

AGNIESZKA RYBAK

KONTROWERSJE WOKÓŁ PRZESTĘPSTWA PODOBNEGO

Jedną z wielu zmian w stosunku do dotychczasowej regulacji, jakie zawiera nowy kodeks karny, jest odmienne zdefiniowanie pojęcia „przestępstwo podobne”. Kodeks karny z 1997 roku w artykule 115 § 3 stanowi, że jest nim „przestępstwo należące do tego samego rodzaju, przestępstwo z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia oraz przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. Kodeks karny z 1969 roku w art. 120 § 2 natomiast pod tym samym pojęciem rozumiał: „przestępstwo skierowane przeciw temu samemu lub zbliżonemu rodzajowo dobru chronionemu prawem oraz przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”.

Należałoby zatem zastanowić się, co oznacza ta zmiana. Nie jest to bowiem tylko kwestia odmienności definicji, zastosowanie tej instytucji prawa karnego jest bardzo szerokie, o jej wadze w systemie polskiego prawa karnego nie trzeba chyba nikogo przekonywać.

Pod rządami kodeksu karnego z 1969 roku popełnienie przestępstwa podobnego do przestępstwa, za które sprawca był prawomocnie skazany, stanowiło podstawę dla nadzwyczajnego obostrzenia kary w warunkach artykułu 60 § 1, odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia w warunkach artykułu 95 § 1 oraz zarządzenia warunkowo zawieszony kary (art. 78 § 1). Kodeks karny z 1997 roku zawiera w zasadzie analogiczne rozwiązania, rezygnując jednak z zastosowania przestępstwa podobnego jako podstawy do odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia (podstawy te, z trudnych do odgadnięcia przyczyn, uregulowano w kodeksie karnym wykonawczym, nie zaś w kodeksie karnym).

Pojęcie „przestępstw tego samego rodzaju” nie jest nowym w historii polskiego prawa karnego. Już kodeks karny z 1932 roku jako podstawę do nadzwyczajnego obostrzenia kary w warunkach recydywy szczególnej podstawowej uznawał między innymi popełnienie przestępstwa należącego do tego samego rodzaju.

Jakieś względy zadecydowały zatem o tym, by po pierwsze zarzucić koncepcję, na której opierała się definicja w k.k. z 1969 roku, po wtóre zaś by powrócić do starszej koncepcji, o której, jak należałoby domniemywać, ustawodawca ma lepsze zdanie. Może doszedł do wniosku, że sprawniejsze było jej funkcjonowanie bądź lepiej służyła celowi, dla którego została ustanowiona. Z uzasadnienia do obecnie obowiązującego kodeksu karnego dowiadujemy się, iż zmiana definicji przestępstwa podobnego uzasadniona

jest uwzględnieniem doświadczeń praktyki i postulatów doktryny: „Określenie to powinno w większym stopniu od dotychczasowego wskazywać na trwałość negatywnie ocenionej postawy sprawcy kolejnych przestępstw”¹. Ustawodawca nie ujawnia zatem, jakie konkretne przesłanki skłoniły go do zmiany. Aby je odkryć należałoby chyba zanalizować orzecznictwo i poglądy przedstawicieli doktryny prawa karnego, które funkcjonowały podczas obowiązywania kodeksów karnych z 1932 i 1969 roku.

Pod rządami k.k. z 1969 roku, zarówno sądy, jak i doktryna, były całkowicie zgodne co do klasyfikacji kryteriów, jakie ustawa stawia w art. 120 § 2, by uznać przestępstwo za „podobne”. Wyróżniano zatem:

- 1) kryterium przedmiotowe, sformułowane przez zwrot: „przestępstwo skierowane przeciwko temu samemu lub zbliżonemu rodzajowo dobru chronionemu prawem”;
- 2) kryterium podmiotowe, wyrażone jako konieczność wystąpienia tych samych pobudek;
- 3) kryterium celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Wobec nowego brzmienia definicji przestępstwa podobnego w k.k. z 1997 roku rodzi się zasadnicze pytanie: czy również owe kryteria ulegają zmianie?

Artykuł 115 § 3 k.k. z 1997 roku wyjaśnia, co rozumie pod pojęciem „przestępstwa podobnego”. Ustanawia również trzy kryteria:

- 1) kryterium przynależności przestępstw do tego samego rodzaju;
- 2) kryterium tożsamości wyróżnionych przez ustawę sposobów działania: zastosowania przemocy lub groźby jej użycia;
- 3) cel osiągnięcia korzyści majątkowej.

Nie ulega zatem wątpliwości, że:

- ustawodawca zrezygnował z wyrażenia *expressis verbis* kryterium podmiotowego (na razie poprzestaną na tym ostrożnym stwierdzeniu, bo wydaje się wymagać rozważenia, czy rzeczywiście zrezygnowano z tego kryterium),
- pozostało niezmienione kryterium celu osiągnięcia korzyści majątkowej,
- pojawiło się sformułowane *expressis verbis* kryterium tożsamości sposobów działania (tu również lepiej jest sformułować to w sposób bardziej ostrożny, gdyż głębszej analizy wymaga odpowiedź na pytanie, czy owego kryterium nie było pod rządami k.k. z 1969 roku).

Rodzi się zatem pytanie: czy kryterium „przestępstw należących do tego samego rodzaju” jest tożsame z kryterium przedmiotowym, które uznawane było na gruncie k.k. z 1969 roku? Czy przynależność do tego samego rodzaju jest równoznaczna z tym, że przestępstwo jest skierowane przeciwko temu samemu bądź zbliżonemu rodzajowo dobru prawnemu? Ustawa nie wyjaśnia, co rozumie przez „przestępstwo tego samego rodzaju”. Należałoby jednak rozumować według następującej reguły egzegezy tekstu prawnego: skoro tak samo brzmiące pojęcie funkcjonowało już w systemie polskiego prawa karnego, a ustawodawca wraca doń, należy interpretować je tak, jak czyniły to orzecznictwo i przedstawiciele doktryny pod

¹ *Kodeksy karne z uzasadnieniami*, Wydawnictwo prawnicze, Warszawa 1997, s. 175.

rządami k.k. z 1932 roku. Ustawodawca zatem przypisuje to samo znaczenie temu pojęciu, jakie przypisywał kiedyś.

Sięgając zatem do dorobku doktryny prawa karnego z tego okresu napotykamy na pogląd, według którego przynależność do tego samego rodzaju przestępstw rozstrzyga identyczność przedmiotu ochrony prawno-karnej. Co do tego zgodni byli: W. Wolter, J. Śliwowski, W. Świda².

Po wydaniu przez SN uchwały z 14 września 1961³ – przedstawiciele doktryny podzielili się na zwolenników przeciwstawnych sobie poglądów. SN przyjął bowiem, że przy określaniu przynależności przestępstw do tego samego rodzaju należy brać pod uwagę przede wszystkim stronę przedmiotową, **ale nie można pominąć strony podmiotowej**. Różny rodzaj winy może, zdaniem SN, *in concreto* wykluczyć tożsamość rodzajową przestępstw.

Pozytywnie do tej tezy ustosunkowali się: H. Rajzman oraz S. Pławski⁴. Obaj uzasadniali swoje stanowisko tym, że skoro ustawa mówi o ponownym popełnieniu **przestępstwa, nie zaś czynu zabronionego**, musi mieć na myśli nie tylko znamiona przedmiotowe, ale także podmiotowe czynu. Wysunęli także dalej idącą tezę, iż o jednorodzaowości można mówić tylko wtedy, gdy oba porównywane przestępstwa popełnione zostały z tą samą formą winy.

Przeciwnie stanowisko zajęła K. Daszkiewicz⁵. Uznaje za trafne stwierdzenie, że „przy uznaniu czynu za przestępstwo uwzględnia się zarówno jego stronę przedmiotową, jak i podmiotową”. Jednocześnie zauważa, że z tego bynajmniej nie wynika, aby o tożsamości rodzajowej stanowiło kryterium podmiotowo – przedmiotowe (jak to stwierdził SN w powyższej uchwale). Wynika jedynie to, że musi mieć miejsce powrót nie tylko do czynu zagrożonego karą, ale także do czynu zawinionego⁶.

Mając świadomość tej kontrowersji, powróćmy do treści k.k. z 1997 roku. Komentatorzy do części ogólnej k.k. stwierdzają, że „o przynależności rodzajowej przestępstwa decyduje zaatakowane przestępstwem dobro prawne”⁷. Zatem ich stosunek do nowej regulacji prawnej jest bardzo optymistyczny. Należałoby tylko życzyć sobie, by tak interpretowały to pojęcie sądy i przedstawiciele doktryny, by nie było w tym zakresie kontrowersji. Czy jednak mamy podstawy, by tak sądzić? Wydawałoby się, że skoro ustawodawca wraca do regulacji, która kiedyś już funkcjonowała, proponuje również korzystać z dorobku wtedy wypracowanego. A to oznacza duże prawdopodobieństwo powstawania sporów.

Dla potrzeb niniejszego opracowania zarówno kryterium skierowania przestępstwa przeciwko temu samemu bądź zbliżonemu rodzajowo dobru

² W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, t. III, Kraków 1934, s. 102; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Toruń 1960, s. 94; W. Świda, *Prawo karne – część ogólna*, Warszawa 1966, s. 311.

³ VI KO 9/6, NP. 1/62.

⁴ H. Rajzman, *Glosa do uchwały 7 sędziów z 14 IX 1961*, NP. 1/62, s. 133; S. Pławski, *Przegląd orzecznictwa SN w dziedzinie prawa karnego materialnego*, NP. 2/63, s. 213 – 218.

⁵ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa popełnione z tych samych pobudek i przestępstwa tego samego rodzaju*, NP. 62/7-8, s. 1023.

⁶ Jw.

⁷ K. Buchała, A. Zoll, *Komentarz do k.k. – cz. ogólna*, Kraków 1977, s. 625.

prawnemu, jak i przynależności do tego samego rodzaju, będzie nazywane kryterium przedmiotowym. Czy jednak sformułowanie zawarte w k.k. z 1997 roku w art. 115 § 3 jest rzeczywiście przedmiotowym, nie zaś podmiotowo – przedmiotowym, można będzie stwierdzić na podstawie orzeczeń, które będą zapadać pod rządami nowej ustawy karnej.

W niniejszym opracowaniu zamierzam skupić się właśnie na tym kryterium, jemu bowiem najwięcej uwagi poświęcił SN w czasie obowiązywania k.k. z 1969 roku, ono także okaże się chyba najbardziej problematyczne pod rządami nowej regulacji prawnej.

Kolejne pytanie, na które należałoby odpowiedzieć porównując regulacje kodyfikacji karnych w zakresie tzw. przedmiotowego kryterium ustalania podobieństwa przestępstw brzmi następująco: która z regulacji tzw. kryterium przedmiotowego zakreśla szerszy, która zaś węższy katalog czynów?

Kiedy wchodził w życie k.k. z 1969 roku, w którym po raz pierwszy w polskim kodeksie karnym pojawiło się pojęcie „przestępstwa podobnego”, D. Pleńska stanęła na stanowisku, że definicja zawarta w art. 120 § 2 k.k. to rozszerzenie zakresu podobieństwa w stosunku do regulacji k.k. z 1932 roku, bo do jego ustalenia wystarczająca jest analogiczność dobra, niekonieczna jego tożsamość⁸. To prawda – przedstawiciele doktryny i SN, w okresie obowiązywania k.k. z 1932 roku, wyraźnie stwierdzali, że do ustalenia jednorodności konieczne jest ustalenie identyczności przedmiotu ochrony⁹. Był to zatem zawsze warunek konieczny, lecz, jak wiadomo, nie zawsze wystarczający. Czy jednak ze sformułowania: „przestępstwa należące do tego samego rodzaju” wynika w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że musi chodzić o przestępstwa skierowane tylko przeciw temu samemu, nie zaś także zbliżonemu rodzajowo dobru prawnemu? Przyjęcie drugiej z interpretacji jest jak najbardziej możliwe, aczkolwiek z pewnością niekorzystne dla sprawcy przestępstwa, bo rozszerza zakres podobieństwa. Jeśli natomiast sądy przyjmą pierwszą z możliwych interpretacji, wtedy będzie można mówić o zwężeniu zakresu czynów podobnych w stosunku do regulacji z 1969 roku.

Artykuł 120 § 2 k.k. z 1969 roku przyjmował trzy niezależne kryteria podobieństwa, spełnienie któregokolwiek z nich było wystarczającą podstawą do uznania podobieństwa czynów. K.k. z 1997 roku rezygnuje ze sformułowania *expressis verbis* przesłanki podmiotowej. Jeśli będzie to dla sądów sygnałem do interpretowania przesłanki przedmiotowej faktycznie ściśle przedmiotowo – będzie to oznaczało brak rozszerzania i zwężania zakresu czynów potencjalnie podobnych. Jeśli zaś tak nie będzie – będzie to oznaczać zwężenie katalogu czynów potencjalnie podobnych. W k.k. z 1969 roku kryterium przedmiotowe było samodzielne, interpretując 115 § 3 podmiotowo-przedmiotowo, do ustalenia podobieństwa konieczne będzie łączne spełnienie przesłanek: tożsamości (zbliżoności?) dobra i elementów podmiotowych (jakich?).

⁸ D. Pleńska, *Przedmiotowe podobieństwo przestępstw*, NP. 10/71, s. 1415.

⁹ W. Wolter, J. Śliwowski, W. Świda, jw.

Kodeks karny z 1997 roku wprowadza także nowe kryterium: identyczności określonych sposobów działania. Jednak sądy już pod rządami k.k. z 1969 roku uznawały sposób działania jako kryterium ustalania podobieństwa (o czym później).

Odpowiadając zatem na zadane pytanie: nie można *ex ante* przesądzić, czy zmiana definicji przestępstwa podobnego w nowym kodeksie karnym oznacza zwężenie czy rozszerzenie zakresu podobieństwa. Definicja zawarta w art. 115 § 3 k.k. jest definicją „*idem per idem*” – część definiowana jest wyjaśniona przez zwrot definiujący, którego znaczenia także nie znamy. Artykuł 115 § 3 nie udziela zatem odpowiedzi co do znaczenia pojęcia „jednorodzaowości przestępstw”, dopuszczając tym samym różnorodną jej interpretację. Doświadczenie historyczne w tym zakresie jest dość pouczające.

W okresie obowiązywania k.k. z 1969 roku dyskusja wokół przedmiotowego kryterium podobieństwa przestępstw skupiała się wokół następujących problemów:

- jak należy ustalać tożsamość atakowanych przez przestępstwa dóbr: w oparciu o analizę typów czynów zabronionych czy analizując konkretne przestępstwa?
- jaka winna być rola głównych i ubocznych przedmiotów ochrony w ustalaniu przedmiotowego podobieństwa przestępstw?
- czy należy ustalać podobieństwo przestępstw w oparciu o przepis pozostający w zbiegu z przepisem, z którego zakwalifikowano czyn karalny?
- czy sposób działania stanowi kryterium ustalania podobieństwa przestępstw?
- co oznacza wymóg, by porównywane przestępstwa skierowane były przeciwko zbliżonemu rodzajowo dobru chronionemu prawem?

1. DWA NURTY USTALANIA PRZEDMIOTOWEGO PODOBIEŃSTWA CZYNÓW: W OPARCIU O PORÓWNANIA TYPÓW CZYNÓW ZABRONIONYCH I W OPARCIU O KONKRETNY PRZEDMIOT ZAMACHU

W dotychczasowym orzecznictwie i doktrynie można wyróżnić dwa zasadnicze nurty ustalania podobieństwa przestępstw z punktu widzenia kryterium przedmiotowego.

Pierwszym z nich jest nurt opowiadający się za odnajdywaniem tego samego lub zbliżonego przedmiotu ochrony „*in abstracto*”: posługując się ustawowymi znamionami danego przestępstwa. Sąd Najwyższy postąpił tak w szeregu orzeczeń kategorycznie stwierdzając, iż dane przestępstwo nie jest podobne do innego, gdyż nie jest skierowane przeciw temu samemu lub zbliżonemu rodzajowo dobru prawnemu bez wnikania w konkretny stan faktyczny lub też wyraźnie stanowiąc o braku podobieństwa pomimo pewnych elementów stanu faktycznego na owo podobieństwo wskazujących. Najczęściej uzasadniał to umieszczeniem poszczególnych przestępstw w odpowiadającym im rozdziałach kodeksu karnego¹⁰. Najwięcej tego ro-

¹⁰ Uchwała SN z 25 XI 1971, VI KZP 57/71, OSNKW 72/2/27; wyrok SN z 7 VII 1978, RW 247/78 OSNKW 78/9/100; wyrok SN z 28 VIII 1984, IV KR 187/84, OSNPG 85/VI/ 81.

dzaju orzeczeń Sądu Najwyższego zapadło po wydaniu „Wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie prawidłowego stosowania przepisów dotyczących przestępstw popełnianych w warunkach recydywy”¹¹. Stwierdzono tam, iż: „przedmiotowe podobieństwo przestępstw ustala się na podstawie dóbr chronionych prawem atakowanych przez te przestępstwa”. Od tego momentu wyroki odnajdujące podobieństwo przestępstw „*in abstracto*” posypały się jak z przysłowiowego rękawa, a Sąd Najwyższy do tego stopnia przejął się własnym rozstrzygnięciem, że w uzasadnianiu wyroków zamiast argumentów merytorycznych przytaczał własne słowa. Jest to niezrozumiałe. Biorąc pod uwagę bowiem brzmienie uchwały, wydaje się ona sugerować właśnie ów przeciwny nurt orzekania, który zostanie zaprezentowany poniżej.

Przeciwny nurt orzecznictwa i poglądów doktryny to odnajdywanie dobra chronionego prawem „*in concreto*”. Tego rodzaju podejście jest widoczne w szeregu orzeczeń Sądu Najwyższego, w których stwierdza się, że albo dwa przestępstwa **nie muszą być do siebie podobne** albo do ustalenia tożsamości lub bliskości rodzajowej dóbr dochodzi się przez **analizę stanu faktycznego konkretnej sprawy**¹².

Na szczególną uwagę zasługuje wyrok Sądu Najwyższego z 7.02.1972¹³, stanowiący przykład tego nurtu orzecznictwa.

Rozważano tam podobieństwo przestępstwa z art. 210 § 1 do przestępstwa z artykułu 184 § 1 k.k. z 1969 roku. Stwierdzono, że ponieważ sprawca rozboju posługując się nożem tylko groził jego użyciem, działanie to niesłusznie zakwalifikowano jako godzące w zdrowie.

Różnica między tymi stanowiskami jest istotna i przyjęcie którejsz z metod może prowadzić do przeciwnych rezultatów.

Zwolennicy pierwszej koncepcji prezentują ubogą argumentację. Jej główni rzecznicy to A. Kabat i W. Kubala¹⁴. Ten ostatni stwierdza, że metoda ta zapewnia łatwość i jednolitość stosowania. Najchętniej posiłkowałby się systematyką kodeksową. Uzasadnienie do projektu k.k. z 1969 roku stwierdza bowiem, że ustawa grupuje w jednym rozdziale przestępstwa skierowane przeciw temu samemu dobru chronionemu przez prawo i tym samym *eo ipso* rozstrzyga o ich podobieństwie.

Lepiej uzasadniają swe stanowisko zwolennicy drugiej z zaprezentowanych powyżej koncepcji.

D. Pleńska wskazuje na zawodność automatycznego posługiwania się kodeksowym podziałem na rozdziały przy poszukiwaniu podobieństwa przestępstw. Systematyka jest „pomyślana dla innych celów niż ustalanie podobieństwa przestępstw, należy więc jej przyznać znaczenie tylko pomocnicze, a w razie wątpliwości uznać prymat elementu logicznego nad systematycznym [...], definicja przestępstwa podobnego odwołuje się nie do podziału na

¹¹ VII KZP 23/27, OSNKW 79/1/1.

¹² Wyrok S.A. w Białymstoku z 16 I 1996, III AKR 239/95, OSA 96/7-8/29; uchwała SN z 22 VI 1972, VI KZP 24/72, OSNKW 72/134; postanowienie SN 17 VI 1998, IV KRN 157/98, Prok. i pr. 98/11-12/3.

¹³ II KR 302/71, OSNKW 72/6/100.

¹⁴ W. Kubala, *Glosa do wyroku SN z 10 V 1974, OSP 75/5/116*; A. Kabat, *Przestępstwo podobne w ujęciu k.k.*, NP. 70/11/1580.

rozdziały, lecz do rodzaju dobra prawnego przeciw któremu przestępstwa są skierowane. Wymieniając jako podstawę podobieństwa zbliżony rodzaj dobra, definicja ta skłania się do poszukiwania podobieństwa niezależnie od systematyki kodeksowej [...]. Kwestię podobieństwa winno się rozważać na tle konkretnych czynów, chodzi bowiem o rzeczywiste pokrewieństwo czynów, wskazujące na kontynuację przez sprawcę określonego rodzaju przestępczych zachowań, o ciągłość jego antyspołecznego nastawienia”. Ustosunkowując się do zarzutu, że jakoby analiza konkretnego czynu prowadzi do rozszerzającej interpretacji przestępstwa podobnego Pleńska twierdzi, że: „...procedura ta działa w dwóch kierunkach [...] raz może granice podobieństwa rozszerzać, innym razem znów ścieśniać”. Nie o to bowiem chodzi, by „...pojęcie przestępstwa podobnego rozszerzać lub ścieśniać, lecz by je przybliżyć do rzeczywistej treści antyspołecznych zachowań, widzianych od strony sprawcy, a nie od strony abstrakcyjnej, formalistycznej i dla innych celów pomyślanej kodeksowej systematyki”¹⁵.

Stosowanie tej metody jest trudniejsze technicznie z uwagi na konieczność sięgnięcia nie tylko do danych o karalności z Centralnego Rejestru Skazanych, ale do dokonania wnikliwej analizy okoliczności faktycznych na podstawie akt poprzedniej sprawy.

Kontrowersja ta ma jednak określone podłoże: zwolennicy nurtu „*in abstracto*” powołują się na „przedmiot ochrony”, zwolennicy zaś nurtu: „*in concreto*” na „przedmiot zamachu”.

Przypomnijmy zatem przyjęte w niniejszej pracy założenie: oba terminy (przedmiot ochrony i przedmiot zamachu) dotyczą tego samego, różnica między nimi sprowadza się do tego, czy ujmujemy zagadnienie z punktu widzenia ustawodawcy, czy też od strony czynu jako zamachu na dobro prawne¹⁶. To przesądza o pozorności prezentowanego sporu. Zwolennicy nurtu „*in concreto*” starali się przekonać swych adwersarzy, że, kodeks jest „po ich stronie” – wskazując na to, iż 120 § 2 używał sformułowania „przestępstwo skierowane przeciwko dobru”, co miałyby wskazywać na to, że chodzi o przedmiot zamachu. Ta argumentacja jest nie tylko zbędna, ale także nieprawidłowa.

Spór ten opiera się na fałszywym założeniu, że przedmiot ochrony jest czymś innym niż przedmiot zamachu.

Wszystkie przedmioty zamachu, które występują przy realizacji znamion danego czynu zabronionego, są także przedmiotami ochrony tego przepisu. Nieistotne jest przy tym, iż dany przedmiot nie stał się podstawą do włączenia danego przestępstwa do określonego rozdziału.

Zupełnie przeciwny pogląd wyraził A. Kabat: iż dobro chronione nie wyeksponowane w tytule rozdziału nie jest w ogóle dobrem chronionym przez przepis karny¹⁷. Autor ten jednocześnie twierdzi, że owe dobra, rzekomo nie będące: „chronionymi”, są naruszane przez sprawcę danego przestępstwa. Pogląd ten jest nie do zaakceptowania na gruncie przyjętych

¹⁵ D. Pleńska, *Przedmiotowe...*, NP. 10/71, s. 1415.

¹⁶ W. Świda, *iw.* s. 365.

¹⁷ A. Kabat, *Przestępstwa podobne w ujęciu k.k.*, NP. 70. 11, s. 1580.

w niniejszej pracy założeń. Jeśli przyjmiemy tożsamość desygnatów pojęć „przedmiot ochrony” i „przedmiot zamachu” (taki pogląd wyrazili cytowani w niniejszej pracy autorzy, takie też założenie przyjmują w niniejszej pracy) – wywody te nie mogą być zasadne.

Rozważmy to na przykładzie zgwałcenia, a więc czynu kwalifikowanego z art. 197 k.k. z 1997 roku. Dobrem chronionym jest tu wolność w zakresie obcowania płciowego. Ale nie tylko, są nimi także:

- cześć,
- nietykalność cielesna,
- zdrowie¹⁸.

Nie jest jednak prawdziwym stwierdzenie, że wypełniając znamiona określonego czynu zabronionego zawsze narusza się każde z tych dóbr (stąd rola ustalania stanu faktycznego i zasadność nurtu „*in concreto*”).

Nie będzie tak z pewnością w przypadku przestępstw z alternatywnym zespołem znamion. Klasycznym przykładem jest przestępstwo rozboju (art. 280 k.k. z 1997 roku). Katalog dóbr chronionych przez ten przepis to: własność mienia, jego posiadanie, wolność, nietykalność cielesna człowieka, jego zdrowie a nawet życie.

Czy zawsze następuje naruszenie wszystkich tych dóbr? Nie; można sobie z łatwością wyobrazić sprawcę rozboju usypiającego właściciela mienia i dokonującego zaboru owego mienia, a więc nie porywającego się na dobro chronione – zdrowie, lecz wypełniającego znamiona czynu zabronionego. Ale nie będzie tak również w przypadku przestępstw tzw. „prostych” – niech przykładem będzie uchylony nowelą do k.k. z 1995 roku, będący przedmiotem licznych analiz SN, czyn z art. 234 k.k. z 1969 roku. Przestępstwo to polegało na dopuszczeniu się czynnej napaści na funkcjonariusza Policji lub innego organu powołanego do ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego w związku z pełnieniem obowiązków służbowych. Jego kwalifikowana postać, wyrażona w artykule 234 § 1 to czynna napaaść polegająca na spowodowaniu ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.

Dobrem chronionym jest tu prawidłowa działalność instytucji państwowych, ale dobrem pośrednio chronionym – nietykalność cielesna oraz zdrowie funkcjonariusza publicznego. Czy zatem dokonanie czynnej napaści na funkcjonariusza lub organ (w jego postaci podstawowej) **zawsze** musi łączyć się z atakiem na jego nietykalność cielesną? Nie, atak przecież nie musi być tak daleko idący, co przecież nie oznacza, że nie jest to „czynna napaaść”. Lernell wyróżnił na poparcie niniejszej tezy bezpośredni i pośredni przedmiot ochrony¹⁹. Pierwszy jest celem działania sprawcy, drugi jest środkiem do zaatakowania przedmiotu bezpośredniego.

Też, że przepis karny nie chroni tylko jednego dobra prawnego – znajdującego się w tytule rozdziału – przedstawiciele doktryny polskiego prawa karnego uświadamiali sobie już podczas obowiązywania k.k. z 1932 roku. B. Wróblewski rozróżnił bezpośredni i dochodzący przedmiot zamachu.

¹⁸ Ten katalog dóbr chronionych prawem opieram na wyroku SN z 24 VII 1974, I KRN 31/74, OSNPG 74/11/126.

¹⁹ L. Lernell, *Wykład prawa karnego*, Warszawa 1961, s. 76.

Przedmiot bezpośredni to ten, który jest skoordynowany logicznie z przedmiotem czynu. Dochodzące przedmioty zamachu to wszystkie te przedmioty, w których zaszyły oceniane ujemnie zmiany w konkretnej sytuacji przebiegu czynów²⁰.

Metoda ustalania dóbr atakowanych przez przestępstwo poprzez analizę konkretnego stanu faktycznego stawia w innym świetle wątpliwości, które bardzo często podnoszono wokół przestępstwa zgwałcenia. SN w niepublikowanym wyroku z 11 XII 1974²¹ stwierdził, że przedmiotem ochrony przestępstwa zgwałcenia jest nietykalność cielesna i zdrowie pokrzywdzonego. M. Filar zdecydowanie sprzeciwił się takiej interpretacji, jego zdaniem: „żadne ze znamion zgwałcenia nie implikuje z góry wyczerpania znamion przepisów, art. 155 i 156 k.k., czy 181 k.k. (a więc uszkodzeń ciała i znęcania się nad członkami rodziny). Przyjęcie proponowanej tu metody rodzi wątpliwości, czy ów spór ma jakiegokolwiek znaczenie w aspekcie ustalania podobieństwa przestępstw. Przecież niepotrzebnym jest zastanawianie się, czy wyczerpanie znamion zgwałcenia „z góry implikuje” uszkodzenie ciała czy też nie, skoro nie mamy porównywać abstrakcyjnych typów czynów zabronionych, a konkretne stany faktyczne.

Zaakceptowanie tezy o wielości przedmiotów ochrony w jednym przepisie karnym i stwierdzenie, że tylko jeden z nich jest decydującym z punktu widzenia przynależności przestępstwa do określonego rozdziału – oznacza otwarcie dyskusji dotyczącej roli tego dobra chronionego prawem, które nie stało się podstawą umieszczenia przestępstwa w rozdziale: roli dobra głównego i ubocznego.

2. ROLA GŁÓWNEGO I UBOCZNEGO PRZEDMIOTU OCHRONY W USTALANIU PRZEDMIOTOWEGO PODOBIENSTWA PRZESTĘPSTW

Podstawowym pytaniem, które wymaga odpowiedzi jest: czy dobro nie stanowiące podstawy do włączenia przestępstwa do danego rozdziału winno stanowić równorzędną z dobrem ubocznym podstawę stanowiącą o ustaleniu przedmiotowego podobieństwa przestępstw?

Zarówno doktryna prawa karnego jak i orzecznictwo SN zgodnie twierdzą, że obok tzw. dobra głównego przepis karny chroni także inne – „oboczne” – I. Andrejew²², czy „dodatkowe” – L. Lernell²³, czy też „uboczne” – SN²⁴, „poboczne” – K. Buchała²⁵ pojęcia te używane są zamiennie przez tych autorów oraz Sąd Najwyższy.

Ten ostatni w wielu orzeczeniach stwierdzał istnienie dobra ubocznego, co więcej, na nim opierał ustalenie podobieństwa. Wielokrotnie bowiem

²⁰ B. Wróblewski, *Przedmiot...*, s. 22.

²¹ I KRN 35/74, cytowany przez M. Filara w głosie OSP 78/4/62

²² I. Andrejew, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1983, s. 160.

²³ L. Lernell, *Wykład...*, Warszawa 1961 s. 75.

²⁴ Np. uchwała SN z 29 XII 1977, VII KZP 45/77, OSP 78/172.

²⁵ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, s. 201.

stwierdzał, że przez dobro chronione prawem należy rozumieć zarówno dobro stanowiące główny jak i uboczny przedmiot ochrony: podobieństwo owo zachodzi nie tylko wtedy, gdy w obu porównywanych przestępstwach identyczny lub zbliżony jest nie tylko główny, ale i uboczny przedmiot ochrony²⁶. Popierali tę linię orzecznictwa przedstawiciele doktryny twierdząc, iż treść artykułu 120 par. 2 k.k. z 1969 roku nie daje żadnych podstaw do czynienia różnicy między skutkami naruszenia dobra w zależności od tego, czy jest ono pierwszoplanowym, czy też ubocznym przedmiotem ochrony danego przepisu²⁷.

Odosobnionym okazał się pogląd zaprezentowany przez M. Filara, iż problematyka dodatkowego przedmiotu ochrony została nadmiernie wyeksponowana w literaturze, a doszukiwanie się jej na siłę w różnorodnych przestępstwach jest przedsięwzięciem chybnym. Co najważniejsze zaś, jego zdaniem, ustawodawca formułując typy podstawowe przestępstw ukierunkował je jednorodnie i globalnie pod kątem ochrony określonego dobra, podporządkowując niejako tej ochronie wszelkie względy uboczne. M. Filar odróżnił tu sytuację postaci podstawowych przestępstw od kwalifikowanych i tych, które jego zdaniem w istocie wykazują cechy kwalifikowanych jak np. rozbój²⁸.

SN raczej nie podzielał tych wątpliwości bardzo często ustalając podobieństwo na bazie ubocznego przedmiotu ochrony. Zaprezentował jednocześnie całą gamę stanowisk od najbardziej restryktywnych, gdzie praktycznie odrzucił koncepcję dobra ubocznego, do daleko idących w tym zakresie. W jednym z wyroków SN stwierdza, że czyn zgwałcenia nie jest podobny do czynu naruszenia nietykalności cielesnej, bo art. 168 k.k. z 1969 roku chroni wolność dysponowania własną osobą w sferze życia seksualnego, a art. 182 k.k. z 1969 r. nietykalność cielesną²⁹. Innymi słowy: nie ma tu dobra ubocznego.

W innym orzeczeniu, znajdującym się na przeciwległym biegunie, stwierdza się: podobieństwo między rozbójem a zgwałceniem może zachodzić tylko wtedy, gdyby stwierdzono, że w czasie obu zdarzeń osoby poszkodowane doznały obrażeń cielesnych³⁰. A więc wspólnym dobrem ubocznym obu przestępstw jest integralność cielesna człowieka.

SN przez 30 lat obowiązywania kodeksu karnego z 1969 roku nie zdołał ujednoczyć swego stanowiska: czy należy ustalać podobieństwo przestępstw na podstawie ubocznego przedmiotu ochrony czy też nie. Jeśli zaś dopuścił taką możliwość, wprowadzał ograniczenia dopuszczalności, jakby bał się pełnego zastosowania tej zasady.

Pierwszym z owych ograniczeń jest wymóg, by owo dobro uboczne stanowiło „istotny element przestępstwa” czyli pozostawało „w należytej proporcji do porównywanych przestępstw, tak, że zakres podobieństwa będzie co najmniej taki sam jak zakres tego, co między porównywanymi

²⁶ Np. wyrok SN z 17 II 1975, I KR 225/74 nie publik.

²⁷ B. Kieres, *Glosa do wyroku z 7 II 1972*, I KR 302/71, NP. 73/6, s. 974.

²⁸ M. Filar, *Glosa*, jw., OSP 78/4/62.

²⁹ Wyrok SN z 10 III 1976, IV KR 3/76.

³⁰ Wyrok SN z 31 VII 1986, KR 264/86, OSNPG 87/7/76.

przestępstwami jest różne³¹. Jako przykład zastosowania stworzonej przez siebie zasady SN podał czyn z art. 210 par. 1 k.k. z 1969 roku oraz czyn uszkodzenia ciała, jeżeli sprawca przestępstwa użył gwałtu na osobie jako że życie jest tu dobrem równorzędnym z atakowanym mieniem. To kryterium „istotności” poddał krytyce A. Spotowski twierdząc, iż właściwie SN wymaga równorzędności dóbr³².

W jednym z wyroków SN stwierdził natomiast, iż „dobro poboczne musi mieć wartość na tyle istotną, że musi nastąpić jego naruszenie w każdym wypadku naruszenia danym czynem dobra głównego”³³. To kryterium należy poddać krytyce. Spróbujmy je bowiem zastosować do przestępstw z alternatywnym zespołem znamion: uboczny przedmiot ochrony zmienia się bowiem w zależności od tego, które ze znamion realizuje sprawca. Wobec tego, np. zdrowie, które w zależności od ustaleń faktycznych może być przedmiotem zamachu, nie powinno być podstawą do ustalania podobieństwa przestępstw, bo nie następuje jego naruszenie „w każdym wypadku naruszenia danym czynem dobra głównego”.

Oba zaproponowane przez Sąd Najwyższy ograniczenia oceniam negatywnie. Pierwsze jest sformułowane wyjątkowo niejasno, a podany przykład zaciemnia je jeszcze bardziej. Drugie jest całkowicie nieoperatywne dla przestępstw z alternatywnym zespołem znamion.

Kolejne ograniczenie, zawarte w tym samym wyroku, mówi, że obok owej nieszczęśliwej „każdorazowości naruszania” sprawca dokonując zamachu na dobro główne musi „zmierzać niejako równorzędnie do naruszenia dobra pobocznego”³⁴. Należy postawić pytanie: czy Sąd Najwyższy, wprowadzając do jednego z **niezależnych** kryteriów ustalania podobieństwa przestępstw, jakim jest element przedmiotowy, kryterium o charakterze podmiotowym, postąpił słusznie?

Należy stwierdzić, że sformułowanie „zmierza niejako równorzędnie” naprowadza na element winy. Czy sformułowanie to oznacza, że wina przy naruszeniu dobra głównego i pobocznego musi być taka sama? Czy nie może być bowiem tak, że sprawca **chcąc** naruszyć dobro główne (*dolus directus*) **przewiduje możliwość naruszenia dobra pobocznego i go dzi się na to** (*dolus eventualis*)?

Jak skutecznie analizować proces psychiczny sprawcy? Na ile on ma świadomość jakie i ile dóbr narusza swym czynem naruszając dobro główne?

Osobnym problemem jest nietykalność cielesna jako dobro uboczne. Wielokrotnie SN zgadzając się na zastosowanie dobra pobocznego do ustalania podobieństwa przestępstw odmawiał nietykalności cielesnej tego charakteru stwierdzając, że naruszenie nietykalności cielesnej nie może być uznane za wystarczające do przyjęcia podobieństwa, bo nie może ono uchodzić za element istotny decydujący o podobieństwie³⁵.

³¹ Uchwała SN z 29 XII 1977, VII KZP 45/77, OSNKW 78/1/4.

³² A. Spotowski, *Glosa do uchwały SN z 29 XII 1977*, OSP 78/10/172.

³³ Wyrok SN z 6 X 1996, II KRN 114/95, Prokuratura i Prawo 96/11/8.

³⁴ Jw.

³⁵ Uchwała SN – Izba Karne z 29 XII 1977, VII KZP 45/47, OSP 78/10/172.

Opowiadam się za ustalaniem podobieństwa na podstawie ubocznego przedmiotu ochrony. Nie ma bowiem potrzeby wprowadzania żadnych ograniczeń tej zasady z wyjątkiem wymogu ustalenia, że określone dobro uboczne zostało naruszone w danym stanie faktycznym.

Rozważając zagadnienie ubocznego przedmiotu ochrony, należałoby powrócić do zaprezentowanych wcześniej propozycji przedstawicieli doktryny, w zakresie typizacji czynów zabronionych, które chronią więcej niż jedno dobro prawne. Przepięstwa bowiem, w których można wyróżnić główny i uboczny przedmiot ochrony (zamachu) to przepięstwa o kumulacyjnym bądź kumulacyjno-alternatywnym ujęciu przedmiotu ochrony (zamachu).

Przy pierwszym ze wspomnianych sposobów typizacji naruszenie ubocznego przedmiotu ochrony będzie miało miejsce *via facti* naruszenia przedmiotu głównego. W przypadku natomiast kumulacyjno-alternatywnego sposobu typizacji czynów zabronionych, uboczne dobro jest naruszone przez wypełnienie znamion czynu zabronionego bądź nie – jego naruszenia nie można przesądzić *in abstracto*, tylko na podstawie porównania czynów zabronionych. Stwierdzenie, czy czyn naruszył dobro uboczne jest wyłącznie możliwe na podstawie porównywanych stanów faktycznych, a więc metodą „*in concreto*”.

Przykładem kumulacyjno-alternatywnego sposobu typizacji jest przepięstwo zgwałcenia – słusznie stwierdza S. Zabłocki, iż sprawca zgwałcenia stosując przemoc jednocześnie narusza nietykalność cielesną ofiary³⁶. Jednakże stosowanie przemocy nie jest jedynym sposobem działania sprawcy przepięstwa zgwałcenia.

Logicznym następstwem tego wniosku jest to, iż na podstawie naruszenia nietykalności cielesnej w przepięstwie zgwałcenia i innym porównywanym czynie można ustalać przedmiotowe podobieństwo przepięstw.

Bardzo trafną tezę sformułował A. Kabat³⁷, iż dobro uboczne jest chronione zazwyczaj przez przepis pozostający w zbiegu pozornym z przepisem chroniącym główny przedmiot ochrony prawnokarnej. Z twierdzeniem tym zgodził się M. Filar, nazywając powyższą tezę „testem Kabata”³⁸.

Jednakże należy rozszerzyć tezę zaprezentowaną przez A. Kabata. Dobro uboczne bowiem może wystąpić w dwóch typach sytuacji:

- w przypadku pozornego zbiegu przepisów ustawy: sytuacja ta jest tożsama z ochroną przez jeden przepis ustawy kilku dóbr prawnych. Nie stosujemy kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu, bo jeden z przepisów wyraża już fakt zamachu na kilka dóbr prawnych;
- w przypadku kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy. Przyjęcie tej konstrukcji bowiem uzasadnione jest faktem, że żaden z przepisów nie wyraża zamachu na kilka dóbr prawnych, a przecież czyn stanowił zamach na kilka dóbr. Stwierdzenie to prowadzi nas do rozważań na temat roli kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu w ustalaniu przedmiotowego podobieństwa przepięstw.

³⁶ S. Zabłocki, *Glosa*, OSP 77/7-8, s. 136, s. 342

³⁷ A. Kabat, *Glosa do wyroku SN z 10 V 1074*, I KR 63/74, NP. 12/75, s. 1649

³⁸ M. Filar, *Glosa*, jw. OSP 78/4/62, s. 150.

3. ZBIEG PRZEPISÓW USTAWY I JEGO ROLA W USTALANIU PRZEDMIOTOWEGO PODOBIENSTWA PRZESTĘPSTW

Czy można ustalać podobieństwo przestępstw na podstawie przepisu pozostającego w kumulatywnej kwalifikacji prawnej lub w zbiegu pozornym?

Zarówno przedstawiciele doktryny jak i orzecznictwo nie wyrażały wątpliwości, że w zakresie ustalania podobieństwa przy kumulatywnej kwalifikacji czynu odpowiedź winna być pozytywna. Wspomniane powyżej: „Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie prawidłowego stosowania przepisów popełnionych w warunkach recydywy”³⁹ wyraziły jednoznacznie pogląd, iż podobieństwo przestępstw skierowanych przeciwko temu samemu dobru prawnemu może występować w przypadku kumulatywnej kwalifikacji czynu, gdy przestępstwo ponowne zostało skierowane przeciwko dobru chronionemu chociażby przez jeden przepis wchodzący w skład kumulatywnej kwalifikacji. W tym zakresie orzecznictwo było jednolite, pogląd ten nie został zakwestionowany przez żadnego z teoretyków prawa karnego.

Kontrowersyjnym okazało się zagadnienie pozornego zbiegu przepisów – czy można ustalać przedmiotowe podobieństwo w oparciu o przepis, co do którego ustalono pozorny zbieg przepisów ustawy i nie uwzględniono w kwalifikacji prawnej czynu?

Jeśli nie budzi wątpliwości ustalanie podobieństwa na podstawie przepisu pozostającego w kumulatywnej kwalifikacji, a bynajmniej nie jest to oczywiste w przypadku pozornego zbiegu, kluczem do problemu jest faktyczna różnica między tymi dwoma konstrukcjami k.k.

Przeciwnicy uznawania podobieństwa przestępstw na podstawie przepisów pozostających w zbiegu pozornym to m.in. A. Spotowski, M. Filar i S. Dałkowski⁴⁰. Pierwszy z nich twierdzi, że należy postępować tak, jakby sprawca nie wyczerpał swym zachowaniem znamion określonych przepisem „wchłoniętym”, a tym samym nie naruszył dobra chronionego wyłącznie tym przepisem. Według M. Filara, skoro zbieg przepisów jest pozorny, to w aspekcie oceny prawnej nie istnieje, nie można przyjąć, iż coś, co nie istnieje, może wywoływać jakiegokolwiek skutki prawne. S. Dałkowski uznaje, że fragment działania uznany jako pominięty nie należy do znamion przypisanego przestępstwa, nie wchodzi w zakres orzeczenia o winie, pozostaje poza sferą osądu jako ewentualnie okoliczność obciążająca, nie jako składnik przestępstwa. Skoro więc dany fragment działania nie stanowi przestępstwa, nie może być brany pod uwagę przy doszukiwaniu się podobieństwa przestępstw.

Zdaniem autorki niniejszej pracy twierdzenia te są dowodem niezrozumienia przez cytowanych autorów istoty zbiegu przepisów ustawy.

Rozważmy zatem kolejno przytaczane przez tych autorów argumenty.

³⁹ VII KZP 23/27, OSNKW 79/1/1.

⁴⁰ M. Filar, *Glosa*, OSP 78/4/62; S. Dałkowski, *Glosa*, OSP 80/2/33; A. Spotowski, *Glosa*, OSP 78/10/172.

A. Spotowski twierdzi, że „w razie wyczerpywania znamion określonych w kilku przepisach sprawca może naruszać albo jedno dobro prawne, albo kilka dóbr prawnych”⁴¹. Z tym twierdzeniem należy się zgodzić. Jednak według tego autora przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji czynu wskazuje tylko na to, że „realizacja znamion określonych w każdym, ze zbiegających się przepisów miała istotne znaczenie dla charakterystyki czynu sprawcy, a więc i każdy przedmiot ochrony miał istotne znaczenie”⁴². To twierdzenie kłóci się z istotą kumulatywnej kwalifikacji czynów – niedopuszczalna jest sytuacja, iż zamach na jakieś dobro prawne nie został uwzględniony w kwalifikacji prawnej czynu. A. Spotowski wyraża pogląd, iż „przy ocenie podobieństwa przestępstw nie można brać pod uwagę dobra chronionego przepisem, który został pominięty w wyniku zastosowania reguły wyłączającej wielość ocen”⁴³. Owszem, nie można, ponieważ takiego dobra chronionego nie ma, a ściślej mówiąc: nie powinno być.

M. Filar przestrzega przed ustalaniem podobieństwa na podstawie dobra „pominiętego” cytując przysłowie ludowe: „kto daje i odbiera...”⁴⁴. Przysłowie jest z pewnością, jak ocenia je M. Filar, „mądre”, ale nie można go stosować w rozważanej sytuacji, gdyż o żadnym dawaniu nie może być mowy. Organ stosujący prawo, w tym przypadku sąd, nie jest upoważniony do czynienia podarków sprawcy przestępstwa przez darowywanie mu zamachu na jakiegokolwiek dobra prawne. Związany jest bowiem zasadą obiektywizmu wyrażoną w artykule 4 k.p.k, który stwierdza, że: „organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść jak i na niekorzyść oskarżonego”. Istnieją w prawie karnym sytuacje, gdy sąd ma kompetencję do tego, by nie reagować na zamach na dobro prawne: przykładem może być sytuacja, gdy ustawa stanowi, iż sprawca „nie podlega karze”. Jednak jest to po pierwsze wyjątek od reguły, po wtóre zaś musi kompetencję do braku reakcji prawnokarnej przyznawać wyraźny przepis prawa (tak jest w przypadku przepisu subsydiarnego przy zasadzie subsydiarności formalnej: przepis prawny wyraźnie nakazuje, by go nie stosować). Jak najbardziej dopuszczalne jest zatem ustalanie przedmiotowego podobieństwa przestępstw na podstawie poprzedniej kwalifikacji prawnej, w której uznano zaistnienie pozornego czy pomijalnego zbiegu przepisów ustawy. Poprzednia kwalifikacja prawna czynu, do którego porównujemy przestępstwo – zawarta w wyroku skazującym – nie pomija bowiem zamachu na żadne dobro prawne – jeśli zastosowany przepis nie wyraża zamachu na wszystkie dobra prawne – należało zastosować kumulatywną kwalifikację przepisów ustawy.

Należałoby jednak odpowiedzieć również na pytanie, czy należy przyjąć tę samą dyrektywę postępowania w przypadku, gdy poprzednia kwalifikacja prawna czynu była nieprawidłowa, to znaczy sąd orzekający w sprawie poprzedniego przestępstwa faktycznie pominął w kwalifikacji prawnej czynu zamach na jakieś dobro prawne?

⁴¹ A. Spotowski, *Glosa*, OSP 78/10/172.

⁴² A. Spotowski, *iw.*

⁴³ *Jw.*

⁴⁴ M. Filar, *iw.*

Chyba więcej jest argumentów przeciwko ustalaniu podobieństwa w takiej sytuacji. Za stanowiskiem takim przemawia rola prawomocności wyroku skazującego za poprzednie przestępstwo – prawomocność ma dawać sprawcy przestępstwa pewność, że jego sprawa nie zostanie już w sposób odmienny rozstrzygnięta; pociąganie go do odpowiedzialności karnej za naruszanie dobra prawnego nie ujętego w poprzedniej kwalifikacji byłaby chyba odebraniem jego „praw nabytych”.

Reguła stosowania kumulatywnej kwalifikacji wtedy, gdy jeden przepis nie uwzględnia zamachu na te dobra, na które nastąpił zamach w danym stanie faktycznym, nie rozwiązuje wszystkich kontrowersji, które pojawiają się w ramach kumulatywnej kwalifikacji czynu a tym samym nie wpływa „uzdrowieńczo” na ustalanie przedmiotowego podobieństwa czynów.

Wspomniana kontrowersja wokół przestępstwa zgwałcenia: czy znamiona zgwałcenia „*in abstracto*” przesądzają naruszenie dobra chronionego jakim jest zdrowie, nie wydaje się być możliwa do rozstrzygnięcia za pomocą tej właśnie zasady.

Zaprezentowano w niniejszej pracy pogląd, iż dyskusja ta jest niepotrzebna ze względu na konieczność rozstrzygnięcia tej kwestii na podstawie konkretnego stanu faktycznego – wtedy zniknie problem rozważań, czy znamiona przesądzają o czymś „*in abstracto*” jeśli rozstrzygamy: „*in concreto*”. Stwierdzenie to jednak nie odpowiada na pytanie: czy wobec naruszenia przez konkretnego sprawcę w konkretnych okolicznościach faktycznych zdrowia ofiary – należy czyn zakwalifikować tylko jako zgwałcenie czy przyjąć kumulatywną kwalifikację zgwałcenia z naruszeniem zdrowia? Odpowiedź sprowadza się do następującej kontrowersji: czy w znamieniu zgwałcenia, jakim jest stosowanie przemocy (art. 197 k.k. z 1997 roku) zawarte jest *implicite* naruszenie zdrowia? M. Filar odpowie na to pytanie negatywnie; SN – niekoniecznie⁴⁵. Podobny spór toczył się podczas obowiązywania k.k. z 1969 roku, gdy znamieniem rozboju było zastosowanie „gwałtu na osobie” (art. 210 k.k. z 1969 roku). SN w wyroku 7 sędziów z 29 III 1979⁴⁶ stwierdził, że „jeśli przy użyciu gwałtu na osobie” nastąpi zamach na zdrowie czy życie człowieka, prawidłowa jest kumulatywna kwalifikacja z odpowiednim przepisem karnym. Odmienny pogląd zaprezentowała A. Liszewska⁴⁷ twierdząc, iż „gwałt na osobie jest zawsze zamachem na zdrowie i życie człowieka”. Pogląd ten oznacza opowiedzenie się przeciwko możliwości zastosowania kumulatywnej kwalifikacji w tym zakresie.

Istota tej kontrowersji spoczywa w ustaleniu jasnej i jednolitej wykładni znamion czynnościowych niektórych przestępstw. Najważniejszym z nich będzie zastosowanie przemocy, gdyż ono staje się samodzielną przesłanką ustalania podobieństwa przestępstw w myśl art. 115 § 3 k.k. z 1997 roku.

To zadanie należeć będzie do orzecznictwa i doktryny prawa karnego podczas obowiązywania k.k. z 1997 roku.

⁴⁵ Patrz: M. Filar, *Glosa*, OSP 78/4/ 62, s. 150, gdzie autor przytacza niepublikowane orzeczenia SN, w których SN zaprezentował odmienny od glosatora pogląd.

⁴⁶ RNw 11/77, OSPIKA 80/7-8/148.

⁴⁷ A. Liszewska, „Przegl. Sąd.” 93/2, s. 62 – 73.

4. SPOSÓB DZIAŁANIA JAKO KRYTERIUM USTALANIA PODOBIEŃSTWA PRZESTĘPSTW

Sposób działania w roli czynnika ustalającego podobieństwo budził także duże wątpliwości podczas obowiązywania k.k. z 1969 roku. Rozważmy, jakiego rodzaju problemy pojawiły się na gruncie tej regulacji prawnej.

SN wydał kilka orzeczeń, w których sposób działania potraktował jako kryterium ustalania podobieństwa⁴⁸. To wywołało krytykę doktryny, pojawiły się zarzuty, iż jest to wychodzenie poza zakres ustawy i rozszerzanie zakresu powrotności do przestępstwa. Zaprezentowano też pogląd, że **precyzyjne określenie sposobu działania rzuca często światło na charakter dóbr, przeciwko którym skierowany został zamach przestępny**⁴⁹.

Dokonując zatem przeglądu stanowisk SN w tym zakresie, napotykamy na wyrok, w którym SN uznał, że przestępstwo zgwałcenia jest przedmiotowo podobne do kwalifikowanej postaci przestępstwa bójki (art. 159 k.k. z 1969 roku) tylko wtedy, gdy działanie zmierzające do poddania się innej osobie czynowi nierządnemu naraża tę osobę na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia⁵⁰.

Zastanawiano się także nad podobieństwem rozboju do znęcania się nad członkiem rodziny. Po analizie stanu faktycznego czynu rozboju uznano, że sprawca posługiwał się nożem, lecz w sposób tak niegroźny, że nie był to zamach na zdrowie, stąd nie uznano podobieństwa tych dwóch przestępstw⁵¹. Wreszcie uznano, że art. 184 ma na celu ochronę rodziny, lecz jeśli popełnienie tego przestępstwa polega na biciu członka rodziny, to przestępstwo staje się podobnym do przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu⁵².

Pośrednie stanowisko w tym zakresie zaprezentował A. Kabat twierdząc, że w zasadzie ustalenie podobieństwa na podstawie sposobu działania jest sprzeczne z ustawą oraz nie wolno traktować tego jako przesłankę pomocniczą. Jednak bywa tak, iż określony sposób działania samodzielnie wypełnia znamiona przestępstwa określonego w innym przepisie⁵³.

Należy opowiedzieć się za ustalaniem podobieństwa przestępstw w oparciu o sposób działania, lecz nie jako samodzielnego kryterium, ale jako „pomost” do ustalania naruszonego przez sprawcę dobra prawnego. Czasami ów sposób działania samodzielnie będzie naruszał jakiś przepis prawa karnego, ale niekoniecznie: zazwyczaj wskazuje na rozważane już tu „dobro uboczne”.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na treść zmiany zawartej w art. 115 k.k. z 1997 r. Ustala on bowiem jako samodzielne kryterium ustalania podobieństwa przestępstw „zastosowanie przemocy lub groźby jej użycia”. Cel, jaki przyświecał kodyfikatorom, był prawdopodobnie tożsamy z celem, jaki mieli zwolennicy poszukiwania naruszonego dobra prawnego przez sposób działania: wychwycenie wspomnianej kontynuacji przez sprawcę

⁴⁸ Przykładowo wyrok SN z 7 II 1972, II KR 302/71, OSNKW 1972/6/100.

⁴⁹ Glosa S. Zabłockiego, OSP 77/7-8/136.

⁵⁰ Wyrok SN z 8 III 1974, IV KR 455/73, OSNPG 74/8/95.

⁵¹ Wyrok SN z 7 II 1972, II KR 302/71, OSNKW 72/6/100.

⁵² Wyrok SN z 13 IX 1972, IV KR 176/72, OSNPG 73/3/23.

⁵³ A. Kabat, NP 75/12, s. 1649.

określonego rodzaju przestępczych zachowań, ciągłości jego antyspołecznego nastawienia. Tak więc, uważając cel ten za słuszny, należy stwierdzić, iż były dwa sposoby jego realizacji:

1. Utrwalić linię orzecznictwa uzależniającą ustalenie podobieństwa w oparciu o ustalenie stanu faktycznego i ustalenie naruszonego dobra także sposobem działania.

2. Zmienić kodeks karny tak, by nie budziło żadnych wątpliwości, iż sposób działania stanowi kryterium.

Tak uczyniono. Zwięzono jednak zakres owych sposobów działania do „przestępstw z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia”, wychodząc z założenia, że właśnie ów sposób działania *de facto* atakuje dobra najcenniejsze dla człowieka: nietykalność cielesną, wolność.

Podobny pogląd wyraził A. Zoll twierdząc, że: „stosowanie przez sprawcę gwałtu lub przemocy nie jest jedynie określeniem jego sposobu działania. Gwałt i przemoc połączone są bowiem zawsze z atakiem na [...] wolność. Znamiona typu użycia gwałtu i przemocy pełnią podwójną funkcję, stanowiąc określenie sposobu działania sprawcy oraz jednocześnie wskazują na przedmiot zamachu”⁵⁴.

Przez takie ukształtowanie treści przepisu nie zamknięto dyskusji, bo być może toczyć się ona będzie wokół problemu: czy sposób działania może być traktowany jako kryterium w ramach „przestępstw należących do tego samego rodzaju”. Zmianę należy ocenić jako słuszną, bo treść przepisu zmusza skład orzekający do analizy stanu faktycznego obu przestępstw tak, by ustalić ów sposób działania. W tym upatruję zwycięstwo zwolenników odnajdywania rzeczywistych objawów kontynuacji antyspołecznego nastawienia sprawcy, skądinąd też zwolenników szukania dobra prawnego „*in concreto*”.

Rozpatrując zagadnienie sposobu działania należy także zwrócić uwagę na fakt, iż zmieniono sposób ujęcia przestępstwa rozboju. W k.k. z 1969 roku jednym ze sposobów działania było zastosowanie „gwałtu na osobie”. Obecnie art. 280 k.k., jako jeden ze sposobów działania, przyjmuje „przemoc”, a więc to samo znamię, które występuje w przestępstwie zgwałcenia (art. 197 k.k. z 1997 roku). Ta jednolitość pojęć w obu typach czynów zabronionych będzie ułatwiała ustalanie przedmiotowego podobieństwa przestępstw w oparciu o wymienione w art. 115 sposoby działania. Stosowanie bowiem przemocy lub groźby jej użycia będzie przesądzało naruszenie przez sprawcę w danym stanie faktycznym dobra chronionego prawem jakim jest wolność. Stąd innymi środkami osiągamy ten sam cel, jaki dotychczas osiągał sąd orzekający o naruszeniu wolności czy nietykalności cielesnej jako dobra ubocznego.

5. SKIEROWANIE PRZESTĘPSTWA PRZECIWKO ZBLIŻONEMU RODZAJOWO DOBRU CHRONIONEMU PRAWEM

K.k. z 1969 roku jako warunek podobieństwa dopuszczał także fakt, że poszczególne przestępstwa były skierowane przeciwko zbliżonym rodzajowo

⁵⁴ A. Zoll, *Glosa do wyroku SN z 10 III 1976, PiP 75/7, s. 179.*

dobrom chronionym prawem. Już S. Śliwiński zaproponował następującą wykładnię „zbliżoności rodzajowej” dóbr chronionych prawem. Jeśli w tytule rozdziału wymienione jest kilka dóbr chronionych prawem, przestępstwa zgromadzone w tym rozdziale chronią dobra, które są dobrami: „zbliżonego rodzaju”⁵⁵. Na tym jego stwierdzeniu kończyła się niestety zgodność poglądów przedstawicieli doktryny i orzecznictwa. Wystarczy stwierdzić, że A. Kabat wyraził pogląd, iż o przestępstwach skierowanych przeciwko zbliżonemu rodzajowo dobru prawnemu nie będzie można mówić w odniesieniu do czynów umieszczonych w różnych rozdziałach kodeksu⁵⁶. Odmienny pogląd wyraził L. Lernell⁵⁷. Orzecznictwo w tym zakresie nie było jednolite opowiadając się to po jednej, to po drugiej stronie. Nie warto chyba przeprowadzać analizy orzecznictwa i poglądów doktryny na temat „zbliżoności rodzajowej” dóbr prawnych, gdyż sformułowanie k.k. z 1997 roku – tożsamości rodzajowej przestępstw – nie powinno być interpretowane jako skierowanie przeciwko zbliżonym rodzajowo dobrom chronionym prawem. Za tą tezą przemawia brzmienie przedmiotowego podobieństwa przestępstw w kolejnych kodyfikacjach karnych.

Ustawodawca w k.k. z 1932 roku, jako podstawę do orzeczenia recydywy, uznawał jednorodność przestępstw, a interpretowano to jako skierowanie przeciwko temu samemu dobru prawnemu. W k.k. z 1969 roku podstawą podobieństwa było także skierowanie przeciwko zbliżonemu rodzajowo dobru chronionemu prawem. Ponowne użycie przez ustawodawcę, w kolejnej kodyfikacji karnej, sformułowania „tożsamości rodzajowej przestępstw” musi oznaczać wolę ustawodawcy, by nie kontynuować rozważań, czy przestępstwo skierowano przeciwko dobru zbliżonemu rodzajowo. Jest to model interpretacji „przestępstw tego samego rodzaju” w wersji dyrektywnej⁵⁸, a więc próba odpowiedzi na pytanie: jak **powinno** być ono interpretowane. Jak jednak faktycznie **będzie** ono interpretowane; innymi słowy: jak będzie wyglądał model interpretacji w wersji opisowej⁵⁹? Przyzwyczajenie sądów bywa silniejszą normą postępowania niż niejeden przepis⁶⁰, stąd sądy i tak mogą przyjąć dawniejsze rozumienie podobieństwa przestępstw.

6. PODSUMOWANIE

Należy podsumować rozważania dotyczące przedmiotowego kryterium podobieństwa przestępstw. Będzie nim propozycja metody w wersji dyrektywnej w zakresie ustalania owego przedmiotowego podobieństwa, a więc odpowiedź na pytanie: jak powinno się w tych sytuacjach postępować w zakresie przyjęcia prawidłowej kwalifikacji prawnej⁶¹.

⁵⁵ S. Śliwiński, *Prawo karne*, s. 483.

⁵⁶ A. Kabat, *NP*, 70, s. 1580.

⁵⁷ L. Lernell, *Wykład...*, s. 100 - 101.

⁵⁸ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 16.

⁵⁹ Jw.

⁶⁰ P. Konieczniak, *Przestępstwo ciągłe*, *PiP* 96/12, s. 54 - 66.

⁶¹ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 16.

Skład orzekający sądu winien:

- 1) ustalić stan faktyczny wszystkich popełnionych przestępstw po to, by wiedzieć, jakie dobra chronione przepisami prawa karnego zostały naruszone w tym stanie faktycznym, nie zaś jakie mogły być naruszone przy wypełnianiu znamion danego czynu zabronionego.
Tylko takie działanie jest zgodnym z art. 2 § 2 k.p.k., który mówi, że podstawę wszelkich rozstrzygnięć winny stanowić ustalenia faktyczne odpowiadające prawdzie. Nie stoi na przeszkodzie temu fakt, że poprzedni wyrok oparł się na konstrukcji pozornego zbiegu przepisów ustawy, bo sprawca został ukarany za naruszenie określonego dobra i ponieważ naruszył je ponownie, kodeks karny zatem nakazuje traktować go surowiej;
- 2) uwzględnić naruszone dobra w kwalifikacji prawnej czynu. Jeśli nie jest możliwe wyrażenie tego faktu przez jeden przepis karny – należy wtedy przyjąć kumulatywną kwalifikację prawną czynu. Dobra naruszone w danym stanie faktycznym, jeśli naruszenie ich wyraża jeden przepis karny, a nie stanowiły one podstawy zaszergowania do rozdziału – to dobra uboczne. Jak najbardziej należy na ich podstawie ustalić podobieństwo przestępstw.

Podobny pogląd wyraził A. Zoll⁶², zajął jednak bardziej umiarkowane stanowisko twierdząc, iż należy ograniczyć się do ustalania podobieństwa albo na podstawie dóbr głównych, albo na podstawie co najmniej jednego głównego, inne mogą już być pobocznymi.

Tylko takie podejście zapewnia wyciągnięcie prawdziwego wniosku o nieskuteczności zastosowanych wobec sprawy przestępstw środków. Tylko ta procedura działania zapewnia odkrycie owego „wewnętrznego pokrewieństwa czynów” o którym pisał S. Śliwiński⁶³. Nie są jednak uzasadnione obawy, że stanowi to zbyt rozszerzające podejście do zagadnienia podobieństwa. Powtórzę zatem za D. Pleńską, że po pierwsze procedura ta działać będzie w dwóch kierunkach raz rozszerzając zakres podobieństwa raz znów go ścieśniając (katalog dóbr naruszonych w danym stanie faktycznym będzie często mniejszy od katalogu dóbr, które mogą być naruszone przy wypełnianiu znamion danego czynu zabronionego) oraz nie chodzi o to, by podobieństwo rozszerzać lub ścieśniać, ale by przybliżyć je do rzeczywistej treści antyspołecznych zachowań sprawy przestępstwa⁶⁴.

Metoda „dobra prawnego – papierka lakmusowego” nadaje się do stosowania nie tylko przy ustalaniu przedmiotowego podobieństwa czynów, ale także do ustalania kumulatywnej kwalifikacji czynu.

Obie konstrukcje pozostają bowiem w ścisłym związku. Autor kumulatywnej kwalifikacji uzasadniał wprowadzenie jej do k.k. z 1969 roku tym, że: „tylko kumulatywny zbieg przepisów ustawy daje podstawę do wykorzystania rodzajowości popełnionego przestępstwa dla problemu powrotu do przestępstwa”⁶⁵. Obok łączącego obie konstrukcje k.k. związku funkcjo-

⁶² A. Zoll, *Przestępstwa podobne*, PiP 75/7, s. 179.

⁶³ S. Śliwiński, *Prawo karne*, s. 73 - 75.

⁶⁴ D. Pleńska, NP. 10/71, s. 1415.

⁶⁵ W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960, s. 54.

nalnego, wiąże je także wspólność zakładanych dlań celów. Tym bardziej zatem uzasadnione jest jednolite postępowanie w stosowaniu obu instytucji prawa karnego.

Istotą tej metody jest obowiązek uwzględniania w każdej kwalifikacji prawnej czynu zamachu na dobra prawne. Nakaz do takiego postępowania stanowią:

- 1) zasada rzetelności działania organów państwowych – zawarta w preambule Konstytucji RP;
- 2) art. 2 § 2 k.p.k.: zawierający nakaz, by podstawą wszelkich rozstrzygnięć stanowiły ustalenia faktyczne odpowiadające prawdzie;
- 3) zasada obiektywizmu w postępowaniu karnym (art. 4 k.p.k.): stwarzająca obowiązek dla organów postępowania karnego badania i uwzględniania okoliczności przemawiających na korzyść i na niekorzyść oskarżonego.

VII. OCENA ZMIAN W ZAKRESIE PRZEDMIOTOWEGO PODOBIENSTWA PRZESTĘPSTW W NOWYM KODEKSIE KARNYM

Skoro zmiana przestępstwa podobnego w k.k. z 1997 roku uzasadniona jest doświadczeniami praktyki i postulatami doktryny (jak dowiadujemy się z uzasadnienia do k.k.) oraz określenie to powinno w większym stopniu od dotychczasowego wskazywać na trwałość negatywnie ocenianej postawy sprawcy, kolejnych przestępstw⁶⁶ – należy tylko wyrazić zadowolenie, że ustawodawca, wprowadzając nowe rozwiązania, wyciąga wnioski z dotychczasowego funkcjonowania poszczególnych instytucji, ulepsza zapisy ustawowe z punktu widzenia przyjmowanej przez siebie aksjologii i praxeologii.

Z przykrością należy jednak stwierdzić, że tak się nie stało w przypadku nowej regulacji przestępstwa podobnego. Ustawodawca nie tylko nie likwiduje kontrowersji, które powstały pod rządami dotychczasowej regulacji, ale nowym sformułowaniem wprowadza kolejne znaki zapytania. Nie dość bowiem, że orzecznictwo jest niejednolite w zakresie sposobu ustalania dobra prawnego, w oparciu o które należy ustalać podobieństwo, ale nie wykluczone, że doktryna i orzecznictwo będą zajmować się także rozstrzygnięciem, czy jest to tylko kryterium przedmiotowe czy także podmiotowe.

Wprowadzenie owej niejasności pojęciowej było chyba zamiarem twórców nowego kodeksu karnego. Tęsknotę za „upodmiotowieniem” przesłanek przedmiotowych można odnaleźć we wcześniejszych opracowaniach A. Zolla⁶⁷. Wyraził on pogląd, że określenie używane przez k.k. (z 1932 roku) dawało możliwość bardziej elastycznego ujmowania przedmiotowego kryterium podobieństwa przestępstw (tożsamości rodzajowej). „Przed wszystkim k.k. z 1932 roku dopuszczał uwzględnienie [...] strony podmiotowej. Analiza oparta o większą ilość czynników pozwala na ustalenie faktycznego wewnętrznego pokrewieństwa czynów”.

⁶⁶ *Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami*, s. 175.

⁶⁷ A. Zoll, *Przestępstwa...*, 74/3, s. 76.

Pozytywnie natomiast ocenić należy wprowadzenie samodzielnego kryterium w postaci wymienionych w art. 115 § 3 k.k. sposobów działania. Nie jest wykluczone jednakże, że sposób działania jako samodzielne kryterium pojawi się także w ramach ustalania tożsamości atakowanego dobra prawnego.

Zmiany, do wprowadzenia których okazją jest opracowywanie nowej kodyfikacji karnej, winny likwidować niejednorodność orzecznictwa i zredukować kontrowersyjne zagadnienia. Ta zmiana niestety tylko je pomnaża.

CONTROVERSES ABOUT SIMILAR OFFENCE

S u m m a r y

Pointing out two different definitions of such an offence in old (1969) and present (1997) penal codes, the Author attempts to answer the question what does this change mean and what are its consequences for the Polish system of penal law.

Two fundamental trends in defining objective similarity of acts are then described: firstly – on a basis of comparison of particular types of prohibited acts and, secondly, on a basis of the precise object of violence attempted. The role of principal and secondary object of protection, so far as defining of objective similarity of offences is concerned, is also discussed. Also the perpetrator's way of acting as a criterion for defining similarity and the importance of the fact that given offences were directed against an interest of nearing kind which is protected by law – have attracted attention of the Author. When citing particular regulations, the Author indicates concurrence of legal rules and appreciates its role in fixing up objective similarity of offences.

Finally, the Author formulates her suggestions to the address of judicial decisions: how to proceed in what concerns the adoption of legally proper qualification of a given act.