

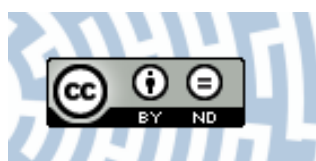


You have downloaded a document from
RE-BUŚ
repository of the University of Silesia in Katowice

Title: Tak zwane kontratyby pozaustawowe a funkcja gwarancyjna prawa karnego

Author: Michał Grudecki

Citation style: Grudecki Michał (2018). Tak zwane kontratyby pozaustawowe a funkcja gwarancyjna prawa karnego. W: A. Golonka, M. Trybus (red.), "Prawo karne w obliczu zmian i aktualnych problemów polityki kryminalnej" (S. 171-191). Rzeszów : AG edit



Uznanie autorstwa - Bez utworów zależnych Polska - Ta licencja zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu zarówno w celach komercyjnych i niekomercyjnych, pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



Rozdział VI.

**Tak zwane kontratyty pozaustawowe a
funkcja gwarancyjna prawa karnego**

I. Wstęp

Prawo karne, posługujące się przepisami wysławiającymi normy sankcjonujące naruszenia dóbr posiadających wartość społeczną, stanowi gałąź prawa, która w największym stopniu ingeruje w prawa i wolności jednostek. W związku z tym jedną z funkcji pełnionych przez tą gałąź, jest gwarancja. Funkcja gwarancyjna polega na ochronie osób przed nieuzasadnioną, a więc bezprawną ingerencją ze strony aparatu przymusu państwowego za pomocą norm prawnokarnych²²³. W literaturze dość powszechnie przyjmuje się, że omawiana funkcja jest najpełniej realizowana w drodze przestrzegania przez ustawodawcę oraz organy wymiaru sprawiedliwości zasady *nullum crimen sine lege*, która

²²³ Zob. przykładowo Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 27.

została wyrażona między innymi w przepisach art. 42 ust. 1 Konstytucji RP²²⁴ oraz art. 1 § 1 i art. 4 § 1 k.k.²²⁵. Nie można też zapomnieć, że zasada określoności jest ściśle związana z zasadą podziału władzy (art. 10 Konstytucji RP)²²⁶. Co więcej – zasada ta posiada wręcz swoje korzenie w zasadzie podziału władzy²²⁷. Druga z tych zasad odgrywa również nie małą rolę w wypełnianiu funkcji gwarancyjnej. To samo należy stwierdzić odnośnie do zasady legalizmu, pomieszczonej w art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, co zapobiega nadużyciom w arbitralnym stosowaniu przez przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości norm prawnokarnych.

²²⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.

²²⁵ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, tj. Dz. U. 2017, poz. 2204 ze zm. Por. A. Zoll, *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 2, s. 323.

²²⁶ Tak T. Sroka, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, Ł. Bosek, Warszawa 2016, s. 1009.

²²⁷ Tak sugeruje R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1992, nr 50, s. 103. Podobnie A. Zoll: „Nakaz wyłączności ustawowej w określeniu czynu zabronionego pod groźbą kary wynika z ustrojowej **zasady podziału władzy**”. - *idem, Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 51.

Celem niniejszego przedłożenia jest zaprezentowanie wątpliwości, które rodzą się w konfrontacji instytucji tak zwanych kontratypów pozaustawowych, czyli wyodrębnianych przez znaczną część karnistów niespisanych w żadnym akcie prawnym okoliczności wyłączających bezprawność czynu (a właściwie uniemożliwiających przyjęcia bezprawności), z funkcją gwarancyjną prawa karnego, realizowaną przez powyżej wspomniane zasady szczegółowe. Zakres wystąpienia nie pozwala na dokonanie szczegółowej analizy wskazanej kwestii i jednoznacznego przesądzenia stawianej hipotezy o niezgodności tak zwanych kontratypów pozaustawowych z prezentowanymi zasadami, a także celowości wyodrębniania tejże instytucji, aczkolwiek wypunktowane zarzuty mogą stać się przyczynkiem do dyskusji, która ułatwi prowadzenie dalszych badań. Zdaniem autora przedłożenia, dopóki prawnokarny model charakteru badanych okoliczności nie zostanie ostatecznie odkodowany, dopóty nie ma podstaw do posługiwania się pojęciem kontratypu pozaustawowego bez poddania w wątpliwość prawidłowości tej formuły. Dlatego też w wystąpieniu autor korzysta ze sformułowania **tak zwane** kontratypy pozaustawowe.

II. Zasada określoności w prawie karnym

Zasada określoności, którą inaczej można nazwać zasadą wyłączności ustawy²²⁸, jest jedną z fundamentalnych zasad prawa karnego²²⁹. Zanim Konstytucja z 1997 r. wyraziła ją wprost w normie art. 42 ust. 1, była wyprowadzana przez Trybunał Konstytucyjny z zasady demokratycznego państwa prawnego²³⁰. Oznacza to, że jest ona jej nieodłącznym elementem, a dokładniej rzecz ujmując – składnikiem zasady zaufania obywatela do państwa i tworzonego przez nią prawa²³¹. Zasada

²²⁸ Tak nazywa ją A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 3, s. 5.

²²⁹ Tak R. Dębski, *Zasada...*, s. 99. Z. Pinkalski nadaje jej jeszcze większe znaczenie, ponieważ traktuje ją jako posiadającą „[...] najwyższą rangę w polskim systemie prawa karnego”. - idem, *Konstytucyjność terminu „utwór” w świetle przepisów karnych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2012, nr 2, s. 17.

²³⁰ A. Zoll, *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 254. Por. np. postanowienie TK z 25 września 1991 r., S 6/91, „Legalis”, nr 10099.

²³¹ Jednoznaczności, bezpieczeństwa i pewności prawa. - patrz też J. Marcinkowska, *Pojęcie utworu w świetle konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa*, *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Treple*, red. P. Kostański i in., Warszawa 2017, s. 294.

określoności posiada dwóch adresatów – ustawodawcę oraz interpretatora, a ściślej mówiąc – stosującego normy 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 prawo. 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 [...] zachowania”²³².

Zasada określoności w najprostszym ujęciu oznacza więc, 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”²³³. Powyższe zdanie wynika bowiem wprost z podzasady *nullum crimen sine*

²³² A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori. Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, s. 504.

²³³ *Ibidem*, s. 506.

lege scripta. Oznacza ona zakaz stosowania prawa zwyczajowego lub opartego na judykatach i poglądach doktryny²³⁴. Skoro, jak już zostało wspomniane, „kontratypom pozaustawowym” zarzuca się brak egzemplifikacji ustawowej, *eo ipso* względu na tematykę opracowania, to właśnie ten element omawianej zasady należy podkreślić szczególnie mocno.

III. Zasada podziału władzy oraz zasada legalizmu

Zasada podziału władzy wypływa z art. 10 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Norma konstytucyjna wprowadza podział funkcji państwowych pomiędzy organy: władzę ustawodawczą sprawują Sejm i Senat, władzę wykonawczą Prezydent i Rada Ministrów, a władzę sądowniczą sądy i trybunały. Za *ratio legis* tejże zasady uznaje się poddanie jednostki ochronie „[...] przed konsekwencjami wynikającymi ze skoncentrowania całości władzy lub znacznego jej wycinka w rękach

²³⁴ Tak Z. Jędrzejewski, konstatując, że „[...] prawo karne musi być prawem pisanim i zawartym w ustawie [...]”. - *idem*, *Nullum crimen sine lege i kontratypy a zasada jedności porządku prawnego (jednolitej bezprawności)*, „Ius Novum” 2011, nr 1, s. 7.

jednego organu”²³⁵. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że taki zabieg gwarantuje sprawowanie władzy zgodnie z wolą Narodu oraz poszanowanie praw i wolności jednostek²³⁶. Zwraca się ponadto uwagę, że z omawianej zasady wynika zakaz ingerencji poszczególnej władzy w istotę drugiej z nich²³⁷. Szczególnie podkreślana jest odrębność władzy sądowniczej, której relacje z pozostałymi władzami muszą być oparte na zasadzie ścisłej separacji²³⁸.

Jak już zostało wskazane na początku przedłożenia, zasada legalizmu wynika z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Zasada ta nakłada na organy obowiązek przestrzegania wszystkich norm prawnych występujących w systemie, a także zakazuje podejmowania działania bez podstawy prawnej²³⁹. P. Tuleja zauważa, że „nakaz

²³⁵ M. Pach, P. Tuleja, *Komentarz do art. 10, Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, Ł. Bosek, Warszawa 2016, s. 341.

²³⁶ Zob. wyrok TK z 29 listopada 2005 r., P 16/04, „LEX” nr 174113.

²³⁷ M. Pach, P. Tuleja, *op. cit.*, s. 347-348.

²³⁸ Zob. wyrok TK z 14 kwietnia 1999 r., K 8/99, „LEX”, nr 36399.

²³⁹ P. Tuleja, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, Ł. Bosek, Warszawa 2016, s. 304. Zob. też

działania na podstawie i w granicach prawa ma charakter reguły nieprzewidującej żadnych wyjątków”²⁴⁰.

IV. Istota kontratypu oraz tak zwany kontratyp pozaustawowy

Przedstawiona została pokrótce treść zasad, których przestrzeganie przez organy władzy publicznej umożliwiwia należyte wypełnianie funkcji gwarancyjnej prawa karnego. W tym miejscu koniecznym jest zaprezentowanie sposobu rozumienia tak zwanego kontratypu pozaustawowego jako okoliczności wyłączającej bezprawność, aby móc skonfrontować ową nienormatywną instytucję z omówionymi zasadami konstytucyjnymi.

Zdaniem autora kontratypem jest okoliczność ograniczająca zakres zastosowania normy sankcjonowanej, w momencie zajścia jednej z podlegających generalizacji, powtarzalnych i występujących w codziennym życiu przypadków kolizji dóbr prawnych, w drodze poświęcenia jednego z tych dóbr wówczas, gdy poświęcenie to jest konieczne oraz

postanowienie TK z 4 października 2011 r., P 9/11, „LEX”, nr 1069967.

²⁴⁰ P. Tuleja, *op. cit.*, s. 305.

podjęte w celu ochrony drugiego dobra²⁴¹. To ograniczenie powoduje odjęcie ochrony prawnokarnej dobru społecznemu (utrata statusu dobra prawnego), w które godzi sprawca działający w sytuacji kontratypowej. Ustawodawca, usprawiedliwiając zachowanie podjęte w omawianej sytuacji, wyłącza je z klasy zachowań zabronionych przez zakaz wynikający z normy sankcjonowanej. Zachowanie pozornie zgodne z ustawowymi znamionami (pozornie, ponieważ brakuje ataku na dobro prawne), w trakcie którego dochodzi do naruszenia bądź narażenia na niebezpieczeństwo dobra społecznego, rodzi wyłącznie domniemanie bezprawności, a nie przesądza o niej. Konieczne jest zbadanie czy nie zostały zrealizowane znamiona kontratypu, co spowodowałoby ograniczenie zakresu zastosowania normy sankcjonowanej i przydało zachowaniu cechę legalności.

W sytuacji kontratypowej nadal ma miejsce naruszenie bądź narażenie na niebezpieczeństwo dobra społecznego, ponieważ decyzją ustawodawcy, dobro posiadające wartość społeczną nie może tej wartości utracić. Możliwe jest wyłącznie, aby w danych

²⁴¹ Por. L. Wilk, *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2012, s. 137.

powtarzalnych sytuacjach, straciło ono przymiot dobra prawnego przez ograniczenie zakazu, który mu tę ochronę przydawał²⁴². Prawo w pewnych sytuacjach po prostu wycofuje ochronę niektórych dóbr prawnych²⁴³. W przypadku kontratypów dzieje się tak w momencie wystąpienia wtórnej kolizji tych dóbr. Braku bezprawności spowodowanego wystąpieniem sytuacji kontratypowej, nie powinno się jednak utożsamiać z brakiem ujemnej oceny podejmowanego w ramach kontratypu zachowania, które bądź co bądź narusza dobro społeczne. W tym sensie pozostaje ono społecznie szkodliwe.

W opracowaniach z zakresu prawa karnego większość autorów wyróżnia kontratypy ustawowe oraz

²⁴² Dlatego te ograniczenia zakazów są tak wąskie np. w postaci dostosowania sposobu obrony koniecznej do niebezpieczeństwa zamachu.

²⁴³ T. Kaczmarek, *Zapis dyskusji nt. „Charakter prawny kontratypu” z dnia 9 lutego 2009 r. oraz 20 marca 2009 r. na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 2, s. 85. Por. też słowa J. Giezka: „[...] istotą stanu wyższej konieczności właśnie to, że ze względu na kolizję dwóch dóbr prawo cofa ochronę w stosunku do jednego z nich”. - *idem, Kolizja dóbr a prawnokarna ochrona wolności, Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16-18 maja 2005 r.*, red. M. Mozgawa, Zakamycze 2006, s. 82. Pogląd ten należy odnieść nie tylko do stanu wyższej konieczności, ale i innych kontratypów.*

pozaustawowe. Rozróżnienie to wynika z faktu, że ich zdaniem katalog kontratypów posiada niejednolite źródło²⁴⁴. Autorzy ci wskazują, że część kontratypów istnieje dzięki ich ujęciu w ramy przepisów prawnych, inne zaś „[...] nie są przewidziane w przepisach prawnych, lecz wynikają ze zwyczaju bądź sformułowane są przez naukę prawa i respektowane przez praktykę”²⁴⁵. Są to tak zwane kontratypy pozaustawowe.

V. Tak zwane kontratypy pozaustawowe versus funkcja gwarancyjna prawa karnego

Znając istotę oraz charakter prawny kontratypu trzeba rozważyć czy kreowanie tej okoliczności usprawiedliwiającej przez orzecznictwo i naukę jest dopuszczalne w świetle omówionych na wstępie zasad prawa karnego, realizujących funkcję gwarancyjną. Odnośnie do zasady określoności warto zauważyć, że znaczna część autorów stoi na stanowisku, iż zasada *nullum crimen sine lege* statuuje wymóg zamkniętego kręgu wyłącznie typów czynów zabronionych, nie tyczy

²⁴⁴ O. Sitarz, *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2016, s. 172. Oczywiście mowa tu o źródle w znaczeniu formalnym.

²⁴⁵ M. Cieślak, *Dziela wybrane. Tom III. Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Kraków 2011, s. 185.

się jednak kontratypów, dlatego dopuszczalny jest otwarty katalog kontratypów²⁴⁶. Zdecydowana mniejszość autorów uznaje, że instytucja tak zwanych kontratypów pozaustawowych narusza zasadę określoności²⁴⁷. 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”²⁴⁸. Należy zatem przyznać rację O. Sitarz, zdaniem której „brak ustawowych granic okoliczności wyłączających

²⁴⁶ Przykładowo W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 10, s. 505; A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 7; J. Waszczyński, S. Lelental, *Prawo karne w zarysie: nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992, s. 159; Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 239-240.

²⁴⁷ H. Rajzman, *Analógia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Sectio G Ius” 1966, XIII, s. 47; A. Marek, V. Konarska-Wrzosek, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 167; O. Sitarz, *op. cit.*, 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*, *Filozoficzno-metodologiczne aspekty teorii negatywnych znamion czynu przestępnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, z. 2, s. 19.

²⁴⁸ H. Rajzman, *op. cit.*, s. 47. Por. także A. Marek, V. Konarska-Wrzosek, *op. cit.*, s. 167; O. Sitarz, *op. cit.*, s. 172.

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*²⁴⁹. Bez znajomości przepisów stanowiących kontratypy, człowiek nie jest w stanie określić, kiedy aktualizuje się karnoprawny zakaz lub nakaz postępowania, a tym samym nie ma całkowitej pewności za jakie zachowania może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Ze względu na swój gwarancyjny charakter cała problematyka zasad odpowiedzialności karnej powinna być uregulowana w ustawie²⁵⁰.

Posłużenie się przez sąd tak zwanym kontratypem pozaustawowym oznacza nic więcej, jak zastosowanie abstrakcyjnie i generalnie sformułowanej normy usprawiedliwiającej do danego przypadku typowego zachowania, w sytuacji, w której norma ta nie pochodzi od prawodawcy, posiadającego ustrojową kompetencję do

²⁴⁹ O. Sitarz, *op. cit.*, s. 172.

²⁵⁰ Tak też A. Zachuta, *Czy istnieją «wiosenne kontratypy»?*, „Edukacja Prawnicza” 2006, z. 4, s. 48.

jej wydania²⁵¹. Tym samym władza sądownicza wkracza w obszar zarezerwowany dla władzy ustawodawczej. Sądy w takich przypadkach bądź kreują podstawę prawną zezwolenia, a zatem wykonują funkcję państwową zarezerwowaną dla władzy ustawodawczej (niezgodność z art. 10 Konstytucji RP), bądź orzekają stosując okoliczności usprawiedliwiające stworzone przez wcześniejsze judykaty czy piśmiennictwo (niezgodność z art. 7 Konstytucji RP). Posługiwanie się przez władzę sądowniczą instytucją tak zwanego kontratypu pozaustawowego grozi ponadto działaniem wbrew intencji ustawodawcy. Skoro bowiem pewna powtarzalna i możliwa do opisania sytuacja nie została stypizowana przez racjonalnego prawodawcę jako kontratyp, to można założyć, że celowo nie przewidział on takowej okoliczności usprawiedliwiającej. Jakakolwiek działalność kreacyjna sądu w zakresie tego typu norm będzie wtenczas, na co zwraca uwagę M. D. Kopeć, wspomnianym już bezprawnym „[...] wkroczeniem

²⁵¹ A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński i in., Lublin 2005, s. 434.

władzy sądowniczej na obszar zastrzeżony konstytucyjnie dla władzy ustawodawczej”²⁵².

Art. 87 Konstytucji RP zawiera zamknięty katalog źródeł powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Ustrojodawca nie włączył do niego orzecznictwa, piśmiennictwa, ani przyjętego zwyczaju. Wyłączenie zachowania spod zakazu karnego i w związku z tym uwolnienie od odpowiedzialności karnej na podstawie tak zwanego kontratypu pozaustawowego jest więc niczym innym jak działaniem organu władzy publicznej bez podstawy prawnej. Takie postępowanie sądu jawi się jako sprzeczne z zasadą praworządności pomieszczoną w art. 7 Konstytucji RP²⁵³. Kontratyp pozaustawowy jest kontratypem pozaprawnym, dlatego też sądy sprawujące wymiar sprawiedliwości i

²⁵² M. D. Kopeć, *Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w polskim prawie karnym*, Lublin 2015, s. 156. Zob. również słowa M. Małeckiego: „Brak stosownego kontratypu jest wyraźną decyzją kryminalizacyjną: ustawa karna każe ścigać sprawców określonego czynu zabronionego, nie dostrzegając podstaw do usprawiedliwienia tego typu z uwagi na okoliczności, w jakich został on popełniony [...]”. - *idem*, *Granice sztuki w świetle prawa karnego*, „Zeszyty Artystyczne” 2015, nr 26, s. 47.

²⁵³ Tak też m. in. A. Zoll, „*Pozaustawowe*” ..., s. 434; M. D. Kopeć, *op. cit.*, s. 156-157.

obowiązane działać w granicach i na podstawie prawa nie mogą się na niego powoływać²⁵⁴.

VI. Słowem zakończenia

W podsumowaniu skłonić się trzeba ku stwierdzeniu zakładającemu niedopuszczalność kreowania lub powoływania się na tak zwane kontratytypy pozaustawowe przez składy orzekające w sprawach karnych z powodu niezgodności tego postępowania z zasadami podziału władzy, legalizmu oraz określoności. Pomimo tego, *prima facie*, można jednak stwierdzić, że owe pozaprawne instytucje nie naruszają funkcji gwarancyjnej prawa karnego, ponieważ działają na korzyść sprawcy wypełniającego znamiona typu. Wrażenie to jest złudne. Dlatego też ponownie trzeba przytoczyć *in extenso* słowa O. Sitarz, że „brak ustawowych granic okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną oznacza, że brak jest ustawowych granic bezprawia”²⁵⁵. Pełną wiedzę dotyczącą tego, jakim czynem i w jakich warunkach popełnionym, można narazić się na ponoszenie

²⁵⁴ Jak wynika z istoty kontratytypu i co zauważa M. Małecki, „zachowanie nielegalne nie może «stać się» legalne bez wyraźnej podstawy prawnej”. - *idem*, *op. cit.*, s. 47.

²⁵⁵ O. Sitarz, *op. cit.*, s. 172.

odpowiedzialności karnej, daje dopiero pomieszczenie w ustawie karnej albo innym równorzędnym bądź wyższym akcie prawa zarówno pozytywnych, jak i negatywnych przesłanek owej odpowiedzialności oraz pozbawienie możliwości jakiegokolwiek ich kreowania przez przedstawicieli władzy sądowniczej²⁵⁶.

W związku z powyższym korzystanie przez sądy z tak zwanych kontratypów pozaustawowych może być dopuszczalne tylko wówczas, gdy uprawnienie to wynika z przepisów ustrojowych, a więc stanowi zezwolenie na wkroczenie władzy sądowniczej w zakres władzy ustawodawczej²⁵⁷. *De lege lata* takiej możliwości nie ma, dlatego też wydaje się, że instytucja tak zwanych kontratypów pozaustawowych nie powinna dłużej być stosowana w demokratycznym państwie prawa.

²⁵⁶ Warto przytoczyć w tym miejscu słowa H. Rajzmana, który zauważa, że pomieszczenie kontratypów w Kodeksie karnym stanowi wyraz troski ustawodawcy „[...] o zachowanie wymagań praworządności w każdym kierunku, jednako dokładnych w stanowieniu *in malam*, co *in bonam partem*”. - *idem*, Zagadnienie «kontratypów» w projekcie kodeksu karnego PRL. „Państwo i Prawo” 1963, nr 3, s. 513.

²⁵⁷ M. D. Kopeć, *op. cit.*, s. 158.

Literatura:

Barczak-Oplustil A., *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 3.

Dębski R., *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica” 1992, nr 50.

Giezek J., *Kolizja dóbr a prawnokarna ochrona wolności, Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16-18 maja 2005 r.*, red. M. Mozgawa, Zakamycze 2006.

Grześkowiak A., *Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori, Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991.

Gubiński A., *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961.

Jędrzejewski Z., *Nullum crimen sine lege i kontratypy a zasada jedności porządku prawnego (jednolitej bezprawności)*, „Ius Novum” 2011, nr 1.

Kaczmarek T., *Zapis dyskusji nt. „Charakter prawny kontratypu” z dnia 9 lutego 2009 r. oraz 20 marca 2009 r. na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 2.

Kopeć M.D., *Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w polskim prawie karnym*, Lublin 2015.

Małecki M., *Granice sztuki w świetle prawa karnego*, „Zeszyty Artystyczne” 2015, nr 26.

Marcinkowska J., *Pojęcie utworu w świetle konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa, Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Treple*, red. P. Kostański i in., Warszawa 2017.

- Marek A., Konarska-Wrzosek V., *Prawo karne*, Warszawa 2016.
- Opar A., *Filozoficzno-metodologiczne aspekty teorii negatywnych znamion czynu przestępnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, z. 2.
- Pach M., Tuleja P., *Komentarz do art. 10, Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, Ł. Bosek, Warszawa 2016
- Pinkalski Z., *Konstytucyjność terminu „utwór” w świetle przepisów karnych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2012, nr 2.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015.
- Rajzman H., *Zagadnienie «kontratypów» w projekcie kodeksu karnego PRL*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 3.
- Rajzman H., *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Sectio G Ius” 1966, XIII.
- Sitarz O., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2016.
- Sroka T., *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, Ł. Bosek, Warszawa 2016.
- Tuleja P., *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, Ł. Bosek, Warszawa 2016.
- Waszczyński J., Lelental S., *Prawo karne w zarysie: nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992.
- Wilk L., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2012.
- Wolter W., *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 10.
- Zachuta A., *Czy istnieją «wiosenne kontratypy»?*, „Edukacja Prawnicza” 2006, z. 4.
- Zoll A., *„Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady*

- podziału władzy, W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński i in., Lublin 2005
- Zoll A., *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 2.
- Zoll A., *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011
- Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.