

Dr hab. Agnieszka Barczak-Oplustil  
Katedra Prawa Karnego  
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

Kraków, dnia 18 sierpnia 2020 r.

## **Recenzja**

**rozprawy doktorskiej mgr-a Michała Grudeckiego**

**pt. „Tak zwane kontratyty pozaustawowe w polskim prawie karnym”**

### **I. Wybór tematu i problemów badawczych rozprawy.**

Przedmiotem recenzowanej rozprawy doktorskiej jest problematyka tzw. kontratytyw pozaustawowych. Zagadnienie to jest z jednej strony niezwykle doniosłe zarówno z dogmatycznego, jak i praktycznego punktu widzenia, z drugiej strony zaś niezwykle sporne, o czym świadczą najczęściej emocjonalne wypowiedzi zarówno zwolenników, jak i przeciwników tej konstrukcji. Głównym celem badawczym rozprawy było ustalenie prawnokarnego charakteru wybranych okoliczności zaliczanych do tzw. kontratytyw pozaustawowych. Wymagało to od Autora odpowiedzi na pytanie, czy dopuszczalne jest posługiwanie się tą konstrukcją w prawie karnym, co z kolei poprzedzone być musiało ustosunkowaniem się do tak fundamentalnych zagadnień prawa karnego, jak chociażby: charakter bezprawności, czy treść normy sankcjonowanej. Należy już w tym miejscu zwrócić uwagę, że za prawie każdym z poglądów prezentowanych w analizowanych w pracy obszarach badawczych można wysunąć szereg argumentów zarówno „za”, jak i „przeciw”, niejednokrotnie o tym samym ciężarze gatunkowym, co czyni niezwykle trudnym udzielenie jednoznacznej i przekonującej odpowiedzi na stawiane w pracy pytania.

Zarówno wybór tematu rozprawy, jak i sformułowane przez Doktoranta problemy i cele badawcze zasługują w pełni na pozytywną ocenę. W polskim piśmiennictwie brakowało dotychczas studium zawierającego pogłębioną analizę badanej problematyki. Występujące w polskiej doktrynie opracowania poświęcone temu zagadnieniu mają zasadniczo charakter przyczynkowski lub artykułowy, względnie stanowią jedynie element dzieł monograficznych

dotyczących bezprawności. Dopiero rozprawa mgr-a Michała Grudeckiego wypełnia tę lukę, stanowiąc pierwsze w polskiej literaturze z zakresu prawa karnego tak wyczerpujące i kompleksowe opracowanie poświęcone tej problematyce.

## **II. Konstrukcja rozprawy, zastosowane metody badawcze oraz warsztat.**

Rozprawa jest skonstruowana w sposób poprawny metodologicznie i przejrzysty. Składa się z dziewięciu rozdziałów pogrupowanych w dwie części oraz rozbudowanego wprowadzenia i zakończenia, zawierającego odpowiednio przedstawienie celów i hipotez badawczych pracy oraz podsumowanie.

Punktem wyjścia dla prowadzonej w rozprawie analizy było ustalenie możliwości kreowania i posługiwania się konstrukcją „kontratypów pozaustawowych”, czemu poświęcona została pierwsza część recenzowanej dysertacji. Odpowiedź na powyższe pytanie wymagała od Autora nie tylko omówienia konstrukcji bezprawności w prawie karnym, w tym przyjęcia jednego z ujęć bezprawności, tj. monistycznego względnie pluralistycznego, ale i opowiedzenia się za jednym z przyjmowanych w doktrynie rozumień normy sankcjonowanej. Kolejnym problemem, który Autor roztrząsa w tej części pracy, była analiza istoty kontratypizacji oraz miejsca kontratypu w strukturze normatywnej. W pracy została także dokładnie omówiona problematyka reguł postępowania z dobrem prawnym jako punkt odniesienia dla konstrukcji kontratypów, jak też podjęta próba zobrazowania obu tych struktur w perspektywie materialnoprawnej (społecznej szkodliwości, społecznej akceptowalności, fenomenu „mniejszego zła”). Ostatni rozdział pierwszej części pracy poświęcony został *stricte* ostatecznemu przesądzeniu, czy dopuszczalne jest posługiwanie się w prawie konstrukcją kontratypów pozaustawowych, szczególnie biorąc pod uwagę funkcje prawa karnego, jak też zgodność tej konstrukcji z obowiązującymi zasadami konstytucyjnymi.

W drugiej części recenzowanej pracy Autor omówił wybrane przypadki, które traktowane są przez część doktryny jako kontratypy pozaustawowe (tj. zgoda dzierżyciela dobra prawnego, zwyczaj, ryzyko sportowe, karcenie małoletniego, działalność artystyczna) oraz podjął się próby zakwalifikowania ich albo do grupy zachowań pierwotnie legalnych (akceptowalnych) albo kontratypowych, które – ze względu na wykluczenie przez Autora konstrukcji kontratypów pozaustawowych na gruncie prawa karnego – wymagają dopiero wprowadzenia do porządku prawnego. W tym ostatnim przypadku Autor przedstawił w pracy treść proponowanych regulacji.

W rozprawie zastosowano kilka wzajemnie uzupełniających się metod analizy prawniczej, tworzących jednolity proces badawczy. Jak zaznacza sam Autor (s. 19), podstawowe znaczenie miała metoda formalno-dogmatyczna, polegająca na analizie obowiązujących norm polskiego prawa, na tle wypowiedzi judykatury i doktryny. Analiza obowiązujących regulacji była niekiedy wsparta metodą historyczną, a także w niewielkim zakresie komparatystyczną. Szukając odpowiedzi na postawione w pracy pytania Autor nawiązywał do innych dziedzin prawa, w szczególności do prawa konstytucyjnego, teorii i filozofii prawa, jak także do innych nauk humanistycznych – socjologii, psychologii, pedagogiki oraz nauk o sztuce, czy kulturze fizycznej. Uzasadnia to tezę o interdyscyplinarnym charakterze recenzowanej pracy. Rozważania zawarte w rozprawie cechuje zarówno pogłębiona, dogmatyczna podbudowa analizowanych zagadnień, jak i uwzględnienie ich praktycznych aspektów.

Na jednoznacznie pozytywną ocenę zasługuje strona formalna pracy. Rozprawa jest napisana precyzyjnym, a jednocześnie jasnym i komunikatywnym językiem, ze stosunkowo niewielką (biorąc pod uwagę objętość pracy) ilością błędów stylistycznych czy interpunkcyjnych, co świadczy o starannej korekcie autorskiej. W pracy można spotkać nieliczne literówki (np. na s. 110, 4 linijka od dołu zamiast „zawsze musi spotkać się” jest „zawsze zmusi spotkać się”), brakujące fragmenty zdań (np. na s. 227 – 228 w zdaniu: „Tak zwanym kontratypem pozaustawowym będzie zatem kontratyp, którego – analogicznie do typu – choć istota zezwolenia nie będzie określona w ustawie” brakuje kilku słów), czy też oczywiste omyłki pisarskie (np. na s. 130 Autor pisząc o pierwotnej i wtórej legalności uznaje je za przykład dwojakiego braku wypełnienia znamion typu czynu zabronionego, co musi być pomyłką skoro nie budzi wątpliwości, że zdaniem Autora zachowania wtórnie legalne wypełniają znamiona typu, co jest wprost napisane w ostatniej linijce na s. 130).

Warsztat naukowy Doktoranta jest bardzo dobry. W pracy zostały jasno oddzielone stanowiska reprezentowane w doktrynie lub orzecznictwie od własnych przemyśleń i poglądów Autora, które zostały uzasadnione, choć nie zawsze w stopniu wymaganym w pracach naukowych (co jednak wynika z wielości podejmowanych w pracy zagadnień, o czym poniżej). Zasadniczo starannie został opracowany aparat przypisów, które sporządzone są w sposób niezwykle precyzyjny oraz bardzo dobrze wypełniają swoją podstawową funkcję, tj. wskazanie źródeł, na których opiera się zawarta w pracy analiza. Niekiedy tylko Autor przytaczając różne stanowiska wyrażone w doktrynie na dany temat, np. odnośnie bezprawności, odwołuje się w przypisach nie do opracowań, w których zostały one sformułowane, ani do tych, w których

zostały one przytoczone (tzw. cytowanie pośrednie), ale do opracowań o charakterze sprawozdawczym, w których wszystkie wyrażone dotychczas na dany temat poglądy zostały omówione (zob. przykładowo przypisy od 32 do 41). W sytuacji, w której także w tekście nie ma wskazania, kto jest Autorem cytowanego stanowiska, czytelnik może mieć trudności z ustaleniem, kto je głosi. W recenzowanej rozprawie nie występuje natomiast „maniera podwójnej narracji”, tj. mnożenia rozbudowanych przypisów, w których prowadzone są rozważania równoległe do analizy prowadzonej w tekście głównym. Podkreślenia także wymaga, że w recenzowanej pracy została w pełni wykorzystana bardzo obszerna literatura przedmiotu przede wszystkim polska, oraz orzecznictwo sądów polskich, jak i Trybunału Konstytucyjnego.

Nie sposób nie zastanowić się nad rozłożeniem materii w recenzowanej pracy. Dotyczy ona tzw. kontratypów pozaustawowych, jednakże najistotniejsze zagadnienie to jest omówienie dopuszczalności tej konstrukcji na gruncie prawa polskiego nie zostało poddane tak dogłębnej i wielopłaszczyznowej analizie, której można by spodziewać się po tak obszernym opracowaniu. Autor wprawdzie pogłębił argumentację przemawiającą przeciwko dopuszczalności tej konstrukcji w prawie karnym, nie rozważając jednak dokładnie argumentów przemawiających „za” jej funkcjonowaniem. W tym momencie nie sposób też nie postawić pytania, na ile można było powoływać się – dla wykazania niedopuszczalności kontratypów pozaustawowych – na argumenty wywodzone z charakteru, czy cech okoliczności uznawanych wprawdzie przez część doktryny za takie kontratypy, które to jednak okoliczności (zachowania podjęte w ich ramach) w drugiej części pracy Autor uznaje za pierwotnie legalne. Przykładowo uzasadniając tezę o możliwości rozszerzenia granic odpowiedzialności karnej przez konstrukcje kontratypów pozaustawowych (co niewątpliwie przemawia przeciwko nim) Autor powołuje się na argumenty wysuwane na gruncie tzw. dopuszczalnego ryzyka sportowego (s. 248), które to ryzyko – jak wynika z drugiej części pracy – umiejscawiać należy na płaszczyźnie reguł postępowania z dobrem prawnym, a nie kontratypów pozaustawowych.

Wracając do problematyki rozłożenia materii omawianej w recenzowanej pracy warta zauważenia jest obszerność rozważań poświęconych regułom postępowania z dobrem prawnym w porównaniu do generalnych rozważań odnoszących się do istoty kontratypów, w tym kontratypów pozaustawowych. Wydaje się, że proporcje zostały nieco zaburzone i nie wszystkie poruszane zagadnienia (dotyczące reguł postępowania) wymagały tak wyczerpującego omówienia. Rozważania poświęcone relacji między atakiem na dobro prawne



(godzeniem w dobro prawne), a naruszeniem reguł postępowania z dobrem prawnym, którym Autor poświęcił sporo uwagi, są drugorzędne w perspektywie tematu badawczego, a wyrażane w ich ramach poglądy budzą sporo wątpliwości. Przykładem takiej kontrowersyjnej tezy (wyrażanej wprawdzie już w literaturze) jest teza, zgodnie z którą zachowanie może nie godzić w dobro prawne, a jedynie stanowić jego naruszenie/narażenie na niebezpieczeństwo (s. 218). Od razu pojawia się pytanie, czy tutaj rzeczywiście dochodzi do naruszenia dobra prawnego, czy tylko jego materialnego substratu. Podkreślić przy tym należy, że dokonanie analizy konstrukcji reguł postępowania z dobrem prawnym było w recenzowanej pracy konieczne i zasługuje na aprobatę, jako że umożliwiło ono Autorowi zbadanie, na ile w przypadku tych reguł, które mają charakter wielokrotnie pozaustawowy, zwyczajowy, a które podobnie jak kontratypy pozaustawowe wpływają na określenie zachowań, których podjęcie jest nakazane lub zakazane przez prawo, relewantne są zarzuty stawiane tej kategorii kontratypów.

### **III. Ocena merytoryczna pracy**

1. Na wstępie pragnę zaznaczyć, że nie zgadzam się z dużą częścią tez i wniosków zaprezentowanych w rozprawie. Nie budzi moich wątpliwości, że ich podstawą (podobnie jak w przypadku tez, czy wniosków, pod którymi się podpisuję) jest zasadniczo solidna, pogłębiona analiza doktryny polskiej oraz orzecznictwa, a stawiane tezy są w dużej części uzasadnione w sposób wyczerpujący choć nie zawsze przekonujący, co w przypadku tak spornych i mocno aksjologicznie podbudowanych zagadnień, nie stanowi bynajmniej zarzutu stawianego ich Autorowi. Podkreślić należy, że recenzowana rozprawa dowodzi dużej, a niekiedy wręcz imponującej wiedzy Autora i jego znajomości poruszanej w pracy problematyki, koncentrującej się wokół kluczowych zagadnień struktury przestępstwa, jakimi są: norma sankcjonowana, reguły postępowania z dobrem prawnym, bezprawność i społeczna szkodliwość. Poniżej skoncentruję się przede wszystkim na tych fragmentach i tezach rozprawy, co do których trafności mam wątpliwości lub których argumentacja mogłaby zostać rozbudowana i uzupełniona.

2. Pierwsze dwa rozdziały recenzowanej monografii poświęcone są rozumieniu bezprawności w prawie karnym, w tym omówieniu istoty normy sankcjonowanej, kontratypu oraz reguł postępowania z dobrem prawnym. W toczącym się od lat doktrynalnym sporze na temat tego czy bezprawność należy ujmować monistycznie czy pluralistycznie Autor opowiada się za tym drugim ujęciem. Problem pojawia się jednak na płaszczyźnie definicji normy sankcjonowanej. Autor nie uzasadnił relacji między pluralistycznie rozumianą bezprawnością oraz przyjęciem,

że przepisy prawa karnego stanowią źródło norm sankcjonowanych (z którą to tezą należy się zgodzić), a koniecznością umieszczenia strony podmiotowej i skutku w obrębie tej struktury normatywnej (s. 58 pracy). Jest to o tyle istotne, że z treści dysertacji wynika, że zdaniem Autora norma sankcjonowana wskazuje zachowania zakazane lub nakazane (zob. s. 59, s. 180), jak też ma na celu kierować zachowaniami jej adresatów (s. 181). Przy takim ujęciu normy sankcjonowanej skutek mieści się poza zakresem normowania, bo on nie może być „nakazany” lub „zakazany”. Autor nie rozwił także wątpliwości co do potrzeby i kryteriów wyodrębniania w takim przypadku w strukturze przestępstwa płaszczyzny bezprawności i karalności, co jest o tyle istotne, że przedstawiana w pracy argumentacja za koniecznością umieszczenia strony podmiotowej na płaszczyźnie normy sankcjonowanej (płaszczyzna bezprawności) związana jest z koniecznością osiągnięcia przez zachowanie sprawcy *quantum* naganności uzasadniające zabronienie tego zachowania (s. 60), ale – co nie jest w tym miejscu wprost wypowiedziane – chodzić przecież musi nie o jakiegokolwiek „zabronienie”, tylko pod groźbą kary (czyli płaszczyzna karalności). Inne zaś elementy decydują o tym, czy za dane zachowanie powinna być wymierzona kara, a inne o tym, czy powinno być ono „zakazane” lub „nakazane”, szczególnie gdy w centrum uwagi stawia się dobro prawne (co zdaje się czynić Autor recenzowanej pracy). Takie ujęcie normy sankcjonowanej (tj. wymagającej dla jej naruszenia wystąpienia skutku i odpowiedniej strony podmiotowej) prowadzi do wniosku, że na gruncie prawa – nie tylko karnego – przykładowo zachowanie stanowiące bezpośrednie zmierzanie do odbycia stosunku seksualnego poprzez wprowadzenie ofiary w błąd (przy braku umyślności po stronie sprawcy) stanowi zachowanie legalne, i jak byśmy nie rozumieli bezprawności przy obronie koniecznej, uniemożliwia odparcie zamachu z powołaniem się na ten ustawowy kontratyp. Wszystkie przytaczane w doktrynie (także przez Autora recenzowanej pracy) argumenty za tym, że prawo karne musi stanowić źródło normy sankcjonowanej, bo czasami będzie jedynym źródłem uznania danego zachowania za zakazane/nakazane, uzasadniają tezę, że integralną częścią tej normy nie tylko nie musi, ale nawet nie powinno być w każdym przypadku nastawienie psychiczne sprawcy do czynu. Strona podmiotowa nie zawsze będzie miała znaczenie z perspektywy ochrony dobra prawnego – co powinno być relewantne dla oceny bezprawności zachowania Intencje sprawcy, istotne dla odpowiedzi na pytanie, czy należy go ukarać za podjęte zachowanie (płaszczyzna karalności), wielokrotnie nie będą zatem mieć znaczenia dla tego, czy należy danego zachowania zakazać (dla ustalenia poziomu nieakceptowalnego niebezpieczeństwa zachowania dla dobra prawnego nie zawsze ma znaczenie, czy sprawca miał świadomość tego co robi, czy też nie). Pomiędzy wykluczeniem z normy sankcjonowanej elementów podmiotowych (co jest w pracy zasadnie krytykowane), a

przyjęciem – jak uczynił to Autor w recenzowanej dysertacji – że strona podmiotowa zawsze stanowi element normy sankcjonowanej – jest przepaść. Przyjęte założenia prowadzą Autora w dalszych rozważaniach do kolejnych, trudnych do zaakceptowania i nieintuicyjnych tez głoszących, że zachowanie nierealizujące znamion typu czynu zabronionego, ze względu na niespełnienie wymogów strony podmiotowej, jest nie tylko pierwotnie legalne, ale społecznie nieszkodliwe/akceptowalne (s. 124). Autor podaje w pracy przykład nieumyślnego zniszczenia rzeczy, który może nie jest tak bardzo rażący (choć mam obawy, czy właściciel zniszczonej na skutek niedbalstwa rzeczy zgodziłby się z tezą o społecznej nieszkodliwości takiego zachowania). Jednakże już przyjęcie, przykładowo, że dopuszczenie się obcowania płciowego z osobą 13-letnią w sytuacji, w której sprawca nie zdawał sobie sprawy z wieku osoby pokrzywdzonej, czy tzw. nieumyślny gwałt są społecznie nieszkodliwe/akceptowalne, byłoby kontrfaktyczne. Z perspektywy ochrony dóbr prawnych – a ta perspektywa przeważa w pracy Autora – bardziej akceptowalne przez społeczeństwo niż wskazane powyżej zachowania, będzie – przykładowo – zniszczenie rzeczy wartości 500 zł po to, aby uratować życie człowieka, które to z kolei zachowanie, zgodnie z przyjętą w pracy konstrukcją, może być uznane co najwyżej za społecznie tolerowane, a także co najwyżej za wtórnie legalne. Przy czym w uzasadnieniu swojego stanowiska Autor wskazuje – i to dosyć konsekwentnie – na dwa czynniki: godzenie w dobro prawne i naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym, które występują w przypadku kontratypów (s. 124). Autor nie zauważa jednakże, że te dwa elementy występują także niejednokrotnie – ze względu na przyjętą konstrukcję normy sankcjonowanej – w przypadku zachowań uważanych przez niego za pierwotnie legalne (przy realizacji znamion strony przedmiotowej typu, a braku realizacji znamion strony podmiotowej).

3. Trudności z rozróżnieniem płaszczyzny bezprawności i karalności widoczne są także w tej części pracy, w której Autor wskazuje, że jeżeli narzędzia prawnokarne stają się nieskuteczne dla ochrony dobra prawnego to ustawodawca powinien podjąć decyzje o zniesieniu zakazu danego zachowania, a więc zaprzestać prawnokarnej ochrony (s. 82). Uchylając przepis prawnokarny ustawodawca – co nie budzi wątpliwości – znosi karalność danego zachowania, natomiast nie ma podstaw do przyjęcia tezy, że oznacza to „zniesienie zakazu danego zachowania”. Mając na względzie, że prawo karne zasadniczo nie reguluje stosunków społecznych, decyzja dekryminalizacyjna w niewielu przypadkach skutkować będzie zniesieniem zakazu danego zachowania. Problemy z rozróżnieniem płaszczyzny bezprawności z płaszczyzną karalności pojawiają się także w momencie, w którym Autor zastanawia się nad kolizją wartości konstytucyjnych leżących u podstaw kryminalizacji (s. 83 i 84, s. 135),

dochodząc do wniosku, że w kolizji pozostaje szeroko rozumiana wolność człowieka z dobrami prawnymi typu życie, zdrowie czy mienie. Zgodzić się należy, że taka kolizja występuje, ale na etapie ustalenia tego co jest nakazane lub zakazane, a nie na etapie ustalenia tego co jest zabronione pod groźbą kary (czyli karalności); na tym drugim etapie po stronie dóbr pozostających w kolizji trzeba umieścić także dobra prawne naruszane na skutek wymierzenia sprawcy kary (a zatem mienie, wolność sensu stricto – inna niż ta naruszana przez wprowadzenie samego zakazu).

4. Okoliczność, że w doktrynie prawa karnego tym samym terminem „norma sankcjonowana” obejmuje się dwie diametralnie odmienne konstrukcje rodzi problemy przy rekonstrukcji faktycznych poglądów głoszonych przez poszczególnych przedstawicieli nauki prawa karnego. Powoływanie się przykładowo przy rozważaniach dotyczących umiejscowienia kontratypów w strukturze normy prawnokarnej na tezy głoszone przez osoby, które odmiennie od Autora ujmują normę sankcjonowaną, rodzi pewien dysonans. Zdania, które literalnie są identyczne, mogą – choć oczywiście nie muszą – ze względu na odmienne poglądy co do istoty normy sankcjonowanej, „nieść” ze sobą nawet wykluczające się treści.

5. Jak już zostało to podkreślone na aprobatę zasługuje dokonywanie ustaleń dotyczących kontratypizacji w perspektywie przyjmowanych w doktrynie poglądów, dotyczących reguł postępowania z dobrem prawnym. Wątpliwości może budzić jednak przyjęte w pracy – co widać szczególnie przy rozważaniach zawartych w drugiej części pracy – zasadnicze (materiałnoprawne) kryterium rozróżniające sytuacje pierwotnie legalne, tj. nie naruszające reguł postępowania z dobrem prawnym od kontratypowych; granica między społeczną akceptowalnością – reguły postępowania (s. 155 i n.) a „społeczną nieopłacalnością braku zezwolenia na poświęcenie dobra prawnego”, „tolerowaniem” poświęcenia jednego z pozostających w kolizji dóbr – którą Autor uznaje za cechę kontratypów (s. 141) – jest bardzo płynna. Zwrócić należy wprawdzie uwagę na to sformułowanie tego ostatniego kryterium, służące wyodrębnianiu sytuacji kontratypowych i mające stanowić przeciwwagę dla najczęściej przyjmowanego w tym celu kryterium społecznej opłacalności poświęcenia jednego dobra prawnego motywowanego ratowaniem innego dobra. W przypisie 765 (s. 141) do tezy głoszącej prymat kryterium społecznej nieopłacalności braku zezwolenia na naruszenie dobra prawnego nad społeczną opłacalnością poświęcenia dobra prawnego Autor pisze: „Z punktu widzenia społeczeństwa niekorzystnym będzie stan faktyczny, w którym uszkodzeniu ulegną oba kolidujące dobra w przypadku braku możliwości zgodnego z prawem rozstrzygnięcia tego konfliktu”. Tymczasem brak kontratypu nie powoduje, że oba dobra ulegają zniszczeniu; dobro,



którego poświęcenie mogłoby uratować dobro zagrożone, pozostaje wszak przy niepodjęciu żadnych działań nienaruszone. Także twierdzenie głoszące: „Kontratypowe rozwiązanie kolizji dóbr nie powoduje, że w ogólnym bilansie korzyści przewyższają straty. Pozwala ono wyłącznie uniknąć większych strat, które wystąpiłyby w przypadku braku omawianego zezwolenia” (s. 141) uzasadnia w większym stopniu twierdzenie, że wprowadzenie takiego zezwolenia jest społecznie opłacalne, skoro pomaga uniknąć większych strat.

Ta wspomniana już powyżej płynność między „społeczną akceptowalnością” w przypadku reguł postępowania, a „tolerowaniem” w przypadku okoliczności kontratypowych najbardziej widoczna jest to w przypadku omawianych w drugiej części pracy zachowań składających się na tzw. kontratyp sztuki, które w niektórych przypadkach – w ocenie Autora – mogą być pierwotnie legalne (s. 501). Odpowiedź na pytanie, czy nawet te podane w pracy przykłady są/muszą być w rzeczywistości akceptowane w społeczeństwie, nie jest wcale taka oczywista. Podobne wątpliwości – szczególnie w perspektywie podkreślanego wielokrotnie w pracy zamkniętego katalogu źródeł prawa – budzić musi dopuszczenie „uchylania” obowiązywania przepisów w konkretnej sytuacji przez reguły postępowania z dobrem prawnym z powołaniem się na fakt społecznej akceptowalności wyznaczonej przez nie określonej kategorii zachowań (s. 198).

Nie w pełni przekonują także wyrażone w pracy argumenty za dopuszczeniem w prawie karnym do funkcjonowania pozaustawowych reguł postępowania z dobrem prawnym (choć niemożność ich uregulowania w ustawie nie budzi najmniejszych wątpliwości) przy jednoczesnym wykluczeniu pozaustawowych kontratypów (s. 268 i n.). Mając na względzie wielokrotnie powtarzaną w pracy tezę, zgodnie z którą ustawodawca powierzył sądowi ustalenie, czy doszło do naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym (np. s. 269), nie sposób nie postawić pytania o to, czy jest to tożsame z powierzeniem sądowi ustalenia, jakie reguły postępowania obowiązują w konkretnej sytuacji? Czy w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości rzeczywiście mieści się określenie (a nie tylko zrekonstruowanie) tego co jest społecznie akceptowalne w społeczeństwie, a co nie jest (zob. s. 271). W tym kontekście można zwrócić uwagę, że nie zostało także dokładnie wyjaśnione, dlaczego zakres normowania normy sankcjonowanej, a zatem określenie co jest nakazane a co jest zakazane, może być doprecyzowany przez akty podustawowe (np. w przypadku znamienia czasownikowego „powoduje” ta „konkretyzacja” oznacza *de facto* określenie zakazanego/nakazanego zachowania), a doprecyzowanie zakresu zastosowania tej normy musi być określone w ustawie. W obu przypadkach dochodzi przecież do zawężenia zakresu prawnokarnej ochrony dobra

prawnego. W obu przypadkach – reguły postępowania i kontratypów – organ nie kreuje ich w konkretnej sprawie (inaczej co do kontratypów Autor – s. 272), ale próbuje je zrekonstruować. Obie konstrukcje mają też charakter typowy, generalno-abstrakcyjny. W tym kontekście wyrazić należy wątpliwości co do stopnia zindywidualizowania reguł postępowania z dobrem prawnym, za którym opowiedział się Autor w swojej pracy, uzależniając ich treść od takich cech sprawcy jak: wiek, sprawność fizyczna i intelektualna, stan wiedzy i cechy charakteru (s. 210). Akcentując świetnie wykazanie w recenzowanym dziele problemów z ustaleniem poziomu wymaganej ostrożności w konkretnej sytuacji, nie można nie zauważyć, że uzależnienie tego wymogu od wskazanych cech związanych z osobą sprawcy, prowadziłyby wielokrotnie do obniżenia zakresu prawnokarnej ochrony. Nie można także zgodzić się z tezą głoszącą, że z istoty kontratypów wynika działanie celem naruszenia/narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawnego (s. 150), jako że zbyt daleko idąca. Działanie sprawcy ma być motywowane ochroną dobra prawnego; na narażenie na niebezpieczeństwo/naruszenie w tym celu innego dobra prawnego może on się także godzić.

Wracając jeszcze do dokładnie zanalizowanej w pracy relacji między regułami postępowania a kontratypami, wskazać należy, że nie zostało w sposób przekonujący wyjaśnione dlaczego kolizja/konflikt dóbr leżący u podstaw reguł postępowania z dobrem prawnym, ma być bliższy konfliktowi leżącemu u podstaw kryminalizacji, nie zaś kontratypizacji (s. 169). Reguły postępowania obowiązujące w danej sytuacji normują wszak sposób postępowania z konkretnym dobrem prawnym (np. życiem dziecka) prowadząc niejednokrotnie do faktycznego narażenia innego równie konkretnego dobra prawnego (np. wolności matki), podobnie, jak ma to miejsce przy kontratypach. Twierdzenie zawarte w pracy, zgodnie z którym, w przypadku reguł postępowania mamy zawsze do czynienia z konfliktem „dwóch zawsze tych samych” dóbr prawnych może być zatem podważane, tym bardziej, że sam Autor wskazuje, że jednym z nich jest „właściwa ochrona wszelkich dóbr prawnych występujących w obrocie” (s. 169) – a zatem przynajmniej po jednej stronie nie jest zawsze to samo dobro prawne, ale ten sam katalog dóbr prawnych, które też występują w ramach konfliktu rozwiązywanego przy pomocy kontratypów.

6. Autor doskonale przedstawia i pogłębia argumentacje wskazującą na niedopuszczalność kontratypów pozaustawowych. Problem polega na tym - co wskazano już w II cz. recenzji - że stosunkowo pobieżnie konfrontuje ją z argumentami przemawiającymi za dopuszczalnością tych kontratypów w prawie karnym, szczególnie w sytuacji, w której nie budzi wątpliwości, że dana okoliczności ma (i powinna mieć) znaczenie dla ustalenia, czy podjęte przez sprawcę

zachowanie jest legalne, czy też nie. W tym miejscu pojawia się problem wynikający z faktu niezbyt jednoznacznego wyodrębnienia teoretycznej i dogmatycznej płaszczyzny rozważań. W drugiej części pracy Autor wykazał, że niektóre okoliczności o charakterze kontratypowym (w rozumieniu przyjętym przez Autora) np. karcenie małoletniego, nie zostały – choć powinny – aktualnie uregulowane w przepisach karnych. W takich przypadkach, jak podkreślał Autor w rozważaniach ogólnych zawartych w pierwszej części pracy, jedyna możliwość – przy zanegowaniu dopuszczalności kontratypów pozaustawowych – jaka pozostaje do dyspozycji osoby stosującej prawo jest wystosowanie uwag *de lege ferenda* (s. 294). Nie sposób nie postawić zatem pytania o dopuszczalność przypisania w takim przypadku – w perspektywie konstytucyjnej zasady proporcjonalności – sprawcy czynu zabronionego odpowiedzialności karnej? Skoro brak poświęcenia dobra prawnego – używając terminologii Autora dysertacji – byłby społecznie nieopłacalny? Po drugie nasuwa się kolejne pytanie: czy takie automatyczne przenoszenie ustaleń, nawet zasadnych, o charakterze bardziej teoretycznym, na płaszczyznę dogmatyczną, tj. aktualnie obowiązującego ustawodawstwa karnego, nie doprowadza do sytuacji niekorzystnej nie tylko z perspektywy sprawcy czynu zabronionego, ale także z perspektywy ochrony dobra prawnego (zob. szerzej pkt 9)?

7. Druga część pracy poświęcona poszczególnym kontratypom pozaustawowym, rozpoczyna się od analizy tzw. zgody dzierżyciela dobra prawnego. Można mieć poważne wątpliwości co do uzależnienia relewantności zgody dzierżyciela dobra prawnego od jego stanu świadomości co do konsekwencji zachowania, na którego podjęcie wyraża zgodę (zob. s. 329, 331). Chodzi przy tym oczywiście nie o przypadki celowego wykorzystania nieświadomości dzierżyciela dobra prawnego, ale o relewantność wyrażonej przez niego zgody w przypadku (subiektywnej) możliwości rozpoznania potencjalnych skutków „zaakceptowanego” zachowania. Jeżeli przykładowo dorosły i poczytalny człowiek prosi kolegę o zrzucenie zegarka z pierwszego piętra mówiąc, że go złapie, to w sytuacji, w której zegarek – rzucony zgodnie z wytycznymi właściciela – upada na ziemię i ulega zniszczeniu, nie można twierdzić, że nie było prawnie relewantnej zgody, bo właściciel zegarka przypuszczał bezpodstawnie, że do zniszczenia rzeczy nie dojdzie. W kontekście czynionych w pracy rozważań na temat zgody, jak też przyjęcia pluralistycznego charakteru bezprawności, nie sposób też nie zadać pytania, czy także w przypadku zabiegu leczniczego przesłanki skuteczność zgody powinny być oceniane autonomicznie wyłącznie z perspektywy prawa karnego, bez związania regulacjami zawartymi w tzw. ustawach medycznych?

8. W dalszej kolejności Autor analizuje konstrukcje „zwyczaju” w prawie karnym, który jest kolejnym przykładem na płynność granic między regułami postępowania z dobrem prawnym a kontratypami, szczególnie wtedy, gdy podkreśla się konieczność tolerowania danego zwyczaju nie tylko wśród grupy społecznej, która go kultywuje, ale w całym społeczeństwie (s. 350). Nawiązując do konkretnych tez wyrażonych w tej części pracy podkreślić należy, że nie da się zaakceptować stanowiska głoszącego, że wręczenie dowodu wdzięczności po spełnieniu obowiązku przez osobę pełniącą funkcję publiczną nie stanowi ataku na dobro prawne (prawidłowe funkcjonowanie instytucji publicznej, zob. s. 355). Nie tylko z tego względu, że stosunkowo często ta „praca” za której wykonanie wyrażamy wdzięczność, nie ma charakteru jednostkowego, tylko stanowi pewien ciąg zachowań, pewną „relację” istniejącą między wręczającym, a przyjmującym korzyść, która w wielu przypadkach jest długotrwała, albo „odradzająca się”. Lekarz jeszcze może leczyć w przyszłości pacjenta, urzędnik w gminie załatwiać inne sprawy jej mieszkańca, nauczyciel – uczyć dziecko w kolejnej klasie. W przypadku przestępstw łapownictwa chodzi zaś o zaufanie społeczne do rzetelności i bezstronności danej instytucji i osób w niej zatrudnionych, które ulega zachwianiu w sytuacji, w której jej pracownicy przyjmują korzyść majątkową w ramach tzw. wdzięczności. Nie budzi najmniejszej wątpliwości, że wręczenie dyrektorowi wydziału architektury dowodu wdzięczności w postaci kosztownego samochodu (na co zezwala *de facto* Autor w recenzowanej rozprawie) po wydaniu przez urzędnika pozwolenia na budowę stanowi atak na funkcjonowanie instytucji jaką jest urząd miasta i nie jest zachowaniem społecznie akceptowalnym (uzależnienie dopuszczalnego dowodu wdzięczności od sytuacji majątkowej wręczającego podarek rodzi zaś podejrzenie uprzywilejowanego traktowania w przyszłości osób majątniejszych przez osoby pełniące funkcje publiczną ze względu na potencjalną możliwość uzyskania „lepszego” dowodu wdzięczności).

9. Oddziaływanie wychowawcze na małoletnich stanowi kolejny z tzw. kontratypów pozaustawowych zanalizowanych w recenzowanej pracy doktorskiej. Autor przyjął, że tylko oddziaływanie wychowawcze w postaci tzw. dyscypliny pozytywnej stanowi zachowanie pierwotnie legalne, jako że jest ono zgodne z regułami postępowania z dobrem prawnym. Natomiast zarówno dyscyplina negatywna, jak i tzw. metody prewencyjne, jako naruszające reguły postępowania z dobrem prawnym, co najwyżej mogą być usprawiedliwione, jako stanowiące tzw. „mniejsze zło” (spełniające przesłanki kontratypizacji – s. 408, 419). Jest tutaj pewna niespójność z wcześniejszym fragmentem pracy, w którym stwierdzono, że: „Karcenie małoletnich jest społecznie akceptowalne jeżeli jest dokonane w celu wychowawczym” (s.



171), jako, że z przytoczonego cytatu wynika znacznie szerzej określony zakres zachowań zgodnych z regułami postępowania z dobrem prawnym. Zgadając się zasadniczo z argumentacją przedstawioną przez Autora za koniecznością obwarowania środków wychowawczych zaliczanych do tzw. dyscypliny negatywnej, jak i stosowanych w ramach tzw. metody prewencyjnej, surowszymi wymaganiami, zwrócić należy uwagę, że uznanie przez niego tzw. kontratypów pozaustawowych za niedopuszczalne na gruncie prawa karnego, znacznie zmniejsza aktualnie możliwość oddziaływania wychowawczego na dziecko. Nawet stosowane stosunkowo często i nie budzące większych wątpliwości środki wychowawcze, które realizowałyby znamiona czy to przestępstwa (np. pozbawienia wolności – zamknięcie w domu 10-letniego dziecka przez opiekuna, po to, aby nie dopuścić do samodzielnego opuszczenia przez nie mieszkania – art. 189 par. 1 kk), czy wykroczenia (uszkodzenie rzeczy stanowiącej własność dziecka o wartości poniżej 500 zł – art. 124 par. 1 k.w.), muszą przy akceptacji przyjętych w pracy założeń zostać uznane aktualnie za zachowania zabronione pod groźbą kary. I jest to w mojej ocenie największy mankament recenzowanej pracy. Prowadzone w pracy naukowej rozważania nie mogą bowiem doprowadzić do rozwiązań trudnych do zaakceptowania z perspektywy funkcjonowania społeczeństwa i ochrony dóbr prawnych. A do takich konsekwencji prowadzi przyjęcie tezy, zgodnie z którą osoba sprawująca władzę rodzicielską na gruncie aktualnie obowiązującego prawa karnego nie może w celu wychowawczym podjąć wskazanych w recenzowanej pracy zachowań (s. 429-431), które to zachowania – nawet zdaniem Autora – powinny być uznane za legalne, a nie mogą być, bo są sprzeczne z regułami postępowania z dobrem prawnym, a jako okoliczności kontratypowe, nie mają – mówiąc kolokwialnie – „racji bytu” dopóki nie zostaną wprowadzone do porządku prawnego. Co ciekawe Autor – na co sam wskazuje w recenzowanej pracy – w tym zakresie zmienił przyjęty wcześniej pogląd, co do zakresu zachowań społecznie akceptowalnych w przypadku tzw. karcenia małoletniego, być może niezasadnie. Nie sposób nie postawić także pytanie, czy monistyczne ujęcie bezprawności, w tym próba odczytania treści normy sankcjonowanej z większym uwzględnieniem regulacji prawa rodzinnego i opiekuńczego, nie rozwiązałyby wskazanego powyżej problemu.

Doceniając próbę skonstruowania przykładowego kontratypu „wychowawczego” nie sposób nie zauważyć, że jego znamiona zostały sformułowane bardzo ogólnie. Odpowiedzialność karna (w przypadku tzw. dyscypliny negatywnej) byłaby wyłączona m.in. w sytuacji, w której osoba uprawniona „karcenia go (małoletniego – dop ABO) w celu wychowawczym” (s. 420). Dokładne wyjaśnienie na czym to karcenie miałoby polegać i jakie przesłanki musiałyby zostać spełnione, aby uzasadnione było uznanie danego zachowania za

legalne zostały wprowadzić szczegółowo omówione przez Autora w dalszej części pracy (s. 422-425), co jednak nie usuwa wrażenia, że rzeczywiste przesłanki, których wystąpienie uzasadnia legalność zachowania, mają charakter *de facto* pozaustawowy. Co warte podkreślenia, wśród tych przesłanek nie ma proporcjonalności kary do zachowania będącego impulsem do jej wymierzenia (choć należy zaznaczyć, że w rozdziale podsumowującym całą pracę Autor wprost podał, że kara musi być adekwatna do popełnionego czynu - s. 514).

10. Podsumowując uwagi krytyczne, nie sposób nie zauważyć, że wielość poruszonych w pracy wątków oraz chęć chociażby zarysowania niejednorodnych najczęściej poglądów doktryny na dany temat skutkowało niekiedy akceptacją jednego z prezentowanych stanowisk bez dostatecznego uzasadnienia podjętego „wyboru”; w pojedynczych sytuacjach było to ograniczenie się do „czystej” akceptacji jednego ze stanowisk wyrażonych w doktrynie. Przykładowo, nie znalazłam dostatecznego uzasadnienia, dlaczego zabicie napastnika w czasie wojny nie stanowi działania w ramach uprawnień i obowiązków, a zachowanie, które Autor uznaje za zgodne z regułami postępowania z dobrem prawnym (s. 130). Czasami w rozważaniach Autora wkrada się też sprzeczność; przykładowo, z jednej strony wskazuje on na to, że „praktycznie bezwzględny obowiązek życia wynika z obowiązku wierności Rzeczypospolitej...” (s. 326, 3 akapit od góry), aby 7 linijek poniżej stwierdzić, że *de lege lata* Państwo nie zobowiązuje człowieka do życia. Niekiedy argumentacja mająca wykazywać błędność przytoczonej tezy jest niezasadna. Przykładowo: nie da się porównywać – jak uczynił to Autor – (s. 148-149) praktycznych problemów z ustaleniem, czy dana osoba w konkretnej sytuacji kontratypowej działa bezprawnie czy nie (wynikających z konieczności ustalenia motywów jej działania „na gorąco”, tj. w trakcie podjętego przez nią zachowania, przez osobę, która przykładowo chce chronić poświęcane w ramach obrony koniecznej dobro prawne), z dowodzeniem realizacji znamion strony podmiotowej typu czynu zabronionego przez jego sprawcę (dokonywanego najczęściej przez sąd).

#### **IV. Wnioski końcowe**

Rozprawa doktorska mgr-a Michała Grudeckiego stanowi pierwsze w polskiej literaturze tak pogłębione analityczne przedstawienie złożonej problematyki tak zwanych kontratypów pozaustawowych. Jest to niewątpliwie dzieło oryginalne, o dużej wartości naukowej i doniosłości praktycznej. Recenzowana rozprawa świadczy też o dużej wiedzy Doktoranta w zakresie m.in. prawa karnego i konstytucyjnego, jego umiejętności stawiania i rozwiązywania skomplikowanych zagadnień naukowych. Sformułowane w niniejszej recenzji

uwagi krytyczne i polemiczne nie wpływają na ogólną bardzo wysoką ocenę rozprawy. Wynikają one w części zapewne z przyjmowanego od lat, odmiennego od Autora, rozumienia poszczególnych konstrukcji prawnokarnych. W takim przypadku niezwykle trudno jest zostać przekonanym o słuszności przeciwstawnego do zajmowanego dotychczas stanowiska, zaś stosunkowo „łatwo” uznać przedstawiane za jego zasadnością argumenty za niewystarczające.

W konkluzji stwierdzam, że przedłożona mi do oceny praca nie tylko w pełni odpowiada wymaganiom stawianym rozprawom doktorskim w obowiązujących przepisach prawa i może stanowić podstawę nadania Kandydatowi stopnia doktora nauk prawnych, ale także zasługuje na wyróżnienie.

Tym samym wnoszę o dopuszczenie Doktoranta do dalszych etapów w przewodzie doktorskim. Rekomenduję ponadto publikację rozprawy w postaci książkowej w celu jej udostępnienia szerszemu kręgowi osób zainteresowanych.

*ABand - Opluśki*