

ZMODYFIKOWANE TYPY PRZESTĘPSTW W TEORII I PRAKTYCE SĄDOWEJ

**redakcja naukowa
Jacek Giezek, Joanna Brzezińska**

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer

ZMODYFIKOWANE TYPY PRZESTĘPSTW W TEORII I PRAKTYCE SĄDOWEJ

**redakcja naukowa
Jacek Giezek, Joanna Brzezińska**

MONOGRAFIE

Publikacja powstała w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków
Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/07/D/HS5/00605

Recenzent

Prof. dr hab. Tadeusz Bojarski

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Adam Choirński

Opracowanie redakcyjne

Joanna Ośka

Łamanie

Andrzej Gudowski

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących
im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej
w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło.
A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni


SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer Polska SA, 2017

ISBN 978-83-8107-364-6

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	9
Słowo wstępne	13

CZĘŚĆ I TEORETYCZNE ORAZ DOGMATYCZNE PROBLEMY ZMODYFIKOWANYCH TYPÓW PRZESTĘPSTW – ZAGADNIENIA OGÓLNE

Łukasz Pohl

Struktury normatywne zmodyfikowanych typów przestępstw	19
---	-----------

Przemysław Konieczniak

Uwagi o pojmowaniu typów zmodyfikowanych	26
---	-----------

Jarosław Majewski

O konsekwencjach błędu co do desygnatu tzw. znamienia modyfikującego (aspekt teoretycznoprawny)	59
--	-----------

Piotr Kardas

Typy zmodyfikowane ze względu na podmiot jako szczególna odmiana tzw. przestępstw indywidualnych a formy współdziałania przestępnego	85
---	-----------

Tomasz Kaczmarek

Ekstraneus jako współdziałający w popełnieniu przestępstwa indywidualnego – problemy sporne	141
--	------------

Jacek Giezek

Znamiona modyfikujące typ czynu zabronionego a okoliczności wpływające na wymiar kary	153
--	------------

Marek Bielski

Normatywne podstawy dekodowania znamion przedmiotowych przestępstw materialnych z zaniechania jako przestępstw indywidualnych właściwych – przyczynek do wykładni art. 2 k.k.	179
---	------------

Joanna Brzezińska

Uwagi o dynamice typów zmodyfikowanych przestępstwa	201
--	------------

CZĘŚĆ II

O MODYFIKACJACH WYBRANYCH TYPÓW PRZESTĘPSTW

Gunnar Duttge

Lässt sich das Unrecht des Tötungsdelikts gradualisieren?	225
--	------------

Olga Sitarz

Funkcje prawa karnego a typy zmodyfikowane na przykładzie przestępstw przeciwko życiu	247
--	------------

Rajnhardt Kokot

O zasadności typizacji i niektórych kontrowersjach wokół zabójstwa kwalifikowanego	257
---	------------

Anna Golonka

Silne wzburzenie jako znamię typu uprzywilejowanego zabójstwa, określonego w art. 148 § 4 k.k., w świetle aktualnego orzecznictwa sądowego	278
---	------------

Magdalena Budyn-Kulik

Czy uprzywilejowany typ zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia jest potrzebny?	301
---	------------

Anna Czwojda

Zabójstwo uprzywilejowane znamieniem działania pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami a stan poczytalności sprawcy	318
--	------------

Aneta Michalska-Warias

Czy potrzebne są kwalifikowane typy przestępstwa zgwałcenia? Kilka uwag na tle danych statystycznych przestępstwa zgwałcenia	333
---	------------

Konrad Lipiński

Wypadek mniejszej wagi jako uprzywilejowany typ czynu zabronionego	350
---	------------

Szymon Tarapata, Piotr Zakrzewski

Czy to koniec sporu dotyczącego kwestii ponoszenia odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań przez sprawcę uprzednio popełnionego przestępstwa? Rzecz o wykładni znamion typu czynu zabronionego z art. 233 § 1a k.k.	374
---	------------

Paweł Zagiczek

Nowe typy uprzywilejowane przestępstw składania fałszywych zeznań i fałszywych opinii	418
--	------------

Katarzyna Piątkowska

O (nie)możliwości jednoczynowej realizacji znamion typu podstawowego oraz typu zmodyfikowanego. Uwagi na tle art. 12 k.k.	445
O autorach	463

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- | | |
|------------------------|--|
| EKPCz | – europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. poz. 284 ze zm.) |
| k.k. | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.) |
| k.k.s. | – ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2016 r. poz. 2137 ze zm.) |
| k.p.a. | – ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.) |
| k.p.c. | – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.) |
| k.p.k. | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1749 ze zm.) |
| k.w. | – ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2015 r. poz. 1094 ze zm.) |
| kodeks karny z 1932 r. | – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. poz. 571 ze zm.) |
| kodeks karny z 1969 r. | – ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. poz. 94 ze zm.) |
| Konstytucja RP | – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.) |

MPPOiP	– Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. poz. 167 ze zm.)
pr. aut.	– ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2017 r. poz. 880)
u.i.l.	– ustawa z 2.12.2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U. z 2016 r. poz. 522 ze zm.)
u.p.n.	– ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2017 r. poz. 783)
u.z.l.l.d.	– ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2017 r. poz. 125 ze zm.)

Czasopisma i wydawnictwa promulgacyjne

Biul. SN	– Biuletyn Informacyjny Sądu Najwyższego
BPK	– Biuletyn Prawa Karnego
CzPKiNP	– Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
KSP	– Krakowskie Studia Prawnicze
KZS	– Krakowskie Zeszyty Sądowe. Orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawach karnych
NP	– Nowe Prawo
OSA	– Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSNPG	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Wydawnictwo Prokuratury Generalnej
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPika	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
PiP	– Państwo i Prawo
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
PS	– Przegląd Sądowy
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
WPP	– Wojskowy Przegląd Prawniczy
ZNUJ	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

Inne

ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
TK	– Trybunał Konstytucyjny

SŁOWO WSTĘPNE

Typizacja zachowania kryminalizowanego przez ustawodawcę jako czyn zabroniony jest podstawowym, a zarazem najtrudniejszym problemem legislacyjnym, wymagającym prawidłowego rozpoznania oraz uwzględnienia rozmaitych aspektów teoretycznych, dogmatycznych, aksjologicznych czy kryminalnopolitycznych¹. Opis zawierający się w znamionach typu – spełniając wiele istotnych funkcji (w szczególności zaś funkcję gwarancyjną) – musi wskazywać te cechy zachowania, dzięki którym będziemy w stanie stwierdzić, czy jest ono karalnym naruszeniem normy sankcjonowanej, a tym samym zdołamy je odróżnić od zachowań prawnokarnie irrelevantnych. Warunkiem stwierdzenia, że konkretny przejaw ludzkiej aktywności stanowi realizację znamion czynu zabronionego, jest bowiem naruszenie zakazu lub nakazu zawartego w normie sankcjonowanej². Nie będzie więc wcale przesadą stwierdzenie, że gdyby zabrakło klarownego opisu typu czynu zabronionego, stwarzającego możliwość jednoznacznego zdekodowania zawartej w nim normy, to zagrożona byłaby jedna z podstawowych zasad prawa karnego, a mianowicie zasada *nullum crimen sine lege certa*³.

Zdając sobie sprawę z fundamentalnego znaczenia opisu składającego się na typizację zabronionego zachowania, nie możemy jednocześnie

¹ Zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.

² A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, t. XXIII, s. 75 i n.

³ Inna sprawa, że obok znamion *expressis verbis* przez ustawodawcę wyartykułowanych opis przestępstwa uzupełniają tzw. znamiona pozaustawowe, których roli i znaczenia przeceńczyć nie sposób. Por. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 7 i n.

tracić z pola widzenia, że opis ten ma strukturę złożoną. Jeśli bowiem ma on stanowić podstawę dekodowania zawartej w nim normy, to przecież trzeba w nim określić co najmniej jej adresata, zakazane (nakazane) zachowanie, a niekiedy także skutek tego zachowania oraz wybrane okoliczności różnicujące rozmaite postacie, w jakich typizowane zachowanie może się przejawiać. Warto podkreślić, że różnicowanie może w istocie dotyczyć każdego elementu stanowiącego charakterystykę zabronionego zachowania, a jedyne ograniczenie stanowi tutaj nazbyt niekiedy „rozbudzona” wyobraźnia ustawodawcy oraz przyjmowana przezeń aksjologia, będąca punktem wyjścia przy wartościowaniu podlegających zmianom okoliczności jako podwyższających lub obniżających jego kryminalną zawartość. Nic wszak nie stoi na przeszkodzie, aby ustawodawca uznał – lepiej lub gorzej racjonalizując swą ocenę w tym zakresie – że o zawartości tej, czyli o społecznej szkodliwości, której odzwierciedleniem jest wynikająca z przepisu sankcja karna, decyduje m.in. osoba sprawcy, sposób jego zachowania, rodzaj oraz rozmiar wyrządzanej szkody czy wreszcie stosunek psychiczny do popełnianego czynu. Na każdej z tych płaszczyzn można wszak doszukiwać się okoliczności, za pomocą których dałoby się modyfikować opis zabronionego zachowania. Posługując się przykładem, powiedzielibyśmy zatem, że jeśli – najogólniej rzecz ujmując – zabronione ma być zachowanie, którego skutkiem jest śmierć człowieka, a więc naruszenie jednego z najwyższej sytuowanych w hierarchii aksjologicznej dóbr prawem chronionych, to przecież powstać musi od razu pytanie, czy naruszenie zakazu zabijania – już na płaszczyźnie ustawowej oraz w sposób znajdujący odzwierciedlenie w treści normy sankcjonującej (oraz dekodowanej z niej sankcji karnej) – powinniśmy modyfikować w zależności od tego, kto ów skutek wywołał, jakie kierowały nim intencje, jaki wybrał sposób jego spowodowania, zwłaszcza jeśli skutek był zamierzony. Spowodować śmierć lub naruszyć jakiegokolwiek inne dobro prawem chronione można wszak w rozmaitych okolicznościach oraz – zazwyczaj – na wiele różnych sposobów.

Jeśliby ustawodawca uznał, że wszystkie te modalności powinny znaleźć odzwierciedlenie w tekście ustawy karnej, to – umieszczając je w opisie zabronionego zachowania – prowokuje tym samym do stawiania szeregu pytań, w pierwszej kolejności o charakterze ogólnym, doty-

czących m.in. struktur normatywnych, jakie powstają w wyniku tego rodzaju modyfikacji, istotnych na płaszczyźnie dogmatycznej relacji zachodzących między typami zmodyfikowanymi, odpowiedzialności osób współdziałających w realizacji znamion typów różnicowanych ze względu na podmiot, a wreszcie konsekwencji braku świadomości co do tego, jakie znamię modyfikujące zostało w konkretnym przypadku zrealizowane. Z kolei pytania bardziej szczegółowe, skupiające się zazwyczaj na typizacjach bogato i pod wieloma względami modyfikowanych, zmierzają do ustalenia, czy i w jakim stopniu można je uznać za dogmatycznie oraz kryminalnopolitycznie dobrze uzasadnione.

Świadomość sygnalizowanych tutaj problemów oraz towarzysząca jej potrzeba poszukiwania odpowiedzi na stawiane wyżej pytania stanowiły zachętę do zainicjowania szerszej debaty, podjętej w ramach konferencji zorganizowanej w marcu 2016 r. w Katedrze Prawa Karnego Materialnego Uniwersytetu Wrocławskiego, której pokłosie stanowi prezentowany zbiór opracowań. Pierwszą jego część poświęcono teoretycznym oraz dogmatycznym problemom zmodyfikowanych typów przestępstw, umieszczając w niej rozważania na temat ich istoty, struktury normatywnej, współdziałania przestępnego w przypadku modyfikowania typu ze względu na podmiot, strony podmiotowej, w tym w szczególności konsekwencji błędu obejmującego znamię modyfikujące. Część druga – w mniejszym stopniu związana z teoretyczno-dogmatycznymi aspektami typizacji zmodyfikowanych – koncentruje się przede wszystkim na wybranych przestępstwach (m.in. przestępstwach przeciwko życiu), w szczególności zaś na znamionach lub okolicznościach je modyfikujących, nadających im postać kwalifikowaną, względnie uprzywilejowaną w relacji do typu traktowanego jako podstawowy.

Dodać należy, że inspirację do podjęcia tego właśnie tematu stanowił projekt badawczy, realizowany w ramach grantu finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki, przyznanych na podstawie decyzji nr DEC 2012/07/D/HS5/00605, którym kieruje dr Joanna Brzezińska.

Wrocław, październik 2016 r.

Prof. dr hab. Jacek Giezek

CZĘŚĆ I

TEORETYCZNE ORAZ DOGMATYCZNE PROBLEMY ZMODYFIKOWANYCH TYPÓW PRZESTĘPSTW – ZAGADNIENIA OGÓLNE

Łukasz Pohl

Struktury normatywne zmodyfikowanych typów przestępstw

Powszechnie wiadomo, że centralnym i zarazem istotnie newralgicznym zagadnieniem problematyki struktur normatywnych zawartych w przepisie statuującym zmodyfikowaną postać czynu zabronionego jest pytanie o to, czy odtwarzalna z tego przepisu norma sankcjonowana różni się treściowo od normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu statuującego podstawową postać czynu zabronionego.

W teorii prawa karnego na wskazane pytanie udziela się różnych odpowiedzi. Jedni autorzy – mam tu na myśli w szczególności A. Zolla i jego znakomitych uczniów – odpowiadają na nie przecząco, opowiadając się tym samym za ujęciem, zgodnie z którym treść normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego zmodyfikowaną postać czynu zabronionego nie różni się niczym od treści normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego podstawową postać czynu zabronionego¹. Inni z kolei autorzy – mam tu na myśli w szczególności M. Zielińskiego, ale i siebie – przeciwnie – utrzymują, że wskazane normy nie są treściowo tożsame².

¹ A. Zoll przedstawił ten punkt widzenia w wielu pracach – zob. w szczególności A. Zoll, *Recenzja książki A. Spotowskiego „Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw”*, PiP 1977/5; A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, rok XXIII.

² M. Zieliński ujęcie to zaprezentował w pracy pt. *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972. Z kolei osobiście odniosłem się do tej kwestii w opracowaniu:

Poszukując odpowiedzi na pytanie o powód występujących tu rozbieżności, bez trudu odkrywamy, że ich przyczyną są odmienne poglądy na rolę znamienia modyfikującego w procesie pozyskiwania treści normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu statuującego zmodyfikowaną postać czynu zabronionego. Zdaniem tych autorów, którzy twierdzą, że norma sankcjonowana odtwarzalna z przepisu określającego tę postać czynu zabronionego jest normą o identycznej treści co norma sankcjonowana odtwarzalna z przepisu statuującego podstawową postać czynu zabronionego, znamienia modyfikującego nie uwzględnia się w tym procesie, efektem czego jest znamionująca ich stanowisko, a wskazana wyżej, konstatacja, że treść obu norm jest identyczna. Zdaniem zaś tych autorów, którzy uważają, że wskazane normy różnią się treścią, znamię modyfikujące jest uwzględniane w procesie odpoznawania treści normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego zmodyfikowaną postać czynu zabronionego, co z kolei wiedzie reprezentantów i zwolenników tego ujęcia do wniosku, że treść rozważanych norm – właśnie z racji tego uwzględnienia – nie jest identyczna. Gwoli precyzji podnieść należy, że w systemie zakładającym identyczność treści tych norm znamię modyfikujące jest z konieczności brane pod uwagę przy ustalaniu treści stosownych norm sankcjonujących – jako element pozytywny jest ono bowiem obligatoryjnie uwzględniane w procesie odpoznawania treści zakresu zastosowania normy sankcjonującej odtwarzalnej z przepisu statuującego zmodyfikowaną postać czynu zabronionego, jako zaś element negatywny jest ono również obligatoryjnie uwzględniane w procesie odtwarzania treści zakresu zastosowania normy sankcjonującej odtwarzalnej z przepisu określającego podstawową postać czynu zabronionego. Dodajmy przy tym jeszcze – dla pełni obrazu – że w systemie zakładającym nieidentyczność treściową rozważanych norm sankcjonowanych nie wykorzystuje się – chciałoby się rzec: pierwotnie – znamienia modyfikującego w procesie odtwarzania treści powyższych norm sankcjonujących, albowiem w systemie tym znamię to – jak powiedziano – odgrywa rolę elementu współwyznaczającego treść sprzężonych z tymi normami norm sankcjonowanych. Aby domknąć tę syntetyzującą relację, wskażmy jeszcze, że wśród zwolenników ujęcia zakładającego treściową

Ł. Pohl, *O stosunku między zmodyfikowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary a leżącą u jego podstaw normą sankcjonowaną*, Ius Novum 2010/1.

tożsamość normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego zmodyfikowaną postać czynu zabronionego i normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego podstawową postać czynu zabronionego dominuje pogląd, że w istocie w obu tych przepisach jest mowa o jednej, tej samej normie sankcjonowanej, a więc pogląd skutkujący dopuszczalnością układu charakteryzującego się zjawiskiem sprzężenia wielu norm sankcjonujących z jedną normą sankcjonowaną³.

Powstaje w związku z powyższym pytanie o to, jaki jest powód tak odmiennego postrzegania roli znamienia modyfikującego w procesie odpoznawania treści normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu statuującego zmodyfikowaną postać czynu zabronionego.

Jest niewątpliwe, że ujęcie zakładające tożsamość treści normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu statuującego zmodyfikowaną postać czynu zabronionego i normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego podstawową postać czynu zabronionego opiera się na wierze – dodajmy, iż bardzo głębokiej – w istnienie takiego, można by rzec: minimalnego, czy wyjściowego, zestawu elementów charakteryzujących zachowanie się człowieka, który – w razie ich łącznego spełnienia – jest wystarczający dla utworzenia normy sankcjonowanej zakazującej jego realizacji. Słowem, rozważane ujęcie zakłada, że dla utworzenia owej normy wystarczające jest pewne minimum składników, pewien ich pakiet, że tym samym nieistotne na polu kształtowania treściowej charakterystyki normy sankcjonowanej są wariacje tych składników prowadzące do wyróżniania ich odmian leżących u podstaw wyodrębniania zmodyfikowanych typów przestępstw. Powstaje jednakże – w mojej ocenie wielce kłopotliwe – pytanie o to, skąd wyznawcy referowanego ujęcia czerpią informację na temat tego minimum. Z pewnością nie uzyskują jej w drodze wykładni tekstu prawnego; wszak z warstwy deskryptywnej

³ Na takim stanowisku stoi w szczególności wspomniany A. Zoll. Autor ten, w pierwszej z przywołanych wyżej Jego prac, stanowczo bowiem wypowiedział myśl, że: „Nie każdy przepis wprowadza własną normę sankcjonowaną. Jedna norma sankcjonowana może mieć odpowiednio kilka norm sankcjonujących. Art. 148 i 149 (kodeksu karnego z 1969 r. – dop. Ł.P.) mają jedną i tę samą normę sankcjonowaną „nie zabijaj człowieka” – A. Zoll, *Recenzja...*, s. 133. W drugiej z przywołanych wyżej prac cytowany Autor wprost natomiast skonstatował, że: „Typy zmodyfikowane naruszają, podobnie jak typ zasadniczy, tę samą normę prawną” – A. Zoll, *O normie...*, s. 88.

przepisu statuującego typ czynu zabronionego nie da się bez udziału spekulacji uzyskać informacji na ten temat. Potrzebują zatem oni jakieś kryterium, którego zastosowanie pozwala im powziąć tę informację. Zrazu jednak ciśnie się na usta kolejne pytanie, mianowicie, czy możemy mieć pewność, że jest ono kryterium obiektywnie miarodajnym, prowadzącym w konsekwencji jego zastosowania do uzyskania wyniku intersubiektywnie przekonującego. Jak powszechnie wiadomo, wśród przedstawicieli i zwolenników omawianego ujęcia kluczową w tym zakresie rolę odgrywa rozpowszechniony przez A. Zolla i rozwijany przez Jego uczniów podział znamion typu czynu zabronionego na znamiona decydujące o bezprawności czynu i na znamiona decydujące jedynie o jego karalności. Te pierwsze – krótko przypomnijmy – odzwierciedlać mają te elementy, których łączne spełnienie przesądzać ma o ujemnej ocenie danego typu ludzkiego zachowania, pozwalającej w pierwszej kolejności ocenić ten typ jako zachowanie *in abstracto* społecznie niebezpieczne, a w dalszej kolejności – na podstawie tej oceny – pozwalającej przyjąć, że zachowanie to jest zachowaniem zakazywanym przez normę sankcjonowaną odtwarzalną z przepisu określającego znamiona typu czynu zabronionego. Przypomnijmy, że wskazaną wyżej ujemną ocenę warunkować mają dwa łącznie ujmowane elementy. Pierwszym z nich ma być naruszenie lub odpowiednie narażenie dobra mającego wartość społeczną, drugim zaś wywołanie tego stanu w drodze naruszenia reguły postępowania z tym dobrem. Warunki te – dodajmy – statuować mają tzw. ustawową określoność czynu zabronionego, o której A. Zoll pisał przed laty, że jest ona właśnie przeniesieniem na język opisowy wypowiedzi normatywnej w tym sensie, że w ustawowej określoności mamy opisane zachowanie naruszające normę prawną. Krótko mówiąc, w omawianym ujęciu przyjmuje się, że znamię modyfikujące – jako z założenia niebędące charakterystyką wskazanych wyżej warunków – nie jest znamieniem decydującym o bezprawności czynu, a jedynie znamieniem decydującym o jego karalności czy ściślej – jak wprost określają je zwolennicy omawianego ujęcia – znamieniem decydującym o szczególnej, gdyż odmiennej karalności naruszenia normy sankcjonowanej wspólnej dla typu podstawowego i typu zmodyfikowanego⁴; przypomnijmy też

⁴ Tak w szczególności A. Zoll, by tytułem przykładu przypomnieć Jego reprezentatywną dla tego stanowiska wypowiedź, iż: „Typy zmodyfikowane naruszają, podobnie jak typ zasadniczy, tę samą normę prawną. Różnica między nimi spowodowana jest przez znamiona

– dla porządku – że w referowanym ujęciu do znamion decydujących o karalności zalicza się znamiona określające sposób dokonania czynu, okoliczności modalne i przedmiot czynności wykonawczej, a także znamiona podmiotowe, słowem, te wszystkie znamiona, które nie są konstytutywne dla samej, wskazanej wyżej, ujemnej oceny czynu⁵.

Uważam, że można mieć poważne wątpliwości co do tego, czy kryterium tak ujętej ujemnej oceny jest kryterium obiektywnie miarodajnym i intersubiektywnie przekonującym w interesującej nas kwestii. Wszak nawet przy przyjęciu, że statuujące ją, a wskazane wyżej, warunki w postaci naruszenia czy odpowiedniego narażenia dobra społecznego zachowaniem naruszającym regułę postępowania z tym dobrem są wystarczające do stwierdzenia, że zachowanie jest zachowaniem ujemnie ocenianym, nie jest jasne, na jakiej podstawie zwolennicy rozważanego punktu widzenia przyjmują, że właśnie tak ujmowane kryterium ujemnej oceny miałoby rozstrzygać o treści normy sankcjonowanej – pamiętajmy – normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu statuującego typ czynu zabronionego. Krótko mówiąc, w istocie opierają się oni jedynie na własnym przekonaniu, że jest ono tego rodzaju kryterium.

Nie sposób też nie zwrócić uwagi na uzasadnione podejrzenie, że referowane ujęcie zdaje się skłaniać ku takiej wersji normy sankcjonowanej, w ramach której na plan dalszy schodzi źródło, z którego norma ta jest odtwarzana; słowem, zdaje się ono skłaniać ku – w mojej ocenie wątpliwej – tezie, że rolą tej normy jest wyznaczenie zbioru zachowań w ogóle bezprawnych, co niekiedy wiedzie zwolenników tego ujęcia do nieuzasadnionego wniosku, iż normą sankcjonowaną może być już *lex imperfecta* na tej tylko podstawie, że jest ona normą merytoryczną (co z kolei jest jawnym ignorowaniem okoliczności, iż norma sankcjonowana i norma sankcjonująca to zawsze para norm). Tymczasem nas interesuje norma sankcjonowana w prawie karnym, tj. norma odtwa-

decydujące o różnej karalności czynów realizujących typ zasadniczy i zmodyfikowany. Będą to znamiona, które nie są konstytutywne dla samej ujemnej oceny czynu (ustalenia jego społecznego niebezpieczeństwa – aspektu aksjologicznego), a jedynie będą istotne dla oceny stopnia tego niebezpieczeństwa” – A. Zoll, *O normie...*, s. 88.

⁵ Na temat składu zestawu znamion decydujących o bezprawności czynu i składu zestawu znamion decydujących o karalności, a także na temat warunków pozwalających dane znamię zaszeregować do jednego z wyróżnionych zestawów zob. A. Zoll, *O normie...*, s. 88.

rzana w drodze wykładni przepisu określającego znamiona typu czynu zabronionego, a więc norma bezspornie sankcjonowana.

Sformułowałem wyżej myśl, że w mojej opinii jest rzeczą wątpliwą twierdzić, jakoby norma sankcjonowana odtwarzalna z przepisu określającego znamiona typu czynu zabronionego pełniła funkcję wyznaczania zbioru zachowań bezprawnych; wszak bezsporne jest jedynie to, że norma ta jest normą zakazującą, a skoro tak, to za jej pomocą jesteśmy w stanie wyznaczyć li tylko krąg zachowań zakazanych w prawie karnym. Nie jest natomiast wcale pewne, że zachowania zakazane w prawie karnym są już na tej podstawie zachowaniami bezprawnymi; wszak w literaturze przedmiotu nierzadko spotykamy opinię – w mojej ocenie w pełni trafną – iż stanowisko takie jest niedostatecznie uzasadnione.

Zwrócenie uwagi na tę okoliczność, na okoliczność, że rolą normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego znamiona typu czynu zabronionego nie jest wyznaczanie kręgu zachowań bezprawnych, a jedynie wyznaczanie kręgu zachowań zakazanych w prawie karnym, diametralnie zmienia postać rzeczy, gdyż wówczas z założenia nieprzydatne jest kryterium nawiązujące do podziału znamion typu czynu zabronionego na znamiona decydujące o bezprawności czynu i na znamiona decydujące o jego karalności.

Powstaje zatem pytanie, co pozostaje zrobić, czy można w jakiś inny sposób wskazać na taką grupę znamion typu czynu zabronionego spośród całego ich zestawu, która byłaby wystarczającym pakietem dla skonstruowania treści normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego znamiona typu czynu zabronionego, i w ten sposób w konsekwencji opowiedzieć na pytanie, czy interesujące nas znamię modyfikujące jest czy nie jest składnikiem tej grupy.

Uważam, że bez wnikania się w spekulację nie sposób to uczynić. Z tego więc właśnie względu zdecydowanie optuję za rozwiązaniem uznającym każde znamię typu czynu zabronionego za element odzwierciedlany w treści normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu statuującego typ czynu zabronionego. Rozwiązanie to jest bowiem z pewnością klarowniejsze od omawianego wcześniej ujęcia opozycyjnego. Znajduje

też ono oparcie w strukturze i treści przepisu określającego typ czynu zabronionego. Strukturę tę – jak wiadomo – oparto na formule zdania warunkowego składającego się z dwóch zdań pomniejszych powiązanych węzłem związku warunkowego o tetycznej naturze, w ramach której to struktury w pierwszym zdaniu wskazuje się na znamiona typu czynu zabronionego, a w drugim zdaniu na grożącą z tytułu ich wypełnienia karę. Struktura i treść składających się na nią zdań jest widocznym odwzorowaniem relacji zachodzącej pomiędzy naruszeniem normy sankcjonowanej i realizowaniem normy sankcjonującej. Po cóż więc mnożyć wątpliwości i forsować inne rozwiązanie?

Dodam jeszcze, kończąc te ledwie szkicowo zakreślone uwagi, że rozwiązanie dopuszczające układ związania wielu norm sankcjonujących z jedną normą sankcjonowaną jest niepoprawne od strony ogólnoteoretycznej, bowiem pozwala ono pod adresem ustawodawcy formułować zarzut o redundacji informacji normatywnej, która w tym przypadku polegałaby na tym, że w wielu różnych przepisach kodowałby on normę sankcjonowaną o identycznej treści. Niewątpliwie tego rodzaju zachowanie byłoby nieracjonalne, a skoro tak, to za sprawą kluczowego w procesie wykładni prawa założenia o racjonalnie zachowującym się prawodawcy, nie sposób uznać, że w rzeczywistości tak się sprawy w istocie mają.

Podsumowując, zdecydowanie bliższe jest mi stanowisko, zgodnie z którym znamię modyfikujące jest tym elementem treściowym tekstu prawnego, którego uwzględnienie w procesie odpoznawania treści normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu określającego zmodyfikowaną postać czynu zabronionego skutkuje wyinterpretowaniem normy sankcjonowanej o innej treści od normy sankcjonowanej odtwarzalnej z przepisu statuującego podstawową postać czynu zabronionego.

Przemysław Konieczniak

Uwagi o pojmowaniu typów zmodyfikowanych

Poniższe opracowanie zawiera próbę odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania: co rozumieć przez typy zmodyfikowane i po co one właściwie istnieją (a także na kilka pytań ubocznych)¹. Analiza oczywiście nie wyczerpie tematu, a niektóre zagadnienia w ogóle pominę (np. warunek tożsamości przedmiotu ochrony dla typu wyjściowego i zmodyfikowanego).

Typy zmodyfikowane istnieć w ustawie nie muszą (tj. nie istnieje taka konieczność logiczna); skoro istnieją, to ze względów utylitarnych (najwyraźniej bywają uważane za użyteczne). Ustawodawca posługuje się tym narzędziem „z potrzeby serca”², w niektórych okresach historycznych z rozmachem, a kiedy indziej rzadko i z rezerwą (przykładem ko-

¹ Tekst niniejszy był pierwotnie pomyślany jako otwierający konferencję (choć ostatecznie nie został wygłoszony jako pierwszy) i jako „wstępniak” do dyskusji zawiera pewne tezy porządkujące, lecz niekoniecznie odkrywcze.

² J. Brzezińska wyraża przekonanie, że w historycznej ewolucji systemu prawnego typy zmodyfikowane pojawiają się później od typu zasadniczego; J. Brzezińska, *Uwagi o przestępstwie uprzywilejowanym z perspektywy dzieciobójstwa*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, t. 19, Wrocław 2013, s. 17. Taka chronologia jest z pewnością typowa, ale bywa i na odwrót: do istniejącego typu „niemodyfikowanego” zostaje dodany typ bardziej ogólny. Przykładem jest art. 158 § 1 kodeksu karnego z 1969 r. (resp. art. 158 § 1 k.k.), który wcześniej nie miał odpowiednika. W kodeksie karnym z 1932 r. istniał jedynie art. 240: „Kto bierze udział w bójce lub pobiciu człowieka, jeżeli stąd wynikła śmierć lub uszkodzenie, określone w art. 235 lub 236 (...)”. L. Gardocki sądzi, że było to odbierane przez teoretyków jako „niekonsekwencja konstrukcyjna”, przepis ten wyglądał jak typ kwalifikowany przez następstwo, któremu zgubił się wyjściowy typ podstawowy. Wobec tego przy zmianie kodeksu ową

deks karny z 1932 r.³). Drugim czynnikiem wpływającym na liczebność typów zmodyfikowanych jest język: mała ich liczba może być wynikiem preferencji dla syntetycznego ujmowania przepisów; np. syntetyczne znamię „zagarniać mienie społeczne” z art. 199 § 1 kodeksu karnego z 1969 r.⁴ (a wcześniej z art. 1 § 1 dużego dekretu o ochronie własności społecznej⁵) pojęciowo zastępowało liczne tradycyjne typy przestępstw przeciwko mieniu o zróżnicowanych znamionach czasownikowych. Można ponadto podejrzewać (ale już na poziomie socjologii prawa, nie dogmatyki), że liczebność typów (nie tylko zmodyfikowanych) zależy także od poziomu kompetencji językowej i logicznej realnego legislatora, a także stopnia, w jakim rozumie on materię poddawaną typizacji⁶.

Nazwa „typy zmodyfikowane” używana jest rzadko (częściej mówi się po prostu o typach kwalifikowanych i uprzywilejowanych). W codziennym użyciu (w praktyce prawnej, dydaktyce, a zwykle i w publikacjach naukowych) posługujemy się tym nazewnictwem odruchowo, nie czując potrzeby jego głębszych analiz, niuansowania czy doprecyzowywania. Jedynie niekiedy natrafiamy na barierę semantyczną: „co my właściwie rozumiemy pod tą nazwą” i klasyfikacyjną: „czy ten przepis zawiera typ zmodyfikowany, czy coś innego”, i dopiero wtedy zaczynamy rozglądać się za definicją. Przyjrzyjmy się szczegółowo (niektórym) przesłankom, które dotąd zaproponowano.

1. Stanisław Śliwiński sądził, że typem zmodyfikowanym (samej tej nazwy nie używał) można określić tylko to, co **zostało ujęte w odrębnej jednostce redakcyjnej ustawy**, bez znaczenia, czy w dwu różnych artykułach, czy w obrębie jednego, podzielonego na mniejsze jednostki⁷. W istocie to samo można powiedzieć o jakimkolwiek typie czynu

„lukę” uzupełniono „dla tak lubianej przez prawników-teoretyków symetrii i konsekwencji”; L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 68–69.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. poz. 571).

⁴ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. poz. 94).

⁵ Dekret z 4.03.1953 r. o wzmożeniu ochrony własności społecznej (Dz.U. z 1953 r. poz. 68).

⁶ Podejrzewam, że nieudolny legislator częściej generuje typizację zbędną (a więc namnaża typy bez potrzeby), niż pomija tę potrzebną z pozostawieniem luk aksjologicznych.

⁷ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 82. Wnioskując z cytowań w literaturze, zarys dzisiejszego rozumienia typów kwalifikowanych i uprzywilejo-

zabronionego, utarło się bowiem nazewnictwo, zgodnie z którym, gdy w jednym i tym samym przepisie znajdzie się alternatywa znamion, mówimy o odmianach i o „przestępstwie [sc. typie] wieloodmianowym”.

Kryterium to jest proste do zrozumienia, ostre, więc niekłopotliwe w stosowaniu i spójnie powiązane z pozostałymi kryteriami definicyjnymi, ale może prowokować pytania o powszechność jego zastosowania. Taka sytuacja może się pojawić wówczas, gdy ustawodawca zmieści w pojedynczej jednostce redakcyjnej ustawy karnej dwie definicje, z których druga odwołuje się do pierwszej, a ponadto zawiera jakiś warunek dodatkowy. W ślad za tym idą dwa odrębne zagrożenia karą, także w jednym przepisie ustawy.

Istniał co najmniej jeden taki przypadek⁸; był to art. 124 § 1 kodeksu karnego z 1969 r., który brzmiał „Kto bierze udział w obcym wywiadzie lub działając na rzecz tego wywiadu udziela mu wiadomości, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 lub karze śmierci, a jeżeli sprawca działalność tę organizował lub nią kierował – kara pozbawienia wolności nie może być niższa od lat 8”.

Przepis ten był zbudowany według schematu: pewien zestaw znamion – sankcja – pewne dodatkowe znamiona – odrębna sankcja. Dodatkowymi są oczywiście wyrażenia „organizować działalność [obcego wywiadu]” oraz „kierować działalnością [tegoż]”, stanowiące znamiona sposobu działania (brać udział w obcym wywiadzie poprzez organizo-

wanych ukształtował się właśnie na analizie S. Śliwińskiego, mimo że był on później krytykowany za niezadowalające rozwiązanie problemu – W. Wolter, *Szczególne typy przestępstw a nadzwyczajny wymiar kary*, PiP 1966/3; podobnie K. Buchała, *Odpowiedzialność za przestępstwa kwalifikowane przez następstwa czynu*, WPP 1972/1.

⁸ Drugim przykładem, też już tylko historycznym, był art. 257 § 2 kodeksu karnego z 1932 r., ujmujący dwa pochodne od siebie „przypadki mniejszej wagi” kradzieży zwykłej: „W przypadkach mniejszej wagi sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a gdy sprawca z nędzy zabrał celem użycia małej wartości przedmiot pierwszej potrzeby – nawet od kary uwolnić”. Choć uzasadnienie projektu kodeksu karnego z 1969 r. sugerowało, że przypadki mniejszej wagi w dotychczasowej ustawie nie stanowiły typów uprzywilejowanych („projekt traktuje wypadek mniejszej wagi jako uprzywilejowany typ przestępstwa, nie zaś jako podstawę przewidzianego w części ogólnej nadzwyczajnego złagodzenia kary”, *Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie*, Warszawa 1968, s. 147), wcześniejsza literatura uważała art. 257 § 2 (a także art. 262 § 4 i art. 263 § 2) za typ uprzywilejowany; zob. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 83.

wanie go lub kierowanie nim)⁹. Konstrukcja art. 124 § 1 kodeksu karnego z 1969 r. dawała więc efekt, jakby druga połówka owego przepisu była *lex specialis* w stosunku do pierwszej, co można uważać za stan prawny kłopotliwy¹⁰ i nieelegancki, ale to ustawodawca ma ostatnie słowo jako *arbiter elegantiarum*.

Rozwiązanie to moim zdaniem należy zinterpretować jako okoliczność kwalifikującą (a więc jest możliwe ujęcie typu zmodyfikowanego w tym samym przepisie, co podstawowy!), da się jednak też utrzymywać, że chodziło jedynie o ustanowienie szczególnej dyrektywy wymiaru kary za sprawstwo kierownicze T. Florek wywodziła, że: „w przepisach art. 124 § 1 (część końcowa), art. 134 § 2, art. 276 § 3, art. 278 § 2 k.k. ustawodawca wprowadza wyjątek od reguły zawartej w art. 16 k.k. polegającej na tym, że odmiany sprawcze są równorzędne pod względem ustawowego wymiaru kary. Surowsze zagrożenie sankcją karną sprawstwa kierowniczego odzwierciedla szczególnie niebezpieczny charakter dokonania przestępstwa w postaci takiej figury sprawczej, lecz (...) sprawstwo kierownicze jako odmiana sprawcza nie wchodzi w skład zespołu ustawowych znamion czynu zabronionego i nie stanowi okoliczności modyfikującej typ przestępstwa”¹¹.

Przytoczony argument spójnie odwołuje się do struktury pojęciowej przestępstwa (takiej, jaką ówczesnie uznawano): zachowanie określone w art. 124 § 1 *in fine* kodeksu karnego z 1969 r. odpowiada sprawstwu kierowniczemu, zatem formie zjawiskowej, a skoro jest formą zjawiskową, to nie jest typem (ani znamieniem modyfikującym typ), zatem musi

⁹ Nie są one pod względem znaczenia i ekstensji odrębne od „brania udziału w obcym wywiadzie”, lecz w nim się zawierają. Relacja taka zachodzi w każdym przypadku między wyrażeniami o postaci „kierować działalnością X”, „organizować działalność X” oraz „brać udział w działalności X”. Jeśli np. ktoś w czasie od t1 do t2, jako prezes lokalnego oddziału stowarzyszenia hodowców kanarków, ogólnie kieruje tym oddziałem i organizuje jego poszczególne przedsięwzięcia (np. odczyt w określonym dniu D i miejscu M o wpływie rodzaju karmy na barwę głosu kanarka), to można poprawnie po polsku powiedzieć, że w tymże czasie bierze udział w działalności oddziału, tak samo jak bierze w niej udział prelegent oraz osoby, które rozstawiły na sali krzesła dla słuchaczy.

¹⁰ W tym miejscu może pojawić się wątpliwość, czy relację *lex specialis* – *lex generalis* wolno odnosić do zawartości tej samej jednostki tekstu prawnego.

¹¹ T. Florek, *Czy sprawstwo kierownicze stanowi okoliczność kwalifikującą?*, PiP 1974/3, s. 94–95.

być szczególną dyrektywą wymiaru kary za sprawstwo kierownicze. Jednak wątplię, czy ten argument był trafny, gdyż użyte sformułowanie **nie** odpowiadało sprawstwu kierowniczemu, którego ówczesna definicja praktycznie pokrywała się z obecną¹², mieściła zatem w sobie wyłącznie przypadki kierowania wykonaniem konkretnego czynu zabronionego przez inną osobę¹³. Tymczasem zwrot „kierować tą działalnością” (a nie „czynem”, względnie „działaniem”) nasuwa wniosek, że chodzi o ogólne kierowanie obcym wywiadem (rozumianym funkcjonalnie, tj. jako działalność organizacji wywiadowczej lub jej oddziału), niekoniecznie zaś kierowanie „braniem udziału w obcym wywiadzie” przez poszczególne osoby¹⁴.

Ponadto argumentacja T. Florek w ogóle pomijała znamię „organizowania” działalności szpiegowskiej, które w moim przekonaniu ani wtedy, ani obecnie nie mieści się w „kierowaniu wykonaniem czynu zabronionego”¹⁵.

O ile szczegóły interpretacyjne art. 124 kodeksu karnego z 1969 r. nie mają już żadnego znaczenia praktycznego¹⁶, o tyle nadal stanowi on

¹² „Odpowiada za sprawstwo (...) także ten, kto kieruje wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego”; różnica szyku między art. 16 kodeksu karnego z 1969 r. a art. 18 § 1 k.k. ma znaczenie tylko stylistyczne.

¹³ Już w wyroku z 30.05.1975 r., Rw204/75, OSNKW 1975/8, poz. 115, SN uznał, moim zdaniem jak najśluszniej, że definicję tę spełnia ten tylko, kto ma „rzeczywistą możliwość faktycznego panowania nad rozwojem i przebiegiem bezprawnej akcji”.

¹⁴ W tym sensie dyrektor CIA (zakładając, że dałby się złapać kontrwywiadowi PRL i postawić przed sądem) kierował „obcym wywiadem”, ale przecież nie kierował wykonaniem konkretnych czynów zabronionych przez pracowników tej agencji lub działających na jej rzecz szpiegów; można zresztą z praktyczną pewnością założyć, że o tych czynach w większości nie wiedział.

¹⁵ Jakkolwiek uzasadnienie projektu kodeksu karnego z 1969 r. posługiwało się dwuznacznymi określeniami „organizator przestępstwa” oraz „wypadki zorganizowanego popełnienia przestępstw” (*Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie*, Warszawa 1968, s. 100), żadne wysiłki interpretacyjne nie są w stanie rozciągnąć pojęcia kierowania wykonaniem czynu przez drugą osobę na przypadki „sprawstwa organizacyjnego”. Po prostu organizowanie komuś możliwości popełnienia czynów zabronionych nie implikuje kierowania wykonaniem tych czynów.

¹⁶ Problemy zbliżone pojawiają się na tle obowiązującego art. 116 ust. 3 pr. aut., który posługuje się zwrotem „działalność przestępną określoną w ust. 1 (sc. bezprawne rozpozeczniwanie cudzych utworów) organizować lub nią kierować”. Inaczej niż w art. 124 kodeksu karnego z 1969 r. są tu dwa odrębne przepisy, niemniej pozostaje w mocy pytanie, czy wyrażenie „kierować działalnością przestępną” jest prostym synonimem „kierowania

pouczający przykład. Co najmniej w odniesieniu do „organizowania” (osobiście sędzę, że co do „kierowania” też) powinniśmy przyjmować, że stanowił on anomalię, gdzie typ kwalifikowany został zdefiniowany w tym samym przepisie, co podstawowy.

2. Praktycznie powszechnie przyjmuje się, że modyfikowanym można nazwać tylko taki typ „B”, który jest **ujęty w przepis będący *lex specialis*** względem innego przepisu, kreującego typ „A”. Typ „A” wówczas nazywamy wyjściowym lub zasadniczym (dla typu „B”).

W tym miejscu przypomnę, że pojęcia *lex specialis* – *lex generalis* odnoszą się do relacji między dwoma przepisami¹⁷ (będę dalej używał skrótowej nazwy: relacja S–G), nie do cech tychże przepisów. Żaden przepis zatem sam w sobie nie jest *specialis* (resp. *generalis*), a najwyżej jest *specialis* względem jednego lub więcej przepisów, nie będąc nim dla wszystkich pozostałych.

Identyczne uwagi dotyczą pojęć: „typ wyjściowy – typ zmodyfikowany” oraz „typ podstawowy – kwalifikowany – uprzywilejowany”. Typ czynu zabronionego nie może więc być „kwalifikowany w ogóle”, a tylko względem drugiego, który z kolei jest dla niego typem podstawowym (tak jak w stosunkach cywilnoprawnych i prawnorodzinnych: wstępnym, zstępnym, bratem, siostrą itd. nie jest się „w ogóle”, można być nim tylko dla kogoś)¹⁸.

Są to sprawy oczywiste, ale w takim razie nie mamy tu do czynienia z klasyfikacją (podziałem logicznym) typów, jak to się niekiedy ujmuje w dydaktyce. Klasyfikacja ma wyczerpywać całą dziedzinę przedmiotów, dzieląc ją na klasy rozłączne, a nie da się przy spełnieniu tych warunków podzielić typów czynów zabronionych na podstawowe, kwalifikowane

wykonaniem czynu zabronionego” w rozumieniu art. 18 § 1 k.k. Za taki uważają je, moim zdaniem nietrafnie, M. Mozgawa, J. Radoniewicz, *Prawnokarne aspekty prawa autorskiego (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania)*, Warszawa 2002, s. 13, jednak równocześnie określają art. 116 ust. 3 pr. aut. jako typ kwalifikowany, nie zaś szczególną dyrektywę wymiaru kary za sprawstwo kierownicze.

¹⁷ Z zastrzeżeniem, że niekiedy będzie to relacja między odmianami z jednego przepisu.

¹⁸ J. Brzezińska (*Uwagi o przestępstwie uprzywilejowanym...*), posługuje się tą analogią, pisząc o „rodzinach typów”.

i uprzywilejowane. Niektóre należałyby przecież do więcej niż jednej kategorii podziału, a inne – do żadnej. Zwykły rozbój z art. 280 § 1 k.k. jest „logicznym zstępnym” dla zwykłej kradzieży, ale zarazem „logicznym wstępnym” dla kwalifikowanego rozboju z § 2¹⁹. Te typy czynów zabronionych, które ani nie mają logicznie pochodnych od siebie, ani same nie są pochodne od innych (np. art. 170 k.k.), nie są „podstawowe”²⁰, lecz po prostu nie pozostają w żadnej relacji „prawnorodzinnej”²¹, można je określić jako samoistne²².

Nazewnictwo to nie tworzy zatem podziału, lecz jedynie typologię.

Na użytek części szczególnej prawa karnego mamy bardzo wygodną „operacyjną” definicję, pozwalającą rozpoznawać pary przepisów o charakterze S–G. Pary te spełniają zawsze jeden z dwu prostych schematów:

- (a) Pierwszy przepis zawiera pewien zbiór znamion (powiedzmy: ABCD), a drugi te same i przynajmniej jedno dodatkowe znamię E. W ten sposób zbudowany jest np. art. 148 § 4 k.k. jako modyfikacja § 1.
- (b) Pierwszy przepis zawiera zbiór znamion ABCD, a drugi ABCD', przy czym D' jest nazwą zakresowo węższą od D (przykładem jest „dziecko” z art. 149, a „człowiek” z art. 148 § 1 k.k.).

¹⁹ E. Plebanek zauważa, że typ uprzywilejowany C może być ukuty jako *lex specialis* od innego typu B, który jest z kolei kwalifikowanym dla trzeciego typu A (np. art. 59 ust. 3 w zw. z ust. 2 u.p.n., tj. wypadek mniejszej wagi udzielenia małoletniemu narkotyku); E. Plebanek, *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag w sporze o charakter instytucji i jego praktyczne konsekwencje*, CzoPKiNP 2001/1, s. 89.

²⁰ Słowo „podstawa” zakłada relację, tj. podstawą można być tylko dla tego czegoś, co na niej stoi; beton wany w wykop ziemny nie nazywa się podstawą ani fundamentem, jeśli nikt nie opiera i nie zamierza oprzeć na nim żadnej konstrukcji.

²¹ W tym przypadku analogia nie jest całkiem udana, bo człowiek wprawdzie może nie mieć zstępnym, jednak ze względów biologicznych musi (jak dotąd) mieć wstępnych. Żartem można podać przykład Majmasza – Samosyna, który powstał czystym przypadkiem z przesuwających się śmieci, wobec czego „nie miał ojca ani matki, ale sam był sobie synem, albowiem ojcem jego był Traf, a matką – Entropia”, S. Lem, *Bajka o trzech maszynach opowiadających króla Genialona* [w:] S. Lem, *Cyberiada*, Kraków 1978, s. 404–411.

²² K. Buchała stwierdza, że typ kwalifikowany oderwany od podstawowego „przestaje być modyfikacją typu, a staje się typem samoistnym, zasadniczym” (K. Buchała, *Odpowiedzialność za przestępstwa...*). Zasadniczym nie (gdyż to relacja), ale samoistnym – tak.

Nie trzeba uzasadniać, że zbiór znamion nie oznacza prostego zbioru słów, a należy rozpatrywać także ich związki gramatyczne; „sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy w ruchu” nie spełnia więc schematu „ABCD+E” w stosunku do „sprowadzenia katastrofy w ruchu”, bo słowa „bezpośrednie niebezpieczeństwo” nie stanowią dodatkowych znamion²³.

Sprawę nieco komplikuje to, że typ zmodyfikowany może być nazwowym, podczas gdy typ dlań wyjściowy był opisowym. Wprawdzie polska ustawa karna nie zna zupełnych typów nazwowych, tj. takich, gdzie nazwa zastępuje definicję²⁴, zdarza się natomiast, że tworząc typ zmodyfikowany, zamiast powtarzać *in extenso* listę znamion typu zasadniczego, zastępuje się ją krótką, historycznie ukształtowaną nazwą („kradnie” lub „kradzież” jako synonim zespołu znamion z art. 278 § 1; „rozbój” jako synonim znamion z art. 280 § 1 k.k.). Takie „pozorne” typy nazwowe są niekłopotliwe, trudności mogą się jednak pojawić, gdy nazwa zostanie w ustawie użyta niekonsekwentnie. Wyrażenie „kradzież energii” z art. 278 § 5 *in principio* k.k. mogłoby na pierwszy rzut oka sprawiać wrażenie, że ustanawia typ zmodyfikowany „kradzieży w ogólności”. Oczywiście tak nie jest, co wynika zarówno z samego brzmienia ustawy (§ 5 nie modyfikuje zagrożenia z § 1, lecz stwierdza, że do przypadków „kradzieży energii” § 1 stosuje się odpowiednio), jak i z logiki²⁵. Żaden problem nie pojawia się natomiast

²³ Nie zachodzi też sytuacja odwrotna, tj. typy wyrządzenia uszczerbku dla dobra prawnego nie są modyfikacją typów sprowadzenia niebezpieczeństwa takiego uszczerbku, niemniej któraś z reguł wyłączania wielości ocen musi tu być stosowana. Związki między takimi typami są kwestią trudną (Ł. Pohl sądzi, że doszukiwanie się stosunków logicznych między przepisami ujmującymi różne fazy czasowe czynu, jest „karkołomne”, gdyż założeniem logiki formalnej jest statyczność; Ł. Pohl, *Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć*, RPEiS 2005/1, s. 103) i wykraczają poza tematykę konferencji

²⁴ Powszechnie znanym przykładem typu nazwowego z dawnych epok jest *crimen laesae maiestatis*. Współcześnie typem nazwowym pozostaje morderstwo w prawie angielskim, wprawdzie zagrożone karą w ustawie (*Homicide Act*, 1957) lecz niemające definicji ustawowej i po staremu definiowane poprzez *common law of crimes*; szczegóły zob. np. *A New Homicide Act for England And Wales?*, The Law Commission Consultation Paper No 177).

http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/cp177_Murder_Manslaugther_and_Infanticide_consultation_overview_.pdf (dostęp: 24.02.2017 r.).

²⁵ „Kradzież jako taka” (w ujęciu 278 § 1 k.k. i przepisów odeń pochodnych) jest zabranieniem rzeczy, a energia ani nie jest szczególnym przypadkiem rzeczy, ani też „kradzież energii” nie może być jej zabranieniem (w normalnym, słownikowym sensie), bo nie istnieje obiekt będący desygnatem nazwy „energia” i dający się zabrać. Energię można jedynie

na tle nazwy „kradzież leśna”, ponieważ istnieje ona jedynie w języku prawniczym²⁶.

Co do stosunku S–G trwa zadawniony spór, czy polega on na zawieraniu, czy wykluczaniu logicznym²⁷. Różnica zdań w kwestii tak podstawowej i *prima facie* tak prostej²⁸, utrzymująca się latami bez rozstrzygnięcia, jest cokolwiek zagadkowa. Podejrzewam, że jej źródłem jest to, iż strony sporu mówią o dwu różnych sprawach: jedni o zakresach nazw i semantyce przepisów, drudzy o zakresach stosowania norm, których treść już została z przepisów wyinterpretowana; pierwsi mają na myśli przesłanki wykładni, drudzy – wnioski z niej; pierwszym idzie o cechy rozpoznawcze relacji S–G, drugim o uzasadnienie reguły *lex specialis derogat legi generali*. W efekcie wszyscy mają na swój sposób rację.

Mówienie o zakresach przepisów jest pewnym uproszczeniem czy zniekształceniem sprawy. Przepis wzięty jako całość jest zdaniem²⁹, nie nazwą, więc nie ma swego „zakresu nazwowego” (ekstensji). Jednak zespół znamion zawarty w przepisie części szczególnej prawa karnego da się ująć w postać nazwy złożonej (np. umyślne „zniszczenie, uszkodzenie lub uczynienie niezdatną do użytku cudzej rzeczy”), a zakresy takich nazw już można porównywać. I niezależnie od tego, czy ktoś uznaje *lex specialis derogat legi generali* za regułę wyłączania wielości ocen, czy za dyrektywę egzegezy, czy dopatruje się w przepisie wyjściowym

pobrać lub zużyć; zabrać da się jedynie niektóre rodzaje nośników energii wraz z energią (bateria, beczka benzyny), ale to stanowi już przecież „zwykłe” zabranie rzeczy, nie zaś „kradzież energii”.

²⁶ Ustawa wyraźnie nie chce odnosić nazwy „kradzież” do przestępstwa z art. 290 § 1 k.k., co wynika z § 2. „Kradzież leśna” i kradzież jako typy nie są w logicznym stosunku S–G, ale istnieje między nimi związek chronologiczny i funkcjonalny (jak między przygotowaniem a dokonaniem).

²⁷ W największym uproszczeniu: główne stanowiska w sporze wyznaczili W. Wolter, *Kumulatywny zbiór przepisów ustawy*, Warszawa 1960, zwł. s. 32 i n.; A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbiór przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, zwł. s. 69–73, z zaznaczeniem, że ten drugi zabrał głos w obronie stanowiska tradycyjnego (o zawieraniu przepisu szczególnego w ogólnym).

²⁸ Jak to ujął A. Spotowski, „niemal powszechnie zwraca się uwagę na logiczny charakter zasady specjalności”; A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbiór...*, s. 67. Gdyby jednak kwestia ta naprawdę miała naturę czysto logiczną, nie byłaby trudna do rozwiązania.

²⁹ Uściślając: gramatycznie jest zdaniem (oznajmującym), zdaniem w sensie logicznym nie jest.

zanegowanych znamion modyfikujących, czy też tłumaczy funkcjonowanie *leges speciales* innym jeszcze mechanizmem logicznym, musi przecież uznać, że zdarzenia o cechach (znamionach) ABCDE stanowią podzbiór zdarzeń o cechach ABCD (przypadki „zabicia człowieka pod wpływem silnego wzburzenia” są podzbiorem przypadków zabicia człowieka, przypadki „kradzieży z włamaniem” – podzbiorem kradzieży itd.). Dopóki więc mówimy o relacji między zakresami nazw zawartych w przepisach S–G, dopóty chodzi o zawieranie logiczne. Nawet gdyby utrzymywać, że możliwość odniesienia przepisu ogólnego i szczególnego do tego samego stanu faktycznego to tylko pozór, będący wynikiem niedokończony wykładni³⁰, to przecież owa wykładnia wcześniej musiałaby zostać rozpoczęta i u jej początku musiałoby nastąpić ustalenie, że mamy do czynienia z przypadkiem pary przepisów ogólnego i szczególnego. Tymczasem diagnoza, że dwa przepisy X i Y pozostają w relacji *specialis* – *generalis*, może być postawiona tylko wtedy i na tej jedynie podstawie, że X zawiera się w Y (lekarz mógłby powiedzieć, że zawieranie się jest symptomem tej relacji). Jeśli natomiast dwa przepisy wykluczają się na poziomie semantycznym, to ich hipotezy wyznaczają rozłączne zbiory desygatów i stosunku S–G między nimi oczywiście nie ma³¹.

Dopiero po zdiagnozowaniu relacji S–G możemy zastosować regułę *lex specialis derogat legi generali*, w wyniku tej operacji uzyskując relację wyłączenia między zakresami zastosowania norm³².

³⁰ W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 246.

³¹ Nie jest łatwo wskazać przykład rzeczywiście obowiązującej pary przepisów, które bezwzględnie wykluczałyby się na poziomie czysto semantycznym (W. Wolter przytaczał art. 232 i 234 kodeksu karnego z 1932 r., które typizowały „spędzenie płodu za zgodą” oraz „spędzenie płodu bez zgody” kobiety ciężarnej; W. Wolter, *Kumulatywny zbieg...*, s. 39), podam więc przykład zmyślony: *Kto wchodzi na Giewont podlega karze* i *Kto schodzi z Giewontu podlega karze*. Żaden stan faktyczny nie może spełnić tych znamion równocześnie, więc nie mogą one, ściśle biorąc, wchodzić w zbieg (dopóki chodzi o „ten sam czyn”). Jednak w ramach zbiegu należałoby potraktować zrealizowanie ich kolejno, przy spełnieniu warunków z art. 12 k.k.

³² Nie wydaje mi się szczególnie ważne, czy zbieg przepisu ogólnego ze szczególnym będziemy nazywali „pomijalnym”, czy też „pozornym” (względnie „niewłaściwym”). Za stosowaniem jednolitego określenia przemawia jednak brzytwa Ockhama (nie zachodzi, moim zdaniem, żadna fundamentalna różnica między *lex specialis derogat legi generali* a pozostałymi regułami wyłączania wielości ocen; wszystkie one opierają się na uzasadnieniach teleologicznych i żadna nie jest czysto formalnologiczna). Z kolei za nazwą „zbieg pomijalny” przemawia semantyka języka polskiego. „Pozorny” znaczy mniej więcej tyle, co „złudny” lub

„Symptom” zasady specjalności jest rzeczywiście logiczny, ale sama zasada przecież taka nie jest. Tak zwana logika prawnicza nakazuje nam w tym przypadku wnioskowanie, które jest racjonalne (jako zgodne z domniemaną racjonalną wolą ustawodawcy), lecz jednak pozalogiczne czy wręcz antylogiczne. Z punktu widzenia „prawdziwej” logiki formalnej żadnej zasady specjalności nie ma. Zdanie z nazwą nadrzędną odnosi się też do wszystkiego, co obejmuje nazwa podrzędna, a wypowiadając kolejne zdanie, zawierające nazwę podrzędna, nie neguję przez to ani nie „deroguję” tego, co mówiłem poprzednio³³. Jeśli chcę przeciwstawić sobie desygnaty nazw podrzędnej i nadrzędnej, muszę to zrobić *explicite*, poprzez wykluczające się predykaty (mogę np. powiedzieć, że wszystkie ssaki są żyworodne, z wyjątkiem stekowców, które są jajorodne; jest to prawdą, ale nadal nie czyni ze ssaków i stekowców zbiorów rozłącznych). Tymczasem zasada specjalności każe nam *a priori* traktować wypowiedzi normatywne odnoszące się do „kradzieży” jako nieodnoszące się do „kradzieży z włamaniem” i na odwrót.

Zasada *lex specialis derogat legi generali* bywa traktowana jako swoista nietykalna świętość systemowa; „odwołanie do niej ma charakter bezwzględny i nie doznaje wyjątków”³⁴. Rzeczywiście, stosujemy się do niej dość mechanicznie i bezrefleksyjnie. Nie wydaje się ona jednak niezbędnym założeniem dla wszelkich zbiorów wypowiedzi normatywnych. Reguły postępowania praktycznego mogą układać się w relacje S–G (np. przepis na sernik z rodzynkami może być „typem zmodyfikowanym” przepisu na sernik), ale odnoszę wrażenie, że „prakseologiczne *leges speciales*” stanowią zwykle tylko uzupełnienie dla reguł generalnych. Przy projektowaniu obiektów ze zbrojonego betonu (żelazobetonu) stosują się ogólne normy wytrzymałościowe, oraz dodatkowo dyrektywa szczególna „do zbrojenia betonu w rejonach nadmorskich używaj

„urojony”, tymczasem zbieg przepisów ogólnego i szczególnego należy dostrzec, rozpoznać i wyeliminować w toku wnioskowania (niezależnie, czy nazwiemy to stosowaniem reguły kolizyjnej, czy dyrektywą egzegezy) i nie jest to naszym uzowaniem, lecz faktem normatywnym. Zob. A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg...*, s. 54.

³³ Wypowiedź „W górach można spotkać drzewa iglaste. Kosodrzewinę można spotkać na wysokościach 1000–2500 metrów n.p.m.” nie prowadzi do wniosku, że „iglaki” niebędące kosodrzewiną rosną tylko poza tym zakresem wysokości.

³⁴ A. Jezusek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 24.01.2013 r., sygn. I KZP 19/12*, Prok. i Pr. 2014/7–8, s. 231.

elementów stalowych o podwyższonej odporności na korozję”. Normy wytrzymałościowe obowiązują uniwersalnie (więc również nad morzem); norma szczególna odnosi się do okolic, gdzie budowla narażona będzie na wilgoć i sól, ale nie wynika stąd, że „antykorozyjne” zbrojenie betonu w innych okolicach jest postępowaniem niepoprawnym. Niezupelnie odpowiada to schematowi *speciale derogat generali*.

Tylko niektóre pary dyrektyw prakseologicznych muszą być, ze względu na swoje brzmienie, odczytywane jako wyłączające się wzajemnie. Należy do nich np. zalecenie „schab piecz przez 90 minut w temperaturze 200°C, a jeśli z termoobiegiem, to o 20°C niższej”. Zakłada ono ogólną klasę czynności (pieczenie schabu) i jej podklasę wyznaczoną przez okoliczność szczególną (pieczenie z włączoną funkcją termoobiegu), każdej z klas przyporządkowując inną dyrektywę postępowania. Jako że piekarnik może mieć tylko jedną temperaturę, dyrektywy te są logicznie niezgodne i zasady „ogólnego pieczenia schabu” nieuchronnie wykluczają się z zasadami „pieczenia schabu z termoobiegiem”.

Wątpliwości mogą się pojawić nawet w obrębie systemu prawnego. Jesteśmy przekonani o potrzebie stosowania zasady *lex specialis derogat legi generali* na gruncie prawa karnego, prawa wykroczeń i prawa karnego skarbowego³⁵. Powstaje jednak pytanie o jej sens na gruncie „małej” odpowiedzialności represyjnej (dyscyplinarnej i zawodowej), tj. na obszarach, gdzie nie ma prawdziwej typizacji, a jedynie quasi-typizacja³⁶.

I tak np. na gruncie odpowiedzialności zawodowej lekarzy ogólne rozwiązania są bardzo silnie wzorowane na prawie karnym materialnym

³⁵ Sądzę, że zasada specjalności obowiązuje także w relacjach wzajemnych między tymi gałęziami, tzn. że wyłącza ona możliwość zbiegu idealnego przestępstwo-wykroczenie, przestępstwo-przestępstwo skarbowe itd.

³⁶ „Prawdziwą typizacją” nazywam taką, która (1) opiera się na katalogu szczegółowych definicji legalnych; (2) określa, co jest karalne (a nie co jest nakazane lub zakazane); (3) wyznacza granice między czynami karalnymi a niekaralnymi przy użyciu znamion spełniających warunek *lex certa*; (4) opatruje poszczególne typy zagrożeń karą. Materialno-prawne podstawy małej odpowiedzialności represyjnej spełniają najwyżej warunek pierwszy, a niekiedy nawet sprowadzają się do ogólnej definicji przewinienia („czynny uchybiający godności studenta” – art. 211 ust. 1 ustawy z 27.07.2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2016 r. poz. 1842 ze zm.)).

i procesowym³⁷, a skazujące orzeczenie sądu lekarskiego ma zawierać „dokładne określenie przypisanego obwinionemu czynu oraz jego kwalifikację prawną”³⁸ (jakkolwiek podstawą skazania wcale nie musi być przepis prawa, bo ustawa definiuje przewinienie zawodowe jako „naruszenie zasad etyki lekarskiej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza”³⁹). W praktyce może to wyglądać np. tak: zgodnie z art. 4 u.z.l.l.d. lekarz ma wykonywać zawód zgodnie z pewnymi kryteriami, w tym zgodnie ze wskazaniami aktualnego stanu wiedzy oraz z należytą starannością. Zatem czyn niespełniający tych kryteriów (o ile jest zawiniony) jest przewinieniem zawodowym, a SL ma doń stosować kwalifikację prawną z art. 4 u.z.l.l.d.

„Przepisy związane z wykonywaniem zawodu lekarza” potrafią układać się w relację S–G w zaskakujący sposób. I tak art. 21 u.z.l.l.d. w ust. 3 zd. 3 *in principio* stanowi, że eksperyment medyczny w postaci tzw. „badawczej” wolno przeprowadzić tylko wtedy, gdy „uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu”. Równocześnie art. 25 ust. 3 u.z.l.l.d. dodaje, że „udział małoletniego w eksperymencie badawczym jest dopuszczalny, jeżeli spodziewane korzyści mają bezpośrednie znaczenie dla zdrowia małoletniego, a ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów”. Ponadto art. 26 ust. 2 u.z.l.l.d. stwierdza, że „kobiety ciężarne i karmiące mogą uczestniczyć wyłącznie w eksperymentach badawczych pozbawionych ryzyka lub związanych z niewielkim ryzykiem”.

Mamy więc oto akt prawny, który ustanawia ogólny warunek dopuszczalności pewnej klasy czynów, a w innych przepisach dodaje ten sam warunek jako szczególny (niby coś takiego w legislacji „nie ma prawa” się zdarzyć, ale jednak zdarzyło się i obowiązuje od 20 lat). Z punktu widzenia adresatów pierwotnych jest to nieszkodliwe *superfluum*, co

³⁷ Dotyczy to zarówno samych przepisów rozdziału 5 ustawy z 2.12.2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U. z 2016 r. poz. 522 ze zm.), jak i posilkowego odesłania do kodeksu postępowania karnego oraz do rozdziałów I–III i art. 53 k.k. (art. 112 u.i.l.).

³⁸ Art. 89 ust. 2 pkt 1 u.i.l.

³⁹ Art. 53 u.i.l.

jednak należałoby zrobić z oceną prawną przypadków, gdy lekarz podejmuje niedopuszczalnie ryzykowny (cokolwiek to znaczy) eksperyment medyczny badawczy na małoletniej w ciąży? Czy sąd lekarski ma go wówczas skazać 1) za przewinienie zawodowe z art. 25 w zw. z art. 26 u.z.l.l.d.; czy 2) z art. 21 w zbiegu z art. 25, w zbiegu z art. 26 u.z.l.l.d., a może wreszcie 3) z samego art. 21 u.z.l.l.d.? Czy art. 25 i 26 ustanawiają „zmodyfikowane typy przewinień zawodowych” (względem art. 21) i czy w ogóle stosować tu regułę specjalności?⁴⁰ Dodatkową osobliwość stanowi, że każda możliwa odpowiedź zakłada, iż podstawą skazania będzie przepis zezwalający czytany *a contrario*⁴¹.

Postawiony problem jest jak dotąd hipotetyczny, ale kwalifikacja prawna przeciętnych rzeczywistych przewinień zawodowych niesie pytania równie kłopotliwe. Czy na przykład „niezgodność z aktualnym stanem wiedzy medycznej” (art. 4 u.z.l.l.d., art. 6 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta⁴² i art. 6 Kodeksu Etyki Lekarskiej) stanowi typ zmodyfikowany „nienależytej staranności” (art. 4 u.z.l.l.d., art. 8 ustawy o prawach pacjenta i art. 8 Kodeksu Etyki Lekarskiej)⁴³, a z kolei art. 57 ust. 1 zd. 1 Kodeksu Etyki Lekarskiej (zgodnie z którym lekarzowi nie wolno posługiwać się metodami uznanymi przez naukę za szkodliwe, bezwartościowe lub nie zweryfikowanymi naukowo) stanowi typ zmodyfikowany „niezgodności z aktualnym stanem wiedzy”?⁴⁴ Które z wymienionych przepisów powinny stanowić podstawę skazania lekarza-szarlatana

⁴⁰ Można sądzić, że wymienione przepisy w ogóle nie są w relacji typ wyjściowy – typy zmodyfikowane, skoro art. 25 ust. 3 i art. 26 ust. 2 u.z.l.l.d. z pewnością nie powstały dla zróżnicowania zagrożenia karą (zagadką jest, po co w ogóle one powstały).

⁴¹ Przepisy rozdziału 4 u.z.l.l.d. nie ustanawiają kontratypu, lecz zbiór warunków dopuszczalności prowadzenia eksperymentów medycznych na ludziach, co wynika zarówno z brzmienia ich samych („eksperyment może być przeprowadzony, jeżeli...”, „przeprowadzenie eksperymentu jest dopuszczalne wówczas, gdy...”), jak art. 27 § 3 k.k. („zasady i warunki dopuszczalności eksperymentu medycznego określa ustawa”). Tym samym ustanawiają wyjątki od ogólniejszego zakazu prowadzenia eksperymentów medycznych na ludziach; nie da się jednak wskazać w systemie prawnym konkretnego przepisu, który taki zakaz generalny ustanawia (wynika on z szerszej interpretacji systemowej). Pytanie, czy typ czynu karalnego może być ustanowiony w przepisie zezwalającym, leży poza tematyką publikacji.

⁴² Ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2016 r. poz. 186 ze zm.).

⁴³ W moim przekonaniu warunek zgodności z aktualnym stanem wiedzy w zupełności zawiera się w „należytej staranności” i jest logicznie niepotrzebny.

⁴⁴ Zakaz ten z kolei zawiera się w obu warunkach ogólniejszych: „należytej staranności” i „zgodności z aktualnym stanem wiedzy”. Nasuwa to podejrzenie, że niektóre *leges speciales*

(uprawianie szarlatanerii mieści się w pojęciach każdego z nich)? Jak z kolei traktować przypadki zbiegu przepisu ustawy związanego z wykonywaniem zawodu lekarza z zasadą etyki lekarskiej, jeśli ta ostatnia tylko dubluje treść ustawy?⁴⁵ Doktryna prawa karnego nie udziela na te pytania dobrej odpowiedzi, ponieważ ukształtowała się ona w odmiennym stanie prawnym, na tle „prawdziwej” typizacji.

Powracając do prawa karnego, należy odpowiedzieć, jakie to konkretnie nieszczęścia spadłyby na nas, gdyby zasadę *lex specialis derogat legi generali* odrzucić. *Ceteris paribus*, tzn. przy założeniu, że nic innego w systemie prawnym nie ulega zmianie, należałoby wówczas każdy czyn spełniający znamiona typu zmodyfikowanego poddawać, zgodnie z art. 11 § 2 k.k., kumulatywnej kwalifikacji prawnej. Nie byłaby ona „fałszywa logicznie” ani nietrafna (nieadekwatna do rzeczywistości), lecz redundantna czy też pleonastyczna, jałowo powtarzając te same znamiona. Tymczasem zakładamy, że kwalifikacja prawna konkretnego przestępstwa ma nie tylko trafnie odzwierciedlać jego „zawartość kryminalną”, ale przy tym być możliwie prosta i krótka. W tym sensie zasada *lex specialis derogat legi generali* jest przejawem prawidłowej metodologii⁴⁶, ale nie jest koniecznością logiczną.

Bardziej oczywisty problem pojawiłby się co do zagrożeń karą, gdyż za przestępstwo typu uprzywilejowanego należałoby (znów *ceteris paribus*, ze względu na art. 11 § 3 k.k.) orzekać o karze na podstawie przepisu ujmującego typ podstawowy, co zanegowałoby praktyczny sens tworzenia typów uprzywilejowanych w ogóle. I to jest najcięższego kalibru argument dogmatyczny, przemawiający za stosowaniem zasady specjalności: skoro ustawodawca życzy sobie, by istniały typy uprzywilejo-

w Kodeksie Etyki Lekarskiej są ustanawiane wyłącznie w celach informacyjnych, czy też stanowią wańkowiczowski „smrodek dydaktyczny”.

⁴⁵ W praktyce OSK w Warszawie (obserwacja własna o charakterze „dowodu anegdotycznego”) zdarzają się kwalifikacje prawne przewinień zawodowych, gdzie powołano dwa przepisy posługujące się kryterium jednobrzmiącym lub dwa przepisy w relacji S-G i kwalifikacja ta nie była podważana w kontroli instancyjnej.

⁴⁶ Stanowi ona odpowiednik zasady ekonomii opisu rzeczywistości w naukach empirycznych: z dwu teorii (lub dwu praw nauki), które równie adekwatnie oddają rzeczywistość, naukowcy zwykle wybierają tę prostszą (prostota była początkowo główną przewagą teorii kopernikańskiej nad stopniowo komplikującą się teorią ptolemejską).

wane, to przecież nie w charakterze ozdoby, lecz dla rzeczywistego ich stosowania; najwyraźniej więc życzy sobie również, aby funkcjonowały one w miejsce typu podstawowego.

3. Zmodyfikowanym można nazwać tylko taki typ, który w porównaniu z przepisem wyjściowym zawiera **dodatkowe znamię**, a nie inny element. Warunek ten jest mniej jednoznaczny od poprzedniego; bo o ile bez trudu można stwierdzić, że pewien składnik przepisu jest dodatkowy, o tyle nie jest oczywiste, czy mieści się w granicach pojęcia znamienia, które nie należy do dobrze określonych.

Wydaje się całkiem niesporne, że do omawianej kategorii nie należą typy nieumyślne (jako rzekomo modyfikowana postać swoich odpowiedników umyślnych). Klauzula nieumyślności nie jest dodatkowym „znamieniem nieumyślności” (choć bywa tak nazywana)⁴⁷, lecz sygnałem, że oto natrafiliśmy na wyjątek od zasady „tylko umyślnie” (art. 8 k.k.). Nawet jednak gdyby miała ona być nazywana znamieniem, nie byłaby przecież znamieniem dodatkowym (definicja typu nieumyślnego nie pozostaje w relacji S–G do definicji typu umyślnego, bo ta ostatnia zawsze zawiera ukrytą, ogólną „klauzulę umyślności”).

Natomiast zmodyfikowanymi są typy o mieszanej stronie podmiotowej, gdyż następstwo jest ponad wątpliwość znamieniem dodatkowym.

Jednak niektóre przepisy nie dają się tak jednoznacznie zaklasyfikować jako typ zmodyfikowany; przede wszystkim należą do nich mnożące się w ustawie „wypadki mniejszej wagi”⁴⁸. Choć najczęściej nazywa się je typami zmodyfikowanymi, istnieje też stanowisko uważające je za szczególną, sformalizowaną dyrektywę sądowego wymiaru kary⁴⁹.

⁴⁷ Nazwa „znamiona nieumyślności” (zatem „to, co znamionuje nieumyślność”) powinna być odnoszona do definicyjnych warunków nieumyślności z art. 9 § 2 k.k.

⁴⁸ Obecny kodeks nie zna natomiast typów kwalifikowanych ze względu na „wagę ciężką”. W art. 165 § 2 *in fine* kodeksu karnego z 1969 r. istniał taki typ pozbawienia wolności („Jeżeli pozbawienie wolności trwało dłużej niż czternaście dni lub łączyło się ze szczególnym udręczeniem albo w innych szczególnie ciężkich wypadkach...”).

⁴⁹ Szczegóły sporu referują K. Banasik, *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*, Prok. i Pr. 2008/3, P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, Prok. i Pr. 2008/7–8; E. Plebanek, *Wypadek*

Wybór między tymi interpretacjami nie jest kwestią czysto pojęciową, lecz ma wyraźne i ważne skutki praktyczne⁵⁰. Pomijając konsekwencję najbardziej oczywistą (formułowanie kwalifikacji prawnej przestępstwa), wybór ten rzutuje na zakres stosowności warunkowego umorzenia postępowania karnego. Artykuł 66 § 2 k.k. w obecnym brzmieniu bezwzględnie wyłącza możliwość orzeczenia tego środka probacyjnego wobec sprawcy przestępstwa zagrożonego karą przekraczającą pięć lat pozbawienia wolności, istnieją tymczasem wypadki mniejszej wagi, przy których górne zagrożenie znalazło się poniżej tej granicy, lecz zarazem przekracza ją w przepisie wyjściowym (wypadku „standardowej wagi”). Jeśli „wypadek mniejszej wagi” jest typem uprzywilejowanym, to dopuszcza stosowanie warunkowego umorzenia (mimo że nie dopuszcza go typ podstawowy); jeśli natomiast jest dodatkową dyrektywą wymiaru kary za przestępstwo określone w przepisie poprzedzającym, środka tego do wypadków mniejszej wagi stosować nie wolno⁵¹.

Analogiczny kłopot z charakterem prawnym wypadków mniejszej wagi powstaje na tle art. 59 k.k., przewidującego generalną podstawę do odstąpienia od wymierzenia kary, jeśli m.in. „przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju”.

Rozstrzygnięcie, czy wypadek mniejszej wagi jest typem, czy „nie-typem”, może mieć znaczenie nie tylko dla instytucji wymiaru kary, lecz także dla samego przypisania odpowiedzialności karnej. Odpowiedź twierdząca prowadzi m.in. do wniosku, że sytuacje usprawiedliwionego błędu (tzn. urojona „mniejsza waga”) mają, zgodnie z art. 28 § 2 k.k., skutkować skazaniem za przestępstwo typu uprzywilejowanego.

mniejszej wagi – kilka uwag w sporze o charakter instytucji i jego praktyczne konsekwencje, CzPKiNP 2011/1.

⁵⁰ Omówienie tych różnic jest przykładowe; w literaturze dostrzeżono liczne inne (także w zakresie prawa procesowego); zob. np. P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi...*, s. 37.

⁵¹ Kwestia ta nieco tylko straciła na znaczeniu po zmianach z lipca 2015 r. (ustawa z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396)). Wcześniejsze brzmienie art. 66 k.k. nakładało warunek bardziej restryktywny (górną granicą zagrożenia nieprzekraczającą, przynajmniej co do zasady, 3 lat pozbawienia wolności).

Jeśli zaś „mniejsza waga” jest okolicznością łagodzącą przy sądowym wymiarze kary, to jej urojenie jest nieistotne.

Tu pojawia się myśl ogólniejsza: być może najbardziej ważkim skutkiem zaklasyfikowania pewnego przepisu szczególnego jako „nie-typu” jest to, że wówczas jego warunki dodane przestają być znamionami (przestają być składnikami definicji typu czynu zabronionego), co może nasuwać myśl, że nie muszą być one odzwierciedlone w zamiarze czy wręcz stanowią obiektywne warunki karalności lub „karalności zwiększonej”.

Przepisy z omawianej grupy tworzone są niemal zawsze przy użyciu krótkiej, eliptycznej formuły „w wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega ...”; kontekst przesądza, że idzie o popełnienie czynu o znamionach z przepisu bezpośrednio poprzedzającego⁵², lecz wagi atypowo małej. Spełniają one część warunków „bycia odrębnym typem zmodyfikowanym”: są ujmowane w osobnej jednostce redakcyjnej, zawierają dodatkowy warunek prowadzący do innego zagrożenia karą⁵³, zatem stanowią *leges speciales*, ale mimo tego nie jest całkiem pewne, czy konstytuują one typy zmodyfikowane. Odpowiedź jest zależna od tego, czy formułka „w wypadku mniejszej wagi” jest znamieniem typu czynu zabronionego, czy warunkiem innego rodzaju.

Pojęcie znamienia w doktrynie prawa karnego używane jest na każdym kroku, w sposób intuicyjny i daleki od jednoznaczności. Wszyscy jednak zapewne zgodzą się, że 1) znamiona to „cegiełki” składające się na konstrukcję typu, 2) nie każdy termin lub wyrażenie użyte w przepisie części szczególnej jest znamieniem; nazwa ta przysługuje tym tylko warunkom, które tworzą charakterystykę czynu zabronionego poprzez odwołanie się do jego właściwości (strony przedmiotowej i jej odzwierciedlenia w stronie podmiotowej), a nie tym, które „wykraczają poza czyn” (w szczególności odnoszących się do osoby sprawcy oraz jego zachowań przed popełnieniem i po popełnieniu przestępstwa).

⁵² Jeśli przepis wyjściowy i „wypadek mniejszej wagi” nie są ujęte bezpośrednio jeden po drugim, pojawia się dłuższa formuła „...sprawca czynu / przestępstwa określonego w przepisie X podlega...” (art. 250a § 3, art. 283, art. 303 § 3 k.k.).

⁵³ P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi...*, s. 32.

Wykładnia językowa nie dostarcza decydującej odpowiedzi, czy „wypadek mniejszej wagi” obejmuje tylko czyn, czy także inne elementy stanu faktycznego; słowo „wypadek” można przecież równie poprawnie odnosić do samego czynu zabronionego, a także czynu wziętego wraz z innymi okolicznościami, które rzutują na jego ocenę⁵⁴. Choć więc uzasadnienie projektu kodeksu karnego z 1969 r. określało wypadki mniejszej wagi jako typy uprzywilejowane⁵⁵, język ustawy nie pozwalał na jednoznaczne wnioski i w pierwszych latach jej obowiązywania judykatura wahała się⁵⁶ między interpretacją węższą („mniejszą wagę” wyznacza tylko społeczna szkodliwość)⁵⁷ a szerszą, tzw. całościową („mniejszą wagę” wyznaczają wszystkie okoliczności wpływające na wymiar kary)⁵⁸. Ostatecznie koncepcja węższa (w odmianie przedmiotowo-podmiotowej) utrzymała się i przeszła na grunt kodeksu karnego z 1997 r.

Wypadki mniejszej wagi w interpretacji całościowej wydają się trudne do pogodzenia z pojęciem typu czynu zabronionego, z czego jednak nie wynika, że pojęciu temu odpowiada konkurencyjna (i zwycięska) koncepcja przedmiotowo-podmiotowa. Wątpliwości pojawiają się dlatego, że nawet jeśli „mniejszą wagę” odnosić tylko do czynu, z wyłączeniem okoliczności i zdarzeń wobec niego zewnętrznych, stanowi ona wprawdzie jakiś warunek szczególny, lecz niekoniecznie znamię. Znamiona rozumiem jako próbę zgeneralizowanego opisu „zła nie do przyjęcia” (karalności) przez wskazanie jego bardziej szczegółowych kryteriów

⁵⁴ Wątpliwości takich nie stwarza określenie użyte w art. 82 ust. 2 *in principio* u.i.l.: „sąd lekarski może umorzyć postępowanie w przypadku przewinienia mniejszej wagi”, które wiąże kryterium wagi z samym przewinieniem.

⁵⁵ Projekt stwierdzał, że „traktuje wypadek mniejszej wagi jako uprzywilejowany typ przestępstwa, nie zaś jako podstawę przewidzianego w części ogólnej nadzwyczajnego złagodzenia kary”; *Uzasadnienie projektu kodeksu karnego*, Warszawa 1968, s. 147. P. Lewczyk zauważa, że większość przedstawicieli nauki prawa karnego zaakceptowała tę tezę mimo braku przekonujących argumentów przemawiających za nią; P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi...*, s. 28.

⁵⁶ P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi...*, s. 27–28.

⁵⁷ Występowały dwa warianty tej koncepcji: przedmiotowy, sprowadzający kryterium oceny do grożącej lub wyrządzonej szkody (resp. krzywdy) i przedmiotowo-podmiotowy, uwzględniający inne znamiona przestępstwa, w tym treść strony podmiotowej.

⁵⁸ Różnicę między tymi podejściami można zilustrować następująco: traktując wypadki mniejszej wagi zgodnie z koncepcją przedmiotowo-podmiotową, nie możemy uznać wypadku mniejszej wagi z art. 278 § 3 k.k. ze względu na naprawienie szkody wyrządzonej dokonaną już kradzieżą, nawet gdy stan naruszenia posiadania trwał chwilę, po czym sprawca rzecz zwrócił w ataku wyrzutów sumienia.

(choć niekoniecznie czysto opisowych); spełniających warunek *lex certa*; znamiona modyfikujące próbują czynić to samo w odniesieniu do „zła zwiększonego” lub „zła zmniejszonego” (poziomu karygodności czy też „abstrakcyjnej społecznej szkodliwości”). W „wypadku mniejszej wagi” takiego dodatkowego opisu, ściśle rzecz biorąc, nie ma; jest tylko odesłanie do stopnia społecznej szkodliwości (szkodliwości czynu *in concreto*). Jest to kryterium wysoce ogólne (czy wręcz klauzula generalna⁵⁹) i normalnie związane z sądowym wymiarem kary, a nie z typizacją, nie powinno więc dziwić, że część literatury nie dopatruje się w „mniejszej wadze” znamienia dodatkowego. I. Andrejew próbował wybrnąć z tej trudności, nazywając wypadek mniejszej wagi „typem uprzywilejowanym nieokreślonym”, przy których odmienna sankcja „zależeć może od różnych cech zdarzenia, przy czym ustawodawca tych cech nie określa, pozostawiając to ocenie sądu w konkretnym przypadku”⁶⁰, wyjaśnienie to jednak stanowi *contradictio in adiecto*, skoro typ, również ten zmodyfikowany, z definicji powinien być określony.

Nie chodzi tu o rozstrzygnięcie, kto ma rację, ale samo istnienie sporu pokazuje, że ogólne pojmowanie „typu” i wyodrębnianie poszczególnych typów nie rzeczą jest tak trywialną, jak się to przedstawia w podręcznikach.

Drugą grupą przepisów kłopotliwych w klasyfikacji są te, które ujmują typy zmodyfikowane poprzez okoliczności dodatkowe ujęte szczegółowo, lecz wykraczające poza czyn zabroniony. Można mieć wątpliwości, czy w ogóle nazwa „typy” jest tu na miejscu, zwłaszcza odkąd Sąd Najwyższy zadeklarował takie oto kryterium diagnostyczne⁶¹: w razie wątpliwości co do charakteru prawnego przepisu części szczególnej kodeksu karnego należy uznać, że gdy przewidziana w tym przepisie modyfikacja sankcji karnej uzasadniona jest „okolicznościami poprzedzającymi określony czyn lub też następującymi po jego popełnieniu”, mamy do czynienia z instytucją sądowego wymiaru kary; jeżeli natomiast okoliczności te „bezpośrednio powiązane są z czynem i mają znaczenie dla oceny stopnia jego społecznej szkodliwości”, to konstatu-

⁵⁹ Zob. K. Banasik, *Typ uprzywilejowany czynu zabronionego*, Prok. i Pr. 2013/9, zvl. s. 48.

⁶⁰ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1983, s. 119.

⁶¹ Postanowienie SN z 19.01.2012 r., I KZP 22/11, OSP 2012/5, poz. 50.

ują one kwalifikowany albo uprzywilejowany typ czynu zabronionego. Odnosząc następnie tę dyrektywę do art. 178a § 4 k.k., SN uznał ów przepis za hybrydę o „niejednorodnym charakterze normatywnym”: pierwsza jego część (warunek poprzedniego skazania) określa „specyficzną recydywę w zakresie przestępstw komunikacyjnych”, druga zaś (popelnienie przestępstwa podczas obowiązywania środka karnego) jest typem czynu zabronionego, gdyż taka okoliczność czasu jest przejawem zamachu na autorytet wymiaru sprawiedliwości, a nie tylko na bezpieczeństwo w komunikacji⁶². Proponowany schemat wnioskowania dzięki swej prostocie i jednowymiarowości stwarza „silną strategię wykładniczą”⁶³, co niekoniecznie musi być uważane za zaletę⁶⁴.

Nawet gdyby zaakceptować tę główną tezę postanowienia, należy jej zarzucić nieadekwatne ujęcie językowo-logiczne: „okoliczności poprzedzające określony czyn lub też następujące po jego popelnieniu” i „okoliczności bezpośrednio powiązane z czynem i mające znaczenie dla oceny stopnia jego społecznej szkodliwości” nie wyznaczają zbiorów rozłącznych (a kryteria dystynktywne mają to czynić). Wydaje się wręcz, że Sąd wymienił tu dwa różne kryteria: „okoliczności współczesne z czynem *versus* okoliczności przesunięte w czasie” oraz „okoliczności bezpośrednio powiązane z czynem *versus* okoliczności spoza czynu”. Jeżeli są to warunki logicznie niezależne (a wstępnie załóżmy, że są), to w przepisach części szczególnej mogą się znaleźć cztery grupy okoliczności: a) współczesne z czynem i z nim powiązane; b) niewspółczesne z czynem i z nim niepowiązane; c) niewspółczesne z czynem, lecz z nim powiązane oraz d) współczesne z czynem, lecz z nim niepowiązane.

⁶² Uznając „dwoisty” charakter przepisu, SN wybrnął z kłopotu, stwarzanego przez sprzeczną stylistykę ustawy. Jak zwrócił uwagę M. Małecki, brzmienie samego art. 178a § 4 k.k. może sugerować, że określa on recydywę *sui generis*, równocześnie jednak pewne przepisy części ogólnej (art. 42 § 3, art. 43a § 2, art. 69 § 4 k.k.) konsekwentnie używają formuły „sprawca przestępstwa określonego w art. 178a § 4”, znamionującej typ; M. Małecki, [akceptująca] glosa do tego postanowienia, CzPKiNP 2012/1, s. 168.

⁶³ M. Małecki, glosa..., s. 170.

⁶⁴ Krytyczny wobec tej „strategii” jest R.A. Stefański, który m.in. podnosi, że odwołanie się tylko do jednego kryterium nie jest zabiegiem właściwym, gdyż oceniając, czy pewna regulacja stanowi typ kwalifikowany lub uprzywilejowany, należy brać pod uwagę inne cechy, charakteryzujące typy modyfikowane przestępstw; R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 2012 r.*, Ius Novum 2013/1, s. 139. Sądzę jednak, że w „strategii” Sądu Najwyższego nie jest to kryterium jedyne, skoro Sąd określa je jako posiłkowe (stosowane „w razie wątpliwości”).

Ad a. Grupa ta jest trywialna i obejmuje niesporne ustawowe znamiona typu czynu zabronionego (w tym zmodyfikowanego); przykład może stanowić dowolne znamię sposobu działania. Kłopotliwe są pozostałe przypadki.

Ad b. Okoliczności będące znamionami ustawowymi i poprzedzające czyn lub następujące po nim mogą zarazem być najściślej z tym czynem powiązane i wpływać na jego ocenę. Najlepszym dowodem jest to, że pewne znamiona da się ująć językowo albo jako współczesne, albo niewspółczesne z czynem, bez zmiany ich ekstensji. Znamię z art. 122 § 1 k.k. „kto w czasie działań zbrojnych (...)” mogłoby brzmieć „kto po wszczęciu działań zbrojnych, a przed ich zakończeniem (...)”, a nadal obejmowałoby ściśle te same stany faktyczne. Pozostaje ono przy tym, niezależnie od sformułowania, właściwością charakteryzującą czyn, a nie człowieka.

Jeśli ten przykład nie wystarczy, to wyobraźmy sobie, że purytański ustawodawca wprowadza ogólny typ przestępstwa wojskowego polegający na umyślnym wprawieniu się przez żołnierza w stan nietrzeźwości lub odurzenia (niezależnie od czasu, miejsca i sytuacji). Artykuł 357 § 1 k.k. stałby się wówczas typem kwalifikowanym ze względu na znamię „po wyznaczeniu do służby lub będąc w służbie”. Przepis ten ujmuje „wyznaczenie do służby” jako okoliczność chronologicznie wcześniejszą od czasownikowego „wprawienia się”, ale przecież nie przestaje ona przez to być elementem czynu zabronionego. Nie byłoby też praktycznej różnicy między obecnym sformułowaniem przepisu, zawierającym okoliczność uprzednią (znamię okoliczności czasu) a alternatywnym „żołnierz, który, będąc wyznaczonym do służby lub [będąc] w służbie”, zawierającym okoliczność współczesną (znamię okoliczności sytuacji).

Gdyby i tego przykładu było za mało, kolejnym jest kradzież rozbójnicza, która obejmuje warunek działania „po dokonaniu kradzieży”, więc z definicji da się zrealizować tylko w chwili, kiedy owa kradzież jest już okolicznością historyczną, mimo że bliską w czasie. Nadal jednak okoliczność ta pozostaje nierozzerwalnie połączona z urzeczywistnieniem pozostałych znamion z art. 281 k.k. Wyobraźmy sobie mało prawdopodobny wypadek, że ktoś okradnie kolejno, w bardzo krótkim