

Kazimierz Buchała

"Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw", A. Spotowski, [b.m.] 1976 : [recenzja]

Palestra 20/12(228), 97-101

1976

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

2.

A. Spotoski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Wydawnictwo Prawnicze 1976.

I. Recenzowana praca dotyczy faktycznie trzech bardzo spornych w teorii prawa karnego grup zagadnień, tj. związanych z jednością-wielością czynów, pozornym i rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy oraz z pozornym i rzeczywistym zbiegiem przestępstw. Każda z tych grup zagadnień może zasługiwać na to, aby poświęcić jej odrębną monografię i istotnie — niektóre z nich doczekały się takich monograficznych opracowań w polskiej literaturze prawa karnego (W. Wolter: Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym; L. Kubicki: Analiza pojęcia czynu); poświęcono im poza tym w sumie co najmniej kilkanaście artykułów i glos. Świadczy to niewątpliwie o wysokiej randze teoretycznej tych zagadnień, ale w równej co najmniej mierze także o ich kontrowersyjności. Owa kontrowersyjność wynika nie tylko z możliwości przyjmowania różnych założeń teoretycznych dla zbudowania spójnego systemu poglądów na te zagadnienia, ale także w głównej mierze z teleologicznego charakteru reguł (zasad), których nie sposób ominąć przy ustalaniu, czy w grę wchodzi jeden, czy kilka czynów, potem zaś, czy zbiegające się przepisy należy uwzględnić w kwalifikacji czynu — tak jak analogicznie: czy przyjąć, że zachodzi rzeczywisty zbieg przestępstw i w efekcie wymierzyć karę łączną, czy też mimo przyjęcia, że taki zbieg zachodzi, nie uwzględniać go w kwalifikacji (jak to przyjmuje autor recenzowanej pracy) lub też czy przyjąć tylko pozorny zbieg przestępstw, wreszcie czy to jest po prostu wypadek współukaranego „czynu uprzedniego lub następnego”. Sporne jest też, czy należy przyjmować logiczny

stosunek między zakresami przepisów, norm lub też zespołów znamion, a nawet sporne jest, jaki charakter ma logiczny stosunek między zakresami przepisów w pewnych grupach przepisów, tj. wykluczania, interferencji czy podrzędności-nadrzędności (analogicznie: zespołami znamion i norm).

Autor, podejmując te zagadnienia, postawił przed sobą bardzo ambitne zadanie, nie szukał nowych terenów badawczych, lecz postanowił poddać krytycznej analizie poglądy całej nauki polskiej w tym zakresie, po części także i obcej (w tym głównie RFN). W efekcie praca jest ustawiona polemicznie. Autor w zasadzie nie zgadza się z wszystkimi, którzy w tym zakresie się wypowiedzieli, co jednak nie dotyczy szczegółowych wniosków dotyczących kwalifikacji prawnej czynów w związku z tzw. pozornym zbiegiem przepisów, te bowiem zależą w mniejszym stopniu od przyjętych założeń. W recenzji można jednak podjąć tylko niektóre wątki bardzo bogatej problematyki pracy.

II. Autor w pierwszym rozdziale pracy podejmuje problem jedności-wielości czynów, bez rozwiązania którego analiza zbiegu przepisów ustawy i zbiegu przestępstw byłaby niemożliwa. W kwestii istoty czynu przyłącza się do koncepcji socjologicznej twierdząc, że czynem jest taki fragment działalności człowieka, który ma znaczenie społeczne (s. 17). To znaczenie społeczne nadaje czynowi — według autora — fakt, że jest on z punktu widzenia prawa relewantny, zachowanie się bowiem człowieka przedstawia się jako pewne *continuum*, to zaś, który wycinek tego *continuum* jest relewantny z punktu

widzenia prawa karnego, można stwierdzić właśnie przez pryzmat jego przepisów (s. 18).

Według tego poglądu „jedność czynu jest niejako wyznaczana przez ustawowy zestaw znamion” (s. 25). Jest to więc w gruncie rzeczy pogląd na jedność czynu, który należy nazwać prawną jednością czynu, nawiązującą do ujęcia znanego w nauce niemieckiej pod nazwą *Wertbegriff*, które uważa, że prawo karne jest autonomiczne w kwestii, jakie zachowanie uznać za czyn, że w tym zakresie nie musi się ono kierować innymi dyscyplinami. W efekcie prowadzi to do relatywizmu, co zresztą autor traktuje jako zaletę tej koncepcji.

Powstaje tu pytanie, jak potraktować te wypadki, kiedy przepis prawa wymaga pewnej wielości czynów do zrealizowania zespołu znamion lub też wymaga tego teoria prawa karnego (przestępstwo ciągłe). Otóż w takich wypadkach autor traktuje tę wielość aktów jako wielość „czynności”, a nie czynów. Ostro zresztą zwalcza pogląd o wieloczynowym przestępstwie. Nie określa jednak bliżej, czym się ta czynność różni od czynu, zwłaszcza że ta sama czynność staje się czynem, gdyż występuje pojedynczo (np. kradzież popełniona jednym czynnem i kradzież jako przestępstwo ciągłe, znęcanie się i naruszenie nieetykalności cielesnej, paserstwo zwykłe i paserstwo kwalifikowane z art. 215 § 2 k.k.), nie określa też, niestety, innych pojęć, których zamiennie używa, jak np. „działalność”, „element składowy czynu”, „fragment działalności”.

Wydaje się, że sprowadzenie prostego aktu kradzieży, naruszenie nieetykalności, pojedynczego paserstwa tylko do „elementu składowego czynu” bez względu na to, czy się go nazwie czynnością czy też inaczej, jest założeniem, które fałszuje rzeczywistość, co najlepiej da się zademonstrować na przykładzie niealimentacji.

Kodeks karny wymaga tu, jak wiadomo, „uporczywości”, która zakłada wielość pojedynczych faktów niealimentacji. Dopiero ta wielość tworzy taki stopień społecznego niebezpieczeństwa, który zasługuje na penalizację. Sprowadzenie tej wielości do czynności, które jeszcze nie są czynem, przekreśla to, co jest dla tej normy decydujące, tak jak analogicznie na gruncie przestępstwa ciągłego, o zbiorowo określonych czynach itd.

Nietrudno dostrzec, że w tym ujęciu czyn identyfikuje się z czynem zabronionym, co stwarza szczególnie problemy w związku ze zbiegiem kumulatywnym, dalszą zaś rolę planową odgrywają według autora takie czynniki jedności czynu, jak zwartość czasowo-miejscowa. Autor nie jest jednak w stanie całkowicie ich pominąć w swej koncepcji, co więcej — zmuszony jest posługiwać się nawet kryterium „położenia psychicznego sprawy” (Maiwald) i kryterium przyczyny. Już choćby to wskazuje na pewne załamywanie się tej koncepcji. Tych niekonsekwencji jest jednak więcej. Autor cofa się przed przyjęciem tylu czynów, ile skutków zrealizowano jednym zachowaniem się, w konsekwencji więc musi ograniczyć swą koncepcję twierdząc, że skutek nie decyduje o jedności czynu. Nie cały więc zestaw znamion decyduje o relewantności czynu, gdyż skutek jest „elementem opisu czynu zabronionego”, wobec czego przepis zakreśla jedynie „kontury jedności czynu” (s. 34). Jeżeli jednak odrzucimy skutek z zestawu znamion, to okaże się, że ustawa z reguły nie określa czynu, zasadnicza bowiem większość przestępstw skutkowych nie zawiera określenia czynu, gdyż może nim być właśnie jakiegokolwiek zachowanie się przyczynowe dla tego skutku. A zatem przez pryzmat tego zespołu znamion nie da się w ogóle określić, że coś jest czynem, ewentualnie, że jest jednym czynem lub wielością czynów.

Koncepcja prawnej jedności czynu rodzi ponadto niebezpieczeństwo multiplikowania czynów, tam gdzie ze społecznego punktu widzenia przyjmujemy tylko jeden czyn. Jeżeli bowiem o jedności czynu decyduje fakt, czy określony fragment zachowania się spełnia znamiona czynu zabronionego, to powstaje wówczas możliwość, że inny fragment spełniający zespół znamion innego czynu zabronionego musi być uznany za inny czyn. Kazirodztwo zostało ujęte jako „obcowanie płciowe z krewnym”, którym może być osoba poniżej lat 15. Zanim jednak dojdzie do takiego zaawansowania zachowania, które nazwiemy obcowaniem, sprawca z reguły dopuści się aktów, które zasadnie możemy nazwać czynem lubieżnym. Wtedy — stosując kryteria autora — stwierdzimy przez pryzmat dwóch zestawów znamion dwa różne fragmenty pewnego *continuum*. To, że obcowanie jest także czynem lubieżnym, będzie bez znaczenia dla uznania pierwszego fragmentu za odrębny czyn — właśnie przy założeniu, że decyduje o tym spełnianie zespołu znamion czynu zabronionego. Autor w innym miejscu bardzo ostro krytykuje W. Woltera, J. Kostarczyka i W. Mąciora za przyjmowanie wieloczynowego przestępstwa twierdząc, że to idealizm. A jak wobec tego nazwać koncepcję, która prowadzi do multiplikowania czynów według ilości przepisów?

III. Najwięcej miejsca poświęca autor zagadnieniom związanym z „pomijalnym” zbiegiem przepisów, a w ich obrębie — zasadzie specjalności, potem — zasadzie subsydiarności, a najmniej miejsca — zasadzie konsumpcji. Takie rozplanowanie materii odpowiada niewątpliwie randze teoretycznej tych zasad i ich konsekwencjom praktycznym. Odpowiednio szeroko traktuje też zagadnienia charakteru logicznych stosunków zachodzących pomiędzy zbiegającymi się prze-

pisami w ogóle, a zagadnienie zbiegu przepisów dotyczących narażenia dobra i jego naruszenia oraz przepisów, z których jeden dotyczy umyślnego popełnienia przestępstwa, a drugi nieumyślnego — w szczególności. Temu ostatniemu problemowi poświęca nawet odrębny rozdział.

Nie sposób tu wymienić wszystkich szczegółowych problemów, które w tym zakresie podejmuje autor, ani też wniosków czy też twierdzeń, gdyż analiza zawarta w tej części pracy jest bardzo szczegółowa i wnikliwa oraz ukazuje całe bogactwo i złożoność omawianych zagadnień. O ile jednak szczegółowe wnioski dotyczące zbiegu omawianych w pracy przepisów nie budzą w zasadzie uwag krytycznych, o tyle rozwiązania dotyczące logicznego stosunku między zbiegającymi się przepisami, zwłaszcza w zakresie zasady specjalności i sybsydiarności milczącej, budzą poważne zastrzeżenia.

Autor przyjmuje interesujące założenia, że należy badać nie stosunki zachodzące między przepisami¹, bo to prowadzi w niektórych wypadkach do rozwiązań, których akceptować nie można, ale stosunki zachodzące między normami sankcjonowanymi. Tego założenia jednak konsekwentnie nie przestrzega, gdyż przechodzi niejednokrotnie na stosunki zachodzące między przepisami, twierdząc wprawdzie, że czyni to tam, gdzie takie ustosunkowanie się prowadzi do identycznych wniosków, jednakże nie zawsze odpowiada to prawdzie (np. co do stosunków zachodzących między przepisami, z których jeden dotyczy narażenia, a drugi naruszenia dobra prawnego); rozważa także stosunki zachodzące między zespołami znamion czynu, które to stanowisko, zdaniem recenzenta, jest jedynie prawidłowe. Przyjęcie za podstawę analizy stosunków zachodzących między normami rodzi sugestię, że autor traktuje normy zgodnie z twierdzeniami współczesnej teorii pra-

wa (zwłaszcza że powołuje się na prace Z. Ziemińskiego), jednakże jest to zwodnicza sugestia, gdyż autor nie dokonuje dekodowania przepisów zgodnie z twierdzeniami tej teorii, nie rozróżnia nawet zakresu normowania i zakresu zastosowania, które mogą wszak prowadzić do różnych wniosków co do zakresu desygnatów normy. W efekcie założenie to musiało doprowadzić do błędnych twierdzeń czy też niesłusznych a zarazem ostrych zarzutów pod adresem innych autorów. A oto niektóre z tych twierdzeń.

W. Wolter wykazał, jak wiadomo, że wbrew powszechnemu mniemaniu między przepisami *lex specialis* a *lex generalis* zachodzi logiczny stosunek wykluczania się, a nie stosunek podrzędności-nadrzędności. Pogląd ten podzielili teoretycy prawa: J. Wróblewski, L. Nowak, M. Zieliński, J. Hertzich-Woleński oraz współpracownicy Woltera. Autor recenzowanej pracy podjął się — chyba bardzo niewdzięcznego zadania — wykazania, że prawidłowy jest pogląd tradycyjny, który notabene wyznaje współczesna nauka niemiecka i na którą się w tym zakresie powołuje. Autor powołuje się w tym względzie na pogląd Z. Ziemińskiego, który tego zagadnienia szerzej nie analizuje, na kilka orzeczeń Sądu Najwyższego oraz na stanowisko włoskiego kodeksu karnego, który wprowadza do ustawy dyrektywę *lex specialis derogat legi generali* (byłaby ona niepotrzebna, gdyby odpowiednie przepisy logicznie wykluczały się).

Podstawowe twierdzenie o stosunku podrzędności-nadrzędności ma wynikać z zakresów między normami, np. z art. 148 § 1 i art. 149 k.k. Faktycznie jednak autor niepostrzeżenie przechodzi na stosunki między zakresami nazw, jakie tworzy na podstawie tych przepisów, tj. dzieciobójstwa i zabójstwa zwykłego, między którymi rzeczywiście zachodzi stosunek podrzędności nazwy „dzieciobójstwa” do nadrzędnej nazwy „zabójstwo”. Natomiast

kwestia ta przedstawia się inaczej z zakresami norm. Racjonalny ustawodawca nie może bowiem ustanawiać normy rodzajowej, a następnie jej gatunkowych odmian, gdyż normatywnie biorąc byłaby ona klasą bez desygnatów (W. Wolter), albo też, jak twierdzi L. Nowak, nie może ustanawiać normy, która byłaby logiczną konsekwencją innej normy. Dlatego też powołanie się na orzecznictwo Sądu Najwyższego jest argumentem niewystarczającym, podobnie jak niewystarczające jest także powołanie się na włoski kodeks karny, zwłaszcza że ogromna większość kodeksów zajmuje w tej mierze inne stanowisko.

Autor popełnia zresztą także inne błędy w zakresie logicznych stosunków między przepisami (normami). W szczególności co się tyczy zasady subsydiarności milczącej, autor przyjmuje także logiczny stosunek podrzędności-nadrzędności, ale tylko z dynamicznego punktu widzenia, który ma zachodzić w szczególności między przepisami naruszającymi i narażającymi dobra prawne. Przysnaje jednak, że ze statycznego punktu widzenia zachodzi tutaj stosunek wykluczania się (s. 117), co prowadzi do sprzeczności. Jest rzeczą oczywistą, że logice właściwe jest tylko statyczne ujęcie zakresów desygnatów, z tego też względu autor mówi nie o stosunkach, lecz o „metodzie” dynamicznej, co naturalnie nie wyłącza sprzeczności. Błędna jest bowiem taka metoda, która między tymi samymi przepisami przyjmuje stosunek zawierania i wykluczania się; oczywista, jedno z tych twierdzeń musi być fałszywe, a jest fałszywe mianowicie to, które przyjmuje dynamicznie rozłożone znamiona. Problem można demonstrować także na przykładzie usiłowania i dokonania. Każde dokonanie przestępstwa umyślnego musi, jak wiadomo, przejść przez etap usiłowania, dokonanie jednak nie jest podrzędne w stosunku do usiłowania, gdyż przepis o usiłowaniu zawiera zna-

mię negatywne „niedokonanie”, które przesądza o tym, że między przepisem art. 11 k.k. a innymi przepisami statuującymi dokonanie przestępstwa zachodzi stosunek wykluczania.

IV. W zakresie problematyki pozornego zbiegu przestępstw autor poddaje krytyce pogląd o redukcji wielości ocen do jednej oceny, co prowadzi do wieloczynowego przestępstwa (s. 161); krytykuje też koncepcję współukarane-go czynu uprzedniego i następnego. Re-prezentuje bowiem pogląd, że chodzi tu o rzeczywisty zbieg przestępstw, który jedynie w kwalifikacji nie zo-staje uwzględniony, stąd też „pomijalny zbieg przestępstw” — analogicznie do sytuacji rzeczywistego zbiegu prze-pisów, który jest „pomijalny” jedynie ze względu na logiczny stosunek za-wierania lub reguły teleologiczne. Ar-gumenty przytoczone za tą koncepcją nie przekonują jednak, a niekiedy po-legają one na nieporozumieniu, jak np. w kwestii rzekomej niemożliwości przyjęcia podżegania i pomocnictwa, jeśli się założy, że „współukarany czyn” nie jest odrębnym przestęp-stwem (s. 163).

W myśl tezy autora zachodzi zbieg przestępstw, który jednak nie jest kwalifikowany jako zbieg. Godzi się zatem zapytać, skąd wiadomo, że ten nie skwalifikowany czyn jest prze-stępstwem. Różnice są praktycznie bez znaczenia, a rezultat teoretyczny co najmniej wątpliwy. Można się o tym zresztą przekonać z twierdzeń samego autora, który w innym miejscu pi-sze, że ostatecznie chodzi o rezygnację z osobnego ukarania zbiegającego się przestępstwa, „bo kara została by pochłonięta przez inną”. Warunki pomi-jalnego zbiegu przestępstw formułuje jednak autor zgodnie z obiegowymi po-glądami w tej kwestii (s. 169), co wska-zuje na nieistotność teoretycznego spo-ru i na bezzasadność ostrej krytyki skierowanej pod adresem innych auto-rów. Ta krytyka zresztą nie zawsze

jest oparta na rzeczowych argumen-tach. Na przykład autor stawia W. Mąciorowi zarzut „rażącego błędu lo-gicznego” (s. 112) z tej racji, że Mącior odrzuca ustalanie logicznych stosunków między zakresami przepisów z dyna-micznego punktu widzenia, natomiast autor nie dostrzega nawet, że taki, tj. dynamiczny punkt widzenia, jest właściwy dialektyce, a nie logice.

V. Pracy nie należy jednak oceniać tylko przez pryzmat przeprowadzonej tu krytyki. Praca, choć jest niewątpli-wie bardzo kontrowersyjna, jest jednak próbą spojrzenia z punktu widzenia innych założeń na utarte rozwiązania, i to bardzo konsekwentną próbą. Pra-cę cechuje wielka pasja badawcza, która autora prowadzi nawet niekie-dy do obrony swych raz wypowiedzia-nych poglądów bez względu na argu-menty przeciwników, cechuje się też wielką wnikliwością oraz umiejętnościami warsztatowymi i metodologicz-nymi, właściwymi dogmatycznej me-todzie badania prawa. Zawiera też szereg cennych wniosków szczegóło-wych związanych z krytyką orzeczni-ctwa Sądu Najwyższego, bardzo wiele problemów teoretycznych, z których niektóre zasługują na aprobatę (jak np. w kwestii ograniczenia zakresu sto-sowania kumulatywnej kwalifikacji czynu, błędności tezy, że zawsze na-leży wyczerpać całą kryminalną za-wartość czynu), spojrzenie na problem konsumpcji przez pryzmat różnic stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu i inne. Inne tezy zasługują na uwagę jako próba odmiennego spoj-rzenia na kwestie logicznych stosun-ków między normami, funkcje reguł wyłączenia wielości ocen, wielości czynów itd.

Praca ukazuje raz jeszcze, jak zło-żone i trudne są problemy odpowia-dające jej treści, oraz wskazuje na konieczność dalszych teoretycznych po-szukiwań w celu ich rozwiązywania.

Kazimierz Buchała