

Olga Sitarz, Dominika Bek, Jakub Hanc
Uniwersytet Śląski

Wpływ klauzuli sumienia i obrony przez kulturę na ocenę elementów struktury przestępstwa

1. Relatywizm a uniwersalizm wzorów zachowań w warunkach pluralizmu moralnego lub kulturowego. Zarys tematu

W klasycznym już Sumnerowskim trójpodziale reguł postępowania wyróżnia się prawo, moralność i zwyczaj, które funkcjonują jako równorzędne systemy aksjonormatywne, oddziałujące na siebie nawzajem¹. Wszystkie one uznawane są zaś powszechnie za elementy bądź wytwory kultury, rozumianej jako względnie trwałe i w miarę uporządkowany system wzorów zachowań i wartości wyuczonych w procesie socjalizacji i podziela-nych, choć nie zawsze realizowanych, przez członków określonej zbiorowości ludzkiej². Normy i wartości moralne są zatem częścią kultury, ale tego pojęcia nie wyczerpują. Uznajemy, że pluralizm moralny oznacza automatycznie także pluralizm kulturowy, gdyż zmiana jednego z elementów konstrukcji, jaką jest kultura, powoduje pewną odmiennosc całej tej konstrukcji. Równocześnie jednak mamy świadomość, że pojęcie pluralizmu kulturowego często łączone jest ze zróżnicowaniem rasowym, etnicznym lub językowym³, podczas gdy pojęcie pluralizmu moralnego wykorzystywane jest także dla opisu wewnętrznego zróżnicowania grup etnicznie i językowo jednolitych. Z tego względu będziemy posługiwali się pojęciem moralności obok pojęcia kultury, a pojęciem pluralizmu moralnego – obok pluralizmu kulturowego.

Z uwagi na duże znaczenie reguł religijnych w życiu społecznym, trzeba poświęcić kilka słów umiejscowieniu religijnych norm i wartości w ramach wskazanego wyżej trójpodziału. Złożony charakter wierzeń i praktyk religijnych sprawia, że część z nich można uznać za wzory moralne, część – za wzory zwyczajowe⁴. Niewątpliwie jednak reguły religijne, zarówno dotyczące sfery moralności, jak i zwyczajów są częścią kultury

¹ W.G. Sumner, *Naturalne sposoby postępowania w gromadzie. Studium socjologicznego znaczenia praktyk życia codziennego, manier, zwyczajów, obyczajów oraz kodeksów moralnych*, Warszawa 1995. Por. też M. Filipiak, *Pojęcie kultury*, w: M. Filipiak (red.), *Wprowadzenie do socjologii kultury*, Lublin 2012, s. 26; P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2012, s. 327.

² Definicja zbudowana na kanwie cech kultury wskazywanych w opracowaniach z zakresu socjologii kultury. Zob. zwłaszcza M. Filipiak, *Pojęcie...*, s. 26 i n.

³ Zob. T. Paleczny, *Stosunki międzykulturowe: modele pluralizmu w społeczeństwach „ponowoczesnych”*, w: K. Golemo, T. Paleczny, E. Wiącek (red.), *Wzory wielokulturowości we współczesnym świecie*, Kraków 2006, s. 14 i n.

⁴ E. Durkheim, *Elementarne formy życia religijnego. System totemiczny w Australii*, Warszawa 2010, s. 33.

w przyjętym rozumieniu. Ponadto warto zauważyć, że doktryna religijna jest formą światopoglądu. Światopogląd niereligijny, a więc pozbawiony elementu *sacrum* – na równi z tym religijnym – obejmuje pewne wzory moralne i także może być uznany za element kultury.

We współczesnym świecie trudno wskazać państwa narodowe, a więc etnicznie i kulturowo homogeniczne, tym bardziej zaś nie sposób chyba wskazać społeczności obywatelskiej jednolitej moralnie. Tymczasem prawo, a zwłaszcza prawo karne, bardzo ściśle wiąże się z organizacją państwową, często pierwotnie opartą na fundamencie monokulturowości. Jest zatem etnocentryczne, tworzone przez i dla przedstawicieli określonej kultury, o określonym światopoglądzie. Rozwój demokracji i indywidualizmu nie pozwala dziś ignorować faktu, że społeczeństwo jest coraz bardziej kulturowo i moralnie zróżnicowane. Próbą odpowiedzi na to zjawisko jest poszukiwanie kulturowych uniwersaliów, mogących stać się podstawą prawa moralnie neutralnego, powstrzymującego się od proceduralnego podejmowania decyzji co do wartości określonych postaw moralnych i sposobów życia⁵.

Znalezienie uniwersalnych rozwiązań w obszarach poszczególnych, wspólnych wszystkim ludziom potrzeb rodzi poważne trudności. Efekty badań nad uniwersaliami w zakresie kulturowych norm i wartości są dość rozczarowujące. W początkach XX w. próbę tego typu podjął Alfred Kroeber, czego efektem było wyodrębnienie kilku uniwersalnych zakazów: morderstwa, kazirodztwa, przywłaszczenia cudzej rzeczy, oszustwa i niegościnnosci⁶. Już jednak w latach 20. XX w. George Peter Murdock zawęził tę listę do dwóch ledwie powszechników kulturowych: zakazu zabijania i zakazu kazirodztwa⁷. Nawet jednak tak skromne wyliczenie budzi wątpliwości. Już pobieżna znajomość różnych kultur pozwala na uznanie, że zakazy te nie mają charakteru absolutnego, a znaczenie określeń „zabójstwo” i „kazirodztwo” też jest zależne kulturowo i może w różny sposób ograniczać zakres zastosowania tych norm⁸.

Poszukiwania autentycznych powszechników w zakresie wzorów kulturowych i moralnych przynoszą tak wątpliwe owoce, że trudno wyobrazić sobie, by stanowiły one bazę dla norm prawa karnego. Prawo ograniczające się do tego co bezdyskusyjne przestałoby pełnić swoją rolę regulatora stosunków społecznych. Powinno ono bowiem wskazywać właściwy model postępowania w różnorodnych sytuacjach. Prawo karne wstrzymujące się od zakazów i nakazów, budzących jakiegokolwiek moralne kontrowersje, byłoby też zapewne odczytywane przez wielu jako niemoralne⁹, bo milcząco przyzwalające na zachowania jawnie sprzeczne z określoną doktryną moralną. Zresztą już samo założenie o neutralności moralnej prawa nie jest kulturowo neutralne, gdyż stanowi wyraz określonego liberalnego światopoglądu, uznającego wolność za jedną z wartości naczelnych¹⁰.

Dotychczas polskie prawo karne powstające po 1989 r. formalnie opiera się na konstytucyjnej zasadzie niedyskryminacji „z jakiegokolwiek przyczyny” (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP¹¹), a odpowiedzialność karna bazuje na subiektywizacji i indywidualizacji. Pochodzenie rasowe, narodowe, etniczne, wyznanie lub bezwyznaniowość sprawcy

⁵ M. Błachut, *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*, Wrocław 2005, s. 25.

⁶ A.L. Kroeber, *The Morals of Uncivilized People*, „American Anthropologist” 1910/12, s. 437–447. Omawiamy za M. Ossowska, *Socjologia moralności. Zarys zagadnień*, Warszawa 2005, s. 133.

⁷ Por. P. Sztompka, *Socjologia...*, s. 301.

⁸ Por. I. Lazari-Pawłowska, *Relatywizm etyczny*, „Etyka” 1984/21, s. 15 i n.

⁹ Chodzi tu o moralność w znaczeniu wartościującym.

¹⁰ Por. M. Błachut, *Postulat...*, s. 19 i n.

¹¹ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

czynu nie mogą stać się samodzielnymi przesłankami zaostrzenia lub złagodzenia reakcji prawnokarnej. Jednocześnie zdolność do podjęcia ustawowo oczekiwanych zachowań przez sprawcę (zawinięcie) oraz światopogląd leżący u podstaw jego decyzji (motywacja) powinny być brane pod uwagę w toku prawnokarnej oceny jego zachowania. Ustawodawca – opierając decyzje kryminalizacyjne i penalizacyjne na określonej aksjologii – może pozostawić swoiste „korektury sprawiedliwościowe”, pozwalające do pewnego stopnia uwzględnić odmienne ukształtowanie kulturowe i moralne sprawcy.

Zadaniem, jakie przed sobą stawiamy, jest prezentacja dwóch sytuacji: klauzuli sumienia i tzw. obrony przez kulturę, które takie korektury by wprowadzały. Chcielibyśmy się zastanowić nad wpływem istoty tych konstrukcji na strukturę przestępstwa, a zatem ustalić, czy specyfika kulturowa lub moralna sprawcy może mieć wpływ na byt przestępstwa (a nie jedynie na wymiar odpowiedzialności karnej) oraz na jakiej płaszczyźnie struktury przestępstwa ten wpływ miałby się wyrażać.

2. Obrona przez kulturę i klauzula sumienia jako dwa przejawy tego samego zjawiska

Pojęcie tzw. obrony przez kulturę stosunkowo niedawno pojawiło się w polskiej nauce prawa karnego i nie jest jednoznaczne. Kojarzone jest z narzędziem znanym anglosaskiemu prawu karnemu pod nazwą *cultural defense*. Istotą tej idei na gruncie prawa karnego jest wykorzystanie argumentu przynależności sprawcy czynu do danej grupy kulturowej, w celu wyłączenia lub ograniczenia jego odpowiedzialności karnej¹². Zasadniczo argument „obrony przez kulturę” może być wykorzystywany jako strategia obrony w procesie bądź – co częstsze w doświadczeniach europejskich – jako uzasadnienie tworzenia i stosowania narzędzi prawa karnego materialnego, zmierzających do modyfikacji odpowiedzialności karnej na korzyść osób kulturowo odmiennych¹³. U podstaw tej koncepcji leży przekonanie, że zaplecze kulturowe sprawcy, a co za tym idzie to, jakie wzory myślenia i zachowania przyswoił sobie jako właściwe, powinno mieć wpływ na jego odpowiedzialność karną i to wpływ jednoznacznie łagodzący. Można zaryzykować więc stwierdzenie, że – w myśl założeń *cultural defense* – prawo co do zasady obowiązuje wszystkich, lecz nie wobec wszystkich powinno być tak samo egzekwowane. Przyczyną tych różnic w traktowaniu sprawcy ma być odmienne pochodzenie kulturowe (najczęściej etniczne), skutkujące odmiennością procesów związanych z postrzeganiem rzeczywistości i podejmowaniem decyzji. Jako kwestię otwartą pozostawiamy na razie konkretne konsekwencje prawne takiego stanu rzeczy. Na tym etapie istotne jest, że w argumentacji prawniczej pojawia się miejsce na uwzględnienie w obszarze odpowiedzialności karnej aksjologii odmiennej od tej wyrażonej wprost w przepisach prawa lub leżącej u ich podstaw.

Z kolei pod pojęciem klauzuli sumienia kryje się „akceptowalna w systemie prawnym możliwość uchylenia się od powinności, której wykonanie rodzi konflikt sumienia, bowiem uznawane jest przez adresata obowiązku za moralnie naganne lub sprzeczne z przekonaniem religijnymi lub światopoglądowymi”¹⁴. Klauzula sumienia jest zatem

¹² A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, Nowy Jork 2004, s. 6 i n.

¹³ Por. S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę*, „Przegląd Sądowy” 2007/6, s. 27.

¹⁴ Cyt. W. Wróbel, *Problem klauzuli sumienia w prawie polskim w odniesieniu do ochrony życia*, „Annales Canonici” 2010/6, s. 23; podobnie np. A. Górski w: A. Górski (red.), *Leksykon prawa medycznego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2012, s. 77 i n.

uzewnętrznieniem sformułowanej przez sumienie normy postępowania, mającej charakter konkretny i subiektywny¹⁵. W aspekcie negatywnym klauzula sumienia polega na tym, że podmiot nie podejmuje zachowania nakazanego, będąc absolutnie przekonanym o słuszności swojej decyzji, która wypływa z głębokiego przekonania o pierwszeństwie jednych wartości nad innymi¹⁶. Aspekt pozytywny umożliwia natomiast podjęcie zachowań co do zasady zakazanych, z uwagi na konieczność dania posłuchu normie moralnej.

Poszukując normatywnych podstaw dla istnienia klauzuli sumienia, niemalże od razu natrafiamy na pewne trudności. Konstytucja RP w ogóle nie posługuje się wskazanym terminem, operując jedynie zwrotem „wolność sumienia i religii”, posadowionym w art. 53 ust. 1. Z kolei w art. 39 ustawy z 6.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyści¹⁷ (dalej: „u.z.l.”) oraz w art. 12 ustawy z 15.07.2011 r. o zawodach pielęgniarzy i położnych¹⁸, wprowadzone zostały *expressis verbis* przepisy statuujące klauzulę sumienia dla wskazanych zawodów.

Zamarkowany dysonans bywa bardzo różnie interpretowany. W wyroku z 7.10.2015 r.¹⁹ Trybunał Konstytucyjny stwierdził m.in., że wspomniany art. 53 ust. 1 Konstytucji stanowi źródło klauzuli sumienia i jest wystarczającą podstawą dla uchylenia się od wykonania ustawowego obowiązku, ciężącego na danym podmiocie²⁰. Odmienne zapatrywanie bazuje na stwierdzeniu, iż art. 53 ust. 1 Konstytucji nie posiada zdatności do bezpośredniego zastosowania (zgodnie z art. 8 ust. 2 Konstytucji), przez co dla powołania się na klauzulę sumienia wymagany jest przepis ułożony w ustawie. Klauzula sumienia znajduje oczywiście zakotwiczenie w Ustawie Zasadniczej, ale stanowi co najwyżej zewnętrzną aspekt wolności sumienia²¹.

Na podstawie powyższego widać zatem, że w piśmiennictwie nie odnotowuje się zgodności co do miejsca i sposobu uregulowania klauzuli sumienia. Akceptacja jednego z powyższych rozwiązań prowadzi do zupełnie odmiennych rezultatów w płaszczyźnie prawa karnego, o czym będzie jeszcze mowa.

Rozstrzygnięcie konfliktu zachodzącego między wolnością sumienia a prawem innej jednostki może polegać na: 1) szczególnym poręczeniu wolności sumienia jednostki (polegającym na przyznaniu jej pierwszeństwa)²² lub 2) ograniczeniu (pod określonymi warunkami) wolności sumienia, kosztem innej wolności lub prawa albo 3) zharmonizowaniu pozostających ze sobą w kolizji wolności lub praw, które nie prowadzi do ograniczenia żadnego z nich.

Dokonując podsumowania niniejszej części, dostrzegamy, że cechą wspólną omawianych konstrukcji jest uznanie, iż wzory zachowań odmienne od tych uwzględnionych w przepisach karnych mają rację bytu i – po spełnieniu pewnych warunków – sprawca

¹⁵ Tak np. A. Fryś, *Czy współczesnej medycynie potrzebne jest sumienie?*, „Anestezjologia i Ratownictwo” 2008/2, s. 232.

¹⁶ Tak np. L. Kubicki, *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, „Prawo i Medycyna” 1999/4, s. 7 i n.; W. Wróbel, *Problem...*, s. 27 i n.

¹⁷ Dz. U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152 ze zm.

¹⁸ Dz. U. z 2011 r. Nr 174, poz. 1039 ze zm.

¹⁹ (K 12/14), Dz. U. z 2015 r. poz. 1633.

²⁰ „Podsumowując, Trybunał uznał, że prawo lekarza do powołania się na klauzulę sumienia w obrębie stosunków prawa medycznego wynika nie z art. 39 u.z.l., lecz bezpośrednio z przepisów konstytucyjnych i aktów prawa międzynarodowego”.

²¹ Zob. W. Janyga, *Przestępstwa obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010, s. 74 i n.

²² Tak zdają się odczytywać rolę klauzuli sumienia autorzy, którzy widzą w niej rozstrzygnięcie konfliktu zachodzącego pomiędzy normami prawa stanowionego a normami światopoglądowymi, na korzyść tych ostatnich. Zob. np. J. Pawlikowski, *Prawo do sprzeciwu sumienia w ramach legalnej opieki medycznej. Rezolucja nr 1763 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 7 października 2007r.*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2011/14, s. 314 i n.; M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2013/6, s. 10; R. Szytchmiller, *Spór o klauzulę sumienia w Polsce*, „Kościół i Prawo” 2015/1, s. 188.

czynu zabronionego, który powołuje się na taką okoliczność, nie powinien odpowiadać karnie lub jego odpowiedzialność powinna ulec złagodzeniu.

3. Przegląd wypowiedzi doktryny dotyczących przełożenia obrony przez kulturę i klauzuli sumienia na strukturę przestępstwa

Polska literatura dotycząca obrony przez kulturę jest skromna, niewiele powiedziano dotąd o jej wpływie na elementy struktury przestępstwa. Tym niemniej wątek ten odnaleźć można w kilku wypowiedziach. Olga Sitarz wskazuje na cztery zasadnicze obszary, w których można by uwzględniać czynniki kulturowe kształtujące postawę sprawcy, także *de lege ferenda*: 1) okoliczności uchylające przestępność czynu (wyłączające winę, bezprawność lub znoszące społeczną szkodliwość, także te pozaustawowe); 2) okoliczności uchylające karalność; 3) okoliczności łagodzące w ramach nadzwyczajnego złagodzenia; 4) okoliczności łagodzące w ramach ustawowego zagrożenia karą. Autorka nie przesądza jednak, które z tych powiązań można uznać za zasadne²³. Na związek obrony przez kulturę z realizacją znamion typu czynu zabronionego, a konkretnie ze stroną podmiotową (błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego) wskazują Sebastian Sykuna i Jerzy Zajadło²⁴, Janusz Bojarski i Michał Leciak²⁵, Agata Kleczkowska²⁶ i Agnieszka Skorupka²⁷. Stosunkowo liczne grono autorów dopuszcza też możliwość uwzględnienia argumentu z kultury w ramach kontratypu, zwłaszcza pozaustawowego: Jarosław Warylewski²⁸, A. Kleczkowska²⁹ i A. Skorupka³⁰, a także – choć z pewną ostrożnością – J. Bojarski i M. Leciak³¹. U części autorów powtarza się także uwypuklenie związku motywacji kulturowej z czynnikami kształtującymi stopień społecznej szkodliwości³². Wszyscy wspomniani wyżej autorzy, wypowiadający się na temat *cultural defense*, wiążą ją też z wybranymi okolicznościami wyłączającymi winę³³. Ponadto zgodnie twierdzi się w tych opracowaniach, że obrona przez kulturę może mieć także wpływ na sam tylko wymiar kary³⁴. W literaturze można spotkać też głosy wyraźnie sceptyczne wobec wpływu zwyczaju obcego na odpowiedzialność karną³⁵.

²³ O. Sitarz, *Culture defence a polskie prawo karne*, „Archiwum Kryminologii” 2007–2008/29–30, s. 651–652.

²⁴ S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje...*, s. 28.

²⁵ J. Bojarski, M. Leciak, *Polskie interkulturowe prawo karne (?) – niektóre aspekty tzw. obrony przez kulturę*, w: A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012, s. 82 i n.

²⁶ A. Kleczkowska, *Rola cultural defence w wymiarze sprawiedliwości karnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012/2, s. 77.

²⁷ A. Skorupka, *Cultural defence jako narzędzie ochrony prawa do prywatności – uwagi na tle małżeństw Romów z małoletnimi*, „Edukacja Prawnicza” 2015/6, s. 31.

²⁸ J. Warylewski, *Wybrane zagadnienia problemów wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce wobec zróżnicowania kulturowego społeczeństwa*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014/15, s. 206 i n. Por. też J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe*, w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Toruń 2008, s. 34–36.

²⁹ A. Kleczkowska, *Rola...*, s. 79 i n.

³⁰ A. Skorupka, *Cultural...*, s. 31.

³¹ Autorzy nie znajdują przestrzeni dla „obrony przez kulturę” w ramach ustawowych kontratypów, a i potrzebę stosowania tych pozaustawowych – raczej kwestionują. J. Bojarski, M. Leciak, *Polskie...*, s. 83–86.

³² Tak J. Bojarski, M. Leciak, *Polskie...*, s. 81; A. Kleczkowska, *Rola...*, s. 80 i J. Warylewski, *Wybrane...*, s. 206 i n.

³³ S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje...*, s. 28; J. Bojarski, M. Leciak, *Polskie...*, s. 81–83; A. Kleczkowska, *Rola...*, s. 75–79 i J. Warylewski, *Wybrane...*, s. 206 i n.; A. Skorupka, *Cultural...*, s. 31.

³⁴ S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje...*, s. 28; J. Bojarski, M. Leciak, *Polskie...*, s. 81; A. Kleczkowska, *Rola...*, s. 76 i n. oraz J. Warylewski, *Wybrane...*, s. 206 i n.; A. Skorupka, *Cultural...*, s. 31.

³⁵ Por. np. R. Krajewski, *Zwyczaj jako okoliczność uchylająca bezprawność*, w: S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 98 i n.

Z przytoczonych poglądów wyciągnąć można kilka ogólniejszych wniosków. Po pierwsze, żaden z autorów nie zdecydował się na jednoznaczne powiązanie obrony przez kulturę z jednym tylko elementem struktury przestępstwa. Po drugie zaś, są wśród proponowanych rozwiązań takie, które powtarzają się szczególnie często, a mianowicie wykorzystanie dla potrzeb *cultural defense* instytucji błędów co do faktów i ich prawnej oceny. Pierwsze spostrzeżenie – brak jednego preferowanego rozwiązania – wiąże się z dużym zróżnicowaniem tzw. czynów motywowanych kulturowo (ang. *culturally motivated crimes, cultural offences*), a więc zachowań, w przypadku których obrona przez kulturę może mieć zastosowanie³⁶. Do tej kategorii zaliczyć można przykładowo tzw. zabójstwo honorowe dokonane na muzułmance przez jej krewnego, podyktowane wymogami kulturowymi okaleczenie genitaliów małej dziewczynki, ale też romskie „małżeństwo” osiemnastolatka i czternastolatki zawarte i skonsumowane za zgodą obojga. Warto dostrzec tendencję związaną z drugim wnioskiem. Różnica pomiędzy czynami motywowanymi kulturą odmienną od dominującej, a tymi, które takiej specyfiki są pozbawione, rozgrywa się w dużej mierze w umyśle sprawcy, ale może tkwić także w ocenach, jakie z danym zachowaniem wiąże grupa kulturowa sprawcy oraz w okolicznościach towarzyszących czynowi, a powiązanych z kulturowym kontekstem (np. formą obrzędu).

Problematykę relacji pomiędzy klauzulą sumienia a prawem karnym materialnym zanalizował do tej pory bodaj wyłącznie Włodzimierz Wróbel. Autor ten odnotowuje różne modele, rozwiązujące problem sprzeciwu sumienia³⁷. Model pierwszy (heroiczny) zakłada, że prawo stanowione jest systemem nieuwzględniającym hierarchii wartości wyznawanych przez jednostkę. Działanie w zgodzie z własnym sumieniem może oznaczać naruszenie porządku normatywnego i podleganie określonym sankcjom. Drugi model przewiduje wkomponowanie postępowania pozostającego w zgodzie z własnym sumieniem w system norm prawnych, co może zostać uczynione na różne sposoby. W tym miejscu W. Wróbel wskazuje, że zachowania niezgodne z prawem, lecz spójne z sumieniem jednostki, mogą prowadzić do wykluczenia lub ograniczenia zastosowania sankcji karnoprawnej (czyn taki nadal jednak posiada cechę bezprawności). Zwolnienie lub ograniczenie odpowiedzialności dokonuje się tu z uwagi na fakt, iż w sytuacji konfliktu nie można było oczekiwać od sprawcy dania posłuchu normie prawnej – „klauzula sumienia oznacza w tym wypadku wykluczenie możliwości przypisania danej osobie pełnej winy za popełniony czyn bezprawny”³⁸. Trzecie rozwiązanie zakłada, że podmiotem rozstrzygającym, którą wartość poświęcić, a którą ratować – jest jednostka. W systemie prawnym sytuacje takie zostają ograniczone do tzw. stanów koniecznych, przy których dodatkowo tworzy się podstawowe zasady, które muszą być uwzględnione przy rozstrzyganiu kolizji, a do których zalicza się np. zasadę minimalizacji strat, a także obiektywnej opłacalności przyjętego rozstrzygnięcia. Model ostatni polega natomiast na zadekretowaniu przez ustawodawcę klauzuli sumienia, będącej regulacją, która prowadzi do indywidualnego zwolnienia konkretnej jednostki z konieczności przestrzegania w ściśle określonej sytuacji normy prawnej, z uwagi na wyznawany światopogląd. Zwolnienie może nastąpić autonomicznie (poprzez złożenie deklaracji o określonej treści) lub za zgodą określonego podmiotu (np. komisji etycznej lub sądu).

³⁶ Szerzej na temat tego pojęcia J. Van Broeck, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2001/9, s. 1–32; A. Phillips, *When culture means gender: issues of cultural defence In English courts*, „Modern Law Review” 2003/4, t. 66, s. 19 i n., a w literaturze polskiej O. Sitarz, *Culture...*, s. 650.

³⁷ Nie przesądzając jednocześnie, który z nich jest najtrafniejszy – zob. W. Wróbel, *Problem...*, s. 25 i n.

³⁸ W. Wróbel, *Problem...*, s. 26.

W dalszych wywodach W. Wróbel konstatuje jednak:

funkcją klauzuli sumienia jest zwolnienie konkretnej osoby z konieczności respektowania generalnego obowiązku prawnego. Klauzula sumienia nie ogranicza więc treści zakazu czy nakazu, ale pozwala na to, by w konkretnej sytuacji jednostka, rozstrzygając kolizję określonych dóbr prawnych, mogła według indywidualnego rozeznania prawnego uznać daną normę prawną za nieobowiązującą w stosunku do niej, zaś rozstrzygnięcie to respektowane jest przez system prawny i organy władzy publicznej zobowiązane są do reagowania na naruszenia prawa. Osoba powołująca się na klauzulę sumienia i odmawiająca wykonania obowiązku prawnego nie narusza prawa, ale działa legalnie³⁹.

Jeśli zaś idzie o aspekt pozytywny klauzuli sumienia, wówczas – zdaniem tegoż autora – „klauzula sumienia umożliwia podjęcie działań generalnie zakazanych (np. udzielenie określonych świadczeń medycznych wbrew warunkom dopuszczalności ich wykonania)”⁴⁰.

4. Znaczenie wzorów zachowań dla tak zwanej pierwotnej legalności czynu

4.1. Pojęcie bezprawności i pierwotnej legalności

Liczne szkoły i ich przedstawiciele formułują różne definicje bezprawności, różnie też widzą jej miejsce w strukturze przestępstwa. Najogólniej rzecz ujmując, bezprawność oznacza sprzeczność czynu człowieka z całym systemem prawa (lub tylko prawa karnego). Dość powszechnie powiela się tezę, że bezprawność zachodzi wówczas, gdy to, co się zdarzyło, nie odpowiada temu, co się zdarzyć powinno. Nie budzi zatem wątpliwości konstatacja, że samo zrealizowanie znamion typu czynu zabronionego nie oznacza (automatycznie) bezprawności. O tej cesze mówić bowiem można dopiero wtedy, gdy realizacja znamion połączona jest z brakiem zaistnienia okoliczności kontratypowych – okoliczności usprawiedliwiających fakt naruszenia (narażenia) dobra prawnego.

Z perspektywy tematu jako zasadniczy jawi się problem pierwotnej i wtórnej legalności. Od ich zdefiniowania zależy ostateczny katalog okoliczności wyłączających bezprawność. Zdaniem Andrzeja Zolla, jeżeli czyn nie był skierowany przeciwko dobru prawnemu lub nie doszło do naruszenia reguły postępowania z dobrem, to musi on być traktowany na równi z zachowaniami, które nie były objęte zakazem lub nakazem zawartym w normie prawnej. Jest on pierwotnie legalny, ponieważ dla jego legalności nie jest konieczne uwzględnienie jakichś nadzwyczajnych okoliczności usprawiedliwiających. Przykładem zachowania niebędącego atakiem na dobro prawne jest zabieg leczniczy dokonywany przez lekarza. Drugą (alternatywną) przesłanką – budzącą ogromne wątpliwości – tak rozumianej pierwotnej legalności jest brak naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym. Źródłem tych reguł może być m.in. akt prawny, publikacja naukowa, a także tzw. mądrość życiowa. To oznacza, że spowodowanie zdarzenia generalnie kryminalizowanego jest pierwotnie legalne, jeśli podmiot nie naruszył reguł postępowania z naruszonym lub narażonym dobrem⁴¹.

³⁹ W. Wróbel, *Problem...*, s. 26 i n.

⁴⁰ W. Wróbel, *Problem...*, s. 27 i n.

⁴¹ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 88–100.

W piśmiennictwie sporny jest katalog czynności pierwotnie legalnych. Zasadniczo poza sporem pozostają zabiegi lecznicze, które już niezmiernie rzadko widnieją w literaturze akademickiej w katalogu kontratypów. Prezentowane są też tezy, że pierwotną legalnością charakteryzują się zgoda dysponenta dobrem, ryzyko dnia codziennego, ryzyko sportowe.

Pytanie zasadnicze brzmi zatem, czy postępowanie zgodne ze zwyczajem lub światopoglądem, z którego wynikają normy moralne, jest zachowaniem pierwotnie czy wtórnie legalnym, przy założeniu, że wspomniane normy nie zostały bezpośrednio uwzględnione przez ustawodawcę (określone zachowanie jest formalnie zabronione).

Jeśli podzielić stanowisko W. Wróbla i A. Zolla, że istota kontratypu nie polega na tym, że z punktu widzenia nakazów i zakazów zawartych w normie sankcjonowanej nic się nie stało, ale że wyrządzone zło znajduje usprawiedliwienie⁴², to zasadnicza różnica między pierwotną a wtórną legalnością sprowadza się do rozpoznania, czy zło (w świetle zakazów i nakazów) zostało wyrządzone. Czyny pierwotnie legalne nie wyrządzają zła, a co za tym idzie – nie wymagają usprawiedliwienia. Czyny wtórnie legalne zło wyrządzają, ale ze względu na tzw. opłacalność społeczną, bilans zysków i strat, mocą ustawy zostają one usprawiedliwione i pozbawione cechy bezprawności (i przestępności) – stają się legalne.

Niemniej jednak ostatecznie należy chyba przyjąć, że niezależnie od uznawanej koncepcji zwyczaj może uczynić czyn legalnym (pierwotnie lub wtórnie), o ile dane normy zwyczajowe są akceptowalne społecznie i to nie w grupie społecznej kultywującej określone zwyczaje, ale w społeczeństwie, którego przedstawiciele w jego imieniu stanowią prawo.

4.2. Wzory zachowań a akceptowalne społecznie reguły postępowania z dobrem prawnym

Schematy postępowania identyfikowane w piśmiennictwie jako klauzula sumienia lub obrona przez kulturę stanowią (w większym lub mniejszym stopniu) utrwalone wzorce zachowań, o słuszności których „sprawca” jest w pełni przekonany, przy czym w przypadku *culture defense* wzorce te odnoszą się do sprecyzowanej grupy społeczności, w odniesieniu do klauzuli sumienia zaś – mogą one mieć taki charakter, ale zwykle przybiorą postać zindywidualizowaną. Wzmiankowane schematy bywają nie tylko aprobowane, ale wręcz zalecane przez zbiorowość, z którą sprawca się identyfikuje.

Zamarkowana uprzednio koncepcja pierwotnej i wtórnej legalności wydaje się znajdować zastosowanie w odniesieniu do wskazanych wcześniej stanów, co zachęca do jej rozpoznania we wskazanych kontekstach.

Jeżeli wzory zachowań pokrywają się ze społecznymi regułami postępowania z dobrem prawnym, wówczas oczywiście zastosowanie koncepcji pierwotnej legalności nie napotyka na przeszkody. Inaczej dzieje się jednak w sytuacji, gdy wzorzec nie pokrywa się lub jedynie częściowo pokrywa się z omawianymi regułami.

Wydaje się, że skoro ustrojodawca silnie akcentuje zakaz dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP) oraz wolność sumienia i religii (art. 53 ust. 1 Konstytucji RP), to przyjąć można, że akceptuje on jako reguły postępowania z dobrem prawnym także te wzory postępowania, które cechują się odmiennością

⁴² W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 341.

od dominujących społecznie zasad obchodzenia się z dobrami prawnymi. Jeżeli zatem jedna jednostka nie akceptuje reguł postępowania z dobrem prawnym drugiej jednostki – kulturowo lub światopoglądowo odmiennej, rolą prawodawcy jest zapewnienie każdej jednostce możliwości zrealizowania jej praw i wolności w ich maksymalnym zakresie.

W przypadku użycia przez ustawodawcę klauzuli sumienia w celu przesądzenia o wyższości wolności sumienia nad inną wolnością lub prawem, zachowanie podmiotu powołującego się na tę klauzulę jest pierwotnie legalne, gdyż nie dochodzi tutaj do naruszenia reguły postępowania z dobrem prawnym⁴³. Przeciwno przyjęciu w takim przypadku koncepcji pierwotnej legalności przemawiać mogą wątpliwości związane z przesłanką kierowania zamachem na dobro prawne. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż przy odmowie zarówno wykonania nałożonego ustawą obowiązku, jak i podjęcia zachowania motywowanego kulturowo lub światopoglądowo sprawca narusza dobro prawne innej osoby, które powodować może skutki stanowiące odzwierciedlenie typizacji czynu zabronionego.

Niezależnie od tego odmienną ocenę należy przydać okoliczności, kiedy możliwość odmowy wykonania nałożonego obowiązku uzależniona jest od spełnienia określonych przesłanek. O pierwotnej legalności możemy mówić dopiero w sytuacji zrealizowania wszystkich wymaganych ustawą warunków⁴⁴. Odstąpienie od wykonania ustawowego obowiązku przy niezrealizowaniu tych przesłanek będzie bezprawne.

Nie jest to jednak jedyne rozwiązanie tego problemu. Z uwagi na fakt, że klauzula sumienia została w ustawodawstwie zwykłym uregulowana jedynie w odniesieniu do lekarzy, pielęgniarek i położnych, zaś TK uznaje art. 53 ust. 1 Konstytucji RP za wystarczającą podstawę do powołania się na sprzeciw sumienia, należy przyjąć, iż w przypadku odpowiedzialności karnej pozostałych profesji możliwe jest wyłączenie lub też umniejszenie zawinienia w oparciu o „konstytucyjną klauzulę sumienia”.

5. Znaczenie wzorów zachowań dla konstrukcji kontratypów

5.1. Założenia kontratypizacji

W polskiej nauce prawa karnego kontratypami (nazwa zaproponowana przez W. Woltera⁴⁵) określa się okoliczności wyłączające bezprawność, a więc legalizujące zachowanie realizujące znamiona typu czynu zabronionego. Instytucja ta obrosła w liczne analizy teoretyczne, które wciąż jednak nie doprowadziły do uzyskania jednolitej koncepcji istoty kontratypów. Trzeba podkreślić, że mimo rozbieżności poglądów prezentowanych w piśmiennictwie, możliwość wyłączenia bezprawności czynu przez okoliczności nazywane kontratypami jest akceptowana zarówno przez zwolenników wyróżniania tzw. pierwotnej i wtórnej legalności, jak i tych, którzy takiej potrzeby nie dostrzegają. W literaturze podręcznikowej⁴⁶ – dającej przybliżony obraz *opinio communis* – przyta-

⁴³ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 172.

⁴⁴ Odmienne W. Wróbel, który w odniesieniu do klauzuli sumienia lekarzy, nie uważa obowiązków (istniejących przed wydaniem wyroku TK z 7.10.2015 r.) nałożonych na lekarza powołującego się na sprzeciw sumienia, za warunki uprawniające do skorzystania z klauzuli sumienia. Zob. W. Wróbel, *Problem...*, s. 34.

⁴⁵ W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości*, „Państwo i Prawo” 1963/10, s. 502 i n.

⁴⁶ Np. L. Wilk, *Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną*, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2014, s. 141 i n.; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 342–344; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 237–239; J. Giezek, *Bezprawność czynu oraz okoliczności ją wyłączające*, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2015, s. 140 i n.; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 253.

czane są zwykle tzw. założenia kontratypizacji nawiązujące do głośnego opracowania A. Zolla⁴⁷. Punktem wyjścia dla sytuacji kontratypowej jest kolizja pomiędzy co najmniej dwoma dobrami chronionymi prawem. Kolizja ta oznacza, że nie ma możliwości pełnego zachowania wszystkich dóbr i co najmniej jedno z nich musi doznać uszczerbku dla ochrony pozostałych. Poświęcenie określonego dobra prawnego dla ratowania innego musi być każdorazowo oceniane jako społecznie opłacalne (akceptowalne). Ocena ta wynika ze swobodnego bilansu zysków i strat⁴⁸. W opracowaniach tematu powtarza się także teza o pewnej typowości okoliczności wyłączonej bezprawności, która to teza zawarta jest już w samej nazwie „kontratyp”⁴⁹. Zachowanie kontratypowe musi więc, po pierwsze, realizować komplet znamion danego typu czynu zabronionego, po drugie – rozgrywać się we „wzorcowych” okolicznościach usprawiedliwiających⁵⁰. W przypadku kontratypów ustawowych to prawodawca podejmuje decyzję, że realizacja określonych przesłanek w konkretnych, powtarzalnych sytuacjach przesądza o braku bezprawności czynów. Założenia kontratypizacji zyskują natomiast na znaczeniu w kontekście kontratypów pozaustawowych⁵¹, o których będzie jeszcze mowa. W każdym zaś razie klauzula sumienia lub motywacja kulturowa, jeśli miałyby prowadzić do (wtórnego) wyłączenia bezprawności, musiałyby spełniać warunki kontratypizacji.

5.2. Dopuszczalność kontratypów pozaustawowych

Kontratypy ustawowe tworzą zamknięty katalog okoliczności i – choć jego skład nie jest wolny od kontrowersji – żadna z należących do niego okoliczności nie odwołuje się wprost do wzorów zachowań, którymi kieruje się sprawca czynu.

Zasadność posługiwania się pozaustawowymi okolicznościami wyłączającymi bezprawność należy do kwestii spornych w doktrynie prawa karnego. Kontratypy pozaustawowe nie doczekały się dotychczas pogłębionego opracowania teoretycznego⁵², ale myśl o tym, że mogą one znaleźć swe źródło także poza ustawą, pojawiła się już w pracach twórcy terminu „kontratyp” – W. Woltera⁵³ i stale zajmuje ważne miejsce w nauczaniu prawa karnego⁵⁴. Potrzeba sięgania po tego typu niescharakteryzowane w ustawie okoliczności wiąże się z elastycznością takiego rozwiązania, umożliwiającą szybszą reakcję wymiaru sprawiedliwości na zmieniającą się rzeczywistość społeczną⁵⁵. Argumentacja na rzecz dopuszczalności kontratypów pozaustawowych oparta jest na założeniu, iż wyłączenie bezprawności, jako działanie na korzyść sprawcy czynu, nie jest objęte oddziaływaniem zasady *nullum crimen sine lege*, poręczającej funkcję gwarancyjną prawa

⁴⁷ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 101–113.

⁴⁸ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 113.

⁴⁹ Por. zwłaszcza M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 215; J. Warylewski, *Prawo...*, s. 251–253.

⁵⁰ Por. A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 101–103; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 199; L. Wilk, *Okoliczności...*, s. 141; J. Warylewski, *Prawo...*, s. 253.

⁵¹ Tak też J. Warylewski, *Prawo...*, s. 253.

⁵² Por. P. Brzozowski, *Pozaustawowe kontratypy – zarys problematyki*, „Studia Prawnicze” 2013/4, s. 179.

⁵³ W. Wolter, *O kontratypach...*, s. 508 i n.; K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie Kodeksu karnego z 1969 r. Nauka o ustawie karnej i o przestępstwie*, Kraków 1970, s. 157.

⁵⁴ Tytułem przykładu: L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 112–135; L. Wilk, *Okoliczności...*, s. 142 i 156–158; J. Warylewski, *Prawo...*, s. 254–262; J. Giezek, *Bezprawność...*, s. 166–172; L. Pohl, *Prawo...*, s. 239–240 i 261–265; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 255.

⁵⁵ Por. J. Warylewski, *Prawo...*, s. 254–255; J. Giezek, *Bezprawność...*, s. 166; L. Pohl, *Prawo...*, s. 239 i n.; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 25–27.

karnego⁵⁶. Marian Cieślak wskazuje nawet, że arsenał źródeł prawa, na które może powoływać się oskarżony, różni się od katalogu środków dostępnych oskarżycielowi i stwierdza: „oskarżony może powoływać się w swej obronie nawet na uznane i przestrzegane przez daną społeczność normy niepisane”⁵⁷.

Przeciwnicy posługiwania się kontraktami pozaustawowymi podkreślają, że legalizacja zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego idzie w parze z osłabieniem ochrony określonego dobra prawnego i ograniczeniem praw ewentualnego pokrzywdzonego⁵⁸. Tymczasem, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. Wskazuje się także, że sąd, powołujący się na pozaustawową okoliczność usprawiedliwiającą zachowanie sprawcy, wkracza w istocie w kompetencje ustawodawcy, gdyż stwarza podstawę wyłączenia przestępności czynu, której ustawodawca nie przewidział. Narusza tym samym trójpodział władzy gwarantowany art. 10 Konstytucji RP oraz wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP zasadę legalizmu⁵⁹. Ponadto wskazuje się, że kontraktypizacja naraża na szwank zasadę określoności przestępstwa, gdyż pozaustawowo kreuje granice kryminalizacji. Krytycy idei kontraktypów pozaustawowych nie przeczą potrzebie przewidywania ekstraordynaryjnych okoliczności legalizujących czyn zabroniony, twierdzą jednak, że zadanie to należy pozostawić ustawodawcy, a nie judykaturze czy doktrynie. A. Zoll, uznając słuszność powyższych argumentów, neguje nie tylko zasadność posługiwania się instytucją kontraktypów pozaustawowych, ale też potrzebę takiego zabiegu. Jako wiodący zwolennik pierwotnej legalności przekonuje, że „jeżeli się wyraźnie oddzieli wynikający z braku ataku na dobro prawne lub braku naruszenia przyjętej reguły postępowania z tym dobrem brak społecznej szkodliwości czynu od kontraktypów pozaustawowych i weźmie się pod uwagę bardzo szeroki zakres kontraktypu stanu wyższej konieczności (art. 26 § 1 k.k.⁶⁰), to rzeczywiście można mieć wątpliwości, czy kategoria kontraktypów pozaustawowych nie jest od strony jej desygnatów pusta”⁶¹.

Mimo niewątpliwej wagi powodów odrzucania możliwości pozaustawowego wyłączenia bezprawności – przekonanie o dopuszczalności stosowania pozaustawowych kontraktypów wciąż można uznać za przeważające. Zatem rozpatrywanie wpływu wzorów zachowań na wyłączenie bezprawności w ramach okoliczności pozaustawowych nie jest wykluczone. Trzeba przy tym jednak zaznaczyć, że w literaturze stawia się kontraktypom

⁵⁶ Por. A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 426; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 346; Z. Jędrzejewski, *Kontraktypy a zasada nullum crimen sine lege*, w: L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego*, t. 4, *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013, s. 144; L. Wilk, *Okoliczności...*, s. 142. Por. też P. Brzozowski, *Pozaustawowe...*, s. 181 i n. oraz przywołana tam literatura.

⁵⁷ M. Cieślak, *Polskie...*, s. 75.

⁵⁸ Por. H. Rajzman, *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” section G 1966/2, s. 47; A. Zoll, „Pozaustawowe”..., s. 427; A. Zachuta, *Czy istnieją wiosenne kontraktypy?*, „Edukacja Prawnicza” 2006/4, s. 47; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 346; Z. Jędrzejewski, *Kontraktypy...*, s. 144; R. Kubiak, *Czy istnieją „kontraktyp zwyczajny”?*, „Prokuratura i Prawo” 2015/7–8, s. 87 i n.; M.D. Kopeć, *Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w polskim prawie karnym*, Lublin 2015, s. 158 i n.

⁵⁹ H. Rajzman, *Analogia in...*, s. 42 i n.; A. Zoll, „Pozaustawowe”..., s. 432–434; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 346; Z. Jędrzejewski, *Kontraktypy...*, s. 144; R. Kubiak, *Czy istnieją...*, s. 87; M.D. Kopeć, *Zwyczaj...*, s. 156–158.

⁶⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.).

⁶¹ Cyt. A. Zoll, „Pozaustawowe”..., s. 434; por. też W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 346 i n.

pozaustawowym wyższe wymagania niż tym, które do systemu wprowadził sam ustawodawca. Poza wskazanymi już warunkami wstępnymi, takimi jak wystąpienie kolizji dóbr, konieczność poświęcenia jednego z nich i społeczna opłacalność takiego poświęcenia, przy okazji kontratypów pozaustawowych podkreśla się m.in. typowość sytuacji kontratypowej pozwalającą na sformułowanie abstrakcyjnego zespołu znamion oraz ewidentną korzyść społeczną wynikającą z jego stosowania⁶². Dodaje się, że kontratypy pozaustawowe nie powinny bazować na uznaniu wyższości dobra ogółu nad prawami jednostki⁶³.

5.3. Wzory zachowań a warunki kontratypizacji

Uznanie, że obrona przez kulturę lub klauzula sumienia stanowią okoliczność wyłączającą bezprawność, wymaga stwierdzenia, że sytuacje, do których pojęcia te się odnoszą, spełniają warunki kontratypizacji. Warunkiem bazowym jest kolizja dóbr, która wymaga podjęcia decyzji co do ochrony lub poświęcenia określonego dobra prawnego. Z uwagi na mnogość sytuacji, w których analizowane rozwiązania mogą znaleźć zastosowanie, nie sposób generalnie określić, jakie dokładnie dobra kolidują ze sobą w przypadkach potencjalnego zastosowania klauzuli sumienia lub obrony przez kulturę. Sięgając do pojęć mocno abstrakcyjnych, można powiedzieć, że w sytuacjach tych zachodzi kolizja między dobrem chronionym przez prawo karne za pomocą określonej normy wiążącej daną osobę a zewnętrznym aspektem wolności gwarantowanym tej osobie przez Konstytucję, w tym wolności sumienia i religii (art. 53 Konstytucji RP) czy swobód związanych z zachowaniem tożsamości kulturowej (art. 35 Konstytucji RP). W konkretnych jednak stanach faktycznych kolizja taka może być znacznie bardziej złożona.

Sprawca powołujący się skutecznie na kontratyp obrony przez kulturę lub klauzuli sumienia musiałby na wstępie wypełnić swym zachowaniem znamiona typu czynu zabronionego, co może okazać się kontrowersyjne w kontekście założeń pierwotnej legalności. Motywem takiego postępowania winna być akceptowana przez sprawcę norma moralna (wzór zachowania). Przy tym – dla spełnienia warunków kontratypizacji – wzór ten musiałby mieć charakter ponadindywidualny, powtarzalny, powszechny (przynajmniej w określonym środowisku, grupie etnicznej czy wyznaniowej, niekoniecznie o formalnym charakterze). Kontratyp musi cechować się bowiem pewną typowością. Normy moralne stanowiące część określonego systemu religijnego lub – szerzej – kultury określonej grupy z pewnością będą spełniać warunek typowości, co pozwala przejść do badania dalszych przesłanek. Wypada zaznaczyć, że warunek typowości eliminuje wykorzystanie hipotetycznego kontratypu klauzuli sumienia wówczas, gdy sprawca powołuje się na odosobnione poglądy, niezajdujące szerszej akceptacji.

Powszechność danego wzoru zachowania w określonej grupie kulturowej (także religijnej, światopoglądowej) nie może być jednak utożsamiana z powszechną akceptacją i uznaniem opłacalności społecznej postępowania zgodnego z taką normą moralną. Dla wyłączenia bezprawności określonych zachowań motywowanych moralnością konieczna byłaby ich akceptacja w świetle dominującej aksjologii, a nie tylko w aksjologii mniejszościowej reprezentowanej przez daną grupę. Oczywiście szeroka aprobata dla wzorca postępowania nie oznacza od razu jego rozpowszechnienia poza daną grupą, gdyż można akceptować w jakiejś społeczności istnienie zwyczaju, którego samemu się

⁶² Por. np. L. Wilk, *Okoliczności...*, s. 142; J. Warylewski, *Prawo...*, s. 257.

⁶³ Por. np. L. Wilk, *Okoliczności...*, s. 142.

nie kultuwyje. Warunek społecznej akceptacji wiąże się bezpośrednio z ogólniejszym założeniem kontratypizacji – wymogiem społecznej opłacalności poświęcenia danego dobra na rzecz ochrony innego. Warunek ten nabiera szczególnego znaczenia w kontekście kontratypów pozaustawowych, w przypadku których podkreśla się, iż społeczna opłacalność poświęcenia danego dobra prawnego ma być ewidentna. Ponadto trzeba pamiętać o scharakteryzowanym już znaczeniu kontratypów jako okoliczności, które mają stanowić „wzorzec dla usprawiedliwienia popełnionego czynu”⁶⁴. Aprobując określony kontratyp, ustawodawca, a w przypadku kontratypów pozaustawowych – sąd, akceptuje powtarzalność określonego zachowania. Objęcie kontratypem zwyczaju czynów zabronionych motywowanych moralnością musiałyby być więc poparte konstatacją o powszechnej akceptacji dla kultuwowania mniejszościowego wzorca przez ludzi przywiązanych do owego wzorca.

Ostatnia z przesłanek wydaje się szczególnie problematyczna. Przywołane założenia niosą bowiem w sobie pewną wewnętrzną sprzeczność, przynajmniej pozorną. Zakłada się, że prawo karne jest – a przynajmniej powinno być – wyrazem dominującej aksjologii. Równocześnie zaś na powszechną społeczną akceptację zasługiwać ma naruszenie tego prawa podyktowane moralnością węższej grupy. Oznaczałoby to, że wzorzec zachowania powodujący czynem zabronionym sprawcy wpisuje się do pewnego stopnia nie tylko w aksjologię danej grupy, ale także w dominujący system wartości. Zatem ten dominujący system wartości miałby równocześnie akceptować zarówno prawo, jak i jego łamanie. Paradoks ten wyjaśnia się wówczas, gdy ocenie podlega nie kolizja abstrakcyjnej normy moralnej z abstrakcyjną normą prawną, a konkretny przypadek jej naruszenia, który może znaleźć usprawiedliwienie. Uznanie danego naruszenia normy za usprawiedliwione nie musi przy tym oznaczać od razu pełnej akceptacji motywacji sprawcy i normy, którą się kierował. Kończąc ten wątek, warto jeszcze powtórzyć, że akceptowalność społeczna, o której tu mowa – zwłaszcza w przypadku kontratypów pozaustawowych – powinna iść w parze z ewidentnie dodatnim bilansem zysków i strat wynikających z takiej akceptacji.

6. Znaczenie wzorów zachowań dla zarzucalności czynu zabronionego

6.1. Istota zarzucalności

Zgodnie z obowiązującą zasadą winy, wysłowioną w art. 1 § 3 k.k., nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu. Zatem dopiero przypisanie winy sprawcy pozwala uznać jego czyn za przestępstwo. Kształt rozmaitych regulacji przyjętych w Kodeksie karnym pozwala na wyciągnięcie wniosku, iż współczesny polski ustawodawca sformułował zasady odpowiedzialności w oparciu o normatywną teorię winy. Zgodnie z założeniami tej teorii na winę składają się dwa podstawowe elementy – wymagalność i zarzucalność. Winę można sprawcy przypisać, jeśli w konkretnych okolicznościach można było od niego wymagać przestrzegania norm i – co za tym idzie – postawić mu zarzut naruszenia tych norm. W literaturze trafnie podkreśla się, że badanie, czy warunek wymagalności zgodnego z prawem zachowania się został spełniony, jest każdorazowo analizą zindywidualizowaną, zorientowaną

⁶⁴ A. Zoll, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu* w: J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność...*, s. 10.

na wszechstronną weryfikację intelektualno-wolicjonalnego potencjału konkretnego sprawcy bezprawnego czynu zabronionego w całokształcie okoliczności towarzyszących popełnieniu tego czynu⁶⁵.

Z perspektywy wybranego tematu niezwykle celne wydaje się sformułowanie odnoszące winę do zakładanej wolności woli człowieka⁶⁶. Zatem o ile okoliczności wyłączające czyn niwelują wolną wolę człowieka i możliwość jej wyrażenia, o tyle okoliczności wyłączające winę, pozostawiają margines wolnej woli (tzw. luz decyzyjny) tak wąski, iż ustawodawca nie wymaga w takich sytuacjach przestrzegania norm prawnokarnych pod groźbą kary.

W prawie karnym mówimy o przesłankach przypisania winy w postaci: 1) dojrzałości wiekowej i intelektualnej – przynajmniej ograniczonej poczytalności sprawcy (art. 10 i art. 31 § 1 k.k.), 2) możliwości rozpoznania bezprawności czynu (art. 30 k.k.) oraz 3) braku szczególnej odmiany stanu wyższej konieczności, gdy poświęcane dobro jest wartości równej lub wyższej, ale nie oczywiście wyższej od dobra ratowanego (art. 26 § 2 k.k.)⁶⁷ i 4) braku działania na rozkaz przełożonego (art. 318 k.k.).

Warto jeszcze zauważyć, że czasem wszystkie okoliczności wyłączające winę utożsamiane są z anormalną sytuacją motywacyjną, która w konsekwencji powoduje brak wymagalności przestrzegania normy – co dość dobrze koresponduje z przywołaną istotą winy. Jednak część autorów wiąże anormalną sytuację motywacyjną z trzecią z wymienionych przesłanek – stanem wyższej konieczności. Uwaga ta jest o tyle istotna, że wspomniane sformułowanie pojawia się w dyskusji o dopuszczalności pozaustawowych okoliczności wyłączających winę. Warto zatem przytoczyć sposób dookreślenia „normalnej sytuacji motywacyjnej” prezentowany przez W. Wróbla i A. Zolla. W ich ujęciu „normalna sytuacja motywacyjna” to sytuacja „umożliwiająca sprawcy swobodne określenie celu podejmowanych czynności oraz dobór odpowiednich zachowań służących jego realizacji”⁶⁸.

6.2. Dopuszczalność pozaustawowych okoliczności uchylających zawinienie

Stanowisko odnośnie do dopuszczalności pozaustawowych okoliczności uchylających zawinienie koncentruje się wokół wykładni przepisu art. 1 § 3 k.k. i jego znaczenia w systemie prawa karnego. Nie budzi wątpliwości teza, że przepis ten wyraża zasadę winy, której podstawową funkcją jest legitymizacja odpowiedzialności karnej. Niektórzy wyrażają jednak przekonanie, że przepis art. 1 § 3 k.k. jest (wyłącznie) swoistego rodzaju deklaracją, potwierdzeniem, iż ustawowe okoliczności wyłączające winę nie pozwalają na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. W ich przekonaniu katalog okoliczności wyłączających winę jest katalogiem zamkniętym. Podkreślają oni przede wszystkim znaczenie zasady określoności, poręczającej funkcję gwarancyjną prawa karnego⁶⁹. Zdaniem Jerzego Lachowskiego w przypadku, gdy sprawca popełnił swój czyn w warunkach, w których nie mógł dać posłuchu normie prawnej, ale która nie znalazła swego odzwierciedlenia w przepisach prawa, należy zaś się odwołać do stopnia społecznej szkodliwości⁷⁰.

Inni nadają wspomnianemu przepisowi samodzielne znaczenie normatywne (podobnie jak w przypadku klauzuli znikomego stopnia społecznej szkodliwości), przekonując,

⁶⁵ Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 273.

⁶⁶ A. Zoll w: W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 77.

⁶⁷ Por. np. L. Wilk, *Bezprawność i wina*, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne...*, s. 114.

⁶⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 332.

⁶⁹ Tak np. J. Lachowski, *Wina w prawie karnym*, w: R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 663.

⁷⁰ J. Lachowski, *Wina...*, s. 663.

że może on stanowić samodzielną podstawę wykluczenia przypisania winy⁷¹. Wskazują oni, że odmienna wykładnia przepisu art. 1 § 3 k.k. prowadziła do wykładni *per non est*. Inne jest też znaczenie okoliczności wyłączających bezprawność, które współkształtują zakres normy sankcjonowanej, podczas gdy okoliczności wyłączające winę – modyfikują możliwość osobistej zarzucalności. Inne są prawnokarne konsekwencje dla sprawcy czynu zabronionego, ale nie bezprawnego, inne – dla sprawcy czynu bezprawnego, chociaż niezawinionego. Różnice te sprawiają, że uprawnione są odmiennie postulaty co do ustawowej określoności kontratypów, które takich zabiegów ustawodawczych wymagają i co do ustawowej określoności okoliczności wyłączających winę, w przypadku których „działanie” na podstawie klauzuli generalnej wywodzonej z art. 1 § 3 k.k. jest dopuszczalne. Andrzej Wąsek konstatował ponadto, iż przypisywanie sprawcy winy w sytuacji, w której nie można mu postawić zarzutu, przy jednoczesnym braku wyraźnego zezwolenia na uwolnienie od odpowiedzialności karnej naruszałoby zasadę godności osoby ludzkiej (art. 30 Konstytucji RP), a także zasadę humanizmu (art. 3 Konstytucji RP)⁷². Na takim stanowisku stanął też projektodawca, zaznaczając w uzasadnieniu do projektu k.k., iż granice winy określa prawo, ale nie można wykluczyć sytuacji wyjątkowych, w których dopuszczalność przypisania winy jest wątpliwa⁷³.

Należy również dodać, że o ile w doktrynie zdania co do możliwości wyłączenia winy na podstawie pozaustawowej okoliczności są podzielone, o tyle judykatura dość konsekwentnie stoi na stanowisku zamkniętego katalogu okoliczności wyłączających winę⁷⁴. Nawiązując zaś do uwag poczynionych wcześniej, co do istoty okoliczności wyłączających winę, za trafne należałoby uznać określanie ich zbiorczo anormalnymi sytuacjami motywacyjnymi⁷⁵, albowiem nazwa ta znakomicie oddaje kwintesencję tych okoliczności.

6.3. Wzory zachowań a anormalna sytuacja motywacyjna

Przeprowadzona dotychczas analiza kieruje uwagę na konfrontację wspomnianych wzorów zachowań (i konstrukcji na nich opartych: obrony przez kulturę i klauzuli sumienia) z okolicznościami uniemożliwiającymi przypisanie winy. Pamiętać przy tym należy, iż niejednorodny charakter analizowanych wzorców powoduje, że część z nich (a może nawet większość) pozostawać będzie czynami bezprawnymi o stopniu społecznej szkodliwości wyższym niż znikomy. Proces przypisywania winy stanie się wówczas ostatnią możliwością uwzględnienia motywacji wynikających z posiadanych wzorców zachowań przy karnoprawnej ocenie czynu.

Truizmem jest stwierdzenie, że ustawa wśród okoliczności wyłączających winę nie przewiduje ani szeroko rozumianego zwyczaju, ani przekonań światopoglądowych. Nie oznacza to jednak, że wśród ustawowych okoliczności uniemożliwiających przypisanie winy nie ma miejsca dla tych dwóch zmiennych, mających wpływ na zachowanie człowieka. Odrzucić należy – jako niemające związku z istotą omawianej problematyki – niedostatki w zakresie dojrzałości wiekowej i intelektualnej. Wydaje się, że interesujące nas przypadki

⁷¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 382.

⁷² A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 1999, s. 37.

⁷³ *Uzasadnienie Kodeksów karnych*, Warszawa 1997, s. 118.

⁷⁴ Jako odosobniony pogląd należy odnotować wyrok SA w Krakowie z 28.02.2002 r. (II AKz 61/02), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002/2, s. 30.

⁷⁵ Por. A. Wąsek, *Ewolucja prawnokarnego pojęcia winy w powojennej Polsce*, „Przeгляд Prawa Karnego” 1990/4, s. 16.

zastosowania obrony przez kulturę⁷⁶, jak i klauzuli sumienia zasadniczo wykluczają też możliwość powołania się na błąd co do bezprawności. W większości przypadków sprawca ma bowiem świadomość naruszenia norm prawnokarnych, narusza je jednak, albowiem są one sprzeczne z jego wzorcami zachowań.

Jedyną zatem ustawową przestrzenią do karnoprawnej oceny czynu z uwzględnieniem wskazanej motywacji jest instytucja stanu wyższej konieczności, gdy poświęcane dobro jest wartości równej lub wyższej, ale nie oczywiście wyższej od dobra ratowanego. Podkreślić w tym miejscu wypada, że pierwszą przesłanką powołania się na stan wyższej konieczności jest stwierdzenie realnego zagrożenia dla dobra; w tym przypadku dobrem tym byłaby wolność w praktykowaniu określonych wierzeń, kultywowania określonych tradycji lub postępowania zgodnie z posiadanymi przekonaniem. Należy ponadto pamiętać, że obok dość rygorystycznie sformułowanego warunku właściwej proporcji dóbr poświęcanego i ratowanego, ustawodawca wymaga zachowania zasady subsydiarności. Każdorazowo więc należałoby ocenić, czy wierność tradycji, religii lub własnym przekonaniom jest dobrem – zasadniczo – co najmniej równym dobru, które sprawca (właśnie w imię tych wzorców zachowań) narusza. Wydaje się, że nie będzie to sprawa łatwa i dość wyjątkowo podmiot oceniający dojdzie do przekonania, że rzeczywiście margines swobody w podejmowaniu decyzji był na tyle wąski, że uzasadnia zwolnienie z odpowiedzialności karnej. Zasada subsydiarności będzie z kolei wymagać wnikliwego badania, czy nie dało się w inny sposób uniknąć zagrożenia dla wartości religijnych, tradycyjnych lub związanych z przekonaniem, a jedynie przez naruszenie czegoś dobrego.

Negatywna odpowiedź na powyższy „test stanu wyższej konieczności” oznacza dla zwolenników zamkniętego katalogu okoliczności wyłączających winę, że sprawcy można przypisać przestępstwo. Zwolennicy szerokiej interpretacji przepisu art. 1 § 3 k.k. będą szukać uwzględnienia motywacji sprawcy właśnie w pozaustawowych okolicznościach wyłączających winę. Brak ustawowej regulacji nie pozwala na skonstruowanie precyzyjnych warunków uchylenia odpowiedzialności na tej podstawie. Należy więc odwołać się do istoty winy, co również jest problematyczne wobec braku jej ustawowego zdefiniowania. Niemniej jednak można chyba bez większych wątpliwości stwierdzić, iż **motywacja religijna lub wynikająca ze zwyczaju lub przekonania uniemożliwia przypisania winy, jeśli wpływ tychże jest na tyle silny, że nie można było od sprawcy wymagać przestrzegania norm prawnokarnych**. Wydaje się, że określone przestrzegane wzorce zachowań można przyrównać do przymusu psychicznego na tyle determinującego zachowanie człowieka, iż nie jest on w stanie się im przeciwstawić. Bardzo bogata literatura na temat *culture defense* oraz roli religii w życiu człowieka zdaje się potwierdzać tę tezę.

Na zakończenie tej części pod rozwagę należałoby poddać ewentualną możliwość skonstruowania nowej ustawowej okoliczności wyłączającej winę w postaci szeroko rozumianej motywacji kulturowej. Należy jednak sądzić, że wobec tak szerokiego spektrum zjawisk mieszczących się w tym pojęciu ustawowa regulacja *de facto* wcale nie ułatwiłaby właściwego rozpoznania problemu, a zasada *nullum crimen sine lege* zrealizowana zostałaby jedynie iluzorycznie. Może więc lepszym rozwiązaniem jest otwarty katalog okoliczności wyłączających winę?

7. Wnioski

Ocena *de lege lata* charakteru zwyczaju i klauzuli sumienia na płaszczyźnie przypisania odpowiedzialności karnej nie jest łatwa. Ustawodawca nie wymienia wprost tego typu

⁷⁶ Czyli te sytuacje, w których norma kulturowa jest rzeczywiście motywacją wypełnienia przez sprawcę znamion czynu zabronionego, a nie te, w których różnice kulturowe stają się jedynie źródłem błędnego odczytywania rzeczywistości faktycznej i prawnej.

okoliczności ani w katalogu okoliczności uchylających bezprawność, ani w katalogu okoliczności uchylających winę. Jeśli przyjąć, że którykolwiek ze wspomnianych katalogów ma charakter otwarty, wtedy zasadne staje się pytanie, czy wskazane konstrukcje można zaliczyć do jednego z nich. Jednak kwalifikacja konkretnej konstrukcji do właściwego katalogu musi się opierać wyłącznie na – wspomnianej wcześniej – istocie kontraktynu oraz istocie okoliczności wyłączającej winę.

Pisząc o istocie kontraktynu i okoliczności uchylających zawinienie, warto zaakcentować jeszcze to, co odróżnia te dwie grupy sytuacji. Różnica ta jest niebagatelna – zarówno z perspektywy sprawcy, jak i z perspektywy pokrzywdzonego i społeczeństwa⁷⁷. Czyn realizujący znamiona czynu zabronionego, ale pozbawiony cechy bezprawności, nie spotyka się z negatywną oceną prawną, a często także jest wolny od krytyki społecznej, opartej na zasadach moralnych; bywa, że zasługuje na społeczną aprobatę. Można powiedzieć, że zachowanie kontraktynowe wyznacza dopuszczalny standard postępowania w danych okolicznościach, aspirujący do miana powszechnej normy.

Zachowanie niezawinione, lecz pozostające czynem bezprawnym, zwykle spotyka się z negatywną oceną prawną i moralną. Uznanie braku zawinienia oznacza tylko tyle, że społeczeństwo za pośrednictwem władz uznaje, iż sprawca nie był w stanie zachować się inaczej niż się zachował i nie sposób pociągać go za ten czyn do odpowiedzialności karnej⁷⁸. Przy tym jednak postawa sprawcy nie zasługuje na pochwałę i nie stanowi wzorca pożądanego lub przynajmniej tolerowanego postępowania.

Omawiane wzorce zachowań (klauzula sumienia i obrona przez kulturę) to *de facto* dwie grupy różnorodnych zachowań, których cechą wspólną jest silna motywacja postępowania, wynikająca z określonych standardów (nawet wbrew obowiązującym normom prawnym). Zachowania podejmowane zgodnie z normami światopoglądowymi, dyktowanymi przez sumienie (czyli w ramach klauzuli sumienia), stanowią jednolitą konstrukcję. Nie jest jednak możliwe wskazanie dla niej jednego miejsca w płaszczyźnie prawnokarnego wartościowania. Wynika to z faktu, że *expressis verbis* na płaszczyźnie ustawowej klauzulę sumienia przydano w polskim porządku prawnym jedynie lekarzowi oraz pielęgniarce i położnej, w ocenie TK wystarczającym źródłem sprzeciwu sumienia każdego człowieka jest zaś art. 53 ust. 1 Konstytucji RP. Odnalezienie zatem pola dla klauzuli sumienia w przestrzeni paradygmatów prawa karnego nie jest zadaniem łatwym.

Wyraźne zadekretowanie w ustawie prymatu wolności sumienia nad określonymi dobrami w określonych warunkach powoduje, że przedmiotowe zachowanie realizujące znamiona czynu zabronionego jest pozbawione cechy bezprawności – choć można się spierać, czy legalność ta jest pierwotna, czy wtórna. W pozostałych przypadkach trudno byłoby zaś jednoznacznie wskazać regułę postępowania, legalizującą narażenie lub naruszenie dobra prawnego. Pozostaje więc przejść do dalszych elementów karnoprawnej oceny czynu. W razie akceptacji konstrukcji kontraktynu pozaustawowego trzeba by wykazać opłacalność i akceptowalność poświęcenia dobra, a to budzi wątpliwości. Wypada więc rozważyć okoliczności wyłączające winę. Wyobrażenie sobie takiej sytuacji, w której sięgnięcie po klauzulę sumienia wynika z konieczności realizującej

⁷⁷ Por. uchwała SN z 24.05.1973 r. (VI KZP 6/73), OSPiKA 1973/10, poz. 201; A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 114; Z. Jędrzejewski, *Funkcje rozróżnienia między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę)*, w: G. Rejman, B. T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski (red.), *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, Warszawa 2008, s. 143.

⁷⁸ Por. A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 115.

przesłanki z art. 26 § 2 k.k., jest mało prawdopodobne, o ile w ogóle możliwe. Dla tych, którzy odrzucają istnienie niestypizowanych okoliczności wyłączających winę, taka konstatacja prowadzi do uznania, iż zastosowanie klauzuli sumienia w przypadkach nieobjętych regulacją ustawową stanowi przestępstwo. Dla zwolenników traktowania art. 1 § 3 k.k. jako samodzielnej podstawy wyłączenia winy klauzula sumienia oparta jedynie na konstytucyjnej wolności sumienia mogłaby stanowić właśnie taką niestypizowaną okoliczność wyłączającą winę. Obecnie więc wybiórcza ustawowa regulacja warunków korzystania z klauzuli sumienia prowadzi do sytuacji, w której wybrane czyny objęte ustawową klauzulą sumienia są legalne, a inne legalne nie są, ale – ewentualnie – mogą być uznane za niezawinione.

Mając świadomość problemów wypływających z powyższych rozbieżności, można się pokusić o sformułowanie postulatów o charakterze *de lege ferenda*.

Dostrzegając mocne zakotwiczenie prawa karnego materialnego w normach rangi ustawowej i konieczność przydania szczególnej ochrony wolności sumienia, można zaproponować tworzenie konstrukcji klauzuli sumienia wszędzie tam, gdzie ustawodawca dostrzeże konieczność rozładowania sytuacji konfliktowej. Problemem będzie dostrzeżenie *a priori* wszystkich sytuacji kolizyjnych. Rozwiązanie to będzie ponadto prowadzić nie tylko do rozwoju kazuistyki – zwłaszcza, jeżeli pierwszeństwo dla postępowania w zgodzie z własnym sumieniem zostanie uzależnione od spełnienia określonych przesłanek – ale także do problemów z uregulowaniem klauzuli sumienia w odniesieniu do zawodów nieposiadający regulacji ustawowej.

W obliczu dysfunkcyjności powyższego pomysłu, należy postulować uregulowanie klauzuli sumienia w Konstytucji RP. Trzeba przy tym wskazać, że nie jest to zabieg nieznyany polskiej myśli konstytucyjnej. W art. 112 Konstytucji z dnia 17.03.1921 r.⁷⁹ czytamy: „Wolności wyznania nie wolno używać w sposób przeciwny ustawom. Nikt nie może uchylać się od spełnienia obowiązków publicznych z powodu swoich wierzeń religijnych”. Takie rozwiązanie jednak nieco inaczej lokuje wolność sumienia w obszarze prawa. Normę o podobnej treści odnaleźć możemy w art. 3 ust. 2 obowiązującej ustawy z dnia 17.05.1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania⁸⁰: „Korzystanie z wolności sumienia i wyznania nie może prowadzić do uchylania się od wykonywania obowiązków publicznych nałożonych przez ustawy”. Zadekretowanie, iż konstrukcja klauzuli sumienia nie może prowadzić do uchylecia się od wykonania obowiązków publicznych nałożonych przez ustawy, przy jednoczesnym zagwarantowaniu (np. w nowej ustawie o gwarancjach wolności sumienia) ochrony wolności sumienia, wydaje się być rozwiązaniem lepszym nie tylko z perspektywy prawnokarnej.

Zachowania podjęte na skutek przestrzegania norm zwyczajowych, a sprzeczne z zakazem lub nakazem określonym w typizacji, także nie są jednolitą grupą. Różnorodność zwyczajów, ich mniejszy lub szerszy zakres, a także – co najważniejsze – ich potencjalna lub rzeczywista szkodliwość (rozumiana jako naruszanie praw i wolności osób trzecich, należących i nienależących do danej grupy etnicznej) powodują, iż nie można, nawet *de lege lata*, udzielić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o miejsce i znaczenie tych okoliczności w kształtowaniu odpowiedzialności karnej.

Zwyczaje związane z dominującym kręgiem kulturowym i niewyrządzające żadnych (albo prawie żadnych) szkód uwzględniane są przez samego ustawodawcę poprzez brak

⁷⁹ Dz. U. z 1921 r. Nr 44, poz. 267.

⁸⁰ Dz. U. z 1989 r. Nr 25, poz. 155 ze zm.

kryminalizowania określonego zachowania. Tutaj mieścić się też będą zachowania pozornie zabronione, w których brak jednak cechy ataku na (cudze) dobro.

Te zwyczaje, które godzą w dobra osób trzecich lub tzw. dobra społeczne, ale w stopniu społecznie akceptowalnym, oceniane są najczęściej na płaszczyźnie kontratypu pozaustawowego (o ile nie uznamy ich za pierwotnie legalne ze względu na brak naruszenia reguł postępowania z dobrem). Uwagę tę należy odnieść również do zachowań warunkowanych kulturowo spoza europejskiego kręgu cywilizacyjnego, o ile jest to zwyczaj społecznie akceptowany, a przy tym niewyrządzający nadmiernych szkód. Zwoleńnicy zamkniętego katalogu okoliczności wyłączających bezprawność muszą uznać zachowania niespełniające warunków pierwotnej legalności za przestępstwo (o ile stopień społecznej szkodliwości danego czynu na to pozwala).

Pozostałe zachowania warunkowane kulturowo mogą być *de lege lata* oceniane jedynie na płaszczyźnie winy. Jediną ustawową okolicznością, która stwarza możliwość wyłączenia winy w omawianych przypadkach, jest stan wyższej konieczności. Jeśli jego przesłanki będą spełnione, przestępność czynu zostanie uchylona. W pozostałych przypadkach możliwe jest jeszcze sięgnięcie po niestypizowane w ustawie okoliczności wyłączające winę. Z tego rozwiązania można jednak skorzystać wyłącznie w przypadku uznania art. 1 § 3 k.k. za samodzielną podstawę wykluczenia przypisania winy. Rodzi to oczywiście problem każdorazowego wypracowania przez sąd przesłanek uchylających winę w powyższych okolicznościach, a także (jak się wydaje) zachowania pewnej proporcji dóbr (uwzględniającej m.in. konsekwencje moralne i społeczne nieprzestrzegania normy kulturowej). Niewątpliwie każdorazowo sąd musiałby dokonać oceny, na ile silny był imperatyw zachowania zgodnego z tradycją. Innymi słowy, sąd musiałby stwierdzić, czy sprawca taki znajdował się w anormalnej sytuacji motywacyjnej.

W przypadku podzielenia poglądu o zamkniętym katalogu okoliczności wyłączających winę, zachowania zwyczajowe niemieszczące się w kontratypach są po prostu przestępstwami. Postępowanie sprawcy warunkowane kulturowo, niedające się usprawiedliwić wedle powyższego modelu, jest zachowaniem bezprawnym i zawinionym, rodzącym odpowiedzialność karną. W takim przypadku określony zwyczaj może stać się okolicznością umniejszającą winę, skutkującą degresją karania.

Odrębnym pytaniem, otwierającym – być może – szeroką dyskusję, jest określenie *de lege ferenda* miejsca i roli motywacji wynikającej ze zwyczaju. Współczesny świat jest coraz bardziej wielokulturowy oraz wielowyznaniowy i prawo karne nie może przechodzić obojętnie wobec tego socjologicznego zjawiska. Ponieważ znakomita większość zachowań motywowanych kulturowo będzie dezaktualizować byt przestępstwa na płaszczyźnie bezprawności lub winy, należy rozważyć, czy ustawodawca nie powinien przewidzieć stosownej regulacji w tych obszarach. Decyzja taka jest jednak zależna od opowiedzenia się za otwartym lub zamkniętym katalogiem okoliczności wyłączających bezprawność i winę.

Zgoda na otwarty katalog kontratypów powoduje, że już dzisiaj (w pewnym zakresie) zwyczaj ma status kontratypu. W takim przypadku należy jedynie postulować, aby judykatura i doktryna maksymalnie precyzyjnie wypracowały jego przesłanki. Zwoleńnicy zamkniętego katalogu kontratypów muszą kierować postulat tej samej treści do ustawodawcy. Nie ma wątpliwości, że punktem wyjścia dla określenia tychże przesłanek musi być wyważenie proporcji pomiędzy dobrem naruszonym i tym, w imię którego naruszenie to następuje. Już teraz z pewnością można powiedzieć, że dobrem naruszonym nie może być życie i zdrowie, wolność seksualna, mienie w większych rozmiarach,

bezpieczeństwo powszechne i indywidualne. Dobrem, w imię którego naruszenie następuje, musi być autentyczna, żywa tradycja, pielęgnowana przez określoną grupę społeczną, a tolerowana przez całe społeczeństwo. Powstaje jednak pytanie, jak te przesłanki przełożyć na język ustawy.

Nie wymaga szczególnej regulacji ta postać zwyczaju, która realizuje przesłanki stanu wyższej konieczności (art. 26 § 2 k.k.). Jest to jednak przepis o dość ogólnym zakresie, a i tak nieobejmujący wszystkich zachowań motywowanych kulturowo, warto więc rozważyć wprowadzenie przepisu wyłączonego winę właśnie z tych powodów. Dla zwolenników zamkniętego katalogu okoliczności wyłączających winę jest to rozwiązanie jedyne.

Przy konstrukcji przykładowego przepisu wyłączającego winę należy sięgnąć do już obowiązujących przepisów, przewidujących wyłączenie odpowiedzialności ze względu na brak winy. Konkretny kształt takiej regulacji wymaga dalszej dyskusji, tym niemniej już teraz można stwierdzić, że wyłączenie przestępności czynu powinno być uzależnione od:

- 1) imperatywnego, niemal bezwarunkowego⁸¹ charakteru normy moralnej lub zwyczajowej;
- 2) siły oddziaływania tej normy na sprawcę – niemożności swobodnego pokierowania swoim zachowaniem;
- 3) dobra naruszanego lub zagrożonego takim czynem – motywacja kulturowa nie powinna wyłączać przestępności naruszenia życia, zdrowia w zakresie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu i wolności seksualnej.

Oczywiście zwolennicy samodzielnej podstawy wyłączenia winy w oparciu o przepis art. 1 § 3 k.k. takiej regulacji nie potrzebują. Niemniej jednak wydaje się, że przy dokonywaniu karnoprawnej oceny czynu warunkowanego kulturowo wskazane w nim przesłanki winny być uwzględnione.

Na zakończenie warto zaznaczyć, że proponowane warunki uwzględniają oddziaływanie norm moralnych, a więc również motywację światopoglądową, co pozwoliłoby do pewnego stopnia rozstrzygać także problem naruszenia normy prawnokarnej przez sprawcę powołującego się na klauzulę sumienia.

⁸¹ Istnienie norm moralnych wiążących bezwarunkowo jest w literaturze przedmiotu od dawna kwestionowane. Por. np. I. Lazari-Pawłowska, *Warunkowe i bezwarunkowe – obowiązywanie norm moralnych*, „Etyka” 1986/22, s. 7–18.

Summary

Olga Sitarz, Dominika Bek, Jakub Hanc

The influence of the conscience clause and cultural defense on the appraisal of the structure of crime

The submitted study is devoted to the clause of conscience and cultural defense. The initial arguments are focused on explaining the indicated terms, by referring to current doctrinal positions. The basic course of considerations – devoted to primary and secondary legality, legislative and non-legislative lawful excuses, circumstances reducing or excluding guilt – is an attempt to answer the question of where in the structure of crime is a place for conscience clause and cultural defense.

Keywords: conscience clause, cultural defense, crime, legislative lawful excuse (justification), non-legislative lawful excuse, circumstances excluding guilt

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Błachut, M. (2005). *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Bojarski, J., Leciak, M., (2012). Polskie interkulturowe prawo karne (?) – niektóre aspekty tzw. obrony przez kulturę. In A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (Eds.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara, t. 1* (pp. 75–96). Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- van Broeck, J. (2001). Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 9, 1–32.
- Brzozowski, P. (2014). Pozaustawowe kontratypy – zarys problematyki. *Studia Prawnicze* 4, 179–193.
- Buchała, K., Wolter, W. (1970). *Wykład prawa karnego na podstawie Kodeksu karnego z 1969 r. Nauka o ustawie karnej i o przestępstwie*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Buchała, K., Zoll, A. (1995). *Polskie prawo karne*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Cieślak, M. (1995). *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Dukiet-Nagórska, T. (2008). *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Durkheim, E. (2010). *Elementarne formy życia religijnego. System totemiczny w Australii*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Gardocki, L. (2009). *Prawo karne*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Giezek, J. (2015). Bezprawność czynu oraz okoliczności ją wyłączające. In M. Bojarski (Ed.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Górski, A. (2012). *Leksykon prawa medycznego. 100 podstawowych pojęć*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Filipiak, M. (2012). Pojęcie kultury. In M. Filipiak (Ed.), *Wprowadzenie do socjologii kultury*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Fryś, A. (2008). Czy współczesnej medycynie potrzebne jest sumienie? *Anestezjologia i Ratownictwo* 3, 232–237.
- Janyga, W. (2010). *Przestępstwa obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Jędrzejewski, Z. (2008). Funkcje rozróżnienia między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę). In G. Rejman, B. T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski (Eds.), *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala* (pp. 141–168). Warszawa: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.
- Jędrzejewski, Z. (2013). Kontratypy a zasada nullum crimen sine lege. In L.K. Paprzycki (Ed.), *System Prawa Karnego, t. 4, Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej* (pp. 150–153). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kleczkowska, A. (2012). Rola cultural defence w wymiarze sprawiedliwości karnej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2, 71–84.

- Kopeć, M.D. (2015). *Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępnosć czynu w polskim prawie karnym*. Lublin: Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.
- Krajewski, R. (2015). Zwyczaj jako okoliczność uchylająca bezprawność. In S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (Eds.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo* (pp. 91–99). Olsztyn: Pracownia Wydawnicza ElSet.
- Kroeber, A.L. (1910). The Morals of Uncivilized People. *American Anthropologist* 12, 437–447.
- Królikowski, M., Zawłocki, R. (2015). *Prawo karne*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kubiak, R. (2015). Czy istnieje „kontratyp zwyczaju”? *Prokuratura i Prawo* 7–8, 82–110.
- Kubicki, L. (1999). Sumienie lekarza jako kategoria prawna. *Prawo i Medycyna* 4.
- Lachowski, J. (2013). Wina w prawie karnym. In R. Dębski (Ed.), *System Prawa Karnego, t. 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności* (pp. 646–715). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Lazari-Pawłowska, I. (1984). Relatywizm etyczny. *Etyka* 21, 7–23.
- Lazari-Pawłowska, I. (1986). Warunkowe i bezwarunkowe – obowiązywanie norm moralnych. *Etyka* 22, 8–18.
- Ossowska, M. (2005). *Socjologia moralności. Zarys zagadnień*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Paleczny, T. (2006). Stosunki międzykulturowe: modele pluralizmu w społeczeństwach „ponowoczesnych”. In K. Golemo, T. Paleczny, E. Wiącek (Eds.), *Wzory wielokulturowości we współczesnym świecie*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Pawlikowski, P. (2011). Prawo do sprzeciwu sumienia w ramach legalnej opieki medycznej. Rezolucja nr 1763 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 7 października 2007 r. *Studia z Prawa Wyznaniowego* 14, 313–338.
- Phillips, A. (2003). When culture means gender: issues of cultural defence in English courts. *The Modern Law Review* 4(66), 510–531.
- Pohl, Ł. (2015). *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Rajzman, H. (1966). Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym. *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska sectio G* 2, 41–72.
- Renteln, A.D. (2004). *The Cultural Defense*. New York: Oxford University Press.
- Sitarz, O. (2009). Culture defence a polskie prawo karne. *Archiwum Kryminologii* 29–30, 159–172.
- Skorupka, A. (2015). Cultural defence jako narzędzie ochrony prawa do prywatności – uwagi na tle małżeństw Romów z małoletnimi. *Edukacja Prawnicza* 6.
- Skwarzyński, M. (2013). Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka. *Przegląd Sejmowy* 6, 9–26.
- Sumner, W.G. (1995). *Naturalne sposoby postępowania w gromadzie. Studium socjologicznego znaczenia praktyk życia codziennego, manier, zwyczajów, obyczajów oraz kodeksów moralnych*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Sykuna, S., Zajadło, J. (2007). Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę. *Przegląd Sądowy* 6, 26–36.
- Sztompka, P. (2012). *Socjologia. Analiza społeczeństwa*. Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak.

- Sztuchmiller, R. (2015). Spór o klauzulę sumienia w Polsce. *Kościół i Prawo* 1, 185–210.
- Warylewski, J. (2015). *Prawo karne. Część ogólna*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Warylewski, J. (2014). Wybrane zagadnienia problemów wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce wobec zróżnicowania kulturowego społeczeństwa. *Studia Iuridica Toruniensia* 15, 195–210.
- Warylewski, J. (2008). Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratyty pozaustawowe. In J. Majewski (Ed.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu* (pp. 21–38). Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”.
- Wąsek, A. (1990). Ewolucja prawnokarnego pojęcia winy w powojennej Polsce. *Przegląd Prawa Karnego* 4.
- Wąsek, A. (1999). *Kodeks karny. Komentarz, t. 1*. Gdańsk: ARCHE.
- Wilk, L. (2014a). Bezprawność i wina. In T. Dukiet-Nagórska (Ed.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa* (pp. 131–139). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wilk, L. (2014b). Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną. In T. Dukiet-Nagórska (Ed.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa* (pp. 169–199). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wolter, W. (1963). O kontratypach i braku społecznej szkodliwości. *Państwo i Prawo* 10, 502–510.
- Wróbel, W., Zoll, A. (2016). *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wróbel, W. (2010). Problem klauzuli sumienia w prawie polskim w odniesieniu do ochrony życia. *Annales Canonici* 6.
- Wróbel, W., Zoll, A. (2014). *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak.
- Zachuta, A. (2006). Czy istnieją wiosenne kontratyty? *Edukacja Prawnicza* 4.
- Zoll, A. (2008). Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu. In J. Majewski (Ed.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu* (pp. 9–20). Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”.
- Zoll, A. (1982). *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (zagadnienia ogólne)*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Zoll, A. (2005). „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy. In L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (Eds.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.