

MAREK KULIK

TAK ZWANA CZYNNOŚĆ TOWARZYSZĄCA Z PUNKTU WIDZENIA REGUŁ WYŁĄCZANIA WIELOŚCI OCEN W PRAWIE KARNYM

Zagadnienie tzw. czynności towarzyszących należy do tych, którym doktryna prawa karnego poświęca stosunkowo niewiele uwagi. W większości podręczników prawa karnego albo brak w ogóle uwag odnoszących się do tego zagadnienia, albo ograniczają się one do krótkiej definicji. Rzeczywiście, na tle innych zagadnień, doniosłych teoretycznie i praktycznie, a także skomplikowanych konstrukcyjnie, czynności towarzyszące przedstawiają się jako kwestia drobna. Nie oznacza to wszakże, że jest ona pozbawiona elementów trudnych teoretycznie, ani że jest bez znaczenia praktycznego.

To ostatnie wrażenie mogłoby się nasunąć w wyniku analizy orzecznictwa. Faktycznie brak jest judykatów Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych odnoszących się do czynności towarzyszących. Mimo to wydaje się uprawniona supozycja, że konstrukcja ta ma znaczenie praktyczne. Wolno bowiem przypuszczać, że jest stosowana, zwykle intuicyjnie, niekiedy nawet nieświadomie, w codziennej praktyce organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Stosowanie jej zwykle nie pozostawia widocznego śladu w postaci decyzji procesowej kończącej postępowanie. Jeżeli w ogóle zostaje podjęta decyzja procesowa, zwykle nie kończy ona postępowania, lecz ma postać postanowienia o zmianie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, lub nowego postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Wreszcie niekiedy sprowadza się do zmiany przez sąd opisu czynu zarzuconego oskarżonemu bez podejmowania odrębnej decyzji procesowej. Tym niemniej konstrukcja czynności towarzyszących ma znaczenie dla praktyki wymiaru sprawiedliwości, co uprawnia do poświęcenia jej bliższej uwagi.

Na wstępie wypada określić, co konkretnie należy rozumieć pod pojęciem czynności towarzyszących. Jest to konstrukcja pozaustawowa, co

nie ułatwia jej zdefiniowania, jednak jest możliwe pokuszenie się o taką definicję. Najczęściej w literaturze po prostu podaje się przykłady takiej czynności. Z kolei najchętniej stosowanym przykładem jest zabójstwo człowieka połączone z uszkodzeniem jego odzieży czy zasłony, za jaką się znajduje¹. Mamy zatem do czynienia z wypadkiem, kiedy sprawca wyczerpując znamiona jednego czynu zabronionego (nazwijmy go głównym) jednocześnie, tym samym czynem, wyczerpuje znamiona innego czynu zabronionego (czynności towarzyszącej), a wyczerpanie znamion czynu głównego niesie znacznie, wręcz rażąco większy ładunek społecznej szkodliwości, niż wyczerpanie znamion czynności towarzyszącej. Zachodzi tu więc wypadek zbiegu przepisów ustawy karnej, przy czym w doktrynie panuje zgodność, że zbieg ten ma charakter niewłaściwy (nie prowadzi do kwalifikacji kumulatywnej). Nie ma natomiast już pewności, dlaczego tak jest.

Już w tym miejscu wypada skonstatować, że w związku z tym, iż czynności towarzyszące stanowią przypadek niewłaściwego jednoczynowego zbiegu przepisów ustawy karnej, nazwa ich jest myląca. Określenie „czynność” sugeruje bowiem, że stanowi ona odrębne zachowanie od „czynu głównego”. Tak jednak nie jest, mamy tu bowiem do czynienia z elementami występującymi w jednym i tym samym zdarzeniu określanym jako czyn zabroniony. Nazwanie jednego z nich „czynnością towarzyszącą” jest zatem mylące. Mimo wszystko wydaje się, że nie ma potrzeby rewidowania ustalonej od lat nazwy, tradycyjnej w doktrynie. Można jej nadal używać, wszak ze świadomością, że nie oddaje ona istoty omawianej konstrukcji.

Warto jednak odnotować szczególnie pogląd Macieja Tarnawskiego, że w wypadku czynności towarzyszących zachodzi konstrukcja tzw. czynów współukaranych. Te ostatnie są traktowane rozbieżnie w literaturze i orzecznictwie. Uważa się je bowiem albo za wypadek prawnej jedności czynu (lub przestępstwa) albo pomijalnego zbiegu przestępstw. Opowiadając się za drugą ze wskazanych koncepcji, warto zauważyć, że niezależnie od prawnego rozwiązania zagadnienia, wchodzi tu w grę powiązane ze sobą dwa czyny zabronione, z których jeden ma charakter główny, drugi zaś pomocniczy. Jest

¹ Przykładem czynności towarzyszącej jest podany przez S. Śliwińskiego (*Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 397) kazus strzału oddanego do człowieka przez szybę. Przykład ten, co prawda nie jest nazwany czynnością towarzyszącą, ponieważ autor ilustruje nim inne zagadnienie — jedności i wielości czynów. Przykład ten podaje jako jedność czynu. Warto zauważyć, że operując takim samym przykładem J. Makarewicz (*Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 163) widzi w nim przykład dwóch różnych czynów, wszakże popełnionych jednym działaniem. Pogląd ten wydaje się być, zwłaszcza w obecnym stanie prawnym, trudny do zaakceptowania.

to zatem inna jakość, niż czynność towarzysząca, gdzie wchodzi w grę tylko jeden czyn. Przy próbie utożsamienia czynności towarzyszącej z czynem współukaranym jest to zasadnicza trudność. Maciej Tarnawski wychodzi z niej za pomocą argumentu, że możliwe jest przyjmowanie wielości czynów zabronionych przy jedności czynu w znaczeniu naturalnym². Jest to prawda, jednak tego rodzaju zabieg powinien mieć raczej charakter wyjątkowy. Zresztą podane przez M. Tarnawskiego argumenty, mające przemawiać za utożsamianiem czynności towarzyszącej z czynem współukaranym poprzednim lub następczym nie przekonują. Stwierdza on bowiem, że są autorzy, którzy uważają za słuszne traktowanie zabicie jednym strzałem kilku osób za kilka przestępstw³, co ma być argumentem przemawiającym za możliwością uznania jednego kompleksu ruchów za jeden czyn zabroniony. Już w ówczesnym stanie prawnym był to bardzo słaby argument, zaś w obecnym nie może mieć on żadnej wagi, gdyż art. 148 § 2 k.k. wyraźnie przesądza, że możliwe jest zabicie jednym czynem kilku osób. Tak więc podany przez M. Tarnawskiego argument kompletnie traci wartość. Nie wydaje się zresztą, aby z bardzo kazuistycznego przykładu wolno było wyciągać wnioski natury ogólnej.

Ten ostatni zarzut można postawić także drugiemu z zaprezentowanych przez M. Tarnawskiego argumentów na rzecz utożsamiania czynności towarzyszących z czynami współukaranymi. Polemizuje on mianowicie z Igozem Andrejewem, który jako przykład czynności towarzyszącej podaje zużycie cudzej benzyny w ramach zaboru cudzego pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia, a w innym opowiada się za wielością przestępstw w wypadku kradzieży broni palnej i jej następnie nielegalnego posiadania⁴. Maciej Tarnawski dopatruje się w poglądach I. Andrejewa niekonsekwencji. Skoro bowiem brak odrębnych ruchów ma przesądzać (jak napisał I. Andrejew) o jedności czynów, zaś ich zaistnienie — o wielości czynów, to w drugim z podanych przez I. Andrejewa przykładów nie zachodzą przecież odrębne ruchy. Skoro tak — to I. Andrejew wbrew przyjętym przez siebie założeniom — przyjmuje istnienie kilku czynów w wypadku, kiedy całe zdarzenie zostaje zrealizowane przez jeden kompleks ruchów⁵.

² M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 147–148.

³ *Ibid.*, s. 148.

⁴ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1973, s. 224–225 (co do czynności towarzyszącej), a także s. 223.

⁵ M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 148.

Rozumowanie M. Tarnawskiego nie jest do końca ściśle. O ile w pierwszym z podanych przez I. Andrejewa przykładów da się niewątpliwie wyodrębnić tylko jeden kompleks ruchów, a zatem jeden czyn, o tyle w drugim (kradzież broni i jej nielegalne posiadania później) interpretacja M. Tarnawskiego jest mocno uproszczona. Sprawca zabierając w celu przywłaszczenia cudzą broń niewątpliwie realizuje pewien kompleks ruchów. Zbyt daleko jednak idzie stwierdzenie, że nielegalnie tę broń posiadając np. przez następne 5 lat, sprawca nadal pozostaje w ramach tegoż kompleksu ruchów, który wykonał kradnąc broń. Jest to już, moim zdaniem, całkowicie nowe zachowanie. Dodać należy, że przecież niekoniecznie musi mieć ono postać kompleksu ruchów, zaniechanie także jest czynem. Dlatego, w przeciwieństwie do M. Tarnawskiego, nie dostrzegam w przytoczonych poglądach I. Andrejewa niekonsekwencji, z tą może uwagą (pamiętajmy, że I. Andrejew podał ten przykład w opracowaniu podręcznikowym, trudno więc odeń wymagać szczegółowego omówienia wszelkich zawiłości), że w niektórych stanach faktycznych opartych na podanym przez niego przykładzie, byłbym skłonny widzieć przypadki czynności współukaranych.

Co do zasady należy raczej dążyć do przyjmowania jedności czynu wszędzie tam, gdzie zasadnicze względy nie stoją temu na przeszkodzie. Ta słuszna uwaga Andrzeja Wąska dotyczy, dodajmy, wypadku, kiedy zachodzi wielość ocen jakiegoś zachowania, które jednak spełnia kryteria jedności czynu⁶. Dlaczegoż zatem w wypadku czynności towarzyszących mielibyśmy z jednego czynu w znaczeniu naturalnym czynić dwa lub więcej czynów w znaczeniu prawnym? Próby tego rodzaju miały miejsce w orzecznictwie, zwłaszcza dawniejszym, gdy przyjmowano, że wielość naruszonych dóbr prawnych i wielość pokrzywdzonych przemawiają za uznaniem jednego zdarzenia czasoprzestrzennego za kilka czynów zabronionych. Jako przykład może posłużyć znany wyrok SN, kiedy w jednym zdarzeniu polegającym na zaatakowaniu trzech osób przyjęto trzy przestępstwa polegające

⁶ A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 2005, s. 163. Pogląd ten wprost podziela A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 144. W podobnym tonie wypowiadają się W. Wolter, *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1968, s. 102–103 i H. Rajzman, *Dwa czy jedno przestępstwo*, PiP 1956, z. 7, s. 144–147; H. Rajzman, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego*, „Nowe Prawo” 1966, z. 1, s. 56–57; A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 142; Ł. Pohl, *Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw — próba uporządkowania pojęć*, RPEiS 2005, z. 1, s. 93.

na czynnej napaści na przełożonego oraz dwa znieważenia przełożonego⁷. Orzeczenie to, nawet na tle tak zarysowanego stanu faktycznego, gdzie w grę wchodził drastyczny atak na kilku pokrzywdzonych, było dyskusyjne. Na aprobatę zasługuje pogląd A. Wąska, który skłonny jest widzieć w nim jeden czyn w rozumieniu prawa karnego⁸.

Wydaje się, że należy podzielić te poglądy, które w wielości skutków i w wielości pokrzywdzonych nie upatrują samodzielnej przesłanki wielości czynów⁹. Decydujące będą tu raczej inne kryteria, jak zwartość czasu i miejsca, wyodrębnienie zintegrowanych zespołów zachowań sprawcy, tożsamość strony podmiotowej¹⁰.

Czynność towarzysząca stanowi z „czynem głównym” jedną zaszcłość, zespoloną tym samym czasem i miejscem, stanowi wyraz tej samej decyzji woli, zwykle także godzi w dobra prawne tego samego pokrzywdzonego¹¹. W takim układzie, dla przyjęcia, że zachodzi tu więcej niż jeden czyn

⁷ Wyrok SN z 14 IX 1967 r. (V KRN 311/67), OSPiKA 1968, nr 5, poz. 98. Warto dodać, że orzeczenia zbliżonej treści bywały wydawane również w innych podobnych stanach faktycznych, por. np. wyrok SN z 19 I 1979 r. (VI KRN 349/78), OSNPG 1979, nr 6, poz. 77; wyrok SN z 20 I 1994 r. (WR 213/93), OSNKW 1994, nr 5/6, poz. 32; postanowienie SN z 30 VIII 2001 r. (V KKN 111/01), LEX nr 51844. Znane są jednak wypadki odmiennych rozstrzygnięć, por. wyrok SN z 17 VII 1978 r. (Rw 258/78), OSNKW 1978, nr 10, poz. 109. Wyrok ten krytycznie ocenił A. S p o t o w s k i w głosie do niego („Nowe Prawo” 1979, nr 7/8, s. 210 i n.).

⁸ A. Wąsek, Głosa do wyroku SN z 14 IX 1967 r. (V KRN 311/67), OSPiKA 1968, nr 5, poz. 98.

⁹ Tak A. Wąsek, w: O. G ó r n i o k [i inni], *op. cit.*, s. 163; A. Z o l l, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 144–145; J. N i s e n s o n, M. S i e w i e r s k i, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach z komentarzem*, Warszawa 1938, s. 37; K. M i o d u s k i, w: J. B a f i a, K. M i o d u s k i, M. S i e w i e r s k i, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 46.

¹⁰ Por. K. B u c h a ł a, w: K. B u c h a ł a, Z. Ć w i a k a l s k i, M. S z e w c z y k, A. Z o l l, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1990, s. 64–66; K. M i o d u s k i, w: J. B a f i a [i inni], *op. cit.*, s. 46; M. C i e ś l a k, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1996, s. 149; J. G i e z e k, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2007, s. 93–95.

¹¹ Na marginesie — trudne do pomyślenia są wypadki czynności towarzyszącej polegającej na zaniechaniu. Jednak pojęciowo wyłączyć się tego nie da. Trafnie wskazuje K. Buchała, że w wypadku, kiedy sprawca mógł w jednym czasie wykonać tylko jeden obowiązek, w grę wchodzi tylko jeden czyn (K. B u c h a ł a, w: K. B u c h a ł a [i inni], *op. cit.*, s. 66). W takim wypadku, gdy zarówno „czyn główny”, jak i czynność towarzysząca polegają na zaniechaniu — zagadnienie się nie pojawia, bowiem sprawca nie wyczerpuje ustawowych znamion czynu stanowiącego kwalifikację prawną czynności towarzyszącej. W drugim wypadku — kiedy sprawca był w stanie wykonać różne działania, do których był obowiązany w tym samym czasie lub kolejno po sobie — należy podzielić pogląd K. Buchały, że zachodzi kilka czynów (K. B u c h a ł a, w: K. B u c h a ł a

w rozumieniu prawa karnego, nie wystarczy ogólne stwierdzenie, iż niekiedy jest to możliwe. Należałoby poszukać, jakie szczególne względy za tym przemawiają.

Nie wydaje się, aby można było podać jakiegokolwiek argumenty przemawiające za taką wielością. Dodatkowo przyjęcie nieadekwatnej ontologicznie konstrukcji czynów współukaranych razi w takiej sytuacji sztucznością. Jeżeli bowiem traktować czynności towarzyszące jako czyny współukarane, należałoby, stosując proponowane przez M. Tarnawskiego rozwiązanie, ontologiczną jedność czynu sztucznie rozbić na wielość, a następnie zaistniały zbieg przestępstw potraktować jako pomijalny, wracając w pewnym sensie do punktu wyjścia¹². Jest to jeszcze bardziej widoczne, jeżeli przyjąć odmienny pogląd, że czyny współukarane stanowią prawną jedność czynu¹³.

[i inni], *op. cit.*, s. 66) — sprawa przenosi się na grunt pomijalnego zbiegu przestępstw. Sytuacja jawi się jako prostsza, gdy działanie i zaniechanie w opisywanej sytuacji się krzyżują, tzn. sprawca dopuszcza się „czynu głównego” przez działania, a czynności towarzyszącej przez zaniechanie, lub odwrotnie. Wówczas zachodzi co do zasady jeden czyn (chyba że sprawca nie wykonał kilku obowiązków, które mógł wykonać jednocześnie lub kolejno po sobie). We wszystkich wyżej opisanych wypadkach, kiedy zachodzi jedność czynu, kryteria oceny czynności towarzyszącej pozostają niezmiennie.

¹² Jeżeli przyjąć pogląd, z którym piszący te słowa zgadza się, że czyny współukarane to wypadek pomijalnego zbiegu przestępstw. Por. K. Buchała, A. Zół, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 336–337; M. Mozgawa, w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2006; J. Giezek, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne*, Warszawa 2004, s. 252.

¹³ Taki pogląd prezentują współcześnie A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” 2004, z. 10, s. 7–8. Por. także A. Marek, *Czyny współukarane na tle prawnej jedności przestępstwa*, w: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006, s. 15 i n. Do zagadnienia tego wypadnie jeszcze wrócić. Już w tym miejscu warto wszakże podkreślić, że pogląd prezentowany przez A. Marka i P. Gensikowskiego ma niezaprzeczalny walor praktyczny, którego nie ma odmienne rozwiązanie akceptowane przeze mnie (por. M. Kulik, Glosa do wyroku SA w Lublinie z 16 I 2001 r., II AKa 248/2000, „Prokuratura i Prawo” 2001, z. 10, s. 110; M. Kulik, Glosa do postanowienia SN z 25 II 2002 r., „Palestra” 2003, z. 1/2, s. 218 i n.). Pozwala mianowicie na racjonalne procesowo rozstrzygnięcie sprawy w sytuacjach wątpliwych. Por. A. Marek, P. Gensikowski, *op. cit.*, s. 17. Por. także M. Rzewuski, Glosa do wyroku SA we Wrocławiu z 2 II 2006, sygn. akt II AKa 360/05, „Prokurator” 2007, z. 1, s. 111. O ile wszakże P. Gensikowski i A. Marek uzasadniają zastosowanie konstrukcji prawnej jedności czynu do czynów współukaranych tym, iż — nie będąc uregulowana w ustawie — wynika z reguły wykładni i stosowania prawa (A. Marek, P. Gensikowski, *op. cit.*, s. 7), o tyle M. Rzewuski możliwość jej zastosowania uzasadnia wyłącznie „jednym z naczelnych zadań postępowania karnego, jakim jest pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności za przedsięwzięte czynności” (M. Rzewuski, *op. cit.*,

Wówczas ontologiczna jedność czynu zostaje sztucznie rozbita tylko po to, by zostać natychmiast scalona w jedność. Najbardziej zaś sztuczność ta jest widoczna w poglądach samego M. Tarnawskiego, który konstrukcję czynów współukaranych całkowicie odrzuca. Zatem proponuje traktować czynności towarzyszące jako czynności współukarane, których nie ma. Jego zdaniem należy zatem rozbić jedność czynu (czynność towarzysząca) na wielość (czyny współukarane), a potem uznać, że byt, który tu wprowadza (czynności współukarane), w ogóle nie istnieje i traktować je należy albo jako wielość przestępstw, albo — jeśli ustawa tak wskazuje — jako jedność¹⁴.

Wydaje mi się, że nie wolno pomijać okoliczności, że w wypadku czynności towarzyszących zachodzi jedność czynu w jego naturalnym rozumieniu. Nie ma chyba potrzeby dzielić tej jedności tylko po to, by w drodze konstrukcji pomijalnego zbiegu przestępstw lub prawnej jedności czynów wracać do punktu wyjścia. Czynność towarzysząca w naturalny sposób two-

s. 115). Warto zauważyć, że przecież w istocie czynu współukaranego leży to, że jest on ukarany razem z czynem głównym, karą przewidzianą za czyn główny. Zatem od strony materialnej wymierza się tylko karę za czyn główny, a nie wymierza jej za czyn współukarany. Wspomniane więc przez autora „naczelne zadanie” nie zostaje ostatecznie wypelnione, jakiej by koncepcji czynów współukaranych nie przyjmować. Dalsze wywody M. Rzewuskiego, *op. cit.*, s. 116 i n., sprowadzają się do podniesienia trudności natury procesowej, jakie powstają przy przyjęciu czynów współukaranych jako pomijalnego zbiegu przestępstw. Jest to prawda, ale istnienie trudności procesowych nie może przecież przesądzać o wykładni prawa materialnego. Może co najwyżej być przyczyną ewentualnych działań ustawodawczych.

Stanowisko prezentowane przez P. Gensikowskiego i A. Marka jest o wiele lepiej uzasadnione. Mimo to nie apróbuję go. Pierwotnym zagadnieniem w wypadku czynów współukaranych jest to, czy uznamy je za przypadek pomijalnego zbiegu przestępstw (z czym się zgadzam), czy za przypadek prawnej jedności czynu (za czym opowiadają się A. Marek, P. Gensikowski, *op. cit.*; natomiast M. Rzewuski w zasadzie nie wypowiada się w tej kwestii, aczkolwiek używa sformułowania „pomijalny zbieg przestępstw” — por. M. Rzewuski, *op. cit.*, s. 116; zapewne pada ono jednak przez omyłkę, a autor jest zwolennikiem koncepcji prawnej jedności czynów, skoro widzi możliwość zaakceptowania procesowego rozstrzygnięcia proponowanego przez A. Marka i P. Gensikowskiego). Zaakceptowanie jednej lub drugiej jest w sporej mierze wynikiem wstępnych założeń. Przyjmując koncepcję prawnej jedności czynu można rzeczywiście racjonalnie rozstrzygnąć sprawę procesowo. Nie podzielam tego poglądu ze względu na odmienną ocenę samej istoty czynów współukaranych (uważam je za przypadek pomijalnego zbiegu przestępstw). Natomiast widzę potrzebę unormowania w kodeksie karnym tego zagadnienia zgodnie z przedstawionymi przez A. Marka i P. Gensikowskiego założeniami. Uczynienie z czynów współukaranych *expressis verbis* przypadku prawnej jedności czynu niewątpliwie przesądziłoby sprawę od strony normatywnej. Do kwestii tej przyjdzie jeszcze wrócić.

¹⁴ M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 211.

rzy jedność z „czynem głównym”. Kwestia ta byłaby dużo mniej naturalna, gdyby przyjmując poglądy na zagadnienia jedności i wielości czynów prezentowane przez wielokrotnie powoływanego M. Tarnawskiego, który jest zdania, że niekiedy dopuszczalne jest traktowanie jednego czynu w znaczeniu naturalnym jako kilku czynów w rozumieniu prawnokarnym, przy czym decydujące znaczenie ma wielość naruszonych norm sankcjonowanych widziana w aspekcie normatywnym¹⁵. Pogląd ten jednak odrzucam, choćby z tego względu, że istnienie konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów, a także przepisu art. 11 § 2 k.k. przesądza o możliwości naruszenia kilku norm sankcjonowanych jednym czynem zabronionym. Maciej Tarnawski, analizując zagadnienie wielości naruszonych jednym czynem norm sankcjonowanych i wielości czynów zabronionych, mimo czynionych wysiłków, nie udziela ostatecznej i klarownej odpowiedzi na pytanie, jakie wypadki naruszenia jednym zachowaniem kilku norm sankcjonowanych prowadzą do jednoczynowego zbiegu przestępstw, a jakie do kumulatywnego zbiegu przepisów, ograniczając się do analizy poszczególnych zagadnień szczegółowych, jak np. kwestii stosunku kumulatywnego zbiegu przepisów do wielości skutków prawnokarnie relewantnych¹⁶. Wydaje się, że zabieg proponowany przez M. Tarnawskiego nie jest dopuszczalny na gruncie regulacji art. 11 k.k., gdzie wyraźnie dopuszcza się możliwość naruszenia kilku norm sankcjonowanych jednym czynem. Naruszenie to nie może zaś prowadzić do wielości przestępstw z bardzo prostego powodu natury normatywnej — art. 11 § 1 k.k. wyraźnie opowiada się za teorią jedności przestępstwa i jej istnienie jest faktem¹⁷. Zasadność tej teorii była w doktrynie uzasadniana na różne sposoby. Władysław Wolter pisał o tym, że skrzyżowanie kilku norm

¹⁵ *Ibid.*, s. 213.

¹⁶ Por. *ibid.*, s. 99–100.

¹⁷ Por także W. Wolter, *Przestępstwa o kumulatywnej kwalifikacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1955, z. 2, s. 25; W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1963, s. 45; W. Wolter, *Reguły...*, *op. cit.*, s. 12; J. Kostarczyk-Gryszka, *Problem granic realnego zbiegu przestępstw*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1968, z. 37, s. 11–14; P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002, s. 53 i n.; J. Giezek, w: *Kodeks...*, red. J. Giezek, *op. cit.*, s. 93; J. Majewski, „*Ten sam czyn*” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, w: *Zbieg przepisów...*, *op. cit.*, s. 44 i n. i orzecznictwo tam powołane. Jako zwolennik przyjmowania wielości czynów przy wielości skutków opowiada się na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. J. Makarewicz, który w dalszym ciągu swych rozważań dopuszcza uznanie wielości skutków (aczkolwiek stwierdza: „ustawa z jednego działania nie może zrobić dwu”) przy jedności działania, za kilka czynów — J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 160.

właściwe dla realnego zbiegu przepisów ustawy, w istocie stanowi nowe odrębne przestępstwo, naruszające normę sankcjonowaną powstałą w wyniku skrzyżowania się norm sankcjonowanych przez zbiegające się przepisy. Sprowadzał zatem zagadnienie do powstania nowej normy sankcjonującej¹⁸. Piotr Kardas stwierdza, że istota problemu sprowadza się do stworzenia jednej normy sankcjonującej, odkodowanej na podstawie kilku norm sankcjonujących zawartych w zbiegających się przepisach ustawy, której zakres zastosowania określają wszystkie te przepisy, a której wyczerpanie powoduje postanie przestępstwa kwalifikowanego na podstawie kilku przepisów pozostających w zbiegu, nie zaś do powstania kilku przestępstw¹⁹.

Z kolei Łukasz Pohl uważa, że kwestia ta jest przesądzona normatywnie i jako taka nie potrzebuje żadnego uzasadnienia, tym bardziej, że te prezentowane przez W. Woltera i P. Kardasa stoją w istocie na gruncie teorii wielości przestępstw²⁰. Zagadnienia te w zasadzie wykraczają poza zakres niniejszej pacy. Pozwolę sobie tylko stwierdzić, że najbliższej mi w omawianym zakresie do poglądów P. Kardasa, aczkolwiek także poprzestanie na poglądzie Ł. Pohla, w zdecydowany sposób negującego jakkolwiek potrzebę dokonywania uzasadnienia, jest dla wykładni przepisu wystarczające. Ująłbym to w ten sposób — *de lege lata* uzasadnienie nie jest konieczne, rację ma tu Ł. Pohl. Jednak jeżeli zechcemy uczynić wysiłek, choćby po to, by uzasadnić potrzebę utrzymywania w Kodeksie karnym konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy²¹, prawidłowy wydaje się być wywód P. Kardasa²².

¹⁸ Tak W. Wolter, *Kumulatywny...*, *op. cit.*, s. 43 i n.

¹⁹ P. Kardas, *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym*, Kraków 1999, s. 105 i n., a zwł. s. 114–115.

²⁰ Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 211–218.

²¹ Pamiętać należy, że np. W. Wolter przeprowadził swój wywód w 1963 r., a zatem w czasie, gdy konstrukcja kumulatywnego zbiegu miała charakter czysto teoretyczny. Należy dodać, że potrzebę taką zdaje się widzieć i sam ustawodawca, bowiem za koncepcją jedności przestępstwa opowiada się w zasadzie dwukrotnie: raz w art. 11 § 1 k.k., drugi raz w art. 11 § 2 k.k. Jak słusznie zauważa A. Spotowski, przyjęcie konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy jest wystarczającą przesłanką na rzecz teorii jedności czynu, i przepis stanowiący, że jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo w zasadzie stanowi *superfluum* — A. Spotowski, *O nowe ujęcie zbiegu przepisów i przestępstw*, PiP 1989, z. 9, s. 116. Warto wszakże zauważyć, że w obecnym stanie prawnym użycie w ustawie sformułowania „ten sam czyn” w miejsce dawnego „jeden czyn” nie jest pozbawione poważnego waloru praktycznego (por. J. Majewski, *op. cit.*, s. 42 i n.; A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 142).

²² Do przytoczonego uzasadnienia *stricte* normatywnego warto dodać również i krymi-

Reasumując — stojąc na gruncie zasady jedności czynu nie widzę możliwości takiego rozwiązania kwestii czynności towarzyszących, jakie proponuje M. Tarnawski. Propozycja tego Autora, by uznawać czynności towarzyszące za czyny współukarane jest w istocie negacją teorii jedności czynu zabronionego. Koncepcja M. Tarnawskiego jest jeszcze bardziej nie do przyjęcia, jeśli przyjąć rozumienie czynów współukaranych prezentowane przez Andrzeja Marka i Piotra Gensikowskiego. Autorzy ci proponują bowiem uznawanie czynów współukaranych za wypadek prawnej jedności czynu²³. Zatem — jeśli jednocześnie zaakceptować pogląd M. Tarnawskiego — to należałoby najpierw rozdzielać czynność towarzyszącą od „głównej”, tworząc dwa czyny, a potem je łączyć na zasadzie prawnej jedności czynu.

Stojąc na gruncie zasady jedności czynu, konsekwentnie uważam czynności towarzyszące za przypadek zbiegu przepisów ustawy karnej, niemający nic wspólnego z kwestią jedności i wielości przestępstw²⁴.

Konstatacja, że w wypadku czynności towarzyszącej mamy do czynienia z postacią niewłaściwego zbiegu przepisów ustawy karnej nie jest, rzecz jasna, wystarczająca. Należy bowiem szczegółowo ustalić, jaki to jest zbieg.

Wydaje się, że nie można mówić o zbiegu pozornym. Przy czym zastrzegam, że opowiadam się za poglądem, iż na gruncie niewłaściwego zbiegu przepisów ustawy należy rozróżnić pozorny i pomijalny zbieg przepisów ustawy. W wypadku zbiegu pozornego zachodzi sytuacja opisywana formułą *lex specialis derogat legi generali*²⁵, którą za W. Wolterem rozumiem

nalno-polityczne — przyjęcie poglądów dopuszczających traktowanie naruszenie jednym zachowaniem kilku norm sankcjonowanych jako kilku czynów, uczynilibyśmy z prawa karnego swego rodzaju czynnik kryminogenny, na co słusznie zwraca uwagę K. Buchała, *Przestępstwa w komunikacji drogowej*, Warszawa 1961, s. 165. Autor ten słusznie zwraca uwagę, że czyn jako taki, może naruszać różne dobra prawne i niekoniecznie musi to prowadzić do multiplikowania przestępstw (warto dodać, że pogląd ten wypowiedziany został na tle stanu prawnego nie znającego kumulatywnego zbiegu przepisów. W obecnym stanie prawnym uprawniony byłby chyba pogląd nawet bardziej stanowczy. Mianowicie przy jedności czynu wielość skutków nie daje podstaw do przyjęcia wielości przestępstw).

²³ A. Marek, P. Gensikowski, *op. cit.*, s. 7–8.

²⁴ Uzupełniając: opowiadam się co do zasady jako zwolennik socjologicznego ujęcia czynu (z możliwością normatywnego korygowania tegoż, jak ma to miejsce np. w wypadku czynu zabronionego opisanego w art. 207, czy 208 k.k., gdzie ujęcie ustawowych znamion przesądza o tym, że kilka czynów w rozumieniu socjologicznym staje się jednym czynem zabronionym).

²⁵ Formułą tą w zasadzie posługuję się dla porządku, ponieważ co do zasady podzielam

w ten sposób, że przepis szczególny i ogólny wzajemnie się wykluczają i opisane nimi zestawy ustawowych znamion nie mogą zostać wypełnione jednocześnie (jednym czynem)²⁶. Oznacza to, że zastosowanie znajduje przepis szczególny, zaś zbieg przepisów nie istnieje (jest tylko pozorny), ponieważ jedynie właściwą kwalifikacją prawną jest przepis szczególny, a znamiona ogólnego nie zostają wypełnione (wypełnione są tylko pozornie).

Z kolei zaistnienie rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy niekoniecznie musi skutkować kwalifikacją kumulatywną, ponieważ może zaistnieć jedna z sytuacji opisywanych formułami *lex primaria derogat legi subsidiariae* lub *lex consumens derogat legi consumptae*, które zaistniały zbieg czynią pomijalnym (niewłaściwym). Istotą pomijanego zbiegu przepisów ustawy karnej jest to, że istnieje on w rzeczywistości (w przeciwień-

sposób rozumienia jej prezentowany przez takich autorów, jak W. Wolter, *Reguły...*, *op. cit.*, s. 22 i A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 147–148. Nazwa reguły specjalności sugeruje, że czyny kwalifikowane na podstawie przepisów nazywanych specjalnymi jednocześnie wypełniają znamiona opisane w przepisach nazywanych ogólnymi. Podzielał pogląd, zgodnie z którym jest inaczej, tzn. przepis określany jako ogólny obejmuje tylko taki zakres zastosowania, jakiego nie obejmuje przepis zwany szczególnym. Zatem przepis „szczególny” i „ogólny” sformułowane są w istocie na takim samym poziomie ogólności, z zastrzeżeniem, że jeden obejmuje zespół znamion, którego nie obejmuje drugi. Zatem przepisy te wzajemnie się wykluczają i krzyżowanie się ich nie jest możliwe. Stąd można uznać, że specjalność praktycznie nie istnieje, jako reguła wyłączania wielości ocen, ponieważ w wypadku jej zaistnienia nie ma owej wielości. Skłonny jednak jestem używać pojęcia reguły *lex specialis* (ze świadomością, że jest ona nie do końca adekwatna do pozornego zbiegu przepisów), jako służącej ocenie sytuacji, w których nie zachodzi zbieg przepisów, chociaż pozornie wydaje się, że jest inaczej. Można bowiem uznać, że zbieg pozorny, oznaczający w istocie wzajemne wykluczanie się przepisów w pewnym uproszczeniu odpowiada działaniu reguły *lex specialis*. Por. W. Wolter, *Reguły...*, *op. cit.*, s. 27; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 453; A. Zoll, w: K. Buchała [i inni], *op. cit.*, s. 68; J. Giezek, w: *Kodeks...*, red. J. Giezek, *op. cit.*, s. 96; M. Mozgawa, w: M. Budyn-Kulik [i inni], *op. cit.*, s. 329. Por. wszakże zastrzeżenie W. Wróbla, który nie bez spójnego uzasadnienia przesuwa akcent w rozumieniu zasady specjalności z jej aspektu logicznego na funkcjonalny i aksjologiczny. Zdaniem tego autora chodzi w niej nie tyle o relacje logiczne między typami, co o zaktualizowanie się dyrektywy skierowanej do organu stosującego prawo, iż w danym wypadku nie powinien korzystać z przepisy określającego typ podstawowy, lecz np. kwalifikowany. Takie (funkcjonalne) rozumienie omawianej zasady pozwala w pewnych sytuacjach na odstępstwo od niej — W. Wróbel, *Z problematyki tzw. pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym*, w: *Zbieg przepisów...*, *op. cit.*, s. 74.

²⁶ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 333; W. Wolter, *Reguły...*, *op. cit.*, s. 22; A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 147–148.

stwie do pozornego), jednak przy kwalifikacji prawnej czynu należy go pominąć²⁷.

W literaturze przedmiotu znane są też odmienne poglądy. Mianowicie uważa się, że wszelkie przypadki, kiedy zastosowanie reguł wyłączania wielości ocen prowadzi do redukcji ocen prawnokarnych, zachowania sprawcy należy obejmować pojęciem zbiegu pozornego²⁸. Istnieją też poglądy, zgodnie z którymi zasada specjalności może mieć zastosowanie zarówno w wypadkach nazywanych zbiegiem pozornym, jak i nazywanych zbiegiem pomijalnym, natomiast zasady subsydiarności i konsumpcji zawsze prowadzą do zbiegu pomijalnego²⁹. Wreszcie Andrzej Spotowski uważa odmiennie, że zastosowanie reguł wyłączania wielości ocen prowadzi do zaistnienia zbiegu pomijalnego³⁰.

Przyjęcie jednej ze wspomnianych koncepcji niekiedy uzależnione jest od założeń wstępnych, z którymi nie zawsze da się dyskutować. W niniejszych uwagach akceptowana jest pierwsza ze wskazanych koncepcji. Jej zaletą jest czytelne rozróżnienie między zbiegiem pozornym a pomijalnym, czyli między sytuacjami, kiedy zbiegu przepisów w istocie nie ma, choć pozornie zachodzi, oraz kiedy zbieg zachodzi, lecz nie powołuje się go w opisie przypisanego oskarżonemu czynu.

Rozróżnienie to ma znaczenie. W wypadku zbiegu pozornego sytuacja jest jasna — zbieg przepisów nie zachodzi. Inaczej jest w wypadku zbiegu pomijalnego. Jego wystąpienie w wielu wypadkach jest uzależnione od realiów konkretnej sprawy. Dotyczy to w całej rozciągłości zasady konsumpcji, gdzie w określonym układzie między konkretnymi przepisami zachodzi zbieg pomijalny, a w innej między tymi samymi przepisami zachodzi zbieg kumulatywny. Przykładowo — gdy sprawca kradzieży z włamaniem spowoduje relatywnie niewielką szkodę samym włamaniem, zaś relatywnie duża będzie wartość rzeczy zabranych w celu przywłaszczenia — uznamy zaistniały zbieg za pomijalny. Jeżeli natomiast uszkodzenie spowodowane samym włamaniem będzie większe niż wartość zabranej rzeczy — pełnie

²⁷ Tak W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 333 i n.; A. Wąsek, w: O. Górniok [i inni], *op. cit.*, s. 167–168; A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 148; A. Zoll, w: K. Buchała [i inni], *op. cit.*, s. 68; J. Giezek, w: *Kodeks...*, red. J. Giezek, *op. cit.*, s. 96–98.

²⁸ Por. I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 22; K. Mióduski, w: J. Bafia [i inni], *op. cit.*, s. 48.

²⁹ Tak A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 138–139.

³⁰ A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy karnej i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 54.

kryminalnej zawartości czynu oddać może tylko kwalifikacja kumulatywna³¹. Innymi słowy, zastosowanie lub nie zasady konsumpcji należy oceniać zawsze *in concreto*; nie da się tego uczynić *in abstracto*.

To ostatnie stwierdzenie nie dotyczy zasady subsydiarności. W tym wypadku możliwe są stwierdzenia *in abstracto*. Jednak z samej zasady subsydiarności wynikają istotne trudności w jej stosowaniu. Jasny jest tylko zakres tzw. subsydiarności ustawowej, reprezentowanej w Kodeksie karnym przez przepis art. 231 § 2 k.k., który jest subsydiarny w odniesieniu do art. 228 k.k.³²

W wypadku tzw. subsydiarności milczącej jest znacznie trudniej. Można w zasadzie oceniać ją *in abstracto*, jednak należy mieć świadomość tego, że nie jest jasny zakres, w jakim reguła ta miałaby zastosowanie. W literaturze prezentowane są bardzo rozbieżne poglądy, między jakimi przepisami zachodzi układ „przepis główny — przepis subsydiarny” w zakresie subsydiarności milczącej. Warto odnotować pogląd, że subsydiarność milcząca w istocie w ogóle jest zbędna. Wypadki tego rodzaju dadzą się bowiem skutecznie rozstrzygnąć na gruncie zasady konsumpcji. Jeżeli podzielić ten pogląd, można uznać, że reguła subsydiarności w prawie karnym jest ograniczona do subsydiarności ustawowej.

Reasumując można pokusić się o stwierdzenie, że prezentowane rozróżnienie zbiegu pozornego i pomijalnego równa się wyznaczeniu dwóch obszarów, z których jeden rządzi się zasadami logiki, zaś drugi opiera na ocenach o charakterze teleologicznym. Prawidłowe zastosowanie reguł wykładni językowej i zasad logicznego myślenia daje ostateczną odpowiedź w kwestii zaistnienia lub nie zbiegu pozornego, natomiast pozostawia otwar-

³¹ Trudno, jak się wydaje, prezentować pogląd, że art. 279 k.k. (kradzież z włamaniem) stanowi w stosunku do art. 288 k.k. (uszkodzenie rzeczy) przepis specjalny. Nawet bowiem, jeżeli prezentujemy dość już dyskusyjny w świetle realiów życia pogląd, że włamanie polega na przełamaniu fizycznego zabezpieczenia rzeczy przed zaborem z wyłączeniem przełamania zabezpieczeń elektronicznych, przecież dadzą się pomyśleć wypadki przełamania fizycznego zabezpieczenia nie połączone z jego uszkodzeniem (otwarcie zamka wytrychem bez jego uszkodzenia, otwarcie drzwi kluczem dorobionym bez wiedzy właściciela). Są to wypadki włamań bez uszkodzenia rzeczy. Trudno więc przyjąć, że uszkodzenie zabezpieczenia jest ustawowym znamieniem kradzieży z włamaniem, a tylko taka konstatacja uzasadniałaby pogląd, że przepis o kradzieży z włamaniem jest przepisem specjalnym w stosunku do przepisu o uszkodzeniu rzeczy.

³² Warto odnotować interesujący wywód W. Wróbla, który w omawianym przykładzie subsydiarności ustawowej dostrzega — nie bez racji — przypadek klasycznego wykluczenia się zakresów zastosowania dwóch norm sankcjonujących. Por. W r ó b e l, *op. cit.*, s. 79–80.

tą kwestię zbiegu pomijalnego. Jego ocena odbywa się przy zastosowaniu ocen teleologicznych, nierzadko w kontekście realiów konkretnej sprawy. Innymi słowy, zbieg pozorny jest twardym gruntem, natomiast zbieg pomijalny — gruntem niepewnym.

Wracając do głównego toku wywodów należy wstępnie stwierdzić, że czynności towarzyszące nie stanowią zbiegu pozornego. Już operując podanym wyżej najbardziej typowym przykładem czynności towarzyszącej (uszkodzenie ubrania w ramach zabójstwa) widzimy, że nie może tu być mowy o pokrywaniu się ustawowych znamion ani wykluczaniu ustawowych opisów.

Możemy zatem z dużą dozą prawdopodobieństwa powiedzieć, że przy czynnościach towarzyszących — skoro co do zasady nie prowadzą do kwalifikacji kumulatywnej — wchodzić może w grę pomijalny zbieg przepisów.

Ten ostatni, jak wskazano wyżej, wiąże się z zasadami subsydiarności i konsumpcji. Z zasad tych można co do czynności towarzyszących z góry wykluczyć subsydiarność ustawową, ta bowiem wymaga wyraźnej klauzuli ustawowej, zaś czynności towarzyszące są konstrukcją pozaustawową. Pozostają zatem subsydiarność milcząca i konsumpcja.

Zacznijmy od tej pierwszej. Jest to szczególnie przypadek subsydiarności, która oznacza w ogólności, że rzeczywisty zbieg przepisów ustawy staje się zbiegiem pomijalnym wtedy, gdy w grę wchodzi przepis o charakterze subsydiarnym (pomocniczym, rezerwowym) oraz inny przepis, będący względem pierwszego głównym. Przepis pomocniczy samodzielną rolę pełni tylko wtedy, kiedy czynu nie da się zakwalifikować z przepisu głównego. Reguła ta znakomicie działa na gruncie subsydiarności ustawowej, jednak nie o nią tutaj chodzi. Na gruncie subsydiarności milczącej istnieje poważna wątpliwość, jakie przepisy względem jakich należy uznawać za subsydiarne. Najczęściej przyjmuje się, że przepisy typizujące mniej zaawansowane (zatem mniej zarzucalne) zachowania są subsydiarne wobec przepisów typizujących zachowania bardziej zaawansowane (i bardziej zarzucalne). Zatem art. 14 k.k. (przygotowanie) jest subsydiarny w stosunku do usiłowania (art. 13 k.k.). Oczywiście jest tak tylko wtedy, kiedy mamy do czynienia z jednym czynem, bowiem w wypadku, gdy przygotowanie i usiłowanie są odrębnymi czynami, w grę wchodzi nie zbieg przepisów, ale zbieg przestępstw, być może także pomijalny, jest to jednak kwestia, której niniejsze opracowanie nie dotyczy. Można także mówić o subsydiarności przepisów typizujących przestępstwa z narażenia wobec przepisów typizujących przestępstwa z naruszenia tego samego dobra³³, aczkolwiek

³³ J. G i e z e k, w: *Kodeks...*, red. J. Giezek, *op. cit.*, s. 98.

w tym ostatnim przypadku równie naturalne może się wydawać zastosowanie zasady konsumpcji.

W tym miejscu raz jeszcze warto przywołać pogląd, że reguła subsydiarności milczącej jest w zasadzie zbędna, ponieważ przypadki jej dotyczące mogą być bez trudu rozstrzygnięte na zasadzie konsumpcji³⁴. Można co prawda podnieść zarzut, że tego rodzaju wyparcie zasady subsydiarności przez zasadę konsumpcji kłóci się z określeniem podstaw i zasad kryminalizacji. Konsumpcja bowiem ma tu charakter wtórny w odniesieniu do subsydiarności. Ustawodawca skonstruował wszak określone przepisy jako subsydiarne względem innych³⁵. Zarzut ten nie wydaje się jednak nie do odparcia. Mowa tu o subsydiarności milczącej, a zatem takiej, gdzie ustawodawca nie wypowiedział wprost swej woli uczynienia konkretnego przepisu subsydiarnym względem innego. Subsydiarność milcząca jest regułą wyrowadzaną przez doktrynę i orzecznictwo, podobnie jak konsumpcja. Jej zastosowanie lub niezastosowanie niekoniecznie musi się kłócić z podstawami kryminalizacji. Istotne zaś jest to, że zakres subsydiarności milczącej jest dyskusyjny, zaś przypadki, gdzie miałyby ona mieć zastosowanie dadzą się z identycznym wynikiem rozstrzygnąć na zasadzie konsumpcji.

Jeżeli nawet jednak (co wszak nie jest żadnym błędem) akceptować istnienie subsydiarności milczącej, nie można zastosować jej do czynności towarzyszących. Dla zaistnienia subsydiarności konieczny jest bowiem związek funkcjonalny między dwoma przepisami, w których określone znamiona wyczerpuje sprawca (więc można np. mówić o subsydiarności milczącej w wypadku przepisów typizujących naruszenie i narażenie tego samego dobra³⁶). Taki związek w najbardziej typowych przypadkach czynności towarzyszących nie zachodzi. Jaki bowiem jest funkcjonalny związek art. 148 k.k. i art. 288 k.k.? Przepisy te dotyczą zupełnie innych kwestii, zupełnie odmiennych stanów faktycznych. Subsydiarność zatem w grę tu nie wchodzi.

³⁴ Tak wprost W. Mąciór, *Zbieg przepisów ustawy jako problem logiczny i prawny*, PiP 1975, z. 1, s. 34–35. Warto zauważyć, że np. A. Marek komentując art. 11 k.k. szczegółowo omawia kolejno zasady specjalności, konsumpcji, a następnie przechodzi do klauzuli subsydiarności z art. 231 § 2 k.k., w ogóle nie poruszając zagadnienia tzw. subsydiarności milczącej — A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 138–139. Propozycję W. Mącióra jako słuszną ocenia M. Mózgała, w: M. Budyń-Kulik [i inni], *op. cit.*, s. 331.

³⁵ Tak A. Wąsek, w: O. Górniok [i inni], *op. cit.*, s. 172; J. Giezek, w: *Kodeks...*, red. J. Giezek, *op. cit.*, s. 98.

³⁶ Por. A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 149; K. Mioduski, w: J. Bafia [i inni], *op. cit.*, s. 49; A. Wąsek, w: O. Górniok [i inni], *op. cit.*, s. 171–172.

Pozostaje zasada konsumpcji. Jej określenie także nie należy do łatwych, jednak można przyjąć w pewnym skrócie za trafny pogląd Kazimierza Buchały, który określa zasadę konsumpcji jako wypadek, kiedy dwa przepisy są skonstruowane w ten sposób, że w realizację ustawowych znamion jednego z nich (konsumującego) wkalkulowane są te elementy, które decydują o ładunku społecznej szkodliwości (kryminalnej zawartości) czynu skonsumowanego, stąd odpada potrzeba uwzględniania czynu skonsumowanego w kwalifikacji prawnej czynu. Ocena, czy konsumpcja zachodzi, czy też nie, odbywać się może, jak wskazano wyżej, tylko w realiach konkretnej sprawy, co oznacza, że między dwoma konkretnymi przepisami w jednej sytuacji dojdzie do jej zastosowania, a w innej nie³⁷.

Czy przypadki czynności towarzyszących mogą być rozstrzygane na gruncie zasady konsumpcji? Odpowiedź na to pytanie zależy w dużej mierze od przyjmowanego sposobu rozumienia zasady konsumpcji, a dokładniej, czy przyjmujemy, że dla możliwości zastosowania zasady konsumpcji konieczne jest zaistnienie stosunku krzyżowania pomiędzy wchodzącymi w grę przepisami, czy też — że takiej konieczności nie ma. Dodać należy, że mówiąc o stosunku krzyżowania się mam na myśli tego rodzaju stosunek zachodzący między ustawowymi znamionami czynów zabronionych stypizowanych we wchodzących w grę przepisach (obrazowo mówiąc znamiona określone w jednym przepisie zawierają w sobie treści zawarte w znamionach określonych w innym przepisie, a obok nich każdy z przepisów zawiera także inne)³⁸. Nie chodzi mi natomiast o krzyżowanie się przepisów na tle konkretnego stanu faktycznego (czyli sytuację, gdy w istocie zachodzi krzyżowanie się dwóch norm w konkretnym stanie faktycznym, dodajmy norm wyznaczonych przez znajdujące zastosowanie przepisy ustawy karnej (ten sam czyn realizuje jednocześnie znamiona kilku czynów zabronionych)³⁹. To ostatnie jest typowe dla każdego zbiegu przepisów ustawy karnej⁴⁰.

Przy zaakceptowaniu pierwszej możliwości należy uznać, że wielość ocen prawnych w wypadku czynności towarzyszącej zostaje wyłączona na

³⁷ K. Buchała, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1997, s. 93. Podobnie A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 149; A. Wąsek, w: O. Górniok [i inni], *op. cit.*, s. 175–176; A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 139; W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 336.

³⁸ Por. A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 139.

³⁹ A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 185; por. W. Wolter, *Kumulatywny...*, *op. cit.*, s. 43.

⁴⁰ Naturalnie poza wypadkami zbiegu pozornego, jako że — jak stwierdzono wyżej — opowiadam się za poglądem, że wówczas zbieg przepisów nie zachodzi (stąd jest on pozorny).

zasadzie konsumpcji tylko czasami. Będzie tak wtedy, kiedy między przepisami typizującymi czyny zabronione, których znamiona sprawca zrealizował w postaci czynności „głównej” i „towarzyszącej” zachodzi stosunek krzyżowania. Tak, jak się wydaje, będzie w podanym przez I. Andrejewa przykładzie czynności towarzyszącej. Autor ten przywołuje kasus polegający na zużyciu cudzej benzyny w ramach zaboru cudzego pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia. W tej konkretnej sytuacji można uznać, że elementy decydujące o społecznej szkodliwości zniszczenia cudzej rzeczy w postaci benzyny są uwzględnione w samym zaborze pojazdu, w którym benzyna jest zatankowana. Jednak tak dokonane wyłączenie wielości ocen występuje w tym konkretnym kasusie, a nie może zostać uznane za ogólniejszą zasadę.

Przy założeniu, że o konsumpcji można mówić tylko w przypadku przepisów, które krzyżują się (nie na tle konkretnego stanu faktycznego, lecz abstrakcyjnie) pozostanie jeszcze szeroki zakres możliwych do pomyślenia czynności towarzyszących, w wypadku których tak rozumiana zasada konsumpcji nie zajdzie. Jeżeli w takich wypadkach (co też jest możliwe) nie zajdzie specjalność czy (jeżeli zaakceptować jej istnienie) subsydiarność milcząca, zmuszeni będziemy powiedzieć, że istnieją przypadki czynności towarzyszących, których nie można ująć w ramy żadnej ze znanych reguł wyłączenia wielości ocen. Tymczasem jednak nie budzi wątpliwości zasadność wyłączenia wielości ocen w ich wypadku. Na jakiej podstawie?

Możliwe są tu dwie drogi wyjścia. Po pierwsze, można uznać, że odbywa się to poza regułami wyłączenia wielości ocen, to znaczy, że wyłączenie to ma charakter ściśle teleologiczny, funkcjonalnie zbliżony do reguły konsumpcji, jednak odrębny od niej. Po drugie, można próbować rozwiązać powstałe zagadnienie na gruncie zasady konsumpcji. W tym celu konieczne jest jednak jej inne pojmowanie, niż zaprezentowane wyżej.

Wydaje się, że zabieg taki jest uprawniony. Mowa wszak o zasadzie konsumpcji, która z samej swej istoty ma najbardziej ocenny charakter ze wszystkich reguł wyłączenia wielości ocen. Jest tak choćby z tego powodu, że stosuje się ją konkretnie, a nie abstrakcyjnie. Jeśliby uznać, że dla zastosowania zasady konsumpcji nie jest konieczne zaistnienie stosunku krzyżowania między wchodzącymi w grę przepisami, wówczas wszystkie bez wyjątku przypadki czynności towarzyszących podpadałyby pod działanie tej reguły (niezależnie od tego, że mogłyby podpadać również pod działanie np. zasady specjalności).

Przyjęcie takiego rozumienia zasady konsumpcji pozwoliłoby na sprowadzenie kwestii czynności towarzyszącej na tory reguł wyłączenia wielości

ocen. Ma to swoje zalety. Pozwala na uniknięcie kłopotliwego pytania, co począć z wypadkami zbiegu przepisów, który w praktyce jest pomijany i który intuicyjnie odbieramy jako pomijalny, a jednak nie możemy umieścić w ramach żadnej z reguł wykładni pozwalających na pominięcie przepisu w kwalifikacji prawnej czynu. Niewątpliwie sytuację taką należy odebrać jako dyskomfortową. Być może zatem szersze ujęcie zasady konsumpcji (nie wymagające stosunku krzyżowania między zbiegającymi się przepisami) byłoby podejściem właściwym.

Z drugiej strony nie można nie zauważyć, że w przypadku zbiegu przepisów (także tego, który pomijamy na zasadzie konsumpcji) ocenie poddajemy ustawowe znamiona czynu zabronionego. Przesądzać o tym, czy wypełnienie ustawowych znamion jednego czynu zabronionego zawiera elementy decydujące o kryminalnej zawartości drugiego czynu zabronionego można na podstawie ustawowych znamion tych czynów. Należy poddać je oglądowi przez pryzmat realiów konkretnej sprawy, jednak są to nadal ustawowe znamiona. Rezygnacja z wymogu krzyżowania się przepisów sprowadzałaby się w ostateczności do rezygnacji ze stwierdzenia, że w wypadku zasady konsumpcji podlegają ocenie ustawowe znamiona czynu widziane przez pryzmat realiów konkretnej sprawy. Należałoby uznać, że konsumpcja sprowadza się do oceny wyłącznie owych realiów. Ostateczna decyzja sprowadzałaby się do wyeliminowania lub nie co najmniej jednego z wchodzących w grę przepisów, jednak podstawą tej decyzji byłaby w zasadzie wyłącznie ocena stanu faktycznego, kwalifikacja prawna miałaby charakter wtórny. To jest także nie mniej trudne do zaakceptowania, a może nawet bardziej, niż sytuacja, która powstaje przy przyjęciu poprzednio zreferowanej koncepcji, dopuszczającej istnienie pomijalnego zbiegu przepisów rozstrzyganego poza zasadą subsydiarności lub konsumpcji, tylko na podstawie ocen teleologicznych.

Dlatego akceptując znany w literaturze pogląd, że podstawą logiczną działania zasady konsumpcji jest logiczny stosunek krzyżowania się przepisów⁴¹ (jak się wydaje z zasadnym zastrzeżeniem, że krzyżowanie się norm wskazuje tylko na to, że zasada konsumpcji może potencjalnie wobec nich działać, jednak niekoniecznie musi)⁴². Zatem, by w ogóle zaistniała możli-

⁴¹ J. Kostarczyk-Gryszka, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy określający przestępstwo umyślne oraz przestępstwo nieumyślne*, PiP 1973, z. 4, s. 60; A. Zoll, w: K. Buchała [i inni], *op. cit.*, s. 71; A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 139; K. Buchała, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 457; podobnie, jak się wydaje, I. Andrejew, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 23.

⁴² A. Spotowski, *Pomijalny...*, *op. cit.*, s. 125; W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 336;

wość rozważania ewentualnej konsumpcji, konieczne jest, by znamiona określone w jednym przepisie zawierały w sobie treści zawarte w znamionach określonych w innym przepisie⁴³. Nie jest zatem możliwe stosowanie zasady konsumpcji w wypadku tak dalece odległych od siebie czynów zabronionych, jakimi są uszkodzenie rzeczy i zabójstwo. Zakresy ustawowych znamion tych czynów zabronionych w ogóle się nie krzyżują⁴⁴. Jednak nie mamy większych oporów przed uznaniem, że zachodzi w ich wypadku zbieg pomijalny.

Czemu tak jest? Pozostając na gruncie tradycyjnych reguł wyłączenia wielości ocen można uzasadniać zastosowanie w wypadku czynności towarzyszących właśnie zasady konsumpcji, jeśliby rozumieć ją tak, jak czynił to swego czasu A. Spotowski. Autor ten prezentował pogląd, że nie jest prawdą, iż zasada konsumpcji działa tylko wobec przepisów ukształtowanych tak, że w wypadku wyczerpania przez sprawcę znamion określonych w jednym przepisie często dochodzi do wyczerpania znamion określonych w innym przepisie. Tego rodzaju ograniczenie A. Spotowski uważa za nieuzasadnione i nadmiernie upodabniające zasadę konsumpcji do zasady specjalności⁴⁵. Istotą zasady konsumpcji jest według tego autora ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu przez pryzmat przepisu pochłaniającego i pochłanianego⁴⁶. Zatem ocena dokonywana na gruncie zasady konsumpcji ma w istocie charakter czysto teleologiczny. Tak ujęta zasada konsumpcji pozwalałaby na wyłączenie wielości ocen w przypadku czynności towarzyszących. W ich wypadku znacząco różni się poziom społecznej szkodliwości ocenianej przez pryzmat znamion typu czynu stanowiącego czynność towarzyszącą od spo-

K. B u c h a ł a, w: K. B u c h a ł a, A. Z o l l, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 93. Podobnie A. Z o l l, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 149; A. W a s e k, w: O. G ó r n i o k [i inni], *op. cit.*, s. 175–176; A. M a r e k, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 139.

⁴³ Taką trafną myśl formułuje A. M a r e k, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 139.

⁴⁴ W tym miejscu warto odnotować wyrażony w literaturze przedmiotu pogląd, że istotnym czynnikiem wpływającym na ocenę, czy w konkretnym stanie faktycznym może znaleźć zastosowanie zasada konsumpcji, ma ocena przedmiotu ochrony czynów zabronionych przez zbiegające się przepisy. A. R y b a k, *O istocie kumulatywnej kwalifikacji przepisów ustawy*, „Palestra” 1999, nr 9/10, s. 48–49 stawia tezę, że w wypadku, kiedy przedmioty ochrony są różne, nie może być mowy o stosowaniu zasady konsumpcji, lecz pełną zawartość kryminalną czynu oddaje wyłącznie kwalifikacja kumulatywna. Pogląd ten w ogólnych założeniach przynajmniej częściowo można zaakceptować. Wydaje się jednak, że możliwe jest podejście nieco bardziej elastyczne. Sądzę, że zastosowanie zasady konsumpcji będzie także uprawnione w wypadku, kiedy dobro chronione nie będzie identyczne, lecz zbliżone. Relatywny charakter zasady konsumpcji — o czym niżej — wydaje się należycie usprawiedliwiać taki pogląd.

⁴⁵ A. S p o t o w s k i, *Pomijalny...*, *op. cit.*, s. 134–135.

⁴⁶ *Ibid.*, s. 130.

łecznej szkodliwości ocenianej przez pryzmat ustawowych znamion „czynu głównego”. Różnica ta nie wynika bynajmniej z samych ustawowych znamion czynu zabronionego, lecz po prostu ze sposobu zrealizowania ich przez sprawcę. Konstrukcja przepisów nie ma z tym żadnego związku.

Koncepcji prezentowanej przez A. Spotowskiego nie sposób odmówić klarowności. Niewątpliwie przyjęcie jej usuwa kontrowersje istniejące przy samym definiowaniu zasady konsumpcji. Jednak powoduje to szereg konsekwencji trudnych do zaakceptowania. Po pierwsze, jak się wydaje, ulec tu może ostatecznemu rozmyciu zakres zastosowania zasady konsumpcji. Można uznać bowiem, że będzie miała ona zastosowanie właściwie do każdej możliwej do pomyślenia pary typów czynów zabronionych. Po drugie — co zresztą zauważa sam A. Spotowski — pojęciowo staje się możliwe skonsumowanie przepisu surowszego przez łagodniejszy⁴⁷. Takie zaś rozwiązanie jawi się jako wysoce wątpliwe z punktu widzenia względów polityczno-kryminalnych⁴⁸. Jest tak tym bardziej, jeżeli wziąć pod uwagę pierwszą ze wskazanych wyżej okoliczności. Brak wymagań w zakresie wzajemnego krzyżowania się przepisów może w praktyce spowodować nadmierną relatywizację zasady konsumpcji jako takiej.

Dlatego należy opowiedzieć się za stosowaniem zasady konsumpcji w jej tradycyjnej postaci. Za tym idzie konstatacja, że w wypadku czynności towarzyszących nie wchodzi w grę także i ta zasada⁴⁹.

Co prawda możliwość stosowania zasady konsumpcji w jej tradycyjnym rozumieniu co do czynności towarzyszących widzi M. Tarnawski, jednak należy pamiętać, o czym wyżej była już mowa, że autor ten uważa czynności towarzyszące za czyny współłukarane, przerzucając zagadnienie wyłączenia wielości ocen prawnych na grunt zbiegu przestępstw⁵⁰. Na tym gruncie zasadę konsumpcji wolno traktować szerzej. Wydaje się, że można zaryzykować pogląd, że w wypadku dwóch czynów, nawet o „odległej” kwalifikacji prawnej, możliwa jest sytuacja, kiedy zawartość bezprawia jednego zostaje

⁴⁷ *Ibid.*, s. 134.

⁴⁸ Stąd też w literaturze trafnie możliwość taka się odrzuca. M. Cieślak, *op. cit.*, s. 414; A. Wąsek, w: O. Górniok [i inni], *op. cit.*, s. 177; J. Giezek, w: *Kodeks...*, red. J. Giezek, *op. cit.*, s. 99.

⁴⁹ Odmienne jest w wypadku zasady konsumpcji mającej zastosowanie do zbiegu przestępstw. Tu — rzecz jasna — krzyżowanie się norm nie jest konieczne. Stąd słusznie pisze J. Kostarczyk-Gryszka, że wyłączenie wielości ocen w wypadku czynów współłukaranych następczych, uznawanych przez tę autorkę (moim zdaniem słusznie) za wypadek wielości czynów, odbywa się na zasadzie konsumpcji. J. Kostarczyk-Gryszka, *Problem granic...*, *op. cit.*, s. 19.

⁵⁰ Lub prawnej jedności czynu (przestępstwa), jeżeli takie założenie zaakceptować.

pochłonięta przez inny. Taki pogląd wypowiedziano w literaturze niemieckojęzycznej na temat czynów współlukaranych jako wypadków pomijalnego zbiegu przestępstw. Jest on zbieżny z rozumieniem zasady konsumpcji na gruncie zbiegu przestępstw.

Wydaje się, że także ewentualny zabieg „scalenia” czynów współlukaranych z głównym, w ramach koncepcji prawnej jedności czynów, nie zmieniłby oceny konsumpcji na gruncie tego rodzaju zaszczości, jaką są czyny współlukarane. W takim wypadku co prawda kwestia współlukarania staje się zagadnieniem zbiegu przepisów, jednak materialne przesłanki oceny takich czynów nie zmieniają się. Wyłączenie wielości ocen dokonane na gruncie czynów współlukaranych i głównego, rozumianego jako jeden czyn (prawna jedność czynu) dokonuje się na podstawie takich samych przesłanek, jak wyłączenie na gruncie konstrukcji zbiegu przestępstw. Sądzę, że stosowaną tu najczęściej regułą będzie konsumpcja. Co prawda przy takim rozumieniu będzie to konsumpcja właściwa dla zbiegu przestępstw, a stosowana na gruncie zbiegu przepisów, lecz w takiej konkretnej sytuacji jest to całkowicie dopuszczalne. Pojawia się tu wszakże omówione już zagadnienie dotyczące czynności towarzyszącej. Chodzi mianowicie o to, czy dla zastosowanie zasady konsumpcji jest konieczne, by zakresy przepisów pozostających w zbiegu krzyżowały się. Jak wskazano wyżej, co do zbiegu przepisów opowiedziałem się za pozostawieniem tego wymogu (inaczej, rzecz jasna, niż w zakresie zbiegu przestępstw). Stąd w przypadku rozumienia czynów współlukaranych jako wypadku prawnej jedności czynu, należałoby przyjąć, że wyłączenie wielości ocen odbywa się na zasadzie konsumpcji lub z powodów czysto celowościowych.

Niezależnie bowiem od przyjętej koncepcji, istota zagadnienia nie zmienia się — zachodzi kilka czynów, a wyłączenie wielkości ocen prawnych tych czynów może się odbywać w drodze różnych rozumowań, jednak raczej przemawiające za taką redukcją nie zmieniają się⁵¹.

⁵¹ Dla oceny czynów jako współlukaranych właściwym kryterium wydaje się znacząca (choć niekoniecznie moim zdaniem rażąca) różnica między stopniem społecznej szkodliwości czynu głównego i współlukaranego oraz powiązanie funkcjonalne między tymi czynami. Takie — dodawane niekiedy w doktrynie i orzecznictwie — elementy jak tożsamość rodzajowego przedmiotu ochrony lub pokrzywdzonego uważam za drugorzędne. Oczywiście nieco odmiennie będziemy traktować czyny współlukarane, jeżeli uznamy je za wypadek prawnej jedności czynu (lub przestępstwa, bo i tak można to zagadnienie postrzegać). Wówczas wszelkie te kryteria stosujemy ze świadomością, że mowa nie o pomijalnym zbiegu przestępstw, ale przepisów. Koncepcja traktowania czynów współlukaranych jako przypadku prawnej jedności czynu budzi jednak moje wątpliwości u samych swych podstaw. Wydaje mi się ryzykownym traktowanie czynów

Jednak — jak wskazano wyżej — czynności towarzyszące nie są tym samym, co czyny współukarane, aczkolwiek wykazują pewne podobieństwa i w gruncie rzeczy podobnie należy oceniać ich przesłanki. Jednak ze wskazanych wyżej względów nie zawsze można tu stosować zasadę konsumpcji w rozumieniu przyjętym w niniejszych rozważaniach (z zachowaniem wymogu krzyżowania się przepisów). Na gruncie zbiegu przepisów ustawy tak rozumiana konsumpcja wymaga bowiem tego, by jeden z wchodzących w grę przepisów zawierał (uwzględniał) okoliczności objęte znamionami innego przepisu. W wypadku czynności towarzyszących związek taki niekoniecznie musi wystąpić.

Czy oznacza to, że w wypadku czynności towarzyszących uprawniony jest wniosek o konieczności stosowania kwalifikacji kumulatywnej, skoro nie zachodzi żadna z reguł wyłączenia wielości ocen? Wydaje się, że nie. Wyłączenie wielości ocen ma tu jednak miejsce, lecz nie odbywa się na podstawie żadnej ze wskazanych wyżej reguł wyłączenia wielości ocen.

Jak się wydaje, jedyną podstawą wyłączenia wielości ocen na gruncie czynności towarzyszącej jest prosta różnica między stopniem społecznej szkodliwości tych elementów czynu, które składają się na czynność towarzyszącą oraz na zestaw ustawowych znamion zasadniczego czynu zabronionego. Innymi słowy na społeczną szkodliwość czynu należy spojrzeć przez pryzmat ustawowych znamion określonych w konkurujących przepisach — już to obejmującym „czyn główny”, już to „czynność towarzyszącą”. Z uwagi na to, i tylko na to, że zachodzi znacząca różnica między stopniem społecznej szkodliwości poszczególnych elementów czynu, można mówić

jako stanowiących prawną jedność bez podstawy ustawowej. Por. J. K o s t a r c z y k - G r y s z k a, *Problem granic...*, *op. cit.*, s. 18 i n., a zwł. s. 20.

O ile prawna jedność czynu, z jaką mamy do czynienia na gruncie art. 12 k.k., czy art. 209 k.k., a nawet 207 k.k. ma uzasadnienie i łatwo da się ją obronić, o tyle koncepcja jedności czynów współukaranych i głównego jako nie oparta w przepisach, z trudem może być nazwana jednością prawną. Oczywiście pogląd ten może być kwestionowany, wszak pojęcie czynu w prawie karnym jest w dużej mierze umowne. Najlepiej jednak byłoby, gdyby ustawodawca wprowadził *expressis verbis* prawną jedność czynu (czy przestępstwa) w co do czynności współukaranych. Wówczas stałoby się jasne, że mowa o czynnościach współukaranych, a nie o czynach współukaranych (lub — co uważam *de lege lata* za najbardziej prawidłowe — przestępstwach współukaranych). Wszelkie zalety procesowe wynikające z przyjęcia prawnej jedności czynu (sposób rozstrzygnięcia na tle zagadnienia powagi rzeczy osądzonej) można byłoby wówczas wykorzystywać bez żadnej wątpliwości. Ostatecznie zatem wypada zgodzić się z P. K a r d a s, który dostrzegając brak normatywnego zakotwiczenia omawianej konstrukcji, widzi potrzebę ustawowego uregulowania zagadnienia czynów współukaranych. Zob. P. K a r d a s, *Głos w dyskusji*, w: *Zbieg przepisów...*, *op. cit.*, s. 193–194.

o dopuszczalności pominięcia w kwalifikacji prawnej ustawowych znamion zachowania składającego się na czynność towarzyszącą. Wydaje się wręcz, że powinna to być różnica rażąca (nieco odmiennie, niż przy czynach współukaranych, gdzie różnica ta musi być duża, a nawet niewspółmierna, ale nie rażąca)⁵², prowadząca do wniosku, że zaistnienie czynności towarzyszącej niemal w ogóle nie powiększa stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego ocenionego jako całość, a zatem z drugiej strony — że pominięcie opisu czynności towarzyszącej w kwalifikacji prawnej zachowania sprawcy nie wpływa ujemnie na dokładność opisu zachowania. Należy to uzupełnić o zastrzeżenie — podobnie jak ma to miejsce przy zasadzie konsumpcji — że czynność towarzysząca nie może być kwalifikowana na podstawie przepisu operującego surowszą karą, niż przepis opisujący „czyn główny”.

Oczywistym wymogiem, który wynika z samej istoty czynności towarzyszącej jest to, by pozostawała w ramach tego samego zdarzenia czasoprzestrzennego, co „czyn główny”.

Niewątpliwie formuła taka wykazuje dużą zbieżność z regułą konsumpcji, jednak zachodzi tu nadal różnica, która nie pozwala wprost uznać, że zachodzi konsumpcja. Raz jeszcze bowiem wypada podkreślić, że konsumpcję rozumiem jako wynik określonego wzajemnego stosunku dwóch przepisów ustawy karnej (krzyżowanie). Stosunek taki w wypadku czynności towarzyszących nie musi zachodzić. Nie bez racji pisał Kryspin Mioduski, że w wypadku konsumpcji mamy do czynienia z przepisem głównym i pobocznym⁵³. Innymi słowy — choć konsumpcję należy oceniać w realiach konkretnej sprawy, to przecież czyni się to na podstawie przepisów ustawy karnej. Można się więc pokusić o tezę, że nie można *in abstracto* powiedzieć, że między dwoma przepisami znajdzie zastosowanie zasada konsumpcji, jednak można *in abstracto* wygłosić pogląd przeciwny. Można bez wnikania w realia konkretnej sprawy powiedzieć, że między art. 148 § 2 k.k. a art. 288 § 2 k.k. konsumpcja nie zajdzie, ponieważ zestawy usta-

⁵² Oznacza to, że niekiedy nie będzie możliwe uznanie za współukarane go usiłowania z następnym dokonaniem takiego samego czynu. Jednak nie powinien być to argument przeciwko uznawaniu różnicy społecznej szkodliwości za niewspółmierną. Nie mam wątpliwości, że usiłowanie i dokonanie tego samego czynu podlegają redukcji ocen, jeżeli zachodzą w ramach jednego czynu (na gruncie zbiegu przepisów). Wówczas różnica w społecznej szkodliwości wcale nie musi być nawet znaczna. Jednak w wypadku odległości czasowej skutkującej zaistnieniem dwóch różnych czynów opowiadam się za tym, by rosły wymagania co do różnicy w stopniu społecznej szkodliwości.

⁵³ To może być kolejny argument na rzecz rezygnacji z zasady subsydiarności milczącej. Tam także jest mowa o przepisie głównym i pomocniczym. Przy bliższym oglądzie różnice między zasadą subsydiarności milczącej i konsumpcji zacierają się.

wowych znamion tych czynów zabronionych nie są ze sobą w żaden sposób związane. Zatem jeżeli w realiach konkretnej sprawy uznamy, że przepis art. 288 § 2 k.k. zostanie wyłączony jako tzw. czynność towarzysząca, to nie stanie się to na zasadzie konsumpcji, lecz poza nią. Jedynym kryterium będzie różnica w stopniu społecznej szkodliwości wynikającej z „czynu głównego” i z „czynności towarzyszącej”.

Ostatecznie zatem wypada stwierdzić, że w postaci czynności towarzyszącej mamy do czynienia z wypadkiem pomijalnego zbiegu przepisów ustawy karnej, który może wymknąć się spod oceny w ramach znanych teorii i w praktyce reguł wyłączania wielości ocen. Wypadek ten wykazuje znaczące podobieństwo z tymi, które rozstrzyga się na zasadzie konsumpcji. Jednak o ile dla przyjęcia konsumpcji potrzebny jest logiczny związek między przepisami skonsumowanym i konsumującym (polegający na krzyżowaniu się ustawowych znamion czynów stypizowanych w tych przepisach), w wypadku czynności towarzyszącej związek taki nie jest konieczny. Wystarczy tylko ocena społecznej szkodliwości czynu dokonana przez pryzmat wchodzących w grę przepisów ustawy karnej, skorygowana porównaniem wchodzących w grę sankcji karnych. Przy rozumieniu konsumpcji prezentowanym np. przez A. Spotowskiego, który nie wymagał istnienia żadnego logicznego stosunku między wchodzącymi w grę przepisami, czynności towarzyszące byłyby zagadnieniem rozstrzyganym na gruncie tejże zasady. Jednak ze względów wskazanych wyżej, słusznym wydaje się odmienne niż przez tego autora traktowanie konsumpcji jako takiej. Tym niemniej niezależnie od prezentowanego sposobu rozumienia konsumpcji należy zgodzić się z A. Spotowskim, że istnieją wypadki pomijalnego zbiegu przepisów oceniane wyłącznie na podstawie kształtu faktycznego czynu postrzeganego przez pryzmat jego społecznej szkodliwości. Podzielając ten pogląd, jestem zdania, że nie są to wypadki konsumpcji, lecz wyłączenie wielości ocen odbywa się poza rządzącymi nim regułami, na zasadzie czysto teleologicznej. Przykładem (być może jedynym) takiego właśnie zjawiska, są czynności towarzyszące⁵⁴.

⁵⁴ Innym byłyby niektóre wypadki czynów współukaranych, jeśli przyjąć koncepcję prezentowaną przez A. Marka i P. Gensikowskiego. Autor niniejszego ma na temat istoty czynów współukaranych odmienny pogląd, lecz gdyby podzielał zdanie wspomnianych autorów, w niektórych wypadkach czynów współukaranych dostrzegałby właśnie czynności towarzyszące (czyniłyby zatem dokładnie odwrotnie, niż M. T a r n a w s k i, *op. cit.*, w powoływanej wielokrotnie w ramach niniejszych rozważań pracy dotyczącej zagadnień jedności i wielości czynów w prawie karnym). Raz jeszcze wypada podnieść, że korzystne byłoby ustawowe uregulowanie instytucji czynów współukaranych, polegające na uczynieniu ich prawną jednością czynu. Wówczas czyny współukarane staną się bez żadnej wątpliwości czynnościami towarzyszącymi.