

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009
Warszawa 2009

Lukasz Pohl ■

TAK ZWANA SUBSYDIARNOŚĆ USTAWOWA JAKO NIEJEDNOLITA DYREKTYWA USUWANIA NIEZBIEŻNOŚCI PRAKSEOLOGICZNEJ NORM PRAWNYCH W POLSKIM PRAWIE KARNYM (na przykładzie przepisów art. 231 § 4 i art. 13 § 1 k.k. z 1997 r.)

Niniejszy szkic, mając za przedmiot analizę pewnego fragmentu problematyki tzw. pomijalnego zbiegu przepisów ustawy, zbiegu nazywanego także niewłaściwym bądź nieuwzględnianym zbiegiem tych przepisów, dowieść ma, że wyjście poza tradycyjne formuły objaśniania zjawisk prawnych, formuły charakterystyczne zwłaszcza dla odłamów dogmatyki prawa karnego w istocie zamkniętych na integrację z ważkimi i postępowymi osiągnięciami uniwersalizujących dyscyplin prawnych, takich jak teoria prawa czy metodologia nauk prawnych, jest postawą w pełni słuszną, bowiem umożliwiającą głębsze rozpoznanie struktury rzeczonych zjawisk i w konsekwencji pozwalającą dostarczyć bardziej wiarygodne ich objaśnienie.

I. Wyływające z tej postawy badawczej wyraźne metodologiczne przesłanie pozwala przeto już na wstępie pokrótce wytłumaczyć się i zarazem usprawiedliwić z tytułu niniejszych refleksji, tytułu wydawałoby się nazbyt długiego i na pierwszy rzut oka także nazbyt mglistego, zwłaszcza dla karnisty, który wszak ma być głównym, acz mam nadzieję nie jedynym, ich surowym konsumentem. Dłaczego więc, mając poruszać istotny fragment zagadnienia tzw. pomijalnego

zbiegu przepisów ustawy, fragment, który wyznacza zasięgiem swego działania tzw. subsydiarność ustawowa, piszę o usuwaniu przez tę dyrektywę niezbieżności prakseologicznej norm prawnych w prawie karnym? Otóż czynię tak dlatego, by już w tytule tych uwag uwypuklić racje leżące u podstaw powzięcia przez prawodawcę decyzji o zakodowaniu w tekście ustawy tzw. subsydiarności ustawowej, a więc dyrektywy zmuszającej dokonującego egzekucji przepisów prawnych do pominięcia rzeczywiście zachodzącego pomiędzy tymi przepisami jednoczynowego zbiegu. A racja ta jest właściwie jedna. Sprowadza się ona w istocie, choć nie jedynie - co postaram się poniżej wykazać - do żywnionego przez prawodawcę przekonania, że przekroczenie przez sprawcę jednym czynem określonych norm prawnych, norm, które nazywał będę normami sankcjonowanymi, nie powinno - gdyż byłoby to zdaniem prawodawcy niecelowe - prowadzić do aktualizacji innych norm prawnych, mianowicie norm, które nazywał będę dalej normami sankcjonującymi. Słowem, zdaniem prawodawcy łączna aktualizacja norm sankcjonujących w tych przypadkach jest właśnie prakseologicznie niezbieżna¹.

Co więcej, jest ona w opinii prawodawcy tak dalece prakseologicznie niezbieżna, że postanowił on zrezygnować w rodzącej ją sytuacji - tj. sytuacji faktycznego, a zatem nie pozornego, przekroczenia przez sprawcę jednym czynem określonych norm sankcjonowanych - z wydawałoby się wystarczającego w tego rodzaju przypadkach instrumentu, jakim jest zawarta w art. 11 § 3 aktualnie obowiązującego kodeksu karnego norma nakazująca sądowi zaktualizować tylko jedną normę sankcjonującą, mianowicie tę najsurowszą². Tym samym potwierdził więc prawodawca, że - jego zdaniem - niezbieżność prakseologiczna norm sankcjonujących może przybrać różne rozmiary, że dla przykładu w sytuacji tzw. pomijał - nego zbiegu przepisów ustawy musi być ona większa, aniżeli w przypadku tzw. uwzględnianego (kumulatywnego, właściwego) zbiegu przepisów ustawy. Przy tym ostatnim figurujące w kwalifikacji prawnej czynu przepisy zawierające przekroczone przez sprawcę jednym czynem normy sankcjonowane są bowiem zjawiskiem w ocenie prawodawcy wysoce pożądanym, podczas gdy przy tzw. pomijał - nym zbiegu przepisów ustawy zjawisko uwzględnienia wszystkich tych przepisów w tejże kwalifikacji jest właśnie - jego zdaniem - niepożądane. Jest ono niepożąda-

¹ zjawisku niezbieżności prakseologicznej norm prawnych, zwłaszcza norm sankcjonujących, pisał Z. Ziemiński w artykule *Problematyka ogólna zbiegu przepisów prawnych* - zob. Z. Radwański (red.): *Studia z prawa zobowiązań*, Poznań-Warszawa 1979, s. 333- 346. Artykuł ten znalazł się także w zbiorze wybranych prac Z. Ziemińskiego - zob. S. Wronkowska (red.): *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007, s. 158-170.

² Na temat tej normy i odmówienia jej statusu normy sankcjonującej zob. Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 216-218.

ne z uwagi na większą, aniżeli w przypadku tzw. uwzględnianego zbiegu przepisów ustawy, niezbieżność prakseologiczną norm sankcjonujących.

II Niniejszy szkic traktował będzie w zasadzie o niejednolitości tzw. subsydiarności ustawowej w polskim prawie karnym. Sformułowanie „niejednolitość tzw. subsydiarności ustawowej” - jako niejednoznaczne - wymaga sprecyzowania. Otóż przez zawarte w nim słowo „niejednolitość” chciał będę w dalszych rozważaniach wyeksponować to, że omawiana w nich tzw. subsydiarność ustawowa, jako pewnego rodzaju dyrektywa mająca usunąć niezbieżność prakseologiczną określonych norm sankcjonujących, zdaje się w polskim prawie karnym działać na różnych poziomach kwalifikacyjnych. Z jednej bowiem strony - chciałoby się rzec w wąskim jej znaczeniu - usuwa ona tę niezbieżność w sposób wyraźny już na poziomie wskazywania w kwalifikacji prawnej czynu przepisów zawierających przekroczone przez sprawcę jednym czynem normy sankcjonowane. Z drugiej zaś strony - chciałoby się powiedzieć wówczas o tej subsydiarności, że pojmuje się ją wtedy w luźniejszym znaczeniu - że usuwa ona tę niezbieżność w istocie na poziomie wyższym, tj. na poziomie wskazywania tego, która ze sprzężonych funkcjonalnie z przekroczonymi przez sprawcę jednym czynem normami sankcjonowanymi norm sankcjonujących winna się zaktualizować. Okazuje się bowiem - co starał się będę niżej wykazać - że w tym drugim przypadku pomijanie w kwalifikacji prawnej czynu (na skutek właśnie zastosowania interesującej nas dyrektywy, jaką jest tzw. subsydiarność ustawowa) któregoś z przepisów zawierających przekroczoną przez sprawcę normę sankcjonowaną jest zabiegiem nie do końca prawidłowym, acz - jak wiadomo — powszechnie stosowanym.

III Zanim przystąpię do realizacji tak zakreślonego zamierzenia badawczego, kilka słów poświęcę kwestiom na pozór tylko terminologicznym. Wokół używanych w poruszanej problematyce terminów narosło bowiem wiele nieporozumień, które z natury rzeczy nie służą, a w istocie szkodzą, prowadzonej na jej gruncie dyskusji. Rzecz jasna ograniczę się tu tylko do tych z nich, które zdają się mieć podstawowe znaczenie dla analizowanego w niniejszym szkicu problemu.

Jak wiadomo, w polskiej karnistyce spotkać się można z różnymi rozumieniami terminu „pomijalny zbieg przepisów ustawy”. Nie będę tu - rzecz, jak sądzę, zrozumiała - przywoływał wszystkich autorów reprezentujących takie czy inne w tym względzie stanowisko³. Dla zilustrowania występującej na tym polu polisemii posłużę się więc jedynie jej reprezentatywnymi egzemplifikacjami, co uzasadnione

³ Artykuł ten w żadnym bowiem razie nie ma pełnić funkcji tematycznego przewodnika bibliograficznego.

jest też tym, że sprawy te już niejednokrotnie, by nie rzec wielokrotnie - acz w moim przekonaniu nie zawsze do końca właściwie - próbowano objaśnić.

I tak, niektórzy autorzy termin „pomijalny zbieg przepisów ustawy”⁴, a właściwie sytuacje kryjące się pod tym terminem, proponują określać innym wyrażeniem, ich zdaniem w pełni wówczas adekwatnym, mianowicie wyrażeniem „nierzeczywisty zbieg przepisów ustawy”. Tego rodzaju propozycję znaleźć można na przykład u M. Tarnawskiego, który swoje w tym względzie stanowisko przedstawił w interesującej, acz moim zdaniem nie w pełni trafnej, polemice z pewnym poglądem A. Spotowskiego - poglądem, wedle którego przypadki: „(...) w których wprowadzie czyn wyczerpuje znamiona określone przez kilka przepisów, ale postępujemy tak, jak gdyby ów zbieg nie nastąpił; postępujemy tak, jak gdyby czyn wyczerpywał znamiona tylko jednego przestępstwa, a nie kilku.” winno określać się właśnie wyrażeniem „pomijalny zbieg przepisów ustawy”, a nie wyrażeniem „pozorny zbieg przepisów ustawy”⁶. M. Tarnawski bowiem pisał tak: „Propozycja Spotowskiego, poza użyciem innej nazwy, nie wnosi chyba niczego nowego dla problematyki tzw. zbiegu przepisów ustawy. Autor ten zdaje się nie dostrzegać, że nazwa „pozorny zbieg przepisów” jest nazwą używaną jako odpowiednik nazwy „nierzeczywisty zbieg przepisów”. Zaś odpowiednikiem nazwy „realny zbieg przepisów” jest nazwa „rzeczywisty zbieg przepisów”. A nie powinno budzić wątpliwości, że coś co jest brakiem czegoś, nie jest tym czymś. Jeśli zatem określona sytuacja nie może być nazwana zbiegiem przepisów, to po prostu nie jest tym zbiegiem.”⁷. Mając przed oczyma cytowane fragmenty z prac obu autorów, łatwo zauważyć, że autorzy ci prezentują odmienne zapatrywania co do tego, kiedy zbieg przepisów ustawy zachodzi. Zdaniem A. Spotowskiego rzeczony zbieg zachodzi, a więc jest wówczas właśnie rzeczywisty, gdy sprawca tym samym czynem - posługując się nie w pełni precyzyjnym językiem tego autora - wyczerpał znamiona określone w co najmniej dwóch przepisach, a fakt wyczerpania tych znamion może być albo uwzględniony w kwalifikacji prawnej czynu albo może być - jeśli istnieją, rzecz zrozumiała, ku temu podstawy - w niej pominięty z racji zastosowania tzw. reguł wyłączających wielość ocen⁸. Wedle zaś

⁴ Dla jasności wyводу dodam, że będę tu miał na myśli jedynie sytuację zbiegu dwóch przepisów zawierających różne normy sankcjonowane.

⁵ A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 55.

⁶ Zob. A. Spotowski: *loc. cit.*

⁷ M. Tarnawski: *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 46

⁸ Pogląd ten A. Spotowski artykułował w wielu miejscach swojej pracy, niemniej jednak zwłaszcza jedną jego wypowiedź, eksponującą jego w tym względzie stanowisko, warto przypomnieć: „Nie uwzględniamy faktu zachodzenia zbiegu przepisów na mocy ustawowych

M. Tarnawskiego zbieg przepisów ustawy zachodzi, a więc jest wówczas właśnie rzeczywisty, gdy - posługując się terminologią A. Spotowskiego - fakt wyczerpania przez sprawcę tym samym czynem znamion określonych w co najmniej dwóch przepisach zostanie odnotowany w kwalifikacji prawnej tego czynu. Słowem, w ujęciu A. Spotowskiego zbieg przepisów ustawy jest rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy, gdy sprawca tym samym czynem wyczerpał znamiona określone w co najmniej dwóch przepisach⁹, zaś w ujęciu M. Tarnawskiego zbieg przepisów ustawy staje się rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy, gdy fakt wyczerpania przez sprawcę tym samym czynem znamion określonych w co najmniej dwóch przepisach zostanie nadto jeszcze - co jest właśnie warunkiem *sine qua non* uznania zbiegu przepisów ustawy za rzeczywisty w ujęciu tego autora - odnotowany w kwalifikacji prawnej czynu. Z racji odmiennych założeń terminologicznych

lub pozaustawowych reguł wyłączenia wielości ocen. Zastosowanie takiej reguły nie powoduje tego, że czyn, który przed jej zastosowaniem wyczerpywał znamiona określone w dwóch przepisach, po jej zastosowaniu wyczerpuje już tylko znamiona określone w jednym z tych przepisów. Powoduje ono jedynie wyłączenie oceny dokonywanej przez pryzmat jednego z przepisów. Faktu wyczerpywania znamion ustawowych przez czyn nie można bowiem anulować. Określanie tych sytuacji terminem „pozorny zbieg przepisów ustawy” jest więc mylące, gdyż nie chodzi tu o sytuacje, w których zdawało się jedynie, że zachodzi zbieg przepisów, ale o sytuacje, w których zaistniały zbieg przepisów ustawy nie jest uwzględniany przy kwalifikacji czynu. Jest to zatem nie tyle zbieg pozorny, co zbieg „pomijalny.” - A. Spotowski: *loc. cit.*

⁹ Dodać należy, że ujęcie, wedle którego zbieg przepisów ustawy zachodzi (a więc jest rzeczywisty), gdy sprawca tym samym czynem wypełnił znamiona określone w co najmniej dwóch przepisach, nie jest - jak wiadomo - pomysłem A. Spotowskiego. Dla przykładu, jeszcze przed A. Spotowskim ujęcie to prezentowali W. Wolter oraz W. Mąciór. W. Wolter klarownie wyłożył je w artykule *Zbieg przepisów ustawy*, w którym pisał: „Z tego, że zachodzi zbieg przepisów ustawy, nie wynika jeszcze, że musi dojść do kumulatywnej oceny, zaś z tego, że nie stosuje się kumulatywnej oceny, nie wynika jeszcze, że nie zachodzi wtedy zbieg przepisów ustawy. Jeszcze inaczej: gdy nie zachodzi zbieg przepisów ustawy, odpada zarówno kumulatywny zbieg przepisów ustawy, jak i wszelkiego rodzaju tzw. pozorny zbieg przepisów ustawy, zaś gdy zachodzi zbieg przepisów ustawy, to może dojść albo do kumulatywnego zbiegu przepisów, albo - powiedzmy - do „zredukowanej oceny.” - W. Wolter: *Zbieg przepisów ustawy*, Państwo i Prawo 1973 z. 10, s. 90-91. Z kolei W. Mąciór wypowiedział się tak: „To natomiast, że w pewnych wypadkach możliwa jest redukcja wielu ocen do jednej oceny, w niczym przecież nie zmienia faktu, iż zbieg przepisów ustawy rzeczywiście zachodzi. Gdyby bowiem nie zachodził, cała kwestia redukcji wielu ocen do jednej oceny stałaby się bezprzedmiotowa. Nie trzeba więc nazywać „pozornym” tego, co jest rzeczywiste. W rezultacie zaś nie trzeba odróżniać „pozornego” i „rzeczywistego” zbiegu przepisów ustawy, gdyż odróżnienie takie jest niewłaściwe i nieuzasadnione, wobec czego bardzo łatwo może wprowadzać w błąd.” - W. Mąciór: *Zbieg przepisów ustawy jako problem logiczny i prawny*, Państwo i Prawo 1975, z. 1, s. 32.

leżących u podstaw tych ujęć, krytyka propozycji A. Spotowskiego jest krytyką jedynie z pewnego, nie całkiem dobrze dla krytyki tej dobranego, punktu widzenia. Stąd też trudno ją uznać za w pełni przekonującą.

Zarysowany wyżej spór - spór tylko z pozoru terminologiczny - ukazuje w całej pełni dualizm, jaki funkcjonuje w polskiej nauce prawa karnego na gruncie dokonywanego w niej podziału zbiegu przepisów ustawy. Z uwagi na to, że o kwestiach tych już pisałem¹⁰, to wspomnę w tym miejscu jedynie krótko, że zwolennicy poglądu akceptowanego przez M. Tarnawskiego przyjmują w istocie jednostopniowy podział zbiegu przepisów ustawy, dzieląc ten zbieg na zbieg rzeczywisty, czyli uwzględniony w kwalifikacji prawnej czynu, i na zbieg pozorny, czyli nieuwzględniony w tej kwalifikacji - nieuwzględniony na skutek zastosowania tzw. reguł wyłączających wielość ocen. Zwolennicy zaś poglądu akceptowanego przez A. Spotowskiego, a właściwie pewnej korekty tego poglądu¹¹, przyjmują dwustopniowy podział zbiegu przepisów ustawy. Na pierwszym stopniu zbieg ten dzielą na rzeczywisty i na nierzeczywisty, który częstokroć proponują określać mianem zbiegu pozornego - podział na tym stopniu dokonywany jest tedy w zależności od tego, czy sprawca tym samym czynem wypełnił znamiona określone w co najmniej dwóch przepisach (rzeczywisty zbieg przepisów ustawy), czy też tego nie uczynił (nierzeczywisty, pozorny zbieg przepisów ustawy). Z kolei na drugim stopniu, zajmując się już wyłącznie rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy, dzielą oni ten zbieg na uwzględniony w kwalifikacji prawnej czynu - tę postać zbiegu zwolennicy omawianego podziału określają takimi terminami jak: „kumulatywny zbieg przepisów ustawy”, „właściwy zbieg przepisów ustawy”, czy „uwzględniany zbieg przepisów ustawy” - i na zbieg w tej kwalifikacji nieuwzględniony - który z kolei proponują określać takimi wyrażeniami jak: „pomijalny zbieg przepisów ustawy”, „niewłaściwy zbieg przepisów ustawy”, czy „nieuwzględniany zbieg przepisów ustawy”. W dalszych rozważaniach będę posługiwał się wyrażeniem „pomijalny zbieg przepisów ustawy” w znaczeniu, jakie się temu wyrażeniu nadaje w podziale dwustopniowym, którego - z racji jego większej przejrzystości i dbałości w nim o wierne odwzorowywanie rzeczywistości - jestem zwolennikiem.

¹⁰ Zob. Ł. Pohl: *op. cit.*, s. 220-221.

¹¹ Korekta ta, mówiąc krótko, polega na rozbiciu pomijalnego przepisów ustawy (w rozumieniu tego terminu przyjmowanym przez A. Spotowskiego) na pozorny zbieg przepisów ustawy, który ma miejsce w sytuacji zastosowania zasady (reguły) tzw. specjalności w rozumieniu wolterowskim, rozumieniu, którego, jak wiadomo, A. Spotowski do końca nie przyjmował, i na pomijalny (niewłaściwy, nieuwzględniany) zbieg przepisów ustawy, który pomijany jest w kwalifikacji prawnej czynu na skutek zastosowania dwóch pozostałych tzw. reguł wyłączających wielość ocen, tj. zasady tzw. subsydiarności i zasady tzw. konsumpcji.

IV Przed przystąpieniem do analizy głównego problemu, któremu poświęcony jest niniejszy szkic, poczynić muszę jeszcze pewną - moim zdaniem konieczną - precyzującą uwagę. I w tym miejscu nie będę przeciążał uwagi czytelnika, gdyż kwestii tej poświęciłem wiele uwagi w innym opracowaniu¹². Mówiąc najkrócej, chodzi o to, by przenieść rozważania z płaszczyzny przepisów na płaszczyznę norm. Zabieg ten wydaje się w pełni uzasadniony. Jest bowiem zasadą, że w przepisie, który typizuje czyn zabroniony zagrożony karą, a ściślej mówiąc w deskryptywnym jego sformułowaniu, nie da się odszukać wszystkich syntaktycznych elementów normy prawnej, która w pełni dokładnie wskazuje na to, jaki typ czynu jest typem czynu zabronionego pod groźbą kary¹³, normy, którą w piśmiennictwie zwykło określać się mianem normy sankcjonowanej¹⁴, podobnie jak nie da się z tego przepisu odtworzyć jednoznacznej charakterystyki tych elementów. Rzeczona sytuacja, którą w literaturze teoretycznoprawnej określa się jako syntaktyczne i treściowe rozczłonkowanie normy prawnej w przepisie prawnym - przepisie, który normę tę tedy jedynie zrębowo wysłowia - sprawia, że twierdzenie, iż sprawca popełnił czyn zabroniony zagrożony karą, gdy wypełnił znamiona

¹² Zob. Ł. Pohl: *op. cit.*, zwłaszcza s. 203-223.

¹³ To bowiem właśnie przez rzeczoną normę czyn przez nią normowany jako zakazany (na marginesie dodam, że, moim zdaniem, właściwym dla wszystkich norm sankcjonowanych w prawie karnym operatorem normatywnym jest operator zakazu) - co ma miejsce w zakresie normowania tej normy - jest zabroniony pod groźbą kary. Jest on zabroniony pod groźbą kary dlatego, że zakazuje jego popełnienia norma sankcjonowana, a ta - jak wiadomo - obowiązuje jako sankcjonowana dlatego, że w systemie prawnym obowiązuje norma sankcjonująca, która sankcjonuje właśnie jej określone (a więc nie każde) przekroczenie. Słowem, norma prawna - wedle tej koncepcji obowiązywania prawa - uzyskać może status sankcjonowanej, gdy w systemie prawnym obowiązywać będzie norma sankcjonująca jej przekroczenie. W tym właśnie wyraża się istota funkcjonalnego (a nie logicznego - jak chciałby tego J. Lande; zob. J. Lande: *Studia z filozofii prawa*, Warszawa 1959, s. 926) związku sankcjonowania, jaki zachodzi pomiędzy normą sankcjonującą a normą sankcjonowaną, związku, który z kolei jest fundamentem i podstawowym rysem całej koncepcji norm sprzężonych, co, o ile mi wiadomo, naderrazdoko bywa w literaturze teoretycznoprawnej dostrzegane.

¹⁴ Zresztą analogicznie jest w przypadku zawartej w tym przepisie (czyli zrębowo w nim wysłowionej) normy sankcjonującej, tj. normy, która nakazuje sądowi wymierzyć karę w sytuacji, gdy ustalił on, że sprawca dopuścił się przestępnego przekroczenia normy sankcjonowanej i nie zachodzą materialnoprawne i procesowe okoliczności wyłączające możliwość ścigania sprawcy tego przekroczenia

¹⁵ Szereg informacji na temat syntaktycznego i treściowego rozczłonkowania normy prawnej w przepisach prawnych podaje M. Zieliński - zob. M. Zieliński: *Wykładnia prawa Zasady reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 112-137.

¹⁶ Na temat zrębowego wystawiania normy prawnej w przepisie prawnym (przepisie, który z tego właśnie powodu nazywany jest przepisem zrębowym) zob. M. Zieliński: *op. cit.*, s. 115-124.

określone w omawianym przepisie, okazuje się być daleko posuniętym uproszczeniem, jako że pełną informację o tym, jakie zachowanie jest zabronione pod groźbą kary, przekazuje nam nie przepis prawny typizujący czyn zabroniony pod groźbą kary, lecz precyzyjna pod tym względem z założenia norma prawna¹⁷, właśnie sankcjonowana, która jest przeto wynikiem uwzględnienia w procesie jej odtwarzania zawartości normatywnej jeszcze innych przepisów. W konsekwencji więc - gdy chcemy być precyzyjni - powinniśmy mówić o jednoczynowym zbiegu przekroczonych norm sankcjonowanych, a nie o jednoczynowym zbiegu przepisów¹⁸.

V Mając tak zarysowaną aparaturę terminologiczną, można już przejść do realizacji zaanonsowanego zamierzenia badawczego, którym jest - przypomnę - próba wykazania niejednorodności tzw. subsydiarności ustawowej w polskim prawie karnym, niejednorodności w zakresie poziomów kwalifikacyjnych na których dyrektywa ta usuwa niezbieźność prakseologiczną łącznej aktualizacji określonych norm sankcjonujących. Próbę tę podejmę na przykładach, tj. na dwóch wybranych przepisach aktualnie obowiązującego polskiego kodeksu karnego, które w moim przekonaniu wyrażają właśnie tzw. ustawową subsydiarność. Pierwszym przepisem, na przykładzie którego starał się będę ukazać mechanizm działania tzw. subsydiarności ustawowej w płaszczyźnie normatywnej, będzie art. 231 § 4 k.k., drugim natomiast art. 13 § 1 k.k. Chronologia ta powodowana jest faktem, że

¹⁷ Niekwestionowanym bowiem w polskiej kulturze prawnej, a podkreślanym zwłaszcza w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa, koncepcji autorstwa M. Zielińskiego, założeniem jest to, że wyrażenie normokształtne, aby mogło być uznane za normę prawną, musi być wyrażeniem kompletnym syntaktycznie (tj. zawierającym wszystkie elementy syntaktyczne normy) i jednoznacznie treściowo, co wymaga w procesie odtwarzania normy z przepisu prawnego (przepisówprawnych) podejmowania różnorodnych czynności rekonstrukcyjnych i rozmaitych czynności percepcyjnych (czynności te interpretator tekstu prawnego realizuje w odpowiadających im fazach wykładni, tj. w fazie rekonstrukcyjnej i w fazie percepcyjnej). O założeniu tym zgrabnie i klarownie pisze np. właśnie M. Zieliński w następującym wywodzie: „Prawnicy wiedzą powszechnie, a nieprawnicy mogą to bez trudu zauważyć, że w przytłaczającej większości przypadków przepisy prawne nie są jednocześnie normami, bo ich struktura syntaktyczna jest nie taka lub ich treść nie jest dostatecznie jednoznaczna.” - M. Zieliński: *op. cit.*, s. 27.

¹⁸ Znacznie więcej informacji na temat uzasadnienia na rzecz posługiwania się wyrażeniem „jednoczynowy zbieg przekroczonych norm sankcjonowanych” na określenie kontekstowo rozumianego w karnistyce wyrażenia „zbieg przepisów ustawy” podaję w pracy *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne* - zob. Ł. Pohl: *loc. cit.* W miejscu tym wspomnę jedynie, że dochodzę tamże do takiej właśnie konstatacji po przyjrzeniu się funkcjonującym w literaturze teoretycznoprawnej typologiom przepisów prawnych wyróżnianym przez pryzmat charakterystyki syntaktycznej i treściowej tych przepisów, typologiom, które stanowią oryginalny składnik derywacyjnej koncepcji wykładni prawa

z powołanych przepisów tylko art. 231 § 4 k.k. uchodzi w literaturze karnistycznej za bezsporny przykład przepisu wyrażającego tzw. ustawową subsydiarność, podczas gdy art. 13 § 1 k.k. wedle części doktryny polskiego prawa karnego traktowany jest jako przepis, który wprowadza wyraża tzw. subsydiarność, ale nie w jej odmianie ustawowej, lecz w jej tzw. milczącej odmianie - z czym, jak postaram się wykazać, zgodzić się jednak nie można.

Zgodnie z dosłownym brzmieniem art. 231 § 4 k.k., przepisu § 2 (art. 231 k.k. - dop. Ł. P.) nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w art. 228 k.k. Zawarta w art. 231 § 4 k.k. norma nakazuje zatem nie stosować przepisu typizującego kwalifikowaną postać przestępstwa przekroczenia przez funkcjonariusza publicznego przysługujących mu uprawnień lub niedopełnienia przez niego spoczywających na nim obowiązków w sytuacji, kiedy funkcjonariusz ten zrealizuje znamiona tego typu czynu zabronionego zachowaniem wypełniającym jednocześnie znamiona jednego z określonych w art. 228 k.k. typów tzw. biernego łapownictwa. Zachowaniem nakazanym przez tę normę jest zatem to, by we wskazanej sytuacji - tj. w sytuacji (ustalenia) przekroczenia przez sprawcę tym samym czynem normy sankcjonowanej zrębowo wysłowionej w art. 231 § 2 k.k. i którejs z norm sankcjonowanych zrębowo wysłowionych w art. 228 k.k. - nie stosować art. 231 § 2 k.k. Zastanówmy się teraz nad tym, jak należy rozumieć ustawowy, gdyż zawarty w art. 231 § 4 k.k., zwrot „przepisu § 2 nie stosuje się”. Odpowiedź na to pytanie wydaje się nie nastroczać większych trudności, o czym przekonuje zgodne w tej kwestii stanowisko doktryny polskiego prawa karnego. Zwrot ten odczytuje się w niej bowiem jako nakaz nie- ujawniania w kwalifikacji prawnej czynu przepisu art. 231 § 2 k.k. . W pełni

¹⁹ Jest ono postacią kwalifikowaną z uwagi cel determinujący zachowanie sprawcy, którym jest osiągnięcie korzyści majątkowej lub osobistej.

²⁰ Na przykład A. Wąsek, omawiając tzw. ustawową subsydiarność na tle regulacji zawartej w art. 231 § 4 k.k., pisał: „Tale więc ustawodawca wyraźnie wyłączył stosowanie konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów art. 231 k.k. (należało sprecyzować, że chodzi o § 2 tego artykułu - dop. Ł. P.) i 228 k.k. ” - A. Wąsek: *Kodeks kamy. Komentarz. Tom I*, Gdańsk 1999, s. 159. Analogiczne stanowisko zajął też A. Marek, pisząc: „W takiej sytuacji - słusznie - odpowiedzialność funkcjonariusza podlega wyłącznie kwalifikacji z przepisu dotyczącego przestępstwa sprzedajności (art. 228 KK).” - A. Marek: *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 229. Z kolei A. Zoll, wyrażając identyczne zapatrywanie, stwierdził, że: „Ustawodawca wskazuje przepis pomocniczy przez wskazanie w tekście ustawy tzw. klauzuli subsydiarności. Klauzulą subsydiarności jest art. 231 § 4 stanowiący, że zastrzeżonej kwalifikacji prawnej, z uwagi na dopuszczenie się przez funkcjonariusza publicznego czynu określonego w § 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, przewidzianej w art. 231 § 2, nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w art. 228 (łapownictwo bierne).” - A. Zoll w A. Zoll (red.): *Kodeks kamy. Część ogólna Komentarz. Tom I*, Warszawa 2007, s. 148.

należy podzielić to stanowisko²¹. W wersji teoretycznoprawnej, a więc w wersji, która - jak zakładam - jest w stanie odkryć rzeczywistą strukturę normatywną tego stanowiska, stanowisko to przedstawiać się będzie jako nieuwzględniany w kwalifikacji prawnej czynu jednoczynowy zbieg przekroczonych norm sankcjonowanych; nieuwzględnienie w kwalifikacji prawnej czynu wszystkich rzeczywiście naruszonych przez sprawcę norm sankcjonowanych dokonuje się tutaj poprzez pominięcie w tejże kwalifikacji przepisu zrębowo wystawiającego jedną z przekroczonych przez sprawcę norm sankcjonowanych. Tym pominięciem w kwalifikacji prawnej czynu przepisem jest art. 231 § 2 k.k., który zrębowo wystawia normę, która zakazuje funkcjonariuszowi publicznemu celowego działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego zachowaniem polegającym na przekraczaniu przez niego przysługujących mu uprawnień lub niedopełnianiu przez niego spoczywających na nim obowiązków

Przeanalizowany wyżej przykład art. 231 § 4 k.k. ujawnia tedy, że zawarta w nim tzw. ustawowa subsydiarność - jako pewnego rodzaju reguła kolizyjna (usuwająca bowiem niezbieżność prakseologiczną łącznej aktualizacji określonych norm sankcjonujących) - usuwa tę niezbieżność już na poziomie kwalifikowania czynu sprawcy, a więc na poziomie, na którym ujawniane są przekroczone przez sprawcę normy sankcjonowane. Usunięcie niezbieżności prakseologicznej, jaka powstałaby w wyniku aktualizacji określonych norm sankcjonujących, następuje poprzez pominięcie w kwalifikacji prawnej czynu przepisu, który zrębowo wysłowił rzeczywiście przekroczoną przez sprawcę normę sankcjonowaną. Słowem, tzw. ustawowa subsydiarność zawarta w art. 231 § 4 k.k. - z racji jej zakodowania w tekście prawnym - okazuje się przeto w istocie wysłowioną w tymże tekście normą prawną, której funkcja czyni z niej regułę kolizyjną mającą za zadanie usuwać niezbieżność prakseologiczną określonych norm sankcjonujących już na poziomie subsumpcji.

Nieco inaczej sprawa wygląda przy art. 13 § 1 k.k., a więc przepisie, który w mojej opinii również wyraża tzw. subsydiarność ustawową. Z twierdzenia tego należy się wytłumaczyć, albowiem - jak już zwracano na to uwagę - wedle części doktryny polskiego prawa karnego przepis ten wyraża jedynie tzw. subsydiarność milczącą, a nie ustawową²³. Otóż, ku tzw. subsydiarności ustawowej, lecz - jak się

²¹ Zresztą uczyniłem to już w pracy *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, w której podjąłem się pewnego wysubtelnienia tego stanowiska od strony teoretycznoprawnej - zob. Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 222-223.

²² Na przykład w sposób wyraźny tzw. reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym nazywał regułami kolizyjnymi Z. Ziemiński - zob. Z. Ziemiński: *O czym mówią prawnicy gdy mówią o „ocenach”*, Państwo i Prawo 1986, z. 12, s. 18.

²³ O subsydiarności milczącej w tym przypadku mówi na przykład A. Zoll, który podkreśla: „Charakter subsydiarny (milczący) ma przepis określający formę stadialną w stosunku

okaże - w nieco innej jej odmianie, skłania mnie w tym przypadku brzmienie art. 13 § 1 k.k., w którym - moim zdaniem - tzw. ustawową subsydiarność wprost wyartykułowano²⁴. By to wykazać, przeprowadzę analizę zawartości normatywnej tego przepisu, którą - co zrozumiałe - rozpocznę od przypomnienia treści tego przepisu. Zgodnie z nią odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje. Spróbujmy zatem odpowiedzieć na pytanie, jakiego rodzaju normy prawne w tak sformułowanym przepisie zakodowano.

Aby to uczynić, wykorzystajmy, rzecz jasna z grubsza, ideę, która legła u podstaw opracowanej przez L. Nowakę idealizacyjnej koncepcji nauki - ideę, która polega na przyjmowaniu pewnych teoretycznych założeń kontrfaktycznych (tzw. idealizacji - taki właśnie idealizacyjny charakter - na skutek tych założeń - mają prawa naukowe, będące zasadniczymi przesłankami wyjaśniania) i ich następnie uchylaniu, które następuje poprzez empiryczną ich weryfikację (nazywaną w tejże koncepcji sprawdzaniem) dokonywany m. in. w drodze konfrontacji idealizacji z bliższą rzeczywistością konkretyzacją²⁶.

do przepisu określającego formę bardziej zaawansowaną na drodze przestępczej.” - A. Zoll w A. Zoll (red.): *op. cit.*, s. 149. Czynił tak również A. Wąsek-zob. A Wąsek: *op. cit.*, s. 161. Z polskich autorów piszących prace pod rządami poprzednio obowiązujących kodeksów karnych za subsydiarność milczącą w tym przypadku opowiadał się wyraźnie A. Spotowski (zob. A. Spotowski: *Reguły wyłączające wielość ocen a zbieg przepisów ustawy określających przestępstwo umyślne i nieumyślne*, Państwo i Prawo 1973, z. 6, s. 116-117; tenże: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 118 i nast.), natomiast W. Wolter już nie czynił tego w sposób tak zdecydowany, wskazując w swoich opracowaniach, że przypadek ten można rozwiązywać także za pomocą zasady tzw. konsumpcji - zob. np. W. Wolter: *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 77—78; tenże: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 335 i nast.

²⁴ Zarys tego pogląd już zresztą przedstawiłem w innym opracowaniu - zob. Ł. Pohl: *Przestępstwo zabójstwa jednym czynem więcej niż jednej osoby (art. 148 § 3 k.k.)*, Prokuratura i Prawo 2008, z. 1, s. 6-7.

²⁵ Podkreśla to W. Patryas, gdy pisze, że: „ (...) wedle koncepcji idealizacji prawa naukowe, będące zasadniczymi przesłankami wyjaśniania, są twierdzeniami idealizacyjnymi. Mają one charakter idealizacyjny, ponieważ w ich poprzednikach występują założenia idealizujące. (...) Stąd też prawa idealizacyjne odnoszą się do obiektów idealnych. Uzyskanie z nich twierdzeń odnoszących się do obiektów realnych zapewnia konkretyzacja tych praw, która polega na zastępowaniu założeń idealizujących realistycznymi i odpowiednim modyfikowaniu następników tych twierdzeń.” - W. Patryas: *Idealizacyjny charakter interpretacji humanistycznej*, Poznań 1979, s. 3.

²⁶ L. Nowaka idealizacyjna koncepcja nauki zakłada bowiem konieczność przeprowadzania szeregu innych jeszcze czynności, wymaga np. sprawdzania prawa idealizacyjnego nie tylko poprzez konkretyzację, ale i poprzez tzw. aproksymację, czasami przeprowadzania tzw. dialektycznej korespondencji czy niekiedy tzw. dialektycznej refutacji. Tej niewątpliwie

Załóżmy przeto, że w interesującym nas przepisie, jakim jest art. 13 § 1 k.k., zawarto (tj. zrębowo wysłowiono) dwie struktury normatywne: normę sankcjonującą oraz normę sankcjonowaną. Choć założenie o takiej zawartości normatywnej art. 13 § 1 k.k. traktujemy w tym miejscu analizy tej zawartości jako idealizację, to jednak nie jest ono do końca założeniem nierealistycznym (kontrfaktycznym). Podkreśla to choćby wywód M. Zielińskiego, w którym wskazuje on, że: „Tekstów prawnych nie tworzy się na pustyni prawniczej (legislacyjnej), lecz w momencie ich tworzenia uwzględnia się pewne wykształcone już w całości lub w przeważający sposób w prawoznawstwie i praktyce prawniczej bądź w praktyce legislacyjnej sposoby ukształtowania pewnych instytucji, których wyrazem mają być następnie szaty słowne, które w tradycyjnym sposobie wyrażania nakazu (zakazu) - z zachowaniem sformułowań opisowych - przybierają określoną postać określonych przepisów. Znajomość tych założeń jest przy odtwarzaniu zrębowości poszczególnych przepisów bardziej albo mniej niezbędna. Oto przepis art. 148 § 1 k.k. wymaga znajomości założenia, iż zawarte są w nim dwie normy: sankcjonowana i sankcjonująca (...).”²⁷. Sądzę, że znajomości tego założenia wymaga również art. 13 § 1 k.k.

Sprawdźmy teraz, czy nasze założenie idealizujące w konfrontacji z brzmieniem art. 13 § 1 k.k. da się utrzymać. Siłą konieczności sprawdzian ten rozpocząć musimy od ustalenia wysłowienia w tym przepisie normy sankcjonującej. Obowiązywanie tej normy przesądza bowiem - jak zresztą to już podkreślano - o obowiązywaniu normy sankcjonowanej. Bez wątplenia w deskrypcji art. 13 § 1 k.k. nie mamy sformułowania „podlega karze”, a więc sformułowania, które - jak wiadomo - jest charakterystyczne dla deskrypcji przepisów części szczególnej k.k. typizujących czyny zabronione pod groźbą określonych w tych przepisach kar. Nie mamy też - co w istocie jest konsekwencją braku rzeczonoego sformułowania - w art. 13 § 1 k.k. określenia kary, jaka grozi za usiłowanie, co skądinąd jest w pełni zrozumiałe, jako że trudno byłoby, zwłaszcza ze względu na wskazania wynikające z zasad redagowania tekstów prawnych, w jednym przepisie wskazać kary za popełnienie wszystkich relewantnych prawnokarnie usiłowań. W związku z powyższym - chciałoby się rzec na pierwszy rzut oka - można by dojść do wniosku, że treść art. 13 § 1 k.k. nie daje podstaw do twierdzenia o zakodowaniu w tym przepisie normy sankcjonującej.

Czy tak jednak jest w istocie? Uważam, że nie. W sformułowaniu zawartym w art. 13 § 1 k.k. znajduje się bowiem wyrażenie „odpowiada za”, które wskazuje właśnie na zręby norm sankcjonujących wyrażających karalność za popełnienie -

oryginalnej koncepcji metodologicznej, koncepcji, która w metodologii nauk odcisnęła poważne piętno, L. Nowak poświęcił wiele prac - zob. np.: *U podstaw marksowskiej metodologii nauk*, Warszawa 1971, *Wstęp do idealizacyjnej teorii nauki*, Warszawa 1977.

²⁷ M. Zieliński: *op. cit.*, s. 120.

zabronionych tedy pod groźbą kary - usiłowań dokonania wszystkich określonych w kodeksie karnym czynów zabronionych pod groźbą kary. Pogląd ten oparty jest na spostrzeżeniu, że rzeczzone wyrażenie jest analogonem wyrażenia użytego przez ustawodawcę w art. 1 § 1 k.k., mianowicie wyrażenia „odpowiedzialności karnej podlega”, a więc sformułowania, z którego jednoznacznie - po rzecz jasna uzupełnieniu tego sformułowania dalszą treścią art. 1 § 1 k.k. - daje się odczytać funkcjonalny (nie logiczny) związek sankcjonowania, jaki zachodzi pomiędzy normą sankcjonującą, której istotę w tym przepisie ukryto pod sformułowaniem „odpowiedzialności karnej podlega”, i normą sankcjonowaną, której odpowiednikiem w k.k. (a więc w języku prawnym) jest używany w tymże akcie prawnym termin „czyn zabroniony pod groźbą kary” (a niekiedy krótszy termin „czyn zabroniony”), który również znalazł się w treści art. 1 § 1 k.k., a za pośrednictwem którego ustawodawca podkreślił gwarancyjny warunek *sine qua non* praworządnej aktualizacji jakiegokolwiek normy sankcjonującej obowiązującej w polskim prawie karnym, warunek, jakim jest przekroczenie przez sprawcę normy sankcjonowanej.

Sprawdźmy teraz, czy spostrzeżenie to jest trafne w świetle aparatury pojęciowej, jaką na swoje potrzeby wypracowała derywacyjna koncepcja wykładni prawa, a więc koncepcja, którą tu - jako w pełni adekwatną dla rozwiązywania tego rodzaju problemów interpretacyjnych - zakładam. Aby to uczynić, przypomnę, że w świetle tej koncepcji o zrębowym wysłowieniu normy prawnej w przepisie prawnym można mówić już wtedy, kiedy z przepisu tego da się wydobyć dwa, przesądzające właśnie o zrębowości tego przepisu, elementy syntaktyczne normy prawnej. Tymi elementami są: operator normatywny (deontyczny) nakazu (zakazu) oraz normowane (nakazująco/zakazująco- w zależności od charakteru powyższego operatora) przez normę zachowanie, które na tym etapie wykładni rzeczzonego przepisu musi dać się wyodrębnić syntaktycznie²⁹. Podkreśla to wyraźnie M. Zieliński, gdy pisze, że: „(...) przepisem zrębowym jest taki przepis prawny, który wysłowią co najmniej element nakazu (zakazu) wspólny z ele-

²⁸ Ustalenie przekroczenia normy sankcjonowanej nie pociąga bowiem za sobą - chcia- łoby się rzec automatycznie - uruchomienia normy sankcjonującej. Ustalenie to jest wprawdzie warunkiem koniecznym do tego, by norma sankcjonująca mogła się zaktualizować (jest przez to jednym z elementów zakresu zastosowania tej normy), lecz nie jest warunkiem wystarczającym do tej aktualizacji. Mówiąc krótko, w zakresie zastosowania normy sankcjonującej znajdują się jeszcze inne warunki, bez których spełnienia norma ta nie może się zaktualizować (np. nie zaktualizuje się norma sankcjonująca, jeśli sprawca przekroczył normę sankcjonowaną, ale ustalono, że uczynił to w sposób niezawiniony).

²⁹ Pamiętać należy bowiem o tym, że odszukiwanie w tekście prawnym syntaktycznych elementów normy - co ma miejsce w rekonstrukcyjnej fazie jego wykładni - nie wymaga, by elementy te były już w tym momencie wykładni jednoznacznie treściowo. Dążenie do ich

mentem określającym zachowanie.”³⁰. Uważam, że z zawartego w art. 13 § 1 k.k. sformułowania „odpowiada za” da się zrekonstruować te dwa elementy. Mówiąc krótko, wyrażenie to daje podstawy do tego, by twierdzić, że zakodowano w nim nakaz (a właściwie nakazy) wymierzenia kary (za usiłowania dokonania czynów zabronionych pod groźbą kary). A skoro tak, to art. 13 § 1 k.k., wystawiając (rzecz jasna jedynie syntaktycznie) element nakazu współ z elementem określającym zachowanie, jest właśnie przepisem zrębowym, określającym bowiem wymagające dla przyznania mu tego statusu elementy normy prawnej. Warto też dodać, że - wobec braku wysłowienia w tym przepisie adresata tych norm - art. 13 § 1 k.k. jest przepisem zrębowym niezupełnym normatywnie³².

Powstaje teraz kolejne ważne pytanie, a mianowicie, czy zrębowo wysłowione w art. 13 § 1 k.k. normy prawne są normami sankcjonującymi? Z tego bowiem, że są one normami nakazującymi wymierzyć karę, nie można jeszcze wnosić, że są one normami sankcjonującymi³³. Aby uzyskały one status normy

jednoznaczności ma bowiem miejsce przede wszystkim w kolejnej fazie wykładni, mianowicie w tzw. percepcyjnej fazie wykładni, która wymaga zakończenia wszystkich czynności rekonstrukcyjnych, polegających na wydobyciu z tekstu prawnego wszystkich syntaktycznych elementów normy prawnej.

³⁰ M. Zieliński: *op. cit.*, s. 115.

³¹ Już z tego powodu art. 13 § 1 k.k. jest przepisem pluralnym. Przypomnę, że za przepis pluralny - w świetle aparatury pojęciowej przyjmowanej w ramach derywacyjnej koncepcji wykładni prawa - uchodzi ten, w którym zawarto (zrębowo wysłowiono) więcej niż jedną normę. Przypadek art. 13 § 1 k.k. jest przy tym przykładem na tzw. *sensu stricto* kondensację norm (kondensację bowiem w jednym zdaniu). O pojęciu przepisu pluralnego i zjawisku kondensacji norm prawnych w przepisach prawnych zob. M. Zieliński: *op. cit.*, s. 138 i nast. Dodam dla czytelności obrazu, że art. 13 § 1 k.k. jest przepisem pluralnym - w rozważanym tu aspekcie zrębowego wysłowienia wielu norm nakazujących wymierzenie kary (a właściwie różnych kar - w zależności bowiem od tego o usiłowanie jakiego czynu zabronionego pod groźbą kary będzie chodzić) za wszelkie, określone w k.k. usiłowania z tego powodu, że jest tyle usiłowań, ile typów czynów zabronionych pod groźbą kary. W konsekwencji normy sankcjonujące, aktualizujące się w momencie ustalenia - mówiąc w uproszczeniu - popełnienia przestępnych usiłowań, różnić się będą między sobą zakresem normowania (kara grożąca za usiłowanie jest bowiem zależna od kary grożącej za dokonanie, a ta - jak wiadomo - nie jest jedna dla wszystkich typów czynów zabronionych pod groźbą kary) i zakresem zastosowania (hipoteza tych norm jest zróżnicowana, co wynika z faktu, iż nie ma jednego usiłowania, że usiłowań jest wiele; jest ich tyle, ile jest typów czynów zabronionych pod groźbą kary).

³² M. Zieliński przyjmuje bowiem, że: „(...) przepis zrębowy, w którym brak któregoś z dwóch określeń - adresata lub okoliczności, jest przepisem zrębowym niezupełnym.” - M. Zieliński: *op. cit.*, s. 115-116.

³³ Nie każda norma nakazująca wymierzyć karę jest normą sankcjonującą, bo nie każda taka norma przesądza o obowiązywaniu normy sankcjonowanej. W tej kwestii zob. Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej...*, s. 56-57, 216-218, 260-261, 262.

sankcjonującej, muszą one przesądzać o obowiązywaniu norm sankcjonowanych, a więc norm, które pozostawałaby tym samym w funkcjonalnym związku z normami nakazującymi wymierzyć karę. Z uwagi na to, że w przeprowadzanym tu procesie wykładni art. 13 § 1 k.k. jesteśmy na etapie rekonstrukcji elementów syntaktycznych norm nakazujących wymierzyć karę, spróbujmy zrekonstruować te elementy w przypadku norm (sankcjonowanych), których przestępne przekroczenie aktualizowałoby normy nakazujące wymierzyć karę za owe przekroczenia. Łatwo, jak sądzę, zauważyć, że w art. 13 § 1 k.k. da się odszukać te elementy syntaktyczne rzeczonych norm, które umożliwią uznanie, że w przepisie tym zrębowo wysłowiono te normy. W deskrypcji art. 13 § 1 k.k. znajdujemy bowiem odpowiedź na to, kiedy odpowiada się za usiłowanie. Słowem, w przepisie tym mamy określone zachowanie usiłującego, a zachowanie to - z uwagi na treść art. 1 § 1 k.k., który pełni pomocną rolę w poszukiwaniu operatora normatywnego (deontycznego) dla norm sankcjonowanych w prawie karnym - musi być zakazane³⁴. Odnajdując te elementy syntaktyczne, możemy zatem powiedzieć, że w art. 13 § 1 k.k. zrębowo wysłowiono normy sankcjonowane zakazujące usiłowań. Art. 13 § 1 k.k. okazuje się więc być przepisem, który zrębowo wysłowi również normy sankcjonowane (zakazanych pod groźbą kary usiłowań jest bowiem tyle, ile typów czynów zabronionych pod groźbą kary). Jest więc i w aspekcie tychże norm przepisem pluralnym. W konsekwencji art. 13 § 1 k.k. jest przepisem pluralnym i w tym sensie, że zrębowo wysłowi on zarówno normy sankcjonujące, jak i normy sankcjonowane.

Należy też dodać - gdyż jest to szczególnie istotne - że analizowany art. 13 § 1 k.k. jest też przepisem zrębowym niezupełnym logicznie. Jak podkreśla M. Zieliński, z tego rodzaju niezupełnością mamy do czynienia: „(...) gdy któryś z elementów syntaktycznych normatywnych (adresat, okoliczności, zakaz czy zachowanie się) jest zwrotem relatywnym, tj. wymagającym dodania jakiegoś zwrotu, by uczynić go w pełni sensownym, bo w pełni składnym (...).”³⁵. Art. 13 § 1 k.k. jest przy tym niezupełny logicznie zarówno w kontekście zrębowo wysłowionych w nim norm sankcjonujących, jak i w kontekście zrębowo w nim wysłowionych norm sankcjonowanych. Gdy chodzi o normy sankcjonujące, to występującym na tym etapie ich wykładni zwrotem relatywnym jest zawarte w tym przepisie sformułowanie „odpowiada za”, które, nie określając „rozmiarów tej odpowiedzialności”, wymusza stosowną relatywizację do innego przepisu, który jednoznacznie wskazywałby już jakie są te rozmiary w przypadku przekroczenia norm sankcjonowanych zakazujących dopuszczania się ich adresatom prawno-

³⁴ Szerzej na temat roli art. 1 § 1 k.k. w procesie poszukiwania operatora normatywnego (deontycznego) dla norm sankcjonowanych w prawie karnym zob. Ł. Pohl: *op. cit.*, s. 59-60.

³⁵ M. Zieliński: *op. cit.*, s. 117.

karnie relewantnych usiłowań. Z uwagi na fakt, że nie ma jednego usiłowania, a jest ich tyle, ile typów czynów zabronionych, relatywizacja ta siłą rzeczy musi być piętrowa. I tak jest w istocie. W pierwszej kolejności przepisem k.k., który - w zakresie poszukiwanej przez nas informacji o rozmiarach kary grożącej za popełnienie określonego usiłowania - uzupełnia i tym samym dookreśla komunikat, który przekazał nam ustawodawca w art. 13 § 1 k.k., jest przepis art. 14 § 1 k.k., w którym ustawodawca zawarł zaadresowaną do sądu normę nakazującą mu wymierzać karę za usiłowanie w „granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa”³⁶. Stąd też, aby dokładnie dowiedzieć się jaka kara grozi za określone usiłowanie (usiłowanie określonego czynu zabronionego pod groźbą kary), musimy dokonać kolejnej relatywizacji, mianowicie do przepisu określającego karę grożącą za dokonanie czynu zabronionego, którego sprawca usiłował dokonać. Gdy chodzi natomiast o niezupełność logiczną art. 13 § 1 k.k. w kontekście wysłowionych w nim zrębowo norm sankcjonowanych zakazujących ich adresatom dopuszczania się prawnokarnie relewantnych usiłowań, to łatwo spostrzec, że potrzeba uzupełnienia w drodze stosownej relatywizacji do innego przepisu bierze się stąd, iż nie ma jednego usiłowania, a jest ich tyle, ile typów czynów zabronionych pod groźbą kary. Słowem, występujące w art. 13 § 1 k.k. słowo „usiłowanie” wymaga uzupełnienia, jako że wyrażenie zakazujące usiłowania bez określenia tego, o usiłowanie czego miałoby tu chodzić, jest z punktu widzenia logiki semantycznej nieskładne³⁷, i w konsekwencji nonsensowne, skutkiem czego nie może ono spełniać podstawowej funkcji normy prawnej. Nie określając bliżej tego jakie usiłowanie jest zakazane (tj. jakiego czynu), nie może bowiem wyrażenie to spełniać tzw. funkcji sugestywnej, a więc funkcji, która jest podstawową racją tworzenia racjonalnie sformułowanych norm. Stąd potrzeba relatywizacji do przepisów określających poszczególne typy czynów zabronionych pod groźbą kary. W konsekwencji więc nie ma jednej normy sankcjonowanej zakazującej usiłowania (chyba, że normę tę pojmujemy modelowo), a w istocie jest tyle tych norm, ile jest typów czynów zabronionych pod groźbą kary³⁸.

³⁶ Rolą normy zawartej w art. 14 § 1 k.k. nie jest bowiem wskazanie, że za usiłowanie dokonania czynu zabronionego zagrożonego karą grozi kara (tę informację ustawodawca wyartykułował w art. 13 § 1 k.k. *in principio*), lecz wskazanie tego, jak w przypadku rzeczzonego usiłowania kształtują się granice tej kary.

³⁷ Słowo „usiłowanie” nie jest bowiem nazwą, lecz funktorem nazwotwórczym - zob. W. Patryas: *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993, s. 27-29. O kategoriach syntaktycznych przystępnie pisze H. Stonert-zob. H. Stonert: *Język i nauka*, Warszawa 1964, s. 22 i nast.

³⁸ Swoją drogą należałoby nadmienić, że i usiłowanie dokonania czynu zabronionego zagrożonego karą można postrzegać w kategorii typu czynu zabronionego zagrożonego karą.

Przeprowadzone wyżej czynności rekonstrukcyjne potwierdzają przeto zasadność zrębowego wysłowienia w art. 13 § 1 k.k. norm sankcjonujących i norm sankcjonowanych. Z uwagi na to, że już to spostrzeżenie pozwala przejść do problemu wyrażenia w tym przepisie tzw. ustawowej subsydiarności, a więc problemu głównego moich rozważań, pominię dalsze czynności interpretacyjne, które są konieczne do tego, aby z przepisu tego odtworzyć jednoznacznie już brzmiące normy prawne (sankcjonujące i sankcjonowane).

Zatrzymam się natomiast na jasno przez ustawodawcę wyartykułowanym w przepisie art. 13 § 1 k.k. warunku „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego”. Ustawodawca wyraźnie bowiem w tymże przepisie postanowił, że odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje. Zastanówmy się teraz, w której ze wskazanych, a zawartych w art. 13 § 1 k.k., struktur normatywnych, tj. w normie sankcjonującej czy w normie sankcjonowanej, warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego” się znajduje. Jak wiadomo, wedle przeważającej części polskiej doktryny prawa karnego warunek ten traktuje się jako znamię usiłowania. Na przykład A. Zoll, którego wypowiedź, jak sądzę, uznać można w tym względzie za reprezentatywną egzemplifikację tego poglądu, stwierdza wprost: „Znamieniem negatywnym usiłowania jest brak dokonania czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy.”³⁹. Podobnie uważa L. Gardocki, który wskazuje, że jednym z elementów, którego występowanie - wedle definicji zawartej w art. 13 § 1 k.k. - charakteryzuje usiłowanie, jest brak dokonania⁴⁰. Z twierdzeniem, iż do znamion prawnokarnie relewantnego usiłowania należy brak dokonania czynu zabronionego zagrożonego karą, należy się niewątpliwie zgodzić. Pamiętać jednak należy o tym, by nie wyciągać z tego twierdzenia zbyt daleko idących wniosków. Takim właśnie wnioskiem jest wyprowadzana niekiedy z tego twierdzenia konkluzja, jakoby dokonanie umyślnego czynu zabronionego zagrożonego karą było elementem wykasowującym fakt dopuszczenia się przez sprawcę usiłowania tego czynu⁴¹. Dlaczego jest ona wnioskiem zbyt daleko idącym? Otóż dlatego, że próbuje się w niej na jednej płaszczyźnie statycznej stawiać zachowania (usiłowanie czynu zabronionego zagrożonego karą i dokonanie tego samego czynu), które siłą ontologicznej konieczności na jednej takiej płaszczyźnie występować nie mogą. A mówiąc nieco inaczej, ci, którzy rzeczoną konkluzję uznają za trafną, przeocząją,

³⁹ A. Zoll w A. Zoll (red.): *op. cit.*, s. 210.

⁴⁰ Zob. L. Gardocki: *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 102.

⁴¹ Kwestię tę zasygnalizowałem już w innym opracowaniu - zob. Ł. Pohl: *Przestępstwo zabójstwa...*, s. 6-7.

że zachowania te za każdym razem znamionuje odmienny moment czasu, w którym są one zrealizowane.

W celu wyjaśnienia tego poglądu posłużmy się przykładem. Niech będzie nim zachowanie, którym jeden człowiek umyślnie spowodował śmierć drugiego człowieka. Jak wiadomo, dokonanie tego rodzaju czynu zabronionego zagrożonego karą ma miejsce wtedy, kiedy jego sprawca zabije człowieka. Czas dokonania zabójstwa, którym to czasem jest moment śmierci człowieka, oznaczmy symbolem $t(1)$. Nie może ulegać żadnym wątpliwościom, że w czasie $t(1)$ sprawca nie realizował znamiona usiłowania zabójstwa człowieka⁴². Nie może bowiem ten sam podmiot w tym samym czasie zabić i nie zabić tego samego człowieka. Sprawca musiał zatem - co zresztą oczywiste - zrealizować znamiona usiłowania tego zabójstwa przed czasem $t(1)$. Czas tego usiłowania oznaczmy przeto innym symbolem, mianowicie symbolem $t(0)$. Jakie wypływają zatem wnioski z powyższych spostrzeżeń? Otóż zauważyć należy, że w czasie $t(0)$ sprawca realizował wyłącznie znamiona usiłowania zabójstwa. Znaczy to - w wersji teoretyczno- prawnej - że w czasie tym przekroczył on normę sankcjonowaną zakazującą mu dopuszczania się do usiłowania dokonania tego czynu. Istotne jest również to, że w czasie $t(0)$ sprawca nie dokonał zabójstwa, a więc, że w czasie tym nie przekroczył normy sankcjonowanej zakazującej mu dokonania tego czynu⁴³. Słowem, w czasie $t(0)$ sprawca przekroczył tylko jedną normę sankcjonowaną, mianowicie tę, która zakazuje mu usiłowania zabójstwa. Z kolei w czasie $t(1)$ sprawca zabił człowieka, a więc w czasie tym wypełnił znamiona tego typu czynu zabronionego zagrożonego karą, co w wersji teoretycznoprawnej oznacza, że w czasie tym przekroczył on zaadresowaną do niego normę sankcjonowaną zakazującą mu zabicia człowieka (tj. dokonania tego czynu). Istotne jest też to, że w czasie $t(1)$ sprawca ten nie przekraczał już normy sankcjonowanej zakazującej mu usiłowania zabójstwa człowieka. Słowem, w czasie $t(1)$ sprawca przekroczył także tylko jedną normę sankcjonowaną, mianowicie normę zakazującą mu dokonania zabójstwa.

⁴² Stąd, jak sądzę, czerpie umocowanie pogląd, według którego ustalenie dokonania czynu zabronionego zagrożonego karą - rzecz jasna, gdy rzeczono o czynu dokonano tzw. jednolitym czynem - wyklucza możliwość przyjęcia usiłowania tego czynu zabronionego.

⁴³ Warto odnotować, że literaturze karnistycznej znany jest pogląd, zgodnie z którym znamię skutku nie jest elementem składowym normy sankcjonowanej, a jedynie elementem składowym normy sankcjonującej. Dałem już wyraz temu, że z poglądem tym trudno się zgodzić (zob. Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej...*, s. 89-95), niemniej jednak i autorom nie podzielającym mego stanowiska nie może nie odpowiadać powyższe spostrzeżenie o „temporalnej różnicy” między usiłowaniem czynu zabronionego zagrożonego karą a jego dokonaniem.

Powyższe wnioski uzmysławiają zatem, że wyartykułowany wart. 13 § 1 k.k. warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego” należy - przy próbach objaśniania tego, kiedy zachodzi usiłowanie, a kiedy ono już nie zachodzi - pojmować w pewien szczególny sposób. Mianowicie pamiętać należy o tym, że usiłowanie czynu zabronionego zagrożonego karą zachodzi w czasie, gdy nie zachodzi dokonanie tego czynu, a dokonanie (umyślnego) czynu zabronionego zagrożonego karą zachodzi w czasie, w którym nie zachodzi już jego usiłowanie.

Mając w polu widzenia rzeczzone uwagi, zauważyć przeto można, że wcale nie jest tak, jak niektórzy twierdzą i utrzymują, że gdy sprawca tzw. jednolitym czynem dokonał (umyślnego) czynu zabronionego zagrożonego karą, to już nie dopuścił się jego usiłowania. Otóż i usiłowania tego czynu musiał z konieczności ontologicznej się dopuścić. W istocie jest więc tak, że dokonanie (umyślnego) czynu zabronionego zagrożonego karą zawsze poprzedzone być musi faktem jego usiłowania. Mówiąc krótko, ten, kto przekroczył normę sankcjonowaną zakazującą mu umyślnego dokonania czynu, ten wcześniej przekroczyć musiał i inną normę, mianowicie normą sankcjonowaną zakazującą mu usiłowania tego czynu.

I tu dochodzimy do sedna sprawy. Jak pokazują bowiem powyższe rozważania, warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego”, o którym mowa w art. 13 § 1 k.k., nie powoduje w razie jego niespełnienia - gdyż powodować nie może - wykasowania niewątpliwego faktu wypełnienia przez sprawcę znamion usiłowania czynu zabronionego zagrożonego karą w sytuacji, gdy sprawca ten w drodze tzw. jednolitego czynu, a zatem od razu po usiłowaniu, rzeczzonego czynu zabronionego dokonał. A skoro tak, to w sytuacji tej mamy w istocie rzeczywisty jednoczynowy zbieg przekroczonych norm sankcjonowanych w prawie karnym. Sprawca przekroczył bowiem zarówno normę sankcjonowaną zakazującą mu dokonania umyślnego czynu, jak i normę sankcjonowaną zakazującą mu usiłowania tego czynu.

Wniosek ten skłania mnie do poglądu, że omawiany warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego” odgrywa rolę przede wszystkim na płaszczyźnie norm sankcjonujących. Skoro bowiem ustalenie dokonania przez sprawcę (umyślnego) czynu zabronionego zagrożonego karą (tj. ustalenie przekroczenia normy sankcjonowanej zakazującej mu dokonania tego czynu) nie jest w stanie wykasować ustalenia, że wcześniej sprawca ten usiłował tego dokonania (tj. ustalenia, że sprawca przekroczył normę sankcjonowaną zakazującą mu usiłowania tego czynu), rzeczą jasną jest, że na tej właśnie płaszczyźnie - chciałoby się rzec siłą konieczności - ujawnić się musi jego doniosłość.

I tak jest w istocie. Słowem, warunek ten okazuje się być przeto warunkiem uruchomienia (modelowej) normy sankcjonującej nakazującej wymierzyć karę za (przestępne) usiłowanie czynu zabronionego zagrożonego karą. Jest więc ten

warunek jednym z elementów zakresu zastosowania (hipotezy) tej normy Sąd, chcąc przestrzegać tę normę, zobowiązany jest zatem do tego, by ustalić, że po usiłowaniu czynu zabronionego zagrożonego karą nie nastąpiło od razu, a więc w drodze tzw. jednolitego czynu, jego dokonanie. Tylko bowiem w takiej sytuacji - z mocy rzeczzonego warunku - można wymierzyć karę za usiłowanie. A *contrario*, ustalenie, że sprawca po usiłowaniu czynu zabronionego zagrożonego karą tzw. jednolitym czynem czynu tego dokonał jest ustaleniem, które wyklucza możliwość uruchomienia normy sankcjonującej wyrażającej karalność za wskazane usiłowanie. Posługując się językiem tradycyjnym językiem dogmatyki prawniczej, powiedzielibyśmy zatem, że za usiłowanie czynu zabronionego zagrożonego karą odpowiada się tylko wówczas, gdy w drodze tzw. jednolitego czynu sprawca tego usiłowania czynu tego nie dokonał.

VI Mając przed oczyma zarysowaną strukturę modelowej normy sankcjonującej wyrażającej karalność za prawnokarnie relewantne usiłowanie, łatwo już zauważyć odmienność zakodowanej w art. 13 § 1 k.k. tzw. subsydiarności ustawowej od tzw. subsydiarności ustawowej zawartej w art. 231 § 4 k.k. W tym przypadku jej rola nie polega bowiem w istocie - tak jak to ma miejsce właśnie w wypadku art. 231 § 4 k.k. - na tym, że w kwalifikacji prawnej czynu usuwa ona przepis zrębowo wystawiający którąś z faktycznie przekroczonych przez sprawcę norm sankcjonowanych, lecz na tym, że uniemożliwia ona zaktualizowanie się określonej normy sankcjonującej. I w tym właśnie uwidacznia się niejednolitość tej dyrektywy.

Pomimo tego, że z merytorycznego punktu widzenia zawarta w art. 13 § 1 k.k. tzw. subsydiarności ustawowa oddziałuje dopiero na płaszczyźnie zrębowo wysłowionych w tym przepisie norm sankcjonujących, to i w jej przypadku konsekwencją jej działania winno być pominięcie w kwalifikacji prawnej czynu przepisu, który zrębowo wysłowił naruszoną przez sprawcę normę sankcjonowaną zakazującą mu usiłowania czynu zabronionego zagrożonego karą. Brak tego pominięcia byłby, jak się wydaje, bowiem nadmiernym formalizmem, mnożącym byt ponad konieczność.

Podsumowując, wspólny mianownik dla tzw. subsydiarności ustawowej - mianownik ostatecznej jej konsekwencji - można z pewnością znaleźć. Wiedząc to, nie można jednakże nie zauważać, że dyrektywa ta, służąc jednemu celowi, dąży doń niemalże skrajnie różnymi drogami.

**THEORETICAL ANALYSIS OF A SUBSIDIARY RULE
IN CONCURRENCE OF THE REGULATIONS
OF A BILL IN POLISH PENAL LAW
(article 231 par. 4 and article 13 par. 1
of the penal code from June 6, 1997)**

The aim of this study is a theoretical analysis of a subsidiary rule in concurrence of the regulations of a bill in polish penal law. The author presented his own view, using the conception of distinguishing legal regulations from legal norms contained in them (norms sanctioned and norms sanctioning) and others thesis from theory of law and methodology of legal sciences. In consequence - according to the author - the function of the subsidiary rule in concurrence of the regulations of a bill in penal law is exclude collision between these norms.