

Tomasz Kaczmarek

W sprawie istoty i charakteru art. 26 k.k.

Palestra 16/1(169), 38-45

1972

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

nego zadowolenia ich czytelników nie rozwiązuje problemu. Istota prawnego uzasadnienia orzeczeń polega bowiem, jak wiadomo, nie tylko na przytoczeniu w motywach tego orzeczenia przepisów prawa, ale także na wykazaniu, dlaczego i z jakich przyczyn te właśnie przepisy znalazły zastosowanie w konkretnej sprawie bądź też jakie — prawne, społeczne czy gospodarcze — powody przemawiają za tą właśnie, a nie inną wykładnią prawa.

I dlatego chyba tylko w tak nieskomplikowanym problemie jak zagadnienie nieuwzględnienia terminu przedawnienia można uznać za wystarczającą motywację zawartą w orzeczeniu GKA z dnia 15 września 1969 r., iż „fakt niewskazania w motywach orzeczenia okoliczności uzasadniających nieuwzględnienie upływu terminu przedawnienia nie uzasadnia zarzutu niezbadania i nierozważenia tych okoliczności, skoro materiał sprawy dawał podstawę do przyjęcia, że okoliczności takie (...) zachodziły”¹⁷. Motywacja ta nie byłaby już jednak wystarczająca, jeśli chodzi o zagadnienia problemowe lub o wykładnię norm obowiązującego prawa, odbiegającą od tak autorytatywnej jak interpretacja Sądu Najwyższego.

Dlatego też wydaje się, że przed obydwoima omawianymi tu pionami orzecznictwa cywilnego zarysowuje się konieczność wypracowania form współdziałania w zakresie wykładni i praktycznego stosowania przez nie przepisów kodeksu cywilnego.

Wydaje się również konieczne pogłębienie motywacji prawnej orzeczeń arbitrażu. Być może w obecnym stanie jest to praktycznie utrudnione, m.in. przez znaczne chyba przeciążenie pracą pracowników aparatu orzecznictwa państwowego arbitrażu gospodarczego. Dlatego też wymagałoby rozważenia, czy konieczne jest uzasadnianie przez ten aparat z urzędu wszystkich orzeczeń arbitrażowych już w pierwszej instancji. Gdyby bowiem orzeczenia te były uzasadnione tylko na wniosek stron, to uzyskana w ten sposób rezerwa „mocy produkcyjnej” pracowników arbitrażu pozwoliłaby, być może, na staranniejsze i z konieczności bardziej pracowite uzasadnienie prawne orzeczeń arbitrażowych w tych sprawach, w których byłoby ono sporządzane.

¹⁷ Por.: wkładka do nru 4 PUG z 1970 r. (Orzecznictwo arbitrażowe, poz. 786).

TOMASZ KACZMAREK

W sprawie istoty i charakteru art. 26 k.k.

Autor, wykazując heterogenny charakter „bezprawności” i „społecznego niebezpieczeństwa czynu”, podkreśla różnicę pojęciową okoliczności wyłączających bezprawność czynu (kontratypów) i okoliczności ustalających brak społecznego niebezpieczeństwa czynu lub jego znikomość, przeciwstawiając się zarazem ich utożsamianiu.

I

W dość krótkim jeszcze okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. nowe instytucje w nim zawarte wzbudzają zrozumiałe zainteresowanie tak teoretyków jak i praktyków. Szczególnie wiele uwagi skupiają te instytucje, które oparte są

w szerokim zakresie na materialnym ujęciu przestępstwa. Do nich należy także art. 26 k.k. Materialna (społeczna) treść przestępstwa występuje tu jako warunek wyłączający przestępność czynu, gdy jego stopień społecznego niebezpieczeństwa jest znikomy.

Określenie charakteru i znaczenie tego przepisu natrafiać może na osobliwe trudności zwłaszcza wtedy, gdy usiłuje się szczegółową materię tego artykułu rozważać z jednego tylko punktu widzenia, nie dostrzegając tu wielorakich związków z ogólniejszą problematyką społecznego niebezpieczeństwa czynu i nie dbając w szczególności o to, czy przyjęte za słuszne stwierdzenia w obrębie pewnego wycinkowego zagadnienia nie „kłóć się” z całościowym obrazem materialnej treści przestępstwa w kodeksie karnym. Łatwo wtedy o nagromadzenie stwierdzeń, być może nawet użytecznych dla rozwiązania pewnego fragmentu zagadnienia, ale z gruntu fałszywych z ogólnego punktu widzenia ujmowania społecznego niebezpieczeństwa w prawie karnym, a na tle k.k. — w szczególności.

Świadectwem możliwych tu nieporozumień i szkodliwych uproszczeń może być, jak się zdaje, niedawna wypowiedź dra Tadeusza Bojarskiego na łamach „Palestry”¹. Wynika z niej, że autor chciałby się zadeklarować po stronie tych teoretyków, którzy są przeciwni ujmowaniu art. 26 k.k. jako tzw. „kontratypu”².

Oczywiście gdyby chodziło tylko o samą deklarację, można by poprzestać na jej odnotowaniu przy sposobnej okazji. Autor wszakże swą deklarację wspiera stwierdzeniami, których ogólne znaczenie daleko wykracza poza sam spór, dotyczący tego, czy art. 26 k.k. jest kontratypem, czy też nim nie jest.

Dyskusyjny charakter tych stwierdzeń dotyczących kwestii ważnych i podstawowych, a których sens, jak się wydawało, został już wyjaśniony, domaga się tutaj ponownego rozważenia.

II

1. Autor pisze: „Znikomość społecznego niebezpieczeństwa czynu, tak jak jego brak w ogóle, prowadzi wprost do braku przestępstwa, co jednak nie upoważnia do uznania tej sytuacji za kontratyp, tak jak nie można uznać braku społecznego niebezpieczeństwa w ogóle za jakiś generalny kontratyp. Nie ma kontratypu w postaci braku społecznego niebezpieczeństwa czynu, nie może być więc kontratyp w postaci jego znikomego stopnia. Brak społecznego niebezpieczeństwa czynu charakteryzuje tylko poszczególne sytuacje określone mianem takiego lub innego kontratypu”³ (podkr. moje, T.K.).

I to właśnie podkreślone stwierdzenie autora ma daleko głębsze znaczenie — tak teoretyczne jak i praktyczne — niż sam spór, niż sama nawet kwestia uznania, czy przytoczony wywód rozstrzyga akurat dyskusję na rzecz poglądu, że art. 26 k.k. nie jest kontratypem.

Autor dotknął tu mniej lub bardziej świadomie niezwykle ważnej kwestii: czy istotnie materialne ujęcie przestępstwa w art. 1 k.k. implikuje, że brak społecznego niebezpieczeństwa czynu zachodzić może tylko w tych sytuacjach, które objęte są takim czy innym kontratypem, a kontratyp ten ustawodawca bądź sam wyraźnie

¹ T. Bojarski: W sprawie funkcji art. 26 k.k., Pal. 4/71.

² T. Bojarski: jw., s. 77.

³ Jw., s. 79.

formuluje (np. obrona konieczna — art. 22), bądź też same dadzą się one wyprowadzić z ogólnych zasad, na jakich oparte jest ustawodawstwo (np. wykonywanie prawa lub obowiązku prawnego)?

Z poglądem takim nie sposób się zgodzić, i to ze względów zasadniczych.

W nauce prawa karnego podkreśla się właśnie często, że urzeczywistnienie czynu ujętego typowo w jakiejś dyspozycji jest tylko z reguły czynem społecznie niebezpiecznym. Istnienie wszakże tej zasadniczej zgodności nie przeczy temu, że w konkretnych wypadkach może nastąpić rozdźwięk między faktorem formalnym a faktorem materialnym⁴. Źródło tego rozdźwięku tkwi najogólniej w tym, że ustawodawca przy tworzeniu typu przestępstwa, mając do czynienia z ogromną różnorodnością zjawisk, sytuacji i okoliczności, w które uwikłane są czyny ludzkie, zmuszony jest siłą rzeczy do pewnej generalizacji i z masy konkretnych zdarzeń wydobywa tylko to, co jest typowe, wspólne dla tych zdarzeń, z konieczności zaś pomija te okoliczności, te zdarzenia, które są wyjątkowe, nietypowe⁵. Norma karna jako pewna powinność ogólna nie jest w stanie wyrazić sumy wszystkich możliwych, konkretnych indywidualnych czynów⁶.

Tak więc w istocie abstrakcyjny typ przestępstwa określony w ustawie karnej stanowi jedynie wzruszalne domniemanie zawartości społecznej ujemnej treści⁷. Chcąc w tym miejscu bliżej omówić te wszystkie sytuacje, w których ustawowy typ czynu społecznie niebezpiecznego — jeśli użyć plastycznego porównania W. Woltera — strzelił poza cel, uchwycił zdarzenie, które w danym układzie rzeczy nie jest społecznie niebezpieczne⁸, to można by dla ilustracji posłużyć się następującymi przykładami: Piotr broniąc się przed atakiem rani bardzo ciężko napastnika; ojciec dziecka pozbawiony wyrokiem sądu orzekającego rozwód władzy rodzicielskiej, widząc, że matka przestała w ogóle zajmować się dzieckiem, które znalazło się w warunkach ujemnie wpływających na jego rozwój fizyczny i umysłowy, mimo sprzeciwu matki zabiera je do siebie, aby zająć się jego wychowaniem. W jednym i drugim przykładzie opisane czyny urzeczywistniły formalne znamiona przestępstwa z art. 155 § 1 i art. 188 k.k. Jednakże w obu wypadkach czyny te pozbawione są społecznego niebezpieczeństwa. Typ przestępstwa dla obu wypadków okazuje się zbyt szeroko zakrojony. I tu, i tam okazuje się konieczna korektura. W pierwszym wypadku typ przestępstwa z art. 155 § 1 k.k. zostaje skorygowany działaniem kontratypu w postaci obrony koniecznej. Zachowanie się natomiast ojca prowadzącego dziecko wbrew woli osoby powołanej do opieki jest ilustracją dla tezy, że jest rzeczą praktycznie nieosiągalną do przewidzenia w ustawie, w formie kontratypów, wszystkich takich sytuacji w których odpada społeczne niebezpieczeństwo czynu. Ta praktyczna niemożność „skatalogowania” w ustawie takich sytuacji wynika z nieograniczonej możliwości występowania takich układów, w których czyn przewidziany w ustawie, choć „w ogóle” społecznie niebezpieczny, w danym konkretnym wypadku z powodu takich czy

⁴ Por. m. in. I. Andrejew: *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 202; A. Gubiński: *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 5 i n.; T. Kaczmarek: *Spoleczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa*, Warszawa 1966, s. 51 i n.; W. Świda: *Prawo karne — Część ogólna*, 1970, s. 112, i n.

⁵ T. Kaczmarek: *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Warszawa 1968, s. 43 i n. (oraz literatura tam podana).

⁶ W. Wolter: *Funkcja błędu w prawie karnym*, 1965, s. 57.

⁷ Por. m. in. M. Cieślak: *Faktory przestępczości czynu w związku z projektem k.k.*, WPP 3/63, s. 272.

⁸ W. Wolter: *Prawo karne*, 1947, s. 130.

innych okoliczności faktycznych może być pozbawiony piętna negatywności w postaci społecznego niebezpieczeństwa⁹.

W tej sytuacji, kiedy znaczna nawet rozbudowa kontratypów nie jest w stanie wyczerpać kręgu wszystkich okoliczności, które mogą pozbawić czyn jego społecznie ujemnej właściwości, dokonanie pożądaney korektury nazbyt szeroko zakrojonego ustawowego typu przestępstwa domaga się także wprowadzenia ogólnej klauzuli typu: nie stanowi przestępstwa czyn, który formalnie odpowiada ustawowym znamionom, ale pozbawiony jest społecznego niebezpieczeństwa bądź posiada tę cechę w stopniu subminimalnym¹⁰. Rolę takiej ogólnej klauzuli spełnia właśnie tak art. 1 jak i art. 26 k.k. Gdyby więc istotnie, jak dowodzi T. Bojarski, brak społecznego niebezpieczeństwa mógł występować tylko w sytuacjach objętych takim czy innym kontratypem, to ujęcie przez ustawodawcę w art. 1 k.k. braku społecznego niebezpieczeństwa w charakterze warunku wystarczającego do uchylenia przestępczości czynu byłoby zupełnie zbędne przy jednoczesnym wymienieniu w ustawie poszczególnych kontratypów. Akceptacja stanowiska T. Bojarskiego oznaczałaby tu nieliczenie się z intencją ustawodawcy i przekreślałaby praktyczne konsekwencje szerokiego uwzględnienia w budowie nowego kodeksu karnego materialnego czynnika przestępstwa tkwiącego w podłożu społecznym norm prawa karnego¹¹.

2. Nieuwzględnienie właściwego znaczenia i samego rozróżnienia w ustawie „społecznego niebezpieczeństwa czynu” z jednej strony, a formalnego zakazu karnego z drugiej naprowadziło autora do przyjęcia drugiego niesłusznego założenia, że „kryminalna bezprawność integralnie związana ze społecznym niebezpieczeństwem czynu upada, ilekroć czyn nie zawiera niezbędnych elementów społecznego niebezpieczeństwa”¹². U podstaw tego błędnego założenia leży teza lansowana swego czasu przez W. Woltera o rzekomej adekwatności zakresów „bezprawia karnego” i „społecznego niebezpieczeństwa”. Wolter operując tu twierdzeniem, że istnienie bezprawności łączy się zawsze z istnieniem społecznego niebezpieczeństwa czynu, brak zaś jego oznacza zarazem brak bezprawności¹³, nie uwzględnia faktu, że istnienie społecznego niebezpieczeństwa jako obiektywnej właściwości czynu jest niezależnie od obowiązywania zakazu karnego, jako że czyny społecznie niebezpieczne, leżąc w płaszczyźnie socjologicznej, przedstawiają fakty, które wielokrotnie odchylają się od dyspozycji normatywnych. Brak zaś z kolei społecznego niebezpieczeństwa w przestępstwie — zarówno gdy chodzi o zjawisko ogólne, jak i o konkretne zdarzenie — nie oznacza zarazem braku bezprawności, gdyż o uchyleniu zakazu karnego decydować może inny przepis prawa, a nie brak społecznego niebezpieczeństwa „sam w sobie”, który jedynie naprowadzić może ustawodawcę do ewentualnej zmiany jego stanowiska w ocenie bezprawności danego zachowania się.

Teza o adekwatności zakresów pojęcia bezprawności i społecznego niebezpieczeństwa czynu narusza w sposób wyraźny strukturę ontologiczną społecznego niebezpieczeństwa jako cechy niezależnej od ustawodawcy, i w prostej drodze prowadzić może, jak słusznie pisał M. Olszewski, do zastąpienia badania treści

⁹ Szerzej o potrzebie i sposobach korektury ustawowego typu przestępstwa pisze T. K a c z m a r e k: *Materialna istota (...)*, op. cit., s. 42 i n. (i literatura tam podana).

¹⁰ Por. art. 7 ust. 2 k.k. RSFR z 1966.

¹¹ Por. projekt kodeksu karnego i przepisów wprowadzających — *Uzasadnienie*, Warszawa 1968, s. 94.

¹² T. B o j a r s k i: jw., s. 77.

¹³ W. W o l t e r: *W sprawie społecznego niebezpieczeństwa i bezprawności*, NP 2/56, s. 76.

materiałnej czynu przez analizę formy, jaką jest dla społecznego niebezpieczeństwa czynu jego bezprawność¹⁴.

Warto tu dodać, że teza o odpowiedności zakresów społecznego niebezpieczeństwa czynu i jego bezprawności czerpie swój rodowód z niemieckiej burżuazyjnej nauki, tzw. materiałnej bezprawności. Niemcy nie mając — w odróżnieniu od naszego ustawodawstwa — ustawowego pojęcia materiałnej treści przestępstwa (społecznego niebezpieczeństwa czynu), a zdając sobie sprawę z niedoskonałości formalnego określenia przestępstwa, próbowali przewyciężyć jego tautologię przez materiałne pojmowanie bezprawności. Jednakże zabiegi te nie doprowadziły do pozytywnych rezultatów w adekwatnym określeniu przestępstwa¹⁵. Gdyby natomiast w naszych warunkach, gdzie czynnik materiałny przestępstwa jest obok formalnej bezprawności ustawowym warunkiem koniecznym przestępstwa, włączyć w zakres bezprawności społeczne niebezpieczeństwo, to wtedy posługiwanie się w ustawie pojęciem społecznego niebezpieczeństwa obok bezprawności byłoby oczywiście zbędne i nieuzasadnione, skoro każda bezprawność miałaby być materiałna. Jest zaś sprawą chyba oczywistą, że skoro ustawodawca w określeniu przestępstwa podkreślił obok bezprawności także społeczne niebezpieczeństwo, to tym samym poniekąd *ex definitione* zaakcentował różnicę zarówno co do treści jak i co do zakresu tych dwóch pojęć.

Wadliwość zresztą tezy o adekwatności zakresów społecznego niebezpieczeństwa czynu i jego bezprawności wykazywano w polskiej doktrynie dostatecznie wiele razy¹⁶, by jeszcze tutaj szerzej o tym rozwodzić. Dobitnie i jasno pisał w tej mierze M. Cieślak: „(...) aby samo pojęcie bezprawności jako formalnego zakazu karnego, a więc jako odwrotna strona społecznego niebezpieczeństwa czynu, miało swój metodologiczny i praktyczny sens, należy przyjąć założenie, że bezprawność w tym rozumieniu określona jest wyłącznie elementami tekstowymi ustaw karnych z wykluczeniem przesłanek natury społecznej, a w szczególności warunku, że czyn taki jest społecznie niebezpieczny. Włączenie elementu społecznego niebezpieczeństwa czynu do kręgu warunków bezprawności prowadzi bowiem *eo ipso* do utożsamienia »bezprawności kryminalnej« z »przestępczością czynu«, a tym samym do jakiegoś błędnego koła przy określaniu zakazu karnego w stosunku do społecznego niebezpieczeństwa czynu”¹⁷ (podkr. moje, T.K.). Z tego wynika dalej, że elementy faktyczne powodujące w danym wypadku utratę przez czyn cechy społecznego niebezpieczeństwa nie mogą automatycznie uchylać także bezprawności. Dane zachowanie się wobec braku materiałnej cechy, choć nieprzestępne, nadal jest formalnie bezprawne, bo sprzeczne z normą tkwiącą w przepisie ustawy karnej. Zakaz formalny bowiem może uchylić tylko norma. Wyjątek od przepisu daje inny przepis prawa, a nie okoliczność faktyczna¹⁸.

¹⁴ M. Olszewski: Czy utrzymać pojęcie społecznego niebezpieczeństwa w prawie karnym, PiP 3/58, s. 431—432.

¹⁵ Szersze przedstawienie niemieckiej nauki o tzw. materiałnej bezprawności tudzież jej krytyczne omówienie w pracy T. Kaczmarka: Społeczne niebezpieczeństwo czynu (...), op. cit., s. 14 i n.

¹⁶ Por. T. Kaczmarek: Społeczne niebezpieczeństwo (...), op. cit., s. 51 i n. (oraz literatura tam podana). Por. także S. Frankowski: Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce, Warszawa 1970, s. 43 i n.; W. Wolter, K. Buchała, K. Mioduski, F. Wróblewski: Materiałne pojęcie przestępstwa i jego konsekwencje w prawie karnym (referat nie publikowany, wygłoszony na sesji PAN w maju 1970, s. 5 i n.).

¹⁷ M. Cieślak: Faktory przestępczości (...), op. cit., s. 217. Podobnie J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: Kodeks karny — Komentarz, Warszawa 1971, s. 11.

¹⁸ L. Lerner: Wykład prawa karnego, Warszawa 1961, s. 160.

3. Przyjęcie przez T. Bojarskiego jako prawdziwej przesłanki, że brak społecznego niebezpieczeństwa czynu sam przez się powoduje uchylenie bezprawności, w konsekwencji nasunąć musiało dasze fałszywe przypuszczenia, że wyłączenie bezprawności kryminalnej poniekąd bezapelacyjnie rozstrzyga o wyłączeniu społecznego niebezpieczeństwa¹⁹.

Oczywiście bezprawność czynu i jego społeczne niebezpieczeństwo pozostają do siebie w swoistym i niełatwym do określenia stosunku²⁰. W każdym jednak razie należy sobie zdawać sprawę z elementarnej kwestii, że społeczne niebezpieczeństwo — tam gdzie idzie o jego ontologiczną budowę — ma być obiektywny i jako takie jest niezależne od woli ustawodawcy²¹. Z obiektywnej zaś natury niebezpieczeństwa wynika właśnie, że nie może być tak, aby uchylenie przez ustawodawcę zakazu karnego mogło tym samym znieść społeczne niebezpieczeństwo czynu. Słusznie pisze W. Świda, że „czyny odpowiadające znamionom ustawowym mogą zostać pozbawione przez prawo cechy bezprawności karnej, ale prawo nie może nadać tym czynom cechy społecznego niebezpieczeństwa lub ich pozbawić tej cechy”²². Inna sprawa, że ustawodawca, ustalając kontratyp w odniesieniu do pewnych wypadków, czyni tak dlatego, że jego zdaniem brak w nich społecznego niebezpieczeństwa, co w rzeczywistości — jak podkreśla W. Świda — zazwyczaj zachodzi. Z chwilą jednak wprowadzenia kontratypu (np. obrony koniecznej) do kodeksu wszystkie czyny mu odpowiadające tracą cechę bezprawności, i to również wtedy, gdyby zdarzył się między nimi czyn mający cechę społecznego niebezpieczeństwa²³ (podkr. moje, T.K.).

Innymi słowy, jeśli w ramach kontratypu zachodzi także brak społecznego niebezpieczeństwa, to nie dlatego wcale, jak sądzi T. Bojarski, że ustawodawca mocą kontratypu wyłącza i bezprawność, i społeczne niebezpieczeństwo²⁴. Ustawodawca może jedynie, stanowiąc taki czy inny kontratyp, wyłączyć tylko ze swojej woli cechę bezprawności, nigdy zaś cechę społecznego niebezpieczeństwa, gdyż jest to cecha metaprawna, niezależna od ustawodawcy. O jej istnieniu lub braku decydują nie elementy normatywne, lecz takie czy inne okoliczności faktyczne. Stąd — dalej — nie da się zupełnie wyłączyć, że działanie odpowiadające warunkom takiego czy innego kontratypu i z tego powodu pozbawione bezprawności może wyjątkowo zawierać taki lub inny stopień społecznego niebezpieczeństwa. Oczywiście z tego tytułu uznanie go za czyn karalny „byłoby sprzeczne z zasadą nullum crimen sine lege, gdyż ustawa pozbawia go jako kontratyp cechy bezprawności”²⁵.

III

Startowanie z fałszywych przesłanek z konieczności musiało zubożyć i samą próbę rozstrzygnięcia przez autora charakteru i funkcji art. 26 k.k., który *expressis*

¹⁹ T. Bojarski: jw., s. 79.

²⁰ Szerzej o tym T. Kaczmarek: Społeczne niebezpieczeństwo (...), op. cit., s. 48—60 (i literatura tam podana).

²¹ Już F. Liszt wskazywał na to, że ustawodawca nie tworzy społecznego niebezpieczeństwa, lecz tę właściwość czynu tylko wydobywa. Por. F. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23 Aufl. s. 145. Por. m.in. także M. Cieślak: Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym, ZNUJ 1/56, s. 157; I. Andrejew: Ustawowe znamiona (...), op. cit., s. 209.

²² Tak W. Świda: Prawo karne, 1970, s. 155.

²³ Tak W. Świda: jw., s. 155.

²⁴ T. Bojarski: jw., s. 79.

²⁵ Por. W. Świda: jw., s. 155.

verbis odwołuje się także do materialnej treści przestępstwa. I tu nie sposób nie wytknąć autorowi tytułem egzemplifikacji stwierdzeń oczywiście sprzecznych, a miejscami wręcz zagadkowych.

Autor pisze np., że znikomy stopień społecznego niebezpieczeństwa, wyłączając przestępność czynu, nie może być uznany za kontratyp, skoro zupełny brak społecznego niebezpieczeństwa także nie jest żadnym kontratypem²⁶. W innym miejscu dowodzi jednak, że kontratypy wyłączając bezprawność kryminalną usuwają także wszelkie niebezpieczeństwo²⁷, podobnie jak zupełny brak społecznego niebezpieczeństwa uchyla bezprawność kryminalną²⁸. Przy takim założeniu autor zamazuje różnicę między „kontratypami” jako okolicznościami wyłączającymi — z mocy przepisu prawnego — bezprawność czynu a „okolicznościami wyłączającymi społeczne niebezpieczeństwo czynu”, które jako okoliczności faktyczne, nie uchylając bezprawności, mogą pozbawiać czyn tylko społecznego niebezpieczeństwa, sprowadzając w istocie te ostatnie okoliczności, wbrew pierwotnemu (własnemu) stanowisku, do roli właśnie kontratypu; potwierdza to zresztą dodatkowo sam pisząc, że „brak społecznego niebezpieczeństwa charakteryzuje tylko poszczególne sytuacje określone mianem takiego czy innego kontratypu”²⁹. Jak więc rozumieć tu twierdzenie autora, że „brak społecznego niebezpieczeństwa nie jest kontratypem — nie może więc być kontratypem społeczne niebezpieczeństwo w postaci jego znikomego stopnia”³⁰, skoro zdaniem samego autora właśnie sytuacje, w których występuje brak społecznego niebezpieczeństwa czynu, zachodzą tylko w ramach takiego czy innego kontratypu? Pisze dalej autor, że art. 26 k.k. nie określa kontratypu również dlatego, „że kontratypy wyłączają przedmiotową ujemność czynu, o znikomym zaś społecznym niebezpieczeństwie można mówić jedynie wówczas, gdy zarówno strona przedmiotowa jak i podmiotowa czynu wykazuje ujemny ładunek społeczny w stopniu znikomym”³¹.

I tu znów autor — twierdząc, że kontratypy wyłączają tylko przedmiotową ujemność czynu — przeczy sam sobie, skoro wcześniej wyraził pogląd, że kontratypy wyłączają, poza bezprawnością, także wszelkie społeczne niebezpieczeństwo, a zatem i podmiotową ujemność czynu w takim zakresie, w jakim elementy podmiotowe wyznaczają zarówno społeczne niebezpieczeństwo jak i jego znikomość.

Nie analizując już innych błędnych twierdzeń, należy się zgodzić w części z autorem, że problem funkcji art. 26 k.k. „jest tak frapujący (...), że uzasadnia zabranie głosu, chociażby głos ten nie miał dostarczyć nowych argumentów (...)”³².

IV

Nie przeceniając znaczenia samego sporu, wydaje się, że ciężar rozstrzygnięcia, czy art. 26 k.k. jest kontratypem, czy też nim nie jest, zależy od samego rozumienia treści nazwy „kontratyp”. Jeśli przez kontratyp rozumieć okoliczności, które wyłączają z mocy prawa tylko cechę bezprawności, to oczywiście sytuacje, które decydują tylko o braku społecznego niebezpieczeństwa lub o jego znikomym subminimalnym stopniu w konkretnym czynie, a nie o braku bezprawności — nie mogą być zaliczane do kontratypów.

²⁶ T. Bojarski: *iw.*, s. 79.

²⁷ *Jw.*, s. 79.

²⁸ *Jw.*, s. 79.

²⁹ *Jw.*, s. 79.

³⁰ *Jw.*, s. 79.

³¹ *Jw.*, s. 80.

³² *Jw.*, s. 77.

Można by co prawda „okoliczności wyłączające tylko społeczne niebezpieczeństwo czynu” również określać nazwą „kontratypów”, zastrzegając jednak wtedy wyraźnie, że umownie wychodzi się poza ustalony tradycyjnie zakres nazwy „kontratypu”. Być może nawet taki zabieg byłby z pewnego punktu widzenia pożądany, zwłaszcza jeśli się zważy, że w istocie potrzeba operowania kontratypem wynika właśnie wtedy, gdy ustawowy typ przestępstwa strzelił poza cel i uchwycił zdarzenie w danym wypadku pozbawione społecznego niebezpieczeństwa w ogóle lub w stopniu nie uzasadniającym jego penalizacji.

Z tego punktu widzenia skłonny byłbym sprzymierzyć się z A. Krukowskim, zwłaszcza że autor ten, sam zaliczając art. 26 k.k. do kontratypu, rozstrzyga o tym z uwzględnieniem kompleksowej problematyki materialnej treści przestępstwa³³.

Jeśli jednak miałbym tu opory i byłbym przeciwny zaliczaniu art. 26 k.k. do rzędu tzw. kontratypów szeroko rozumianych, to przede wszystkim dlatego, że ujmowanie pod wspólną nazwą zarówno okoliczności ustalających brak społecznego niebezpieczeństwa czynu lub jego znikomości jak i okoliczności wyłączających bezprawność mogłoby stwarzać pozory ich pojęciowej tożsamości i przyczyniać się do zatarcia podstawowej różnicy pomiędzy pojęciem społecznego niebezpieczeństwa czynu a jego formalną bezprawnością. Dopóki zaś istnieje niebezpieczeństwo identyfikacji tych pojęć, to moim zdaniem należałoby obok „kontratypów” uchylających formalną bezprawność czynu (a z tego powodu — jego przestępność) wyróżniać osobno okoliczności wyłączające przestępność czynu z powodu braku w nim społecznego niebezpieczeństwa lub jego subminimalnego stopnia.

³³ A. K r u k o w s k i: Znikome niebezpieczeństwo społeczne czynu na tle problematyki materialnej (społecznej) treści przestępstwa w k.k. z 1969 r., *Pal.* 2/70, s. 46 i n.

ZBIGNIEW KRAUZE

Kara łączna w polskim prawie karnym

Autor omawia różnice instytucji kary łącznej w kodeksie karnym z 1932 i 1969 r. Stwierdzając materialny charakter tej instytucji, oświetla istotę i granicę realnego zbiegu przestępstw oraz charakter kary łącznej.

I. UWAGI WSTĘPNE

Kodeks karny z 1969 r. przejął w ogólnych zarysach obowiązujący poprzednio system wymiaru kary w stosunku do sprawców skazanych za więcej niż jedno przestępstwo. Wprowadzone innowacje nie są zmianami o charakterze zasadniczym. Nadal wymierza się kary za każde przestępstwo z osobna, a następnie z kar tych i zamiast nich tworzy się, według zasad określonych w ustawie, nową karę, zwaną karą łączną. W odróżnieniu więc od innych znanych systemów (kumulacji albo ab-