

# Tadeusz Bojarski

---

## W sprawie funkcji arf. 26 k. k.

---

Palestra 15/4(160), 77-80

---

1971

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

## **PROSZĘ O GŁOS**

TADEUSZ BOJARSKI

---

### W sprawie funkcji art. 26 k. k.

Charakter art. 26 k.k. rozumiany jest w doktrynie prawa karnego dość jednoznacznie i nie byłoby powodów do wypowiedzania się w tej sprawie, gdyby nie odmienny pogląd jednego z autorów na funkcję tego przepisu. Chodzi mianowicie o tezę A. Krukowskiego, że art. 26 k.k. określa kontratyp (por.: „Palestra” nr 2/1970, s. 58—59). Późniejsze publikacje dostarczają wprawdzie wystarczająco przekonywających argumentów przeciwko tej tezie i można by było uznać sprawę za „załatwioną”, jednakże sam problem jest tak frapujący i tak dalece istotny, że uzasadnia zabranie głosu, chociażby głos ten nie miał dostarczyć nowych argumentów, lecz miał oznaczać zdeklarowanie się tylko piszącego po jednej lub drugiej stronie sporu.

A. Krukowski kwestionuje stanowisko H. Rajzmana, który wypowiada pogląd, że czyn o znikomym społecznym niebezpieczeństwie nie traci charakteru bezprawa kryminalnego, różniąc się przy tym wyraźnie od obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności, „odrywających się od czynnika społecznego niebezpieczeństwa”.<sup>1</sup> Z wypowiedzi tego autora, że „kryminalna bezprawność, integralnie związana ze społecznym niebezpieczeństwem czynu, upada, ilekroć czyn nie zawiera niezbędnych elementów społecznego niebezpieczeństwa” oraz że „ich brak spełnia w przestępstwie, wymagającym dla swojego bytu ustawowego zabronienia pod groźbą kary, rolę czynnika negatywnego znoszącego moc tego zabronienia, czyli bezprawność kryminalną czynu”,<sup>2</sup> A. Krukowski wyciąga wniosek, że dotyczy ona w całej rozciągłości również „znikomego społecznego niebezpieczeństwa”. A ponieważ w razie owej znikomości nie zachodzi przestępność czynu, nie występująca również przy kontratypach, przeto autor nie widzi przeszkód do zaliczenia także i tej sytuacji do rzędu kontratypów.

Po drugie, istniejące zdaniem A. Krukowskiego, różnice pomiędzy tym „kontratypem” a innymi kontratypami nie są tego rodzaju, żeby uniemożliwiały one zaliczenie wszystkich kontratypów do tej samej kategorii. Autor dowodzi, że również w odniesieniu do pozostałych kontratypów występują różnice z punktu widzenia zawartej w nich społecznej treści. Na przykład jeżeli obrona konieczna zawiera ładunek społecznie pożyteczny, to już stan wyższej konieczności może zawierać

---

<sup>1</sup> H. Rajzman: *Bezprawność, społeczne niebezpieczeństwo, wina w projekcie k.k.*, NP 12/1968, s. 1764.

<sup>2</sup> H. Rajzman, tamże.

różne treści społeczne, od pożytecznych aż do ujemnych, co nie przeszkadza — ze względów polityczno-kryminalnych — uznać go za okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną. Nie ma również znaczenia, zdaniem autora, podkreślana przez H. Rajzmana odmienna niż w przepisach o obronie koniecznej i stanie wyższej konieczności redakcja art. 26 § 1 k.k. („nie stanowi przestępstwa”, a nie — jak w tamtych przepisach — „nie popełnia przestępstwa”). Pewne oczywiste konsekwencje, płynące wprost z treści tego przepisu, autor wprawdzie dostrzega, jednakże uznaje, że merytorycznych różnic pomiędzy okolicznościami ujętymi w art. 22, 23 i 26 k.k. nie ma, wszystkie one bowiem dotyczą sytuacji, kiedy sprawca „nie popełnia przestępstwa”.

Otóż właśnie ja z kolei chciałbym zakwestionować pogląd autora, a ściślej biorąc — przyłączyć się do zdania tych autorów, którzy to już uczynili.

Nie ulega wątpliwości, że pełną definicję przestępstwa według polskiego kodeksu karnego można mieć dopiero po uzupełnieniu treści art. 1 k.k. postanowieniami art. 26 § 1 i art. 120 § 1 k.k. Jest więc art. 26 § 1 niczym innym jak tylko dopełnieniem art. 1 i jako taki powinien, na dobrą sprawę, stanowić jego § 2, czego słusznie domagał się w swoim czasie H. Rajzman<sup>3</sup>. Czyni tak np. k.k. bułgarski z 1968 r. (art. 9 pkt 2). Podobnie również k.k. RSFR z 1960 r. (art. 7 ust. 2), k.k. jugosłowiański z 1951 r. (art. 4 ust. 2) i k.k. NRD z 1968 r. (rozdz. II, ust. 1 § 3) bezpośrednio przy definiowaniu przestępstwa wyjaśniają, że nie stanowi przestępstwa czyn, który nie jest społecznie niebezpieczny lub którego następstwa nie są znaczne (k.k. NRD). I jest to chyba stanowisko bardziej słuszne, albowiem trafniej jest określać przestępstwo od strony pozytywnej, czyli jako „coś”, co wykazuje odpowiednio wyższy stopień społecznego niebezpieczeństwa, niż negatywnie (przez uznanie znikomości społecznego niebezpieczeństwa za jakąś okoliczność wyłączającą przestępność), czyli jako „coś”, co nie wykazuje znikomego tylko stopnia społecznego niebezpieczeństwa. Zdaniem W. Woltera, ustawodawca nie mówi o tej kwestii w art. 1 k.k., lecz przesunął ją do zbioru okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, ponieważ taki znikomy stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu, którego znamiona zostały określone w jakimś typie przestępstwa z katalogu przestępstw, stanowi wyjątek od reguły.<sup>4</sup> Nie dlatego więc wymieniono „znikome społeczne niebezpieczeństwo czynu” obok okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, aby uznać je za jakiś „kontratyp”.

Przeczy zresztą temu także wykładnia systematyczna. Artykuł 26 mieści się wprawdzie w rozdziale zatytułowanym „Wyłączenie odpowiedzialności karnej”, jednakże nie został on wymieniony wprost wśród kontratypów, ale jego miejsce w tym rozdziale oddzielają od kontratypów okoliczności wyłączające winę, a to już stanowi pewną wskazówkę co do tłumaczenia charakteru tego przepisu. Przychodzi tu w sukurs — w pewnym zakresie — także wykładnia gramatyczna. Rozdział ten bowiem nie został zatytułowany „Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną”, lecz „Wyłączenie odpowiedzialności karnej”, co, moim zdaniem, wzmacnia opozycję przeciwko zaliczaniu art. 26 do rzędu jakichś okoliczności negatywnych i przemawia na rzecz stanowiska, że stanowi on jakby ciąg dalszy art. 1

<sup>3</sup> H. Rajzman: op. cit., s. 1732. Zob. również tegoż autora: Kodeks karny — Wyłączenie odpowiedzialności karnej, skrypt nr 4 Zaocznego kursu, Warszawa 1970, s. 32. Tak również A. Marek: Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako podstawa umorzenia postępowania karnego, Studia Iuridica, t. X, Toruń 1970, s. 53.

<sup>4</sup> W. Wolter: Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r., cz. ogólna, z. 1, Kraków 1970, s. 219.

k.k. Taką intencję ustawodawcy da się wyczytać nadto z Uzasadnienia do projektu k.k. z 1968 r.<sup>5</sup>

Znikomy stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu ma, z pewnego punktu widzenia, znaczenie podobne do braku społecznego niebezpieczeństwa czynu w ogóle, ale to podobieństwo prowadzi, moim zdaniem, do wniosków odmiennych niż wnioski A. Krukowskiego. 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 kontratypu w postaci jego znikomego stopnia. Brak społecznego niebezpieczeństwa czynu charakteryzuje tylko poszczególne sytuacje określane mianem tego lub innego kontratypu. Ważki jest więc argument W. Woltera przeciwko uznaniu znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu za kontratyp, argument podkreślający, że „nie występuje tu jakaś (opisująca) typizacja, która w związku z tym czy innym typem czynu zabronionego przez ustawę powoduje neutralizację zawartego w typie ujemnego ładunku społecznego (jak to ma miejsce w wypadku, gdy zachodzi umyślne zabicie człowieka, ale w obronie koniecznej)”.<sup>6</sup>

Kontratypy wyłączają wszelkie społeczne niebezpieczeństwo, co oczywiście nie zachodzi w sytuacji określonej art. 26 k.k. Nie ma kontratypu, który by prowadził tylko do zmniejszenia społecznego niebezpieczeństwa czynu, a nie do wyłączenia go w ogóle. Argumenty, które A. Krukowski chce wyprowadzić z polskiej konstrukcji stanu wyższej konieczności, wcale nie uzasadniają możliwości utożsamiania sytuacji określonej w art. 26 ze stanem wyższej konieczności. Fakt, że stan wyższej konieczności opisany w art. 23 k.k. pozostawia pewien margines dla bezprawia cywilnego, jest w tym wypadku bez znaczenia, nawet jeśli autor byłby zdania, że społeczne niebezpieczeństwo czynu nie jest wyłącznym atrybutem bezprawia karnego. Dla prawa karnego istotne jest to, że czyn mieszczący się w ramach stanu wyższej konieczności nie jest, z punktu widzenia tego prawa, w ogóle naganny, że nie może stanowić nawet wykroczenia.

Nie da się tego powiedzieć o „znikomym społecznym niebezpieczeństwie czynu”, które prowadzi do wyłączenia przestępności czynu ale, nie wyłącza bezprawia karnego w znaczeniu szerszym. Czyn taki może stanowić wykroczenie (art. 26 § 2).<sup>7</sup> Z reguły wykroczenia, w porównaniu z przestępstwami, są czynami o znikomym tylko stopniu społecznego niebezpieczeństwa. Nie można więc mówić o braku merytorycznej różnicy pomiędzy sytuacjami określonymi w art. 22, 23 i 26 k.k., jak również nie można uznać za nieistotną podniesioną już różnicę w zakresie redakcji tych przepisów. Różnicę tę dostrzega zresztą nie tylko H. Rajzman. Również I. Andrejew zauważa, że jest to różnica zamierzona. Podkreśla się w ten sposób naganność czynu, której można by się było nie dopatrywać w sformułowaniu „nie popełnia przestępstwa”.<sup>8</sup>

W rezultacie więc, za czyn taki może grozić m.in. odpowiedzialność za wykro-

<sup>5</sup> Projekt kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny, Warszawa 1968, s. 102, pkt 3.

<sup>6</sup> W. Wolter: op. cit., s. 220.

<sup>7</sup> Por. K. Buchała: W sprawie „znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu”, *Palestra* 3/1970, s. 69; W. Wolter: op. cit., s. 219.

<sup>8</sup> I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1970, s. 203. Tak również K. Buchała (jw.) i W. Wolter (jw.).

czenie, odpowiedzialność dyscyplinarna, co nie może nastąpić w razie istnienia kontratypu. Zresztą, ustawodawca nie ogranicza się do tej tylko różnicy. W razie stwierdzenia kontratypu sąd wydaje na rozprawie wyrok uniewinniający (art. 361 § 2 w związku z art. 11 pkt 1 k.p.k.), natomiast w razie stwierdzenia, że czyn jest społecznie niebezpieczny w stopniu znikomym, należy wydać wyrok umarzający postępowanie (art. 361 § 1 w związku z art. 11 pkt 2 k.p.k.). Nie jest to może rozwiązanie trafne<sup>9</sup>, ale ustawowe zróżnicowanie ocen tych sytuacji staje się oczywiste. Nie bez znaczenia jest poza tym możliwość zastosowania, mimo znikomości społecznego niebezpieczeństwa czynu, przewidzianego w art. 48 k.k., przepadku rzeczy tytułem środka zabezpieczającego (art. 104 k.k.). Możliwość taka nie wystąpi, gdy czyn rzeczywiście stanowił kontratyp.<sup>10</sup>

Wreszcie art. 26 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.<sup>11</sup> Przy kontratypach nie wchodzi w rachubę „stopniowanie” winy, ponieważ czyn taki przestaje być czynem bezprawnym karnie, winę zaś można relacjonować tylko do czynu zabronionego. Dla stwierdzenia znikomego stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu takie „stopniowanie” jest niezbędne.

Reasumując, wszystko przemawia przeciwko temu, że art. 26 k.k. określa kontratyp, a nic za tym, że tak właśnie jest.

<sup>9</sup> Bliżej na ten temat A. Zoll: Dwie uwagi na temat art. 11 pkt 2 projektu k.p.k., PiP 3/1969, s. 591—592.

<sup>10</sup> H. Ra j z m a n: Kodeks karny — Wyłączenie odpowiedzialności karnej (por. wyżej przyp. 3).

<sup>11</sup> Tak K. Buchała (tamże) i W. Wolter (tamże).

## **PYTANIA I ODPOWIEDZI PRAWNE**

Gospodarstwo rolne o powierzchni ok. 7 ha stanowiło współwłasność kilku osób, przy czym udziały tych osób w idealnych częściach współwłasności były różne. Współwłasność powstała w wyniku aktu darowizny. Jeden ze współwłaścicieli sprzedał drugiemu współwłaścicielowi swój udział w całości.

Nabywca udziału, pozostający w związku z małżeńskim, jest rolnikiem, ale jego żona nie spełnia warunków przewidzianych przez prawo dla nabywcy nieruchomości rolnej, gdyż nie ma kwalifikacji do prowadzenia gospodarstwa rolnego.

Jednakże nabywca oświadczył wobec notariusza, że nabyty udział w gospodarstwie rolnym stanowić będzie majątek dorobkowy małżonków, objęty wspólnością ustawową. W konsekwencji tego oświadczenia notariusz ujawnił w księdze wieczystej — jako współwłaścicieli nabytego udziału — obydwójce małżonków, tj. nabywcę i jego żonę.

Powstaje w związku z tym następujące

### **PYTANIE:**

Czy powyższe nabycie, w wyniku którego współwłaścicielami udziału stali się: dotychczasowy współwłaściciel