korzyść sprawcy i wymagań legalizmu w prawie karnym należy w tych pracach do najbardziej istotnych. Te dwa problemy były też poruszane w ostatniej dyskusji nad projektem k. k. PRL w wersji z r. 1963; centralne miejsce przypadło oczywiście kwestii ustawowych i pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność czynu, tj. „kontratypów” w nomenklaturze przyjętej za W. Wolterem, a nadto — kwestii błędu.¹ Swoje doniosłe znaczenie problemy te ujawniają zresztą i w bieżącej praktyce, opartej o dzisiejszy system norm prawa karnego. Jednak, jak dotąd, mało jest prac na ich temat.

Prawo karne, przyjmujące zasadę *nullum crimen sine lege*, niewątpliwie wychodzi z założenia, że opisany w ustawie czyn, zabroniony przez nią pod groźbą kary, godzi w tę lub inną sferę interesu społecznego. Współczesna nauka prawa karnego uwzględnia powszechnie ma-

¹ H. Rajzman: Zagadnienie „kontratypów” w projekcie kodeksu karnego PRL, „Państwo i Prawo”, 1963, z. 3, ss. 512—517; J. Smoleński: Problematyka materialnej istoty przestępstwa w projekcie k. k., „Państwo i Prawo”, 1963, z. 8—9, ss. 324—329; M. Cieślak: Nieświadomość prawno-społecznej charakterystyki czynu w ujęciu projektu kodeksu karnego, „Państwo i Prawo”, 1963, z. 7, ss. 108—115; W. Wolter: O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu, „Państwo i Prawo”, 1963, z. 10, ss. 502—511; M. Cieślak: Faktory przestępczości czynu w związku z projektem k. k. z 1963 r., „Wojskowy Przegl. Praw.”, 1963, ss. 264—274.

terialną treść przestępstwa², nie zadowolając się stwierdzeniem, że stanowi ono czyn sprzeczny z zakazem lub nakazem ustawy karnej; rozbieżność istnieje tylko w rozumieniu podłoża tej materialnej treści i rozmaicie są przedstawiane jej konsekwencje. Ustawa określa czyn przestępny w sposób ramowy, podając jego kontury i oznaczając poszczególne typy przestępstw. Lista tak określonych czynów przestępnych w kodeksach karnych, zachowujących wierność zasadzie *nullum crimen*, jest bez żadnej luki zamknięta. Jakakolwiek próba uzupełnienia tej listy przez sędziego, szczególnie drogą analogii *in malam partem*, ściąga na siebie zarzut oczywistego łamania prawa.

Komplikuje się natomiast sprawa wówczas, gdy postawi się pytanie, czy i w jakich okolicznościach sędziemu wolno postąpić odwrotnie — odmówić czynowi waloru przestępstwa, jeżeli w konkretnym wypadku wprawdzie wypełnia on całkowicie ramy ustawowego opisu, ale ujawnia brak koniecznej przesłanki przestępstwa — ujemnego oddziaływania na układ społecznych wartości. Wydaje się, że rozstrzyga ustawa, która typizując czyny obejmuje zakresem danego typu każdy bez reszty postęp ludzki sprzeczny z zakazem lub nakazem właściwej typizującej normy. Teza, że czyn nie jest przestępny, jeżeli w sytuacji faktycznej, w której sprawca dopuścił się konkretnego działania, czyn ten nie ujawnia cech ujemnego oddziaływania na stosunki społeczne, musiałaby legitymować się odpowiednim stanowieniem w tym przedmiocie wyjątkowej normy ustawy. Normy wyjątkowe zaś szczególnie nie nadają się do zabiegu analogii; wyjątki łatwo tracą wówczas tę swoją naturę, przegradzając się w powszechnie stosowaną regułę.³

W kodeksie karnym 1932 r. taki wyjątkowy charakter względem zakazów lub nakazów wyrażonych w normach, które określają typy przestępstw, mają przepisy o działaniu w obronie koniecznej (art. 21 k.k.) i w stanie wyższej konieczności (art. 22 k.k.).⁴ Nikt nie zaprzeczy, że biorą one w rachubę jedynie wąski odcinek rozległego obszaru możliwych sytuacji, w których poczucie społecznej słuszności nakazywałoby odrzucić przestępność czynu, uznanego w literze prawa za przestępstwo.

² M. in. już R. Frank: *Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches*, Tybinga 1926, s. 7.

³ Por. O. Joffe i M. Szargorodski: *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1963, s. 143. Art. 14 uwag ogólnych do k.k. włoskiego 1930 r. wprost zabrania stosowania wyjątków, oczywiście poza wypadkami, do których one się odnoszą. O rozbieżnościach w nauce włoskiej co do tego, czy przepis ten zakazuje również analogii *in bonam partem* patrz M. Boscarelli: *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, s. 102, szczególnie przypis 50.

⁴ Do takich wyjątków od reguły W. Stree (*In dubio pro reo*, Tybinga 1962, s. 25) zalicza przykładowo niepoczytalność sprawcy, obronę konieczną i działanie w błędzie.

Wystarczającego przykładu dostarcza aprobowana przez wszystkich i stosowana w praktyce „pozaustawowo”, wybiegająca poza krąg kodeksowych okoliczności wyłączających bezprawność („kontratypów”), instytucja zgody (zezwolenia) pokrzywdzonego (uprawnionego). Wciąż jednak chodzi o podstawę prawną takiego przestąpienia linii zamykającej ustawowe, katalogowe wyliczenie „kontratypów” w kodeksie karnym. Inaczej w systemie prawnym anglosaskim, w którym „sędzia tworzy prawo” (*judge made law*).

Obowiązek dociekań wspomnianej podstawy narzuca się szczególnie w demokracji socjalistycznej. Stawia ona dezyderat praworządności na czele swoich ustrojowych założeń (art. 3 Konstytucji). Daje też „najlepsze możliwości urzeczywistnienia idei praworządności”⁵. Praworządność ta musi być jednakowa dla wszystkich obywateli.

Zasada *nullum crimen sine lege* udziela gwarancji, że odpowiedzialność karna grozi tylko za czyn zabroniony w ustawie pod sankcją kary. Nie można jednak zgoła pomijać, że pokrzywdzonemu należy się od prawa karnego stosowna ochrona. Tolerancja tego prawa, wykazywana względem sprawcy, wszelkie jego *privilegia* dla oskarżonego ścieśniają w zakresie istotnych dóbr sferę praw obywatela pokrzywdzonego czynem tego sprawcy, ograniczają wydatnie podstawową funkcję prawa karnego, funkcję ochronną. Widać to jaskrawo w koncepcji działania w ramach „dopuszczalnego ryzyka” („dozwolonego” lub „umiarkowanego”), która zdobywa uznanie doktryny. Wprowadzenie tego „kontratypu” do praktyki bez upoważnienia ustawy, która by z należyłą dokładnością zakreślała jego granice, grozi eksperymentowaniem nawet cudzym życiem, choćby nie zachodziły warunki stanu wyższej konieczności. W razie posłużenia się analogią starczyłoby zaledwie pewne podobieństwo do tego stanu. Ponieważ działania w okolicznościach „kontratypu” nie uważa się za bezprawne, dotkniętemu lub bezpośrednio zagrożonemu tym działaniem nie przysługiwałaby obrona konieczna. Trafne są w zasadzie spostrzeżenia W. Woltera, że „kontratypy” rodzą się z potrzeb społecznych, a co najmniej z uświadomienia sobie tych potrzeb i że wynikają one z całej dynamiki życia społecznego. Autor ten gotów jednak przyjąć możliwość rozbudowy „kontratypów” pozaustawowych „drogą analogii w stosunku do sytuacji podobnych”, dopuszczalnej, skoro nie koliduje z zasadą *nullum crimen sine lege*.⁶ Z takim właśnie stanowiskiem można polemizować.

W nauce trudno znaleźć stanowczą odpowiedź, jaka jest wzajemna

⁵ A. Burda: *Praworządność jako element demokracji*, Ann. Univ. Mariae Curie-Skłodowska, sectio G, vol. X (1963), 5, Lublin 1964, s. 230.

⁶ Pcr. W. Wolter: *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 133.

relacja analogii i wykładni. W podręczniku swoim z r. 1947 W. Wolter stwierdza, że analogia „jest prawniczą regułą wykładni dla wypełnienia luk w ustawie”, jest „ostatecznym chwytem wykładni” w obu swych postaciach jako analogia z ustawy (*analogia legis*) i analogia z prawa (*analogia iuris*).⁷ Za postać wykładni uważają analogię również inni autorzy.⁸ Byłaby to wykładnia rozszerzająca, co nasuwa zastrzeżenia, gdy chodzi o wyjątki, za które w systemie prawa karnego stypizowa-

⁷ W. Wolter: *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 22.

⁸ A. Keller (*Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, Winterthur 1960) zalicza do wykładni lub egzegezy tę czynność umysłu, która w sposób naukowy usuwa niedoskonałość (*Unvollkommenheit*) tekstu; rodzajem tego usunięcia jest wypełnianie luk (*Lückenerfüllung*), wśród nich luki *intra legem* i *contra legem* lub *praeter legem*. G. Roncagli (*Analogia e consuetudine in generale e nel diritto penale*, Mediolan 1949, s. 25) wywodzi o *analogia creativa* i *analogia interpretativa*. H. Welzel (*Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1958, s. 21) pisze o *ausdehnende Auslegung* i o *gesetzeserweiternde Analogie*; zdaniem H. Welzela granice pomiędzy wykładnią rozszerzającą a analogią „mogą być płynne”. Na trudności rozgraniczenia wykładni rozszerzającej i analogii wskazywał zresztą Wolter (*Prawo karne*, s. 24). A. Meier-Hayoz (*Der Richter als Gesetzgeber*, Zurych 1951, s. 60) rozróżnia formalne i materialne luki ustawy, pierwsze, kiedy tekst ustawy milczy, drugie, kiedy interpretacja normy nie udziela żadnej odpowiedzi. S. Mahsouf: *La force obligatoire de la loi pénale pour le juge*, Lozanna 1952, s. 75, pisze, że w odróżnieniu od wykładni literalnej lub teleologicznej, analogia wykracza poza ramy ustawy i poza wolę ustawodawcy („*dépasse la volonté du législateur*”). Podług E. Waśkowskiego (*Teoria wykładni prawa cywilnego*, „Palestra”, 1934, ss. 680, 681) analogia wyraźnie różni się od wykładni rozszerzającej „przez swój charakter i znaczenie: podczas gdy interpretacja rozszerzająca, po wykryciu rzeczywistej myśli ustawodawcy, rozszerza odpowiednio do niej sens słowny normy, analogia sięga dalej i stosuje normę do wypadków, których nie obejmuje rzeczywista myśl ustawodawcy.” Autor przyłącza się nadto do zapatrywania, że z każdej normy, a więc i do wyjątków z zasad ogólnych, „może być wyciągnięty wniosek przez analogię”, jeżeli „istnieją konieczne do tego warunki logiczne i nie jest to bezpośrednio zakazane przez samego ustawodawcę w tym lub innym wypadku.” J. Makarewicz (*Prawo karne*, Lwów 1924, s. 51) nazywa stosowanie analogii „jedną z metod egzegezy”, a miejsce dla analogii widzi „tam tylko, gdzie ustawa milczy, a jednak sędzia musi jakieś rozwiązanie znaleźć”. W literaturze prawa karnego przeciwstawianie sobie wykładni i analogii zwalcza W. Sax: *Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953 (według G. Grünwalda: *Bedeutung und Begründung des Satzes 'nulla poena sine lege'*, „Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft”, 1964, nr 1, s. 3). W ramach problematyki wykładni ustawy karnej omawia zagadnienie analogii H. Donnedieu de Vabres: *Traité de droit criminel*, Paryż 1947, s. 54. J. Wróblewski (*Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 299) wskazuje na głosy kwestionujące pojęcie „luki w prawie”, zwracając w ogóle uwagę co do analogii, że jej „charakter logiczny i prawny budzi wiele sporów”. Gdzie indziej J. Wróblewski (*Interpretatio secundum, praeter et contra legem*, „Państwo i Prawo”, 1961, z. 4—5, ss. 615—627) zwraca uwagę na wieloznaczność terminu „luka”, gdy chodzi o prawo

nego trzeba by uważać „kontratyp”.⁹ Poza tym wykładnia dotyczy normy ustawy; prawo niepisane nie może być przedmiotem wykładni.¹⁰ Nie sposób więc zgodzić się w żadnym razie na stosowanie analogii w obrębie „kontratypów” pozaustawowych, tj. nie wprowadzonych do kodeksu.

Tworzenie takich nowych „kontratypów” mogłoby następować przy pomocy analogii wyłącznie przez jej odniesienie do skatalogowanych już w kodeksie. Nasuwa się wtedy od razu pytanie, jakie to ma być podobieństwo. Na gruncie k.k. 1932 r. wypadłoby je zawsze relacjonować do stanu wyższej konieczności, której obrona konieczna stanowi szczególny wycinek. Ale kłopotliwe będzie niekiedy usiłowanie znalezienia bliskości pomiędzy zgodą uprawnionego a stanem wyższej konieczności. Ta zgoda może być udzielona w okolicznościach jak najdalszych od stanu tej lub innej konieczności, tego lub innego ograniczenia swobody woli osób działających; „pokrzywdzony” może wprost życzyć sobie, prosić, żądać spełnienia aktu sprzecznego z treścią typu przestępstwa, a stosujący się do tak wyrażonej woli „pokrzywdzonego” z własną satysfakcją to uczyni.

Prawda, że u podstawy wszystkich „kontratypów” leży jakaś kolizja wartości¹¹ i że analogią zwykliśmy na ogół nazywać podobieństwo chociażby niezupełne, pod jakimś tylko względem, niemniej nauka zna również tezę o potrzebie ścisłego rozróżnienia trzech terminów: tożsamości, podobieństwa, analogii.¹² Pragnący uciec się do analogii zmuszony jest naprzód ustalić, czy istnieje podobieństwo między dwoma

(s. 619, przypis). Zdaniem J. Gregorowicza (*Zarys logiki dla prawników*, Warszawa 1962, s. 169): „Rozumowanie przez analogię ma niewielką wartość uzasadniająca.” O teorii, która nie uznaje luk w prawie, zwanej teorią „logicznej zwartości prawa” patrz bliżej u M. Honzatki: *Istota luki w prawie*, „Przegląd Prawa i Administracji”, 1929, s. 151. Według M. Honzatki, kwestia, czy w ustawie istnieje luka, stanowi zagadnienie teleologiczno-normatywne, a nie formalno-logiczne; samo milczenie ustawy nie zawsze przedstawia się jako luka (s. 288).

Wydaje się, że nadał się aktualne dawne słowa W. Biegańskiego (*Wnioskowanie z analogii*, Lwów 1909, s. 4): „Pomimo wielkiego znaczenia, jakie ma wnioskowanie z analogii w badaniu i dowodzeniu naukowym, sprawa ta w logice należy do najmniej opracowanych.”

⁹ P. Noll (*Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe insbesondere die Einwilligung des Verletzten*, Bazylea 1955, s. 13) pisze na temat „kontratypów” „[...] steht der Rechtfertigungsgrund zum Tatbestand in gleichem Verhältniss wie Ausnahme und Regel.”

¹⁰ Meier-Hayoz: *op. cit.*, s. 49.

¹¹ Por. P. Noll: *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung*, „Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht”, 1964, z. 2, s. 160. Por. też Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 133.

¹² Biegański: *op. cit.*, s. 44.

zjawiskami w dziedzinie faktów. Aczkolwiek nie spotyka się nigdy dwóch wypadków w pełni identycznych, odznaczających się zgodnością wszystkich cech, niemniej w przyrodzie, a także w świecie ludzkich działań, nie ma zdarzenia, które by nie ujawniało pewnych podobieństw do innych; każdy wypadek nosi jakieś cechy charakteru ogólnego i te cechy mogą tworzyć rozmaite kategorie. Ciężar gatunkowy naruszenia lub zagrożenia dobra chronionego przez państwo środkami karnymi jest przecież jednak tak duży, że powiązania z odległym nawet podobieństwem wymagają wysokiego stopnia ostrożności w ocenie.

Tylko analogia *intra legem*, mieszcząca się w ogólnym zarysie ustawy, nie spotyka się z zastrzeżeniami. Analogia *praeter legem*, dokonywana na marginesie ustawy i analogia *contra legem*, przyjmująca rozwiązania sprzeczne z ustawą, podlega kwestionowaniu. W przeciwieństwie do analogii z ustawy (*legis*, w niem. nauce — *Gesetzanalogie* lub *Normanalogie*) dla analogii z prawa (*iuris*, w niem. nauce — *Rechtsanalogie*) nie wystarcza porównanie tekstów ustawy; wydobywa ona nowe dyspozycje z całokształtu ustawodawstwa, z jego fundamentalnych idei i z jego „ducha”; w tym znaczeniu analogia *iuris* przedstawia się jako analogia *extra legem*. W tak widzianym zespole analogia *intra legem* pozostaje środkiem interpretacji; analogia *pro reo*, *in favorem rei*, *in bonam partem* stanowi jej szczególną domenę w ustawodawstwie karnym.¹³ Łatwo dostrzec, że wyznawcy tezy o dopuszczalności rozszerzania drogą analogii listy „kontratypów” stoją na niepewnym gruncie analogii *praeter legem*.¹⁴

Należy zgodzić się z W. Sauerem, że niektóre „kontratypy” znajdują się w ustawach poza kodeksem karnym, np. w kodeksie cywilnym, nie podobna jednak podzielić zapatrywania tego autora, że inne, dalsze zostawiono nauce („*werden der Wissenschaft überlassen*”).¹⁵ Przytoczo-

¹³ Por. Biegański: *op. cit.*, ss. 36, 43 oraz Mahsoud: *op. cit.* i cyt. przez niego autorowie na ss. 76, 77, 99, 102. Co do różnic pomiędzy analogią *legis* i analogią *iuris* patrz także J. Korgel: *Der Unterscheid zwischen Gesetzanalogie und Rechtsanalogie*, Wrocław 1938, ss. 3, 8, 15. A. Maurach (*Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, Karlsruhe 1954, s. 82) opowiada się za dopuszczalnością *Gesetzanalogie* w zakresie części ogólnej kodeksu karnego również *in malam partem*. Boscarelli (*op. cit.*, s. 40) stwierdza: „*Nè vale a fondere la distinzione tra analogia legis e iuris.*”

¹⁴ V. Schwander (*Das schweizerische Strafgesetzbuch*, wyd. 2, Zürich 1964, s. 60) akceptując wszelką rozszerzającą wykładnię *intra legem*, skoro znajduje ona pokrycie w prawie pisanym (szczególnie, jeżeli tekst pozwala na dwojakie rozumienie), wskazuje na aktualne bezsporne stanowisko, że droga do „*freie Rechtsfindung praeter legem mit Einschluss der Analogie*” jest zakazana.

¹⁵ W. Sauer: *Allgemeine Strafrechtslehre*, wyd. 3, Berlin 1955, s. 53. Podług H. Woessnera (*Gesamterneuerung oder Einzelgesetzgebung in der Grossen Straf-*

nemu zdaniu brak informacji, kto i gdzie przekazał nauce uprawnienia do „kontrtypizowania”, do arbitralnego stanowienia norm, wiążących obywatela, przekreślających bezprawność krzywdzącego go czynu, uznana w ustawie, która czyn ten opisuje jako przestępstwo pewnego typu.

Tylko ustawa poręcza bezpieczeństwo prawne, zapewnia równość wobec prawa, ochrania wolność.¹³ Ona może ustanawiać zarówno „typy” przestępstwa, jak i „kontratypy”. Wolno jej typizować więcej lub mniej syntetycznie, pozostawiać w typie przestępstwa więcej lub mniej normatywnej otwartej przestrzeni (w niem. tzw. *offene Tatbestände*)¹⁷, ale wypełnienie tego wolnego miejsca przez sędziego odbywa się zawsze *intra legem*, nie posuwając się do stanowienia w rzeczywistości nowych norm.

Uwagi te nie oznaczają wołania o skatalogowanie w ustawie wszystkich „kontratypów” spotykanych w nauce i orzecznictwie. Mają one przemawiać natomiast za legalizmem tego, co by sędzia robił, gdy znajdzie okoliczności wyłączające bezprawność czynu, lecz nie stypizowane w ustawie. Legalizm polegałby na uprawnieniu sędziego do takiego pozaustawowego ustalania tych okoliczności w odpowiednich wypadkach; uprawnieniu rzeczywistym, przyznanym w ustawie.

Jurisprudencja doprowadziła i prowadzi nadal do wysoce kazuistycznej rozbudowy „kontratypów”. Nie zdołała przy tym zbudować ogólnego systemu „kontratypów”¹⁸, mimo starań nie znalazła dla nich wspólnego mianownika. Jak pisze W. Wolter¹⁹, zabrakło „[...] elementu typowości w postaci jakiejś takiej charakterystyki, która by nie była prostym odwołaniem się do naczelnej dyrektywy społecznego wartościowania”. Skonstruowanie globalnej i elastycznej formuły okoliczności wyłączających bezprawność czynu, zaspokajającej potrzeby prawa karnego

rechtsreform, „Neue Juristische Wochenschrift”, 1965, z. 10, s. 420) sędzia nie tylko odkrywa prawa, ale je wynajduje („*das Recht nicht nur findet, sondern auch noch erfindet*”); gorszyć winno wtedy jednak nie „wymyślenie” prawa, lecz czynienie tego bez wyraźnego upoważnienia ustawy.

¹⁶ T. Rittler, cyt. za S. Glaserem: *Wolne prawo*, „Głos Sądownictwa”, 1933, nr 1, s. 24.

¹⁷ Por. A. Hoefliger: *Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat*, „Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft”, 1964, nr 1, s. 38, gdzie przytoczono zdanie K. Stoosa: „*Die Wissenschaft lehre und bilde, aber sie gebiete nicht.*” O „otwartych zestawach przestępstwa” patrz rozprawę C. Roxina: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1959. H. Welzel (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Getynga 1961, s. 16) podkreśla, że takie *offene* lub *ergänzungsbedürftige Tatbestände* spotykamy nade wszystko w przestępstwach nieumyślnych i z zaniechania.

¹⁸ Sauer: *op. cit.*, s. 60.

¹⁹ Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 132.

dnia dzisiejszego, wydaje się M. Lopesowi-Rey (ekspertowi Organ. Nar. Zjedn. w zakresie polityki kryminalnej) osiągalne; mniemanie, że taka formuła udzielałaby słabszych gwarancji prawnych aniżeli system katalogu, jest zawodne, ponieważ gwarancje spoczywają nie w enumeracji wypadków, lecz w tych, którzy są powołani do stosowania prawa karnego i czynienia zadość potrzebom penalnym; autor nadmieniał, że coraz szybsze przemiany współczesnego świata zmuszałyby do ciągłego uzupełniania katalogu, który w tych warunkach nigdy nie byłby kompletny.²⁰

Zamiast wciąż „kontrypizować”, „katalogować”, ustawiać „kontratypy” i dostawiać do ustawowych „pozaustawowe”, bez widoków, aby ta klockowa architektura dostarczyła na czas należycie długi scementowanej budowli jakiegoś użytecznego systemu, wypada zwyczajnie przestrzegać postanowień ustawy co do przywilejów lub powinności, a więc i co do wszelkiego „prawa koniecznościowego”, jakiego udzielać by miały poszczególne, może wymyślne „kontratypy”.²¹

Najogólniej biorąc, teren zajęty dzisiaj przez owe „kontratypy” należy w zasadzie do materialnej definicji przestępstwa. To lub inne rozumienie przez doktrynę materialnej istoty przestępstwa prowadzi w końcu do stwierdzenia, że chodzi o społeczną szkodliwość czynu, tylko widzianą w rozmaitych odcieniach.²² Brak w kodeksie karnym odpowiedniego sposobu i wyraźnego wskazania na ten przymiot czynu, konieczny do jego bytu jako przestępstwa, jest podstawowym grzechem, ciężącym na burżuazyjnym prawie karnym, szczególnie na tym, którego twórcy zadowolają się formalną definicją przestępstwa, wychodząc z pozycji tzw. pozytywizmu prawnego.²³ Wystarczającym sposobem wyrażenia

²⁰ M. Lopez-Rey: *Les exigences pénales d'aujourd'hui et la politique criminelle contemporaine*, „Revue internationale de criminologie et de police technique”, 1962, z. 4, s. 256.

²¹ Można by do tego odnieść słowa P. Nolla (*Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe...*, s. 16) o spadku w pozytywizmie prawniczym, którego metody tworzenia przez indukcję z nieograniczonej liczby określeń pojęć nadrzędnych pozwalały znowu drogą dedukcji wyciągać coraz to nowe rzeczy, jak czarodziej z pustego kapelusza. Do tej kategorii zjawisk należałoby zaliczyć koncepcję „pozaustawowego stanu wyższej konieczności” (*übergesetzlicher Notstand*), gdyby ją chciał przeszczerzyć na grunt naszej praktyki, stosującej naszą *lex lata* (tak — Glaser: *op. cit.*, s. 24).

²² Por. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 132.

²³ Niezrozumienie, że zakres pojęcia „społeczna szkodliwość” rozciąga się i na wartości ideowe ludzkości, wykazuje twierdzenie P. Nolla (*Übergesetzliche...*, s. 28), iż w katastrofach ratuje się najpierw, prócz kobiet, dzieci i starców, zamiast bardziej użytecznych mężczyzn, to zaś jest wysoce szkodliwe społecznie. Podpisany „S. V.”, autor uwag o projekcie *Model Penal Code* St. Zjedn. A. Pn. z r. 1962

kodeksowej dyrektywy może być proste uzupełnienie tej formalnej definicji wzmianką, iż nie jest przestępstwem czyn, który wykazuje ledwie znikomą dozę społecznej szkodliwości; z takiego sformułowania wynika *a fortiori*, że brak jakiegokolwiek społecznej szkodliwości konkretnego czynu wyłącza jego zdolność do stania się przestępstwem.²⁴

Rzecz prosta, od razu wytoczony będzie zarzut, że wówczas dopiero, wskutek pozostawienia zgoła otwartego pola dla rozbieżnych ocen czynu, ujętego w postać typu przestępstwa, mielibyśmy stan sprzeczny z wymaganiami praworządności. Zarzut aż nadto słuszny, gdyby prawo przestało na owej klauzuli społecznej szkodliwości czynu pretendującego do nazwy przestępstwa, gdyby nie dać żadnego ustawowego oznaczenia ram pojęciu tej szkodliwości i gdyby ustawodawstwo karne nie było jedną tylko gałęzią ogólnego systemu obowiązującego prawa. System ten przedstawia się jako zwarta całość określonego porządku prawnego. Nic, co się ma dziać w granicach prawa, nie może być z układem tym sprzeczne. Zakreśla on szranki autonomii prawa karnego z obu stron — tam, gdzie droga mogłaby prowadzić do postawienia sprawcy w gorszej sytuacji aniżeli przewidziana w ustawie, i tam, gdzie rozwierać by się mogły wrota odstępstw od rygorów, którym sprawca z woli ustawy z reguły ma być poddany. Legalnej furty od tych odstępstw zasada społecznej szkodliwości czynu udziela jedynie dopełniająco, na użytek tych wszystkich wypadków, w których przy stosowaniu prawa karnego sędzia napotkałby brak sformalizowanych bezpośrednio dyrektyw tego prawa, czy dane zachowanie się i w jakim zakresie jest nielegalne. Ustawowa materialna definicja przestępstwa sprawiałaby, że rozumowanie przez analogię nie wkraczałoby w sferę leżącą *extra legem*. Dopełniająca funkcja tej definicji nie byłaby wówczas rolą dodatkowej

(„Revue de droit pénal et de criminologie”, 1964—1965, nr 6, ss. 565, 566) widzi w oportunistycznej zasadzie *deminimis* tego projektu zbliżenie się do zasady materialnej istoty przestępstwa, wyrażonej w art. 3 i 7 *Podstaw radzieckiego ustawodawstwa karnego* z r. 1958; brak jest w tym spojrzeniu dostatecznej orientacji, że nie stanowi oportunistycznym stwierdzeniem, jakoby materialna zawartość czynu nie spełniała wymagań stawianych czynowi poddawanemu karze. Co do wymienionego projektu patrz również R. M. Honig: *Die Regelung des Irrtums im Model Penal Code*, „Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform”, 1964, z. 4, ss. 137—152.

²⁴ I. Samoszczenko (*Poniatije prawonaruzeniija po sowietskemu zakonodatelstwu*, Moskwa 1963, s. 79) stwierdza, że czyn, co do którego zastosowano nie sankcje prawne, lecz środki oddziaływania społecznego (art. 51, 52 k.k. RSFR), nie przestaje być czynem bezprawnym. Ten sam autor na podstawie analizy przepisów art. 7 *Podstaw radz. ustawod. karnego* (art. 7 k.k. RSFR) dochodzi do wniosku, że pojęcia: „społeczne niebezpieczeństwo” (*opasnost’*) i „społeczna szkodliwość” czynu tworzą synonim (s. 54).

cegły, niezbędnej dla całości budowy. Stanowiłaby zespalającą kopułę, skupiającą w sobie wszystkie elementy prawa i zarazem udzielającą promieni światła, elementy te uwypuklajacemu.

Nie ma wątpliwości, że bezprawne jest to tylko, co wykracza przeciw interesowi społecznemu, co jest społecznie szkodliwe. Ustawa może bliżej precyzować dopuszczalność działania skądinąd bezprawnego, jeżeli nastąpiło ono w określonych sytuacjach wyjątkowych; działanie, na które ustawa wtedy zezwala, nie jest nigdy bezprawne, nie może więc być ono przestępstwem. Właśnie jednolitość systemu prawnego w państwie nie dopuszcza, aby zachowanie się w świetle pewnej gałęzi prawa legalnego mogło być zwalczane przez prawo karne, dysponujące najostroższymi środkami państwowego przymusu.²⁵

Wymieniony wyżej „kontratyp” obrony koniecznej, stypizowany w art. 21 k.k., znajduje dokładne odbicie w tekście art. 413 k.c. z r. 1964. W ten sposób hasło *vim vi repellere licet* spotyka się z odzewem podwójnej normy ustawy, karnej i cywilnej. Starej paremii *necessitas non habet legem* czyni zadość nie tylko art. 22 k.k., określający stan wyższej konieczności, ale i art. 424 k.c.; różnice w określeniu tego stanu w obu tych sprawach nie są do tego stopnia zasadnicze, że ustawodawca nie mógłby w przyszłości ustalić treści jednakowej.²⁶

Wreszcie tezę *qui iure suo utitur neminem ledit* wyrażają kodyfikacje karne w normach w rodzaju art. 32 k.k. szwajc. lub też współczesne ich projekty, jak w art. 22 projektu k.k. PRL z r. 1963.²⁷ Bez-

²⁵ J. Baumann zamieszcza w swoim kontrprojekcie k.k. NRF (*Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, Tybinga 1963) przepis (§ 11): „Eine Tat ist nur dann rechtswidrig wenn sie sich, an der Gesamtsordnung gemessen, als unerlaubt darstellt. Rechtllich geforderte Handlungen sind auch im Bereich des Strafrechts nicht rechtswidrig.” Według Wróblewskiego (*op. cit.*, s. 298) „Jednolitość systemu prawa przejawia się nie tylko w jego względnej niesprzeczności, lecz również w jego zupełności. [...] W każdym wypadku brania pod uwagę systemu prawa w procesie wykładni trzeba rozważyć możliwe związki międzygałęziowe i krytycznie rozważyć, czy i dlaczego oraz, w jakim stopniu wpływają one na ustalenie znaczenia interpretowanej normy.” W. Kudriawcew (*Obiektivnaja storona priestuplenija*, Moskwa 1960, s. 99) występuje przeciwko zaliczaniu społecznego niebezpieczeństwa czynu do kategorii ocennych, wywodząc, że istnieje ono w realnej rzeczywistości niezależnie od woli i świadomości sędziów.

²⁶ Co innego tolerowanie wyższej konieczności wyłącznie jako okoliczności uchylającej winę, bądź w każdym wypadku (tak np. proj. k.k. austriacki z r. 1964), bądź wtedy, gdy oba dobra przedstawiają równą wartość, wobec czego porządek prawny uznający brak bezprawności po prostu chroniłby silniejszego (tak proj. NRF z r. 1962).

²⁷ Donnedieu de Vabres (*op. cit.*, s. 50) przyjmuje od Carrary definicję przestępstwa jako „[...] violation d'une loi de l'Etat, résultant d'un acte externe de l'homme qui ne se justifie pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice

sprzecznie, ten, kto działa w obronie koniecznej, działa w oparciu o upoważnienie prawa cywilnego, tzn. urzeczywistnia swoje prawo. I chyba ten, kto spełnia swój obowiązek prawny, wykonuje coś więcej jeszcze aniżeli swoje podmiotowe prawo. Te same uwagi dotyczą czynów osoby, która działa w stanie wyższej konieczności, nie przekraczając limitów oznaczonych w prawie cywilnym na tym odcinku, przynajmniej w obecnym naszym prawie, węższych aniżeli w prawie karnym. Zastanawia więc, w jakim celu (poza wyższą koniecznością, ze względu na wspomniany margines dla bezprawności cywilnej, sięgający poza normy prawa karnego) utrzymywać w kodeksie karnym te dwa „kontratypy” oraz ten względem nich nadrzędny i w ogóle generalizujący „kontratyp” działania w ramach swoich praw lub obowiązków prawnych.

Generalizujący charakter tego „kontratypu” uwidacznia się, gdy weźmie się pod uwagę, iż swoim zakresem ogarnia on wypadki dozwolonej w prawie cywilnym samoobrony, dozwolonych w ustawie o zawodzie lekarskim zabiegów operacyjnych bez zgody pacjenta oraz środków karcenia przedsięwziętych w myśl przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego o władzy rodzicielskiej (*ius corrigendi*).

Jeżeli chodzi o zasadę *volenti non fit iniuria*, z którą wiąże się „kontratyp” zgody pokrzywdzonego (uprawnionego), trzeba by odesłać do art. 65 k.c., nakazującego tłumaczyć oświadczenia woli tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a poza tym do art. 58 § 2 k.c., uzależniającego ważność czynności prawnej od jej zgodności z zasadami współżycia społecznego. Dodatkowe znaczenie mają w tym zakresie przepisy k.c. o wadach oświadczenia woli (ks. I, tytuł IV, dział IV). Tak samo ujął „kontratyp” zgody uprawnionego projekt k.k. z r. 1963, stanowiący w art. 24, że zgoda na naruszenie lub narażenie stojącego pod ochroną prawa dobra, którym wyrażający zgodę ma prawo dysponować, wyłącza odpowiedzialność karną za to naruszenie lub narażenie, jeżeli nie łamie zasad współżycia społecznego. Od takiego ujęcia nie odbiegają zbytnio normy w rodzaju § 226^a k.k. niem. z r. 1871 o wyłączeniu odpowiedzialności karnej za uszkodzenie ciała człowieka, jeżeli nastąpiło ono za zgodą pokrzywdzonego, nie wykraczającą przeciw dobremu obyczajom (*gegen guten Sitten*).²⁸

d'un droit, et qui est frappée d'une peine”. Praca zbiorowa pod red. W. Mienszagina, W. Durmanowa i P. Romaszkina (*Sowietskoje ugotownncje prawo. Czast' obszczaja*, Moskwa 1962, ss. 162—164) przyznaje tylko obronie koniecznej i wyższej konieczności przymiot okoliczności wyłączającej społeczne niebezpieczeństwo czynu i zaznacza, że właśnie dlatego tylko te dwie instytucje znalazły unormowanie w radzieckim ustawodawstwie karnym.

²⁸ Por. uwagi Woessnera w związku z tym przepisem w pracy *Generalklauset*

Sądę, że sprawa zwyczaju jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu znajdzie również odbicie w normach prawa cywilnego, mianowicie — regulujących kwestię oświadczeń woli. Zarówno ten, kto w dniu dyngusu oblaniem wodą w sposób zwyczajowy narusza nietykalność drugiej osoby, nie czyniącej mu w tym wyraźnych wstrętów, jak i ten, kto wręcza utrzymujący się zwyczajowo napiwek (nie — korzyść w związku z „urzędowaniem”, a zatem — czynnościami zarządu)²⁹, działa na podstawie oświadczenia woli tej drugiej osoby; może ono nastąpić *per facta concludentia* (art. 60 k.c.). Oczywiście łatwo w tym przedmiocie o urojenie sprawcy.

Zagadnienie legalności działania na rozkaz, jako działania zgodnego z prawem lub bezprawnego, rozstrzegają właściwe ustawy normujące zakres powinności służbowych (szczególnie art. 22 ust. z 17 II 1922 r. o państw. służbie cywilnej).

Tak więc poza wymienionym odcinkiem wyższej konieczności, pozostawiając chwilowo na uboczu działanie w ramach „dopuszczalnego ryzyka”, wszystkie ze znanych dotychczas „kontratypów”, wniesionych lub nie do ustawy karnej, traktować można jako ustawowe. Fakt, że te „kontratypy” swoimi zakresami częstokroć zachodzą na siebie, krzyżują się ze sobą, nie odejmuje im przymiotu zagadnień uregulowanych w ustawie.

Aby mówić o ryzyku „dopuszczalnym” z innej racji aniżeli zezwolenie (zgoda) uprawnionego do rozporządzania dobrem wystawionym na to ryzyko lub wykonywanie zawodowych powinności, musiałoby istnieć odrębne, kazuistyczne upoważnienie ustawy. Jeżeli normatywnym regulatorem ma tutaj być „kontratyp” z ustawy karnej, musiałoby się na-przód znaleźć jego właściwe, ścisłe ramy opisowe; usterki w tej mierze świadczyłyby, że dany „kontratyp” nie wypełnia zadań stawianych „kontratypowemu” ujęciu, od którego wymaga się „dokładności i precyzji w sformułowaniu możliwie równej, jak same stany faktyczne przestępstwa”.³⁰ Brak możliwości osiągnięcia dostatecznie ścisłego opisu czyni „kontratyp” w jakimś stopniu otwartym, stawia pod znakiem zapytania jego użyteczność.

und Garantiefunktion des Strafgesetzes, „Neue Jurist. Wochenschrift”, 1963, z. 7, ss. 273—276.

²⁹ Por. uchwałę SN z 5 XII 1958, I KO 230/57 z glosą moją w „Państwie i Prawie”, 1958, z. 7, s. 203.

³⁰ W przedmowie J. Sawickiego do pracy A. Gubińskiego: *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1963. O „podmurowaniu” konstrukcji „dopuszczalnego ryzyka”, jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, argumentem o jedności porządku prawnego patrz J. Rehberg: *Die Lehre von „Erlaubten Risiko”*, Zurych 1962, s. 150.

Zwracałem już uwagę³¹, że stypizowanie okoliczności wyłączających bezprawność czynu, dokonane w kodeksie, w którego normach przejawia się wspomniana zasada materialnej istoty przestępstwa, znajduje uzasadnienie o tyle, o ile polega — abstrahując od typizacyjnej roli spełnionej przez inną ustawę — na wytyczeniu tym okolicznościom ostro zarysowanych nieprzekraczalnych słupów granicznych, ustalonych dla danej kategorii owych okoliczności. Temu wymaganiu doktryna w kwestii „dopuszczalnego ryzyka” sprostać dotychczas nie może. Nie zaspokaja sam warunek „dopuszczalności”, nawet — jak to jest w art. 23 proj. 1963 r. — z uzupełnieniem, że dopuszczalność ta następuje” [...] ze względu na potrzeby życia społecznego, w szczególności nauki i postępu technicznego”. Pisałem wówczas, że funkcje tak sformułowanych kontratypów spełni nie gorzej kazuistyczne orzecznictwo, wspierające się na niedwuznacznie wyrażonej w kodeksie zasadzie materialnej istoty przestępstwa jako czynu społecznie szkodliwego. Trzeba dodać, że przedsięwzięcie działania, z którym łączy się ryzyko, wynika częstokroć z wykonywania zawodowych powinności.³²

Wraz z rozbudową stypizowanych kodeksowych „okoliczności wyłączających” maleje racja bytu określenia w kodeksie tej materialnej istoty przestępstwa. Instytucja „kontratypów” ma nadal mieć w niej podstawę, zaś ta sama podstawa ma być w kodeksie osłabiona. Stąd dążenie do wprowadzenia możliwie pełnej listy uznawanych „kontratypów” do kodeksu, dyktowane niewątpliwie troską o zachowanie wymagań praworządności w zakresie stanowienia tak *in malam*, jak i *bonam partem*, ujawnia z punktu widzenia praworządności i drugą stronę, przeciwną, ale bardziej zasadniczą.

Dezyderat legalizmu będzie zaspokojony, jeżeli w kodeksie karnym znajdzie się materialne zdefiniowanie istoty przestępstwa jako czynu społecznie szkodliwego (z zastrzeżeniem, aby szkodliwość nie była znikoma i zarysowaniem w ustawie ram pojęcia tej szkodliwości), biorące na siebie wszystkie zadania generalnego „kontratypu”, w wypadkach gdy same ustawy na dane działanie ze względu na konkretną sytuację,

³¹ Rajzman: *op. cit.*, ss. 512—514.

³² Por. M. Grinberg: *Problema proizvodstwiennogo riska w ugołownom Prawie*, Moskwa 1963, s. 126. Autor domaga się ustawowego określenia znamion ryzyka wyłączającego odpowiedzialność karną, i to drogą legalizacji takiego ryzyka. Końcowa próba jego definicji ryzyka (s. 132) opiera się na wielu pojęciach nieostrych, ocennych, jak zastosowanie „normalnego” ryzyka w produkcji, w celach uzyskania społecznie „ważnego” osiągnięcia produkcyjnego, jeżeli ono nie mogło być w danych okolicznościach uzyskane „zwykłymi”, nieryzykownymi środkami.

w której zostało spełnione, nie zezwalają albo gdyby ustawowe zezwolenia wskutek wzajemnego krzyżowania się lub braku idealnego przylegania do siebie odcinków granicznych wymagały spięcia klamrą całościowego społecznego wartościowania.³³ Norma ustawy wyłączająca bezprawność czynu stwierdza tym samym brak społecznej szkodliwości tego czynu.

Czołową rolę wśród takich norm przyznać trzeba prawu cywilnemu z jego „klauzulami generalnymi”. Na uwagę „karnika” zasługują wywody na temat tych klauzul w k.c. z r. 1964 A. Stelmachowskiego.³⁴ Najpierw autor podkreśla, że nie cieszyły się one uznaniem, zwłaszcza rzeczników pozytywizmu prawniczego; realizują bowiem potrzebę wcielenia do ustawodawstwa jakiejś zasady ogólnej, która z trudem tylko pozwala się przełożyć na język przepisów prawnych, jeżeli w ogóle nadaje się do szczegółowej jurydycznej reglamentacji; przykładem jest konstytucyjna zasada przestrzegania przez obywateli zasad współżycia społecznego (art. 76 Konstytucji). A. Stelmachowski zwraca uwagę, że klauzule generalne „[...] pozwalają na lepsze nasycenie prawa (w praktyce jego stosowania) treścią społeczno-polityczną, odpowiadającą potrzebom współczesnym”, a nie dewaluuują prawa pozytywnego, skoro ono „[...] inkorporuje je do swego systemu, nadaje im odpowiedni kierunek i określa obszar zastosowania”; zasady wyrażone w klauzuli generalnej odnieść można nie tylko do jednej gałęzi prawa, lecz do

³³ N. Durmanow (*Poniatije priestuplenija*, Moskwa 1948, s. 205, 206) twierdzi, że w razie usunięcia z kodeksu karnego norm o działaniu w obronie koniecznej lub w stanie wyższej konieczności sytuacja prawna w niczym się nie zmieni, postanowienia w tym przedmiocie znajdują się wśród norm prawa administracyjnego, jak się to dzieje np. co do zatrzymania przestępcy. Stanowisko takie krytykuje (podnosząc kwestię technicznych trudności podobnego uregulowania) S. Domachin: *Krajnaja nieobchodimost' po sowietskomu ugotownomu prawnu*, Moskwa 1955, s. 16. Zdaniem Gubińskiego (*op. cit.*, s. 7) w ramach ogólnych klauzul o braku lub znikomości społecznego niebezpieczeństwa czynu mogą „zasadniczo zmieścić się okoliczności wyłączające niesformalizowane (nie przewidziane przez przepis prawa)”, jednakże odwołanie się do tych klauzul ocennych nie jest uzasadnione, gdy „zachowanie się wyłączające społeczną szkodliwość czynu ma charakter typowy”; autor nie zatrzymuje się nad kwestią trudności dostatecznie precyzyjnego ujęcia normatywnego niektórych takich „kontratypów”.

³⁴ A. Stelmachowski: *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo”, 1965, z. 1, ss. 6, 7, 13. Hoefliger (*op. cit.*, s. 31) stwierdza: „So ergibt sich ein Wechselspiel zwischen Zivil- und Strafrecht, und die Erkenntnisse beider Disziplin können gegenseitig zur Fortbildung des Rechts beitragen”. Autor ten zaznacza (s. 29), że *Rechtfertigungsgründe* to inaczej *Unrechtsausschlussgründe*. Autor niniejszych rozważań nie mógł już uwzględnić późniejszego artykułu A. Stelmachowskiego: *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, „Państwo i Prawo”, 1966, z. 3, ss. 470—483.

prawa jako całości; jest ona wówczas jednocześnie wyrazem jedności prawa socjalistycznego.

A. Stelmachowski zalicza do klauzul generalnych naturalnie art. 5 k.c., zakazujący czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub — co istotne dla naszych rozważań — „z zasadami współzycia społecznego” i stanowiący, że takie działanie lub zaniechanie uprawnionego „nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Taka postawa k.c. oznacza jasne wypowiedzenie się za tzw. wewnętrzną teorią nadużycia prawa, przyjmującą — w kontekście art. 5 k.c. — że dane prawo nie istnieje poza granicami zakreślonymi przez zasady współzycia. Autor widzi tutaj analogię z tendencjami prawa karnego, które polegają na dorzucaniu do formalnego określenia przestępstwa dodatkowego kryterium społecznego niebezpieczeństwa czynu jako warunku jego przestępczości. Sądzę, że nie wchodzi w grę kwestia analogii, lecz kwestia otwartej wzajemnej integracji składników formalnych przestępstwa i jego składników materialnych, wynikających ze społecznego wartościowania.

A. Stelmachowski nie wysuwa żadnych wątpliwości, że klauzula art. 5 k.c. ma charakter generalny, dający się rozciągać na dziedziny prawa inne niż prawo cywilne. Uspokaja to obawę laika, nie cywilisty, która wiązać by się mogła z faktem, że — odmiennie od poprzednich przepisów ogólnych prawa cywilnego z r. 1950 — normy ogólne k.c. nie zawsze dość wyraźnie ujawniają swój generalny charakter. Art. 4 k.c. stanowi o tłumaczeniu „przepisów prawa cywilnego”, podczas gdy art. 1 przepisów ogólnych prawa cywilnego z r. 1950 stanowił o tłumaczeniu „przepisów prawa”, a w art. 1 k.c. jest mowa, że „kodeks cywilny” reguluje „stosunki cywilno-prawne” między jednostkami gospodarki uspołecznionej, między osobami fizycznymi oraz między jednostkami gospodarki uspołecznionej i osobami fizycznymi. S. Szer³⁵ zwrócił poza tym uwagę, że projekt obecnego k.c. nie wyjaśnia znaczenia pojęcia „stosunki cywilno-prawne”, najwidoczniej nie zaliczając tego do zadań kodeksu cywilnego. Zwłaszcza z art. 23 k.c. sądzić można, że nie ograniczają się one do stosunków majątkowych; art. ten przykładowo wylicza dobra osobiste człowieka (zdrowie, wolność, cześć, swobodę sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnicę korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukową, wynalazczą i racjonalizatorską), stanowiąc o pozostawianiu ich „pod ochroną prawa cywilnego, niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach”.

Tak jak przepisy ogólne prawa cywilnego z r. 1950, tak też k. c.

³⁵ S. Szer: *O przedmiocie prawa cywilnego*, „Państwo i Prawo”, 1964, z. 3, s. 450.

szwajc. w pierwszych artykułach stanowi ogólnie o „ustawie” i jej zastosowaniu. Z przepisów ogólnych k.c. szwajc. nauka i orzecznictwo tamtejsze wyciągają daleko sięgające wnioski na użytek praktyki prawa karnego. Ostatnio informują o tym O. A. Germann i P. Noll.

Pierwszy³⁶ kładzie nacisk na końcowe ustępy art. 1, zobowiązujące sędziego w wypadku luki w ustawie kierować się prawem zwyczajowym, a w razie gdyby tego prawa nie było — regułami, które by on ustanowił jako prawodawca, przy czym inspiracją dla sędziego winny być poglądy doktryny (w niem. tekście: „*Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung*”, w tekście franc.: „*Il s'inspire de solution consacrée par la doctrine et la jurisprudence*”).

P. Noll³⁷, znajdujący w zagadnieniu bezprawności — wszechstronnie omówionym w literaturze niemieckiej, austriackiej i szwajcarskiej — „właściwą podstawę nauki prawa karnego” tamtych krajów, wprost przyznaje za komentarzem Germanna moc obowiązującą art. 1 k.c. szwajc. także dla prawa karnego; moc tę ogranicza jedynie zasada *nullum crimen sine lege*, wynikająca z treści art. 1 k.k. szwajc. Sytuacja prawna co do stosowania analogii *in bonam partem* wygląda w prawie karnym szwajcarskim całkiem inaczej aniżeli w naszym. Sędziemu zakreślono tam w ustawie upoważnienie do „wolnego tworzenia prawa” (*freie Rechtsfindung*), szczególnie do tworzenia *extra legem* pozaustawowych „kontratypów”.³⁸ Według P. Nolla, taki „kontratyp” nie znosi ustawowego „zestawu” przestępstw (*Straftatbestand*); regułę „zestawu” dopełnia się wtedy uzasadnionym wyjątkiem (*der Regel wird nur eine begründete Ausnahme beigegeben*); wyjątkami bezpośrednio przewidzianymi w ustawie są „kontratypy” określone w art. 32 i nast. k.k.

³⁶ O. A. Germann: *Methoden der Rechtsfindung*, „Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht”, 1962, z. 4, ss. 365—400.

³⁷ Noll: *Übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe...*, s. 3.

³⁸ Twór Szwajcara, J. Gravena, k.k. Etiopii z r. 1957, pod intytlacją art. 1 „*Principe de la légalité*” głosi w ust. 2: „*Le principe de la légalité n'exclut pas l'interprétation de la loi. En cas d'ambiguïté de celle-ci le juge l'interprète selon esprit, dans le sens voulu par le législateur et de manière à assurer le but qu'elle se propose*”.

W k.k. Luizjany z r. 1942 (tekst niem. w *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Berlin 1953, nr 63) tytuł I, rozdz. I, pkt 3, zatytułowany „Auslegung”, stanowi, że przepisy tego kodeksu nie mogą być rozszerzone przez analogię, która by określała przestępstwo nie przewidziane w kodeksie, jednakże, aby zadośćuczynić sprawiedliwości i postąpić zgodnie z celami prawa „*[...] ist jedoch allen seinen Bestimmungen eine echte Auslegung angedeihen zu lassen, entsprechend dem wahren Gehalt ihres Wortlauts, der in seinem üblichen Sinn aufzufassen ist, in Verbindung mit dem Zusammenhang und unter Berücksichtigung des Zwecks der Bestimmung*”.

szwajc.³⁹ Skoro — wywodzi P. Noll — również nauce o materialnym bezprawiu (*Unrecht*) nie udaje się próba jedynej, generalnej formuły „kontratypu”, wbrew więc wątpliwościom Jumeneza de Asua⁴⁰ pozostaje konieczność dalszego ich typizowania.

Drugi ustęp art. 2 k.c. szwajc. odpowiada artykułowi 5 naszego k.c. Odmawia on prawnej ochrony „jawnemu nadużyciu prawa” (*Der offene Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtschutz*). W innych przepisach szwajc. prawa cywilnego, jak w art. 27 ust. 2 k.c., jest mowa o działaniu „przeciw dobrem obyczajom”. P. Noll w związku z tym stwierdza złamanie monopolu formalnej bezprawności; odsyła on do słów H. A. Fischera: „*Was unsittlich im Rechtssinne ist, ist stets widerrechtlich*”.

Generalizujący „kontratyp” działania w granicach swoich praw lub obowiązków, przewidziany w art. 32 k.k. szwajc., wywołuje zastrzeżenia P. Nolla, jeżeli chodzi o zwrot tego przepisu o „obowiązku zawodu” (*Berufspflicht*); obowiązek taki nie jest czynnikiem konstytuującym lub znoszącym prawo, lecz sam wywodzi się z normy prawnej. W tym przedmiocie P. Noll odsyła do K. Stoosa.⁴¹

Wywody przedstawione wyżej powinny przekonywać, że taki ogólny „kontratyp”, bazujący właśnie na pojęciu praworządności formalnej, nie innej, traci oparcie w systemie prawnym, który wypowiedzi zasadę materialnej istoty przestępstwa i stanowi o braku bezprawności za pomocą normatywnych klauzul generalnych, posługujących się wyraźnie w nich uwzględnianymi kryteriami wartościowania społecznego.

W dziedzinie „kontratypu” górujące znaczenie ma klauzula art. 5 k.c., klauzula uznawania za bezprawne tego, co spełnione zostaje z nadużyciem prawa, szczególnie — wbrew zasadom współzycia społecznego.⁴²

³⁹ Noll: *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe* ..., ss. 13, 14.

⁴⁰ L. Jimenez de Assua (*L'antijuridicité*, „Revue internationale de droit pénal”, 1951, nr 2—3) życzyłby sobie zgłębienia badań nad bezprawnością materialną, a nie zaślepienego trwania w pojęciach nominalnych lub negatywnych, wyjątkach od reguły. Zdaje się, że autor daje prymat określeniom „bezprawność nominalna” i „bezprawność realna” przed — „formalna” i „materialna” (patrz szczególnie ss. 287—290). J. Darbellay (*Théorie générale de l'illicéité*, Freiburg 1955, s. 5) uważa za nie dość trafne określenie *l'antijuridicité*, a za właściwe *illicéité* lub *illicéité*. Warto w tym miejscu dodać, że J. Darbellay podkreśla, iż różnica pomiędzy prawem cywilnym a karnym sprowadza się do stopnia ciężkości bezprawia (ss. 87, 88), determinowanego jednością porządku prawnego (*l'unité de l'ordre juridique*).

⁴¹ Noll: *Übergesetzliche* ..., s. 55.

⁴² A. Wolter (*Rola zasad współzycia społecznego w nowych kodeksach*, „Nowe Prawo”, 1964, nr 11, s. 1032) powołując się na J. Wasilkowskiego, zwraca uwagę, że zasady te nie są zjawiskiem statycznym, lecz ulegają rozwojowi wraz

Klauzula ta wprowadza do art. 21 naszego k.k. znaczną korekturę, zniewalając mimo litery tego przepisu do przyznawania również obronie koniecznej stosownego miejsca dla zasady proporcjonalności i subsydiarności. Coraz powszechniejsze staje się rozumienie, że nikt nie musi się bronić przed zamachem, że jest to jego prawo, określone w ustawie karnej i cywilnej.⁴³ Kto zabija dziecko dopuszczające się kradzieży owocu, nie wyłącza bynajmniej nieobecnego na miejscu przedstawiciela organu władzy, obowiązanej do ścigania przestępstw. Prawo nie idzie tak daleko, aby poprzez karanie pozbawieniem życia chronić cudzą własność, w dodatku nieznacznej wartości.⁴⁴ Litera art. 21 k.k. pozwala nawet na zabójstwo popełnione w obronie takiej własności. Jednakże korzystający z tego zezwolenia może dopuścić się w określonej sytuacji nadużycia danego mu prawa. Występuje ono, jak widzieliśmy, w każdym wypadku czynienia ze swojego prawa użytku sprzecznego z zasadami współżycia społecznego. Z tym nadużyciem spotkaliśmy się w wymienionym przykładzie. Zachodziłoby ono także w odpowiednich sytuacjach, w których nie wchodzi w rachubę proporcjonalność dóbr, lecz subsydiarność środka działania. Od rozsądnie pojmowanej instytucji nadużycia prawa podmiotowego nie ma powodu uciekać w stosowaniu prawa karnego. Porządek prawny winien zawsze przedstawiać się nam jako wewnętrznie zgrana jedność wszystkich swoich odcinków.⁴⁵ Na

z utrwaleniem i postępem struktury społeczeństwa socjalistycznego. Patrz także A. Meszorer: *O zasadach współżycia społecznego*, „Nowe Prawo”, 1964, nr 1, ss. 9—19. Samoszczenko (*op. cit.*, ss. 88, 89) dopuszcza powołanie się na zasady współżycia społecznego, w wypadkach gdy nie ma ustawowych kryteriów zgodności z prawem i pozostaje szukać analogii w ogólnych podstawach i sensie ustawodawstwa; inaczej następowałyby zastąpienie prawa niejurydycznymi regułami współżycia społecznego.

⁴³ Por. m.in. Noll: *Die Rechtfertigungsgründe...*, s. 162, gdzie autor pisze: „Niemand muss Notwehr üben, wenn er sich in einer Notwehrsituation befindet”.

⁴⁴ Niepodobna przystać na podzielaną przez I. Śluckiego (*Obstojateljstwa iskluczajuszczije ugołownuju otwietstwiennost'*, Leningrad 1956, s. 3) tezę jakoby działanie w obronie koniecznej, w stanie wyższej konieczności lub w „innych podobnych okolicznościach” oddziaływało zawsze korzystnie na stosunki społeczne, powodując ich „umocnienie i rozwój”. Tezę tę uznaje również cyt. praca zbiorowa pod red. Mienszagina i in. (s. 161). Według ust. 2 art. 13 *Podstaw radzieckiego ustawodawstwa karnego* z r. 1958 stanowi wykroczenie poza granice obrony koniecznej „oczywista niewspółmierność obrony w stosunku do charakteru i niebezpieczeństwa zamachu”.

⁴⁵ P. Nuvolone (*I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1947, s. 117) zaznacza: „Ogni norma penale, come qualsiasi norma in genere, tutela un interesse. Ma la norma non dev'essere considerata alla stregua di una disposizione di legge, bensì come il complesso organico di tutte le disposizioni di legge che col precetto primario sono collegate”. Według Wróblewskiego: *op. cit.*, s. 395: „Jeżeli w procesie wykładni uwzględnia się oceny i reguły społeczne, to należy posługiwać

potrzebę umiarkowania w zasłanianiu się brakiem wymagania proporcjonalności i subsydiarności przy obronie koniecznej zwracają uwagę postulaty Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z r. 1948; o wynikających z niej powinnościach w zakresie instytucji obrony koniecznej pisano już u nas w związku z *lex lata*.⁴⁶ Spojrzenie z tej strony musi wywoływać uzasadnione opory wobec tzw. obiektywnej teorii obrony koniecznej, niezależnej od woli bronięcia się.⁴⁷

Wyłuszczone tutaj zapatrywanie nie narusza ewentualnego przywiłędu sprawcy korzystania z ulg w sferze wymiaru kary lub zgoła orzeczenia kary (kwestia uwolnienia od kary), przyznawanych przez ustawę w wypadkach przekroczenia granic obrony koniecznej. Czyn sprawcy zachowuje wtedy przymiot bezprawia, o kwalifikacji przewidzianej dla przestępstwa danego typu. Zagadnienia kary nie mogą wychodzić poza teren zakreślony przez ustawodawstwo karne, bezprawność wyłączyć może i przepis zawarty w innym dziale prawa.

Warto nadmienić, że rzecznicy „pozaustawowych kontratypów” nie wykazują troski o to, że ta droga wyłączenia bezprawności czynu stawia sędziego rozstrzygającego o występowaniu takiego „kontratypu” zawsze wobec alternatywy albo skazania na karę ściśle określoną dla danego typu przestępstwa, albo uniewinnienia oskarżonego; nie dysponuje on wyjściem, które pozwoliłoby na obniżenie lub zrezygnowanie z ustawowego wymiaru kary, jeżeli sprawca przekroczył granice wchodzącego w grę „kontratypu”.

Zagadnienie przekroczenia granic „kontratypu” zbliża nas do problematyki błędu co do „istoty czynu” (art. 20 § 1 k.k.). Sprowadza się ona do pytania, czy pojęcie „istota czynu” obejmuje swoim zakresem „kon-

się nimi jednolicie co najmniej w stosunku do wszystkich norm instytucji, do której interpretowana norma należy”. Rozumiem, że obrona konieczna przedstawia się jako jedna instytucja, chociaż unormowana i w prawie karnym, i w prawie cywilnym.

⁴⁶ Zwłaszcza co do proporcjonalności obrony koniecznej zob. głosę moją w „Państwie i Prawie”, 1961, z. 5, s. 836, a co do subsydiarności — głosę J. Wojciechowskiego w „Państwie i Prawie”, 1962, z. 8/9, s. 497. Treść tych głos rozważa bliżej i w zasadzie akceptuje A. Krukowski: *Kilka uwag o pojęciu „konieczności” w obronie koniecznej*, „Państwo i Prawo”, 1965, z. 3, ss. 425—433. Istotną dyrektywę znajdujemy w rozporządzeniu dotyczącym użycia broni przez MO (Dz. U., 1955, nr 46, poz. 313): wolno jej użyć w razie zamachu na mienie społeczne dopiero wówczas, gdy mienie to jest znacznej wartości (§ 2 i 3 ust. 3).

⁴⁷ H. Welzel (*Das deutsche Strafrecht*, wyd. 8, Berlin 1963, s. 77) uważa za bezprawne działanie, któremu brak celu obrony. Zdaniem Woltera (*Funkcja błędu...*, ss. 138, 139) decydujący wpływ na to stanowisko ma zaliczanie przez „finalistów” umyślności, a może i nieumyślności do elementów czynu, a nie do elementów winy. Mimo wszystko wydaje się, że działa w obronie, „broni się”, kto chce się bronić.

tratypy”, czy również urojenie okoliczności kształtujących „kontratyp” wyłącza przestępność czynu. Trudno mieć jakiegokolwiek wątpliwości, że w prawie karnym „istotą czynu” może być tylko treść czynu przestępnego. Wspomniane urojenie przedstawia się więc zawsze jako mylne wyobrażenie sprawcy o zgodności jego działania z prawem karnym, przeświadczenie, że nie dopuszcza się bezprawia kryminalnego. Jeżeli błąd sięga dalej i sprawca mylnie sądzi, że nie dopuszcza się żadnego bezprawia, tym bardziej tkwi on w błędzie co do kryminalnej bezprawności swojego działania. Stary podział na *error facti* i *ignorantia iuris* przestaje być w tym świetle zawodny, jeżeli za W. Wolterem⁴⁸ powiemy, że ten ostatni, błąd „co do prawa”, wystąpi wówczas, gdy sprawca błędzi wyłącznie na obszarze norm, mając przy tym zgodne z rzeczywistością faktyczną wyobrażenie o tej rzeczywistości.

Działanie sprawcy, które składa się na treść czynu przestępnego, jest działaniem konkretnym; determinuje ono sam czyn, w jego „zestawie” przestępstwa, jako „zestaw” zawsze konkretny, widoczny dopiero w zwierciadle nominalnie określonego typu przestępstwa. Błąd co do okoliczności należących do „istoty czynu” musi być błędem, który odnosi się do elementów takiego konkretnego „zestawu przestępstwa”, tworzącego wymagany w ustawie ogół jego znamion. Konkretnego, realnego „zestawu” nie ma, pozostaje tylko formalny, nominalny jego obraz normatywny, jeżeli działaniu sprawcy towarzyszyły okoliczności faktyczne, właściwe „kontratypowi”.

„Istota czynu” w kontekście art. 20 § 1 k.k. znaczy więc tyle, co „ustawowe znamiona przestępstwa”, tak że błąd co do okoliczności należących do „istoty czynu” przyjmować należy również wtedy, gdy jest błędem co do „kontratypu”. Nie widać potrzeby korzystania z teoretycznego tworu „negatywnych znamion przestępstwa”, kreowanych w Niemczech przez A. Merkela w związku z brzmieniem § 59 k.k. 1871 r., operującego pojęciem błędu co do okoliczności (*Tatumstände*) należących do „zestawu przestępstwa” (*gesetzlicher Tatbestand*). Jakże i pozaustawowe okoliczności wyłączając bezprawność czynu („kontratypy”) miałyby stawać się elementami „ustawowych znamion przestępstwa” (właśnie — *gesetzlicher Tatbestand*)?

W. Wolter⁴⁹ zgłasza i uzasadnia swoje aktualne przystąpienie do

⁴⁸ Wolter: *Funkcja błędu...*, ss. 29—33, 169. U Schwandera (*op. cit.*, ss. 99—100) czytamy: „*Da ein Rechtsfertigungsgrund sich auf die Erlaubtheit der Tat als Ganzes bezieht, kann ein Irrtum hierüber Tat — und Rechtsirrtum sein, je nachdem der Irrtum auf eine Verkennung von Tatsachen [...] oder eine Verkennung von Rechtsnormen [...] zurückzuführen ist. [...] De lege ferenda ist zu empfehlen, den Rechtsirrtum wie den Tatirrtum zu behandeln*”.

⁴⁹ Wolter: *Funkcja błędu...*, ss. 219, 220.

zwolenników koncepcji „negatywnych znamion istoty czynu”; omawiając literaturę tej kwestii u nas (Andrejew, Makarewicz, Mańcor) i w Niemczech nie uwzględnia jednak sporej osobnej rozprawy H. J. Hirscha, który po wyczerpującej analizie wypowiedzi doktryny konkluduje, że „kontratypy” (*Rechtfertigungsgründe*) nie są (negatywnymi) znamionami przestępstwa (*Tatbestandsmerkmale*), lecz „[...] *betreffen erst die Frage, ob eine tatbestandsmässige (normwidrige) Handlung auch rechtswidrig ist.*”⁵⁰ Różnicę pomiędzy *Normwidrigkeit* a *Rechtswidrigkeit* wyjaśnia m. in. H. Welzel, wskazując, że pierwsza polega na niezgodności urzeczywistnienia „zestawu” przestępstwa z samą (abstrakcyjną) normą zabraniającą, druga — stanowi zamach na porządek prawny jako całość. H. Welzel dodaje, że normom zabraniającym (zakazującym lub nakazującym) przeciwstawiają się w określonych wypadkach odpowiednie zezwolenia nazywane *Rechtfertigungsgründe*.

Według Artura Kaufmanna⁵¹ *Tatbestand*, czyli abstrakcyjny opis czynu, zawarty w typie przestępstwa i materialna treść przestępstwa (pojmowana jako *Unrecht*) nie dadzą się od siebie oddzielić; jako *Unrecht* (a przez to samo jako bezprawie) można oceniać zawsze tylko całością zachowania się ludzkiego, łącznie ze wszystkimi okolicznościami, które mają znaczenie prawne; niepodobna poszczególnych stron wykrywać i oceniać je odizolowane. Zdaniem Artura Kaufmanna, nie może podpadać pod przepis stanowiący o błędzie co do okoliczności należącej do „zestawu” czynu (*Tatbestand*) błędne przyjęcie „kontratypu” (*Rechtfertigungsgrund*), nie uznanego przez porządek prawny; zastosowanie § 59 k.k. 1871 r. do „kontratypów” winno następować bezpośrednio, a nie przez analogię.⁵²

Brak tu miejsca na wszechstronną ocenę ostatniej pracy W. Woltera o funkcji błędu w prawie karnym. Jednak w ramach tematycznych rozważań, kontynuując ich dotychczasowy kierunek, trzeba się zatrzymać nad poruszonym w tej pracy problemem błędu „w ramach modeli z uwzględnieniem okoliczności, że prócz wartościowania formalno-prawnego (bezprawność) w grę wchodzi jeszcze ocena merytoryczno-społeczna, a mianowicie szkodliwość społeczna”⁵³. Na moje powątpiewania co do

⁵⁰ H. J. Hirsch: *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*, Bonn 1960, s. 347. Por. E. Mezger w *Leipziger Kommentar*, wyd. 8, Berlin 1957, ss. 326 i 478.

⁵¹ A. Kaufmann: *Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962*, „Zeitschrift für die ges. Strafrecht wissenschaft”, 1964, z. 4, ss. 555, 563—565.

⁵² Wyrok niem. Związk. Tryb. Sąd. (B.G.H.), opowiadający się za analiticznym zastosowaniem do § 59 reguły *Tatbestandsirrtum*, przytacza J. Bauman: *Strafrecht, Allg. Teil*, Bielefeld 1961, s. 375.

⁵³ Wolter: *Funkcja błędu...*, ss. 193, 194.

dwutorowości błędu w każdej z tych sfer oddzielnie⁵⁴; autor odpowiada odesłaniem do artykułu M. Cieślaka⁵⁵, który w polemice odwołuje się do pomocy praw logicznych (de Morgan). Pomijam, że nie poświęcono żadnej wzmianki pokrywaniu się mojej wypowiedzi ze stanowiskiem cytowanego przeze mnie A. Piontkowskiego o nierozdzielności błędu co do społecznej szkodliwości czynu i błędu co do prawnej charakterystyki czynu. Istotne jest, że odesłanie do de Morgana nie przesłoni rzeczywistości. Nawet formalna logika może posłużyć za metodę poznania.⁵⁶ Rzeczywistość na omawianym odcinku polega jednak na tym, że uświadomienie sobie, co jest społecznie szkodliwe, musi być uświadomieniem sobie tego, co społeczeństwo uznaje za szkodliwe dla układu swoich stosunków. W tym zakresie miernikiem jest dla sprawcy niedozwoloność postępku; postać tego postępku nie jest oddzielnie „społeczna” i oddzielnie „prawna”, lecz niezmiennie jednolicie „prawno-społeczna” i taką ma pozostawać w świadomości sprawcy. W systemie prawnym Polski Ludowej każde zresztą zachowanie się sprzeczne z zasadami współżycia społecznego wykracza przeciwko prawnemu obowiązkowi szanowania tych zasad przez obywatela (art. 76 Konstytucji). W art. 19 proj. k. k. PRL z r. 1963, tak jak w art. 20 § 2 k. k. z r. 1932, mowa jest o nieświadomości bezprawności *tout court*, a nie, jak przyjmuje M. Cieślak, bezprawności kryminalnej; oczywiście można mieć świadomość działania wbrew prawu, nie mając świadomości, że działa się wbrew zakazowi ustawy karnej. Czyn społecznie szkodliwy nie znajduje w żadnym razie miejsca w ramach ogólnego porządku prawnego, nie może być z nim zgodny, nie może nie być bezprawny. Trudno przeoczyć, że materialna definicja przestępstwa czerpie swój podstawowy sens praktyczny w otwarciu drogi do uznawania okoliczności wyłączającej społeczną szkodliwość czynu, a tym samym bezprawność, nawet w wypadkach braku w ustawie typu takiej okoliczności („kontratypu”). Wobec tej prawdy społeczna szkodliwość czynu interesuje w prawie karnym od strony negatywnej, jako czynnik charakteryzujący, konieczny do bytu przestępstwa, sprawiający, że jego brak w konkretnym czynie przekreśla przestępczość tego czynu, wskazaną w formalnym (nominalnym) ujęciu normy. Nieświadomość społecznej szkodliwości czynu nie może być pojmowana jako nieświadomość tej szkodliwości w ogóle. Relacjonowanie winy nie do bezprawności (kryminalnej), lecz do społecznej szkodliwości czynu (art. 8 i 9 *Podstaw radzieckiego ustawod. karnego z r. 1958*) po-

⁵⁴ H. Rajzman: *Ignorantia iuris w projekcie kodeksu karnego*, „Palestra”, 1963, nr 5, ss. 38—45.

⁵⁵ Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 194.

⁵⁶ Patrz K. Söder: *Formale Logik und Rechtswissenschaft*, „Staat und Recht”, 1964, z. 3, s. 555 wraz z cyt. słowami F. Engelsa.

zostaje w łączności z podkreśleniem w ustawie (art. 7 ust. 1 *Podstaw . . .*), iż czyn taki ma być zamachem na wyliczone dobra lub interesy albo innym zamachem „na socjalistyczny porządek prawny”. W ten sposób utrzymuje się postulat stałej wzajemnej integracji czynnika społecznej szkodliwości i czynnika bezprawności czynu; tej ostatniej rozumianej niekoniernie w wąskim znaczeniu *Normwidrigkeit*.⁵⁷

Nieświadomość naganności czynu i niepożądania z punktu widzenia społecznego nie jest tą nieświadomością społecznej szkodliwości, o którą chodzi w materialnej definicji przestępstwa, trwale związaną z bezprawnością. Naganność i niepożądaność, dopóki nie są traktowane jako bezprawie, mogą być przedmiotem indywidualnych wartościowań moralnych, ale nie osiągają jeszcze przez to przymiotu oceny społecznej. Można mieć świadomość bezprawności czynu, formalnie zaznaczonej w typie przestępstwa, a błędzić co do społecznej szkodliwości czynu, ale wtedy natrafiamy na „kontratyp”; teza o nieświadomości społecznej szkodliwości, oderwanej od zagadnienia bezprawności, wiedzie nas na tor epoki R. Garofalo, honorującej podział na *delitto naturale* i *delitto artificiale*.⁵⁸

⁵⁷ A. Piontkowski (*Uczenie o przestupieniu po sowietskemu ugołownomu prawu*, Moskwa 1961, s. 156) przyjmuje: „Społeczne niebezpieczeństwo czynu stanowi jego niebezpieczeństwo dla socjalistycznego porządku prawnego”. Samoszczenko (*op. cit.* s. 143) stwierdza, że uświadomienie sobie społecznej szkodliwości swojego zachowania się „faktycznie zbiega się z uświadomieniem sobie amoralności tego zachowania się, przeciwprawności swojego postępk”. *Kommentarij k ugołownomu kodeksu RSFSR 1960 g.*, pod red. M. Szargorodskiego i N. Bielajewa, Leningrad 1962, obejmuje zakresem pojęcia socjalistycznego porządku prawnego „normalną działalność państwowych i społecznych organizacji, przedsiębiorstw, instytucji, porządek publiczny, porządek społeczny i społeczne bezpieczeństwo oraz wojskowy porządek prawny”. Jeżeli V. Schwander (*op. cit.*, s. 101) dopuszcza wyjątkowe wypadki braku świadomości, nie tylko formalnej bezprawności, ale i zakazu moralnego, to nie bierze on pod uwagę wartościowań społecznych, uwzględniających kwestię społecznej szkodliwości. Co do tych wyjątków zresztą autor domaga się szczególnie ostrożnego ustalania w tym przedmiocie („*Doch wäre die Frage, ob der Rechtsirrtum unverschuldet sei, besonders sorgfältig zu prüfen*”); w takim stanowisku dostrzec można łagodne akceptowanie fikcji. W. Kiriczenko (*Znaczenije oszibki po sowietskemu ugołownomu prawu*, Moskwa 1952, s. 25) stwierdza, że w społeczeństwie socjalistycznym świadomość społecznej szkodliwości czynu obejmuje tym samym jego bezprawność. I. Andrejew (*Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 146 uważa — *de lege lata* — za najlepsze „[...] wyłączyć umyślność, gdy sprawca działa w błędnym przekonaniu, że czyn jest dozwolony”.

⁵⁸ W. Maćior (*W kwestii błędu co do bezprawności czynu*, „Wojsk. Przegl. Praw.”, 1963, z. 1, s. 43 wywodzi: „Jedynym miarodajnym wskaźnikiem prawnie relewantnego społecznego niebezpieczeństwa czynu (nie każdy czyn społecznie niebezpieczny jest zakazany), które to niebezpieczeństwo — w szczególności w ramach przestępstw gospodarczych — podlegać może fluktaacji, jest więc ocena ustawo-

Zrozumienie dla kwestii jednolicie „prawno-społecznego” charakteru czynu przestępnego zdolne jest wzmocnić stanowisko, podważające słuszność rozróżniania błędu „co do faktu” i błędu „co do prawa”. Artur Kaufmann⁵⁹ dopatruje się w tym fikcji, która w prawie karnym na gruncie zagadnień winy musi wywoływać szczególne wątpliwości; autor zwraca uwagę, że fikcje sygnalizują obecność analogii.

Na rozszczepianie błędu na błąd „co do okoliczności należących do istoty czynu” i na nieświadomość „bezprawności czynu” nie może pozwalać realny ogląd czynu ze wszystkimi jego aspektami, które wraz z problemem „kontratypu” charakteryzują go jako czyn przestępny. Wśród tych aspektów cementującą rolę odgrywa społeczne niebezpieczeństwo czynu.⁶⁰ Przeciwne stanowisko tłumaczyć mogą tylko względy polityki kryminalnej, w której sprawcę mimo braku jego winy umyślnej (jeżeli oddziaływał czynnik błędu) poddaje się karze jak za przestępstwo z winy umyślnej. Dwojenie zaś błędu co do prawa na błąd co do bezprawności i na błąd co do społecznej szkodliwości czynu (art. 19 proj. 1963 r.) dyktowane bez wątplenia chęcią złagodzenia takiego nastawienia polityczno-kryminalnego, jednakże wyznaje w kwestii błędu co do prawa zasadę tzw. *Rechtsfahrlässigkeit*, która to, co nie jest zamiarem, lecz nieumyślnością, pragnie w zakresie kary traktować jak zamiar (w niem. nauce tzw. *Vorsatzstrafe*).⁶¹

Ostatnie wzmianki nie osłabiają w niczym zasady odpowiedzialności za winę nieumyślną w wypadkach istnienia właściwych jej elementów. Potrzeba kary za czyny popełnione z winy nieumyślnej, a nie objęte ustawowym katalogiem przestępstw z tej właśnie winy, da się przecież zaspokoić otwartym, a więc legalnym bez zastrzeżeń rozszerzeniem tego

dawcy sformułowana w normach karnych”; autor twierdzi dalej, że „[...] nie można wykluczyć wypadków, w których ocena sprawcy swojego czynu ograniczy się wyłącznie do uświadomienia sobie lub możności takiego uświadomienia jego społecznego niebezpieczeństwa”.

⁵⁹ Kaufmann (op. cit., s. 565) tak się wypowiada: „*Zum Tatbestandsvorsatz notwendig das Bewusstsein der materiellen Bedeutung der Tat als Unrecht gehört*”. Mezger: op. cit., s. 492 i n., pisze o *Bewusstsein des Unrechts der Gesamttat*, a przedtem (s. 474) o *Verbotsirrtum in Beziehung auf die Gesamttat*. R. Pannain (*La struttura del reato*, Mediolan 1958, s. 11) wywodzi: „*Altra cosa è parlare di caratteristiche o di aspetti del reato logicamente distinti come le facce di un prisma, altra parlare di parti fisicamente separate e separabili. Il reato è un fatto unitario che non può separato in parti*”.

⁶⁰ Kudriawcew (op. cit., s. 98) wskazuje, że przeważająca większość radzieckich kryminalistów nie zalicza społecznego niebezpieczeństwa do „zestawu” przestępstwa, lecz widzi w nim charakterystykę wszystkich znamion w ich całości, tworzącym przestępstwo.

⁶¹ W. Hardwig: *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrecht*, Hamburg 1957, s. 195. Por. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 188.

katalogu. Ustawodawstwa karne całego świata i tak wyraźnie zmierzają w tym kierunku. W naszych warunkach chodzi nade wszystko (jeżeli nie wyłącznie) o przestępstwa tzw. gospodarcze. Ten, kto oddaje się określonej działalności zawodowej, zwłaszcza w sferze gospodarczej, obarczony jest powinnością dysponowania świadomością, co jest w tej dziedzinie bezprawne, a tym samym społecznie szkodliwe.⁶²

W uwagach niniejszych, ujętych częściowo w sugestiach niektórych przypisów, można było wypowiedzieć się jedynie dość fragmentarycznie i w sposób skrótowy. Tematyka tych rozważań jest wyjątkowo rozległa. W jej zakresie interesujące są dalsze zagadnienia szczegółowe, jak np. nieodpowiedzialność za przestępstwa z zaniechania w myśl pozaustawowej reguły *ultra posse nemo obligatur*, a nadto — wiele kwestii, które następują przepisy części szczegółowej kodeksu karnego, zwłaszcza gdyby chodziło o analogię *in bonam partem*, stosowaną *contra legem* z racji *desuetudo*. Podstawowe znaczenie tej tematyki w prawie karnym znajduje odbicie w bardzo rozległej literaturze dwóch ostatnich dziesiętnych lat, nie tylko w niemieckim obszarze językowym, ale i we Włoszech. Niepodobna tu uwzględnić tę literaturę, opartą zresztą w dużym stopniu na rodzimej *lex lata*. Mało zajmuje się tą tematyką nauka francuska. Wyraża ona nadal niewielkie uznanie dla rozdziału pomiędzy brakiem bezprawności czynu a brakiem tylko winy sprawcy czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary.

Kwestia przyjęcia takiego rozdziału za uzasadniony i wymagający konsekwentnego przestrzegania w kodeksie karnym należy oczywiście do zagadnień, których i nasze prace kodyfikacyjne nie mogą pozostawić bez wyraźnie sformułowanych odpowiedzi; od nich wypada zresztą wprost zacząć. Zagadnienie uregulowania w kodeksie zagadnień błędu sprawcy wiąże się ściśle z problematyką winy, ze sprecyzowaniem jej form. Ustawodawstwo karne ZSRR wskutek zrelacjonowania winy bez-

⁶² Por. cyt. mój art. *Ignorantia iuris*..., uwagi końcowe. Warto też przytoczyć słowa V. Schwandera (op. cit., s. 100): „Die Praxis beweist, dass die «Einbeziehung des Unrechtsbewusstseins in den Vorsatz» die Rechtssicherheit nicht ernstlich gefährden würde [...]”, wobec czego w pracach nad nowelizacją k.k. szwajc. projektuje się brzmienie art. 20: „1. Hat dem Täter das Bewusstsein gefehlt, Unrecht zu tun, so ist er nicht wegen vorsätzlicher Tat strafbar. 2. Hätte der Täter bei pflichtgemässer Vorsicht das Unrecht seiner Tat er erkennen können, so ist er wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Vergehen mit Strafe bedroht ist”. V. Schwander informuje dalej (s. 101), że Tryb. Związk. stwierdza błąd niezawiniony najczęściej wtedy, gdy sprawca opierał się na fałszywej informacji właściwego organu władzy. Por. projekt uregulowania zagadnień błędu w k.k. NRD w relacji, którą podaje W. G r i e b e: *Das Bewusstsein der Gesellschaftsgefährlichkeit und der Rechtswidrigkeit beim vorsätzlichen Verschulden*, „Neue Justiz”, 1965, nr 4, ss. 103—106.

pośrednio do materialnego substratu przestępstwa, do społecznej szkodliwości czynu, może sobie pozwolić na formalne pominięcie w kodeksach karnych zagadnień błędu, szczególnie co do bezprawności czynu. Z innych pozycji wychodząc taką samą postawę zachowuje ustawodawstwo karne francuskie, obywające się bez norm o błędzie.⁶³

Niewątpliwa dyskusyjność niejednej z poczynionych tutaj uwag nie powinna odejmować im cech użyteczności. Sprowadzałyby się ona do uwypuklenia zagadnienia prawnej podstawy korzystania przez sędziego z wszelkiej analogii, tworzącej nowe instytucje prawne, działające na korzyść sprawcy czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, a ustanawiającej *odiosa* dla osób, których dobra mają być chronione przez ustawę. Użyteczność ta polegałaby również na podkreśleniu potrzeby właściwej integracyjnej łączności w stanowieniu *pro reo* prawa karnego i innych działów prawa, szczególnie prawa cywilnego i baczenia przy tym na nierozdzielną jedność obowiązującego porządku prawnego, wraz z jego klauzulą szanowania zasad współżycia społecznego. Praktyczna strona tych rozważań polegać może ponadto na przyczynieniu się do bardziej krytycznego spojrzenia na sprawę rozbudowania w kodeksie karnym stypizowanych okoliczności wyłączających bezprawność czynu, propagowania w kodeksie jako „kontratypów”⁶⁴ takich sytuacji, których nie zdołano dostatecznie uchwycić w ramy formalnego opisu, a które zasługują i tak na wartościowanie społeczne w każdym konkretnym przejawie. To samo powiedzieć trzeba o kazuistycznych postanowieniach ustawy karnej, dotyczących błędu sprawcy czynu przestępnego.

Na sprecyzowane propozycje *de lege ferenda* można sobie pozwolić jedynie wraz z przedstawieniem skonkretyzowanych propozycji kodeksowego ujęcia materialnej definicji przestępstwa oraz form winy. Realizowanie takiego zadania byłoby jednak próbą przedłożenia własnej wersji projektu części ogólnej kodeksu karnego w jej partii dotyczącej przestępstwa i zasad odpowiedzialności karnej, do czego piszący nie czuje się powołany.

РЕЗЮМЕ

Стимулом для рассуждений на указанную в заглавии тему послужила автору стадия кодификационных работ в области уголовного права в данное время в Польше. Автор обсуждает вопрос мате-

⁶³ Praktyka francuska i belgijska odrzuca winę, jeżeli błąd sprawcy był niepokonalny (*invincible*); patrz bieżące czasopisma prawnicze francuskie i belgijskie.

⁶⁴ Zagadnienie pełnej trafności terminu „kontratyp” nie było dla niniejszych rozważań dość istotne.

риальной дефиниции преступления, основанной на критерии общественной вредности поступка. Только эта дефиниция, отчетливо введенная в уголовный кодекс, позволит, по мнению автора, на легальное применение внеуставных, неохваченных кодексным каталогом обстоятельств, исключających преступность поступка, получающего нарицательное определение, стипизирование в уставе. В работе, прежде всего подвергается сомнению возможность введения таких внеуставных „контратипов” путем аналогии с теми, которых устав предвидит прямо (в обязывающем польском уголовном кодексе с 1932 г. — обязательная защита и высшая необходимость). Автор доказывает, что такая аналогия *in bonam partem* является частично лишней, так как ряд тех внеуставных „контратипов” находит легальное выражение в других отделах, права, особенно — в нормах гражданского права. Нормы эти, впрочем, благодаря своим генеральным клаузулам должны иметь значение и для уголовного права, исходя из своего общего содержания, выходящего за пределы сферы отношений цивилистического характера. В юридических системах социалистических государств стоит главный вопрос о требовании соблюдения правил общественного сожительства, представляющем собою условие согласия с правом каждого исполнения своих правомочий; это положение в особенности имеет влияние на применение правил об обязательной защите, об исполнении права к этой защите.

Автор выступает против создания с помощью доктрины и решения, на основании одной только аналогии, аналогии *praeter legem*, внеуставного „контратипа” действия в пределах допускаемого риска. Он утверждает, что право рисковать имуществом личности, находящимся под охраной права, особенно уголовного, может признать только устав. Введение в уставный каталог обстоятельств, исключających преступность („контратип”) „допускаемого риска” — тоже ненадежно, поскольку не удалось еще установить исчерпывающих описательных границ такого „контратипа”. Его роль следует поручить правилу материальной сущности преступления, разрешающему судье производить общественную оценку, касающуюся в отдельности каждого случая, и учитывающую критерии правил общественного сожительства. В работе обращается внимание на то, что и такие популярные „контратипы” как согласие пострадавшего не могут обойтись без общественной оценки; это отображено в проекте у. к. ПНР с 1963 г., в котором отклонение преступности поступка, принимая во внимание согласие на этот поступок пострадавшего, является зависимым от условия непротивления этого согласия правилам общественного сожительства.

Автор является приверженцем строгого сочетания понятия „об-

щественная вредность поступка” с понятием бесправия поступка; бесправие это, однако, нужно понимать не только как его противоречие с нормой устава, но и как несогласие с общим юридическим порядком, удерживающимся в обществе. При этом он преодолевает такое отношение, якобы понятие общественной вредности касалось единственно ценностей, оцениваемых с точки зрения только практического утилитаризма; сфера этого понятия охватывает тоже различные интересы идеального характера, признаваемые в общем юридическом порядке. Проблематика общественной вредности поступка должна представлять купол, соединяющий все проблемы данного порядка и ориентировать, помещатся ли конкретный акт человеческого поведения в пределах этого порядка. В области вопросов, касающихся ошибки виновника, работа указывает на то, что несознательность общественной вредности поступка является несознательностью того, что общество считает вредным для себя. В этом предмете указателем для виновника могут быть только существующие запреты или приказы. Расщепление несознательности на несознательность бесправия и несознательность одной только общественной вредности (как это сделал проект с 1963 г.) представляется, по сути дела, как оперирование фикцией. Подобным образом оценить нужно наказывание „как” за умышленное преступление поступков, допущенных ошибочно по отношению к бесправию и таким образом, — неумышленных (в немецкой науке *Rechtsfahrlässigkeit*). Автор высказывается, во имя легализма, за открытым расширением уставного каталога неумышленных преступлений там, где это действительно необходимо; особенно могут быть взяты во внимание так называемые хозяйственные преступления.

Признавая, что состав уставных признаков преступления является всегда конкретным, представляющим поступок в его полном осмотре, фактическом и юридическом, автор не видит нужды в подражании теории о „негативных признаках преступления”, возникшей в Германии (*negative Tatbestandsmerkmale*); это понятие, возможно, способно исполнить полезную роль в интерпретации § 59 у. к. 1871 г., в котором говорится об ошибке по отношению к обстоятельствам, создающим *Tatbestand*: польский кодекс постановляет в ст. 20 § I об ошибке по отношению к „сути поступка”, а эта суть может быть в пределах уголовного права только сутью поступка „преступного”; отсюда понятие ошибки, касаясь „сути поступка” впутывает ошибку по отношению к разрешенности поступка, включая в это проблематику обстоятельств, исключających его бесправие.

В конце своих выводов, пополняемых внушениями, заключенными в многочисленных примечаниях, автор подчеркивает, что об-

ширность тематики обосновывает фрагментарность и известную сокращенность этих выводов. В этих условиях пропущена проблема ответственности за преступления с отказа, отпадающая согласно внеуставному правилу *ultra posse nemo obligatur*, а кроме этого — много вопросов, предлагаемых инструкциями особой части уголовного кодекса, особенно, если касаться аналогии *in bonam partem*, применяемой по причине *desuetudo*.

R É S U M É

C'est l'état actuel des travaux de codification dans le domaine du droit pénal en Pologne qui engage l'auteur à traiter le sujet en question. L'auteur se prononce pour la définition matérielle du crime, basée sur le critérium de nocivité sociale de l'acte. Selon lui, seulement cette définition, décidément introduite dans le code pénal, permettrait une application légale des circonstances extra-légales non comprises par le code, excluant le caractère criminel du fait trouvant la définition nominale, étant typiquement déterminé par la loi. Dans ce travail on a mis en question avant tout la possibilité d'introduction de ces „contre-types” extra-légaux par voie d'analogie avec la ressemblance à ceux que la loi prévoit (dans le code pénal polonais de 1932 obligeant — la défense légitime et l'état de nécessité). L'auteur démontre qu'une telle analogie *in bonam partem* est partiellement superflue, car plusieurs de ces „contre-types” extra-légaux trouvent leur expression légale dans d'autres parties du droit, et surtout — dans les principes du droit civil. Ces principes d'ailleurs, par leurs clauses générales, doivent avoir une importance aussi pour le droit pénal en raison de leur contenu général sortant du cadre des relations de nature civile. Dans les systèmes judiciaires des États socialistes il s'agit principalement de l'exigence d'observation des principes de coexistence sociale, formant une condition de concordance avec le droit d'exécution des autorisations. Ce principe influence surtout l'application du principe de défense légitime, de l'exécution du droit de cette défense.

L'auteur est adversaire de la création, par la doctrine et la juridiction, à base d'une seule analogie, celle de *praeter legem*, du „contre-type” extra-légal d'action dans le cadre du risque admissible. Il affirme que le droit de risquer les biens de l'individu, se trouvant sous la protection du droit, et en particulier du droit pénal, peut être attribué uniquement par la loi. L'introduction au catalogue prévu par la loi des circonstances excluant le caractère criminel („contre-type”) „du risque admissible” est aussi trompeuse, vu qu'on n'a pas encore réussi à définir

précisément les limites descriptives d'un tel „contre-type”. Son rôle est à jouer par le principe de l'essence matérielle du crime, permettant au juge une valorisation sociale, se rapportant séparément à chaque cas, et prenant en considération les critères des principes de coexistence sociale. Dans ce travail on a fait attention à ce que même les „contre-types” si connus que le consentement de la victime ne peuvent pas se passer de la valorisation sociale. Cela trouve son expression dans le projet du code pénal de la Rép. Pop. de Pologne du 1963, dans lequel l'abolition du caractère criminel de l'acte, vu le consentement de la victime à cet acte, dépend de la condition d'accord de ce consentement avec les principes de coexistence sociale.

L'auteur est partisan de l'union étroite de la notion de „nocivité sociale du fait” avec celle d'inégalité de ce fait, cette inégalité devant être comprise non seulement comme son désaccord avec le principe de la loi, mais aussi comme sa discordance avec l'ordre juridique général, existant dans la société. En même temps l'auteur s'oppose à l'opinion que la notion de nocivité sociale concerne uniquement les valeurs considérées du point de vue seulement d'utilitarisme pratique, l'étendue de cette notion comprenant aussi tout intérêt de nature idéale, reconnu dans l'ordre juridique général. L'ensemble de problèmes de la nocivité sociale du fait doit former une sorte de couple unissant tous les problèmes des éléments de cet ordre et doit influencer la solution de la question si le fait concret de la conduite de l'homme entre dans le cadre de cet ordre.

Dans le domaine des problèmes de l'erreur de l'auteur de l'acte, le travail démontre, que l'inconscience de la nocivité sociale du fait est l'inconscience de ce que la société estime comme nocif pour elle-même. Ici ce ne sont que les interdictions ou les ordres qui peuvent guider l'auteur du fait. La division de l'inconscience en celle de l'illégalité et celle uniquement de la nocivité sociale du fait (comme le faisait le projet de 1963) se présente, en réalité, comme fiction. Il faut juger analogiquement la punition „comme” pour le crime exprès des faits commis en faute de connaissance de leur inégalité, donc involontaires (dans la science allemande — *Rechtsfahrlässigkeit*). L'auteur du travail, au nom du légalisme, parle pour l'élargissement du catalogue, prévu par la loi, des crimes involontaires, partout où cela est vraiment nécessaire. Ce sont surtout les crimes dits économiques qui peuvent y être comptés.

Estimant que l'ensemble de signes distinctifs du crime est toujours concret, présentant le fait dans son évaluation complète, effective et juridique, l'auteur ne voit pas le besoin d'imitation de la théorie des „signes distinctifs négatifs du crime”, formée en Allemagne (*negative Tatbestandsmerkmale*). Il se peut que cette notion soit capable de jouer

un rôle utile dans l'interprétation du § 59 du code pénal de 1871, dans lequel on traite l'erreur se rapportant aux circonstances formant le *Tatbestand*: le code polonais postule dans l'art. 20 § 1 sur l'erreur concernant „l'essence du fait”, cette essence pouvant être, dans le domaine du droit pénal, seulement celle du fait „criminel”. De là la notion de l'erreur relative à „l'essence du fait” implique l'erreur relative à la licéité du fait, y englobant l'ensemble de problèmes des circonstances excluant son illégalité.

Vers la fin de son argumentation, complétée des suggestions contenues dans de nombreuses notes, l'auteur souligne que l'étendue du problème justifie le caractère fragmentaire et un peu abrégé de son travail. Dans ces conditions on n'a pas traité la question de la responsabilité d'une infraction d'omission, éliminée selon le principe extra-légal *ultra posse nemo obligatur* et, en plus, on a passé sous silence plusieurs questions suggérées par les dispositions de la partie spéciale du code pénal, plus particulièrement en ce qui concerne l'analogie *in bonam partem* appliquée à cause de *desuetudo*.

