

# Adam Krukowski

---

## Obrona konieczna wobec bezprawnego działania funkcjonariusza publicznego

---

Palestra 16/10(178), 33-44

---

1972

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

## Obrona konieczna wobec bezprawnego działania funkcjonariusza publicznego

*Autor stara się dowieść, że obrona konieczna wobec bezprawnego działania funkcjonariusza publicznego dopuszczalna jest w szerokim zakresie i uzależniona jedynie od tego, by działanie to (zarówno w postaci „czynności służbowej” jak i „pełnienia obowiązków służbowych”) pozbawione było cech prawności w postaci: zgodności z kompetencjami funkcjonariusza, formami postępowania i podstawami prawnymi.*

I. Problem dopuszczalności obrony koniecznej wobec bezprawnego działania funkcjonariusza publicznego, który narusza prawnie chronione dobra, należy chyba do najtrudniejszych teoretycznie, a jednocześnie do najbardziej kłopotliwych wycinków problematyki obrony koniecznej jako instytucji prawa karnego, w szczególności — stosunku obrony koniecznej do innych okoliczności wyłączających przestępstwo. Tłumaczy się to przede wszystkim jego skomplikowanym uwikłaniem w historycznie zmienną, nabrzmiałą politycznymi implikacjami materię relacji: władza — obywatel, w której zaangażowany jest z jednej strony autorytet państwa i jego organów, a z drugiej — chroniony przez prawo tegoż państwa interes jednostki. W istocie rzeczy cały problem da się sprowadzić do dylematu, czy obywatel ma prawo do oporu wobec przedstawiciela władzy, czy też obowiązany jest do bezwarunkowego posłuszeństwa wobec wszelkich jego poczynań?

Dylemat ten różnie był rozwiązywany w ciągu ostatnich stuleci, przy czym przewaga jednego z dwóch biegunów wspomnianej relacji albo też równowaga pomiędzy nimi zależały przede wszystkim od charakteru państwa, w ostatniej zaś instancji — od układu sił klasowych w danym społeczeństwie. Odpowiednio też do tego ostatniego kształtowały się poglądy doktryny, które dadzą się sprowadzić do jednego z następujących trzech kierunków:<sup>1</sup>

- 1) uznającego, że każde bezprawne działanie uzasadnia obronę konieczną, że zatem bezprawne działanie przedstawiciela władzy powinno być, ze względu na swą bezprawność, traktowane na ogólnych zasadach;
- 2) odrzucającego prawo obywatela do obrony koniecznej przed jakąkolwiek, a więc i bezprawną działalnością urzędnika;
- 3) uzależniającego prawo obywatela do obrony koniecznej wobec przedstawiciela władzy od różnych warunków.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Por. A. Krukowski: *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 23—24.

<sup>2</sup> Inaczej klasyfikuje poglądy w tej kwestii O. Górniok w pracy: *Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych* (art. 233—237 k.k.), Wrocław 1970, s. 38. Cytując N. Streita (*Widersetzung die Staatsgewalt*, Berlin 1892, s. 3 i nast.) Górniok wskazuje na cztery grupy poglądów, które mieszczą się w pozycji 1 i 3 podanej przeze mnie klasyfikacji.

Pomińmy tu historię doktryny prawa karnego ostatnich dwóch stuleci, dla których charakterystyczne były wynikające z ówczesnych walk klasowych stanowiska krańcowe.<sup>3</sup> Można natomiast przyjąć za punkt wyjścia do dalszych rozważań, że poglądy skrajne nie znajdują obecnie zbyt wielu zwolenników. Dominują aktualnie stanowiska dające się zmieścić w nurcie trzecim, kompromisowym, które eksponują kwestię kryteriów bezprawności upoważniającej do obrony koniecznej wobec działania przedstawiciela władzy (funkcjonariusza publicznego).

Jednakże to właśnie rozwiązanie pociąga za sobą konieczność rozstrzygnięcia szeregu złożonych kwestii. Pytanie podstawowe, jakie się tu nasuwa, to przede wszystkim to, jakim cechom powinno odpowiadać działanie funkcjonariusza publicznego, by osoba pokrzywdzona była uprawniona do podjęcia działań obronnych? Odpowiedź na nie wymaga ustalenia kryteriów legalności działań funkcjonariusza publicznego, i — rozumując *a contrario* — cech działania, które nabierając charakteru zamachu bezprawnego, upoważniałoby do obrony koniecznej. Wiąza się z tym kwestie bardziej szczegółowe o znacznej doniosłości praktycznej: czy obrona dopuszczalna jest przeciwko wszelkim czynom bezprawnym, czy tylko przeciw czynom bezprawnym kryminalnie? czy o legalności działania funkcjonariusza decydują przesłanki natury formalnej, czy też merytorycznej prawności? jakie działania obronne są w wypadku bezprawnych działań funkcjonariuszy publicznych dopuszczalne (co przetransponowane na język kodeksu karnego oznacza: przestępność jakich czynów może być uchylona na zasadzie art. 22 k.k. w wypadku obrony przed bezprawnym działaniem funkcjonariusza publicznego)? Próba udzielenia odpowiedzi na te pytania wywoła, siłą rzeczy, jeszcze szereg innych kwestii, pochodnych w stosunku do tych, które mają znaczenie zasadnicze.

II. Jedno zdaje się dziś już nie ulegać wątpliwości, a mianowicie — jak to stwierdził jeszcze B. Wróblewski — że „bezprawność zamachu należy oprzeć na samej czynności, a nie na osobie czyniącej”.<sup>4</sup> Współczesna bowiem doktryna i ustawodawstwo dotyczące obrony koniecznej nie przyjmują możliwości jakichkolwiek immunitetów chroniących określone osoby przed działaniem obronnym. Bierze się to m.i. z tego, że instytucja obrony koniecznej nie stanowi żadnego substytutu odpowiedzialności karnej czy kary, nie jest więc wobec nich instytucją subsydiarną. Działanie bowiem w obronie koniecznej ma charakter samoistny, niezależny od możliwości udzielenia pomocy ze strony władzy państwowej. Bezprawne zatem powinno być samo zachowanie się napastnika, niezależnie od tego, kim jest on sam. Trudność jednak w wypadku działania funkcjonariusza publicznego polega na ustaleniu kryteriów i granic prawności jego działania. Z ogólnym bowiem dla instytucji obrony koniecznej warunkiem bezprawności działania, upoważniającego do „odpierania zamachu”, wiąże się jednocześnie ważne zastrzeżenie, że nie może być obrony przed działaniami opartymi na prawie. Ta klauzula generalna, wywołująca złożone problemy w wypadku kolizji obrony koniecznej i wszelkich „kontratypów”<sup>5</sup>, zdaje się stwarzać szczególne kłopoty właśnie w sytuacji obrony koniecznej wobec działań funkcjonariusza publicznego.

Problem polega bowiem na tym, że wszystkie kodeksy prawne, w tym i polski, zawierają przepisy chroniące funkcjonariuszy publicznych (urzędników, przedstawicieli władzy itp.) przed różnymi zamachami, co może stwarzać wrażenie, iż

<sup>3</sup> Por. w tej kwestii A. Krukowski, jw., s. 24—26 oraz O. Górniok, jw., s. 28—39.

<sup>4</sup> B. Wróblewski: Prawo karne — Część ogólna i szczegółowa (skrypt na prawach rękopisu), Wilno 1936, s. 199—200.

<sup>5</sup> Por. w tej kwestii A. Krukowski: Materialna treść czynu a okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną, NP 1971, z. 12.

chodzi w nich o wzmózoną ochronę funkcjonariusza „jako takiego”, wynikającą z tytułu szczególnej jego pozycji w społeczeństwie. Tymczasem, przynajmniej w ustawodawstwie polskim, chodzi nie „o ochronę z tytułu samego przymiotu funkcjonariusza publicznego, lecz o ochronę jego działalności, która jest prowadzona w interesie społecznym”.<sup>6</sup> Potwierdza ten pogląd choćby intytulacja rozdziału XXXII, zawierającego przestępstwa „przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych”, co wskazuje na rodzajowy przedmiot ochrony zgrupowanych tam przestępstw, a pośrednio służy także za wskazówkę interpretacyjną do wykładni zakresu legalności działania funkcjonariusza publicznego. Funkcjonariusz publiczny podlega zatem wzmózonej ochronie prawnokarnej „z powodu pełnionych przez niego obowiązków służbowych”,<sup>7</sup> co oczywiście nie przeczy ewidentnemu faktowi, że w wypadku przestępstw należących do tej grupy (i niektórych innych) osoba funkcjonariusza jest przedmiotem czynu.

Działalność funkcjonariusza publicznego mogąca się wyrazić w postaci bezprawnego naruszenia dóbr obywatela, co wywołuje powstanie prawa do obrony koniecznej, wiązać się może bądź z tzw. „czynnością służbową”, bądź też z „pełnieniem obowiązków służbowych”, te bowiem kategorie zachowania się funkcjonariusza publicznego stanowią znamię okoliczności przedmiotowych czynów „przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych” (art. 233—236). Sprawą więc podstawową powinno być ustalenie kryteriów prawności owych „czynności służbowych” i „pełnienia obowiązków służbowych”.

III. Jest rzeczą charakterystyczną, że w literaturze poświęconej obronie koniecznej na ogół nie wyróżnia się tych dwóch kategorii działalności funkcjonariusza publicznego. Bierze się to zapewne stąd, że w praktyce chodzi najczęściej o sytuacje, w których uzasadniona lub nieuzasadniona obrona konieczna wyraża się w postaci tzw. czynnego oporu wobec „czynności służbowej”, rzadziej zaś zachodzi konieczność wyjaśniania prawności „pełnionych obowiązków służbowych” w tym kontekście. Tymczasem wydaje się, że również w związku z tą drugą kategorią zachowania się funkcjonariusza zachodzić mogą sytuacje wymagające rozważenia dopuszczalności obrony koniecznej.

Na cechę prawności czynności służbowej wskazuje wyraźnie art. 235 k.k., który penalizuje czynny opór wyrażający się w użyciu przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia funkcjonariusza publicznego do zaniechania „prawnej czynności służbowej”. Ze względów zrozumiałych doktryna i orzecznictwo powszechnie przyjmuje, że chodzi tu o obiektywne kryteria prawności z punktu widzenia zgodności czynności z obowiązującymi normami.<sup>8</sup> O jakie jednak „obowiązujące normy” chodzi? Otóż większość autorów eksponuje tu moment kompetencji jako kryterium legalności działania funkcjonariusza. Decyduje więc według nich to, czy czyn jest dokonany przez przedstawiciela organu powołanego do pełnienia określonych czynności w zakresie swych uprawnień lub pełnomocnictw, a nie merytoryczna prawność czy bezprawność decyzji lub działania.<sup>9</sup> W tym kontekście warto przytoczyć klasyfikację czynności służbowych proponowaną przez W. F. Kiriczenkę. Dzieli je on na: 1) formalnie i materialnie prawne, 2) formalnie prawne, lecz mery-

<sup>6</sup> S. Lelental: Wzmózona ochrona dla reprezentanta Państwa, GSiP nr 8/1971, s. 3.

<sup>7</sup> Por. O. Górniok, jw., s. 19 i nast. W artykule posługuję się szerokim pojęciem „funkcjonariusza publicznego”, obejmującym wszystkie osoby podlegające wzmózonej ochronie przepisów rozdziału XXXII.

<sup>9</sup> Por. S. Goczałkowski w Podręcznej encyklopedii prawa karnego, t. II, s. 738: „Przystępuje ona (obrona konieczna) tylko wobec sprzecznych z prawem zarządzeń wydanych przez władzę, która nie posiada do tego legitymacji formalnej”.

torycznie bezprawne, 3) formalnie i merytorycznie bezprawne, 4) formalnie bezprawne, lecz merytorycznie prawne. Do formalnie prawnych odnosi czynności nie wychodzące poza granice kompetencji funkcjonariusza i wypełniane z zachowaniem form określonych przez prawo. Przeciwnie takim formalnie prawnym czynnościom obrona konieczna, według Kiriczenki, jest niedopuszczalna, nawet jeśli merytorycznie działanie jest społecznie niebezpieczne i przestępne. I przeciwnie, obrona konieczna jest dopuszczalna przeciwko formalnie nielegalnym czynnościom, nawet jeśli są one merytorycznie prawne.<sup>10</sup>

Podobny punkt widzenia reprezentują autorzy komentarza do polskiego kodeksu karnego. Piszą oni, że „nie stanowi bezprawnego zamachu czynność służbowa funkcjonariusza publicznego, jeżeli leży ona w zakresie kompetencji danego funkcjonariusza i jest zgodna z ustalonym przez prawo trybem postępowania, chociażby *in concreto* nie była ona merytorycznie prawidłowa”. Stąd też twierdzą dalej, że „nie jest bezprawnym zamachem wypadek, gdy funkcjonariusz MO, mając uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że chodzi o osobę podejrzaną o popełnienie przestępstwa, zatrzymuje osobę w rzeczywistości niewinną”.<sup>11</sup> Warto tu też przytoczyć opinię A. Gubińskiego, że nie jest istotne, czy tytuł wykonawczy, na podstawie którego komornik dokonuje czynności, jest merytorycznie zasadny, czy postanowienie prokuratora(...) zostało oparte na właściwych podstawach. (...) O zgodności bowiem tych czynności z przedmiotowym porządkiem prawnym decyduje to, że leżą one w kompetencji odpowiedniego organu władzy lub w granicach uprawnień przyznanych członkom społeczeństwa i oparte są o odpowiednie przepisy prawne”.<sup>12</sup>

Jednakże oprócz kryterium kompetencji wielu autorów obwarowuje prawność działania funkcjonariusza dodatkowymi warunkami (wiążącymi się zresztą z tym pierwszym). Na uwagę zasługują zwłaszcza dwa dalsze warunki, jakie wysuwa W. Wolter mówiąc, że działalność „organu administracji państwowej, sędziego, prokuratora jest prawna”, gdy nie tylko mieści się w granicach kompetencji danego organu, lecz ponadto jest 1) zgodna z prawnie określonym sposobem jej wykonania i 2) zachodzą podstawy prawne do przedsięwzięcia takiego czynu. Przy zachowaniu tych warunków „działalność organu nie traci cech prawności, jeżeli jest merytorycznie niesłuszna i nieuzasadniona(...)”.<sup>13</sup> Różnice stanowisk zwolenników dodatkowych warunków prawności czynności służbowej w postaci zachowania form czy trybu postępowania oraz ich prawnej podstawy polegają na tym, że gdy jedni uważają te warunki za wzajemnie niezależne i równorzędne, tak że brak któregośkolwiek z nich (np. przeprowadzenie „przeszukania” bez odpowiedniego nakazu, choćby czynność tę wykonywał organ władzy mający do tego odpowiednie uprawnienia generalne, jak np. milicja) uprawnia do obrony koniecznej, to inni wyrażają pogląd, że formalna podstawa do działania i zgodność czynności z przepisami przez prawo procedurą stanowią warunki wtórne (pochodne) wobec wymagania kompetencji, co prowadzi do wniosku, iż np. brak jedynie legitymacji formalnej do określonej konkretnej czynności przy istnieniu kompetencji wyłącza możliwość podjęcia obrony koniecznej. Już w XIX-wiecznej literaturze

<sup>10</sup> W. F. Kiriczenko: Osnownyje woprosy uczenija o nieobchodimoj oboronie w so-wietском ugotownom prawie, 1948, s. 95–97.

<sup>11</sup> J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: Kodeks karny — Komentarz, Warszawa 1971, s. 74–75. Analogicznie W. Świdła: Prawo karne — Część ogólna, Warszawa 1971, s. 162.

<sup>12</sup> A. Gubiński: Wyłączenie bezprawności czynu, Warszawa 1961, s. 18.

<sup>13</sup> K. Buchała, W. Wolter: Wykład prawa karnego — Część I (cz. og., z. 1), Kraków 1970, s. 160.

podnoszono, że za bezprawne należy uważać te czynności urzędnika, „które są dokonane albo poza obrębem jego kompetencji, albo w granicach tej kompetencji, ale z pominięciem formy przez prawo wymaganej”.<sup>13a</sup> Pogląd taki głoszono też w okresie międzywojennym,<sup>14</sup> a jak wynika z cytowanej wyżej wypowiedzi A. Gubińskiego, również ten autor zdaje się podzielać zdanie o wadze form prawnych dla legalności danej czynności służbowej.

W doktrynie istnieje jednak nurt zmierzający do ograniczenia sytuacji uprawniających do obrony koniecznej przed bezprawnymi czynnościami funkcjonariusza publicznego przez wysunięcie dodatkowego, bardziej radykalnego warunku. Może to być zatem posługiwanie się (przy czynnościach dokonywanych w granicach kompetencji) „środkami zabronionymi przez prawo”,<sup>15</sup> przekroczenie władzy wyrażające się w akcie gwałtu w stosunku do osoby poszkodowanej, nadużycie prawa przez „zwiększenie nasilenia przymusu poza ramy dozwolone (stosowanie niedozwolonych) środków presji”,<sup>16</sup> wreszcie nawet zastrzeżenie, by czynność funkcjonariusza miała charakter „wyraźnie przestępny” lub „oczywiście bezprawny”.<sup>17</sup>

Na tym tle zwraca uwagę pewna dowolność w operowaniu zakresem norm postępowania istotnych dla oceny prawności czynności funkcjonariusza. W. Wolter, który, jak widzieliśmy, przywiązuje do przepisów postępowania jako kryterium legalności tej czynności dużą wagę, zaznacza jednak, że „uchylenie czysto porządkowym nakazom nie ma wpływu na prawność aktu”.<sup>18</sup> Nie kwestionując słuszności tego stanowiska, zauważyć wszakże wypada, że ten „porządkowy” charakter przepisów postępowania bywa niekiedy zbyt rozszerzany. Nie wydaje się bowiem, by rację miał Sąd Najwyższy twierdząc, co następuje: „Gdyby przyjąć, że funkcjonariusz MO użył pałki gumowej niezgodnie z regulaminem o jej użyciu, bijąc oskarżonego tą pałką po głowie, to (...) przedsięwzięta czynność służbowa przez tego milicjanta nie może być pozbawiona cechy prawności. Wszelkie bowiem przekroczenia przez milicjanta przepisów normujących tryb jego postępowania ze szkodą dla interesu innej osoby — mimo że przedsięwzięta przez niego czynność służbowa mieściła się w granicach jego kompetencji — dają prawo tej osobie (...) do złożenia skargi (...) o nadużyciu funkcji, co może doprowadzić do odpowiedzialności dyscyplinarnej lub karnej milicjanta. Jednakże osoba ta nie ma prawa stosowania czynnego oporu wobec tego milicjanta, gdyż prowadzi to do jej odpowiedzialności karnej (...)”.<sup>19</sup>

Ten przydługi cytat wart był przytoczenia, gdyż reprezentuje pewien charakterystyczny sposób rozumowania: czynność służbowa funkcjonariusza publicznego pozostaje legalna mimo naruszenia przepisów postępowania i z tego względu nie uprawnia do obrony koniecznej, choć jednocześnie może pociągnąć za sobą odpowiedzialność dyscyplinarną lub karną funkcjonariusza. Zauważmy jednak, że jeśli jest ona legalna, to nie może prowadzić do odpowiedzialności karnej czy dyscypli-

<sup>13a</sup> S. J a s z o w s k i: O koniecznej obronie w prawie karnym, Warszawa 1872, s. 132.

<sup>14</sup> Por. W. B o r o w s k i: Zasady prawa karnego, t. I, Warszawa 1922, s. 130.

<sup>15</sup> Na przykład wymuszanie zeznań za pomocą bicia. Por. N. T a g a n c e w: Lekcii po ruskomu ugołownomu prawu, t. II, 1902, s. 573; W. B o r o w s k i, jw.

<sup>16</sup> W. W o l t e r: Prawo karne — Część ogólna, Warszawa 1947, s. 196.

<sup>17</sup> Por. W. B o r o w s k i, jw. (s. 130—131): „(...) nielegalność (...) oczywista dla każdego”. Por. J. B a f i a i in.: Kodeks karny — Komentarz, jw. (s. 75): obrona konieczna jest niedopuszczalna, „chyba że czynność funkcjonariusza ma charakter wyraźnie przestępny lub oczywiście bezprawny wskutek jawnego przekroczenia kompetencji albo niezachowania najbardziej podstawowych form postępowania”.

<sup>18</sup> W. W o l t e r: Prawo karne — Część ogólna, Warszawa 1947, s. 196.

<sup>19</sup> Orzecz. SN IV 236/60 (cyt. wg J. B a f i i i in., jw., s. 551).

narnej, a jeśli prowadzi do odpowiedzialności — to chyba jest bezprawna i... upoważnia do obrony koniecznej. *Tertium non datur*.

W końcu należy zwrócić uwagę, iż niezależnie od zakresu warunków prawności czy bezprawności czynności służbowej przyjmuje się na ogół, że decyduje stan przedmiotowy, że więc jest rzeczą obojętną wina osoby spełniającej czynność lub jej przekonanie o słuszności decyzji czy działania, aczkolwiek, jak zaznacza S. Śliwiński, „jeżeli (...) prawo nakazuje urzędnikowi działać według siusznej oceny lub swobodnej oceny, to wtedy owe podmiotowe czynniki stają się częścią składową przedmiotowej prawności (...), a dane czynności są prawne, jeżeli działający troskliwie i uczciwie rozważył, jak należy postąpić, względnie gdy swobodna ocena nie jest widocznym nadużyciem stanowiska urzędowego lub służbowego”.<sup>20</sup> Znaczenie czynników podmiotowych dla prawności czynności służbowej i — w konsekwencji — dla uprawnienia do obrony koniecznej wydaje się jednak wielce wątpliwe z punktu widzenia ogólnych zasad obrony koniecznej, której dopuszczalność opiera się na warunku dokonania zamachu przedmiotowo bezprawnego. Na tej przeciwieź zasadzie zakłada się powszechnie uprawnienie do obrony przed zamachami niepoczytalnych lub działających w błędzie. Stąd też należałoby raczej z aprobatą przyjąć zdanie K. Mioduskiego, który broniąc tej właśnie linii rozumownia, stwierdza w związku z pewnym rozstrzygnięciem SN, że „czyn żołnierza wykonującego, chociażby w dobrej wierze, bezprawny rozkaz przełożonego może być czynem niebezpiecznym, przeciwko któremu można w warunkach określonych w art. 22 k.k. stosować obronę konieczną”.<sup>21</sup>

IV. Cała poruszona wyżej problematyka wyrasta na tle przestępstwa „oporu władzy” z art. 235 k.k., gdyż w praktyce najczęściej chodzi o rozmaite postacie „odpierania zamachu bezprawnego” w postaci „czynności służbowej” pozbawionej cechy prawności. Oczywiście ten czynny opór może się przejawiać w najrozmaitszych formach działania wyrażającego się w „przemocy” lub „groźbie bezprawnej”, będących znamionami strony przedmiotowej przestępstwa z art. 235 k.k., może jednak wyrazić się również w innych formach, dających się subsumować pod inne przepisy kodeksu karnego, a nie noszących cech ani „przymusu”, ani groźby bezprawnej”.<sup>22</sup> W szczególności chodzi tu o wypadki, gdy odpieranie rzeczywistego lub rzekomego zamachu bezprawnego ze strony funkcjonariusza publicznego wyraża się w formach wypełniających znamiona przestępstw z art. 233 (czynna napaść), 234 (czynna napaść na funkcjonariusza MO) i 236 (zniewaga). Trudność bowiem rozstrzygnięcia takich sytuacji polega przede wszystkim na powiązaniu przewidzianych w tych przepisach form działania przestępnego z okolicznością, że działanie to następuje „w związku z pełnieniem obowiązków służbowych” (art. 233, 234) albo „podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych” (art. 236), a nie — jak w wypadku art. 235 k.k. — w celu zmuszenia „do zaniechania prawnej czynności służbowej”. Jeżeli więc „opór władzy” skierowany jest przeciwko samej czynności służbowej, która narusza bezprawnie „jakiegokolwiek dobro społeczne

<sup>20</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 200 i nast. Analogicznie zdaje się twierdzić W. Wolter, gdy mówi, że „czynność merytoryczna niestuszna” nie uprawnia do obrony koniecznej, „jeśli urzędnik postąpił zgodnie ze swym przekonaniem, spełniwszy przy ocenie sytuacji wszystko to, do czego w razie przedsięwzięcia takiej czynności jest zobowiązany” (*Prawo karne*, jw., s. 205—206).

<sup>21</sup> K. Mioduski: *Głosa do postanowienia SN z dnia 10.III.1969 r.* 3/69, *PiP* 1970, nr 3—4, s. 638.

<sup>22</sup> W kwestii wykładni tych pojęć chciałbym odesłać do pracy T. Hanauska: *Przemoc jako forma działania przestępnego*, Kraków 1966.

lub jakiegokolwiek dobro jednostki”, to sprawa jest jasna: czynność taka, w razie uznania jej (według określonych kryteriów) za bezprawną, nie różni się niczym od bezprawnego zamachu uprawniającego do obrony koniecznej na zasadzie art. 22 k.k. Inaczej przedstawia się sprawa w wypadku art. 233, 234 i 236 k.k. Tu sprawca kieruje swe działanie przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu, choć „podłożem tego fizycznego lub słownego ataku są również obowiązki służbowe spełniane przez tych funkcjonariuszy”, a celem sprawcy „nie jest powstrzymanie czynności służbowej, acz godząc w przedmiot tej czynności, może ją co najmniej zakłócić”.<sup>23</sup> Przeciwko czemu zatem miałyby być skierowane działanie obronne?

Odpowiedź na to pytanie wymaga przede wszystkim wyjaśnienia dwóch kwestii: 1) jakie są warunki prawności obowiązków służbowych i 2) jaki jest stosunek „obowiązków służbowych” do „czynności służbowych”?

Otóż przez pojęcie „pełnienia obowiązków służbowych” rozumie się wykonywanie czynności, które formalnie należą do zakresu działania danego funkcjonariusza publicznego, niezależnie od ich merytorycznej zasadności.<sup>24</sup> Wynika z tego, że podstawowe kryterium stanowi w tym wypadku kompetencja formalna, której brak dyskwalifikuje działanie jako „pełnienie obowiązków służbowych” i nadaje mu cechę bezprawności. To znamię jest więc wspólne dla „czynności służbowej” (art. 235) i „pełnienia obowiązków służbowych”. Podobnie jednak, jak to było w odniesieniu do „czynności służbowej”, tu również wchodzi w grę dodatkowe warunki. Czego jednak one dotyczą? Doktryna i orzecznictwo oparte na kodeksie karnym z 1932 r. podkreślały systematycznie i konsekwentnie różnice między „bezprawnym” a „nieprawidłowym” działaniem funkcjonariusza publicznego,<sup>25</sup> które polegać może albo na merytorycznej niesłuszności działania lub decyzji, w wykonaniu których te działania zostały podjęte, albo na „nienależytych”, „niewłaściwym sposobie wykonywania czynności leżących w granicach jego uprawnień”, czy w końcu na „nie licującym ze stanowiskiem (...) zachowaniu się”.<sup>26</sup> Jednakże, zdaniem wielu autorów, niewłaściwy sposób wykonania czynności leżącej w granicach uprawnienia funkcjonariusza nie pozbawia tej czynności charakteru czynności dokonanej podczas „pełnienia obowiązków służbowych”.<sup>27</sup>

Mamy tu więc do czynienia z dziwną rozbieżnością kryteriów: „czynność służbowa” rozpatrywana samodzielnie, wyizolowana z całokształtu „pełnienia obowiązków służbowych” byłaby prawna jedynie przy jednoczesnym istnieniu kilku kryteriów (według W. Woltera — przypomnijmy — kompetencji, form postępowania i podstaw prawnych), prawność zaś całokształtu czynności zwanego „pełnieniem obowiązków służbowych” wymagałaby tylko zgodności z kompetencją. Pewne wytłumaczenie tego zróżnicowania zdaje się leżeć w tym, że w zakres pojęcia „pełnienia obowiązków służbowych” wchodzi nie tylko wykonywane w tych ramach „czynności służbowe”, lecz także sam pobyt funkcjonariusza w miejscu pełnienia tych czynności, gdy udaje się do miejsca ich pełnienia lub je opuszcza, a także w przerwach między dokonywaniem poszczególnych czynności.<sup>28</sup> Komentatorzy zwracają bowiem nie bez racji uwagę, iż „nie można (...) w sposób sztuczny dzielić jednolitego zdarzenia na poszczególne fragmenty i uważać, że w chwili wypowied-

<sup>23</sup> O. Górniok, *iw.*, s. 71.

<sup>24</sup> Por. O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda: *Prawo karne — Część szczególna*, Wrocław—Warszawa 1971, s. 351. Analogicznie J. Bafia i in., *iw.*, s. 553.

<sup>25</sup> O. Górniok, *iw.*, s. 71.

<sup>26</sup> Tamże.

<sup>27</sup> J. Bafia i in., *iw.*, s. 553.

<sup>28</sup> Tamże.



zenia słów niezbędnych do wykonania zleconego zadania służbowego zachodzi »pełnienie obowiązków służbowych«, a w chwili wypowiedzenia słów zbędnych — »pełnienie obowiązków służbowych nie zachodzi».<sup>29</sup> Stąd też funkcjonariusz publiczny przybyły na miejsce spełnienia czynności służbowej „korzysta z ochrony prawnej wynikającej z art. 236 w pełnym zakresie i w zasadzie przez cały czas pobytu, chyba że pobyt ten zupełnie utracił charakter służbowy, np. funkcjonariusz przyjął zaproszenie na poczęstunek i pozostał w charakterze prywatnym”.<sup>30</sup>

Zdanie to zawiera pewną racjonalną sugestię co do kryterium granic „pełnienia obowiązków służbowych”. Chodzi bowiem o rozgraniczenie czynności o charakterze służbowym, od takich, które mają charakter niesłużbowy, prywatny, choćby mieściły się w wycinku czasu i odbywały się w miejscu poświęconym na pełnienie czynności służbowych. Nie ulega wątpliwości, że rozgraniczenie takie najłatwiej przeprowadzić na gruncie treści danej czynności. W praktyce jednak nierzadko zachodzą sytuacje, gdy działanie przedmiotowo zdaje się mieścić w ramach „pełnienia obowiązków służbowych”, gdyż kompetencyjnie leży w sferze uprawnień czy obowiązków danego funkcjonariusza, jednakże o jego niesłużbowej treści decydują np. osobiste motywy działania. Tak np. milicjant, który wdaje się w awanturę z motywów osobistych, nie występuje w charakterze służbowym i wówczas nie przysługuje mu prawo zatrzymania i odprowadzenia ofiary swej prowokacji, dlatego że ofiara ta wystąpiła przeciwko niemu słownie czy czynnie. Jak słusznie twierdzą komentatorzy, w żadnym razie nie może milicjant wyzyskiwać swej funkcji w celach osobistych i korzystać z ochrony, jaka przysługuje funkcjonariuszowi publicznemu podczas pełnienia przez niego obowiązków służbowych.<sup>31</sup> Osobiste motywy działania funkcjonariusza pozbawiają więc dokonaną przez niego czynność charakteru służbowego i — tym samym — szczególnej ochrony. Problem jednak polega na tym, że osobisty charakter motywów nie zawsze jest łatwy do ustalenia w momencie działania funkcjonariusza, stąd też bardziej istotne byłoby znalezienie kryteriów obiektywnych rozgraniczenia obowiązków służbowych od działań prywatnych. Wydaje się, że takimi kryteriami, oprócz wspomnianej już kompetencji rzeczowej, powinny być — podobnie jak w odniesieniu do „czynności służbowych” — także: 1) zgodność z prawnie określonym sposobem pełnienia „obowiązków służbowych” oraz 2) podstawy prawne „pełnienia obowiązków służbowych”. Naruszenie tych kryteriów przez funkcjonariusza bądź pozbawia jego zachowanie się cechy „pełnienia obowiązków służbowych” w całości lub w określonym fragmencie czasowym i merytorycznym, bądź też może stanowić eksces polegający na przekroczeniu granic któregośkolwiek z warunków prawności jego zachowania się. W takich warunkach funkcjonariusz publiczny staje się — podobnie jak w wypadku, gdy „czynność służbowa” dokonana przez niego staje się bezprawna — podmiotem wykroczenia (występku) dyscyplinarnego albo podmiotem przestępstwa. Będzie tak zwłaszcza w takich rażących wypadkach, gdy np. w czasie „pełnienia obowiązków służbowych” funkcjonariusz MO obok „prawnych czynności służbowych” dokona przestępstwa (np. w toku przeszukiwania pomieszczenia lub osoby dokona zaboru niektórych przedmiotów znajdujących się w pomieszczeniu lub u osoby poddanej przeszukaniu).

V. Przedstawiony tu pogląd, obwarowujący prawność zarówno „czynności służbowej” jak i działania noszącego cechy „pełnienia obowiązków służbowych” kilkoma jednocześnie warunkami, zmierza wyraźnie do ograniczenia przejętego z mi-

<sup>29</sup> Jw., s. 554.

<sup>30</sup> Tamże.

<sup>31</sup> Tamże.

nionych formacji elementu szczególnego, związanego z osobą pełniącą takie czy inne funkcje publiczne. Tendencja taka, jak się zdaje, choć niezbyt konsekwentnie, przebija również przez niektóre decyzje ustawodawcze, znajduje też wyraz w pewnych, mających jednak znaczenie zasadnicze orzeczeniach Sądu Najwyższego Polski Ludowej. Wskazuje na to choćby ograniczenie zakresu penalizacji „czynnej napaści” w nowym kodeksie karnym. O ile bowiem art. 133 d.k.k. przewidywał karalność czynnej napaści, jeżeli sprawca dopuścił się napaści na osoby wymienione w § 1 lub 2 tego artykułu „podczas lub z powodu” pełnienia przez nie obowiązków służbowych, o tyle w świetle art. 233 czynna napaść tylko podczas pełnienia obowiązków służbowych przez napadniętego, ale nie z powodu ich pełnienia („w związku z ich pełnieniem”), nie wystarcza już do zakwalifikowania zachowania się sprawcy jako przestępstwa z tego artykułu.<sup>32</sup>

Analogiczne ograniczenie znajdujemy w wypadku konstrukcji przestępstwa znieważenia funkcjonariusza publicznego. Artykuł 236 k.k. nawiązuje swoją treścią do art. 132 d.k.k., różni się jednak od niego tym, że wprowadza dodatkowy warunek, aby zniewaga nastąpiła nie tylko podczas pełnienia obowiązków służbowych, jak to stanowił dawny przepis, ale nadto w związku z pełnieniem tych obowiązków. Zmiana ta oznacza, że jeżeli sprawca znieważy funkcjonariusza wprawdzie podczas pełnienia przez niego obowiązków służbowych, ale nie w związku z ich pełnieniem, lecz z jakiegokolwiek innego powodu, to zniewaga w tych okolicznościach nie będzie kwalifikowana z art. 236 k.k.<sup>33</sup>

Niekonsekwencja zaś przejawiała się w odrzuceniu przez ustawodawcę rozpatrywanych w kontekście projektów kodeksu karnego różnych propozycji łagodniejszego traktowania sprawcy działającego wobec „wyzywającego zachowania się” funkcjonariusza<sup>34</sup> lub gdy „sprawca działa pod wpływem rozdrażnienia wywołanego rażąco niewłaściwym postępowaniem pracownika (...)”,<sup>35</sup> a zwłaszcza „gdy czyn sprawcy wywołany był nadużyciem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązku (...)”.<sup>36</sup> Sprawa bowiem była i jest nader istotna ze względu na ciągłe, uporczywe próby podejmowane w takich wypadkach przez praktykę wymiaru sprawiedliwości, by nawiązywać do instytucji prowokacji przewidzianej w art. 181 § 2 i 182 § 1 k.k.<sup>37</sup>

Tendencja do ograniczenia ochrony działań funkcjonariusza do czynności prawnych znalazła również doniosły wyraz w orzecznictwie. W szczególności wymienić tu wypada wyrok SN z dnia 8—10.XI.1951 r., który wyraźnie akcentuje znaczenie prawności działań urzędnika. Stwierdza więc, że „tytuł urzędniczy lub wykonywana czynność służbowa nie odbiera zdziałanym przy tym czynom cech bezprawności. Każde naruszenie praw obywateli przez organ władzy ludowej stanowi karalne przekroczenie udzielonej im władzy niezależnie od tego, jakie prawnie chronione dobro obywatela zostało naruszone”.<sup>38</sup>

Tendencja ta godna jest jak najgorętszego poparcia. Chodzi bowiem o dostrzeżenie w instytucji obrony koniecznej jednego ze środków — ostrego co prawda, choć skutecznego — obrony przed rzadkimi wprawdzie, ale zdarzającymi się wypadkami samowoli funkcjonariuszy publicznych, którzy dane im przez społeczeń-

<sup>32</sup> Por. O. Chybiński i in., jw., s. 351.

<sup>33</sup> Por. S. Lelental, jw.; O. Chybiński i in., jw., s. 356.

<sup>34</sup> Według S. Lelentala, jw.

<sup>35</sup> Art. 377 § 2 projektu k.k. z 1963 r.

<sup>36</sup> Art. 377 § 3 projektu k.k. z 1963 r.

<sup>37</sup> Por. O. Górniok, jw., s. 72.

<sup>38</sup> Orzec. SN I K 317/50, Biul. Gen. Prok. nr 3/52 (cyt. wg O. Górniok, jw., s. 40).

stwo pełnomocnictwa wykorzystują na szkodę tego społeczeństwa lub poszczególnych obywateli. Wysuwane w literaturze i orzecznictwie zastrzeżenia dotyczące prawa do obrony koniecznej wobec działań bezprawnych funkcjonariusza publicznego wyrastają, jak się zdaje, z tradycyjnego traktowania zarówno funkcji publicznej jako nacechowanej bardziej szczególnym znamieniem „przedstawiciela państwa” aniżeli rolą społeczną sprowadzającą się do „służby społeczeństwu”, jak i obrony koniecznej jako odpierania bezprawnych zamachów na dobra indywidualne czy prywatne. W tej ostatniej kwestii znamienne przesunięcie akcentów znajdujemy w nowej konstrukcji obrony koniecznej, gdzie na pierwsze miejsce wysuwa się obrona dóbr społecznych. W kwestii zaś pierwszej zauważyć trzeba, że obawa, iż dopuszczenie obrony koniecznej wobec bezprawnych działań funkcjonariusza publicznego może utrudnić wykonywanie przezeń jego obowiązków, jest mało przekonująca, gdyż odparcie bezprawnego zamachu funkcjonariusza nie tylko nie utrudnia dokonywania „prawnych czynności służbowych”, lecz im raczej sprzyja, sprzyjając tym samym umocnieniu praworządności; przeciwnie, ograniczenie prawa obywateli do obrony w tym zakresie ułatwiłoby pojawienie się częstszych wypadków samowoli ze strony funkcjonariuszy publicznych lub innych bezprawnych, albo wręcz przestępnych działań dokonywanych pod ochronnym szyldem „czynności” czy „obowiązków służbowych”.<sup>39</sup>

Słuszność zatem należy przyznać tym przedstawicielom socjalistycznej doktryny, którzy rozszerzenie ogólnych zasad obrony koniecznej na obronę wobec czynów bezprawnych funkcjonariuszy publicznych wyprowadzają z istoty „ustroju państwowego i społecznego, opartego na zasadach demokratyzmu socjalistycznego, równości wszystkich obywateli wobec prawa, łączenia interesów społecznych i indywidualnych”.<sup>40</sup> Ten kontekst społeczno-polityczny sprawia, że dopuszczenie obrony koniecznej w określonych wskazanych wyżej warunkami wypadkach bezprawnych działań funkcjonariuszy publicznych (które przecież stanowią z reguły przestępstwa lub wykroczenia dyscyplinarne, gdzie podmiotem jest funkcjonariusz publiczny) nie obniża autorytetu i powagi instytucji państwowej czy społecznej, gdyż nie przeciwko nim, a jedynie przeciwko bezprawnie działającym jej przedstawicielom obrona jest skierowana. Wydaje się nawet, jak to podnosiłem już przy innej okazji,<sup>41</sup> że właśnie generalny zakaz stosowania w takich wypadkach obrony koniecznej miałby wpływ na obniżenie autorytetu władzy. Czyż bowiem może się cieszyć poważaniem obywateli władza pokrywająca bezprawną działalność swych przedstawicieli?

VI. Przyjęcie takiego stanowiska pozwala na sformułowanie kilku stwierdzeń będących próbą odpowiedzi na postawione na wstępie pytanie generalne.

Zakładamy więc, że obrona konieczna dopuszczalna jest wobec bezprawnych zachowań się funkcjonariusza publicznego noszących zewnętrzne cechy „czynności służbowej” lub „pełnienia obowiązków służbowych”, w istocie jednak nie mających tych cech ze względu na: 1) brak kompetencji funkcjonariusza do dokonania takiej czynności lub do pełnienia takich obowiązków, 2) niezgodność działania z prawnie określonym sposobem wykonania czynności lub pełnienia obowiązków, 3) brak pod-

<sup>39</sup> Silnie akcentuje się te momenty w literaturze radzieckiej. Por. I. S. Tyszkiewicz: *Ustowija i przediety nieobchodimoj oborony*, Moskwa 1963, s. 17–19. Jeszcze bardziej stanowczo i konsekwentnie formułuje tezę o prawie do obrony koniecznej wobec bezprawnych działań funkcjonariuszy publicznych W. N. Kozak: *Prawo grażdian na nieobchodimuju oboronu*, Saratow 1972, s. 49–56.

<sup>40</sup> I. S. Tyszkiewicz, jw., s. 19.

<sup>41</sup> A. Krukowski: *Obrona konieczna (...)*, jw., s. 30.

stawy prawnej do przedsięwzięcia danego działania. Wskazane cechy, o których braku mowa, muszą przy tym występować kumulatywnie, by działanie było prawne, stąd też brak którejkolwiek z nich czyni je bezprawnym. Wynika z nich dalej, że chodzi o prawność lub bezprawność działania przedmiotową i formalną, że zatem merytoryczna wadliwość działania nie pozbawia jej cechy prawności. Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem W. Świdy, że obrona konieczna nie jest dopuszczalna, gdy działania funkcjonariusza publicznego są tylko formalnie prawne, choć merytorycznie niesłuszne (np. milicjant na podstawie nakazu aresztowania zatrzymuje omyłkowo niewłaściwą osobę), a osoby zainteresowane mają jedynie prawo zaskarżenia czynności w trybie przewidzianym przez prawo.<sup>42</sup> Jednakże kryterium merytoryczne wywiera niekiedy decydujące wypądko na prawny charakter czynności. Odnosi się to w szczególności do wypadków ekscesu, a więc przekroczenia granic prawności danej „czynności służbowej” czy „pełnienia obowiązków służbowych”, zwłaszcza zaś tzw. ekscesu intensywnego, wyrażającego się np. w zbytnim nasileniu użytych środków przymusu (np. siły fizycznej) w stosunku do potrzeby wynikającej z treści danej czynności czy obowiązku bądź też narzuconej przez sytuację.

Problem drugi to zakres dopuszczalnych działań użytych dla „odparcia zamachu” ze strony funkcjonariusza publicznego. Generalnie obowiązuje tu ogólna zasada, wynikająca z istoty obrony koniecznej według art. 22, że obrona powinna być „konieczna”. Nie rozwijając tu ze względów zrozumiałych całej niezwykle złożonej problematyki tego kryterium obrony,<sup>43</sup> wyjaśniam jedynie, że chodzi o użycie takich środków i sposobów oraz nasilenia obrony, które są niezbędne dla odparcia zamachu, ograniczenia zaś pojawiają się raczej na tle praktycznych rozwiązań wynikających z całego zespołu okoliczności zamachu i konieczności użycia sposobu obrony, który by był „współmierny do niebezpieczeństwa zamachu”. Dla naszej problematyki może być sprawą istotną, że na niebezpieczeństwo zamachu ma wpływ także stopień nieuchronności i bezpowrotności utraty dobra będącego przedmiotem zamachu, co w jakimś stopniu przypomina stosowany w dawnej doktrynie podział dóbr zagrożonych zamachem na „wynagradzalne” i „niewynagradzalne”, przy czym dopuszczalna była jedynie obrona dóbr niewynagradzalnych, a utrata dóbr wynagradzalnych mogła być dochodzona jedynie w drodze procesu cywilnego.<sup>44</sup> Analogia jest tu oczywiście odległa, jednakże z podziału tego płynie pewna sugestia odnośnie do uprawnienia do obrony koniecznej wobec działań bezprawnych funkcjonariusza publicznego. Wydaje się bowiem, że obrona konieczna przysługiwać będzie w tej szczególnej sytuacji, gdy podmiotem zamachu jest funkcjonariusz publiczny, zwłaszcza wówczas, kiedy dobru zagraża zamach bezpowrotnie je unicestwiający, a więc nie pozwalający na restytucję tego dobra w drodze prawnej. Praktycznie nie jest to zbyt wielkie ograniczenie, gdyż większość zamachów tego rodzaju atakuje takie właśnie dobra (życie, zdrowie, część, nietykalność cielesną). Dobra zaś, których utrata w rezultacie bezprawnych działań funkcjonariusza może być odwrócona na skutek prawnych działań pokrzywdzonego, zmniejszają niebezpieczeństwo zamachu, co wywołuje odpowiednie uszczuplenie zakresu dopuszczalnych „koniecznych” sposobów odpierania zamachu (będzie tak np. w wypadku bezprawnego zajęcia przedmiotów majątkowych). Jest jednak rzeczą oczy-

<sup>42</sup> W. Świd a: Prawo karne — Część ogólna, Warszawa 1971, s. 162.

<sup>43</sup> Szersze wywody na ten temat znaleźć może czytelnik w moim artykule pt. „Węzłowe problemy obrony koniecznej na tle art. 22 nowego kodeksu karnego”, „Palestra” 1971, nr 1.

<sup>44</sup> Por. A. H. L u d e n: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte, Goettingen 1840, II, s. 481 i nast.

wistą, że charakter dobra sam nie decyduje o niebezpieczeństwie zamachu, lecz — podobnie jak to jest w innych wypadkach — musi być traktowany jako jeden z elementów składowych konkretnej sytuacji zwanej „stanem obrony koniecznej”, na którą składa się całokształt okoliczności zamachu i obrony.

JÓZEF SZAMREJ

## Stosunek poplecznictwa z art. 252 k.k. do tzw. poplecznictwa przy niedoborze z art. 219 k.k.

*Artykuł, podejmując próbę wyjaśnienia pojęcia niedoboru z art. 219 k.k., określenia zakresu stosowania tego przepisu i wykazania, w jakich wypadkach może on pozostawać w kumulatywnym zbiegu z art. 252 k.k., zwalcza pogląd, który głosi, że pierwszy z wymienionych — jako przepis szczególny — wyłącza w swoim zakresie stosowanie drugiego z tych przepisów jako ogólnego.*

Zagadnieniu stosunku poplecznictwa z art. 252 k.k. do tzw. poplecznictwa przy niedoborze z art. 219 k.k. nie poświęcono — jak dotychczas — zbyt wiele uwagi w literaturze prawniczej, Sąd Najwyższy zaś rozważał to zagadnienie tylko w jednym wyroku. Stosunkowo najwięcej uwagi poświęcił temu problemowi E. Szwedek, reprezentując pogląd, że zagadnienie to „należy chyba rozstrzygnąć na zasadzie legis specialis, zgodnie z którą art. 219 k.k. jako przepis szczególny będzie wyłączał stosowanie art. 252 k.k. jako przepisu ogólnego”.<sup>1</sup> Reprezentując taki pogląd, E. Szwedek powołał się na identyczne w tej kwestii stanowisko J. Grabowskiego i J. Kochanowskiego, które streszcza się w zdaniu, że art. 219 k.k. jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 252 k.k., wyłączającym z niego pewne typy sytuacji kwalifikowane dotychczas z art. 148 k.k. z 1932 r.<sup>2</sup>

Za przyjęciem powyższego rozwiązania przemawiają — zdaniem E. Szwedka — dwa argumenty. „Po pierwsze — pisze Szwedek — gdyby założyć, że jest inaczej, wówczas trzeba by przyjąć, iż zachodziłby tu zawsze zbieg przepisów. Użyczenie bowiem mienia lub dokumentu w celu ukrycia niedoboru stanowi zacieranie śladów przestępstwa w rozumieniu art. 252 § 1 k.k. Na podstawie więc art. 10 § 3 trzeba by sprawcy zawsze wymierzyć karę wyższą z art. 252 § 1 k.k. Przepis art. 219 k.k. nie miałby w tej sytuacji zastosowania. Nie sposób zaś przypuszczać, aby ustawodawca wprowadził przepis (nie znany dotychczasowemu ustawodawstwu), który by w ogóle nie miał być stosowany. Po drugie, gdyby ustawodawca chciał art. 219 i 252 k.k. traktować jako zbiegające się przepisy, wprowadziłyby do pierwszego z tych

<sup>1</sup> E. Szwedek: Poplecznictwo przy niedoborze, NP nr 2 z 1971 r., s. 164—165.

<sup>2</sup> J. Grabowski i J. Kochanowski: Przestępstwo gospodarcze w nowym kodeksie karnym, „Palestra” nr 5 z 1970 r., s. 34.