Prof. Dr. R. KRZYMUSKI

WYKŁAD PRAWA KARNEGO

Kraków
Księgarnia L. Frommera

WYKŁAD PRAWA KARNEGO

ZE STANOWISKA NAUKI
I PRAWA AUSTRYACKIEGO

NAPISAŁ

DR EDMUND KRZYMUSKI

PROF. UNIW. JAGIELL.

WYDANIE TRZECIE PRZEROBIONE.

TOM I.

KRAKÓW
KSIĘGARNIA LEONA FROMMERA.
1911.

Komputer



156735/1



DRUKARNIA UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO
pod zarządem Józefa Filipowskiego.

K-270/84

Przedmowa do drugiego wydania.

Niniejsze dzieło jest nietylko powtórnem wydaniem mego dwutomowego *Wykładu prawa karnego*, ogłoszonego w latach 1885 i 1887. Jest ono także jego całkowitą przeróbką, opartą z jednej strony na owocach dłuższego doświadczenia dydaktycznego, z drugiej — na nowych widnokręgach naukowych, które w ciągu owego czasu musiały otworzyć się dla umysłu autora.

Dzieło to ma zawierać w dwóch tomach cały system prawa karnego, t. j. obie jego części, tak ogólną, jak szczególną. Tom pierwszy, który obecnie ogłaszam, ma za przedmiot *Naukę ogólną o przestępstwie*, poprzedzoną rozbiorem podstaw filozoficznych i historycznych prawa karnego. W tomie drugim, który ma wyjść najpóźniej w czerwcu 1902 r., zamierzam wyłożyć *Naukę ogólną o karze*, tudzież *Część szczególną prawa karnego*, t. j. przepisy, dotyczące istoty i kwalifikacyi kryminalnej pojedynczych przestępstw.

Dzieło to przekracza zapewne, co do niejednej

kwestyi, ramy podręcznika dla młodzieży akademickiej. Uwaga ta jednak odnosi się tylko do rozbioru tych instytucyj, które zarówno w teoryi, jak i praktyce prawa karnego, przedstawiają szczególnie doniosły interes, a są polem, na którem walczą między sobą często najsprzeczniejsze teorye i zapatrywania (np. rzecz o związku przyczynowym, o pojęciu winy nieumyślnej, o usiłowaniu nieudolnem, o zbiegu przestępstw jednoczynowym). W przedmiocie tych kwestyj pragnąłbym, aby moje dzieło stać się mogło także pożądanym przewodnikiem dla ukończonych prawników.

W Krakowie, dn. 30 lipca 1901.

E. H.

Przedmowa do trzeciego wydania.

W wydaniu, które obecnie ogłaszam, tom I zawiera całą *Część ogólną* prawa karnego t. j. tak *Naukę o przestępstwie*, jak *Naukę o karze*. W tomie II wyłożę *Część szczególną* prawa karnego, t. j. *Naukę o istocie i karygodności przestępstw szczególnego rodzaju*.

Wydanie to nie jest tylko powtórzeniem poprzedniego. W bardzo wielu miejscach stać się ono musiało jego przeróbką i uzupełnieniem.

Okazała się wskutek tego konieczność dodania nowych ustępów, które, aby nie psuć dotychczasowego systemu paragrafów i numerów, wsuwałem gdzie należy nie pod nowemi, lecz pod dawnemi, ale teraz dwukrotnie, a nawet i kilkakrotnie użytemi liczbami. Tu należą §§ 31 *bis*, 123 *bis*, 123 *ter*, tudzież ustępy oznaczone numerami 137 *bis*, 216 *bis*, 221 *bis*, 242 *bis*, 277 *bis*, 571, I—XIV.

W rzędzie nowych rzeczy, które dostały się do obecnego wydania, na szczególną uwagę zasługują takie kwestye, jak pojęcie przestępstwa warunko-

wego (nr. 242*bis*), rozbiór teoryi wyobrażenia w przeciwstawieniu do teoryi woli w nauce o poczytaniu winy (nr. 277 *bis*), rzecz o zatarciu kary czyli o rehabilitacyi (tytuł IV Nauki o karze, § 123 *bis*, nr. 571, I—VII), a także przegląd projektowanej reformy prawa karnego austryackiego w odniesieniu do przestępców młodocianych (§ 123*ter*, nr. 571, VIII—XIV).

Wreszcie w wydaniu obecném znajdzie czytelnik szerokie uwzględnienie nietylko najnowszych zmian ustawodawczych w prawie karnem austryackiem (ustawy z lat 1907, 1909, 1910) ale także i ostatniego projektu do nowego kodeksu karnego (r. 1909).

W Krakowie, dn. 30 października 1910.

E. H.

SPIS RZECZY.

Str.

Przedmowy . . . . . V—VIII
Spis rzeczy . . . . . IX—XVI

WSTĘP.

O znaczeniu i podstawach prawa karnego wogóle i prawa karnego austryackiego w szczególności.
§§ 1—33.

TYTUŁ I.

O znaczeniu i podstawach prawa karnego wogóle 1
§§ 1—28.

ROZDZIAŁ I.

Prawo karne jako osobna instytucya prawa.
§§ 2—24.

ARTYKUŁ I.

Znaczenie prawa karnego i jego stosunek do innych instytucyj prawa.
§§ 2—3.

1. Znaczenie prawa karnego 2
2. Stosunek prawa karnego do innych instytucyj prawa . . . 5

ARTYKUŁ II.

Podstawy prawa karnego.
§§ 4—24.

Wogóle 11

ODDZIAŁ I.

Podstawy filozoficzne prawa karnego (teorye karne).
§§ 5—20.

I. Znaczenie, historya i podział teoryj karnych 13
II. Rozbiór najważniejszych teoryj karnych począwszy od końca XVIII wieku 16

Str.

A. Teorye bezwzględne 16
1. Teorya odwetu moralnego 18
2. Teorya odwetu dyalektycznego 21
3. Teorya odwetu Bożego 23
4. Teorya odwetu fizycznego 24
Krytyka teoryj bezwzględnych 26
B. Teorye względne czyli utylitarne 27
Grupa I. Teorye opierające karę na interesie państwa . . . 27
Krytyka pierwszej grupy teoryj utylitarnych 32
Grupa II. Teorye opierające karę na interesie przestępcy . . 34
Krytyka drugiej grupy teoryj utylitarnych 36
Grupa III. Teorye opierające karę na interesie prawa 39
Krytyka trzeciej grupy teoryj utylitarnych 42
C. Teorye mieszane 43
III. Ogólny wynik rozbioru teoryj karnych 50

ODDZIAŁ II.

Podstawy historyczne prawa karnego.

§§ 21—24.

Ogólna charakterystyka 58
I. Ewolucya prawa karnego ze względu na jego podstawy materyalne 65
II. Ewolucya prawa karnego ze względu na jego podstawy formalne 75
III. Stosunek między podstawami materyalnemi a formalnemi prawa karnego 76

ROZDZIAŁ II.

Prawo karne jako nauka.

§§ 25—28.

I. Znaczenie i system nauki prawa karnego w jej najobszerniejszem znaczeniu 77
II. Znaczenie i system nauki prawa karnego w jej najściślejszem rozumieniu 84
III. Zarys historyi nauki prawa karnego i jej literatury . . . 87
IV. Pisarze prawa karnego w Polsce 96

TYTUŁ II.

O znaczeniu i podstawach prawa karnego austryackiego.

§§ 29–33.

I. Krótki rys historyi prawa karnego austryackiego 103
Okres I. Prawo karne austryackie aż do wydania kodeksu cesarzowej Maryi Teresy 104

Str.

Okres II. Prawo karne austryackie od wydania konstytucyi kryminalnej Maryi Teresy aż do czasów najnowszych 106
II. Źródła dzisiejszego prawa karnego austryackiego 112
1. Powszechna ustawa karna z dnia 27 maja 1852 r. (Dz. u. p. 117) 112
2. Ustawy uzupełniające, względnie reformujące, powszechny kodeks karny z r. 1852 117
Dodatek. Nowela karna z 9 kwietnia 1910. (Lex Offner) . 123
III. Projekty przyszłego kodeksu karnego austryackiego . . . 125
IV. Literatura prawa karnego austryackiego 129
1. Czasopisma 132
2. Zbiory orzeczeń Najwyższego Trybunału 133

CZĘŚĆ OGÓLNA.

DZIAŁ I.

Nauka o przestępstwie.

§§ 34—86.

TYTUŁ I.

Pojęcie przestępstwa, jego istota, oraz jego stosunek do innych pokrewnych pojęć.

§§ 35—37.

I. Pojęcie przestępstwa 137
II. Istota przestępstwa (essentia delicti) 138
III. Stosunek przestępstwa do innych pokrewnych mu pojęć . 150

TYTUŁ II.

Rozbiór szczegółowy czterech pierwiastków, wytwarzających istotę przestępstwa.

§§ 38–72.

ROZDZIAŁ I.

Pierwiastek czynu zewnętrznego.

§§ 38—42.

I. Znaczenie czynów wogóle i ich stosunek do faktów i działań. Czyny wewnętrzne i zewnętrzne. Podział tych ostatnich na zwiastujące i urzeczywistniające, na dopuszczenia i zaniechania 155

Str.

II. Stanowisko czynu zewnętrznego w istocie przedmiotowej przestępstwa. Dwojakie jego znaczenie: *a)* czyn zewnętrzny jako przyczyna, wytwarzająca skutek przestępny (przestępstwa formalne; *b)* czyn zewnętrzny, jako przyczyna, wywołująca powyższy skutek (przestępstwa materyalne) . . 162
III. Bliższy rozbiór czynu zewnętrznego, jako przyczyny odrywającego się od niego materyalnie skutku przestępnego . 166
1. Pojęcie związku przyczynowego. Różnica między przyczyną a warunkiem 166
2. Zaniechanie jako przyczyna skutku przestępnego (delicta per omissionem commisa) 181
IV. Czas i miejsce wykonania czynu przestępnego 189

ROZDZIAŁ II.

Pierwiastek działania bezprawnego.
§§ 43—49.

I. Bezprawie kryminalne i jego stosunek do innych gatunków bezprawia 192
II. Bezprawie kryminalne jako naruszenie interesów ludzkich, znajdujących się pod ochroną przykazań prawa. Podział tych ostatnich na zakazy i nakazy trojakiego stopnia. Bezprawie policyjne jako szczególny typ bezprawia kryminalnego. Warunkowość i normalność przykazań prawa . . 204
III. Okoliczności, wyłączające bezprawność działań, skądinąd sprzeciwiających się ogólnym zakazom lub nakazom prawa 211
1. Szczególne upoważnienia prawne 214
2. Obrona konieczna (inculpata tutela, Nothwehr) 217
3. Wyższa konieczność (summa necessitas, Nothstand) . . 232
4. Zgoda pokrzywdzonego (Einwilligung des Verletzten) . 244

ROZDZIAŁ III.

Pierwiastek działania podpadającego pod ustawę karną.
§§ 50—60.

I. Pojęcie ustawy karnej i jej stosunek do norm, które narusza przestępca. Ustawa karna, jako nakaz obowiązujący państwo. Trzy różne typy tego nakazu 251
II. Pojęcie przestępstwa w rozumieniu ustawy karnej. Warunki, od których zawisło prawo karne podmiotowe państwa (Przestępstwa ścigane z urzędu, z upoważnienia, na wniosek i w drodze skargi prywatnej pokrzywdzonego). Podstawy klasyfikacyi przestępstw ze stanowiska prawa karnego materyalnego 257
III. Zbrodnie, występki i przekroczenia kodeksu austryackiego 264
IV. Stosunek przestępstw do innych postępków karygodnych. Wykroczenia dyscyplinarne. Wykroczenia domowe i szkolne 267
V. Zakres działania ustawy karnej 271
1. Do do czasu 273
2. Co do miejsca 280
3. Co do osób 282
A. Przestępstwa popełnione w kraju 285
B. Przestępstwa popełnione zagranicą 288
VI. O wykładaniu ustawy karnej 295

ROZDZIAŁ IV.

Pierwiastek działania zawinionego. (Nauka o poczytaniu).
§§ 61—72.

I. Wina i poczytanie. Poczytalność sprawcy i przypisalność czynu jako warunki poczytania. Przestępstwo jako działanie zawinione, może być tylko dziełem człowieka 301
II. Rodzaje i stopnie winy 310
A. Wina umyślna (dolus, Vorsatz) 311
1. Pojęcie winy umyślnej 311
2. Stopnie winy umyślnej 317
B. Wina nieumyślna (culpa, Fahrlässigkeit) 325
1. Pojęcie winy nieumyślnej 325
2. Stopnie winy nieumyślnej 327
III. Okoliczności wyłączające winę 330
A. Stany niepoczytalności kryminalnej sprawcy 330
1. Stany niedojrzałości umysłu 331
2. Stany zaburzenia umysłu (Sinnenverwirrung) 336
3. Choroby umysłowe (k. k. § 2 *a, b*). 341
B. Stosunki wykluczające przypisalność czynu 345
IV. Okoliczności, sprowadzające zbieg winy umyślnej i nieumyślnej, względnie zbieg winy (umyślnej lub nieumyślnej) i przypadku 354

TYTUŁ III.

O postaciach zasadniczych przestępstwa.
§§ 73—86.

Wstęp. O znaczeniu i podziale postaci zasadniczych przestępstwa (§ 73) 359

ROZDZIAŁ I.

Dokonanie i usiłowanie przestępstwa.

§§ 74—77.

Str.

I. Ogólna charakterystyka pojęć dokonania i usiłowania . . 361
II. Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania 364
III. Karygodność usiłowania. 373
IV. Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania karygodnego. 381
A. Usiłowanie zatamowane i zaniechane. 382
B. Działania przygotowawcze i początek wykonania 384
C. Usiłowanie udolne i nieudolne 387

ROZDZIAŁ II.

Udział w przestępstwie.

§§ 78—83.

I. Pojęcie udziału w przestępstwie i jego rodzaje 399
II. Stopnie udziału w przestępstwie. 406
III. Akcesoryjny charakter podżegania i pomocnictwa w odniesieniu do sprawstwa 415
IV. Granice zależności podżegania i pomocnictwa od konkretnej kwalifikacyi kryminalnej sprawstwa 420
V. Spisek i szajka jako możliwe postaci udziału w przestępstwie 425
VI. O niewłaściwym udziale w przestępstwie 428

ROZDZIAŁ III.

Przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne.

§§ 84—86.

I. Przestępstwo pojedyncze i zbiorowe 430
II. Zbieg przestępstw (concursus delictorum, Verbrechensconcurrenz) 435
III. Przestępstwo powrotne (iteratio delicti, Rückfall) 447

CZĘŚĆ OGÓLNA.

Dział II. — Nauka o karze.

§§ 87—123.

Str.

Wstęp. — Pojęcie i cel kary. — Instytucye do kary podobne 453

§ 87.

TYTUŁ I.

O środkach karnych.

§§ 88—106.

ROZDZIAŁ I.

O znaczeniu, kwalifikacyi prawnej i podziale środków karnych.

§§ 88—90.

I. Znaczenie środków karnych 456
II. Kwalifikacya prawna środków karnych 457
III. Podział środków karnych 461

ROZDZIAŁ II.

Bliższy rozbiór środków karnych ze względu na charakter dobra niemi dotkniętego.

§§ 91—97.

I. Kara śmierci 465
II. Kara cielesna 472
III. Kara pozbawienia wolności 475
1. Wogóle 475
2. O karze więziennej 479
IV. Kara majątkowa 494
V. Kara ubytku w zakresie uprawnień 496
IV. Kara na czci 497

ROZDZIAŁ III.

System środków karnych prawa austryackiego.

§§ 98—106.

I. Kary główne 501

A. Kary główne za zbrodnie.

Str.
1. Kara śmierci 502
2. Więzienie 506

B. Kary główne za występki i przekroczenia.

1. Areszt 513
2. Grzywny 517
4. Utrata praw i upoważnień 521
II. Kary dodatkowe 524
III. Skutki karne 535
A. Skutki prawne osądzenia za zbrodnie 535
B. Skutki prawne osądzenia za występki i przekroczenia 542

TYTUŁ II.

O wymiarze kary.

§§ 107—113.

ROZDZIAŁ I.

Pojęcie i różne formy wymiaru kary.

§§ 107—110.

I. Zwyczajne i nadzwyczajne formy wymiaru kary. Zawieszenie wykonania orzeczonej kary. Wyroki karne nieoznaczone 545
II. Podwyższenie względnie obniżenie kary, nadzwyczajne złagodzenie kary i przemiana kary, według przepisów prawa austryackiego 552
A. Podwyższenie względnie obniżenie kary 552
B. Nadzwyczajne łagodzenie kary 557
C. Przemiana kary 558

ROZDZIAŁ II.

O wymiarze kary w przypadkach zbiegu przestępstw, zbiegu kar i przestępstwa powrotnego.

§§ 111—113.

I. O wymiarze kary w przypadku zbiegu przestępstw . . . 560

Str.
II. O wymiarze kary w przypadku zbiegu kar *(concursus poenarum)* 567
III. O wymiarze kary w przypadku przestępstwa powrotnego 568

TYTUŁ III.

O umorzeniu kary.

§§ 114—123.

ROZDZIAŁ I.

Pojęcie, przyczyny i skutki umorzenia kary.

§ 114 572

ROZDZIAŁ II.

Odcierpienie kary.

§ 115 574

ROZDZIAŁ III.

Śmierć przestępcy.

§ 116 576

ROZDZIAŁ IV.

Przedawnienie.

§§ 117—119 577
I. Przedawnienie śledztwa 578
II. Przedawnienie wyroku 591

ROZDZIAŁ V.

Darowanie kary.

§§ 120—122 592
I. Ułaskawienie 593
II. Pojednanie się przestępcy z pokrzywdzonym 599

ROZDZIAŁ VI.

Czynny żal.

§ 123 602

UNIWERSYTET WARSZAWSKI BIBLIOTEKA Filia w B-stoku

TYTUŁ IV.

Zatarcie kary czyli rehabilitacya.

Str.
§ 123 *bis* 604

DODATEK.

O projektowanej reformie prawa karnego austryackiego w odniesieniu do przestępców młodocianych.

§ 123 *ter* 612

WSTĘP

O znaczeniu i podstawach prawa karnego wogóle i prawa karnego austryackiego w szczególności.

Załącznik
do Wykładu prawa karnego
Dra E. Krzymuskiego.

W r. 1912 wydane zostały dwie nowe ustawy z 7 czerwca i 20 lipca (dz. u. p. l. 118 i 141 ex 1912), wskutek których w Wykładzie prawa karnego zanotować należy następujące uzupełnienia i zmiany:

Tom I.

Nr. 136, str. 117. Po ustawie oznaczonej l. 6, trzeba dopisać:

7. Ustawa z 20 lipca 1912 (Dz. u. p. 141). Uchyla ona § 46 lit. k. kod. k. a dodaje do kod. k. §§ 55a i 266a w myśl których należy do kar na wolności i do grzywien wliczać areszt śledczy, który skazaniec poniósł przed ogłoszeniem wyroku I. inst. i to nie z własnej winy.

Nr. 136, str. 122. Po ustawie oznaczonej l. 37. dodać:

37a. Ustawa z 7 czerwca 1912 (Dz. u. p. 118), dotycząca trzymania przyrządów powielawczych *(Vervielfältigungsapparate)*. Uchyla ona § 327, a modyfikuje § 328 kod. k.

Str. 553 i 554.

W zdaniu na granicy między str. 553 a str. 554:

»Do pierwszej kategoryi (§ 46) kodeks zalicza dziesięć przypadków, które można podciągnąć pod trzy następu-

jące typy«; — należy zgodnie z ustawą z 20 lipca 1912 zmienić wyraz »dziesięć« na dziewięć, a wyraz »trzy« na dwa.

Str. 554.

Należy w myśl ustawy z 20 lipca 1912 przekreślić cały ustęp pod lit. c.

Tom II.

Str. 327.

Należy przekreślić cały Nr. 1008 z uwagi na to, że ustawa z 7 czerwca 1912 uchyliła § 327 kod. k. i uznała, że odtąd samowolne trzymanie drukarni pokątnej ma stanowić wykroczenie, polegające orzecznictwu władz politycznych (względnie policyjnych) i obłożone karą grzywien od 10 do 400 koron lub aresztem od 1 dnia do 1 miesiąca (§§ 1 i 5 cyt. ustawy).

Str. 328, wiersz 13 od góry.

Zamiast »na równi z poprzedzającym przypadkiem« powinno być w myśl ust. z 7 czerwca 1912: »na równi z przypadkiem, przewidzianym w § 326 kod. k.«

TYTUŁ I.

O znaczeniu i podstawach prawa karnego wogóle.

§ 1.

1. Prawo karne, podobnie jak wszelka inna gałąź prawa, posiada dwojakie znaczenie: jedno praktyczne, drugie teoretyczne.

Ze względu na pierwsze stanowi ono osobną instytucyę życia; ze względu na drugie — osobną naukę.

2. Jako osobna instytucya życia, prawo karne oznacza pewną kategoryę przepisów prawnych, urządzających pewną sferę stosunków naszego życia społecznego, tudzież wszystkie upoważnienia i obowiązki, które z owych przepisów wypływają dla osób, znajdujących się pod ich panowaniem.

3. Jako osobna nauka, prawo karne jest owocem uchwycenia i powiązania przez nasz umysł teoretyczny w jedną całość, logicznie zbudowaną, wszystkich naszych wiadomości o tem, czem jest prawo karne, jako instytucya życia. W tem rozumieniu oznacza więc ono całkowity system naszej wiedzy o wszystkich, treść jego stanowiących, przepisach życia społecznego i o wszystkich, na nich opartych, upoważnieniach względnie obowiązkach odnośnych osób.

ROZDZIAŁ I.

Prawo karne jako osobna instytucya prawa.

ARTYKUŁ I.

Znaczenie prawa karnego i jego stosunek do innych instytucyj prawa.

1. Znaczenie prawa karnego.

§ 2.

4. Prawem karnem nazywa się ogół przepisów prawnych, normujących stanowisko władzy karzącej państwa wobec obywateli, tudzież ogół na przepisach tych opartych upoważnień i obowiązków odnośnych osób.

Z tego określenia wypływa, że jest konieczną rzeczą, aby prawo karne podawało reguły co do dwóch następujących kwestyj: 1) jakie przejawy życia obywateli podlegać mają władzy karzącej państwa; 2) jakie skutki prawne ma sprowadzać dla odnośnych osób fakt, że ten lub inny przejaw ich życia podlega powyższej władzy.

Pierwsze pytanie odnosi się do czynów, które kwalifikują się do tego, aby państwo rozwijało przeciwko nim działalność karzącą. Czyny takie przyjęto powszechnie nazywać przestępstwami. Drugie pytanie odnosi się do tych wszystkich, z przestępstwem powiązanych, skutków prawnych, które przyjęto powszechnie podciągać pod pojęcie kary. Przestępstwo więc i kara tudzież mający zachodzić między niemi stosunek prawny — oto przedmiot, którego unormowanie stanowi treść prawa karnego.

5. Czem jest przestępstwo i na czem zasadza się kara, to nam wyjaśni dalszy ciąg wykładu. Tutaj wystarczy powiedzieć, że przestępstwo jest bezprawiem, a kara — skutkiem prawnym pewnego szczególnego gatunku. Specyficzny charakter bezprawia, stawającego się przestępstwem, polega na tem,że stwarza ono dla państwa, jako stróża porządku prawnego społeczeństwa, konieczność nałożenia na osobę, która się go dopuściła, pewnej kary. Specyficzny charakter skutku prawnego, podchodzącego pod pojęcie kary, polega na tem, że wyraża on dolegliwość materyalną, która z woli państwa ma być zadana osobie winnej przestępstwa nie dla naprawy krzywdy, wyrządzonej przez nią interesom społeczeństwa, lecz w odwecie za nią.

6. Nie wszystkie postępki, zasługujące na karę, kwalifikują się do tego, aby miały podlegać władzy karzącej państwa. Przeciwnie, niektóre z nich tem się odznaczają, że w dobrze zrozumianym interesie życia społecznego należy je poddać władzy karzącej nie państwa, lecz innych pod jego panowaniem znajdujących się organów. Tu mamy na myśli władzę dyscyplinarną, którą państwo przyznaje niektórym osobom fizycznym (np. rodzicom, opiekunom, nauczycielom, służbodawcom, majstrom), lub korporacyom (n. p. uniwersytetom, różnym stowarzyszeniom). Oprócz tego samo państwo występuje względem niektórych osób nietylko jako stróż porządku prawnego społeczeństwa, ale także w specyalnym charakterze służbodawcy. W odniesieniu do takich osób (np. urzędników) musi ono posiadać władzę dyscyplinarną, niezależnie od władzy karzącej, którą sprawuje w obronie porządku prawnego.

Przepisy prawne, które normują władzę dyscyplinarną tak państwa, jak owych innych, wspomnianych wyżej, osób fizycznych lub korporacyj, wydzielamy ze systemu prawa karnego. To ostatnie bowiem tyczy się specyalnie władzy karzącej, która służy samemu państwu, jako stróżowi porządku prawnego społeczeństwa, w odniesieniu do przestępstw.

7. Prawo karne przyjęto dzielić *a)* na przedmiotowe i podmiotowe; *b)* na materyalne i formalne.

ad a) Prawem karnem przedmiotowem nazywa się ogół przepisów prawnych, wchodzących do jego składu *(norma puniendi)*. — Przez prawo karne zaś podmiotowe pojmują powszechnie tylko ogół opartych na powyższych przepisach upoważnień odnośnych osób *(ius puniendi)*. Naszem zdaniem należałoby uzupełnić tę ostatnią charakterystykę, wprowadzając do niej także pierwiastek wytwarzanych przez prawo karne przedmiotowe obowiązków prawnych. Wszakże mojem prawem podmiotowem jest nietylko to, co mi czynić wolno, ale także to, co zgodnie z prawem przedmiotowem czynić mi należy. Z tego punktu widzenia byłoby właściwiej określić prawo karne podmiotowe, jako ogół nietylko upoważnień lecz i obowiązków, których podmiotami stają się odpowiednie osoby w myśl przepisów prawa karnego przedmiotowego.

ad b) Prawo karne w obszerniejszem rozumieniu obejmuje przepisy dwojakiego rzędu. Pierwsze normują samą treść, a więc niejako materyę stosunków, mających zawiązywać się między osobami, winnemi przestępstw, a władzą karzącą państwa. Noszą one nazwę prawa karnego materyalnego. Drugie określają sposób, w jaki właściwe organy władzy państwowej mają postępować, aby w przypadku popełnienia przez pewną osobę jakiegoś przestępstwa, zawiązał się między nią a władzą karzącą państwa ten właśnie stosunek, którego domaga się prawo karne materyalne. Wytwarzają one t. zw. prawo karne formalne czyli procesowe[1].

W ścisłem rozumieniu jednak prawo karne oznacza tylko prawo karne materyalne. Do wykładu też tego ostatniego ograniczy się książka niniejsza.

[1] Porównaj mój Wykład procesu karnego. Kraków 1910, strona 1 i 2.

2. Stosunek prawa karnego do innych instytucyj prawa.

§ 3.

8. Już z podanej przez nas wyżej charakterystyki prawa karnego widać, że, skoro normuje ono stanowisko i zakres działania władzy karzącej państwa, to przez to samo musi wchodzić do systemu prawa, które wogóle rządzi stosunkami władzy państwowej do osób, znajdujących się pod jej panowaniem. To ostatnie zaś prawo znane jest pod nazwą prawa politycznego i przedstawia najobszerniejszy dział prawa publicznego[1].

W obrębie prawa politycznego przyjęto powszechnie odróżniać prawo konstytucyjne *(Verfassungsrecht, droit constitutionnel)* i administracyjne *(Verfassungsrecht, droit administratif)* odpowiednio do tego, czy urządza ono sam ustrój władzy państwowej t. j. budowę jej organizmu zewnętrznego, czy też określa jej działalność. O prawie karnem wiemy, że ma za przedmiot ujęcie w pewne karby funkcyj państwa, jako organu, obdarzonego władzą karzącą. Rzecz oczywista, że, z uwagi na to, miejsce dla niego znaleść się musi w ramach prawa politycznego administracyjnego.

[1] Do sfery prawa publicznego należy oprócz tego prawo międzynarodowe a także tak zwane przez niektórych autorów prawo społeczne (Mohl: *Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften*, Erlangen, 1855, Bd. I. str. 67) t. j. ogół norm, urządzających stanowisko prawne nie państwa, lecz innych ciał zbiorowych, wchodzących w skład organizmu społecznego, jako to związków religijnych, dobroczynnych, naukowych, gospodarczych, przemysłowych i t. p. Ahrens *(Cours de droit naturel*, 1868, I, str. 279) uważa to prawo za równoznaczne z publicznem i każe mu także obejmować prawo polityczne. Por. Krzymuski: *Teorya państwowa Ahrensa*, Warszawa 1876, §§ 4 i 20.

9. Władza państwowa musi troszczyć się o zapewnienie należytej opieki wszystkim interesom życia, znajdującym się pod ochroną prawa. Na to musi ona przede-

wszystkiem zdawać sobie jasno sprawę z całkowitego zakresu swoich zadań i dążyć do tego, aby jej pojedyncze funkcye uzupełniały i wspierały się wzajemnie, aby zlewały się w akcyę organiczną, prowadzoną do jednego celu i ożywioną jednym duchem. Władza państwowa, o ile się na tem polu przejawia, znana jest pod nazwą władzy rządowej *(Regierungsgewalt, pouvoir gouvernemental)*.

Drugi główny zakres działania władzy państwowej polega na ustanawianiu, ze względu na ważniejsze stosunki życia społecznego, pewnych ogólnych i stałych norm t. j. prawideł postępowania tak dla samego państwa, jak dla jemu podległych osób fizycznych i ciał zbiorowych. Jest to agenda władzy ustawodawczej państwa *(gesetzgebende Gewalt, pouvoir législatif)*.

Jest jeszcze trzecie rozległe pole dla działalności władzy państwowej, a zasadza się ono na stosowaniu do szczególnych przypadków życia ogólnych przepisów, zawartych w ustawach lub rozporządzeniach, wydawanych przez właściwe organy władzy rządowej. Na tem polu władza państwowa przejawia się jako wykonawcza *(vollziehende Gewalt, pouvoir exécutif)* i to bądź specyalnie w kierunku t. zw. pieczy prawnej *(Rechtspflege)* t. j. ochrony porządku prawnego, bądź w kierunku t. zw. administracyi w ścisłem znaczeniu tego pojęcia, t. j. zawiadywania różnemi szczególnemi interesami prawno-państwowemi, wśród których największą doniosłość posiadają sprawy, dotyczące wojska, skarbu i oświaty.

10. Pieczę prawną sprawuje państwo w dwojaki sposób, a mianowicie zapobiegając temu, aby nie naruszano porządku prawnego, i przywracając ten porządek w przypadkach jego naruszenia. Działalność, prowadząca do pierwszego celu, zowie się prewencyjną, a ta, która dąży do drugiego — represyjną.

Prawo karne przedstawia osobny wydział tej ostatniej funkcyi władzy państwowej, będąc w pierwszym rzędzie

skierowane ku występowaniu z należytą reakcyą przeciwko już popełnionym przestępstwom. Nie chcemy przez to utrzymywać, aby cel zapobiegania przestępstwom miał być z tego powodu obcy prawu karnemu. Zaznaczamy tylko, że nie jest rzeczą prawa karnego dążyć bezpośrednio do tego celu[1]. Zapobiegać przestępstwom może prawo karne tylko w drodze odpowiedniej działalności represyjnej przeciwko osobom, które już się ich dopuściły.

Oprócz prawa karnego pieczę prawną sprawują także prawo cywilne i policya.

[1] Prewencya przestępstw sama przez się wchodzi jednak do programu polityki kryminalnej, jako osobnej gałęzi kryminologii. Patrz niżej nr. 13 dop. 1, a także nr. 109.

11. Od prawa cywilnego różni się prawo karne przedewszystkiem w dwóch następujących punktach istotnych:

a) Prawo cywilne urządza stosunki normalne życia społecznego, t. j. te, które odpowiadają rzeczywistym jego potrzebom i wskutek tego same przez się znajdują się w zgodzie z widokami prawa. Prawo karne urządza stosunki, które same przez się sprzeciwiają się interesom życia społecznego, a więc i postulatom czuwającego nad niemi prawa. Źródłem ich bezpośredniem nie jest wola prawa, lecz to, co się przeciwko tej woli buntuje i znieważa ją do akcyi represyjnej (przestępstwa)[1].

b) Broń którą prawo cywilne wytwarza przeciwko bezprawiom, naruszającym jego przepisy (są to t. zw. bezprawia cywilne), nie zawsze musi posiadać charakter represyjny (sądownictwo w sprawach spornych, *iurisdictio contentiosa)*, lecz może także być czysto prewencyjną (sądownictwo w sprawach niespornych, *iurisdictio voluntaria)*. Wiadomo zaś, że prawo karne musi w pierwszym rzędzie występować z należytą reakcyą przeciwko już popełnionym przestępstwom, a przez to dopiero może skutecznie zapobiegać nowym przestępstwom[2].

[1] Bliższe szczegóły patrz niżej nr. 153.

[2] Co się tyczy różnicy między represyą cywilną a represyą karną, to o tej kwestyi będzie mowa przy rozbiorze podziału bezprawi na cywilne i kryminalne. Patrz niżej nr. 193—200.

12. Działalność policyi w zakresie pieczy prawnej tem się zasadniczo różni od działalności prawa karnego, że jest zawsze tylko prewencyjną. Wprawdzie rozwija ona także przeciwko przestępstwom pewną, aczkolwiek bardzo ograniczoną, akcyę represyjną, i to bądź formalnie, przychodząc w pomoc sądom karnym przy prowadzeniu procesu[1], bądź materyalnie, karząc za niektóre lżejsze przekroczenia[2]. Ze względu jednak na tę swoją agendę represyjną, policya właściwie wychodzi ze swoich ram i pomocniczo wkracza w sferę przekazaną sądom karnym.

[1] Stanowi to funkcyę t. zw. policyi kryminalnej lub sądowej *(Criminal-Polizei, police judiciaire)*. Por. mój Wykład procesu karn. 1910, str. 12.

[2] Nie należy jednak brać tych przekroczeń za jedno z t. zw. przekroczeniami policyjnemi *(Polizeidelikte)*, jako osobnym typem przestępstw, niezależnie od tego, czy byłyby ścigane w drodze sądowej czyteż policyjnej. Por. Merkel: ***Lehrbuch des deutschen Strafrechts***. Stuttgart, 1889, str. 45 i 46. Patrz niżej nr. 206.

13. Oprócz instytucyj prawnych w ścisłem tego słowa znaczeniu, rządzą jeszcze stosunkami życia społecznego reguły t. zw. polityki prawnej. Dział tej polityki odnoszący się specyalnie do przestępstw i kary, nosi nazwę polityki kryminalnej. Jakiż jest stosunek prawa karnego do tej polityki?

Często przeciwstawiają prawo polityce, jako reguły sprawiedliwości przepisom pożytku społecznego. Pogląd ten należy uznać za błędny dlatego, że między sprawiedliwością, a dobrze zrozumianym pożytkiem społecznym nie może zachodzić żadna niezgodność. Wszakże sprawiedliwość stanowić ma podstawę porządku prawnego w społeczeństwie ludzkiem, jakże więc nie miałyby jej obchodzić te istotne potrzeby życia społecznego, nad któremi właśnie ma roztaczać opiekę ów porządek prawny. Polityka prawna spełnia całkiem inne zadanie. Wskazuje ona mianowicie, jak należy wykonywać prawo, chcąc, aby jego wymiar przyniósł społeczeństwu jaknajwiększą korzyść. W zastosowaniu do prawa karnego uczy ona, jaki użytek powinno czynić państwo z przyznanej mu przez prawo władzy karzącej, aby zapewnić społeczeństwu możliwie najskuteczniejszą ochronę od przestępstw[1].

[1] Nie należy brać za jedno stosunku polityki kryminalnej do prawa karnego z jej stosunkiem do kryminologii tj. nauki, która bada przestępstwo i karę nietylko z punktu widzenia prawnego, lecz także, i to w pierwszym rzędzie, jako naturalne przejawy życia ze wszystkiemi ich indywidualnemi i społecznemi przyczynami i skutkami. Jako gałąź kryminologii, polityka kryminalna zajmuje się specyalnie wskazywaniem środków, prowadzących najskuteczniej do tępienia przestępstw, środków, do których obok kary należy wiele innych, nic z prawem karnem wspólnego nie mających zarządzeń prewencyjnych. Por. niżej nr. 109.

14. W niektórych przypadkach polityka przychodzi jeszcze z dalszą pomocą prawu karnemu. Są to przypadki, w których prawo karne, chcąc uwzględnić, w myśl zasady ***suum cuique tribuere***, wszystkie strony jakiegoś stosunku, podlegającego jego przepisom, musiałoby stawiać w przedmiocie tego, co się danej osobie należy, kilka takich wymagań, z których każde tylko z wykluczeniem pozostałych mogłoby wejść w wykonanie. Weźmy jako przykład okazanie czynnego żalu po dokonaniu niektórych przestępstw, dających się jeszcze naprawić np. kradzieży lub podpalenia. Piotr i Paweł popełnili kradzież wśród identycznych okoliczności; wynika stąd, że Piotr i Paweł zasłużyli na taką samą karę. Tymczasem już po dokonaniu kradzieży zaszła między nimi ta różnica, że Piotr, powodowany czynnym żalem, zwrócił rzecz ukradzioną pokrzywdzonemu, zanim jeszcze zwierzchność dowiedziała

się o jego przestępstwie (§ 187 k. k.), a Paweł zatrzymał ją u siebie dopóty, dopóki nie oddano go do sądu. Czego sprawiedliwość domagać się będzie w tym przypadku? Oczywiście, że postawi dwa żądania. Z jednej strony, uwzględniając dokonanie przez Piotra i Pawła kradzieży wśród takich samych okoliczności, uzna ona za rzecz odpowiadającą dobru społeczeństwa, a więc słuszną, aby ich obu spotkała jednakowa kara; z drugiej strony, uwzględniając czynny żal, który Piotr okazał, a którego Paweł nie zamanifestował po dokonaniu kradzieży, uzna za rzecz korzystną dla społeczeństwa, a więc także słuszną, iżby Piotr bądź poniósł jakąś karę łagodniejszą, bądź nawet był wolny od wszelkiej kary. To bowiem nie da się zaprzeczyć, że okazanie czynnego żalu po dokonaniu przestępstw, dających się jeszcze naprawić, posiada dla społeczeństwa zanadto wielką wartość, aby prawo nie miało zachęcać do niego sprawców obietnicą bądź kary łagodniejszej, bądź nawet zupełnej bezkarności.

Tak więc zgodnie z wymaganiami sprawiedliwości prawo zażąda, aby w przypadku powyższym Piotr z jednej strony był ukarany na równi z Pawłem, z drugiej zaś — łagodniej, względnie nie poniósł żadnej kary. Rzecz oczywista, że obu tym żądaniom stać się zadosyć nie może. Głos decydujący musi wtedy zabrać polityka kryminalna. Z dwóch tych, wyłączających się wzajemnie wymagań, wybierze ona to, którego zaspokojenie przynieść może społeczeństwu większy pożytek. Ze względu na to w przypadku, powyżej omawianym, polityka kryminalna oświadczy się za uznaniem czynnego żalu w charakterze okoliczności, umarzającej karę. Nie znaczy to jednak, aby z tego powodu prawo karne miało się odnosić do polityki kryminalnej, jak reguła sprawiedliwości do przepisu pożytku społecznego. W rzeczywistości odnosi się ono do niej jak reguła, wskazująca, jakiego wymiaru sprawiedliwości domaga się interes społeczeństwa dla danej osoby ze względu na każdą stronę jej postępowania, do reguły, wskazującej

którą z tych stron trzeba wziąć za podstawę należącego się jej wymiaru sprawiedliwości, skoro okazałoby się rzeczą niemożliwą unormować go odpowiednio do nich wszystkich.

[1] Pogląd ten wyłożyłem już w książce p. t. *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw.* Warsz. 1884, §§ 59—62. Tam mianowicie wyjaśniłem za jego pomocą przedawnienie kary oraz niższą karygodność usiłowania zupełnego (w stosunku do przestępstwa dokonanego) w przypadkach, nie dopuszczających już ze strony sprawcy żadnej interwencyi, dla odwrócenia skutku przestępnego. Co do czynnego żalu, por. niżej nr. 570 i 571.

ARTKYUŁ II.

Podstawy prawa karnego.

Wogóle.

§. 4.

15. Przez podstawy prawa karnego pojmujemy zasady, na których się ono opiera. Prawo karne należy do rzędu zjawisk świata praktycznego. Światem praktycznym czyli moralnym nazywa się we filozofii cała sfera naszych czynów, wszystko, co można podciągnąć pod pojęcie naszego postępowania dowolnego. W wytwarzaniu tej sfery naszego życia, oprócz organów naszego systemu nerwowego, przyjmują udział wola, rozum i zmysłowość. Wola jest w nas władzą panowania nad ruchami organów naszego systemu nerwowego; rozum jest w nas władzą panowania nad naszą wolą w imię tego, co czynić powinniśmy. Oprócz rozumu jednak wpływają na wolę każdego człowieka jego czysto zmysłowe podniety, w imię tego, co w danej chwili odpowiada jego dobru materyalnemu.

16. Wobec rozumu z jednej strony, a zmysłowości z drugiej — wola nasza posiada t. zw. autonomią, t. j.

zdolność uznawania nad sobą rządów pierwszego lub drugiej. Rozum żąda od człowieka pewnego postępowania, zmysłowość budzi w nim często ochotę pójścia całkiem inną drogą. Między jednem a drugiem wybiera człowiek dzięki autonomii swojej woli.

17. Z autonomii woli wynika, że człowiek musi posiadać zdolność zdawania sobie sprawy nietylko z tego, co czyni, ale i z pobudek, które go do tego skłaniają. Inaczej nie byłby on w stanie zaciągać się dobrowolnie pod sztandar rozumu lub zaprzedawać się w niewolę zmysłom. Ta zdolność nazywa się inteligencyą. Ona to sprawia, że, mając przed sobą jakikolwiek akt działalności dowolnej człowieka, możemy się pytać, jakie znaczenie nadawał on temu aktowi i jakiemi względami kierował się, gdy go spełniał.

18. Z inteligencyi człowieka w związku z autonomią jego woli i panowaniem nad nią rozumu i zmysłowości wypływa w dalszym ciągu jego władza wydawania sądów o wartości moralnej tak jego własnych, jak i cudzych postępków. Władza ta zasadza się na porównywaniu tego, co ktoś uczynił, z tem, co powinien był uczynić i orzekaniu na tej podstawie o tem, czy dany postępek należy uważać za rozumny lub nierozumny.

19. To, co powiedziano wyżej, stosuje się do działalności nietylko osób pojedynczych, lecz i organizmów społecznych. Społeczeństwo ludzkie bowiem posiada także naturę rozumną i zmysłową oraz zdolność rządzenia się wymaganiami pierwszej lub namiętnościami drugiej. Wynika stąd, że, mając przed sobą dany przejaw życia społecznego, nie możemy z góry uważać go za rozumny, lecz, aby przyjść do tego przekonania, musimy porównać zasady, któremi przy jego wytworzeniu rządziło sią społeczeństwo, z zasadami, któremi powinno było ono wtedy

się kierować. Pierwsze stanowić będą podstawy historyczne danego przejawu życia społecznego, drugie — jego podstawy filozoficzne.

20. Prawo karne, należąc do rzędu instytucyj świata praktycznego, musi także posiadać swoje podstawy filozoficzne i historyczne. W skład pierwszych wchodzą zasady, które prawo karne powinno wyznawać, chcąc być w zgodzie z postulatami rozumu; w skład drugich zasady, które rzeczywiście przewodniczyły lub przewodniczą jeszcze wytwarzaniu się prawa karnego w dziejach ludzkich [1].

[1] Do poznania podstaw filozoficznych prawa karnego możemy dojść tylko, zdawszy sobie jasno sprawę z zadania, jakie wogóle mają spełniać prawo i państwo wobec całego organizmu naszego życia społecznego, oraz ze stosunków prawnych, jakie wskutek tego powinny zawiązywać się między osobnikiem a państwem. Oczywistą bowiem jest rzeczą, że karę wtedy tylko potrafimy uzasadnić filozoficznie, gdy będziemy mogli zaliczyć ją do rzędu owych wspomnianych stosunków. Państwo może karać o tyle, o ile domaga się tego prawo, a czy i dlaczego domaga się tego prawo — to właśnie stanowi pytanie, odnoszące się do podstaw filozoficznych prawa karnego — Co się tyczy zaś jego podstaw historycznych, to aby je poznać, musimy przypatrzeć się różnym postaciom, które prawo karne przyoblekało w dziejach ludzkich, inaczej mówiąc, musimy dowiedzieć się, jak i dlaczego wymierzała się kara u różnych narodów i w różnych okresach czasu.

ODDZIAŁ I.

Podstawy filozoficzne prawa karnego (teorye karne).

I. Znaczenie, historya i podział teoryj karnych.

§ 5.

21. Wykłady systematyczne podstaw filozoficznych prawa karnego t. j. poglądy naukowe na istotę, cel i tytuł prawny kary *(fines poenarum, argumenta juris puniendi)*

noszą nazwę teoryj karnych. Są one wytworem myśli ludzkiej, skierowanej ku odkryciu w ustroju rozumnym naszego życia oparcia dla prawa karnego. Tem różnią się one od teoryj prawa karnego pozytywnego. Te ostatnie bowiem są wprawdzie także wytworem myśli ludzkiej, ale tylko w jej dążeniu do ujęcia w jeden system, logicznie zbudowany, przepisów prawa karnego, obowiązującego w obrębie danego społeczeństwa i w granicach danego czasu.

22. Aczkolwiek u myślicieli świata starożytnego[1] i wieków średnich[2] spotykamy mniej lub bardziej obszerne rozumowania o istocie i celu kary, to jednak wykłady systematyczne zasad, które służyć mają za podstawę rozumną prawa karnego, a więc teorye karne w ścisłem tego słowa znaczeniu pojawiają się dopiero w nowszych czasach. Pierwszy taki wykład daje nam Grocyusz w rozdziale 20 księgi II swego słynnego dzieła: *De iure belli ac pacis* (1625).

[1] Co do autorów starożytnych patrz przedewszystkiem Platona (*Gorgias, Politikus i De leg.* V, IX, XI i Arystotelesa (*Eth. Nicom.* I, c. 1; III, c. 7; V, c. 13; X, c. 10). U nich góruje myśl, że kara powinna nietyle występować przeciwko już popełnionym przestępstwom, ile dążyć do zapobiegania im na przyszłość. Por. Hildenbrand (*Geschichte u. System der Rechts- und Staatsphilosophie*, 1860; I, str. 217 i 299) i Laistner (*Das Recht in der Strafe*, 1872, str. 17—34).

[2] W wiekach średnich zastanawiali się nad istotą i celem kary św. Tomasz z Akwinu (*Summa theol.* P. II, Qu. 87), św. Augustyn c. 63 *Dist. 1 de Poenit.*) i wielu innych Ojców Kościoła. Tu kara przedstawia się przedewszystkiem jako narzędzie pokuty, jako środek, mający przywrócić grzesznikowi utraconą łaskę Bożą.

23. Grocyusz odróżnia karę idealną i karę, jako narzędzie sprawiedliwości społecznej. Tylko pierwsza z nich jest bezwzględna, t. j. czerpie swoje uzasadnienie z samego faktu popełnienia odnośnego przestępstwa. Określa ją Grocyusz jako »*malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*«. Uskarżać się na nią nie może przestępca, gdyż jest ona tylko wynikiem jego winy, a ten, »*qui directe vult peccare per consequentiam et poenam mereri voluerit*«. Kary tej jednak, według Grocyusza, nie wolno wymierzać człowiekowi; wymiar jej służy tylko Bogu. Co się tyczy zaś kary, którą społeczeństwo ma wymierzać na winowajcę, to dla jej usprawiedliwienia nie wystarcza jeszcze samo popełnienie przestępstwa. Na to oprócz tego potrzeba, aby jej wykonanie prowadziło do pewnych celów rozumnych. Celów takich wylicza Grocyusz trzy: 1) *utilitas eius, qui peccavit*, 2) *utilitas eius, cuius intererat non peccatum esse* i 3) *utilitas indistincte quorumlibet.*

Jak widzimy, to Grocysz opiera usprawiedliwienie kary, którą wymierza państwo, na dwóch podstawach, a mianowicie: *a)* na słuszności *(meritum)* i *b)* na pożyteczności *(utilitas)*. Kara, według Grocyusza, wtedy tylko może być narzędziem sprawiedliwości ludzkiej, jeżeli mający ją ponieść zasłużył na nią przez popełnienie odpowiedniego przestępstwa i jeżeli jej wykonanie może być pożyteczne.

24. Pogląd ten posiada w nauce to wielkie znaczenie, że niejako stanowi punkt wyjścia wszystkich późniejszych teoryj karnych. Myśliciele, którzy po Grocyuszu zastanawiali się nad istotą kary, podzielili się wkrótce na dwa całkiem przeciwne obozy, z których każdy przyjął za jej wyłączną podstawę filozoficzną jedną z dwóch zasad, na których oparł ją Grocyusz. Tak już w XVII wieku Selden twierdzi, że jedynem usprawiedliwieniem kary jest konieczność odwetu za popełnione przestępstwo, podczas gdy Hobbes uważa karę za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile dąży do odstraszania, a więc o ile jest pożyteczna. Wśród myślicieli XVIII w. Leibnitz i Kant opierają karę na jej *meritum*, a Wolff, Leyser, Globig i Huster na jej *utilitas*.

[1] Selden: *De jure naturali et gentium secundum disciplinam Haebraeorum. Lond.* 1640 I. 4; Hobbes: *Elememta philos. de cive*

(1643). cap. III. l. 11; VI. l. 5; XIII i XIV; *Levithan* (1651) cap. 27 i 28. Leibnitz: *Essais de Théodicée* (1710), I, § 67 i nast. Wolff: *Instit. jur. naturae et gentium* (1754) § 93, 157, 410, 758, 809, 1043. Leyser: *Meditationes ad Pandectas* (1781) § 649 N. 1. Globig und Huster: *Abhandl. v. d. Criminalgesetzg.* (1783), str. 47 i nast.

25. Ten podział teoryj karnych na dwa przeciwległe obozy ciągnie się aż do najnowszych czasów. Teorye, należące do pierwszego z nich, noszą nazwę bezwzględnych *(absolute Theorien)*; teorye zaś, należące do drugiego, nazywają się względnemi *(relative Theorien)*. Nazwy te nadał im pierwszy Zachariae[1]. Obok jednak tych dwóch grup teoryj karnych powstała w nowszych czasach trzecia, obejmująca t. zw. teorye mieszane *(Vereinigungstheorien)*. Różnią się one od obu poprzedzających grup w tym ważnym punkcie, że, wracając do poglądu Grocyusza, twierdzą, iż kara o tyle tylko staje się sprawiedliwą, o ile jednocześnie mający ją ponieść zasłużył na nią i jej wykonanie może przynieść społeczeństwu rzeczywistą korzyść.

Poznawszy już znaczenie, historyą i podział teoryj karnych, przystąpmy teraz do bliższego rozbioru najważniejszych ich typów.

[1] Zachariae: *Altes Archiv. des Criminalrechts.* Bd. III. St. 4. S. 40 f.

II. Rozbiór najważniejszych teoryj karnych począwszy od końca XVIII wieku[1].

A. Teorye bezwzględne.

§ 6.

26. Teorye te opierają karę na konieczności odcierpienia przez sprawcę danego przestępstwa pewnej dolegliwości w odwecie za zło, które wyrządził przez to ostatnie. Między przestępstwem a karą istnieje wedle tych

teoryj związek przyczynowy, mocą którego pierwsze nie może nastąpić bez pociągnięcia za sobą drugiej. Przestępca ma uledz karze nie dlatego, że może ona przynieść jakikolwiek pożytek bądź jemu samemu, bądź też innym członkom społeczeństwa, lecz jedynie dla tego, że popełnił przestępstwo, za które na nią zasłużył. Przestępstwo więc jest tutaj jedynem *argumentum iuris puniendi*. Z tego powodu teorye te nazywają się także odwetowemi. Ze względu jednak na źródło, z którego wyprowadzają konieczność odwetu karnego, teorye te przedstawiają cztery główne typy. Są one następujące: 1) teorya odwetu moralnego, 2) teorya odwetu dyalektycznego, 3) teorya odwetu Bożego i 4) teorya odwetu fizycznego.

[1] Bauer: *Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, 1830. Hepp: *Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme*, 1843 (2 wyd.). Röder: *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, 1867 Heinze: *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprinzip* (w I tomie Holtzendorfa: *Handbuch des deutchen Strafrechts)* 1871. Laistner: *Das Recht in der Strafe*, 1872 Bar: *Handbuch des deutschen Strafrechts*, 1882 (Bd. I, str. 201—361). Franck: *Philosophie du droit pénal*, 1830 (éd. 2). Kohler: *Das Wesen der Strafe*, 1888. Löning: *Ueber die Begründung des Strafrechts*, 1889. Günther (L): *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts.* Abth. I, 1889; II, 1891; III, 1895. Merkel: *Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwickelung des Strafrechts und der Gesamtentwickelung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker*, 1889. Tenże: *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892. Mittelstädt: *Schuld und Strafe (Gerichtssaal)*, Bd. 46, S. 237, 387; Bd. 47, S. 1. Vargha: *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, Bd. I, 1896; Bd. II, 1897. Bar: *Problem des Strafrechts*, 1897. Saleri: *Delle cagioni che retardarono la filosofia del diritto penale e delle cagioni che le fuero sergere negli ultimi tempi* (Milano 1884). Makarewicz: *Klassicismus und Positivismus in der Strafrechtswisenschaft (Juristische Abhandl.)*, 1907. I, str. 27.

1. Teorya odwetu moralnego.

§ 7.

27. Najznakomitszym jej przedstawicielem jest Kant (1724—1804)[1]. Związek przyczynowy między przestępstwem a karą jest według tego filozofa nakazem kategorycznym umysłu praktycznego, t. j. naszej władzy poznawania i spełniania dobra moralnego. Dobro to podmiotowo tem się odznacza, że można je spełniać tylko dobrowolnie, to znaczy nie z innych pobudek, jeno z poczucia obowiązku; przedmiotowo zaś musi mieć ono taką treść, aby, spełniając je, każdy człowiek mógł zarazem pragnąć, iżby reguła jego woli stała się normą ogólnie obowiązującą. Nakaz spełniania tego dobra nazywa Kant nakazem kategorycznym powinności bezwzględnej i wyprowadza z niego całe dalsze ustawodawstwo świata moralnego, a mianowicie nakazy wolności, prawa i kary.

[1] Kant: *Kritik der praktischen Vernunft.* 1788. *Metaphysik der Sitten* (II Theil), 1797 (2 wyd. 1798). Por. Krzymuski: *Teorya karna Kanta*, 1882 (odbitka z Rozpraw Wydz. filozof. Akademii Umiej. t. XVI).

28. Wolnym musi być każdy człowiek, gdyż inaczej nie mógłby spełniać dobrowolnie dobra moralnego, a tego właśnie żąda od niego nakaz powinności bezwzględnej. Ponieważ jednak każdy człowiek potrzebuje być wolny, przeto wolność jednego nie może sięgać tak daleko, iżby nie dawała się pogodzić z wolnością innych. Stąd wypływa konieczność prawa. Ogranicza ono wolność zewnętrzną każdego człowieka w interesie wolności zewnętrznej wszystkich. Równocześnie zaś zabezpiecza ono każdemu człowiekowi w pewnym przyznanym mu przez nie zakresie działania zewnętrznego wolność najzupełniejszą, a z nią i możność spełniania nakazu kategorycznego powinności bezwzględnej. Określa je Kant jako system warunków, pod któremi samowola każdego utrzymuje się w zgodzie z samowolą wszystkich w myśl ogólnej zasady wolności.

29. W każdem bezprawiu tkwi naruszenie jednego z prawideł, których przestrzegania domaga się od nas prawo, celem zapewniania każdemu człowiekowi możności postępowania według nakazu powinności bezwzględnej. Każde więc bezprawie sprzeciwia się dobru moralnemu i z tego właśnie powodu sprowadza karę na swojego sprawcę. Zło moralne bowiem, jako przeciwieństwo dobra moralnego, musi różnić się od niego i co do swoich skutków. Skutkiem koniecznym dobra moralnego jest sprawienie osobie, która je wytworzyła, pewnego zadowolenia; skutkiem więc koniecznym zła moralnego powinno być wyrządzenie jego sprawcy pewnej dolegliwości. Dolegliwością tą jest właśnie kara. Tak więc między czynem niemoralnym a karą zachodzi związek przyczynowy, stanowiący nakaz kategoryczny umysłu praktycznego.

30. Jaką ma być natura kary i kto ma ją wymierzać? Pod tym względem Kant odróżnia dwa rodzaje kary: karę naturalną *(poena naturalis)* i sądową *(poena forensis)*. Pierwsza spotyka sprawcę każdego czynu niemoralnego w drodze wyrzutów sumienia lub innych szkodliwych dla niego skutków, które z jego czynu wypływają w myśl praw, rządzących przyrodą materyalną. Druga spotyka tylko sprawcę przestępstwa, t. j. bezprawia, będącego otwartym buntem przeciwko prawu i wymierza się z woli państwa, jako organu, powołanego do sprawowania straży nad porządkiem prawnym społeczeństwa. Kara sądowa polegać musi na ścieśnianiu wolności zewnętrznej przestępcy. Pochodzi to stąd, że skoro prawo pociąga za sobą ochronę wolności zewnętrznej człowieka, uznającego nad sobą jego panowanie; to przestępstwo, jako bunt przeciwko prawu, musi naodwrót sprowa-

dzać konieczność ścieśniania wolności zewnętrznej jego sprawcy.

31. Kara sądowa, jak widzieliśmy, ma w myśl ustawodawstwa, rządzącego umysłem praktycznym, spotykać z rozkazu państwa sprawcę każdego przestępstwa. Jest ona więc instytucyą moralną. Karząc przestępcę, państwo spełnia jeden z obowiązków, wypływających z nakazu kategorycznego powinności bezwzględnej. Wiadomo zaś, że według Kanta obowiązki te możemy spełniać tylko bezinteresownie, to znaczy, nie powodując się żadną inną pobudką, oprócz posłuszeństwa regułom, które je na nas nakładają. Wynika stąd, że i kara sądowa będzie sprawiedliwa tylko wtedy, gdy państwo wymierzy ją na przestępcę tylko z poczucia obowiązku, a całkiem niezależnie od tej, lub owej korzyści, którą mogłaby ona przynieść winowajcy lub społeczeństwu.

32. Na poparcie powyżej zaznaczonej tezy Kant przytacza także obowiązek moralny szanowania w każdym przestępcy jego godności ludzkiej. Ta godność nie da się oderwać od żadnego, choćby najnikczemniejszego zbrodniarza, stanowi ona bowiem najwybitniejszą cechę, odróżniającą człowieka od innych tworów życia (rzeczy). Te ostatnie mają dla nas wartość tylko o tyle, o ile służą do osiągania celów, które odpowiadają nie ich, lecz naszym potrzebom; człowiek zaś posiada dla drugiego wartość jedynie ze względu na swoją naturę rozumną, ze względu na swój własny cel moralny. Używać człowieka za narzędzie do wytwarzania jakiegoś dobra, nie będącego jego własnym celem, znaczyłoby według Kanta uważać go za rzecz i wyrządzać mu krzywdę, na którą, choćby nawet popełnił najcięższą zbrodnię, nigdy jeszcze nie mógłby zasłużyć. Wynika ztąd, że kara o tyle tylko jest sprawiedliwa, o ile szanuje w przestępcy jego godność ludzką, a tę ostatnią potrafi w nim uszanować tylko wtedy, jeżeli

stanowić będzie skutek jego własnego czynu, jeżeli, jak powiada Kant, będzie złem, które mający być ukarany sam niejako rzucił sobie na kark, popełniwszy przestępstwo.

33. Tyle co do uzasadnienia filozoficznego kary. Co się tyczy zaś poglądu Kanta na jej wymiar t. j. na jakość i ilość ukarania, mającego spotkać sprawcę danego przestępstwa, to myśliciel ten hołduje zasadzie, że kara powinna się równać obu stronom popełnionego przestępstwa, zarówno wewnętrznej (nastrój woli), jak i zewnętrznej (szkoda materyalna). Za ideał jednak kary sprawiedliwej uważa Kant dolegliwość, któraby, odpowiadając całkiem stronie materyalnej popełnionego przestępstwa (oko za oko, ząb za ząb), mogła zarazem naginać się do wszystkich odcieniów jego strony wewnętrznej i być w miarę tych ostatnich to łagodniejszą, to surowszą. Przykład podobnej kary widzi Kant w karze śmierci za zbrodnię zdrady głównej [1].

[1] Krzymuski: *Teorya karna Kanta* str. 51.

2. Teorya odwetu dyalektycznego.

§ 8.

34. Jej twórcą jest Hegel (1770—1831)[1]. Według niej związek przyczynowy między przestępstwem a karą jest wymaganiem logiki, t. j. ustawodawstwa, rządzącego naszem myśleniem. Prawo jest, zdaniem Hegla, jedyną formą rzeczywistą uzewnętrzniania się w życiu ludzkiem Idei absolutnej, jako woli [2]), a najdoskonalszym jego wyrazem jest wola ogólna państwa. Stąd, że prawo posiada byt rzeczywisty, wypływa logicznie, że jego zaprzeczenie rzeczywistości mieć nie może. Zaprzeczeniem takiem jest przestępstwo, jako wyraz woli indywidualnej osobnika, chcącej odmówić rzeczywistości woli ogólnej państwa.

Konsekwencyą logiczną stosunku przestępstwa do prawa staje się kara.

[1] Hegel: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821 (zaleca, się wydanie 3cie z r. 1854 pod redakcyą Gansa).

[2] Aby zrozumieć to określenie prawa, trzeba koniecznie zdać sobie sprawę z tego, co oznacza u Hegla idea absolutna i w jakim stosunku znajduje się do niej prawo. Idea absolutna jest według Hegla substancyą, istniejącą wiecznie, zawierającą w sobie wszystkie pierwiastki wszechbytu i wyłaniającą ze siebie wszystkie jego formy. Ten Absolut jednak ma swoję historyą, wciągu której przechodzi przez trzy odmienne stopnie istnienia. Najprzód istnieje on sam w sobie t. j. jako substancya, obdarzona pewnemi własnościami życia. Następnie pragnie on istnieć za sobą t. j., nie przestając być w sobie, módz także spoglądać na siebie. W tym celu Absolut stwarza samego siebie w postaci przyrody materyalnej. Nareszcie chce on także wiedzieć, że istnieje w sobie i za sobą, czyli chce istnieć dla siebie. W tym celu stwarza on samego siebie w postaci świata ludzkiego. Wynika stąd, że życie ludzkie jest jedyną widownią bytu, na której idea absolutna urzeczywistnia się dla siebie. Urzeczywistnienie to odbywa się w trzech osobnych formach a mianowicie we filozofii, sztukach pięknych i prawie. We filozofii Absolut urzeczywistnia się jako umysł, w sztukach pięknych — jako uczucie, a w prawie — jako wola.

35. Kara bowiem nie jest niczem innem, jeno zaprzeczeniem ze strony woli ogólnej państwa rzeczywistości przestępstwa. W tym zaś charakterze jest ona potwierdzeniem rzeczywistości prawa. Wynika to z tego ogólnego prawidła logicznego, że zaprzeczenie zaprzeczenia pewnego terminu staje się jego potwierdzeniem. Państwo wykazuje przez ukaranie przestępcy, że nieprawdą jest, aby wola indywidualna tego ostatniego mogła w rzeczywistości zapanować nad wolą ogólną całego społeczeństwa, a przez to znów stwierdza, że z dwóch powyższych wyrazów woli ludzkiej, t. j. prawa i przestępstwa, tylko pierwsze posiada byt rzeczywisty.

Karę, jako potwierdzenie rzeczywistości prawa, musi nawet sam przestępca, ze względu na swoją naturę rozumną, uznać za konieczność logiczną. Każdy człowiek bowiem przez swoją wolę rozumną bierze udział w wytworzeniu prawa, a woli tej nie przestaje według Hegla posiadać żaden człowiek, choćby w danym razie popełnił najcięższą zbrodnię. Wynika stąd, że, karząc przestępcę, państwo nie wyrządza mu żadnej krzywdy, lecz przeciwnie oddaje cześć jego istocie rozumnej.

3. Teorya odwetu Bożego.

§ 9.

36. Najznakomitszym jej przedstawicielem był w nowszych czasach Juliusz Stahl, zmarły w r. 1861 profesor uniwersytetu berlińskiego[1]. Teorya ta wyprowadza związek przyczynowy między przestępstwem a karą z woli samego Boga. Bóg według niej jest jedynym ustawodawcą całego porządku moralnego w świecie ludzkiem, a państwo jest instytucyą, mającą strzedz tego porządku na polu stosunków zewnętrznych naszego życia. Stąd wypływa dla państwa obowiązek bezwzględny karania przestępstw. Bezwzględny dlatego, że państwo, wymierzając karę, nie działa w swojem imieniu, lecz jako pełnomocnik Boga[2]. Bóg zaś nie może upoważniać państwa do niekarania przestępców, gdyż kara ma na celu dobro tych ostatnich, a mianowicie przywrócenie im w zamian za pokutę łaski Bożej.

[1] Stahl: *Philosophie des Rechts*, 1854 — 1856 (4 wyd. 1870). Wśród innych wyznawców tej teoryi najwybitniejsze stanowisko zajmują hr. de Maistre, Bonald, Henryk Adam Müller i Franciszek Baader (wszyscy z pierwszej ćwierci XIX st.).

[2] Lucien Brun: (*Introduction à l'étude du droit*, 1879, p. 254, 259) nazywa prawo karne *une délégation divine du droit de punir le mal.*

4. Teorya odwetu fizycznego.

§ 10.

37. Nazwą tą oznaczamy wszystkie poglądy, które wychodzą z tego stanowiska, że związek przyczynowy między przestępstwem a karą jest koniecznością nie moralnego, lecz fizycznego rzędu[1]. Konieczność ta mianowicie ma się opierać na owem powszechnem prawie natury, w myśl którego każde zjawisko życia uważać należy z jednej strony za nieunikniony skutek pewnej przyczyny, z drugiej zaś—za nieubłaganą przyczynę pewnego skutku. Wyjątku nie stanowią pod tym względem przestępstwo i kara. Jak sprawca pierwszego, znalazłszy się wśród odpowiednich warunków, musiał je popełnić; tak znowu państwo, mając przed sobą przestępstwo, musi wystąpić przeciwko niemu z karą. Nie wchodzi tu w grę żadne przełamanie obowiązku moralnego po stronie przestępcy, ani żadne spełnianie przez państwo ciążącej na niem powinności moralnej. Państwo, wymierzając karę, ulega temu samemu prawu nieubłaganej konieczności, któremu ulega osoba, mająca być ukarana, dopuściwszy się przestępstwa[2].

[1] Do tego kierunku należy zaliczyć z dawnych szkół:

a) Fizyonomistów. Lavater: *Phisiognomische Fragmente*, 1775—1778.

b) Sensualistów. Cabanis: *Rapports du physique et du moral de l'homme, 3-me éd.* 1815, 2 vol,

c) Frenologów. Gall. *Sur les fonctions du cerveau*, 6 vol. 1822—1825.

d) Symbolistów. Gustaw Carus: *Symbolik der menschlichen Gestalt*, 2-te Aufl. 1858.

Dziś pod pojęcie teoryi odwetu fizycznego podchodzą:

e) Materyaliści. Dankwardt: *Psychologie und Criminalrecht*, 1863. Scholten: *Der freie Wille*, przekł. z holend. 1874. Cless: *Die Aufgabe des Staates gegenüber dem Verbrechenthume nach den Grundsätzen des Materialismus*, 1875.

f) Szkoła statystyki moralności. Quetelet: *Sur l'homme et le développement de ses facultés ou essai de physique morale*, 1835. Niektórzy jednak jej przedstawiciele (Drobisch, Wappäus, Oettingen, Rümelin) podnoszą protest przeciwko fatalizmowi jej wywodów.

g) Szkoła pozytywna prawa karnego we Włoszech, tak w jej antropologicznym (Lombroso: *L'uomo delinquente*. Torino, 1-sze wyd. 1876. 5-te 1897. Ferri: *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 1881. Dzieło to, które w nowszych wydaniach nosi tytuł: *Sociologia criminale* wyszło po francusku w roku 1893 a w tłómaczeniu niemieckiem Kurelli w r. 1894. Garofalo: *Criminologia*, 1-sze wyd. 1885. 2-gie 1891. w przekł. franc. 1890), jak w jej socyologicznym kierunku (Carnevale: *Critica penale*, 1889; Colojanni: *La sociologia criminale*, 1889.

h) Determiniści, których zastępy w nowszych czasach rosną coraz bardziej, a wśród których odznaczają się najwybitniej: Merkel: *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892. Mittelstädt: *Schuld und Strafe* (Gerichtssaal. t. 46, str. 237, 387, t. 47. str. 1). Horn: *Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht* 1893. Liszt: *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe* (Zeitschr. für ges. Strafw. t. 13, 1893. str. 325—370). *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit* (tamże, t. 17, str. 70—84). Vargha: *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, 1896. Van Calker: *Strafrecht und Ethik*, 1897. Patrz także Alimena: *I limiti e i modificatori dell' imputabilita'*. 2 tomy, 1894.

[2] Przeciwko całemu temu kierunkowi patrz Binding: *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. II, § 32 (1877). *Grundriss des Strafrechts*, 5 Aufl. str. 86. Meyer: *Die Willensfreiheit im Strafrecht*, 1890. Lammasch w *Gerichtsaal*, t. 44, str. 152 i w *Schweizerische Zeitschr. für Strafrecht*, t. 10. Fonsegrive: *Essai sur le libre arbitre*. Paris, 1887. Louis Proal: *Le crime et la peine*. Paris, 1892. Emilio Pascale: *Uso ed abuso della statistica*. Roma 1885. Krzymuski: *Znaczenie naukowe statystyki moralności i doniosłość jej wywodów dla represyi przestępstw* (Gaz. sąd. Warsz. 1877). *Represya przestępstw wobec fatalizmu filozofii współczesnej* (tamże, 1877). *Szkoła pozytywna prawa karnego we Włoszech*. Lwów, 1889. *Determinizm i poczytanie przestępstw w świetle najnowszych badań*. (Krakowskie Czasopismo prawn. i ekon. t. I. str. 18—54). Patrz także Manouvrier w *Actes du Congrès d'anthropologie criminelle de Paris en* 1889, p. 156.

Krytyka teoryi bezwzględnych.

§ 11.

38. Teorye te grzeszą tem, że nie tłómaczą nam należycie przyczyny związku koniecznego, mającego zachodzić między przestępstwem a karą. Przyczynę tę bowiem wyprowadzają one wyłącznie z pewnych czysto apriorystycznych przesłanek, jakoto że jest nieubłaganem wymaganiem etyki, logiki, Boga lub materyi, aby przestępstwo ściągało na swojego sprawcę karę. Co stanowi jednak podstawę rozumną tego wymagania? Dlaczego mianowicie odwet za przestępstwo ma polegać koniecznie na wyrządzeniu jego sprawcy pewnej dolegliwości?

Wszakże z punktu widzenia abstrakcyjnego i przebaczenie winy nie znajdzie się w niezgodzie z postulatami doskonałości moralnej, prawidłami rozumowania logicznego i duchem miłosierdzia Bożego. Jeżeli jednak pomimo to w zasadzie nie przebaczenie winy, lecz kara ma być moralną, logiczną, względnie religijną konsekwencyą przestępstwa; to chyba musi mieć to swoją przyczynę w tem, że kara prowadzi do jakiegoś dobra, pożądanego z punktu widzenia porządku moralnego, ustroju logicznego lub ideałów religijnych naszego życia. Innemi słowy, co do trzech pierwszych teoryi bezwzględnych, można się zgodzić na to, że kara jest koniecznością moralnego, logicznego i religijnego rzędu, ale z tem uzupełnieniem, że staje się tą koniecznością dlatego, że służy do osiągania celów, które dla naszego życia społecznego posiadają tę realną wartość, że bez nich nie dałby się pomyśleć jego ustrój rozumny, jego organizacya, zgodna z postulatami etyki, logiki i religii.

Co się tyczy zaś teoryi odwetu fizycznego, to trzeba zauważyć, że właściwie i z jej punktu widzenia, to, co czyni karę konsekwencyą materyalną przestępstwa, tkwić powinno w jej zdolności do sprowadzania pewnych skutków dodatnich, tylko że te ostatnie są tutaj wytknięte przez nieubłaganą, na prawach fizycznych opartą, celowość życia. Fatalizm tej teoryi sięga tak daleko, że usuwa się z pod cyrkla badań naukowych.

B. Teorye względne czyli utylitarne.

§ 12.

39. Teorye te różnią się od poprzedzających w tym istotnym punkcie, że szukają przyczyny moralnej kary nie w samym fakcie popełnienia pewnego przestępstwa, lecz w jakiejś okoliczności, nie znajdującej się z tym faktem w związku nierozerwalnym. Kara według tych teoryi nie dlatego jest sprawiedliwa, że ten, kto ma ją ponieść, popełnił pewne przestępstwo, lecz dlatego, że jej wymierzenie może przynieść jakąś korzyść praktyczną. Z tego powodu teorye te noszą także nazwę utylitarnych *(Interessentheorien)*. Dadzą sie one podzielić na trzy grupy, stosownie do tego, czyją to korzyść uważają za cel, mający usprawiedliwiać karę. Pierwsza z nich opiera zasadę moralną kary na interesie państwa, druga szuka jej usprawiedliwienia w jej dążeniu do przyniesienia jakiejś korzyści przestępcy, trzecia nareszcie uważa za sprawiedliwą tylko karę, przynoszącą porządkowi prawnemu społeczeństwa *(Rechtstheorien)* naprawę wyrządzonej mu szkody.

Grupa I. Teorye opierające karę na interesie państwa.

§ 13.

40. Utrzymują one, że kara staje się sprawiedliwą o tyle tylko, o ile zdolna jest przynieść pożytek państwu. Ten pożytek zaś chciano widzieć bądź w odstraszaniu od przestępstw, bądź w zapobieganiu im na przyszłość, bądź

w odpieraniu krzywdy, która z ich strony państwu zagraża. Pierwszemu kierunkowi odpowiada teorya odstraszenia, drugiemu—teorya zapobieżenia, a trzeciemu—teorya obrony pośredniej.

41. I. Teorya odstraszenia. Twierdzi ona, że kara wtedy tylko będzie mogła uchodzić za sprawiedliwą, gdy okaże się zdolną do odstraszania od przestępstw obywateli t. j. do budzenia w nich uczucia, że jest dla nich rzeczą korzystniejszą powstrzymywać się od przestępstw, niż je popełniać. Jedni chcą, aby moc odstraszania od przestępstw posiadało samo wykonanie kary, drudzy, aby moc ta tkwiła w zagrożeniu karą.

42. Pierwsi (Filangieri, Gmelin)[1] nie troszczą się o to, czy winowajca wiedział przed popełnieniem przestępstwa, czy i jaka go za nie spotka kara. Kara staje się ich zdaniem sprawiedliwą, skoro tylko jej wykonanie może innych od danego przestępstwa odstraszać. Pogląd ich znany jest też pod nazwą teoryi odstraszenia przez wykonanie kary.

[1] Filangieri (1752 — 1788): *La scienza della legislazione*, 1781—1788. Gmelin (1750—1823): *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen*, 1785.

43. Drudzy zarzucają powyższej teoryi, że czyni z przestępcy ofiarę na rzecz odstraszania innych i utrzymują, że wykonanie kary może znaleść usprawiedliwienie tylko w tem, że osoba, która ma ją ponieść za jakieś przestępstwo, wiedziała przed jego popełnieniem, że mu ona za nie grozi i groźbą tą nie dała się odstraszyć. Jest to tak zwana teorya odstraszenia przez zagrożenie karą, czyli przez przymus psychologiczny *(Theorie des psychologischen Zwanges)*. Najznakomitszym jej przedstawicielem jest Feuerbach[1].

[1] Feuerbach (1775 — 1833): *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799, 1800). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gült. peinlichen Rechts*, 1800, (wyd. 14-te Mittermaiera, 1847; wyd. krytyczne Morstadta i Osenbrügena, 1855). Duchem tej teoryi przejął się ułożony przez Feuerbacha kodeks bawarski z r. 1813.

44 Przymus psychologiczny posiada według Feuerbacha tę wysoką wartość, że z jednej strony jest on sam przez się zawsze sprawiedliwy, a z drugiej—zdolny jest usprawiedliwić wykonanie każdej, choćby najsurowszej kary. Pierwszą tezę uzasadnia Feuerbach tem, że samo zagrożenie karą nie wyrządza jeszcze nikomu żadnej krzywdy, tudzież, że, skoro państwu służy prawo żądać, by obywatele nie dopuszczali się pewnych działań, to wolno mu także oznaczać według własnego uznania skutki, mające być powiązane z ich spełnianiem. Na poparcie zaś drugiego twierdzenia przytacza Feuerbach ten argument, że osoba, która, wiedząc, że ją czeka pewna kara za dane przestępstwo, popełnia to ostatnie, dała niejako do poznania, że z dwóch dróg, które jej państwo pozostawiło do wyboru, wolała iść tą, która prowadzi do kary, niż tą która od niej zabezpiecza. Tym sposobem wykonanie kary, choćby najsurowszej, stać się musi według Feuerbacha zawsze sprawiedliwe, skoro ten, kto ma ją ponieść za jakieś przestępstwo, wiedział, że mu ona grozi na przypadek jego popełnienia. Tylko więc przymus psychologiczny dąży bezpośrednio do odstraszania od przestępstw. Wykonanie zaś kary nie ma samo przez się odstraszać, lecz jego zadanie polega wyłącznie na tem, aby wzmacniać siłę przymusu psychologicznego przez wywołanie w umysłach obywateli przekonania, że państwo nie na żarty grozi karami.

45. II. Teorya zapobieżenia. Wychodzi ona z tego założenia, że kara pod tym tylko warunkiem staje się sprawiedliwą, jeżeli prowadzi do zapobiegania na przy-

szłość nowym przestępstwom, bądź tylko ze strony osoby, która ma ją ponieść za jakieś już popełnione przestępstwo, bądź także ze strony innych osób. Odpowiednio do wskazanej wyżej różnicy pogląd ten nosi nazwę teoryi zapobieżenia szczególnego (Grolman) i teoryi zapobieżenia ogólnego (Bentham).

46. Teorya zapobieżenia szczególnego widzi w każdym przestępcy osobę groźną dla porządku prawnego, bo wzniecającą obawę, że i w przyszłości naruszać go zechce. Ta obawa upoważnia państwo do wymierzania na przestępców takich tylko kar, któreby stosownie do okoliczności odbierały im bądź ochotę, bądź możność fizyczną dopuszczania się nowych przestępstw. Zwyczajnie powinno państwo używać środków karnych, mających wywierać na osoby, niemi dotknięte, wpływ w kierunku wywołania ich poprawy politycznej t. j. mających odbierać im ochotę do popełniania nowych przestępstw. Dopiero w przypadkach, w których nie można liczyć na tego rodzaju wpływ, wolno jest państwu chwytać się bardziej radykalnych środków, a mianowicie kar, prowadzących do tak zw. zapobieżenia absolutnego t. j. do odebrania ukaranemu możności fizycznej popełniania nowych przestępstw (więzienie dożywotne i kara śmierci).

[6] Grolman: *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, 1798. *Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, 1799.

47. Teorya zapobieżenia szczególnego różni się istotnie od teoryi odstraszenia tak przez wykonanie kary, jak przez przymus psychologiczny. Od pierwszej tem się wyróżnia, że szuka usprawiedliwienia kary w potrzebie odstraszania nie innych osób, lecz samego ukaranego. Przez to zaś chroni się ona od zarzutu, czynienia z przestępcy ofiary na rzecz tych, których potrzeba odstraszać za pomocą jego ukarania. W stosunku zaś do teoryi przymusu

psychologicznego Feuerbacha tem się ona wyszczególnia, że na pierwszy plan wysuwa samo wykonanie kary i usprawiedliwienie tego aktu opiera na podstawie niezależnej od warunku, czy osoba, która ma być ukarana za jakieś przestępstwo, wiedziała przed jego popełnieniem, jaką ono sprowadzi na nią karę.

48. Szersze rozwinięcie znalazła myśl zapobiegania nowym przestępstwom u filozofa angielskiego Jeremiasza Benthama (1748—1832)[1]. Pogląd jego, znany pod nazwą teoryi zapobieżenia ogólnego, przedstawia niejako połączenie w jeden system zapatrywań Feuerbacha i Grolmana. Kara mianowicie ma według Benthama 1) odbierać wszystkim obywatelom ochotę do pełnianiania przestępstw (zapobieżenie ogólne) i 2) sprawiać, iżby ukarany nie dopuszczał się w przyszłości nowych przestępstw (zapobieżenie szczególne). Do pierwszego celu prowadzi zagrożenie karą (Feuerbach), do drugiego — jej wykonanie (Grolman), mające odbierać ukaranemu bądź możność fizyczną popełniania nowych przestępstw (więzienie dożywotne lub kara śmierci), bądź ochotę (kary poprawcze), bądź wreszcie skłonność do tego (kary odstraszające).

[1] Bentham: *Traité de législation civile et pénale*, 1-sze wyd. 1802; 2-gie 1820; *Théorie des peines et des récompenses* 1810. Oba te dzieła wydał Dumont. Patrz Hepp: *Jeremias Benthams Grundsätze der Criminalpolitik*, 1829. Jouffroy: *Cours de droit naturel*, t. I, str. 316—405 (4-te wyd. 1866).

49. III. Teorya obrony pośredniej. Widzi ona w prawie karnem przeniesienie na państwo prawa obrony koniecznej, służącego każdemu człowiekowi dla odparcia krzywdy, którą ktoś drugi chce mu wyrządzić bezprawnie, a od której inaczej nie mógłby się ochronić. W Niemczech pierwszy sformułował ją Schulze, bliżej zaś rozwinął ją Martin[1]. Między prawem obrony koniecznej a prawem karania przestępstw zachodzi według Martina ta tylko ró-

żnica, że pierwsze ma na celu odparcie krzywdy, zagrażającej natychmiastowo, drugie zaś dąży do odparcia krzywdy, mogącej dopiero zagrażać w przyszłości. Tą ostatnią krzywdą jest osłabienie powagi prawa. Kara ma na celu odeprzeć ją, wzniecając w każdym obywatelu przekonanie, że nie może on, bez wyrządzenia szkody samemu sobie, naruszać ustaw państwa. Pod tym ostatnim względem teorya ta przypomina bardzo przymus psychologiczny Feuerbacha, zwłaszcza że i z jej stanowiska zagrożenie karą za dane przestępstwo powinno koniecznie poprzedzać jego popełnienie, aby państwo mogło sprawiedliwie wymierzyć ją na jego sprawcę. Tego bowiem wymaga zasada, według której obrona konieczna uważa się usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile dla odparcia napadu użyto środków surowszych dopiero wtedy, gdy łagodniejsze okazały się niewystarczającemi.

1 Schulze: *Principien des bürgerlichen Rechts*, 1813. Martin: *Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalrechts*, 1825. Z innych znakomitszych autorów teoryą tę wyznają we Włoszech Romagnosi: *Genesi del diritto penale*, 1791 (na niemiecki przełożył Luden, 1833); we Francyi Chauveau i Hélie: *Théorie du Code pénal* (4-me éd. 1861, I, str. 31 i nast.).

Krytyka pierwszej grupy teoryi utylitarnych.

§ 14.

50. Ujemna strona tych poglądów polega na tem, że w przestępstwie widzą nie przyczynę, usprawiedliwiającą ukaranie jego sprawcy, lecz okazyą do tego, aby przez jego ukaranie zapewnić państwu jakąś realną korzyść. Wskutek tego, przy ścisłem stosowaniu tych teoryi, należałoby czynić wymiar kary zależnym nie od wielkości popełnionego przestępstwa, nie od krzywdy, którą ono wyrządziło odnośnym interesom, znajdującym się pod ochroną prawa, lecz od stopnia, w którym budziłoby ono w państwie potrzebę osiągania tych korzyści, które według tych poglądów ma kara sprowadzać.

Tak np. co do teoryi odstraszenia nie ulega wątpliwości, że najcięższe zbrodnie (morderstwo, rabunek) już samą swoją grozą stanowią przykład mniej zachęcający do naśladowania, niż wiele innych lżejszych przestępstw (cudzołóstwo, gry zakazane). Odpowiednio do tego, z punktu widzenia tej teoryi, potrzeba odstraszania za pomocą kary wydaćby się powinna państwu większą odnośnie do tych ostatnich przestępstw, niż ze względu na pierwsze. W dalszym zaś ciągu wypływałaby stąd konieczność okładania cudzołostwa i gier zakazanych karami surowszemi, niż te, które okazałyby się niezbędnemi w odniesieniu do morderstwa i rabunku[1].

O ten sam szkopuł rozbijają się teorye zapobieżenia i obrony pośredniej.

Pomyślmy z jednej strony o człowieku, który, mając tylko jednego wroga w życiu, zabił go dlatego, że od dzieciństwa zaprzysiągł mu nienawiść śmiertelną; z drugiej zaś — o amatorze cudzej własności, który, powodowany chciwością zysku, dopuścił się kradzieży lub oszustwa. Ze stanowiska ściśle przeprowadzonej teoryi zapobieżenia należałoby niezawodnie z dwóch tych przestępców ukarać surowiej drugiego. Każdy to czuje, że podobny wymiar kary nie znalazłby się w zgodzie z postulatami sprawiedliwości.

Na inne, ale także bardzo dotkliwe niebezpieczeństwo narażaćby musiała wymiar kary teorya obrony. Głosi ona, że przestępstwo nietyle jest krzywdą, już wyrządzoną państwu, ile zagrożeniem, że zostanie mu ona wyrządzona w przyszłości przez osłabienie powagi jego ustaw. Znaczyłoby to, innemi słowy, widzieć w przestępstwie tylko akt nieposłuszeństwa wobec prawa, nie zaś naruszenie tego lub owego dobra, które stało się jego ofiarą. Wtedy zaś utracilibyśmy wszelki tytuł do odróżniania ze względu na karę jakichkolwiek gatunków przestępstw, gdyż za-

równo drobna kradzież, jak morderstwo, zagrażałyby państwu osłabieniem powagi jego ustaw[2].

W błąd narażania wymiaru kary na rozbrat ze sprawiedliwością popaść musi każda teorya, która za podstawę kary przyjmuje nie krzywdę, już wyrządzoną przez przestępstwo, lecz potrzebę osiągania za pomocą kary pewnych, z naturą popełnionego przestępstwa często nic wspólnego nie mających celów. Przekonamy się jeszcze o tem przy rozbiorze innych teoryj utylitarnych.

[1] Co się tyczy specyalnie teoryi odstraszenia przez przymus psychologiczny Feuerbacha, to zasługuje ona jeszcze na ten zarzut, że usprawiedliwienie kary wyprowadza z czysto dowolnej fikcyi, że każdy obywatel zna ustawę karną, skoro ogłoszono ją w sposób prawem przepisany.

[2] Por. Luden: *Ueber den Thatbestand des Verbrechens*, 1840, str. 171, dop. 1.

Grupa II. Teorye opierające karę na interesie przestępcy.

§ 15.

51. Teorye te utrzymują, że państwo, karząc przestępcę, o tyle tylko nie ukrzywdzi go ze stanowiska prawa, o ile zapewni mu przez to rzeczywistą korzyść. Kara jest złem, które samo przez się nie da się usprawiedliwić. Wyrządza ona bowiem zawsze ukaranemu szkodę w zakresie tych jego interesów, które znajdują się pod opieką prawa (życie, zdrowie, wolność, honor, mienie). Tę szkodę usprawiedliwić może tylko wzgląd na dobro ukaranego, a więc zdolność kary do przyniesienia przestępcy korzyści, która przeważać będzie wyrządzoną mu przez nią szkodę.

Do poglądów opartych na powyższem rozumowaniu należy zaliczyć teoryę umowy i teoryę poprawy.

52. I. Teorya umowy. Przedstawiciel jej Fichte[1] (1762 — 1814) wyprowadza państwo i znajdujący się pod jego ochroną porządek prawny z t. z. umowy politycznej t. j. kontraktu, zawartego między obywatelami a rządem państwa. W drodze tej umowy obywatele nałożyli na państwo obowiązek zapewniania im opieki prawnej *(Schutzvertrag)* pod warunkiem, że sami będą szanowali ustawy państwa. Warunku tego nie dotrzymał przestępca, a więc, w myśl wskazanej wyżej umowy, uwolnił też względem siebie państwo od wszelkich zobowiązań. Przestępca musiałby wskutek tego wracać do stanu natury t. j. trybu życia, pozbawionego wszelkiej opieki prawnej. Byłoby to oczywiście dla niego niezmierną klęską. Przewidzieli to obywatele, zawiązując umowę polityczną, i dlatego zawarli z państwem układ dodatkowy *(Abbüssungsvertrag)*, na mocy którego zastrzegają sobie prawo ponoszenia kary w tych wszystkich przypadkach, w których, bez ujmy dla bezpieczeństwa publicznego, ten lub ów z nich, popełniwszy przestępstwo, mógłby jeszcze z biegiem czasu odzyskać utraconą wskutek tego zdolność do pozostania nadal obywatelem[2]. Z tego punktu widzenia kara nie jest krzywdą, wyrządzoną przestępcy, lecz dobrodziejstwem, którego ten ostatni ma prawo żądać od państwa. Ona bowiem chroni go od powrotu do stanu natury i pozwala mu uniknąć losu zwierzęcia.

[1] Fichte: *Naturrecht*, 1797.

[2] Co się tyczy sposobu, w jaki kara może przywrócić przestępcy zdolność do obywatelstwa, to przedewszystkiem ma on polegać na odstraszaniu go od nowych przestępstw i dopiero, gdyby celu tego nie można było osiągnąć — na jego poprawie.

53. II. Teorya poprawy. Według niej jedyną rozumną podstawą do ocenienia sprawiedliwości kary jest stopień, w jakim może sprowadzać poprawę osób nią dotkniętych. Tylko bowiem poprawa przestępcy reprezentuje dla niego tak wielką korzyść, iż ze względu na nią można usprawiedliwić krzywdę, którą mu kara wyrządza.

Teorya ta stosownie do tego, czy pragnie za pomocą kary obudzić w przestępcy tylko potrzebę szanowania porządku prawnego społeczeństwa, czy też oprócz tego

chce jeszcze za jej pomocą obudzić w nim poczucie obowiązku szanowania tego porządku, — nazywa się teoryą poprawy politycznej lub moralnej.

Najwybitniejszym przedstawicielem pierwszego odcienia tej teoryi jest Stelzer[1], drugiego zaś Röder[2], zmarły w r. 1879 profesor uniwersytetu Heidelbergskiego i jeden z najgorliwszych wyznawców szkoły Krauzego w filozofii prawa.

[1] Steltzer: *Kritik über den Egger'schen Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für Schleswig-Holstein*, 1812.

[2] Röder: *Grundzüge des Naturrechts* (2 Aufl. 1860—1863); *Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*, 1846; — *Der Strafvollzug im Geiste des Rechts* 1863; — *Besserungsstrafe und Besserungsstrafanstalten als Rechtsforderung* 1864; — *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe*, 1867.

Krytyka drugiej grupy teoryi utylitarnych.

§ 16.

54. Rozumowanie, jakoby kara musiała stawać się dobrodziejstwem dla przestępcy, aby można było usprawiedliwić dolegliwość, którą mu państwo przez nią sprawia, opiera się na błędnej podstawie z tego powodu, że żadna instytucya prawa nie może brać w wyłączną rachubę korzyści osób pojedynczych, lecz liczyć się musi także z interesami ogółu.

Specyalnie przeciwko zasadniczej tezie teoryi umowy przemawia ta okoliczność, że niema państwa, któreby się mogło na to zgodzić, aby przestępcy wolno było zrzekać się kary za złożeniem deklaracyi, że woli wrócić do stanu natury. Oprócz tego, powiedziano słusznie[6], że za pomocą umowy można co najwyżej wytłómaczyć sposób powstania jakiegoś uprawnienia, nigdy zaś jego rozumną podstawę.

[1] Por Kasparek: *Prawo polityczne ogólne*, (1881), II, str. 34.

55. Na fałszywej drodze znajduje się także teorya poprawy. Przyjmuje ona bowiem za jedyną przyczynę moralną kary, za jedyną jej *ratio essendi* potrzebę, której ani wielkość ani też trwanie nie da się ściśle oznaczyć. Czy odnośnie do danego przestępcy odzywa się w ogóle potrzeba poprawy, jak wielką jest ta potrzeba i jak długo daje się ona uczuwać — są to pytania, na które ani ustawodawca, ani sędzia, ani nawet żaden dyrektor więzienia nie będzie mógł odpowiedzieć stanowczo. Oprócz tego poprawa przestępcy jest niewątpliwie rzeczą jego dobrej woli, a więc twierdzić, że kara staje się o tyle sprawiedliwą, o ile prowadzi do poprawy, znaczyłoby stawiać jej usprawiedliwienie w zależności od samego przestępcy.

Wreszcie teorya ta nie daje nam odpowiedzi na zapytanie, jak należy postąpić z przestępcą niepoprawnym, a w każdym przypadku popełnienia przez osobę, raz już ukaraną, nowego przestępstwa kazałaby nam widzieć dowód winy nietyle jego sprawcy, ile państwa. Z jej stanowiska bowiem pierwsza kara stała się krzywdą dla przestępcy, skoro nie zdołała go poprawić.

56. Jeżeli jednak potrzeba poprawienia przestępcy nie może stanowić przyczyny moralnej kary, to nie da się zaprzeczyć, że ze wszystkich celów rozumnych, do których powinna dążyć kara sprawiedliwa, poprawa przestępcy zasługuje na szczególne uwzględnienie. Jest ona bowiem najskuteczniejszym środkiem, za pomocą którego kara może spełnić swoje zadanie istotne, którem jest utrzymanie porządku prawnego społeczeństwa. Zapewne, że i odstraszanie innych za pomocą kary jest środkiem, prowadzącym do umniejszania przestępstw, ale cofnięcie z drogi występnej tych obywateli państwa, którzy już na nią wstąpili, prowadzi o wiele skuteczniej do tego rezultatu. Nieszczęścia bowiem jednych rzadko kiedy są dla drugich szkołą. Jak młodsze pokolenia mało korzystają z zapasu doświadczeń, zdobytych w życiu przez starsze; jak śmierć

wskutek przeziębienia lub nadużycia strawy nie będzie dla wielu przestrogą przeciwko nierozważnemu odziewaniu się lub łakomstwu; tak i skłonnych do złego nie zawsze cofnie z drogi występku kara wymierzona na zbrodniarza. Człowiek bowiem, działając, rozważa bardziej pobudki, niż następstwa swoich czynów. Zdanie to jest tem prawdziwsze, im niższy jest poziom oświaty człowieka. Ponieważ zaś najobfitszego kontyngensu przestępców dostarczają sądom karnym klasy nieoświecone społeczeństwa, przeto nie należy zbytecznie rachować na to, że z ukarania jednego inni zechcą zawsze wyciągnąć dla siebie przestrogę, lecz, karząc przestępcę, głównie starać się trzeba o wyleczenie go ze złych pobudek, o podniesienie jego poziomu moralnego[1].

[1] Por. mój artykuł: *Kilka słów w usprawiedliwieniu teoryi poprawy* (Gaz, sąd. Warsz. 1875, nr 23).

57. Teorya poprawy ma w historyi prawa karnego tę zaszczytną kartę, że wskazała karze powyższy ideał. W chwili gdy utrzymywano powszechnie, że przestępca jest istotą, której nic się nie należy od trybunału sprawiedliwości społecznej prócz pogardy i udręczenia, ona wystąpiła w obronie jego godności ludzkiej, głosząc, że nie przestaje on być człowiekiem, którego trybunał ten powinien uszanować, pracując nad jego odrodzeniem moralnem.

Pomimo zaś, że w obronie tej prawdy posunęła się ona za daleko, i że wskutek tego dzisiaj słuszną okazuje się obawa, iżby pod jej panowaniem kara nie utraciła charakteru sprawiedliwej reakcyi przeciwko przestępstwu; to jednakże przyczynienie się do wyrugowania z praktyki kryminalnej wszelkich nieludzkich udręczeń oraz wywołanie reformy więzień i uczynienie ich z miejsc tortury i zatracenia moralnego zakładami sprawiedliwości społecznej i miłosierdzia chrześciańskiego, pozostanie w historyi cywilizacyi ludzkiej niespożytą zasługą teoryi poprawy.

Zadaniem dzisiejszych prac ustawodawczych powinno być natchnięcie się ideałem prawdy, do którego prowadzi ta teorya, a uniknięcie szkopułu błędu, o który się rozbija. Stać na straży sprawiedliwości społecznej, nie dopuszczać, aby kiedykolwiek kara miała przestać być reakcyą przeciwko popełnionemu przestępstwu, a, o ile można to pogodzić z tym jej charakterem, starać się za jej pomocą o wywołanie poprawy ukaranego — oto cel, do którego zmierzać powinna każda racyonalna działalność karząca państwa.

Grupa III. Teorye, opierające karę na interesie prawa.

§ 17.

58. Teorye te widzą w przestępstwie czyn, wyrządzający szkodę porządkowi prawnemu społeczeństwa i uważają karę za sprawiedliwą o tyle, o ile naprawia tę szkodę. Zadosyćuczynienie karne opiera się według nich na tej samej zasadzie, która służy za podstawę dla zadosyćuczynienia cywilnego. Różnica między niemi tkwi tylko w rodzaju szkody, domagającej się wynagrodzenia. Do najwybitniejszych wyznawców tego poglądu należą Welcker[1] i Hepp[2].

[1] Welcker: *Die letzten Gründe von Staat, Recht und Strafe*, 1813. *Encyklopaedie und Methodologie*, 1829 (str. 573 i nast.). *Staatslexicon* (Rotteck i Welcker, 1834), wyraz *Strafrecht*.

[2] Hepp: *Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechts-Systeme*, 1843 (2 wyd.).

59. Według Welckera *(Vergütungstheorie)* z bezprawia cywilnego wypływa dla porządku prawnego społeczeństwa tylko szkoda materyalna, a z przestępstwa — tylko szkoda moralna. I jedna i druga dopuszcza naprawy, wszakże każda z nich za pomocą innego środka. Środkiem służącym do pokrycia strat moralnych, poniesionych

przez porządek prawny społeczeństwa z winy przestępcy, jest kara.

W skład tych strat moralnych wchodzi według Welckera aż sześć następujących szczególnych krzywd:

1) Brak u przestępcy należytej przewagi rozumu i poczucia obowiązków moralnych nad jego chuciami zmysłowemi.

2) Brak u przestępcy należytej harmonii między jego podnietami zmysłowemi a wymaganiami ustaw.

3) Wywołanie przez przestępcę u innych obywateli, bez ich winy, braku szacunku i zaufania do niego.

4) Osłabienie u innych obywateli poważania dla ustaw i porządku prawnego, skutkiem złego przykładu, danego im przez przestępcę.

5) Wyrządzenie przez przestępcę obrazy honoru pokrzywdzonemu przez naruszenie świętości jego praw i uczynienie mu niejako wstydu uważania go za pozbawionego opieki prawnej.

6) Osłabienie u pokrzywdzonego poważania dla porządku prawnego.

60. Naprawa każdej z sześciu powyżej wymienionych krzywd stanowi najwyższe zadanie kary. Stąd według Welckera kara staje się rozumną i sprawiedliwą w idealnem znaczeniu tych słów tylko wtedy, gdy posiada zdolność do osiągania sześciu następujących celów:

1) poprawy moralnej przestępcy;

2) jego poprawy politycznej;

3) przywrócenia mu szacunku i zaufania ze strony innych;

4) przywrócenia innym osłabionego lub utraconego poważania dla ustaw;

5) zadośćuczynienia honorowi pokrzywdzonego; i nareszcie

6) przywrócenia mu poważania dla porządku prawnego.

Nie zawsze jednak okaże się dla kary rzeczą możliwą osiągnięcie wszystkich sześciu powyższych celów. A mianowicie trzy pierwsze z nich mogą z powodu szczególnego zepsucia przestępcy nie dać się osiągnąć za pomocą żadnej kary. Wtedy to powinna ona przynajmniej dążyć do trzech pozostałych celów za pomocą oczyszczenia państwa z przestępcy (kara śmierci). Ideałem jednak kary sprawiedliwej pozostanie zawsze kara, mogąca wynagrodzić społeczeństwu każdą z sześciu krzywd, wchodzących w skład szkody, którą mu wyrządziło przestępstwo.

61. Drugi wybitny przedstawiciel tego samego kierunku, Hepp *(Theorie der bürgerlichen Gerechtigkeit)* tem się tylko różni od Welckera, że przeczy, iżby z przestępstwa miała wypływać tylko szkoda moralna, tudzież iżby można było krzywdę moralną, którą przestępstwo wyrządza porządkowi prawnemu społeczeństwa, dokładnie określić. Twierdzi on natomiast, że, obok krzywdy moralnej, przestępstwo może także sprowadzić dla całego społeczeństwa dotkliwe straty moralne (np. morderstwo, którego ofiarą stałby się znakomity mąż stanu lub genialny wynalazca), oraz, że skutki szkodliwe, które pod względem moralnym może mieć przestępstwo, rozszerzają się tak szybko i w tak różnych kierunkach, że usuwają się z pod dokładnego obliczenia. Ze względu na to Hepp, uznając, że kara najsprawiedliwsza powinna być naprawą całkowitej szkody, którą przyczynia przestępstwo, twierdzi równocześnie, że taką idealną karę tylko Bóg mocen jest wymierzać. Człowiekowi niestety danem jest tylko wymierzać karę względnie sprawiedliwą. Taką zaś okaże się ona wtedy; gdy 1) aby nie popaść w dowolność, będzie odpowiadała o ile możności rodzajowi popełnionego przestępstwa; 2) aby nie stać się całkiem bezowocną, będzie posiadała zdolność wynagradzania choć w części szkody wyrządzonej przez nie; nareszcie 3) aby nie być niemoralną, nie będzie odbierała przestępcy możności po-

prawy. Z tego stanowiska względnie najsprawiedliwszą okaże się kara więzienna, najniesprawiedliwszą zaś—kara śmierci. Ta ostatnia bowiem sprzeciwia się przykazaniom moralności a prawo według Heppa stanowi część tych przykazań, nie zaś sferę przepisów, dających się im przeciwstawiać.

Krytyka trzeciej grupy teoryi utylitarnych.

§ 18.

62. Teorye te zapominają o tem, że krzywda, którą wyrządza przestępstwo, tem się właśnie odznacza, że nie dopuszcza naprawy. Oto, na czem polega różnica między nią, a szkodą, wypływającą z bezprawia cywilnego[1]. Odpowiednio do tego, ta ostatnia rodzi po stronie sprawcy bezprawia obowiązek jej naprawy, podczas gdy krzywda, która ma swoje źródło w przestępstwie, sprowadza dla państwa konieczność dania jej do odpokutowania winowajcy przez wymierzenie na niego odpowiedniej kary.

Podstawą dla oznaczenia tej ostatniej powinna być zaiste wielkość krzywdy, którą wyrządziło przestępstwo, wszakże nie ze względu na potrzebę jej naprawy, lecz z uwagi na konieczność oceniania czynów ludzkich przez trybunał sprawiedliwości społecznej według ich rzeczywistej wartości. Wszelka kara musi zerwać ze sprawiedliwością z chwilą, w której jakikolwiek inny wzgląd stanie się podstawą jej wymiaru. Nowego na to dowodu dostarcza nam teorya Welckera. Żąda ona bowiem oczyszczenia państwa z przestępcy przez jego stracenie (patrz wyżej nr. 60) w przypadkach, w których nie dałoby się za pomocą kary osiągnąć jego poprawy. Otóż, ktoś może być niepoprawny w dopuszczaniu się cudzołóstw lub obelg, a czyż dlatego byłoby rzeczą sprawiedliwą karać go śmiercią? Sądzimy, że sam Welcker nie zgodziłby się na powyższą konsekwencyą swojej teoryi.

O podobny szkopuł nie rozbija się wprawdzie pogląd Heppa, ale dzięki temu tylko, że z góry każe nam zadawalać się karą, nie będącą w stanie naprawić w zupełności szkody, którą wyrządza przestępstwo.

[1] Nie sprzeciwia się temu możność wynagrodzenia krzywdy, którą przestępstwo wyrządza osobie, stawającej się jego ofiarą bezpośrednią, np. szkody, poniesionej przez okradzionego. Ze względu bowiem na tę krzywdę, przestępstwo staje się równocześnie bezprawiem cywilnem.

C. Teorye mieszane.

§ 19.

63. Teorye te, wracając do poglądu Grocyusza, (patrz nr. 23) opierają usprawiedliwienie kary na jej *meritum i utilitas*. Kara sprawiedliwa powinna jednocześnie być odwetem za przestępstwo, które popełniła osoba, mająca ją ponieść, i okazać się środkiem, prowadzącym do osiągnięcia jakiegoś celu rozumnego. Z tego powodu teorye te nazywają się mieszanemi. Ze względu jednak na sposób, w jaki pojmują one połączenie idei odwetu z widokami utylitarnymi, podzielić je można na dwa oddziały. Jedne z nich twierdzą, że w idei odwetu mieści się już uwzględnienie celów utylitarnych i że z tego powodu kara, odpowiadająca tej idei, z natury rzeczy musi być także pożyteczna. Drugie przeciwnie utrzymują, że idea odwetu stanowi tylko podstawę, na której koniecznie musi się oprzeć kara sprawiedliwa. Podstawa ta jednak nie wystarcza jeszcze, aby usprawiedliwić karę. Oprócz tego kara sprawiedliwa musi okazać się pożyteczną. Teorye mieszane pierwszego typu oznaczymy nazwą teoryi względów utylitarnych w granicach sprawiedliwości bezwzględnej, podczas gdy teorye mieszane drugiego typu nazwiemy teoryami sprawiedli-

wości bezwzględnej w granicach względów utylitarnych.

64. I. Teorye względów utylitarnych w granicach sprawiedliwości bezwzględnej. W ich rzędzie na szczególną uwagę zasługują poglądy Abegga, Wirtha i Bernera. Reprezentują one niejako trzy stopnie w ewolucyi tej im wszystkim wspólnej myśli zasadniczej, że kara sprawiedliwa już przez to samo zawsze okaże się pożyteczną.

Abegg[1] wychodzi z tego założenia, że kara, utrzymana w należytej proporcyi z winą przestępcy, musi z jednej strony wzniecać w nim uczucie, że źle postąpił, a z drugiej — tak w nim, jak u wszystkich innych obywateli, budzić przekonanie, że z każdem przestępstwem łączy się pewna, ściśle według jego wagi odmierzona, dolegliwość, która na jego sprawcę spaść musi. Otóż, owo pierwsze uczucie zdolne jest usposabiać do poprawy, a to drugie przekonanie zdolne jest działać odstraszająco.

[1] Abegg: *Die verschiedenen Straftheorien in ihrem Verhältnisse etc.*, 1835. *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1836.

65. Wirth o tyle posuwa się dalej na drodze łączenia w karze postulatów sprawiedliwości z wymaganiami pożytku społecznego, że tym ostatnim przyznaje wpływ na sposób wykonywania kary sprawiedliwej. Kara mianowicie, nie tracąc tej swojej jakości i tej swojej ilości (np. więzienie pięcioletnie), której domagać się będzie zasada utrzymania jej w zgodzie z winą przestępcy *(meritum)*, będzie mogła jednak, ze względu na sposób swojego wykonania, przybrać tę lub inną formę zewnętrzną (np. więzienie celkowe, wspólne, według systemu progresyjnego) odpowiednio do tego, czy w danym przypadku potrzeba poprawy, czy też potrzeba odstraszenia silniej się odezwie.

[1] Wirth: *System der spekulativen Ethik*, 1842. Bd. II. str. 279 i nast., 319 i nast.

66. Jeszcze dalej na tej samej drodze posunął się Berner. Przyznaje on bowiem względom utylitarnym wpływ już nietylko na sposób wykonywania sprawiedliwej kary, lecz na sam jej wymiar. Berner mianowicie przeczy, aby tylko pewien oznaczony stopień kary czynił zadosyć potrzebie odwetu odnośnie do pewnego oznaczonego przestępstwa. Kara, której domaga się odwet, przedstawia się raczej w granicach między pewną minimalną a maksymalną miarą, w obrębie których może być obniżana lub podwyższana, nie przestając dlatego być karą odwetową. Podobnie bowiem jak w świecie fizycznym, powiada Berner, woda nie przestaje być wodą, dopóki jej temperatura rozciąga się między stopniem zera a 80 stopniami gorąca, i dopiero poniżej tej temperatury zmienia się w lód, a powyżej — w parę; tak też i w świecie moralnym każda z naszych cnót ma swoje *minimum* i *maximum*, ponizej lub powyżej którego staje się dopiero wadą. Tak oszczędność zmienia się w skąpstwo, gdy jest za wielka, a w rozrzutność — gdy jest za mała; tak odwaga powyżej pewnej miary staje się zuchwałością, a poniżej tchórzostwem. To samo dzieje się z karą sprawiedliwą. Otóż to w obrębie między minimalnym a maksymalnym jej zakresem względy poprawy i odstraszania powinny wpływać samodzielnie na jej wymiar, obniżając lub podwyższając jej stopień. Ponieważ zaś wielkość kary, której domaga się odwet, można odnośnie do danego przestępstwa o wiele łatwiej z góry oznaczyć, niż ten jej stopień, którego domagają się cele poprawy i odstraszania; przeto według Bernera określenie tej wielkości ma należeć do ustawodawcy, a oznaczenie tego stopnia ma być rzeczą sędziego. Tym sposobem ustawodawca ma być organem, uwzględniającym w prawie karnem wymagania odwetu, a sędzia ma nadawać karze w obrębie owych wymagań

ten wymiar, któryby najbardziej odpowiadał potrzebom poprawy i odstraszania.

[1] Berner: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (15-te wyd. 1888), §§ 28—32.

67. Teorya Bernera jest najlepszym dowodem, jak niebezpieczną jest rzeczą chcieć w kwestyi uzasadnienia filozoficznego kary czynić zbyt wielkie ustępstwa na rzecz względów utylitarnych. Berner pragnął, aby wymiar kary był w każdym szczególnym przypadku tylko od nich zależny, a dla pogodzenia tego postulatu z wymaganiami sprawiedliwości bezwzględnej wystąpił z tezą, że w odniesieniu do każdego przestępstwa kara sprawiedliwa dopuszcza różnego wymiaru między jej możliwie najniższym, a możliwie najwyższym stopniem. Teza ta ma tylko pozory słuszności. W rzeczywistości zaś opiera się na błędnem pomieszaniu pojęcia kary sprawiedliwej ze względu na przestępstwo, które przewiduje ustawodawca, z pojęciem kary sprawiedliwej z uwagi na przestępstwo, za które je sędzia wymierza. Tymczasem między jednem a drugiem przestępstwem zachodzi różnica istotna. Pierwsze jest kategoryą abstrakcyjną, drugie jest faktem konkretnym, który pod tę kategoryę podchodzi. Ustawodawca, nie będąc w stanie przewidzieć wszystkich szczególnych okoliczności, wśród których człowiek może stać się przestępcą, musi, nie chcąc popaść w zbyteczną kazuistykę, uwzględniać tylko pewne kategorye przestępstw (np. morderstwo, kradzież i t. p.). Z drugiej jednak strony, nie chcąc uczynić wymiaru kary niesprawiedliwym, musi każdą ze swoich gróźb unormować w taki sposób, iżby sędzia mógł na jej podstawie ukarać sprawiedliwie winowajcę w każdym z przychodzących pod jego rozpoznanie przypadków konkretnych. Stąd wypływa dla ustawodawcy konieczność oznaczania kary sprawiedliwej w ramach jakiejś minimalnej i maksymalnej miary. Więzienie od jednego roku do pięciu lat może być karą sprawiedliwą

za kradzież, jako pewną kategoryą przestępstw; lecz za kradzież którą wczoraj popełnił Piotr, karą sprawiedliwą będzie tylko jeden, to niższy, to wyższy stopień tego więzienia.

68. II. Teorye sprawiedliwości bezwzględnej w granicach względów utylitarnych. Są to poglądy, według których, aby państwo mogło sprawiedliwie wymierzać karę na jakąś osobę, to trzeba, aby ta ostatnia na nią zasłużyła i aby oprócz tego można było z jej ukarania spodziewać się pewnej korzyści. Z filozofów niemieckich Herbart (1776 — 1831)[1] wyraził podobne zapatrywanie, skoro, utrzymywał, że możność poniesienia kary *(die Möglichkeit gestraft zu werden)* jest wynikiem koniecznym popełnienia odnośnego przestępstwa, lecz możność ukarania przestępcy *(die Möglichkeit zu strafen)* zachodzi tylko pod warunkiem, iżby ją uzasadniał wzgląd na inne jeszcze postulata etyki[2].

O wiele wyraźniej kierunek ten uwydatnił się u kryminologów francuskich Rossi'ego i Ortolan'a[3], zdaniem których państwo nie miałoby żadnego tytułu do karania przestępcy w myśl wymagań sprawiedliwości bezwzględnej, gdyby nie było w tem zainteresowane, aby za pomocą kary dążyć do osiągania celów odstraszania i poprawy. Wzgląd na powyższy interes nie mógłby oczywiście sam przez się upoważniać państwa do wymierzania kary. Przestępca przedewszystkiem musiał na nią zasłużyć, powyższy interes zaś stanowi tylko warunek, bez którego państwo nie mogłoby czuć się upoważnionem do wymierzenia tej kary, której domaga się sprawiedliwość odwetowa[4].

[1] Herbart: *Allgemeine praktische Philosophie*, 1808. *Analytische Beleuchtung des Naturrechtes und der Moral*, 1836 *(1 Anmerkung zum 2 Abschnitt)*. Oba te dzieła znajdują się w tomie VIII wyd. zbior. Hartenstejna.

[2] Cały porządek świata moralnego opiera się według Herbarta

na pięciu ideach zasadniczych, któremi są: 1) idea wolności wewnętrznej, która żąda, aby człowiek wolę swoją utrzymywał w zgodzie z rozumem; 2) idea doskonałości, obowiązująca go do równomiernego rozwijania wszystkich swoich zdolności, nie zaś tylko jednej kosztem pozostałych; 3) idea życzliwości, nakładająca nań obowiązek czynienia dobrze innym ludziom bez żadnych pobudek osobistych; 4) idea prawa, nakazująca mu postępować względem innych ludzi w sposób, wyłączający między niemi możliwość sporów; 5) idea słuszności, nakazująca mu oddawać każdemu, co mu się należy. Czyn moralny w najwyższem znaczeniu tego pojęcia musi znaleść się w harmonii ze wszystkiemi powyższemi ideami: Wynika stąd, że i kara, jeżeli ma być instytucyą całkiem moralną, to musi nietylko hołdować idei słuszności, ale także 1) prowadzić do jakiegoś celu rozumnego (idea wolności wewnętrznej), 2) przyczyniać się do uszlachetniania społeczeństwa (idea doskonałości), 3) mieć na widoku dobro ukaranego (idea życzliwości), wreszcie 4) zapobiegać nowym przestępstwom (idea prawa).

Widzimy stąd, że pogląd Herbarta nie może być zaliczany do teoryj bezwzględnych. Bardzo poważni jednak autorowie interpretują błędnie myśl zasadniczą tego filozofa i uważają go za wyznawcę teoryi odwetu estetycznego. Por. Heinze w *Handb.* Holtzendorfa, I, str. 286; Laistner: *Das Recht in der Strafe* (1872) str. 120; Bar.: *Handbuch I*, str. 273.

[3] Rossi: *Traité de droit pénal* (1-sze wyd. 1829, 4 wyd. Helie'go 1872) I, str. 125—289. Ortolan: *Eléments de droit pénal* (1-sze wyd. 1857, poleca się wyd. 4-te z r. 1875), I, str. 176 i nast. Hélie we wstępie do wydanego przezeń dzieła Rossiego (str. XCVI i CIV). Haus: *Cours de droit criminel*, 1857. Tenże: *Principes généraux du droit pénal belge*, 1869 str. 26 i nast. Garraud: *Précis de droit criminel*, 1881, str. 17 — 20. Gabba: *Il pro ed il contro nella questione della pena di morte*, 1866, str. 52. Brusa: *Appunti per una introduzione al corso di diritto e procedura penale*, 1880, str. 23 i nast.

[4] Najlepszą ilustracyą myśli zasadniczej teoryi Rossi'ego podaje nam Ortolan (l. c. I, str. 187) w formie dyalogu między przestępcą a społeczeństwem. »Dlaczego mię uderzasz?« »Boś na to zasłużył«.—»Cóż cię to obchodzi?« Na to społeczeństwo może dać tylko następującą odpowiedź: »Tyś na to zasłużył i idzie tu o moje zachowanie. Idzie tu o moje zachowanie, a więc mam prawo mieszać się do tego, mam prawo występowania, przeciwko tobie, bylebym tylko nie wyrządziło przez to krzywdy nikomu drugiemu. Tyś na to zasłużył, a więc nie możesz uskarżać się, iżbym obrażało twoje prawo, iżbym chciało utrzymać swoje istnienie kosztem tego, co ci się należy«.

69. Z nową teoryą sprawiedliwości bezwzględnej w granicach względów utylitarnych wystąpił w Niemczech Bar[1] i nazwał ją teoryą nagany moralnej *(Theorie der sittlichen Missbilligung)*. Według Bara należy, co do uzasadnienia filozoficznego kary, odróżnić jej ideę od jej postaci zewnętrznej. Pierwsza łączy się nieodzownie z pojęciem każdego przestępstwa, druga urabia się wyłącznie pod wpływem względów polityczno-prawnych. Odwetowi, którego pierwsza domaga się od państwa, czyni zadosyć wszelka nagana moralna t. j. wszelki akt, w drodze którego państwo okazałoby przestępcy, że potępia jego czyn. Postać zaś, którą przybrałaby ta nagana, mogłaby z równą słusznością polegać na wyłajaniu przestępcy, jak na odebraniu mu życia. Sprawiedliwość bowiem bezwzględna daje państwu *jus laesi infinitum* odnośnie do każdego przestępcy. Dopiero względy polityki prawnej, względy pożytku społecznego wskazują państwu, jaką postać zewnętrzną ma nadać naganie moralnej stosownie do tego lub innego bezprawia. Stąd to pochodzi różność środków represyjnych przeciwko bezprawiom, podział tych ostatnich na cywilne i karne, oraz odróżnianie wśród przestępstw czynów mniej lub bardziej karygodnych.

[1] Bar.: *Handbuch des deutschen Strafrechts*, 1882, Bd. I, str. 311 i nast.

70. Teoryom sprawiedliwości bezwzględnej w granicach względów utylitarnych należy uczynić ten zasadniczy zarzut, że opierają się na błędzie logicznym. Sprawiedliwość bezwzględna bowiem z chwilą, w której odstępuje od ideału, czyniącego zadosyć jej wymaganiom, dla uwzględniania jakichś innych obcych jej widoków, nie

staje się bynajmniej, jak to sądzą wyznawcy poglądów, o których tu mowa, sprawiedliwością bezwzględną, połączoną ze sprawiedliwością utylitarną, lecz tylko tą ostatnią sprawiedliwością. Co się zaś tyczy specyalnie teoryi Bara, to trzeba zaznaczyć, że jego pojęcie sprawiedliwości, będąc pozbawione wszelkiej treści materyalnej, nie kwalifikuje się do tego, aby służyć za podstawę, na której możnaby rozumnie oprzeć prawo państwa do wymierzania kary. Sprawiedliwość, któraby pozwalała państwu za obelgę słowną zarówno wyłajać, jak i zabić winowajcę, odznaczałaby się zbyt rażącym indyferentyzmem, aby rozum nasz mógł pod jakimkolwiek względem brać ją w rachubę, szukając dla kary oparcia filozoficznego. Pogląd Bara jest też właściwie teoryą czysto utylitarną.

III. Ogólny wynik rozbioru teoryj karnych.

§ 20.

71. Poprzedzający przegląd różnych zapatrywań na podstawy filozoficzne prawa karnego przekonał nas, że prawda znajduje się po stronie tych tylko myślicieli, którzy w uwzględnianiu postulatów sprawiedliwości widzą zarazem branie w rachubę względów utylitarnych i nie przypuszczają, iżby kara, czyniąca zadosyć pierwszym, nie musiała także stawać się pożyteczną. Należą oni do wyznawców teoryj mieszanych pierwszego typu, t. j. tych, które oznaczyliśmy nazwą teoryj względów utylitarnych w granicach sprawiedliwości bezwzględnej.

Co się tyczy specyalnie naszej teoryi karnej, to streścić i uzasadnić ją możemy w następujących punktach:

72. Porządek prawny społeczeństwa ludzkiego nie da się pomyśleć inaczej, tylko jako oparty na zasadzie

sprawiedliwości. Zasada ta jest bezwzględna, wszakże w tem tylko znaczeniu, że jej nakazom powinno stawać się zadosyć niezależnie od żadnych innych względów, nie będących sprawiedliwością[1]. Nie znaczy to jednak, aby sprawiedliwość, będąc najwyższą zasadą porządku prawnego w społeczeństwie ludzkiem, miała być ślepa na te jego istotne potrzeby, nad któremi opiekę ma właśnie roztaczać ów jego porządek prawny[2]. Prawo bowiem nie jest tą potrzebą naszej natury, dla zadosyćuczynienia której ludzie łączą się między sobą w organizmy społeczne, lecz tą, bez zaspokojenia której nie mogliby wytwarzać między sobą żadnej rozumnej wspólności życia t. j. społeczeństwa, mającego im pozwolić zaspakajać wspólnemi siłami wszystkie inne istotne potrzeby ich natury[3].

[1] Krzymuski: *Teorya karna Kanta*, str. 92.
[2] Por. wyżej nr. 13.
[3] Krzymuski: *Teorya państwowa Ahrensa*, str. 21 i nast.

73. Cóż wobec tego musi być kardynalnem żądaniem sprawiedliwości? To, aby między każdym osobnikiem, jako członkiem danego społeczeństwa, a państwem, jako organem, powołanym do sprawowania w jego obrębie rządów prawa, zawiązał się taki stosunek, któryby odpowiadał temu, co, ze względu na istotne zadanie tego społeczeństwa, jemu od owego osobnika a owemu osobnikowi od niego się należy. Tylko w powyżej podanem znaczeniu przepis *suum cuique tribuere* stanowi bezwzględny i rozumny nakaz sprawiedliwości społecznej. Bezwzględny dlatego, że obowiązuje niezależnie od warunków danego miejsca i czasu, czerpiąc swoją siłę z samej natury społeczeństwa ludzkiego[1]. Rozumny dlatego, że stanowisko prawne danego osobnika ocenia według wartości, którą jego działalność posiada dla społeczeństwa, ze względu na rozumne zadanie tego ostatniego.

[1] Potrzeby danego społeczeństwa zmieniają się z biegiem

czasu i z rozwojem jego cywilizacyi, ale zasada *suum cuique tribuere* musi zawsze pozostać podstawą jego porządku prawnego.

74. Rozumne zadanie społeczeństwa ludzkiego zasadza się na tem, aby zapewnić składającym je osobnikom jaknajszerszą możność dobrowolnego dążenia do osiągania wspólnemi siłami wszystkich istotnych celów ich życia. Jedynym środkiem, za pomocą którego społeczeństwo może spełnić to swoje zadanie, jest zaprowadzenie i utrzymanie porządku prawnego. Prawo bowiem ścieśnia wprawdzie wolność zewnętrzną każdego osobnika, ale czyni to wyłącznie w interesie jego wolności, to znaczy tylko dla uchronienia jej od większego jeszcze ograniczenia, któreby za obrębem porządku prawnego społeczeństwa musiało ją spotkać, bądź od innych ludzi, bądź też od żywiołów przyrody materyalnej.

75. Zapytajmy się teraz, co, ze względu na rozumne zadanie społeczeństwa ludzkiego, należeć się musi społeczeństwu od osobnika, a temu ostatniemu od społeczeństwa? Nie ulega wątpliwości, że *a)* pierwszą rzeczą, która się należy społeczeństwu od każdego osobnika, jest, aby nie łamał tego jego porządku prawnego, bez którego wszyscy inni jego członkowie nie mogliby używać tej wolności, do której ich powołuje owo rozumne zadanie społeczeństwa; — *b)* pierwszą zaś rzeczą, która się należy osobnikowi od społeczeństwa, jest, aby ono nie ścieśniało jego wolności indywidualnej bardziej, niżby tego wymagała potrzeba zachowania przez wszystkich innych członków społeczeństwa owej dopiero co zaznaczonej wolności.

76. Obie te powinności nie wyczerpują wprawdzie wszystkiego, co osobnik winien jest społeczeństwu, a społeczeństwo — osobnikowi, ze stanowiska całkowitego ustawodawstwa naszego życia praktycznego. Istnieją bowiem

jeszcze poza niemi obowiązki, oparte na przykazaniach religii i regułach moralności. Twierdzimy tylko, że powinności te obejmują wszystko, co ze stanowiska prawa ciąży na obywatelu względem państwa a na państwie względem obywatela.

77. Odpowiednio do tego sprawiedliwym w znaczeniu prawnem tego słowa — a o innej sprawiedliwości mowy być tutaj nie powinno[1] — nazwiemy każdy czyn, który bądź znajduje się w zgodzie z rozumnie ustanowionym porządkiem prawnym społeczeństwa, bądź też staje na zawadzie jego obaleniu. Prawo spełniania czynów pierwszego rzędu powinno służyć równomiernie państwu i obywatelom; prawo zaś spełniania czynów drugiego rzędu może tylko do pewnego oznaczonego stopnia służyć obywatelom, a po za tym stopniem powinno stanowić wyłączną atrybucyą państwa. Stopień ten mianowicie zaczyna się tam, gdzie wystąpienie w ochronie porządku prawnego społeczeństwa pociąga za sobą konieczność ścieśnienia w drodze przymusu fizycznego tej wolności zewnętrznej danego osobnika, do której używania miałby on tytuł, gdyby ze swojej strony nie był naruszył jednego z tych swoich obowiązków, które porządek prawny społeczeństwa, nakłada na niego względem państwa.

[1] To właśnie, że niektórzy autorowie przyjmują za punkt wyjścia swojego poglądu na karę nie sprawiedliwość w znaczeniu prawa, lecz sprawiedliwość w znaczeniu moralności lub religii, jest przyczyną, że muszą oni widzieć różnicę między karą, odpowiadającą jej wymaganiom, a karą, czyniącą zadosyć tym rozumnym potrzebom społeczeństwa ludzkiego, nad któremi prawo ma roztaczać opiekę. Ztąd owo błędne twierdzenie, że kara sprawiedliwa może jeszcze nie być pożyteczna dla społeczeństwa i że państwu wolno ją wymierzać tylko wtedy, skoro jednocześnie posiadać ona będzie oba powyższe przymioty.

78. Obowiązki, które powyższy porządek nakłada na mnie względem państwa, podciągnąć można pod dwa gło-

wne typy: *a)* obowiązek wyświadczania każdemu obywatelowi i każdemu ciału zbiorowemu tego, czego państwo pozwala mu żądać odemnie w imię porządku prawnego społeczeństwa i *b)* obowiązek wyświadczania każdemu obywatelowi i każdemu ciału zbiorowemu tego, czego państwo żąda wprost odemnie w imię porządku prawnego społeczeństwa.

79. Niespełnienie pierwszego obowiązku może stanowić tylko t. z. bezprawie cywilne, niespełnienie drugiego — bezprawie karygodne czyli przestępstwo [1]. Bliżej poznamy tę rzecz, rozbierając stosunek przestępstwa do innych rodzajów bezprawia [2]. I jedno i drugie bezprawie stawia państwo w konieczności ścieśnienia w drodze przymusu wolności zewnętrznej jego sprawcy: pierwsze dlatego, aby stało się zadosyć woli prawnej pokrzywdzonego; drugie dlatego, aby nie stało się zadosyć woli bezprawnej krzywdziciela. Ztąd bezprawie cywilne sprowadza dla swojego sprawcy obowiązek wynagrodzenia szkody, którą przez nie wyrządził; przestępstwo zaś wytwarza dla państwa obowiązek wyrządzenia jego sprawcy pewnej dolegliwości w zamian za krzywdę, którą jego przestępstwo wyrządziło porządkowi prawnemu społeczeństwa. Dolegliwość ta nazywa się karą.

[1] Powiadam może dlatego, że niespełnienie 1-go obowiązku staje się bezprawiem cywilnem tylko o tyle, o ile cechę tę zechce mu nadać wola pokrzywdzonego; niespełnienie zaś 2-go obowiązku staje się przestępstwem tylko o tyle, o ile cechę tę zechce mu nadać państwo, przez uznanie go za karygodne przed jego popełnieniem.

[2] Patrz niżej *Nauka o przestępstwie*, nr. 193—200.

80. Jasną wobec tego jest rzeczą, że kara nie jest naprawą krzywdy, którą przestępstwo wyrządziło społeczeństwu, lecz odpłatą za nią, tudzież, że, ze względu na swoją treść, jest ona dolegliwością materyalną, którą państwo wyrządza przestępcy. Jako dolegliwość materyalna, będąca odwetem za przestępstwo, kara sama przez się posiada wartość ujemną, i jak każde *malum* może znaleść swoje usprawiedliwienie tylko w swojej konieczności. Kara mianowicie o tyle będzie sprawiedliwą, o ile okaże się konieczną, dla uratowania porządku prawnego społeczeństwa od większego jeszcze zła, jakieby przyczyniło mu przestępstwo, gdyby nie ukarano jego sprawcy.

Trzeba nam więc teraz wykazać, że kara, sprawiedliwa w myśl przepisu »*suum cuique tribuere*«, musi także okazać się karą konieczną ze stanowiska pożytku społecznego.

81. Wyobraźmy sobie społeczeństwo, któreby nie znajdowało się pod rządami sprawiedliwości odwetowej, gdzie nie uznawanoby za słuszne odpłacać dobrem za dobro, a złem za złe. Niewątpliwie z biegiem czasu w umysłach jego członków musiałaby się zatrzeć wszelka różnica prawna między czynami dobremi a złemi i przyszłoby wkrótce do tego, że postępowanie każdego człowieka oceniałoby się nie według stałych reguł ekonomii społecznej, lecz według zapatrywań podmiotowych każdorazowych sędziów. Rzecz jasna, że wśród takich warunków wymiar sprawiedliwości byłby niepewny, a wskutek tego w interesie każdego człowieka leżałoby nie tyle czynić dobro, a wystrzegać się złego, ile dokładać wszelkich starań, aby z postępowania swojego módz wyciągnąć dla siebie jak najwięcej zysku. Każdy przyznać musi, że na podobnej podstawie nio mógłby się oprzeć żaden stały porządek prawny. Jest więc wymaganiem istotnem prawa, iżby oddawano *suum cuique*. Temu to wymaganiu czyni zadosyć państwo, karząc przestępcę. Wynika stąd, że jedyną *ratio essendi* i jedyną miarą sprawiedliwej kary za dane przestępstwo może być tylko jego popełnienie przez osobę, która ma ją ponieść.

82 Tak więc kara jest z jednej strony odpłatą za przestępstwo, — z drugiej zaś, instytucyą pożytku społecznego. Z tego bowiem, co poprzednio wyłożyliśmy, wynika jasno, że celem kary jest zapobiedz temu, aby w umysłach ludzkich nie zatarła się różnica między czynami, które zasługują na nią, a temi, które powinny być od niej wolne,—i ażeby wskutek tego nikt, popełniwszy przestępstwo, nie miał powodu liczyć na to, że nie poniesie przypadającej za nie kary. Korzyść, która stąd wypływa dla społeczeństwa, jest oczywista Do obniżenia przestępności mogą bezpośrednio prowadzić tylko dwię drogi: umoralnianie lub odstraszanie ludzi. Pierwsze wznieca wstręt do czynów karygodnych, drugie — obawę poniesienia za nie kary. I jedno i drugie nie da się osiągnąć, bez uznania niektórych czynów za karygodne. Pierwsze dlatego, że mniejsza lub większa karygodność danego czynu oznacza tylko niższy lub wyższy stopień jego ujemnej wartości dla społeczeństwa, a wyobrażenie tej ostatniej jest właśnie głównym czynnikiem, pod wpływem którego może w nas się wyrobić to mniejszy to większy wstręt moralny do odnośnego przestępstwa[1]. Co się tyczy zaś odstraszania, to każdy widzi jasno, że zagrożenie karą musi być także jego warunkiem istotnym. Różnica między znaczeniem groźby karnej w obu tych przypadkach polega tylko na tem, że w pierwszym wznieca ona wstręt do pewnego czynu przestępnego, będąc oszacowaniem jego ujemnej wartości dla społeczeństwa — w drugim zaś budzi obawę jego popełnienia, utrzymując każdego, ktoby miał ochotę stać się jego sprawcą, w przekonaniu, że spotkałaby go za to zasłużona kara.

[1] Trafnie ocenił ten stosunek prawnik angielski James Stephen. Niektórzy ludzie, powiada on, wstrzymują się od morderstwa prawdopodobnie dlatego tylko, że lękają się stryczka na przypadek, gdyby mordowali. Krocie tysięcy ludzi jednak nie dopuszcza się tej zbrodni, ponieważ budzi w nich ona uczucie wstrętu. Główną wszakże przyczyną owego wstrętu jest okoliczność, że za zgodą wszystkich rozsądnych ludzi mordercy bywają wieszani. Por. *General view of the criminal law of England.* London 1863, p. 99. Por. także Lammasch: *Über Zwecke und Mittel der Strafe* (Zeitschr. für die ges. Strafrw. IX, 1889).

83. Utrzymujemy więc, że kara, wymierzona według przepisu »*suum cuique tribuere*«, aczkolwiek sama przez się posiadać będzie tylko wartość ujemną to jednak okaże się sprawiedliwą jako *malum necessarium* dla ochrony porządku prawnego społeczeństwa od większego jeszcze zła, jakieby musiało mu przyczynić przestępstwo, gdyby nie ukarano jego sprawcy. To wieksze zło tkwiłoby mianowicie w dalszych szkodliwych skutkach krzywdy, którą przestępstwo już wyrządziło społeczeństwu. Skutki te podciągnąć można pod dwie następujące kategorye: 1) zachęta dla sprawcy do popełniania w przyszłości nowych przestępstw; 2) zachęta dla innych osób do naśladowania przestępcy. Zdolność do sprowadzania obu tych skutków tkwi w każdem przestępstwie, a ubezwładniać ją ma właśnie kara, wymierzona nie według tego, jak ta zdolność rośnie lub słabnie, lecz według stopnia, w jakim stać się może bardziej lub mniej szkodliwą dla społeczeństwa. Ten stopień zaś czerpie swoją miarę z wielkości krzywdy, którą przestępstwo już wyrządziło społeczeństwu. Morderstwo nie zachęca do nowych morderstw bardziej, niż kradzież do nowych kradzieży lub cudzołóstwo do nowych cudzołóstw. Społeczeństwo jednak ma wszelki tytuł do tego, aby obawiać się w wyższym stopniu nowych morderstw, niż nowych kradzieży, a tych ostatnich znów lękać się bardziej niż nowych cudzołóstw. Wynika stąd, że potrzeba zapobiegania nowym morderstwom odzywa się silniej w społeczeństwie, niż potrzeba zapobiegania nowym kradzieżom, a znów ta ostatnia potrzeba daje się żywiej odczuwać, niż potrzeba ochrony od nowych cudzołóstw. Tem się też tłómaczy, że z tych trzech przestępstw morderstwo ma być karane najsurowiej, a cudzołóstwo naj-

łagodniej. Inaczej bowiem zatarłaby się w umysłach ludzkich wszelka różnica między krzywdą, którą wyrządza morderstwo, a tą, która wypływa z kradzieży, względnie cudzołóstwa, a wskutek tego myśl popełnienia pierwszej zbrodni nie wzniecałaby ani większego wstrętu moralnego, ani silniejszego postrachu.

84. Doszliśmy zatem do przekonania, że wymierzanie kary według miary wartości ujemnej, którą przestępstwo przedstawia dla społeczeństwa, stawać się równocześnie musi jej wymierzaniem według stopnia, w jakim społeczeństwo odczuwa potrzebę zabezpieczania się na przyszłość od podobnych przestępstw. Oto co nam tłómaczy, dlaczego kara, chcąc być rzeczywiście pożyteczną dla społeczeństwa i mieć na względzie *ne peccetur*, powinna wymierzać się *quia peccatum est* i to w stopniu, któryby możliwie najbardziej odpowiadał temu, co w stosunku do innych działań ludzkich, to mniej, to bardziej szkodliwych od danego przestępstwa, należy się jego sprawcy od trybunału sprawiedliwości społecznej. Tym to sposobem kara, oparta na zasadzie *suum cuique tribuere*, już przez to samo prowadzi najskuteczniej do umniejszania przestępstw; tym to sposobem najlepszą rękojmią pożyteczności kary staje się jej sprawiedliwość.

ODDZIAŁ II.

Podstawy historyczne prawa karnego.

§ 21.

85. Podstawami historycznemi prawa karnego nazywamy w przeciwstawieniu do jego podstaw filozoficznych zasady, które rzeczywiście przewodniczyły lub przewodniczą jeszcze wytwarzaniu się prawa karnego w dziejach ludzkich. Odnoszą się one do dwóch głównych kwestyj:

1) jaka ma być treść sprawiedliwej kary; 2) kto ma ją wymierzać. Odpowiednio do tego odróżniamy podstawy historyczne prawa karnego materyalne i formalne. Materyalnemi nazywamy zasady, według których rozstrzygało się w historyi pytanie, czem ma być kara? Formalnemi nazywamy zasady, według których ustanawiał się organ, powołany do wymierzania kary.

[1] Tissot: *Le droit pénal*, 1880 (2-me édit.), I, p. 516 — 593. Post: *Bausteine für eine allgem. Rechtswissenschaft auf vergleichend etnologischer Basis*, I, 1880; II, 1881. *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwickelungsgeschichte*, 1884. *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, I, 1894; II, 1895. Leist: *Gräkoitalische Rechtsgeschichte*, 1884. *Alt- arisches Jus gentium*, 1889. Schrader: *Sprachvergleichung und Urgeschichte*, 1890 (2 Aufl.). Letourneau: *La sociologie d'après l'ethnografie*, 3-e éd. Paris, 1892. Günther: *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte uud Philosophie des Strafrechts*, I, 1889; II, 1891; III, 1, 1895. Steinmetz: *Ethnologische Studien zur ersten Entwickelung der Strafe*, 1894. Schmidt: *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, 1895 str. 67. Löffler: *Die Schuldformen des Strafrechts*, I, 1895. Makarewicz: *Das Wesen des Verbrechens*, 1896, tudzież *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*, 1906. Patrz także Szerer: *Kara. Szkic socjologiczny*, 1910. Specyalnie, co do rozwoju prawa karnego u Rzymian, patrz znakomite dzieło Mommsena: *Römisches Strafrecht*, 1899.

86. Przed przystąpieniem do przeglądu głównych okresów w rozwoju historycznym prawa karnego ze względu na jego podstawy, tak materyalne, jak formalne, trzeba to wyraźnie zaznaczyć, że nawet u ludów, znajdujących się na najbardziej pierwotnym szczeblu życia społecznego, nie obce jest pojęcie przestępstwa, jako zamachu na interesa jakiegoś związku ludzkiego, uważanego za jednostkę zbiorową, i pojęcie kary, jako reakcyi tego związku przeciwko owemu zamachowi. Związki te, oparte początkowo tylko na pokrewieństwie, stanowiły, każdy w swoim obrębie, niejako osobne państwo, znajdujące się pod władzą naczelnika rodu. Nawet jedna rodzina, zło-

żona z rodziców i ich potomków, musiała niegdyś wytwarzać samodzielny organizm społeczny. Otóż każdy taki związek pociągał do odpowiedzialności swoich członków za każde naruszenie ustanowionego w jego obrębie porządku prawnego.

87. Na podstawie bogatych materyałów etnograficznych, zużytkowanych przez Letourneau, Kohlera, Steinmetza, Posta i Makarewicza[1], wolno przypuszczać, że i w owych czasach przedhistorycznych musiało się instynktownie wytworzyć poczucie różnicy między przestępcami, których związek nie mógł, bez niebezpieczeństwa dla swoich najżywotniejszych interesów, uważać nadal za swoich członków, a winowajcami, których odcinać od swojego organizmu nie potrzebował. Pierwszych spotykała kara wywołania z odnośnego związku t. j. wyjęcia z pod jego opieki, inaczej mówiąc, zupełnego wyobcowania *(Friedloslegung)*[2]. W odniesieniu do drugich władza naczelnika rodu musiała oczywiście zdobywać się na inne środki karne, jak np. różne kary cielesne, dziś jeszcze praktykowane na szeroką skalę w rodzinie chińskiej, lub rozliczne formy pokuty, które przechowały się dotąd w prawie zwyczajowem kast indyjskich[3].

Wywołanie winowajcy niewątpliwie równało się podówczas karze śmierci. Wywołany bowiem tracił prawo do jakiejkolwiek opieki ze strony odnośnego związku, a wskutek tego jego zabicie nie uchodziło w oczach tegoż związku za czyn, któryby krzywdził kogokolwiek[4]. Prawdopodobnie też w rozbieranej tu epoce, natychmiast po orzeczeniu wyobcowania, pierwszy lepszy ze związku zabijał skazańca, niby psa wściekłego. Pod wpływem wierzeń religijnych, ze stanowiska których porządek prawny uchodził za instytucyą, strzeżoną przez istoty nadprzyrodzone (różne bóstwa), już od samego początku musiał przyłączyć się do tej kary pewien charakter sakralny, który znalazł wyraz w niszczeniu wszystkiego, co było własnością wywołańca, zwłaszcza zaś jego domu mieszkalnego i przedmiotów, które służyły do jego użytku osobistego[5].

[1] Patrz co do dzieł tych autorów nr. 85 dop. 1.

[2] Kładziemy nacisk na winowajców, a nie na popełnione przez nich przestępstwa, dlatego, że dla pierwotnych związków społecznych każdy pojedynczy członek przedstawiał zbyt wielką wartość ekonomiczną i militarną, aby sam fakt popełnienia przez którego z nich jakiegoś czynu, uznanego w obrębie związku za przestępny, miał sprowadzać dla winowajcy karę wywołania. Tę ostatnią karę musiał związek nakładać pierwotnie na tych tylko swoich członków, którzy nietyle wskutek jakiegoś pojedynczego przestępstwa, ile ze względu na całe swoje postępowanie uchodzić musieli za zbyt wrogo usposobionych dla całego związku, aby ten ostatni mógł ich nadal cierpieć w swojem gronie. Oczywiście, że niektóre szczególnie ciężkie przestępstwa (według Steinmetza: czarnoksięstwo, zdrada na rzecz obcego związku, kazirodztwo), już popełnione po raz pierwszy, czyniły sprawcę nieznośnym dla związku; inne jednak przewinienia (np. niesubordynacya wobec naczelnika rodu, a nawet morderstwo na osobie współrodaka), wywierały ten skutek wtedy tylko, gdy ktoś częściej się ich dopuszczał. Dopiero za rządów państwa *paricidium* otrzymuje bezwarunkowo charakter ciężkiej zbrodni (patrz nizej nr. 90 dop. 1. Por. Steinmetz, l. c. II, str. 168. Post przyznaje także, że wywołanie musiało być karą tylko za najcięższe zbrodnie *(Grundlagen* str. 389.

[3] Por. Letourneau: *Sociologie*, Paris, 1892, str. 514 oraz cytowane tamże. E. Simon'a: *La famille chinoise*, i Huc'a: *L'empire chinois*, II, 291. Co do kast indyjskich patrz Kohler: *Indische Gewohnheitsrechte (Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* VIII) i tegoż autora *Die Gewohnheitsrechte der Provinz Bombay* (tamże, X). Por. też Makarewicz: *Wesen des Verbrechens*, str. 55—59.

[4] Post: *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, II, str. 248. Patrz też Czacki: *Dzieła*, Poznań, 1844, II, str. 116, dop. 198.

[5] Post: *Grundriss*, I, str. 353.

88. Całkiem odmienne stanowisko zajmował każdy związek wobec zamachów na ustanowiony w jego obrębie porządek prawny w przypadkach, gdy pochodziły one nie od jego członków, lecz od osób, należących do obcego

związku. Kwestya ta posiadała niewątpliwie, przy owej pierwotnej organizacyi życia społecznego, charakter zatargu międzynarodowego. Związek, do którego pokrzywdzony należał, uważał siebie za stronę zaczepioną przez związek, do którego należał winowajca, i poczuwał się do obowiązku zniewolenia tego ostatniego do udzielenia mu możliwie najszerszej satysfakcyi.

O utrzymaniu należytej proporcyi między żądanem zadosyćuczynieniem, a wielkością doznanej szkody, nie mogło być mowy podówczas głównie z tego powodu, że stosunki między pojedynczemi związkami bywały wogóle nieprzyjacielskie i że pod wpływem nienawiści, którą każdy odczuwał względem członka innego związku, gniew pokrzywdzonego stawać się musiał w tych przypadkach tem większym z tego powodu, że go nie swój, lecz nieprzyjaciel obraził. To uczucie gniewu pokrzywdzonego podzielał cały jego związek, a ztąd rodziła się owa przez ten ostatni tak silnie odczuwana potrzeba wywarcia zemsty na przeciwniku, przez wyrządzenie mu jeszcze większej krzywdy [1]. Zemsta rodowa, zwana także zemstą krwawą *(Blutrache)*, występuje też jako pierwotna forma reakcyi ze strony każdego związku społecznego przeciwko krzywdom, wyrządzanym jemu lub jego członkom, przez osoby, należące do obcego związku.

[1] Uczucie gniewu, jako sprężynę kary, uczynił przedmiotem ścisłego rozbioru ze stanowiska psychologii Steinmetz we wstępie do swego dzieła: ***Ethnologische Studien zur ersten Entwickelung der Strafe.***

89. Obie wyżej przez nas naszkicowane strony stanowiska pierwotnych związków społecznych wobec zamachów na ustanowiony w ich obrębie porządek prawny, posiadają niezawodnie znaczenie podstawowe dla całego dalszego rozwoju prawa karnego u ludów, które doszły do wyższej organizacyi państwowej.

Pogląd pierwotnych związków na przestępstwa, popełniane przez ich członków, uważać należy za punkt wyjścia ścigania przez władzę państwową najcięższych zbrodni, t. j. tych, które już u starożytnych Germanów sprowadzały karę śmierci [1]. Rzecz naturalna, że wobec przestępstw, które odznaczały się szczególną szkodliwością dla dobra i porządku publicznego, państwo już w samem zaraniu swoich rządów uważać się musiało za stronę pokrzywdzoną. Z dawien dawna też pociągało ono ich sprawców do kary w charakterze organu, wykonywającego nad nimi władzę publiczną.

[1] Nazywały się one tutaj *Neidingswerke (nidingswerk)* w odróżnieniu od lżejszych przewinień, dopuszczających okupu i oznaczanych ogólnym terminem *firintât*. Za *Neidingswerke* uchodziły: zakłócenie jakiegoś miru wyższego rzędu (np. w świątyni lub na wiecu ludowym), zdrada stanu, czarnoksięstwo, podpalenie mordercze, skrytobójstwo, kradzież większych rozmiarów, nierząd przeciwny naturze, dezercya wojskowa. Por. Tacitus: *Germania* c. 12. Schröder: ***Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte***, 1889, str. 71 i 72.

90. Nie tak rychło doszło państwo do zrozumienia, że w jego interesie leży także okładanie karą innych, podówczas za mniej ciężkie uważanych przestępstw przeciwko dobrom osób pojedynczych. Długo mianowicie nie przestawało państwo zachowywać się względem nich całkiem obojętnie, pozostawiając ich ściganie osobie bezpośrednio pokrzywdzonej i jej krewnym. Państwo w owej epoce nie wzniosło się było jeszcze na stanowisko instytucyi, mającej bronić od wszelkich zamachów porządku prawnego społeczeństwa. Tłómaczy się to niewątpliwie tem, że genezą państwa były dawne pierwotne związki rodowe i że one tylko stopniowo traciły na rzecz państwa charakter samodzielnych organizmów społecznych.

Zaczęła się ta ewolucya od tego, że państwo wzięło w swoje ręce sprawy, dotyczące najżywotniejszych interesów narodu, jako to jego potęgi militarnej i kardynalnych podstaw jego porządku prawnego. Załatwienie wszelkich

innych kwestyj pozostawiało państwo dawnym związkom rodowym.

Otóż do takich kwestyj, które w pierwszym okresie swoich rządów państwo uważało za zbyt błahe, aby się niemi samo zajmować, należało także ściganie przestępstw przeciwko interesom osób pojedynczych. Wymierzanie za nie kary na winowajcę uchodziło podówczas za sprawę, obchodzącą wyłącznie pokrzywdzonego i jego krewnych. Nic dziwnego też, że wobec takiego poglądu idea zemsty stała się pierwszą zasadą, według której rozstrzygało się w historyi pytanie, jaka ma być treść sprawiedliwej kary za przestępstwa przeciwko osobom pojedynczym. Gniew po stronie pokrzywdzonego i jego krewnych, musiał i w tej epoce odegrać dominującą rolę. Stanowisko bowiem tych osób wobec przestępstw, o których tu mowa, nie mogło różnić się istotnie od stanowiska dawnych związków rodowych, wobec zamachów ze strony członków obcego rodu [1].

[1] Zachodzi pytanie, jak się w tym pierwotnym okresie organizacyi państwowej obchodzono z przestępstwami przeciwko osobom pojedynczym w przypadkach, gdy ofiara i winowajca należeli do jednej rodziny. Najniezawodniej musiano tu odróżniać lżejsze przewinienia od cięższych. Pierwsze podlegały władzy dyscyplinarnej głowy rodziny, a drugie, jako zamachy nacechowane zdradą wyższego rzędu, sprowadzały niewątpliwie karę z ramienia państwa. Dowodem tego rzymskie *parricidium* (od πηός, gentilis, por. Schrader: *Sprachvergleichung und Urgeschichte*, 2 Aufl. 1890, str. 579), które należy do najstarszych w prawie rzymskiem przestępstw publicznych.

91. Przypatrzmy się teraz dalszej ewolucyi prawa karnego u narodów z organizacyą państwową. Zaznaczyć w niej można pewne okresy, z których każdy następny jest krokiem naprzód na drodze ku coraz wyraźniejszemu wyzwalaniu się prawa karnego z pod rządów ślepej namiętności i dzikiego barbarzyństwa, a uwzględnianiu przez

nie w coraz szerszym zakresie głosu rozwagi i poczucia ludzkości.

Okresy te ułożyć należy w dwa rzędy, odpowiednio do podziału podstaw historycznych prawa karnego na materyalne i formalne. Każdą z tych kategoryj pragniemy uczynić przedmiotem osobnego przeglądu, poczem wypadnie nam jeszcze wyjaśnić ich wzajemny do siebie stosunek.

I. Ewolucya prawa karnego ze względu na jego podstawy materyalne.

§ 22.

92. Odnośnie do pytania, co ma stanowić treść sprawiedliwej kary, prawo karne przechodziło przez pięć różnych okresów, w ciągu których znajdowało się pod panowaniem: 1) idei zemsty; 2) idei odwetu; 3) idei okupu; 4) idei proporcyonalności i analogii między przestępstwem a karą, i wreszcie 5) idei humanitaryzmu.

93. 1. Okres zemsty. Kara uchodzi wtedy za sprawiedliwą o tyle tylko, o ile staje się dla przestępcy dolegliwością większą od tej, której doznał z jego winy pokrzywdzony. Ten ostatni sądzi, że przedewszystkiem ma prawo dążyć do zaspokojenia gniewu, który w nim wzniecił fakt, że dopuszczono się przeciwko niemu przestępstwa. Uczucie gniewu zaś było zbyt gwałtowne u pierwotnego człowieka, aby pod jego wpływem mógł on zdobyć sie na jakąkolwiek rozwagę w kwestyi oszacowania stosunku, mającego zachodzić między krzywdą, którą mu wyrządził przestępca, a tą, która się temu ostatniemu należy tytułem kary. Tem się też tłómaczy, że kara, natchniona ideą zemsty, znajduje swoją miarę nie w rodzaju popełnionego przestępstwa, lecz w stopniu czysto podmiotowego oburzenia, jakie ono wywołało w pokrzywdzonym, tudzież

w stopniu solidarności uczuć między pokrzywdzonym a jego krewnymi[1].

[1] O znaczeniu zemsty rodowej patrz wyżej nr. 88. Usankcyonowanie zemsty spotykamy nietylko w obyczajach, lecz i w ustawodawstwach wielu narodów, jako to u Żydów, Persów, Arabów, Alemanów, Franków i Słowian (Tissot: *Le droit pénal*, I. str. 521—544). Z natury zemsty wypływa, że pod jej panowaniem jedno przestępstwo może bardzo łatwo stać się punktem wyjścia wielu innych. Jeżeli bowiem przewyżka krzywdy, wyrządzonej przestępcy, wyda mu się nadmierną, to w nim znów obudzi potrzebę zemsty, a kto wie, czy i zadosyćuczynienie tej ostatniej nie wywrze podobnego skutku. To też ze strony ustawodawców objawia się dosyć wczcśnie dążenie do ujęcia w pewne karby zemsty rodowej. Tak np. «Ruska Prawda« Wielkiego Księcia Jarosława (1018 — 1054) dopuszcza do wykonywania prawa zemsty tylko najbliższych krewnych zamordowanego (Ewers: *Das älteste Recht der Russen*, 1836, str. 50 i nast.). Pewne ślady zemsty przechowały się dotąd jeszcze w Europie, a mianowicie w obyczajach niektórych ludów południowych, jako to na Korsyce i w Sardynii (Du Boys: *Histoire du droit criminel*, II, p. 45—60, 248, 264, 577, 581).

94. 2. Okres odwetu. Zaznacza on drugi szczebel w ewolucyi historycznej kary. Odwet ma tę wyższość nad zemstą, że jest jej ujęciem w pewne granice. Kara bowiem, czyniąca mu zadosyć, musi być dolegliwością, ściśle dobraną do tej, której z winy przestępcy doznał pokrzywdzony. Dobranie to zaś pojmowano w tym okresie czysto materyalnie, t. j. w duchu znanego przepisu prawa Mojżeszowego »oko za oko, ząb za ząb«[1]. Nie wszystkie oczywiście przestępstwa dopuszczały kary, któraby realnie czyniła zadosyć idei odwetu. Realne formy mógł przybrać odwet tylko odnośnie do przestępstw przeciwko życiu, ciału, a poniekąd i przeciwko czci niewieściej[2]. Ze względu zaś na inne przestępstwa musiano chwytać się wykonywania odwetu już nie w realnej lecz symbolicznej formie. Tu należy zaliczyć takie kary jak oślepianie albo odcinanie ramienia lub ręki za kradzież, kastracyą za przestępstwa płciowe, wyrywanie języka za potwarz lub szpiegostwo, ucinanie ręki lub odnośnych palców za krzywoprzysięstwo i t. p.[3].

[1] Usankcyonowanie kary odwetowej spotykamy nietylko u Żydów, ale także u Solona, w Leges XII Tabularum, u Arabów, Maurów, Wizygotów, na Litwie, w Rosyi i Polsce. Najdłużej wymierzano w duchu odwetu karę za potwarz. Tak np. w myśl art. 419 kod. karn. Królestwa Polskiego z r. 1818 za złożenie fałszywego świadectwa pod przysięgą lub za przedstawienie innych zmyślonych dowodów w procesie karnym, miała spotkać winowajcę kara równa tej, na którą na tej podstawie skazano niesłusznie oskarżonego (por. Hube: *Studya nad kodeksem karnym 1818 r.*, 1863, str. 20). Podobny przepis znajdujemy dziś jeszcze w art. 208 kod. karn. rzeczypospolitej Chilijskiej z r. 1874. (Por. Alfred Hartwig: *Das Strafgesetzbuch der Republik Chile*, w *Zeitschrift für ges. Strw.* Bd. XX, str. 265).

[2] Tak np. u niektórych ludów pierwotnych w przypadku cudzołostwa pokrzywdzony mąż szuka zadosyćuczynienia na żonie winowajcy. Por. Post: *Bausteine*, I str. 158.

[3] Por. Post: *Grundriss der ethnol. Jurisprudenz*, II str. 242. Karom tym jednak musiała także przewodniczyć idea prewencyi, przez pozbawienie winowajcy organu niezbędnego do powtórzenia odnośnego przestępstwa. Por. Günther: *Wiedervergeltung*, I, str. 29.

95. 3. Okres okupu[1]. O ile odwet zaznacza pierwszy krok ku przestrzeganiu pewnej miary w karze, o tyle znów okup zwiastuje pierwszą myśl uwzględniania przez pokrzywdzonego przy ściganiu przestępstw celów utylitarnych. Okres, w którym pokrzywdzony uważa za sprawiedliwą karę, dostosowaną nie do jego gniewu *(zemsta)* lub strony materyalnej przestępstwa *(odwet)*, lecz do szkody, jaką mu wyrządził winowajca, zaznacza już w prawie karnem przewagę rozwagi nad namiętnością, zrozumienie tej prawdy, że kara musi być nie ślepą lecz dobrze obmyśloną reakcyą przeciwko przestępstwu.

Szkodliwość jednak przestępstwa pojmowano w tym okresie czysto ze stanowiska majątkowego, i pod tym znów względem trzeba przyznać, że idea okupu przyczyniła się

raczej do opóźnienia niż przyspieszenia dalszego postępu prawa karnego. Za rządów idei zemsty lub odwetu pokrzywdzony uważał wprawdzie kwestyą ukarania winowajcy za swoją sprawę osobistą, ale przywiązywał do niej nie materyalną lecz moralną wagę. W okresie okupu zaś moralny charakter represyi przestępstw cofa się na drugi plan, a na pierwszy występuje jej strona majątkowa. Pokrzywdzony już się tu nie oburza na przestępcę, już nie potępia jego czynu, lecz po kupiecku wdaje się z nim w układ i bierze od niego pewną zapłatę, tytułem wynagrodzenia za wyrządzoną mu szkodę. Rzecz jasna, że podobny pogląd nie mógł ułatwić państwu ujęcia w swoje ręce kwestyi karania t. zw. przestępstw prywatnych. Państwo wobec tych ostatnich musiało liczyć się z wytworzoną pod wpływem idei okupu prawno-prywatną konstrukcyą przestępstwa i kary. Przełamanie jej wymagało długiej walki z egoizmem ludzkim i nie mogło nastąpić inaczej tylko w formie bardzo powolnego rozszerzania przez państwo sfery przestępstw, mających podlegać jego władzy karzącej[2]. Tym sposobem stopniowo mnożyły się przestępstwa, za które okup na rzecz pokrzywdzonego nie mógł uwalniać winowajcy od kary publicznej i z czasem zrozumiano powszechnie, że nawet przestępstwa przeciwko interesom jednostek wyrządzają krzywdę porządkowi prawnemu całego społeczeństwa i nie mogą uchodzić za czyny, obchodzące tylko pokrzywdzonego i jego krewnych. Do wyrobienia tego przekonania u nowszych narodów, przyczyniły się dzielnie prawo rzymskie i kanoniczne. To też w Niemczech ostatecznie system okupu ustępuje miejsca karze publicznej dopiero w XVI wieku, t. j. w okresie t. zw. recepcyi praw obcych.

[1] System okupu, znany także pod nazwą systemu kompozycyi rozwinął się najszerzej w prawie niemieckiem. Znają go jednak także inne ustawodawstwa, np. Leges XII Tabularum, które żądają odwetu tylko na przypadek, gdyby pokrzywdzony nie ułożył się z przestępcą (Aulus Gellius: *Noctes atticae*, XX, I.).

[2] Do starszych usiłowań tego rodzaju należy zaliczyć ustawy Kanuda W. (1014—1036). Oświadczają one wyraźnie, że za niektóre zbrodnie okup nie może uwalniać przestępcy od kary. Do ich rzędu należały: kradzież, fałszerstwo, morderstwo, podpalenie mordercze i zdrada główna.

96. 4. Okres proporcyonalności i analogii między przestępstwem a karą. W okresie tym państwo widzi jasno, że nawet przestępstwa przeciwko osobom prywatnym są krzywdą, wyrządzoną całemu społeczeństwu, i że żaden okup na rzecz pokrzywdzonego lub jego krewnych nie może w razie ich popełnienia stać się dla winowajcy sprawiedliwą karą. Z drugiej jednak strony państwo zrozumiało już, że idea odwetu materyalnego zamało daje podstawy do zbudowania całkowitego systemu środków karnych. Szuka więc ono dla tego systemu innego gruntu, a znajduje go w zasadzie, że kara sprawiedliwa powinna przedewszystkiem być ściśle dostosowana nie do strony materyalnej popełnionego przestępstwa lecz do stopnia jego ciężkości. Ile jest różnych przestępstw, tyle, o ile możności, powinno być różnych kar. Stopnie surowości tych ostatnich odpowiadać mają stopniom ciężkości pierwszych, tak, iżby każda zbrodnia miała sobie przeciwstawioną karę surowszą, względnie łagodniejszą od kar, ustanowionych za inne lżejsze względnie cięższe przestępstwa. Jest to t. zw. zasada proporcyonalności między przestępstwem a karą.

97. Z tą zasadą jednak kojarzył się w tym okresie inny jeszcze pogląd, a mianowicie ten, że żadna inna kara nie potrafi tak skutecznie odstraszać od przestepstw jak ta, która rodzajem swoim przypominać je będzie. Była to jakby reminiscencya dawnej idei odwetu materyalnego, ale z tą różnicą; że w tym okresie odwet uchodził już nie za podstawę sprawiedliwego wymiaru kary, lecz tylko

za najlepszą rękojmię jej kwalifikacyi do odstraszania od przestępstw, a więc za warunek jej pożyteczności dla państwa. Tak przekształcona idea odwetu wydała zasadę analogii między przestępstwem a karą, a pod jej wpływem starano się w tym okresie o takie środki karne, które byłyby także możliwie najbardziej odstraszające z uwagi na analogią, zachodzącą między ich rodzajem a naturą odnośnych przestępstw.

98. Kombinacya zasady proporcyonalności z zasadą analogii między przestępstwem a karą, musiała skłaniać ustawodawcę z jednej strony do wynajdywania możliwie najróżnorodniejszych środków karnych, z drugiej zaś do utrzymywania ich jakości w możliwie największej zgodzie z rodzajem barbarzyństwa, wyrażającego się w różnych zbrodniach. Powstał stąd system środków karnych, nacechowany niezmiernie wyrafinowanem okrucieństwem i nie mający innej wartości prócz tej, że pozwalał ustawodawcy przeciwstawiać różności przestępstw różność kar i miarę surowości tych ostatnich to podwyższać, to obniżać stosownie do większej lub mniejszej ciężkości danego przestępstwa.

99. Okres ten ciągnie się w historyi prawa karnego nowszych narodów europejskich od początku XVI-go aż do końca XVIII-go wieku. Konstytucya kryminalna Karola V-go (1532) stanowi jeden ze znakomitszych pomników ustawodawczych tego okresu. Tchnie ona surowością, nie uwzględniającą nic innego oprócz popełnionego przestępstwa i jego szkodliwości dla porządku prawnego. Dosyć przeczytać art. 192 Karoliny[1], gdzie spotykamy aż 8 rodzajów kary śmierci (przez ogień, miecz, ćwiertowanie, łamanie kołem, powieszenie, utopienie, pochowanie żywcem i wbicie na pal), a oprócz tego takie kary cielesne jak ucinanie języka, uszu, ręki, palców, wykłowanie ócz, nie mówiąc już o biczowaniu pod pręgierzem. Ta obfitość kar jest tylko wynikiem przyjęcia przez ustawodawcę zasady, że każde przestępstwo miało pociągać za sobą karę, odpowiadającą jego rodzajowi. W myśl tej zasady ustawodawca uważałby za rzecz niesprawiedliwą karać w jednakowy sposób dwa różne przestępstwa, z których każde zasługiwałoby na karę śmierci. Stąd każe on tracić morderców zwyczajnych przez łamanie kołem, ojcobójców przez ćwiertowanie, rabusiów przez ścinanie, trucicieli i kacerzy przez spalenie żywcem i t. d. i t. d.

[1] Berner: *Lehrbuch*, § 50.

100. 5. Okres humanitaryzmu. Pierwsze hasła do reformy ustaw karnych w duchu humanitaryzmu wyszły od filozofów. Już Thomasius na początku XVIII wieku przemawia z jednej strony za wyrugowaniem ze sfery czynów karygodnych wielu niewłaściwych przestępstw, jak n. p. kacerstwa *(An haeresis sit crimen?)*, z drugiej zaś — za usunięciem wszelkich kar, nacechowanych okrucieństwem i tchnących nienawiścią dla przestępcy *(An poenae infamantes sint abrogandae?)*. Prawdziwie jednak wielkie rozmiary i rzeczywistą doniosłość praktyczną otrzymał w Europie powyżej zaznaczony prąd dopiero w drugiej połowie XVIII wieku, gdy na jego czele stanęły umysły takiej miary, jak Montesquieu, Beccaria i Voltaire[1].

Dowodzili oni, że państwo, aby karać sprawiedliwie, musi samo szanować to, czego ma strzedz w społeczeństwie t. j. te zasady etyczne, które są podwaliną wszelkiego porządku prawnego. Państwo powinno uwzględniać nietylko stosunek, zachodzący między karą a przestępstwem, ale także związek, zachodzący między nią a człowiekiem, który ma ją ponosić. Jak zbrodniarz, choćby najpotworniejszy, człowiekiem być nigdy nie przestaje; tak też kara, choćby najsurowsza, nieludzką być nigdy nie powinna. Tylko pamiętając o tej prawdzie, państwo potrafi obudzić

w społeczeństwie poszanowanie dla kary, w przeciwnym zaś razie samo się do tego przyczyni, że obywatele, powodując się poczuciem ludzkości, widzieć będą w przestępcy raczej nieszczęśliwą ofiarę okrucieństwa ze strony państwa, niż winowajcę, ponoszącego zasłużoną karę. A biada państwu, gdyby poczucie ludzkości miało zagasnąć w społeczeństwie, gdyby obywatele na widok ćwiertowania, łamania kołem lub palenia żywcem zbrodniarzy nie mieli oburzać się na tym podobne barbarzyństwa. Społeczeństwo takie byłoby pozbawione wszelkiej wartości moralnej i przedstawiałoby grunt najżyźniejszy dla wszelakich zbrodni. Wynika stąd, że, jako stróż porządku prawnego, państwo powinno w swoim własnym interesie dążyć do pielęgnowania w społeczeństwie wszelkich uczuć szlachetnych, a unikać starannie przytępiania ich widokiem kar barbarzyńskich.

[1] Montesquieu: *Lettres persanes*, 1721; *Esprit des lois*, 1748. To ostatnie dzieło przełożył na język polski Czarnek p. t. *Duch czyli treść praw* (Lipsk i Drezno, 1777). Beccaria: *Dei delitti e delle pene*, 1764. Polski przekład tego dzieła wyszedł bezimiennie w Brzegu w r. 1762; na język niemiecki przełożył je Glaser (2 wyd. 1876). Voltaire wydał cały szereg broszur za reformą ustawodawstwa karnego z okazyi głośnej sprawy protestanckiego kupca Jana Calasa, który, niewinnie skazany na śmierć, stracony został w Tuluzie przez łamanie kołem w r. 1762 Na szczególną uwagę zasługuje pismo Voltair'a p. t.: *Prix de la justice et de l'humanité* (1778). Patrz także o całym tym kierunku: Cezary Cantù: *Beccaria e il diritto penale*, 1862 (przekład francuski wydali w r. 1885 Lacointa i Delpech); Frank: *Die Wolffsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältniss zur kriminalpolitischen Aufklärung im XVIII Jrhrhundert*, 1887; Hertz: *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im XVIII Jahrh.*, 1887.

101. Ze wszystkich jednak filozofów i publicystów drugiej połowy XVIII wieku najwymowniej odezwał się za potrzebą zreformowania ustaw karnych w duchu humanitaryzmu Beccaria w swojem nieśmiertelnem dziele: »*O przestępstwach i karach*« (1764). To też wpływ jego

był potężny na współczesnych mu ustawodawców i skłonił ich do wprowadzenia w życie wielu zbawiennych reform. Przejęli się mianowicie zasadami Bekaryi dwaj synowie cesarzowej Maryi Teresy, Leopold II Toskański i Józef II Austryacki, a ten ostatni poddał się ich wpływowi tem chętniej, że w ich duchu przemawiał też słynny podówczas profesor prawa karnego w Wiedniu Sonnenfels (um. 1817)[1]. Zarówno kodeks karny toskański z r. 1786, jak i cesarza Józefa II »*Powszechna ustawa karna*« z r. 1787 odznaczają się wielce postępowym charakterem, uchylając karę śmierci i wszelkie t. zw. kwalifikowane t. j. kaleczące kary cielesne. Wprawdzie w obu tych państwach wkrótce potem przywrócono karę śmierci[2], ale pomimo to można śmiało powiedzieć, że odtąd i tutaj i w całej Europie[3] prawo karne wstępuje na całkiem nowe tory. Barbarzyńskie udręczenia cielesne powoli znikają z praktyki kryminalnej, a w ich miejsce wchodzi należycie ustopniowana kara więzienna. Obok niej kara śmierci zachowuje się tylko jako ostatnia broń państwa przeciwko szczególnie kwalifikowanym przypadkom najcięższych zbrodni, a kary, dotykające przestępcy na czci lub majątku, spełniają przeważnie rolę raczej dodatkowych niż głównych środków represyjnych. A i sama kara pozbawienia wolności reformuje się wszędzie pod wpływem haseł humanitarnych. Z każdym dniem państwo dąży coraz mniej do tego, aby więzienie stawało się dla przestępcy torturą fizyczną, a stara się coraz troskliwiej o to, aby kara ta, szanując w przestępcach godność ludzką, budziła w nich uczucie skruchy i usposabiała ich do poprawy. Co do ruchu humanitarnego w Polsce patrz niżej dop. 4.

[1] Sonnenfels skłonił też Maryą Teresę do zniesienia tortur reskryptem z dn. 2 stycznia 1776.

[2] W Toskanii w r. 1790 za Leopolda na przypadek zdrady głównej, a w r. 1795 za Ferdynanda dla trzech innych jeszcze zbrodni t. j. morderstwa, dzieciobójstwa i gwałtownego spędze-

nia cudzego płodu. W Austryi patent cesarski z 2 stycznia 1795 przepisuje karę śmierci za zdradę główną, a kodeks karny z r. 1803 okłada nią aż pięć zbrodni. Patrz co do nich niżej, nr. 132, dop.

[3] Nie byli też obojętni na hasła humanitarne w prawie karnem Fryderyk W. (*Sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* w jego *Oeuvres complètes*, wydanych za Fryderyka Wilhelma II w latach 1840 — 1857) i cesarzowa rosyjska Katarzyna II, czego dowodzi jej słynna Instrukcya z r. 1767 dla komisyi, powołanej do ułożenia projektu nowego kodeksu.

[4] W Polsce już w XVI wieku troszczono się o to, aby kara miała na celu nietyle zawstydzenie przestępcy, ile jego poprawę. Patrz pisma Bernarda z Lublina (z początku XVI w.) i Piotra z Goniądza (1560), tudzież instrukcyą więzienną kanclerza Ocieskiego z 1550 r. (Czacki: *O litewskich i polskich prawach*, Poznań 1844, II. str. 95, dop. 157). O Bernardzie i o jego wywodach przeciwko karze śmierci i innym karom, poniżającym godność ludzką, dowiadujemy się tylko z odprawy, którą dał temu pisarzowi Jan z Pilzna w książce, wydanej w r. 1529 p. t.: »*O różnych rzeczach i gadaniach nowych w Sarmacyi*«. Por. także Czacki: l. c. II. str. 113, dop. 197; Hube: *O prawa kryminalnego pisarzach w Polsce*, 1829; tudzież wiadomość, podaną w *Rozmaitościach naukowych krakowskich* (nr. 1, str. 17 — 28). Z końcem XVIII wieku dzielnie przemawiali u nas za reformą prawa karnego w kierunku humanitarnym profesor Akademii krakowskiej Sebastyan Czochron: *Dyssertacya o prawodawstwie kryminalnem*, 1788; tudzież Józef Szymanowski, autor *Prospektu prawa i procesu karnego*. Ta ostatnia praca była referatem, odczytanym dn. 14 marca 1792 r. na sesyi deputacyi kodyfikacyjnej, powołanej ustawą sejmową z 28 czerwca 1791 r. do ułożenia nowego *Codicis praw cywilnych i kryminalnych Stanisława Augusta*. Por. co do tej kwestyi Ostrożyński: *Ostatni projekt reformy prawa i procesu karnego w Polsce* (XXV tom Rozpraw i Sprawozd. Wydz. filoz. hist. Akad. Um.), tudzież moją rozprawę p. t.: *Józef Szymanowski. Przyczynek do reformy prawa i procesu karnego w Polsce, w końcu XVIII wieku* (Bibl. Warsz. 1891). Streszczenie tej pracy podaje *Bulletin de l'Académie des Sciences de Cracovie*, maj 1891 (nr. 33).

II. Ewolucya prawa karnego ze względu na jego podstawy formalne.

§ 23.

102. Ewolucya prawa karnego odnośnie do pytania, komu służy prawo wymierzania kary, przedstawia ze względu na przestępstwa przeciwko interesom osób prywatnych [1] trzy następujące okresy: 1) okres wymierzania kary przez pokrzywdzonego lub jego krewnych bez interwencyi państwa; 2) okres interwencyi państwa w wymierzaniu kary przez pokrzywdzonego lub jego krewnych; 3) okres wymierzania kary przez państwo.

W pierwszym okresie przestępstwo uchodzi za czyn, wyrządzający szkodę tylko osobie, która stała się jego ofiarą bezpośrednią, lub też jej krewnym. W drugim—państwo przychodzi w pomoc pokrzywdzonemu w ściganiu i karaniu przestępstw, ale za te swoje usługi domaga się pewnego wynagrodzenia. To ostatnie, znane w prawie niemieckiem pod nazwą *fredum* (grzywny), płacił przestępca na rzecz sędziego, podczas gdy t. zw. *feidum* składał jako okup pokrzywdzonemu. *Fredum* uważać można za pierwszą postać kary publicznej za przestępstwa przeciwko interesom osób prywatnych. Dopiero w trzecim okresie następuje upaństwowienie kary za wszystkie przestępstwa bez względu na to, czy bezpośrednią ich ofiarą stają się urządzenia publiczne, czyteż dobra jednostek.

[1] Mówimy przestępstwa przeciwko interesom osób prywatnych, gdyż co się tyczy t. zw. przestępstw publicznych (p. wyżej nr. 89), to, skoro państwo uchodziło odnośnie do nich za stronę pokrzywdzoną, jest rzeczą całkiem naturalną, że ono od samego początku poczuwało się do obowiązku ich ścigania.

III. Stosunek między podstawami materyalnemi a formalnemi prawa karnego.

§ 24.

103. Dopóki kara opierała się na idei zemsty lub odwetu, dopóty mógł ją był wymierzać wyłącznie pokrzywdzony lub jego najbliższy krewny. Wymiar kary bowiem był tutaj tak prosty i tak nie wymagał żadnego obliczenia wyrozumowanego, że byle tylko pokrzywdzony posiadał ku temu odpowiednią siłę fizyczną, to mógł był zawsze wywrzeć na przestępcy należytą zemstę lub odpłacić mu wet za wet.

Dopiero w okresie okupu z natury rzeczy musiało się otworzyć pierwsze pole dla interwencyi państwa w sprawie karania przestępstw prywatnych. Aby mogło bowiem przyjść do okupu między przestępcą a pokrzywdzonym, to przedtem musiało było nastąpić między nimi pewne porozumienie co do oszacowania wyrządzonej i doznanej krzywdy. Otóż cóż mogło być właściwszą kombinacyą, jak pozostawienie państwu, jako organowi bezstronnemu, otaksowania owej szkody? Przestępca oceniałby ją chętnie za nizko, pokrzywdzony — za wysoko, a w tych warunkach do ugody między nimi by nie przyszło. Z drugiej strony i egzekucya okupu, ustanowionego przez państwo mogła była w niejednym przypadku czynić pomoc tego ostatniego pożądaną dla pokrzywdzonego lub przestępcy[1]. Słowem można śmiało powiedzieć, że w historyi z okresem okupu schodzi się okres interwencyi państwa w sprawie ścigania przestępstw przeciwko interesom jednostek.

Łatwo chyba zrozumieć, że potrzeba upaństwowienia kary rośnie jeszcze w miarę, jak ideę okupu ruguje idea proporcyonalności i analogii między przestępstwem a karą, a ta ostatnia znów ustępuje miejsca wielkim hasłom humanitarnym z drugiej połowy XVIII wieku. To też obie ostatnio wymienione reformy systemu środków

karnych przypadają na czasy, w których państwo dochodzi do zrozumienia, że jego jest rzeczą już nie subsydyarnie lecz w pierwszym rzędzie wykonywać władzę karzącą w odniesieniu do wszystkich przestępstw.

[1] Capit. Haristallense ann. 779, c. 22 (wyd. Boretius'a str. 51). Por. Günther: *Idee der Wiedervergeltung*, I, 179.

ROZDZIAŁ II.

Prawo karne jako nauka.

I. Znaczenie i system nauki prawa karnego w jej najobszerniejszem rozumieniu.

§. 25.

104. Naukę prawa karnego pojmować można w dwojakiem rozumieniu: obszerniejszem i ściślejszem.

Sensu largo obejmuje ona całą kryminologię t. j. system badań teoretycznych, mających za przedmiot wszystkie kwestye, dotyczące przestępstwa i kary, a nietylko te, które odnoszą się do stosunków prawnych, zawiązujących się między władzą karzącą państwa a przestępcami.

Sensu stricto ogranicza się ona wyłącznie do badania kwestyj tego ostatniego rodzaju, a więc jest tylko nauką o zasadach i przepisach prawnych, rządzących działalnością represyjną państwa przeciwko przestępcom.

Książka niniejsza ma być wykładem nauki prawa karnego w tem jej drugiem, ściślejszem rozumieniu.

105. W jakim stosunku znajduje się przedmiot naszego wykładu do owej, wspomnianej wyżej kryminologii?

Oczywiście, że musi to być stosunek części do całości. Kryminologia stara się poznać całkowitą naturę

przestępstwa i kary, a więc musi uwzględniać wszystkie strony tych zjawisk życia społecznego. Strony te zaś można podciągnąć pod trzy następujące główne kategorye: 1) geneza i ewolucya naturalna przestępstwa i kary; 2) związek prawny, zachodzący między przestępstwem a karą; 3) stosunek kary do innych środków, służących społeczeństwu do walki z przestępnością.

106. I. Z pierwszego punktu widzenia powstaje t. z. historya naturalna przestępstwa i kary. Obejmuje ona dwa działy, z których jeden ma za przedmiot przestępstwo, a drugi karę. Tak przestępstwo jednak, jak kara, jako zjawiska przyrodnicze, zawdzięczają swoje powstanie czynnikom dwojakiego rzędu i sprowadzają skutki w dwojakim kierunku. Z jednej strony mianowicie przestępstwo i kara wypływają z pewnych właściwości indywidualnych człowieka i wywierają pewien wpływ na dalszy układ jego charakteru; z drugiej zaś strony zjawiska te posiadają także swoje źródło w stosunkach i urządzeniach życia społecznego i oddziaływają na nie w odpowiedni sposób.

Historya naturalna przestępstwa i kary stosownie do tego, którą z dwóch podanych wyżej kategoryj czynników i skutków włącza w zakres swoich badań specyalnych, dzieli się na biologią (zwaną także antropologią) i socyologią kryminalną.

[1] Historya naturalna przestępstwa i kary posiada bardzo bogatą literaturę. Cennego materyału dostarczyły jej badania nad stroną psychologiczną niektórych słynniejszych zbrodni (np. Pitaval: *Causes célèbres*, 22 vol., 1734—1743; Feuerbach: *Actenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen*, 1828) i nad charakterem przestępców zawodowych (np. Avé-Lallemant: *Das deutsche Gaunerthum*, 1858—1862; Valentini: *Das Verbrecherthum im preussischen Staate*, 1869; Schrader: *Das Verbrecherthum in Hamburg*, 1879; bezimiennego autora: *Die Verbrecherwelt von Berlin*, 1886; Laurent: *Les habitués des prisons de Paris*, 1890; Guillot: *Les prisons de Paris*, 1890; Puibaraud: *Les malfaiteurs de profession*, 1893; Maxime du Camp: *Le clan du vol à Paris* i t. p.). Z dzieł, traktujących systematycznie o psychologii kryminalnej, zasługują na szczególną uwagę: Heinroth: *Grundzüge der Criminal-Psychologie*, 1833; Schilling: *Die Zurechnungsfähigkeit oder Verbrechen und Seelenstörung vor Gericht* 1866; Despine: *Psychologie naturelle*, 1868; Kraus: *Die Psychologie des Verbrechens*, 1889. Przeważnie w kierunku biologicznym (antropologicznym) badają przestępność Lombroso, Ferri, Garofalo (dzieła ich p. wyżej, nr. 37, dop. 1, lit. *g*), Kurella: *Naturgeschichte des Verbrechens*, 1893; Bär: *Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung*, 1893. Kierunek socyologiczny w studyach nad przestępnością wysuwają na pierwszy plan: Carnevale: *La pena nella scuola clasica e nella criminologia positiva*, 1886; *La quistione della pena di morte*, 1888; *Critica penale*, 1889; Alimena: *Naturalismo critico e diritto penale*, 1892; Colajanni: *La sociologia criminale*, 1889; Tarde: *Criminalité comparée* 1886; *Philosophie pénale* 1891 (2 wyd.); Garraud: *Le problème de la criminalité*, 1886; Prins: *Criminalité et répression*, 1886; *Criminalité et l'Etat social*, 1890; *Science pénale et droit positif* 1899; Liszt: *Criminalpolitische Aufgaben* (Zeitchr. f. ges. Strafrw. t. IX, str. 452, 737; X, 51; XII, 161). Do kierunku socyologicznego skłania się także założone w r. 1889 przez Liszta, Hammela i Prinsa »Międzynarodowe Stowarzyszenie dla prawa karnego«. Kierunek ten uważać dziś można za dominujący w historyi naturalnej przestępstwa, a to odkąd teorya Lombrosy o człowieku-zbrodniarzu *(l'uomo delinquente)*, jako osobnym typie antropologicznym, doznała stanowczego pogromu na kongresach antropologicznych w Paryżu (1889) i Brukseli (1892). Wychodzą też czasopisma poświęcone historyi naturalnej przestępstwa i kary, a mianowicie we Włoszech: *Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penale* (Turyn od r. 1880 red. Lombroso); we Francyi: *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, Lugdun, red. Garraud i Lacassagne od r. 1886, Tarde od r. 1892); w Niemczech: *Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik*, (Lipsk, red. Gross od r, 1898)

107. II. Z drugiego stanowiska nauka bada przestępstwo i karę, jako owoce twórczości prawnej społeczeństwa. Już nie idzie tutaj teoryi o rozbiór znamion, które przestępstwo i kara przynoszą ze sobą na świat w drodze swojej ewolucyi naturalnej, lecz pragnie ona wyłącznie uchwycić te ich cechy, które prawo uważa za mające

wytwarzać treść istotną tak jednego, jak drugiego z tych pojęć.

Wiadomo, że prawo ujmuje w pewne karby stosunki życia społecznego, a to przez ustanawianie pewnych norm dla różnych przejawów naszego postępowania. Do rzędu tych przejawów należą także z jednej strony czyny, sprzeciwiające się interesom społecznym, z drugiej zaś — czyny, będące wyrazem reakcyi ze strony społeczeństwa przeciwko wspomnianym wyżej zamachom na jego dobra. Wszystkie czyny pierwszego rzędu podchodzą pod pojęcie przestępstwa, wszystkie czyny drugiego rzędu — pod pojęcie kary, ale tylko ze stanowiska biologii i socyologii kryminalnej.

Z punktu widzenia prawniczego jednak tylko niektóre specyalnie oznaczone gatunki powyższych czynów tak pierwszego, jak drugiego rzędu, otrzymują kwalifikacyą przestępstwa i kary. Jak bowiem w zakresie innych stosunków, tak i na tem polu, prawo nie może podciągać pod swoje przepisy wszystkiego, co się rysuje na widowni życia społecznego. Sfera, rządzona przez prawo, musi być oczywiście ciaśniejsza od sfery, którą wytwarza przyroda. Zjawiska naturalne przestępstwa i kary, podobnie jak inne przejawy życia,—to materyał, którego cząstkę tylko czyni prawo przedmiotem swoich urządzeń. Unormowanie zaś prawne pewnej kategoryi przejawów życia polega na tem, że prawo oznacza dokładnie ich znamiona istotne i skutki, które chce mieć z niemi powiązane.

W zastosowaniu do naszego przedmiotu unormowanie prawne przedstawia się w postaci zasad i przepisów, wskazujących, jakie znamiona cechować mają przestępstwo i karę tak wogóle, jak ze względu na różne ich postaci rodzajowe (morderstwo, podpalenie, kradzież etc.; kara śmierci, więzienie, grzywny etc.), tudzież jaki ma zachodzić stosunek między temi kategoryami. Wykład systematyczny zasad i przepisów prawnych, odnoszących się do wskazanych wyżej kwestyj, stanowi zadanie nauki prawa karnego w tem jej drugiem, ściśle prawniczem rozumieniu.

108. Nauka prawa karnego w jej ściśle prawniczem rozumieniu musi mieć na celu danie prawnikom gruntownego wykształcenia teoretycznego w zakresie całego prawa karnego, tak materyalnego, jak formalnego. Odpowiednio do tego musi ona obejmować dwa główne działy: jeden, poświęcony teoryi prawa karnego materyalnego, drugi — teoryi procedury karnej.

Oprócz tego jednak uznano w nowszych czasach za rzecz pożądaną, aby naukę prawa karnego rozciągnąć także i na te materye, które wprawdzie nie podchodzą pod pojęcie unormowania prawnego przestępstwa i kary, ale tem się odznaczają, że, bez nabycia w ich zakresie pewnego wykształcenia teoretycznego, prawnik, choćby najbieglejszy w znajomości przepisów kodeksu karnego i procedury karnej, nie potrafi o własnej sile spełnić należycie obowiązków sędziego kryminalnego. Obowiązki te bowiem nie polegają tylko na stosowaniu do pewnej już ustalonej istoty czynu odpowiednich przepisów ustawy, ale przedewszystkiem muszą obejmować zadanie samego ustalenia istoty czynu. Na to zaś trzeba umieć operować jaknajrozmaitszym materyałem faktycznym, trzeba znać się na różnych kwestyach czysto technicznych z zakresu medycyny sądowej, grafologii, antropometryi, fotografii, ślusarstwa, obchodzenia się z bronią i wielu innych kunsztów; a oprócz tego trzeba także ćwiczyć się na licznych wzorach i przykładach w sztuce rozeznawania śladów materyalnych różnych przestępstw. Te wszystkie wiadomości techniczne są tem niezbędniejsze dla sędziego z tego powodu, że nie zawsze będzie on mógł liczyć na to, że w stosownej chwili znajdzie do dyspozycyi odpowiednich znawców. Otóż nabycie tego rodzaju wykształcenia wymaga osobnych studyów, które pierwszy ujął w jedną całość naukową Gross w dziele p. t. *System der Kriminalistik*[1].

Nowy ten, trzeci dział nauki prawa karnego w jej rozumieniu prawniczem nazwiemy też za przykładem Grossa kryminalistyką.

[1] Hanns Gross: *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik.* 5 wyd. 1908. Patrz także wydawane przez Grossa od r. 1898 czasopismo p. t. *Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik.*

109. III. Prócz punktów widzenia przyrodniczego i prawniczego jest jeszcze stanowisko polityczne, z którego także można badać naukowo przestępstwo i karę. Głównym tematem jest tu skuteczność kary, jako narzędzia, służącego społeczeństwu do prowadzenia walki z przestępnością. Pod tym względem musi nauka zwracać baczną uwagę na wszelkie możliwe środki tępienia przestępstw, zarówno te, które prowadzą do usuwania ich przyczyn, czyto indywidualnej, czyteż społecznej natury, jak te, które zmierzają do umniejszania ich szkodliwych następstw.

W rzędzie tych środków należy się oczywiście karze bardzo wybitne miejsce. Oznaczenie tego miejsca i wskazanie, pod jakiemi warunkami państwo ma chwytać się kary, a pod jakiemi znów ma używać innych środków dla zapewnienia społeczeństwu najskuteczniejszej ochrony od przestępstw, stanowi zadanie t. zw. polityki kryminalnej, jako trzeciego wielkiego działu badań naukowych nad przestępstwem i karą.

[1] Polityka kryminalna już oddawna zwracała na siebie uwagę najwybitniejszych prawników i myślicieli. W wieku XVIII uprawiali ją najświetniej Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764), Filangieri (*Scienza della legislatione*, 1781—1788), Servin (*De la législation criminelle*, 1782), Brissot de Warville (*Théorie des lois criminelles*, nowe wyd. wyszło w Paryżu 1836 r.). W pierwszej połowie XIX w. najznakomitszym jej przedstawicielem był Jeremiasz Bentham (*Théorie des peines et des récompenses*, 1810. Por. także Hepp: *Benthams Grundsätze der Criminalpolitik*, 1839). Nowsza literatura polityki kryminalnej jest tak bogata, że jej cytowanie za wiele by zabrało miejsca w książce, poświęconej specyalnie wykładowi prawa karnego. Dużo zajmujących rozpraw polityczno-kryminalnych znaleść można w Liszta *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (od roku 1881) i w *Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung* (od r. 1889). Patrz w szczególności: Stooss: *Der Kampf gegen das Verbrechen*, 1894; Vargha: *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, 1886, 1897.

109 *bis.* W nowszych czasach zaczęto ze strony ustawodawczej zwracać coraz baczniejszą uwagę na konieczność przepisywania obok kary innych jeszcze środków, skierowanych ku zabezpieczeniu społeczeństwa od przestępstw. Myśl ta znalazła mianowicie szerokie uznanie w ostatnich projektach kodeksów karnych szwajcarskiego, niemieckiego i austryackiego.

Spotykamy tam mianowicie osobną instytucyą t. zw. *środków zabezpieczających (Sichernde Massnahmen, Sicherungsmittel)* dla ochrony społeczeństwa od przestępstw ze strony moralnie zaniedbanej młodzieży, niebezpiecznych włóczęgów, żebraków i prostytutek, osób umysłowo nienormalnych, opilców chronicznych, a wreszcie i przestępców nałogowych, przeciwko którym to ostatnim kara okazała się całkiem bezsilną[1].

Ponieważ środków tych inaczej stosować nie można, jeno przez internowanie przymusowe kwalifikującej się do tego osoby w odpowiednio urządzonym zakładzie, przeto środki te często będą musiały być równie dotkliwe jak kara więzienna. Jurydycznie jednak zachodzi między niemi a karą różnica istotna. Kara — to narzędzie walki z przestępnością już wyjawioną, pada ona na winowajcę, jako leżąca w interesie społeczeństwa odpłata za jego przestępstwo. Środki zabezpieczające zaś — to broń przeciwko możliwej przestępności, mająca w interesie społeczeństwa powstrzymywać od przestępstw osoby odznaczające się szczególnie niebezpieczną skłonnością do ich popełniania.

Pewien odrębny typ wśród środków zabezpieczających przedstawiać muszą zarządzenia przeciwko przestępcom nałogowym. W nich bowiem musi tkwić zarówno

odpłata za już dokonane przestępstwo (kara), jak ochrona od pociągu niebezpiecznego [2].

[1] Patrz austr. Vorentwurf z r. 1909. §§ 36—42. Liszt: *Die Sichernden Massnahmen in den drei Vorentwürfen (Oester. Zeitschr. für Strafr.* 1910 str. 3). Stooss: *Lehrb. d. öster. Strafr.* 1909, 18—27. Także artykuł w cyt. wyżej czasopiśmie, str. 25 p. t. *Die sichernden Massnahmen gegen Gemeingefährliche im österr. Strafgesetzentwurf.*

[2] Stooss: *Lehrbuch*, str. 25, 26.

II. Znaczenie i system nauki prawa karnego w jej najściślejszem rozumieniu.

§ 26.

110 *Sensu stricto* nauka prawa karnego jest osobną gałęzią prawoznawstwa i traktuje wyłącznie o zasadach i przepisach prawnych, rządzących działalnością represyjną państwa przeciwko przestępstwom.

W tem rozumieniu obejmuje ona, jak to już wskazaliśmy wyżej (nr. 108), trzy działy, a mianowicie: 1) teoryą prawa karnego materyalnego, 2) teoryą procedury karnej i 3) t. zw. kryminalistykę. Tylko pierwszy z tych działów ma stanowić przedmiot niniejszej książki. Odtąd też przez naukę prawa karnego pojmować będziemy wyłącznie teoryą prawa karnego materyalnego.

111. Prawo karne jakiegoś narodu badać można z trojakiego stanowiska, t. j.: 1) ze względu na jego przepisy, obowiązujące w danej chwili; 2) ze względu na obraz jego rozwoju dziejowego; 3) ze względu na jego stosunek do zasad, stanowiących podstawy rozumne prawa. Pierwszy z tych kierunków nazywamy pozytywnym, drugi — historycznym, a trzeci — filozoficznym [1].

Żaden z tych kierunków nie może sam przez się zadowolnić w zupełności naszego umysłu. Prawo pozytywne danego narodu i danej epoki musi pozostać dla nas

niezrozumiałe w odłączeniu od prawa, które je poprzedziło historycznie i od tych zasad sprawiedliwości, które odpowiadają rozumnym postulatom naszej natury. Historya znów prawa karnego może nas zajmować tylko o tyle, o ile za jej pomocą pragniemy wyjaśnić bliżej jego stan obecny. Nareszcie badanie podstaw filozoficznych prawa karnego przedstawia interes tylko o tyle, o ile służy nam do zajęcia stanowiska krytycznego względem jego urządzeń pozytywnych, do oceniania ich wartości moralnej i do wyznaczania im to niższego, to wyższego szczebla w pochodzie cywilizacyjnym ludzkości.

[1] Przyjęto jeszcze mówić o czwartym t. j. porównawczym kierunku w nauce prawa. Kierunek ten jednak nie jest dla naszego umysłu osobnem stanowiskiem naukowem, lecz tylko rozszerzeniem widowni, badanej przezeń z punktu widzenia historycznego lub pozytywnego. Tak historya prawa jest porównawczą, gdy nie ogranicza się do jednego tylko narodu, lecz rozwój jego instytucyj prawnych przedstawia w związku z postępem życia prawnego u innych współczesnych mu narodów. Tak wykład prawa pozytywnego jest porównawczy, gdy nie zamyka się w artykułach jednego tylko kodeksu, lecz bada je w związku z przepisami ustaw, obowiązujących u innych narodów. Dowodzić nie trzeba, że podobne rozszerzenie widowni nauki prawa karnego musi podnosić jej doniosłość nietylko pod względem teoretycznym lecz i praktycznym, wskazując ustawodawcy zalety lub błędy kodeksów innych narodów i zachęcając go do naśladowania pierwszych a unikania drugich.

112. System wykładu nauki prawa karnego obejmować musi dwie główne części a mianowicie ogólną i szczególną [1]. Część ogólna ma za przedmiot poznanie przestępstwa i kary jako pojęć gatunkowych; część szczególna ma za przedmiot ich poznanie jako pojęć rodzajowych [2]. Pierwsza uczy nas, jakie znamiona powinien nosić na sobie dany czyn, aby stanowić przestępstwo bez żadnego względu na to, czy okaże się on morderstwem, kradzieżą lub podpaleniem; oraz jakim warunkom powinien odpowiadać dany środek karny [3], aby stać się karą

sprawiedliwą bez względu na przestępstwo, które popełniła osoba, mająca ją ponieść. Druga wskazuje nam, jaki charakter powinien posiadać dany czyn, aby stanowić przestępstwo tego lub innego rodzaju, oraz jaką powinna być kara, aby okazać się sprawiedliwą odnośnie do pewnego szczególnego przestępstwa.

[1] Część drugą nazywam tutaj szczególną, pomimo że zdaniem wielu bardzo kompetentnych znawców języka polskiego należałoby raczej nazwać ją szczegółową. Do tej opinii jednak przychylić się nie mogę. Wyraz szczegółowy bowiem jest przeciwstawieniem do wyrazu ogółowy i oznacza odnośnie do tego ostatniego nie tyle stosunek rodzaju do gatunku, ile stosunek drobiazgowości w badaniu danej rzeczy do jej traktowania bardziej pobieżnego. Wynika stąd, że zarówno część ogólną jak i szczególną można wykładać ogółowo lub szczegółowo i że tych ostatnich terminów brać za jedno z pierwszemi nie wypada. Zresztą termin część szczególna otrzymał już prawo obywatelstwa w naszym języku naukowym. Patrz Budziński: *Wykład* str. 33.

[2] Por. Berner: *Lehrbuch*, str. 112.

[3] Wprawdzie część ogólna prawa karnego zastanawia się także nad pojedynczemi rodzajami kary, wszakże rozbiera je nie ze stanowiska wymagań, którym powinna zadosyć czynić kara sprawiedliwa za to lub inne przestępstwo, ale jedynie ze stanowiska warunków, którym ma odpowiadać kara, chcąc być reakcyą sprawiedliwą przeciwko przestępstwu w ogóle.

113. Co się tyczy systemu każdej z dwóch zaznaczonych powyżej części prawa karnego, to powinien on być inny odnośnie do jego części ogólnej a inny ze względu na jego część szczególną. W pierwszej bowiem przestępstwo i kara dadzą się poznać dokładnie tylko w odłączeniu od siebie, w drugiej zaś wiążą się między sobą w jedną całość nierozerwalną. Rzecz ta jest całkiem naturalna. Karę, jako dolegliwość, mającą spotkać sprawcę przestępstwa danego rodzaju, potrafimy oznaczyć tylko ze względu na to przestępstwo; chcąc zaś dowiedzieć się, czem jest kara, jako dolegliwość, czyniąca zadosyć wymaganiom sprawiedliwości w ogóle, trzeba uczynić jej pojęcie, różne jej postaci, różne stopnie jej wymiaru i wiele innych jeszcze ważnych, do niej odnoszących się kwestyj przedmiotem specyalnych badań i to tak obszernych, że muszą one wytwarzać osobny dział w wykładzie części ogólnej prawa karnego.

114. Z tego powodu system części ogólnej prawa karnego musi koniecznie obejmować dwa działy a mianowicie:

I. Naukę o przestępstwie,
II. Naukę o karze.

Nauka o przestępstwie zastanawiać się będzie w trzech osobnych tytułach: 1) nad pojęciem przestępstwa w ogóle; 2) nad pierwiastkami, które wchodzą w skład jego istoty; i 3) nad różnemi jego postaciami zasadniczemi (tu znajdzie miejsce nauka o usiłowaniu i udziale).

Nauka o karze badać będzie: 1) pojęcie i cel kary (Wstęp); 2) środki karne (Tytuł I); 3) wymiar kary (Tytuł II); 4) okoliczności które umarzają karę (Tytuł III).

Co się tyczy Części szczególnej, to jej system odpowiadać będzie klasyfikacyi przestępstw [1].

[1] Patrz co do tego niżej, t. II, nr. 572—581.

III. Zarys historyi nauki prawa karnego i jej literatury.

§ 27.

115. Nauka prawa karnego powstaje dopiero w wiekach średnich, a mianowicie dzięki działalności t. zw. praktyków włoskich XIII w. [1]. Twórczość ich polegała na przerabianiu w jeden system teoretyczny różnych praw pozytywnych, które za ich czasów obowiązywały we Włoszech [2]. Na to jednak trzeba było już kierować się pewnemi zasadami i z ich stanowiska oceniać krytycznie

instytucye karne wspomnianych wyżej praw[3]. Do rzędu tych ostatnich należały prawo rzymskie, kanoniczne i rodzime czyli t. zw. statuta miejscowe. Między powagą prawa rzymskiego i kanonicznego z jednej strony a powagą statutów miejscowych z drugiej—toczyła się walka podczas całych wieków średnich. W walce tej nauka z początku stoi bezwzględnie po stronie prawa rzymskiego i kanonicznego (Albertus Gandinus i Guilelmus Durantis z XIII wieku), następnie jednak przechyla się coraz bardziej ku statutom miejscowym i w końcu przyznaje im nawet pod względem formalnym pewne pierwszeństwo »*quia statutum est posterius*« (Baldus z XIV wieku). Nie należy jednak mniemać, aby praktycy włoscy mieli kiedykolwiek opierać swój pogląd wyłącznie na statutach miejscowych. Obok tych ostatnich uwzględniali oni zawsze prawo rzymskie i kanoniczne, z tą tylko różnicą, że już teraz przyznają każdemu z tych trzech ustawodawstw równouprawnienie pod względem formalnym. Wskutek tego, przerabiając teoretycznie przepisy powyższych ustawodawstw w jeden system ogólny, praktycy włoscy mieli coraz bardziej na myśli wartość materyalną każdego z nich nie zaś jego przewagę formalną nad innemi.

[1] Wprawdzie już w świecie starożytnym zastanawiano się nad istotą i celem kary (filozofowie greccy) oraz nad znamionami i kwalifikacyą kryminalną niektórych przestępstw (prawnicy rzymscy). Nie znano jednak wtedy jeszcze nauki prawa karnego jako wykładu systematycznego jego zasad ogólnych. Nie wiele dalej posunęli się pod tym względem glosatorowie (nawet tak sławni jak Placentinus i Acursius z XII wieku), których cała twórczość na polu prawa karnego ograniczała się do komentowania tak zwanych *Libri terribiles* Zbioru Justyniańskiego t. j. I. IV, 18; D. XLVII i XLVIII; C, IX.

[2] Por. Hube: *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warsz. 1830, str. 150.

[3] Wśród tych zasad trzy następujące używały największej powagi u praktyków włoskich: 1) *poena unius metus sit multorum;* 2) *poena est commensuranda delicto*; 3) *poena debet correspondere qualitati criminis.* Otóż odnośnie do każdej kwestyi prawa karnego przyznawali oni słuszność temu z trzech wymienionych w tekscie prawodawstw, które zdaniem ich rozstrzygało ją w sposób najzgodniej:zy z wyznawanemi przez nich zasadami. Niekiedy jednak działalność praktyków włoskich przybierała jeszcze śmielszy i samodzielniejszy charakter. A mianowicie dla niektórych kwestyj stwarzali oni sami reguły prawne, zbaczające od przepisów tak prawa rzymskiego i kanonicznego, jak statutów miejscowych. Taką kwestyą było np. pytanie, jak należy karać usiłowanie *in criminibus atrocioribus*. Por. moje »*Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*«. Warsz., 1884, str. 116.

116. Działalności praktyków włoskich nauka prawa karnego zawdzięcza też pierwsze opracowanie swojej części ogólnej. Już Albertus Gandinus daje nam w swoim *Tractatus maleficiorum* (w. XIII) prawie całkiem sformułowaną teoryą poczytania i usiłowania przestępstw oraz zawiązki nauki o udziale. Powoli i inne kwestye z zakresu części ogólnej prawa karnego stawały się w pismach praktyków włoskich tematem gruntownego rozbioru, a już w XVI wieku tacy autorowie jak Julius Clarus (*Receptae sententiae*, 1560) i Prosper Farinacius (*Praxis et theoria criminalis*, 1597) traktują niemal o wszystkich ogólnych instytucyach prawa karnego.

117. Począwszy od XIII aż do XVI wieku praktycy włoscy byli jedynymi mistrzami naszej nauki[1]. Dopiero w XVI wieku zaczynają także uprawiać ją z powodzeniem w innych krajach Europy. We Francyi najbardziej wsławił się w tym czasie Tiraquellus dziełem: *De poenis mitigandis aut etiam remittendis* (tom 7-my jego »*Opera omnia*« Francoforti, 1547); w Hiszpanii zasłynął Covarruvias (1512—1577); w Holandyi zajął pierwszorzędne stanowisko Jodocus Damhouderius swoją *Praxis rerum criminalium* (1554)[2] a w Niemczech używali największej powagi Chilian König: *Process, Practica nnd Gerichtsordnung aus beiden kaiserlichen und geistlichen beschriebenen Rechten* (1541); Andrzej Per-

neder: *Halsgerichtsordnung* (1544); Mikołaj Vigelius: *Constitutiones carolinae publicorum judiciorum* (1583):

[1] Oto najznakomitsi praktycy włoscy począwszy od XIII aż do XVI wieku:

Z wieku XIII: 1) Albertus Gandinus: *Tractatus maleficiorum*. Dzieło to napisane około r. 1260, wyszło po raz pierwszy w Wenecyi w r. 1494. 2) Guilielmus Durantis: *Speculum judiciale* (1276). 3) Jacobus de Belvisio vel de Bello-Visu: *Practica criminalis* (wyd. w Lugdunie w r. 1515). Żył on współcześnie z Gandinusem.

Z wieku XIV: 1) Bartolus: (1314 — 1357) i 2) Baldus de Ubaldis (1327—1400). Obaj wsławili się komentarzami do prawa rzymskiego, a oprócz tego Baldus jest autorem cennych dopisków do *Speculum iudiciale* Durantis'a.

Z wieku XV: 1) Johannes Petrus de Ferrariis: *Practica judicialis aurea* (1410). 2) Angelus Aretinus de Gambilionibus: *Tractatus de maleficiis* (1472). 3) Bonifacius de Vitalinis: *Tractatus super maleficiis* (wyd. w r. 1514).

Z wieku XVI: 1) Hippolitus de Marsiliis (1450—1529): *Practica causarum criminalium* (wyd. w r. 1529). 2) Julius Clarus (1525—1575): *Receptae sententiae* (1560). 3) Aegidius Bossius (1486—1546): *Tractatus varii, qui omnem fere criminalem materiam complectuntur* (wyd. w r. 1562). 4 Prosper Farinacius (1554—1613): *Praxis et theoria criminalis* (1597).

[2] W XVII wieku zasłynął w Holandyi Matthaeus, autor jednego z najlepszych komentarzów do prawa karnego rzymskiego. Dzieło jego wyszło w r. 1664 pod tytułem: *De criminibus, ad libr. XLVII et XLVIII Dig. commentarius.* W r. 1805 wydał je Nani *cum adnotationibus.*

118. Do obudzenia się w XVI wieku nauki prawa karnego w Niemczech przyczyniło się znakomicie wydanie konstytucyi kryminalnej cesarza Karola V w r. 1532. Konstytucya ta znana pod nazwą Karoliny[1], była pierwszem ustawodawstwem karnem, mającem obowiązywać w obrębie całego państwa niemieckiego. Nie położyła ona jednak końca odrębności prawnej różnych państw terytoryalnych w Niemczech. Z jednej bowiem strony tak zwana

jej klauzula salwatoryjna *(salvatorische Klausel)* zapewniała i nadal moc obowiązującą dawnym a rozsądnym zwyczajom prawnym, panującym w różnych krajach niemieckich; z drugiej zaś — względy polityczne otwierały drogę temu partykularyzmowi. Pomimo to wydanie Karoliny uchodzi słusznie w historyi prawa karnego niemieckiego za epokę zarówno pod względem ustawodawczym jak i naukowym. Pod względem ustawodawczym dlatego, że aż do połowy XVIII wieku była ona w Niemczech wzorem dla wszystkich ustaw karnych partykularnych. Pod względem naukowym dlatego, że Karolina posiada sama wysoką wartość teoretyczną, będąc wybornem przerobieniem w jedno ustawodawstwo przepisów prawa rzymskiego, kanonicznego i narodowego. Wzorem dla Karoliny był kodeks, który ułożył na żądanie Jerzego, biskupa Bambergskiego, jego kanclerz Schwarzenberg (1463—1528). Dzieło to Schwarzenberga otrzymało w r. 1507 pod nazwą *Bambergische Halsgerichtsordnung (Bambergensis)* moc obowiązującą w obrębie biskupstwa Bambergskiego, a w r. 1516 margrafy Jerzy i Kaźmierz wprowadzają tę ustawę z pewnemi modyfikacyami do swoich krajów frankońskich Ansbach i Bayreuth, pod nazwą: *Brandenburgische peinliche Gerichtsordnung (Brandenburgensis).* Wreszcie powstaje stąd *Constitutio criminalis Carolina*, uchwalona na sejmie w Regensburgu w r. 1532[2].

[1] Zwykle cytuje się ona albo przez C. C. C. *(constitutio criminalis carolina)* albo przez P. G. O. *(peinliche Gerichtsordnung).*

[2] Patrz Malblank: *Geschichte der P. G. O. Kaiser Karls V*, 1783. Güterbock: *Die Entstehungsgeschichte der Carolina*, 1876. Z wydań tekstu C. C. C. najlepszem jest wyd. Kohlera i Scheelego (1900).

119. Tym sposobem Karolina przedstawia nietylko pierwszy pomnik twórczości ducha niemieckiego na polu ustawodawstwa karnego, ale także pierwszy jej płód na

polu naszej nauki. Odtąd uczeni niemieccy zajmować będą w historyi nauki prawa karnego stanowisko przodujące. Jeżeli uczeni niemieccy XVI wieku ograniczają się tylko do komentowania Karoliny[1], to już w XVII wieku tacy prawnicy jak Berlichius *(Conclusiones practicabiles secundum constitutionem electoris Saxoniae discussae,* 1613 — 1618), Carpzow *(Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium,* 1638) i Oldekopp *(Observationes criminales practicae*, 1654) rozszerzają znacznie ramy swoich badań, a przez zgłębienie istoty niektórych przestępstw posuwają naprzód teoryą prawa karnego. Prawdziwie jednak samodzielne stanowisko zajęli w naszej nauce uczeni niemieccy dopiero w XVI wieku. Oni dopiero potrafili, nie trzymając się niewolniczo metody praktyków włoskich[2], przerabiać z punktu widzenia filozofii ich wywody i wiązać je w system doskonalszy. W ich rzędzie najbardziej odznaczyli się: Kemmerich *(Synopsis juris criminalis*, 1731), Jan Samuel Fryderyk Böhmer *(Elementa jurisprudentiae criminalis* 1733), Engau *(Elementa juris criminalis Germanico-Carolini*, 1738), starszy Meister *(Principia juris criminalis Germaniae communis*, 1755), Koch *(Institutiones criminales,* 1758), Richter *(Institutiones iuris criminalis,* 1763), Quistorp *(Grundsätze des peinlichen Rechts*, 1770), młodszy Meister *(Principia iuris criminalis Germaniae communis,* 1789).

[1] Por. Holtzendorf: *Handbuch des deutschen Strafrechts*, I. Bd. 1871, str. 76.

[2] Ta metoda, zwłaszcza u późniejszych praktyków włoskich polegała na przytaczaniu odnośnie do każdej kwestyi zdań jaknajliczniejszych autorów i rozstrzyganiu jej według *communis opinio doctorum.*

120. Nierównie świetniejszych jeszcze przedstawicieli znalazła literatura prawa karnego w Niemczech w XIX stuleciu. Szereg ich otwiera Anzelm Feuerbach (ur. 1775, † 1833), który zarówno swojem dziełem p. t. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799, 1800), jak swoim znakomitym podręcznikiem p. t. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültpeinl. Rechts* (1800) wywarł wpływ potężny na dalszy rozwój nauki prawa karnego w Niemczech i zapewnił jej przodujące stanowisko w Europie. Obok Feuerbacha następujący kryminaliści niemieccy wsławili się najbardziej z końcem XVIII i w pierwszej połowie XIX stulecia: Kleinschrod *(Systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, 1794 — 1796; 3 wyd. 1805), Grolman *(Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft,* 1798), Stübel *(Ueber den Thatbestand der Verbrechen,* 1805), Tittmann *(Handbuch der Strafrechtswissenschaft und Strafrechtskunde*, 1807), Rosshirt (1821), Martin (1825), Bauer (1827), Henke (1821 — 1830), Wächter (1825, 1826) i Abegg (1836).

Nowy poniekąd okres otwierają w literaturze prawa karnego w Niemczech: Köstlin *(System des deutschen Strafrechts,* Th. I, 1845 i *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845), Berner *(Lehrbuch,* 1 wyd. 1857) i Hälschner *(System des preussischen Strafrechts*, t. I, 1858; II, 1868). Wysunęli oni w badaniach kryminalistycznych na pierwszy plan kierunek filozoficzny, zaczerpnięty przeważnie z dyalektyki Hegla.

Świeższej daty jest wystąpienie Bindinga. Dzieło jego p. t.: »*Die Normen und ihre Uebertretung*« (t. I, 1872; II, 1877) rzuciło dużo nowego światła na stosunek ustawy karnej do t. zw. norm t. j. nakazów i zakazów prawnych, które łamie przestępca, (patrz niżej, nr. 236 i 237).

Wreszcie w ostatnich czasach szczególnie głośnym w rzędzie kryminologów niemieckich stał się Liszt (dziś prof. w Berlinie), przywódca nowego kierunku, znanego pod nazwą kryminalno-politycznego. Kierunek ten zrywa z martwym formalizmem czysto dyalektycznej jurysprudencyi, a natomiast dąży do wszechstronniejszego zbada-

nia przestępstwa, jako pozytywnego przejawu życia, i kary, jako oręża, służącego społeczeństwu do skutecznego prowadzenia walki z przestępnością. Kierunkowi temu hołduje też w szerokim zakresie założone przez Liszta w r. 1881 czasopismo »*Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*« tudzież zawiązane w r. 1880 przez Liszta, Hammela (Amsterdam) i Prinsa (Bruksela) Międzynarodowe stowarzyszenie dla prawa karnego (*Internationale Kriminalistische Vereinigung*). Z dzieł Liszta należy jako najważniejsze, wymienić: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1 wyd. 1881; 17 wyd. 1908) i rozprawę p. t. *Kriminalistische Aufgaben* (Zeitschr. IX, 452, 737; X, 51; XII, 161).

Ogłoszenie w r. 1871 kodeksu karnego państwa niemieckiego (*Reichsstrafgesetzbuch*) wywołało też bogatą literaturę, złożoną z dzieł poświęconych jego wykładowi. W ich rzędzie na szczególną uwagę zasługują prace Holtzendorffa (*Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen*, 4 tomy, 1873, 1877)[1], Hälschnera (*Das gemeine deutsche Strafrecht*. 2 tomy, 1881 — 1887), Hugona Meyera (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6 wyd. Allfelda, 1907) i zacytowany już wyżej podręcznik Liszta[2].

Wreszcie trzeba zanotować, że w ostatnich czasach pojawiło się w Niemczech kilka dzieł pierwszorzędnej doniosłości w zakresie studyów porównawczych nad prawem karnem. Należą tutaj: Liszta »*Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*« (I. tom 1894, II. t. 1899); Mommsena »*Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker* (1905); tudzież olbrzymie zbiorowe wydawnictwo p. t. *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (9 tomów części szczególnej w 1905—1908).

[1] Jest to dzieło zbiorowe, złożone z monografij różnych autorów, a wydane pod naczelną redakcyą Holtzendorfa.

[2] Literaturę prawa karnego austryackiego podamy na innem miejscu. Patrz niżej, tyt. II Wstępu.

Bardzo bogatą literaturę posiada też prawo karne we Francyi i Włoszech.

Z autorów francuskich odznaczyli się najbardziej: w XVIII stuleciu Jousse (*Traité de la justice criminelle en France*, 1771), Muyart de Vouglans (*Institutes du droit criminel*, 1768; *Les lois criminelles de France*, 1780), i Brissot de Warville (*Théorie des lois criminelles*, 1781, nouv. éd. Paris, 1836. 2 vol.); w XIX stuleciu Rossi (*Traité de droit pénal*, 1829; 4-te wyd. 1872), Ortolan (*Eléments de droit pénal*, 1857; 4-te wyd. 1875), Tissot (*Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois des divers peuples du monde*, 1859; 2-gie wyd. 1880) tudzież Chauveau i Hélie, jako autorowie najlepszego komentarza do franc. kodeksu karnego, (*Théorie du code pénal* wyd. 5-te r. 1872; zaleca się wydanie brukselskie Nypelsa z r. 1858). W nowszych czasach bardzo znakomity wykład prawa karnego ogłosił w 6 tomach Garraud (*Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2 wyd. 1898). Do literatury francuskiej należy także zaliczyć dzieła kryminalistów belgijskich, wśród których odznaczyli się najbardziej Haus (*Principes du droit pénal belge*), Nypels (*Le code pénal belge*) a w ostatnich czasach Prins (patrz niżej; nr. 106. dop. 1).

We Włoszech nauka prawa karnego nie przestawała nigdy kwitnąć. Wiadomo, że kraj ten był jej właściwą kolebką, (praktycy włoscy, patrz wyżej nr. 116, 117) tudzież, że w XVIII stuleciu wydał najdzielniejszego apostoła reformy ustaw karnych w duchu humanitaryzmu (Beccaria, p. wyżej nr. 100). W tym ostatnim okresie czasu wsławili się tu także Renazzi (*Elementa juris criminalis*, 1773), Cremani (*De iure criminali libri duo*, 1779), Filangieri (*Scienza della legislazione*, 1781—1788) i Romagnosi (*Genesi del diritto penale*, 1791). W XIX stuleciu długi czas berło w rzędzie kryminalistów włoskich piastowali Carmignani (*Theoria delle leggi della sicurezza sociale*, 1831) i Carrara (*Programma del corso di diritto criminale* (część ogólna w 2 tomach, 5-te wyd. 1877; część szczególna w 7 tomach, 1874—1882).

W ostatnich czasach na nowe tory pchnął naukę prawa karnego we Włoszech, a stąd i w całej Europie, turyński profesor medycyny sądowej Lombroso dziełem p. t. *L'uomo delinquente* (1-sze wyd. 1876, 5-te wyd. 1897). Odtąd kryminaliści włoscy podzielili się na dwa przeciwne obozy, znane pod nazwą szkoły klasycznej i szkoły pozytywnej lub antropologicznej. Wśród wy-

znawców pierwszej, opartej na wzorach dawnej teoryi, najwybitniejsze miejsce zajmuje profesor boloński Lucchini, którego dzieło »*Semplicisti*«, wydane dla odparcia argumentów nowej szkoły, nosi w przekładzie francuskim tytuł: *Le droit pénal et les nouvelles théories* (Paris, 1892). Do koryfeuszów szkoły pozytywnej należą Ferri i Garofalo (tytuły ich dzieł p. wyżej, nr. 37, dop. 1, lit. g). Jest jeszcze t. zw. trzecia szkoła, która w badaniach nad przestępnością wysuwa na pierwszy plan nie antropologiczny lecz socyologiczny kierunek. Należą do niej Carnevale, Alimena i Colajanni (patrz ich dzieła wyżej, nr. 106, dop. 1). Por. Rosenfeld: *Die dritte Schule* (Mitteil. d. Internat. Krimin. Vereinig. IV, str. 1—40).

IV. Pisarze prawa karnego w Polsce.

§ 28.

121. W Polsce pierwsze wykłady systematyczne prawa karnego pojawiają się dopiero w XIX stuleciu. Nie znaczy to jednak, aby i u nas nie zaczęto o wiele wcześniej zajmować się nauką tego prawa. Już w XVI mianowicie wieku w dziele Jakóba Przyłuskiego: *Leges seu statuta ac privilegia regni Poloniae* (1553) spotykamy liczne rozdziały, traktujące o przestępstwach i to nie wyłącznie z punktu widzenia prawa obowiązującego, ale także ze stanowiska krytycznego. Tak np. w *praefatio* do artykułu *de homicidiis nobilium* (art. 6, rozdz. 15, ks. I) Przyłuski przemawia za karą śmierci za zabójstwo, a to wbrew powadze statutów krajowych, które nakładały za tę zbrodnię na szlachcica, jeżeli zabił chłopa, tylko opłatę głowszczyzny, a jeżeli zabił szlachcica, to oprócz tego wieżę na jeden rok. Z tego samego okresu czasu zanotować należy słynne pisma Frycza Modrzewskiego *de poena homicidii*. Występuje on w nich wymownie za zniesieniem głowszczyzny i uchwaleniem kary śmierci za zabójstwo. O zaprowadzenie tej reformy zwraca się on w osobnych odezwach do króla (*oratio prima* 1543), senatu i szlachty (*oratio secunda*, 1545), duchowieństwa

(*oratio tertia*, 1545) i ludu polskiego (*oratio quarta*, 1546)[1]. Oprócz dwóch powyższych autorów wsławił się jeszcze w XVI stuleciu Bartłomiej Groicki, komentator przepisów karnych obowiązującego podówczas w miastach polskich prawa magdeburgskiego i autor przekładu, a właściwie przeróbki na język polski konstytucyi kryminalnej Karola V. Pierwsze wydanie pism. Groickiego wyszło w Krakowie w r. 1559[2].

[1] Patrz III tom dzieł Modrzewskiego (Bazylea, 1559).

[2] Oto tytuły wspomnianych w tekście dzieł Groickiego: 1) *Porządek sądowy spraw miejskich prawa magdeburskiego*, na wielu miejscach poprawiony. 2) *Artykuły prawa magdeburskiego*, które zowią *Speculum saxonicum*. 3) *Postępek z praw cesarskich*, który Karolus V cesarz kazał wydać po wszystkich swoich państwiech. Por. Dargun: *O źródłach prawa miast polskich w wieku XVI* Kraków, I, 1888; II, 1889 (osobne odbicie z XXII tomu Rozpr. i Sprawozd. Wydz. filozof. histor. Akad. Umiejętn.). Patrz także co do XVI wieku w Polsce wyżej, nr. 101, dop. 4. W XVII wieku wydał do Karoliny komentarz łaciński Jerzy Remo: *Nemesis Karolina* (Poznań, 1688).

122. Pisano też u nas traktaty, przeznaczone specyalnie na użytek praktyki sądowej na wzór podobnych prac autorów włoskich i niemieckich. Do nich należą dzieła Andrzeja Lipskiego, biskupa krakowskiego (*Practicarum observationum ex iure civili et saxonico collectarum et ad stylum usumque judiciorum curiae regalis accomadatarum centuria prima, 1602*) i Jakóba Czechowicza, sędziego w Chełmnie (*Praktyka kryminalna, t. j. wzór rozważnego y porządnego spraw kryminalnych sądzenia według praw przyzwoitych y przystosowanych zdaniem autorów poważnych, 1769*). Nierównie wyższą wartość pod względem teoretycznym posiadają dzieła Mikołaja Załaszowskiego (*Jus regni Poloniae*, 1702) i Teodora Ostrowskiego (*Prawo cywilne narodu polskiego*), 2 tomy. 1 wyd. 1784; 2 wyd. 1787 w Warszawie)[1]. Ten ostatni autor przetłómaczył oprócz tego na język polski

Blacstona Prawo kryminalne angielskie (Warszawa, 1786, 2 tomy).

[1] O prawie karnem patrz u Załaszowskiego, t. II, ks. 4; — u Ostrowskiego, t. I, część 4.

123. Wiek XVIII wywołał i w Polsce ożywiony ruch ku reformie prawa karnego. Znalazł on wyraz z jednej strony w konstytucyach sejmowych, znoszących głowszczyznę (1768) i tortury (1776), z drugiej zaś — w pracach nad skodyfikowaniem prawa karnego polskiego. Dwie takie prace mamy do zanotowania. Pierwszą z nich był znany projekt,ułożony przez Andrzeja Zamoyskiego, kanclerza koronnego, z polecenia Sejmu z r. 1776[1]. Projekt ten, ogłoszony drukiem w r. 1778, odrzucony został jednak przez Sejm, jako nieodpowiadający duchowi jego uchwały z r. 1776. O tej pracy kodyfikacyjnej nie można powiedzieć, iżby ze względu na swoje działy, poświęcone prawu i procesowi karnemu (cz. II, art. 45 — 55; cz. III, art. 22) odznaczać się miała charakterem postępowym. Hołduje ona w zbyt wysokim stopniu idei odstraszenia i ustanawia kary nacechowane surowością, która przypomina raczej stanowisko Karoliny, niż poglądy humanitarne, obiegające Europę w drugiej połowie XVIII stulecia[2].

Za to całkiem w duchu tych ostatnich pojęć był projekt ułożony w r. 1792 przez Józefa Szymanowskiego p. t. *Prospekt prawa i procesu karnego.* Pracy tej dokonał Szymanowski, jako członek deputacyi kodyfikacyjnej, powołanej ustawą sejmową z 28 czerwca r. 1791 do ułożenia kodeksu praw cywilnych i kryminalnych Stanisława Augusta[3].

[1] Projekt ten nosił tytuł: *Zbiór praw sądowych przez ex-kanclerza Andrzeja Zamoyskiego ułożony i na sejm r. 1778 podany* (Warszawa, 1778, w drukarni Gröllowskiej). Nowe jego wydanie, opracowane przez Dutkiewicza, wyszło w Warszawie w r. 1874.

[2] Patrz np. karę za występek obrażonego majestatu (cz. II, art. 48, § 8).

[3] Patrz Ostrożyński: *Ostatni projekt reformy prawa i procesu karnego w Polsce* (t. XXV Rozpr. i Sprawozd. Wydz. filoz. hist. Akad. Um.) i moją rozprawę p. t.: *Józef Szymanowski. Przyczynek do reformy prawa i procesu karnego w Polsce w końcu XVIII wieku* (Bibl. Warsz. 1891).

124. Dopiero jednak w XIX stuleciu pochwalić się możemy prawdziwie naukowemi wykładami prawa karnego. Pierwszą tego rodzaju książkę wydał w r. 1830 Romuald Hube p. t.: *Ogólne zasady nauki prawa karnego*[1]. Dzieło to posiada dziś jeszcze wysoką wartość, a główną jego zaletę stanowi uwzględnianie co do każdej ważniejszej kwestyi stanowiska filozoficznego, historycznego i dogmatycznego. Jako drugie dzieło, mające także za przedmiot część ogólną prawa karnego, zanotować należy Franciszka Maciejowskiego *Wykład prawa karnego w ogólności* (Warszawa, 1848)[2]. Książka ta odnosi się specyalnie do kodeksu kar głównych i poprawczych Królestwa Polskiego z r. 1847 i daje nam jasne i zwięzłe przedstawienie jego przepisów. Autorem trzeciego dzieła o prawie karnem był Stanisław Budziński. Jego *Wykład porównawczy prawa karnego*, wydany w Warszawie w r. 1868 zawiera część ogólną naszego przedmiotu podczas gdy jego część szczególną ogłosił on dopiero w r. 1883 w książce p. t.: *O przestępstwach w szczególności*[3]. Główną zaletą Budzińskiego jest szerokie stosowanie metody porównawczej do wykładu prawa karnego. Uwzględnia on poglądy niemal wszystkich kodeksów państw cywilizowanych, układa je w pewne grupy i poddaje umiejętnej krytyce. Zwłaszcza celuje pod tym względem książka Budzińskiego z r. 1868[4].

[1] Z innych prac Hubego odnoszą się do prawa karnego następujące: 1) *O teoryach prawa kryminalnego* (1828); 2) *O dawnych pisarzach prawa karnego w Polsce* (1829); 3) *Studya nad kodeksem karnym 1818 r* (1863); 4) *Historya praw karnych słowiań-*

skich (t. I, 1870). Wyszedł tylko I tom tego dzieła, zawierający historyą prawa karnego rosyjskiego. Osobno wydał Hube *Prawo polskie w XIV wieku* (Warszawa, 1886), z obszernym rozdziałem, poświęconym prawu karuemu (str. 233—410).

[2] Franciszek Maciejowski, który wykładał na t. zw. *kursach prawnych*, otwartych w Warszawie w r. 1840, a zwiniętych w r. 1846, pisał oprócz tego: 1) *O zewnętrznych działaniach bezprawnych w ogólności* (Bibl. Warsz. 1844); 2) *O woli działania bezprawnego* (Album Warszawske 1845); 3) *O wielożeństwie* (Bibl. Warsz. 1846); 4) *O karygodności współwinowajców* (tamże 1846).

[3] Stanisław Budziński był profesorem prawa karnego w Szkole głównej, a od r. 1869 w Uniwersytecie Warszawskim. Z innych jego licznych prac na szczególną uwagę zasługują następujące: 1) *O zbiegu przestępstw i przestępstwach ciągłych* (1864); 2) *Myśli do ułożenia nowego prawa karnego w formie projektu z motywami skreślone* (1865); 3) *O pojedynkach* (1866); 4) *O powtarzaniu przestępstw* (1875); 5) *O kradzieży i pokrewnych jej przestępstwach* (1876); 6) *Prawo z dn. 18 (30) maja 1883 o kradzieży (1884).*

[4] Uwaga dodatkowa. Bliższe szczegóły o literaturze prawa karnego w Polsce znaleść można u Hubego *(O dawnych pisarzach pr. karn. w Polsce*, 1829), Bentkowskiego *(Historya literatury polskiej*, 1814, str. 243 — 245) i Bandkiego *(Bibliografia prawa polskiego od najdawniejszych czasów do r. 1823)*. To ostatnie dzieło użyczone mi było w rękopisie przez dyrektora Bibl. Jagiell. dra Estrejchera, kiedy pracowałem nad pierwszem wydaniem niniejszego dzieła. Patrz także co do nowszych czasów Kraushar: *Siedmiolecie Szkoły Głównej Warszawskiej*, 1883 (str. 43, 55, 67, 88, 92). Rozprawy z zakresu prawa karnego wydawano u nas już w XVII stuleciu. Pisali je Ząbkowicz *(Nie zawsze wierzyć żałobom o złodziejstwach*, 1624), Petrycy *(De poenis parricidii*, 1619) Iłowski: *(De poenis parricidii*, 1631). Z XVIII wieku zasługują na szczególną uwagę rozprawy Samuela Fryderyka Willenberga *(Disputatio de tempore ad poenitendum dando condemnato ad mortem*, 1751, w Gdańsku i Lipsku), Daniela Gralatha *(Disputatio de homicidiis non capitalibus*, Gdańsk, 1765) a zwłaszcza Sebastyana Czochrona *(Dyssertacya o prawodawstwie kryminalnem*, Kraków, 1788). Patrz także co do tego ostatniego autora wyżej, nr. 101, dop. 4. Bandtkie w cytowanym na czele niniejszego dopisku rękopisie przytacza oprócz tego rozprawy, których autorami byli: Schumann *(Disputatio juridica de delictis pro amico*, oraz *Disputatio juridica de justitia casuum pro amico* — obie wydane w r. 1689); Andrzej Bogumił Peyclan *(De licita innocentium caede*, 1708); Michał Schmidt *Disputatio juridica de impoenitente ad mortem condemnato delinquente*, 1716); Fryderyk Wahl *(Exercitatio juridica de usu juramenti necessarii in criminalibus*, 1729); Wincenty Kleist *(Disputatio juridica de delictis maritimis*, Jena 1736); Jan Fryderyk Fichtel *(Disputatio juridica de extensiva poenarum interpretatione*, 1752); Fryderyk Heller *(Specimen juris universalis privati de officiis laesi circa injurias observandis*, 1768).

W XIX wieku oprócz Hubego, Maciejowskiego i Budzińskiego, których prace już zacytowaliśmy wyżej (patrz dopiski 1—3), pisali u nas o prawie karnem następujący autorowie:

Wągrowski: *O okolicznościach zmniejszających karę*, Warszawa, 1808.

Stawiarski: *O prawie kryminalnem w ogólności. O duchu praw kryminalnych pruskich.* Rozprawy te umieścił Stawiarski w wydanym przez siebie przekładzie polskim *Prawa kryminalnego pruskiego* (t. I, Wrocław, 1811; t. II, Warsz., 1815).

Gawarecki: *Rozprawa o prawie własnej czyli koniecznej obrony.* Warszawa, 1815.

Pawlikowski: *O prawach kryminalnych.* Warszawa, 1815.

Kopff: *O systemie karnym poprawczym i więzieniach stósownych do niego.* Kraków, 1835.

Helcel: *Rys postępów prawodawstwa karnego.* Kraków, 1837.

Słotwiński: *O jurysdykcyi karnej zewnętrznej.* Kraków, 1838.

Kalinka: *O podżegaczach i wykonawcach występku.* Kraków, 1839.

Meciszewski: *Do historyi ustawodawstwa karnego, tudzież Sejmów prawodawczych byłej rzeczypospolitej krakowskiej.* Kraków, 1849.

Kański: *O karze śmierci.* 1850.

Koczyński: *Uwagi nad kodeksem karnym Królestwa Polskiego.* Kraków, 1861.

Kraushar: *O stanie konieczności w prawie karnem.* Kraków, 1868.

Moldenhawer: *O przeprowadzeniu odosobnienia w zakładach więziennych.* Warszawa, 1866—1870.

Zamoyski: *System więzień poprawczych.* Lwów, 1870.

Miklaszewski: *Kilka słów o wykonaniu kary.* Warszawa, 1871. *O małoletnich przestępcach.* Warszawa, 1872.

Boduszyński: *O zabójstwie ze stanowiska teoryi i prawodawstw obowiązujących.* Warszawa, 1871.

Bojarski: *Zasady nauki o poczytaniu*. Kraków, 1872. *Dwa zabytki sądownictwa karnego z wieku XVI*, Kraków, 1874.

Cohn: *O poczytalności w prawie karnem*. Warszawa, 1874.

Jaszowski: *O koniecznej obronie w prawie karnem*. Warszawa, 1872.

Rosenblatt: *Zasady nauki o udziale w przestępstwie*. Warszawa, 1874. *O zbiegu przestępstw*. Warsz., 1878. Rozprawę tę przerobił następnie autor i wydał po niemiecku pod tyt.: *Die Lehre von der Strafenconcurrenz*. Teschen, 1879 »*Czarownica powołana*«. Przyczynek do historyi spraw przeciw czarownicom w Polsce. Warsz. 1883. *Pojęcie szkody w oszustwie*. Lwów, 1883, i wiele innych rozpraw pierwszorzędnej wartości. Patrz także tego autora *Wykład austr. procesu karnego*. Część I, Kraków, 1884.

Morelowski: *Rzut oka na stan więzień w Austryi i wnioski reformy ze szczególnem uwzględnieniem Galicyi*. Kraków, 1884.

Krzymuski: *Teorya karna Kanta ze stanowiska jego ogólnej nauki o rozumie praktycznym*. Kraków, 1882 (także w XVI tomie Rozpraw Wydz. filozof. Akademii umiejętności w Krakowie). *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*. Warsz. 1884. *Szkoła pozytywna prawa karnego we Włoszech*. Lwów, 1889. *O najnowszym projekcie kodeksu karnego austryackiego*. Kraków, 1890. *O pojęciu i karygodności usiłowania nieudolnego*. (Przegląd pr. i adm. we Lwowie, zeszyt majowy 1894). *Considérations sur la tentative irréalisable*, Paris, 1897. *Determinizm i poczytanie przestępstw*. (Czasopismo prawnicze i ekonom. w Krakowie, 1900, str. 18—54) i wiele innych prac drukowanych w Gazecie Sąd. Warsz., w Niwie Warsz. i w lwowskim Przeglądzie prawa i administracyi. Patrz także tego autora *Wykład procesu karnego austryackiego*. Kraków, 1891 2 wyd. 1910.

Ostrożyński: *Prawo wyższej konieczności*. Lwów, 1886.

Gryziecki: *Studien über den strafbaren Betrug*. Lemberg, 1870. *Do reformy prawa karnego*. Lwów, 1891.

Stebelski: *Ze statystyki przestępności*. Lwów, 1893. Tenże autor wydał także *Studya nad procesem karnym*. Lwów, 1891, tudzież *Komentarz do austryackiego postępowania karnego*. Lwów, 1901.

Nowodworski: *Nowe prawo o lichwie*. Warsz., 1895.

Makarewicz: *Das Wesen des Verbrechens*. Wien, 1896. *Idealny zbieg przestępstw*. Kraków, 1897. *Juristische Abhandlungen*, 1907. *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*, 1906.

Mogilnicki: *Kary dodatkowe*, 1907.

Paygert: *Przestępne zaniechanie*, 1907, (2 wyd.). Zasady nauki o wyłączeniu poczytania 1909.

Handelsman: *Prawo karne w Statutach Kazimierza W.* 1909.

Reinhold: *Die Chantage*, 1909.

Szerer: *Kara. Szkic socyologiczny*, 1910.

Spisu powyższego nie mamy pretensyi uważać za wyczerpujący. Sądzimy jednak, że i w tej formie może on oddać pewne usługi tym, którzyby pragnęli poznać bliżej literaturę naukową prawa karnego w Polsce. Dla tych dodajemy jeszcze, że wiele drobnych rozprawek, dotyczących prawa karnego, mieści się w naszych czasopismach prawniczych, a mianowicie: w *Themis polskiej* (wychodziła w Warszawie od r. 1828—1830; tomów 8), w *Themis krakowskiej* (wych. w Krakowie od r. 1834—1836; 3 zeszyty), w *Gazecie Sądowej Warszawskiej* (od r. 1873), 4) w *Przeglądzie sądowym i administracyjnym Lwowskim* (od r. 1876), tudzież w wychodzącym w Krakowie od r. 1900 *Czasopiśmie prawniczem i ekonomicznem*.

TYTUŁ II.

O znaczeniu i podstawach prawa karnego austryackiego.

I. Krótki rys historyi prawa karnego austryackiego[1].

§ 29.

125. Prawo karne austryackie jest pochodzenia niemieckiego[2]. Powstało ono mianowicie z przetworzenia przepisów prawnych, obowiązujących w różnych t. zw. dziedzicznych krajach niemieckich monarchii austryackiej, w jeden kodeks, mający obowiązywać w całym ich obrębie. Pierwszą taką kodyfikacyą była *Constitutio criminalis Theresiana* z dnia 31 grudnia 1768 r. Ze względu na to historyą prawa karnego austryackiego możemy podzielić na dwa główne okresy, t. j. do wydania kodeksu Maryi Teresy i od tej ostatniej daty do naszych czasów.

[1] Domin-Petrushevecz: *Neuere österr. Rechtsgeschichte,*

Wien, 1869; Hye w *Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit*, 1844, I, str. 353 i nast.; Wahlberg: *Gesammelte Schriften*, II, str. 86 i nast. oraz w *Grünhuta Zeitschr.* VIII, str. 254 i nast., 266 i nast.; Herbst: *Handbuch*, I, str. 1 i nast.; Janka: *Das österr. Strafrecht*, 3 wyd., 1894, str. 16—21; Finger: *Strafrecht*, I Bd. 1894, str. 27—50; Maasburg: *Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung*, 1880; *Die Galeerenstrafe in den deutschen und böhmischen Erbländern Oesterreichs*, 1855; *Die Strafe des Schiffziehens in Oesterreich*, 1890. Kwiatkowski: *Die constitutio criminalis Theresiana. Ein Beitrag zur Theresianischen Reichs- und Rechtsgeschichte.* 1903. Stoss und Künssberg: *Allgemeine Bestimmungen österreichischer Strafrechtsbücher* (1768—1852), *mit Auswahl zur Vergleichung zusammengestellt.* 1908.

[2] Do historyi prawa karnego niemieckiego patrz: Berner *Die Strafgesetzgebung in Deutschland von 1751 an*, 1867; tudzież odnośne rozdziały w podręcznikach Holtzendorfa, Hälschnera i Bara.

Okres I. Prawo karne austryackie aż do wydania kodeksu cesarzowej Maryi Teresy.

126. W epoce tej spotykamy tylko ustawy, wydane dla pojedynczych krajów niemieckich monarchii austryackiej. Jak dla innych ustaw partykularnych w Niemczech, tak i dla nich źródłem były przepisy prawa rzymskiego, kanonicznego i miejscowego, a prawem subsydyarnem stała się od r. 1532 *Karolina* [1].

Najdawniejszemi wśród tych ustawodawstw są:

1. *Malefizordnung* cesarza Maxymiliana I, wydana dla Tyrolu dnia 30 listopada 1499 r.; i

2. Tego samego cesarza *Landgerichtsordnung für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns* z dnia 21 sierpnia 1514 r.

Ustawy te urządzają przedewszystkiem proces karny, zawierając tylko bardzo niewiele przepisów w przedmiocie prawa karnego materyalnego. Nie podają nam one nawet ani charakterystyki szczególnych przestępstw, ani kar, mających spotkać ich sprawców. Zadawalniają się one

tylko wyliczeniem »*der Sachen und Thaten*«, które należy uważać za »*Malefiz- und Landgeritshändel*«. Przytem wyliczenie to utraca tu doniosłość o tyle, o ile ustawy te, uświęcając w bardzo szerokim zakresie zasadę analogii, dozwalają sędziemu uważać za przestępstwa i wszelkie inne do wyliczonych podobne i jednakowo niebezpieczne *Handel und Thaten.*

[1] Patrz wyżej nr. 118.

127. Z późniejszych pomników prawa karnego partykularnego w Austryi, a mianowicie z ustaw, wydanych już po Karolinie na szczególną zasługują uwagę:

A. Z wieku XVI:

1. Cesarza Ferdynanda I Ziemskie Ordynacye Sądowe *(Landgerichtsordnungen)* dla Krainy (r. 1535), arcyksięstwa austryjackiego powyżej Anizy (r. 1559) oraz jego *Reformacya* Ordynacyi Sądowej Maxymiliana I z r. 1514 dla Austryi poniżej Anizy (r. 1540).

Ustawy te, aczkolwiek wydane już po Karolinie, nie noszą na sobie jeszcze śladu jej wpływu. Ogólnym swoim charakterem przypominają one bardzo ustawy Maxymiliańskie.

2. Arcyksięcia Karola II »*Land und peinliche Gerichtsordnung des Fürstenthumes Steyer z d. 24 grudnia 1574 r.*«

Dwie pierwsze części tej ordynacyi traktują o prawie i procesie karnym. Wpływ Karoliny jest tu już widoczny, pomimo że nie ma tu o niej mowy jako o prawie subsydyarnem. Znajduje to wytłómaczenie w tej okoliczności, że w tych wszystkich przypadkach, w których ordynacya styryjska nie uznała za właściwe odstąpić wyraźnie od Karoliny, przepisała prawie dosłownie artykuły tej ostatniej [1].

3. Tegoż Arcyksięcia Karola II »*Landgerichtsordnung dla Karyntyi z r. 1577.* Wzoruje się także na Karolinie.

B. Z wieku XVII:

1. Cesarza Ferdynanda II *Reformacya Ordynacyi Sądowej Ziemskiej dla arcyksięstwa autsryackiego powyżej Anizy* z r. 1559, wydana w r. 1627.

2. Cesarza Leopolda I nowa Ordynacya Sądowa dla tegoż arcyksięstwa, ogłoszona dnia 14 sierpnia 1675 r.

3. Cesarza Ferdynanda III Ordynacya Sądowa Ziemska dla arcyks. austryackiego poniżej Anizy, obwieszczona dnia 30 grudnia 1656.

Ta ostatnia ordynacya jest pod względem historycznym najważniejsza z tego powodu, że posłużyła za bezpośrednią podstawę dla konstytucyi kryminalnej Maryi Teresy. Jej przepisy karne odznaczają się wielką drobiazgowością oraz grozą, niemal przewyższającą surowość Karoliny. W wielu miejscach jednak zachodzi między tekstami obu tych ustaw zgodność dosłowna.

C. Z wieku XVIII:

Cesarza Józefa I *Peinliche Gerichtsordnung* dla Czech, Moraw i Śląska z dnia 16 lipca 1707 r.

Ustawa ta posiada przeważnie charakter proceduralny. Z 23 jej artykułów, tylko trzy (art. XVII — XIX) traktują o prawie karnem materyalnem. Karolinę uznaje wyraźnie jako prawo subsydyarne (art. XIX, § 46). Zresztą opiera się widocznie na ordynacyach sądowych Ferdynanda III z r. 1656 i Leopolda I z r. 1675. Historycznie ważna jest ona z tego powodu, że obok ustawy Ferdynanda III miała tworzyć drugie źródło dla komisyi, powołanej do ułożenia kodeksu Terezyańskiego.

[1] Por. art. 71—136 ustawy styryjskiej z art. 107—180 C. C. C.

Okres II. Prawo karne austryackie od wydania konstytucyi kryminalnej Maryi Teresy aż do czasów najnowszych.

128. Już w r. 1752 powołaną została z rozkazu cesarzowej Maryi Teresy komisya do opracowania nowego

kodeksu karnego, który według pierwotnej instrukcyi miał być poprawnem wydaniem Ferdynandei z r. 1656, a w myśl późniejszej najwyższej rezolucyi (1753) opierać się miał przeważnie na ustawie Józefińskiej z r. 1707. Stanowczo jednak utrzymał się dopiero trzeci kierunek, uchwalony w r. 1761, a polegający na tem, że przedewszystkiem to, co było dobrego we Ferdynandei *in formali*, a w Józefinie *quo ad materiale* miało być zachowane i na tej dopiero podstawie z dwóch powyższych ustaw miała być utworzona trzecia.

Komisya zabrała się szybko do poruczonego jej zadania. Jeszcze jednak przed doprowadzeniem do końca całego jej elaboratu, jeden jego artykuł »*von der Zauberey, Hexerey, Wahrsagerey und dergleichen*« otrzymał tymczasem *vim legis universalis* na mocy reskryptu cesarskiego z 5 listopada 1766. Całe zaś dzieło uzyskało najwyższe zatwierdzenie dnia 31 grudnia 1768 i ogłoszone zostało pod tytułem »*Constitutio Criminalis Theresiana oder der Römisch-Kayserl.. zu Hungarn und Böheim Königl. Apost. Majestät Mariä Theresiä. Erzherzogin zu Oesterreich etc. peinliche Gerichtsordnung*«.

129. *Theresiana* stanowi w historyi prawa karnego austryackiego epokę pod dwoma następującemi względami:

1) Położyła koniec partykularyzmowi ustawodawczemu w Austryi, jako pierwszy kodeks karny, wydany dla wszystkich dziedzicznych krajów korony austryackiej.

2) Uznała siebie za jedyne prawo, obowiązujące w Austryi, odejmując przez to moc wszelkim prawom subsydyarnym, zarówno prawu zwyczajowemu, jak i powszechnemu niemieckiemu t. j. Karolinie. Wprawdzie dozwala ona także karać za czyny, których sama nie podaje za przestępstwa, ale tylko w drodze analogii, bo »*nach Aehnlichkeit der in dieser Gerichtsordnung einkommenden Grundsätze*« (art. 104).

Żadnego zato postępu nie przedstawia *Theresiana*

z uwagi na samą treść swoich przepisów. Oparta, jak wiadomo, przeważnie na ustawach Ferdynanda III i Józefa I, przejęła ona od nich, obok licznych wad redakcyjnych[1], prawdziwie oburzające okrucieństwo kar[2]. Nie ma w niej jeszcze uwzględnienia owego ruchu humanitarnego, który wkrótce potem miał wywołać na polu prawa karnego tyle zbawiennych reform[3].

[1] *Theresiana* składa się z dwóch części, z których pierwsza traktuje w 54 artykułach »*von der peinlichen Verfahrung*« a druga w 50 artykułach (art. 55 — 104) »*von denen halsgerichtsmässigen Verbrechen insonderheit und deren Strafen*«. Rozdział jednak między prawem karnem formalnem a materyalnem wyraża się raczej w nagłówkach niż w samej treści odnośnych części. Tak np. pełno jest w I części artykułów, poświęconych kwestyom z zakresu prawa karnego materyalnego, jako to art. 3 (o różnicy między *dolus*, *culpa* i *casus*) i art. 4 — 17 (o karach, o okolicznościach obciążających i łagodzących, o zbiegu przestępstw, przedawnieniu, ułaskawieniu).

[2] Dosyć zanotować, że zbrodnie, obłożone karą śmierci, nie należą w systemie Terezyany do najcięższych. Tworzą one pod nazwą *schwere Malefizverbrechen* kategoryą pośrednią między *gemeine oder geringere*, a *überschwere halsgerichtlichen Missthaten*. Pierwsze nie sprowadzały kary śmierci lecz jedną z kar, które *Theresiana* zaliczała do *Leibesstrafen* (należało tu także więzienie), drugie ściągały na winowajcę karę śmierci kwalifikowaną t. j. obostrzoną różnemi dodatkowemi mękami.

[3] Por. Maasburg: *Zur Entstehungsgeschichte der Ther. H. G. O.* str. 59.

130. Całkiem inny charakter posiada cesarza Józefa II »*Allgemeines Strafgesetz über Verbrechen und deren Bestrafung*« z 13 stycznia 1787. Kodeks ten, poświęcony wyłącznie prawu karnemu materyalnemu[1], nosi już na sobie wyraźny ślad wpływu Bekaryi, do czego niemało przyczyniła się działalność słynnego podówczas profesora prawa w Wiedniu Sonnenfelsa, któremu już przedtem udało się było, po wielu trudnościach i tylko dzięki poparciu Józefa II, skłonić Maryą Teresę do zniesienia tortur reskryptem z dnia 2 stycznia 1776[2].

Kodeks Józefiński wprowadził do prawa karnego austryackiego następujące nowe urządzenia:

1) Zniósł karę śmierci w drodze postępowania zwyczajnego, zachowując ją tylko w przypadkach, podlegających postępowaniu doraźnemu i to jedynie przez powieszenie (I, § 20).

2) Nadał karze więziennej zastosowanie do najcięższych zbrodni z podniesieniem jednak jej surowości do niezmiernie wysokiego stopnia.

3) Ścieśnił znacznie prawo sędziego kryminalnego do posiłkowania się analogią, zabraniając mu uznawania za przestępstwa innych czynów, prócz tych, które kodeks wyraźnie jako takie oznacza. (I. § 1; II § 1).

4) Zniósł przedawnienie w sprawach o zbrodnie, stanowiąc, że odtąd z winowajcą należy postępować według ustawy bez względu na czasokres, któryby mógł upłynąć między popełnieniem a wykryciem zbrodni (I. § 183).

Ze wskazanych wyżej reform, tylko przepis, ścieśniający analogię, zachował się bez zmiany w późniejszych kodeksach austryackich. Karę śmierci bowiem przywrócił za zdradę główną już patent cesarski z 2 stycznia 1795 r., a zniesienie przedawnienia co do zbrodni nie przeszło do kodeksu z r. 1803. Co się tyczy zaś urządzeń więziennych ustawy Józefińskiej, to odznaczały się one tak barbarzyńską surowością, że z biegiem czasu musiały uledz radykalnej przemianie[3].

Pomimo to kodeks Józefiński może już słusznie uchodzić za pierwsze niejako wydanie dwóch następnych powszechnych ustaw karnych austryackich t. j. Franciszkańskiej z r. 1803 i dziś jeszcze obowiązującej z r. 1852. Zawdzięcza on to niepospolitym zaletom swojego systemu, tudzież niewyszukanej i jasnej redakcyi swoich postanowień[4].

[1] Dla procesu karnego wydał Józef II osobną ordynacyą dnia 1 czerwca 1788.

[2] Por. Luskandl: *Sonnenfels und Kudler*. 1891. Stooss: *Lehrbuch*, str. 32—35.

[3] Kodeks Józefiński zna trzy główne rodzaje kary więziennej: przykucie *(Anschmiedung)*, więzienie połączone z robotami publicznemi i samo więzienie (I, § 21). Kary te miały swoje stopnie ze względu na przeciąg i sposób wykonania. Z uwagi na przeciąg kodeks odróżniał 6 następujących stopni: 1) kara wieloletnia w drugim stopniu *(langwierig im zweiten Grade)*, od 30 do 100 lat; 2) wieloletnia w pierwszym stopniu *(langw. im ersten Grade)*, od 15 do 30 lat; 3) trwała w drugim stopniu *(anhaltend im zweiten Grade)*, o 12 do 15 lat; 4) trwała w pierwszym stopniu od 8 do 12 lat; 5) czasowa w drugim stopniu *(zeitlich im zw. Gr.)* od 5 do 8 lat; 6) czasowa w pierwszym stopniu, od 1 miesiąca do 5 lat (I, § 23). Z uwagi na sposób wykonania kodeks Józefiński odróżniał więzienie najcięższe *(schwerstes*, I, § 27), ciężkie *(hartes*, § 28) i łagodniejsze *(gelinderes*, § 30). Skazany na karę przykucia był dniem i nocą trzymany na łańcuchu i to tak krótko, iżby zaledwie mógł wykonywać najniezbędniejsze poruszenia ciała. Oprócz tego miał on raz do roku być chłostany na placu publicznym § 25). Co się tyczy kajdan na nogi, to łączyły się one z każdem więzieniem i tylko ich waga bywała większa lub mniejsza w miarę jak chodziło o więzienie najcięższe, ciężkie lub łagodniejsze (§§ 27, 28 i 30). Znane było także kodeksowi Józefińskiemu piętnowanie na twarzy, jako dodatek do kary wieloletniej w drugim stopniu (§ 24). — Wreszcie co się tyczy więzienia, połączonego z robotami publicznemi, to zauważyć należy, że jeszcze przed wydaniem kodeksu z r. 1786 cesarz Józef II wprowadził w r. 1783 jego wykonywanie w formie holowania ciężko naładowanych statków *(Strafe des Schiffziehens)*. Ta najstraszniejsza postać kary więziennej nie utrzymała się jednak długo w prawie austryackiem. Zniósł ją mianowicie cesarz Leopold dekretem nadwornym z 19 lipca 1790. Por. Maasburg: *Die Strafe des Schiffziehens in Oesterreich*, 1890.

[4] Kodeks Józefiński dzieli się na dwie części, z których pierwsza traktuje *o przestępstwach kryminalnych (Kriminalverbrechen)* a druga — *o przestępstwach politycznych (politische Verbrechen)* Tą ostatnią nazwą oznaczał kodeks Józefiński lżejsze przestępstwa, jako podlegające orzecznictwu nie sądów karnych, lecz władz politycznych. System ten w zasadzie zachował się i w obecnem prawie austryackiem, aczkolwiek co do nazwy odróżnia ono trzy kategorye przestępstw, t. j. zbrodnie, występki i przekroczenia.

131. Za panowania cesarza Leopolda II złagodzono pod niejednym względem surowe urządzenia więzienne kodeksu Józefińskiego. Zniesione zostały mianowicie przykucie *(Anschmiedung)*, piętnowanie na twarzy (dekret nadw. z 7 maja 1790) i roboty publiczne w postaci holowania statków (dekret nadw. z 19 lipca 1790). Oprócz tego już za tego cesarza poruszono myśl rewizyi kodeksu Józefińskiego i opracowania na jego podstawie nowej ustawy karnej. Dzieło to doprowadzone zostało do końca za panowania cesarza Franciszka I, który patentem z dnia 3 września 1803 r. wydał *Księgę ustaw karnych na zbrodnie i ciężkie przekroczenia policyjne (Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen)*. Jeden z projektów tego kodeksu, opracowany przez Sonnenfelsa otrzymał już 17 czerwca 1796 r. moc obowiązującą w przyłączonej w r. 1795 do Austryi Galicyi Zachodniej. Kodeks z r. 1803, wydany z początku tylko dla niemieckich krajów dziedzicznych monarchii austryackiej, otrzymał następnie moc obowiązującą i w innych jej ziemiach z wyłączeniem Węgier. okręgu Hermansztackiego i Pogranicza Wojskowego. Do Krakowa wprowadzono już ten kodeks za czasów Wolnego Miasta uchwałą jego rządu z r. 1810[1].

[1] Literaturę, odnoszącą się do tego kodeksu, patrz niżej nr. 141.

132. Kodeks Franciszkański[1] dzieli się na dwie części, z których pierwsza traktuje o zbrodniach *(Verbrechen)* a druga—o ciężkich przekroczeniach policyjnych *(schwere Polizeiübertretungen)*. Każda z tych części zawiera znów dwa działy, z których pierwszy poświęcony jest prawu karnemu materyalnemu a drugi urządza postępowanie karne. Pod tym ostatnim względem kodeks ten odstępuje od wzoru ustawy Józefińskiej i wraca do metody dawnych ustaw austryackich, wiążących w jeden system przepisy prawa karnego materyalnego i formalnego. Za to prawdziwy postęp w stosunku do poprzednich ustaw, nie wy-

łączając nawet Józefińskiej, przedstawia kodeks cesarza Franciszka II ze względu na swoję osnowę. W ogóle odznacza się on większem umiarkowaniem kar, a to pomimo tej okoliczności, że przywraca karę śmierci dla pięciu zbrodni[2], podczas gdy ustawa Józefa II zniosła ją była zupełnie, a patent cesarski z dnia 2 stycznia 1795 r. był ją przywrócił tylko dla zdrady głównej. Ten duch większego humanitaryzmu, ożywiający kodeks z r. 1803, pozwolił mu nietylko zachować z pewnemi modyfikacyami moc obowiązującą aż do r. 1852, ale nadto stać się główną podstawą wydanej w tym roku, a do dziś dnia panującej w Austryi, ustawy karnej. Najważniejsze zmiany wprowadziły do niego[3] Najwyższe postanowienie z dnia 22 maja 1848 r., znosząc wystawienie pod pręgierzem czyli, jak je kodeks z r. 1803 nazywa, wystawienie na widowisko publiczne (§ 19), piętnowanie na plecach (§ 22) i chłostę, jako karę główną, oraz 2) patent cesarski z dnia 17 stycznia 1850 r, znosząc najcięższe więzienie i roboty na galerach (§§ 14, 18).

[1] Patrz Stoss *Lehrbuch*, str. 45.

[2] Oto są te zbrodnie: *a*) zdrada główna (§§ 52, 53), *b*) fałszowanie publicznych papierów kredytowych, posiadających wartość monety (§§ 92, 95), *c*) dokonane morderstwo (§§ 117—119), *d*) zabójstwo rozbójnicze (§ 124) i *e*) podpalenie w przypadkach wskazanych w § 148, lit. *a*.

[3] Ustawy i rozporządzenia uzupełniające kodeks z r. 1803 podają aż do r. 1847 Maucher i Lutzenau. Tytuły ich odnośnych dzieł patrz niżej, nr. 141.

II. Źródła dzisiejszego prawa karnego austryackiego.

1) Powszechna ustawa karna z dn. 27 maja 1852 r. (Dz. u. p. 117).

§ 30.

133. Głównem źródłem dziś obowiązującego w Austryi prawa karnego jest *Powszechna ustawa karna z 27 maja 1852.* Wprowadzona w życie z dniem 1 września 1852, jest ona tylko, jak to oświadcza wyraźnie obwieszczający ją Patent Cesarski, nowem wydaniem kodeksu z r. 1803 z zamieszczeniem wszystkich późniejszemi ustawami poczynionych zmian i z dołączeniem niektórych nowych postanowień[1]. Główną pobudką do jej wydania stała się potrzeba wprowadzenia w życie zasad, zatwierdzonych dla ustawodawstwa organicznego monarchii austryackiej Postanowieniem Cesarskiem z dnia 31 grudnia 1851 r. W myśl tych zasad bowiem ustawa karna z roku 1803 miała otrzymać moc obowiązującą w obrębie całej Austryi, a wskutek tego zdawało się rzeczą nieuniknioną poddać ją pewnej rewizyi[2]. Zgodnie też z powyższemi zasadami nowy kodeks karny z r. 1852 wydany został dla całej Austryi, t. j. także dla krajów korony Węgierskiej (Art. I. Pat. obw.)[3].

[1] Patrz wstęp do Pat. obw. z 27 maja 1852 (dz. u. p. 117).

[2] Myśl jednak rewizyi kodeksu z r. 1803 jest o wiele starszej daty. Już bowiem w r. 1817 Zeiller otrzymał polecenie zajęcia się tą kwestyą. Jego odnośne projekty jednak z lat 1823 i 1824 nie doprowadziły do zamierzonego celu. Por. Stooss: *Lehrbuch*, str. 47.

[3] Wyjęte było tylko ówczesne Pogranicze Wojskowe, które podlegać miało ustawom karnym wojskowym. Z czasem, a mianowicie na mocy Dyplomu Ces. z 20 paźdz. 1860 Węgry z wyłączeniem Kroacyi i Slawonii, gdzie i nadal nie przestał obowiązywać kod. karny austr., wysunęły się z pod rządów tego ostatniego. Dziś obowiązuje na Węgrzech kodeks karny z r. 1878. Patrz. S. Mayer: *Das ungarische Gesetzbuch über Verbrechen und Vergehen.* Wien, 1878. Wykład prawa karnego węgierskiego ogłosił w języku ojczystym Fayer (I część, 1894). Dla Bośni i Herzegowiny wydany został na mocy rozp. ces. z 26 czerwca 1881 osobny kodeks, oparty przeważnie na kod. karn. wojsk. z 15 stycznia 1855, a mianowicie na jego postanowieniach, dotyczących zbrodni i występków pospolitych.

134. Kodeks karny z 1852 roku ogłoszony został w dzienniku ustaw państwa tak w języku niemieckim, jak we wszystkich językach krajowych, w których

w myśl Patentu Ces. z 4 marca 1849 (Dz. u. p. 153) powyższy Dziennik miał wychodzić. Wielką doniosłość posiada pytanie, który z tych różnych tekstów uważać należy za autentyczny. Wprawdzie § 1 zacytowanego wyżej Pat. Ces. uznał teksty ustaw i rozporządzeń, ogłoszonych w Dzienniku u. p. w rozmaitych językach krajowych, za autentyczne na równi z tekstem niemieckim. Koniec temu stanowi rzeczy jednak położył Patent Ces. z 27 grudnia 1852 (Dz. u. p. 260), według którego począwszy od 1 stycznia 1853 za autentyczny uchodzić miał wyłącznie tekst niemiecki ustaw i rozporządzeń drukowanych w Dzienniku u. p. (§ 2). Przepis ten otrzymał nową sankcyą w § 2 ustawy z 10 czerwca 1869 (Dz. u. p. 113) i zachował dotąd moc obowiązującą. Rozpowszechniło się jednak mniemanie, że przepis ten nie może mieć zastosowania do ustaw, ogłoszonych przed 1 stycznia 1853, a więc i do kodeksu karnego z 27 maja 1852. Mniemanie to trzeba uznać za całkiem nieuzasadnione. Istnieje bowiem rozporządzenie Ministerstwa Sprawiedl. z 19 marca 1853 (Dz. u. p. 51), które na mocy Najw. Post. z 16 marca 1853 oświadcza, że przepis § 2 Pat. Ces. z 27 grudnia 1852 ma także znajdować zastosowanie do ustaw i rozporządzeń już przedtem w Dzienniku u. p. ogłoszonych. Wobec tego nie może być rzeczą wątpliwą, że za jedynie autentyczny powinien uchodzić wydrukowany w Dzienniku u. p. tekst niemiecki kod. k. z 1852 r.

[1] Znalazło ono jednak wyraz w wydaniu kod. karn. prof. Rosenblatta (dopisek 3 do § 3) a także w Orzecz. S. Kas. z 14 grudnia 1885 (*Plenarbeschlüsse*, wyd. *Allgem. österr. Ger.-Zeitung*, Nr. 863). To błędne zapatrywanie razi u Makarewicza tem bardziej, że występuje w odniesieniu do ustaw dodatkowych późniejszej daty. (Ustawy karne dodatkowe, 1900).

[2] Oprócz wydania urzędowego w Dz. u. p. istnieją liczne wydania prywatne tak samego kodeksu karnego, jak ustaw karnych dodatkowych (patrz niżej Nr. 136—138), podające obok tekstu dopiski z wyjaśnieniami, opartemi na orzeczeniach S. Kas. W języku niemieckim najlepsze są Wydania Manza (21 wyd. 1908) i Gellera. Po polsku zajęli się w ostatnich czasach wydaniem kodeksu karn. prof. Rosenblatt (Cz. I, wyd. 2, 1900; cz. II, 1897) a ustaw karnych dodatkowych dr. Makarewicz (1900). Oba te wydawnictwa wyszły w Krakowie u Frommera.

135. Ustawa karna z r. 1852 odstąpiła od kodeksu z r. 1803 w wielu bardzo ważnych punktach. Odnoszą się one zarówno do samej treści jej postanowień, jak do ich redakcyi zewnętrznej. Wśród nich na szczególną uwagę zasługują następujące:

A. Co do swojej treści:

1) Kodeks obowiązujący nadał obronie koniecznej znaczenie powodu, wyłączającego zły zamiar, a więc wszelkie przestępstwa umyślne (§ 2, lit. *g*), podczas gdy kodeks z r. 1803 wspominał o niej tylko, jako o okoliczności wyłączającej zabójstwo (§ 127, Część I).

2) Złagodził znacznie środki zaostrzenia kary więziennej (§§ 21—24, 255—258; por. z niemi §§ 17—22, Część I, 18—21, Część II kod. z r. 1803).

3) Popełnienie przestępstwa osnową pisma drukowego postawił na równi z jego popełnieniem za pomocą innych środków. Stąd to weszły do jego składu §§ 7, 10, 28, 29, 35, 251, 252 i wiele innych[1], odnoszących się do przestępstw, popełnionych za pomocą druku, a nieznanych ustawie z r. 1803.

4) Zamiast podziału przestępstw na zbrodnie i ciężkie przekroczenia policyjne wprowadził ich podział na zbrodnie (Część I), występki i przekroczenia (Część II)[2].

5) Zniósł karę śmierci za fałszowanie publicznych papierów kredytowych, posiadających znaczenie monety, za powtórzenie podpalenia, a co do zdrady głównej, to ograniczył jej zastósowanie tylko do przypadków i osób wskazanych w § 59. lit. *a* i *b*, podczas gdy ustawa z r. 1803 karała śmiercią każdą osobę winną tej zbrodni w każdym jej przypadku.

6) Podał odmienną charakterystykę niektórych prze-

stępstw, jako to zdrady głównej (§ 58), obrazy Majestatu (§ 63), zamieszania spokojności publicznej (§ 65), ciężkiego uszkodzenia cielesnego (§ 152) oraz występków i przekroczeń przeciwko bezpieczeństwu honoru (§§ 487—495).

7) Z jednej strony wprowadził kilka nowych zbrodni jako to obrazę członków Domu Cesarskiego (§ 64) i dwa pierwsze przypadki gwałtu publicznego (§§ 76 i 78); z drugiej zaś — wyrugował ze swojego systemu takie zbrodnie jak powrót wygnańca (§ 82, Cz. I kod. z r. 1803) i samowolne zdjęcie pieczęci sądowych (§ 2 dekretu Nadw. z dnia 29 sierpnia 1822 r.).

B. Co do swojej redakcyi zewnętrznej:

1) Kodeks dziś obowiązujący, poświęcony tylko prawu karnemu materyalnemu, przedstawia ze względu na system swoich paragrafów jednę całość nieprzerwaną (§§ 1—532), podczas gdy ustawa z r. 1803 dzieliła się na dwie części, z których każda posiadała osobny rzęd paragrafów (Cz. I §§ 1—210; Cz. II 1—275)[3].

2) Hołdując zasadzie »*lex imperet non disputet*«, wyrzucił on większą część czysto naukowych określeń, których tak wiele jeszcze zawierała ustawa z r. 1803. Między innemi opuścił on cały wstęp tej ustawy, noszący tytuł »O przedmiotach niniejszej ustawy« i wyłuszczający w 10 punktach główne jej materye.

[1] Niektóre z tych paragrafów zniosła Ustawa prasowa z dnia 17 grudnia 1862 jako to §§ 28, 29, 251, 252 i ostatni ustęp § 493, stawiając na ich miejsce §§ 35—39.

[2] O znaczeniu tego podziału pomówimy niżej nr. 244.

[3] Zauważyć należy, że każda z dwóch części kodeksu z r. 1803 zawiera obok przepisów prawa karnego materyalnego także unormowanie procesu i że w związku z artykułami, odnoszącemi się do tego ostatniego, pierwsza jego część obejmowała 557 a druga — 459 paragrafów.

2) Ustawy uzupełniające względnie reformujące powszechny kodeks karny z r. 1852.

§ 31.

136. Oprócz ustawy karnej powszechnej z r. 1852 obowiązuje w Austryi w zakresie prawa karnego wiele innych jeszcze ustaw, które bądź wprowadziły do niej pewne zmiany, bądź są uzupełnieniem jej przepisów. Ustawy te można podzielić na dwie kategorye, zaliczając do pierwszej postanowienia, które normują wymiar kary, do drugiej zaś — wszystkie t. zw. ustawy karne specyalne, t. j. przepisy, zmieniające względnie uzupełniające kodeks w odniesieniu do przestępstw.

W rzędzie pierwszych największą doniosłość posiadają:

1) Nowela karna z 15 listopada 1867 (Dz. u. p. 131), uchylająca chłostę, kajdany, jako łączyć się mające z ciężkiem więzieniem i łagodząca znacznie skutki kar.

2) Ustawa z 1 kwietnia 1872 (Dz. u. p. 43), o wykonywaniu kar pozbawienia wolności w odosobnieniu.

3) Ustawa z 10 maja 1873 (Dz. u. p. 108), o dozorze policyjnym.

4) Dwie ustawy z 24 maja 1885 (Dz. u. p. 89 i 90), o domach pracy przymusowej i poprawy.

5) Ustawa o postęp. k. z 23 maja 1873 (Dz. u. p. 119), zwłaszcza ze względu na § 338, rozszerzający granice nadzwyczajnego łagodzenia kary.

6) Najw. postan. z 24 listopada i reskrypt min. sprawiedliwości z 25 listopada 1902 (I. Ver. Bl. 51) o przedstawianiu z urzędu do łaski przestępców młodocianych.

Co się tyczy zaś ustaw karnych specyalnych, to wypada je podzielić na dwie grupy odpowiednio do tego, czy wydane zostały przed Ustawą karną powszechną z r. 1852, czy też po jej ogłoszeniu.

137. Do ustaw pierwszego okresu należą:

1) Patent Cesarski z 21 maja 1805 (Zbioru ustaw sąd. 731) o występkach przeciwko środkom, przedsięwziętym dla odwrócenia powietrza morowego.

2) Patent cesarski z 18 stycznia 1818, zabraniający noszenia i posiadania broni skrytobójczej (dla południowego Tyrolu).

3) Powszechny regulamin dla administracyi morsko-sanitarnej z 13 grudnia 1851 (Dz. u. p. z r. 1852, 41), o występkach zawlekania powietrza morowego lub żółtej febry morzem.

W drugim okresie przybyły następujące ustawy:

1) Patent cesarski z 25 października 1852 (Dz. u. p. 223), dotyczący broni i przedmiotów amunicyjnych.

2) Ustawa z 27 października 1862 (Dz. u. p. 87) o ochronie wolności osobistej.

3) Ustawa tejże samej daty (Dz. u. p. 88) o ochronie prawa domowego (o nietykalności mieszkania).

4) Ustawa prasowa z 17 grudnia 1862 (Dz. u. p. z r. 1863, 6) i odnoszące się do niej nowele z 15 października 1868 r. (Dz. u. p. 142) i 9 lipca 1894 (Dz. u. p. 161).

5) Nowela karna z 17 grudnia 1862 (Dz. u. p. z roku 1863, 8). Rozszerza ona charakterystykę zdrady głównej, zamieszania spokojności publicznej i występku z § 300 k. k. (art. I—IV); nadaje wśród pewnych okoliczności obrazie honoru znaczenie przestępstwa ściganego z urzędu (art. V), wreszcie uznaje za specyalne występki cztery następujące przypadki: *a)* frymarczenie z wyborcami przy wyborach politycznych (art. VI); *b)* rozgłaszanie drukiem przed czasem właściwym niektórych aktów lub materyałów, odnoszących się do sprawy karnej (art. VII); *c)* rozprawianie po pismach drukowych o mocy prawnej dowodów, zebranych w sprawie karnej, jeszcze w toku będącej, — rozgłaszanie drukiem przypuszczeń, na czem się może skończyć sprawa karna, tudzież przekręcanie wyniku procesu karnego (art. VIII); *d)* wyjawianie w pismach drukowych tajemnic wojskowych, skoro winowajca mógł się domyśleć, że taki rozgłos narazi państwo na niebezpieczeństwo, lub skoro wydano specyalny zakaz roznoszenia tego rodzaju wiadomości, a czyn ten nie stanowiłby zbrodni szpiegostwa z § 67 k. k. (art. IX).

6) Ustawa z 25 lipca 1867 (Dz. u. p. 101) o odpowiedzialności ministrów.

7) Ustawa z 15 listopada 1867 (Dz. u. p. 134) o prawie zawiązywania stowarzyszeń.

8) Ustawa z tejże samej daty (Dz. u. p. 135) o prawie odbywania zgromadzeń.

9) Ustawa z 5 maja 1869 (Dz. u. p. 66) o czasowem zawieszeniu niektórych praw konstytucyjnych orzeka także w § 9 o karygodności przekroczeń przeciwko rozporządzeniom wyjątkowym, wydanym przez właściwe władze wskutek owego zawieszenia.

10) Ustawa z 6 kwietnia 1870 (Dz. u. p. 42) o ochronie tajemnicy listów i pism.

11) Ustawa z 7 kwietnia 1870 (Dz. u. p. 43) przeciwko nadużyciom przy wykonywaniu t. zw. prawa koalicyi, t. j. przy urządzaniu zmów ekonomicznych *(strike)*.

12) Ustawa z 9 kwietnia 1873 (Dz. u. p. 70) o stowarzyszeniach zarobkowych i gospodarczych.

13) Ustawa z 10 maja 1873 (Dz. u. p. 108) przeciwko próżniakom i włóczęgom tudzież o dozorze policyjnym.

14) Ustawa z 19 lipca 1877 (Dz. u. p. 67) przeciwko opilstwu, wydana tylko dla Galicyi (łącznie z Krakowem) i Bukowiny.

15) Ustawa z 28 maja 1881 (Dz. u. p. 47) o nierzetelnem postępowaniu przy czynnościach kredytowych, wydana w miejsce dawnej tylko w Galicyi, Krakowie i na Bukowinie obowiązującej ustawy z 19 lipca 1877 (Dz. u p. 66).

16) Ustawa z 25 maja 1883 (Dz. u. p. 78) przeciwko udaremnianiu egzekucyj przymusowych.

17) Ustawa z 17 czerwca 1883 (Dz. u. p. 117) o inspektorach przemysłowych.

18) Ustawa z 24 maja 1885 r. (Dz. u. p. 89) ze względu na jej przepisy co do włóczęgostwa, żebractwa, wstrętu do pracy i nierządu.

19) Ustawa z 27 maja 1885 (Dz. u. p. 134) przeciwko używaniu w sposób szkodliwy dla dobra powszechnego materyj rozsadzających *(Sprengstoffen)*.

20) Ustawa z 21 maja 1887 (Dz. u. p. 51) o przedłużeniu nadanego ustawą z 27 czerwca 1878 przywileju banku austro-węgierskiego i dotyczące tej samej kwestyi rozp. ces. z konieczności z 21 września 1899 (Dz. u. p. 176).

21) Ustawa z 30 marca 1888 (Dz. u. p. 41) o ochronie telegrafów podmorskich (kablów).

22) Ustawa z 11 kwietnia 1889 (Dz. u. p. 41) o występkach przeciwko nowej ustawie o służbie wojskowej w związku z ustawą z 28 czerwca 1890 (Dz. u. p. 137) o nieposłuszeństwie wobec rozkazu, powołującego do wojska.

23) Ustawa z 6 stycznia 1890 (Dz. u. p. 19) o ochronie marek fabrycznych i odnosząca się do niej nowela z 30 lipca 1895 (Dz. u. p. 108).

24) Ustawa z 29 grudnia 1892 (Dz. u. p. 234) o uznaniu telefonów państwowych za zrównane co do ochrony prawno-karnej z telegrafem państwowym.

25) Ustawa z 26 grudnia 1893 (Dz. u. p. 193) o koncesyonowanych przemysłach budowlanych, uzupełniająca §§ 380, 383—385 kod. k.

26) Ustawa z 26 grudnia 1895 (Dz. u. p. 197) o prawie autorstwa odnośnie do dzieł literatury, sztuki i fotografii.

27) Ustawa z 16 stycznia 1896 (Dz. u. p. z 1897, 89), o handlu artykułami żywności i niektóremi przedmiotami styczność z niemi mającemi. Ustawa ta uchyla §§ 403 do 408 kod. k.

28) Ustawa z 25 października 1896 (Dz. u. p. 220) o bezpośrednich podatkach osobistych.

29) Ustawa z 11 stycznia 1897 (Dz. u. p. 30) o ochronie wynalazków *(Patentgesetz)*.

30) Ustawa z 21 stycznia 1897 (Dz. u. p. 27), zawierająca postanowienia karne przeciwko nieprawnemu lub nierzetelnemu prowadzeniu przemysłu emigracyjnego.

31) Ustawa z 25 października 1901 (Dz. u. p. z 1902 l. 26) o handlu masłem, serem, szmalcem i ich surogatami.

32) Ustawa z 4 stycznia 1903 (Dz. u. p. 10), dotycząca organizacyi giełd i zabraniająca handlu terminowego zbożem (§§ 17—22).

33) Ustawa z 6 marca 1906 (Dz. u. p. 58) o stowarzyszeniach z ograniczoną poręką.

34) Ustawa z 26 stycznia 1907 (Dz. u. p. 18) o ochronie wolności wyborów i zgromadzeń.

35) Ustawa z 12 kwietnia 1907 (Dz. u. p. 210) o handlu winem, moszczem winnym i zacierem winnym. Ustawa ta uchyliła ustawę z 21 czerwca 1880 o wyrobie i sprzedaży napojów do wina podobnych i przyswoiła sobie przepisy karne ustawy z 16 stycznia 1896 (cytow. wyżej pod l. 27).

36) Ustawy i rozporządzenia o środkach zaradczych przeciwko epidemiom bydlęcym *(Tierseuchengesetze)* w brzmieniu, obowiązującym od 1 stycznia 1910. Do nich należą:

a) Ustawa powszechna o epidemiach bydlęcych z 6 sierpnia 1909 (Dz. u. p. 177) i odnoszące się do niej rozporządzenia min. rolnictwa, spraw wewnętrznych, skarbu, sprawiedliwości, handlu, kolei żel. i oświaty z 15 października 1909 (rozp. wykonawcze, Dz. u. p. 178), tudzież min. rolnictwa i spraw wewnętrznych z 17 listopada 1909 (instr. służb. Dz. u. p. 179).

b) Ustawa o środkach dezinfekcyjnych przy transportach bydła kolejami żelaznemi lub statkami z 19 lipca 1879 (Dz. u. p. l. 108) z odnoszącemi się do nich nowelą z 6

sierpnia 1909 (Dz. u. p. 184) i rozporządzeniem wykonawczem z 21 lutego 1906. (Dz. u. p. 30).

c) Ustawa dotycząca księgosuszu *(Kinderpestgesetz)* z 29 lutego 1880 (Dz. u. p. 37) z odnoszącemi się do niej nowelą z 6 sierpnia 1909 (Dz. u. p. 180) i rozporządzeniami wykonawczemi z 12 kwietnia 1880 (Dz. u. p. 38) i z 20 listopada 1909 (Dz. u. p. 181).

d) Ustawa dotycząca gruźlicy u bydląt (*Lungenseuche)* z 17 sierpnia 1892 (Dz. u. p. 142) z odnoszącemi się do niej nowelą z 6 sierpnia 1909 (Dz. u. p. 182) i rozporządzeniami wykonawczemi z 22 września 1892, Dz. u. p. 166 oraz z 20 listopada 1909 (Dz. u. p. 183).

37) Nowela karna z 9 kwietnia 1910 (Dz. u. p. 73). O ustawie tej (*Lex Offner)*, jako szczególnie doniosłej będę mówił osobno (patrz niżej, dodatek do § 31)

Oprócz wymienionych wyżej ustaw ważne znaczenie dla obowiązującego prawa karnego austryackiego posiadają także:

38) Kodeks karny wojskowy *(Militärstrafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen)* z 15 stycznia 1885 (Dz. u. p. 19); tudzież

39) Umowy zawarte między Austryą a obcemi państwami co do ekstradycyi przestępców.

Nareszcie wypada zaznaczyć, że znane są jeszcze prawu austryackiemu czyny karygodne, przekazane orzecznictwu nie sądów karnych, lecz władz administracyjnych. Do nich należą:

a) Przekroczenia defraudacyjne (*Gefällsübertretungen*) w myśl ustawy z 11 lipca 1835.

b) Przekroczenia przeciwko zarządzeniom władz politycznych i policyjnych, w myśl rozp. ces. z 20 kwietnia 1854 (Dz. u. p. 96), tudzież rozporządzeń ministerstw spraw wewn. i sprawiedliwości oraz najw. władzy policyjnej z 3 kwietnia 1855 (Dz. u. p. 61) i z 30 września 1857 (Dz. u. p. 198).

c) Przekroczenia natury przemysłowej, w myśl §§

131—140 ordyn. przem. z 20 grudnia 1859, według jej brzmienia, opartego na ustawie z 5 lutego 1907 (Dz. u. p. 26) i reskrypcie publikacyjnym z 16 sierpnia 1907 (Dz. u. p. 199), wydanym przez ministra handlu w porozumieniu z ministrem spraw wewnętrznych.

Do tej kategoryi należą także przekroczenia przeciwko ustawie z 23 czerwca 1891 (Dz. u. p. 89) o obowiązku przedstawiania właściwemu urzędowi probierczemu do ostemplowania wszelakiej ręcznej broni palnej.

d) Szkody leśne polne (*Forst- und Feldfrevel)* w myśl ustawy leśnej, ogłoszonej patentem ces. z 3 grudnia 1852 (Dz. u. p. 250) i różnych innych ustaw i rozporządzeń, wydanych dla ochrony lasów i pól.

DODATEK

§ 31 bis.

„LEX OFFNER"[1]

(Nowela karna z d. 9 kwietnia 1910).

---

137 bis. Nowela do kodeksu karnego, zapowiadana już od kilku lat, a od swego wnioskodawcy zwana potocznie »lex Offner«, stała się ustawą z 9 kwietnia 1910, ogłoszoną w Dz. u. p. dn. 16 kwietnia, pod l. 73, i mającą obowiązywać z początkiem piętnastego dnia po jej publikacyi, a więc z dniem 1 maja 1910.

Wprowadza ona do obecnego kodeksu karnego pewne ważne zmiany i to w dwojakim kierunku, a mianowicie łagodzącym i obostrzającym.

I. Charakter łagodniejszy mają niewątpliwie przepisy zawarte w art. I. 1 Noweli. Szkoda majątkowa, od której wysokości ma zależeć zbrodniczość złośliwego uszkodzenia cudzej własności (§ 85 lit. *a* k. k.), kradzieży, sprzeniewierstwa (§§ 173—176, 179, 181—183), uczestniczenia w tych

dwóch ostatnich przestępstwach (§ 186 lit. *b*) i oszustwa (§§ 200, 203), względnie wyższy zakres kary za niektóre z tych zbrodni (§§ 179, 182, 184. 203) doznała teraz w stosunku do szkody, oznaczonej przez kodeks znacznego wzrostu. A mianowicie nowela podniosła ją z 5 guldenów na 50 koron; z 25 i 50 guldenów na 200 koron; ze 100 guldenów na 1000 koron; z 300 guldenów na 2000 koron.

Jest rzeczą powszechnie uznaną, że z biegiem czasu ceny różnych artykułów się zmieniają i że wartość ekonomiczna pieniędzy taką samą zawsze być nie może. Od r. 1852, by nie mówić już o r. 1803, który jest właściwą datą powstania dziś u nas obowiązującego, a w r. 1852 tylko zrewidowanego kodeksu karnego, życie podrożało znacznie i to pod każdym względem, zarówno co do niezbędnych jak zbytkownych artykułów. Ze wzrostem cen musiała iść w parze zniżka wartości pieniądza, wskutek czego majątek, który podówczas wyrażały kwoty 5, 25, 50, 100 i 300 guldenów, jużby dzisiaj nie mógł znaleść w powyższych kwotach trafnego oszacowania, lecz, obliczony na pieniądze, musiałby wydać znacznie wyższe sumy.

Nowela więc stanowiąc, że dotychczasowej kradzieży powyżej 5 względnie 25 guldenów ma odpowiadać kradzież powyżej 50 względnie 200 koron i t. d. właściwie nie tyle chciała okazać się łagodniejszą od ustawodawców z r. 1803 i 1852, ile pragnęła ich przepisy karne, sprawiedliwe w odniesieniu do stosunków ekonomicznych z owych lat przystosować do dzisiejszych cen i dzisiejszej wartości pieniądza.

II. Charakterem ostrzejszym odznaczają się przepisy zawarte w art. I 2—5 noweli. Wprowadzają one trzy następujące reformy:

1) Do dwóch dotychczasowych przypadków kradzieży, stawającej się zbrodnią z uwagi na istotę czynu, a całkiem niezależnie od wartości zaboru (§ 147, I) dodano trzeci, który, w myśl kodeksu miał stanowić zbrodnię tylko, gdyby kradzież przenosiła 5 guldenów (§ 174 II lit. *a*).

Jest to popełnienie kradzieży w czasie pożaru, powodzi, lub innej klęski powszechnej, bądź takiej, któraby specyalnie dotykała okradzionego (Now. art. I, 2).

2) Sprzeniewierstwo, stawające się zbrodnią ze względu na wysokość szkody i analogiczne przypadki uczestniczenia w sprzeniewierstwie zrównano co do kwalifikacyi kryminalnej z kradzieżą, względnie z uczestnictwem w tejże (Now. art. I, 3, 4).

3) Zakres maksymalny kary za przekroczenie złośliwego uszkodzenia cudzej własności z § 468 k. k. podniesiono z 1 miesiąca na 3 miesiące (Now. art. I, 5).

Wreszcie trzeba zanotować, że Nowela ma posiadać moc wsteczną w tych przypadkach, w których w myśl dotychczasowych przepisów wypadałoby postąpić z winowajcą surowiej. Mocy więc wstecznej nie będą miały nigdy przepisy, wyłożone wyżej pod l. II. 1 i 3, jako nacechowane bezwarunkowo charakterem ostrzejszym w stosunku do kodeksu karnego[2].

[1] Patrz mój artykuł «Lex Offner«, drukowany w »Czasie« z dn. 27 kwietnia 1910 (Nr. 189).

[2] Patrz *Löffler*: Die Rückwirkung des milderen Strafgesetzes im Zuge des Rechtsmittelverfahrens (Allg. österr. Ger. Ztg. 1910. Nr. 18).

III. Projekty przyszłego kodeksu karnego austryackiego.

§ 38.

138. Kodeks karny z r. 1852, będąc tylko nowem i zreformowanem wydaniem ustawy z r. 1803, nie mógł odpowiedzieć należycie wymaganiom współczesnego mu rozwoju nauki i życia. Pojmowano to powszechnie w chwili jego wydawania[1]. Jeżeli zaś, pomimo to, ówczesny rząd nie uznał za właściwe już wtedy rozwinąć akcyi w kierunku wydania całkiem nowego ustawodawstwa karnego, to należy to przypisać z jednej strony naglącej potrzebie

uchylenia ustawy z r. 1803[2], z drugiej zaś — względom natury politycznej, a mianowicie owej erze absolutyzmu, która między r. 1851 a 1860 zapanowała w Austryi, jako reakcya przeciwko pierwszym próbom konstytucyonalizmu, wywołanym przez wypadki z r. 1848. Pierwsza bowiem okoliczność sprawiła, że rząd wolał chwycić się zreformowania już istniejącego kodeksu, jako zadania, które można było spełnić o wiele prędzej; druga zaś skłaniała go do tego samego przedsięwzięcia, jako do dzieła, natchnionego duchem większego konserwatyzmu. Wprawdzie od tego czasu za pomocą kilku nowel[3] postarano się nadać kodeksowi z r. 1852 cechę większej świeżości, ale pomimo to nie przestało w Austryi rosnąć przekonanie, że prawdziwy postęp będzie można osiągnąć tylko przez zerwanie z tradycyą dawnych kodeksów i ułożenie całkiem nowej księgi ustaw karnych. Prace w tym kierunku rozpoczęły się od r. 1861 (w myśl Najw. Post. z 16 lutego) i na polu procedury karnej wydały już pożądany owoc, a mianowicie dziś obowiązującą Ustawę o postępowaniu karnem z 23 maja 1873. W zakresie jednak prawa karnego materyalnego zawdzięczamy im dotąd same projekty.

[1] Hye: *Das österr. Strafgesetz*, 1852, str. XI.
[2] Hye: l. c. str. 8.
[3] Patrz zwłaszcza nowelę z 15 listopada 1867 (Dz. u. p. 131).

139. Historyą tych projektów podzielić można na trzy następujące okresy:

I. *Okres od r. 1863 do 1870.* Tu należą: 1) projekt z r. 1863, opracowany przez Hyego, podówczas profesora prawa karnego w Wiedniu; 2) projekt ministerstwa sprawiedliwości, znany pod nazwą rządowego i ułożony w r. 1867 przez komisyę powołaną przez rząd do obrad nad projektem poprzedzającym[1]; wreszcie 3) oparty na dwóch poprzednich pracach projekt odnośnej komisyi Izby deputowanych z r. 1870[2].

[1] *Entwurf eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen mit Berücksichtigung der von der Justiz-Ministerial-Commission gestellten Anträge.* Wien, 1867 (Hof- und Staatsdruckerei). Sprawozdania krytyczne ogłosili Geyer *(Besprechung*, Wien 1867 i Glaser *(Studien zum Entwurf* Wien, 1871).

[2] Projekty te odnosiły się wyłącznie do zbrodni i występków i przeprowadzały ścisły rozdział między więzieniem sromotnem a niesromotnem.

140. II. *Okres od r. 1874 do 1889.* Otwiera go Glaser, podówczas minister sprawiedliwości, projektem znanym pod nazwą rządowego *(Regierungsvorlage)* z r. 1874. Za przykładem kodeksu karnego niemieckiego z r. 1871, który mu służył za wzór, projekt ten wprowadza, odpowiednio do podziału przestępstw na zbrodnie, występki i przekroczenia, trzy różne rodzaje kary więziennej (kryminał czyli *Zuchthaus*, więzienie i areszt), a oprócz tego zna jeszcze dla zbrodni i występków, które nie hańbią winowajcy, więzienie niesromotne pod nazwą więzienia stanu *(Staatsgefängniss).*

Do obrad nad tym projektem Izba deputowanych powołała osobną komisyą, a owocem jej prac, prowadzonych pod przewodnictwem Herbsta, stał się projekt z r. 1877, znany pod nazwą wydziałowego *(Auschussentwurf).* Wprowadza on wiele doniosłych zmian do projektu z r. 1874 a w ich rzędzie tę najważniejszą, że odrzuca karę śmierci.

Oba wymienione wyżej projekty posłużyły za podstawę dla pięciu następnych projektów, które przyjęto oznaczać liczbami rzymskiemi III — VII[1]. Do nich należą: Projekt III rządowy, przedłożony przez ministra Prażaka dn. 14 listopada 1881; projekt IV rządowy wniesiony przez ministra hr. Schönborna dn. 11 kwietnia 1889; projekt V. wydziałowy z r. 1889, opracowany przez komisyę, powołaną do obrad nad poprzednim projektem; projekt VI rządowy z r. 1891, oparty na uwzględnieniu niektórych zmian, zaproponowanych przez komisyą

w r. 1889; wreszcie projekt VII wydziałowy z roku 1893, jako owoc nowych obrad komisyjnych[2].

Żaden z tych projektów nie doczekał się przejścia na porządek dzienny obrad plenarnych Izby deputowanych.

[1] Jako projekt I bywa cytowany projekt Glasera z r. 1874, a liczbę II nosi projekt wydziałowy z r. 1877.

[2] Wszystkie siedm wymienionych w tekście projektów wydała w swoim czasie nadworna i państwowa drukarnia w Wiedniu ze wszystkiemi odnoszącemi się do nich motywami i sprawozdaniami. Co do projektu z r. 1874 patrz: Schwarze: *Bemerkungen.* Wien, 1875; Häberlin w *Gerichtsaal* 1875; Geyer w *Zeitschrift* Grünhuta, 1875 i 1876: Binding *tamże*, 1876; Rosenblatt w *Gaz. sąd. Warsz.*, 1875, nr. 5. O projektach IV i V z r. 1889, patrz moją rozprawkę p. t. *O najnowszym projekcie kodeksu karn. austr.* Kraków, 1890.

140 *bis.* III *Okres od r 1895 do chwili obecnej.* Minister Gleisbach, wycofawszy w r. 1895 projekt rządowy z r. 1891, ustanowił komisyą ministeryalną dla opracowania nowego na całkiem innych podstawach oprzeć się mającego projektu. Do tej komisyi następny minister sprawiedliwości Ruber powołał profesorów wiedeńskich, Lammascha i Stoossa[1], oraz starszego prokuratora Hoegla. W jesieni 1902 komisya miała już projekt gotowy. Projekt ten jednak w następnych latach Hoegel i Lammasch kilkakrotnie przerabiali i na tej podstawie w r. 1906 przedłożyli ministerstwu nowy elaborat. Obejmował on, prócz projektu kodeksu karnego, jeszcze projekty czterech innych ustaw, a mianowicie: *a)* ustawy o karach policyjnych za niektóre przekroczenia dotąd podlegające ustawie karnej powszechnej; *b)* ustawy o pracy przymusowej; *c)* ustawy o niektórych zmianach w procedurze karnej; *d)* ustawy o wprowadzenie w wykonanie ustawy karnej i ustaw w związku z nią będących.

Minister Klein uznał za właściwe przedewszystkiem zakomunikować ten obszerny elaborat do poufnej opinii

wszystkim profesorom prawa karnego w uniwersytetach austryackich i niektórym wybitniejszym praktykom, a potem t. j. w maju r. 1907 zaprosił tychże do Wiednia na ankietę, celem omówienia kierunków zasadniczych projektowanej reformy.

Rezultatem ankiety było ustanowienie ciaśniejszej komisyi, której poruczono opracowanie nowego projektu, z uwzględnieniem tak referatów nadesłanych przez specyalistów, zaproszonych na ankietę, jak rozpraw, które się na niej toczyły.

Komisya[2] zabrała się energicznie do roboty. Dzięki temu elaborat jej już we wrześniu 1909 wyszedł z druku p. t. *Vorentwurf zu einem österr. Strafgesetzbuch und zu dem Einführungsgesetze* (Wien. Hof- und Staatsdruckerei). Projekt ten uwzględnia najnowsze kierunki w nauce prawa karnego i wprowadza daleko idące inowacye w systemie środków karnych, wymiaru kary, jej wykonywania, a zwłaszcza w kwestyi traktowania przestępców młodocianych i wydawania przez sądy karne całego szeregu przez politykę kryminalną zalecanych zarządzeń zabezpieczających (por. wyżej nr. *109 bis*).

[1] Stooss jednak w krótkim czasie wystąpił z komisyi i nie może wskutek tego uchodzić za współautora opracowanych przez nią projektów.

[2] Z polskich profesorów wszedł do tej komisyi Rosenblatt. Należał do niej także Hoegel, który jednak wystąpił z niej z końcem r. 1907 i odtąd stał się zwolennikiem częściowej przeróbki prawa karnego austryackiego w miejsce wydania całkiem nowego kodeksu. Patrz tegoż autora: *Teilreformen auf dem Gebiete des österreichischen Strafrechts (einschliesslich des Pressrechts)*, 1908.

IV. Literatura prawa karnego austryackiego.

§ 33.

141. Z literatury dawnego prawa karnego austryackiego zasługują na szczególną uwagę następujące dzieła:

1) Ze względu na *Constitutio criminalis Theresiana*:

Banniza: *Delineatio juris criminalis secundum constitutionem Carolinam et Theresianam.* 2 tomy. Oeniponti 1773.

2) Ze względu na ustawę karną z r. 1803:

Zeiller: *Darstellung der durch das neue Kriminalgesetzbuch bewirkten Veränderungen samt ihren Gründen nebst einer Einleitung über Zwecke und Principien des Kriminalgesetzbuches* (w wydawanem przez tego autora czasopiśmie: *Jährliche Beiträge zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft*, t. I, str. 90—186; t. II, str. 1—99, 1806 i 1807. Egger: *Kurze Erklärung des österr. Gesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen*, 2 tomy, Wien und Triest, 1816. Jenull: *Das österreichische Criminalrecht nach seinen Gründen und seinem Geiste*, 4 tomy I wyd. 1808 i 1809, ostatnie 1837). Kudler: *Erklärung des Strafgesetzes über schwere Polizei-Uebertretungen*, 2 t. (1 wyd. 1825, 6-te 1850 z przedmową Hyego); Maucher: *Systematisches Handbuch des österr. Strafgesetzes über Verbrechen und der auf dasselbe sich unmittelbar beziehenden Gesetze und Verordnungen*, Wien, 1844; tudzież tegoż autora: *Darstellung der Quellen und der Litteratur der österr. Strafgesetzgebung*, 1849. Lutzenau: *Handbuch der Gesetze und Verordnungen, welche sich auf den zweiten Theil des Strafgesetzbuches beziehen.* Wien, 1846.

Z zacytowanych wyżej dzieł książka Jenulla posiada niewątpliwie najwyższą wartość naukową.

142. Literatura dzisiejszego prawa karnego austryackiego zawiera, oprócz bardzo licznych prac monograficznych (Wahlberg[1], Glaser[2], Geyer, Schütze, Janka, Ullmann, Lammasch, Liszt, Finger, Rosenblatt, Gryziecki, Hiller, Rulf, Lenz, Löffler, Makarewicz[3] i wielu innych), zarówno dzieła poświęcone wykładowi systematycznemu tego prawa, jak książki o charakterze przeważnie komentatorskim.

Z dzieł pierwszego rzędu, prócz mojego dwutomowego *Wykładu* (2 wyd. I 1901, II 1902), obejmują całkowity system prawa karnego:

Janka: *Das österreichische Strafrecht* (1 wyd. 1884; 4 wyd. Kalliny, 1902).

Finger: *Das Strafrecht systematisch dargestellt.* Compendien des österr. Rechtes (1 wyd. 1894, 1895; 2 wyd t. I 1902, II 1910).

Hiller: *Oesterreich.* W dziele Liszta: *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in vergleichender Darstellung.* I Bd., str. 115, (1894).

Lammasch: *Grundriss des Strafrechts.* 3 wyd. 1906.

Stooss: *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 1910.

Tylko część ogólną uwzględniają: Geyer: *Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen*, 1862 oraz Tolomei: *Diritto penale*, 1863 (z czasów obowiązywania w Wenecyi i Lombardyi prawa austryackiego).

Komentarze do ustawy karnej z r. 1852 pisali: Hye von Glunek: *Das österr. Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen von 27 Mai 1852*, Bd. I, 1855 (znakomite dzieło, szkoda że doprowadzone tylko do § 57 k. k.); Früwald: *Handbuch des österr. Strafgesetzes*, 4 wyd. 1867; i uzupełnienie tego dzieła p. t.: *Die Fortbildung des österr. materiellen Strafrechtes durch Gesetzgebung, Litteratur und Praxis in den letzten zehn Jahren*, 1866. Herbst: *Handbuch des allg. österr. Strafrechtes*, 2 Bände, 7 wyd. I, 1882, II, 1883).

[1] Wahlberg: *Gesammelte kleine Schriften.* 1875, 1877, 1882 (3 tomy).

[2] Glaser: *Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht*; 1858. *Kleine Schriften.* 2 wyd. 1883.

[3] Makarewicz: *Juristische Abhandlungen*, I, 1907.

143. Pierwszorzędną doniosłość dla literatury prawa

karnego austryackiego posiadają oprócz tego dwie kategorye wydawnictw, a mianowicie: 1) czasopisma i 2) zbiory orzeczeń Najwyższego Trybunału.

1. Czasopisma.

Z dawnych pism peryodycznych zasługują na uwagę: *Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit* (pod red. Wagnera), wydawana później pod zmienionym tytułem *Oesterr. Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft* (pod red. Kudlera i Tomaschka); Zeillera *Beiträge zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft*; *Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft*, wydawany od r. 1850 pod redakcyą prof. Haimerla i radcy sekcyjnego Passy'ego, a od r. 1858 zamieniony na *Oesterr. Vierteljahrschrift für Rechts- und Staatswissenschaft* (także pod redakcyą Haimerla); *Pratobevera's Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österr. Staaten*, tudzież pisma *Jurist* (pod red. Wildnera) i *Themis* (pod red. Wessely'ego). Specyalnie do krajów korony węgierskiej odnosiła się wychodząca od r. 1855 — 1860 pod redakcyą Petruski i Slavicka *Zeitschrift für Gesetzkunde und Rechtspflege.*

Z dziś wychodzących czasopism należy wymienić: *Allgemeine österr. Gerichts-Zeitung* (pismo to założone przez Stubenraucha, wychodziło potem przez długie lata pod redakcyą Nowaka, a obecnie redagowane jest przez Caumonta i Schreibera; — *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* (Grünhut); — *Juristische Blätter* (Schindler); — *Gerichtshalle* (Pisko i Breitenstein); — *Mitteilungen des deutschen Juristenvereines in Prag*, które to wydawnictwo już od dłuższego czasu nosi tytuł: *Juristische Vierteljahresschrift* (Ullmann, Frankl, Finger); — *Oesterr. Centralblatt für die juristische Praxis* (Geller); — wreszcie wychodzące od stycznia 1910 czasopismo Löfflera: *Oesterr Zeitschrift für Strafrecht.*

W czeskim języku wychodzą: *Právnik* (Heller, Otavsky, Lukaš) i *Sbornik věd právnich a státnich* (Rieger).

Z polskich czasopism: *Przegląd sądowy i administracyjny* (Till). *Czasopismo prawnicze i ekonomiczne* (Fierich od r. 1900), jako organ wydziału prawa i adm. uniw. krak. oraz Towarzystwa prawniczego i ekonomicznego w Krakowie.

2. Zbiory orzeczeń Najwyższego Trybunału.

W ich rzędzie na szczególną uwagę zasługują następujące wydawnictwa: *Sammlung strafr. Entscheidungen. des k. k. obersten Gerichts- und Kassationshofes, auf Veranstaltung von Julius Glaser, herausgegeben von Adler, Krall und Walther* (sięga do r. 1871, 3 tomy, 1873; — *Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. obersten Kassationshofes*, ogłaszane przez redakcyą czasopisma »*Allgem. österr. Gerichtszeitung*« (tomów 17, 1876 — 1899, Orzecz. nr. 1 — 2268), oraz nowa serya tego samego wydawnictwa z odrzuceniem w tytule wyrazu *Plenarbeschlüsse* (dotąd 12 tomów; Orzecz. nr. 2269—3621).

143 *bis.* Wreszcie zanotować należy dzieła poświęcone prawu karnemu administracyjnemu (Brockhausen: *Verwaltungsrechtliche und verwaltungspolitische Essays*, 1908), skarbowemu (Sládeček: *Das österr. Gefällstrafrecht*, 1903) i wojskowemu (Weisl: *Das Heeresstrafrecht.* Allgem. Teil, 1892. Besonderer Teil, 1905. Lelewer: *Grundriss des (österr.) Militärstrafrechtes*, 1909.

CZĘŚĆ OGÓLNA.

DZIAŁ I.

NAUKA O PRZESTĘPSTWIE.

DZIAŁ I.

Nauka o przestępstwie.

§ 34.

144. Wykład nauki o przestępstwie musi przedewszystkiem dać nam poznać samo pojęcie przestępstwa, ogół jego znamion istotnych, czyli t. zw. jego istotę *(essentia delicti)* oraz jego stosunek do innych pokrewnych mu pojęć (Tytuł I). Załatwiwszy się z tą kwestyą, zajmiemy się dokładnym rozbiorem każdego ze znamion, które wytwarzają wspomnianą wyżej istotę przestępstwa (Tytuł II). Wreszcie ostatnim tematem nauki o przestępstwie stanie się przegląd t. zw. postaci zasadniczych przestępstwa t. j. tych różnych kształtów, które przestępstwo może przyoblec, nie utracając natury gatunkowej, inaczej mówiąc, nie stawając się wskutek tego przestępstwem pewnego tylko szczególnego rodzaju (Tytuł III).

TYTUŁ I.

Pojęcie przestępstwa, jego istota, oraz jego stosunek do innych pokrewnych pojęć.

I. Pojęcie przestępstwa.

§ 35.

145. Pojęciem przestępstwa nazywamy uchwycenie przez nasz umysł wszystkich jego znamion istotnych. Do

tych ostatnich zaś zaliczamy te tylko rysy, których ogół stanowi wyłączną cechę przestępstwa. Powiadamy ogół, gdyż niektóre ze znamion istotnych przestępstwa, są także właściwe innym pokrewnym mu pojęciom, np. pierwiastek czynu zewnętrznego należy do istoty nietylko przestępstwa, lecz i bezprawia cywilnego.

II. Istota przestępstwa (essentia delicti).

§. 36.

146. Istotą przestępstwa jest ogół znamion, stanowiących treść jego pojęcia. Różnica między pojęciem a istotą przestępstwa jest więc czysto formalna. Pierwszy termin oznacza podmiotowo to samo, co przedmiotowo ma wyrażać drugi. Jeżeli mamy na myśli uchwycenie przez nasz umysł wszystkich znamion istotnych przestępstwa, to mówimy o jego pojęciu. Jeżeli zaś owe znamiona odrywamy od osoby, która je poznaje, i uważamy za materyał, stanowiący treść pojęcia przestępstwa; to wtedy ich ogół nazywamy istotą przestępstwa.

147. Terminu istota przestępstwa *(essentia delicti)* nie należy brać za jedno z używanym w procedurze karnej terminem łacińskim *corpus delicti*. Ten ostatni oznacza ogół śladów materyalnych zarzucanego oskarżonemu przestępstwa, to, co autorowie XVI wieku[1] nazywali *evidentia delicti commissi* (np. ciało zamordowanego, odbite zamki, wyłamane drzwi). a co następnie rozciągnięto na całą t. zw. *veritas vel liquidatio delicti commissi* t. j. na wszelkie poszlaki, dające sędziemu podstawę materyalną do ustalenia przedmiotu i natury popełnionego przestępstwa.

Jak widzimy więc, to zachodzi różnica zasadnicza między tem, co prawo karne materyalne nazywa istotą

przestępstwa, a tem, co w języku proceduralnym zowie się *corpus delicti*. Pewien jednak zamęt w sprawie używania obu tych terminów wprowadziła ta okoliczność, że kryminaliści niemieccy za przykładem Kleina (*Grundsätze des peinlichen Rechts*, 1796) uznali za właściwe oznaczać oba te pojęcia wspólnym terminem *Thatbestand des Verbrechens*[2]. Aczkolwiek i u nas Romuald Hube poszedł pod tym względem za wzorem autorów niemieckich, to jednak posiadamy na każde z powyższych pojęć osobną nazwę[3]. Na oznaczenie *essentiae delicti* używamy wyrazu istota przestępstwa, a *corpus delicti* w rozumieniu proceduralnem przyjęto u nas powszechnie nazywać istotą czynu albo istotą uczynku[4] lubo o wiele trafniej wyrażałby to ostatnie pojęcie stary polski termin lico przestępstwa.

[2] Pierwszy użył terminu *corpus delicti* Farinacius: *Praxis et theoria criminalis*, Lib. I, tit. 1, qu. 1. nr. 6. qu. 2. nr. 1, 2.

[3] Birnbaum: *Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Thatbestand in criminalrechtlichem und procesualischem Sinne* (Archiv d. Cr. R. 1825, str. 493). Przeciwko używaniu tego terminu w prawie karnem mater. patrz Schütze: *Nothwendige Theilnahme*, str. 11, oraz jego *Lehrbuch*.

[3] Hube: *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, str. 226.

[4] Budziński: *Wykład*, str. 65.

148. Istotę przestępstwa przyjęto dzielić: 1) na ogólną i szczególną; 2) na podmiotową i przedmiotową.

Pierwszy podział znajduje się w związku z podziałem pojęcia przestępstwa na gatunkowe i rodzajowe. Odpowiednio do tego istotą ogólną przestępstwa nazywają się znamiona, bez których nie moglibyśmy sobie wyobrazić żadnego przestępstwa; szczególną zaś — znamiona, które cechują pewien oznaczony rodzaj przestępstwa, np. morderstwo lub kradzież. Tę ostatnią dzielą jeszcze zwykle na prawną i faktyczną, pojmując przez pierwszą ogół koniecznych znamion danego przestępstwa (t. z. *essentia-*

lia seu substantialia delicti), przez drugą zaś—znamiona, które, nie należąc do poprzedzających, stanowią podstawę bądź normalnej *(naturalia delicti)*, bądź niższej lub wyższej karygodności *(accidentalia delicti)* danego przestępstwa [1].

Drugi podział odpowiada dwom stronom, które przedstawia każdy czyn ludzki, a więc i przestępstwo, a mianowicie jego stronie wewnętrznej i zewnętrznej. Istota podmiotowa obejmuje znamiona, które, ze względu na wolę i świadomość jego sprawcy, muszą cechować bądź każde przestępstwo, bądź pewien szczególny jego rodzaj; istota przedmiotowa obejmuje znamiona, które muszą je cechować ze względu na działalność zewnętrzną jego sprawcy i na skutek przez nią osiągnięty. Widzimy więc, że zarówno istota przestępstwa podmiotowa, jak i przedmiotowa, może być ogólną lub szczególną. Zbytecznem byłoby wykazywać, że każda z nich jako szczególna, może także przedstawić się w postaci prawnej lub faktycznej [2].

[1] Wyjaśnijmy to na przykładzie kradzieży. W skład istoty prawnej tego przestępstwa wchodzą w myśl § 171 kod. austr. *a)* zabór cudzej rzeczy ruchomej, *b)* dla własnej korzyści, *c)* z posiadania drugiego, *d)* bez jego zezwolenia. Istotę zaś faktyczną kradzieży stanowić będą z jednej strony wszystkie znamiona, czyniące ją zbrodnią (§§ 173 — 176, patrz także § 178) lub przekroczeniem (§§ 460 i 463); z drugiej zaś strony wszystkie znamiona, podnoszące lub obniżające jej karygodność, np. popełnienie jej nocną porą (§ 180) lub też z przyczyny dotkliwej nędzy (§ 46, f).

[2] Tak np. zabór cudzej rzeczy ruchomej z posiadania drugiego należeć będzie do prawnej istoty przedmiotowej kradzieży, podczas gdy w skład jej faktycznej istoty przedmiotowej wejdzie jej dokonanie nocną porą. Co się tyczy zaś istoty podmiotowej kradzieży, to pragnienie własnej korzyści przedstawia jej postać prawną, a popełnienie kradzieży pod wpływem dotkliwej nędzy oznaczać będzie w danym przypadku jej postać faktyczną.

149. Obecnie mamy zająć się wyłącznie istotą ogólną

przestępstwa. Rozbiór bowiem znamion, cechujących różne postaci rodzajowe przestępstwa należy do wykładu części szczególnej prawa karnego.

Na zapytanie, czem jest przestępstwo, możemy dać dwojaką odpowiedź: *a)* ze stanowiska prawa pozytywnego *(de lege lata)* i *b)* ze stanowiska prawa, czyniącego zadosyć wymaganiom naszego rozumu, czyli ze stanowiska idei prawa *(de lege ferenda)*.

Z pierwszego stanowiska nazwiemy przestępstwem każdy czyn, uznany przez ustawy danego państwa za karygodny. Z drugiego — nazwiemy przestępstwem tylko taki czyn, który, będąc uznany przez ustawy danego państwa za karygodny, nosi na sobie zarazem wszystkie inne znamiona działań, mających według wymagań naszego rozumu podlegać władzy karzącej państwa.

150. Aby więc dowiedzieć się, czy dany czyn stanowi przestępstwo *de lege lata*, trzeba tylko przejrzeć ustawy danego państwa i zobaczyć, ażali uważają go one za karygodny. Przy tem jest rzeczą najzupełniej obojętną, kto spełnił ten czyn, jaką jest jego postać, oraz komu i jaką wyrządził on szkodę. Tak w Persyi, według ustawodawstwa Zoroastra, przestępstwem mógł być także czyn, spełniony przez zwierze [1], w Rzymie za panowania *legis Quisquis* już sama myśl spełnienia obrazy majestatu stanowiła tę zbrodnię [2] a herezya dopiero w nowszych czasach znikła z kodeksów karnych państw cywilizowanych.

[1] Krzymuski: *O odpowiedzialności karnej zwierząt*, 1882, str. 11. Por. niżej nr. 275, dop. 1.

[2] l. 5 C. IX, 8 (ad leg. Jul. maj.).

151. Inaczej ze stanowiska idei prawa. Rozum nasz nie może uważać za przestępstwo każdego czynu, uznanego za karygodny przez ustawy tego lub owego państwa. Pochodzi to stąd, że rozum nasz jest nietylko organem,

posiadającym zdolność spostrzegania zjawisk świata moralnego i łączenia ich w pewne kategorye, ale także instancyą, powołaną do wydawania sądu o tem, czy to lub owo z tych zjawisk znajduje się w zgodzie z prawami, które mają rządzić światem moralnym. Wiadomo, że prawa te nie zniewalają, lecz tylko zobowiązują naszą wolę do posłuszeństwa. Tem się też tłómaczy, że niestety na widowni świata moralnego zbyt często trafiają się wydarzenia, znajdujące się w sprzeczności z jego prawami. Rozum nasz posiada niewątpliwie zdolność poznawania tych praw. Dzięki temu potrafi on zjawiskom pozytywnym świata moralnego przeciwstawiać jego zjawiska idealne i ze stanowiska tych ostatnich oceniać stopień, w jakim pierwsze utrzymują się w zgodzie ze wspomnianemi wyżej prawami.

W odniesieniu więc do przestępstwa jest całkiem uzasadnione pytanie, jakie mają być jego znamiona z punktu widzenia tych idealnych urządzeń prawa, które rozum nasz przeciwstawia jego instytucyom pozytywnym, jako wymagania *legis ferendae* artykułom *legis latae.*

152 *A.* Przedewszystkiem przestępstwem może być tylko czyn zewnętrzny człowieka. Z przestępstwem bowiem mają być powiązane pewne skutki z woli prawa, a panowaniu tego ostatniego świat naszych myśli, wyobrażeń i uczuć, sam przez się, nigdy podlegać nie powinien. Przyczyną tego jest nietylko ta okoliczność, że tego, co się ukrywa w głębi naszego ducha, sędzia najczęściej nie potrafi zbadać dokładnie, ale w pierwszym rzędzie rzecz ta znajduje swoje wytłómaczenie w samej naturze czynów wewnętrznych, a mianowicie w tej ich właściwości, że nie rodzą one potrzeby ścieśniania w drodze przymusu wolności nikogo na rzecz wolności wszystkich. Dopóki bowiem człowiek zamyka się w samym sobie, to nie zachodzi obawa, aby kiedykolwiek jego dążenia i cele mogły stać się zaporą dla cudzych dążeń i celów. Polot myśli choćby najśmielszy u jednego człowieka nie potrafi pod żadnym względem ograniczać wolności innych ludzi. Tu więc nie ma żadnego pola dla rządów prawa, nie ma tej wolności indywidualnej, którą należy ścieśniać w interesie wolności wszystkich. Przeciwnie wolność wszystkich wymaga, aby prawo nie mieszało się do naszego wnętrza i nie zapominało o tem, że *cogitationis poenam nemo patitur.*

153. *B.* Druga istotna cecha każdego przestępstwa polega na tem, że musi ono sprzeciwiać się prawu[1]. Z przestępstwem bowiem wiąże się kara, a prawo samo przez się chcieć kary nie może. Prawo i kara — to w zasadzie dwie antytezy. Pierwsze zapewnia każdemu człowiekowi ochronę tych interesów, w zakresie których druga wyrządza uszczerbek przestępcy. Prawo stoi na straży życia, wolności i mienia każdego obywatela; kara zaś oddaje zbrodniarza w ręce kata, osadza go w więzieniu, nakłada na niego grzywny. Rzecz jasna wobec tego, że prawo samo przez się nie może żądać kary. Pomimo to jednak kara jest niewątpliwie instytucyą prawa i tylko w jego imieniu państwo wymierza ją na przestępcę. Dowodzi to, że kara, nie mogąc być następstwem tego, czego prawo żąda bezpośrednio, musi być skutkiem tego, co się sprzeciwia jego woli. Innemi słowy, kara jest koniecznością, której domaga się prawo, lecz której ono wytwarzać nie może. Wytwarzać ją może tylko osoba, mająca być ukarana, popełniwszy czyn, sprzeciwiający się prawu i zniewalający państwo, aby w imię prawa rozwinęło przeciwko niej działalność represyjną. W tem tylko znaczeniu Kant miał słuszność, gdy twierdził, że przestępca sam sobie karę na kark narzuca, oraz Hegel, gdy utrzymywał, że państwo, karząc przestępcę, czyni zadosyć jego woli rozumnej.

[1] Hold Ferneck: *Die Rechtswidrigkeit* I, 1903. Graf zu

Dohma: *Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen*, 1905,

154. Z tego, że każde przestępstwo musi być czynem bezprawnym, nie wynika jednak bynajmniej, iżby każde bezprawie miało posiadać kwalifikacyą do tego, aby je państwo ze stanowiska idei prawa mogło uważać za przestępstwo. Tu mianowicie trzeba zawsze pamiętać, że kara sama przez się posiada wartość ujemną i że jak każde *malum*, tak i ona może uchodzić za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile okaże się konieczną (por. wyżej nr. 80). Konieczną zaś okaże się ona nie w odniesieniu do wszystkich bezprawi, lecz tylko w odniesieniu do takich, które znajdować się będą w sprzeczności ze szczególnie ważnemi interesami życia społecznego. Prawo, jak wiadomo, powołane jest do stania na straży różnych interesów ludzkich. Interesa te rodzi życie, a w miarę jak ten lub ów z nich staje się przedmiotem ochrony ze strony prawa, podnosi się on do rzędu interesu prawnego. Znaczy to, że stosunek, do którego przedtem tylko osoby, bezpośrednio nim dotknięte, przywiązywały jakąś dodatnią lub ujemną wagę, nabiera znaczenia dla samego prawa, które pod tym względem solidaryzuje się z owymi osobami i uważa zawiązanie tego stosunku za rzecz pożądaną, względnie niepożądaną, dla niego samego, jako stróża porządku społecznego. Jako przykład zacytujmy interes dłużnika, aby wierzyciel nie wyzyskiwał jego nieszczęśliwego położenia ekonomicznego, celem wydobycia od niego zbyt wygórowanych procentów. W Austryi między rokiem 1868 a 1877 interes ten nie uchodził za prawny. Czy dłużnik potrafił lub nie ochronić się od wskazanego wyżej wyzysku ze strony wierzyciela, uważało się za kwestyą, obchodzącą tylko stosunki majątkowe pierwszego. Całkiem inne stanowisko zajęło pod tym względem prawo austryackie w ustawie z 19 lipca 1877 »O środkach zaradczych przeciwko nieuczciwemu postępowaniu przy umowach o pożyczki« wydanej dla Galicyi i Bukowiny (Dz. u. p. 66) a w cztery lata później w podobnej ustawie z 28 maja 1881, wydanej dla wszystkich krajów, reprezentowanych w Radzie Państwa austryackiej (47 Dz. u. p.). W myśl tych ustaw prawo austryackie uznało, że omawiany tu interes dłużnika posiada tak wielką wagę dla całego porządku społecznego, że zasługuje na to, aby prawo wzięło go pod swoją ochronę i jego naruszenie traktowało jako rzecz niezgodną z widokami samego prawa. Tymto sposobem interesa życia ludzkiego przekształcają się w interesa prawne.

155. Nie wszystkie interesa jednak, któremi prawo uznało za właściwe się opiekować, posiadają jednakową wartość. Inną wagę posiada np. bezpieczeństwo życia lub ciała, a inną znów bezpieczeństwo wolności lub mienia. Oprócz tego trzeba i na to zwócić uwagę, że ochrona jakiegoś interesu nie wymyga bynajmniej, aby prawo miało przywiązywać jednakowe znaczenie do różnych sposobów jego naruszenia. I pod tym względem prawo idzie za wskazówkami rzeczywistych potrzeb życia i z uwagi na nie, obojętną nie jest dla niego kwestya, w jaki sposób naruszono odnośny interes. Zacytujmy jako przykład bezpieczeństwo własności. Narusza je i nierzetelny dłużnik, i wierzyciel, dopuszczający się lichwy, i złodziej, zabierający cudzą rzecz z posiadania drugiego. A jednak w każdym z tych trzech przypadków naruszenie bezpieczeństwa własności posiadać będzie dla prawa inną doniosłość, a to głównie z tego powodu, że łatwiej jest każdemu uchronić się od uszczerbku majątkowego przez odmówienie drugiemu pożyczki, niż przez niezaciągnięcie w razie potrzeby długu lichwiarskiego, a już najtrudniej jest każdemu strzedz swojego mienia przed złodziejem. Prawo musi jeszcze brać wiele innych względów w rachubę, przy sprawowaniu opieki nad interesami naszego życia. Bywają np. interesa, które wprawdzie obchodzą całe społeczeń-

stwo i posiadają pierwszorzędną doniosłość dla prawa, a jednak pomimo to mogą korzystać z jego ochrony tylko w bardzo szczupłym zakresie. Przyczyna tego tkwi w tej okoliczności, że zbyt energiczna działalność prawa w obronie tych interesów mogłaby raczej im szkodzić, niż je popierać. Pomyślmy tylko o interesie, który się wiąże z wyznawaniem przez opinią publiczną pewnych poglądów religijnych, moralnych lub nawet filozoficznych (przyjmowanie wolności woli). Jeżeli dzisiaj w państwach cywilizowanych prawo odstąpiło od dawnego systemu powoływania przed swój trybunał występów naukowych, skierowanych ku podkopywaniu w społeczeństwie powagi choćby tych wierzeń i zasad, które uchodzić muszą za najzdrowszy pokarm duchowy narodu, to przypisać to należy jedynie tej okoliczności, że prawo przekonało się, że znajdujące się w jego rozporządzeniu środki represyjne byłyby najniewłaściwszą bronią przeciwko wspomnianym wyżej zamachom na tego rodzaju interesa naszego życia[1].

[1] Por. Merkel: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 1889. str. 11. Por. także Stooss: *Lehrbuch des österr. Strafrechts*, 1910, str. 21, 69.

156. Z tego, co wyłożyliśmy wyżej, wypływa, że prawo musi przywiązywać odmienną wagę nietylko do różnych interesów, znajdujących się pod jego ochroną, ale także do różnych zamachów na warunki, które im sprzyjają. Stanowisko prawa wobec tej kwestyi zmienia się z biegiem czasu i w miarę tego lub owego stopnia cywilizacyi danego społeczeństwa. Bez względu jednak na ewolucyą historyczną, której to stanowisko podlega, tem się ono w każdej chwili i u każdego narodu odznacza, że prawo układa czyny, które mu się sprzeciwiają w pewne kategorye i uważa za przestępstwa te tylko z nich, które naruszają szczególnie ważne interesa danego społeczeństwa i to w sposób taki, że z jednej strony, żadne inne środki natury prewencyjnej lub nawet represyjnej nie mogłyby

wystarczać państwu do należytego zabezpieczenia od nich społeczeństwa, z drugiej zaś — że nie co innego, lecz właśnie kara jest narzędziem, które, użyte umiejętnie przez państwo, może służyć za skuteczną broń przeciwko w mowie tu bedącym, za przestępstwa uznawanym bezprawiom.

Słowem, kwalifikacyi do tego, aby stawać się przestępstwem, nie będzie posiadało każde bezprawie, lecz mieć ją będzie tylko bezprawie, stawiające państwo w konieczności chronienia od niego społeczeństwa za pomocą kary.

157. *C.* Powiedzieliśmy, że prawo samo przez się żądać kary nie może, a jednak, że tylko z jego woli ma ona spotkać osobę, która przez swoje przestępstwo postawiła państwo w konieczności wymierzenia na nią kary. Stąd zaś należy wysnuć tę naukę, że prawo o tyle tylko będzie mogło upoważniać państwo do uważania jakiegoś bezprawia za karygodne, o ile przed popełnieniem tego ostatniego państwo rozwinęło przeciwko niemu przynajmniej tę działalność prewencyjną, której narzędziem stać się może kara. Jeżeli bowiem państwo nie postarało się nawet o to, aby obawą kary powstrzymywać kogokolwiek od jakiegoś bezprawia; to czyż wtedy o tem ostatniem będzie można powiedzieć, że jego sprawca zniewolił państwo do wymierzenia na niego kary? W tym przypadku nie sprawca bezprawia, lecz samo państwo wytworzyłoby konieczność kary, a to znów sprzeciwiałoby się istocie prawa, które ma być duszą państwa. Ze stanowiska też idei prawa, aby kara mogła uchodzić za konieczną, a więc za uzasadnioną, w odniesieniu do osoby, która popełniła jakieś bezprawie, trzeba, aby państwo nie mogło sobie wyrzucać, że już przedtem nie było użyło przeciwko temu bezprawiu kary, jako środka prewencyjnego. Od tego wyrzutu zaś wolne będzie państwo wtedy tylko, jeżeli, zanim osoba, mająca być ukarana, dopuściła się od-

nośnego bezprawia, państwo w drodze prawodawczej już uznało to ostatnie za przestępstwo t. j. za czyn, mający sprowadzać karę na swojego sprawcę.

Otóż i mamy trzecią istotną cechę każdego przestępstwa. Jest nią pierwiastek bezprawia, uznanego przez prawodawcę za karygodne przed jego spełnieniem.

158. *D.* Wreszcie nie wystarcza jeszcze dla przestępstwa, aby było czynem zewnętrznym, bezprawnym i obłożonym karą przez prawodawcę, zanim go popełniono. Trzeba oprócz tego, aby jego sprawca mógł uchodzić nietylko za fizyczną, lecz i za moralną jego przyczynę. Wypływa to z natury prawa, jako normy, narzucającej swoje rządy nie temu, co w myśl konieczności fizycznej stawać się musi, lecz temu, co w myśl idei obowiązku stawać się powinno. Człowiek podlega panowaniu prawa tylko o tyle, o ile jest zdolny do spełniania obowiązków, które na niego prawo nakłada. Zdolność ta zaś tkwi we władzy pojmowania tych obowiązków i wybierania między postępowaniem, które się z niemi zgadza, a tem, które je narusza. Jest to t. zw. autonomia woli, dzięki której człowiek nie występuje jako narzędzie, pozbawione samodzielności, i poruszane niewolniczo jakąś obcą siłą, lecz jako istota, która w samej sobie znajduje przyczynę swoich postępków, — która umie odróżnić to, co czynić powinna, od tego, co się jej obowiązkom sprzeciwia i potrafi także stosownie do swojej dobrej lub złej woli dawać przewagę bądź pobudkom, które ją do pierwszej drogi przyciągają, bądź tym, które ją zachęcają do drugiej. W rzędzie tych pobudek dla naszej kwestyi istotne znaczenie mają tylko motywa, które danem jest prawu wytwarzać w kierunku powstrzymywania ludzi od przestępstw. Tylko człowiek, obdarzony zdolnością brania w rachubę tych motywów, w przeciwstawieniu do innych, z odmiennego źródła płynących i do odmiennego też postępowania skłaniających

go pobudek, a oprócz tego obdarzony także władzą rozporządzania swoją wolą w sposób zawisły tylko od jego własnego sądu o tem, czy powinien poddać się prądowi pierwszych, czyteż iść raczej za podszeptem drugich pobudek, — tylko taki człowiek uchodzić może w obliczu prawa za zdolnego do popełnienia przestępstwa, inaczej mówiąc, za zdolnego do tego, aby za nie odpowiadać.

To mając na myśli, powiadamy, że czwartą istotną cechą każdego przestępstwa jest pierwiastek bezprawia zawinionego.

159. Streśćmy teraz ogólny rezultat tego, co pod nr. 152—158 wyłożyliśmy o istocie ogólnej przestępstwa. Z punktu widzenia idei prawa w skład tej istoty wchodzić muszą cztery następujące pierwiastki:

1. Czyn zewnętrzny *(cogitationis poenam nemo patitur)*.

2. Bezprawie szczególnie kwalifikowane, a mianowicie przedstawiające dla interesów, które znajdują się pod ochroną prawa, tak wielkie i tego rodzaju niebezpieczeństwo, że stwarza ono dla państwa konieczność zabezpieczania od niego społeczeństwa za pomocą kary *(nullum crimen sine iniuria)*.

3. Bezprawie, uznane przez prawodawcę za karygodne przed jego popełnieniem *(nullum crimen sine lege poenali)*.

4. Bezprawie zawinione t. j. posiadające w osobie swojego sprawcy nietylko swoją fizyczną, lecz i swoją duchową przyczynę, *in maleficiis voluntas spectatur non exitus)*.

Na tej podstawie możemy określić przestępstwo, jak następuje:

Przestępstwem jest czyn zewnętrzny człowieka, w wyższym stopniu sprzeciwiający się prawu i z tego też powodu zabroniony przez nie pod groźbą kary, ale tylko o tyle, o ile jego

spełnienie można poczytać jego sprawcy za winę[1].

[1] Czynów niezawinionych prawo nie może zabraniać, choćby miały one być najszkodliwsze dla interesów, znajdujących się pod jego ochroną. Co do tych czynów prawo ograniczać się musi do takich zarządzeń, któreby materyalnie zabezpieczały od nich odnośne dobra. Zacytujmy jako przykład niebezpiecznego waryata. Prawo nie może zabraniać mu niczego, lecz powinno tylko postarać się o to, aby miał on sobie zapewnione takie warunki egzystencyi, iżby faktycznie wybryki jego nie mogły być szkodliwemi. Tylko o tyle, o ile jakiś czyn, niezawiniony po stronie jego sprawcy fizycznego, może uchodzić za zawiniony po stronie drugiej osoby (np. matka pozwoliła dziecku bawić się rewolwerem, co stało się przyczyną śmierci innego człowieka) rzeczą będzie prawa wpływać na wolę tej drugiej osoby zapomocą odpowiednich nakazów lub zakazów, względnie nawet występować w tym celu z pogróżkami karnemi.

III. Stosunek przestępstwa do innych pokrewnych mu pojęć.

§ 37.

160. Do pojęć pokrewnych przestępstwu należy zaliczyć: *A)* działania sprzeciwiające się moralności; *B)* działania zabronione przez religią; *C)* inne gatunki bezprawia.

A. Stosunek przestępstwa do działań niemoralnych. Światem praktycznym t. j. sferą dowolnego postępowania ludzkiego rządzą, obok norm prawa, także reguły etyki. Etyka ma się do prawa z jednej strony jak całość do części, z drugiej zaś—jak przepis, wiążący wolę ludzką tylko za jej zgodą, do przepisu, który ją wiąże choćby przymusowo.

Ustawodawstwem moralnem, czyli etycznem, nazywamy ogół prawideł, nakładających na nas obowiązek dążenia wspólnemi siłami do spełniania wszystkich rozumnych zadań naszego życia. Prawidła te żądają od nas przedewszystkiem, abyśmy conajmniej zapewniali sobie wzajemnie te warunki współistnienia, bez których nie mo

glibyśmy łączyć się między sobą w organizmy społeczne, które jedne tylko mogą nam pozwolić na ową wspólną pracę w kierunku osiągania wszystkich rozumnych naszych celów. Tylko żądania tej ostatniej minimalnej miary stanowią treść przepisów prawa. Ze względu na to, obowiązki, które prawo na nas nakłada, tworzą tylko część naszych powinności moralnych i tem się też tłómaczy, że, podczas gdy nie każdy czyn niemoralny mógłby uchodzić za bezprawny, to niewątpliwie każde bezprawie *de lege ferenda* uznać by trzeba za przewinienie przeciwko powinnościom moralnym.

Dodaliśmy, że moralność ma się do prawa jak przepis, wiążący wolę ludzką tylko za jej zgodą, do przepisu, który ją wiąże choćby przymusowo. Znajduje to swoje wyjaśnienie w tej okoliczności, że wolność stanowi najprzedniejsze i najdroższe dobro etyczne każdego człowieka. Jest ona dla naszej natury duchowej tem, czem powietrze — dla naszego organizmu fizycznego. Bez niej musiałby runąć cały świat moralny, gdyż człowiek nie miałby wtedy odpowiedniej zdolności, aby dobrowolnie poddawać się ustawodawstwu tego świata, a tylko dobrowolne spełnianie jego przykazań może posiadać rzeczywistą wartość etyczną (por. wyżej nr. 27 i 28). Według innej miary ocenia prawo wartość działań zgodnych z jego normami. Jakąż to bowiem rolę spełnia prawo na widowni świata moralnego? Ideałem etycznym dla każdego człowieka musi być, jak powiedzieliśmy, zachowanie jaknajdalej idącej wolności postępowania. Osiągnięciu jednak tego ideału stoją na przeszkodzie warunki zewnętrzne naszego życia. Wskutek tych ostatnich mianowicie wolność każdego człowieka narażona jest co chwila na rozbijanie się o wolność innych ludzi oraz o tamy, jakie jej stawiają żywioły przyrody materyalnej. To właśnie sprawia, że obowiązkiem moralnym każdego człowieka powinno być dokładanie wszelkich starań, aby owo ścieśnienie jego wolności, wypływające z naturalnego biegu rzeczy, uczynić

najmniej dotkliwem. Obowiązek ten spełniamy, uznając nad sobą panowanie prawa. Ścieśnia ono wprawdzie wolność zewnętrzną każdego osobnika, ale tylko dla tego, aby 1) dać innym ludziom możność zachowania przy niej swojej wolności i aby 2) uchronić każdego człowieka od większych jeszcze ścieśnień, któreby musiały spotkać jego wolność za obrębem porządku prawnego. Tylko w granicach obu powyższych względów prawo, ścieśniając moją wolność, działa w jej własnym interesie i wskutek tego nie jest zamachem na nią, lecz jej tarczą. Tylko też w obrębie tych granic panowanie prawa uznać należy za instytucyą zgodną z postulatami etyki. Wszelka reguła, którąby poza tym obrębem chciała w drodze przymusu krępować wolność naszego postępowania, nie mogłaby uchodzić za normę prawa już z tego powodu, że musiałaby znaleść się w niezgodzie z ustawodawstwem moralnem naszego życia. Wobec tego jasną jest rzeczą, że w myśl powyższego ustawodawstwa tylko czyny przeciwne obowiązkom, które prawo nakłada, mogą narażać ich sprawców na pewne ścieśnienie w drodze przymusu tej ich wolności, jaką im prawo zapewnia pod warunkiem, że ze swojej strony zechcą uznawać nad sobą jego panowanie[1].

[1] Wypada jeszcze wyjaśnić dlaczego, skoro ze stanowiska idei prawa każde przestępstwo jest czynem niemoralnym, przyjęto powszechnie tylko niektóre przestępstwa zaliczać specyalnie do rzędu czynów, przeciwnych moralności. Oczywiście, że temu ostatniemu terminowi nadajemy wtedy o wiele ciaśniejsze znaczenie. Oznaczamy nim tylko pewną kategoryą przepisów, wchodzących w skład całkowitego systemu prawideł etyki, te mianowicie, które normują sposób, w jaki ze względu na naszą godność powinniśmy zaspakajać potrzeby i pożądania naszej natury zmysłowej. Otóż pewien minimalny zakres obowiązków, które te przepisy nakładają, wchodzi w skład powinności, których spełniania żąda prawo pod groźbą kary i czyny, które właśnie te powinności naruszają, nazywamy przestępstwami przeciwko interesom moralnym naszego życia. Patrz k. k. cz. II, rozdz. XIII. *(Von Vergehen und Uebertretungen gegen die öffentliche Sittlichkeit).*

161. *B.* Stosunek przestępstwa do działań przeciwnych religii. Przykazania religijne tem się istotnie różnią od prawideł etyki i od norm prawa, że porządkują stosunki naszego życia, nie ze względu na nasze potrzeby doczesne, lecz z uwagi na nasze cele zagrobowe. Pamiętanie o tych celach odpowiada niewątpliwie istotnej potrzebie naszej natury i dlatego to w pewnym zakresie, a mianowicie o tyle, o ile obowiązki, które nakłada na nas religia, dla zapewnienia nam szczęścia zagrobowego, służyć także mogą naszym interesom doczesnym, schodzą się one z postulatami etyki i jako takie znajdować się mogą pod ochroną prawa. Wprawdzie ze stanowiska etyki wyznawanie przez człowieka tych lub innych wierzeń religijnych musi być kwestyą obojętną. Nie będzie ona mogła jednak powstrzymać się od tego, aby nie żądać od każdego człowieka, iżby z jednej strony ze względu na swoją godność ludzką uznawał nad sobą Istotę Boską i czcił Ją w jakikolwiek sposób, byle nie obrażający dobrych obyczajów, — z drugiej zaś strony, aby ze względu na poszanowanie, jakie się należy wolności sumienia, nie obrażał cudzych przekonań religijnych. Wspomniane wyżej wymagania etyki posiadają nawnet tak wielką doniosłość dla naszych interesów doczesnych, że niektóre z obowiązków, które one na nas nakładają, bierze prawo pod swoją ochronę i żąda ich spełniania pod groźbą kary. Czyny, które tego rodzaju obowiązki naruszają, przyjęto zaliczać do przestępstw przeciwko interesom religijnym naszego życia. Kodeks austryacki karze jako zbrodnię publiczne rozkrzewianie niewiary (§ 122, *d)*[1] i niektóre cięższe przypadki obrazy religii (§ 122, *a*, *b).* Inne lżejsze przypadki powyższej obrazy (§ 303) tudzież rozkrzewianie sekty religijnej przez rząd niedozwolonej (§ 304) zalicza on do występków przeciwko spokojowi i porządkowi publicznemu (§ 278, *e*, *f).*

[1] Przed ustawą z 25 maja 1868 (dz. u. p. 49) kodeks austr. uważał także za zbrodnię nakłanianie chrześcijanina do odstępstwa od wiary chrześciańskiej (§ 122, *c*) tudzież rozsiewanie nauki sprzeciwiającej się tej wierze (§ 122, d, *in fine*). Odnośne przepisy kodeksu karn. uchylone zostały w myśl art. VII. cytowanej wyżej ustawy.

162. *C.* Stosunek przestępstwa do innych gatunków bezprawia. Wiadomo, że nie każde bezprawie uznane być może *de lege ferenda* za przestępstwo (p. wyżej nr. 154—156). Obok więc bezprawi, które posiadają potrzebną do tego kwalifikacyą, są takie, którym ona nie dopisuje. Wszystkie bezprawia tego drugiego rodzaju przyjęto oznaczać ogólnym terminem bezprawia cywilnego i przeciwstawiać je przestępstwu, jako bezprawiu kryminalnemu. Powstaje pytanie, czy oprócz różnicy, tkwiącej w skutkach tych bezprawi, a mianowicie w tem, że przestępstwo ściąga na swojego sprawcę karę, a bezprawie cywilne — tylko obowiązek wynagrodzenia szkody, można wyśledzić między temi bezprawiami bardziej istotną różnicę, t. j. taką, którąby dotykała już nietylko ich skutków, lecz samej ich treści.

Odpowiedź na to pytanie i przegląd najwybitniejszych poglądów, które co do tej kwestyi znalazły wyraz w naszej nauce, najwłaściwiej będzie umieścić dopiero przy szczegółowym rozbiorze istoty przestępstwa, a mianowicie, gdy przyjdzie kolej na dokładne określenie drugiego jej pierwiastku t. j. działania, sprzeciwiającego się prawu[1].

[1] Patrz niżej Tyt. II, rozdz. II, § 43.

TYTUŁ II.

Rozbiór szczegółowy czterech pierwiastków, wytwarzających istotę przestępstwa.

ROZDZIAŁ I.

Pierwiastek czynu zewnętrznego[1].

I. Znaczenie czynów wogóle i ich stosunek do faktów i działań. Czyny wewnętrzne i zewnętrzne. Podział tych ostatnich na zwiastujące i urzeczywistniające, na dopuszczenia i zaniechania.

§ 27.

163. Czynem wogóle nazywa się wszelki przejaw życia danego jestestwa, wytworzony przez jego wolę, jako władzę psychologiczną wprawiania w ruch odpowiednich jego organów. Taką władzę psychologiczną posiadają wszystkie jestestwa świata zwierzęcego, z czego wynika, że czyny spełniać mogą nietylko ludzie, lecz i zwierzęta.

Od czynów różnią się z jednej strony fakta, z drugiej — działania. Faktem nazywamy wszelką zmianę na widowni świata zewnętrznego, a więc i przejawy życia danego jestestwa, wytworzone niezależnie od jego woli n. p. śmierć człowieka, wskutek udaru sercowego. Do rzędu działań zaś zaliczamy nie wszystkie czyny, lecz pewną ciaśniejszą ich kategoryę, a mianowicie takie tylko czyny, które uchodzić mogą za wytwór woli danego jestestwa, jako jego władzy, już nietylko wprawiania w ruch odpowiednich jego organów, ale także rządzenia się przy spełnianiu tej funkcyi pewnemi prawidłami postępowania i wybierania między drogą, która odpowiada tym prawidłom, a tą, która im się sprzeciwia (por. wyżej nr. 15—18). Wolę w tem jej drugiem, już nie wyłącznie psychologicznem, lecz i etycznem rozumieniu, przyjęto powszechnie przy-

znawać tylko ludziom. Widzimy stąd, że podczas kiedy czyny mogą być nietylko ludzkie, ale i zwierzęce; to działania spełniać może tylko człowiek.

W rozdziale niniejszym zająć się mamy wyłącznie bliższym rozbiorem pojęcia czynu, jako przejawu życia, wytworzonego przez wolę człowieka. Co się tyczy bowiem faktów, to one same przez się nie mogą obchodzić prawa, a pojęcie działania stanie się przedmiotem naszych badań dopiero przy rozbiorze winy, jako czwartego pierwiastku, wchodzącego w skład istoty przestępstwa.

[1] Patrz wyżej nr. 152. Hälschner: *Gem. Strafrecht* I, 185; Liszt: *Lehrbuch*, I, 115 (9 wyd., 1898); Zitelmann: *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, str. 25; Lammasch: *Handlung und Erfolg (Grünh. Zeitschr.* IX, 221, 1882); *Grundriss des Strafrechts*, 1899, str. 21; Janka: *Oest. Strafrecht*, str. 57 (4 wyd. 1902); Finger: *Oest. Strafrecht*, I, 196 (wyd. 1902).

164. Czyny spełnia człowiek, wprawiając przez swoją wolę w ruch odpowiednie swoje organy. Wśród organów, których poruszenia zależą od naszej woli, należy odróżnić myśl i nerwy. Myśl jest narzędziem funkcyonującem wewnątrz człowieka, nerwy są przyrządami jego działalności zewnętrznej. Stąd podział czynów na wewnętrzne i zewnętrzne. Pierwsze wytwarza nasza wola, wprawiając w ruch naszą myśl[1], drugie — wprawiając w ruch odpowiednie przyrządy naszego systemu nerwowego.

Tylko czyny zewnętrzne mogą pod pewnemi warunkami stanowić przestępstwa (p. wyżej, nr. 152). Człowiek bowiem podlega panowaniu prawa tylko o tyle, o ile wolę swoją przejawia przez wywołanie jakiejś zmiany na widowni świata zewnętrznego. W rzędzie czynów, przejawiających w podany wyżej sposób wolę człowieka, należy jednak odróżnić dwie kategorye, a mianowicie czyny, za pomocą których tylko obwieszczamy naszą wolę na widowni świata zewnętrznego, i czyny, za pomocą których zabieramy się do jej urzeczywistniania.

Czyny pierwszego typu można nazwać zwiastującemi. Jako przykład zacytujmy wypowiedzenie słowem lub na piśmie zamiaru popełnienia jakiegoś przestępstwa. Prawniczo czyny te tem się odznaczają, że upoważniać mogą państwo do rozwinięcia przeciwko ich sprawcom tylko pewnej działalności prewencyjnej, skierowanej ku temu, aby odebrać im możność ewentualnego urzeczywistnienia ich odnośnej woli. Karać ich z powodu czynów, o których tu mowa, nie może państwo dlatego, że, skoro myśl, sama przez się, nie sprzeciwia się prawu, to i czyn, który ją tylko odsłania na widowni świata zewnętrznego, za bezprawie uchodzić nie powinien.

Bezprawiem stać się może dopiero czyn drugiego typu, t. j. czyn, urzeczywistniający wolę prawu przeciwną. Takim czynem byłoby już np. zakupienie trucizny celem dania jej do spożycia człowiekowi w zamiarze morderczym.

[1] Janka nie uznaje kategoryi czynów wewnętrznych. l. c. str. 57.

[2] Przeciwko temu mógłby ktoś zarzucić, że Piotr, oświadczając Pawłowi, że zamierza go zabić przy pierwszej sposobności, ujawnił swoją wolę przestępną tylko zwiastująco, a jednak, według powszechnie przyjętego poglądu, dopuścił się niewątpliwie w tym przypadku czynu karygodnego. Tak jest, Piotr stał się tu winnym przestępstwa, ale nie ze względu na wolę zabicia Pawła (tę bowiem tylko odsłonił), lecz ze względu na wolę nabawienia go niepokoju o życie (tę bowiem ujawnił w postaci czynu urzeczywistniającego). Oto, co tłómaczy uważanie niebezpiecznych pogróżek za przestępstwa *sui generis*, nie zaś za jakąkolwiek stacyą na drodze, prowadzącej do wykonania zapowiedzianych przez nie przestępstw.

165. Czyny zewnętrzne, służące człowiekowi do urzeczywistniania woli przestępnej, przyjęto powszechnie dzielić na dopuszczenia *(commissiones)* i zaniechania[1] *(omissiones)*. Różnica między niemi nie polega na tem, iżby pierwsze zasadzały się na rozwinięciu jakiejś działalności zewnętrznej, a drugie tkwić miały wyłącznie

w opuszczeniu tejże. Taki bowiem pogląd na charakter zaniechań odbierałby możność uznawania ich za czyny zewnętrzne. Wiadomo przecież, że czyn zewnętrzny musi być zawsze wytworem wprawiania przez naszą wolę w ruch odpowiednich organów naszego systemu nerwowego. Takiego procesu oczywiście niema w samem opuszczeniu jakiejś działalności. Już Luden[2] zwrócił na tę kwestyę baczną uwagę i wystąpił ze słusznem twierdzeniem, że w każdem zaniechaniu dopatrzeć się można rozwinięcia jakiejś innej działalności, tej mianowicie, z powodu której zaniechanie musiało nastąpić. Działalność ta jednak nie może mieć dla istoty przestępstw z zaniechania innej doniosłości prócz tej, że jest postacią zewnętrzną odnośnego opuszczenia. Chcieć jeszcze oprócz tego widzieć w niej, za przykładem Ludena, przyczynę skutku przestępnego, wywołanego przez odnośne zaniechanie, znaczyłoby iść za daleko. Jeżeli bowiem niezbędną formą wszelkich przestępstw, a więc i przestępstw z zaniechania, jest rozwinięcie przez ich sprawców pewnej działalności zewnętrznej; to bynajmniej nie jest koniecznem znamieniem wszystkich przestępstw, aby, wchodzący do ich istoty, pierwiastek czynu zewnętrznego miał odegrywać rolę przyczyny odnośnego skutku przestępnego. Rola ta może także przypaść w udziale nie samemu czynowi zewnętrznemu, lecz zawartemu w jego formie zaniechaniu innego czynu zewnętrznego. Wrócimy jeszcze do tej kwestyi przy rozbiorze związku przyczynowego, mającego zachodzić między działaniem a skutkiem przestępnym.

[1] W dwóch poprzednich wydaniach tej książki nazywałem *omissiones* opuszczeniami. Chętnie przychylam się teraz do opinii Paygerta *(Przestępne zaniechanie*, 1907, str. 17 dop. l.), który uważa za odpowiedniejszy termin *zaniechanie*.

[2] Luden: *Abhandlungen aus dem gem. deutschen Strafrechte* Bd. I, 1836, str. 467 etc.; Bd. II, 1840, str. 219 etc.). Literatura, dotycząca przestępstw z zaniechania, jest bardzo bogata. Patrz w szczególności: Krug: *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, 1855, str. 21 etc. Glaser: *Abhandlungen aus dem österr. Strafr.* Bd. I, 1858, str. 287 etc. Merkel: *Kriminalistische Abhandlungen*, I, 1867, str. 76—103; Hertz: *Das Unrecht u. d. allgem. Lehren des Strafrechts.* Bd. I, 1880, str. 196 etc. 221 etc. Rohland: *Die strafbare Unterlassung*, 1887. Kausellehre 1903. P. Merkel: *Begehung durch Unterlassung*, 1895; Sturm: *Die strafbare Unterlassung*, 1905. Redslob: *Die Kriminelle Unterlassung*, 1906. Bar: *Gesetz und Schuld im Strafrecht.* Bd. II, 1907, str. 244. Paygert: *Przestępne zaniechanie*, 1907. Patrz także odpowiednie miejsca u Bindinga *(Die Normen II)*, tudzież w podręcznikach Liszta, Janki i Fingera.

166. Wyłożony powyżej pogląd wyjaśnijmy zapomocą następujących przykładów. Drożnik kolejowy nie wystawił w należytym czasie przepisanego sygnału i z tego powodu zderzyły się pociągi. Matka wyrodna zaniechała przez dłuższy czas dawać pożywienia swojemu dziecku, które wskutek tego umarło. Otóż przedewszystkiem twierdzimy, że w postępowaniu zarówno owego drożnika jak tej matki, jeżeli mają być oni pociągnięci do odpowiedzialności kryminalnej (pierwszy za katastrofę kolejową, druga za śmierć dziecka), nie może mieścić się tylko zaniechanie odnośnej akcyi. Człowiek bowiem, któryby nie miał sobie nic innego do wyrzucenia oprócz bezczynności, nie mógłby w żaden sposób stać się winnym przestępstwa. Utrzymujemy też, że zaniechanie owego drożnika i tej matki musiało przyoblec formę jakiegokolwiek czynu zewnętrznego, byle tylko takiego, któryby właśnie pozbawił był ich możności spełnienia w chwili krytycznej zaniechanego przez nich czynu. Każda z tych osób musiała była w tej ostatniej chwili bądź nadać inny kierunek organom swojego ciała (np. drożnik zabawiał się w karczmie lub nawet stał na posterunku, lecz z ręką zwróconą w inną stronę; matka miała schadzkę z kochankiem, lub nawet, nie oddalając się od dziecka, cerowała pończochy); bądź znajdować się w stanie zupełnej bezczynności, wywołanym przez jakiś uprzedni czyn pozytywny (np. obie te osoby upiły się poprzednio, a w chwili, gdy jeszcze był czas na wystawienie sygnału lub uratowanie dziecka od śmierci, leżały nieprzy-

tomne); bądź nareszcie osoby te musiały, wskutek jakiegoś uprzedniego czynu pozytywnego, znaleść się w tem położeniu, że, jeszcze przed nadejściem chwili krytycznej, już stało się dla nich niepodobieństwem spełnienie zaniechanego przez nie czynu (np. drożnik i matka na dłuższy czas przed porą, gdy sygnał miał być wystawiony lub dziecko mogło jeszcze być ocalone, wybrali się w tak daleką drogę, że już na godzinę przed chwilą krytyczną wytworzyła się dla nich sytuacya, uniemożliwiająca im tak wczesny powrót, iżby dzięki ich staraniom, sygnał mógł był jeszcze być w porze właściwej wystawiony, względnie dziecko mogło było jeszcze być utrzymane przy życiu).

Na poparcie słuszności naszego poglądu na istotę przedmiotową przestępstw z zaniechania przytoczmy argument z nauki o poczytaniu winy. Jest regułą powszechnie uznaną, że o zdolności człowieka do odpowiadania za jakieś przestępstwo rozstrzyga jego stan umysłowy, zachodzący w chwili, gdy je spełniał. Gdyby więc w istocie przedmiotowej przestępstw z zaniechania mieściło się tylko opuszczenie odnośnego czynu, to w myśl powyższej reguły należałoby uwolnić od odpowiedzialności drożnika za niewystawienie sygnału, a matkę za zagłodzenie na śmierć dziecka wtedy, gdyby w chwili krytycznej osoby te były pogrążone bądź w głębokim śnie, bądź w stanie zupełnego upicia. Tymczasem wobec przestępstw z zaniechania istotne znaczenie ma stan umysłowy, w jakim sprawca znajdował się w chwili, gdy spełnił czyn pozytywny, który stał się przyczyną danego opuszczenia. Wyobraźmy sobie n. p., że sygnał miał być wystawiony z uderzeniem godziny czwartej. Drożnik będzie odpowiadał za jego niewystawienie, jeżeli o godzinie trzeciej upił się, a o godzinie czwartej był wskutek tego całkiem nieprzytomny. Nie będzie zaś on odpowiadał za niewystawienie sygnału wtedy, jeżeli o godzinie trzeciej, oddaliwszy się o kwadrans czasu od swojego posterunku, napadnięty został przez rozbójnika i, wskutek otrzymanych od niego

ciosów, leżał nieprzytomny do dziesięciu minut na czwartą, a następnie wróciwszy do zmysłów, zdawał sobie jasno sprawę z tego, że znajduje się w zbyt wielkiem oddaleniu od swego posterunku, aby w czasie właściwym wystawić sygnał. Pomimo więc, że w tym ostatnim przypadku drożnik był umysłowo całkiem przytomny w chwili, gdy zaniechał wystawienia sygnału, to nie będzie odpowiadał za jego niewystawienie, gdyż czyn pozytywny, z powodu którego musiało nastąpić niewystawienie sygnału (zbyt długi pobyt drożnika na miejscu oddalonem o kwandrans czasu od jego posterunku) został przezeń spełniony w stanie, wyłączającym możność poczytania mu go za winę.

167. Całkiem inną, jak już powiedzieliśmy (p. wyżej nr. 166) jest kwestya, co należy uważać za przyczynę skutku przestępnego, wchodzącego do istoty przedmiotowej przestępstw z zaniechania. Będzie o niej mowa przy rozbiorze znaczenia, które posiada dla istoty przestępstwa t. zw. związek przyczynowy, a obecnie zanotujmy co do niej tylko tę uwagę, że Luden niewłaściwie pomieszał ją z pytaniem, jaki pierwiastek czynu zewnętrznego mieści się w istocie przedmiotowej przestępstw z opuszczenia. Czyn zewnętrzny, który stał się postacią odnośnego zaniechania (np. cerowanie pończoch przez matkę w chwili krytycznej, t. j. wtedy gdy mogła była ona jeszcze uratować dziecko od śmierci głodowej), nie ma nic wspólnego z przyczyną skutku, wywołanego przez to zaniechanie. Rzecz tę przeoczył Luden i przez to naraził się na ten złośliwy zarzut, że, zgodnie z jego teoryą, należałoby utrzymywać, że właściwie dziecko umarło na cerowanie pończoch przez matkę[1]. Od podobnego zarzutu wolne być musi nasze stanowisko, polegające na tem, że w czynie zewnętrznym, z powodu którego musiało nastąpić odnośne zaniechanie, widzimy tylko formę konkretną tego ostatniego, nie zaś jego treść materyalną. Ta ostatnia musi zawsze zasadzać się na tem, że coś się nie stało, bez

względu na treść materyalną tego lub owego czynu zewnętrznego, w postaci którego to coś się nie stało.

[1] Krug: l. c. (nr. 165), str. 30, 31.

168. Z tego, co wyłożyliśmy wyżej, przekonywamy się, że podziału czynów zewnętrznych, za pomocą których człowiek może urzeczywistniać myśl przestępną na dopuszczenia i zaniechania nie należy pojmować w znaczeniu dosłownem. Każdy czyn przez to samo, że jest zewnętrzny, musi być czynem z dopuszczenia. Wszakże wśród czynów z dopuszczenia, urzeczywistniających wolę człowieka, trzeba odróżnić dwie następujące kategorye:

1) Czyny, które ją urzeczywistniają same przez się i te przyjęto nazywać dopuszczeniami.

2) Czyny, które ją urzeczywistniają przez to, że odbierają człowiekowi możność spełnienia innych działań, dzięki którym nie byłby on mógł jej urzeczywistnić. Czyny te przyjęto nazywać zaniechaniami. Tę nazwę noszą one dlatego, że urzeczywistniają myśl przestępną człowieka tylko o tyle, o ile zmuszają go do opuszczania innych czynów, a więc o ile są zaniechaniem tych ostatnich.

II. Stanowisko czynu zewnętrznego w istocie przedmiotowej przestępstwa. Dwojakie jego znaczenie: a) Czyn zewnętrzny, jako przyczyna, wytwarzająca skutek przestępny (przestępstwa formalne). b) Czyn zewnętrzny, jako przyczyna, wywołująca powyższy skutek (przestępstwa materyalne).

§ 39.

169. Chcąc poznać bliżej stanowisko czynu zewnętrznego w istocie przedmiotowej przestępstwa, trzeba na to zwrócić uwagę, że w skład każdego czynu zewnętrznego wchodzą właściwie dwa pierwiastki, a mianowicie 1) czyn zewnętrzny *sensu stricto*, t. j. samo wprawienie przez naszą wolę w ruch odpowiednich organów naszego systemu nerwowego, i 2) jego skutek, t. j. spowodowana przezeń zmiana na widowni świata zewnętrznego [1].

Skutek czynu zewnętrznego, należący do istoty przedmiotowej przestępstwa, przyjęto nazywać skutkiem przestępnym. Jest nim ta zmiana na widowni świata zewnętrznego, której wytworzenie lub wywołanie zapomocą odnośnego czynu nadaje temu ostatniemu z punktu widzenia prawa cechę przestępstwa dokonanego. Powiadamy wytworzenie lub wywołanie i na tej różnicy opieramy podział przestępstw na formalne i materyalne.

[1] Patrz *contra* Janka (l. c. str. 57), który nie uznaje tak szerokiego pojęcia czynu, aby miało obejmować i spowodowany przezeń skutek. Za naszą konstrukcyą patrz Zittelmann *(Irrtum und Rechtsgeschäft)* z jego t. zw. »*erweiterte Handlungsreihe*«.

170. W przestępstwach formalnych stosunek skutku przestępnego do czynu, który go spowodował, jest związkiem nierozerwalnym w tem znaczeniu, że skutek nie odrywa się materyalnie od czynu, lecz zlewa się z ostatnim punktem jego pochodu, zamyka się niejako w samej jego formie. Z uwagi na to, nie jest rzeczą ścisłą twierdzić, że w przestępstwach formalnych czyn zewnętrzny sam przez się, t. j. bez żadnego skutku przestępnego, wyczerpuje całą treść ich istoty przedmiotowej. Słusznie godzi się tylko utrzymywać, że w przestępstwach tych czyn zewnętrzny, doszedłszy do pewnego punktu w swoim pochodzie, wytwarza skutek przestępny. Ponieważ jednak skutek przestępny nie odrywa się tutaj materyalnie od czynu, który go wytwarza, przeto z punktu widzenia praktycznego można się na to zgodzić, że przestępstwa formalne polegają tylko na spełnieniu lub zaniechaniu czynu, którego prawo zabrania lub żąda pod groźbą kary, ze względu na ujemne lub dodatnie znaczenie, jakie on sam posiada dla naszych odnośnych interesów. Jako przykład przestępstw formalnych zacytujmy kradzież, rabunek, bunt,

rozruch, obrazę honoru. We wszystkich tych i wielu innych jeszcze przypadkach skutek przestępny uważa się za wytworzony, a więc i czyn sprawcy — za przestępstwo dokonane, z chwilą, gdy sprawca doprowadził swój czyn do pewnego oznaczonego punktu.

171. Inny charakter ma stosunek skutku przestępnego do czynu sprawcy w przestępstwach materyalnych. Tu mianowicie skutek jest zmianą na widowni świata zewnętrznego, odrywającą się materyalnie od czynu, który ją wywołał, tak że każdy z tych pierwiastków tworzy osobną, materyalnie wyodrębnić się dającą, część składową istoty przedmiotowej przestępstwa. Z uwagi na tę okoliczność, sam czyn zewnętrzny, choćby jego pochód posunął się do możliwie najdalszego punktu, nie nabędzie tu nigdy kwalifikacyi przestępstwa dokonanego, lecz charakter ten nada mu dopiero odrywający się od niego materyalnie, a przezeń wywołany skutek przestępny. Ten ostatni więc pierwiastek ma tu sam przez się znaczenie istotne dla pojęcia przestępstwa. Tylko jego charakter rozstrzyga o naturze prawnej czynu, który go wywołał. Co się tyczy zaś samego czynu zewnętrznego, wchodzącego w skład istoty przedmiotowej przestępstw materyalnych, to ten lub inny jego charakter jest całkiem obojętny, byle tylko można było go uważać za przyczynę skutku, nadającego mu cechę przestępstwa dokonanego. O przestępstwach materyalnych należy więc powiedzieć, że polegają na wywołaniu przez człowieka w świecie zewnętrznym, zapomocą rozwinięcia lub zaniechania jakiejś działalności, pewnego skutku, którego prawo zabrania wywoływać pod groźbą kary, ze względu na jego szkodliwość dla tego lub owego interesu, znajdującego się pod ochroną prawa. Jako przykład zacytujmy morderstwo, zabójstwo, uszkodzenie cielesne, spędzenie płodu i t. p. przypadki, które wszystkie tem się odznaczają, że skutek, nadający czynowi sprawcy charakter przestępstwa dokonanego, odrywa się materyalnie od czynu, tak że z dojściem tego ostatniego do końca nie łączy się jeszcze powstanie wywołanego przezeń skutku. Piotr strzelił w niedzielę do Pawła w zamiarze położenia go trupem. Paweł, ugodzony kulą, dopiero w piątek wyzionął ducha. Czyn Piotra stał się więc morderstwem dokonanem nie w niedzielę lecz w piątek.

172. Tak więc o tem, czy jakieś przestępstwo uznać należy za formalne lub materyalne, to tylko może rozstrzygać, jaką zmianę na widowni świata zewnętrznego uważa ustawodawca za skutek, mający czynowi sprawcy nadawać cechę przestępstwa dokonanego. Jeżeli tym skutkiem jest zmiana, którą wytwarza sprawca, doprowadzając do pewnego punktu swoje działanie, to jego odnośne przestępstwo nazwiemy formalnem. Jeżeli zaś przeciwnie skutkiem tym jest zmiana, którą sprawca wywołuje w świecie zewnętrznym zapomocą swojego działania, to jego przestępstwo zaliczymy do rzędu materyalnych. Co do większej liczby przestępstw kwestya podziału ich na materyalne i formalne nie wytwarza między kodeksami żadnej niezgodności. Do nielicznych tylko wyjątków należą przestępstwa, które, uważane przez niektóre kodeksy za materyalne, będą musiały z punktu widzenia innych uchodzić za formalne. Takiem przestępstwem jest np. podpalenie. W myśl kod. niemieckiego (§§ 306—310) trzeba mu będzie przyznać charakter przestępstwa materyalnego (staje się ono bowiem dokonanem dopiero z chwilą rzeczywistego wybuchnięcia pożaru), według zaś kodeksu austryackiego (§ 166) stanowić ono będzie niezawodnie przestępstwo formalne (dla jego dokonania wystarcza już przedsięwzięcie czynu, z którego ma powstać pożar w cudzej własności).

172 bis. Na granicy między przestępstwami formalnemi a materyalnemi znajdują się przestępstwa, do których istoty, prócz czynu zewnętrznego sprawcy, wchodzi

wolna od wszelkiej kwalifikacyi kryminalnej, a przez czyn ten puszczona w ruch, działalność automatyczna innych osób, która to działalność dopiero, doprowadzona do pewnego punktu, wytwarza odnośny skutek przestępny, t. j. skutek nadający czynowi sprawcy charakter przestępstwa dokonanego.

Od przestępstw formalnych różnią się takie przestępstwa tem, że w nich skutek przestępny odrywa się materyalnie od czynu zewnętrznego, który go sprowadził; od przestępstw materyalnych zaś różnią się one tem, że w nich przestrzeń między czynem zewnętrznym a skutkiem, nadającym mu charakter przestępstwa dokonanego, wypełnia się puszczoną przez sprawcę w ruch cudzą akcyą ludzką. Tu zatem, choć pośrednio, będzie można zawsze powiązać materyalnie skutek przestępny z czynem, który go sprowadził. Np. Piotr w Warszawie wysyła do Pawła w Krakowie list z wyzwaniem na pojedynek. Niech no list nie dojdzie do rąk Pawła, a czyn Piotra, lubo przez niego doprowadzony do' końca, nie otrzyma cechy przestępstwa dokonanego.

Przestępstwa tego typu nazywam przestępstwami formalno-materyalnemi [1].

[1] Należą one także do kategoryi tak zwanych przez Liszta *Distanzverbrechen (Lehrbuch,* str. 137).

III. Bliższy rozbiór czynu zewnętrznego, jako przyczyny, odrywającego się od niego materyalnie, skutku przestępnego.

1. Pojęcie związku przyczynowego. Różnica między przyczyną a warunkiem.

§ 40.

173. Widzieliśmy, że we wszystkich przestępstwach, tak formalnych, jak materyalnych, czyn zewnętrzny sam przez się bez względu na to, czy jest rozwinięciem, czy

też zaniechaniem pewnej działalności, może stanowić tylko jedną część składową ich istoty przedmiotowej. Drugą jej częścią jest wytworzony, względnie wywołany, zapomocą czynu zewnętrznego skutek przestępny. Stosunek, zachodzący między czynem zewnętrznym a wytworzonym, względnie wywołanym, przezeń skutkiem przestępnym przyjęto nazywać z punktu widzenia praw, rządzących przyrodą materyalną, związkiem przyczynowym *(Causalzusammenhang)*.

[1] Bar: *Die Lehre vom Causalzusammenhange*, 1871. *Gesetz und Schuld im Strafr.* t. II. 1907. str. 160—243. Buri: *Zur Lehre von der Theilname an dem Verbrechen* (1860); *Ueber Causalität und deren Verantwortung* (1873); *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen* (1885); *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche* (1894). Binding: *Die Normen und ihre Uebertretung* I tom, 2 wyd. 1890 § 17; II tom, 1 wyd. 1877 str. 224 etc. Birkmeyer: *Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht* (1885). Ortmann: *Zur Lehre vom Kausalzusammenhang* (Goltdammera Archiv für Strafr. XXIII. 268 etc., XXIV, 93 etc.). Kries: *Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit* (Vierteljahrsschrift für wiss. Philosophie, XII, str. 180 etc., 393 etc.). Patrz także tego autora artykuł w Liszta Zeitschrift, IX, str. 528. Thyrén: *Abhandlungen aus dem Strafr. u. der Rechtsphilos. I. Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien* (Lund, 1894). Brünneck: *Die herschende Kausalitätstheorie* (1897). Rohland: *Die Kausallehre des Strafrechts,* 1903. Träger: *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht,* 1904. Givanovitch: *Du principe de causalité efficiente,* 1908). Celichowski: *Die Bedeutung der Lehre vom adäquaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuches mit untauglichen Mitteln* (1909). Patrz także odnośne miejsca w podręcznikach Merkla, Liszta, Janki, Fingera (1894, I, str. 152) Lammascha (1899, str. 21) i Stoossa (1910, str. 99).

174. Związkiem przyczynowym między dwoma zjawiskami na widowni świata zewnętrznego nazywa się zachodzący między niemi tego rodzaju stosunek, że czasowo pierwsze z nich sprowadza drugie w myśl praw, rządzących przyrodą materyalną. Te prawa panują bezwzględnie. Wypływa stąd, że, jeżeli według nich zjawisko

x ma być przyczyną zjawiska z, to to ostatnie musi koniecznie stać się następstwem pierwszego.

Powstaje pytanie, czy może zachodzić tego rodzaju stosunek między czynem człowieka a tą zmianą na widowni świata zewnętrznego, którą uważamy za jego skutek przestępny.

Pytanie to nasuwać może pewne wątpliwości tylko ze względu na przestępstwa materyalne. Co się tyczy bowiem przestępstw formalnych, to jest rzeczą całkiem pewną, że w nich przyczyną skutku przestępnego nie może być co innego, tylko czyn, który go wytworzył przez samo swoje dojście do pewnego oznaczonego punktu (przy *delicta ommisionis* przez swoje dojście do tego punktu, w którym stało się już dla sprawcy niepodobieństwem spełnić w swoim czasie zaniechane działanie).

Również i w odniesieniu do przestępstw formalno-materyalnych (nr. 172 bis) musi okazać się rzeczą niewątpliwą, że przyczyną skutku przestępnego, wytworzonego przez wolną od kwalifikacyi kryminalnej, bo czysto automatyczną akcyę innych osób, stał się czyn zewnętrzny osoby, która za jego pomocą sprowadziła tę akcyę.

Inaczej przedstawia się ta kwestya w odniesieniu do przestępstw materyalnych. Tu skutek przestępny odrywa się materyalnie od czynu, który ma go wywoływać, tu więc z góry nie będzie można nigdy twierdzić na pewno, że ten czyn stał się rzeczywiście jego przyczyną. Tą ostatnią mogła była stać się jakaś inna okoliczność, która posiadała zdolność sprowadzenia owego skutku, niezależnie od czynu, po spełnieniu którego on nastąpił. Tu więc trzeba zawsze się pytać, czy, i o ile zachodzi rzeczywiście związek przyczynowy między odnośnem działaniem człowieka, a tą zmianą na widowni świata zewnętrznego, której wywołanie przypisujemy temu działaniu.

175. Przedewszystkiem trzeba liczyć się z tym faktem, że żaden czyn ludzki sam przez się nie mógłby

stać się przyczyną żadnej zmiany na widowni świata zewnętrznego. Dla wytworzenia bowiem jakiegokolwiek skutku materyalnego zapomocą swojej działalności, człowiek potrzebuje współudziału różnych innych jeszcze czynników, częściowo zależnych, częściowo całkiem od niego niezawisłych. Czynniki te uważać należy niewątpliwie za warunki, bez których odnośny czyn nie byłby w danym przypadku sprowadził wywołanego przezeń skutku, t. j. innemi słowy nie byłby stał się przyczyną tego ostatniego. Jeżeli np. Piotr wystrzałem z rewolweru kładzie trupem Pawła, lub matka, przez zaniechanie karmienia swojego dziecka, przyprawia je w ciągu pięciu dni o śmierć; to każdy z tych skutków znalazł swoją przyczynę w odnośnym czynie ludzkim, tylko o tyle, o ile czynowi temu towarzyszyły odpowiednie okoliczności. Śmierć Pawła nie byłaby nastąpiła, gdyby Piotr wskutek złego celowania nie był go trafił, lub też gdyby Paweł, poruszywszy się w chwili krytycznej, był uniknął kuli. Również, gdyby dziecko, dzięki silniejszej wytrzymałości swego organizmu, było mogło jeszcze żyć do szóstego dnia, a z końcem piątego dnia jakiś sąsiad był rozwinął skuteczną akcyę ratunkową; to zaniechanie, którego dopuściła się matka, nie byłoby stało się przyczyną śmierci dziecka. W każdym z powyższych przypadków do warunków, bez których nie byłby nastąpił odnośny skutek, należy zaliczyć nietylko czyn, który go sprowadził, ale także okoliczności, które pozwoliły mu stać się jego przyczyną. Warunkiem bowiem danego zjawiska na widowni świata zewnętrznego nazywamy bez różnicy każdy czynnik, bez którego zjawisko to nie byłoby powstało.

176. Przekonaliśmy się, że człowiek, sprowadziwszy zapomocą swego czynu jakąś zmianę na widowni świata zewnętrznego, wytworzył tylko jeden z wielu innych warunków, bez których ta zmiana nie byłaby nastąpiła. Za-

chodzi teraz pytanie, czy, ze stanowiska związku przyczynowego, wszystkie warunki danego zjawiska są sobie równe, czyteż można w ich rzędzie odróżnić dwie kategorye, t. j warunki, wytwarzające odnośny skutek i warunki, umożliwiające jego wytworzenie. Większość kryminalistów odpowiada na to pytanie przecząco, a za przewódzców tego kierunku uznać należy Bara, Buri'ego i Liszta. Autorowie ci twierdzą, że, ze stanowiska praw. rządzących przyrodą materyalną, wszystkie warunki danego zjawiska są pod względem przyczynowym sobie równe[1]. Z uwagi na to, zdaniem tych autorów, przyczyną odnośnego skutku można nazwać z jednakową słusznością każdy z jego warunków. Dopiero, oderwawszy się od gruntu czysto przedmiotowego i zająwszy wobec rozbieranej tu kwestyi stanowisko prawa, jako normy panującej nad wolą ludzką, jesteśmy w stanie zamknąć w ciaśniejszych ramach pojęcie związku przyczynowego. Wtedy mianowicie przyczyną danego skutku nie nazwiemy już każdego z jego warunków, lecz tylko te z nich, które polegać będą na działaniach ludzkich t. j. na wywieraniu przez człowieka pewnego wpływu na bieg zjawisk świata zewnętrznego. Jakimże ma być ten wpływ?

[1]) Liszt: *Lehrbuch*, § 29. *Kausalzusammenhang zwischen Körperbewegung und Erfolg liegt dann vor, wenn die Körperbewegung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Eintritt des eingetretenen Erfolges entfallen müsste. — Die sämtlichen Bedingungen des Erfolges sind mithin gleichwertig.*

177. Według Bara ma on zasadzać się na sprowadzeniu zboczenia od porządku rzeczy, uchodzącego na widowni życia ludzkiego za prawidłowy. Człowiek z punktu widzenia prawa o tyle tylko może uchodzić za przyczynę jakiegoś skutku, o ile czyn jego, bez którego skutek ten nie byłby nastąpił, znajduje się w niezgodzie z powszechnie uznawaną regułą życia ludzkiego. Jako przykład cytuje Bar stosunek, w którym ojciec mordercy znajduje

się do jego zbrodni przez jego spłodzenie. Wprawdzie wytworzył on przez to warunek, bez którego odnośne morderstwo nie byłoby przyszło do skutku. Ze stanowiska prawa jednak wydanie przezeń na świat mordercy nie może uchodzić za przyczynę zbrodni tego ostatniego, gdyż płodzenie dzieci jest czynnością, odpowiadającą prawidłowemu biegowi życia. Również według Bara, jeżeli *A* podczas silnego wiatru rozpali u siebie ognisko, a iskra, padłszy na dach sąsiada, wznieci tam pożar, to uznanie przez prawo powyższego czynu *A* za przyczynę tego ostatniego skutku zależeć będzie od tego, czy rozpalenie ogniska w podobnych warunkach może lub nie uchodzić za czynność, zgodną z prawidłami życia ludzkiego. Jeżeli więc rozpalenie ogniska miało na celu ogrzanie izby lub ugotowanie strawy i należało do czynności zwykle wśród podobnych okoliczności praktykowanych; to z punktu widzenia prawa, choćby nawet *A* przewidział był niebezpieczeństwo pożaru dla sąsiada, ten jego czyn nie mógłby uchodzić za przyczynę owego pożaru. Inaczej, jeżeli *A* rozpalił ognisko w tym celu, aby wzniecić pożar u sąsiada. Wtedy bowiem powyższy jego czyn utraca charakter prawidłowości i z tego powodu nadaje się do tego, aby prawo uznało go za przyczynę wywołanego przezeń pożaru[1].

Powyższemu wywodowi Bara należy zarzucić, że miesza pojęcie związku przyczynowego między działaniem człowieka a wywołanym przez nie skutkiem, z kwestyą dotyczącą odpowiedzialności prawnej owego człowieka za ten skutek. Pierwsze pojęcie opiera się na prawach, rządzących światem fizycznym, druga kwestya może być rozstrzygana tylko na podstawie norm, panujących nad światem moralnym, t. j. wiążących wolę ludzką w imię pewnych obowiązków. Aby jako sprawca odpowiadać w obliczu prawa za skutek x, człowiek musiał spełnić czyn, któryby stał się przyczyną owego skutku, ale samo spełnienie przezeń takiego czynu, jeszcze nie wystarczałoby,

aby prawo mogło tego człowieka pociągnąć do odpowiedzialności karnej za wywołany przezeń skutek. Na to potrzeba jeszcze, aby do pierwiastku materyalnego, którym jest związek przyczynowy, przyłączył się pierwiastek moralny winy, tkwiący w odpowiednim nastroju woli sprawcy i w niezgodności jego postępowania z normami prawa. O ten ostatni pierwiastek jednak nie może nam chodzić przy rozbiorze czysto przedmiotowego związku przyczynowego między czynem człowieka a skutkiem, który nie byłby nastąpił w razie niespełnienia pierwszego. Dla wyników tego rozbioru istnienie winy po stronie sprawcy lub jej brak, a także legalność lub nielegalność przedmiotowa jego czynu nie mogą być brane w żadną rachubę. Błąd Bara polega na pomieszaniu obu tych kwestyj.

[1] *Lehre vom Causalzusammenhange*, str. 11—18.

178. Buri i Liszt są o wiele konsekwentniejsi, gdyż utrzymują, że nawet prawo musi pod względem przedmiotowym uważać za przyczynę odnośnego skutku każdy czyn, bez którego skutek ten nie byłby nastąpił. Przeczą oni stanowczo, aby pod względem przyczynowym można było dopatrzeć się jakiejkolwiek różnicy przedmiotowej między różnemi warunkami odnośnego skutku. Przyczyną tego ostatniego nazwać należy zarówno ogólną sumę owych warunków, jak każdy z nich zosobna. Dla prawa też nie posiada znaczenia istotnego okoliczność, że odnośny człowiek przez swój czyn wytworzył tę lub inną *conditio sine qua non* danego skutku, skoro tylko wyjdzie na jaw, że wytworzył jakikolwiek z tych warunków. To ostatnie jest jedyną rzeczą, która w kwestyi związku przyczynowego obchodzi prawo. O tę lub inną kwalifikacyę związku przedmiotowego, zachodzącego między czynem ludzkim, jako jednym z warunków jakiegoś skutku przestępnego, a tymże skutkiem (np. między spłodzeniem

mordercy przez jego ojca, a zbrodnią pierwszego, — lub między wystrzeleniem przez mordercę do jego ofiary, a śmiercią tej ostatniej) już się prawo całkiem nie troszczy, a bada tylko, czy podmiotowo sprawca czynu zasłużył na to, aby odpowiadać za skutek, którego stał się przyczyną. Innemi słowy według tej teoryi nie ma pod względem materyalnym żadnej różnicy między warunkiem, którym dla morderstwa, popełnionego przez Pawła, stało się wydanie na świat jego ojca przez jego dziada, i jego samego przez jego ojca, a warunkiem, który dla tego morderstwa wytworzył sam Paweł; przez wystrzelenie do Piotra z rewolweru. Cała różnica między temi warunkami jest tylko podmiotowa, tkwi ona mianowicie wyłącznie w nastroju woli powyższych osób i w tem, że dwom pierwszym z nich nie będzie można, a Pawłowi trzeba będzie poczytać za winę sprowadzenie omawianego skutku.

Zdaniem naszem nawet pod względem materyalnym będzie zachodziła istotna różnica między warunkami, wytworzonemi dla zbrodni Pawła przez jego dziada i ojca, a warunkiem, którym stał się dla niej odnośny czyn samego Pawła, i to nas skłania do poruszenia kwestyi podziału warunków, bez których odnośny skutek nie byłby nastąpił, na takie, które uważać należy za jego przyczyny, i takie, o których wolno tylko powiedzieć, że umożliwiły pierwszym, stanie się przyczyną, wywołanego przez nie, skutku. Odtąd czynniki pierwszego rodzaju nazywać będziemy przyczynami, a przez warunki pojmować będziemy wyłącznie czynniki drugiego rzędu[1]. Mamy więc teraz odpowiedzieć na pytanie, czem różni się przedmiotowo czyn ludzki, jako przyczyna, od czynu ludzkiego, jako warunku tego skutku zewnętrznego, który nie byłby nastąpił w razie, gdyby odnośna osoba nie była spełniła powyższego czynu.

[1] Wyjaśniam jednak, że w każdej przyczynie mieścić się będzie warunek, lecz nie *vice versa*.

179. Niejednokrotnie próbowano w nauce przeprowadzić granicę między przyczyną a warunkiem odnośnego skutku. Przyczynę chciano określić, jako najskuteczniejszy (Birkmeyer) lub ostatni warunek (Binding, Ortmann), a także, jako czynnik, który zwyczajnie, a nie tylko przypadkowo, dany skutek sprowadza *adäquate Verursachung* w przeciwieństwie do *zufällige*: Kries, Merkel)[1]. Wszystkie te pojęcia jednak (także pojęcie »*der näheren Ursache*« Lammascha) grzeszą tem, że przedmiotowo pozbawione są głębszego uzasadnienia, a i celom praktycznym prawa karnego bynajmniej nie odpowiadają. Wykopanie przez Piotra dołu na drodze, którą miał Paweł nocną porą przechodzić, nie zawsze przecież musi występować, jako najskuteczniejszy, ani też jako ostatni lub nawet bliski warunek ciężkiego uszkodzenia cielesnego, którego doznał Paweł przez wpadnięcie w dół. O wiele skuteczniej i bliżej mógł był się do tego wypadku przyczynić Jan przez to, że, wiedząc o wykopanym dole, już w ostatniej chwili skłonił Pawła do wracania do domu tą właśnie drogą, a nie inną, pomimo, że Paweł, tknięty jakiemś złem przeczuciem,chciał koniecznie iść tą ostatnią. A jednak w przypadku tym wykopanie dołu przez Piotra będzie trzeba niewątpliwie uznać za przyczynę uszkodzenia cielesnego, które poniósł Paweł wpadłszy do dołu.

Bardzo oryginalnie tłómaczy Binging, w jaki sposób ostatni warunek odnośnego skutku staje się jego przyczyną. Każda zmiana na widowni świata zewnętrznego jest, według tego autora, wynikiem przewagi czynników, które do niej wiodą, nad czynnikami, które są przeszkodą do jej nastąpienia. Przewagę tę może człowiek wytworzyć w sposób dwojaki, a mianowicie bądź wzmacniając pierwsze czynniki (Piotr zabija Pawła wystrzałem z rewolweru), bądź też osłabiając drugie (matka zabija swoje dziecko przez zagłodzenie). Otóż przyczyną nazywa Binding tylko wytworzenie owej przewagi. Przeciwko tej konstrukcyi należy nadmienić, że odnośnie do pewnego

skutku konkretnego wszystko, co go poprzedziło w świecie zewnętrznym, prowadzić musiało do jego nastąpienia, a więc że pod względem materyalnym nie można mówić o czynnikach, które sprzyjały jego wytworzeniu, i o takich, które były do tego przeszkodą. Dystynkcya ta staje się możliwą do przeprowadzenia tylko wtedy, jeżeli przeciwstawimy w myśli danemu skutkowi konkretnemu x, inny skutek z, który byłby nastąpił w razie, gdyby poprzedzający stan rzeczy wolnym był od tego lub owego czynnika. W takim razie o tych ostatnich czynnikach będzie nam wolno powiedzieć, że sprzyjały wytworzeniu skutku x, a były przeszkodą do nastąpienia skutku z. Materyalnie jednak nie poprzedziła skutku x żadna walka między czynnikami, prowadzącemi do niego, a temi, które go odpychały, a więc jest rzeczą całkiem dowolną chcieć widzieć w tym skutku wytwór przewagi pierwszych czynników nad drugiemi.

Również nie mogą nas przekonać Kries i Merkel, gdy granicę między przyczyną a warunkiem biorą za jedno z granicą między zwyczajnem a przypadkowem sprowadzeniem odnośnego skutku. Różnica między zwyczajnością a przypadkowością pewnego przebiegu rzeczy nie dotyka bynajmniej natury materyalnej tego przebiegu, lecz odnosi się wyłącznie do naszej opinii o nim. Jeżeli sprowadzenie przez czynnik a skutku x nazywamy przypadkowem, to nie znaczy to wcale, aby ze stanowiska praw, rządzących przyrodą materyalną, związek między owym czynnikiem a tym skutkiem, przy zaistnieniu innych jeszcze, w tym właśnie szczególnym przypadku zaszłych okoliczności, nie musiał być koniecznym. Znaczy to tylko, żeśmy nie mieli dokładnego pojęcia o tym związku, względnie żeśmy nie wiedzieli o istnieniu niektórych okoliczności, związek ten warunkujących.

[1] Odnośną literaturę patrz pod l. 173.

180. Najbliżej prawdy są według nas poglądy, szu-

kające różnicy realnej między siłą, którą przedstawia przyczyna, a tą, którą wyraża warunek. Nam się ta różnica wydaje następującą:

Wszystkie tak różnorodne warunki, bez których nie byłaby nastąpiła odnośna zmiana na widowni świata zewnętrznego, podciągnąć można pod trzy kategorye: 1 trzeba, aby zaistniał czynnik, który tę zmianę wytworzył; 2) trzeba, aby czynnik ten znalazł do tego odpowiedni materyał; 3) trzeba aby posiadał do tego opowiednią moc. Jako przykład zacytujmy dwa wypadki, jeden całkiem niezależny od woli ludzkiej, drugi, spowodowany przez człowieka. Paweł umiera rażony piorunem. Paweł pada trupem, zastrzelony przez Piotra. W pierwszym przypadku przedewszystkiem odpowiednia kombinacya stosunków atmosferycznych musiała była wyłonić tę siłę elektryczną, którą przyjęto nazywać piorunem. Następnie piorun musiał był, znaleść na swojej drodze żywego Pawła. Wreszcie jego moc w chwili, gdy uderzył w Pawła, musiała posiadać stopień natężenia potrzebny do zabicia człowieka. Te same kategorye odnajdziemy i w drugim przypadku. Przedewszystkiem Piotr musiał się urodzić i żyć aż do chwili, w której wystrzelił do Pawła. Następnie żywy Paweł musiał służyć za materyał do wytworzenia tego skutku, którym stała się śmierć Pawła. Nareszcie działalność, rozwinięta przez Piotra, musiała posiadać moc potrzebną do zabicia człowieka.

Jest rzeczą niewątpliwą, że o ile wywołanie jakiejś zmiany na widowni świata zewnętrznego zawisło od woli ludzkiej, a wiadomo, że tylko tego rodzaju przypadki mogą obchodzić prawo; to danem jest człowiekowi przyczynić się do jej wywołania przez wytworzenie jej warunków któregokolwiek z trzech wymienionych wyżej ich typów. Dziad i ojciec mordercy wytworzyli dla zbrodni, spełnionej przez tego ostatniego, jeden z warunków pierwszego rzędu. Rodzicom osoby zamordowanej zawdzięcza znów ta zbrodnia jeden ze swoich warunków drugiego rodzaju.

Wreszcie zbrodniarz przez rozwinięcie odpowiedniej akcyi wytworzył dla odnośnego skutku przestępnego jeden z jego warunków trzeciego typu.

Otóż naszem zdaniem tylko wytworzenie pierwiastku, podchodzącego pod pojęcie warunku tego trzeciego typu t. j. warunku, polegającego na zapewnieniu odnośnemu czynnikowi mocy niezbędnej do wywołania danego skutku, godzi się nazwać przyczyną tego ostatniego. Sprowadzenie zaś pierwiastków, podchodzących pod pojęcie podanych wyżej warunków pierwszego lub drugiego typu, t. j. warunków, polegających bądź na wydaniu na świat czynnika, który wytworzył odnośny skutek, bądź na dostarczeniu mu materyału niezbędnego do jego wytworzenia, uchodzić tylko powinno za warunek nigdy zaś za przyczynę tego skutku.

[1] Należą tutaj zapatrywania Forke'go (*Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe*, 1890), R. Horna *Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht*, 1893) A Horna. (*Gerichtssal*, t. 54 str. 321), Huthera (*Der Kausalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts*, 1893, tudzież w *Zeitschrift Liszta*, t. 17, str. 175), Kohlera (*Studien*, I, 83), Kühles'a (*Fragen der Kausalität*, 1895) i kilku innych autorów, którzy, aczkolwiek odbiegają od nas co do sposobu uzasadnienia różnicy między przyczyną a warunkiem, tem niemniej jednak uznają, że zachodzi pod względem materyalnym rzeczywista różnica między przyczyną, jako *causa efficiens*, a warunkiem, jako *conditio sine qua non*.

181. Następujące przykłady wyjaśnią nam dobitniej wskazaną przez nas różnicę między przyczyną, a warunkiem danego skutku:

Piotr w zamiarze morderczym strzela do Pawła, rani go jednak tylko, Paweł zaś w kilka dni potem umiera. Kiedy nazwiemy powyższy czyn Piotra przyczyną śmierci Pawła (t. j. uznamy morderstwo za dokonane przez Piotra), a kiedy widzieć w nim będzie-

my tylko jeden z warunków tej ostatniej (t. j. uznamy po stronie Piotra morderstwo za usiłowane)?

Przypuśćmy następujące przypadki:

1. Rany, zadane Pawłowi, uważa medycyna za śmiertelne.

2. Paweł, pozostawiony przez Piotra pod gołem niebem, umiera wskutek przeziębienia swoich ran.

3. Lekarz, przywołany do zaopatrzenia ran Pawła, zabiera się do tego nieudolnie i Paweł umiera wskutek złej kuracyi.

W każdym z tych trzech przypadków przyczyną śmierci Pawła okaże się czyn, którego dopuścił się Piotr, zadając mu rany. W 1-szym dlatego, że czyn ten sam przez się musiał wywołać śmierć Pawła,—w 2-gim i 3-cim dlatego, że tylko w związku z posiadaniem przez Pawła ran, zadanych mu przez Piotra, działanie zimnej atmosfery, względnie zaś nieumiejętne leczenie, mogło było sprowadzić jego uśmiercenie.

Przypuśćmy teraz inne przypadki:

4. Rannego Pawła trzeba było koniecznie, dla opatrzenia jego ran, zanieść do pierwszego lepszego domu. Tam belka spada na niego ze sufitu i zabija go.

5. Ranny Paweł pozostaje na polu. Nadchodzi Jan i zabija go.

W obu ostatnich przypadkach zadanie ran Pawłowi przez Piotra nazwiemy tylko warunkiem jego śmierci. W zabiciu bowiem Pawła zarówno przez belkę, jak przez Jana, rany, które zadał mu Piotr, są, w obec znanych nam praw fizycznych, okolicznością całkiem obojętną. Paweł choćby najzdrowszy, znalazłszy się w tem samem miejscu, gdzie go rannego zabiła belka lub gdzie przeciwko niemu spełnił Jan czyn, który pozbawił go życia, byłby według tego, co wiemy o działaniu praw, rządzących przyrodą materyalną, uległ temu samemu losowi. Zadanie zaś jemu ran przez Piotra występuje tu tylko jako okoliczność, bez której ów obcy czynnik (belka, względnie zaś Jan) nie

byłby znalazł odpowiedniego materyału (Pawła) do wytworzenia tego zjawiska (śmierci Pawła), którego stał się przyczyną. I niechaj nikt nam nie powie, że w tym samym stosunku znajduje się zranienie Pawła do działania mrozu lub do nieumiejętnej kuracyi w przykładach, podanych pod liczbami 2 i 3. Tam bowiem zadanie jemu ran występuje w charakterze czynnika, który w związku z innym jeszcze czynnikiem musiał sprowadzić jego śmierć. Inaczej, gdyby działanie mrozu było nabawiło Pawła zapalenia płuc, wskutek którego by on umarł, lub też gdyby zawezwany lekarz dał mu był do zażycia truciznę. Wtedy bowiem jego zranienie przez Piotra miałoby znowu charakter okoliczności, która tylko zawiązała między Pawłem a mrozem, względnie zaś lekarzem, ten stosunek zewnętrzny, bez którego ani pierwszy, ani drugi nie byłby znalazł odpowiedniego materyału do wytworzenia zjawiska, o którem tu mowa.

182. Na podstawie przytoczonych wyżej przykładów pogląd nasz na różnicę między czynem ludzkim, jako *causa efficiens*, a takimże czynem, jako *conditio sine qua non* odnośnego skutku przestępnego, streścić możemy w dwóch następujących tezach:

1. Czyn człowieka nazwiemy przyczyną skutku przestępnego, który nie byłby nastąpił bez jego spełnienia, wtedy tylko, jeżeli czyn ten sam przez się lub też w związku z jakimś innym jeszcze czynnikiem, który, choćby przypadkowo, przyłączył się do niego (wpływ mrozu lub złej kuracyi na rany, które Piotr zadał Pawłowi) posiadał według tego, co wiemy o prawach, rządzących przyrodą materyalną, moc sprowadzenia tego skutku.

2. Czyn człowieka nazwiemy warunkiem skutku przestępnego, który nie byłby nastąpił bez jego spełnienia, wtedy, jeżeli według tego, co wiemy o prawach, rządzących przyrodą materyalną, czyn ten całkiem nie posiadał mocy sprowadzenia tego skutku, lecz tylko bądź uczynił

możliwem powstanie żywiołu, który stał się jego przyczyną, bądź też dostarczył mu materyału (nie siły) niezbędnego do jego wytworzenia.

W myśl tych dwóch tez należy formułkę Buri'ego i Liszta, że czyn człowieka staje się przyczyną odnośnego skutku przestępnego, ile razy ten ostatni nie byłby nastąpił w przypadku zaniechania pierwszego, uzupełnić jak następuje: czyn człowieka staje się przyczyną odnośnego skutku przestępnego, ile razy, w przypadku zaniechania pierwszego, skutek ten nie byłby nastąpił z tego tylko powodu, że czynnik, który go sprowadził nie byłby wtedy posiadał mocy potrzebnej do jego wytworzenia.

183. Poznawszy już znaczenie związku przyczynowego, zastanówmy się nad pytaniem, jaką wartość posiada on dla prawa karnego. Wartość jego prawnicza polega na tem, że tylko wtedy człowiek, spełniwszy jakiś czyn, odpowiadać może kryminalnie za pewien skutek przestępny w charakterze sprawcy lub współsprawcy, jeżeli między owym czynem a tym skutkiem zaszedł związek przyczynowy. Wszakże w innym charakterze, a mianowicie jako pomocnik, może także odpowiadać za jakiś skutek przestępny osoba, która spełniła czyn, posiadający względem niego tylko znaczenie warunku.

Przekonamy się o tem dobitniej w nauce o udziale w przestępstwie, gdzie właśnie według różnicy, zachodzącej między przyczyną a warunkiem, postaramy się przeprowadzić linię demarkacyjną między sprawstwem, a pomocnictwem.

Tu zaś na to jeszcze chcemy zwrócić uwagę, że tylko czyn, będący przyczyną danego skutku przestępnego, wystarcza sam przez się, aby służyć za podstawę przedmiotową dla odpowiedzialności kryminalnej jego sprawcy za tenże skutek; czyn zaś, będący jedynie jego warunkiem sam przez się może tylko ściągnąć na swojego sprawcę

odpowiedzialność za jakieś inne przestępstwo *sui generis*, lecz nie potrafi nigdy uzasadnić przedmiotowo odpowiedzialności jego sprawcy w odniesieniu do skutku przestępnego, którego miał stać się warunkiem. Tę ostatnią odpowiedzialność zdoła on sprowadzić na swojego sprawcę tylko w połączeniu z działalnością innej osoby, a mianowicie w połączeniu z obcym czynem, który stał się już (przestępstwo dokonane), lub przynajmniej miał już stać się (przestępstwo usiłowane) przyczyną odnośnego skutku. Piotr, zabiwszy Pawła wystrzałem z rewolweru, może odpowiadać za śmierć Pawła całkiem niezależnie od działalności innych osób. Jan, dostarczywszy Piotrowi dla zabicia Pawła rewolweru, przez to samo ściągnąć może na siebie odpowiedzialność karną tylko o tyle, o ile ten jego czyn podchodziłby pod jakieś osobne, przez prawo przewidziane, przestępstwo, lecz z tego tylko tytułu nie mógłby on jeszcze odpowiadać za żaden udział w zbrodni, którą Piotr zamierzał wykonać. Dopiero w związku z działalnością przestępną Piotra czyn Jana otrzyma kwalifikacyą przedmiotową do tego, aby z jego tytułu Jan odpowiadał jako pomocnik za zbrodnię, której skutkiem stała się lub stać się miała śmierć Pawła.

2. Zaniechanie, jako przyczyna skutku przestępnego (delicta per omissionem commissa).

§ 41.

184. Dotąd była mowa o związku przyczynowym w odniesieniu do przestępstw materyalnych w ogóle. Obecnie wypada nam specyalnie zająć się tą kwestyą w zastosowaniu do przestępstw materyalnych, dokonanych przez zaniechanie, czyli t. zw. *delicta per omissionem commissa*. Różnią się one od przestępstw z zaniechania *sensu stricto* w tym istotnym punkcie, że, podczas gdy te ostatnie są przestępstwami formalnemi, t. j. uważają się za dokonane

już z chwilą, gdy w przepisanym czasie sprawca nie spełnił odnośnego czynu (np. niewystawienie na czas przez drożnika kolejowego sygnału bez względu, czy wskutek tego nastąpiło lub nie jakie nieszczęście); to one są przestępstwami materyalnemi, polegającemi nie na samem zaniechaniu odnośnej czynności, lecz na wywołaniu przez jej zaniechanie pewnej zmiany na widowni świata zewnętrznego (zabicie dziecka przez matkę zapomocą jego zagłodzenia).

Powstaje z okazyi tego rodzaju przestępstw pytanie, co należy uważać za przyczynę skutku przestępnego, który nie byłby nastąpił w razie spełnienia zaniechanego czynu?

185. Wiemy już (p. wyżej nr. 166 i 167), że pytania tego nie godzi się mieszać z kwestyą, dotyczącą postaci zewnętrznej odnośnego zaniechania. Postacią tą mianowicie musi być zawsze spełnienie jakiegoś innego czynu pozytywnego. Ten ostatni czyn jednak nie może wytwarzać treści przedmiotowej danego zaniechania, a to z tego powodu, że jego treść tylko pod tym względem ma znaczenie istotne dla tego zaniechania, że odebrała osobie, która się go dopuściła, możność spełnienia zaniechanego czynu. Cerowanie pończoch przez matkę w chwili gdy dziecko umierało z głodu, występuje wprawdzie jako postać zewnętrzna zaniechania przez matkę w chwili krytycznej, uratowania dziecka od śmierci. Nie może ono jednak uchodzić za przyczynę śmierci dziecka z tego powodu, że czyn ten, sam przez się, nie mógłby przedmiotowo uzasadnić odpowiedzialności kryminalnej jego sprawcy za uśmiercenie dziecka, a wiadomo przecież (p wyżej nr. 183), że czyn, będący przyczyną danego skutku przestępnego musi sam przez się wystarczać, aby służyć za podstawę przedmiotową dla odpowiedzialności kryminalnej jego sprawcy za powyższy skutek. Gdzieindziej więc trzeba szukać przyczyny skutku przestępnego, który nie byłby nastąpił w przypadku spełnienia zaniechanego czynu.

186. Niektórzy autorowie chcą widzieć przyczynę skutku przestępnego w samem zaniechaniu, ile razy tylko skutek ten nie byłby powstał bez odnośnego zaniechania. Stosują oni do opuszczeń swoją ogólną teoryą związku przyczynowego, teoryą w myśl której czyn człowieka trzeba uważać za przyczynę danej zmiany na widowni świata zewnętrznego, jeżeli tylko ta zmiana nie byłaby zaszła w razie zaniechania spełnionego czynu (Buri, *Nichthinderung* Liszta[1]; p. wyżej nr. 176, 182). Zdaniem tych autorów więc niema żadnej różnicy przedmiotowej między zaniechaniem, jako przyczyną, a zaniechaniem, jako warunkiem danego skutku. Z tego punktu widzenia możnaby uważać za przyczynę śmierci człowieka postępowanie Piotra, który, spostrzegłszy całkiem przypadkowo tonącego i znalazłszy się w możności udzielenia mu ratunku, zaniechał tego uczynić. Ze stanowiska jednak naszego poglądu na różnicę między przyczyną a warunkiem, podobny sąd musiałby się okazać całkiem nieuzasadnionym. Gdzie leży powód tego, że w tym przypadku śmierć człowieka nie byłaby nastąpiła w razie, gdyby Piotr był udzielił tonącemu pomocy. Czy powodem tego stała się ta okoliczność, że bez zaniechania, którego się dopuścił Piotr, czynnik, który sprowadził śmierć tonącego (woda) nie byłby posiadał mocy potrzebnej do wytworzenia tego skutku? Bynajmniej. Powodu tego szukać trzeba wyłącznie w tej okoliczności, że, bez omawianego tu zaniechania, powyższy czynnik (woda) nie byłby znalazł materyału, niezbędnego do sprowadzenia śmierci człowieka. A zatem w przypadku tym zaniechanie przez Piotra udzielenia pomocy tonącemu występuje tylko jako warunek śmierci tego ostatniego. Przypuściwszy więc, że Jan w zamiarze zabicia Pawła strącił go do rzeki, umówiwszy się poprzednio z Piotrem co do tego, że ten ostatni ratować go nie będzie; to wtedy za morderstwo mógłby odpowiadać jako sprawca tylko Jan, podczas gdy Piotra

z tytułu jego zaniechania należałoby uważać jedynie za pomocnika tej zbrodni[2].

[1] Liszt zajmuje co do tej kwestyi stanowisko o tyle odrębne, że stosunek między *omissio* a skutkiem, który nie byłby nastąpił w razie spełnienia zaniechanego czynu, uważa nie za związek przyczynowy, lecz za pojęcie do tego związku podobne. Wskutek tego zadawala sie on tylko rozbiorem pytania, pod jakiemi warunkami zaniechanie stawać się może bezprawnem, inaczej mówiąc kiedy prawo traktuje fakt, że ktoś nie stał się przeszkodą do powstania jakiegoś skutku, na równi z faktem, że ktoś stał się jego przyczyną. Wskutek tego Liszt traktuje o »*Verursachung des Erfolges*« tylko ze względu na »*das Tun*«, a w odniesieniu do »*das Unterlassen*« mówi tylko o »*Nichthinderung des Erfolges*« (Lehrb., §§ 29, 30). Naszem zdaniem pogląd ten jest tylko bardzo zręcznem ominięciem lecz nie rozwiązaniem obchodzącej nas kwestyi, gdyż nie jest w stanie wyjaśnić należycie, dlaczego »*die Nichthinderung des Erfolges*« wśród niektórych okoliczności nie ma sprzeciwiać się prawu, wśród innych ma czynić osobę, która się dopuściła odnośnego zaniechania, odpowiedzialną wobec prawa za dany skutek, i to znów raz w charakterze sprawcy, kiedyindziej zaś w charakterze pomocnika.

[2] Na pozór możnaby temu rozumowaniu zarzucić, że i Jan tylko dostarczył wodzie materyału do sprowadzenia śmierci człowieka, a więc że właściwie czyn jego stał się tylko warunkiem tego skutku. Tak jest, ale nie trzeba zapominać, że żywioły przyrody, jako przyczyny pewnych skutków, obchodzą prawo tylko o tyle, o ile są narzędziami zależnemi od woli ludzkiej. Wtedy zaś wcielają się one do pewnego stopnia w działanie, któremu służą, i komunikują mu swój charakter przedmiotowy. Woda była tu dla Jana tem, czem byłby mógł stać się w jego ręku rewolwer nabity. To nas upoważnia do uważania czynu Jana za przyczynę utonięcia Pawła i do twierdzenia, że Piotr stał się pomocnikiem Jana przez to, że nie odebrał mu materyału potrzebnego do wytworzenia powyższego skutku.

187. Przekonaliśmy się więc, że nie każde zaniechanie, bez którego nie byłby nastąpił odnośny skutek, nadaje się przedmiotowo do tego, aby mogło uchodzić za jego przyczynę. Nie znaczy to jedak, aby, jak to znów twierdzą inni bardzo poważni kryminaliści (Krug, Glaser, Merkel)[1], zaniechanie miało być zawsze pozbawione kwalifikacyi stawania się przyczyną jakiejkolwiek zmiany na widowni świata zewnętrznego. Według tej teoryi mianowicie przyczyny skutku, który nie byłby powstał bez odnośnego zaniechania, należy zawsze szukać w spełnieniu przez osobę, która się dopuściła tego ostatniego, jakiegoś poprzedniego czynu pozytywnego, a mianowicie tego, który bądź wytworzył dla jego sprawcy obowiązek spełnienia zaniechanego czynu (Krug), bądź też postawił jego sprawcę w takiem położeniu, że musi on uchodzić za osobę, która przez spełnienie zaniechanego czynu, byłaby w stanie zapobiedz odnośnemu skutkowi (Glaser, Merkel). Zacytujmy jako przykład objęcie przez Piotra posady drożnika kolejowego lub prowadzenie budowy domu przez architekta Pawła. Przypuśćmy, że Piotr w drugim lub trzecim roku swojej służby nie usunął jakiejś przeszkody z toru, powierzonego jego dozorowi i że wskutek tego pociąg się wykoleił; względnie, że Paweł zaniechał przy budowie domu przestrzegania pewnych, przepisanych środków ostrożności i że z tego powodu dom się zawalił. Otóż według Kruga, Piotr stał się przyczyną nieszczęścia kolejowego tylko przez to, że z faktu, objęcia przezeń posady drożnika, wypłynął dlań obowiązek prawny, spełnienia tego czynu, którego zaniechanie nie zapobiegło owemu nieszczęściu. Również i Paweł tylko z tytułu prowadzenia budowy domu, miał nałożony na siebie obowiązek, stawiania go według pewnych prawideł i dlatego, tylko z powodu prowadzenia tejże budowy uchodzić może za przyczynę katastrofy, której nie zapobiegł przez zaniechanie czynności, do której był obowiązany.

Słusznie zarzucono temu rozumowaniu, że miesza kwestyę odpowiedzialności prawnej za jakieś zaniechanie z pytaniem, dotyczącem jego znaczenia przedmiotowego. Czy prawo nałożyło na mnie lub nie obowiązek, spełnienia wśród pewnych okoliczności jakiegoś czynu, to nie może przecież w żaden sposób rozstrzygać o tem, czy, ze

stanowiska porządku rzeczy w świecie zewnętrznym, mam lub nie uchodzić za przyczynę skutku, któremu byłbym zapobiegł przez spełnienie owego czynu. Zarzutu tego chcą uniknąć Glaser i Merkel. Według nich, objęcie przez drożnika posady kolejowej i przystąpienie budowniczego do stawiania domu są czynnościami, które tylko warunkowo nie będą mogły znaleść się w związku przyczynowym z pewnemi skutkami, przeciwnemi widokom prawa. Warunek, od którego zależy niezdolność powyższych czynności do sprowadzania szkodliwych skutków, tkwi w przyłączaniu się do każdej z nich pewnych innych jeszcze czynów, które ma spełnić ich sprawca celem zapobieżenia owym skutkom. Jeżeli drożnik, względnie budowniczy, warunku tego przez odnośne zaniechanie nie wypełni, to w mowie tu będący poprzedni czyn każdego z nich (objęcie posady, względnie przystąpienie do budowy domu) będzie musiał stać się przyczyną tego skutku, który nie byłby nastąpił w razie, gdyby nie byli się dopuścili odnośnego zaniechania.

[1] Tytuły odnośnych dzieł Kruga, Glasera i Merkla patrz w dopisku 2 do nr. 165. Por. także Merkel: *Lehrbuch*, 1889, str. 111, tudzież rozprawę Rohlanda: *Die strafbare Unterlassung*, 1887, oraz jego Kausallehre, 1903. Ten ostatni autor odrzuca związek przyczynowości materyalnej między *omissio* a odnośnym skutkiem, a chce widzieć między niemi tylko związek przyczynowy czysto prawniczej natury. Konstrukcyę tę jednak trzeba uznać za całkiem dowolną, gdyż logicznie można mówić tylko o związku przyczynowym, opartym na prawach przyrody, nie zaś zależnym od uznania ustawodawcy.

188. Teorya Glasera i Merkla nie może uchodzić za trafną z tego powodu, że szuka przyczyny danego skutku nie w okoliczności, która, według tego, co wiemy o prawach, rządzących przyrodą materyalną, posiadałaby moc sprowadzenia tego skutku, lecz w okoliczności, która tylko dostarczyła danej osobie materyału (nie siły), niezbędnego do jego wytworzenia. Gdyby Piotr nie był jako drożnik

wstąpił do służby kolejowej, lub Paweł nie był przedsięwziął budowy domu, to wtedy całkiem niezawodnie nie byłby znalazł się w tem położeniu, iżby zapomocą odnośnego zaniechania módz sprowadzić wykolejenie pociągu lub runięcie domu. Wspomniane wyżej czynności Piotra i Pawła nie wytworzyły dla nich nic innego, prócz owego położenia; to ostatnie zaś, samo przez się, umożliwiło im tylko zaniechanie tego czynu, którego spełnienie przez nich byłoby stanęło na przeszkodzie powstaniu odnośnego skutku. Akta objęcia przez Piotra posady drożnika kolejowego, względnie przystąpienia przez Pawła do budowy domu, odegrały wobec, omawianych tutaj, nieszczęśliwych wypadków rolę całkiem podobną do tej, którą musielibyśmy przypisać w pierwszym przypadku okoliczności, że zwierzchność kolejowa przyjęła Piotra do służby, w drugim przypadku — faktowi, że kapitalista Jan zamówił u Pawła budowę domu. Przekonywamy się więc, że owe przez Glasera i Merkla tak bardzo na pierwszy plan wysuwane, czyny poprzednie Piotra i Pawła muszą wprawdzie uchodzić za warunki, bez których ani Piotr ani Paweł nie byłby mógł dopuścić się odnośnego zaniechania, wszakże nie mogą w żaden sposób być uznane za przyczyny tych skutków, które nie byłyby powstały w razie, gdyby Piotr i Paweł byli spełnili zaniechane przez nich czynności. Przyczyny owych skutków szukać trzeba wyłącznie w zaniechaniu tych czynności.

189. Trzeba nam teraz wytłómaczyć, dlaczego w przypadku, przytoczonym pod nr. 186, zaniechaniu, którego dopuścił się Piotr przez odmówienie pomocy tonącemu człowiekowi, nie przyznaliśmy charakteru przyczyny śmierci tego ostatniego, a w przypadkach pod nr. 188 chcemy uważać zaniechanie, którego dopuścił się drożnik kolejowy względnie budowniczy, za przyczynę wynikłej stąd katastrofy.

Klucza do rozwiązania kwestyi, ażali zaniechanie

przez daną osobę jakiegoś czynu należy lub nie uważać za przyczynę skutku, który nie byłby nastąpił w razie spełnienia przez nią tego czynu, trzeba zawsze szukać w charakterze przedmiotowym poprzedniej działalności tej osoby. Działalność ta mianowicie może być dwojakiego rodzaju, stosownie do tego, czy 1) z powodu niej towarzyszący jej stan rzeczy na widowni świata zewnętrznego nie doznał żadnej zmiany, względnie doznał tej tylko zmiany, którą potem ta sama osoba usunęła zapomocą odnośnego zaniechania[1], czyteż 2) z powodu niej powyższy stan rzeczy doznał takiej jeszcze zmiany, która jedynie dzięki temu stała się zdolną do sprowadzenia pewnego skutku, że jej sprawca dopuścił się potem zaniechania jakiegoś innego czynu.

W przypadkach pierwszej kategoryi zaniechania przez Piotra czynu *x* nie nazwiemy nigdy przyczyną skutku *z*, chociażby ten ostatni nie był mógł nastąpić bez powyższego zaniechania. Tu bowiem Piotr do istniejącego stanu rzeczy nie wprowadził żadnego nowego pierwiastku, o którymby można powiedzieć, że uczynił ten stan rzeczy zdolnym do wytworzenia tego lub owego skutku. Piotr zachował się tutaj całkiem biernie, a przez swoją bezczynność o tyle tylko mógł się przyłożyć do wywołania jakiegoś skutku, o ile, przez spełnienie zaniechanego przezeń czynu byłby odebrał zachodzącemu stanowi rzeczy materyał niezbędny do sprowadzenia tego skutku.

Inaczej osądzić musimy zaniechanie, którego dopuścił się Piotr w przypadkach drugiej kategoryi. Tu bowiem Piotr wprowadził był poprzednio do zachodzącego stanu rzeczy jakiś nowy pierwiastek, który tylko dzięki temu stał się zdolnym do sprowadzenia tego lub owego skutku, że Piotr dopuścił się potem zarzuconego mu zaniechania. Zaniechanie ma więc tutaj charakter czynnika, bez którego stan rzeczy na widowni świata zewnętrznego nie byłby posiadał mocy potrzebnej do sprowadzenia danego skutku. W takiem położeniu jest drożnik kolejowy, który przez

nieusunięcie belki, leżącej w poprzek szyn, wywołał wykolejenie pociągu, a także budowniczy, który, przez zaniechanie przepisanych środków ostrożności, sprowadził runięcie rusztowania lub budowli. Jak widać, to rozumowanie nasze zbliża się pod pewnym względem do teoryi Glasera i Merkla. Od tej ostatniej jednak tem się ono istotnie wyróżnia, że w poprzedniej działalności osoby, która dopuściła się potem jakiegoś zaniechania, każe widzieć nie przyczynę skutku, który nie byłby nastąpił bez tego zaniechania, lecz okoliczność, która może nas upoważniać do uważania powyższego zaniechania bądź za przyczynę, bądź tylko za warunek owego skutku. W przypadkach, zaliczonych przez nas do pierwszej kategoryi, zaniechanie przez Piotra czynu *x*, nazwiemy tylko warunkiem skutku *z*, w przypadkach zaś, które zaliczamy do drugiej kategoryi, owo zaniechanie uznamy za przyczynę tego skutku[2].

[1] Patrz przykład podany pod nr. 186. W tem samem położeniu znalazłby się Piotr, gdyby z własnego popędu postanowił czuwać przez jakiś czas nad pływającym Pawłem, a po kilku minutach zaniechał dalszej straży, w następstwie czego Paweł utonął.

[2] W podobny sposób rozumują Ortmann i Binding. Patrz literaturę do nr. 173.

IV. Czas i miejsce wykonania czynu przestępnego[1].

§ 42.

190. Powiedzieliśmy, że w skład każdego czynu zewnętrznego (a więc i czynu przestępnego) wchodzą właściwie dwa pierwiastki, a mianowicie: 1) czyn zewnętrzny *sensu stricto* i 2) jego skutek (patrz wyżej nr. 169). W przypadkach, w których czyn sprowadza bezpośrednio skutek przestępny, kwestya oznaczenia czasu i miejsca wykonania czynu przestępnego, nie budzi żadnych wątpliwości. Stać się ona może sporną dopiero w odniesieniu do przestępstw,

które się tem odznaczają, że, należący do ich istoty, skutek może tak czasowo, jak miejscowo, odrywać się od czynu, który go wywołał. Otóż zachodzi pytanie, kiedy i gdzie w przypadkach, gdy takie oderwanie nastąpiło, należy uważać czyn przestępny za wykonany.

[1] Schneidler: *Der Ort der begangenen Handlung.* 1886. Liszt: *Lehrb.*, I. § 31. Janka, § 40. Finger, I, § 47. Lilienthal: *Der Ort der begangenen Handlung*, 1890. Kitzinger: *Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht*, 1902. Bar: *Gesetz und Schuld.* I, 1906, str. 134.

191. Zarówno z teoretycznych, jak i praktycznych względów, trzeba przyznać znaczenie rozstrzygające czynowi zewnętrznemu *sensu stricto.* Z pierwszego punktu widzenia dlatego, że jedyną podstawą przedmiotową, na której racyonalnie oprzeć można odpowiedzialność prawną człowieka za jakiś skutek przestępny, jest spełnienie przezeń czynu, który go wywołał. Czyn ten staje się wprawdzie przestępstwem dokonanem dopiero z chwilą sprowadzenia owego skutku, ale czynem przestępnym jest już wtedy, gdy urzeczywistniająco przejawił na zewnątrz wolę jego sprawcy w kieruku wywołania powyższego skutku (por. wyżej nr. 164). W przeciwnym razie musielibyśmy czyn sprawcy uważać za przestępny dopiero wtedy, gdy przybrał iuż postać przestępstwa dokonanego, co równałoby się niemożności pociągania do kary usiłowania przestępstw. Ze stanowiska więc teoretycznego, jeżeli Piotr w zamiarze morderczym strzelił przed tygodniem w Krakowie do Pawła, który wskutek tego dziś dopiero umarł w Tarnowie, słuszność przemawia za tem, aby czyn przestępny Piotra uważać za spełniony przed tygodniem w Krakowie, pomimo że stał się on morderstwem dokonanem dopiero z chwilą śmierci Pawła, który to wypadek nastąpił dzisiaj w Tarnowie. Wszakże Piotr musiał dopuścić się czynu przestępnego już wtedy, gdy przed tygodniem w zamiarze morderczym strzelił do Pawła w Krakowie, skoro już podówczas jego działalność, gdyby nie była wywołała zamierzonego przez Piotra skutku, podlegałaby karze, jako usiłowane morderstwo. Pogląd ten znajduje swoje uzasadnienie naukowe w tej okoliczności, że człowiek odpowiada w obliczu prawa nie za tę lub ową zmianę na widowni świata zewnętrznego, jako taką, lecz za spełnienie czynu, który tę zmianę wywołał. Słuszną więc jest rzeczą, aby czas i miejsce spełnienia odnośnego czynu przyjmować za podstawę dla rozstrzygania pytania, kiedy i gdzie spełnione zostało przestępstwo, za które sprawca właśnie z tytułu tego czynu ma odpowiadać.

192. Niemniej poważne względy praktyczne przemawiają za powyższą tezą. Czas bowiem i miejsce spełnienia przestępstwa musiałyby zbyt długo uchodzić za wątpliwe w tych wszystkich przypadkach, w których, po spełnieniu czynu, nie dałoby się z góry przewidzieć ani czy, ani gdzie i kiedy nastąpi odnośny skutek przestępny. Słusznie też prawo austryackie oświadcza się wyraźnie za tem, aby *forum delicti commissi* opierało się nie na miejscu, gdzie nastąpił odnośny skutek przestępny, lecz na tem, gdzie sprawca spełnił czyn karygodny.

[1] Ustawa o postępowaniu karn. z 23 maja 1873, § 51. Por. mój *Wykład procesu karn.*, wyd. 2, 1910, str. 142. Za naszą tezą przemawia też większość autorów. Odmiennego zapatrywania był Liszt w dawnych wydaniach swego Podręcznika (jeszcze wyd. 9,. z r. 1899), w nowszych jednak przychyla się do opinii przez nas wyznawanej (wyd. 17 z r. 1908, § 31).

ROZDZIAŁ II.

Pierwiastek działania bezprawnego.

I. Bezprawie kryminalne i jego stosunek do innych gatunków bezprawia[1].

§ 43.

193. Wiemy już, że w skład każdego przestępstwa musi wchodzić pierwiastek działania bezprawnego, tudzież, że nie każde bezprawie posiada kwalifikacyą do tego, aby je państwo ze stanowiska idei prawa mogło uważać za przestępstwo (p. wyżej nr. 152 — 156). Wynika stąd, że obok bezprawi, nacechowanych tą kwalifikacyą, muszą być bezprawia, którym ona nie dopisuje, a to znów skłania nas do zastanowienia się nad pytaniem, ażali różnica, zachodząca między bezprawiami pierwszego a bezprawiami drugiego typu, opiera się tylko na względach polityki prawnej, czy też sięga głębiej i znajduje swoją przyczynę w samej treści odnośnych bezprawi. Rozbiór tego pytania zapowiedziałem już wyżej (nr. 162), przyczem wyjaśniłem, że przyjęto powszechnie bezprawia pierwszej kategoryi nazywać kryminalnemi, a na oznaczenie bezprawi drugiej kategoryi używać ogólnego terminu bezprawia cywilnego.

[1] Merkel: *Krim. Abhandlungen*, I, 1867. Ihering: *Das Schuldmoment im röm. Privatr.*, 1867; oraz tegoż autora: *Der Zweck im Recht*, I (2 wyd. str. 490). Pernice: *Labeo*. II, 1 Abth. Bar: *Grundlagen des Strafr*, 1869; i *Handb*. I, str. 311 i nast. Hälschner: w *Ger. S.* 1869. 1876, tudzież *Strafr*. I, str. 15—36. Heissler: *Das Civilunrecht und seine Formen*, 1870. Binding: *Die Normen* Bd. I (2-gie wyd. str. 252 i nast.). Heinze w *Handb. Holtzend*. I, str. 321 i nast. Budziński: *Wykład*, nr. 73. Löning: *Der Vertragsbruch und seine rechtlichen Folgen*, 1876. Thon: *Rechtsnormen und subjektives Recht*, 1878. Hertz: *Das Unrecht und die allg. Lehren des Strafr*. I. 1880. Jellinek: *System der subjektiven öffentl. Rechte*, 1892. Liszt: *Die Grenzgebiete zwischen Privatr. und Strafr*. 1888. Tenże: *Die Deliktsobligationen*, 1898. Sjögren: *Formen des Unrechts* (Iherings Jahrb. t. 35, 1886, str. 366 i nast.). Liepmann: *Einleitung in das Strafrecht*, 1910. Löfler: *Unrecht und Notwehr* w Czasop. Liszta t. 21, 1901, str. 537.

194. Kwestya stosunku bezprawia kryminalnego do cywilnego wywołała w nauce najróżnorodniejsze zapatrywania i dotąd jeszcze uchodzić musi za sporną. Zapatrywania te podciągnąć można pod dwa główne kierunki, któremi są:

I. Poglądy, które nie przyjmują żadnych zasadniczo odrębnych gatunków bezprawia.

II. Poglądy uznające, że zachodzi różnica zasadnicza między bezprawiem kryminalnem a cywilnem.

195. I. Poglądy które przeczą, aby istniały jakiekolwiek różniące się między sobą zasadniczo gatunki bezprawia, występują w postaci dwóch teoryj, z których jedna twierdzi, że bezprawie cywilne ma się do kryminalnego, tylko jak bezprawie mniejszej do bezprawia większej miary, a druga utrzymuje, że istnieje wyłącznie jedno bezprawie, a jest niem bezprawie, posiadające kwalifikacyą do tego, aby módz być uznane na przestępstwo *(straffähiges Unrecht)*.

1) Wyznawcy pierwszej teoryi (Ihering, Merkel, Heinze, Budziński) wychodzą z tego założenia, że pytanie, czy jakieś bezprawie należy zaliczyć do rzędu cywilnych lub kryminalnych, jest kwestyą nie filozofii lecz polityki prawa. Państwo musi je rozstrzygać odpowiednio do tego, czy wobec warunków danego miejsca i czasu uzna za dostateczne nałożyć na sprawcę bezprawia obowiązek wynagrodzenia szkody, którą przez nie wyrządził pokrzywdzonemu, czyteż oprócz tego uzna za potrzebne zażądać od niego dalszego jeszcze zadosyćuczynienia, po-

legającego na poniesieniu przezeń kary. W pierwszym przypadku nazwiemy odnośne bezprawie cywilnem, w drugim — kryminalnem. Bezprawie cywilne różniłoby się istotnie od kryminalnego tylko wtedy, gdyby wynagrodzenie szkody i kara przedstawiały dwa zasadniczo odrębne skutki prawne. Wynagrodzenie szkody jednak, według tych autorów, niema być niczem innem tylko łagodniejszym środkiem represyjnym, którym państwo zadowalnia się w przypadkach, nie wymagających kary.

Teoryi tej należy zarzucić, że z jej stanowiska wynagrodzenie szkody nie mogłoby nigdy iść w parze z karą. Jeżeli bowiem ta ostatnia ma być w stosunku do pierwszego tylko tem, czem surowszy środek represyjny w odniesieniu do łagodniejszego; to jasną jest rzeczą, że przypadki, uzasadniające karę, wyłączaćby powinny wynagrodzenie szkody. Tymczasem przestępstwa względnie mniejszej wagi (kradzieże, sprzeniewierstwa, oszustwa) sprowadzają zwyczajnie oba tu omawiane skutki prawne, podczas kiedy pospolicie z najcięższemi zbrodniami (morderstwo) wiąże się tylko kara.

196. 2. Druga teorya, wyznawana przez Bindinga, opiera się na tej tezie, że wynagrodzenie szkody różni się od kary zbyt zasadniczo, aby mogło wypływać z tego samego źródła, z którego całkiem niewątpliwie wypływa kara, t. j. z bezprawia. Kara mianowicie jest skutkiem prawnym, który powinien dotykać tylko winowajcy, a wychodzić ma na korzyść całego społeczeństwa niezależnie od tego, czy pokrzywdzony lub ktokolwiek inny przywiązuje do niej jakąkolwiek wartość. Wreszcie istota kary polega na tem, że jest ona nie naprawą krzywdy, którą przestępca wyrządził przez swoje bezprawie, lecz odpłatą za nią. Otóż pod każdym z trzech wspomnianych wyżej względów wynagrodzenie szkody odznacza się całkiem inną naturą. Obowiązek ponoszenia tego skutku prawnego może paść na osobę całkiem niewinną (np. na dziedziców

tego, kto wyrządził szkodę), korzystać z niego może tylko pokrzywdzony lub jego prawonabywca, jego istota zaś polega wyłącznie na tem, że jest on naprawą szkody majątkowej, na którą przez swoje postępowanie jedna osoba naraziła drugą[1]. Ta różnica zasadnicza między wynagrodzeniem szkody a karą znajduje według Bindinga wytłómaczenie w tej okoliczności, że tylko kara jest skutkiem prawnym bezprawia w ścisłem rozumieniu tego pojęcia t. j. bezprawia podmiotowego (zawinionego); wynagrodzenie zaś szkody jest skutkiem, który prawo łączy nie z bezprawiem, jako aktem nieposłuszeństwa wobec jego przykazań, lecz z każdym stanem rzeczy, uszczuplającym majątek jednej osoby, a znajdującym swoję przyczynę w postępowaniu drugiej. To ostatnie postępowanie sprowadza obowiązek wynagrodzenia szkody całkiem niezależnie od tego, czy będzie lub nie podchodziło pod pojęcie bezprawia zawinionego, a dowodem tego jest dla Bindinga ta okoliczność, że prawo nakłada ten obowiązek także na posiadacza w dobrej wierze i na dłużnika, który najsumienniej ale błędnie sądził, że już spłacił swój dług.

Czemże więc jest bezprawie podmiotowe według zapatrywań Bindinga? Bezprawiem podmiotowem jest tylko akt nieposłuszeństwa ze strony osobnika wobec wyraźnego zakazu lub nakazu, zawartego w normie prawa. W każdem bezprawiu twić musi owoc woli człowieka, który, będąc zdolny do postępowania zgodnie z normami prawa, nie chce uznawać nad sobą ich rządów. Inaczej mówiąc, z natury każdego bezprawia wypływa, że musi być ono zawinionem przestąpieniem jakiegoś zakazu lub nakazu prawa, tudzież że, jako takie, nadaje się ono zawsze do tego, aby módz być obłożone karą *(ist straffähig)*. Przestępstwem jednak *(Verbrechen)* stanie się bezprawie dopiero wtenczas, gdy państwo, powodując się polityką prawną, uzna za właściwe zabronić go pod groźbą kary. Zanim to nastąpi, bezprawie nie będzie *strafbar*, lecz tylko

straffähig. Takie to bezprawie bez względu na to, czy będzie lub nie uznane za przestępstwo, oznacza Binding terminem technicznym *Delikt*.

Gdzie miejsce teraz na t. zw. bezprawie cywilne? Nie jest ono, według Bindinga, żadnem bezprawiem podmiotowem, gdyż jego sprawca nie narusza obowiązku, nałożonego na niego przez prawo na rzecz osoby drugiej, lecz łamie tylko zobowiązanie, które względem drugiego sam na siebie przyjął, spełniwszy tę lub inną czynność. Dłużnik, który nie chce zaspokoić swojego wierzyciela, dopuszcza się bezprawia podmiotowego dopiero, począwszy od chwili, gdy prawomocne orzeczenie sądu uznało słuszność roszczeń jego wierzyciela, a on pomimo to nie chce dobrowolnie go spłacić i zniewala go do kroków egzekucyjnych. Odtąd bowiem łamie on już obowiązek, który prawo na niego nałożyło i okazuje się nieposłusznym wobec nakazu tego ostatniego, zawartego w prawomocnem orzeczeniu sądu. Odtąd też dalszy opór dłużnika nosi na sobie wszystkie znamiona bezprawia, mogącego być uznane za przestępstwo, i przypisać to już trzeba względom polityki prawnej, jeżeli państwo woli nie karać za nie dłużnika, lecz ograniczyć się do użyczenia wierzycielowi pomocy egzekucyjnej.

Teorya Bindinga wydaje nam się słuszną, o ile twierdzi, że wynagrodzenie szkody wypływa z innego źródła, niż to, które jest podstawą kary. Sądzimy jednak, że myli się Binding, gdy utrzymuje, że t. zw. bezprawie cywilne nie jest bezprawiem podmiotowem dlatego, że jego sprawca łamie obowiązek, który on sam przyjął na siebie wobec drugiej osoby, nie zaś powinność, nałożoną na niego przez prawo. Tak stanowczo nie jest. Zacytujmy jako przykład stosunek dłużnika do wierzyciela. Opiera się on przecież na wyraźnym przepisie prawa cywilnego, które oświadcza, że jego wolą jest, aby wierzyciel mógł bez pomocy sądu, a tylko za zgodą dłużnika, otrzymać od niego w oznaczonym terminie zwrot udzielonej mu pożyczki.

Rzecz oczywista, że dłużnik, zmuszając wierzyciela do pozwania go przed sąd o uiszczenie tego, co mu się od niego należy, spełnił czyn, sprzeciwiający się powyżej sformułowanej normie prawa, a więc czyn, stanowiący bezprawie podmiotowe. Przekonywamy się więc, że Binding jest w błędzie, gdy nie chce uznać racyi bytu bezprawia cywilnego.

[1] Por. *Normen*, I, § 41 (2 wyd.).

[2] W pierwszem wydaniu swoich *Normen* (1872) Binding uznawał tylko bezprawie podmiotowe, wychodząc z tego założenia, że t. zw. bezprawie przedmiotowe, jako niezawinione przez człowieka, nie może sprzeciwiać się normom prawa (§ 25). Obecnie skłania się on do przyjmowania bezprawia przedmiotowego, pod którego pojęcie podchodzić mają wszystkie niezawinione zamachy na interesa życia, przez prawo chronione, a mianowicie: szkodliwe działania osób niepoczytalnych, szkody, wyrządzane przez zwierzęta lub przedmioty martwe (np. zawalenie się mostu), tudzież t. zw. klęski elementarne (grady, powódź). W tym nowym systemie Bindinga bezprawie, które nazywamy cywilnem, musiałoby się mieścić w ramach bezprawia przedmiotowego dopóty, dopóki nie zamieniłoby się w bezprawie, posiadające kwalifikacyą do tego, aby je państwo mogło uznać za karygodne (*Delikt*).

197. II. Poglądy, według których ma zachodzić różnica zasadnicza między bezprawiem cywilnem a kryminalnem, szukają granicy między temi pojęciami bądź 1) w winie odnośnych osób (teorya podmiotowa), bądź 2) w naruszonych interesach (teorya przedmiotowa), bądź 3) w przejawie zewnętrznym woli prawu przeciwnej (teorya formalna).

1) Teorya podmiotowa, wyznawana przez Hegla[1], utrzymuje, że, zachodzące w każdem bezprawiu, przeciwieństwo między wolą szczególną osobnika a wolą ogólną państwa t. j. prawem może być tego rodzaju, że osobnik albo tylko przedmiotowo postępuje niezgodnie z prawem, albo też istotnie wyłamuje się z pod jego panowania. W pierwszym przypadku osobnik żąda, aby prawo orze-

kło, czy słuszność jest po jego stronie; tu zatem może on popełnić tylko tak zwane przez Hegla bezprawie nie z uprzedzenia *(das unbefangene Unrecht)*, które, jako zasadniczo całkiem wolne od kary, odpowiada pojęciu bezprawia cywilnego. W drugim przypadku osobnik chce występować przeciwko prawu podstępnie (oszustwo) lub otwarcie (przestępstwo *sensu stricto)*, a przez to zniewala państwo do użycia przeciwko niemu kary, celem wykazania, że nie wola szczególna tego ostatniego, lecz prawo, jako wola ogólna państwa, posiada byt rzeczywisty. Cechą więc charakterystyczną bezprawia kryminalnego ma być, według tej teoryi,wola bezprawna osobnika, występująca na zewnątrz bądź jawnie (przestępstwo), bądź pod pokrywką czynu legalnego (oszustwo).

Pogląd ten rozbija się o ten zasadniczy szkopuł, że według systemu powszechnie uświęconego tak przez naukę prawa jak przez ustawodawstwa, istnieją z jednej strony umyślne bezprawia cywilne (dłużnik wie doskonale, że wierzyciel ma wszelki tytuł do pozwania go o zwrot pożyczki), z drugiej zaś — nieumyślne przestępstwa (Piotr zabił Pawła wystrzałem z rewolweru, o którym był przekonany, że nie jest nabity).

2) Teorya przedmiotowa, której najwybitniejszym przedstawicielem był w pierwszym okresie swojej działalności naukowej Hälschner[2], chce widzieć w bezprawiu cywilnem naruszenie interesów, wytwarzających prawo podmiotowe pokrzywdzonego, a w bezprawiu kryminalnem, naruszenie interesów, wchodzących w skład prawa przedmiotowego, jako systemu reguł, nakładających na ludzi pewne obowiązki całkiem niezależnie od stopnia, w którym ta lub owa osoba chciałaby się uważać za pokrzywdzoną. Interesa pierwszego rzędu tem się odznaczają, że stawać się mogą prawnemi tylko o tyle, o ile charakter ten zechce im nadać osoba upoważniona przez prawo przedmiotowe do tego, aby niemi rozporządzać dowolnie. Do tej kategoryi należą dobra majątkowe,

których człowiekowi, będącemu ich podmiotem, wolno jest zrzekać się na rzecz drugiego, i których naruszenie okaże się lub nie bezprawiem, odpowiednio do stanowiska, jakie wobec tej kwestyi uzna za właściwe zająć pokrzywdzony. Bezprawie też, tkwiące w nadwerężaniu tego rodzaju interesów, może być tylko cywilnem; podczas gdy leży to w naturze bezprawia kryminalnego, aby jego ofiarą stawały się dobra, których, w myśl prawa przedmiotowego, nie wolno jest zrzekać się żadnemu osobnikowi.

Teorya ta przedstawia tę słabą stronę, że nie można jej pogodzić z powszechnie uznawaną a nader obszerną kategoryą przestępstw przeciwko interesom majątkowym jednostek. W świetle jej mianowicie kradzież, sprzeniewierstwo, oszustwo pieniężne i inne zamachy na cudzy majątek musiałyby uchodzić tylko za bezprawia cywilne.

3) Teorya formalna wychodzi z tego założenia, że zasadniczo inną jest rzeczą zachowywać się biernie wobec nakazu prawa, a inną — występować czynnie przeciwko jego zakazowi. Odpowiednio do tego podciąga ona pod pojęcie bezprawia cywilnego wszystkie prawu przeciwne zaniechania, a istotę bezprawia kryminalnego chce widzieć w spełnianiu tego, czego prawo zabrania. Teoryi tej, której wyznawcą stał się w późniejszych swoich dziełach Hälschner, należy zarzucić, że są bezprawia z dopuszczenia, które nie kwalifikują się do tego, aby stanowić przestępstwa (np. nieumyślne przestąpienie zakazu przejazdu prywatną drogą), a są znów o wiele jeszcze liczniejsze bezprawia z opuszczenia, które byłoby bardzo niewłaściwie uważać tylko za cywilne (np. zaniechanie, którego dopuszcza się drożnik, nie wystawiając sygnału kolejowego). Nie samo bowiem przełamanie nakazu lub zakazu prawa rozstrzygać może o niższej lub wyższej kategoryi danego bezprawia, lecz wartość dobra, chronionego przez ów nakaz lub zakaz, i stopień jego nadwerężenia.

[1] *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 84—103.
[2] *System des preuss Strafrechts*, I, § 1, (1858).
[3] *Das gem. d. Strafr.* I, str. 25, 26, (1881).

198. Doprowadziliśmy do końca rozbiór głównych teoryj, za pomocą których starano się wytłómaczyć różnicę zasadniczą między bezprawiem cywilnem a kryminalnem. Rozbiór ten przekonał nas, że różnicy tej nie można oprzeć na odmiennym charakterze ani winy odnośnych sprawców, ani interesów prawnych, stawających się ich ofiarą, ani wyrazu, który przybrał przejaw zewnętrzny ich woli (nr. 197). Niemniej atoli odmówiliśmy słuszności zarówno kryminalistom, którzy przeczą, iżby miała zachodzić jakakolwiek różnica istotna między bezprawiem cywilnem a kryminalnem (nr. 195), jakoteż Bindingowi (nr. 196), który utrzymuje, że istnieje tylko jedno rzeczywiste bezprawie podmiotowe, a jest niem bezprawie, nadające się do tego, aby je państwo mogło uznać za przestępstwo (Delikt).

Wobec tego nie pozostaje nam nic innego, jak szukać nowej podstawy dla przeprowadzenia granicy między bezprawiami każdego z dwóch omawianych tutaj typów. Podstawę tę spodziewamy się znaleść w różnym charakterze norm prawa.

Normą prawa nazywamy wogóle każdy przepis, z którego, zgodnie z wolą prawa, wypływają pewne obowiązki, względnie upoważnienia, dla osób, woli tej podległych. Przepisy te mogą w dwojaki sposób wiązać wolę powyższych osób. Niektóre z nich mianowicie nakładają na nas pewne obowiązki tylko o tyle, o ile w danym przypadku spełnianie ich przez nas zgadzałoby się z wolą indywidualną osób, w interesie których prawo nas do nich pociąga. Inne znów nakładają na nas pewne obowiązki na rzecz drugich osob całkiem niezależnie od tego, czy w tym lub innym przypadku którakolwiek z tych ostatnich chciałaby lub nie żądać od nas ich spełniania. Przepisy

pierwszego typu nazwać można normami określającemi, a przepisy drugiego typu — normami przykazującemi. I jedne i drugie są wyrazami woli prawa. Przyczyna, dla której prawo nie może narzucać ludziom swojej woli tylko w formie przykazań, leży w tej okoliczności, że zadaniem prawa jest ujmować w pewien porządek stosunki zewnętrzne naszego życia, w imię potrzeby godzenia wolności każdego członka społeczeństwa z wolnością wszystkich. Przykazanie zawiązania jakiegoś stosunku krępuje wolę obu stron, mających wejść w ten stosunek, i nie pozwala żadnej z nich od niego się uchylać. Wobec nakazu »spełniaj służbę wojskową« nietylko mężczyzna, czyniący zadosyć pewnym warunkom, musi się do niej stawić, ale i władza wojskowa nie może go od tej powinności uwolnić. Również zakaz »nie zabijaj« odbiera nie tylko Piotrowi wolność prawną, zadawania śmierci ludziom, ale także Pawłowi wolność prawną żądania, aby Piotr go pozbawił życia. Jasną jest rzeczą, że stosunki podobnego rodzaju nie mogą stanowić całkowitej sfery węzłów, mających zawiązywać się między członkami społeczeństwa zgodnie z wolą prawa. Obok stosunków, które tem się odznaczają, że w interesie całego społeczeństwa leży, aby prawo zniewalało do ich zawiązywania obie strony, muszą być także stosunki, ze względu na które interes całego społeczeństwa domaga się, aby prawo obowiązywało jedną stronę, a tylko upoważniało drugą, do ich zawiązywania. Jest to wynik uznawania przez prawo zasady, szanowania wolności indywidualnej aż do tego stopnia, powyżej którego jużby nie można było jej pogodzić z wolnością wszystkich członków społeczeństwa. W imię tej zasady prawo musi 1) żądać, aby każdej osobie wyświadczano to, co odpowiada woli wszystkich, dlatego tylko, że zgadza się z jej wolą indywidualną; 2) domagać się, aby każdej osobie wyświadczano to, co odpowiada woli wszystkich, choćby nie zgadzało się z jej wolą indywidualną[1]. Pierwsze żądania stawia prawo w postaci

norm określających, drugie — w postaci norm przykazujących.

[1] Por. wyżej nr. 78 i 79.

199. Ponieważ zarówno normy prawa określające, jak przykazujące, są wyrazami jego woli, przeto zarówno działania, sprzeciwiające się pierwszym, jak i działania, łamiące drugie, uznać trzeba za bezprawia. Wobec tego jednak, co wiemy o różnicy, zachodzącej między normami prawa każdego z dwóch podanych tutaj rzędów, okaże się rzeczą niezbędną przyznać także osobny charakter każdej z dwóch, odpowiadających im kategoryi bezprawi. Inną bowiem jest rzeczą, sprzeciwić się woli prawa, której istotną sprężyną jest wola indywidualna pewnego osobnika, a inną — przełamać wolę prawa, czerpiącą swój nastrój tylko z woli wszystkich. W pierwszym przypadku prawo może jeszcze mnie skłonić do uznania nad sobą jego panowania, podnosząc mój obowiązek, uczynienia zadosyć woli indywidualnej danego osobnika, do rzędu obowiązku, uczynienia zadosyć woli wszystkich, czyli, zamieniając odnośnie do stosunku, który mam zawiązać z owym osobnikiem, swoją normę określającą w przykazującą [1]). W drugim przypadku prawo nie może już przyjść do panowania nademną, wzmacniając swoją odnośną normę, lecz może to uczynić tylko, osłabiając we mnie siłę oporu jego woli. Stąd w przypadku pierwszego bezprawia, prawo nie występuje przeciwko mnie, lecz tylko ujmuje się za osobą, której wyrządziłem krzywdę; w przypadku zaś drugiego bezprawia, uzbraja się ono wprost przeciwko mnie i łamie mój opór jego przykazaniom.

[1] Np. zamieniając normę, stanowiącą, że mój wierzyciel może po upływie pewnego czasu domagać się odemnie zwrotu pożyczonych mi pieniędzy (odnośny paragraf kodeksu cywilnego) w orzeczenie sądu t. j. normę, nakazującą mi zaspokoić mego wierzyciela.

200. Tylko na różnicy, podanej w ustępie poprzedzającym, można oprzeć podział bezprawi na cywilne i kryminalne. Bezprawiem cywilnem nazywamy działanie, które tylko sprzeciwia się normie prawa określającej; bezprawiem kryminalnem nazywamy działanie, które sprzeciwia się normie prawa przykazującej. Sprawca pierwszego, podobnie jak sprawca drugiego, przeciwstawia świadomie swoję wolę indywidualną woli ogólnej prawa. Różnica między niemi zawiera się tylko w tem, że pierwszy nie chce, bez wyraźnego przykazania prawa, wyświadczyć danej osobie tego, czego prawo dozwala jej żądać od niego—drugi zaś nie chce ugiąć się nawet przed przykazaniem prawa, przez co podnosi bunt przeciwko najsilniejszemu przejawowi jego woli.

Z tego właśnie, że przykazanie jest najsilniejszym przejawem woli prawa, wynika, że norma, której sprzeciwia się bezprawie kryminalne, musi być koniecznie przykazującą. Nie trzeba bowiem zapominać, że kryminalnem nazywamy bezprawie, które posiada kwalifikacyę do tego, aby państwo czuło się upoważnionem do uznania go za przestępstwo w razie, gdyby tego wymagały względy polityki prawnej. Każde więc bezprawie kryminalne musi tem się odznaczać, iżby kara w odniesieniu do niego mogła uchodzić za *malum necessarium* (p. wyżej nr. 80, 154, 157). Konieczną zaś nie okaże się kara w stosunku do bezprawia, którego popełnieniu państwo nie próbowało zapobiedz, nawet przez użycie takiego środka prewencyjnego, jakim stać by się mogło sformułowanie woli prawa w postaci normy przykazującej. Wszakże w przypadku przełamania przez jakąś osobę normy określającej prawa, państwo ma jeszcze do dyspozycyi zamienienie tej normy w przykazującą, a więc nie znajduje się jeszcze w tem położeniu, iżby zgodnie z ideą prawa uważać się mogło za upoważnione, do czynienia użytku z kary.

II. Bezprawie kryminalne, jako naruszenie interesów ludzkich, znajdujących się pod ochroną przykazań prawa. Podział tych ostatnich na zakazy i nakazy trojakiego stopnia. Bezprawie policyjne, jako szczególny typ bezprawia kryminalnego. Warunkowość i normalność przykazań prawa.

§. 44.

201. Każde bezprawie, a więc i bezprawie kryminalne, przez to samo, że jest przestąpieniem jakiegoś przepisu prawa, musi być także zamachem na jakieś dobro, przedstawiające pewną wartość dla naszego życia[1]. Prawo bowiem powołane jest tylko, do stania na straży interesów ludzkich, i narzuca swoją wolę członkom społeczeństwa nie w innym celu, jeno w tym, aby módz powyższą straż sprawować skutecznie. Wynika stąd, że przestępstwem może być tylko czyn, wyrządzający krzywdę człowiekowi. Przeciwko temu nie przemawia bynajmniej ta okoliczność, że prawo wydaje także przykazania, które rozciągają opiekę nad zwierzętami. Podobne przykazania bowiem podyktowane są zawsze troską o jakiś interes ludzki materyalny (np. zakaz polowania w czasie ochronnym), lub moralny (np. zakaz dręczenia zwierząt[2].

[1] Dobro jednak, chronione przez prawo, może stać się przedmiotem naruszenia ze strony przestępstwa tylko za pośrednictwem pewnych rzeczy zmysłowych, które występują bądź jako jego wcielenie (np. człowiek w odniesieniu do życia, którego pozbawia go morderca), bądź jako jego materyał (np. mój pugilares w odniesieniu do interesów majątkowych, które narusza złodziej, zabierając go z mojego posiadania). Patrz Oppenheim: *Die Objekte des Verbrechens*, 1894.

[2] Por. Garraud: *Traité théorique et pratique du droit pénal français* (1898); I, nr. 224.

202. Ochrona danego dobra może zasadzać się tylko na utrzymywaniu w świecie zewnętrznym warunków, które temu dobru sprzyjają. Warunki te są rozliczne. Dla nas

ważną jest tylko ta okoliczność, że niektóre z nich podlegają władzy człowieka, inne zaś leżą za jej obrębem. Oczywiście, że te ostatnie nie mogą obchodzić prawa. Prawo zajmować się może tylko warunkami, które człowiek mocen jest niszczyć lub wytwarzać za pomocą odpowiedniej działalności. Chcąc mianowicie chronić jakieś dobro, prawo musi żądać od ludzi, aby odnośnie do niego wstrzymywali się od czynów, niszczących, a spełniali czyny, wytwarzające warunki, o których tu mowa.

Na tem opiera się podział przykazań prawa na zakazy i nakazy.

203. Zakazy różnią się od nakazów tylko sposobem zapewniania ochrony odnośnym dobrom. Pierwsze mianowicie nie chcą dopuścić, aby wytworzony został czynnik, któryby szkodził danemu dobru, drugie chcą sprowadzić wytworzenie czynnika, któryby stał się dla niego sprzyjającym warunkiem.

Odpowiednio do tego, zakazy wprawdzie nie obowiązują człowieka do żadnego z góry oznaczonego działania lecz pomimo to nakładają na niego obowiązek, dokładania wszelkich możliwych starań, aby, rozwinąwszy jakąkolwiek czynność, spełniał ją w taki sposób, iżby nie znaleść się w niezgodzie z wolą prawa, wyrażoną w odnośnym zakazie. Widzimy stąd, że, przy ścisłym przeglądzie, można w każdym zakazie dopatrzyć się także ukrytego w nim nakazu przestrzegania, przy jakiemkolwiek dowolnem postępowaniu, tej przezorności, która jest niezbędna, aby uchronić to postępowanie od kolizyi z owym zakazem (np. zakaz «nie zabijaj«, żąda odemnie także, abym, udawszy się na polowanie, tak obchodził się z fuzyą, iżby wskutek tego żaden człowiek nie utracił życia). Na to jednak trzeba zwrócić baczną uwagę, że ten, ukryty w każdym zakazie, nakaz dodatkowy nie ma samodzielnego znaczenia, t. j. że może być przełamany tylko za pomocą czynu niezgodnego z samym zakazem (np. nie postąpię

przeciwko nakazowi, zawartemu w zakazie »nie zabijaj«, choćby przez najnieoględniejsze obchodzenie się z fuzyą nabitą, jeżeli tylko wskutek tego żaden człowiek nie utraci życia)[1].

Niemniej i o każdym nakazie można powiedzieć, że ukrywa się w nim pewien dodatkowy zakaz. Wprawdzie bowiem każdy nakaz żąda od człowieka tego tylko, aby w danej chwili spełnił pewną wskazaną czynność, ale przez to samo musi mu zabraniać wszelkiego postępowania, które w chwili krytycznej musiałoby go zniewolić do zaniechania nakazanego czynu[2]. Ponieważ jednak tu znów ów, ukryty w każdym nakazie, zakaz dodatkowy nie posiada żadnej samodzielności, przeto przestąpienie tego ostatniego uważać należy za niemożliwe bez przełamania pierwszego.

[1] Inna rzecz, że przez to przełamię nakaz, zawarty w zakazie »nie strzelaj do człowieka z fuzyi, o której się wprzód nie przekonasz, że nie jest nabitą« (§ 374 kod. k.). I w tym zakazie bowiem ukrywa się także nakaz, dokładania wszelkich starań, aby chcąc, dla nastraszenia drugiego, udać, że się do niego strzela z broni palnej, użyć do tego rzaczywiście broni nie nabitej.

[2] Por. wyżej nr. 166–168; 184–189.

204. Jeżeli zechcemy przypatrzeć się bliżej działaniom, które dla ochrony jakiegoś dobra stać się mogą przedmiotem zakazów lub nakazów prawa, to potrafimy odróżnić w ich rzędzie trzy następujące kategorye:[1]

1. Działania, zakazane dlatego, że wywołują uszkodzenie; nakazane dlatego, że wywołują popieranie jakiegoś dobra (np. z jednej strony zabijanie ludzi, okradanie ich; z drugiej zaś — spełnianie powinności wojskowej lub urzędu sędziego przysięgłego).

2. Działania, zakazane dlatego, że narażają rzeczywiście na niebezpieczeństwo dane dobro; nakazane zaś dlatego, że służą rzeczywiście do odparcia niebepieczeństwa, które mu grozi (np. z jednej strony wywołanie paniki podczas przedstawienia w teatrze; z drugiej zaś — doniesienie władzy o zamierzonej zbrodni w chwili, gdy jeszcze można przeszkodzić jej popełnieniu).

3 Działania zakazane dlatego, że tylko mogą narażać na niebezpieczeństwo jakieś dobro; nakazane dlatego, że tylko mogą służyć do usunięcia od niego niebezpieczeństwa (np. z jednej strony szybka jazda po ulicach miasta; z drugiej — zaś przestrzeganie przepisanych formalności przy sprzedaży lekarstw).

Jasną jest rzeczą, że im jakieś dobro przedstawia wyższy interes dla społeczeństwa, tem mniej może prawo zadowolnić się, wydaniem dla jego ochrony tylko zakazów lub nakazów pierwszej kategoryi. To też u wszystkich narodów najwięcej norm drugiego i trzeciego stopnia ustanawia prawo ze względu na bezpieczeństwo państwa i życia ludzkiego.

[1] Binding: *Normen*, I, § 17.

205. Z kwestyą zakazów i nakazów drugiego i trzeciego stopnia znajduje się w ścisłym związku pytanie, co należy właściwie pojmować przez niebezpieczeństwo, które bywa ściągane na jakieś dobro, względnie od niego odsuwane. Niektórzy autorowie twierdzą, że pojęcie niebezpieczeństwa nie posiada żadnej treści przedmiotowej, gdyż w każdym przypadku, uważania jakiejś okoliczności za niebezpieczną dla danego dobra, okazać się musi albo, że okoliczność ta nie wyrządziła mu żadnej szkody, albo też, że przyniosła mu uszczerbek. W każdym więc razie przekonamy się, że przedmiotowo okoliczność ta nie była nigdy niebezpieczną, lecz od samego początku bądź była szkodliwą, bądź nie posiadała tego charakteru. Jeżeli zaś pomimo to, prawo zabrania niektórych działań tylko z tytułu ich niebezpieczności dla pewnych, pod jego ochroną znajdujących się, interesów; to niewątpliwie fakt ten tem się tylko tłómaczy, że prawo musi brać w rachubę

niezdolność ludzi, do tak dokładnego przenikania całego stanu rzeczy, towarzyszącego danemu działaniu, aby na tej podstawie módz z góry uznać to ostatnie za szkodliwe lub nieszkodliwe. Działanie, które uważamy za niebezpieczne, jest właściwie działaniem, które wznieca w nas, tylko podmiotowo uzasadnioną, obawę, aby nie wyrządziło szkody odnośnemu dobru. Przedmiotowo bowiem byłby tu uzasadniony tylko sąd, że wskutek tego działania nastąpi, lub nie, uszkodzenie tego dobra. Do wyznawców tego poglądu, któryby można nazwać teoryą podmiotową, należą Binding, Hertz, Finger, Janka, Thon i wielu innych autorów[1].

Z odmiennego założenia wychodzi pogląd, według którego pojęcie niebezpieczeństwa ma się także opierać na pewnej podstawie przedmiotowej. Tę ostatnią mianowicie możemy zbudować w drodze t. zw. rachunku prawdopodobieństwa, ze stanowiska którego wolno nam będzie nazwać niebezpiecznem dla jakiegoś dobra to działanie, o którem, na mocy powszechnego doświadczenia i prawidłowego toku rzeczy, będzie trzeba orzec, że, gdyby nie okoliczności, których jego sprawca nie mógł brać w rachubę w chwili gdy spełniał swoje działanie, byłoby ono uszkodziło odnośne dobro. Pogląd ten, któryby można, w odróżnieniu od pierwszego nazwać, teoryą przedmiotową, wyznają z pewnemi modyfikacyami Rohland, Kries, Merkel, Liszt i Horn[2]. Tylko ten pogląd uznać należy za racyonalny, on jeden bowiem daje nam możność, przyznania państwu tytułu, do okładania karą przestępstw nieumyślnych tudzież usiłowania przestępstw.

[1] Binding: *Normen*, I, § 17, Hertz: *Das Unrecht*, I, 1800, str. 73. Finger: *Der Begriff der Gefahr*, 1889 (*Jur. Vierteljahreschr*); *Strafr.* 1902, I, str. 91. Janka: *Strafr.* 1894, str. 55. Thon: *Ueber den Begriff der Verursachung*, 1894, (*Blätter für Rechtspflege in Thüringen*, t. 42).

[2] Rohland: *Die Gefahr im Strafrecht*, 1886. Kries: *Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit*, 1888. Merkel: *Lehrbuch*, 1889, str. 44. Liszt: *Lehrbuch*, 1908, str. 124. Horn: *Ueber Kausalität und Wirken* (*Ger. Saal.* t. 54); *Der Versuch* (*Czasopismo Liszta* t. 20, str. 309—361).

206. Specyalnie z zakazami i nakazami prawa trzeciego stopnia t. j. z temi, które się odnoszą do działań, niekoniecznie *in concreto*, lecz tylko abstrakcyjnie, zdolnych do tego, aby narażać na niebezpieczeństwo jakieś dobro, względnie, aby odpierać od niego mogące mu grozić niebezpieczeństwo (nr. 204, ad 3) wiąże się pojęcie tak zwanego bezprawia policyjnego. Sądzono dawniej powszechnie, a dziś jeszcze pogląd ten podziela Hälschner, że bezprawie policyjne ma wszelki tytuł do tego, aby uchodzić za odrębny gatunek bezprawia[1]. Według tego zapatrywania mianowicie, bezprawie policyjne miałoby stanowić szczebel pośredni między bezprawiem cywilnem a kryminalnem w ścisłem rozumieniu tego pojęcia t. j. przestępstwem. Od pierwszego różniłoby się ono istotnie pierwiastkiem nieposłuszeństwa wobec zakazu lub nakazu prawa; od drugiego zaś odbiegałoby ono w tym niemniej istotnym punkcie, że sprzeciwiałoby się prawu jedynie ze względu na ów dopiero co wspomniany, zawarty w niem pierwiastek nieposłuszeństwa. W każdem zaś przestępstwie, oprócz powyższego pierwiastku, ma tkwić jeszcze jakiś zamach na bezpieczeństwo pewnego dobra konkretnego, znajdującego się pod ochroną prawa. Takiego zamachu rozbierany tu pogląd nie może się dopatrzeć w bezprawiu policyjnem. Sądzimy, że tylko pozornie za jedyną cechę bezprawia policyjnego uważać można nieposłuszeństwo wobec zakazu lub nakazu prawa[2]; w rzeczywistości bowiem jest w tem nieposłuszeństwie także zamach, jeżeli nie na dobro, chronione bezpośrednio przez odnośny zakaz lub nakaz, to w każdym razie na interes, bardzo ściśle z niem powiązany. Interesem tym mianowicie jest spokój o to, że powyższemu dobru dane niebezpieczeństwo konkretne zagrażać nie będzie. Weźmy jako przykład, zakaz szybkiej jazdy po ulicach miasta. Jeżeli Piotr go

przestępuje, to przez to dopuszcza się bezprawia, zasługującego na karę nie tylko dlatego, że jest nacechowane nieposłuszeństwem, ale z tego jeszcze powodu, że osłabia w przechodniach uczucie spokoju o bezpieczeństwo ciała lub życia, a więc narusza interes, który także znajduje się pod ochroną prawa.[3]

[1] Feuerbach: *Lehrbuch*, § 22, a także patrz jego rozprawę p. t.: *Ueber Polizeistrafgesetzgebung (Feuerbachs Leben und Wirken*, II, str. 347—378). Grolman: *Grundsätze der Criminalrechtswiss.* § 365. Henke: *Handbuch*, I, str. 190. Luden: *Abhandlungen*, II, str. 166. Köstlin: *Revision*, §§ 183 i 184; System §§ 1 i 18. Hälschner: System (*Einleitung*, § 1); *Das gem. deutsche Strafrecht*, § 15.

[2] Por. § 238 k. k.

[3] Patrz *contra* Liszt: *Lehrb.* 1908, str 117, także Goldschmidt: *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902.

207. Wszystkie przykazania prawa, bez względu na to czy są zakazami, czy nakazami, tem się odznaczają, że noszą na sobie dwie istotne cechy, które, za przykładem Bindinga, można nazwać ich warunkowością i normalnością.

Przez pierwszą cechę pojmujemy tę właściwość przykazań prawa, że żadne z nich nie obowiązuje bezwarunkowo, t. j. nie wiąże wszystkich ludzi wśród wszelakich okoliczności. Wyjątku nie stanowi pod tym względem nawet zakaz »nie zabijaj«. Są mianowicie przypadki, w których zabicie człowieka jest czynnością, przez prawo dozwoloną (np. w razie obrony koniecznej) lub nawet nakazaną (np. wykonanie wyroku śmierci).

Inne znaczenie posiada t. zw. normalność przykazań prawa. Cecha ta polega na tem, że każde przykazanie prawa posiada moc reguły, t. j. przepisu, który prawidłowo obowiązuje wszystkie osoby, dla których został wydany, a tylko wyjątkowo przestaje wiązać niektóre z nich w pewnych szczególnych, przez prawo przewidzianych, przypadkach. Przypadki te wypadnie nam teraz poznać.

Znane są one pod nazwą okoliczności, wyłączających bezprawność działań, spełnionych wbrew ogólnym zakazom lub nakazom prawa.

III. Okoliczności, wyłączające bezprawność działań, skądinąd sprzeciwiających się ogólnym zakazom lub nakazom prawa.

§ 45.

208. Okoliczności te mogą albo nakładać obowiązek spełniania działań, skądinąd przeciwnych ogólnym zakazom lub nakazom prawa, albo też tylko upoważniać do ich spełniania.

A. Obowiązek przełamania wśród pewnych okoliczności jakiegoś ogólnego przykazania prawa może nałożyć tylko samo prawo. Uczyni to ono, stawiając jakiś szczególny nakaz lub zakaz, odstępujący od jego woli, wyrażonej w normie ogólnej. Znajdzie tu wtedy zastosowanie znana reguła rzymska: *lex specialis derogat generali.* W myśl tej reguły, kat nie popełnia morderstwa, tracąc zbrodniarza, skazanego na śmierć (nakaz szczególny *contra* zakazowi ogólnemu), ani też sędzia nie łamie obowiązków swojego urzędu, jeżeli uchyla się od orzekania w sprawie, od której prawo go wyłącza (zakaz szczególny *contra* nakazowi ogólnemu)[1].

Norma szczególna ma się do ogólnej, jak wyjątek do reguły. Wypływają stąd dwa następujące ważne prawidła: 1) Normę szczególną należy zawsze tłómaczyć jaknajściślej, nie rozszerzając nigdy jej zakresu w drodze analogii. 2) Czyn spełniony wbrew normie ogólnej, poza obrębem przykazania, zawartego w normie szczególnej, powinien uchodzić za przełamanie pierwszego, nie zaś drugiego z tych przepisów. W myśl tego ostatniego prawidła popełnia morderstwo ten, kto samowolnie zabija zbrodniarza, skazanego na śmierć[2].

[1] Do tej kategoryi należy zaliczyć wszystkie czyny, do których obowiązuje sprawcę jego urząd, o ile, same przez się, musiałyby

one uchodzić za bezprawne zamachy na osobę, wolność, honor lub majątek obywateli.

[2] Innego zdania był Feuerbach, który w tym przypadku chciał tylko widzieć przestępstwo przeciwko władzy sądowej państwa. Por. Hugo Meyer: *Lehrb.* (Allfeld. 1907, str. 215, dop. 2).

209. Zachodzi pytanie, czy i rozkaz przełożonego może uchodzić za okoliczność, zdolną do tego, aby nałożyć na podwładnego obowiązek przełamania jakiegoś zakazu lub nakazu prawa. Sądzimy, że w państwie, które rządzi się prawem, wola tego ostatniego jest potęgą, ponad którą żaden osobnik nie powinien módz wynosić swojej woli. W państwach konstytucyjnych wyjątku nie stanowi pod tym względem nawet monarcha, który, jak wiadomo, związany jest w wydawaniu ustaw uchwałą parlamentu. Wobec tego byłoby rzeczą wielce niewłaściwą, gdybyśmy mieli rozkazowi przełożonego przyznawać moc obowiązywania osoby, mu podwładnej, do spełniania czynów, przeciwnych ogólnym normom prawa.

Autorowie [1], którzy w interesie prawidłowego funkcyonowania organizmu urzędniczego, oświadczają się za koniecznością uważania rozkazu przełożonego za okoliczność, wiążącą bezwarunkowo podwładnego, byle tylko ten ostatni mógł rozkaz ten uważać za legalny pod względem formalnym, zapominają o tem, że, aby uczynić zadosyć wspomnianemu wyżej interesowi, nie potrzeba bynajmniej uświęcać po stronie podwładnego obowiązku spełniania na rozkaz przełożonego czynu, uznanego skądinąd za przestępny. Na to bowiem wystarczy najzupełniej nadać rozkazowi przełożonego charakter okoliczności, mogącej stosownie do zachodzących warunków, albo upoważniać (nie obowiązywać) podwładnego do czynów bezprawnych, albo uchylać możność poczytania mu ich za winę. Pierwsze znaczenie otrzyma rozkaz przełożonego w przypadku, gdy podwładny spełni go pod wpływem przymusu psychologicznego, wywartego obawą ciężkiej odpowiedzialności za jego niespełnienie. Wtedy bowiem wytwarza się

dla podwładnego stan wyższej konieczności, ze względu na który wolno mu będzie ratować siebie kosztem dobra, które mu każe naruszyć przełożony. Charakter ten posiadać będzie rozkaz przełożonego najczęściej w służbie wojskowej. Drugie znaczenie mieć będzie ten rozkaz w przypadku, gdy podwładny był jaknajsumienniej przekonany o jego legalności. Wtedy bowiem działać on będzie pod wpływem istotnego i niepokonanego błędu, która to okoliczność wyłączać będzie możność poczytania mu jego czynu za winę [2].

Poza dwiema, podanemi wyżej, kategoryami przypadków, t. j. wtedy, gdy nie wznieca ani postrachu, wytwarzającego stan wyższej konieczności, ani błędu, uchylającego poczytanie winy, rozkaz przełożonego może stanowić tylko okoliczność łagodzącą [3].

[1] Laband: *Staatsrecht*, I, str. 441. Finger: *Oester. Strafrecht*, I, § 72.

[2] W tym też duchu zapatruje się na tę kwestyę prawo rzymskie stanowiąc: *Is damnum dat, qui jubet dare; ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit* (Paulus). l. 169. dig. (*de regulis iuris*), L. 17.—Zgodnie z nami przeczą, iżby rozkaz przełożonego mógł stwarzać dla podwładnego obowiązek spełnienia czynu, skądinąd przestępnego. Brauer: *Der dienstliche Befehl, als Grund der Straflosigkeit (Gerichtsaal*, 1856). Van Calker: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht*, 1891. Janka: *Oesterr. Strafr.* § 57: *„eine Verpflichtung zu unbedingtem blindem Gehorsam gibt es nicht“* (str. 106 wyd. z 1894). Mayer: *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten (Laband-Festschrift)*, 1908. Mniej stanowczo przychyla się do nas Liszt: *Lehrbuch* (1908) § 35. Por. także. Merkel: *Lehrb.* (1889) str. 160, tudzież kodeksy karne wojsk. austr. (1885, § 8) i niemiecki (1872, § 47).

[3] Patrz kod. k. austr. § 46 *c*.

210. *B.* Drugą kategoryą okoliczności, wyłączających bezprawność działań, skądinąd prawu przeciwnych, tworzą przypadki, w których prawo tylko upoważnia odnośne osoby do tego, aby, przy zaistnieniu pewnych, przez prawo

przewidzianych, warunków, spełniały tę lub ową czynność wbrew ogólnym zakazom prawa.

Były czasy, gdy do podobnych okoliczności należało wyjęcie pokrzywdzonego z pod opieki prawa (rzymska *sacratio capitis*, staro-germańska *Friedlosigkeit*). Czegoś podobnego nie zna dzisiejsze prawo. Pozbawienie praw, które dotąd przechowało się w kodeksach karnych, jako kara dodatkowa (*dégradation civique* prawa francuskiego) lub jako skutek osądzenia za zbrodnię (§ 26 i 27 kod. k. austr.), dalekie jest od tego, aby miało odbierać przestępcy opiekę prawa. To też, według pojęć dzisiejszych, czyn, uznany za przestępny, nie utraciłby tego charakteru wskutek tego, iżby się go dopuszczono przeciwko choćby największemu zbrodniarzowi. Wyraźnie oświadcza to kod. karn. austr. w § 4.

Obecnie do rzędu omawianych tu okoliczności należy zaliczyć: 1) szczególne upoważnienia prawne; 2) obronę konieczną; 3) wyższą konieczność i 6) zezwolenie pokrzywdzonego.

I. Szczególne upoważnienia prawne.

§ 46.

211. Znane są przypadki, w których niektóre kategorye osób mają sobie przyznane przez prawo pewne szczególne upoważnienia, z tytułu których wolno jest podobnym osobom spełniać niejedną taką czynność, która poza obrębem owych szczególnych upoważnień, musiałaby uchodzić za bezprawną. Upoważnienia te nie zawsze opierać się muszą na wyraźnym przepisie ustawy, lecz ich podstawą może być także prawo zwyczajowe, o ile trzeba będzie przyjąć je za normę dla ocenienia tego, czy w danym przypadku odnośna osoba działała zgodnie z tem, do czego ją upoważniało jej specyalne stanowisko zawodowe.

Tu należą następujące przypadki:

a) Upoważnienia, wypływające z przyznanego niektórym osobom prawa karcenia, w drodze utrzymywania dyscypliny domowej lub urzędniczej, osób, władzy ich podległych.

Prawo takie służy rodzicom, opiekunom i nauczycielom względem dzieci, pupilów i uczniów[1]; służbodawcom względem czeladzi służebnej; majstrom względem terminatorów[2]; oraz przełożonym w urzędzie publicznym względem ich podwładnych. W niektórych razach prawo to, na podstawie powszechnie uznanego zwyczaju, może być przelane na osobę, która, sama przez się, go nie posiada, a wtedy trzeba będzie tylko sprawdzić, czy przelanie to rzeczywiście nastąpiło (np. jeżeli matka powierza dzieci na czas dłuższej nieobecności zaufanej piastunce).

b) Upoważnienia, wypływające z prawidłowego wykonywania jakiegoś zawodu.

Z tego tytułu nie dopuszcza się przestępstwa uszkodzenia cielesnego chirurg, który, dla uratowania życia pacyenta, amputuje mu rękę lub nogę bez jego zezwolenia[3]. Tem się też tłómaczy reguła, w myśl której nie popełnia czynu bezprawnego poseł do parlamentu, skoro, przy wykonywaniu swojego zawodu, wystąpi z wynurzeniami, które, same przez się, nosiłyby na sobie znamiona jakiegoś przewidzianego przez kodeks przestępstwa[4].

[1] Patrz kod. k. § 413—418, 420. Mężowi w myśl ustaw austr. nie służy prawo karcenia żony, lecz wolno mu tylko chwycić się pewnych środków przymusowych, w interesie porządku domowego (§§ 91, 92 i 175 k. cyw.). Patrz także § 419 k. k., który pod tym względem traktuje oboje małżonków na stopie zupełnej równorzędności. Zasługuje też na uwagę Orzecz. S. kas. z 3 grudnia 1877 (wyd. *Allg. österr. Ger. Z.* l. 167).

[2] Co do służbodawców patrz różne ordynacye służbowe, w szczególności § 17 regulaminu służb. dla miasta Krakowa z 7 lipca 1857. Co do majstrów patrz Ordynacyą przemysłową z 20 grudnia 1849 (Dz. u. p. 227), tudzież nowelę z 8 marca 1885 (Dz. u. p. 22).

[3] Por. co do tej kwestyi wywody Stoos'a w jego rozprawach, drukowanych w *Zeitschrift für Schweizer Strafr.* (V Jahrg. 465; VII Jahrg. 192—198) i w jego wykładzie w Wiedeńskim Tow. prawn. w marcu 1898, tudzież krytykę tego stanowiska u Fingera: *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (Zeitschr. für ges. Strafrw.* XX, str. 12—32).

[4] Patrz § 1 ust. z 3 paźdz. 1861 (Dz. u. p. 98) o nietykalności członków Rady państwa i Sejm. kraj., tudzież § 16 al. 2 ust. zasadn. z 21 grudnia 1867 o reprezentacyi państwa (Dz. u. p. 141). Patrz także co do członków Delegacyi R. P. § 23 ust. zasadn. z 21 grudnia 1867 o załatwianiu spraw wspólnych wszystkim krajom monarchii austr. (Dz. u. p. 146), a co do członków Komisyi kontrolującej długi państwa § 8 ust. z 10 czerwca 1868 (Dz. u. p. 54). Z literatury, dotyczącej tej kwestyi, zasługują na uwagę: Heinze: *Die Straflosigkeit parlamentarischer Rechtsverletzungen*, 1879. Kissling: *Die Unverantwortlichkeit der Abgeordneten*, 1885. Seidler: *Die Immunität der Mitglieder der Vertretungskörper nach öster. Rechte*, 1891. Krzymuski: *Nietykalność poselska i prawo karne* (Przegl. prawa i adm. 1898). Patrz zwłaszcza, zawarte w tej ostatniej rozprawie, wywody co do kwestyi, kiedy może być wykluczona bezprawność, a kiedy ma być uchylona tylko karygodność wystąpień poselskich (str. 614—622).

212. Znane są także okoliczności, wśród których pewne ściśle oznaczone działania, skądinąd prawu przeciwne, utracać mają tę ostatnią cechę, na mocy wyraźnej *legis specialis*. Przywilej wykluczenia bezprawności wiąże się tutaj już nie z charakterem sprawcy odnośnego czynu, lecz z odnośnym czynem, bez względu na osobę, która go spełniła. Tu według prawa austryackiego należy zaliczyć następujące przypadki:

a) Dozwoloną w §§ 1321 i 1322 k. cyw. własną pomoc, polegającą na samowolnem zajęciu cudzego bydła w razie, gdy to ostatnie wyrządziło szkodę na czyimś gruncie [1].

b) Dozwolone przytrzymanie przestępcy lub człowieka, mogącego uchodzić za szkodliwego lub niebezpiecznego, celem niezwłocznego oddania go w ręce właściwej władzy (§ 93 k. k.) [2].

c) Dozwolone ogłaszanie osnową pisma drukowego, zgodnych z prawdą doniesień *(Mittheilungen)* o jawnych rozprawach Rady państwa lub sejmów krajowych (§ 28 ust. pras. z 17 gr. 1862; Dz. u. p. 6 ex 1863), choćby treść tych doniesień była sama przez się karygodna [3].

[1] Patrz także analogiczne przypadki dozwolonej pomocy własnej w §§ 63 i 64 ustawy leśnej z 3 grudnia 1852 (Dz. u. p. 250) i w §§ 18—20 rozp. min. z 30 stycznia 1860 (Dz. u. p. 28) o straży polowej i o postępowaniu w razie szkód polnych.

[2] W niektórych przypadkach ustawa nakłada nawet obowiązek przytrzymania w granicach możności człowieka, podejrzanego o zamiar popełnienia przestępstwa (§ 212 kod. k.) lub o to, że chce się pozbyć przedmiotów, pochodzących z przestępstwa (§§ 473, 475, 476), z tem tylko zastrzeżeniem, aby uwiadomić o tem natychmiast właściwą władzę.

[3] Patrz Krzymuski: *Nietykalność poselska i prawo karne*, str. 699, 704.

2. Obrona konieczna [1].

(inculpata tutela, Nothwehr).

§ 47.

213. Obroną konieczną nazywa się w prawie karnem przypadek, w którym dla odparcia napadu bezprawnego, grożącego obecnie jakiemuś dobru, znajdującemu się pod ochroną prawa, wolno jest osobie prywatnej naruszyć, strzeżony przez ogólny zakaz prawa, interes napastnika, skoro tylko okaże się to koniecznem dla ocalenia dobra napadniętego.

W społeczeństwach, które posiadają wyższą organizacyę polityczną, przyjęto przyznawać tylko państwu tytuł do występowania w drodze przymusowej przeciwko zamachom na interesa, powierzone opiece prawa (por. wyżej nr. 77). Występowanie to może mieć na celu 1) zniewolenie osoby, która już dokonała bezprawia, do naprawy, wyrządzonej przez nie, krzywdy, względnie do odpowiedniego zadosyćuczynienia za nią; albo też 2) może ono

dążyć do tego, aby, przez udaremnienie zamierzonego napadu, nie dopuścić do uszkodzenia danego dobra. W obu tych przypadkach prawo używania przeciwko napastnikowi przymusu zewnętrznego tworzyć powinno w zasadzie monopol państwa.

Od tej zasady ustawy dzisiejsze nie dopuszczają prawie żadnych wyjątków, o ile rozchodzi się o zniewolenie sprawcy bezprawia do wynagrodzenia szkody, wyrządzonej pokrzywdzonemu. Działalność, rozwinięta w tym celu na własną rękę przez tego ostatniego, podchodziłaby pod pojęcie zabronionej przez prawo pomocy własnej *(Selbsthilfe)*[2].

Większym liberalizmem odznaczają się ustawy ze względu na przypadki drugiej kategoryi, t. j. gdy rozchodzi się o udaremnienie zamierzonego, a już bezpośrednio zagrażającego napadu bezprawnego. W przypadkach tych przyjęto powszechnie, przyznawać osobom prywatnym t. zw. prawo obrony koniecznej, wychodząc z tego założenia, że, jeżeli w danym razie ktoś nie może liczyć na pomoc państwową, potrzebną do odparcia od jakiegoś dobra napadu bezprawnego; to wtedy kończy się też dla niego obowiązek wzywania powyższej pomocy, a rodzi się tytuł prawny, do wystąpienia na własną rękę w obronie zagrożonego dobra. Wystąpienie to leży nawet w interesie państwa, dla którego nie może być nigdy rzeczą pożądaną, aby dobra, znajdujące się pod opieką prawa, stawały się ofiarą jakiegokolwiek gwałtu. O ile państwo może odpierać bezprawie, nie wolno jest osobnikowi chwytać za oręż przeciwko niemu; prawo to musi jednak mu służyć wtedy, gdy tylko siła jego ramienia potrafi ubezwładnić bezprawnego napastnika[3].

[1] Literatura: Levita: *Das Recht der Nothwehr*, 1856. Geyer: *Die Lehre von der Nothwehr*, 1857. Seeger: *Abhandlungen*, 1858, str. 173. Wessely: *Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr*, 1862. Janka: *Der strafrechtliche Nothstand*, 1878. Buri w *Gerichtsaal*, 1878. Moriaud: *Du délit nécesaire et de l'état de nécessité*, 1889. Tobler: *Die Grenzgebiete zwischen Nothwehr und Nothstand*, 1894. Stirtz: *Die subjective Seite der Nothwehr*, 1897 *(Erlangen)*. Wahlberg: *Kleine Schriften*, III, str. 71. Kallina: *Nothwehr gegenüber Amtshandlungen*, 1898. Löffler: *Unrecht und Nothwehr* (czasop. Liszta, t. 21. 1901. str. 537). Alberti: *Nothwehrrecht*, 1901. Ahsbahs: *Die Grnndlinien des Nothwehrrechts*, 1903.

[2] Patrz co do tej kwestyi § 19 kod. cyw. i § 83 kod. karn. (a mianowicie wyrazy: *„es geschehe solches, um sich wegen eines vermeinten Unrechtes Rache zu verschaffen, ein angesprochenes Recht durchzusetzen“*). Nader nieliczne przypadki dozwolonej pomocy własnej podaliśmy wyżej pod nr. 212, lit. a.—Stare prawo niemieckie uznawało własną pomoc w bardzo szerokich granicach. Jako przestępstwo *sui generis* występuje ono w kodeksach partykularnych: bawarskim z r. 1813, wirtembergskim z r. 1839 i saskich z lat 1855 i 1868. Do pewnego stopnia uznają dziś jeszcze pomoc własną francuski *Code pénal* w art. 324 i kodeks chilijski w art. 10, ze względu na przypadek, gdy mąż zabije żonę swoją i jej kochanka w chwili zastania ich w swoim własnym domu na gorącym uczynku cudzołóstwa. Kodeks franc. jednak uważa tę okoliczność tylko za mającą sprowadzać niższą kwalifikacyę kryminalną morderstwa (por. art. 326), podczas kiedy kod. chilijski uwalnia ze względu na nią męża od wszelkiej odpowiedzialności pod tym jednak warunkiem, aby bądź zabił tak żonę, jak jej kochanka, bądź też, aby nie wyszło na jaw, że umyślnie tylko ograniczył się do zabicia jednej tylko z tych osób. (Por. rozprawy Hartwiga w *Zeitschrift für ges. Strafrw.* XX, str. 230).

[3] To też uznanie obrony koniecznej spotykamy we wszystkich ustawodawstwach zarówno najdawniejszych, jak i najnowszych czasów. Już w źródłach prawa rzymskiego czytamy: *vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt* (45, § 4 D. IX, 2). Przyczyna, dla której pomoc własna nie może być dozwolona narówni z obroną konieczną, leży w tem, że odparcie szkody, mającej być wyrządzoną jakiemuś dobru, jest rzeczą, o której każdy może łatwo przekonać się, że leży w interesie prawa, tymczasem uzyskanie od jakiejś osoby zadosyćuczynienia, z tytułu zarzucanego jej bezprawia, jest kwestyą, o której zgodności z wymaganiami prawa nie można inaczej się przekonać, tylko poddawszy ją w każdym szczególnym przypadku pod ocenę całkiem bezstronnego organu (sądu).

214. Prawo obrony koniecznej chciano wyprowadzać z powinności moralnej każdego człowieka przyczyniania się do tego, aby prawo odnosiło zawsze zwycięztwo nad bezprawiem[1]. Pogląd ten jednak, oparty na teoryi Hegla o nicości bezprawia, zapomina o tem, że w przypadkach obrony koniecznej nie rozchodzi się o zapewnienie prawu przewagi nad bezprawiem, lecz tylko o zapobieżenie temu, aby bezprawie nie stało się czynem dokonanym. Obrona konieczna mianowicie nie ma nic wspólnego z pociąganiem do jakiejkolwiek odpowiedzialności karnej napastnika. Do załatwienia tej ostatniej kwestyi nikt inny prócz państwa powołany być nie może. Gwałt, którego wolno jest użyć osobie prywatnej w przypadkach, uzasadniających obronę konieczną, ma tylko na celu odparcie od jakiegoś przez prawo strzeżonego dobra ciosów, które inna osoba chce mu zadać w drodze napadu niezgodnego z wolą prawa. Upoważniając więc osobę prywatną do obrony koniecznej, państwo dalekie jest od tego, aby miało upoważniać ją, do przełamywania woli bezprawnej napastnika, jako takiej, t. j. do występowania z jakąkolwiek działalnością represyjną przeciwko jego bezprawiu. Wypływa stąd ta ważna konsekwencya, że i napad, dokonany przez osobę niezdolną do odpowiadania za przestępstwa (np. przez obłąkanego, lub nieletniego), może uzasadniać po stronie napadniętego lub osoby trzeciej obronę konieczną[2].

[1] Tak zapatruje się na tę kwestyę Hälschner (*Das gem. deutsche Strafr.* 1881, I, str. 477). Inaczej uzasadniają prawo obrony koniecznej Grocyusz i Pufendorf. Widzą oni w niem mianowicie wypływ umowy politycznej, na mocy której obywatele zrzekają się na rzecz państwa tytułu do tego, aby na własną rękę odpierać, w drodze gwałtu, zagrażające im krzywdy, ale tylko pod warunkiem, że państwo będzie ich broniło.

[2] Innego zdania Hälschner (l. c. str. 479 i 480), Janka (*Strafr.*, 1894, str. 109), Lammasch (*Grundriss.* 1906, str. 43). Za nimi Lewita, Buri (p. literaturę nr. 213). Liszt (*Lehrb.* § 33, str. 138), Finger (*Strafr.* I, str. 233), Merkel (*Lehrb.* str. 163, Garraud (*Traité de droit pénal*, I, str. 571, 578). Patrz jeszcze co do tej kwestyi niżej nr. 216.

215. Prawo obrony koniecznej zależy od czterech warunków, z których dwa odnoszą się do napadu, a dwa do jego odporu. Są niemi: 1) bezprawność napadu; 2) jego obecność; 3) konieczność obrony; 4) jej umiarkowanie.

216. 1) Bezprawność napadu. Napad należy uważać za bezprawny wtenczas, jeżeli pochodzi od człowieka[1] i jest niezgodny z wolą prawa. To ostatnie pojmować trzeba tylko w rozumieniu przedmiotowem, t. j. całkiem niezależnie od kwestyi, czy napastnik zdolny jest lub nie do odpowiadania za swoje czyny w obliczu prawa (p. wyżej nr. 214). Inny charakter miałaby napaść ze strony zwierzęcia. Wobec niej człowiek mógłby znaleść się tylko w stanie wyższej konieczności. Autorowie, którzy dla obrony koniecznej żądają także podmiotowej bezprawności napadu, utrzymują, że i zamachy, pochodzące od osób nieodpowiedzialnych (np. obłąkanych lub nieletnich), wytwarzać mogą tylko stan wyższej konieczności. Naszem zdaniem, traktowaniu zamachów tego ostatniego rodzaju narówni z napaścią, dokonaną przez zwierzę, stoi na przeszkodzie ta ważna okoliczność, że człowiek nie przestaje nigdy podlegać panowaniu prawa, podczas gdy zwierzęta, same przez się, wyjęte są z pod jego rządów. Człowiek mianowicie, choćby, z powodu niedojrzałości wieku lub rozstroju umysłu, miał być niezdolny, do okazywania posłuszeństwa prawu, to jednak i wtedy jeszcze znajduje się pod jego władzą w tem rozumieniu, że państwo ma wszelki tytuł do troszczenia się o to, iżby postępowanie tego człowieka było przedmiotowo zgodne z prawem, a mianowicie, iżby odebrana mu została możność spełniania czynów, prawu przeciwnych. Nic podobnego nie zachodzi w odniesieniu do zwierząt i z tego powodu ich napaść wytwarzać może tylko stan wyższej konieczności[2].

[1] Löffler *Unrecht und Nothwehr* w czasop. Liszta, Bd. 21. 1901) oświadcza się za bezprawnością napadów i ze strony zwierząt.

[2] Patrz nr. 214, dopisek 2. — Osobny rodzaj dozwolonej po-

mocy własnej, nie będącej ani obroną konieczną. ani stanem wyższej konieczności, widzi w tym przypadku W ä c h t e r *(Sächsisches und thüringisches Strafrecht*, 1856—1858; str. 314).

216 bis. Autorowie, którzy w napadzie ze strony osoby niepoczytalnej (dziecka lub obłąkanego) chcą widzieć okoliczność, mogącą wytworzyć dla napadniętego tylko stan wyższej konieczności, mają niewątpliwie na względzie interes napastnika. Powodują się oni bowiem głównie tem, że ustawy pozytywne tylko akcyą, wywołaną stanem wyższej konieczności, każą utrzymywać w należytej proporcyi z grożącem niebezpieczeństwem, tak iżby zachodziła przewaga interesu ratowanego nad interesem, poświęconym konieczności jego ocalenia.

Takich ograniczeń ustawy nie stawiają w odniesieniu do obrony koniecznej. Wynikałoby stąd, że cudzy pies, groźny dla mojego mienia, znajdowałby się w szczęśliwszem położeniu niż dziecko, ze strony którego groziłaby mi bezpośrednio podobna szkoda. Dziecko bowiem miałbym prawo zabić bezwarunkowo z tytułu obrony koniecznej, a cudzego psa wolno by mi było zastrzelić z tytułu wyższej konieczności tylko wtedy, gdyby mi chodziło o uratowanie dobra, któreby w stosunku do owego psa musiało uchodzić za interes wyższej wagi.

Sądzimy jednak, że byłoby rzeczą o wiele właściwszą żądać co do tej kwestyi odpowiedniej reformy ustawodawczej, niż stawiać osoby niepoczytalne na równi ze zwierzętami lub rzeczami martwemi. Tą racyonalniejszą drogą, o której będzie jeszcze mowa niżej pod nr. 221, już poszedł najnowszy projekt austr. kod. k. (1909)[1].

[1] § 12. *Wer sich oder einen dritten gegen einen unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff angemessen verteidigt, übt das Recht der Nothwehr aus.*

Das Mass der Verteidigung wird durch die Gefährlichkeit des Angriffes, die Art der drohenden Verletzung und das Verhalten des Angreifers bestimmt.

217. Z natury obrony koniecznej wypływa, że bezprawność napadu, stanowiąca jej warunek istotny, nie może zależeć ani od tego, *a)* jakie, — ani od tego, *b)* czyje dobro prawne zostało napadnięte. W nauce już dosyć wcześnie oświadczono się za słusznością tej tezy, w odniesieniu do pierwszego punktu[1], pomimo, że, co do drugiego, długo zamykano obronę cudzych interesów w bardzo ciasnych granicach, dozwalając jej tylko najbliższym krewnym napadniętego[2]. Dzisiaj jest rzeczą powszechnie uznaną, że obrona konieczna służy każdemu dla ocalenia od bezprawnego napadu każdego, choćby całkiem obcego, byle tylko przez prawo chronionego, dobra. Nie wymaga się nawet, aby zagrożony wiedział o niebezpieczeństwie, od którego trzeci go ratuje, a tem mniej jeszcze, aby miał zawezwać jego pomocy.

Kodeks austryacki (§ 2 *g)* tylko pod tym ostatnim względem znajduje się w zgodzie z nauką, dopuszczając obrony koniecznej dla odparcia napadu bezprawnego »od siebie lub od innych«. Co się tyczy zaś pytania, jakie dobro ma być napadnięte, aby mogło powstać prawo obrony koniecznej, to kodeks nasz rozstrzyga je w duchu przestarzałego poglądu, polegającego na tem, że tylko napad na pewne, przez ustawodawcę szczegółowo wymienione, dobra usprawiedliwiać może obronę konieczną. Za takie dobra uznaje kodeks austr. wyłącznie życie, wolność i majątek[3].

[1] Już u praktyków włoskich występuje myśl, że niebezpieczeństwo, zagrażające honorowi, *„aequiparet periculo vitae“* (Clarus: *Tractatus de maleficiis*, § homicid. nr. 21). Karolina jednak (art. 139—145, 150) dozwalała obrony koniecznej tylko dla odparcia napadu bezprawnego na osobę człowieka.

[2] C. C. C. art. 150.

[3] Kodeks k. wojsk. z r. 1855 dodaje tu jeszcze honor oficerski § 114, *d*). Napad na inne dobra, nie wymienione w § 2, *g)* k. k., uzasadniałby jednak obronę konieczną, gdyby równocześnie posiadał charakter zamachu na wolność lub życie (np. usiłowanie zgwałcenia niewiasty).

218. Ponieważ bezprawność napadu stanowi warunek istotny prawa obrony koniecznej, przeto o prawie tem nie może być mowy w przypadkach, gdy jakieś dobro ma stać się ofiarą ciosów, zagrażających mu czy to na rozkaz, czy też tylko z upoważnienia prawa, np. w drodze egzekucyi przymusowej, lub wykonywania prawa obrony koniecznej. W tym ostatnim przypadku jednak obrona konieczna mogłaby okazać się całkiem uzasadnioną wobec t. zw. *excessus defensionis*, gdyż wtedy chodziłoby o odparcie ciosów już niezgodnych z wolą prawa.

219. 2) Obecność napadu. W myśl tego warunku, napad musi zagrażać rzeczywiście w chwili użycia przeciwko niemu gwałtu. W przeciwnym bowiem razie ta ostatnia akcya byłaby albo pomocą własną (gdyby napad już całkiem przeminął), albo raczej wyzwaniem niż odparciem bezprawia (gdyby napad miał dopiero zajść w przyszłości). Nie godzi się jednak pojmować obecności napadu w znaczeniu zbyt ścisłem. Z jednej strony bowiem nikt nie może mieć obowiązku powstrzymywania się od wszelkiej akcyi obronnej aż do wstąpienia zbliżającego się napadu w stadyum początku wykonania[1]; z drugiej zaś— byłoby niesłusznie zabronić komukolwiek użycia gwałtu, dla odzyskania dobra, które dopiero co stało się ofiarą napaści bezprawnej[2].

W praktyce granicę między obecnością a nieobecnością napadu będzie można oznaczyć tylko ze względu na szczególne okoliczności każdego przypadku. Uznaje to kodeks austr. i każe wnosić o potrzebie obrony z charakteru osób działających, z czasu lub miejsca napadu, jego rodzaju lub z innych, do niego odnoszących się okoliczności (§ 2 *g*).

Aczkolwiek akcya obronna, skierowana przeciwko napadowi nie powinna być rozwinięta wprzódy, aż ten ostatni zacznie bezpośrednio zagrażać, to jednak stosowanie pewnych środków ochronnych przeciwko przewidywanemu

napadowi, nie byłoby rzeczą zabronioną skoro tylko środki te miałyby wywierać skutek dopiero z chwilą nastąpienia napadu, a były tego rodzaju, że ich użycie nie mogłoby uchodzić za *excessus defensionis* (np. zasypywanie muru granicznego szkłem tłuczonym, a nawet zastawianie sideł lub samostrzałów)[3].

[1] Patrz C. C. C. art. 140.

[2] Uznawali to już praktycy włoscy, żądając tylko, aby między napadem a gwałtem, użytym przeciwko niemu, zachodziła *temporis vicinitas*, t. j. aby *już* lub *jeszcze* można było uważać ich związek za bezpośredni. Charakteru obecności należałoby odmówić napadowi dopiero wtedy, gdyby albo nie zagrażał jeszcze niezwłocznie, albo gdyby jego sprawca używał już w spokoju zdobytego dobra.

[3] Merkel: *Lehrb.*, str. 162. Janka: *Oesterr. Strafr.* 1894 str. 109.

220. 3) Konieczność obrony. Przez warunek ten pojmować trzeba niemożność udaremnienia napadu w jakikolwiek inny sposób, a mianowicie *a)* przez przyzwanie na pomoc organów władzy, lub nawet *b)* przez ucieczkę niehańbiącą. Większość autorów jednak odrzuca to ostatnie zastrzeżenie, wychodząc z tego założenia, że przy obronie koniecznej zależy nietylko na ocaleniu dobra zagrożonego, ale także na zamanifestowaniu przewagi prawa[1]. Pomijając to, co już wyżej przytoczyliśmy przeciwko temu stanowisku (nr. 214 i 216), zwracamy jeszcze na to uwagę, że choćby przy obronie koniecznej zadaniem osoby, odpierającej napad, miało być zapewnienie prawu zwycięstwa nad bezprawiem, to nie trzeba zapominać, że zadania tego wolno jest podejmować się osobie prywatnej tylko o tyle, o ile jej akcya odporna uchodzić może za jedyny środek, zapobieżenia zagrażającemu bezprawiu.

[1] Hälschner, str. 478; Janka, str. 111; Lammasch, *Grundriss*, 1902, str. 41; (patrz literaturę do nr. 214, dopisek 2). Mniej konsekwentnie odrzucają to zastrzeżenie niektórzy z tych autorów, którzy zgodnie z nami nie żądają dla obrony koniecznej bez-

prawności podmiotowej napadu, np. Merkel *(Lehrb.* str. 164) i Finger *(Strafr.* t. I, str. 312). W duchu naszego poglądu rozstrzyga tę kwestyę Sąd kas. w orzecz. nr. 214, 233. Do opinii przeciwników przechylają się jednak orzeczenia tegoż Sądu nr. 744, 900, 1360. Projekt angielski kodeksu karnego z r. 1878 wyraźnie żąda dla obrony koniecznej, aby nie można było ratować dobra zagrożonego w jakikolwiek inny sposób, choćby w drodze ucieczki niehańbiącej.

221. 4) Umiarkowanie obrony *(moderamen inculpatae tutelae).* Jest to zachowanie należytej miary odporu, czyli utrzymanie go w możliwej równowadze z napaścią. Wprawdzie nie można wymagać bezwarunkowo, aby zachodziła równowartość między dobrem zagrożonem a dobrem, uszkodzonem w jego obronie, a także, aby narzędzia obrony odpowiadały narzędziom napadu (tak zwana u praktyków włoskich *factorum aequalitas).* Pomimo to jednak, nie godzi się zapominać, że obrona konieczna nie powinna nigdy dążyć do zgniecenia napastnika, lecz tylko do odebrania mu możności wyrządzenia krzywdy napadniętemu. Wprawdzie może to nastąpić tylko przez użycie gwałtu przeciwko napastnikowi, ale gwałtu, który w pewnej mierze trzeba przystosować nietylko do siły napadu lecz i do wagi odpieranej krzywdy.

Wagę zaś odpieranej krzywdy należy oceniać ze względu na wartość zagrożonego dobra tudzież z uwagi na charakter napastnika.

Z pierwszego stanowiska nie możnaby w zasadzie usprawiedliwiać zabicia napastnika w obronie interesów majątkowych.

Z drugiego punktu widzenia należałoby za przykładem Löfflera[1] przeprowadzić różnicę między napadem tylko przedmiotowo bezprawnym t. j. pochodzącym od osoby niepoczytalnej (dziecka lub obłąkanego), a napadem także podmiotowo bezprawnym. W pierwszym przypadku obrona powinna stanowczo być tylko *odporną (Schutzwehr),* t. j. możliwie przystosowaną do wartości zagrożonego

dobra; w drugim zaś wolno jej być także *zaczepną (Trutzwehr)* t. j. wyrządzać napastnikowi krzywdę większą od tej, która groziła z jego strony, aczkolwiek według nas nigdy aż do już całkiem nieproporcyonalnej miary. Tak np. choćby w danej chwili zabicie złodzieja musiało przedstawiać się, jako jedyny sposób, udaremnienia zamierzonej przezeń kradzieży, to pomimo to nawet, naszem zdaniem, niktby nie powinien uważać się za upoważnionego, do użycia powyższego środka wśród okoliczności, które pozwalałyby mu przypuszczać, że złodziej ten zostanie ujęty i zniewolony przez właściwą władzę do zwrotu zabranej rzeczy, względnie nawet jej równowartości[2].

[1] *Unrecht und Notwehr (Czasopismo Liszta,* Bd. 21, 1901).

[2] Por. Berolzheimer: *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* t. V. (1907), str. 88, i zacytowane tamże przepisy kod. kar. Wirtembergskiego z r. 1839 (art. 102, l. 2, art. 103, l. 3). Stooss: *Lehrbuch* str. 132, (1910). Patrz także Lieppmann: *Einleitung in das Strafrecht*, str. 186. — Za *communis opinio doctorum* uchodzi jednak przeciwny pogląd. Odrzuca on mianowicie wszelkie ścieśnienia obrony koniecznej oparte na *równowadze interesów* a umiarkowanie obrony koniecznej czyni zależnem od tego tylko warunku, iżby dana osoba, mogąc odeprzeć napad za pomocą środków łagodniejszych, nie chwyciła się odrazu środków bardziej gwałtownych, a zwłaszcza aby, po ustaniu napadu, zaniechała też wszelkiej dalszej akcyi gwałtownej przeciwko jego sprawcy. Patrz zwłaszcza Ihering: *Der Kampf um's Recht*, str. 95; także Meyer-Allfeld: *Lehrb.* 1907, str. 229. Janka-Kallina: *Oesterr. Strafr.* 1902, str. 111. Liszt: *Lehrb.* 1908, str. 146. Finger: *Strafr.* 1902, str. 312.

221 *bis.* W praktyce pytanie, czy w danym przypadku uznać należy obronę za umiarkowaną sędzia potrafi rozstrzygnąć, tylko zwróciwszy baczną uwagę na wszystkie okoliczności danego przypadku. Kodeks austr. (§ 2. g), który co do tej kwestyi hołduje dawnemu poglądowi i nie liczy się z równowagą interesów, stanowi, że »sprawiedliwą obronę konieczną wtedy tylko można przyjąć, gdy charakter odnośnych osób, czas lub miejsce

napadu, jego rodzaj lub inne do niego odnoszące się okoliczności z wszelką podstawą każą wnosić, że sprawca tylko potrzebnej użył obrony, dla odparcia bezprawnego napadu«[1].

Inne stanowisko już o wiele zgodniejsze z poglądem, biorącym w rachubę równowagę interesów, zajął co do tej kwestyi najnowszy projekt kod. austr. z r. 1909. Żąda on mianowicie (§ 12) przystosowania miary obrony także do rodzaju zagrażającej krzywdy[2].

[1] Tylko w przypadkach, gdy, w drodze wyraźnych przepisów prawnych, unormowane zostało użycie jakiegoś narzędzia, dla obrony pewnych interesów, należy z góry uznać granice obrony koniecznej za przestąpione, skoro tylko odnośna osoba użyła takiego narzędzia w sposób niezgodny z obowiązującemi przepisami. W Austryi istnieją takie przepisy w kwestyi używania przez niektóre osoby broni w wykonywaniu obrony koniecznej np. przez żandarmeryą (§ 12 ust. z 25 gr. 1894, Dz. u. p. l. z r. 1895), policyjną straż wojskową (§ 29 statutu organicznego dla władz policyjnych z 10 lipca 1850, l. 39 Dz. Ust. kraj. dla dolnej Austryi), przez straż i warty wojskowe, przez siłę zbrojną w przypadku rozruchów, przez straż skarbową, leśną, przez strażników, należących do dozoru łowieckiego, przez stróżów polnych, przez straż, strzegącą kordonu przeciwko powietrzu morowemu. Odnośne przepisy znaleść można we wszystkich wydaniach kod. karn. (ad. § 2).

[2] Patrz wyżej nr. 216 *bis* (dop. 1).

222. Przy zaistnieniu czterech, rozebranych wyżej, warunków rodzi się dla każdego, kto chce odpierać odnośny napad, prawo obrony koniecznej[1]. Prawo to na tem polega, że upoważnia osobę, która je posiada, do wyrządzenia napastnikowi nawet takiej krzywdy, która, sama przez się, sprzeciwiałaby się ogólnym zakazom prawa. W tem rozumieniu uznaje też obronę konieczną kodeks austryacki, aczkolwiek formalnie stawia ją w równym rzędzie z okolicznościami, które ze względów czysto podmiotowych wykluczają poczytanie winy, a mianowicie ze stanami nieprzytomności i niedojrzałości umysłu, z błędem,

przypadkiem i przymusem nieodpornym (§ 2)[2]. Że jednak kodeks pomimo, że w swoim systemie wyznaczył obronie koniecznej tak niewłaściwe miejsce, nie chciał bynajmniej traktować jej narówni z innemi, w § 2 wymienionemi, podmiotowemi przyczynami braku winy, dowodzi ta okoliczność, że uznanie obrony koniecznej za sprawiedliwą *(gerechte Nothwehr)* czyni kodeks zależnem od pewnego przedmiotowego stanu rzeczy (bezprawnego napadu na życie, wolność i majątek), który to warunek byłby całkiem nie na miejscu, w razie gdyby kodeks chciał był z powodu obrony koniecznej uważać tylko za uchylone poczytanie winy. To bowiem nie da się zaprzeczyć, że gdyby jakaś osoba z powodu swego stanu psychicznego nie miała odpowiadać za użycie gwału, celem odparcia jakiegoś napadu; to na ocenienie tej sytuacyi nie mogłaby przecież wywierać żadnego wpływu okoliczność, czy napad ten okaże się lub nie bezprawnym.

[1] Dawniej wymagano jeszcze, aby osoba, która wyrządziła krzywdę napastnikowi, doniosła o tem natychmiast najbliższej władzy (kod. bawarski z r. 1813, wirtembergski z r. 1839, brunszwicki z r. 1840, hanowerski z r. 1840). Żądanie to stawia dziś jeszcze kod. rosyjski z r. 1866 (art. 101).

[2] Kodeks z 3 września 1803, zgodnie ze systemem podówczas powszechnie przestrzeganym, nie traktuje o obronie koniecznej w odniesieniu do przestępstw wogóle, lecz wspomina o niej tylko w części szczególnej z okazyi morderstwa i zabójstwa (I, § 127). Podobnie zapatrywały się na tę kwestyę C. C. C. (art. 140) i dawne prawo polskie. Patrz *Vol. leg.* I (wyd. Ohryski str. 15), tudzież Herburt: *Statuta regni Poloniae* (wyd. lubelskie z r. 1756, str. 128). Na tem wadliwem stanowisku znajduje się dziś jeszcze franc. *Code pénal*, wspominając o obronie koniecznej tylko odnośnie do zabójstwa i uszkodzenia cielesnego (art. 328). System ten tłómaczy się tą okolicznością, że krzywdy, mogące być wyrządzone napastnikowi w wykonaniu obrony koniecznej, najczęściej dotykać go będą na życiu lub ciele.

223. Jasną jest rzeczą, że wyrządzenie komuś krzywdy wbrew ogólnym zakazom prawa, a za obrębem gra-

nic, w których zamyka się prawo obrony koniecznej, nie może korzystać z przywileju, który płynie z tego ostatniego prawa. Z tego to mianowicie stanowiska należy oceniać przypadki zarówno upozorowania jak i przestąpienia obrony koniecznej.

Upozorowaniem obrony koniecznej *(Nothwehrprätext)* przyjęto nazywać powoływanie się na nią pewnej osoby pomimo, że nie zaszedł stosunek, któryby ją przedmiotowo uzasadniał, np. nie było żadnego napadu, lub napad nie był bezprawny, albo też nie zachodziła konieczność odparcia na własną rękę bezprawnego napadu[1]. We wszystkich tych przypadkach nie dopisują trzy pierwsze, wyżej rozebrane, warunki obrony koniecznej nr. 216—220), a więc osoba, która wśród podobnych okoliczności wyrządziła krzywdę drugiemu, będzie musiała co do tego swojego czynu podlegać ogólnym przepisom prawa.

W tem samem położeniu znajdzie się osoba, która dopuści się przestąpienia granic obrony koniecznej *(Nothwehrexcess, excessus defensionis)*. Ona bowiem znów nie dotrzymała czwartego warunku prawa obrony koniecznej, a mianowicie umiarkowania obrony.

Kwestyą, czy w przypadku konkretnym nastąpiło przestąpienie granic obrony koniecznej, będzie musiał sędzia rozstrzygać na podstawie dokładnego rozpatrzenia wszystkich zachodzących okoliczności, przyczem wypadnie mu brać w rachubę nietylko przedmiotowy stan rzeczy, ale także stanowisko podmiotowe osoby, znajdującej się pod zarzutem owego przestąpienia (p. wyżej nr. 221 *bis*).

W ogóle co do *excessus defensionis* należy odróżnić trzy następujące kategorye przypadków:

1. Sprawca umyślnie przestąpił granice obrony koniecznej. Wtedy odpowiadać będzie za przestępstwo, będące urzeczywistnieniem jego złego zamiaru.

2. Sprawca dopuścił się nieumyślnego *excessus defensionis*, to znaczy, że wprawdzie nie chciał przebrać miary obrony, wszakże, gdyby był zwrócił baczniejszą uwagę na swoje postępowanie, byłby się utrzymał w należytych granicach. Wtedy odpowiadać będzie kryminalnie o tyle, o ile jego czyn stanowić będzie jakieś przewidziane przez ustawę przestępstwo nieumyślne.

3. Sprawca nie ma sobie do wyrzucenia żadnej winy. Wtedy oczywiście o pociąganiu go do odpowiedzialności kryminalnej nie może być mowy ze względów czysto podmiotowych.

Ze stanowiska kodeksu austr. jednak należy tu odróżnić dwie następujące ewentualności:

a) Sprawca przebrał miarę pod wpływem przestrachu, bojaźni lub zatrwożenia (*Bestürtzung, Furcht* oder *Schrecken)*, czyli t. zw. *uczuć astenicznych*. Wtedy będzie wolny od wszelkiej odpowiedzialności, chyba że wyszłoby na jaw, że był w stanie zdawać sobie sprawę, iż przekracza granice sprawiedliwej obrony. W tym ostatnim bowiem razie sprawca odpowiadałby z tytułu winy nieumyślnej o ile jego czyn podchodziłby pod §§ 335 lub 431 k. k.[2]

b) Sprawca przestąpił granice sprawiedliwej obrony koniecznej pod wpływem innej namiętności, jako to gniewu lub oburzenia, czyli t. zw *uczuć stenicznych*. Wtedy będzie odpowiadał z tytułu winy umyślnej, jeżeli tylko nie wyjdzie na jaw, że zaszedł po jego stronie poryw uczuciowy tak silny, iż sprowadził zaburzenie umysłu, wskutek którego sprawca nie wiedział co czyni (§ 2 *c*). W każdym innym razie uczucia te mogłyby tylko stanowić okoliczność łagodzącą (§ 46 *d*)[3].

[1] Janka: *Oesterr. Strafr.* str. 111.

[2] Występki lub przekroczenia przeciwko bezpieczeństwu życia, zdrowia lub ciała.

[3] Por. kod. k. § 2, lit. g. Sprawiedliwą zaś obronę konieczną wtedy tylko można przyjąć . . . . . albo iż on (sprawca) tylko z zatrwożenia, bojaźni lub przestrachu *(Bestürzung, Furcht oder Schrecken)* przekroczył granice potrzebnej obrony.

3. Wyższa konieczność.

(summa necessitas Nothstand).

§ 48.

224. Wyższą koniecznością nazywa się w prawie karnem przypadek, w którym, pod pewnemi warunkami, wolno jest osobie prywatnej ratować jakieś dobro, znajdujące się pod ochroną prawa, przez zniszczenie lub uszkodzenie, wbrew ogólnym zakazom prawa, innego cudzego dobra, skoro tylko między temi dobrami zaszła tego rodzaju kolizya, że im obu zagraża wspólne niebezpieczeństwo, wobec którego tylko jedno z nich może być ocalone kosztem drugiego.

Warunki, pod któremi, w razie podobnej kolizyi interesów, powstaje wskazane wyżej prawo, są następujące:

1) trzeba, aby kolizya była rzeczywistą t. j. aby nie było innego środka ratunku dla jednego dobra, prócz poświęcenia drugiego;

2) trzeba, aby dobro ratowane wartością swoją conajmniej dorównywało dobru, poświęconemu potrzebie jego ocalenia;

3) trzeba, aby osoba, ratująca swoje dobro, nie miała specyalnego obowiązku znoszenia z odwagą grożącego jej niebezpieczeństwa [2].

Do trzech powyższych warunków, uznanych powszechnie przez teoryą, ustawy dodają zwykle czwarty jeszcze warunek, a mianowicie ten, aby kolizya interesów nie została wytworzona z winy osoby, która następnie ratuje w jej przypadku swoje dobro kosztem cudzego [3].

[1] Literatura. Oprócz dzieł podanych w dop. 1 do nr. 213: Berner: *De impunitate propter summam necessitatem proposita*, 1861. Schaper: *Begriff und allg. Thatbestand des Verbrechens* (w *Handbuch Holtzendorfa*, II, str. 132). Stammler: *Strafrechtliche Bedeutung des Notstandes* 1878. Rud. Merkel: *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen* 1895. Sermet: *L'état de nécessité en matière criminelle*, 1903. Hammacher: *Charakter der Notstandshandlung vom rechtsphilosophischen und legislativen Standpunkte*, 1907. Po polsku pisali o tej kwestyi Kraushar: *O stanie konieczności w prawie karnem*, 1868; Ostrożyński: *Prawo wyższej konieczności*, 1886.

[2] W myśl tego warunku żołnierz, postawiony na warcie przy kasie, nie miałby prawa, oddania jej w ręce napastników, celem uratowania swego życia. Również kapitan tonącego okrętu nie mógłby wprzód, niż inni pasażerowie, szukać schronienia na łodzi ratunkowej. Por. proj. austr. 1909, § 11. al. 2.

[3] Patrz k. k. niem. § 54 »*in einem unverschuldeten Nothstande*«. — W nauce za tym warunkiem oświadczają się Geyer (*Handb. Holtzendorfa* IV str. 94 i w *Grünhutszeitschrift*, 1875, str. 53) i Hälschner: (*Strafr.* I, str. 496). Zdaniem tych autorów mianowicie, Piotr nie mógłby bezkarnie wyrwać się z palącego się domu kosztem życia Pawła w razie, gdyby sam był podłożył ogień. Przeciwko temu zapatrywaniu przytaczamy jako argument, że sprawca przestępstwa nie ma obowiązku prawnego, znoszenia wszelkich jego faktycznych skutków, lecz tylko te, które prawo wiąże z jego popełnieniem w postaci kary lub wynagrodzenia szkody. Słusznie najnowszy projekt austr. nic o tym czwartym warunku nie wspomina.

225. Uznanie wyższej konieczności w charakterze stosunku, wykluczającego bezprawność działań skądinąd przestępnych, opiera się na zasadzie, już wyznawanej przez prawo rzymskie, w odniesieniu do klęsk, zagrażających na morzu i wśród pożaru, a także przez prawo kanoniczne ze względu na kradzież *propter necessitatem famis aut nuditatis* [1]. Pomimo to jednak trzeba było długo czekać, zanim stan wyższej konieczności uzyskał szersze zastosowanie w prawie karnem, t. j. zanim przestał być okolicznością, mogącą uniewinniać tylko niektóre, przez ustawę wyraźnie przewidziane, czyny karygodne (np. według art. 166 C. C. C. zamach na cudze mienie dla ocalenia życia), a zdobył sobie znaczenie tytułu, upoważniającego pod pewnemi warunkami każdą osobę, do ratowania wszel-

kiego dobra, kosztem cudzego dobra niższej lub równej wartości, niezależnie nawet od tego, czyją owo pierwsze dobro byłoby własnością. Wszakże dziś jeszcze nie wszystkie kodeksy karne skłaniają się do przyjmowania stanu wyższej konieczności w tak szerokich ramach (np. kod. włoski, art. 49)[2], a we Francyi i Austryi prawo obowiązujące odmawia mu nawet wszelkiego wyraźnego uznania, traktując przymus, przez wyższą konieczność wytworzony, tylko jako możliwą postać przymusu nieodpornego, wyłączającego poczytanie winy z powodu ujarzmienia woli sprawcy (*Code pénal*, art. 64; kod. k. austr. § 2, g)[3].

O prawie też, wypływającem ze stanu wyższej konieczności w rozmiarach, odpowiadających podanej przez nas pod nr. 224 jego charakterystyce, można śmiało powiedzieć, że i dziś jeszcze stanowi ono instytucyą, uznawaną raczej przez teoryę prawa karnego, niż przez prawo pozytywne, aczkolwiek to ostatnie okazuje się coraz skłonniejszem do uwzględniania co do tej kwestyi postulatów nauki. Najdalej niewątpliwie posunęło się na tej drodze prawo niemieckie przez to, że nietylko w kodeksie karnym uświęciło ogólną zasadę, w myśl której nie ma czynu przestępnego w przypadku, gdy ktoś w stanie wyższej konieczności, wywołanym bez jego winy, i niedopuszczającym innego sposobu wyjścia, ratuje od bezpośredniego niebezpieczeństwa kosztem cudzego dobra, życie lub ciało bądź swoje, bądź też bliskich mu osób (§ 54 kod. k. niem.); ale oprócz tego uznało w nowym kodeksie cywilnym, że nie ma żadnego bezprawia wtedy, gdy pod wpływem wyższej konieczności uszkodzono lub zniszczono cudzą rzecz, skoro tylko szkoda, której tym sposobem chciano zapobiedz, byłaby bez porównania większą od tej, którą, dla jej odparcia, musiano komuś wyrządzić (§§ 228 i 904 kod, cyw. niem.)[4].

W szerokich granicach uznaje też bezkarność krzywd wyrządzanych w stanie wyższej konieczności, najnowszy

projekt austr. (1909). Dozwala on mianowicie ratować kosztem cudzego dobra tak siebie jak kogoś trzeciego od niedającego się inaczej odeprzeć naruszenia na ciele, wolności lub majątku, byle tylko szkoda w tym celu wyrządzona nie była w żadnej proporcyi do tej, która zagrażała (§ 11).

[1] W przypadkach tych kierowało się prawo rzymskie regułą: *adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*, a prawo kanoniczne — podobnem prawidłem: *quod non est licitum lege, necessitas facit licitum*. Patrz co do prawa rzymskiego: l. 3 § 7 D. *de incedio* XLVII, 9; l. 49 § 1 D. *ad legem Aquiliam* IX, 2, tudzież *Lex Rhodia de jactu*. Por. także Pernice: *Labeo*, II, str. 16. Co do prawa kanonicznego patrz *Can.* II *Dist.* 1 *de consecr.* *cap.* 4 X, *de reg. jur.* 5, 41; *cap.* X *de furtis* 5, 18; *can.* 26 *Dist.* 5 *de consecr.*; *can.* 8 § 2—4 *Dist.* 47.

[2] Kod. k. włoski uwzględnia tylko konieczność »*di salvare sè o altri da un pericolo grave e imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si poteva altrimenti evitare* (art. 49, nr. 3). Jeszcze ciaśniejsze ramy wyznacza wyższej konieczności kod. k. ros. art. 100.

[3] Podobne stanowisko zajmowały wobec tej kwestyi kodeksy karne pruski z r. 1851 (§ 40) i bawarski z r. 1861 (§ 61).

[4] Auer: *Der Strafrechtliche Nothstand und das Bürgerl. Gesetzbuch*, 1903. Würzburger: *Das Recht des strafrechtlichen Notstandes vor und nach dem Inkrafttreten des B. G. B.* 1903.

226. W nauce panują dwa główne poglądy na kwalifikacyą prawną stanu wyższej konieczności. Jedni autorowie utrzymują, że okoliczność ta nie wyklucza bezprawności działań skądinąd przestępnych, lecz odbiera im tylko charakter czynów, zabronionych pod groźbą kary; drudzy twierdzą, że czyn skądinąd przestępny, spełniony z przestrzeganiem wskazanych przez prawo warunków wyższej konieczności, przestaje nawet sprzeciwiać się prawu[1].

Słuszność należy niewątpliwie przyznać temu drugiemu poglądowi. Jeżeli bowiem prawo uważa wogóle za właściwe zabraniać jakiegoś czynu pod groźbą kary, a nie

chce, aby ta groźba odnosiła się do niektórych szczególnych przypadków jego spełniania; to sądzimy, że racyonalnie szukać można usprawiedliwienia tego wyjątku tylko bądź 1) w przywileju nietykalności, przyznawanym przez prawo niektórym kategoryom osób np. monarsze i posłom do parlamentu), bądź 2) w uwzględnieniu okoliczności, uchylających po stronie sprawcy winę podmiotową, bądź nareszcie 3) w tem, że w tych szczególnych przypadkach czyn, skądinąd przestępny, nie może uchodzić za rzeczywiste naruszenie interesu, w ochronie którego prawo go wogóle zabrania. Z tych trzech ewentualności dwie pierwsze nie mogą mieć nic wspólnego z warunkami, uzasadniającemi prawo wyższej konieczności. Osoba, która z tytułu tego prawa niszczy lub uszkadza cudze dobro, nie odpowiada kryminalnie, ani dlatego, iżby miał jej służyć przywilej nietykalności, ani też z tego powodu, iżby nie miała działać z należytą przytomnością umysłu lub niezależnością woli, lecz z tej tylko przyczyny, iż właściwie nie dopuszcza się przez to żadnego bezprawia.

Tę ostatnią tezę uzasadniamy w sposób następujący: Prawo z powodu ograniczoności środków, któremi rozporządza, nie może zapewniać dobrom, znajdującym się pod jego strażą, ochrony bezwzględnej. W takiej niemocy mianowicie ujrzy się ono także wtedy, gdy między dwoma interesami zajdzie tego rodzaju kolizya, że tylko jeden z nich będzie można uratować kosztem drugiego. Jakież stanowisko godzi się w podobnych przypadkach zająć prawu? W imię bezstronności, którą powinno rządzić się prawo w sprawowaniu opieki nad powierzonemi mu dobrami, będzie musiało ono wtedy żądać bezwarunkowo jednej tylko rzeczy, t. j. aby dobro wyższego rzędu wbrew woli osoby, do której należy, nie padło ofiarą potrzeby ocalenia dobra niższej wartości. To zaś, który z dwóch interesów równej wagi zostanie w przypadku podobnej kolizyi uratowany kosztem drugiego, będzie musiało uchodzić dla prawa za kwestyą całkiem obojętną, podczas gdy

poświęcenie dobru wyższej wartości dobra niższego rzędu okaże się tutaj rzeczą raczej pożądaną dla prawa, niż sprzeciwiającą się jego widokom.

[1] Za pierwszym poglądem oświadczają się Binding: (*Handb. I*, str. 766); Birkmeyer: (*Theilnahme*, str. 157); Van Calker: (p. nr. 209, dop. 2), str. 18; Geyer: *Nothwehr*, I, 7; Hälschner: *Gem. d. Strafr. I*, str. 492; Janka: *Oester. Strafr.* § 59, str. 113; Finger: *Oester. Strafr. I*, § 73; Lammasch: *Grundriss*, str. 32. Do wyznawców drugiego poglądu należą: Berner, Schaper; Stammler, str. 79; Ostrożyński, str. 111 — 132, (tytuły odnośnych dzieł patrz wyżej nr. 224, dop. 1); Liszt: *Lehrb.* § 34; Moriaud: *Délit nécessaire*, str. 273.

227. Bez względu wszakże na to, czy stan wyższej konieczności ma uzasadniać prawo do poświęcenia cudzego dobra, celem ratowania jakiegoś innego, w kolizyi z niem będącego, własnego lub cudzego dobra równej lub wyższej wartości, czy też ma on tylko uchylać karygodność takiego samowolnego rozporządzania cudzą rzeczą; to zawsze, i według pierwszej i według drugiej konstrukcyi, trzeba będzie na to się zgodzić, że z okoliczności tej wypływa dla odnośnej osoby ten niezmiernie ważny przywilej, że prawo upoważnia ją do spełniania, bez obawy jakichkolwiek skutków karnych, niejednego czynu, uznanego wogóle za przestępstwo.

Filozofowie i prawnicy starali się w różny sposób wytłómaczyć podstawę rozumną tego przywileju[1].

1) Przedewszystkiem wspomnieć trzeba o autorach (Grotius, Pufendorf), którzy w przypadku wyższej konieczności chcą widzieć powrót do stanu natury, znajdującego się za obrębem rządów prawa. Przeciwko temu poglądowi świadczy wymownie fakt, że wyższa konieczność jest stosunkiem dokładnie przez prawo unormowanym.

2) Przytaczano też na usprawiedliwienie tego przywileju zasadę, że interes niższy powinien ustępować wyższemu (Hegel, Köstlin). Na to odpowiadamy, że przy-

wilej ten służy przecież i temu, kto ocala jedno dobro kosztem drugiego równego mu dobra.

3) Inni znowu autorowie chcieli oprzeć ten przywilej tylko na względach, wyłączających po stronie osoby, która uszkodziła cudze dobro, zdolność do odpowiadania w obliczu prawa karnego, a to bądź dla tego, że działała ona wtedy pod wpływem nieprzepartego przymusu psychologicznego (Geyer), bądź też z tego powodu, że żadna groźba karna nie miałaby mocy powstrzymania jej od odnośnego czynu (Kant, Feuerbach). Na pogląd ten nie możemy zgodzić się z uwagi na to, że przywilej, o którym tu mowa, służyłby także osobie, któraby w stanie wyższej konieczności naruszyła cudze dobro z całą przytomnością umysłu i z całą niezależnością woli, — tudzież że nie są wyłączone przypadki, w których obawa poniesienia kary mogłaby skutecznie powstrzymać niejedną osobę, od ratowania danego dobra kosztem cudzego interesu choćby niższej wartości (np. jeżeli lekarz nie może inaczej przeszkodzić małżeństwu swego pacyenta, dotkniętego zaraźliwą chorobą kawalerską, jeno uwiadamiając o jego stanie ojca panny).

4) Nareszcie niektórym autorom zdawało się, że uzasadnienia tego przywileju szukać trzeba nie w wymaganiach prawa, lecz w postulatach bądź idei słuszności, która każe tutaj odstępować od przestrzegania *stricti iuris* (Breidenbach, Wächter), bądź polityki kryminalnej, która nie pozwala żądać od każdego człowieka, aby chciał być bohaterem i męczennikiem (Herbart, Budziński, Bojarski). Pogląd ten odpieramy tą uwagą, że, jak to postaraliśmy się wykazać wyżej (p. nr. 226), względy czysto prawniczej natury uzasadniają przywilej, wypływający ze stanu wyższej konieczności, i że wskutek tego nie jest rzeczą właściwą szukać jego podstawy rozumnej za obrębem norm prawa.

[1] Grotius: *De iure belli ac pacis*. 1626, II, cap. 2 § 6; Pufendorf: *De iure naturae et gentium*, 1716, II, cap. 6; Hegel: *Grundlinien der Ppilosophie des Rechtes*. § 91; Köstlin: *System*, § 37; *Neue Revision*, str. 596; Geyer: *Nothwehr*, str. 5; Kant: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1798, str. 30 (2-gie wyd.); Feuerbach: *Lehrbuch*, §§ 8, 89, 91; Breidenbach: *Commentar über das Grossh. Hessische Strafgesetzb.* str. 526; Wächter: *Das kön. sächs. und thüring. Strafr.* str. 364; Herbart: *Analytische Beleuchtung des Naturrechtes und der Moral*, §§ 63. 64; Budziński: *Wykład porówn prawa karn.* nr. 110, 111, 120; Bojarski: *Zasady nauki o poczytaniu*, str. 170.

228. Przywilej, wypływający ze stanu wyższej konieczności nie może być zależny ani 1) od pytania, jaka okoliczność wytworzyła ten stan, ani też 2) od kwestyi, jakie i czyje interesa znalazły się między sobą w kolizyi.

1) Co do pierwszego punktu trzeba zaznaczyć, że stan wyższej konieczności może być wywołany bądź przez żywioły przyrody, bądź przez groźbę ludzką i że całkiem niesystematycznie zapatrują się na tę kwestyę te kodeksy, które pojęcie czynów, skądinąd przestępnych a usprawiedliwionych z tytułu wyższej konieczności, ograniczają do przypadków, gdy chodzi o odwrócenie klęski elementarnej, a tymczasem przymus psychologiczny, wywarty przez groźbę ludzką, *(Nötigung)* traktują osobno, stawiając go co do kwalifikacyi prawnej na równi z przymusem fizycznym (np. kod. niem. §§ 52. 54).

2) Co do drugiej kwestyi, to na szczególne uznanie zasługiwałyby następujące prawidła:

a) Kolizya może zachodzić nietylko między dwoma dobrami, chronionemi przez prawo, ale także między dwoma obowiązkami, które prawo nakłada, względnie między jakiemś dobrem z jednej strony, a obowiązkiem — z drugiej. Z tego powodu najwłaściwiej jest opierać wyższą konieczność na kolizyi między interesami, strzeżonemi przez prawo.

b) Jeżeli wchodzi w grę ocalenie człowieka od niebezpieczeństwa, które grozi jego życiu lub wywołuje obawę, aby nie doznał on trwałego, istotne podstawy normalnego życia podkopującego uszkodzenia ciała, — to wtedy nie ma

cudzego interesu, tak drogiego, iżby człowiek, znajdujący się w takiem niebezpieczeństwie, lub osoba, związana z nim blizkiemi węzłami rodzinnemi, nie mogła uważać się za upoważnioną do poświęcenia owego interesu potrzebie odparcia tego niebezpieczeństwa.

c) We wszystkich innych przypadkach, t. j. zarówno wtedy, gdy niebezpieczeństwo grozi interesom, niedotykającym tak ściśle bytu fizycznego człowieka, jak i wtedy, gdy osoba całkiem obca zabiera się do ratowania drugiego człowieka kosztem osoby trzeciej, — należy przywilej naruszenia cudzego dobra uznać za uzasadniony tylko o tyle, o ile okaże się, że istotnie interes, który chcieliśmy ratować, wartością swoją co najmniej dorównywać będzie temu, który poświęciliśmy potrzebie jego ocalenia.

[1] Przykłady. Piotr wyrywa się oknem z pokoju, będącego w płomieniach, i strąca z przystawionej do okna drabiny Pawła, który tamował mu ucieczkę (kolizya między dwoma dobrami). Dozorca więzienny, przyparty rewolwerem przyłożonym mu do skroni, wydaje zbuntowanym skazańcom klucze więzienia (kolizya między dobrem, którem prawo się opiekuje, a obowiązkiem, które prawo nakłada). Żołnierz na warcie tym tylko sposobem może udaremnić mającą się dokonać zdradę główną, że, opuściwszy wyznaczony posterunek, pobiegnie ostrzedz kogo należy (kolizya między dwoma obowiązkami nałożonemi przez prawo). Por. Finger: *Strafr.* I, (1902), str. 322.

229. Skoro czyn skądinąd przestępny, spełniony w stanie wyższej konieczności, przestaje sprzeciwiać się prawu, przeto jasną jest rzeczą, że osoba, której dobro ma doznać naruszenia ze strony sprawcy tego czynu, nie ma tytułu do odpierania tego ostatniego w drodze obrony koniecznej. Brak tu bowiem bezprawności napadu, bez którego warunku obrona konieczna za uzasadnioną uchodzić nie może.

Ten, komu grozi krzywda ze strony osoby, korzystającej z przywileju, wysnutego ze stanu wyższej konieczności, mógłby jednak sam uczynić użytek z tego przywileju w razie, gdyby jego dobro wartością swoją równało się dobru, które ma być kosztem jego ocalone. Wtedy bowiem położenie jego nie różniłoby się od sytuacyi osoby, czyjej dobro znalazło się w kolizyi z jego interesem, a wiadomo, że wśród takich warunków prawo musiałoby uznać stan wyższej konieczności za uzasadniony po stronie tak pierwszej, jak drugiej z tych osób (por. nr. 226).

We wszystkich innych przypadkach musiałaby zajść jedna z dwóch następujących ewentualności, a mianowicie dobro, mające być poświęcone, albo przewyższałoby wartością dobro, które miało być ocalone, albo też byłoby w stosunku do niego niższej wartości. W pierwszym razie osobie, czyje dobro miało być poświęcone, służyłaby niezawodnie obrona konieczna, gdyż po stronie jej przeciwnika zachodziłby tylko pozór stanu wyższej konieczności *(Nothstandprätext)*. W drugim zaś razie należałoby odmówić jej stanowczo tytułu prawnego do powoływania się bądź na wyższą konieczność, bądź na obronę konieczną. Wtedy bowiem prawo uważałoby akcyą jej przeciwnika za całkiem legalną.

Z tego ostatniego poglądu nie wypływa jednak, aby czyn, uznany za legalny z tytułu wyższej konieczności, nie miał z woli prawa ściągać na swojego sprawcę obowiązku do wynagrodzenia szkody, którą przez jego spełnienie wyrządził drugiej osobie. Wyższa konieczność bowiem może tylko upoważniać do samowolnego rozporządzania cudzem dobrem i wskutek tego uchyla ona bezprawność tylko tego ostatniego działania. Prawnem jednak staje się ono jedynie w granicach, wytkniętych przez wyższą konieczność, a więc tylko o tyle, o ile trzeba będzie uznać zamach na cudze dobro za niezbędny dla ocalenia zagrożonego interesu. Otóż charakter ten w przypadkach, podchodzących pod pojęcie stanu wyższej konieczności, będzie mogło posiadać tylko samo zniszczenie lub nadwerężenie cudzego dobra, lecz mieć go nigdy nie bę-

dzie *pozostawienie bez naprawy szkody, którą wskutek tego poniosła druga osoba*[1]. Tem się tłómaczy, że prawo musi zawsze żądać naprawy powyższej szkody, pomimo, że samo jej wyrządzenie w stanie wyższej konieczności uważa za czyn całkiem legalny.

[1] Kolizya bowiem, wytwarzająca wyższą konieczność, zachodzi tylko dopóty, dopóki jeden interes nie został uratowany kosztem drugiego. Skoro to już jednak nastąpiło, wraca zwykły porządek rzeczy, a ten wymaga, aby każdy, kto użył cudzego dobra, tak jakby własnego, poczuł się do obowiązku wynagrodzenia szkody, którą przez to wyrządził drugiemu, a to z tytułu wzbogacenia się jego kosztem.

230. Kodeks austryacki, jak na to już zwróciliśmy wyżej uwagę (nr. 225), nie uznaje stanu wyższej konieczności, jako tytułu prawnego do spełniania działań skądinąd przestępnych. Pozwala on uwzględniać wyższą konieczność tylko o tyle, o ile rodziłaby ona dla sprawcy przymus psychologiczny tak wysokiego stopnia, że podciągnąć by go można pod pojęcie przymusu nieodpornego *(unwiderstehlicher Zwang*, § 2, *g)*.

Co należy uważać za przymus nieodporny, tego bliżej kodeks nie określa. Tylko w drodze interpretacyi, liczącej się z tym faktem, że osoba, działająca w stanie wyższej konieczności, ulega najczęściej wpływowi psychologicznemu, który wywiera na jej wolę tak potężny nacjsk, że i każdy inny, w takiem samem położeniu znajdujący się, przeciętny człowiek nie byłby zdobył się na energią stawienia mu oporu, możemy dojść do rozjaśnienia tej kwestyi. W świetle tej interpretacyi mianowicie przymus nieodporny kodeksu austryackiego obejmować będzie prócz wszystkich przypadków t. zw. przymusu fizycznego *(vis maior, vis absoluta)*, także te przypadki przymusu psychologicznego, *(vis compulsiva)*, które schodzić się będą z przypadkami tak bardzo dla sprawcy dotkliwego stanu wyższej konieczności, że sędzia przyjdzie do

przekonania, iż z małemi wyjątkami wszyscy inni ludzie byliby temu przymusowi ulegli[1].

Wyjęte więc z pod pojęcia przymusu nieodpornego będą musiały być inne, przez naukę prawa karnego uznane przypadki wyższej konieczności, a mianowicie te, w których sprawca nie działał pod naciskiem tak w ogólnoludzkiem rozumieniu nieprzepartego przymusu. I tak np. jeżeli Piotr, idąc pieszo do miasta, ujrzy leżącego na drodze na wpół żywego Pawła, a, celem zapewnienia mu jaknajrychlejszej pomocy lekarskiej, zatrzyma przejeżdżającego powozem Jana i zniewoli go przez niebezpieczne pogróżki, aby ich zabrał i odwiózł do najbliższego szpitala; to w myśl kodeksu austryackiego Piotr nie mógłby zasłaniać się przymusem nieodpornym z § 2 *g)*[2] od odpowiedzialności karnej za gwałt publiczny z § 98, pomimo, że z punktu widzenia ogólnie przyjętej teoryi, Piotr w tym przypadku korzystał tylko z przywileju, który mu służył z tytułu wyższej konieczności.

Przywilej ten, nieznany wogóle kodeksowi austryackiemu, dostał się do naszego prawa w jednym tylko szczególnym przypadku. Uwzględnia go mianowicie § 5 ustawy z 30 marca 1888 o ochronie telegrafów podmorskich (Dz. u. p. 41), oświadczając, że nie popełnia czynów karygodnych z §§ 3 i 4 tejże ustawy osoba, która, przynaglona koniecznością[3], dopuściła się przerwania lub uszkodzenia telegrafu podmorskiego dla ocalenia od niebezpieczeństwa własnego życia lub swego statku.

[1] Por. Janka: *Strafr.* str. 116 (1894).

[2] W przypadku tym bowiem nie każdy byłby chciał w interesie całkiem mu obcego człowieka narazić się na tyle kłopotów.

[3] Wen für die Thäter die dringende Nöthigung vorlag, das Unterseekabel zu zerreissen oder zu beschädigen, um ihr Leben oder die Sicherheit ihres Fahrzeuges zu schützen. Finger chce w tym przypadku konstruować *Nothrecht*, jako pojęcie zasadniczo różne od *Notstandhandlung* (*Strafr.* I, 1902, str. 326).

4. Zgoda pokrzywdzonego [1].

(Einwilligung des Verletzten).

§ 49.

231. Mając mówić o zgodzie pokrzywdzonego, jako okoliczności, wyłączającej bezprawność działań, skądinąd przestępnych, musimy przedewszystkiem wyeliminować te przestępstwa, do których istoty, już z wyraźnego przepisu ustawy, ma wchodzić brak zezwolenia ze stony pokrzywdzonego. Zgoda bowiem tego ostatniego miałaby tutaj już całkiem inne znaczenie, a mianowicie nie wyłączałaby bezprawności czynu skądinąd przestępnego, lecz poprostu uniemożliwiałaby spełnienie przestępstwa. Tak np. nikt nie mógłby popełnić zgwałcenia niewiasty, która już ukończyła 14 lat, za jej zgodą (§ 125), lub kradzieży przez zabór cudzej rzeczy ruchomej z posiadania drugiego za jego zezwoleniem (§ 171).

Ze względu więc na pytanie, o ile zgoda pokrzywdzonego może usprawiedliwić spełnienie przeciwko niemu czynu, skądinąd karygodnego, ograniczyć się należy do przestępstw, dla których istoty ustawa nie wymaga wyraźnie braku zezwolenia ze strony pokrzywdzonego. Tylko w odniesieniu do takich przestępstw tematem dyskusyi może być zasada rzymska *„volenti non fit injuria“*.

[1] Tu należą także sprzeniewierstwo (181), rabunek (190), uprowadzenie niewiasty, która już ukończyła 14 lat, w widokach małżeństwa lub nierządu (§ 96).

231 bis. Jasną jest rzeczą, że z tytułu zgody pokrzywdzonego możnaby legalnie wyrządzić mu szkodę wbrew ogólnym zakazom prawa tylko w zakresie interesów, uchodzących za własność nieograniczoną każdego człowieka, t. j. za sferę, nie obchodzącą prawnie nikogo innego, prócz osoby, do której się odnosi.

Do takich interesów przyjęto zaliczać bez żadnych zastrzeżeń tylko majątek i honor. Co się tyczy życia, to

uchodzi ono powszechnie za dobro tak ściśle powiązane z naszą osobą, że naszej władzy nad niem nie może nam być wolno przekazywać nikomu innemu; — co się tyczy zaś nareszcie naszego ciała lub wolności osobistej, to wyrządzenie nam przez drugą osobę wbrew ogólnym zakazom prawa, a za naszą zgodą, krzywdy w zakresie tych interesów o tyle tylko możnaby uważać za czyn, nie sprzeciwiający się prawu, o ile nie narażałoby nas na uszkodzenie zdrowia, jako istotnego warunku bezpieczeństwa życia, lub też nie pozbawiałoby nas zdolności do spełniania obowiązków, które prawo na nas nakłada (np. służby wojskowej).

W przypadkach jednak, w których sami możemy bezkarnie nadwerężać nasze dobra, bez prawa atoli przenoszenia tej naszej władzy na drugą osobę, zezwolenie nasze na wyrządzenie nam krzywdy powinnoby zawsze znaleść uwzględnienie jako okoliczność, uzasadniająca niższą kwalifikacyę kryminalną czynu. Odpowiednio do tego kodeks karny niemiecki (§ 216) uważa zabicie człowieka, który na to zezwolił, za przypadek uprzywilejowany morderstwa (więzienie mogące zejść do lat 3). Inaczej w Austryi. Kodeks obowiązujący nic nie wspomina o powyższym szczególnym przypadku morderstwa, a wskutek tego każe i do niego stosować karę śmierci (§§ 134, 136). Za to najnowszy projekt (1909) traktuje ten przypadek jako zabójstwo *sui generis* i okłada więzieniem od 3 miesięcy do 5 lat.

[1] Wessely: *Ueber die Wirkung der Einwilligung des Verletzten auf den Thatbestand und die Strafbarkeit eines Delictes (Haimerl's Vierteljahrsschr.* 1858. I, str. 217). Kitka: *Erklärung über den § 4 des österr. Strafg. (Wagner's Zeitschr.* 1836, II, str. 297). Rödenbeck: *Zweikampf*, 1883 (także w Ger. S. t. 37, str. 124). Kessler: *Die Einwilligung des Verletzten*, 1884 (także w Ger. S. t. 38, str. 531). Ullmann (Ger. S. t. 37, str. 529). Breithaupt: *Volenti non fit injuria*, 1891. Hess: *Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts*, 1892. Holer: *Die Einwilligung des Verletzten*, 1906. Zittelmann: *Ausschluss der Rechtswidrigkeit*, 1906. Finger: *Oesterr. Strafr*, I, 1902, § 74. (Por. także jego

rozprawę: *Chirurgische Operation* w *Zeitschr. für ges. Strafr.*, XX, str. 12—32). Patrz także Stoos: *Lehrb.* 1910, str. 140.

232. W kodeksach jednak nie spotykamy wyraźnego uświęcenia zasady »*volenti non fit injuria*“ w odniesieniu do żadnych interesów, a kodeks austryacki uznał nawet za właściwe oświadczyć kategorycznie, że zezwolenie pokrzywdzonego nie uchyla zbrodni (§ 4). Wynika stąd, że jeżeli tylko nie rozchodzi się o przestępstwo, do którego pojęcia sama ustawa wprowadza, jako znamię istotne, brak zezwolenia ze strony pokrzywdzonego[1], a popełnione przestępstwo okaże się zbrodnią; to według kodeksu austryackiego sprawca nie będzie mógł nigdy uwolnić się od odpowiedzialności karnej z tytułu zgody pokrzywdzonego. Wyjątku nie mogą stanowić pod tym względem nawet te zbrodnie, do których istoty ma wchodzić t. zw. zamiar nieprzyjazny *(feindselige Absicht)*, a mianowicie zabójstwo z § 140 i ciężkie uszkodzenie ciała z § 152. Zamiar nieprzyjazny bowiem, jak to w swoim czasie wyłożymy dokładniej, jest pojęciem, które nie ma nic wspólnego z nieprzychylnością usposobienia sprawcy względem pokrzywdzonego, lecz oznacza tylko po stronie pierwszego t. zw. zamiar pośredni *(dolus idirectus)* z § 1, k. k.[2].

Sporną jest tylko kwestya, czy przepis § 4, w myśl którego zezwolenie pokrzywdzonego nie ma uchylać zbrodni, powinien także być stosowany do występków i przekroczeń. Naszem zdaniem słuszność trzeba przyznać Fingerowi[3], który z uwagi na to, że § 239 k. k. każe z przepisów, dotyczących zbrodni, stosować do występków i przekroczeń tylko postanowienia, zawarte w §§ 5—11, utrzymuje, że nic nas nie upoważnia, aby na podstawie § 4 odrzucać zasadę »*volenti non fit injuria*« także w odniesieniu do występków i przekroczeń. Słuszność widzimy po stronie tego poglądu z tego powodu, że każdą wątpliwość w prawie karnem tłómaczyć należy na korzyść oskarżonego, a przecież nie można twierdzić, iżby ustawodawca austryacki był wolę swoją co do tej kwestyi wyraźnie wypowiedział[4]. Utrzymujemy więc, że w myśl kodeksu austryackiego zezwolenie pokrzywdzonego uważać można za okoliczność, uchylającą bezprawność czynów, uznanych skądinąd za występki lub przekroczenia, pod tym jednak oczywiście warunkiem, aby nadwerężenie jakiegoś dobra nie było wyraźnie uważane za przestępstwo w innym jeszcze niż samego pokrzywdzonego interesie (por. § 49 ustawy o służbie wojsk. z 11 kwietnia 1889, dz. u. p. 41). Naszem zdaniem mianowicie nie dopuściłby się przekroczenia z § 411 k. k. ten, ktoby złodzieja, schwytanego u siebie, za jego zgodą ukarał cieleśnie zamiast tego, by go miał oddać w ręce władzy.

[1] Patrz wyżej nr. 231.

[2] Patrz co do tego zamiaru niżej, t. I, nr. 285—287; t. II, nr. 582, 583.

[3] *Oesterr. Strafr.* I, str. 332 (1902), a także w *Zeitschr. für ges. Strafrw.* XX, str. 30.

[4] Innego zdania są Lammasch bez żadnych motywów (*Grundriss*, str. 43) i Stoos (*Zeitschr. fur Schweizer Strafr. VII Jahrg.* 192, 193) z tym argumentem, że na podstawie § 239 k. k. możnaby z równą słusznością odrzucać stosowanie do występków i przekroczeń postanowień, zawartych w §§ 1 i 2 k. k., a przecież trudno przypuszczać, iżby ustawodawca nie był chciał unormować stosunków, o których tam mowa (zły zamiar — poczytanie winy — obrona konieczna — przymus nieodporny) także na przypadek, gdyby się one odnosiły do występków i przekroczeń. Argument ten nie jest trafny, gdyż w §§ 1 i 2 kodeks nie ma na myśli zbrodni, jako takich, lecz winę umyślną i okoliczności, które ją wykluczają (§ 1. *Böser Vorsatz*. § 2. *Gründe, die den bösen Vorsatz ausschliessen)*, a więc już z samej natury postanowień, w powyższych paragrafach zawartych, wypływa, że muszą one conajmniej odnosić się do wszystkich przestępstw umyślnych, bez względu na to, czy te ostatnie okażą się zbrodniami, czy też występkami lub przekroczeniami. Co się tyczy nareszcie § 3, k. k., to ustawodawca nie mógł chcieć go stosować do występków i przekroczeń z tego powodu, że dla tych ostatnich kwestyą, o której tam mowa *(error iuris nocet)*, unormował w § 233.

233. Z kwestyą zezwolenia pokrzywdzonego wiąże się ściśle pytanie, w jakim zakresie prawo pozwala człowiekowi krzywdzić samego siebie? Zakres ten oczywiście musi być o wiele szerszy niż ten, w którym prawo upoważniać może drugą osobę do wyrządzania nam krzywdy za naszem zezwoleniem. Są bowiem dobra (życie i zdrowie) tak blisko związane z naszą osobą, że aczkolwiek w zasadzie nasza władza nad niemi nie podlega żadnym ograniczeniom prawnym, to jednak tej naszej władzy odnośnie do nich nie wolno nam przekazywać nikomu innemu.

Zakres, w którym prawo pozwala człowiekowi krzywdzić samego siebie, musi w zasadzie być nieograniczony, a dopuszczać może pewnych ścieśnień tylko ze względu na jakiś szczególnie doniosły interes publiczny. Taki to mianowicie interes skłania państwo do uważania za osobny występek czynu człowieka, który kaleczy samego siebie, aby stać się niezdatnym do służby wojskowej (§ 49 Ust. wojsk. z 11 kwietnia 1889, dz. u. p. 41).

234. Niemniej doniosły interes publiczny, aczkolwiek innej natury, bo przeważnie dotyczący religijnych i etycznych postulatów, przemawia za tem, aby samobójstwo uchodziło za czyn przeciwny prawu [1]. Przez to jednak nie chcemy bynajmniej nadawać temu bezprawiu kwalifikacyi przestępstwa. Temu ostatniemu bowiem stoi na przeszkodzie niepodobieństwo ukarania w sposób racyonalny osoby, która dopuściła się dokonanego lub nawet usiłowanego samobójstwa. W pierwszym mianowicie przypadku winowajca wysuwa się materyalnie z pod panowania prawa, tak że dłoń tego ostatniego nie może już go dosięgnąć [2]; — w drugim zaś przypadku wprawdzie materyalnie będzie można ukarać winowajcę, ale tylko w sposób, który bądź stałby się dla niego nową podnietą do powtórzenia zamachu na swoje życie (wszelkie kary, prócz kary śmierci) [3], bądź dałby mu to właśnie, czego sam próbował osiągnąć

bezskutecznie (kara śmierci), bądź nareszcie okazałby się aktem raczej okrucieństwa niż sprawiedliwości (kara śmierci kwalifikowana).

Tego rodzaju przeszkody nie zachodzą w odniesieniu do osoby, która dała drugiemu pomoc do samobójstwa, i dlatego sądzimy, że należałoby tę osobę uznać winną przestępstwa. Przeciwko temu wprawdzie zdaje się przemawiać ogólna reguła, w myśl której udział w jakiemś działaniu może uchodzić za karygodny tylko o tyle, o ile przestępstwem jest spełnienie tego działania przez głównego sprawcę. Ta reguła jednak jest słuszna w tem tylko rozumieniu, że, jeżeli czyn, dokonany przez sprawcę, nie jest przedmiotowo tak dla interesów prawnych szkodliwy, aby módz stanowić przestępstwo, to i udział innych osób w jego spełnieniu kwalifikacyi kryminalnej otrzymać nie może. To zaś niewątpliwie nie stosuje się do samobójstwa, którego uznaniu za przestępstwo nie sprzeciwia się jego ujemna wartość dla życia społecznego, lecz czysto faktyczne niepodobieństwo racyonalnego ukarania jego sprawcy. Jedno tylko przyznać trzeba, a mianowicie, że ze stanowiska logicznie zbudowanego systemu prawa karnego, byłoby błędem pociągać do kary danie pomocy do samobójstwa, jako stopień udziału w jego dokonaniu. W systemie tym danie pomocy do samobójstwa powinno znaleść miejsce tylko jako *delictum sui generis* [4].

[1] Prawo rzymskie jednak karało samobójstwo tylko w interesie wojskowym (l. 6, § 7, D. 49, 16).

[2] Wszystkie kary, które chciano wymierzać na samobójców, były niesprawiedliwe z tego powodu, że nie dotykały ich samych, lecz tylko powiązane z nimi jakimś bliższym interesem osoby całkiem niewinne, np. hańbiące pochowanie zwłok przez kata (kod. Józef. z 1787, § 123) lub odmówienie mocy prawnej rozporządzeniom ostatniej woli samobójcy (kod. rosyjski z r. 1866, art. 1472). Bardziej jeszcze hańbiące traktowanie zwłok samobójcy przepisywały Theresiana (art. 93) i kod. Józef. (§ 127) na przypadek, gdyby ktoś odebrał sobie życie dla uniknięcia kary za zbrodnię.

[3] Na to zwrócił już uwagę Zeiller w obradach komisyjnych nad kod. z r. 1803, gdzie też usiłowanie samobójstwa nie uchodzi już za zbrodnię, lecz tylko za ciężkie przekroczenie policyjne (§§ 91 i 92 Cz. II) i miało sprowadzać już nie zwykłą karę więzienia (jak w kod. dla Gal. Zach. § 139), lecz wzięcie sprawcy *„in sichere Verwahrung"* dopóty, *„bis er durch sittliche und physische Heilmittel zur Vernunft, und dem Erkenntnisse seiner, dem Schöpfer, dem Staate und sich selbst schuldigen Pflicht zurückgeführt, über das Begangene Reue zeiget und für die Zukunft dauerhafte Besserung erwarten lässt.* Patrz także Budziński: *O przestępstwach w szczególności*, § 24.

[4] Literatura: Wellauer: *Der Selbstmord, insbesondere Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord*, 1896. Rittler: *Ist Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord nach österreichischem Rechte strafbar? (Zeitschr. für Schweizer Strafr. XIII Jahrg)*. Hoegel: *Die Behandlung des Selbsmordes im österr. Strafr. (Algem. österr. Gerichtszeitung*, 1901, nr. 1, u. 2).

235. Kodeks austryacki nie karze za samobójstwo, ani też nie zna, jako osobnego przestępstwa, dania pomocy do niego. Zachodzi pytanie, jak wobec tego zapatrywać się należy na kwalifikacyę prawną tego ostatniego czynu w Austryi. Najniewłaściwszy byłby pogląd, podciągający to działanie pod pojęcie udziału w morderstwie[1], a to z uwagi na to, że morderstwa w myśl § 134 k. k. nie ma tutaj po stronie żadnego z winowajców. Również nie możnaby przyznać słuszności zapatrywaniu, jakoby danie pomocy do samobójstwa miało być *de lege lata austriaca* wolne od wszelkiej kary. Przeciwko temu poglądowi bowiem, wyznawanemu przez Fingera *(Oesterr. Strafr.* I, 1902, str. 266), Rittlera (p. nr. 234, dop. 4) i Stoosa (*Lehrb.* str. 239) przemawiają §§ 335 i 431 k. k., które dają nam najzupełniejszą możność traktowania dania pomocy do samobójstwa, jako występku przeciwko bezpieczeństwu życia[2].

Wreszcie zasługuje na uwagę, że aczkolwiek kodeks austr. nie karze za samobójstwo, to jednak nie zawsze pozwala człowiekowi bezkarnie narażać swoje życie na niebezpieczeństwo. Dowodem tego jest przekroczenie kąpania

lub ślizgania się na lodzie w miejscach niedozwolonych (§ 338), który to przypadek ustawodawca z r. 1803 traktował w związku ze samobójstwem (cz. II, § 93)[3].

[1] Pogląd ten podziela ze względu na podżeganie do samobójstwa Binding *(Handb.* I, str. 701). Z ustawodawstw przyjmują go kod. ros. (art. 1475) i chilijski (art. 393).

[2] Za tą trzecią słuszną opinią oświadczają się także Herbst (*Handbuch, ad* § 134, nr. 3), Lammasch *(Grundriss,* § 16 i Hoegel (p. nr. 234, dop. 4). Patrz także zgodne z naszą opinią Orz. Najw. Tryb. z 11 listop. 1882, nr. 501 i z 4 stycznia 1896.

[3] Por. Stoos *Lehrb.* str. 155.

ROZDZIAŁ III.

Pierwiastek działania podpadającego pod ustawę karną.

I. Pojęcie ustawy karnej i jej stosunek do norm, które narusza przestępca. Ustawa karna, jako nakaz, obowiązujący państwo. Trzy różne typy tego nakazu.

§ 50.

236. Ustawą karną nazywa się każdy przepis, w drodze którego ustawodawca okłada karą przełamanie jakiegoś nakazu lub zakazu prawa. Dopiero na mocy tego przepisu czyn, łamiący odnośną normę prawa (nakaz lub zakaz), staje się z bezprawia kryminalnego (*Delikt* według terminologii Bindinga, p. wyżej nr. 196), przestępstwem, t. j. bezprawiem, które z woli ustawodawcy ma ściągnąć karę na swojego sprawcę. Jasną jest wobec tego rzeczą, że ustawa karna nie ma nic wspólnego z normą, którą narusza przestępca. Jest ona niewątpliwie, jak to gruntownie wykazał Binding[1], całkiem samodzielnym przepisem prawnym, który stoi na straży samej normy przez to, że grozi karą za postępowanie normie tej przeciwne.

W zasadze norma, którą narusza przestępca (nie zabijaj, nie kradnij) musi co do czasu wyprzedzać przepis,

okładający karą jej przełamanie [2]. Nie znaczy to jednak, aby ustawodawca nie mógł w jednem postanowieniu wyrazić, że jego wolą jest, aby ludzie przestrzegali pewnej normy, tudzież, aby podlegali karze na przypadek, gdyby nie chcieli się do niej stosować. W przypadkach tych bowiem, które należą do najczęstszych, ustawodawca musiał zawsze naprzód powziąć myśl normy, a potem dopiero myśl obłożenia karą czynów z nią niezgodnych. Binding utrzymuje, że w takich postanowieniach tylko przepis, dotyczący kary, należy zawsze do prawa ustawowego *(gesetztes Recht)*, podczas gdy odnośna norma, jeżeli nie została wypowiedziana przez ustawodawcę *expressis verbis*, posiada niewątpliwie charakter nie prawa ustawowego, lecz prawa, którego tylko domniemywać się trzeba [3]. Ten sam autor uwzględnia trzecią jeszcze możliwą postać stosunku ustawy karnej do normy, wziętej przez nią w ochronę, a mianowicie kombinacyą, polegającą na tem, że ustawa karna czasowo poprzedzać będzie normę. Ustawy karne tego ostatniego typu nazywa Binding blankietowemi *(Blankettstrafgesetze)*, a pod ich pojęcie podciąga przepisy, grożące karą za czyny przeciwne pewnym, dopiero w przyszłości wydać się mogącym przez upoważnioną do tego władzę rozporządzeniom. Jako przykład tego rodzaju ustaw karnych w prawie austryackiem zacytujmy § 393 k. k., w myśl którego dopuszcza się występku każdy, kto postępować będzie niezgodnie z tem, co władza uzna za właściwe zarządzić, celem zatamowania jakiejś niebezpiecznej dla zdrowia ludzkiego zarazy [4]. Naszem zdaniem jednak i w postanowieniach tego trzeciego typu norma pojęciowo poprzedza przepis, który jej użycza sankcyi karnej. Normą bowiem jest tu właściwie nakaz okazywania posłuszeństwa władzy, powołanej do wydawania wśród pewnych okoliczności odpowiednich zarządzeń i przełamanie tego to nakazu zostało natychmiast, po jego wydaniu przez ustawodawcę, uznane za karygodne.

[1] Binding: *Die Normen und ihre Uebertretung;* I Bd (1 Aufl. 1872; 2 Aufl. 1890), II Bd. 1877. Pogląd Bindinga, znany pod nazwą teoryi norm *(Normentheorie)*, znalazł wielu wyznawców, w rzędzie których do najwybitniejszych należą; Thon *(Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878), Bierling *(Kritik der jurist. Grundbegriffe*, 1877, 1883; tudzież w *Zeitschrift für ges. Strafrw.* X, 251—318), Janka *(Lehrb.)*, Finger *(Lehrb.* I).

[2] Najlepszym przykładem norm, odłączonych od przepisów karnych, które potem stanęły na ich straży, jest dziesięcioro przykazań Bożych.

[3] Dobitniej nie może ustawodawca dać do zrozumienia ludziom, że nakłada na nich obowiązek przestrzegania jakiejś normy, jak wtedy, gdy naruszenie tejże okłada karą. Przyznawać to nawet muszą przeciwnicy teoryi Bindinga (np. Lammasch w *Ger. Saal.* t. 44, str. 170).

[4] Patrz także § 6 ustawy z 19 lipca 1877 przeciwko opilstwu dla Galicyi i Bukowiny, (dz. u. p. 67). Janka ustawy karne blankietowe nazywa otwartemi *(offene Strafgesetze)*. Patrz *Lehrb.* § 16, (str. 29, wyd. 1894).

237. Istotną treścią każdej ustawy karnej jest tylko nakaz karania w pewien sposób sprawcy odnośnego przestępstwa. Zachodzi pytanie, do kogo właściwie zwraca się ten nakaz? Oczywiście, że ustawodawca mógł mieć tutaj na myśli tylko organ, obdarzony władzą karzącą wobec przestępców, a w drodze tego nakazu chciał tę jego władzę ująć w pewne karby. Organem tym jest państwo, którego władza karząca byłaby całkiem nieograniczona, gdyby ustawa karna nie nakładała na państwo obowiązku przestrzegania, przy jej wykonywaniu, pewnych prawideł. Jeżeli zaś państwo jest jedynym organem, na który spada obowiązek spełniania nakazu, zawartego w ustawie karnej, to jasną jest rzeczą, że ono jedno też może dopuścić się przełamania tego nakazu. W tę winę mianowicie popadłoby państwo wtedy, gdyby karało, względnie wstrzymywało się od karania, całkiem samowolnie, pozostawiając bez uwzględnienia przepisy ustawy karnej [1].

[1] Pogląd nasz opiera się na teoryi Bindinga *(Normen I,* §§ 1—4). Przestępca nie narusza ustawy karnej, lecz łamie tylko

normę, znajdującą się pod jej ochroną (p. nr. 236). U autorów spotkać się można także ze zdaniem, jakoby ustawa karna wiązać miała 1) bądź wszystkich obywateli, bądź 2) sędziego. Pierwszy pogląd (Hälschner: *System*, I, str. 35; Köstlin. *System*, § 12; Berner: *Wirkungsskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*„ 1853, §§ 20—22) uznać trzeba za nieuzasadniony z tego powodu, że przecież byłoby rzeczą, przechodzącą granice sprawiedliwości, gdyby państwo chciało wymagać od obywateli, iżby, w razie popełnienia jakiegoś przestępstwa, mieli dobrowolnie zgłaszać się do ustanowionej kary. Ze stanowiska podobnego poglądu należałoby każdy krok, uczyniony przez przestępcę dla uwolnienia się od kary, poczytywać mu za nowe przestępstwo.— Przeciwko drugiemu zapatrywaniu (Feuerbach: *Lehrb.* § 73; Henke: *Handb.* I, str. 555) zaznaczmy, że funkcyą sędziego nie jest karać winowajcę, lecz tylko rozstrzygać pytanie, czy ziścił się warunek, z którym ustawa wiąże nałożenie na przestępcę odpowiedniej kary. Obowiązek sędziego wypływa z całkiem innej normy, a mianowicie z tej, która każe mu wyrokować zgodnie z ustawą karną.

238. Zasada *nullum crimen sine lege poenali* znajduje uznanie wśród wszystkich społeczeństw, posiadających bardziej wykształcone instytucye prawne. Przyczyna tego leży w tej okoliczności, że prawo samo przez się żądać kary nie może (por. nr. 153—157). Musi też ono zapomocą groźby karnej starać się naprzód o zapobieganie pewnym przestępstwom, a dopiero, po dopełnieniu tej powinności, wolno mu będzie karać za nie winowajców.

Wprawdzie zagrożenie karą, jak wogóle każda inna reguła życia społecznego, może także wytworzyć się w drodze prawa zwyczajowego[1]. Nie ulega jednak wątpliwości, że, jeżeli urządzanie stosunków prawnych przez ustawodawcę przedstawia na każdem polu życia postęp, w porównaniu z ich normowaniem w drodze zwyczajowej, to nigdzie postęp ten nie posiada tak wielkiej wartości, jak w zakresie prawa karnego. Tu bowiem, gdzie rozchodzi się o nadwerężenie w imię sprawiedliwości społecznej, znajdujących się skądinąd pod ochroną prawa interesów przestępcy, okazuje się bardziej, niż ze względu na jakikolwiek inny stosunek naszego życia, rzeczą pożądaną, aby społeczeństwo wypowiedziało swoją wolę nietylko wyraźnie i świadomie, ale oprócz tego z tą głębszą rozwagą, z tą większą trzeźwością sądu, której nie mogą posiadać wszyscy jego członkowie, lecz tylko niektórzy z nich, znający lepiej rzeczywiste potrzeby społeczeństwa i mogący wskutek tego nadać jego życiu rozumniejszą organizacyę prawną.

Odpowiednio do tego narody, wzniósłszy się do urządzania swoich stosunków prawnych w drodze ustawodawczej, przedewszystkiem zrywają z prawem zwyczajowem na polu karania przestępstw i uświęcają zasadę *nullum crimen sine lege poenali*. W Austryi ta zasada, przyjęta po raz pierwszy przez *Constitutio Theresiana* (p. wyżej nr. 129), znalazła w prawie obowiązującem wyraz w art. IV i V Patentu Cesarskiego, wprowadzającego w wykonanie Powszechną Ustawę Karną z 27 maja 1852[2].

[1] Całkiem niesłusznie zarzuca Makarewicz (*Das Wesen des Verbrechens*, str. 52—54), nauce prawa karnego, jakoby dotychczas miała ona zasadniczo interpretować regułę *nullum crimen sine lege poenali* tylko w rozumieniu prawa ustawowego. Contra temu patrz Heinze (*Holtzendorffa Handb*, I, str. 321), Hälschner (*Das gem. deutsche Strafr.* 1881, I, str. 82, 83) a także pierwsze wydanie mego *Wykładu prawa karnego* I. N. 307 (r. 1885).

[2] Patrz także §§ 1. 260, l. 1. 268. Ustawy o postęp. karn. z 23 maja 1873 w związku z art. VIII ustawy wprowadzającej ją w wykonanie.

239. Nakaz, zawarty w ustawie karnej, może być: *a)* bezwzględnie oznaczony; *b)* bezwzględnie nieoznaczony; albotеż *c)* względnie oznaczony.

Ustawy pierwszego typu określają ściśle jakość i ilość kary, mającej spotkać każdego przestępcę, czyniąc jej wymiar całkiem niezależnym od uznania sędziego. Zarzucono im słusznie, że ubliżają one powadze sędziego i nie pozwalają mu przystosowywać kary do szczególnych okoliczności, charakteryzujących konkretną winę przestępcy.

Ustawy drugiego typu ograniczają się do wskazywania sędziemu czynów, które ma uważać za przestępstwa, a oprócz tego co najwyżej wymieniają środki karne, któremi wogóle rozporządzać ma być mu wolno. Co się tyczy jednak pytania, za jakie przestępstwo należy tę lub inną karę, w tym lub innym stopniu wymierzyć, to ustawy, o których tu mowa, nie podają w jego przedmiocie żadnych przepisów, pozostawiając jego rozstrzygnięcie swobodnemu uznaniu sędziego. Ujemną stroną tego rodzaju ustaw jest to, że otwierają zbyt szerokie pole dowolności sędziego. Gdyby sędzia był rzeczywiście jakąś istotą doskonałą, wolną od zwykłych ułomności i błędów ludzkich, to nie byłoby rzeczą niebezpieczną czynić wymiaru kary całkiem zależnym od jego oceny. Ponieważ jednak na tak idealnych sędziów liczyć nigdy nie można, przeto ustawy karne o nakazie bezwzględnie nieoznaczonym musiałyby tylko narażać społeczeństwo na zbyt niepewny, a często i całkiem arbitralny wymiar sprawiedliwości.

Najracyonalniejszemi są niewątpliwie ustawy karne trzeciego typu. Wskazują one sędziemu dla każdego przestępstwa nietylko rodzaj kary, ale i jej ilość, wszakże w zakresie między jakąś minimalną, a maksymalną miarą. Ustawy tego ostatniego typu łączą uwzględnienie potrzeby ujęcia w pewne karby dowolności sędziego z rozumieniem tej prawdy, że trzeba, aby przy wymiarze kary sędzia miał z woli ustawodawcy tyle wolnego pola, iżby w jego granicach mógł szrawiedliwie ocenić każdy z konkretnych przypadków, przychodzących pod jego rozpoznanie. W dzisiejszych kodeksach karnych regułę stanowią przepisy o nakazie względnie oznaczonym [1].

Do wyjątków należą w kod. karn. austr., jako postanowienia z charakterem bezwzględnie oznaczonym, paragrafy, orzekające karę śmierci i więzienia dożywotnego [2];— jako postanowienia zaś z charakterem bezwzględnie nieoznaczonym — kilka zaledwie, do bardzo drobnych przekroczeń odnoszących się paragrafów (§§ 365, 434, 459, 525)

[1] Jako szczególny typ ustaw karnych z nakazem względnie oznaczonym, wymienić wypada spotykane coraz częściej w nowszych ustawodawstwach przepisy, oznaczające tylko minimalną miarę kary (np. więzienie nie niżej 6 miesięcy, lub grzywny nie niżej 300 marek). Przepisy takie, (patrz n. kodeksy niemiecki i włoski), mogą być na miejscu tylko co do kar, których najwyższy, wogóle przez ustawodawcę dopuszczony zakres nie odbiega zbyt wysoko od ich wymiaru, podanego przez te przepisy jako minimalny, w odniesieniu do przewidzianych przez nie przestępstw. W innych przypadkach podobne postanowienia otwierałyby za szerokie pole dowolnej ocenie sędziego.

[2] Przepisy kodeksu, dotyczące więzienia dożywotnego, nie mają już wszakże charakteru bezwzględnie oznaczonego, odkąd wolno jest trybunałowi karę tę w drodze nadzwyczajnego złagodzenia obniżyć do lat trzech (§ 338 proc. k.).

II. Pojęcie przestępstwa w rozumieniu ustawy karnej. Warunki, od których zawisło prawo karne podmiotowe państwa (Przestępstwa ścigane z urzędu, z upoważnienia, na wniosek i w drodze skargi prywatnej pokrzywdzonego). Podstawy klasyfikacyi przestępstw ze stanowiska prawa karnego materyalnego.

§ 51.

240. Przestępstwem w najściślejszem znaczeniu tego pojęcia staje się odnośne bezprawie wtedy dopiero, jeżeli ziszczą się wszystkie warunki, od których ustawa karna uczyniła zawisłem powstanie w odniesieniu do niego dla państwa prawa karnego podmiotowego t. j. tytułu do rozwinięcia przeciwko jego sprawcy działalności karzącej. Warunki te są rozliczne, wszakże podzielić je można na dwie główne kategorye, z których jedna obejmuje okoliczności, należące do istoty bezprawia, które ma być obłożone karą; druga — inne jeszcze okoliczności, od których ustawa karna uczyniła zawisłem powstanie dla państwa prawa karnego podmiotowego w odniesieniu do bezprawia, posiadającego, ze względu na swoją istotę, znamiona przestępstwa.

Rozbiór warunków pierwszego typu tu nas specyal-

nie zajmować nie będzie. Stanowi on temat całej nauki o przestępstwie, zarówno jej części ogólnej, jak szczególnej.

W rozdziale, poświęconym specyalnie pierwiastkowi działania, podpadającego pod ustawę karną, może być tylko na miejscu przegląd warunków drugiego typu. t. j. tych, pod któremi, z woli ustawodawcy, bezprawie, posiadające skądinąd wszystkie znamiona przestępstwa, ma wytworzyć dla państwa prawo karne podmiotowe.

241. W zasadzie prawo karne podmiotowe rodzi się dla państwa z samego faktu popełnienia bezprawia, podchodzącego pod pojęcie jakiegoś, przez ustawę karną przewidzianego przestępstwa. Czyny karygodne, które w powyższy sposób same przez się stwarzają dla państwa tytuł do karania odnośnych winowajców, znane są pod nazwą przestępstw ściganych z urzędu *(Officialverbrechen)*. Stanowią one regułą, od której wyjątkami są przestępstwa ścigane z upoważnienia, na wniosek i w drodze skargi prywatnej pokrzywdzonego *(Ermächtigungs-Antrags- und Privat anklage-Delikte)*.

1) Przestępstwa, ścigane z upoważnienia pokrzywdzonego, tem się odznaczają, że z nich może wywiązać się dla państwa prawo karne podmiotowe tylko za zezwoleniem osoby fizycznej lub moralnej (korporacyi), uchodzącej za ich bezpośrednią lub pośrednią ofiarę. Zresztą postępowanie karne toczy się tutaj od początku do końca jak przy przestępstwach, ściganych z urzędu. Do prawa austryackiego wprowadziła tę kategoryą przestępstw nowela karna z 17 grudnia 1862 (Dz. u. p. l. 8 z r. 1863)[1].

2) W odniesieniu do przestępstw, ściganych na wniosek pokrzywdzonego, państwo nabywa prawo karne podmiotowe pod tym tylko warunkiem, jeżeli pokrzywdzony uzna za właściwe uczynić pierwszy krok w kierunku zawezwania państwa o wdrożenie postępowania karnego.

Z chwilą wystąpienia przez pokrzywdzonego z podobną inicyatywą w formie odpowiedniego wniosku, państwo wchodzi w posiadanie prawa karnego podmiotowego całkiem już niezależnie od dalszej akcyi pokrzywdzonego. Ten ostatni mianowicie nie może cofnąć raz przedłożonego wniosku. Do tej kategoryi niektóre kodeksy (np. niemiecki) uznają za właściwe zaliczać przestępstwa, które skądinąd nadawałyby się do tego, aby je państwo, w dobrze zrozumianym interesie społeczeństwa, ścigało z urzędu, ale które zarazem tem się odznaczają, że ich ściganie mogłoby w niejednym przypadku stać się dla pokrzywdzonego większą klęską niż sam fakt stania się ich ofiarą, np. uwiedzenie niewiasty do nierządu obietnicą małżeństwa lub kradzież między bliskimi krewnymi[2].

Ze stanowiska prawa austryackiego należałoby do kategoryi przestępstw, ściganych na wniosek pokrzywdzonego, zaliczyć stanowczo występki niedyskrecyi ze strony organów, funkcyonujących przy wymiarze podatków, tudzież nadużywania urzędowych rejestrów podatkowych (§ 246 ust. z 25 paźdz. 1896; patrz niżej, t. II, nr. 861). Zaś już nie bez pewnych zastrzeżeń, możnaby za przykładem Storcha[3] przyznać ten charakter także przekroczeniu zastarzałego opilstwa z § 524 kod. k. *(»wenn Meister oder Dienstherren darüber bei der Behörde Beschwerde führen«)*[4], tudzież przekroczeniom nierządu z § 5 l. 1 i 2 ust. z 24 maja 1885 (Dz. u. p. l. 89), z uwagi na to, że tutaj ściganie sądowo-karne ma następować na żądanie władzy bezpieczeństwa.

3) W większej jeszcze zależności od woli pokrzywdzonego znajduje się podmiotowe prawo karne państwa w stosunku do przestępstw skargowo-prywatnych. Tu mianowicie zawisło ono nietylko od wniesienia przez pokrzywdzonego skargi kryminalnej, ale nadto od popierania jej przezeń w toku całego procesu. Pokrzywdzonemu wolno tu w każdej chwili (w myśl § 530 kod. kar. austr. jednak tylko do ogłoszenia wyroku choćby jeszcze nieprawomoc-

nego)[5] odstąpić od oskarżenia, a cofnięcie przezeń skargi sprowadza wygaśnięcie już nabytego przez państwo prawa karnego podmiotowego[6]).

[1] Art. IV i V: podżeganie do nienawiści lub pogardy przeciwko armii cesarskiej lub jej samodzielnemu oddziałowi — występki i przekroczenia obrazy czci z §§ 487 — 491 i 496 kod. k. w razie ich popełnienia przeciwko armii lub marynarce cesarskiej, względnie jej samodzielnemu oddziałowi (p. co do tego ostatniego przypadku rozp. min. spr. z 21 września 1873, l. 10312) — występki obrazy czci z §§ 487 — 491 i 493 kod. k. w razie ich popełnienia przeciwko urzędnikowi, słudze publicznemu, duszpasterzowi lub wojskowemu ze względu na wykonywanie przez nich obowiązków zawodowych. Eisler: *Ueber Ermächtigungsdelikte nach österr. Rechte (Jurist. Blätter*, 1888, nr. 18–22).

[2] Fuchs: *Anklage und Antraksdelikte*, 1873. Kirchenheim: *Die rechtliche Natur der Antragsdelikte*, 1877, Samuely: *(Ger. S.* t. 32. str. 1). Lehmann: *Zur Lehre vom Strafantrage*, 1881. Holzapfel: *Vollmacht und Auftrag in ihrer Bedeutung für das sog. Antragsrecht (w Goldt Archiv*, t. XXX, 1882). Barnau: *Die Stellvertretung im Strafr. und Strafprocess*, 1890). Herzog: *Die Stellvertretung beim Strafantrag (Würzburger dissert.* 1904).

[3] Patrz rozprawę Storcha p. t. *Antrages- und Privatanklagedelikte im öster. R. (Ger. Ztg.* 1899, nr. 24, 25). Co do zastrzeżeń por. Finger: t. I, str. 99. (1902).

[4] Z tego samego tytułu możnaby uznać za przestępstwo ścigane w drodze wniosku także przekroczenie przeciwko obyczajności publicznej z § 525 kod. k. *(»Wenn Eltern, Vormünder etc.. sich bemüssiget sehen die Hilfe der Behörden anzurufen«).*

[5] Tylko wyjątkowo w przypadku cudzołóstwa (§ 503 kod. k.) pojednanie się przestępcy z pokrzywdzonym ma sprowadzać wygaśnięcie po stronie państwa prawa karnego podmiotowego nawet wtedy, gdyby nastąpiło już po prawomocności wyroku. Patrz niżej t. II, nr. 840.

[6] Co do występków i przekroczeń które prawo austr. uznaje za skargowo-prywatne, patrz mój Wykład proc. kar. str. 185, dop. 1, (1910).

242. W niektórych przypadkach ustawa karna czyni powstanie dla państwa prawa karnego podmiotowego w odniesieniu do działań, stanowiących skądinąd przestępstwa, zależnem od pewnych dodatkowych warunków, które nie mają nic wspólnego ani z naturą materyalną popełnionego bezprawia, ani z omawianemi w ustępie poprzedzającym względami proceduralnemi. Do takich warunków dodatkowych[1] należą w myśl kod. karn. austryackiego dwie następujące okoliczności:

1) Uznanie odnośnego czynu za przestępstwo przez ustawy państwa *delicti commissi*, jako warunek ukarania jego sprawcy w Austryi, w razie jego popełnienia w obrębie terytoryalnym obcego państwa przez cudzoziemca, przytrzymanego w Austryi (§§ 39, 40)[2].

2) Zapewnienie państwu austryackiemu przez obce państwo, będące stroną pokrzywdzoną, wzajemności, a to na mocy ustaw tego państwa lub traktatów, z niem zawartych, i z tem dalszem jeszcze zastrzeżeniem, aby ta wzajemność była w Austryi w sposób, przepisany dla ustaw, obwieszczona. Od tego warunku czyni kod. kar. austr. zależną kwalifikacyą kryminalną działań, stanowiących skądinąd zbrodnię zamieszania spokojności publicznej, przeciwko obcemu państwu lub jej naczelnikowi (§ 66, al. 2)[3].

[1] *Doppelt bedingte Strafdrohungen*, według Bindinga *(Normen* I, str. 232.

[2] Por. Herbst: *Handbuch*, ad § 40, l. 3. Patrz także niżej nr. 265, lit *b*.

[3] Wzajemność, o której tu mowa, ma zapewnioną Austrya ze strony Rosyi (p. Rp. min. sprawiedl. z 18 paźdz. 1860. Dz. u. p. 233). Patrz także co do tej kwestyi Lammasch: *Strafbarkeit des Hochverrathes gegen Russland (Jur. Bl.* 1883. nr. 9—11).

242 *bis.* W ostatnich czasach, a mianowicie od rozprawy Bindinga p. t.: *Das bedingte Verbrechen* (1902)[1] poczęto w nauce zwracać baczniejszą uwagę na inne jeszcze warunki, od których w myśl ustawy ma zależyć powstanie dla państwa prawa karnego podmiotowego odnośnie do niektórych czynów, skądinąd przestępnych.

Warunki te tem się specyalnie wyróżniają od warunków, powyżej wyłożonych, że tkwią w okolicznościach, które dopiero w przyszłości mogą lecz nie muszą się ziścić, a decydować mają o samej naturze przestępnej pewnego normie przeciwnego czynu nawet wtedy, gdyby miały być całkiem niezawisłe od dalszej akcyi sprawcy.

Warunki te mogą zawieszać lub rozwiązywać kwalifikacyę kryminalną czynu skądinąd przestępnego.

1) Czyn, stanowiący przestępstwo pod warunkiem zawieszającym, tem się odznacza, że staje się przestępstwem nie w chwili spełnienia, lecz dopiero później, skoro ziści się odnośny warunek. Np. Piotr, dostarczywszy Pawłowi rewolweru dla zabicia Jana, stanie się winnym przestępstwa dopiero wtedy, gdy Paweł za pomocą tego rewolweru conajmniej dopuści się przeciwko Janowi usiłowania karygodnego (warunek zawieszający niezawisły od Piotra). Również kupiec, który rozpoczął handel, będąc już zadłużony lub nie posiadając funduszu wymaganego przez ustawę dla wykonywania odnośnego konsensu handlowego (§ 486 *a*, kod. kar.), nie stanie się odrazu winnym występku bankructwa lekkomyślnego, lecz dopiero wtedy, gdy później zawiesi wypłaty lub popadnie w konkurs, a więc gdy w przyszłości spełni nową całkiem niekarygodną czynność (war. zawieszający zawisły od sprawcy).

2) Czyn, stanowiący przestępstwo pod warunkiem rozwiązującym, tem się przeciwnie odznacza, że staje się przestępstwem zaraz w chwili spełnienia, lecz ma utracić ten charakter w razie gdyby następnie, ziścił się odnośny warunek. Tu należy zaliczyć kradzież, sprzeniewierstwo i niektóre inne przestępstwa, które utracają kwalifikacyę kryminalną, wskutek czynnego żalu (por. niżej nr. 570, 571), a także usiłowanie, które przestaje być karygodnem w razie zaniechania dobrowolnego, (por. niżej nr. 339).

[1] *Gerichtssaal*, t. 68, str. 1. Patrz oprócz tego: Beling: *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906; oraz tegoż autora: *Zur Lehre von der Ausführung strafbarer Handlungen (Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern*, 1908, str. 73—79, 99—102); a zwłaszcza patrz znakomitą rozprawę Sommer'a: *Das bedingte Verbrechen*, 1908.

243. Przestępstwa, przyjęto dzielić na inne jeszcze kategorye, prócz tych, które opierają się na uwzględnianiu różnych warunków, pod któremi mają one wytwarzać dla państwa prawo karne podmiotowe (nr. 241, 242). Owe inne kategorye mogą mieć za podstawę:

1) Sposób dokonania, ze względu na którą to okoliczność odróżniamy przestępstwa z dopuszczenia *(delicta commissionis)* i przestępstwa z opuszczenia *(delicta omissionis)*.

2) Stopień przełamanej normy (nr. 204—206). z uwagi na który mówimy o przestępstwach, które bądź nadwerężają jakieś dobro chronione przez prawo *(Verletzungsverbrechen)*, bądź wystawiają je na niebezpieczeństwo *(Gefährdungsverbrechen)*, bądź tylko wzniecają obawę, że z ich przyczyny jego bezpieczeństwo może być zachwiane *(Ungehorsamsdelikte* zwane także przekroczeniami politycznemi — *Polizeidelikte;* por. wyżej nr. 206).

3) Rozciągłość przełamanej normy t. j. okoliczność, czy norma ta obowiązuje każdego obywatela, czy też tylko osoby pewnego zawodu lub pewnego stanowiska służbowego. Przestępstwa przeciwko normom pierwszego rodzaju przyjęto nazywać powszechnemi *(delicta communia)*, a przestępstwa przeciwko normom drugiego rodzaju—specyalnemi *(delicta propria)*. W rzędzie tych ostatnich szczególnie ważnemi są przestępstwa przeciwko obowiązkom urzędu publicznego, tudzież przestępstwa natury wojskowej. Przestępstw specyalnych nie godzi się brać za jedno z wykroczeniami dyscyplinarnami w odnośnym urzędzie. (Patrz niżej nr. 246, dop. 2).

4) Stopień ciężkości tkwiącego w przestępstwie bezprawia, na której to okoliczności opiera się znany naszemu kodeksowi podział przestępstw na zbro-

dnie, występki i przekroczenia. Patrz o tej klasyfikacyi niżej, nr. 244.

5) Stopień ciężkości różnych przypadków tego samego przestępstwa. Z uwagi na tę okoliczność przyjęto przypadkom normalnym niektórych przestępstw (np. morderstwo z § 135 l. 4) przeciwstawiać z jednej strony ich przypadki uprzywilejowane (np. dzieciobójstwo z § 139), z drugiej — ich przypadki kwalifikowane (np. morderstwo z § 135, l. 1—3).

6) Charakter dobra, znajdującego się pod ochroną przełamanej normy, który to wzgląd służy za podstawę dla podziału przestępstw na pospolite i polityczne, tudzież na publiczne (przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu) i prywatne (przeciwko bezpieczeństwu jednostek). Bliższe szczegóły patrz niżej, nr. 266 lit. c., a także t. II nr. 572 — 578, (klasyfikacya przestępstw).

7) Charakter pobudki, leżącej na dnie przestępstwa, z uwagi na którą to okoliczność przyjęto odróżniać przestępstwa hańbiące i niehańbiące. Patrz o tym podziale niżej, nr. 280.

III. Zbrodnie, występki i przekroczenia kodeksu austryackiego.

§ 52.

244. Z uwagi na ciężkość tkwiącego w przestępstwie bezprawia, wytworzyły się w prawie karnem dwa systemy klasyfikacyjne, a mianowicie dwuczęściowy, z podziałem przestępstw na zbrodnie i przekroczenia (kod. rosyjski, niderlandzki, włoski) i trzyczęściowy, z podziałem przestępstw na zbrodnie, występki i przekroczenia (*Verbrechen, Vergehen u. Uebertretungen; crimes, délits et contraventions*, kod. francuski, niemiecki, austryacki)[1].

W Austryi system trzyczęściowy przyjęty został dopiero przez dziś obowiązujący kodeks z r. 1852 w miejsce

istniejącego w kodeksie z r. 1803 podziału przestępstw na zbrodnie i ciężkie przekroczenia policyjne (*Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen*). W zasadzie jednak występki i przekroczenia kodeksu obowiązującego odpowiadają dawnym ciężkim przekroczeniom policyjnym i nie reprezentują ze stanowiska prawa karnego materyalnego dwóch osobnych kategoryj przestępstw. Tylko względy natury proceduralnej stały się przyczyną, że kodeks z r. 1852 niektóre cięższe, z dawnych ciężkich przekroczeń policyjnych, nazwał występkami, a inne lżejsze — przekroczeniami. Już mianowicie w procedurze karnej z 17 stycznia 1850 uznano za właściwe niektóre cięższe przekroczenia policyjne oznaczyć nazwą występków i zrównać je pod względem juryzdykcyjnym ze zbrodniami, nie podlegającemi sądom przysięgłych (art. IX i X patentu obwieszczającego)[2]. To urządzenie proceduralne zachowało się do dziś dnia w prawie austryackiem i w niem tylko znaleść można wytłómaczenie faktu, że z dawnych ciężkich przekroczeń policyjnych kodeks z r. 1852 wytworzył dwie grupy t. j. występki i przekroczenia.

Z powyższego wywodu widać, że właściwie kodeks nasz pozostał wierny systemowi dwuczęściowej klasyfikacyi przestępstw. Jedną kategoryą stanowią w nim zbrodnie (Cz. I §§ 1 — 232), drugą — występki i przekroczenia (Cz. II §§ 233—532), które to dwie ostatnie grupy, jak już powiedzieliśmy, różnią się między sobą tylko pod względem proceduralnym, a ze stanowiska prawa karnego materyalnego przedstawiają jednolitą całość.

I. Do znamion istotnych zbrodni w prawie austryackiem należą: 1) wina umyślna (zły zamiar, § 1 k. k.); 1) przełamanie normy, która bezpośrednio bierze w ochronę jakieś dobro, zabraniając jego nadwerężania względnie wystawiania go na konkretne niebezpieczeństwo (*Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt;* — §§ 56, 238 k. k.); 3) wyższy stopień bądź szkodliwości odnośnego bezprawia, bądź powiązanego z nim niebezpieczeństwa, czem się tłómaczy,

że niektóre przestępstwa stosownie do okoliczności stanowią w prawie austryackiem to zbrodnię, to przekroczenie, np. kradzież, sprzeniewierstwo, oszustwo (§§ 189, 200, 460, 461), uszkodzenie cudzego majątku (§§ 85, 89, 468), uszkodzenia cielesne (§§ 152—156. 411)[3].

II. Przestępstwa, które kodeks zalicza do występków i przekroczeń, tem się odznaczają, że brak im zawsze jednego z trzech znamion, które przytoczyliśmy wyżej jako cechy istotne zbrodni. Do tej kategoryi więc należą: 1) przestępstwa nieumyślne (np. z §§ 335, 434); 2) t. zw. przekroczenia policyjne t. j. bezprawia łamiące normy, które bezpośrednio żądają tylko posłuszeństwa (§ 238 k. k. por. wyżej nr. 206); tudzież 3) przestępstwa, nie popełnione wśród takich okoliczności, któreby uzasadniały uznanie ich za zbrodnie, z uwagi na stopień ich szkodliwości lub powiązanego z niemi niebezpieczeństwa (np. z §§ 411. 460, 461, 468)[4].

[1] System trzyczęściowy znalazł w prawie francuskiem ścisłe przeprowadzenie tak co do jakości środków karnych, jak pod względem juryzdykcyjnym. Zbrodniami *(crimes)* są tu przestępstwa, obłożone jedną z kar *afflictives ou infamantes (Code pénal* art. 1. 7, 8), występkami *(délits)* – przestępstwa, obłożone jedną z kar *correctionnelles* (art. 1, 9), a przekroczeniami *(contraventions* — przestępstwa, za które ustawa grozi jakąś karą policyjną *(peines de police*, art. 1. 464 — 466). Pod względem juryzdykcyjnym zbrodnie podlegają sądom przysięgłych; występki — trybunałom I Inst. jako sądom poprawczym ; przekroczenia — sądom policyi prostej *(tribunaux de simple police)*. Patrz *Code d'Instr. crim.* art. 137, 179, 231, a także mój *Wykł. proc. kar.* 1910, str. 97, 98.

System trzyczęściowy przeszedł z Francyi do kod. bawarskiego z r. 1813 i 1861, oldenburgskiego z r. 1814 i 1858, pruskiego z r. 1851, skąd się też dostał do kod. niemieckiego z r. 1871. Zbrodniami *(Verbrechen)* są tu przestępstwa, za które ustawa grozi karą śmierci, kryminałem *(Zuchthaus)* i twierdzą *(Festungshaft)* powyżej pięciu lat. Występkami *(Vergehen)* zowią się tu przestępstwa, obłożone więzieniem *(Gefängniss)*, twierdzą do lat pięciu i grzywnami powyżej 150 marek. Do przekroczeń zaś *(Uebertretungen)* należą tu przestępstwa, mające sprowadzać areszt lub grzywny aż do 150 marek (§ 1).

Podobny system spotykamy w projektach austryackich. Co do dawnych projektów patrz: (Krzymuski: *O najnowszym projekcie kod. karn. austr.*, 1890, str. 11 — 13). W myśl najnowszego projektu z r. 1909, zbrodniami są przestępstwa obłożone karą śmierci lub kryminałem; występkami — przestępstwa, obłożone bądź więzieniem, lub aresztem powyżej sześciu miesięcy bądź też grzywnami powyżej 2000 koron; wreszcie przestępstwa, obłożone karą na wolności nie wyżej sześciu miesięcy lub grzywnami nie wyżej 2000 kor. mają być przekroczeniami o ileby ustawa wyraźnie którego z nich nie uznała za występek.

[2] Por. mój *Wykład proc. karn.* 1910, str. 99.

[3] Określenia zbrodni nie podaje kod. obowiązujący. Z ich definicyi jednak, zawartej w kod. z r. 1803 (Wstęp, II), można łatwo wyprowadzić przytoczone przez nas w tekście trzy ich znamiona istotne. Zbrodniami nazywa kod. z r. 1803 »te ustawom przeciwne czynności i zaniechania, które spełnione zostały w zamiarze, skierowanym właściwie ku temu, co bezpieczeństwo dobra pospolitego nadwereża (znamiona 1 i 2), i które przez wielkość nadwerężenia albo bardziej niebezpieczny stan okoliczności do przedsięwzięcia z obwinionym postępowania kryminalnego usposabiają« (znamię 3).

[4] O różnicy między zbrodniami a występkami i przekroczeniami ze względu na kary, któremi je kod. austr. okłada, będzie mowa niżej, nr. 457—502.

IV. Stosunek przestępstw do innych postępków karygodnych. Wykroczenia dyscyplinarne. Wykroczenia domowe i szkolne.

§ 53.

245. Już we Wstępie, przy rozbiorze znaczenia prawa karnego (nr. 6) zwróciliśmy na to uwagę, że nie wszystkie działania karygodne kwalifikują się do tego, aby miały być uznane za przestępstwa. Wynika stąd, że obok przestępstw istnieją jeszcze inne gatunki czynów karygodnych. W rzędzie tych ostatnich należy odróżnić dwie główne kategorye, któremi są: 1) wykroczenia dyscyplinarne i 2) wykroczenia domowe i szkolne.

246. Wykroczenia dyscyplinarne[1]. Państwo uznaje, że od osób, które są dla niego czemś więcej niż tylko obywatelami, a mianowicie od osób, które znajdują się względem niego w pewnym stosunku służbowym (urzędnicy i słudzy publiczni — wojskowi z armii lądowej i morskiej) ma prawo żądać, aby w swojem postępowaniu przestrzegały pewnych specyalnych reguł, stojących na straży tego, iżby osoby te nietylko gorliwie i umiejętnie spełniały obowiązki swego zawodu, ale nadto nie przejawiały nigdy na zewnątrz uczuć lub zapatrywań niezgodnych z charakterem ich stanowiska służbowego. Reguły te po większej części nie należą do prawa pisanego, lecz są wypływem panujących, w zakresie odnośnej kategoryi osób, pojęć o tem, czego im czynić nie wypada, pojęć, które bądź są wyrazem powszechnej opinii tych osób, bądź też odpowiadają poglądom organów, pełniących w ich rzędzie funkcye przełożonej władzy. Nad przestrzeganiem tych reguł czuwa z polecenia państwa własna zwierzchność każdej z odnośnych klas osób i tylko do tej zwierzchności należy sąd o tem, czy osoba, jej podległa, dopuściła się czynu, regułom tym przeciwnego. Podobne to czyny przyjęto powszechnie nazywać wykroczeniami dyscyplinarnemi *(Disciplinarvergehen)*[2]. Sprowadzają one dla winowajców z rozporządzenia zwierzchności osobne kary dyscyplinarne, unormowane przez państwo w drodze specyalnych ordynacyj służbowych, względnie ustaw dyscyplinarnych.

Prócz osób, znajdujących się w służbie państwowej, są inne jeszcze osoby, które również nie mogą obchodzić państwa jedynie ze względu na ich ogólny charakter obywatelski. Tu mianowicie należą: 1) osoby, powołane do spełniania pewnych funkcyj publicznych (adwokaci, notaryusze); 2) osoby, korzystające z zakładów wychowawczych, utrzymywanych przez państwo (uczniowie szkół i uniwersytetów); a także 3) osoby, osadzone przymusowo w więzieniach, domach poprawy, domach pracy przymusowej

lub innych podobnych zakładach o charakterze karno-prewencyjnym. Osoby każdej z trzech wymienionych wyżej kategoryj podlegają także pewnym specyalnym prawidłom postępowania i dopuszczają się przez ich przełamanie wykroczeń, karanych w drodze dyscyplinarnej.

[1] Meves w *Holtzend. Handb.* t. III, str. 939–946 *(Das Disciplinar-Strafrecht)*. Merkel: *Lehrb.* § 16, str. 46—48. Laband: *Statsrecht*, I, str. 463. Oppenheim: *Rechtsbeugungsverbrechen*, str. 11 i nast, Finger: *Oesterr. Strafr.* t. I. § 17, str. 100 — 102, (1902), tudzież: *Die strafrechtlichen Bestimmungen des (österr.) Gesetzes vom 25 Juli 1867 betreffend die Verantwortlichkeit der Minister*, 1893; patrz także Ulbrich: *Disciplinarrecht* w jego *Staatswörterbuch*.

[2] Jak już zaznaczyliśmy (wyżej nr. 243, l. 3) nie należy identyfikować wykroczeń dyscyplinarnych urzędników lub wojskowych ze specyalnemi przestępstwami przeciwko obowiązkom urzędu publicznego lub służby wojskowej. Te ostatnie mianowicie podlegają władzy karzącej samego państwa, jako przełamanie norm, przez nie samo wydanych, np. nadużycie władzy urzędowej z § 101 k. k. lub dezercya popisowego, względnie zadanie sobie kalectwa celem uchylenia się od służby wojskowej z §§ 45. 49 Ust. wojsk. z 11 kwietnia 1889 (Dz. u. p. 41).

247. Reguły, których przełamanie stanowi wykroczenie dyscyplinarne, mogą znajdować się w trojakim stosunku do norm, których naruszenie uważa państwo za przestępstwo:

1) Treść ich może całkiem odpowiadać osnowie norm, znajdujących się pod ochroną ustawy karnej. W przypadkach takich czyn, sprzeciwiający się pierwszym, będzie musiał zarazem uchodzić za przestępstwo i winowajca pociągnięty będzie za jego popełnienie do odpowiedzialności kryminalnej i dyscyplinarnej, np. jeżeli urzędnik dopuści się oszustwa lub potwarzy.

2) Treść ich może nie mieć nic wspólnego z osnową norm, których ustawa każe przestrzegać pod groźbą kary. W podobnych przypadkach przełamanie owych reguł będzie mogło uchodzić tylko za wykroczenie dyscyplinarne.

3) Treść ich wyjątkowo może nawet znajdować się w sprzeczności z osnową norm, których naruszenie uważa ustawa karna za przestępstwo. W tego rodzaju przypadkach, nader rzadkich, bo nacechowanych wielce anormalnym charakterem, spełnienie czynu, stanowiącego przestępstwo, musi w odniesieniu do pewnej kategoryi osób uchodzić za obowiązek, którego przełamanie narazi je na odpowiedzialność dyscyplinarną. Jako przykład zacytujmy z jednej strony § 158 k. k., uznający pojedynek za zbrodnię, a z drugiej — regułę, w myśl której oficer, w razie nieusprawiedliwionego uchylenia się od pojedynku, ma w drodze dyscyplinarnej być pozbawiony stopnia oficerskiego [1].

[1] Anormalność tego stosunku ma według Fingera (*Oesterr. Strafr.* I, str. 102), znajdować swoje usprawiedliwienie w tej okoliczności, że pojedynek jest dla kodeksu karnego (nawet wojsk. § 437) zbrodnią niezależnie od pobudek, które go wywołały, — a tymczasem etyka wojskowa musi bezwarunkowo żądać od oficerów odwagi w narażaniu swego życia na niebezpieczeństwo i piętnować, jako czyn niegodny ich charakteru, odmówienie pojedynku, gdy nastąpiło ono wśród warunków, które nie wykluczają podejrzenia, że przyczyną tego mógł być także brak należytego męztwa.

248. Wykroczenia domowe i szkolne. Ich cecha charakterystyczna polega na tem, że nie muszą być one zawinionem przestąpieniem pewnych pozytywnych reguł postępowania, lecz że dla ich istoty wystarcza już ich czysto faktyczna niezgodność z tem, do czego władza domowa (rodzice, opiekun, wychowawca) lub szkolna chce przyzwyczajać osoby jej podległe. W przestępstwach przewidzianych przez ustawę karną, i w wykroczeniach dyscyplinarnych tkwić zawsze musi po stronie sprawcy nieposłuszeństwo wobec jakiegoś, narzuconego mu przez państwo lub odnośną korporacyą prawidła życia; tymczasem uznanie przez władzę domową lub szkolną pewnego postępku za karygodny ma głównie na celu obudzenie

w jego sprawcy poczucia potrzeby przyswojenia sobie tej lub innej reguły postępowania t. j. uczynienia jej wyrazem nie obcych lecz własnych przekonań etycznych. Widzimy stąd, że rodzina i szkoła występują, wobec wykroczeń osób im podwładnych, w charakterze władzy nie dyscyplinarnej lecz pedagogicznej [1]. Kary za te wykroczenia mają służyć dla odnośnej władzy tylko za środek do wychowywania ich sprawców na ludzi zdolnych, do odczuwania pewnych obowiązków i do kierowania się niemi w życiu.

[1] Wykroczenia *szkolne* odróżnić należy od wykroczeń *dyscyplinarnych* uczniów szkół publicznych. Do pierwszych zaliczamy takie przypadki, jak brak dostatecznej pilności, nieuwaga podczas lekcyi, hałaśliwe zachowywanie się w szkole, bójki między kolegami i inne tym podobne wybryki, wymagające skarcenia ze względów czysto pedagogicznych. Do drugich należeć będą znaczniejsze przewinienia, ubliżające powadze szkoły i wywołujące potrzebę przykładnego skarcenia, już nie przedewszystkiem w interesie winowajcy, lecz w pierwszym rzędzie dla ocalenia dobrej opinii samego zakładu, np. awantury uliczne, uczęszczanie do domów rozpusty lub inne t. p. wykroczenia przeciwko dobrym obyczajom.

V. Zakres działania ustawy karnej [1].

§ 54.

249. Zakresem działania ustawy nazywa się obręb, w którym ma ona obowiązywać. Obręb ten musi zamykać się w granicach pewnego czasu, pewnej przestrzeni i pewnych osób.

W granicach pewnego czasu dlatego, że, jako wyraz zewnętrzny woli danego państwa, każda ustawa, choćbyśmy mieli przypuścić, że, raz wydana, zachowa swoją moc na wieki, musi co najmniej liczyć swój początek od jakiejś chwili, przed nadejściem której, ona oczywiście obowiązywać jeszcze nie mogła.

W granicach pewnej przestrzeni dlatego, że żadna ustawa, jako wyraz woli prawnej odnośnego państwa, nie może rozciągać swego panowania dalej niż sięga władza tego państwa. Niema zaś państwa, którego władztwo prawne nie ograniczałoby się do pewnej mniej lub bardziej rozległej przestrzeni geograficznej, stanowiącej jego terytoryum.

W granicach pewnych osób dlatego, że ustawy danego państwa znajdować mogą zastosowanie tylko do tych ludzi, którzy jego władzy podlegają, ze względu bądź na swój charakter osobisty, bądź na zawiązywane przez nich stosunki prawne.

Z uwagi na przytoczone wyżej okoliczności, aby poznać dokładnie zakres działania ustawy karnej, należy zbadać jego granice: 1) co do czasu, 2) co do miejsca, i 3 co do osób.

[1] Berner: *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*, 1853. Bar: *Das internationale Privat- und Strafr*, (1 wyd. z r. 1862 wyszło w przekład. polsk. pod redakcyą D-ra Kasparka, nakładem Bibl. Um. pr. w Warsz.). Seeger: *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, 1862. Schwarze: w *Holtzendorfa Handb.*, II, str. 25. Binding: *Normen*, I, § 25. Rohland: *Das internationale Strafr.* 1877. Harburger: *Der strafrechtliche Begriff Inland*, 1882. Wessely: *Umfang und Grenzen der Strafgewalt rücksichtlich der im In- und Auslande begangenen Verbrechen (Heimerls Magazin*, II, str. 131, 151). Lammasch: *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, 1887, (p. także tego autora rozprawę w *Ger. Saal*, t. 40). Martitz: *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, I, 1888; II, 1897. Heinze: *Universelle und partikulare Strafrechtspflege*, 1896, Roszkowski: *O azylach i ekstradycyi*, 1882. Oprócz tego por. odnośne miejsca w podręcznikach Liszta, Fingera, Janki, Lammascha, Stoossa, tudzież w dziele Bara: *Gesetz und Schuld* t. I, 1906, str. 59.

1. Co do czasu.

§ 55.

250. Według powszechnie uznanej zasady, ustawy karne materyalne nie mają posiadać mocy wstecznej, t. j. nie mogą być stosowane do czynów, popełnionych przed chwilą ich wejścia w moc obowiązującą (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Pochodzi to stąd, że ustawa karna nietylko wiąże z faktem popełnienia jakiegoś bezprawia pewne skutki, dla jego sprawcy niekorzystne, ale zarazem stwarza dla tego ostatniego rękojmię, że władza karząca państwa, prócz tych skutków, nie będzie mogła kazać mu ponosić z powodu tego bezprawia żadnych innych jeszcze niedogodności. Przez to nie chcemy bynajmniej utrzymywać, iżby na mocy ustawy karnej przestępca miał nabywać prawo do oznaczonej w niej kary[1], lecz twierdzimy, że na mocy ustawy karnej, która obowiązywała w chwili, gdy spełnił odnośne przestępstwo, nabył on prawo do tego, aby państwo nie oceniało jego winy według żadnej innej przyszłej surowszej ustawy[2].

[1] Tego samego zdania jest Finger: *Oesterr. Strafr.* I, str. 108.

[2] Przyjęto natomiast przyznawać moc wsteczną ustawom karnym formalnym, a to na tej podstawie, że sprawa o przestępstwo, popełnione za panowania dawnej ustawy o postępowaniu karnem, toczyć się winna dzisiaj nie według tej ostatniej, lecz według obecnie obowiązującej procedury. Okoliczność ta jednak tylko pozornie świadczy o mocy wstecznej ustaw procesowych. O tej mocy nie może tu być mowy z tego powodu, że przedmiotem unormowania ze strony procedury nie jest stosunek, mający być osądzony w drodze postępowania sądowego, lecz samo to postępowanie. Jasną więc jest rzeczą, że o stosowaniu dawnej lub nowej procedury decydować może tylko chwila wytoczenia procesu, względnie chwila jego dojścia do pewnego stadyum, nie zaś chwila powstania stosunku, o który się proces prowadzi (p. art. I—IV ust. wprow. do procedury karnej z 23 maja 1873. dz. u. p. 119). Na uzasadnienie naszego poglądu przytoczmy tę okoliczność, że mocy wstecznej, w podanem wyżej znaczeniu, nie przyznaje już procedura karna tak bezwarunkowo tym swoim

postanowieniom, które posiadają dla oskarżonego doniosłość przepisów prawa karnego materyalnego, np. co do kwestyi, czy zachodzą warunki, dopuszczające ścigania przestępstwa, popełnionego za rządów dawnej procedury, lub wznowienia w jego sprawie postępowania karnego (tamże art. V; por. także mój Wykład proc. karn. 1910, str. 70).

251. Tylko wyjątkowo przyjęto przyznawać moc wsteczną ustawie karnej materyalnej w przypadkach, gdyby miała się ona okazać dla winowajcy łagodniejszą od ustawy, za panowania której spełnił on zarzucane mu przestępstwo. Wyjątek ten znajduje swoje uzasadnienie w naturze kary, która, będąc złem, może uchodzić za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile zostanie uznana za konieczną (p. wyżej nr. 80, 154). Kary zaś surowszej niż ta, którą w danej chwili przepisuje ustawa, jużby oczywiście za *malum necessarium* uważać nie było można. Tę samą regułę należy zastosować do innych postanowień ustawy karnej, korzystniejszych dla przestępcy, np. jeżeli nowa ustawa wprowadza krótszy czasokres dla przedawnienia, lub uznaje za skargowo-prywatne przestępstwo, które za dawnej ustawy miało być ścigane z urzędu.

Przy rozstrzyganiu pytania, która z dwóch ustaw jest łagodniejsza, należy przestrzegać trzech następujących prawideł:

1. Trzeba zwracać uwagę nietylko na rodzaj odnośnych środków karnych, ale także na wszystkie powiązane z niemi skutki prawne i zmierzyć niejako całkowitą ich dotkliwość dla przestępcy.

2. Większa lub mniejsza dotkliwość przepisanej kary nie powinna służyć za jedyną podstawę do uznania tej lub drugiej ustawy za łagodniejszą. Ustawa bowiem pobłażliwsza ze względu na środki karne, może okazać się surowszą w innych swoich postanowieniach; np. nowa ustawa nakładać będzie łagodniejszą karę za zabójstwo lub ciężkie uszkodzenie cielesne, ale nie będzie przyznawała niższej kwalifikacyi kryminalnej przypadkom popełnienia tych

przestępstw wskutek wyzwania ze strony pokrzywdzonego, lub też ustanawiać będzie dłuższy czasokres dla przedawnienia. Wśród powyższych i wielu innych podobnych okoliczności, które sędzia będzie musiał zawsze brać w rachubę, może się łatwo wydarzyć, że zastosowanie do winowajcy nowej ustawy nie byłoby dla niego, pomimo jej łagodniejszych kar, rzeczą korzystniejszą.

3. Sędziemu nie wolno nigdy wyrywać łagodniejszych postanowień, zawartych w każdej z dwóch odnośnych ustaw i stosować do przestępcy pod niektórymi względami dawną, a pod innemi nową ustawę. Przy takiem postępowaniu bowiem, sędzia orzekałby według ustawy, która właściwie nigdy nie obowiązywała.

252. Są jednak bardzo poważni autorowie, którzy występują przeciwko zasadzie odmawiania ustawie karnej mocy wstecznej (Binding, Finger). Wychodzą oni z tego założenia, że wtedy tylko państwo nie miałoby tytułu do okładania karą czynu, uznanego za przestępstwo przez późniejszą ustawę, gdyby czyn ten nie sprzeciwiał się żadnej normie prawa, obowiązującej w chwili, gdy go spełniono. Jeżeli jednak ktoś spełnił czyn, będący przełamaniem już wtedy obowiązującego nakazu lub zakazu prawa, to z faktu, że podówczas norma ta nie znajdowała się pod ochroną żadnej ustawy karnej lub znajdowała się pod ochroną łagodniejszej ustawy karnej, nie można wyprowadzić dla sprawcy żadnego tytułu prawnego do żądania, aby sąd nie mógł oceniać jego czynu według ustawy karnej, obowiązującej w czasie wydawania wyroku.

Przeciwko tej teoryi, znanej już prawu rzymskiemu[1], należy oświadczyć, że z jej stanowiska wypadałoby przyznawać państwu *jus laesi infinitum* w odniesieniu do osób, winnych jakiegokolwiek nieposłuszeństwa wobec tej lub innej normy prawa. Podobny pogląd jednak sprzeciwiałby się niewątpliwie istotnemu charakterowi ustawy karnej. Całkiem niezawodnie bowiem jej przepisy nakładają na

państwo pewne obowiązki nietylko w tym celu, aby je zniewolić do okładania karą odnośnych przestępców, ale także w interesie tych ostatnich, aby ich uchronić od nieograniczonej władzy karzącej państwa. Tem się tłómaczy, że z ustawy karnej, obowiązującej w czasie popełnienia przestępstwa, rodzi się także dla jego sprawcy pewne, już wyżej przez nas określone, prawo podmiotowe (nr. 250).

Argumentacyę powyższą uwzględniają do pewnego stopnia sami wyznawcy rozbieranej tu teoryi. Godzą się oni bowiem na to, iżby wyjątkowo ustawa karna, obowiązująca w czasie sądzenia sprawy, nie miała zastosowania do przestępstwa, popełnionego za panowania dawnej ustawy, we wszystkich przypadkach, w których okazałaby się surowszą od tej ostatniej.

[1] Seeger: *Rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, 1862, §§ 1, 22.

253. Prawo austryackie w zasadzie stoi na gruncie teoryi naszych przeciwników. W myśl bowiem art. IX Patentu wprow. ust. k. pow. z 27 maja 1852, kodeks karny stosować należy także do wszystkich, przed dniem jego wejścia w moc obowiązującą już rozpoczętych, dochodzeń i do wszystkich, przed tym dniem popełnionych czynów karygodnych o tyle, o ile według tego kodeksu nie wypadałoby się z niemi obejść surowiej niż według dawnej ustawy [1].

Co się tyczy zaś pytania, czy przestępstwo nietylko popełnione, ale nawet już osądzone w I instancyi za panowania dawnej ustawy mogłoby jeszcze podlegać przepisom nowego kodeksu; to odpowiedź na nie musi zależeć od natury środka prawnego, wniesionego przeciwko wyrokowi w I inst. Jeżeli ten środek prawny ma tylko na celu wywołanie decyzyi sądu wyższego co do kwestyi, czy w wyroku, wydanym w I instancyi, sąd wymierzył trafnie karę w granicach, wytkniętych przez podówczas obowiązującą ustawę karną (apelacya od orzeczenia co do kary) lub znalazł się w zgodzie z jej przepisami (zażalenie

nieważności z § 281 l. 9—11, tudzież z § 344 l. 10—12 proc. k.); to oczywiście *judex ad quem* będzie musiał oprzeć swoje orzeczenie na ustawie karnej, którą zastosował *judex a quo*, niezależnie od tego, czy okaże się ona surowszą lub łagodniejszą. Jeżeli zaś, w drodze wniesionego środka prawnego, ma nastąpić wydanie nowego, całkiem samodzielnego orzeczenia o winie i karze (inne przypadki zażalenia nieważności;, to sąd, który będzie powołany do nowego wyrokowania (§ 288 proc. k.), znajdzie się w konieczności przyjęcia za jego podstawę przepisów prawa, obowiązującego w czasie tej ostatniej czynności.

Kwestya, powyżej poruszona, może dziś posiadać w Austryi znaczenie aktualne, już nie w odniesieniu do tak poważnego wiekiem kodeksu karnego powszechnego z 27 maja 1852, lecz jedynie ze względu na późniejsze szczególne ustawy karne, o ileby nie uznały one za właściwe unormować inaczej swego zakresu działania co do czasu. Tak np. do teoryi, że ustawa karna w zasadzie nie może mieć mocy wstecznej, przychyliły się wyraźnie w Austryi ustawa prasowa z 17 grudnia 1862 (§ 8), tudzież ustawy z 28 maja 1881 przeciwko nierzetelnemu postępowaniu w interesach kredytowych (§ 16) i z 25 maja 1883 przeciwko udaremnianiu egzekucyi przymusowych (§ 6).

Przeciwnie znów ustawa o prawie aut. z 26 grudnia 1895 przyznała moc wsteczną swoim przepisom karnym (§ 65).

[1] Niesłusznie interpretuje ten artykuł Rosenblatt w duchu zasady, że ustawa karna wstecz nie działa. Por. tego autora wydanie Ust. karnej ad art. IX. Pat. wprow. Trafne stanowisko u Janki (1894, str. 31) i Fingera (I, str. 116).

254. Wypada jeszcze poruszyć kwestyę, czy do winowajcy może kiedykolwiek znaleść zastosowanie ustawa karna, która obowiązywała w czasie między popełnieniem

zarzuconego mu przestępstwa, a jego osądzeniem. Ze względów zasadniczych oczywiście podobna ustawa pośrednia nie może mieć żadnego tytułu do tego, aby, już po jej uchyleniu, sędzia miał brać ją za podstawę do wyrokowania w przedmiocie przestępstwa, które znów zostało popełnione w czasie, gdy ona jeszcze nie obowiązywała. Żaden bowiem węzeł prawny nie łączy jej ani z odnośnem przestępstwem, ani z zapadnięciem w jego sprawie orzeczenia sądowego. Pomimo to jednak, według niektórych autorów, słuszność przemawiałaby za tem, aby taką ustawę pośrednią stosować do sprawcy w razie, gdyby miała być dla niego korzystniejszą tak od poprzedniej, jak od następnej ustawy, a to z uwagi na to, że przestępstwo jego tylko przypadkowo nie doszło do osądzenia za jej rządów[1]. Pogląd ten dostał się też do kod. karn. niemieckiego (§ 3, al. 2). Teorya ta niewątpliwie idzie zbyt daleko w uwzględnianiu interesu przestępcy. Interes ten może być brany w rachubę przez prawo karne tylko o tyle, o ile znajdzie się w zgodzie z jakiemś prawem podmiotowem przestępcy (na tem opiera się zasada »*lex retro non agit*« — por. nr. 250, 252) lub państwa (wyjątkowa moc wsteczna ustawy łagodniejszej — nr. 251). W zakwestyonowanym zaś tutaj przypadku zachodziłaby tylko zgodność interesu przestępcy z ustawą, z której prawo podmiotowe dla nikogo wysnute być nie może, a więc interes ten, niejako sam przez się, urósłby do znaczenia czynnika, normującego władzę karzącą państwa.

Kodeks austryacki nie zawiera specyalnych postanowień odnośnie do ustaw karnych pośrednich. Ponieważ jednak uznaje on w zasadzie moc wsteczną ustawy karnej, a każe od niej odstępować tylko na rzecz dawnego łagodniejszego prawa, przeto z jego stanowiska sędzia musiałby przedewszystkiem stosować łagodniejszą ustawę pośrednią, a tej odmówić mocy wstecznej tylko wtedy, gdyby ustawa z czasu dokonania przestępstwa miała okazać się jeszcze korzystniejszą dla winowajcy.

[1] Hugo Meyer: *Lehrb.* § 18 (str. 96 wyd. III; str. 151 wyd. IV). Przeciwko temu stanowisku patrz: Berner: *Wirkungskreis*, str. 54. Seeger: *Rückwirkende Kraft neuer Strafg.* str. 124.

255. Z tego, że zakres działania ustawy karnej musi być zawsze ograniczony co do czasu, czerpią szczególną doniosłość pytania: 1) kiedy zaczyna się i 2) kiedy gaśnie moc obowiązująca ustawy karnej.

Obie te kwestye rozstrzygają się według przepisów, wspólnych dla wszystkich ustaw. Pierwszą z nich normuje w Austryi ustawa z dnia 10 czerwca 1869 (Dz. u. p. 113). W myśl jej § 6, jeżeli ustawodawca nie oznaczył wyraźnie innego terminu[1], to każda ustawa, uchwalona przez Radę państwa, ma otrzymywać moc obowiązującą z początkiem czterdziestego piątego dnia po jej publikacyi. Za dzień zaś publikacyi takiej ustawy uważać należy dzień wyjścia i rozesłania odnośnego zeszytu wydania niemieckiego »Dziennika ustaw państwa«, a mianowicie tego, który tekst jej zawiera (§ 5)[2]. Co do ustaw krajowych, to w myśl Rozp. Ces. z 17 lutego 1863 (Dz. u. p. 19) mają one, o ile nie ma w nich pod tym względem innego postanowienia, obowiązywać z początkiem piętnastego dnia po wyjściu i rozesłaniu odnośnego zeszytu »Dziennika ustaw i rozporządzeń krajowych«.

W przedmiocie drugiej kwestyi trzeba zaznaczyć, że, według zasady powszechnie przyjętej, każda ustawa, raz otrzymawszy moc obowiązującą, panuje dopóty, dopóki ustawodawca jej nie uchyli. To zaś może nastąpić w sposób wyraźny lub domniemany. Uchylenie domniemane danej ustawy będzie miało miejsce w przypadku wydania nowej ustawy, sprzeciwiającej się pierwszej całkowicie lub częściowo. W pierwszym razie dawna ustawa traci moc obowiązującą ze względu na wszystkie swoje przepisy, w drugim — tylko ze względu na te swoje postanowienia, które znajdą się w niezgodzie z nową ustawą. *Lex posterior derogat priori.* W żadnym przypadku ustawa nie

może wygasnąć wskutek t. zw. *desuetudo* t. j. przez wyjście ze zwyczaju[3].

[1] Tak np. kod. k. powsz. zaczął obowiązywać z dniem 1 września 1852 (art. I, Pat. wprow.), ustawy zaś z 7 kwietnia 1870 r. przeciwko nadużyciom przy zmowach ekonom. (dz. u. p. 43), tudzież z 11 kwietnia 1889 (Dz. u. p. 41) o służbie wojsk.—z dniem ich publikacyi. Najświeższa ustawa z 9 kwietnia 1910 (Dz. u. p. 73) oznaczyła swoje wejście w moc z początkiem piętnastego dnia od publikacyi.

[2] Co do autentyczności tekstu niem. kod. k. powsz. patrz wyżej nr. 134.

[3] Kod. cyw. § 9.

2. Co do miejsca.

§ 56.

526. Obręb geograficzny, w którym ma obowiązywać ustawa karna, w zasadzie nie może przekraczać granic terytoryalnych państwa, które ją wydało. Tylko wyjątkowo, na mocy szczególnych umów międzynarodowych, może być wolno danemu państwu sprawować jurysdykcyę karną na terytoryum obcego państwa, a wtedy oczywiście i jego ustawy karne tamże będą musiały być stosowane. Takie wyjątkowe prawo służy mianowicie Austryi w granicach Turcyi, tudzież niektórych państw dalekiego Wschodu (Persya, Chiny, Siam, Korea) i Afryki (Maroko, Zanzibar), gdzie tworzy podstawę orzecznictwa sądów konsularnych w odniesieniu do poddanych austryackich i do cudzoziemców, pod opieką Austro-Węgier pozostających *(Schutzgenossen)*[1].

Również pewnego rozszerzenia obrębu terytoryalnego doznaje zakres działania ustaw danego państwa z tego jeszcze powodu, że, według powszechnie uświęconych zasad prawa międzynarodowego, za terytoryum państwa uchodzą też jego okręty wojenne tudzież, na pełnem morzu pod jego flagą żeglujące okręty handlowe[2]. Przestępstwo, popełnione na ich pokładzie, bywa tak traktowane, jakgdyby popełnione zostało w granicach terytoryalnych odnośnego państwa.

Wiadomo, że Austro-Węgry przedstawiają na zewnątrz jedno państwo, które posiada wspólną marynarkę wojenną, tudzież, że w myśl istniejącego celnego i handlowego związku między Austryą, reprezentowaną w Radzie Państwa, a krajami korony Węgierskiej, okręty handlowe tak Przed- jak i Translitawii używać mają jednakowej flagi o barwach i herbach obu połów wspólnej monarchii. Rodzi się więc pytanie, czyje terytoryum reprezentować mają pokłady owych okrętów w razie popełnienia na nich przestępstwa. Kwestyę tę przyjęto rozstrzygać co do okrętów wojennych na podstawie narodowości sprawcy, a co do okrętów handlowych na podstawie przynależności ich portu ojczystego *(Heimatshafen)*.

[1] Normy co do wykonywania jurysdykcyi konsularnej podaje ustawa z 30 sierpnia 1891 (dz. u. p. 136). Z literatury, dotyczącej tej kwestyi patrz: Malfatti di Monte Tretto: *Hand. des österr.-ung. Konsularwesens* 1879 *(Supplement* 1883). Vesque v. Püttlingen: *Handb. des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts.* 1878 (2 wyd.). Jettel: *Handb. des inter. Priv. und Strafrechts mit Rücksicht auf die Gesetzgebung Oesterr. Ung. Kroatiens u. Bosniens.* 1893. Strisover: *Konsulargerichtsbarkeit (MischlerUlbrich: Oesterr. Staatswörterbuch).*

[2] *Editto politico di navigazione.* 1774. Art. II, § 39. Patrz Rostworowski: *Jurysdykcya karna na okrętach handlowych w portach zagranicznych.* 1895.

257. Ustawa karna powszechna z 27 maja 1852 obowiązywać miała w myśl. art. I. Pat. wprow. w obrębie całej Austryi, z wyjątkiem Pogranicza Wojskowego, które podlegać miało ustawom karnym wojskowym. Od wydania jednak Dyplomu Ces. z 20 października 1860 zakres działania tego kodeksu musiał zamknąć się w ciaśniejszej przestrzeni geograficznej, a mianowicie w ramach królestw i krajów, reprezentowanych w Radzie państwa austryac-

kiej[1]. Odtąd tylko powyższą przestrzeń uważać należy za obręb terytoryalny zakresu działania tak kodeksu karnego z r. 1852, jak wogóle wszystkich ustaw austryackich, uchwalonych przez obie izby Rady Państwa i ogłoszonych w »Dzienniku ustaw państwa«, chyba, że wyraźnie która z nich miałaby sobie wyznaczone ciaśniejsze granice (§ 3 ust. z 10 czerwca 1869. Dz. u. p. 113). Tak mianowicie ustawy z 19 lipca 1877 przeciwko lichwie (Dz. u. p. 66) i opilstwu (Dz. u. p. 67) wydane zostały tylko dla Galicyi i Bukowiny[2].

Kraje korony Węgierskiej stanowią, z punktu widzenia ustaw karnych austryackich, terytoryum zagraniczne, a poddani węgierscy uchodzą w Austryi za cudzoziemców, wszakże tylko w odniesieniu do rządu węgierskiego. W stosunku do innych państw są oni traktowani w Austryi na równi z krajowcami i wskutek tego i do nich mają znajdować zastosowanie §§ 36 i 235 k. k., w myśl których krajowiec nie może być nigdy wydany obcemu państwu do ukarania[3]. Tłómaczy się to tem, że na zewnątrz Austro-Węgry występują jako jedno państwo.

[1] Por. wyżej nr. 133, dop. 2.

[2] Ustawę przeciwko lichwie z 19 lipca 1877 uchyliła późniejsza ustawa o nierzet. postępow. w interesach kredyt. z 28 maja 1881 (dz. u. p. 47), wydana dla całej Austryi, reprezentowanej w Radzie Państwa.

[3] Por. § 13 kod. k. węg., § 75 kod. k. bośniackiego, a także rozp. min. sprawiedl. z 28 stycznia 1877, l. 966.

3. Co do osób.

§ 57.

258. Teoretycznie zakres działania ustawy karnej co do osób oznaczać można w duchu czterech różnych zasad, któremi są:

1. Zasada represyi wszechświatowej (*Universal- oder Weltstrafrechtsprinzip*). Żąda ona, aby każde

przestępstwo, gdziekolwiek i przez kogokolwiek popełnione, podlegało ustawie karnej tego państwa, gdzie jego sprawca przebywa, jeżeli tylko nie poniósł on jeszcze za nie gdziekolwiekindziej bądź żadnej, bądź dostatecznej kary. Zasadzie tej należy uczynić ten zarzut, że z jej stanowiska każdy człowiek musiałby niejako uważać się za poddanego każdego państwa i poczuwać się do obowiązku przestrzegania wszystkich, za granicami jego kraju obowiązujących ustaw. W myśl tej zasady np. muzułmanin, posiadający w Turcyi kilka żon, byłby narażony w Austryi na proces karny o dwużeństwo.

2. Zasada terytoryalności (*Territorialprinzip*). Domaga się ona, aby władzy karzącej państwa podlegały tylko przestępstwa, popełnione w jego granicach, całkiem już niezależnie od tego, kto stał się ich sprawcą lub ofiarą. Bezwzględne przeprowadzenie tej zasady miałoby tę niedogodność, że pozbawiałoby państwo samodzielnej jurysdykcyi względem własnych poddanych za przestępstwa, popełnione zagranicą i czyniłoby koniecznem wydanie ich obcemu rządowi.

3. Zasada narodowości osobowej lub podmiotowej (*Personalitätsprinzip — Prinzip der aktiven Nationalität*). Według niej władza karząca państwa rozciągać się powinna tylko na krajowców, bez względu na pytanie, gdzie i na czyją szkodę popełnono przestępstwo. W swojem zastosowaniu praktycznem ta zasada musiałaby pozbawiać państwo własnych środków obrony przeciwko przestępstwom, popełnianym na jego terytoryum przez obcokrajowców, zniewalając je do szukania przeciwko nim pomocy obcego rządu i do zdawania się pod tym względem poniekąd na jego dobrą wolę.

4. Zasada narodowości rzeczowej lub przedmiotowej (*Realprinzip — Prinzip der passiven Nationalität*). Wychodzi ona z tego założenia, że swoje ustawy karne państwo stosować powinno tylko do przestępstw, skierowanych przeciwko niemu lub jego obywatelom, nie-

zależnie od narodowości ich sprawców i od miejsca ich popełnienia [1]. Założenie to uznać należy za całkiem fałszywe. Sprzeciwia się ono bowiem zarówno obowiązkom, jak dobrze zrozumianemu interesowi każdego państwa. Z jednej strony mianowicie i cudzoziemcy, przebywający na terytoryum danego państwa, mają tytuł do korzystania z opieki jego ustaw i sądów; z drugiej zaś — pozostawianie przez państwo bez kary przestępstw, popełnianych w jego granicach przeciwko cudzoziemcom, musiałoby oddziaływać demoralizująco na krajowców.

[1] Finger (I, str. 123, dop. 91) odróżnia jeszcze zasadę narodowości przedmiotowej na terytoryalnej i na podmiotowej podstawie, stosownie do tego, czy państwo ma ścigać przestępstwa o tyle, o ile ich skutki szkodliwe przejawiają się na jego terytoryum, czy też, o ile nadwerężają one dobro prawne, należące do państwa lub jego obywateli. Wyraz pierwszego kierunku widzi ten autor w § 21 kod. karn. dla Gal. zach. z r. 1796, a jako przykład drugiego — cytuje on §§ 32—34 kod. k. z r. 1803 podobne do §§ 38—40 kod. obow.

259. Ustawy pozytywne liczą się z tym faktem, że żadnej z czterech, rozebranych wyżej, zasad nie możnaby bez widocznych niedogodności przeprowadzać bezwzględnie. Ich system opiera się też przeważnie na stosowaniu w pewnej mierze każdej z tych zasad, celem wytworzenia z ich kombinacyi gruntu, któryby pozwolił państwu, bez utraty korzyści, wypływających z zasady terytoryalności, zapewnić sobie możność samodzielnego ścigania niektórych przestępstw, popełnionych zagranicą, czy to przez krajowców, czy też nawet przez cudzoziemców.

Z uwagi na to, chcąc poznać dokładniej przepisy kodeksu karnego austryackiego w przedmiocie jego zakresu działania co do osób, musimy przedewszystkiem odróżnić dwie następujące kategorye przypadków: *A)* Przestępstwa popełnione w kraju; *B)* Przestępstwa popełnione zagranicą.

A. Przestępstwa popełnione w kraju.

§ 58.

260. Kodeks wyznaje co do nich zasadę terytoryalności (§§ 37, 234, al. 1), którą odnośnie do występków i przekroczeń tem motywuje, że cudzoziemcy, przebywający w Austryi, mają obowiązek obeznawania się z przepisami powszechnemi, dotyczącemi bezpieczeństwa i porządku publicznego, a jeżeli poświęcają się jakiemuś zatrudnieniu — to z temi rozporządzeniami szczególnemi, które się do niego odnoszą (§ 236, al. 1).

Tylko wyjątkowo, na mocy osobnych postanowień prawa, względnie umów międzynarodowych, wyjęte są w Austryi z pod terytoryalnego zakresu działania tak kodeksu karnego, jak innych uzupełniających ustaw karnych powszechnych, pewne ściśle oznaczone kategorye krajowców i cudzoziemców.

261. Osoby, wyjęte z pod zakresu działania ustaw karnych powszechnych. Osoby te podzielić należy na dwie główne kategorye odpowiednio do tego, czy 1) nie podlegają całkiem władzy karzącej państwa austryackiego, czy też 2) nie znajdują się w Austryi pod panowaniem ustaw karnych powszechnych.

1. Pierwsza kategorya obejmuje:

a) Cesarza, którego osoba jest w myśl art. I. ustawy zasadniczej państwa o pełnieniu władzy rządowej i wykonawczej z d. 21 grudnia 1867 (dz. u. p. 145) uświęcona, nietykalna i nieodpowiedzialna.

b) Cudzoziemców, posiadających na mocy prawa międzynarodowego t. zw. przywilej zakrajówości, w myśl którego, w razie popełnienia przez nich przestępstwa w Austryi, władze tutejsze ograniczyć się mają do zarządzeń, skierowanych ku zapobieżeniu ucieczce winowajcy, tudzież do poczynienia za pośrednictwem Najwyższego Urzędu Marszałkowskiego odpowiednich starań, aby władza za-

graniczna, której podlega obwiniony, dostała go w swoje ręce. Powyższy przywilej posiadają w Austryi naczelnicy obcych państw, oraz posłowie zagraniczni, uwierzytelnieni przy dworze austryacko-węgierskim i wszyscy członkowie składu urzędowego odnośnych poselstw. Oprócz tego przywilej ten ma służyć także domownikom i sługom wymienionych wyżej posłów, tudzież przebywających w Austryi naczelników obcych państw, ale już tylko o tyle, o ile byliby oni także poddanymi tego państwa, do którego odnośny poseł lub panujący należy (§ 61 proc. k.)[1].

Konsulowie obcych państw nie mają sobie przyznanego w zasadzie żadnego wyjęcia z pod panowania ustaw karnych austryackich[2]. Wszakże na mocy osobnych konwencyj, zawartych przez Austro-Węgry z bardzo licznemi państwami zagranicznemi, członkowie ich konsulatów (konsulowie jeneralni, konsulowie, wicekonsulowie i ajenci konsularni), jeżeli są poddanymi państwa, któremu służą, nie mają podlegać ustawom karnym austryackim za popełnione przez nich tutaj przestępstwa, ale tylko o tyle, o ile te ostatnie nie stanowiłyby zbrodni według prawa austryackiego. Exempcya ich więc odnosi się wyłącznie do występków i przekroczeń[3].

[1] Por. mój Wykład proc. k. str. 147, 148 (1910).

[2] Patrz Dekret Kanc. Nadw. z 24 września 1817, l. 1373 zbioru ust. sąd. tudzież art. 11 konwencyi z Niderlandami z 15 maja 1856 (dz. u. p. l. 120).

[3] Wyliczenie tego rodzaju konwencyi znaleść można w każdem lepszem wydaniu ustawy o postęp. karn. z 1873 r., ad § 61 (np. w wyd. Manza), także u Fingera, I, str. 340. Patrz także Strisower: *Konsularverträge* (*Oesterr. Staatswörterbuch*).

262. 1) Do drugiej kategoryi osób, wyjętych w Austryi z pod zakresu działania ustaw karnych powszechnych należą:

a) Osoby, podlegające sądom karnym wojskowym i osobnym przepisom ustaw karnych wojskowych (art. I Pat. wprow.)[1].

b) Więźniowie kryminalni, osadzeni w zakładach karnych lub poprawczych, znajdujących się pod dozorem i kierownictwem władz politycznych krajowych, za występki i przekroczenia, popełnione w zakładzie. W przypadkach tych bowiem mają być oni sądzeni według osobnych przepisów dyscyplinarnych, podczas gdy, w razie popełnienia przez nich zbrodni, stosować do nich należy ogólne postanowienia ustawy karnej powszechnej (§ 2 rozp. min. spraw wewn. z 4 lipca 1860 r. Dz. u. p. 173).

c) Cudzoziemcy, którzy na mocy szczególnych umów międzynarodowych, nawet w razie popełnienia niektórych przestępstw w Austryi, mają być wydawani do ukarania rządowi państwa, do którego należą. Wynika to z § 37 k. k., który, uświęcając zasadę terytoryalności odnośnie do przestępstw, popełnionych w Austryi przez cudzoziemców, przytacza w nawiasie § 41, który stanowi, że, jeżeli pod względem wzajemnego wydawania zbrodniarzy istnieją osobne traktaty z obcemi państwami, to wtedy według tych traktatów postępować należy[3].

[1] Osoby te obowiązuje, jak wiadomo, osobny kodeks karny wojskowy z 15 stycznia 1855 (dz. u. p. 19). Patrz co do tych osób ust. z 20 maja 1869 (dz. u. p. 78) o zakresie działania sądów wojsk. z nowelą z 11 czerwca 1884 (dz. u. p. 98); ust. z 2 kwietnia 1885 (dz. u. p. 93) o wykonywaniu władzy sąd. nad obroną krajową; ust. z 6 czerwca 1886 (dz. u. p. 90) o pospolitem ruszeniu; ust. z 25 grudnia 1894 (dz. u. p. l. 1, ex 1895) o żandarmeryi. — Do tej kategoryi należą także osoby stanu cywilnego za popełnienie w czasie wojennym zbrodni szpiegostwa z § 67 k. k., nieuprawnionego werbunku z § 92 k. k. i uwiedzenia żołnierza do złamania przysięgi wojskowej, względnie dania mu pomocy do zbrodni wojskowej z § 222 k. k, W myśl §§ 67, 92 i 122 k. k. za zbrodnie powyższe osoby stanu cywilnego miały zawsze podlegać kodeksowi wojskowemu. Ograniczenie tego przepisu do czasu wojennego wprowadził dopiero § 7 ustawy z 20 maja 1869. Bliższe szczegóły patrz w moim Wykładzie proc. karn. str. 92—95.

[2] Powszechnie (Herbst: *Handbuch*, I, str. 30; Janka: str. 38) wymieniają tu jeszcze:

a) Posłów na sejmy i do rady państwa (ust. z dnia 3 paźdz. 1861, l. 98, Dz. u. p. i ust. z 21 grudnia 1867, l. 141, Dz. u. p.),

członków delegacyi (ust. z 21 grudnia 1867, l. 146, Dz. u. p.) i komisyi kontrolującej długi państwa (ustawy z 10 czerwca 1868 r., l. 53 i 54 Dz. u. p.), które to osoby za głosowania podczas wykonywania swoich funkcyj urzędowych nie mogą być nigdy karane, a za swoje, do funkcyj tych odnoszące się, wynurzenia mogą odpowiadać tylko wobec Izby, do której należą;

b) osoby, nie mające być pociągane do żadnej odpowiedzialności (w myśl. § 28 ust. pras. z 17 gr. 1862), za prawdziwe, aczkolwiek karygodne co do treści doniesienia o jawnych rozprawach rady państwa lub sejmów krajowych.

Według nas jednak obie, podane wyżej, kategorye osób nie mają nic wspólnego z kwestyą, rozbieraną w tekście. Tu bowiem ma miejsce zniesienie w myśl *legis specialis* karygodności niektórych czynów, uznanych wogóle za przestępstwa, nie zaś wykluczenie pewnych osób z pod zakresu działania ustawy karnej powszechnej. Por. wyżej nr. 211, b), dop. 4, tudzież moją rozprawę: *Nietykalność poselska i prawo karne* (Lwów, Przegląd pr. i admin. 1898).

[3] Podobne umowy np., zawarła była Austrya w r. 1834 z Prusami i Rosyą, a w r. 1836 z Niemcami co do zbrodni politycznych przeciwko tym państwom. Tu także należałaby umowa ze Szwajcaryą z r. 1855 co do przestępstwa, które Szwajcar, odstawiony przez swój rząd do Austryi w charakterze świadka, popełniłby w czasie swego przymusowego pobytu w Austryi, względnie co do jego udziału w przestępstwie, w przedmiocie którego wezwano go na świadka. Por. Herbst: *Handb.* ad § 37, l. 4. — Oprócz tego osobne konwencye zawarła Austrya z niektóremi państwami ościennemi co do przestępstw, popełnionych na pewnej przestrzeni pogranicznej przez osoby, należące do służby kolejowej lub przez robotników, pracujących przy budowie kolei. Patrz co do nich dopiski do § 37 k. k. wyd. polsk. Himmelblaua i niem. Manza.

B. Przestępstwa popełnione zagranicą.

§ 59.

263. Kodeks przeprowadza co do nich różnicę między popełnieniem tych przestępstw 1) przez krajowców, a 2) przez cudzoziemców.

1. Odnośnie do krajowców kodeks wyznaje zasadę narodowości podmiotowej zarówno co do zbrodni (§ 36), jak co do występków i przekroczeń (§ 235).

W sprawach o zbrodnie jednak kodeks o wiele bezwzględniej przestrzega wymienionej wyżej zasady, niż w odniesieniu do występków i przekroczeń. W sprawach bowiem pierwszego rodzaju niema uwalniać winowajcy od odpowiedzialności karnej w Austryi okoliczność, że za tę samą zbrodnię był już on sądzony zagranicą, względnie nawet odcierpiał za nią tamże karę [1]. Kodeks na ten ostatni przypadek przepisuje tylko, aby sędzia austryacki karę, już odcierpianą przez zbrodniarza zagranicą wliczył do tej, na którą uzna za właściwe go skazać według tutejszych ustaw karnych (§ 36, al. 2). W sprawach zaś o występki i przekroczenia, popełnione przez krajowca zagranicą, tenże ma za nie odpowiadać w Austryi tylko o tyle, o ile z ich tytułu nie załatwił jeszcze wszystkich rachunków z władzą karzącą państwa *delicti commissi* t. j. bądź nie odcierpiał jeszcze nałożonej na niego w tem państwie kary, bądź nie został jeszcze od niej tamże prawnie uwolniony np. w drodze ułaskawienia lub przedawnienia (§ 235, al. 2).

[1] Nawet ułaskawienie, otrzymane zagranicą, nie uwolni krajowca w Austryi od kary za zbrodnię. Wyjątek stanowiłoby ułaskawienie w krajach korony Węgierskiej.

264. Wątpliwą jest kwestya, o ile warunkiem pociągania w Austryi krajowca do odpowiedzialności karnej za przestępstwo, popełnione zagranicą, ma być okoliczność, iżby to ostatnie i w państwie, gdzie je popełniono, było uznane za czyn karygodny lub przynajmniej przez prawo zabroniony. Kod. k. austryacki, stanowiąc o odpowiedzialności karnej krajowców za przestępstwa, popełnione zagranicą, oświadcza wyraźnie tak w § 36 al. 1, jak w § 235, al. 1, że odpowiedzialność ta nie ma zależeć od ustaw kraju *delicti commissi*. Finger jest zdania, że kodeks miał tu na myśli tylko ustawy karne tego kraju i chciał

zaznaczyć, że odmienne przepisy tych ustaw nie mogą w podobnych przypadkach stać się dla sędziego austryackiego przeszkodą, do postępowania z krajowcem według tutejszego prawa. Niewątpliwie jednak ustawodawca austryacki musiał liczyć się z tą okolicznością, że byłoby rzeczą wielce niesprawiedliwą, gdyby odnośnie do przestępstw, popełnionych zagranicą, miał w zasadzie traktować surowiej krajowców niż cudzoziemców (§§ 39, 40; por. wyżej nr. 242, l. 1). Z uwagi na to Finger utrzymuje, że co do występków i przekroczeń, popełnionych zagranicą, to za nie odpowiedzialność karna krajowca w Austryi ma już w myśl zastrzeżeń, zawartych w § 235 k. k., zależeć zawsze od tego warunku, aby odnośny czyn stanowił także jakiekolwiek przestępstwo w państwie, gdzie go popełniono. Co do zbrodni zaś, to wprawdzie brak podobnych zastrzeżeń w § 36 utrudnia jego interpretacyę w duchu poglądu Fingera. Wszakże stanowisko, które kodeks co do zbrodni, nie naruszających interesów austryackich z § 38, zajął w §§ 39 i 40 na przypadek, gdyby je cudzoziemiec popełnił zagranicą, ma według tego autora upoważniać nas do wniosku, że kodeks nasz, o ile nie szłoby o zbrodnię na niekorzyść państwa austryackiego lub poddanych austryackich, nie mógł w żaden sposób chcieć krajowców traktować gorzej niż cudzoziemców. Przypuśćmy np., że w Niemczech poddany austryacki w drodze wyższej konieczności spełni na szkodę poddanego niemieckiego lub francuskiego czyn, uznany w Austryi za zbrodnię i niedający się zasłonić przymusem nieodpornym z § 2 lit. g. k. k. (por. wyżej nr. 230). Gdyby czyn taki spełnił jakikolwiek cudzoziemiec, to, w myśl §§ 39 i 40, nie potrzebowałby on z tego tytułu obawiać się w Austryi żadnej odpowiedzialności karnej. Byłoby rzeczą całkiem nieusprawiedliwioną, gdyby w podobnym przypadku musiał krajowca spotkać gorszy los po jego powrocie do Austryi[1].

Aczkolwiek *de lege ferenda* należałoby przyznać słuszność poglądowi Fingera, to jednakże nie sądzimy, aby znajdował się on w zgodzie z tak wyraźnie przez nasz kodeks karny wyznawaną zasadą narodowości podmiotowej. W myśl tej zasady bowiem, poddany austryacki ma nałożony na siebie obowiązek przestrzegania wszędzie ustaw swego państwa i, jeżeli wskutek tego, w razie popełnienia zagranicą przestępstwa, musiałby w niejednym przypadku być traktowany w Austryi mniej korzystnie niż cudzoziemiec; to trzebaby w tem widzieć tylko konsekwencyę tych ściślejszych węzłów prawnych, które łączą osobę krajowca z państwem jego przynależności politycznej. Zresztą porównajmy tylko § 234, al. 2, z § 235, al. 1, a przekonamy się, że, zgodnie z całkiem jasno sformułowaną wolą ustawodawcy, za popełnienie zagranicą występku lub przekroczenia, krajowiec ma być karany w Austryi, podczas, gdy cudzoziemiec ma być u nas wolny od odpowiedzialności karnej[2].

[1] Finger: str. 131.

[2] Janka: (*Oesterr. Strafr.* § 21) nie porusza wcale tej kontrowersyi, a Lammasch (*Grundriss*, § 7) rozstrzyga ją w duchu naszego poglądu, ale bez umotywowania.

265. 2) Odnośnie do przestępstw, popełnionych zagranicą przez cudzoziemców kodeks nie przestrzega jednolitej zasady, lecz traktowanie ich czyni zawisłem od ich rodzaju. Pod tym względem mianowicie, należy w myśl prawa austryackiego odróżnić trzy następujące kategorye przestępstw:

a) Zdradę główną przeciwko państwu austryackiemu z § 58[1] i fałszowanie publicznych papierów kredytowych lub monet *austryackich* z §§ 106—121 k. k.[2] Tu kodeks rządzi się zasadą narodowości przedmiotowej i stanowi, że cudzoziemiec, w razie popełnienia jednej z tych zbrodni zagranicą, ma być traktowany w Austryi narówni z krajowcem (§ 38).

b) Wszystkie inne zbrodnie, przewidziane tutejszemi ustawami karnemi (§§ 39, 40, 41). Ze względu na nie, kodeks wyznaje z pewnemi zastrzeżeniami zasadę represyi wszechświatowej. Żąda on bowiem, aby sądy tutejsze przedewszystkiem poczyniły odpowiednie kroki, celem wydania odnośnego cudzoziemca władzom państwa, gdzie popełnił zbrodnię (§ 39). Gdyby jednak władze te miały odmówić przyjęcia oskarżonego, to należałoby pociągnąć go w Austryi do odpowiedzialności sądowej i to zwyczajnie według tutejszych ustaw karnych, a tylko wtedy według ustaw karnych państwa, gdzie popełniono zbrodnię, gdyby miały one okazać się łagodniejszemi dla oskarżonego (§ 40 k. k.; patrz wyżej nr. 242, l. 1)[3]. O przepisach, przytoczonych wyżej, to jeszcze trzeba nadmienić, że kodeks każe ich przestrzegać tylko o tyle, o ile w danym przypadku nie należałoby inaczej postąpić w myśl osobnych konwencyj, zawartych z obcemi państwami w przedmiocie wzajemnego wydawania zbrodniarzy (§ 41).

c) Występki i przekroczenia (§ 234. al. 2). W ogóle kodeks kieruje się tutaj zasadą terytoryalności i nie chce wdawać się w żadne kroki represyjne przeciwko cudzoziemcowi, któryby dopuścił się zagranicą czynu, uznanego w Austryi za występek lub przekroczenie. W tym przypadku mianowicie ma on być wolny w Austryi i od kary i od ekstradycyi. Wyjątkiem od tej reguły jest stanowisko kodeksu austryackiego wobec występku z § 295, polegającego na przedsiębraniu zagranicą przez cudzoziemca starań, w kierunku założenia w Austryi tajnego stowarzyszenia lub celem werbowania do niego członków. Tu kodeks nasz musiał stanąć na gruncie zasady narodowości przedmiotowej i domagać się ukarania takiego cudzoziemca.

[1] Nie należą tutaj przypadki współwiny w zdradzie głównej z §§ 60, (zaniechanie przeszkodzenia) i 61, (zaniechanie doniesienia).

[2] Nie należałoby tu więc fałszowanie publ. papierów kred. lub monet zagranicznych z §§ 106—121 kod. k. Por. Herbst: *Handb.* ad. § 38, lit. b.

[3] Ustawa nic nie mówi, jak należałoby postąpić wtedy, gdyby rząd austr. nie chciał wydać oskarżonego państwu obcemu. Sądzę, że w drodze analogii trzebaby i w tym przypadku ukarać cudzoziemca w Austryi w sposób przepisany w § 40 kod. kar. W praktyce jednak utarła się reguła, aby w takich przypadkach nie pociągać cudzoziemca do odpowiedzialności karnej.

266. Konwencye ekstradycyjne[1]. W myśl § 41 k. k. umowy, zawarte z obcemi państwami co do wzajemnego wydawania przestępców, mają sobie przyznaną moc uchylania przepisów, podanych w §§ 37. 39 i 40 co do przestępstw, popełnionych przez cudzoziemców, tak w Austryi, jak zagranicą (patrz wyżej nr. 262 *c*, i 265). Umowy takie istnieją nie od dzisiaj między wszystkiemi państwami świata cywilizowanego i mają na celu, zapewnianie każdemu z państw które je zawierają, pomocy ze strony współkontrahenta w ważnej kwestyi, dostania w swoje ręce przestępcy, celem pociągnięcia go do kary. Ustaliły się w prawie międzynarodowem, co do wzajemnego wydawania przestępców, pewne zasady, na których też opierają się wspomniane wyżej konwencye.

Najważniejsze z tych zasad są następujące:

a) Państwa, z wyjątkiem Anglii i Stanów Zjednoczonych Północnej Ameryki, nie wydają za żadne przestępstwa obcemu rządowi swoich własnych poddanych (§§ 36, 235 k. k.)[2].

b) Przestępstwa, z powodu których ma nastąpić ekstradycya cudzoziemca, bywają oznaczane w odnośnych umowach nie przykładowo, lecz wyczerpująco. Należą tu zwyczajnie tylko cięższe przestępstwa pospolite (zbrodnie) i to o tyle, o ile są za takie uznawane przez obie strony kontraktujące i nie są wyłącznie lub przeważnie skierowane przeciwko interesom prawnym państwa, wezwanego o ekstradycyę. Zgodnie z pierwszym warunkiem ekstra-

dycya musiałaby być wykluczona w przypadkach, wygaśnięcia po stronie jednego lub drugiego z państw kontraktujących prawa karnego podmiotowego w odniesieniu do popełnionej zbrodni (przedawnienie, czynny żal, prawomocne zaniechanie śledztwa, lub prawomocny wyrok uwalniający).

c) Przestępstwa polityczne nie dają tytułu do ekstradycyi. Aczkolwiek określenia przestępstw politycznych nie znajdujemy w żadnym z traktatów, dotyczących wydawania przestępców; to jednak, według powszechnie ustalonego poglądu, przyjęto uważać za polityczne, w rozumieniu powyższych traktatów, przestępstwa, skierowane przeciwko stanowi i bezpieczeństwu państwa, jego naczelnikowi, tudzież prawom politycznym jego obywateli. Brak jednozgodności między rządami występuje tylko w odniesieniu do zamachów na życie naczelnika państwa lub członków jego rodziny. Według tak zwanej klauzuli belgijskiej, do której powodem stała się w r. 1854 usiłowana zbrodnia wysadzenia w powietrze, zapomocą machiny piekielnej, pociągu kolejowego, którym jechał Napoleon III, zamachom, podchodzącym pod pojęcie morderstwa, skrytobójstwa lub trucicielstwa, odmawiać należy bezwarunkowo charakteru zbrodni politycznych. Klauzula ta weszła wprawdzie do bardzo wielu konwencyj ekstradycyjnych, wszakże dotąd Anglia, Włochy i Szwajcarya nie okazują skłonności do jej przyjęcia[3].

[1] Prócz wymienionych w dop. 1 do nr. 249 dzieł Lammascha, Martitza i Roszkowskiego, tudzież literatury podanej w dop. 1 do nr. 256, patrz Frank: *Der Kampf um ein deutsches Auslieferungsgesetz,* 1905.

[2] Decydujące znaczenie ma tu tylko przynależność polityczna danego oskarżonego nie w chwili, gdy dopuścił się przestępstwa, lecz w czasie, gdy żądają jego wydania. Por. Lammasch: *Grundriss*, str. 18.

Za zasadą wydawania przez państwo własnych poddanych oświadczają się Holtzendorff, Lammasch, Zucker; przeciwko Berner, Bar, Binding, Hugo Meyer, Heinze, Ullmann, Martitz. Bliższe szczegóły patrz u Fingera str. 133.

[3] Co do konwencyj ekstradycyjnych między Austryą a obcemi państwami, to wylicza je Finger, str. 136, a także znaleść je można w każdem wydaniu kod. karn. w dop. do § 41. Co do pojęcia przestępstw politycznych patrz Löwenfeld w Czasop. Liszta, t. V, 1885, str. 46–114.

VI. O wykładaniu ustawy karnej[1].

§ 46.

267. Wykładaniem ustawy nazywa się działalność umysłowa, skierowana ku zrozumieniu jej rzeczywistego znaczenia. Rzeczywistem zaś jest tylko to znaczenie ustawy, które odpowiada jej tekstowi, jako przejawowi woli ustawodawcy.

Otóż może łatwo się zdarzyć, że tekst, rozumiany dosłownie okaże się niejasnym (wieloznacznym) lub nietrafnym wyrazem woli ustawodawcy. W przypadkach tych trzeba będzie w drodze t. zw. tłómaczenia czyli interpretacyi ustawy *(Auslegung)* dotrzeć do wyśledzenia właściwego znaczenia jej tekstu, a mianowicie tego które pozwoli nam tekst jej uważać za rzeczywisty przejaw woli ustawodawcy.

Możliwe są także przypadki, w których wola ustawodawcy, wyrażona całkiem jasno w tekście, nie znalazła w nim jednak zupełnego przejawu t. j. takiego, któryby pozwolił nam całą jej treść z samego tekstu ustawy wyczytać. W przypadkach tego drugiego rodzaju powstaje potrzeba odpowiedniego wypełnienia braków, znajdujących się w tekście, a do tego znów służy nam t. zw. analogia.

[1] Schafrath: *Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze*, 1842. Krug: *Grundsätze der Gesetzesauslegung*, 1842. Merkel w *Handbuch Holtzendorfa*, II, 67, IV, 75. Schütze: *Ueber die sog. Redaktionsversehen*, 1872 *(Goltd. Archiv.* 1872, str. 350). Son-

tag: *Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers, insbesondere auf strafrechtlichem Gebiete.* 1874. Binding: *Normen,* I § 23. *Handb.* str. 450. Pfaff u. Hofmann: *Commentar zum allg. bürg Gesetzb.* I, str. 166. Unger: *System des oesterr. allg. Privatr.* I, 59, 73. Janka: *Strafr.* § 23. Finger: str. 137 — 140. Specyalnie co do prawa karn. austr. patrz Wessely: *Ueber Auslegung und Anwendung oesterr. Strafgesetze (Magazin,* XIII, str. 51). Neubauer: *Die Analogie und ihre Zulässigkeit, insbesondere nach dem oesterr. Strafgesetze* (tamże, XIII, str. 273). Hye-Glunek: *Commentar* ad art. IV *Kundm. Pat.* str. 97—111.

268. 1) Tłómaczenie czyli interpretacya ustawy karnej. Pod tym względem nie ma osobnych reguł dla prawa karnego. Przestrzegać tu należy ogólnego prawidła, podanego w § 6 powsz. kod. cyw. austr., w myśl którego przy stosowaniu ustawy takie tylko trzeba jej nadawać rozumienie, jakie wypływa z właściwego znaczenia wyrazów, związkowo uważanych, i z wyraźnego zamiaru prawodawcy.

Przedewszystkiem więc trzeba zwracać baczną uwagę na znaczenie dosłowne wyrazów, stanowiących tekst odnośnego przepisu ustawowego. Interpretacya, oparta na takiej podstawie, znana jest pod nazwą gramatycznej. W niejednym przypadku jednak, tłómacząc dosłownie dany tekst, moglibyśmy nadawać mu różne znaczenie z tego powodu, że ustawodawca użył terminów, które bez ubliżenia gramatyce, pojmować można w ściślejszem lub obszerniejszem rozumieniu, np. wyrażenia »*bei der Geburt*« w § 134; »*aus was immer für einer Absicht*« w § 147; lub »*nach seinem Anschlage*« w § 166. Wtedy oczywiście zajdzie potrzeba zbadania, które z tych różnych, z punktu widzenia gramatycznego, mniej lub bardziej prawidłowych, tłómaczeń danego terminu lub całego zwrotu, użytego przez ustawodawcę, wytryska z wyraźnego zamiaru tego ostatniego *(aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet;* § 6 kod. cyw.). Interpretacya, do tego celu dążąca, musi za przesłankę przyjąć jakiś

inny tekst, wyrażający całkiem niewątpliwie zamiar prawodawcy, i dopiero, w drodze rozumowania, nada odnośnemu terminowi lub całemu zdaniu to znaczenie, które okaże się wnioskiem, wysnutym logicznie z owej przesłanki. Interpretacya, oparta na takiej podstawie, nazywa się logiczną i bywa odpowiednio do tego, skąd czerpie tekst, mający jej służyć za przesłankę, bądź dogmatyczną, bądź historyczną. Pierwsza przyjmuje za punkt wyjścia wolę ustawodawcy, przejawioną w innych, współczesnie obowiązujących jego przepisach; druga — jego wolę, wyrażoną bądź w poprzednio wydanym przezeń co do tej samej kwestyi przepisie, bądź w jakichś innych jego poprzednich oświadczeniach, z których wypływa niewątpliwie, że zamiarem jego było pojmować w tem, a nie innem rozumieniu, słowa, których użył w przepisie, stanowiącym temat interpretacyi [1].

Pierwszeństwo oczywiście przyznać zawsze należy interpretacyi dogmatycznej, jako opartej na tekstach, w których wola ustawodawcy przejawia się w formie, nadającej jej moc obowiązującą. Bez porównania ostrożniej zabierać się trzeba do interpretacyi historycznej, której pomocy wzywać nam wolno dopiero wtedy, gdy nasuwających się powątpiewań, co do rzeczywistego znaczenia odnośnego tekstu, nie zdołaliśmy usunąć w drodze interpretacyi dogmatycznej. Podrzędniejsze stanowisko interpretacyi historycznej tłómaczy się tem, że za przesłankę wnioskowania logicznego przyjmuje ona wolę ustawodawcy, wyrażoną w oświadczeniach, które bądź już utraciły moc obowiązującą (dawne ustawy), bądź nawet nigdy jej nie pozyskały (t. zw. prace przygotowawcze czynników, przyjmujących udział w wydawaniu ustaw, jako to sprawozdania odnośnych komisyj, protokoły odnośnych posiedzeń, oświadczenia rządu a przedewszystkiem motywa urzędowe uchwalonych tekstów). W czasach, gdy władzę ustawodawczą sprawowała jedna tylko osoba, można było z większem zaufaniem uciekać się do interpretacyi histo-

rycznej, niż przy dzisiejszym systemie. który tak znaczną liczbę różnych głów powołuje do uchwalania ustaw i wskutek tego w najwyższym stopniu utrudnia wyśledzenie, w drodze badania genezy ustawy, rzeczywistego zamiaru ustawodawcy[2].

Wreszcie możliwe są jeszcze przypadki, w których, nawet przy posiłkowaniu się interpretacyą historyczną, nie potrafilibyśmy zdać sobie jasno sprawy z tego, które z kilku, gramatycznie równie uzasadnionych tłómaczeń danego tekstu uważaćby trzeba za najzgodniejsze z wolą ustawodawcy. Wtedy dopiero, według powszechnie przyjętej reguły, powinnibyśmy rozstrzygnąć nasze wątpliwości w duchu najkorzystniejszym dla oskarżonego *(in re dubia benignior est interpretatio facienda)*.

[1] Przykład interpretacyi dogmatycznej: W § 147 k. k. czytamy, że zbrodni spędzenia cudzego płodu dopuszcza się ten, kto w jakimkolwiekbądź zamiarze *(aus was immer für einer Absicht)* wbrew wiedzy i woli matki spędzenie jej płodu sprowadza lub sprowadzić usiłuje. Dopiero na podstawie § 1 tegoż kodeksu, w myśl którego do zbrodni potrzeba złego zamiaru, dochodzimy do wniosku, że w § 147 przez zamiar ustawodawca mógł pojmować tylko pobudkę. — Przykład interpr. historycznej: Kodeks nazywa dzieciobójstwem zabicie przez matkę dziecka swego przy porodzie (§ 139, »*bei der Geburt*«). Historycznie na podstawie tekstów Terezyany »*in oder gleich nach der Geburt*« (Art. 88); kod. karn. dla Galicyi Zach. z r. 1796, gdzie mowa jest o zabiciu *eines neugebornen Kindes*; tudzież z uwagi na tę okoliczność, że w pracach przygotowawczych do kodeksów z r. 1803 i 1852 nie ma żadnej wzmianki o tem, iżby ustawodawca powziął był rzeczywiście zamiar odstąpienia od dotychczasowego poglądu (por. *Jenull: Oesterr. Criminalrecht*, 1837 II, str. 120, 121): dochodzimy do wniosku, że przez słowa «*bei der Geburt*» ustawodawca chciał pojmować nietylko chwilę samego porodu, ale i najbliższy czas po porodzie.

[3] W odrzucaniu interpretacyi historycznej i w hołdzie dla wyrazów, które dostały się do tekstu ustawy (nie wyłączając błędów redakcyjnych), posuwają się za daleko Merkel, Finger. Janka. *Contra* ich stanowisku patrz Schütze i Sontag. Tytuły odnośnych dzieł podaje dop. 1 do nr. 267.

269. Interpretacyę przyjęto jeszcze dzielić: 1) ze względu na jej wyniki na *a)* ścieśniającą *(int. restrictiva)* i *b)* rozciągającą *(int. extensiva)*; 2) ze względu na jej organy na *a)* naukową, *b)* sądową i *c)* autentyczną.

Co do pierwszego podziału, to trzeba zawsze pamiętać, że ścieśniać, względnie rozciągać w drodze interpretacyi wolno jest tylko znaczenie gramatyczne odnośnego tekstu, nigdy zaś rzeczywistą myśl ustawodawcy. W odniesieniu do tej ostatniej, interpretacya powinna być zawsze tylko wiernym wykładem.

W przedmiocie drugiego podziału, na szczególną uwagę zasługuje interpretacya autentyczna, która pochodzi od samego ustawodawcy i występuje w formie osobnej ustawy. Od naukowej i sądowej różni się interpretacya autentyczna w tym istotnym punkcie, że posiada moc prawa obowiązującego; a od innych ustaw tem się ustawa interpretacyjna wyszczególnia, że służy jej zawsze moc wsteczna. Ten ostatni rys tem się tłómaczy, że ustawa interpretacyjna nie stwarza nigdy nowych norm dla odnośnych stosunków, lecz tylko usuwa prawomocnie wątpliwości co do tego, jak należy pojmować, jakąś ustawę już poprzednio dla tychże stosunków wydaną.

270. 2) Analogia. Może się nieraz zdarzyć, że ustawodawca nie wypowiedział swojej woli co do tego, jak należy rozstrzygnąć pewną kwestyę prawną, nie dlatego, iżby nie był chciał jej poruszać, lecz z tego tylko powodu, że jej nie przewidział. W przypadkach tego rodzaju wolno jest sędziemu wypełniać odnośne braki w tekście ustawy, posiłkując się tak zwaną analogią[1]. Ta ostatnia polega na stosowaniu do przypadku, nie przewidzianego przez prawodawcę, bądź innej ustawy, wydanej przezeń dla podobnego przypadku *(analogia legis, Gesetzesanalogie)*,— bądź też normy, wyprowadzonej z ducha całego jego ustawodawstwa *(analogia iuris, Rechtsanalogie)*[2].

Analogia nie może posiadać w prawie karnem tak szerokiego zastosowania, jak w prawie cywilnem. Jeżeli bowiem nie godzi się nigdy przypuszczać, że ustawodawca nie chciał nic wiedzieć o jakimś nieprzewidzianym przezeń, a jednak w danym przypadku spór prawno-prywatny wytwarzającym stosunku życia społecznego (kod. Napoleona art. 4; kod. cyw. austr. § 7); to przeciwnie na polu prawa karnego byłoby zawsze zbyt śmiałą rzeczą, przypuszczać w drodze analogii, że prawodawca chciał uznać za przestępstwo jakiś czyn, którego nie przewidział, lub chciał go obłożyć inną jeszcze karą, prócz tej, którą wyraźnie oznaczył. To ograniczenie tem się tłómaczy, że kara, sama przez się, posiada wartość ujemną (p. wyżej nr. 80, 154, 251) i że wskutek tego każdą co do niej wątpliwość rozstrzygać trzeba *in mitius*.

W prawie austryackiem najwyraźniej sędzia ma sobie odebrane prawo posiłkowania się analogią co do dwóch pytań: *a)* jakie czyny stanowić mają przestępstwa, i *b)* jak należy karać za przestępstwa, przez ustawę pewną oznaczoną karą obłożone (Pat. wpr. art. IV, V: k. k. §§ 32, 33, 49, 53, 250, 259, 265)[3].

W przedmiocie wszelkich innych kwestyj, prawo nasze nie odmawia sędziemu tytułu do wypełniania w drodze analogii braków, zachodzących w ustawie karnej[4] Nawet oznaczenie kary przez sędziego będzie musiało nastąpić w drodze analogii w tych nielicznych przypadkach, w których kodeks ograniczył się do uznania danego czynu za przekroczenie, bez podania kary (§§ 365, 434, 459, 525)[5]. Również tylko na podstawie analogii sędzia austryacki będzie mógł rozstrzygnąć pytanie, ażali przestępstwa przewidziane w §§ 295, 296, 371 i 374 k. k. uważać trzeba za występki lub przekroczenia.

[1] Według Bindinga (*Normen*, I, § 11, *Handb.* I, str. 214 — 222) w przypadkach, dopuszczających analogii, nie ma właściwie żadnych luk w ustawie, lecz jest tylko wola ustawodawcy, wyrażona *implicite* (*durch konkludente Handlungen*) w szerszych rozmiarach, niż to wskazują słowa odnośnego tekstu.

[2] *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, np. Kod. k. austr. w § 139, podaje tylko karę za dokonane dzieciobójstwo a nic nie mówi o karze za usiłowanie tej zbrodni. Lukę tę można łatwo wypełnić, posiłkując się analogią prawa a mianowicie stosując do tego przypadku normę, wyprowadzoną z ducha kodeksu i domagającą się niewątpliwie, aby, skoro dokonane dzieciobójstwo ma być karane lżej niż dokonane morderstwo pospolite, to i jego usiłowanie było traktowane mniej surowo, niż usiłowanie tej ostatniej zbrodni. Por. niżej t. II, nr. 608.

[3] W Austryi poraz pierwszy kod. Józefiński z r. 1787 zabronił sędziemu pociągania do kary czynów, przez ustawę wyraźnie za przestępstwa nie uznanych (I, § 1; II, § 1). Por. wyżej nr. 130, l. 3.

[4] Tak np. sędzia zastosuje przepis § 17 co do kwestyi, odkąd liczy się bieg kary więziennej, także do aresztu, a przepis § 36 o wliczeniu krajowcowi kary już odcierpianej przezeń zagranicą, także do cudzoziemca, który ma być ukarany w Austryi w myśl § 38. Niemniej przepis § 173, co do obliczania wartości rzeczy ukradzionych, będzie musiał także znaleźć zastosowanie do analogicznych przypadków sprzeniewierstwa (§ 183) i oszustwa (§ 200).

[5] Sędzia jednak w drodze analogii nie będzie miał prawa, do aresztu z § 311 dołączyć karę dodatkową przepadku ofiarowanego lub doręczonego podarunku z § 105.

ROZDZIAŁ IV.

Pierwiastek działania zawinionego.

(Nauka o poczytaniu)[1].

I. Wina i poczytanie. Poczytalność sprawcy i przypisalność czynu, jako warunki poczytania. Przestępstwo, jako działanie zawinione, może być tylko dziełem człowieka.

§ 61.

271. Jak już przy ogólnym rozbiorze istoty przestępstwa (p. nr. 158) zaznaczyliśmy; to, aby czyn człowieka

stanowił przestępstwo, nie wystarcza jeszcze, aby był zewnętrzny, bezprawny i obłożony karą przez prawodawcę, zanim go popełniono. Trzeba mianowicie, aby oprócz tego, jego sprawca mógł uchodzić nietylko za fizyczną, lecz i za moralną jego przyczynę. Zachodzący w tym ostatnim przypadku związek przyczynowości moralnej między człowiekiem a spełnionem przezeń przestępstwem, nazywa się winą *(Schuld)*. Sąd zaś, uznający, że po stronie sprawcy jakiegoś czynu przestępnego zachodzi wina, przyjęto nazywać poczytaniem *(Zurechnung)* tego czynu, co właściwie ma oznaczać zapisanie go na poczet (rachunek) woli jego sprawcy [2].

Wprawdzie każdy czyn zewnętrzny, spełniony przez jakąś osobę, uważać należy pod względem materyalnym za przejaw jej woli. Stąd jednak nie wynika jeszcze, aby w każdym czynie zewnętrznym wola jego sprawcy przejawiać się miała w taki sposób, iżby można było ten jej przejaw uważać także za jej wytwór w rozumieniu praw, rządzących światem moralnym, — praw, które, jak wiadomo (p. nr. 163), nakładają na naszą wolę pewne obowiązki i czynią nas odpowiedzialnymi za ich przełamywanie. Otóż z punktu widzenia tych praw, tylko pod pewnemi warunkami godzi się zapisywać jakiś czyn na rachunek woli jego sprawcy, t. j. innemi słowy, poczytywać mu go za winę [1]. Warunki te wypada nam teraz poznać.

[1] Literatura nauki o poczytaniu jest tak bogata, że usuwa się tutaj z pod dokładnego spisu. Na szczególne zanotowanie zasługują: Feuerbach: *Betrachtungen über dolus und culpa (Bibl. für peinl. Rechtsw.* II. 193 — 243). Berner: *Grundlinien der Imputationslehre*, 1843, a także *Die Lehre von der Theilname am Verbrechen und die neueren Kontroversen über dolus und culpa*, 1847. Krug: *Ueber dolus und culpa*, 1854. Gessler: *Ueber den Begriff und Arten des dolus* 1860, Wahlberg: *Gesam. Schriften*, I, str. 1 — 67; III, str. 101 — 114. Bruck: *Zur Lehre von der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit*, 1878, a także *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, 1885. Binding: *Die Normen*, 1877, II, t. Bünger; *Vorstellung und Wille, als Elemente der subjektiven Verschuldung* (Liszta Zeitschr. 1886, IV, str. 291 — 364). Rupp: *Modernes Recht und Verschuldung*, 1880. Thyrén: *Abhandlungen*, II, *Ueber dolus und culpa*. Liszt: *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit (Zeitschr.* XVII, str. 70 — 84). Ważną jest także wywołana przez tę ostatnią rozprawę polemika (Höfler, Löffler), co do której patrz Krzymuski: *Determinizm i poczytanie przestępstw (Krak. Czasop.-prawn.* I, str. 18 — 54). — Löffler: *Die Schuldformen des Strafrechts*, I, 1895, M. E. Mayer: *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 1900. Mířička: *Die Formen der Strafschuld*, 1903. Loening: *Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre* I, Bd. *Die Zurechnungslehre des Aristoteles* 1903. Patrz także odpowiednie rozdziały w podręcznikach, Bindinga, Merkla, Liszta, Janki, Fingera, Lammascha i Stoossa, tudzież rozprawy drukowane w Czasopiśmie Liszta: t. X. (Frank, str. 169; Klippel, 534), XIV. (Ortloff, 161, 301), XVIII (Sichart, 302; Bar, 534; Olrik, 583); XIX. (Weingart, 133), XX, (Lilienthal, 440), Z rozpraw tych szczególnie ważna jest praca Franka: *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, 1890. W języku polskim wydał w r. 1872 Bojarski: *Zasady nauki o poczytaniu.*

[2] Pojęcia winy i poczytania znajdują zastosowanie nietylko do przestępstw, lecz do wszystkich czynów, które można odnosić do woli ich sprawców, jako do ich przyczyny moralnej. Ze względu na to mówimy nietylko o winie kryminalnej, ale także o winie prawno-cywilnej, etycznej i religijnej, a odpowiednio do tego przedmiotem poczytania stawać się mogą nietylko przestępstwa, ale także bezprawia cywilne, względnie działania, przeciwne przepisom etyki, lub przykazaniom religii. — W zasadzie pojęcia te nie mają nawet nic wspólnego z kwalifikacyą moralną odnośnych czynów i stosowane być mogą równie dobrze do działań o wartości dodatniej. Takie znaczenie posiadał też wyraz *wina* w starodawnym języku polskim. Na dowód tego przytoczmy, że w *Psałterzu Floryańskim* (w. XIV) wyrazy łacińskie tekstu Vulgaty *sine causa* przetłómaczone zostały na przez wini (3, 7). Już jednak w pomnikach z XVI wieku w miejsce tych ostatnich słów wchodzą wyrazy bez przyczyny *(Szczyt duszny*, modlitewnik Zygmunta I, w Bibl. uniw. w Monachium, karta 796; *Tarcza duchowna*, stary druk z w. XVI w Bibl. Jagiell., bez daty). W dzisiejszym języku przyjęto używać wyrazu wina tylko w odniesieniu do działań o wartości ujemnej, podczas gdy do oznaczania całkiem podobnego stosunku w odniesieniu do działań o wartości dodatniej służy wyraz zasługa. Dotąd jednak przechowuje się w narodzie poczucie zasadniczej równoznaczności

obu tych wyrazów, czego dowodzi tak powszechnie używane wyrażenie, jak zasłużyć na karę.

272. Możność poczytania człowiekowi za winę spełnionego przezeń czynu przestępnego zawisła od dwóch następujących warunków;

1) Trzeba, aby ten człowiek posiadał zdolność do stawania się przyczyną moralną czynów, zabronionych przez prawo pod groźbą kary.

2) Trzeba, aby wyszło na jaw, że mógł on korzystać z tej zdolności w odniesieniu do tego właśnie konkretnego przestępstwa, które ma być mu poczytane za winę

Pierwszy warunek przyjęto powszechnie nazywać poczytalnością sprawcy *(Zurechnungsfähigkeit)*, a drugi chcemy nazwać przypisalnością czynu *(Zurechenbarkeit)* [1].

[1] W pierwszem wydaniu mego *Wykładu prawa karn.* (1885) nazwałem za przykładem Bojarskiego (Nauka o poczytaniu, str. 38, dop. 1), zdolność człowieka do odpowiadania za przestępstwa poczytnością sprawcy, a stosunek, pozwalający mu korzystać z tej zdolności w odniesieniu do spełnionego przezeń konkretnego czynu, — poczytalnością tego ostatniego (t. I, nr 379—385). Termina te jednak nie potrafiły dotąd zdobyć sobie uznania, do czego niemało przyczynić się musiała ta okoliczność, że już przedtem posiadały one w naszym języku całkiem inne, powszechnie przyjęte znaczenie. Poczytnością mianowicie przyzwyczajono się u nas nazywać przymiot pisma drukowanego (książki lub gazety), polegający na tem, że bywa chętnie czytane przez większą liczbę osób. Co się tyczy zaś wyrazów poczytalność, poczytalny, to nietylko w terminologii prawniczej (Budziński: *Wykład*, nr. 84), lecz i w mowie potocznej, ustalił się zwyczaj, używania ich na oznaczenie stanu podmiotowego osób zdolnych do odpowiadania za przestępstwa. — Aczkolwiek gramatycznie byłoby o wiele poprawniej mówić o poczytalności czynu (poczytalnym może być tylko przedmiot poczytania), niż o poczytalności sprawcy; to jednak przyznaję chętnie, że trzeba się liczyć z utartem znaczeniem niektórych wyrazów i szanować już przez nie nabyte prawo obywatelstwa. Z tego to powodu postanowiłem używać wyrazu poczytalność w rozumieniu powszechnie przyjętem, t. j. w odniesieniu do osób, kwalifikujących się do tego, aby je uważać za zdolne do odpowiadania za przestępstwa. Natomiast trzeba nam było szukać nowego terminu na oznaczenie stosunku, mającego w przypadku konkretnym zachodzić między osobą poczytalną a spełnionym przez nią czynem przestępnym, na to, aby można było ten ostatni przypisać winie jego sprawcy. Sądzimy, że najtrafniejszą nazwą dla tego stosunku będzie termin przypisalność czynu.

273. 1. Poczytalność sprawcy. Jest to zdolność człowieka, całkiem niezależna od faktu popełnienia przezeń jakiegokolwiek przestępstwa. Polega ona na dwóch władzach, a mianowicie: *a)* na władzy zdawania sobie należytej sprawy ze stosunku, zachodzącego między naszem postępowaniem a obowiązkami, które prawo nakłada na nas pod groźbą kary; tudzież *b)* na t. zw. autonomii woli, t. j. władzy samodzielnego rządzenia się w naszem postępowaniu temi pobudkami, które prawo chce wywoływać w osobach, znajdujących się pod jego panowaniem.

a) Pierwsza władza pozwala człowiekowi działać z tą świadomością, bez której nie mógłby on wiedzieć, kiedy jego postępowanie byłoby zgodne z przepisami prawa, kiedy zaś byłoby im przeciwne i to aż w tym stopniu, że musiałoby z woli prawa ściągać na niego karę. Bez tej władzy zaś człowiek nie byłby w stanie odczuwać podniet, które chce w nim budzić prawo, bo to, co ma być źródłem tych podniet, byłoby dla jego poznania rzeczą całkiem niedostępną. Władzę tę posiadać może tylko człowiek z dojrzałą i zdrową inteligencyą.

b) Druga władza, znana pod nazwą autonomii woli (także wolnej woli), pozwala człowiekowi mieć tyle panowania nad sobą, aby samodzielnie módz wybierać między postępowaniem, do którego chce go pobudzać prawo, a tem, do którego czuje się zachęcanym przez inne prawu przeciwne pożądania. Samodzielność owego

wyboru pojmować należy w tem znaczeniu, iżby można było wybór ten uważać za własne dzieło człowieka, obdarzonego dojrzałą i zdrową inteligencyą, nie zaś za wytwór jakichkolwiek obcych, wolę jego w uwięzi trzymających czynników. Bez tej władzy człowiek nie byłby w stanie odpowiadać za swoje postępowanie wobec prawa, gdyż to ostatnie żąda posłuszeństwa od tych tylko osób, w których mocy leży spełniać lub przełamywać obowiązki, płynące z jego przepisów[1]. Autonomia woli zawisła jest także od pewnego stopnia rozwoju umysłowego człowieka, gdyż, aby módz samodzielnie wybierać między jedną a drugą drogą postępowania, trzeba zdawać sobie sprawę z tego, do czego każda z tych dróg prowadzi.

[1] Nie chcemy tu poruszać pytania o wolności woli w rozumieniu metafizycznem tego pojęcia, gdyż kwestya ta wychodzi z pod zakresu badań, stanowiących przedmiot nauki prawa karnego. Dla nas wystarcza skonstatowanie tego faktu, opartego na jak najdawniejszem i najpowszechniejszem doświadczeniu narodów, że człowiek dojrzały i zdrów na umyśle zdolny jest do tego, aby przystosowywać swe postępowanie do pewnych, nałożonych na niego obowiązków. Z tego faktu wypływa, że, gdy taki człowiek spełnił czyn, sprzeciwiający się jego obowiązkom, to wolno o nim utrzymywać, że spełnił ten czyn, pomimo, że był zdolny postępować zgodnie ze swojemi obowiązkami, t. j. pomimo że w jego mocy leżało powzięcie innej decyzyi. Przeciwko tej tezie przytaczają determiniści prawo przyczynowości koniecznej, z pod panowania którego i wola człowieka wyłamywać się nie może. Zdaniem ich odpowiedzialność człowieka za przestępstwa opiera się nie na tem, że mógł on był inaczej postąpić, ale na tem, że przedstawia on dla prawa odpowiedni materyał do tego, aby przez wywieranie na niego pewnych wpływów (kara) dążyć do wzniecania w nim i w innych ludziach (prewencya ogólna) pobudek, zniewalających każdego normalnego człowieka do czynów, zgodnych z wymaganiami prawa. Najwybitniejszymi wyznawcami determinizmu w nauce o poczytaniu przestępstw są Merkel, Mittelstädt, Finger, Janka, Hertz (*Unrecht*, I, str. 119), Hrehorowicz (*Grunbegriffe*, 17), Thyrén (*Abhandlungen*, II, 44), a zwłaszcza Liszt, który w wykładzie, wygłoszonym na międzynarodowym kongresie psychologów w Monachium (1896), wskazał z całą otwartością wszystkie konsekwencye praktyczne, do których powinien doprowadzić determinizm na polu represyi przestępstw, konsekwencye, których ostatecznym, a tak bardzo dla Liszta upragnionym wyrazem, ma być runięcie zasadniczego muru granicznego między zbrodnią a obłąkaniem (*Zeitschrift*, XVII, str. 84). Patrz przeciwko temu Binding: (*Grundriss des Strafr.*, 5 Aufl., str. 86; Lammasch w *Schweizerische Zeitschrift für Strafr.*, t. X; Krzymuski w *Krak. Czasop. prawn. i ekonom.*, I; Poustoroslew: *Criminalité et imputabilité*, 1899; Horn: *Zurechnungsfähigkeit und bürgerliche Freiheit* (*Ger. S.* t. 58). — Za naszą tezą autonomii woli oświadczają się między innymi Berner, Hälschner (podręczniki), Kohler (*Das Wesen der Strafe*, 1888), Löning (*Ueber die Begründung des Strafrechts*, 1889), Meyer (*Die Willensfreiheit im Strafrecht*, 1890), Pfenninger (*Grenzbestimmungen der kriminalistischen Imputationslehre*, 1892), wielki Ihering (*Zweck im Recht*, I, 3), Garraud (*Traité du droit pénal français*, I, nr. 229—236), Prins (*Science pénale*, str. 161). Patrz także przeciwko Lisztowi liczne pisma Birkmeyera, a zwłaszcza: *Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig. Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*, 1907. *Studien zu dem Hauptsatz der modernen Richtung im Strafrecht. »Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen«*, 1909.

274. 2) Przypisalność czynu przestępnego. Aby módz poczytać człowiekowi za winę spełnienie pewnego czynu, noszącego znamiona zewnętrzne przestępstwa, nie wystarcza jeszcze mieć pewność, że ten człowiek jest wogóle zdolny do odpowiadania w obliczu prawa karnego. Należy oprócz tego zbadać, czy mógł on korzystać z tej swojej zdolności w odniesieniu do tego właśnie czynu konkretnego, którego stał się sprawcą. Wtedy bowiem dopiero wyjdzie na jaw, czy rzeczywiście godzi się go uważać nietylko za fizyczną, lecz i za moralną przyczynę odnośnego przestępstwa. Stosunki, które, nie wywierając żadnego wpływu na kwalifikacyą człowieka do stawania się przyczyną moralną przestępstw, bo nie dotykając bynajmniej potrzebnego do tej kwalifikacyi stopnia dojrzałości i zdrowia naszego umysłu, rozstrzygają wszakże w każdym przypadku konkretnym o tem, czy można dane

przestępstwo poczytać za winę jego, *in potentia* odpowiedzialnemu sprawcy, wytwarzają warunki t. zw. przypisalności czynu przestępnego.

Warunki te zachodzą w dwóch następujących przypadkach:

a) Jeżeli wyjdzie na jaw, że sprawca dlatego tylko spełnił odnośny czyn, aby za jego pomocą sprowadzić pewien skutek przestępny (wina umyślna).

b) Jeżeli okaże się, że sprawca wprawdzie nie chciał sprowadzić zapomocą swego czynu żadnego skutku przestępnego, ale przewidział, względnie powinien był przewidzieć możność nastąpienia tego skutku przestępnego, który powstał z jego czynu (wina nieumyślna).

We wszystkich innych przypadkach trzeba będzie uważać przypisalność czynu za wykluczoną. Poznamy je niżej przy rozbiorze okoliczności, które wyłączają poczytanie przestępstw.

275. Zdolność uznawania nad sobą panowania prawa, tudzież samodzielnego kierowania się w życiu pobudkami, przez prawo wytwarzanemi, jest władzą, którą niewątpliwie posiadać może tylko człowiek. Wynika stąd, że on jeden stawać się może winnym przestępstwa.

W świecie starożytnym i w wiekach średnich kwalifikacyę do popełniania przestępstw przypisywano także zwierzętom[1], a dziś jeszcze niektórzy autorowie oświadczają się za odpowiedzialnością kryminalną korporacyi *(universitas personarum)*[2]. Pierwszy pogląd przebrzmiał już oddawna w historyi, a przeciwko drugiemu przemawia zarówno natura osób prawnych, jak istota winy.

Z natury osób prawnych wypływa, że posiadają one byt samodzielny tylko w granicach, ściśle przez ich statut wytkniętych i że wskutek tego każda czynność, spełniona przez daną korporacyę za obrębem przekazanego jej przez prawo zakresu działania, musi, jako taka, uchodzić w obliczu prawa za nieważną. Ważną stawać się ona może dla

prawa tylko w odniesieniu do osób fizycznych, które ją spełniły, z czego wypływa, że tylko te ostatnie osoby godzi się za nią pociągać do odpowiedzialności prawnej. Taką czynnością zaś byłoby niewątpliwie każde przestępstwo[3].

Drugi argument przeciwko poczytalności kryminalnej korporacyi wyprowadzamy z istoty winy. Uzdolnienie umysłowe, które poznaliśmy jako warunek naszej kwalifikacyi do odpowiadania za przestępstwa (p. nr. 273), jest władzą, którą może posiadać tylko człowiek, istniejący fizycznie. Przenosić ją na jakąkolwiek osobę fikcyjną, a taką jest każda korporacya, dowodziłoby tylko niezrozumienia istotnych podstaw poczytania przestępstw i wprowadzania do prawa karnego całkiem mu obcej, a z prawa cywilnego zapożyczonej instytucyi zastępstwa woli.

[1] Co do odpowiedzialności karnej zwierząt patrz Beriat-Saint-Prix: *Des procès intentés aux animaux (Thémis*, 1819, I, 194—197) i tegoż autora *Rapport et recherches sur les procès et jugemens relatifs aux animaux*, 1839. Menabrea: *De l'origine, de la forme et de l'esprit des jugements rendus au moyen âge contre les animaux*, 1846. Agnel: *Curiosités judiciaires et historiques du moyen âge*, 1859. Lacassagne: *De la criminalité chez les animaux (Revue scientifique*, 1882). Krzymuski: *O odpowiedzialności karnej zwierząt (Niwa*, 1882). Amira: *Thierstrafen und Thierprocesse*, 1891. Addosio: *Bestie deliquenti*, 1892. Łoziński: *Prawo zwierząt*, 1895, str. 13—15.

W historyi kwestya odpowiedzialności karnej zwierząt przechodziła przez trzy następujące okresy: Pierwotnie sądzono, że zwierzę posiada na równi z człowiekiem zmysł prawny i chciano przez ukaranie bydlęcia odstraszać na przyszłość tak winowajcę, jak inne jemu podobne stworzenia (ustawodawstwo perskie Zoroastra, a, jako pozostałość tego poglądu, przechowujący się dotąd w niektórych miejscowościach u ludu prostego zwyczaj przybijania jastrzębi na drzwiach kurników lub wieszania wilków przed oborą). W drugim okresie karano zwierzęta w tym tylko celu, aby obudzić w ludziach tem większy wstręt do niektórych zbrodni (prawo Mojżeszowe, żądające ukamienowania wołu za przebodzenie na śmierć człowieka). W trzecim nareszcie okresie prawo uważało tylko wydanie zwierzęcia pokrzywdzonemu za

środek, zapomocą którego właściciel zwierzęcia uwalniał się od odpowiedzialności za szkodę, którą to ostatnie wyrządziło (prawo rzymskie XII, tablic. *Institutiones*, IV, 9).

[2] Stare prawo niemieckie przyznawało korporacyom zdolność do popełniania przestępstw. Sachsenspiegel, II, 72, § 1; III, 60, § 3 (*Verfestung und Aechtung einer Burg*). Friderici II constitutio, 1235, § 13. (Pertz: *Monumenta*, IV, 317). Patrz Kries: *De delictis universitatum*, 1876. Gierke: *Genossenschaftsrecht*, I, 556. Kriwzow: *Beiträge zur Lehre von den iuristischen Personen nach römischem Recht*, I, 1894. Makarewicz: *Wesen des Verbrechens*, 1898, str. 87—107. Bamberg: *Zur Lehre von der Deliktsfähigkeit der juristischen Personen*, 1898. Z wybitniejszych nauczycieli prawa karnego za odpowiedzialnością korporacyi oświadczają się Merkel (*Lehrb.* str. 50, 51) i Liszt (*Lehrb.* § 28). Contra znaczna większość autorów, w szczególności Berner, § 76; Binding, str. 310; Hugo Meyer, 1882, § 23; Janka: § 29; Finger, I, § 27; Lammasch, § 7 (p. podręczniki tych autorów), a także Garraud: *Traité*, I, nr. 221 - 223.

[3] Por. § 486 al. 3, k. k., w myśl którego za popadnięcie w bankructwo spółki handlowej mają być karani wszyscy jej członkowie, którzy się tego występku dopuścili. Patrz także §§ 88 i 89 Ust. o stowarzyszeniach zarobk. i gospod. z 9 kw. 1873. (Dz. u. p. 70), gdzie uznano wyraźnie, że za działalność stowarzyszenia, przeciwną jego statutowi, odpowiadać kryminalnie mogą tylko ci jego członkowie, którzy w tej działalności brali udział.

II. Rodzaje i stopnie winy.

§ 62.

276. Według systemu, powszechnie uznanego w prawie karnem, odróżniamy dwa rodzaje winy: *A)* umyślną i *B)* nieumyślną [1].

[1] Löffler (*Schuldformen*, str. 1—11) proponuje podział winy na trzy rodzaje, a mianowicie: 1) winę, nacechowaną zamiarem sprowadzenia skutku przestępnego (*Absicht*); 2) winę, nacechowaną przewidzeniem sprowadzonego skutku przestępnego (*Wissentlichkeit*); 3) winę, nacechowaną tylko możnością i obowiązkiem przewidzenia owego skutku (*Fahrlässigkeit*). Winę z przewidzenia dzieli znów Löfler na trzy stopnie, (sprawca przewidział skutek *a*) jako prawie pewny, *b*) jako prawdopodobny, *c*) jako rzadko możliwy) i co do kwalifikacyi kryminalnej stawia najwyższy z tych stopni na równi z winą umyślną, a najniższy z nich — na równi z winą nieumyślną. Właściwie więc osobny rodzaj winy ma stanowić u Löfflera tylko średni stopień przewidzenia. W naszym systemie podchodzić on będzie stosownie do okoliczności pod pojęcie albo winy umyślnej z zamiarem wynikowym (sprawca chciał działać nawet na przypadek, gdyby z jego czynu miał wyniknąć przewidziany przezeń skutek przestępny; patrz niżej nr. 283, ad 1, b, γ.), albo winy nieumyślnej w formie lekkomyślności (sprawca miał nadzieję, że z jego czynu nie powstanie przewidziany przezeń skutek przestępny; patrz niżej nr. 290 *a*).

A. Wina umyślna (dolus, Vorsatz).

1. Pojęcie winy umyślnej.

277. Do istoty winy umyślnej wchodzą dwa prawu przeciwne kierunki woli przestępcy, a mianowicie zły zamiar (*dolus, böse Absicht*)i postanowienie przestępne (*Entschluss*).

Złym zamiarem nazywa się skierowanie przez sprawcę woli ku sprowadzeniu na widowni świata zewnętrznego jakiegoś skutku przestępnego (p. wyżej nr. 169). Postanowieniem przestępnem nazywamy skierowanie przez sprawcę woli ku rozwinięciu działalności, mającej mu posłużyć do sprowadzenia zamierzonego przezeń skutku przestępnego [1].

Z tych dwóch kierunków woli powstaje naprzód zamiar, a potem dopiero postanowienie. Przekonamy się o tem przy przeglądzie całkowitego pochodu przestępstwa umyślnego (niżej, nr. 278).

[1] Postanowienie jednak staje się przestępnem już wtedy, gdy jest wolą rozwinięcia działalności, która stała się przyczyną pewnego tylko, przez sprawcę przewidzianego, względnie przewidzenia z jego strony dopuszczającego skutku przestępnego (wina nieumyślna; patrz niżej nr, 289).

277 bis. W przeciwstawieniu do wyłożonego wyżej poglądu, znanego pod nazwą teoryi woli (*Willenstheorie*), niektórzy autorowie (Frank, Liszt, patrz literat, nr. 271, dop. 1) wystąpili z tezą, że wola człowieka może być

skierowana tylko ku rozwinięciu pewnej działalności fizycznej, a wina sprawcy staje się umyślną tylko wtenczas, jeżeli wolę spełnienia jakiegoś czynu obudziło w nim wyobrażenie mającego z niego wyniknąć skutku przestępnego. Autorowie ci odrzucają więc w odniesieniu do skutku przestępnego funkcyą woli, czynią go dostępnym tylko dla naszej wiedzy i uważają za cechę istotną winy umyślnej tylko to, że sprawca, prócz woli spełnienia jakiegoś czynu, będzie zdawał sobie sprawę ze wszystkich okoliczności faktycznych, które w myśl ustawy wytwarzają jego istotę przestępną, a więc będzie sobie także wyobrażał odnośny skutek przestępny.

Pogląd ten, który w Niemczech przyjęto nazywać teoryą wyobrażenia *(Vorstellungstheorie)*, o ileby chciano go przeprowadzić z bezwzględną ścisłością, trzebaby uznać za całkiem wadliwy, bo niezgodny z istotą winy, która niewątpliwie oznacza odpowiedzialność człowieka za przejawy życia, od jego woli zależne. Przyznać należy jednak, że u najpoważniejszych przedstawicieli tej teoryi opiera się ona raczej na pozornem, niż na rzeczywistem odstępstwie od teoryi woli. Wyobrażenie skutku przestępnego występuje bowiem u nich jako czynnik, który nie sam przez się decyduje o umyślności winy, lecz jeno w związku z wpływem psychologicznym, który wywiera na sprawcę, pobudzając go do akcyi, która ma sprowadzić wyobrażony skutek, lub też nie wstrzymując go od niej. Ten zaś wpływ psychologiczny nie jest w istocie niczem innem, tylko wywołaniem u sprawcy tego właśnie nastroju, który zwolennicy teoryi woli nazywają złym zamiarem, czyli wolą, skierowaną bezwarunkowo lub ewentualnie (patrz niżej, nr. 283) ku sprowadzeniu skutku przestępnego.

Kierunek ten, ratujący teoryą wyobrażenia od zupełnego bankructwa, już widoczny u Liszta[1], znalazł w książce M. E. Mayera p. t. *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht* (1900) tak dobitny wyraz

i tak systematyczne obrobienie, że pogląd tego autora otrzymał nawet w Niemczech osobną nazwę teoryi motywu *(Motivtheorie)*[2].

[1] Przebija się to w następujących słowach Liszta: *Vorsatz liegt vor: a) wenn der Erfolg beabsichtigt, d. h. die Vorstellung des Erfolges Beweggrund des Handels war; b) wenn der Täter den Eintritt des Erfolges vorausgesehen hat, ohne dass diese Voraussicht Beweggrund seines Handelns war. Lehrb.* str. 171, 172.

[2] Stanowisko, zbliżone do teoryi wyobrażenia, zajmują Loffler i Miřiczka (parz nr. 271, dop. 1, także nr. 276, dop. 1), wyznający t. zw. teoryą przewidzenia *(Wissentlichkeitstheorie)*. — Przeciwko teoryi wyobrażenia z najdzielniejszą krytyką wystąpił Hippel: *Die Vorstellungstheorie, ein kritischer Beitrag zur Vorsatzlehre*, 1901, także w książce: *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903. Do przeciwników tej teoryi należą także: Berolzheimer *(System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1907, t. V, str. 68 i nast.); Janka, str. 87; Finger, I, str. 177; Lammasch, str. 23; Stoos, str. 83; także bardzo wielu nauczycieli prawa karnego w Niemczech (Binding, Bar, Birkmeyer, Loening, Meyer-Allfeld) cytowanych u Liszta *(Lehrb.*, str. 170, dop. 2).

278. Pochodem przestępstwa *(iter delicti)* nazywa się droga, którą przebywa przestępstwo, począwszy od swojego zawiązku w duszy sprawcy, aż do skrystalizowania się na zewnątrz w postaci czynu dokonanego. Widownią tego pochodu jest z jednej strony dusza człowieka, z drugiej zaś — świat zewnętrzny.

1) W duszy przyszłego przestępcy rodzi się naprzód uczucie pewnej potrzeby, która domaga się zaspokojenia przez wywołanie na widowni świata zewnętrznego pewnej zmiany. Np. w Piotrze budzi się pragnienie okazania Pawłowi swojej nienawiści przez wyrządzenie mu krzywdy. Pragnienie to stanie się dla Piotra pobudką do zastanowienia się nad tem, jaką ma wyrządzić krzywdę Pawłowi, aby uczynić zadosyć potrzebie okazania mu nienawiści. Tu mogą przyjść mu na myśl różne krzywdy, jako to rzucenie na niego potwarzy, podpalenie jego domu, uszkodzenie go na ciele, a nawet pozbawienie go życia.

Z chwilą gdy Piotr zdecyduje się na jedną z tych krzywd i nastroi swoją wolę ku sprowadzeniu na widowni świata zewnętrznego odpowiadającego tej krzywdzie skutku przestępnego, to powiemy o nim, że powziął już zamiar przestępny. Przypuśćmy, że powstał u Piotra zamiar pozbawienia życia Pawła. Zamiar ten będzie musiał go skłonić do zastanowienia się nad tem, jaką ma rozwinąć działalność, aby zabić Pawła. Tu znów mogą przyjść mu na myśl różne czyny, jako to otrucie, zasztyletowanie, uduszenie, zastrzelenie i t. p. Z chwilą, gdy Piotr zdecyduje się na jeden z tych czynów i nastroi swoją wolę ku jego spełnieniu, to wtedy zapadnie już u niego postanowienie przestępne. Postanowienie przestępne jest ostatnią stacyą po stronie wewnętrznej pochodu przestępstwa. Odtąd rozpoczyna się jego pochód zewnętrzny.

2) Na widowni świata zewnętrznego przestępstwo przechodzi przez te same stacye, które zaznaczyliśmy w jego pochodzie wewnętrznym, wszakże w porządku odwrotnym. Piotr, zdecydowawszy się na zasztyletowanie Pawła, aby stać się przestępcą, będzie musiał przedewszystkiem wykonać swoje postanowienie, t. j. pchnąć Pawła sztyletem. Potem dopiero będzie mogła przyjść kolej na urzeczywistnienie powziętego przez Piotra zamiaru uśmiercenia Pawła (sprowadzenie zamierzonego skutku przestępnego). Na samym końcu zaś będzie mogło nastąpić osiągnięcie przez Piotra upragnionego celu, przez zaspokojenie potrzeby, która pobudziła go do zbrodni.

279. Nie wszystkie stadya w pochodzie przestępstwa posiadają znaczenie istotne dla pojęcia winy. Znaczenie to przyznawać można tylko tym stadyom, które mają swoje źródło w woli sprawcy. Temi stadyami zaś są: po stronie wewnętrznej pochodu przestępstwa zamiar i postanowienie, a po jego stronie zewnętrznej — działanie i skutek. Bez zamiaru przestępnego nie ma winy umyślnej, bez postanowienia przestępnego nie ma żadnej winy. Bez skutku przestępnego nie ma przestępstwa dokonanego

(możliwe jest wtedy tylko usiłowanie), bez jakiegokolwiek zaś działania *(ad actum procedere)* nie ma żadnego przestępstwa.

280. Całkiem inne jest znaczenie pobudki po stronie wewnętrznej pochodu przestępstwa, a osiągnięcia, względnie chybienia upragnionego celu, po stronie zewnętrznej tego pochodu. Stadya te mianowicie mają swoje źródło nie w woli, lecz w uczuciowości sprawcy i dlatego dla istoty jego winy obojętnemi być muszą [1]. Charakter pobudki o tyle jednak nie jest dla prawa karnego okolicznością bez wagi, że ma sobie przyznany wpływ na wymiar kary, tudzież, że stanowi podstawę dla podziału przestępstw na hańbiące i niehańbiące (patrz wyżej, nr. 243, l. 7).

Według najbardziej utartego poglądu, hańbiącemi zowią się przestępstwa, popełnione z niskich pobudek, a niehańbiącemi przestępstwa, wypływające z pobudek, nie zasługujących na pogardę. Ponieważ najczęściej tym ostatnim charakterem odznaczają się przestępstwa przeciwko ustrojowi politycznemu państwa i prawom politycznym obywateli, czyli tak zwane przestępstwa polityczne; przeto wytworzyła się opinia, jakoby przestępstwa polityczne musiały zawsze należeć do przestępstw niehańbiących. Opinię tę, naszem zdaniem, trzeba uznać za błędną i przy podziale przestępstw na hańbiące i niehańbiące uwzględniać tylko kwalifikacyą etyczną pobudki, niezależnie od pytania, czy, ze względu na charakter napadniętego dobra, odnośne przestępstwo okaże się pospolitem lub politycznem. Oprócz tego mniemamy, że przyjęta powszechnie podstawa dla podziału przestępstw na hańbiące i niehańbiące wymagałaby tej jeszcze reformy, aby tytułem do uznania jakiegoś przestępstwa za niehańbiące stawała się dopiero szlachetność pobudki, nie zaś już to, iżby ta ostatnia nie należała do uczuć, wstyd człowiekowi przynoszących [2].

[1] Tak w przypadku morderstwa, aby módz poczytać je Piotrowi, wystarcza dla prawa karnego ta okoliczność, że on umyślnie pozbawił życia Pawła. Pobudka zaś, którą Piotr rządził się, spełniając powyższy czyn, nie może wywierać żadnego wpływu na istotę jego winy. Tak, czy Piotr chciał przez to nasycić swoją żądzę zemsty, czy też chciał z własnego popędu przyjść w pomoc swojemu przyjacielowi Janowi, który pozostawał w biedzie, a jako najbliższy krewny Pawła (skąpcy najniegodziwszego) był jego spadkobiercą legalnym, to zawsze Piotr stał się winnym morderstwa, pomimo, że w pierwszym przypadku kierował się niegodziwą, a w drugim szlachetną pobudką. Również dla charakterystyki jego winy będzie rzeczą obojętną, ażali Piotr, zabiwszy Pawła, w pierwszym przypadku nasycił swoją żądzę zemsty lub nie, a w drugim — zdołał, lub nie, przyjść w pomoc Janowi (Paweł mógł był zostawić po sobie testament, o którym Piotr nie wiedział, a mocą którego zapisywał cały swój majątek obcemu człowiekowi). Patrz moje ***Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw***, § 36, str. 61 i 62.

[2] Patrz wielce zajmujące referaty kilku wybitniejszych kryminologów w kwestyi podziału przestępstw na hańbiące i niehańbiące, tudzież odpowiadającego tej klasyfikacyi podziału kar na sromotne i niesromotne w paryskiej ***Revue pénitentiaire***, r. 1896, str. 830—855, 1099—1118; r. 1897, str. 144—187. Specyalnie co do bliższego uzasadnienia mego poglądu, patrz mój referat, tamże r. 1897, str. 170—175. Osobna kategorya przestępstw niehańbiących znana jest do pewnego stopnia prawu austryackiemu. Są to przestępstwa, wymienione w § 6, al. 2 Now. karn. z 15 listopada 1867 (Dz. u. p. 131). Mają one tu jednak uprzywilejowane stanowisko tylko ze względu na skutki kary, przez sąd zawyrokowanej. Co do przestępców politycznych, to pewne przywileje pod względem traktowania ich w więzieniu służą im już na mocy Najw. Postan. z 28 października 1849 (patrz Leitmaier: ***Oesterr. Gefängniskunde***, 1890, str. 604).

281. Ponieważ prócz zamiaru i postanowienia przestępnego z jednej strony, tudzież spełnienia działania i sprowadzenia skutku przestępnego z drugiej — nie ma w całkowitym, opisanym wyżej (nr. 278) pochodzie przestępstwa żadnych innych stadyów, któreby mogły posiadać znaczenie istotne dla pojęcia winy; przeto jasną jest rzeczą, że wina umyślna, jako nacechowana przestępnością zamiaru i postanowienia sprawcy, przedstawiać musi najpełniejszy wyraz winy kryminalnej. Tem też trzeba tłómaczyć, że kodeksy karne uważają tę winę za prawidłowy warunek przypisalności czynu przestępnego (wyżej nr. 274, *a*), a od tej reguły odstępują tylko w odniesieniu do lżejszych przestępstw, dla których poczytania zadawalają się już winą nieumyślną (wyżej nr 274 *b*). Takie stanowisko zajął także wobec tej kwestyi kodeks austryacki. W myśl jego § 1 zbrodnią (*Verbrechen*) może być tylko przestępstwo umyślne (wyżej nr. 244 I).

2. Stopnie winy umyślnej.

§ 63.

282. Wina umyślna przejawiać się może w różnych stopniach ze względu na rodzaje tak złego zamiaru, jak postanowienia przestępnego.

283. I. Rodzaje zamiaru przestępnego. Dawna teorya przyjmowała za podstawę dla odróżniania pewnych rodzajów złego zamiaru: 1) jego stanowczość, 2) czas jego powzięcia i 3) jego kierunek.

1. Z uwagi na stanowczość zamiaru przyjęto go dzielić na oznaczony *(dolus determinatus)* i nieoznaczony *(d. indeterminatus)*.

a. Zamiar oznaczony jest wolą, skierowaną bezwarunkowo ku osiągnięciu jednego lub kilku w umyśle sprawcy ściśle określonych skutków przestępnych. Np. Piotr podpala dom, aby stał się ofiarą pożaru, lub aby oprócz tego jeszcze zginął w jego płomieniach przebywający w tym domu obłożnie chory Paweł.

b. Zamiar nieoznaczony jest wolą, nie skierowaną nigdy bezwarunkowo ku osiągnięciu jakiegokolwigk ściśle określonego skutku przestępnego. Tu zdarzyć się mogą trzy następujące przypadki:

α. Sprawca chciał sprowadzić skutek przestępny, który tylko w jego umyśle przedstawia się jako określony (chciał skrzywdzić na ciele człowieka), ale który z punktu widzenia prawa jest kategoryą, obejmującą różne szczególne

skutki przestępne (lekkie, względnie ciężkie uszkodzenie cielesne, uśmiercenie), z których każdy uchodził dla sprawcy za możliwą, a w równym stopniu pożądaną postać skutku, odpowiadającego jego zamiarowi. Jest to t. zw. zamiar ogólny *(dolus generalis)* [1].

β. Sprawca zdawał sobie z tego jasny rachunek, że z jego działania powstać mogą różne, ściśle określone skutki przestępne (np. uszkodzenie ciała lub śmierć), ale skierował swoję wolę ku sprowadzeniu jednego tylko i to któregokolwiek z tych skutków. Tu ma miejsce t. zw. zamiar zamienny *(d. alternativus)*.

γ. Sprawca skierował swoje działanie ku sprowadzeniu jakiegoś skutku nieprzestępnego, ale przewidywał, że z jego działania powstać może jakiś skutek przestępny i nawet myśl, że ów przewidywany przezeń skutek stałby się następstwem jego działania, nie zdołała go powstrzymać od tego ostatniego. Wtedy powiadamy, że sprawca działał z zamiarem wynikowym *(d. eventualis)*, t. j., że ewentualnie skierował swoją wolę także ku sprowadzeniu przewidywanego przez siebie skutku przestępnego [2]. Np. właściciel mocno uszkodzonego, a wysoko ubezpieczonego statku chce raz jeszcze użyć go do przewozu osób lub towarów, a to nawet na przypadek, gdyby miał on zatonąć z całą załogą.

[1] Podana przez nas charakterystyka zamiaru ogólnego opiera się na poglądach Hermanna *(Arch. d. Cr. R.* 1856) i Bindinga *(Normen II*, str. 422 i nast.) Inaczej określał *dolus generalis* Krug *(Dolus u. culpa*, 1854), zdaniem którego zamiar ten miał oznaczać wolę, nie skierowaną ku osiągnięciu żadnego przez sprawcę określonego skutku przestępnego. Taki *dolus generalis* sprzeciwiałby się istocie winy umyślnej.

[2] Löffler podciąga ten przypadek pod pojęcie winy osobnego rodzaju. Jest to tak zwana w jego systemie *Wissentlichkeit* (wina z przewidzenia) stojąca w pośrodku między winą umyślną a nieumyślną. Pod względem karygodności jednak stawia Löffler zamiar wynikowy, jako najwyższy stopień winy z przewidzenia, narówni z winą umyślną (*Schuldformen*, str. 4—11). Por. wyżej nr. 276, dop. 1.

284. 2. Z uwagi na czas powzięcia złego zamiaru, dzielono go dawniej na poprzedni *(d. antecedens)*, współczesny *(d. concomitans)* i następny *(d. subsequens)*.

Zamiar nazywano *poprzednim* w przypadku nieumyślnego sprowadzenia skutku przestępnego, po spełnieniu działania, któremu towarzyszył zamiar wywołania owego skutku. Np. Piotr strzela do Pawła w zamiarze morderczym, rani go lekko, ale tem niemniej wprawia go w stan zupełnego omdlenia (usiłowane morderstwo), następnie zaś w przekonaniu, że położył go trupem, rzuca go do rzeki, aby zatrzeć ślady swojej zbrodni i wskutek tej ostatniej dopiero czynności Paweł traci życie (nieumyślne zabicie człowieka z § 335 k. k.). Dzisiejsza teorya przyjmuje w podobnym przypadku zbieg dwóch przestępstw: umyślnego, jako usiłowanego, i nieumyślnego, jako dokonanego.

Zamiar nazywano *następnym* wtenczas, jeżeli sprawca powziął go dopiero po spełnieniu odnośnego czynu. Np. Piotr zabrał z posiadania Pawła bez jego wiedzy zegarek, aby mu go zwrócić nazajutrz i zabawić się jego zakłopotaniem, a zamiar zatrzymania tego zegarka powziął dopiero następnie. Przenosząc całkiem dowolnie [1] ten ostatni zamiar Piotra na poprzednie jego działanie, należałoby w tym przypadku uznać go winnym kradzieży. Racyonalnie jednak powyższe postępowanie Piotra mogłoby uchodzić za przestępstwo umyślne tylko o tyle, o ile byłoby niem, według kodeksu, samo przyswojenie sobie cudzej rzeczy przez osobę, która już miała ją w swojem posiadaniu. W myśl tej reguły, Piotr dopuściłby się w naszym przykładzie przestępstwa, które byłoby usunięciem cudzej rzeczy według kod. k. niem. *(Unterschlagung*, § 246), a oszustwem według naszego kodeksu (§§ 200, 201, *c*).

Z powyższego wywodu przekonaliśmy się, że zły zamiar powinien zawsze towarzyszyć działaniu, któremu ma nadawać charakter przestępstwa umyślnego, czyli powinien być w stosunku do niego współczesnym.

[1] Skąd bowiem pewność, że Piotr, który postanowił przywłaszczyć sobie cudzą rzecz, już znajdującą się w jego posiadaniu, byłby powziął zamiar zabrania jej w powyższym celu z posiadania Pawła? *Odia non praesumuntur.*

285. 3. Z uwagi na kierunek złego zamiaru, odróżniano dawniej powszechnie zamiar bezpośredni *(dolus directus)* i pośredni *(dolus indirectus)*.

Zamiar bezpośredni oznacza wolę sprawcy, skierowaną wprost do tego skutku przestępnego, który stał się, względnie miał stać się wynikiem jego działania, np. Piotr napadł na Pawła, aby mu odebrać życie i bądź zabił go, bądź też usiłował to uczynić.

Zamiar pośredni zaś ma oznaczać wolę sprawcy o tyle tylko skierowaną do skutku przestępnego, sprowadzonego przez jego działanie, o ile sprawca chciał przez to ostatnie wywołać jakiś inny, także niedozwolony, ale mniej przestępny skutek, tudzież o ile z czynności, spełnianych w podobnym celu, pospolicie lub łatwo wypływają takie następstwa, jak ten właśnie skutek bardziej przestępny, który powstał z działania sprawcy.

Od znanego nam już zamiaru ewentualnego (nr. 283. b. γ.) różni się zamiar pośredni tem, że oznacza wolę skierowaną bezpośrednio ku sprowadzeniu jakiegoś skutku mniej przestępnego (tam nieprzestępnego).

Historycznie zamiar pośredni powstał, jako kompromis między prawem rzymskiem, które za cechę istotną winy umyślnej uważało zamiar, skierowany do pewnego oznaczonego skutku przestępnego, a starem prawem niemieckiem, które w bardzo szerokich granicach przyjmowało odpowiedzialność człowieka za »*Ungefährswerke*«. Dużo nowego światła rzucił na tę kwestyą Löffler *(Die Schuldformen des Strafrechts*, I, 1895), wykazując, że już z końcem wieku XV wytworzyła się we Włoszech teorya, dozwalająca w przypadkach t. zw. »*versari in re illicita*« podciągać pod pojęcie skutku, zamierzonego przez sprawcę, także wywołany przezeń skutek bardziej przestępny, skoro tenże dopuszczał z jego strony przewidzenia, a więc prawdopodobnie był też przez niego przewidziany. W myśl tej teoryi, którą już sformułował kanonista Bernard Papiensis *(Summa Decret.* 1191) należało osobie, która puszczała się na drogę prawu przeciwną, poczytywać za winę umyślną wszelkie sprowadzone przez nią skutki przestępne, byle tylko przewidzenie ich uchodziło powszechnie za rzecz możliwą. Ta teorya stała się niewątpliwie podstawą dla późniejszego pojęcia zamiaru pośredniego *(dolus indirectus)*, wprowadzonego do Niemiec w XVII wieku przez Karpzowa *(Practica nova*, 1635), a prawdopodobnie zaczerpniętego przezeń bezpośrednio z pism kanonisty hiszpańskiego z XVI w. Covarruvias'a[1]. Odtąd zamiar pośredni zdobywa sobie w Niemczech powszechne uznanie i służy przedewszystkiem do tego, aby uśmiercenie człowieka, wywołane przez drugą osobę w drodze »*versari in re illicita*« módz jej poczytywać za winę umyślną[2]. Dopiero od Feuerbacha, który tej konstrukcyi prawniczej zarzucił, że się opiera na *praesumptio doli*, kryminaliści niemieccy odwracają się od niej coraz otwarciej i powoli ustala się w nauce dziś powszechnie panujący pogląd, że w przypadkach wywołania skutku bardziej przestępnego za pomocą czynu, spełnionego w zamiarze, sprowadzenia skutku mniej przestępnego, należy widzieć zbieg dwóch przestępstw: *nieumyślnego* ze względu na pierwszy, a *umyślnego* ze względu na drugi z tych skutków[3].

[1] *Covarruvias y Leyva (Didacus)*, ur. 1512, † 1577. Patrz Löffler, l. c. str. 141, 166—171.

[2] Carpzow: *Practica qu.* I, nr. 15. Z późniejszej literatury, dotyczącej wspomnianego w tekście przypadku zamiaru pośredniego, zanotować wypada rozprawę Glänzera (przypisywaną także Nettelbladtowi), wydaną w r. 1776 p. t. *De homicidio ex intentione indirecta commisso*‹.

[3] Feuerbach chciał w miejsce zamiaru pośredniego wprowadzić osobny rodzaj winy pod nazwą *culpa dolo determinata*. Wina ta byłaby czemś pośredniem między winą umyślną a nieumyślną, a mianowicie byłaby lżejszą od pierwszej z powodu braku zamiaru w kierunku skutku bardziej przestępnego, a cięższą od drugiej z powodu zamiaru w kierunku skutku mniej przestępnego. Pojęcie to jednak nie utrzymało się długo w nauce.

286. Aczkolwiek zamiar pośredni, jako osobna forma winy umyślnej, dawno już zarzucony został przez doktrynę prawa karnego i przez większość kodeksów (wyjątkiem jest prawo austryackie); to jednak w systemie tych ostatnich odnajdujemy dotąd bardzo wiele przepisów, natchnionych widocznie myślą przewodnią owego zamiaru. Są to przepisy, które surowszą kwalifikacyą niektórych przestępstw czynią zawisłą od powstania jakiegoś gorszego skutku, przez sprawcę nie zamierzonego, ale tylko dopuszczającego z jego strony przewidzenia. Przepisów takich pełno jest we wszystkich kodeksach karnych. Do nich w kodeksie austryackim należą w szczególności §§ 86 al. 2, 88, 126, 128, 130, 148, 150, 151, 155, 156, 160, 161, 167 *a*, 195.

287. Kodeks austryacki jednak nie ogranicza się nawet do przepisów powyższego rodzaju, lecz oprócz tego przyjmuje wyraźnie zamiar pośredni, jako osobną formę winy umyślnej.

Znamiona istotne tego zamiaru są w myśl § 1 naszego kodeksu następujące:

a) Trzeba, aby bezpośrednim zamiarem sprawcy było sprowadzenie jakiegoś skutku przestępnego.

b) Trzeba, aby z tego, co przez sprawcę, celem urzeczywistnienia powyższego zamiaru, »przedsięwzięte lub zaniechane zostało«, wypłynął skutek bardziej przestępny. Nie wystarcza jednak wywołanie przez sprawcę skutku bardziej przestępnego z okazyi umyślnego spełnienia jakiegoś innego lżejszego przestępstwa, lecz trzeba, aby

skutek bardziej przestępny znalazł swoją przyczynę w działalności sprawcy, należącej do istotnych *(essentialia)* nie zaś tylko przypadkowych *(accidentalia)* znamion bezpośrednio przez sprawcę zamierzonego przestępstwa. Tak np. Piotr nie będzie odpowiadał za zabójstwo z § 140 k. k. wtedy, gdy w zamiarze okradzenia Pawła sięgnął do jego kieszeni, znalazł w niej rewolwer nabity, który poruszony niebacznie jego ręką, wypalił i położył trupem Pawła. Zabójstwo zaś będzie mu poczytane w razie, jeżeli, napadłszy na Pawła w zamiarze wyrządzenia mu uszkodzenia cielesnego, stał się przez to przyczyną jego śmierci.

c) Trzeba, aby skutek bardziej przestępny mógł uchodzić za następstwo, które pospolicie wypływa lub przynajmniej łatwo wypływać może z tego, co przez sprawcę »przedsięwzięte lub zaniechane zostało« w wykonaniu bezpośrednio przezeń zamierzonego przestępstwa. Warunek ten należy niewątpliwie pojmować w rozumieniu nie przedmiotowem, lecz podmiotowem, w myśl którego poczytanie komuś zamiaru pośredniego w odniesieniu do skutku bardziej przestępnego ma w każdym konkretnym przypadku zależeć od wyjścia na jaw, że sprawca przewidział, względnie mógł był przewidzieć ów gorszy skutek. Kwestya ta jednak jest sporna zarówno w nauce, jak w judykaturze Najwyższego Trybunału [1].

Bliższy rozbiór znaczenia zamiaru pośredniego w prawie austryackiem patrz niżej t. II, nr. 582, 583.

[1] Za teoryą przedmiotową oświadczają się Glaser: *Ueber die Stellung des österr. Strafgesetzes gegenüber der Lehre vom indirecten Vorsatz* (1855. *Gesamm. Schriften*, 1868, II, str. 73), Lammasch w *Allg. österr. Ger. Ztg.* 1896, nr. 22 i w *Grundriss* str. 26; tudzież Orzecz. Najwyż. Tryb. nr. 211, 966, 1294. Za teoryą podmiotową przemawiają Geyer w *Allg. österr. Ger. Ztg.* 1858, nr. 19, 20; Janka: *Strafr.* § 50; Finger w *Gellera Centralblatt*, 1887; Löffler: *Schuldformen*, str. 194—202, oraz w *Gellera Centralblatt*, 1896.

288. II. Rodzaje postanowienia przestępnego. Postanowienie przestępne może być owocem większej lub mniejszej rozwagi. Na tem opiera się podział winy umyślnej na rozmyślną *(dolus praemeditatus)* i nierozmyślną *(d. non praemeditatus vel repentinus)*. Znamieniem pierwszej jest rozwaga, dzięki której sprawca zastanowił się dobrze nad tem, co postanowił uczynić, celem sprowadzenia zamierzonego skutku przestępnego. Istotną cechą drugiej jest powzięcie przez sprawcę postanowienia przestępnego raczej w uniesieniu umysłu, niż na podstawie dojrzalszego obmyślenia tego, co uznał za właściwe uczynić.

Do której z tych dwóch kategoryj należy zaliczyć postanowienie przestępne danej osoby jest pytaniem, które sędzia potrafi rozstrzygnąć tylko w drodze bacznego uwzględnienia wszystkich okoliczności, które towarzyszyły jego wykonaniu[1]. Pytanie to zaś posiada w prawie karnem doniosłość nietylko dlatego, że w odniesieniu do wszystkich przestępstw rozmyślność postanowienia wpływać ma podwyższająco na wymiar kary (§ 43 k. k.), ale także z tego jeszcze powodu, że, według powszechnie przyjętej teoryi, podział postanowienia przestępnego na rozmyślne i nierozmyślne służy za podstawę do przeprowadzenia granicy między morderstwem *(Mord)*, jako rozmyślnem, a zabójstwem *(Todtschlag)*, jako nierozmyślnem uśmierceniem człowieka[2].

[1] Niektóre ustawy (kod. franc. art. 297, rosyjski art. 4) uważają za cechę charakterystyczną rozmyślności postanowienia upływ pewnego czasu między powzięciem zamiaru a zapadnięciem postanowienia przestępnego. (Por. Budziński: *Wykład* nr. 132). Okoliczność ta jednak nie może służyć za kryteryum bezwzględne dla naszej kwestyi. Szybkość, z jaką człowiek może zdobyć się na postanowienie rozmyślne, nie dopuszcza z góry żadnego obliczenia. Zależy ona od charakteru indywidualnego odnośnych osób. Są ludzie, którzy potrafią decydować się natychmiast, a jednak z należytą rozwagą, a są znów inni, którzy nawet po bardzo długim namyśle, gotowi są w końcu zdobyć się na jakiś krok nierozważny. Tak np. Piotr już przed rokiem powziął zamiar zabicia Pawła. Tymczasem, będąc z natury chwiejny, długo nie potrafił zdecydować się na żaden z przychodzących mu na myśl sposobów uśmiercenia Pawła. Nagle po roku spotyka on tego ostatniego i, mając przypadkowo rewolwer w kieszeni, postanawia nagle wystrzelić do Pawła, co też natychmiast uskutecznia. Postanowienia tego nie możnaby nazwać rozmyślnem.

[2] Inaczej w myśl kodeksu austryackiego, który różnicę między morderstwem a zabójstwem opiera na podziale złego zamiaru na bezpośredni i pośredni (§§ 134, 140).

B. Wina nieumyślna

(culpa, Fahrlässigkeit).

1. Pojęcie winy nieumyślnej.

§ 64.

289. Do istoty winy nieumyślnej wchodzi tylko jeden prawu przeciwny kierunek woli sprawcy, a mianowicie postanowienie przestępne. Występuje ono tutaj jako wola rozwinięcia działalności, która stała się przyczyną pewnego, wprawdzie przez sprawcę niezamierzonego, ale przewidzianego przezeń, względnie przewidzenia z jego strony dopuszczającego skutku przestępnego. Z tej ostatniej okoliczności wypływa przestępność postanowienia sprawcy, który przez to, że chciał spełnić odnośne działanie pomimo, że przewidział, względnie mógł był przewidzieć skutek przestępny, który z niego wynikł, upoważnia prawo do uważania go nietylko za fizyczną, lecz i za moralną przyczynę owego skutku. Prawo bowiem, zabraniając człowiekowi stawania się przyczyną, pewnych skutków przestępnych (np. śmierci drugiego), zabrania mu właściwie tylko działań, sprowadzających owe skutki. Jeżeli więc człowiek dobrowolnie spełnił podobne działanie, nie znalazłszy się co do jego charakteru przedmiotowego

w błędzie nieprzezwyciężonym t. j. nie bywszy pozbawiony możności przewidzenia wywołanego przez nie skutku przestępnego; to dał przez to do zrozumienia, że wolał nie zwracać na to baczniejszej uwagi, iż naraża się na niebezpieczeństwo sprowadzenia odnośnego skutku przestępnego, niż powstrzymać się od działania, które samo przez się przedstawiało dla niego interes.

Nie chcę przez to twierdzić, iżby sprawca przestępstwa nieumyślnego chciał kiedykolwiek pogodzić się z myślą, że z jego działania wypłynie skutek przestępny. Przypuszcza on jednak, względnie przypuszczać powinien, że naraża się na niebezpieczeństwo wywołania takiego skutku, a wina jego polega właśnie na tem, że pomimo to spełnia postanowione działanie.

Przestępstwo nieumyślne nie jest więc przełamaniem innej normy prawa niż ta, którą narusza przestępstwo umyślne[1]. Przeciwko zakazowi »nie zabijaj« występuje zarówno ten, kto umyślnie pozbawia człowieka życia, jak i ten, kto nieumyślnie staje się winnym jego śmierci. Całą różnicę między tymi winowajcami streścić można w tem, że pierwszy chciał działanie, które stało się przyczyną śmierci człowieka, spełnić dlatego właśnie, aby za jego pomocą skutek ten sprowadzić, lub przynajmniej nawet na przypadek, gdyby ten skutek miał z niego wyniknąć *(d. eventualis;* por. nr. 283 ad 1 b. γ); drugi zaś chciał spełnić owo działanie w zamiarze całkiem nieprzestępnym, a nie powstrzymał się od niego dlatego tylko, że bądź nie brał na seryo swego przewidzenia, iż z tego powodu jakiś człowiek może utracić życie, bądź też, że nie chciał dołożyć tej ostrożności, do której był zdolny, a dzięki której byłby potrafił przewidzieć możność nastąpienia powyższego skutku[2].

[1] Niektórzy autorowie jednak opierają podział winy na umyślną i nieumyślną na różnicy między normami, które łamie przestępca. Pod tym względem wytworzyły się dwa zapatrywania. 1) Jedni (Feuerbach literat. nr. 271. dop. 1; Carrara: *Programma del corso di diritto criminale*, I, § 80) widzą w winie umyślnej przełamanie zakazu sprowadzania pewnych skutków przestępnych, a w winie nieumyślnej — przełamanie nakazu postępowania w każdej chwili z tą uwagą, która jest potrzebna dla przewidywania skutków przestępnych. Przeciwko temu trzeba zaznaczyć, że *obligatio ad diligentiam* nie stanowi, sama przez się, żadnego obowiązku prawnego, lecz tylko w połączeniu z obowiązkiem nie stawania się przyczyną pewnych skutków przestępnych za pomocą działań, o których sprawca, przy dołożeniu pewnej uwagi, byłby się dowiedział, że mogą wywołać owe skutki. 2) Drudzy (Stübel: *System des peinl. Rechts*, 1795, II, str. 38 i 54) utrzymują, że w winie umyślnej tkwi naruszenie zakazu niszczenia lub uszkadzania jakiegoś dobra, a w winie nieumyślnej — naruszenie zakazu narażania jakiegoś dobra na niebezpieczeństwo. Przeciwko temu poglądowi przemawia ta okoliczność, że do pojęcia przestępstwa nieumyślnego wchodzi rzeczywiste zniszczenie lub uszkodzenie jakiegoś dobra, znajdującego się pod ochroną prawa.

Z całkiem innego punktu widzenia chciano określać winę umyślną jako stosunek, w którym wola sprawcy znajduje się w równowadze (przestępstwo dokonane) lub w przewadze (przestępstwo usiłowane) w odniesieniu do jego czynu; a winę nieumyślną — jako stosunek, w którym czyn sprawcy ma przewagę nad jego wolą. Berner: literat. nr. 271, dop. 1; por. też moją książkę: *Zasady nauki o usił. przest.* § 16.

[2] Binding określa winę nieumyślną jako *»das Wollen des Unrechts, ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Gewollten, bei einem Handlungsfähigen«. Normen*, II, § 39, str. 119 (r. 1877). Berolzheimer: *(System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* t. V, str. 68, r. 1907) określa *dolus* jako *Erfolgswille*, *culpa* jako *Willensunterlassung der Erfolgsvermeidung.*

2. Stopnie winy nieumyślnej.

§ 65.

290. Winę nieumyślną przyjęto dzielić na dwa stopnie, a mianowicie na *a)* winę z przewidzeniem czyli lekkomyślność *(luxuria, Frewelhaftigkeit* i *b)* winę z możnością przewidzenia czyli niedbalstwo *(negligentia, Nachlässigkeit).*

a) Znamieniem istotnem lekkomyślności jest to, że sprawca wprawdzie przypuszczał możność sprowadzenia, za pomocą swego czynu, pewnego skutku przestępnego, ale nie traktował na seryo tego przypuszczenia, lecz przeciwnie łudził się nadzieją, że przewidziany przezeń skutek przestępny nie wyniknie z jego czynu. W tej nadziei tkwi różnica między lekkomyślnością a winą umyślną z zamiarem wynikowym (nr. 283 b, γ).

b) Cechą charakterystyczną niadbalstwa jest brak przewidzenia przez sprawcę sprowadzonego przezeń skutku przestępnego, w związku z tą okolicznością, że przyczyną tego braku przewidzenia stała się tylko nieostrożność *(Unvorsichtigkeit)* lub nieuwaga *(Unbedachtsamkeit)* sprawcy. Przez nieostrożność przyjęto powszechnie pojmować przypadek odwrócenia w chwili krytycznej przez sprawcę uwagi od spełnionego przezeń czynu *(animum avertere);* podczas gdy nieuwaga ma oznaczać przypadek, gdy sprawca nie zastanawiał się wcale nad możliwością wywołania przez jego czyn skutku przestępnego *(animum non advertere).*

291. Dwie kwestye zasługują jeszcze na rozbiór w odniesieniu do winy nieumyślnej i jej stopni: 1) na jakiej podstawie należy rozstrzygać pytanie, czy sprawca czynu, z którego wyniknął skutek przestępny, przewidział, względnie był w stanie przewidzieć możność sprowadzenia owego skutku; 2) jaki wpływ mają wywierać stopnie winy nieumyślnej na jej kwalifikacyą kryminalną.

ad 1). Pytanie to będzie można rozstrzygnąć tylko na podstawie dokładnego zbadania wszystkich okoliczności, towarzyszących każdemu szczególnemu przypadkowi, ze starannem uwzględnieniem zarówno zwyczajnej przezorności, której żądać można od każdego przeciętnego człowieka, jak i tej przezorności konkretnej, której można było spodziewać się od sprawcy, z uwagi na jego indywidualne uzdolnienie lub stanowisko zawodowe[1]. W każdym razie tylko wyjątkowo godziłoby się żądać od sprawcy przezorności, przewyższającej tak zwaną *diligentiam boni patris familias* i pociągać go do kary za *culpa levissima.*

ad 2). Według powszechnie wyznawanej opinii lekkomyślność ma zasługiwać na surowszą karę niż niedbalstwo, a w zakresie znów tego ostatniego nieostrożność ma być karana surowiej niż nieuwaga. Opinia ta opiera się niewątpliwie na tym argumencie, że wina sprawcy musi rosnąć w miarę, jak staje się dla niego rzeczą łatwiejszą przyjmowanie w rachubę możliwości sprowadzenia skutku przestępnego. Liczenie się zaś z tą możliwością jest dla sprawcy najtrudniejsze w przypadku nieuwagi, mniej trudne w przypadku nieostrożności, a już bardzo łatwe w przypadku, zwanym lekkomyślnością[2].

[1] To stanowisko zajmuje też kod. k. austr. Oświadcza on mianowicie w § 335, że o sprawcy czynu, wskutek którego człowiek utracił życie lub doznał ciężkiego uszkodzenia cielesnego, trzeba będzie utrzymywać, że przewidział, względnie był w stanie przewidzieć możliwość sprowadzenia którego z tych skutków w trzech następujących przypadkach: *a)* jeżeli skutki te należą do zwyczajnych i dla każdego łatwo rozpoznawalnych następstw spełnionego czynu; *b)* jeżeli wydano i obwieszczono pewne przepisy, które miały być przestrogą dla sprawcy; *c)* jeżeli stosunki osobiste sprawcy (stan, urząd, powołanie, rzemiosło) pozwalają przypuszczać, że możliwość wywołania którego z tych skutków dla niego ukryta być nie mogła.

[2] Niektórzy kryminaliści (Hälschner: *Strafr.* 1881, I, str. 317; Liszt: Lehrb. § 42) sądzą, że przeciwnie należałoby często traktować surowiej nieuwagę, niż lekkomyślność, gdyż w pierwszym przypadku sprawca nie raczy nawet zastanawiać się nad tem, co czyni, a więc pociąganie go do łagodniejszej kary, byłoby niejako wynagradzaniem przez prawo tak bardzo szkodliwej bezmyślności postępowania. Pogląd ten byłby słuszny wtedy tylko, gdyby przestępstwo nieumyślne było przełamaniem nie zakazu, sprowadzania pewnych skutków szkodliwych, lecz nakazu, nakładającego na ludzi *obligationem ad diligentiam.* Patrz przeciwko tej konstrukcyi wyżej nr. 289, dop. 1.

III. Okoliczności wyłączające winę.

§ 66.

292. Są to okoliczności, usuwające znane nam już warunki, od których zawisła możność poczytania człowiekowi za winę spełnionego przezeń czynu przestępnego. Warunki te nazwaliśmy poczytalnością sprawcy i przypisalnością czynu (nr. 272). Wynika stąd podział okoliczności, wyłączających winę, na dwie kategorye. Są, niemi: *A)* stany, które sprowadzają brak poczytalności kryminalnej; — *B)* stosunki, które wywołują brak przypisalności czynu.

A. Stany niepoczytalności kryminalnej przestępcy.

§ 67.

293. Wiemy, że poczytalność kryminalna jest zdolnością, którą może posiadać tylko człowiek, obdarzony dojrzałą i zdrową inteligencyą, a mianowicie tą, która mu jest niezbędna do uznawania nad sobą rządów prawa i do kierowania się pobudkami, przez nie wzniecanemi. Inteligencya ta może nie dopisywać człowiekowi z trzech głównych przyczyn, t. j. dlatego, że bądź 1) nie wytworzyła się jeszcze (stany niedojrzałości umysłu), bądź, 2) zamąciła się chwilowo (stany zaburzenia umysłowego), bądź nareszcie 3) uległa trwałemu rozstrojowi (choroby umysłowe).

We wszystkich trzech przytoczonych wyżej przypadkach zachodzi niepoczytalność kryminalna[1], który to stan nie pozwala znajdującej się w nim osobie poczytywać za winę żadnego przestępstwa.

[1] Między poczytalnością a niepoczytalnością kryminalną nie można przyjmować żadnego stanu pośredniego pod nazwą zmniejszonej poczytalności *(verminderte Zurechnungsfähigkeit)*. To ostatnie pojęcie, znane niektórym psychiatrom (Casper, Griesinger, Ideler), tłómaczy się tylko pomieszaniem kwestyi, dotyczącej zdolności człowieka do odpowiadania za przestępstwa, z pytaniem, jak należy przystosować karę do różnych stopni tej zdolności. Pomimo to jednak używa terminu poczytalności zmniejszonej *(responsabilite restreinte)* projekt kod. karn. szwajc. (art. 10).

1. Stany niedojrzałości umysłu.

§ 68.

294. Niedojrzałość umysłu bywa *a)* normalna, lub *b)* nienormalna. Jedyną przyczyną pierwszej jest niedojrzałość wieku (małoletność). Do przyczyn drugiej należy zaliczyć: głuchoniemotę, kretynizm i dzikość.

295. *a)* Normalna niedojrzałość umysłu. Jest to niedojrzałość, która do pewnego wieku musi być udziałem każdego człowieka[1]. Doświadczenie uczy, że człowiek, przyszedłszy na świat, nie odrazu znajduje się w posiadaniu tej jasności poznania i tej energii woli, które są niezbędne do tego, aby prawo mogło uważać go za zdolnego do stawania się nietylko fizyczną, lecz i moralną przyczyną przestępstw. Na tej podstawie należy pierwsze lata w życiu każdego człowieka uważać za okres jego *bezwarunkowej niepoczytalności kryminalnej.*

Okres powyższy jednak nie u wszystkich ludzi obejmować będzie jednakową przestrzeń czasu. Dojrzewanie bowiem naszego umysłu zależy w wysokim stopniu od otaczających nas warunków klimatycznych, ekonomicznych, rodzinnych, pedagogicznych, towarzyskich, a przedewszystkiem — od naszego charakteru indywidualnego. Ze względu na tę znów okoliczność, dochodzimy do przekonania, że byłoby ze strony prawa rzeczą wielce nieracyonalną, gdyby w odniesieniu do poczytalności krymi-

nalnej chciało przyjmować tylko dwa bezpośrednio z sobą powiązane okresy wieku ludzkiego, a mianowicie okres, usuwający bezwarunkowo ową poczytalność i okres, któryby ją bezwarunkowo uzasadniał. Między pierwszym a drugim okresem powinno być koniecznie pozostawione miejsce dla okresu pośredniego, któryby się tem odznaczał, że w jego ramach już nie ustawodawca rozstrzygałby z góry o poczytalności odnośnych osób, lecz sędzia w każdym szczególnym przypadku, na podstawie dokładnego zbadania stopnia dojrzałości umysłowej każdego obwinionego, orzekałby o tem, czy można lub nie uważać go za odpowiedzialnego pod względem kryminalnym. Jest to tak zwany okres *warunkowej poczytalności.*

[1] Baumert: *Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen*, 1877. Appelius: *Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder*, 1892 (Czasopismo Liszta t. XIII). Lenz: *Die Zwangserziehung in England*, 1894. Zucker: *Ueber die Behandlung der verbrecherischen und arg verwahrlosten Jugend in Oesterreich*, 1894. Berger: *Jugendschutz und Jugendbesserung*, I, t. 1897. Schmölder w *Ger. S.* t. 49, str. 157. Specyalnie co do projektowanej reformy prawa karnego austryac. w odniesieniu do nieletnich patrz Löffler: Die strafrechtliche Behandlung Jugendlicher. 1908.

296. System odróżniania ze względu na poczytalność kryminalną trzech okresów wieku ludzkiego, a mianowicie okresów 1) bezwarunkowej niepoczytalności, tudzież 2) warunkowej i 3) bezwarunkowej poczytalności, znany już prawu rzymskiemu i kanonicznemu ma za sobą i dzisiaj nietylko *communis opinio doctorum*, ale także prawo angielskie tudzież większość nowszych kodeksów karnych (rosyjski z r. 1866, art. 94, 137; niemiecki z r. 1871, §§ 55—57; węgierski z r. 1878, §§ 83—87; holenderski z r. 1881, art. 38, 39; włoski z r. 1889, art. 53—56; najnowszy projekt austr. z r. 1909, §§ 5, 6)[1].

Od tego systemu odbiega z jednej strony prawo francuskie, odrzucając okres bezwarunkowej niepoczytalności

(art. 66—69)[2], z drugiej zaś — kodeks austryacki, któremu obcy jest okres warunkowej poczytalności.

[1] Według prawa rzymskiego okres pierwszy trwał do lat 7 *(infantia)*, drugi—od lat 7 do 12 dla dziewczyn, do 14 dla chłopców *(impubertas)*, poczem zaczynał się okres bezwarunkowej poczytalności z tem jednak zastrzeżeniem, że wiek poniżej pełnoletności cywilnej (lat 25) miał stanowić okoliczność, łagodzącą karę.—Według kod. niem. okres warunkowej poczytalności trwa od ukończonych 12 do 18 lat (16 lat według kod. węg.); według kod. rosyjskiego od ukończonych 10 do 17 lat; według kod. włoskiego od ukończonych 9 do 14 lat; według proj. austr. od 14 do 18 lat. Jeżeli okaże się, że obwiniony, należący wiekiem do omawianego tu okresu, spełnił przestępstwo z należytym rozeznaniem *(erforderliche Einsicht — discernimento)*, to w myśl powyższych ustaw, sędzia uzna go wprawdzie za winnego, ale ukarze łagodniej. — Już w ramach okresu bezwarunkowej poczytalności wpływać ma łagodząco na karę wiek od lat 14 do 18 według kod. wł. (art. 55), od lat 17 do 21 według kod. ros. (art. 137—140).

[2] Kod. franc. w brzmieniu ustawy z 12 kwietnia 1906 uważa poczytalność za warunkową do lat 18. Obwiniony, należący do tego okresu, ma odpowiadać kryminalnie, jeżeli sędzia uzna, że działał *avec discernement*, przyczem jednak podlegać będzie łagodniejszym karom (art. 67). W przeciwnym przypadku sędzia zarządzi oddanie sprawcy w ręce władzy rodzicielskiej, lub stosownie do okoliczności inne środki zaradcze, jako to opiekę przymusową lub osadzenie w domu poprawy. Podobnie zapatruje się na tę kwestyą kodeks belgijski z r. 1867. — Systemowi temu słusznie zarzucają, że przed kratki sędziego kryminalnego powołuje człowieka niemal od pierwszej chwili jego przyjścia na świat. Dopiero w drodze praktyki ustaliła się we Francyi reguła, że dzieci poniżej lat 7 uważają się z góry za niezdolnych do popełniania przestępstw z należytem rozeznaniem. Por. Garraud: *Traité*, t. I, str. 439, dop. 4.

297. Według kodeksu austryackiego okres bezwarunkowej niepoczytalności trwa krócej co do zbrodni, niż co do występków i przekroczeń.

Co do zbrodni. Tu okres bezwarunkowej niepoczytalności obejmuje tylko tak zwane dzieciństwo *(Kindheit)* t. j. wiek do ukończonych 10 lat (§§ 2, *d*, 237,

269, *a)*[1]. Z chwilą, gdy człowiek rozpoczął jedenasty rok życia, otwiera się już dla niego okres bezwarunkowej poczytalności kryminalnej w odniesieniu do zbrodni. Odtąd niedojrzałość jego wieku wpływać ma tylko łagodząco na kwalifikacyą kryminalną spełnionego przezeń przestępstwa lub na wymiar kary. Pod tym względem mianowicie należy jeszcze w myśl naszego kodeksu przywiązywać doniosłe znaczenie do dwóch następujących okresów: *a)* od jedenastego roku życia do ukończenia 14 lat; *b)* od piętnastego roku życia do ukończenia 20 lat. Pierwszy czasokres, obejmujący t. zw. nieletność *(Unmündigkeit)* jest ważny z tego powodu, że nadaje przestępstwu, skądinąd zbrodnię stanowiącemu, charakter przekroczenia, karanego według osobnych przepisów, zawartych w §§ 270 — 272 k. k.[2]. Drugi czasokres uchodzi co do wszystkich kar za okoliczność łagodzącą (§ 46 *a)*, a oprócz tego sprowadza zamianę kary śmierci i więzienia dożywotnego na ciężkie więzienie od 10 do 20 lat (§ 52).

Co do występków i przekroczeń. Tu okres bezwarunkowej niepoczytalności kryminalnej obejmuje zarówno dzieciństwo, jak nieletność. Trwa on mianowicie do ukończenia czternastego roku życia. (§§ 237, 269, 273). W okresie tym należy ukaranie sprawcy przekazać władzy domowej. Od tej zasady kodeks nie pozwala nigdy odstępować w odniesieniu do dzieci (do 10 lat), podczas gdy w odniesieniu do nieletnich (od jedenastego roku do 14 lat) stanowi, że w razie, gdyby nie można było liczyć na skarcenie domowe, lub gdyby tego wymagały inne szczególne okoliczności, ma być rzeczą władzy bezpieczeństwa, zająć się ukaraniem winowajcy i użyciem odpowiednich środków zaradczych (§ 273)[3].

[1] Czas potrzebny do ukończenia odnośnego wieku życia oblicza się w myśl ogólnej reguły, podanej w art. VIII Pat. wprow., według roku kalendarzowego, wszakże *a momento ad momentum*. Odpowiednio do tego człowiek, urodzony o godzinie 2 popołudniu dn. 29 maja 1901, ukończy lat 14 nie z początkiem dn. 29 maja 1915, lecz dopiero z wybiciem w tym ostatnim dniu godziny 2 popołudniu. Gdyby znano tylko dzień urodzenia danej osoby, to dopiero z dojściem do końca dnia, będącego 14-tą rocznicą jej przyjścia na świat, wolno byłoby o niej powiedzieć, że ukończyła 14 lat. Por. Herbst ad art. VIII i ad § 2, *d*. Patrz także Orz. Najw. Tryb. nr 697 i 1016 wyd. Manza.

[2] Przestępstwo, które, popełnione przez starszą osobę, byłoby zbrodnią, ma w odniesieniu do nieletnich nietylko co do kary, ale i pod każdym innym względem, a więc także ze stanowiska proceduralnego, uchodzić za przekroczenie. Por. Makarewicz w *Krak. Czasop. prawn.* I, str. 143—160.

[3] W myśl § 8 Ust. z 24 maja 1885 (Dz. u. p. 89) władza bezpieczeństwa może w podobnych przypadkach zarządzić oddanie nieletniego do zakładu poprawczego, jeżeli tylko nieletni jest całkiem opuszczony i niema innego sposobu zapewnienia mu porządnego wychowania i nadzoru.

298. *b)* Nienormalna niedojrzałość umysłu. Do przyczyn jej należy przedewszystkiem zaliczyć głuchoniemotę, z którą człowiek przyszedł na świat, lub w którą popadł w dzieciństwie. Kalectwo to bowiem, pozbawiając osobę, niem dotkniętą, dwóch najważniejszych łączników ze światem zewnętrznym, musi w każdym razie utrudniać jej, jeżeli nie całkiem uniemożliwiać, dojście do zupełnej dojrzałości umysłu.

Innemi przyczynami nienormalnej niedojrzałości umysłu stawać się mogą kretynizm i dzikość. Przez kretynizm (idyotyzm) pojmujemy stan człowieka, któremu brak zdolności do tego, aby dojrzewać umysłowo; przez dzikość zaś—stan człowieka, który, wzrastając od wczesnego dzieciństwa w zupełnem odosobnieniu od świata i ludzi, nie mógł dotąd znaleść sposobności do poznania swoich obowiązków wobec społeczeństwa.

299. Najwłaściwiej byłoby uważać wszystkie trzy wskazane wyżej stany za okoliczności, uzasadniające warunkową poczytalność kryminalną. Do sędziego mianowicie należałoby w każdym szczególnym przypadku

zbadanie, ażali odnośna osoba, pomimo że jest dotknięta głuchoniemotą, kretynizmem lub dzikością, posiadała lub nie w odniesieniu do popełnionego przez nią przestępstwa rozeznanie, wystarczające do poczytania go jej za winę. To stanowisko jednak uznały za właściwe zająć niektóre kodeksy tylko co do głuchoniemoty, np. kod. niem. (§ 58), włoski (art. 58), węgierski (§ 88). Inne kodeksy, a do nich należy też ustawa austryacka, nic nie wspominają o stanach nienormalnej niedojrzałości umysłu, jako o osobnej kategoryi okoliczności, wyłączających poczytalność kryminalną. Z punktu widzenia tych kodeksów stany te będą mogły usuwać poczytalność tylko o tyle, o ile schodzić się będą u sprawcy z takiem przemijającem lub trwałem zaćmieniem umysłowem, jakie także, w odniesieniu do każdego innego człowieka, musiałoby uchodzić za okoliczność, wykluczającą poczytalność kryminalną. Osłabienie umysłowe niższej miary zalicza nasz kodeks tylko do okoliczności łagodzących (§ 46 *a*).

2. Stany zaburzenia umysłu (Sinnenverwirrung).

§ 69.

300. Stany te oznaczają u człowieka, psychicznie całkiem zdrowego, chwilowe zawieszenie zdolności do stawania się świadomą i dobrowolną przyczyną swoich postępków (§ 2 *c* k. k.). Do ich rzędu zaliczamy nieprzytomność umysłu wywołaną *a)* przez sen i różne powiązane z nim przypadłości, jako to lunatyctwo *(somnambulizm*, nocobłąd) i upojenie senne *(Schlaftrunkenheit)*[1]; *b)* przez odurzenie *(Betäubung)*, sprowadzone za pomocą środków zewnętrznych (silny cios) lub wewnętrznych (narkotyki, trunki alkoholiczne); *c)* przez maligne *(delirium)* t. j. gorączkę, mającą swoje źródło w chorobie fizycznej; *d)* przez poryw uczuciowy *(hochgradiger Affect)*, o ile nie jest tylko wybuchem żądzy, powiązanym z wyobrażeniem i upragnieniem zadowolenia, mającego być następstwem spełnionego czynu[2]. W tym ostatnim bowiem przypadku poryw uczuciowy nie odbierałby sprawcy należytego rozeznania i z tego powodu mógłby tylko uchodzić za okoliczność łagodzącą. Kodeks austryacki uznaje to wyraźnie z tem zastrzeżeniem, aby źródłem porywu było zwyczajne uczucie ludzkie t. j. uczucie, które pospolicie odzywa się w naszej naturze (§ 46 *d*).

[1] Tu należą także różne stopnie t. zw. snu hypnotycznego. Stany senne tem się wszystkie odznaczają, że podczas ich trwania jakiś nieznany mechanizm natury trzyma w zawieszeniu dowolne funkcye naszego ducha i ciała, a jednocześnie przenosi nas w jakiś świat, będący tylko wyrazem naszych urojeń. Co do hypnotyzmu patrz: Gilles de la Tourette: *L'hypnotisme et les états analogues*, 1887. Lilienthal: *Der Hypnotismus und das Strafrecht* (Czasop. Liszta t. VII, str. 281) a także rozprawy Forela i Riegera (Czasop. Liszta t. VIII, str. 315; t. IX, str. 131). Hirsch: *Die menschliche Verantwortlichkeit und die moderne Suggestionslehre*, 1896. Loewenfeld: *Der Hypnotismus*, 1901 *(Handbuch)*. Po polsku pisali o hypnotyzmie Ochorowicz, Fabian (1890) i Cybulski.

[2] Żądzę nazywamy nałogiem, jeżeli odzywa się pospolicie u jakiegoś człowieka, a namiętnością, jeżeli zagnieździła się tak głęboko w jego duszy, że, dla jej przezwyciężenia, musiałby on zdobyć się na bardzo wielki wysiłek woli.

301. Odnośnie do wszystkich stanów zaburzenia umysłowego, a w szczególności odnośnie do odurzenia, wywołanego opilstwem, nasuwa się doniosłe pytanie, o ile stany te wyłączać mają odpowiedzialność kryminalną osoby, która wprawdzie podczas ich trwania spełniła odnośne przestępstwo, ale tylko w tym ostatnim celu wprawiła się w jeden z tych stanów. Przestępstwa, dokonane wśród podobnych warunków, przyjęto powszechnie nazywać wolnemi w zasadzie *(actiones liberae in causa* albo *ad libertatem relatae)*.

Pytanie, czy sprawca przestępstwa wolnego w zasadzie może za nie odpowiadać kryminalnie, jest sporne.

Jedni odpowiadają na nie zawsze twierdząco, wychodząc z tego założenia, że odurzenie umysłu zostało tu użyte tylko za środek do wykonania czynu, postanowionego w czasie, gdy sprawca rozporządzał należytą jasnością poznania i niezawisłością woli; drudzy przeczą, aby kiedykolwiek mógł odpowiadać za jakieś przestępstwo ten, kto w chwili, gdy spełniał odnośny czyn, nie był zdolny, do zdawania sobie z tego należytej sprawy[1]. Zdaniem tych ostatnich autorów należałoby w tych przypadkach poczytywać sprawcy za winę nie przestępstwo wolne w zasadzie, lecz samo wprawienie się w stan zaburzenia umysłowego, jako *delictum sui generis*.

Według naszej opinii, rozstrzygnięcie tej kwestyi musiałoby w każdym przypadku zależeć od zbadania stosunku przedmiotowego, zachodzącego między wprawieniem się danej osoby w stan zaburzenia umysłowego, a faktem spełnienia przez nią w tym stanie odnośnego czynu przestępnego. Jeżeli w myśl reguł, które wyłożyliśmy przy rozbiorze związku przyczynowego (nr. 180 — 183), okaże się, że pierwsza z tych okoliczności była przyczyną drugiej; to wtedy nic nie stanie na przeszkodzie, do poczytania sprawcy za winę przestępstwa wolnego w zasadzie. Jeżeli zaś przeciwnie okaże się, że pierwsza z tych okoliczności odegrała tu tylko rolę warunku, bez którego prawdopodobnie odnośne przestępstwo nie byłoby przyszło do skutku; to wtedy znów będziemy musieli oświadczyć się za odpowiedzialnością sprawcy tylko w odniesieniu do samego wprawienia się w stan zaburzenia umysłowego[2]. Otóż stosunek pierwszego rodzaju będzie zachodził zawsze tylko przy przestępstwach z opuszczenia (porównaj wyżej nr. 167), podczas gdy przy innych przestępstwach tworzyć on będzie nader rzadki wyjątek.

[1] Za pierwszym poglądem oświadczają się: Wächter: *Sächs. Strafr.* 1857, str. 400; H. Meyer: *Lehrb.* § 25; Binding: *Normen*, II, str. 195 i nast.; Janka: *Oesterr. Strafr.* § 47. Drugie zapatrywanie podzielają: Savigny *(Goltdammer's Materialen zum preuss. Str. Gb.* I, str. 353); Köstlin: *System*, str. 144; Hälschner: *System*, I, str. 116; Budziński: *Wykład*, nr 94: Bojarski: *O poczytaniu*, str. 89—95.

[2] Do naszego poglądu zbliżają się poniekąd Hälschner w późniejszem dziele *(Gem. deutsches Strafr.* I, str. 212); Finger: *Strafr.* I, § 31 i Liszt: *Lehrb.* § 37. (*Wenn Kausalzusammenhang und Schuld in bezug auf den Erfolg im Einzelfalle gegeben ist, bietet die juristische Beurteilung keine weitere Schwierigkeit*, str. 165).

302. Kodeks austryacki porusza kwestyą poczytania przestępstw wolnych w zasadzie tylko w odniesieniu do opilstwa i w przypadku tym oświadcza się za odpowiedzialnością kryminalną sprawcy. Opilstwo mianowicie, aby miało wykluczać zły zamiar, a więc usuwać poczytanie przestępstw umyślnych, nietylko musi być zupełne t. j. nietylko musi być stanem, w którym sprawca nie był świadom swego czynu, ale oprócz tego musi jeszcze tem się odznaczać, że nie zostało sprowadzone przez sprawcę w zamiarze popełnienia odnośnego przestępstwa (§ 2 *c*).

Zresztą należy co do znaczenia opilstwa w prawie karnem austryackiem odróżnić następujące przypadki:

1) Popełnienie w stanie opilstwa, wyłączającego w myśl § 2 *c* k. k. winę umyślną, przestępstwa, uznanego skądinąd za zbrodnię. Wtedy w myśl § 236 sprawca nie będzie nigdy odpowiadał za zbrodnię, lecz, jeżeli samo opilstwo będzie można mu poczytać za winę umyślną lub nieumyślną, to co najmniej ukarany będzie za nie, jako za osobne przekroczenie z § 523 k. k. Powiadam co najmniej, gdyż w razie, gdyby w braku winy umyślnej czyn, popełniony przez sprawcę, podchodził, jako przestępstwo nieumyślne, pod pojęcie jakiegoś surowiej karanego występku lub przekroczenia, przewidzianego w Części II k. k.; to opilstwo, choćby w rozumieniu § 2 *c* zupełne, nie byłoby żadną przeszkodą do poczytania mu odnośnego

występku lub przekroczenia za winę nieumyślną; np. Piotr za zabicie człowieka w stanie zupełnego, i nie celem popełnienia tego czynu sprowadzonego opilstwa, wprawdzie nigdy nie odpowiadałby kryminalnie, jako za zbrodnię morderstwa z § 134 lub zabójstwa z § 140, ale tem niemniej wśród warunków, uzasadniających po jego stronie winę nieumyślną, musiałby odpowiadać za ten czyn, jako za występek z § 335 k. k.[1].

2) Popełnienie w stanie opilstwa, wyłączającego w myśl § 2 *c* k. k. winę umyślną, przestępstwa, które samo przez się stanowiłoby tylko występek lub przekroczenie (np. nieuprawnione noszenie orderów z § 334; prędka jazda z § 427; kradzież z § 460). Tu trzeba odróżnić, czy do istoty popełnionego występku lub przekroczenia należy wina umyślna (np. kradzież z § 460), a wtedy opilstwo usuwać będzie jego poczytanie; czy też występek lub przekroczenie, którego się dopuszczono, okłada kodeks karą także, jako przestępstwo nieumyślne (§ 427), a podówczas opilstwo nie stanie na przeszkodzie pociągnięciu sprawcy do odpowiedzialności kryminalnej za jego popełnienie.

3) Opilstwo, nie powiązane z faktem popełnienia żadnego innego przestępstwa. W obrębie całej Austryi, reprezentowanej w Radzie Państwa, karze się ono, jako osobne przekroczenie, w jednym tylko przypadku, przewidzianym w § 524, a mianowicie jako opilstwo nałogowe (zastarzałe, *eingealterte Trunkenheit)* u robotników, którzy pracują na dachach lub mają do czynienia z przedmiotami niebezpiecznemi pod względem ognia, a także u sług, których niedbalstwo może łatwo stać się przyczyną ognia. — W obrębie Galicyi, Lodomeryi, Krakowa i Bukowiny opilstwo, samo przez się, stanowi oprócz tego przekroczenie, przewidziane ustawą z dnia 19 lipca 1877 (Dz. u. p. 67).

[1] Tę zasadę wypowiedziało już Najw. Postan. z 16 marca 1833 (Dekret kanc. nadw. z 26 marca 1833 l. 6427/480) odnośnie do § 3 Cz. II kod. z r. 1803, odpowiadającego przepisowi, zawartemu w § 236 kod. obow. Por. wydanie k. k. Rosenblatta, dop. 4 do § 236. Patrz także Herbst ad § 236. Co do tego, iżby zachodziły warunki, uzasadniające po stronie sprawcy winę nieumyślną p. Orz. Najw. Tryb. z 3 paźdz. 1890, l. 1362. O znaczeniu opilstwa w prawie karnem austr. pisali w szczególności Stern *(Ger. Ztg.* 1856, nr. 119), Swoboda (tamże, 1861, nr. 2), Geyer (tamże, 1863, nr. 141), Hoegel *(Jur. Bl.* 1887, nr. 50 i nast.).

3. Choroby umysłowe (k. k. § 2, *a. b.*)[1].

§ 70.

303. Rozbiór stanów trwałego rozstroju władz umysłowych, jako okoliczności, wykluczających poczytalność kryminalną, nie należy do wykładu prawa karnego, lecz do psychiatryi sądowej, która ma dla prawa karnego znaczenie nauki pomocniczej. Prawo ograniczyć się musi co do tej kwestyi do uświęcenia jednej tylko zasady, a mianowicie, iż nie może odpowiadać kryminalnie osoba, która w chwili, gdy spełniała odnośne przestępstwo, dotknięta była takiem zboczeniem umysłowem, iż wskutek niego nie leżało w jej mocy stawać się świadomą i dobrowolną przyczyną swego postępowania. Wobec tej zasady nie wchodzi już w żadną istotną rachubę, czy choroba sprowadzała ubezwładnienie rozumu lub pomieszanie zmysłów, czyteż trzymała tylko w uwięzi wolę odnośnej osoby[2]; czy dopuszcza lub nie t. zw. wolnych przerw *(lucida intervalla)*[3]; oraz czy nadaje się lub nie do wyleczenia. Wszystkie tego rodzaju okoliczności mogą mieć dla sędziego znaczenie tylko ze względu na światło, jakie rzucają na pytanie, jaki był stan psychiczny sprawcy w chwili, gdy spełniał zarzucane mu przestępstwo. Co do tego pytania zaś należy zaznaczyć, że aczkolwiek sędzia ma zawsze obowiązek zasięgnięcia w jego przedmiocie zdania fachowych znawców, t. j. dwóch lekarzy (§ 134 Proc. k.); to jednak do jego rozstrzygania w procesie karnym po-

wołany jest tylko sędzia, którego odnośna opinia znawców nie może nigdy wiązać formalnie[4].

[1] Casper-Liman: *Handb. der ger. Medizin*, 1889, 1890, (2 tomy). Maschka: *Handb. in Einzelbeiträgen*, 1881 (4 tomy). Kraft-Ebing: *Lehrb. der ger. Psychopathologie*, 9 wyd. 1899; *Grundzüge der Kriminalpsychologie für Juristen*, 2 wyd. 1882. Patrz także tegoż autora *Psychopathologia sexualis*, 9 wyd. 1894; oraz *Der Konträrsexuale vor dem Strafrichter*, 2 wyd. 1895. Cramer: *Gerichtliche Psychiatrie*, 1897. Delbrück: *Gerichtliche Psychopathologie*, 1897. Hoche: *Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie*, 1901. Weygandt: *Psychiatrie*, 1902. W języku polskim patrz Rothe: *Nauka o chorobach umysłowych*, 1879. Wachholz: *Podręcznik medycyny sądowej*, 1899.

[2] Mamy tu na myśli t. zw. szały bez obłędu *(maniae sine delirio)*, t. j. niczem nie dające się powstrzymywać popędy do spełniania pewnych czynów, pomimo, że człowiek niemi dotknięty, pojmuje doskonale, że powinien się im oprzeć, i potępia odnośne czyny (patrz co do tych chorób Kraft-Ebing w *Czasop. Liszta*, t. IV, 1884, str. 97). Specyalny typ tego rodzaju szałów przedstawiają t. zw. jednobłędy *(monomaniae)*, t. j. stany, w których przy pozorach zupełnego zdrowia umysłowego człowiek nie jest w stanie oprzeć się jakiemuś jednemu stałemu popędowi, który wskutek tego ubezwładnia zupełnie jego wolę; np. popęd do kradzenia przy kleptomanii, lub popęd do podpalania przy pyromanii.—W medycynie sądowej zdania są podzielone co do tego, ażali wogóle możliwe są choroby, któreby sprowadzały tylko nieprawidłowe funkcyonowanie naszej woli, a pozostawiały stan naszego umysłu bez wszelkiego nadwerężenia. Do naszego przekonania przemawia najbardziej opinia, że tak zwane szały bez obłędu, łączą się tylko z pozorami zupełnego zdrowia umysłowego, będąc w rzeczywistości częściowym przejawem jakiegoś zboczenia, dotykającego całego systemu naszych władz duchowych. Uznano to już powszechnie w nowszej medycynie sądowej (Skrzeczka w *Handb. Holtzendorffa*, t. II, str. 234) co do monomanij, które o tyle tylko mają wyłączać odpowiedzialność kryminalną, o ile okaże się, że są przejawem jakiegoś rzeczywistego zboczenia umysłowego. Trafnie też Wachholz (Podr. str. 609) podciąga je pod pojęcie obłąkania popędowego. Z tego samego stanowiska zapatrywać się trzeba na t. zw. obłąkanie moralne *(moralischer Irrsinn, folie morale, moral insanity)*, t. j. stan, w którym, z powodu wrodzonej, lub nabytej wadliwości w ustroju mózgu, dana osoba jest całkiem niezdolna do przyswojenia sobie, dostępnych dla każdego normalnego człowieka wyobrażeń etycznych, do budowania na ich podstawie pewnych sądów i pojęć, a więc i do kierowania się niemi w życiu. Por. Kraft-Ebing: *Das moralische Irresein (Handb. Holtz.* IV, str. 117); Wachholz, l. c. str. 609.

[3] Wolną przerwą nazywa się ustanie na jakiś czas choroby umysłowej, której ktoś stale podlega. W ogóle jest rzeczą wątpliwą, czy wolna przerwa oznacza rzeczywisty powrót do zdrowia umysłowego, czyteż nosi na sobie tylko pozór takiego powrotu. Pytanie to będzie musiał rozstrzygać sędzia w każdym szczególnym przypadku na podstawie opinii znawców i sumiennego rozpatrzenia wszystkich, na kwestyą tę światło rzucać mogących okoliczności.

[4] Por. mój *Wykład proc. karn.* str. 243, 250, 253.

304. Kodeks austryacki (§ 2 *a*, *b*) odróżnia dwie kategorye chorób umysłowych, a mianowicie: *a)* stany, w których człowiek pozbawiony jest zupełnie używania rozumu; i *b)* stany przemijającego chwilami pomieszania zmysłów t. j. tak zwanego obłąkania peryodycznego (*abwechselnde Sinnenverrückung, periodischer Irresein).* Co do tych ostatnich, kodeks uznał za właściwe uczynić wyraźnie to zastrzeżenie, że mają one uchylać poczytalność kryminalną sprawcy tylko o tyle, o ile tenże popełnił przestępstwo w czasie, gdy u niego trwało pomieszanie zmysłów. Tym sposobem ustawodawca austryacki oświadczył się w zasadzie za odpowiedzialnością osób, działających w okresie wolnych przerw. Nie przeszkadza to jednak, że i w Austryi o tem, czy daną przerwę należałoby uznać za wolną w rzeczywistości, czyteż tylko za stan nacechowany pozorami zdrowia umysłowego, musiałby rozstrzygnąć sędzia w każdym konkretnym przypadku, po zarządzeniu zbadania przez dwóch lekarzy stanu ducha i umysłu obwinionego (§ 134 Proc. k.).

305. Nowsze kodeksy ograniczają się do oświadczenia, że nie odpowiada kryminalnie ten, kto w czasie, gdy

spełniał odnośny czyn znajdował się w stanie rozstroju umysłowego, uchylającego jego świadomość lub dobrowolność jego postępowania[1].

Aczkolwiek trzeba niewątpliwie uznać za słuszną zasadę, która nie pozwala poczytywać przestępstw osobom, dotkniętym chorobą umysłową, to jednak z drugiej strony nie możnaby się na to zgodzić, iżby odnośnie do takich osób zadanie sędziego zamykać się miało w wydaniu orzeczenia, uwalniającego od winy. Interes bowiem bezpieczeństwa publicznego będzie nieraz wymagał, aby sędzia nie wypuszczał ze swojej pieczy oskarżonego, który dlatego tylko nie kwalifikuje się do ukarania, że jest chory umysłowo. Zrozumiały to niektóre nowsze kodeksy (włoski art. 46; szwajc. *Vorentwurf*, art. 10) i wyraźnie żądają od sędziego, aby w podobnych przypadkach z urzędu postanowił umieszczenie osoby niezdolnej do odpowiadania, w jakim specyalnie do tego użytku przeznaczonym przytułku lub zakładzie leczniczym *(Heil- oder Pflegeanstalt, manicomio criminale)*[2].

Podobne stanowisko zajął co do tej kwestyi najnowszy projekt austryacki (§§ 36, 37).

[1] Kod. niem. § 51: »*wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewustlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war*«.—Kod. włoski, art. 46: »*non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei proprii atti.*

[2] Stanowisko prawa karnego wobec chorób umysłowych uległo w nowszych czasach radykalnej reformie. W XVIII stuleciu, a nawet jeszcze na początku XIX-go, utrzymywał się pogląd, że aczkolwiek obłąkany nie odpowiada za przestępstwo, które popełnił, to jednak musi być uważany za winnego samego popadnięcia w chorobę umysłową, którą podówczas przypisywano zawsze jakiemuś zdrożnemu trybowi życia. Pod wpływem tego poglądu każdy waryat uchodził niejako za przestępcę *sui generis* i tem się też tłómaczy, że podówczas uznawano za właściwe urządzać zakłady dla obłąkanych na wzór więzień karnych (por. Bojarski: *O poczytaniu*, str. 101, 102). Lekarze wykazali bezzasadność podobnego zapatrywania (Pinel, Jessen, Vogel, Friedreich) i dzięki ich wpływowi przekonano się powszechnie, że obłąkany jest istotą nieszczęśliwą, która zasługuje nie na pogardę, lecz na litość, i potrzebuje nie kary, lecz kuracyi. Ten nowy pogląd, któremu niewątpliwie przyznać trzeba najzupełniejszą słuszność, i który tak znakomicie przyczynił się do sprowadzenia na właściwe tory nauki o poczytaniu przestępstw, dziś jednak zaczyna przybierać u niektórych uczonych zbyt przerażające rozmiary, przetwarzając się w tezę, że każdy przestępca powinien uchodzić niejako za chorego umysłowo i że więzienia karne urządzać należy na wzór szpitali. Najgłośniejszym reprezentantem tego kierunku stał się w ostatnich czasach Lombroso *(L'uomo delinquente*, 1 wyd. 1876; 5 wyd. 1897). Patrz także wystąpienie Liszta, o którem mowa wyżej, nr. 273, dop. 1, tudzież literaturę przeciwko temu kierunkowi, zacytowaną pod nr. 37, dop. 2.

B. Stosunki, wykluczające przypisalność czynu.

§. 71.

306. Stosunki te nie wywierają żadnego wpywu na warunki poczytania, tkwiące w dojrzałości i normalności naszych władz umysłowych. Zdolność człowieka do odpowiadania za przestępstwa pozostawiają one całkiem nietkniętą, a tylko, że tak powiemy, nie pozwalają mu one korzystać z tej zdolności w odniesieniu do pewnego czynu konkretnego. Wtedy zachodzi t. zw. nieprzypisalność *(Unzurechenbarkeit)* spełnionego czynu, a okoliczność ta nie pozwala poczytywać go za winę jego sprawcy, choćby tenże posiadał zdolność do odpowiadania za przestępstwa, a więc odznaczał się znaną nam już poczytalnością kryminalną.

Przypisalność czynu musi być wykluczona, ile razy jego sprawca znalazł się w tem faktycznem położeniu, że spełniając go, albo miał sobie odebraną wszelką niezależność woli, albo też miał zakrytą, z przyczyn całkiem od niego niezawisłych, rzeczywistą naturę odnośnego

czynu. Pierwszą ewentualność sprowadza t. zw. przymus fizyczny, druga zaś ma miejsce w razie przypadku i błędu.

307. 1) Przymus fizyczny *(vis absoluta vel major)*. Jest to tak potężny nacisk, wywarty na człowieka przez jakiś obcy czynnik (innego człowieka lub siły przyrody), że staje się dla niego fizycznem niepodobieństwem stawiać temu naciskowi jakikolwiek opór i nie wykonywać tych ruchów, do których go ten nacisk zniewala[1]. Ruchy te tylko materyalnie podchodzić mogą pod pojęcie czynu, formalnie jednak zaliczyć je należy do kategoryi faktów, niezawisłych od woli osoby, która je fizycznie wytwarza (por. wyżej, nr. 163). Kodeks austryacki nazywa taki nacisk przymusem nieodpornym *(unwiderstehlicher Zwang*, § 2, *g)*. Całkiem inne znaczenie ma t. zw. przymus psychologiczny *(vis compulsiva)*, co do którego patrz wyżej nr. 230.

[1] Np. Piotr uderza Pawła tak silnie, że ten ostatni pada na ziemię, a swoim ciężarem przygniata na śmierć, znajdujące się przy nim, dziecko; albo też Paweł, wygnany z granic Austryi, znajduje się na okręcie, wyrzuconym przez burzę na brzeg austryacki (§ 323 k. k.).

308. 2) Przypadek *(casus, Zufall)*. Przypadek posiada w prawie karnem dwojakie znaczenie: obszerniejsze i ściślejsze. W obszerniejszem rozumieniu nazywa się przypadkiem sprowadzenie przez człowieka skutku przestępnego, bez żadnej winy z jego strony. W tem rozumieniu więc pod pojęcie przypadku podchodzić będzie także spełnienie czynu, skądinąd przestępnego, pod wpływem przymusu fizycznego lub błędu. — W ściślejszem jednak znaczeniu przyjęto nazywać przypadkiem sprowadzenie przez człowieka skutku przestępnego z tego tylko powodu, że jego działaniu, co do którego nie znajdował się on zresztą w żadnym błędzie, towarzyszyły jakieś okoliczności, których on w żaden sposób przewidzieć nie mógł, a które właśnie sprawiły, że z jego działania powstał bez żadnej winy z jego strony odnośny skutek przestępny (§ 2, *f*, k. k.)[1]. Gdyby przewidzenie owych okoliczności było leżało w mocy sprawcy, to nie zachodziłby przypadek, lecz miałaby miejsce wina nieumyślna.

[1] Np. w strzelnicy ktoś nagle wbiegnie na linię strzału; albo też Piotr strzela do dzika, a tymczasem kula zbacza i rani śmiertelnie stojącego obok człowieka.

309. 3) Błąd *(error, Irrthum)*. Błędem nazywa się niezgodność między tem, co sprawca mniemał o charakterze spełnionego przez siebie czynu, a jego naturą rzeczywistą. Przyczyną tej niezgodności może być po stronie sprawcy albo brak wszelkiej wiedzy o jakimś rysie charakterystycznym odnośnego czynu, albo też posiadanie o nim fałszywego wyobrażenia. W pierwszym przypadku zachodzi t. zw. niewiadomość *(ignorantia)*, w drugim — błąd *sensu stricto*. Różnica jednak nie ma znaczenia istotnego w nauce o poczytaniu przestępstw. Z punktu widzenia bowiem tej ostatniej, musi pod pewnemi warunkami wyłączać przypisalność czynu każda, przez sprawcę niezawiniona niezgodność między wyobrażoną sobie przez tegoż, a rzeczywistą naturą jego działania. Na naturę każdego czynu przestępnego składają się pierwiastki dwojakiego rzędu: faktycznego i prawniczego. Do pierwszych należą wszystkie okoliczności, wytwarzające charakter odnośnego czynu, jako pewnej zmiany materyalnej na widowni świata zewnętrznego (miejsce i czas działania, użyte narzędzie, przedmiot dotknięty, skutek wywołany). Do drugich należą wszystkie skutki, które prawo wiąże z odnośnym czynem, inaczej mówiąc, wszystkie znamiona nadanej mu przez prawo kwalifikacyi.

Błąd sprawcy odnosić się może zarówno do pierw-

szej, jak do drugiej kategoryi pierwiastków, wytwarzających naturę spełnionego czynu. Odpowiednio do tego przyjęto odróżniać: *a)* błąd faktyczny i *b)* błąd prawniczy.

[1] Pfotenhauer: *Einfluss des Irrthums auf die Strafbarkeit*, 1838. Stockar: *Lehre von der Aberration*, 1864. Siegel: *Verwechslungsfälle bei der Anstiftung (Götting. Dissert.* 1895). Specyalnie co do błędu prawniczego patrz: Oetker: *Einfluss des Rechtsirrthums*, 1876, Binding: *Normen*, II, str. 60, 310. Ortmann w *Gerichtssaal*, 1877, 1878. Zitelmann: *Irrthum und Rechtsgeschäft*, 1879. Heinemann: *Die Bindingsche Schuldlehre* 1889; tudzież *Zur Dogmengeschichte des Rechtsirrthums* w Czasopiśmie Liszta, t. XIII, str. 371. Ortloff: *Die Strafbarkeitserkentniss als Schuldvoraussetzung*, 1891. Schweizer: *Zur Lehre vom Irrtum im Strafrecht*, 1906. Por. także podręczniki Liszta, Fingera, Janki i Stoossa.

310. *a)* Błąd faktyczny *(error facti)*. Uchyla on przypisalność czynu przestępnego pod dwoma warunkami, a mianowicie jeżeli jest błędem istotnym *(essentialis)* i niepokonalnym *(invincibilis)*. Błąd uważamy za istotny wtenczas, gdy odnosi się do takiej okoliczności faktycznej, która ze stanowiska prawa decyduje o naturze odnośnego przestępstwa[1].

Niepokonalnym zaś nazywamy błąd wtenczas, jeżeli sprawca nie mógł się z niego wydobyć bez żadnej winy. Gdyby bowiem, dołożywszy należytej uwagi, sprawca był się znalazł w możności przejrzenia rzeczywistej natury swojego postępowania; to wtedy jego błąd jużby nie wykluczał przypisalności spełnionego przezeń czynu przestępnego, lecz tylko wyłączałby możność poczytania mu go za winę umyślną (por. wyżej nr. 274, 289 – 291).

Aczkolwiek kodeks austryacki wspomina o błędzie faktycznym tylko w ten sposób, że zalicza go do okoliczności, wykluczających zły zamiar, a więc poczytanie przestępstw umyślnych (§ 2 *e)*; to jednak nie może ulegać najmniejszej wątpliwości, że nawet ze stanowiska naszego ustawodawcy trzeba będzie uznać błąd faktyczny istotny i niepokonalny także za okoliczność usuwającą winę nieumyślną sprawcy. W pojęciu bowiem winy nieumyślnej musi conajmniej tkwić możność po stronie sprawcy, przewidzenia sprowadzonego skutku przestępnego, a tej możności niema w przypadku, gdy sprawca działał pod wpływem istotnego i niepokonalnego błędu[2].

[2] Np. nie wykluczałby przypisalności morderstwa błąd polegający na tem, że sprawca przez pomyłkę zamiast upatrzonego kwasu pruskiego użył dla dokonania tej zbrodni innej trucizny; a będzie ją wykluczał błąd sprawcy w przypadku, gdy tenże przez całkiem niezawinioną pomyłkę dał choremu do zażycia lekarstwo, przeznaczone do użytku zewnętrznego i stał się wskutek tego przyczyną jego śmierci.

[1] Patrz na dowód tego § 335 k. k. Por. jednak co do tej kwestyi Herbst, ad § 238.

311. *b)* Błąd prawniczy *(error iuris)*. Odnosi się on do kwalifikacyi, którą prawo nadaje spełnionemu czynowi. Kwalifikacya ta może opierać się bądź α) na przepisach, nie mających nic wspólnego z prawem karnem, bądź też β) na postanowieniach prawa karnego.

α) Błąd, dotyczący kwalifikacyi czynu, opartej na przepisach pierwszego rodzaju, przyjęto w nauce o poczytaniu przestępstw stawiać na równi z błędem faktycznym. Znosi więc on przypisalność czynu, skoro tylko będzie trzeba go uznać za istotny i niepokonalny. Błąd prawniczy, o którym tu mowa, może znaleść zastosowanie tylko do tych przestępstw, do których pojęcia wchodzi naruszenie przez sprawcę jakiegoś stosunku prawnego, którego unormowanie stanowi przedmiot nie prawa karnego, lecz innych dziedzin prawa, np. cywilnego (własność lub małżeństwo). Nie będzie mianowicie odpowiadał za sprzeniewierstwo z § 181 ten, kto bez żadnej winy sądził błędnie, że w myśl prawa cywilnego jest właścicielem rzeczy, którą sobie przyswoił; a także nie będzie odpowiadał za dwużeństwo

z § 206 ten, kto przekonany jaknajmocniej, że uzyskana przezeń separacya od stołu i łoża równa się rozwodowi, wstąpił w nowy związek małżeński.

312. β) Błąd, dotyczący kwalifikacyi czynu, opartej na postanowieniach prawa karnego, może mieć swoję przyczynę albo w tem, że sprawca pewnego czynu, uznanego przez kodeks karny za przestępstwo, nie wyobrażał sobie wcale, iżby ten jego czyn sprzeciwiał się prawu; albo też w tej okoliczności, że sprawca wprawdzie wiedział, że jego czyn sprzeciwia się prawu, ale, z powodu nieznajomości ustawy karnej, sądził błędnie, że nie stanowi on żadnego przestępstwa, względnie że jest przestępstwem, obłożonem łagodniejszą karą.

Tylko odnośnie do przypadków ostatnio wymienionych, uznać trzeba za słuszną regułę »*legis ignorantia vel iuris error nocet*«. Nieznajomością przepisów ustawy karnej nikomu w podobnych przypadkach wymawiać się nie może być wolno. W nauce jednak o wiele więcej zwolenników ma pogląd idący o wiele dalej, bo uznający nawet świadomość bezprawności czynu za okoliczność całkiem obojętną dla pojęcia winy umyślnej (Heinemann, Liszt). W myśl tego poglądu, który Finger (str. 173) słusznie nazywa brutalnym, musiałby odpowiadać za przestępstwo umyślne nawet ten, ktoby spełnił czyn, uznany przez kodeks za przestępstwo, w błędnem, a przez zachodzące okoliczności całkiem usprawiedliwionem mniemaniu, że postąpił najlegalniej.

Z drugiej jednak strony nie można znów przyznać racyi autorom, którzy do pojęcia winy umyślnej wprowadzają świadomość sprawcy, że jego czyn jest przełamaniem pewnej szczególnej normy (Oetker, Binding), a tem mniej jeszcze Ortmanowi, według którego nawet błąd co do karygodności czynu, o którym sprawca wiedział, że sprzeciwia się prawu, musiałby wykluczać winę umyślną [1].

Słuszność każe utrzymywać, że do pojęcia winy umyślnej należy tylko świadomość sprawcy, że jego czyn sprzeciwia się prawu, a jest już rzeczą całkiem obojętną, ażali sprawca zdawał sobie lub nie rachunek ze stopnia, w jakim narusza prawo, względnie ze skutków, na jakie się przez to wobec prawa naraża [2].

[1] Patrz (*Ger. S.* 1877, 1878).

[2] Najbardziej zbliżają się do nas Janka (§ 53) i Finger (t. I, str. 173), aczkolwiek podobne zapatrywanie mają na myśli autorowie, którzy do pojęcia winy wprowadzają świadomość sprawcy jużto, że jego czyn jest przeciwny państwu (Bekker: *Theorie des Strafr. I,* 1859, str. 566) lub społeczeństwu (Meyer: *Lehrb.* wyd. 1882, str. 152), już to że jest naruszeniem jakiegoś ciążącego na sprawcy obowiązku (Heinze w *Ger. S.* 1861, str. 397; Hälschner: *Strafr. I*, str. 296), albo nareszcie, że zasługuje wogóle na potępienie (a mianowicie, że jest »*eine Uebelthat*«; Geyer: *Erörterungen*, str. 26 i nast.).

313. Jakby w uznaniu bronionej przez nas tezy, prawo rzymskie przeprowadzało bezwarunkowo regułę »*legis ignorantia vel iuris error nocet*« tylko w odniesieniu do *delicta iuris naturalis*, jako czynów, których bezprawność musiała być dla każdego dojrzałego i normalnego człowieka rzeczą łatwo zrozumiałą. Co się tyczy zaś t. zw. *delicta iuris civilis*, to ze względu na nie uwalniało ono z pod panowania powyższej reguły cztery kategorye osób, a mianowicie *minores, mulieres, rustici* i *milites*. Dalej jeszcze posunęli się w kierunku uważania błędu, dotyczącego bezprawności spełnionego czynu, za okoliczność, uchylającą winę sprawcy, praktycy włoscy wieków średnich [1], a za ich przykładem kryminaliści niemieccy XV, XVI i XVII wieku. Zdaniem ich mianowicie reguły »*iuris error nocet*« nie godziłoby się nigdy stosować do przestępstw, nie będących *delicta juris naturalis*, o ile okazałoby się, że sprawca ani wiedział, ani nie mógł był wiedzieć, iż spełnia czyn prawu przeciwny.

Dopiero w nowszych czasach argumenta teoretyczne musiały w przedmiocie tej kwestyi ustąpić przed względami praktycznemi, pod wpływem których ustawodawcy doszli do przekonania, że byłoby rzeczą niebezpieczną upoważniać kogokolwiek do tłómaczenia się tem, że z powodu nieznajomości prawa nie mógł się poznać na bezprawności popełnionego przezeń przestępstwa. Temu zawdzięcza swoje powstanie przepis, iż nieznajomością ustawy karnej nikt się wymawiać nie może.

[1] Por. Engelmann: *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1895, str. 41.

314. Kodeks austryacki podaje powyższy przepis w § 3 co do zbrodni, a w § 233 co do występków i przekroczeń. Różnica między dwoma temi tekstami polega na tem, że w pierwszym ustawodawca ograniczył się do samego uświęcenia reguły »*iuris error nocet*«, a w drugim uznał za właściwe poprzeć ją pewnemi motywami. Wnosić stąd można, że co do zbrodni ustawodawca nie przypuszczał nawet, aby mogło to dziwić kogokolwiek, że kodeks uważa je za czyny o charakterze przestępnym, łatwo dla każdego zrozumiałym. Tej pewności ustawodawca musiał już nie mieć w odniesieniu do występków i przekroczeń i dlatego wyjaśnia wyraźnie, że jego zdaniem są to działania lub opuszczenia, o których, że są niedozwolone, może być wiadomo albo każdemu, albo tylko osobom, należącym do pewnych specyalnych kategoryj ze względu na ich stan, przemysł, zatrudnienie lub inne ich stosunki (§ 233). Ponieważ jednak występki i przekroczenia tego drugiego typu tem się znów odznaczają, że winnemi ich popełnienia mogą stawać się tylko osoby, należące do owych, wspomnianych wyżej, specyalnych kategoryj; przeto ustawodawca nie widział przeszkody do wyprowadzenia stąd tej konsekwencyi, że niewiadomością ustawy karnej co do występków i przekroczeń nikt się wymawiać nie może.

Na podstawie powodów, przytoczonych w § 233 k. k., śmiemy utrzymywać, że ustawodawca austryacki dlatego tylko nie pozwolił nikomu tłómaczyć się niewiadomością ustawy karnej, ponieważ nie przypuszczał, iżby kiedykolwiek dojrzały i normalny człowiek, stawszy się sprawcą jakiegokolwiek przewidzianego przez nią przestępstwa, mógł wykazać, że w istocie nie był w stanie poznać się na tem, że spełnił czyn niedozwolony[1]. Gdyby więc pomimo to w jakimś szczególnym przypadku wyszło na jaw, że sprawca jakiegoś przestępstwa nie bez uzasadnionego tytułu mógł sądzić, że było ono czynem całkiem dozwolonym; to, nie bacząc na ogólny przepis §§ 3 i 233, należałoby taki błąd uznać za okoliczność, wykluczającą przypisalność czynu. Temu zapatrywaniu dał niejednokrotnie wyraz Najw. Trybunał, podciągając błąd, o którym tu mowa pod pojęcie błędu faktycznego z § *2e* k. k. [2], [3].

[1] A jednak przypadki tego rodzaju byłyby możliwe nietylko w odniesieniu do *przekroczeń* (np. ktoś na wsi, gdzie panuje febra, sprzedaje tylko z dobrego serca ze swojej apteczki domowej, małe dozy chininy, w przekonaniu, że postępuje najlegalniej, a więc niemogąc wcale przypuszczać, że popełnia przekroczenie z § 354), ale nawet w odniesieniu *do zbrodni* (np. w jakiejś bardzo zacofanej wiosce ojciec zabija swego jedynego syna, którego pies wściekły pokąsał, w tem błędnem mniemaniu, że prawo wymaga od niego tej ofiary, skoro władza kazała rozlepić nakaz zabijania wszystkich zwierząt przez owego psa pokąsanych.

[2] Patrz Orzecz. z 23 grudnia 1852, l. 226; z 20 stycznia 1853, l. 243; z 21 lipca 1853, l. 332; z 1 marca 1854, l. 446. Pogląd ten podzielają także Geyer: *Erörterungen*, str. 30; Herbst: *Handb.* ad § 233; Lammasch: *Grundriss*, str. 20. — Tylko *de lege ferenda* przyznają mu słuszność Janka, str. 100 (wyd. 1894) i Finger, I, str. 174.

[3] Z błędnem mniemaniem, że dany czyn przestępny nie sprzeciwia się prawu, mieszać nie należy przypadku, w którym sprawca wie, że jego czyn znajduje się w niezgodzie z prawem, ale sądzi, że z jakichś wyższych względów służy mu tytuł do jego spełnie-

nia (np. morderstwo rytualne). Podobna okoliczność (*Rechtswahn*, urojone uprawnienie) nie wykluczałaby nigdy przypisalności czynu. Przeciwieństwem do tego przypadku jest t. zw. przestępstwo urojone (*Putativdelict*), t. j. czyn dozwolony przez prawo a spełniony w mniemaniu, że się prawu sprzeciwia. Czyn taki musiałby zawsze być wolny od kary.

IV. Okoliczności, sprowadzające zbieg winy umyślnej i nieumyślnej, względnie zbieg winy (umyślnej lub nieumyślnej) i przypadku.

§ 72.

315. Do tej kategoryi zaliczyć należy cztery następujące okoliczności:

1) Nieumyślne wywołanie skutku bardziej przestępnego za pomocą czynu, spełnionego w zamiarze sprowadzenia skutku mniej przestępnego. O przypadku tym była już mowa przy rozbiorze zamiaru pośredniego (nr. 285—287).

2) Nieumyślne wywołanie skutku przestępnego po spełnieniu czynu, któremu towarzyszył zamiar jego sprowadzenia. Z przypadkiem tym już się poznaliśmy przy rozbiorze zamiaru poprzedniego (nr. 284).

316. 3) Nieumyślne względnie przypadkowe skierowanie czynu przeciwko przedmiotowi, wziętemu błędnie za ten, który według zamiaru sprawcy miał stać się jego ofiarą. Przypadek ten znany jest pod nazwą błędu co do przedmiotu, względnie co do osoby (*error in obiecto vel in persona*). Tu odróżnić należy następujące okoliczności:

a) Przedmiot, co do którego zaszedł błąd, różni się gatunkowo od przedmiotu, który według zamiaru sprawcy miał stać się ofiarą jego przestępstwa. Wtedy, skoro tylko działanie sprawcy musiałoby wskutek jego błędu otrzymać kwalifikacyą przedmiotową jakiegoś innego przestępstwa, a błąd sprawcy nie musiałby uchodzić za *error invincibilis* (w tym ostatnim bowiem razie zachodziłby tylko zbieg winy umyślnej, jako przestępstwa usiłowanego i przypadku); to należałoby poczytywać sprawcy zbieg dwóch przestępstw, umyślnego (jako usiłowanego) i nieumyślnego (jako dokonanego), bez względu na to, czy przedmiot, co do którego zaszedł błąd czyniłby z działania, wymierzonego przeciwko niemu, (I) lżejsze lub (II) cięższe przestępstwo. Przykłady patrz w dopisku 1.

b) Przedmiot, co do którego zaszedł błąd, różni się tylko indywidualnie od przedmiotu, który według zamiaru sprawcy miał stać się ofiarą jego przestępstwa.

α) W przypadku tym błąd, o ile nie byłby *error invincibilis* (p. wyżej), sprowadzałby zbieg winy umyślnej i nieumyślnej i to w formie dwóch przestępstw dokonanych wtedy tylko, gdyby wskutek niego działanie sprawcy musiało otrzymać charakter bądź (I) jakiegoś innego cięższego przestępstwa, bądź (II) jakiegoś kwalifikowanego (t. j. surowiej karanego) przypadku tego samego przestępstwa.

β) Gdyby bowiem przedmiot, co do którego zaszedł błąd, miał ze względu na swój odrębny charakter indywidualny nadawać działaniu sprawcy cechę bądź (I) jakiegoś innego lżejszego przestępstwa, bądź (II) jakiegoś mniej surowo karanego przypadku przestępstwa tego samego rodzaju; to wtedy błąd co do przedmiotu musiałby sprowadzać już nie zbieg winy umyślnej i nieumyślnej, lecz zbieg dwóch przestępstw umyślnych (usiłowanego i dokonanego). Przykłady patrz w dopisku 2.

c) Przedmiot, co do którego zaszedł błąd różni się wprawdzie indywidualnie od przedmiotu, który według zamiaru sprawcy miał stać się ofiarą jego przestępstwa, lecz nie zmienia w niczem kwalifikacyi kryminalnej tego ostatniego. Wtedy błąd nie powinien wchodzić w żadną rachubę, gdyż nie wywarł wpływu istotnego na kierunek woli przestępnej sprawcy, lecz tylko stał się przyczyną,

że działanie sprawcy musiało okazać się niezdolnem do zaspokojenia pobudki, która go do niego skłoniła. Wiadomo zaś, że pobudka i jej zaspokojenie są okolicznościami, obojętnemi dla istoty winy (p. nr. 280). Ze względu na to, przyjęto powszechnie, w omawianym tutaj przypadku błędu co do przedmiotu, poczytywać sprawcy za winę jedno tylko przestępstwo umyślne tak, jak gdyby ofiarą jego działania był się stał przedmiot, przezeń indywidualnie przewidziany. Np. Piotr chce zabić Pawła, a strzela do Jana, którego przez pomyłkę bierze za Pawła. Piotr będzie wtedy odpowiadał tylko za jedno morderstwo, dokonane lub usiłowane na osobie Jana, odpowiednio do tego czy go zabił, czyteż nie pozbawił go życia. Pogląd ten znajduje swoje uzasadnienie w tej okoliczności, że dla pojęcia morderstwa ma znaczenie istotne tylko zabicie przez sprawcę tej osoby, którą tenże chciał pozbawić życia, wiedząc, że jest człowiekiem żywym. Za kogo zaś sprawca brał tego człowieka żywego, przeciwko któremu skierował swoje działanie (za Pawła, czy za Jana), jest już kwestyą, która może rzucać światło tylko na pobudki, któremi rządził się sprawca, nie zaś na samą istotę jego winy [3].

[1] Przykłady: ad *a*: I, Piotr, chcąc zabić Pawła, strzela do jego portretu, który błędnie bierze za jego osobę, i przedziurawia to dzieło sztuki (zbieg usiłowanego morderstwa — inna rzecz czy karygodnego czy wolnego od kary—i nieumyślnego uszkodzenia cudzej własności). II, Piotr zakrada się do cudzego lasu celem upolowania zwierzyny. Słyszy, że coś się porusza w krzaku, strzela w tym kierunku, a, zamiast spodziewanej zwierzyny, zabija śpiące tam dziecko (zbieg usiłowanej kradzieży i nieumyślnego uśmiercenia człowieka).

[2] Przykłady: ad *b*, *α*: I, Piotr chce zabić Pawła, który jest dworzaninem monarchy, tymczasem myli się i zabija tego ostatniego. Tu osobisty charakter monarchy nadaje działaniu, wymierzonemu przeciwko jego życiu, cechę innej jeszcze i to cięższej od morderstwa zbrodni, a mianowicie zdrady głównej. Niewątpliwie więc, o ile błąd sprawcy nie okazałby się *error invincibilis*, dopuściłby się on w zasadzie nieumyślnej zdrady głównej (kodeksy jednak znają zdradę główną tylko jako przestępstwo umyślne). Monarcha atoli był także owym żywym człowiekiem, przeciwko któremu sprawca w zamiarze morderczym spełnił czyn, wskutek którego człowiek ten poniósł śmierć (morderstwo). Z uwagi na to należałoby teoretycznie poczytać sprawcy w tym przypadku dwa przestępstwa dokonane, t. j. zdradę główną w drodze winy nieumyślnej i morderstwo w drodze winy umyślnej. II, Piotr chce zabić Pawła, a przez pomyłkę kładzie trupem swojego ojca, którego bierze za Pawła. Tu ze względów, całkiem podobnych do powodów, przytoczonych z okazyi przykładu poprzedzającego, Piotr musiałby ze stanowiska teoretycznego odpowiadać za zbieg nieumyślnego ojcobójstwa i umyślnego morderstwa.

ad *b*, *β*. I, Piotr chce zabić monarchę, a przez pomyłkę zabija jego dworzanina. Teoretycznie ma tu miejsce zbieg dwóch przestępstw umyślnych, a mianowicie usiłowanej (w myśl § 58 k. k. już dokonanej) zdrady głównej i dokonanego morderstwa. II. Piotr chce zabić swojego ojca, myli się i pozbawia życia całkiem obcego człowieka (zbieg usiłowanego ojcobójstwa i dokonanego morderstwa). W obu powyższych przykładach, oprócz usiłowania zamierzonej przez sprawcę zbrodni, dopuścił się on jeszcze dokonanego morderstwa dlatego, że indywidualny charakter monarchy lub ojca nie wyłącza charakteru gatunkowego człowieka.

[3] Niektórzy kryminaliści sądzą, że i w tym przypadku należałoby widzieć zbieg winy umyślnej (usiłowanie zamordowania Pawła) i nieumyślnej (zabicie Jana). Zdanie to uznać trzeba za nieuzasadnione, gdyż prawo pociąga do odpowiedzialności zabicie nie Jana lub Pawła, lecz człowieka, a tego ostatniego Piotr pozbawił życia umyślnie. Za tą mylną opinią przemawiał niegdyś Geib (w *Archiv*, 1837, 1838; inaczej w *Lehrb.* II, str. 273), a skłania się do niej także Liszt: *Lehrb.* § 40 (1898, str. 174; już mniej stanowczo w wyd. z 1908, str. 178). Za naszem stanowiskiem patrz art. 1 kod. k. chilijskiego.

317. 4) Nieumyślne względnie przypadkowe trafienie przez sprawcę innego przedmiotu, niż ten, który według jego zamiaru miał stać się ofiarą jego działania, a to wskutek zboczenia tego ostatniego z drogi, wytkniętej mu przez sprawcę.

Przypadek ten znany jest pod nazwą zboczenia czynu *(aberratio ictus vel actus, Abirrung)* i sprowadzać

będzie zbieg winy umyślnej i nieumyślnej względnie winy umyślnej i przypadku odpowiednio do tego, czy sprawca mógł lub nie mógł był przewidzieć odnośne zboczenie. Np. Piotr w zamiarze wybicia szyby sklepowej rzuca w nią kamieniem, który jednak zbacza w kierunku przechodnia i wyrządza mu ciężkie uszkodzenie cielesne. W przykładzie tym Piotr dopuścił się przestępstwa umyślnego (usiłowanie uszkodzenia cudzej własności) w związku z nieumyślnem uszkodzeniem ciała (występek z § 335). Przypuśćmy jednak, że Piotr rzucił kamień w chwili, gdy przejście ulicą było w tem miejscu szczelnie zamknięte, i upewniwszy się wprzódy, że ani w sklepie, ani przed sklepem na przestrzeni, dla jego oka dostępnej, nie było żywej duszy, a tymczasem jakimś nieprzewidzianym zbiegiem okoliczności znalazł się tam pewien człowiek w samej chwili rzutu kamienia i stał się jego ofiarą; to niezawodnie należałoby wtedy przyjąć po stronie Piotra zbieg winy umyślnej i przypadku.

Szczególną doniosłość ma zboczenie czynu dla poczytania morderstwa wtedy, jeżeli wskutek takiego zboczenia utraci życie inny człowiek, niż ten, przeciwko któremu sprawca *dolo malo* skierował swoje działanie. Niektórzy autorowie chcieliby w takim razie traktować *aberratio ictus* narówni z analogicznym przypadkiem błędu co do osoby. Zdaniem ich mianowicie Piotr powinien odpowiadać tylko za morderstwo, dokonane na osobie Jana, jeżeli wprawdzie celował do Pawła, lecz kula zboczyła i położyła trupem Jana. Pogląd ten nie jest słuszny i opiera się tylko na pozornej analogii między dwoma całkiem odmiennemi przypadkami. W przypadku błędu *in persona* sprawca zabija tę osobę, przeciwko której zwrócił swoje działanie, podczas kiedy przy zboczeniu czynu zabija on człowieka, przeciwko któremu ani myślał wymierzać swojego strzału. Zabicie więc tego ostatniego uważać tu należy za dzieło przypadku, lub co najwyżej winy nieumyślnej, a bezwarunkowo trzeba tu pociągać sprawcę do odpowiedzialności kryminalnej tylko za usiłowanie morderstwa na osobie człowieka, do którego celował[1].

Bronione przez nas zapatrywanie ma za sobą *communis opinio doctorum*, i w ogóle cieszy się też uznaniem ze strony kodeksu austryackiego[2]. Tylko wyjątkowo co do morderstwa kodeks nasz uznał za właściwe odstąpić od tego poglądu i nie czynić różnicy między *aberratio ictus* a błędem co do osoby. Widać to z § 134, w myśl którego morderstwa dopuszcza się ten »kto przeciwko człowiekowi, w zamiarze pozbawienia go życia, w ten sposób działa, że stąd następuje śmierć tego albo innego człowieka«.

[1] Por. Bölau: *Der Criminalprocess Rose und Rosal*, 1859. Stockar: (p. nr. 309, dop. 1). Patrz także Liszt: *Lehrb.* § 40.

[2] Por. Geyer: *Erörterungen*, str. 42–46. Herbst, ad §§ 140. 152. Janka: *Strafr.* str. 103. Stooss, str. 94. Finger I, str. 145 (1894); inaczej w wyd. z r. 1902, str. 176 bo za opinią Liszta (p. wyżej nr. 316, dop. 3).

TYTUŁ III.

O postaciach zasadniczych przestępstwa.

Wstęp.

O znaczeniu i podziale postaci zasadniczych przestępstwa.

§ 73.

318. Postaciami zasadniczemi przestępstwa nazywamy różne kształty, w których przestępstwo może przejawiać się, nie utracając natury gatunkowej t. j. nie stawając się z tego powodu przestępstwem pewnego tylko, szczególnego rodzaju. W przeciwieństwie do nich, nazywamy postaciami szczególnemi przestępstwa te jego formy, które nadają mu pewien odrębny typ rodzajowy, np. czynią je kradzieżą, oszustwem, morderstwem,

podpaleniem etc. Rozbiór tych ostatnich postaci przestępstwa należy do wykładu części szczególnej prawa karnego (por. nr. 112—114). W nauce ogólnej o przestępstwie zajmować nas powinny tylko jego postaci zasadnicze (por. nr. 144).

Przestępstwo, nie utracając natury gatunkowej, może stosownie do okoliczności przejawiać się w różnych kształtach, bądź tylko pod względem jakościowym, bądź także pod względem ilościowym. Odpowiednio do tego dzielimy postaci zasadnicze przestępstwa na *A)* jakościowe i *B)* ilościowe.

319. *A)* Postaci jakościowe. Są to formy, które nie wywierają żadnego wpływu na objętość, przejawiającej się w nich, treści przestępstwa, lecz tylko treść tę wyrażają w pewien odrębny sposób. Sposób ten mianowicie może wyciskać swoje piętno na kształcie bądź samego czynu przestępnego, bądź jego stosunku do skutku przestępnego. Z uwagi na pierwszą okoliczność odróżniamy przestępstwa z dopuszczenia, z opuszczenia i t. zw. przestępstwa *per omissionem commissa* (patrz co do tych postaci nr. 165—168, 184—189). Z uwagi na drugą okoliczność dzielimy przestępstwa na formalne, materyalne i formalno-materyalne (patrz nr. 169—172) *bis.*

320. *B)* Postaci ilościowe. Są to formy, w których treść przestępstwa przejawia się na zewnątrz w różnej objętości. Formy te mogą mieć za przyczynę jedną z czterech następujących okoliczności:

1) Odrębny charakter winy przestępcy. Pod tym względem przestępstwo może przybrać postać umyślnego lub nieumyślnego (patrz nr. 276—291).

2) Rozciągłość pochodu zewnętrznego przestępstwa (nr. 278). Z uwagi na tę okoliczność, przestępstwo stać się może dokonanem lub usiłowanem.

3) Stosunek przestępstwa do osób, które wspólnemi siłami przyczyniły się do jego spełnienia. Stosunek ten wytwarza różne stopnie udziału w przestępstwie.

4) Obszar działalności przestępnej winowajcy. Z tego stanowiska rozróżniamy takie postaci zasadnicze jak: przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne.

Jak widzimy, to nieznanemi dla nas dotąd są tylko postaci ilościowe przestępstwa ze względu na okoliczności, przytoczone wyżej pod liczbami 2 — 4. Rozbiór ich tworzyć też będzie temat trzech następujących rozdziałów.

ROZDZIAŁ I.

Dokonanie i usiłowanie przestępstwa.

I. Ogólna charakterystyka pojęć dokonania i usiłowania.

§ 74.

321. Dokonaniem przestępstwa *(Vollendung des Verbrechens, consummatio delicti)* nazywa się w pochodzie zewnętrznym działania przestępnego ten punkt, w którym sprawca już wytworzył lub wywołał za pomocą swego czynu pewien skutek przestępny (por. wyżej nr. 169—172), wszakże tylko o tyle, o ile czyn ten, względnie jego dalszy przebieg, nie miał według zamiaru sprawcy stać się przyczyną jakiegoś innego, bardziej przestępnego skutku. W tym ostatnim bowiem przypadku działanie sprawcy musiałoby utracić charakter przestępstwa dokonanego w odniesieniu do już sprowadzonego skutku przestępnego, a przybrałoby natomiast cechę przestępstwa usiłowanego w odniesieniu do owego, przez sprawcę zamierzonego, cięższego skutku przestępnego. Usiłowa-

niem przestępstwa *(Versuch des Verbrechens, conatus delinquendi)* nazywa się bowiem w pochodzie zewnętrznym działania przestępnego każdy punkt, w którym sprawca już skierował swój czyn, ku sprowadzeniu pewnego zamierzonego przezeń skutku przestępnego, lecz nie osiągnął go jeszcze.

[1] Lelièvre: *Commentatio iuridica de conatu delinquendi*, 1826. Zachariae: *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, t. I, 1836, t. II, 1839. Luden: *Abhandlungen*, t. I, 1836. Krug: *Lehre vom Versuch*, 1854. Bar: *Zur Lehre vom Versuch und Theilname*, 1859. Cohn: *Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen*, t. I, 1880. Tego autora patrz także: *Die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des Versuches*, 1888. Baumgarten: *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 1888. James Goldschmid: *Die Lehre vom unbeendeten und beendeten Versuch*, 1897. Po polsku patrz Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, 1884.

322. Z podanego wyżej określenia pojęć dokonania i usiłowania przestępstwa, wyprowadzić należy następujące konsekwencye:

1) Jeżeli sprawca za pomocą swego czynu zewnętrznego nie sprowadził jeszcze żadnego skutku przestępnego, to działanie jego nie będzie mogło nigdy uchodzić za przestępstwo dokonane. Za przestępstwo zaś usiłowane trzeba będzie je uważać wtedy, gdy sprawca chciał za pomocą swego czynu wytworzyć, względnie wywołać pewien skutek przestępny i w tym właśnie celu czyn swój spełnił. Np. Piotr dał Pawłowi do spożycia grzyby jadowite, lecz szczęśliwym trafem nie wyrządził przez to ani Pawłowi, ani nikomu innemu, żadnej szkody. Czyn ten Piotra nie będzie mógł nigdy stanowić przestępstwa dokonanego. Przypuśćmy teraz, że Piotr, spełniając ten czyn, mniemał błędnie, że grzyby były dobre, lub też przeciwnie chciał otruć Pawła. W pierwszym przypadku będziemy musieli uznać czyn Piotra za wolny od wszelkiej

kwalifikacyi kryminalnej, a tylko w drugim—trzeba nam będzie uważać go za usiłowanie morderstwa.

2) Jeżeli sprawca za pomocą swego czynu już sprowadził na widowni świata zewnętrznego pewien skutek przestępny i nie miał zamiaru osiągnięcia za pomocą tego czynu, lub jego dalszego ciągu, innego jeszcze, bardziej przestępnego skutku; to wtedy zawsze jego działanie przedstawiać się nam będzie jako przestępstwo dokonane. Tego ostatniego charakteru nie odbierze mu nawet ta okoliczność, że sprawca albo *a)* chciał za pomocą swego czynu sprowadzić inny jeszcze skutek, ale bądź mniej przestępny, bądź całkiem obojętny dla kwalifikacyi kryminalnej już spełnionego działania; albo też *b)* chciał nawet sprowadzić inny jeszcze skutek bardziej przestępny, ale za pomocą innego jeszcze czynu, a spełnił był pierwsze działanie w tym jedynie celu, aby otrzymać możność dokonania drugiego. Przykłady patrz w dopisku[1].

3) Jeżeli sprawca za pomocą swego czynu już sprowadził pewien skutek przestępny, ale miał zamiar osiągnięcia za pomocą tego czynu, lub jego dalszego ciągu, innego jeszcze, bardziej przestępnego skutku; to wtedy trzeba nam będzie zawsze widzieć w jego działaniu usiłowanie jakiegoś innego cięższego przestępstwa. Np. Piotr dopuści się usiłowanego morderstwa, nie zaś dokonanego uszkodzenia cielesnego, wtedy, jeżeli wystrzelił do Pawła w zamiarze odebrania mu życia, a tymczasem zranił go tylko. W podobnych przypadkach usiłowanie przyjęto nazywać kwalifikowanem w odróżnieniu od usiłowania w przypadkach, gdy sprawca nie zdołał jeszcze sprowadzić żadnego skutku przestępnego (p. wyżej pod l. 1).

[1] Przykłady: ad *a*. Piotr rzuca Pawła do wody w zamiarze utopienia go i zniszczenia na szkodę Jana znajdujących się w kieszeni Pawła dokumentów. Tymczasem Paweł wprawdzie utonął, lecz dokumenta ocalały. W przypadku tym utopienie Pawła nie utraci charakteru przestępstwa dokonanego dlatego, że Piotr chciał jeszcze za pomocą tego działania wyrządzić szkodę ma-

jątkową Janowi. — Złodziej, widząc, że go ścigają, porzuca zabraną rzecz. W przypadku tym złodziej zamierzał nietylko zabrać cudzą rzecz z posiadania drugiego, ale także wyciągnąć z niej jakąś korzyść i to ostatnie mu się nie udało. Pomimo to, jego działanie pozostanie kradzieżą dokonaną, gdyż okoliczność osiągnięcia przez złodzieja korzyści z zaboru rzeczy, ma znaczenie istotne dla pojęcia kradzieży tylko jako skutek zamierzony, nie zaś osiągnięty (§ 171 k. k.).

ad *b*. Piotr chce w nocy zabić Pawła, którego strzeże niezmiernie zły brytan. Przedewszystkiem więc Piotr postanawia otruć psa i zamiar ten uskutecznia. Przy tej sposobności wychodzi na jaw motyw, który skłonił Piotra do powyższego czynu. Czyn ten nie przestanie być z tego powodu dokonanem uszkodzeniem cudzej własności (§§ 85, 468 k. k.).

323. Ponieważ punkt, w którym działanie osiąga zamierzony przez jego sprawcę skutek przestępny, może być tylko jeden, a punktów, w których go ono nie osiąga, może być bardzo wiele; przeto pojęcie usiłowania musi obejmować znacznie szerszą przestrzeń pochodu zewnętrznego przestępstwa, niż ta, na którą rozciąga się pojęcie dokonania. Usiłowanie mianowicie oznacza całą działalność wprowadzania przez człowieka w czyn, powziętego przezeń, zamiaru przestępnego, począwszy od pierwszego aż do przedostatniego jej punktu. Dokonanie tkwi tylko w ostatnim punkcie tej działalności.

II. Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania.

§ 75.

324. Wiemy, że usiłowaniem przestępstwa jest czyn zewnętrzny, który, będąc już skierowany przez swojego sprawcę, ku wytworzeniu względnie wywołaniu pewnego, przez tego ostatniego zamierzonego skutku przestępnego, nie osiągnął go jeszcze, a to niezależnie od tego, do jakiego punktu sprawca czyn swój doprowadził. Wobec

tego należy uważać za istotne pierwiastki pojęcia usiłowania trzy następujące znamiona:

1) Zamiar sprowadzenia jakiegoś skutku przestępnego *(cogitare)*.

2) Rozwinięcie przez sprawcę działalności zewnętrznej, ku sprowadzeniu zamierzonego skutku przestępnego *(ad actum procedere)*.

3) nieosiągnięcie zamierzonego skutku przestępnego *(non perducere ad effectum)*.

325. Pierwsze sformułowanie pojęcia usiłowania w duchu podanej wyżej jego charakterystyki zawdzięczamy glosatorom. Znajdujemy je mianowicie w glosie do L. 5. Cod. I, 3 *(de episc. et cleric.)*. Prawo rzymskie nie znało jeszcze usiłowania, jako postaci zasadniczej przestępstwa. Tylko na mocy osobnych *leges*[1] karało ono, jako *delicta sui generis*, na równi z dokonanem *homicidium*, *parricidium*, *crimen majestatis*, *vis publica* i *falsum*, niektóre przez ustawodawcę wyraźnie przewidziane czyny, które według wyobrażeń dzisiejszych musiałyby uchodzić za usiłowanie tych zbrodni, np. co do morderstwa, *cum telo ambulare hominis necandi causa*, lub *venenum facere, vendere*, *habere*. Glosatorowie jednak, opierając się na owych, wspomnianych wyżej specyalnych postanowieniach prawa rzymskiego, tudzież na wyznawanej przez to prawo ogólnej regule: »*in maleficiis voluntas spectatur non exitus*«, utrzymywali, że w prawie rzymskiem wytworzyło się już pojęcie przestępstwa usiłowanego, i że *in maleficiis atrocioribus* prawo to karało usiłowanie na równi z dokonaniem. Dopiero nowsze badania, już począwszy od Matthaeus'a *(De criminibus*, 1644) i Bynkershocka *(Observationes,* 1710), a zwłaszcza z końcem XVIII i w pierwszej połowie XIX wieku, wykazały bezpodstawność tego zapatrywania, które dzięki powadze glosatorów uchodziło tak długo w nauce prawa karnego za dogmat niewzruszony[2]. Odtąd stało się panującem przekonanie, że do-

piero glosatorowie i późniejsi praktycy włoscy XIII wieku wprowadzili do prawa karnego pojęcie usiłowania, jako postać zasadniczą przestępstwa, a chcąc tej nowej, przez siebie wytworzonej instytucyi zapewnić najwięcej powagi, uznali za właściwe oprzeć ją na przepisach prawa rzymskiego[3].

[1] *Lex Cornelia de sicariis*, *lex Julia maiestatis*, *leges Juliae de vi* i *lex Cornelia de falsis*.

[2] Do obalenia poglądu glosatorów przyczynili się najdzielniej w końcu XVIII wieku Renazzi, Cremani (nr. 120, dop. 2) i Simoni (*Dei delitti considerati nel solo effetto et attentati*, 1783); w pierwszej połowie XIX wieku Kettelhodt (*Commentatio de consummatione delictorum*, 1826), Sanio (*Dissertatio ad L. Corn. de sicariis*, 1827), Lelièvre i Zachariae (nr. 321, dop. 1).—Co do reguły »*in maleficiis voluntas spectatur non exitus*«, to niewątpliwie, stawiając ją, prawo rzymskie nie miało na myśli usiłowania, lecz tylko winę (*agendi consilium*) w odróżnieniu od przypadku (*casus*). Bliższe wyjaśnienia patrz w mojej książce »*O usiłowaniu*«, §§ 6—13.

[3] W obronie glosatorów wystąpił w r. 1813 Cropp: *Commentatio de praeceptis iuris romani circa puniendum conatum delinquendi*. Z nowszych autorów oświadczają się za ich tezą Seeger (*Ueber den Versuch der Verb. nach röm. Recht*, 1879) i Pernice (*Labeo*, II, str. 40—49).

326. Pojęcie usiłowania, wprowadzone przez glosatorów do części ogólnej prawa karnego, stało się wkrótce instytucyą powszechnie uznaną i zachowało się dotąd w nauce i w kodeksach bez żadnej zmiany istotnej[1]. Każde z trzech podanych w zacytowanej wyżej glosie (nr. 325) znamion tego pojęcia, wchodzi też do dzisiejszej charakterystyki usiłowania i posiada dla niej znaczenie istotne. Przejdźmy teraz do szczegółowego przeglądu tych znamion.

[1] Wyjątek tworzy pod tym względem prawo angielskie, które dotychczas zajmuje wobec usiłowania stanowisko prawa rzymskiego. Dopiero projekt ang. kod. k. z r. 1878 wprowadza usiłowanie, jako postać zasadniczą przestępstwa. Patrz moją książkę o usił. § 23, str. 41, dop. 1.

327. 1. *Cogitare.* Jest to zamiar sprowadzenia pewnego skutku przestępnego. Z uwagi na to tylko przestępstwa umyślne dopuszczają usiłowania. Można wprawdzie mówić o początku wykonania przestępstw nieumyślnych, lecz byłoby rzeczą całkiem nielogiczną, chcieć jakiekolwiek stadyum ich pochodu zewnętrznego uważać za ich usiłowanie[1].

Za to żaden rodzaj winy umyślnej nie wyłącza usiłowania. Zamiar sprawcy nie musi tu być koniecznie oznaczony, lecz może być także ogólny[2], zamienny lub wynikowy (nr. 283), a postanowienie jego urzeczywistnienia może być zarówno rozmyślne, jak nierozmyślne (nr. 288). Tylko znany prawu austryackiemu zamiar pośredni (*dolus indirectus*) byłby niezgodny z pojęciem usiłowania, ale też wiadomo, że zamiar ten jest czysto fikcyjny i że skutek przestępny, do którego ma się on odnosić, należałoby ze stanowiska zasadniczego zapisywać tylko na rachunek winy nieumyślnej sprawcy (nr. 285).

Pewną wątpliwość rodzi pytanie, które z kilku przestępstw, objętych przez zamiar ogólny lub zamienny, należałoby uważać za usiłowane w przypadku, gdy sprawca nie zdołał żadnego z nich doprowadzić do końca. Jedni żądają, aby zawsze tylko najlżejsze z tych przestępstw mogło uchodzić za usiłowane (Binding: *Normen*, II, str. 430), drudzy przeciwnie oświadczają się za tem, aby sprawca odpowiadał wtedy zawsze za usiłowanie najcięższego przestępstwa[3]. Naszem zdaniem pytania tego tak bezwzględnie rozstrzygać nie można. Odpowiedź bowiem na nie powinna zależeć od tego, które z kilku przestępstw, objętych zamiarem ogólnym lub zamiennym przybrało na zewnątrz wyraźniejszą postać usiłowania. To zaś

będzie można ocenić tylko z uwagi na okoliczności, towarzyszące każdemu przypadkowi.

[1] Niektórzy kryminaliści jednak, identyfikując początek wykonania z pojęciem usiłowania, chcieli wprowadzić do prawa karnego usiłowanie przestępstwa nieumyślnego. Należy do nich Hepp ze swoją *culpa adtentata*. Patrz tego autora: *Versuche über einzelne Lehren der Strafrw.* str. 259 — 265. Do tej opinii przychyla się poniekąd i Luden (*Abhandlungen*, I, str. 267 dop. 2), który, tylko ze względu na niemożność skonstatowania początku wykonania przestępstw nieumyślnych, odrzuca ich usiłowanie.

[2] Oczywiście, że tylko *dolus generalis* w rozumieniu Hermanna i Bindinga. Por. wyżej nr. 283, dop. 1. W książce mojej u usiłow. (§ 28, str. 50) zamiar ogólny Kruga niewłaściwie traktowałem co do tej kwestyi na równi z zamiarem ogólnym Hermanna i Bindinga.

[3] Hälschner: *Gem. d. Strafr.* I, str. 334. Liszt: *Lehrb.* § 46 V (1898, str. 204). Janka: *Strafr.* str. 119 (1894).

328. 2. *Ad actum procedere.* Jest to rozwinięcie przez sprawcę działalności zewnętrznej, postanowionej przezeń, celem urzeczywistnienia jego zamiaru przestępnego, inaczej mówiąc celem sprowadzenia skutku przestępnego, odpowiadającego zamiarowi sprawcy. Widzimy stąd, że dla usiłowania wystarczać nie może wyjawienie przez sprawcę zamiaru przestępnego za pomocą czynów zewnętrznych o charakterze zwiastującym, jako to w postaci wynurzeń ustnych lub pisemnych. Te ostatnie mianowicie mogłyby wytwarzać treść przedmiotową usiłowania tylko w odniesieniu do przestępstw, których istota polegałaby właśnie na pewnych nadużyciach w zakresie mowy lub pisma np. obelgi słowne, niebezpieczne pogróżki, namowy podżegające (por. nr. 164, zwłaszcza dop. 2).

Z natury usiłowania wypływa, że czyn zewnętrzny, należący do jego istoty musi być tego rodzaju, iżby sprawca z jednej strony mógł go uważać za środek, mający doprowadzić go do osiągnięcia zamierzonego skutku przestępnego, z drugiej zaś — nie musiał z góry być pewny, że każdy jego czyn zewnętrzny, prócz czynu, którego zaniechanie odpowiadałoby jego zamiarowi przestępnemu, musiałby okazać się zdatnym do urzeczywistnienia jego złego zamiaru. Ze względu na tę ostatnią okoliczność przestępstwa formalne z opuszczenia *(delicta omissionis)* nie dopuszczają usiłowania. Tu bowiem sprawca nie potrzebuje dokładać żadnych specyalnych starań celem dokonania zamierzonego przestępstwa, lecz będzie pewny dojścia do tego celu już wtedy, jeżeli przedsięweźmie jakąkolwiek czynność, byle taką, która w chwili krytycznej nie pozwoli mu spełnić czynu, którego zaniechanie ma być mu poczytane za przestępstwo. Przestępstwa te nie wymagają najmniejszego wysiłku po stronie sprawcy, i z tego też powodu nie mogą być nigdy usiłowanemi [1].

Inaczej przedstawiają się pod tym względem przestępstwa materyalne *per omissionem commissa.* Sprawca ich mianowicie, jeżeli chce sprowadzić zamierzony przezeń skutek przestępny, musi nietylko dopuścić się odpowiedniego zaniechania, ale oprócz tego musi postarać się o to, aby w swoim czasie nikt go nie wyręczył w spełnieniu odnośnego czynu i nie stanął przez to na przeszkodzie powstaniu zamierzonego przez sprawcę skutku [2].

[1] Por. wyżej nr. 165 — 168. Choćby nawet kto inny wyręczył był drożnika kolejowego w wystawieniu sygnału w przepisanym czasie, to i wtedy jeszcze drożnik ze stanowiska prawa karnego materyalnego stałby się winnym niewystawienia sygnału, jako przestępstwa dokonanego.

[2] Por. wyżej nr. 184 — 189. Niechno jakiś sąsiad, tknięty litością, nakarmi dziecko, które matka już przez kilka dni morzyła głodem, aby je wyprawić na tamten świat; to matce nie uda się wtedy sprowadzić zamierzonego przez nią skutku przestępnego i z tego powodu będzie ona odpowiadała nie za dokonanie, lecz za usiłowanie morderstwa.

329. *Non perducere ad effectum.* Jest to nieosiągnięcie przez sprawcę zamierzonego skutku przestępnego. Nastąpić to może albo w tej formie, że sprawca nie doprowadził do końca postanowionego przezeń czynu (np. Piotr w chwili, gdy miał strzelić do Pawła, upuścił broń na ziemię), albo w tej postaci, że sprawca spełnił całkowicie to, co postanowił być przedsięwziąć, ale jego działalność nie wywołała zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego (np. Piotr wystrzelił do Pawła, ale go nie trafił). W pierwszym przypadku przyjęto nazywać usiłowanie niezupełnem *(nichtbeendeter Versuch)*, w drugim zupełnem lub skończonem *(beendeter Versuch)*[1]. Nie do wszystkich przestępstw, które wogóle dopuszczają usiłowania, może znaleść zastosowanie zarówno usiłowanie niezupełne, jak zupełne. Należy mianowicie pod tym względem przypomnieć sobie podział przestępstw na formalne, materyalne i formalno-materyalne, a w systemie przestępstw materyalnych zwrócić uwagę na szczególny charakter przestępstw *per omissionem commissa*.

Z tych czterech kategoryj przestępstw:

a) Przestępstwa formalne z dopuszczenia i przestępstwa materyalne *per omissionem commissa* mogą być usiłowane tylko w formie niezupełnej. Pierwsze dlatego, że w nich działanie sprawcy, doprowadzone do końca, staje się już przez to samo przestępstwem dokonanem (nr. 170); drugie dlatego, że tutaj o zaniechaniu sprawcy będzie można powiedzieć, że zostało doprowadzone do końca dopiero wtedy, gdy sprowadziło zamierzony przez sprawcę skutek, a więc gdy stało się przestępstwem dokonanem.

b) Przestępstwa formalno-materyalne (nr. 172 *bis*) dopuszczają tylko usiłowania zupełnego. W nich bowiem czyn sprawcy przybierze charakter działania, skierowanego rzeczywiście do pewnego skutku przestępnego dopiero wtenczas, gdy już puści w ruch cudzą czysto automatyczną akcyą, mającą skutek ten wytworzyć, a więc gdy sam dojdzie do końca. Np. Piotr w Warszawie, napisawszy do Pawła w Krakowie list z wyzwaniem na pojedynek, będzie mógł odpowiadać za usiłowanie zbrodni pojedynku z § 158 k. k. dopiero z chwilą, gdy list swój oddał na pocztę, a więc gdy czyn swój doprowadził do końca. Cała jego poprzednia działalność musiałaby mieć charakter akcyi przygotowawczej (por. niżej nr. 341).

c) Wszystkie inne przestępstwa materyalne, które wogóle mogą być usiłowane, dopuszczają w równym stopniu usiłowania tak *zupełnego* jak *niezupełnego*.

[1] W prawie francuskiem usiłowanie zupełne nazywa się przestępstwem chybionem *(délit manqué)*.

330. Ważną jest, ze względu na pojęcie usiłowania zupełnego, kwestya, kiedy należy uważać działanie przestępne za ukończone. Jedni twierdzą, że wtedy, gdy sprawca uczynił wszystko, co zdaniem jego było potrzebne dla wywołania zamierzonego przezeń skutku przestępnego (teorya podmiotowa); inni utrzymują, że wtedy, gdy sprawca uczynił wszystko, co rzeczywiście potrzebował przedsięwziąć dla osiągnięcia wskazanego wyżej celu (teorya przedmiotowa)[1]. Pierwszy pogląd kładzie zbyt wielki nacisk na ocenienie zapatrywania osobistego przestępcy, a wskutek tego otwiera zbyt szerokie pole domysłom sędziego. Drugi pogląd jest znów całkiem niezgodny z pojęciem usiłowania, w którego naturze musi zawsze leżyć, że to, co sprawca uczynił, chyba nie było w zupełności tem, coby należało było spełnić, dla osiągnięcia zamierzonego skutku przestępnego, bo inaczej skutek ten byłby niezawodnie powstał[2]. Według nas działanie przestępne uważać trzeba za ukończone, a więc usiłowanie za zupełne, wtedy, gdy sprawca uczynił wszystko, co, bez żadnej już dalszej działalności z jego strony, byłoby według normalnego biegu rzeczy wywołało zamierzony przez sprawcę skutek przestępny, gdyby nie były temu przeszkodziły bądź jakieś od jego woli niezależne, a działaniu

jego towarzyszące okoliczności, — bądź jakieś późniejsze, od jego woli zależne lub niezależne okoliczności[3].

[1] Z ustawodawstw teoryę podmiotową wyznaje kodeks rosyjski (art. 115), dla którego wzorem był pod tym względem kod. saski z r. 1856 (art. 40). W nauce przemawiają za nią w szczególności Rossi (*Traité*, II, c. 29, 33) i Köstlin (*System*, str. 243, 244). Za teoryą przedmiotową oświadczają się Weber (w *N. Archiv*, t. 14, nr. 2), Bauer (*Lehrb.* § 68). Geib (*Lehrb.* II, str. 302) i wielu innych kryminalistów niemieckich starszej daty. Znalazła też ona uznanie w wielu kodeksach partykularnych niemieckich, a mianowicie w wirtembergskim z r. 1839 (§ 64), brunszwickim z r. 1840 (§ 36), hanowerskim z r. 1840 (§ 33), darmsztackim z r. 1841 (§ 68). Teoryę przedmiotową przyjmuje także kod. włoski (art. 62).

[2] Piotr strzelił do Pawła w zamiarze morderczym, lecz go nie trafił. W przypadku tym Piotr źle celował, a więc nie uczynił tego, co rzeczywiście było potrzebne dla zabicia Pawła. Przypuśćmy nawet, że zabiciu Pawła stanęła na przeszkodzie jakaś inna okoliczność, niezależna od działania Piotra (np. Paweł był opancerzony siatką, niedostępną dla kuli, lub w chwili krytycznej poruszył się niespodzianie i przez to uniknął kuli), to i wtedy jeszcze trzeba będzie powiedzieć o Piotrze, że nie porachował się dobrze ze wszystkiemi warunkami, bez współudziału których jego działanie nie mogło było stać się przyczyną śmierci Pawła. Por. wyżej nr. 175.

[3] Mamy tu na myśli możliwe przypadki, w których sprawca działaniu swemu, spełnionemu w zamiarze wywołania jakiegoś skutku przestępnego i już przezeń doprowadzonemu do końca, odbierze następnie we właściwym czasie zdolność do sprowadzenia owego skutku. Np. Piotr dał Pawłowi do spożycia w zamiarze morderczym potrawę zatrutą, a wkrótce potem wyznał mu swoję zbrodnię i skłonił go do zażycia jakiegoś niezawodnego antydotu. W przypadku tym usiłowanie po stronie Piotra stało się już zupełnem, bez względu na to, że pod pewnemi warunkami trzeba będzie uznać je za wolne od kary z powodu dobrowolnego zaniechania. Patrz niżej nr. 339, 340.— W zasadzie zgodnie z nami określa usiłowanie zupełne James Goldschmid (p. nr. 321, dop. 1).

331. Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania przekonał nas, że z przyczyn zasadniczych tylko dwie kategorye prze-

stępstw nie dopuszczają usiłowania, a mianowicie *a)* przestępstwa nieumyślne (nr. 327) i *b* przestępstwa formalne z opuszczenia (nr. 328).

Z innych jednak powodów, nietyle teoretycznego ile praktycznego rzędu, należy także wykluczyć usiłowanie z istoty przestępstw, które bądź już z samej swojej natury, bądź z woli ustawodawcy, w zbyt szybkim czasie, po przystąpieniu sprawcy do czynu, stawają się przestępstwami dokonanemi, aby można było uchwycić w ich pochodzie jakiekolwiek dla zmysłów naszych dostępne *ad actum procedere*, nie będące już przestępstwem dokonanem. Do tej kategoryi należą z natury swojej t. zw. przestępstwa jednochwilowe (*délits instantanés*), np. obelgi lub pogróżki słowne[1]; z woli ustawodawcy zaś należą tutaj takie zbrodnie, które kodeks uważa za dokonane już z chwilą, gdy sprawca przedsięwziął celem ich spełnienia jakąkolwiek, choćby najbardziej oddaloną czynność przygotowawczą, np. zdrada główna z § 58 k. k. austr.

[1] Bliższe wyjaśnienia patrz w mojej książce o usiłowaniu § 4.

III. Karygodność usiłowania.

§ 76.

332. Ze względu na karygodność usiłowania, przyjęto odróżniać dwie kwestye: 1) czy i na jakiej podstawie usiłowanie przestępstwa może być uznane za karygodne; 2) jak, w razie potwierdzenia poprzedzającego pytania, należy karać usiłowanie *a)* w stosunku do przestępstwa dokonanego i *b)* odpowiednio do jego większej lub mniejszej odległości od tego ostatniego. Pierwsza kwestya tyczy się tak zwanej karygodności bezwzględnej usiłowania, druga—odnosi się do jego karygodności względnej.

332 *bis.* 1. Karygodność bezwzględna usiłowania. Wiadomo, że do istoty każdego przestępstwa wchodzić muszą cztery pierwiastki, któremi są *a)* czyn zewnętrzny, *b)* działanie bezprawne, *c)* działanie, obłożone karą przez prawodawcę przed jego popełnieniem i *d)* działanie zawinione (nr. 159). Zachodzi pytanie, czy usiłowanie przestępstwa, samo przez się, nosi na sobie wszystkie cztery, wymienione wyżej znamiona istotne?

Na pytanie to wolno nam odpowiedzieć twierdząco tylko ze względu na znamiona czynu zewnętrznego, działania bezprawnego i działania zawinionego. Czynem zewnętrznym jest usiłowanie z uwagi na wchodzące do jego pojęcia *ad actum procedere* (nr. 328); charakter działania bezprawnego nadaje mu ta okoliczność, że skoro prawo zabrania człowiekowi stawania się przyczyną jakiegoś skutku przestępnego, to przez to samo musi mu zabraniać wszelkich działań, które prowadzą do wywołania tego skutku [1]; cechę zaś działania zawinionego otrzymuje usiłowanie przez to, że jego warunkiem istotnym jest *cogitare*, czyli wina umyślna sprawcy (nr. 327).

Co się tyczy jednak charakteru działania, podpadającego pod ustawę karną, to musimy stanowczo przeczyć, iżby usiłowanie jakiegoś przestępstwa nosiło na sobie tę cechę już na tej podstawie, że dokonanie tego przestępstwa obłożone zostało karą przez ustawę. Tłómaczy się to regułą »*nullum crimen sine lege poenali*«. W myśl tej reguły za przestępstwo uchodzić może tylko działanie, które pod każdym względem odpowiada charakterystyce czynu, uznanego przez ustawę za karygodny. Otóż nikt nie powie, iżby usiłowanie morderstwa miało podchodzić pod pojęcie czynu, który, spełniony w zamiarze pozbawienia życia człowieka, stał się rzeczywiście przyczyną jego śmierci (§ 134 k. k.). Z tego powodu twierdzimy, że usiłowanie może być karane tylko pod tym warunkiem, jeżeli ustawa uzna za właściwe oświadczyć się wyraźnie za jego kwalifikacyą kryminalną.

[1] Por. Luden: *Abhadl.* t. II. *(Thatbestand des Verbrechens)*, str. 187.

333. Zgodnie z podaną wyżej tezą, wszystkie kodeksy, które chcą karać usiłowanie przestępstwa, wypowiadają co do tego wyraźnie swoją wolę. Czynić to one zaś mogą w sposób dwojaki: albo w części ogólnej w odniesieniu do wszystkich przestępstw, albo w części szczególnej osobno co do każdego przestępstwa. Pierwszy system ma tę wadę, że każe ustawodawcy rozstrzygać o karygodności usiłowania bez względu na stopień ciężkości tej lub owej kategoryi przestępstw; drugi system nie jest praktyczny z tego powodu, że przy nim musi ustawodawca powtarzać zbyt często przepis o pociąganiu do kary usiłowania. Za najwłaściwszą też uznać należy drogę pośrednią, polegającą na przyjmowaniu pierwszego systemu tylko co do przestępstw najcięższego kalibru t. j. zbrodni. Tak postępują kodeksy karne francuski (art. 2, 3) i niemiecki (§ 43), stanowiąc, że usiłowanie zbrodni ma być zawsze karane, a usiłowanie występków—tylko w przypadkach, wyraźnie przez ustawę wskazanych [1]. Inną drogę obrał kodeks austryacki. Przepis bowiem § 8, który oświadcza, że »do zbrodni nie potrzeba, aby czynu dokonano; samo już usiłowanie wykonania złego uczynku jest zbrodnią« ma w myśl § 239 znajdować także zastosowanie do występków i przekroczeń »o ile wyjątki od tego nie są w pojedynczych przypadkach przez ustawę osobno przepisane, lub też nie wypływają już z właściwej istoty występku lub przekroczenia« [2].

[1] Co się tyczy przekroczeń, to w myśl kodeksów franc. i niem. usiłowanie ich ma być wolne od kary. Teoretycznie można to usprawiedliwić tym argumentem, że przy przekroczeniach najczęściej wzgląd na *exitus* będzie w wyższym stopniu wywoływał potrzebę kary niż wzgląd na *voluntas*.

[2] W myśl najnowszego proj. austr. z r. 1909 usiłowanie nie

ma podlegać karze tylko w odniesieniu do przestępstw, za które ustawa grozi pozbawieniem wolności nie wyżej 3 miesięcy lub grzywnami nie wyżej 1000 koron (§ 14).

334. 2. Karygodność względna usiłowania. Tu, jak już nadmieniliśmy (nr. 332), trzeba odpowiedzieć na dwa pytania: *a)* jak ma być karane usiłowanie w stosunku do przestępstwa dokonanego, i *b)* jak należy karać usiłowanie ze względu na jego większą lub mniejszą odległość od dokonania.

ad a) Według opinii najpowszechniej wyznawanej, usiłowanie ma być zawsze karane łagodniej niż dokonanie. Za słusznością tej tezy przemawiają we wszystkich przypadkach dwa następujące argumenta: α) w porównaniu z przestępstwem dokonanem, jego usiłowanie wyrządza społeczeństwu mniejszą szkodę materyalną; β) przedsięwzięcie nieudane, a jednak powiązane z pewną karą, stanowi przykład mniej zachęcający do naśladowania, niż przedsięwzięcie, które osiągnęło zamierzony skutek.

Oprócz tego w przypadkach usiłowania niezupełnego zawsze, a w przypadkach usiłowania zupełnego wtedy tylko, gdy sprawca był jeszcze w stanie, po doprowadzeniu do końca swego dzieła przestępnego, sam uczynić je nieszkodliwem (nr. 330. dop. 3), musi w umyśle sędziego powstać wątpliwość, ażali sprawca, gdyby nie był natrafił na przeszkodę, z powodu której musiał poprzestać na usiłowaniu, nie byłby w późniejszej, ale zawsze jeszcze stosownej chwili z własnego natchnienia odstąpił od dokonania zamierzonego i postanowionego przezeń przestępstwa. Ta wątpliwość okaże się tu zaiste zbyt słabą, aby z jej tytułu można było wnosić, że sprawca byłby w swoim czasie zaniechał dobrowolnie dalszego usiłowania (wtedy bowiem należałoby go uwolnić od wszelkiej kary, patrz niżej nr. 339), ale w każdym razie będzie ona dosyć poważną, aby na jej podstawie nie uważać ewentualności dobrowolnego zaniechania za całkiem wyklu-

czoną i ten właśnie wzgląd przemawia tutaj za niższą karygodnością usiłowania.

Nareszcie co się tyczy usiłowania zupełnego w przypadkach, gdy sprawca utracił już wszelkie panowanie nad mającym wyniknąć z jego działania skutkiem przestępnym (np. Piotr w zamiarze morderczym strzelił do Pawła i nie trafił go), to za jego niższą karygodnością można w każdym razie przytoczyć argument, oparty na wskazówkach polityki kryminalnej. Argumentem tym jest obawa, iżby wobec zrównania kary bądź sprawca, nie mając już nic do stracenia, nie postarał się jeszcze o natychmiastowe dokonanie chybionego przestępstwa za pomocą jakiegoś innego, pod jego ręką znajdującego się środka, bądź też inni przestępcy nie uzbrajali się w przyszłości w większą energią i skuteczniejszy sposób działania[1].

[1] Bliższe wyjaśnienia patrz w mojej książce o usił. §§ 59, 60.

335. Teza niższej karygodności usiłowania, panująca w nauce i przyjęta przez większość kodeksów karnych[1], ma jednak swoich przeciwników na obu tych polach.

Niektórzy mianowicie, i to bardzo poważni autorowie[2], nie chcą dopatrzeć się z punktu widzenia podmiotowego żadnej różnicy co do winy między sprawcą usiłowanego a sprawcą dokonanego przestępstwa, twierdząc, że skoro tylko okoliczności, niezależne od woli pierwszego, stanęły mu na przeszkodzie do sprowadzenia zamierzonego skutku przestępnego; to niema żadnej podstawy do tego, aby w porównaniu ze sprawcą przestępstwa dokonanego uważać go za mniej niebezpiecznego dla społeczeństwa. Ze szczególną siłą uwydatniają ten ostatni polityczno-kryminalny argument reprezentanci szkoły pozytywnej prawa karnego we Włoszech (Ferri, Garofalo, nr. 106, dop. 1), a za ich przykładem kryminaliści niemieccy, należący do obozu Liszta (*Lehrb.* § 46).

Wśród ustaw obowiązujących, za tezą zrównania co

do kary usiłowania z dokonaniem oświadczają się stanowczo co do zbrodni francuski *Code pénal* (art. 2), co do wszystkich zaś przestępstw kodeks austryacki (§§ 8, 239). W myśl naszego kodeksu mianowicie należy we wszystkich przypadkach, gdzie ustawa nie czyni wyraźnego wyjątku, stosować do przestępstwa usiłowanego wszelkie przepisy, które podaje ustawa co do przestępstwa wogóle, tudzież należy za przestępstwo usiłowane nałożyć tę samą karę, którą ustawa okłada jego dokonanie, z tem tylko zastrzeżeniem, aby sędzia przy wymiarze tej kary, w granicach jej ustawowego zakresu, uznał w myśl § 47, lit. *a*, usiłowanie za okoliczność łagodzącą. W drodze wyraźnego wyjątku kodeks nasz ustanawia łagodniejszą karę tylko za usiłowanie trzech zbrodni, t. j. fałszowania publicznych papierów kredytowych (§§ 110, 113, 115), morderstwa (§ 138) i spędzenia płodu własnego (§ 145).

[1] Wyraźnie przepisują na przypadek usiłowania łagodniejszą karę kodeksy belgijski z r. 1867 (art. 2), rosyjski z r. 1866 (art. 114, 115), niemiecki z r. 1871 (§ 44), węgierski z r. 1878 (§ 66), holenderski z r. 1881 (art. 45), włoski z r. 1889 (art. 61, 62), a poniekąd i najnowszy proj. aust. z r. 1909 (14).

Ten ostatni czyni to tylko w odniesieniu do kary śmierci i kryminału dożywotnego, w miejsce których przepisuje na przypadek usiłowania kryminał od 5 do 20 lat.

[2] Z dawnych autorów bardzo stanowczo przemawia Filangieri za równomiernem traktowaniem co do kary usiłowania i dokonania przestępstwa (*La scienza della legislatione*, ks. III, cz. II, rozdz. XIII). Z nowszych uczonych, prócz wskazanych w tekście autorów, broni tej opinii Goldfeld: *Versuch mit untauglichen Mitteln*, 1882, str. 1—17. — Wielu kryminalistów francuskich żąda, aby tylko usiłowanie niezupełne sprowadzało łagodniejszą karę (Boitard, Chauveau, Hélie). Dziś jednak ma także we Francyi wybitnych wyznawców teza niższej karygodności wszelkiego usiłowania (Garraud: *Traité*, 1898, I, nr. 215).

336. *ad b)* Drugą kwestyą w przedmiocie karygodności względnej usiłowania jest pytanie, czy należy

w pochodzie usiłowania odróżniać pewne stadya z uwagi na jego większą lub mniejszą odległość od dokonania i według tego wymierzać za usiłowanie to łagodniejszą, to surowszą karę?

Już u praktyków włoskich XIV wieku uznawano, że t. zw. *actus verbi*, t. j. wyjawienie słowem zamiaru przestępnego, ma być karane łagodniej, niż *actus facti*, t. j. wyjawienie tego zamiaru w postaci czynów, mających go urzeczywistniać. Oprócz tego w ramach tego ostatniego usiłowania, także już w doktrynie włoskiej XIV wieku, zaczyna się wytwarzać dystynkcya między usiłowaniem oddalonem *(conatus remotus)* a bliskiem *(c. proximus)*, tudzież przekonanie, że to ostatnie zasługuje na surowszą karę niż pierwsze.

Późniejsza teorya, rozwijając dalej myśl stopniowania kary za usiłowanie, odpowiednio do różnej jego odległości od dokonania przestępstwa, odstąpiła jednak od podanego wyżej stanowiska praktyków włoskich w dwóch następujących bardzo ważnych punktach: α) wyjawienie słowem zamiaru przestępnego *(actus verbi)*, jako czynność o charakterze zwiastującym (nr. 164, 328), przestano w nowszej nauce uważać za jakiekolwiek, choćby najodleglejsze stadyum usiłowania; β) usiłowanie oddalone *(conatus remotus)* uznano za stadyum usiłowania wolne od kary, jako czynność o charakterze raczej przygotowawczym, niż wykonawczym.

To nowe zapatrywanie już w XVI wieku[1] zaczyna zdobywać sobie prawo obywatelstwa w teoryi i praktyce kryminalnej, a u kryminalistów niemieckich XVIII wieku uchodzi już za rzecz całkiem niewątpliwą, że tylko usiłowanie bliskie *(conatus proximus)*, jako czynność, która »*ad actum ipsum executionis jam processit*« zasługuje na karę[2]. Odtąd zaczęto co do kary odróżniać pewne stopnie usiłowania tylko w ramach owego usiłowania bliskiego, żądając, aby każdy z nich sprowadzał surowszą karę w miarę tego, jakby się bardziej zbliżał do doko-

nania przestępstwa. Z tych stopni jednak tylko dwa można było oprzeć na stałej podstawie, a mianowicie znane nam już (nr. 329) usiłowanie niezupełne *(con. propior vel proximior*, także *delictum inchoatum)* i usiłowanie zupełne *(conatus actui multum proximus*, także *delictum perfectum)*.

[1] Dowodem tego C. C. C. która pod pojęcie usiłowania karygodnego podciąga tylko »*etliche scheinliche wercke die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mögen*« (art. 158). Zapatrywanie to nazywa też już Clarus *communis opinio (Receptae sententiae*, 1560. *Lib.* V § *fin. Qu.* 92 *in fine)*. Pomimo to jednak jeszcze w XIX stuleciu niektóre kodeksy (np. bawarski z r. 1813) uznawały przygotowanie do przestępstwa za karygodne, a dziś jeszcze pozostał wierny temu stanowisku kod. rosyjski z r. 1866 (art. 112).

[2] Por. Meister: *Principia iuris crim.* 1755, § 37. Koch: *Institutiones iur. crim.* 1758. *Lib.* I, cap. II, § 26.

337. Pogląd, że usiłowanie ma być karane łagodniej lub surowiej w miarę tego, jak mniej lub bardziej zbliża się do przestępstwa dokonanego, opiera się na tych samych argumentach, z których czerpie swoje uzasadnienie ogólna teza o niższej karygodności usiłowania w stosunku do dokonania (nr. 335). Pogląd ten jednak nie posuwa się tak daleko, iżby miał wymagać od ustawodawcy wyznaczania różnych zakresów kary dla tego lub owego stopnia usiłowania. Postulatom jego czyni się już wtedy zadosyć, gdy w granicach przepisanego przez ustawodawcę dla usiłowania zakresu kary, sędzia będzie obniżał lub podwyższał jej wymiar odpowiednio do tego, czy usiłowanie dalsze jest lub bliższe dokonania. Kodeksy zwyczajnie pozostawiają też dostosowanie wymiaru kary do różnych stopni usiłowania uznaniu sędziego. Z nowszych ustawodawstw do wyjątków pod tym względem należy kodeks włoski, który wyraźnie co do zakresu kary traktuje usiłowanie zupełne surowiej niż niezupełne (art. 61, 62)[1].

[1] Ze starszych kodeksów podobne stanowisko zajmuje wobec tej kwestyi kod. rosyjski z r. 1866 (art. 114, 115).

IV. Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania karygodnego[1].

§ 77.

338. Nie każdą czynność, która podchodzi pod ogólne pojęcie usiłowania przestępstwa (nr. 324 — 331), uznaje prawo za właściwe pociągać do kary. Przekonaliśmy się już o tem przy rozbiorze wpływu, który różne stadya w pochodzie usiłowania wywierać mają na stopień jego karygodności (nr. 336). Tam mianowicie wyszło na jaw, że już od XVI wieku zaczyna się wytwarzać przekonanie, że usiłowanie oddalone *(conatus remotus)*, jako działalność o charakterze raczej przygotowawczym, niż wykonawczym, powinno być wolne od kary. Na tej to podstawie opiera się powszechnie twierdzenie, że warunkiem istotnym karygodności usiłowania jest to, aby je cechował t. zw. początek wykonania *(commencement d'exécution, Anfang der Ausführung)*.

Historycznie jednak o wiele wcześniej, bo już w glosie, której zawdzięczamy pierwszą charakterystykę teoretyczną usiłowania (nr. 325), inne jeszcze znamię uznane zostało za warunek istotny jego karygodności. Glosa mianowicie wyraźnie zaznacza, że karze za usiłowanie ma podlegać tylko ten, »*qui non perduxit ad effectum*, *quia non potuit*«. Na tej podstawie wytworzyła się w prawie karnem różnica między usiłowaniem zatamowanem *(conatus vi extrinseca impeditus*, *verhinderter Versuch)*, jako zasługującem na karę, a usiłowaniem zaniechanem *(c. propria conantis voluntate suppressus, freiwillig aufgegebener Versuch)*, które ma być od niej wolne.

Dwa wskazane wyżej znamiona, a mianowicie zatamowanie i początek wykonania uznane są dzi-

siaj powszechnie zarówno w teoryi, jak i praktyce kryminalnej, za pierwiastki, należące do istoty usiłowania karygodnego.

Do tych dwóch znamion próbowano w nowszych czasach, a mianowicie począwszy od Feuerbacha, dodać jeszcze trzecie, w myśl którego karygodnem miałoby być tylko t. zw. usiłowanie udolne *(tauglicher Versuch)*, w przeciwstawieniu do usiłowania nieudolnego *(untauglicher Versuch)*, któremu chciano odmówić kwalifikacyi kryminalnej. Pogląd ten jednak jest wielce sporny i większość autorów oświadcza się przeciwko niemu.

Wypada nam teraz rozebrać osobno każdą z trzech poruszonych wyżej, do pojęcia usiłowania karygodnego odnoszących się kwestyj.

[1] Patrz moją książkę o usił. przestępstw, §§ 73—93.

339. *A)* **Usiłowanie zatamowane i zaniechane**[1]. Zatamowanem nazywa się usiłowanie wtedy, gdy sprawca nie dokonał zamierzonego przestępstwa tylko z powodu okoliczności, niezależnych od jego woli, czyli, jak się wyraża nasz kodeks (§ 8) »tylko z przyczyny niemocy, nadejścia obcej przeszkody lub przypadku«. Zaniechanem staje się usiłowanie wtedy, gdy sprawca z własnej woli, bez względu jednak na pobudki, które mogły były go do tego skłonić[2], odstąpił od zamiaru doprowadzenia do końca już przezeń wykonywanego przedsięwzięcia przestępnego.

Usiłowanie zaniechane uchodzi powszechnie za wolne od kary, wszakże o tyle tylko, o ile nie sprowadziło żadnego skutku przestępnego. Gdyby zaś sprawca na drodze do osiągnięcia zamierzonego skutku przestępnego był już wywołał jakiś inny skutek przestępny, a potem dopiero był dobrowolnie wstrzymał się od dalszej akcyi, (usił. *kwalifikowane*; patrz wyżej nr. 322, l. 3), to ta ostatnia okoliczność jużby nie mogła odebrać jego usiłowaniu kwalifikacyi kryminalnej. Jedno bowiem tylko może przemawiać za wykluczeniem karygodności usiłowania zaniechanego, a okolicznością tą jest niepodobieństwo dostrzeżenia w niem znamion czynu przestępnego po stronie ani podmiotowej (odstąpienie od poprzedniego zamiaru i postanowienia), ani przedmiotowej (brak wszelkiego skutku przestępnego)[3].

[1] Patrz Herzog: *Rücktritt vom Versuch und thätige Reue*, 1889.

[2] Charakter pobudek bowiem nie może mieć dla prawa karnego znaczenia okoliczności, rozstrzygającej o winie lub jej braku (p. wyżej nr. 280). Istotną doniosłość trzeba będzie tu przyznać tylko pytaniu, czy pobudki, któremi kierował się sprawca, przerywając swoje usiłowanie, pozostawiały lub też odbierały mu panowanie nad jego wolą. W pierwszym przypadku będzie miało miejsce zaniechanie, w drugim — zatamowanie usiłowania.

[3] Bardzo oryginalnie tłómaczy Horn *(Czasop. Liszta*, t. 20) przyczynę niekarygodności usiłowania zaniechanego. W tem ostatniem mianowicie widzi on tylko osobny typ usiłowania nieudolnego ze względu na słabość woli sprawcy.

340. Kodeksy oświadczają się bądź za pociąganiem do kary tylko usiłowania zatamowanego (austr. § 8; franc. art. 2), bądź za tem, aby dobrowolne zaniechanie usiłowania stanowiło okoliczność, wykluczającą jego karygodność (niem. § 46; projekt austr. z r. 1909, § 16). Różnica proceduralna między temi stanowiskami polega na tem, że z punktu widzenia pierwszego zapatrywania, zatamowanie tworzy cechę istotną usiłowania karygodnego i wskutek tego musi w każdym szczególnym przypadku być dla oskarżyciela tematem dowodu; z punktu widzenia zaś drugiego poglądu oskarżyciel nie potrzebuje wykazywać, że usiłowanie było zatamowane, lecz przeciwnie rzeczą jest obrony dowodzić, że sprawca w czasie właściwym z własnej woli odstąpił od dokonania przestępstwa. Słuszność należy niewątpliwie przyznać temu ostatniemu stanowisku. Trudno bowiem nie zgodzić się

na to, że jeżeli ktoś ma już sobie do wyrzucenia nietylko powzięcie jakiegoś zamiaru przestępnego, ale także rozwinięcie działalności, skierowanej ku jego urzeczywistnieniu, to chyba już jego powinno być rzeczą przekonać sędziego, że odstąpił od przestępstwa dobrowolnie.

341. *B)* **Działania przygotowawcze i początek wykonania.** W różny sposób próbowano wytłómaczyć, ze stanowiska przedmiotowego, różnicę zasadniczą między przygotowaniem a początkiem wykonania przestępstwa [1]. Chciano mianowicie zaliczyć do pierwszej sfery tylko czynności, polegające na zapewnianiu sobie przez sprawcę warunków lub środków materyalnych, mających umożliwić mu, względnie ułatwić dokonanie zamierzonego przezeń przestępstwa, a do drugiej — czynności, będące już zastosowaniem przez sprawcę odnośnego środka (Zachariae). Przekonano się wszakże, że w niejednym przypadku czynność pierwszego typu (np. wejście złodzieja do cudzego pokoju, dla popełnienia tamże kradzieży) może zbliżać się bardziej do dokonania, niż to lub owo z działań, należących do drugiej kategoryi (np. przystawienie przez złodzieja do cudzego okna drabiny, którą w tym celu kupił dnia poprzedniego). Sam Zachariae też, a oprócz niego Mittermaier i Chop, uznali za właściwe podać inne jeszcze kryteryum przedmiotowe, dla odróżniania początku wykonania od działań przygotowawczych. Kryteryum to miało polegać na tem, że w początku wykonania musi już wyrażać się jakakolwiek, choćby najdrobniejsza cząstka treści, wchodzącej w skład istoty przedmiotowej zamierzonego przestępstwa [2]. Ale i ta charakterystyka początku wykonania okazała się wadliwą z tego powodu, że z wyjątkiem bardzo nielicznych przestępstw złożonych, istota przedmiotowa przestępstw nie dopuszcza, aby ją sprawca mógł częściowo urzeczywistniać. Żadne działanie np. nie będzie mogło uchodzić za częściowe uśmiercenie człowieka

(morderstwo) lub za częściowy zabór cudzej rzeczy z posiadania drugiego (kradzież).

[1] Zachariae: *Versuch*, I. str. 198—205. Mittermaier: *Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Verbrechenshandlungen* (*N. Archiv*, t. II, str. 163); patrz także rozprawę tego autora w *Gerichtssaal*, 1859, str. 197. Chop: *Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch*, 1861.

[2] Do tego poglądu zbliżają się Rosenblatt (w *Goltd. Arch.* z r. 1888, t. 36, str. 66—79), Liszt: *Lehrb.* § 46.

342. Już sama nazwa początek wykonania przestępstwa wskazuje, że termin ten musi oznaczać przedsięwzięcie przez sprawcę takiej czynności, którą, w razie, gdyby tenże był dokonał zamierzonego przestępstwa, należałoby uważać, czyto ze względu na nią samą, czyteż z uwagi na jej dalszy, całkiem niewątpliwie przypuszczalny, a czasowo nierozerwalny przebieg, za przyczynę odnośnego skutku przestępnego. Z chwilą dopiero, gdy sprawca był już w trakcie spełniania tego rodzaju czynności, mamy podstawę przedmiotową do utrzymywania, że dopuścił się początku wykonania przestępstwa. Wszelka inna jego działalność, rozwinięta celem dokonania zamierzonego przestępstwa, musiałaby uchodzić za przygotowawczą, jako mająca stać się tylko jednym z warunków powstania odnośnego skutku przestępnego (nr. 174—183). W myśl tej charakterystyki zakupienie trucizny, rewolweru lub innego narzędzia, potrzebnego do dokonania zamierzonego morderstwa, zaliczymy do działań przygotowawczych, podczas gdy należałoby uważać za początek wykonania tej zbrodni, nietylko sam bezpośredni zamach sprawcy na człowieka, którego chciał uśmiercić, ale także już każde takie jego wystąpienie, które ze względu na jego dalszy, całkiem niewątpliwie przypuszczalny, a czasowo nierozerwalny przebieg, miało doprowadzić sprawcę do powyższego zamachu (np. ukrycie się zbrodniarza na noc z bronią nabitą w pokoju sypialnym

upatrzonej ofiary i to wśród okoliczności, wykluczających całkiem niewątpliwie przypuszczenie, iżby ten czyn w dalszym swoim bezpośrednim ciągu nie miał przeobrazić się w zamach na życie odnośnej osoby).

Podana wyżej podstawa przedmiotowa dla granicy między przygotowaniem, a początkiem wykonania przestępstwa, nie znajduje się bynajmniej w niezgodzie z podstawą podmiotową, na której kryminaliści francuscy zwykli opierać tę granicę. Według poglądu mianowicie, wyznawanego przez tych ostatnich, początkiem wykonania ma być czynność, która całkiem niewątpliwie wyraża, że jej sprawca powziął już stanowczo odnośne postanowienie przestępne [1].

[1] Do naszego stanowiska przedmiotowego najbardziej zbliżają się: Meyer, Ötker i Horn. Pierwszy (*Anfang der Ausführung*, 1892) przyjmuje początek wykonania wtedy »*wenn die Handlung ihrer allgemeinen Beschaffenheit nach sich als eine unumgängliche Bedingung* (t. j. przyczynę) *des Erfolges darstellt*«. Drugi, (*Czasop. Liszta*, t. 17, str. 65) widzi istotę początku wykonania w urzeczywistnieniu »*des letzten Hilfswillens*«. Wreszcie Horn (*Czasop. Liszta* t. 20, str. 309 — 361) uważa za początek wykonania spełnienie przez sprawcę tej czynności, której koniecznym psycho-fizycznym wytryskiem, gdyby nie okoliczności od sprawcy niezależne, byłoby stało się wywołanie tego skutku, który miał działalności sprawcy nadać charakter przestępstwa dokonanego. Kryminaliści włoscy uważają za cechę istotną początku wykonania t. z. *univocità della direzione al delitto*. Carrara jednak przypisuje tę cechę dopiero takiemu działaniu, które może uchodzić za wystąpienie, skierowane bezpośrednio przeciwko przedmiotowi, mającemu stać się ofiarą lub materyałem (np. w razie cudzołostwa) zamierzonego przestępstwa (*Programma*, 1, § 358). Podobnie utrzymują Baumgarten (*Versuch*, str. 389 i nast.) i Janka, (ten ostatni autor kładzie nacisk na *Beginn des Angriffes;* por. *Oesterr. Strafr.* § 63). — Bardziej do stanowiska podmiotowego kryminalistów francuskich przechylają się: Cohen (*Die Vorbereitung von strafb. Handlungen*, 1894) i Lammasch (*Grundriss*, str. 34). Sam od tego stanowiska odstąpiłem dopiero w drugiem wydaniu niniejszego dzieła (1901).

343. Kodeks austryacki uważa za karygodne takie tylko usiłowanie, które było przedsięwzięciem czynności, do rzeczywistego wykonania zbrodni (względnie występku lub przekroczenia, § 239) prowadzącej. Rozstrzygnięcie jednak pytania, co za taką czynność uznać należy, musiał ustawodawca austryacki pozostawić teoryi i jurysprudencyi, jako kwestyą, której sędzia nie potrafi inaczej załatwić, jeno poddawszy ją w każdym konkretnym przypadku dokładnemu rozpoznaniu, ze stanowiska tak ogólnych zasad nauki, jak szczególnych okoliczności, towarzyszących działaniu sprawcy i rzucających światło na jego rzeczywisty stosunek do wykonania zamierzonego przez sprawcę przestępstwa. Stosunek ten przyjęto w Najwyższym Trybunale oceniać przeważnie w duchu teoryi podmiotowej [1].

Wprost od siebie oznaczył kodeks punkt, od którego bierze początek karygodność usiłowania, tylko w odniesieniu do przestępstw, popełnionych osnową pisma drukowego. Jest nim dla autora, tłómacza, wydawcy, redaktora i nakładcy, chwila oddania do druku dzieła, które ma być rozmnożone; dla innych zaś winowajców — chwila ich spółdziałania (§ 10).

[1] Patrz orzeczenia nr. 307, 497, 588, 1171, 1235, 1538, 2365, 2538. Przeciwko temu stanowisku, patrz Rosenblatt (*Allg. österr. Ger. Ztg.* 1888, nr. 11).

344. *C)* **Usiłowanie udolne i nieudolne.** Nauka zaczęła poważnie zastanawiać się nad kwestyą podziału usiłowania na udolne i nieudolne dopiero, odkąd Feuerbach w czwartem wydaniu swojego »*Lehrbuch des peinlichen Rechts* (1808) [1] wystąpił z tezą, że, karać za usiłowanie można wtedy tylko, gdy sprawca spełnił czynność, która przedmiotowo może uchodzić za zdatną, do sprowadzenia zamierzonego przezeń skutku przestępnego. W przedsięwzięciu bowiem, które z powodu niewłaści-

wości bądź użytych środków, bądź zaczepionego przedmiotu[2], już z samej natury rzeczy nie byłoby mogło doprowadzić sprawcy do dokonania zamierzonego przezeń przestępstwa, należałoby ze stanowiska prawa widzieć tylko wynurzenie zamiaru przestępnego. Karać zaś za takie wynurzenie znaczyłoby grzeszyć przeciwko regule »*cogitationis poenam nemo patitur*«[3].

Pogląd ten Feuerbacha, znany pod nazwą teoryi przedmiotowej, i poparty dzielnie przez Mittermaiera i Zachariae'go, potrafił, pomimo znakomitej krytyki Oerstedta (*Grundregeln der Strafgesetzgebung*, 1818) i opozycyi ze strony bardzo wielu wybitnych autorów (Hepp, Tittmann, Luden, Köstlin, Hälschner, Buri) zachować przez dłuższy czas panowanie w nauce prawa karnego. Nigdzie jednak nie zapuścił on tak głębokich korzeni jak we Francyi, gdzie na jego uzasadnienie długo przytaczano powszechnie ten jeszcze argument, że karygodnem, w myśl art. 2 franc. *Code pénal*, ma być tylko usiłowanie, nacechowane początkiem wykonania przestępstwa, a przecież zaczynać można tylko to, co w zasadzie dopuszcza dokonania[4].

[1] Patrz moje *Zasady nauki o usił.* § 81.

[2] Przykłady: Piotr w chwili krytycznej myli się i, zamiast przygotowanej trucizny, daje Pawłowi do spożycia całkiem nieszkodliwą substancyę (usiłowanie nieudolne z powodu niewłaściwości użytego środka). Piotr w przekonaniu, że ma przed sobą śpiącego Pawła, strzela w zamiarze morderczym do jego trupa, nie wiedząc, że Paweł podczas snu umarł przed chwilą na anewryzm serca (usiłowanie nieudolne z powodu niewłaściwości zaczepionego przedmiotu).

[3] Klasycznym w Niemczech stał się, przytaczany przez Feuerbacha, przykład wieśniaka bawarskiego, który, aby uśmiercić swego wroga, odbył pielgrzymkę do jakiejś cudownej kaplicy i tam modlił się o jego zgon. Wszakże byłoby to zbyt rażącym błędem, chcieć karać tego wieśniaka za usiłowanie morderstwa!

[4] Por. Rossi: *Traité de droit (pénal* livre II, chap. 30). Przeciwko temu argumentowi patrz Luden: *Abhandlungen*, II, str. 195, 196.

345. Opozycya, którą teorya przedmiotowa już za czasów Feuerbacha wywołała w nauce (p. nr. 344), odżyła w ostatnich dziesiątkach XIX w. z większą jeszcze siłą i dzisiaj ma za sobą stanowczo *communis opinio doctorum*. Wyznawcom teoryi przedmiotowej zarzucono słusznie, że w usiłowaniu nieudolnem mieści się więcej, niż wynurzenie złego zamiaru, gdyż wyraża ono także rozwinięcie przez sprawcę takiego »*ad actum procedere*«, które w jego przekonaniu miało go doprowadzić do osiągnięcia zamierzonego przezeń skutku przestępnego. Co się tyczy zaś argumentu kryminalistów francuskich, że rozpoczynać można tylko przestępstwo, które dopuszcza ukończenia, to już Luden (nr. 344. dop. 4) bardzo trafnie wykazał, że jest on tylko błędnem przeistoczeniem słusznej tezy, że to, co ukończone, nie mogłoby stanowić czynu przestępnego, także rozpoczęte, ogołocone być musi z wszelkiej kwalifikacyi kryminalnej. Ta ostatnia zaś teza nie może przemawiać przeciwko karygodności usiłowania nieudolnego z tego powodu, że sprawca tego usiłowania rozwinął działalność zewnętrzną, która, ukończona zgodnie z jego postanowieniem, byłaby stała się przestępstwem dokonanem. Takiemu zaś jej ukończeniu stanęła na przeszkodzie tylko okoliczność, niazależna od woli sprawcy, a mianowicie błąd faktyczny, pod wpływem którego chwycił się on niewłaściwego środka lub skierował swój czyn przeciwko niewłaściwemu przedmiotowi. Jeżeli zaś błąd faktyczny, skoro jest istotnym i nieprzepartym, znosi przypisalność czynu przedmiotowo przestępnego (por. nr. 310); to z tego samego tytułu podobny błąd faktyczny powinien uchylać możność zapisania na rachunek woli sprawcy tej okoliczności, że jego usiłowanie okazało się przedmiotowo nieudolnem do sprowadzenia zamierzonego przezeń skutku przestępnego. Nieudolność jego usiłowania znalazła swoją przyczynę w błędzie, który był dla sprawcy nieprzeparty, a więc nie może być przeszkodą, do uznania jego przed-

sięwzięcia za usiłowanie, zatamowane niezależnie od woli sprawcy (por. nr. 339).

346. Oprócz tego wystąpiono jeszcze przeciwko teoryi przedmiotowej z tym poważnym zarzutem, że przy ścisłem rozumowaniu należałoby z jej stanowiska, uwalniać od kary każde usiłowanie. Niema bowiem usiłowania, które pod względem przedmiotowym nie nosiłoby na sobie, w niższym lub wyższym stopniu, piętna pewnej nieudolności, a mianowicie tej, która nie pozwoliła mu stać się przestępstwem dokonanem. Wprawdzie wyznawcy teoryi przedmiotowej starali się odeprzeć ten zarzut, zwracając na to uwagę, że trzeba odróżniać między bezwzględną a względną nieudolnością usiłowania *(absolute und relative Untauglichkeit)* i że, broniona przez nich, teza odnosi się tylko do przypadków pierwszej nieudolności[1]. Dotąd jednak nie udało się nikomu oprzeć tej różnicy na tak pewnym gruncie, iżby mógł on służyć za słuszną podstawę do przeprowadzenia granicy między nieudolnością, która ma czynić usiłowanie wolnem od kary, a tą, która nie ma uchylać jego karygodności.

W sposób dwojaki mianowicie próbowano wytłómaczyć różnicę między bezwzględną a względną nieudolnością usiłowania. Z jednej strony, chciano uznać za bezwzględnie nieudolne tylko takie usiłowanie, które, powtórzone kiedykolwiek w przyszłości przy tych samych warunkach, nie mogłoby nigdy stać się przestępstwem dokonanem; podczas gdy usiłowanie względnie nieudolne miało tem się odznaczać, że, powtórzone kiedyindziej przy tych samych warunkach, mogłoby doprowadzić sprawcę do wywołania zamierzonego przezeń skutku przestępnego. Z drugiej strony, sądzono, że różnicę między bezwzględną a względną nieudolnością usiłowania oprzeć można na granicy między jakowością a ilościową niewłaściwością użytego środka, lub też na granicy między

rzeczową a miejscową niewłaściwością zaczepionego przedmiotu[2].

Zapomniano jednak, że właściwie nie ma usiłowania, które powtórzone kiedykolwiek w przyszłości przy całkiem identycznym stanie rzeczy, byłoby zdolne sprowadzić zamierzony przez sprawcę skutek przestępny, tak jak znów nie ma usiłowania, które, powtórzone w przyszłości wśród odmiennych warunków, nie mogłoby przyoblec postaci przestępstwa dokonanego[3]. Co się tyczy zaś różnicy między jakościową a ilościową niewłaściwością użytego środka, lub różnicy między rzeczową a miejscową niewłaściwością zaczepionego przedmiotu; to nie należałoby przywiązywać do niej zbyt wielkiej wagi z tego powodu, że istotne znaczenie dla pojęcia usiłowania nieudolnego może mieć tylko fakt, że sprawca zamiast spełnienia tego, co przedmiotowo byłoby mogło go doprowadzić, do wywołania zamierzonego przezeń skutku przestępnego, rozwinął działalność, która z jakichkolwiek przyczyn, byle tylko niezależnych od jego woli, okazała się przedsięwzięciem, niezdatnem ze stanowiska praw, rządzących przyrodą materyalną do tego, aby kiedykolwiek znaleść się w związku przyczynowym z zamierzonym przez sprawcę skutkiem przestępnym.

[1] Mittermaier w *N. Archiv*, 1816. Rossi: *Traité*, *Livre* II, *chap.* 31. Zachariae: *Versuch*, I, str. 239. Berner: *Lehrb.* 1882, str. 180. Budziński: *Wykład*, nr. 153. Garraud: *Traité*, t. I, nr. 207—209.

[2] Np. usiłowanie morderstwa byłoby bezwzględnie nieudolnem w przypadku wystrzelenia do trupa, wziętego błędnie za człowieka jeszcze żywego (niewłaściwość rzeczowa przedmiotu), lub w przypadku dania komuś do spożycia, pod wpływem błędu faktycznego, zamiast trucizny jakiejś innej, całkiem nieszkodliwej dla zdrowia ludzkiego substancyi (niewłaściwość jakościowa środka). Względnie nieudolnem zaś byłoby usiłowanie morderstwa wtedy, gdyby Piotr, wiedząc, że Paweł systematycznie o pewnym czasie odbywa drzemkę na swojej kanapie, strzelił w tej chwili, mierząc wprost w miejsce, gdzie zwykle

spoczywała głowa Pawła, a tymczasem, szczęśliwym zbiegiem okoliczności, Paweł tego dnia właśnie musiał o tym czasie znajdować się w innym pokoju (niewłaściwość miejscowa przedmiotu). Również usiłowanie morderstwa musiałoby uchodzić za względnie nieudolne w przypadku dania człowiekowi do zażycia przez pomyłkę zbyt małej dozy trucizny (niewłaściwość ilościowa środka).

[3] Tak np. Piotr postanowił zasztyletować w nocy pogrążonych we śnie Pawła i Jana. Zaczął od Pawła, o którym się okazało, że na godzinę przedtem już był umarł na anewryzm serca. Wyznawcy teoryi przedmiotowej powiadają, że w przypadku tym zaszło usiłowanie bezwzględnie nieudolne, gdyż, powtórzone kiedykolwiek w przyszłości, działanie, którego dopuścił się Piotr, nie byłoby nigdy mogło stać się morderstwem dokonanem. Podzielam najzupełniej tę opinię, ale z tem zastrzeżeniem, iżby, przy powtórzeniu tego działania w przyszłości, nie miały się w niczem zmienić warunki, które mu towarzyszyły w pierwszym przypadku. Na poparcie tego zastrzeżenia, przytaczam, że Piotr powtórzywszy za chwilę w odniesieniu do śpiącego Jana działanie, którego dopuścił się przeciwko już nieżyjącemu Pawłowi, stanie się niewątpliwie winnym usiłowanego lub dokonanego morderstwa. Bez takiego zastrzeżenia zaś, każde usiłowanie musiałoby uchodzić za bezwzględnie nieudolne, gdyż, powtórzone kiedykolwiek w przyszłości, wśród całkiem identycznych warunków, okazaćby się musiało niezdatnem do sprowadzenia zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego. Np. Piotr strzela w zamiarze morderczym do Pawła, lecz go nie trafia. Działanie to, choćby powtórzone milion razy, musiałoby, przy całkiem niezmienionym stanie rzeczy (złe celowanie, jednakowa odległość wystrzału i t. p. okoliczności), zakończyć się zawsze chybieniem zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego.

347. Stoję więc wobec kwestyi usiłowania nieudolnego na gruncie t. zw. teoryi podmiotowej. Tem niemniej wszakże utrzymuję, że usiłowanie staje się karygodnem wtedy dopiero, jeżeli sprawca nie ograniczył się do wynurzenia na zewnątrz powziętego przezeń złego zamiaru, ale, oprócz tego, postanowił spełnić czynność przedmiotowo zdatną do sprowadzenia odnośnego skutku przestępnego i faktycznie

przedsięwziął to, co w jego mniemaniu miało być urzeczywistnieniem jego postanowienia. Widać z tych ostatnich słów, że, i z mojego stanowiska, udolność przedmiotowa powinna cechować usiłowanie karygodne, tylko że tej udolności domagam się dla działania, które sprawca postanowił spełnić, celem sprowadzenia zamierzonego przezeń skutku przestępnego, nie zaś dla działania, które sprawca spełnił faktycznie w błędnem mniemaniu, że wykonywa pierwsze. Nieudolność bowiem przedmiotowa tego tylko, co sprawca uczynił faktycznie, nie odbiera jego przedsięwzięciu charakteru owego *ad actum procedere*, które, doprowadzone do pewnego punktu, musi uchodzić za czynność, już skierowaną przez sprawcę, ku samemu urzeczywistnieniu jego postanowienia przestępnego.

Inna rzecz, gdyby sprawca, dla osiągnięcia zamierzonego przezeń skutku przestępnego, był, pod wpływem jakiejś błędnej opinii, postanowił spełnić całkiem do tego przedmiotowo nieprzydatne działanie i to ostatnie rzeczywiście wykonał. Tylko tego rodzaju czynność nie mogłaby nigdy podchodzić pod pojęcie usiłowania, jako nie nacechowana żadnem, ze stanowiska przedmiotowego, niebezpiecznem postanowieniem. Tu mianowicie należałoby zaliczyć postępowanie owego, przez Feuerbacha tak bardzo osławionego wieśniaka bawarskiego, który postanowił wymodlić przed cudownym obrazem śmierć dla swego wroga. W przypadkach powyższego typu odnośna osoba tylko zwiastująco wynurzyła nastrój woli, niebezpieczny dla interesów społeczeństwa, a wiadomo, że okoliczność ta może prawnie upoważniać państwo jedynie do rozwinięcia przeciwko tej osobie pewnej działalności prewencyjnej (por. nr. 164). Ta działalność oczywiście okaże się tem niezbędniejszą, w miarę tego, jak rozchodzić się będzie o nastrój woli, wzniecający w wyższym stopniu obawę, że w przyszłości sprawca celem urzeczywistnienia swego zamiaru przestępnego, zdobyć się może na jakieś inne, skuteczniejsze postanowienie. Dla ocenienia zaś stopnia tej

obawy, zwłaszcza co do działań, przedsięwziętych pod wpływem zabobonu (gusła, czary) lub wiary w pomoc jakiejś wyższej potęgi nadprzyrodzonej (Boga lub szatana), ważną wskazówką powinien być wzgląd na to, czy sprawca sądził, że sam, za pomocą użytego przez siebie środka, potrafi sprowadzić zamierzony skutek przestępny, czyteż mniemał, że tym sposobem zdoła tylko skłonić inną potęgę, do wytworzenia upragnionego przezeń skutku. W pierwszym przypadku, nastrój woli sprawcy musiałby uchodzić za bardziej niebezpieczny, niż w drugim. Tam bowiem wyszło na jaw, że sprawca powziął już zamiar przestępny, tu zaś — że sprawca żywi tylko nieprzyjazne dla społeczeństwa uczucia[2].

[2] Bliższe uzasadnienie mojego poglądu na kwestyę nieudolności usiłowania patrz w następujących moich rozprawach: *O pojęciu i karygodności usiłowania nieudolnego (Lwowski Przegląd pr. i admin.* 1894); *Considérations sur la tentative irréalisable (Paris. Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1897). *Ueber die Stellung des österr. Strafgesetzes gegenüber dem sogen. untauglichen Versuche (Allg. österr. Ger. Ztg.* 1908, nr. 27). — Patrz także co do tej kwestyi: Hertz: *Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln*, 1874. Lammasch: *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches*, 1879. Goldfeld: *Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten*, 1882. Saleilles: *Essai sur la tentative (Paris. Revue pénitentiaire*, 1897). Wszyscy powyżsi autorowie wyznają teoryę podmiotową.

348. Co do stanowiska kodeksu austryackiego wobec usiłowania nieudolnego, to, dzięki powadze Hyego[1], długo utrzymywało się w doktrynie i jurysprudencyi zapatrywanie, że kodeks nasz *terminis explicitis* oświadcza się za pociąganiem do kary tylko usiłowania udolnego. Pogląd ten opierał się na dwóch głównych argumentach, a mianowicie: 1) na tekscie § 8, w myśl którego usiłowanie karygodne musi być czynnością, do rzeczywistego wykonania zbrodni prowadzącą *(eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung);* tudzież 2) na zasadzie, wypowiedzianej w § 11, że »za myśli lub wewnętrzne postanowienia *(Ueber Gedanken oder innerliches Vorhaben)*, jeżeli nie przedsięwzięto żadnego złego działania, ani nie zaniechano niczego, co prawo przepisuje, nie można nikogo do odpowiedzialności pociągać«. Żaden z tych argumentów jednak nie zdołał wytrzymać ściślejszej krytyki.

[1] Hye-Glunek: *Oesterr. Strafgesetz*, 1855, str. 305—310. Pogląd Hyego podziela także Herbst: *Oester. Strafr.* ad § 8. Za tym poglądem oświadcza się z nowszych autorów: Stooss i to na mocy interpretacyi gramatycznej § 8. Patrz jego rozprawę: *Der Anfang des Versuches nach österr. Strafrecht (Allgem. österr G. Ztg*, 1908, nr. 6), tudzież *Lehrb.* str. 108—115. Contra patrz Lammasch i Krzymuski w *Allgem. österr. G. Ztg*, 1908, nr. 27).

349. 1) Siłę argumentu z § 8 k. k., jeszcze zanim Hye uznał za właściwe go używać, już znacznie osłabił Jenull, zwróciwszy na to uwagę, że według § 7 kod. k. z r. 1803 (całkiem identycznego z § 8 kod. obow.) udolność przedmiotowa musi cechować tylko całą, celem urzeczywistnienia pewnego zamiaru przestępnego przez sprawcę postanowioną, działalność, nie potrzebując koniecznie być znamieniem każdego czynu, wchodzącego w skład jej wykonywania. Jenull wyjaśnia to następującym przykładem: Jeżeli *A* postanawia uśmiercić *B* przez danie mu do zażycia trucizny, to ta obrana przez niego działalność jest »*eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung.*« Jeżeli zaś w dalszym ciągu *A* przystąpi do tej działalności t. j. będzie wykonywał to, co, gdyby nie okoliczności od jego woli niezależne, byłoby go doprowadziło do otrucia *B*; to wtedy dopuści się on usiłowania karygodnego choćby to, co spełnił, nie miało odpowiadać postanowionej przezeń działalności[1].

Nowsze badania poszły znacznie dalej, bo wykazały zupełną bezpodstawność argumentu, wyprowadzonego z § 8 k. k. Przeciwko temu argumentowi mianowicie

wystąpiono zwycięsko, na mocy interpretacyi tak historycznej, jak dogmatycznej, zacytowanego wyżej paragrafu. Historycznie, słowa »*eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung*« prawo austryackie wprowadziło poraz pierwszy do pojęcia usiłowania karygodnego w r. 1796 (kod. dla Galicyi Zachodniej), a więc w czasach, gdy w Niemczech prawie całkiem obcą była jeszcze kwestya podziału usiłowania na udolne i nieudolne, a zato zyskiwał coraz szersze uznanie pogląd, że należy wyłączyć ze sfery usiłowania karygodnego czynności przygotowawcze, jako *conatus remotus*, a podciągać pod jego pojęcie tylko *conatus proximus*, jako usiłowanie, które *ad actum ipsum executionis jam processit* (por. nr. 336). Nie może wobec tego ulegać wątpliwości, że przez słowa »*eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung*« ustawodawca austryacki miał na myśli tylko początek wykonania przestępstwa, w przeciwstawieniu do, wolnych od kary, działań przygotowawczych.

Dogmatycznie zaś, przeciwko używaniu § 8 za argument, na rzecz pociągania do kary tylko usiłowania udolnego, przemawia znów § 9 k. k., który bezskuteczne podżeganie do zbrodni każe karać na równi z jej usiłowaniem, a więc uważa to podżeganie, pomimo jego nieudolności przedmiotowej, za czynność do rzeczywistego wykonania prowadzącą.

[1] Jenull: *Oesterr. Criminalrecht, 3-te Aufl.* 1837, t. I, str. 129, 130.

349 ***bis.*** Co się tyczy specyalnie argumentu Stoossa t. j. interpretacyi gramatycznej słów: »*sobald der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat*«, to sądzę, że słowo *unternehmen (entrepredre, przedsięwziąc)* oznacza gramatycznie akcyą, która przedmiotowo nie koniecznie musi być realizacyą odnośnego postanowienia. Aby czynność, prowadzącą do

rzeczywistego wykonania zbrodni, można było uważać za przedsięwziętą przez sprawcę wystarcza, jeżeli wyjdzie na jaw, że sprawca rozwinął ją w tem przekonaniu, że jest skierowana ku urzeczywistnieniu jego odnośnego postanowienia przestępnego. Jeżeli Piotr w Trzebini postanowił jechać do Wiednia, kupił odpowiedni bilet, ale przez pomyłkę wsiadł do pociągu krakowskiego, — to już przedsięwziął czynność, prowadzącą do rzeczywistego wykonania powziętego przezeń postanowienia, pomimo że jej nie spełnił. Gdyby więc jazda do Wiednia miała być poczytana Piotrowi za przestępstwo, to wskazana wyżej jego akcya posiadałaby już wszystkie znamiona usiłowania z § 8 k. k.[1]

[1] Bliżej patrz mój artykuł w *Allg. österr. G. Ztg.* 1908, nr. 27. Za moją interpretacyą przemawiałby § 138 k. k. *(der unternommene aber nicht vollbrachte Mord)* a także popierałoby ją stanowisko Tryb. Najw. wobec użytych w § 127 k. k. słów »*der unternommene ausserehelіche Beischlaf*«. W orzecz. z 16 lipca 1875, 5511 czytamy że »*unternommener Beischlaf bedeutet den zu vollziehen begonnenen, also noch nicht vollzogenen Beischlaf.* Contra patrz Stooss w *Jur. Blätter*, 1908, nr. 28, tudzież w *Lehrb.* str. 109, dop. 5.

350. 2) Niemniej wadliwym okazał się argument z § 11 k. k. Regułę tamże podaną, że za myśli i wewnętrzne postanowienia nikogo karać nie wolno, uważać należy za niezbędne dopełnienie przepisu, zawartego w § 4, nie zaś za konsekwencyą logiczną tekstu § 8, żądającego dla karygodności usiłowania, aby sprawca przedsięwziął czynność, już do rzeczywistego wykonania zbrodni prowadzącą. Wobec § 4, oświadczającego, iż zbrodnia pochodzi ze złośliwości sprawcy *(aus der Bosheit des Thäters)*, mógł ustawodawca obawiać się, aby tej zasady nie rozumiano fałszywie także w tem znaczeniu, jakoby nawet czysto zwiastujące wynurzenia myśli przestępnej miały zasługiwać na karę. Aby podobnej interpretacyi *terminis explicitis* zapobiedz, ustawodawca austryacki uznał za niezbę-

dne uświęcić wyraźnie w § 11 regułę: *cogitationis poenam nemo patitur*. Jeżeli zaś, pomimo to, ten ostatni paragraf spotykamy w systemie przepisów, objętych nagłówkiem »usiłowanie zbrodni«: to rzecz ta tem się tłómaczy, że już Theresiana w § 15 art. III przeciwstawia myśli przestępnej, jako nie podlegającej karze, usiłowanie, jako zasługujące na nią, a kodeks Jozefiński w tym samym paragrafie (§ 9), gdzie oświadcza się za karygodnością usiłowania, uznaje wyraźnie, że »*der Gedanke und ein inneres böses Vorhaben allein noch kein Verbrechen sind.*« Leżało więc w tradycyi kodeksów karnych austryackich, kwestyę niekarygodności czynów wewnętrznych traktować łącznie z kwestyą kwalifikacyi kryminalnej usiłowania, i to już za ustawy Terezyańskiej, która jeszcze daleka była od karania za usiłowanie wtedy tylko gdy sprawca przedsięwziął »*eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung*«[1],

[1] Podobne stanowisko zajmują wobec tej kwestyi, ze starszych kryminalistów austryackich, Egger (*Kurze Erklärung des österr. Gesetzb.* 1816, t. I, str. 40), Neubauer (w *Haimerl's Magazin*, 1856, XIV, str. 194) i Helm (w *Haimerl's Vierteljahrschrift*, 1862, IX, str. 1); z nowszych autorów Lammasch (w rozprawie z r. 1879, cyt. pod nr. 347, dop. 2; tudzież w *Allg. österr. Ger. Ztg.* 1889, nr. 2, 1908, nr. 27). Janka (w *Mitteilungen des deutschen Juristenvereines in Prag*, 1882, str. 131; tudzież w *Oesterr. Strafr.* § 62, wyd. 1894) i Schütze (w *Allg. österr. G. Z.* 1882, str. 55).— Co się tyczy judykatury Najw. Trybunału, to długo była ona bardzo chwiejna w przedmiocie rozbieranej tu kwestyi i był czas nawet, gdy nie wahała się uznać usiłowania za wolne kary z powodu użycia środka ilościowo nieprzydatnego (Orz. z 30 maja 1855, l. 5317; Zbioru Glasera Nr. 673). Wkrótce jednak Najw. Tryb. odstąpił od tego całkiem błędnego zapatrywania i w licznych orzeczeniach wyraził opinię, że wolnem od kary ma być tylko usiłowanie bewzględnie t. j. *in abstracto* nieudolne, podczas gdy nic nie stoi na przeszkodzie pociąganiu do kary, w myśl § 8 kod. k., usiłowania tylko względnie t. j. *in concreto* nieudolnego. Patrz Orzecz. z 19 grudnia 1885, nr. 865; z 18 września 1886, nr. 960; z 12 kwietnia 1889, nr. 1242; z 20 stycznia 1899, nr. 2335 (według wyd. *Allg. österr. G. Z.*). Ponieważ zaś nie ma pewnej podstawy do przeprowadzenia granicy między bezwzględną a względną nieudolnością usiłowania (por. wyżej nr. 346 i przykłady zacytowane tamże w dop. 2 i 3), przeto musi być pozostawione instynktowi praktyki, rozstrzygnięcie w każdym szczególnym przypadku pytania, czy t. zw. nieudolność przedmiotowa usiłowania ma czynić je karygodnem, lub też wolnem od kary.

ROZDZIAŁ II.

Udział w przestępstwie.

I. Pojęcie udziału w przestępstwie i jego rodzaje.

§ 78.

351. Udziałem w przestępstwie *(concursus plurium ad idem delictum, Theilnahme am Verbrechen)* nazywa się przypadek przyczynienia się conajmniej dwóch osób, do popełnienia wspólnemi siłami tego samego przestępstwa, ale tylko o tyle, o ile choć jedna z tych osób wiedziała, że łącznie z drugą przykłada się do przyjścia do skutku odnośnego przestępstwa i chciała być jej wspólnikiem. Bez tego ostatniego zastrzeżenia może wprawdzie zajść sam fakt przyjścia do skutku jakiegoś przestępstwa, dzięki działalności kilku osób, ale fakt ten nie zdoła wytworzyć między temi osobami żadnego związku wewnętrznego. Ten związek zaś jest niewątpliwie istotnym tytułem, do uważania udziału za osobną postać zasadniczą przestępstwa, polegającą nie na zesumowaniu arytmetycznem owoców pracy kilku osób, lecz na takiem ich zespoleniu, iżby każdy wspólnik czuł się pod wpływem psychologicznym conajmniej drugiego jeszcze uczestnika przez to, że wiedziałby, iż wysiłki tego ostatniego staną się poparciem jego pracy i w niej też znajdą dla siebie pomoc[1].

[1] Literatura, dotycząca udziału w przestępstwie jest bardzo bogata. Co do jej pomników w Niemczech z okresu przed Feuerbachem patrz książkę Heimbergera: *Die Theilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896.* — Najwybitniejsze monografie o udziale w przestępstwie ogłosili w języku niemieckim Stübel (1828), Berner (1847), Bar (1859), Buri (1860), Langenbeck (1868), Schütze (1899); patrz o tej rozprawie artykuł Buriego w *Gerichtss.* 1870, str. 1) i Birkmeyer (1890; patrz przeciwko temu autorowi artykuły Löfflera w Czasop. *Grünhuta*, t. 19, str. 511, tudzież Buriego w *Gerichtss.* t. 45 *Beiträge* str. 389). Patrz oprócz tego Borchert: *Ueber die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen dritter, insbesondere über Teilnahme und mittelbahre Thäterschaft*, 1888. Forke: *Die begriffliche Unterscheidung zwischen Uhrheberschaft und Beihilfe*, 1890. Minz: *Die Lehre vor der Beihilfe*, 1892. Helmer: *Ueber den Begriff der fahrlässigen Thäterschaft*, 1895. — Na baczną uwagę zasługują także artykuły Glasera *Gesamm. Schriften*, I, str. 109—176), Kriesa (Czasop. Liszta, t. VII, str. 521), Foinitzkiego tamże, t. XII, str. 54), tudzież wielce zajmujące *Studien* Kohlera (I, str. 92, 106, III, str. 232). Po polsku pisali o udziale w przestępstwie: Kalinka: *O podżegaczach i wykonawcach występku*, 1839. Maciejowski: *O karygodności współwinowajców* (*Bibl. Warsz.* 1864) i Rosenblatt: *Zasady nauki o udziale w przestępstwie* (*Lwowski Przegląd sąd.* 1887). Patrz także Krzymuski: *Kilka uwag, jako przyczynek do nauki o udziale w przestępstwie* (Numer jubileuszowy Warsz. Gaz. Sąd. r. 1893, str. 239).

352. Z tego, co powiedziano wyżej, wypływa, że, aby jakaś osoba mogła odpowiadać za udział w przestępstwie w prawniczem rozumieniu tego pojęcia, muszą ziścić się dwa następujące warunki:

1) Trzeba, aby jej przestępstwo było także dziełem conajmniej drugiej jeszcze osoby.

2) Trzeba, aby była ona chciała działać do współki z owym kimś drugim.

Jeżeli każdy z faktycznych współpracowników danego przestępstwa wiedział, że łącznie z innymi przykłada się do jego spełnienia, to wtedy każdemu z nich przypiszemy udział w tem przestępstwie (t. zw. udział wzajemny,

gegenseitige Theilnahme); jeżeli zaś tylko jedna z tych osób, lub niektóre z nich miały poczucie wspólnego przyczyniania się, do przyjścia do skutku tego samego przestępstwa, to udział w popełnieniu tego ostatniego będzie trzeba uważać za owoc winy tylko tej jednej, względnie tych niektórych z powyższych osób (udział jednostronny, *einseitige Theilnahme)*[1]. Gdyby wreszcie każdy z faktycznych współpracowników danego przestępstwa był przekonany, że działa na własną rękę, to z punktu widzenia prawa, nie możnaby żadnemu z nich przypisywać udziału w tem jednem przestępstwie, lecz należałoby przedsięwzięcie każdego z nich traktować samodzielnie, odpowiednio do kwalifikacyi kryminalnej, którąby ono samo, bez względu na działalność innych omawianych tu osób, mieć mogło[2].

[1] Inni współpracownicy odpowiadaliby nie za udział w tem samem przestępstwie, lecz każdy z nich byłby karany za osobne przestępstwo, o ileby jego działalność, sama przez się, dawała do tego podstawę.

[2] Przykłady. Piotr bez złej myśli rozmawiał z Pawłem na temat, który wzniecił w tym ostatnim zamiar zabicia Jana. W kilka chwil potem Michał był tak nieostrożny, że zostawił w pokoju Pawła rewolwer nabity. Dzięki temu właśnie Paweł znalazł możność, urzeczywistnienia powziętego przezeń zamiaru morderczego. W przypadku tym nikt nie będzie odpowiadał za udział w morderstwie, lecz Paweł stanie się winnym morderstwa, Michał dopuści się przekroczenia z § 373 k. k. względnie też z § 32 Pat. Ces. o broni z 24 paźdz. 1852 (dz. u. p. 223), a Piotr wolny będzie od wszelkiej winy kryminalnej, chyba że jego rozmowa z Pawłem podchodziłaby, sama przez się, pod pojęcie obrazy czci z § 487 *a* k. k. przeciwko Janowi, a ten ostatni, stawszy się ofiarą tylko usiłowanego morderstwa, wniesie w czasie właściwym przeciwko Piotrowi skargę o powyższą obrazę. — Przypuśćmy teraz że, przy zresztą niezmienionym stanie rzeczy, Michał potrafił jakoś odgadnąć zły zamiar Pawła i, chcąc mu ułatwić popełnienie morderstwa, pozostawił w jego pokoju, niby przypadkowo, rewolwer nabity. Wtedy będzie miał już miejsce udział w morderstwie, ale tylko po stronie Michała (udział jednostronny), podczas kiedy Paweł odpowiadać będzie za swój czyn tak, jakby

go popełnił bez pomocy Michała. — Nareszcie udział w morderstwie będzie można poczytywać za winę Piotrowi, Pawłowi i Michałowi dopiero wtedy, gdy każdy z nich miał poczucie, że wspólnie z dwoma pozostałymi pracuje nad przyjściem do skutku tej zbrodni.

353. Udział w przestępstwie jest więc umyślnem rozwinięciem przez jakąś osobę pewnej działalności z wolą, iżby ta ostatnia, w związku z działalnością conajmniej drugiej jeszcze osoby, przyczyniła się do przyjścia do skutku pewnego oznaczonego przestępstwa. Z tezy tej wypływają następujące wnioski:

1) Udział w przestępstwie musi być zawsze umyślny. Nie znaczy to jednak, aby ze względów zasadniczych nie można było mówić o udziale w przestępstwie nieumyślnem. Kilka bowiem osób mogło było umyślnie przyczynić się do jakiegoś działania nieostrożnego, z którego wynikł pewien skutek przestępny [1].

2) Udział w przestępstwie musi być zawsze działalnością, której odnośne przestępstwo zawdzięczałoby swoje powstanie. Z tego powodu nie będzie podchodziła pod pojęcie udziału pomoc, którą ktoś, bez poprzedniej zmowy, udzieli sprawcy, bądź przez zaniechanie przeszkodzenia mu w popełnieniu przestępstwa, bądź przez osłanianie lub wspieranie go, już po dokonaniu tego ostatniego.

3) W przypadkach udziału wzajemnego trzeba, aby wszyscy uczestnicy zgodzili się na popełnienie wspólnemi siłami tego samego przestępstwa. Ta zgoda nie musi koniecznie wyrażać się w układzie, zawartym, na pewien czas przed przystąpieniem do spełnienia odnośnego przestępstwa, i określającym stopień udziału każdego uczestnika. Dla pojęcia udziału wzajemnego wystarcza już, jeżeli, choćby w trakcie wykonywania jakiegoś przestępstwa przez kilka osób, nastąpiło między niemi porozumienie, na mocy którego, każda z nich by wiedziała, że wspólnie z innemi i z ich zgodą, przykłada się do popełnienia tego samego przestępstwa.

[1] Np. Piotr, chcąc przestraszyć Pawła, namawia Jana, aby strzelił do niego z rewolweru, o którym obaj przypuszczają, że nie jest nabity. Za naszym poglądem patrz Berner: *Lehrbuch*, 1882, str. 190. Janka § 67. Finger, I, str. 252. Większość autorów odrzuca jednak ze względów zasadniczych możliwość udziału w przestępstwach nieumyślnych. Por. Budziński: *Wykład*, nr. 166 *bis*. Rosenblatt: *O udziale*, str. 14 *b*. Liszt: *Lehrb.* str. 224. Lammasch: *Grundriss*, str. 29. Udział taki nie jest też znany ustawie austryackiej, a więc z jej stanowiska należałoby w podobnych przypadkach akcyą każdego ze współdziałających traktować osobno. Por. Finger: I, str. 253.

354. Przyjęto odróżniać pewne rodzaje udziału, z uwagi na następujące okoliczności:

1) Doniosłość udziału dla przyjścia do skutku odnośnego przestępstwa.

2) Stopień porozumienia między wspólnikami.

3) Czas spełnienia czynu, stanowiącego udział w przestępstwie.

4) Postać zewnętrzną powyższego czynu.

5) Jego stanowisko w rzędzie pierwiastków, wytwarzających istotę przestępstwa.

355. Doniosłość udziału dla przyjścia do skutku odnośnego przestępstwa. Pod tym względem udział może być dowolny *(concursus facultativus)* i konieczny *(c. necessarius)*. Dowolnym nazywa się udział w odniesieniu do przestępstw, których popełnienie może stać się także owocem winy tylko jednej osoby; koniecznym nazywamy udział w przestępstwach, których przyjścia do skutku nie możemy sobie wyobrazić inaczej, tylko jako owoc winy conajmniej dwóch osób. Do takich przestępstw należą, według kodeksu austr., bunt z § 68, rozruch z § 73, a także gwałtowne najście na cudzy grunt z § 83. Nie zaliczamy tutaj pojedynku,

gdyż, w myśl § 158 k. k., także tylko wyzywający może stać się winnym tej zbrodni, a pomijamy takie przestępstwa, jak cudzołóstwo i dwużeństwo z tego powodu, że, wprawdzie spełnienie tych przestępstw wymaga działalności fizycznej dwóch osób, ale ich popełnienie w rozumieniu prawniczem może być również owocem winy jednej tylko osoby. Tak np. nie będzie udziału w cudzołóstwie, względnie w dwużeństwie wtedy, jeżeli jedna z dwóch osób, między któremi zawiązał się stosunek cudzołóstwa, względnie dwużeństwa, będąc sama stanu wolnego, nie wiedziała, że druga, jest w stanie małżeńskim [1].

[1] Dawniej identyfikowano w nauce udział konieczny z przypadkami, gdy dokonanie jakiegoś przestępstwa wymagało działalności materyalnej conajmniej dwóch osób. Na tę niewłaściwość zwrócił pierwszy uwagę Schütze (*Notw. Theilnahme*, 1869, str. 331) i wykazał, że, tak rozumiany, udział konieczny nie ma racyi bytu w prawie karnem. Niesłusznie jednak oświadczył się Schütze na tej podstawie za odrzuceniem wszelkiego udziału koniecznego. Istnieją bowiem przestępstwa, których dokonanie ma za warunek istotny współwinę conajmniej dwóch osób, i ze względu na nie mamy zupełny tytuł, do uważania udziału za konieczny. Bliższy rozbiór przypadków udziału koniecznego należy do wykładu części szczególnej prawa karnego. Tu o nich to jeszcze tylko powiedzmy, że w nich zawsze conajmniej dwie osoby odpowiadać muszą w charakterze współsprawców, podczas gdy, odnośnie do przestępstwa, popełnionego w drodze udziału dowolnego, może się także zdarzyć, że tylko jeden wspólnik będzie za nie odpowiadał, jako sprawca, a inni dopuszczą się względem niego podżegania lub pomocnictwa (p. niżej nr. 360—366).

356. 2) Stopień porozumienia między osobami winnemi udziału w przestępstwie. Pod tym względem przyjęto dzielić udział na umówiony *(c. pactitius)* i przypadkowy *(accidentalis)*. Za umówiony uważa się udział wtedy, gdy opiera się na porozumieniu, które zaszło między uczestnikami w formie układu, zawartego na pewien czas, przed przystąpieniem do wykonania wspólnemi siłami wspólnie uplanowanego przestępstwa (np. spisek i szajka). Przypadkowym nazywa się udział, oparty na porozumieniu, które bądź powstało nagle, pod wpływem okoliczności, sprzyjających natychmiastowemu popełnieniu wspólnemi siłami jakiegoś przestępstwa, bądź przynajmniej nie nastąpiło w formie żadnego, na podstawie wspólnych narad zawartego układu.

357. 3) Czas spełnienia czynu, stanowiącego udział w przestępstwie. Tu chciano dawniej odróżniać udział poprzedni, współczesny i następny *(c. antecedens, concommitans et subsequens)*. Nowsza atoli teorya wychodzi słusznie z tego stanowiska, że każdy udział musi być czynnością, której odnośne przestępstwo zawdzięcza swoje przyjście do skutku, i z tego powodu utrzymuje, że, jako siła, mająca działać w trakcie wykonywania przestępstwa, każdy udział powinien właściwie uchodzić za współczesny. Tak np. podżeganie kogoś do przestępstwa ma tylko pozornie charakter udziału poprzedniego; a znów dotrzymanie wobec sprawcy obietnicy, zatarcia śladów jego przestępstwa w razie, gdyby je tenże popełnił, może tylko pozornie czynić wrażenie udziału następnego. Właściwie obie te czynności uważać należy za udział współczesny, gdyż każda z nich wywierała odpowiedni wpływ na wolę sprawcy w chwili, gdy spełniał swoje przestępstwo.

358. 4) Postać zewnętrzna udziału. Z uwagi na tę okoliczność, mówi się o udziale pozytywnym, zwanym także dodatnim, i o udziale biernym, zwanym także ujemnym *(conc. positivus et negativus)*. Pierwszy ma polegać na rozwinięciu działalności, która poparła przyjście do skutku odnośnego przestępstwa; drugi — na zaniechaniu działalności, która byłaby utrudniła lub unie-

możliwiła jego popełnienie. Podział ten nie jest uzasadniony z tego powodu, że *omissio* ze strony jednej osoby o tyle tylko mogłaby uchodzić za czynnik, powiązany przyczynowo z przestępstwem, popełnionem przez kogoś drugiego, o ile ten ostatni mógł ją był brać w rachubę w chwili swego działania (nr. 353, ad 2)[1]. Wynika stąd, że choćby udział, który obiecano sprawcy, miał polegać tylko na zaniechaniu jakiejś czynności (np. na nieprzeszkodzeniu przestępstwu), to już sama okoliczność, że go przyrzeczono, nada mu charakter udziału pozytywnego.

[1] Niesłusznie niektórzy autorowie używają przeciwko udziałowi biernemu tego argumentu, że *omissio* nie może stać się przyczyną żadnego skutku przestępnego. Należą do nich Luden, Krug, Glaser, Merkel (nr. 165. dop. 1), Rosenblatt (nr. 351, dop. 1). Patrz przeciwko temu nr. 184 — 189.

359. 5) Stanowisko udziału w rzędzie pierwiastków, wytwarzających istotę przestępstwa. Pod tym względem, przyjęto odróżniać udział fizyczny *(physice* i. e. *corporis viribus)* i duchowy *(intellectualiter* i. e. *usu virium animi)*. Pierwszy z nich ma przyczyniać się, do wytworzenia przyczyny materyalnej przestępstwa, drugi ma działać na wolę sprawcy i budzić w niej, względnie utrzymywać, nastrój przestępny; np. podżeganie[1].

[1] Słusznie jednak zwraca na to uwagę Schütze, że udział nie może być nigdy tylko fizyczny. W poparciu bowiem materyalnem, użyczonem drugiej osobie, dla dokonania jakiegoś przestępstwa, tkwić zawsze musi utwierdzenie tej osoby w jej postanowieniu przestępnem, a więc udział duchowy *(Nothw Theilnahme*, str. 306).

II. Stopnie udziału w przestępstwie.

§ 79.

360. Stopniami udziału nazywają się różne zakresy, w jakich stać się można współwinnym tego samego przestępstwa. Według systemu powszechnie uznanego, przyjęto podciągać te zakresy pod trzy główne kategorye, któremi są: 1) sprawstwo, względnie współsprawstwo, 2) podżeganie i 3) pomocnictwo.

361. 1) Sprawstwo względnie współsprawstwo *(Thäterschaft und Mitthäterschaft)*. Cechą charakterystyczną tego pojęcia jest spełnienie przez kogoś czynu, który, sam przez się, t. j. niezależnie od swego związku z działalnością innych współwinowajców, mógłby uchodzić conajmniej za początek wykonania odnośnego przestępstwa, t. j. za jego usiłowanie karygodne. Z pośród kilku więc osób, biorących udział w jakiemś przestępstwie, nazwiemy, sprawcą tego, kto z wolą, uzasadniającą winę kryminalną, spełnił czyn podanego wyżej typu[1].

Inne jest stanowisko teoryi podmiotowej. Żąda ona od sprawcy tego tylko, aby uczestniczył w przestępstwie, które uważa za swoje własne przedsięwzięcie t. j. za dzieło, odpowiadające jego własnemu interesowi[2].

O współsprawcach mówimy wtenczas, gdy w gronie osób, biorących udział w jakiemś przestępstwie, znajduje się conajmniej dwóch takich winowajców, z których każdy spełnił czynność, podchodzącą pod pojęcie sprawstwa[3]. Oczywistą jest rzeczą, że, w przypadku przestępstwa dokonanego, przynajmniej jeden z jego współsprawców musiał spełnić czyn, któryby, sam przez się, mógł uchodzić za dokonanie tego przestępstwa.

[1] Podobnie określa sprawstwo Berner: *Lehrb.* § 110 (wyd, 12 r. 1882). Również Carrara zgodnie ze swoim poglądem na początek wykonania (p. wyżej nr. 342 dop. 1) uważa za sprawcę tego wspólnika, który uczestniczył w spełnieniu czynu, już skierowanego bezpośrednio przeciwko przedmiotowi, mającemu stać się ofiarą umówionego przestępstwa.

[2] Teoryę podmiotową wyznają: Köstlin: *Revision*, §§ 130, 134, 135; *System*, § 93. Geib: *Lehrb.* II, str. 358. Hälschner: *System*, 324. Berner: *Theilnahme*, 1847 str. 171 (autor ten jednak

odstąpił później od teoryi podmiotowej; patrz jego *Lehrb.* już od r. 1857). Buri: *Theilnahme*, str. 1. Bar: *Versuch. u. Theilnahme*, str. 65. Teorya podmiotowa znalazła poniekąd wyraz w § 84 k. k., w myśl którego mają podlegać niższej karze ci, »*die sich als Mithelfer haben brauchen lassen*«.

[3] Z tego powodu, okoliczność istnienia kilku współsprawców nie odbiera żadnemu z nich charakteru sprawcy. To nam tłómaczy, dlaczego niektóre kodeksy bądź nic nie wspominają o współsprawstwie (austr. § 5), bądź tylko przewidują możność, popełnienia jednego przestępstwa przez kilku sprawców (niem. § 47). Wyraźnie mówi o współsprawcach kod. rosyjski (art. 12).

362. 2) Podżeganie (*Anstifter, autor delicti intellectualis*). Jest to umyślne wznieconie w pewnej oznaczonej osobie, celem skłonienia jej do popełnienia pewnego oznaczonego przestępstwa, tego nastroju woli, bez którego nie byłaby ona stała się sprawcą[1]. Widzimy stąd, że podżegacza nie można w żadnym razie uważać za sprawcę przestępstwa, które popełnił podżegnięty; wina jego bowiem tkwi tylko w umyślnem wznieceniu w tym ostatnim woli popełnienia tego przestępstwa[2].

[1] Obszerniejsze znaczenie posiada podżeganie w mowie potocznej. Tu bowiem wyraża ono umyślne wywołanie w drugiej osobie jakiegokolwiek postanowienia przestępnego, a więc nie koniecznie woli stania się sprawcą jakiegoś przestępstwa. W tem znaczeniu można mówić o podżeganiu nietylko do sprawstwa, lecz także do pomocnictwa. W prawie karnem jednak, podżegacz do pomocnictwa byłby tylko pomocnikiem, jak o tem przekonamy się przy rozbiorze pomocnictwa. Por. Geyer w Holtzendorfa *Handbuch*, II, str. 338.

[2] Feuerbach, Grolman, Köstlin, Stübel, Hälschner, Berner, Budziński i wielu innych. Wszyscy ci autorowie podciągają sprawstwo i podżeganie pod pojęcie twórstwa (*Urheberschaft*), nazywając pierwsze twórstwem fizycznem (*physische Urheberschaft*) a drugie — twórstwem duchowem (*intellectuelle*, także *psychische, moralische, mittelbare Urheberschaft*). Przeciwko uważaniu podżegacza, na równi ze sprawcą, za twórcę przestępstwa, patrz Meyer: *Lehrbuch*, 1882, § 42, str. 250 i 251. Mniej wyraźnie występują przeciwko temu Maciejowski (*Bibl. Warsz.*, 1864, I, str. 500) i Rosenblatt (*O udziale*, str. 61, dop. 1), wykazując tylko, że sprawca fizyczny przestępstwa musi być zarazem jego sprawcą umysłowym, a więc, że jest rzeczą niesłuszną nazywać go wyłącznie jego twórcą fizycznym. Wszelką różnicę między sprawcą a podżegaczem, ze względu na winę, odrzucają Buri: *Gerichtssaal*, 1870; Hertz: *Unrecht*, str. 117; Binding: *Grundriss*, str. 85. Poglądowi temu hołduje także kodeks holenderski (art. 47).

363. Z podanego w ustępie poprzedzającym określenia podżegania wynika, że nie może ono zachodzić w następujących przypadkach:

a) Gdy ktoś nieumyślnie wznieci w kim innym wolę popełnienia pewnego przestępstwa np. profesor chemii przedstawia swemu uczniowi jakąś substancyę, jako truciznę, nie pozostawiającą żadnych śladów po sobie; ten zaś korzysta z tej nauki i używa tej trucizny dla popełnienia morderstwa.

b) Gdy ktoś wznieci w pewnej osobie wolę popełnienia jakiegoś przestępstwa, nie namawiając jej specyalnie do tego przestępstwa, lecz tylko odzywając się publicznie z zachętą do jego popełnienia. Podobne zachęcanie stanowić może tylko osobne przestępstwo. W myśl kodeksu austryackiego, tworzy ono wogóle występek z § 305, tylko odnośnie do zdrady głównej uchodzi za dokonanie tej zbrodni (§ 59 lit. *c*).

c) Gdy ktoś wznieci w pewnej osobie wolę popełnienia jakiegoś przestępstwa, zachęcając ją tylko w ogóle do czynów, sprzeciwiających się prawu lub moralności. Podobne zachęcanie, gdy odbywa się publicznie, lub zwrócone jest do większej liczby osób, stanowi, w myśl kodeksu austryackiego, osobny występek (§ 305).

d) Gdy osoba, w której podżegacz chciał wznieci wolę popełnienia jakiegoś przestępstwa, już miała zamiar jego popełnienia, lub też powzięła go wprawdzie potem, ale niezależnie od podżegacza. Przypadek ten, znany

pod nazwą podżegania alias facturi, możnaby uważać tylko za usiłowane podżeganie (§ 9 k. k.)[1].

e) Gdy osoba, która spełniła przestępstwo za sprawą podżegacza, była tylko ślepem narzędziem tego ostatniego. Wtedy bowiem nie może być mowy o wznieceniu w tej osobie woli przestępnej i podżegacz staje się t. zw. pośrednim sprawcą spełnionego przez nią przestępstwa[2]. To miałoby miejsce w razie użycia osoby niepoczytalnej (dziecka lub obłąkanego), do wywołania jakiegoś skutku przestępnego.

f) Gdy ktoś wzniecił w drugiej osobie wolę, popełnienia pewnego przestępstwa, nie w tym celu, aby stała się ona jego sprawcą, lecz aby w chwili, gdy już miałaby się ona zabierać do jego wykonywania, schwycić ją na gorącym uczynku i módz na tej podstawie przeprowadzić skuteczniej przeciwko niej dowód winy w kierunku innego, zarzucanego jej, przestępstwa. W przypadku tym zachodziłoby nie podżeganie do przestępstwa, lecz jego wyłudzenie przez t. zw. ajentów wyzywających *(agents provocateurs)*[3].

[1] Rosenblatt. *(O udziale*, str. 66) chce tu widzieć pomocnictwo duchowe.

[2] Stooss proponuje dla takiego podżegacza nazwę *sprawca ukryty (der verdecte Täter)*, a to dlatego, że nazwawszy go sprawcą pośrednim, należałoby uznać za sprawcę bezpośredniego osobę, której użył za narzędzie, co nieodpowiadałoby jej charakterowi.

Autor ten w odniesieniu do tego przypadku uważa też za wątpliwą kwestyę, czy mógłby jako sprawca ukryty odpowiadać ten, kto, według ustawowego określenia danego przestępstwa, nie mógłby stać się jego sprawcą bezpośrednim; np. kobieta, skłoniwszy chłopca idyotę do zgwałcenia niewiasty (§ 125). Pytanie to rozstrzyga Stooss przecząco w myśl reguły *nullum crimen sine lege. De lege ferenda* proponuje on osobne postanowienie, okładające karą tego »*wer vorsätzlich bewirkt, dass jemand unvorsätzlich die äussere Tat eines Verbrechens begeht*«. Patrz *Lehrb.* str. 116, 117. Podobne postanowienie zawiera § 13, proj. austr. z r. 1909.

[3] Prawo austryackie zabrania organom policyjnym i sądowym, spełniania roli ajentów wyzywających (Proc. k. § 25). Por. mój *Wykład proc. k.* str. 165. Najwłaściwiej byłoby traktować akcyą takich ajentów jako *delictum sui generis*.

364. Za to, nie posiadają znaczenia istotnego dla pojęcia podżegania: *a)* pytanie o środkach, których użył podżegacz, dla wznieceniа w sprawcy woli przestępnej, i *b)* pytanie o pobudkach, któremi kierował się podżegacz.

Co się tyczy pierwszego pytania, to wprawdzie kod. austr. wymienia w § 5 rozkaz, poradę, nauczanie i pochwałę, jako środki podżegania, ale czyni to raczej przykładowo, niż wyczerpująco[1].

Co do drugiego pytania, wspomnieć trzeba, że dawna teorya odróżniała, ze względu na pobudki, trzy rodzaje podżegania, a mianowicie: *a) mandatum* (polecenie), skoro przestępstwo miało odpowiadać tylko interesowi podżegacza; *b) consilium* (rada), skoro miało ono odpowiadać tylko interesowi podżegniętego: i *c) societas* (stowarzyszenie), skoro wchodził w grę ich obopólny interes[2].

[1] Dowodzi tego ta okoliczność, że do tekstu »*der durch Befehl, Anrathen, Unterricht, Lob, die Uebelthat eingeleitet*« ustawodawca uznał jeszcze za właściwe dodać słowa »*vorsätzlich veranlasset*«, z któremi niezawodnie łączy się pojęcie podżegania, całkiem niezależnego od użytego środka (n. p. może nim być także prośba, pogróżka, a nawet podstępne odradzanie; patrz co do tego ostatniego Ossenbrüggen: *Casuistik des Criminalrechts*, 1854, str. 117. Por. co do stanowiska kod. austr. Herbst: *Handb.* ad § 5, l. 1 *b*. Kod. franc. wylicza także środki podżegania *(dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir)*, ale wymienia na końcu *machinations ou artifices coupables*, pod które podciągnąć można wszelkie sposoby podżegania (art. 60).

[2] Podział ten podżegania zachowuje Carrara: *Programma*, I, § 453.

365. 3) Pomocnictwo *(Beihilfe)*. Jestto wszelki udział w wytworzeniu przyczyny materyalnej przestępstwa,

nie będący współsprawstwem, i wszelki udział w wytworzeniu jego przyczyny moralnej, nie będący podżeganiem. W pierwszym przypadku pomocnictwo nazywa się fizycznem lub materyalnem *(durch That)*, w drugim, duchowem *(durch Rath)*.

Udział fizyczny pomocnika musi więc być czynnością, która, sama przez się, t. j. w oderwaniu od akcyi innych wspólników, mogłaby uchodzić wyłącznie za działanie przygotowawcze. Działanie przygotowawcze zaś, jak wiadomo, wolne jest jeszcze od kwalifikacyi kryminalnej z tego powodu, że, w odniesieniu do zamierzonego skutku przestępnego, ma spełniać rolę nie przyczyny, lecz tylko warunku (por. nr. 180—183 a także nr. 342). W przypadkach, gdy jedna osoba zabiera się do przestępstwa, to dopuszcza się ona czynu karygodnego dopiero z chwilą, przedzierżgnięcia się jej działalności przygotowawczej w przedsięwzięcie, nacechowane początkiem wykonania. W przypadkach atoli udziału w przestępstwie kilku osób, pomocnik staje się odpowiedzialnym kryminalnie, nie ze względu na dalsze stadyum jego własnej działalności, lecz ze względu na łączność, która zachodzi między jego czynnością przygotowawczą, a przedsięwzięciem sprawcy, nacechowanem conajmniej początkiem wykonania (por. nr. 183).

Co się tyczy pomocnictwa duchowego, to polega ono na dodawaniu osobie, która całkiem samodzielnie powzięła jakieś postanowienie przestępne, pewnej zachęty do jego wykonania, a to przez wzniecenie w niej uczucia, że na przypadek, gdyby spełniła umówione przestępstwo, może z góry liczyć na pewne poparcie materyalne, którego potem by potrzebowała ze strony pomocnika (np. ułatwienie ucieczki, zatarcie śladów przestępstwa, dostarczenie sposobności do wyciągnięcia z niego należytej korzyści i t. d.). Widzimy stąd, że tylko poprzednie porozumienie ze sprawcą może nadawać charakter pomocnictwa duchowego poparciu materyalnemu, które ma być użyczone sprawcy, już po dokonaniu przestępstwa. Takie poparcie

bowiem, bez poprzedniego porozumienia, nie mogłoby nigdy podchodzić pod pojęcie udziału w przestępstwie sprawcy (por. nr. 353 ad 2), lecz tworzyćby mogło tylko, na podstawie osobnych przepisów ustawy *delictum sui generis*. Oświadcza to wyraźnie kod. austr. w § 6.

366. Z podanej wyżej charakterystyki pomocnictwa widać, że w pojęciu tem musi zawsze mieścić się pewne poparcie samego sprawcy odnośnego przestępstwa. Nie może zatem być mowy w prawie karnem o pomocnictwie, któreby zachodziło wyłącznie w stosunku do drugiego pomocnika. Wszelkie bowiem poparcie, udzielone bezpośrednio pomocnikowi jakiegoś przestępstwa, może stać się udziałem w popełnieniu tego ostatniego tylko o tyle, o ile będzie można je uważać za pomoc, użyczoną pośrednio jego sprawcy. Przypuśćmy mianowicie, że Piotr postarał się o wytrych dla Pawła, który go dał Janowi, celem umożliwienia mu kradzieży. W przypadku tym, nazwiemy Piotra pomocnikiem tej kradzieży tylko o tyle, o ile on wiedział, że z jego wytrycha będzie korzystał Jan. Odpowiednio do tego jednak, czy poparcie odnosi się wprost do sprawcy, czyteż ma przejść przez ręce innego jeszcze pomocnika, przyjęto w nauce dzielić pomocnictwo na bezpośrednie i pośrednie.

Nie jest jednak dla istoty pomocnictwa rzeczą potrzebną, aby pomocnik znał osobiście sprawcę, tudzież aby ten ostatni wiedział, że z jego poparcia korzysta.

367. Kodeks austryacki w zasadzie, stoi co do stopni udziału w przestępstwie, na gruncie powszechnie uznawanego systemu, wszakże używa na ich oznaczenie całkiem odmiennych terminów. Kodeks mianowicie w § 5 odróżnia także trzy kategorye osób, biorących udział w przestępstwie, ale do pierwszej z nich zalicza bezpośrednich sprawców *(unmittelbare Thäter)*, do dru-

giej — współwinnych *(Mitschuldige)*, a do trzeciej — uczestników *(Theilnehmer)*[1].

Zachodzi pytanie, w jakim stosunku znajdują się współwinni i uczestnicy kodeksu austryackiego do podżegaczy i pomocników z klasyfikacyi, powszechnie przyjętej?

W kategoryi, którą kodeks oznacza nazwą współwinnych, znajdujemy dwie odrębne grupy osób, biorących udział w przestępstwie. Kodeks mianowicie zalicza do tej kategoryi:

a) każdego, kto przez rozkaz, poradę, nauczanie, pochwałę, czyn zbrodniczy urządzał, rozmyślnie go wywołał;

b) każdego, kto wykonanie czynu zbrodniczego przez dostarczanie środków, usuwanie przeszkód, lub innym jakimbądź sposobem popierał, ku temu był pomocny, do pewniejszego jego spełnienia się przykładał.

Widać z tego jasno, że według § 5 kod. k. nazwa współwinni *(Mitschuldige)* oznacza *a)* podżegaczy i *b)* pomocników zarówno fizycznych, jak duchowych, t. j. zarówno tych, którzy materyalnie popierali sprawcę, jak i tych, którzy wzmacniali w nim wolę popełnienia odnośnego przestępstwa. Np. Piotr, przyrzekłszy Pawłowi, że nie będzie mu przeszkadzał w dokonaniu umówionej zbrodni, dopuści się współwiny przez pomocnictwo duchowe.

Nie wszyscy jednak pomocnicy duchowi mieścić się będą w kategoryi współwinnych. Wyraźnie bowiem jedną ich grupę wyjmuje stąd § 5 i zalicza do t. zw. uczestników *(Theilnehmer)*. Należą tu pomocnicy duchowi, którzy tylko naprzód porozumieli się ze sprawcą względem dania mu pomocy i wsparcia po spełnieniu czynu, albo względem udziału w zysku i korzyści.

Większość autorów[2] zarzuca ustawodawcy austryackiemu, że w § 5 traktuje jako uczestnika także tego, kto poprzednio porozumiał się ze sprawcą tylko co do udziału

w zysku i korzyści, a więc właściwie nie poparł niczem przedsięwzięcia przestępnego sprawcy. Sądzę, że w takiem porozumieniu tkwi zawsze pewna asocyacya, która niewątpliwie mogła była oddziałać na sprawcę zachęcająco. Jeżeli kochanka sprawcy (Stooss *Lehrb.* str. 123) zastrzegła sobie jakiś udział w owocach mającego się dokonać przestępstwa, to przez to dała sprawcy do poznania, że się solidaryzuje z jego postanowieniem, że je pochwala, a więc udzieliła mu także pewnego poparcia moralnego.

[1] W myśl § 239 k. k. przepis § 5 ma także znajdować zastosowanie do występków i przekroczeń.

[2] Należą tu Lammasch, str. 39; Finger, I, str. 271; Stooss, str. 123.

III. Akcesoryjny charakter podżegania i pomocnictwa w odniesieniu do sprawstwa.

§ 80.

368. Już ze znanego nam pojęcia różnych stopni udziału w przestępstwie wypływa, że sprawca jest osobą, która wykonywa odnośne przestępstwo, a podżegacz i pomocnik stają mu się do tego natchnieniem lub poparciem. Rzecz jasna, że, wobec tego, podżeganie i pomocnictwo nie mogą stanowić całkiem samodzielnych form przestępności, lecz muszą czerpać swoją kwalifikacyę kryminalną z charakteru przestępstwa, które popełnił, względnie miał popełnić sprawca. Z tego jednak wolno jest wyprowadzić tylko dwie następujące konsekwencye:

A) Podżegacz i pomocnik mają odpowiadać zawsze za przestępstwo, które popełnił sprawca.

B) Kara, przepisana w ustawie za powyższe przestępstwo, w odniesieniu do sprawcy, ma służyć za podstawę do oznaczenia kary dla podżegacza i pomocnika.

369. *A)* Kodeks austryacki uznaje w § 5, że współwinni i uczestnicy dopuszczają się tego samego przestępstwa, za które odpowiedzialność ponosi bezpośredni sprawca.

Tylko w świetle tej tezy, ogólnie przyjętej w nauce i kodeksach karnych, ocenić należy wpływ stosunków i przymiotów osobistych jednego ze współwinowajców na odpowiedzialność kryminalną drugich.

Przedewszystkiem trzeba ze względu na tę kwestyą odróżnić dwie kategorye, wspomnianych wyżej, stosunków i przymiotów osobistych, a mianowicie:

1) Stosunki i przymioty czysto podmiotowe, które nie wywierają żadnego wpływu na samą istotę odnośnego przestępstwa, lecz bądź uwalniają daną osobę od kary, bądź uzasadniają względem niej niższy lub wyższy wymiar kary. Tego rodzaju stosunki i przymioty (np. niedojrzałość wieku, nieprzytomność umysłu, czynny żal, powrót do przestępstwa, dotychczasowa nienaganność życia i t. p.) należy oczywiście zapisywać na rachunek tego tylko współwinowajcy, do którego się odnoszą, bez względu na to, czy będzie on sprawcą, podżegaczem lub pomocnikiem. Kodeks austryacki porusza tę kwestyę tylko co do stosunków i przymiotów osobistych, które znoszą karygodność czynu, i rozstrzyga ją w duchu wyłożonego wyżej poglądu (§ 5_2). Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że podobne stanowisko wypadnie zająć sędziemu austryackiemu także wobec przymiotów i stosunków osobistych, wpływających na wymiar kary (§§ 43—47).

2) Stosunki i przymioty osobisto-rzeczowe lub przedmiotowe, które nadają pewien odrębny charakter samej istocie spełnionego przestępstwa, np. macierzyństwo odnośnie do dzieciobójstwa, pokrewieństwo odnośnie do kazirodztwa, piastowanie urzędu publicznego odnośnie do nadużycia władzy urzędowej. Co do tych stosunków, ogólnego uznania używa prawidło, że mają się one przenosić tylko od sprawcy na podżegacza i pomocnika, lecz nie naodwrót. W myśl tego prawidła, skłonienie syna do zabicia ojca ma czynić podżegacza odpowiedzialnym za ojcobójstwo, poczas gdy podżegacz odpowiadałby za zwyczajne morderstwo w razie, gdyby za jego namową obcy człowiek zabił jego ojca[1].

Powyższe prawidło, słuszne w zasadzie, wymagałoby jednak ograniczenia do tych tylko stosunków i przymiotów, które mają znaczenie konstytucyjne dla kwalifikacyi kryminalnej odnośnego czynu, t. j. są warunkiem, bez którego czyn ten nie stanowiłby żadnego przestępstwa; np. służba publiczna odnośnie do nadużycia władzy urzędowej, pokrewieństwo odnośnie do kazirodztwa między osobami stanu wolnego. Stosunki i przymioty tego typu uwzględniać należy przy udziale wtedy tylko, gdy się odnoszą do sprawcy, a od niego przenosić je trzeba na podżegacza i pomocnika.

Co się tyczy jednak stosunków i przymiotów, które tylko podnoszą lub obniżają przedmiotową kwalifiacyę kryminalną spełnionego czynu (np. charakter syna co do ojcobójstwa, charakter matki co do dzieciobójstwa), to należałoby zapisywać je na równi ze stosunkami i przymiotami podmiotowemi na rachunek tego tylko współwinowajcy, do którego się odnoszą. Tak zapatruje się na tę kwestyę kod. karny niemiecki (§ 50) i za takiem jej rozwiązaniem przemawia też wielu pierwszorzędnych autorów (Berner: *Lehrb.* § 111; Garraud: *Traité*, II, nr. 703).

[1] Stanowisko to zajmuje przeważnie jurysprudencya francuska. Ma ono też za sobą w nauce wielu poważnych wyznawców, do których należą Carmignani, Chauveau et Hélie, Ortolan (patrz nr. 120, dop. 2), Temme (*Lehrb. d. preuss. Strafr.* str. 360). Budziński (*Wykład* nr. 184).

370. Prawidło, że stosunki i przymioty osobisto-rzeczowe mają być przenoszone tylko od osoby sprawcy na współwinnych i uczestników, odpowiada też stanowisku

kodeksu austryackiego (§ 5). Tylko wyjątkowo, w niektórych specyalnie wskazanych przypadkach, kodeks odstępuje od powyższego prawidła i to w dwojakim kierunku:

a) Co do trzech przestępstw, kodeks ogranicza wpływ stosunków osobisto-przedmiotowych sprawcy tylko do niego samego. Tu należą: α) przyjęcie podarunku w sprawach urzędowych (§ 104); β) dzieciobójswo (§ 139) i γ) kradzież, o ile ma stanowić zbrodnię ze względu na charakter sprawcy (§§ 176, 177)[1].

b) Co do morderstwa przepisuje on, że wpływ stosunku pokrewieństwa, względnie małżeństwa, między ofiarą tej zbrodni a którymkolwiek ze współdziałających (a zatem nietylko jej sprawcą), ma być także rozciągnięty na innych współwinowajców, byle tylko ci ostatni mieli o tym stosunku wiadomość (§ 137).

[1] Tu kodeks niewłaściwie podciąga pod pojęcie charakteru sprawcy także czysto przedmiotowe stosunki, wymienione w § 176, II, *b. c.*

371. *B)* Kara, którą ustawa przepisuje za jakieś przestępstwo, ze względu na sprawcę, ma tworzyć podstawę do oznaczenia kary dla podżegacza i pomocnika. Teza ta używa ogólnego uznania, a pewna niezgodność opinii występuje tylko co do kwestyi, w jakiej mierze należy karę, ustanowioną dla sprawcy, stosować do podżegacza i pomocnika.

1) Co do podżegacza, wytworzyła się powszechnie reguła, że trzeba go karać narówni ze sprawcą. Reguła ta czerpie swoje uzasadnienie z poglądu, który widzi w podżegaczu twórcę duchowego przestępstwa, spełnionego przez sprawcę (por. nr. 362). Przeciwko temu poglądowi jednak należy nadmienić, że w każdym razie i sprawca uchodzić musi nietylko za fizycznego, lecz i za duchowego twórcę przestępstwa. Inaczej bowiem nie byłoby żadnej winy u sprawcy i zachodziłaby po stronie

podżegacza t. zw. sprawstwo pośrednie (nr. 363 *e*). Sądzimy więc, że we wszystkich przypadkach, w których sprawca staje się winnym przestępstwa, popełnionego za podszeptem podżegacza, ten ostatni właściwie nie wytworzył w sprawcy woli przestępnej, lecz tylko ją wzniecił, t. j. przyczynił się do tego, że sprawca sam ją powziął. Z tego punktu widzenia zaś, karygodność podżegacza powinnaby uchodzić za nieco niższą od karygodności sprawcy[1].

2) Co do pomocnika, to zarówno *communis opinio doctorum*, jak większość nowszych kodeksów karnych, oświadczają się za teoryą obniżenia kary. Teorya ta jest słuszna. Pomocnik bowiem spełnia, jak wiadomo, czyn który nie może jeszcze uchodzić za początek wykonania przestępstwa. Nic nas nie upoważnia, do wnioskowania, że w przypadku, gdyby sprawca nie był, dzięki czynowi pomocnika, dopuścił się odnośnego przestępstwa, to pomocnik byłby zdobył się na wolę jego popełnienia[2].

[1] Za niższą karygodnością podżegacza oświadczają się także Beccaria (*Dei delitti*, cap. XIV), Carmignani (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, str. 374—376). Mittermaier (w *Archiv.* 1819). Przeciwnie Feuerbach chciałby, aby podżegacz ponosił surowszą karę, niż sprawca (*Revision*, II, str. 254).

[2] Por. Carrara: *Programma*, I, § 472. Fursac: *La complicité*, 1875.

372. Kodeks austryacki stoi na gruncie zrównania ze sprawcą, co do zakresu kary, wszystkich współwinnych i uczestników (§ 5). Przy wymiarze jednak kary w granicach zakresu, ustanowionego dla sprawcy, kodeks każe sędziemu, na przypadek udziału kilku osób, uważać za okoliczności obciążające: sprawstwo, podżeganie i przywództwo (§ 44 *e*, 263 *k*). Stąd wolno wnioskować, że intencyi kodeksu austryackiego odpowiada, aby sędzia wyznaczał pomocnikowi niższy wymiar kary w obrębie jej zakresu, przepisanego dla sprawcy. Oprócz tego trzeba

nadmienić, że nasz kodeks za zdradę główną z § 58 *b*, *c*, i za morderstwo z § 134 przepisuje wyraźnie łagodniejszy zakres kary dla tych pomocników, którzy bezpośrednio nie byli czynni przy spełnianiu tych zbrodni, lecz tylko w dalszy sposób przyłożyli się do ich wykonania (§§ 59 *b*, 137).

[1] Podobnie zapatruje się na tę kwestyę kod. franc. (art. 59). Pośrednie stanowisko zajmuje kod. rosyjski. Odróżnia on bowiem pomocnictwo istotne od nieistotnego, i tylko pierwsze traktuje co do kary narówni ze sprawstwem (art. 121).

IV. Granice zależności podżegania i pomocnictwa od konkretnej kwalifikacyi kryminalnej sprawstwa.

§ 81.

373. Wypada nam jeszcze zastanowić się nad pytaniem, czy zależność podżegania i pomocnictwa od sprawstwa pojmować należy tylko w odniesieniu do abstrakcyjnej, czyteż także w stosunku do konkretnej kwalifikacyi kryminalnej sprawstwa. A mianowicie, jak daleko sięga zależność winy faktycznej podżegacza i pomocnika od winy faktycznej sprawcy? Rozbierzmy tę kwestyą *A)* co do podżegacza, *B)* co do pomocnika.

374. *A)* Zależność konkretna winy podżegacza od winy sprawcy. Już z samego pojęcia podżegania wypływa, że należy je uważać za dokonane dopiero z chwilą, gdy podżegnięty stał się sprawcą przestępstwa, do którego się ono odnosiło. Przedtem bowiem nie będzie można utrzymywać, że podżegacz wzniecił rzeczywiście w podżegniętym ten nastrój woli, bez którego nie byłby on stał się sprawcą odnośnego przestępstwa. Z tego jednak nie wypływa jeszcze, aby podżeganie mogło uchodzić za dokonane dopiero wtedy, gdy sprawca stał się winnym przestępstwa dokonanego. Opinia ta, wy-

znawana przez większość autorów, jest nietrafna z tego powodu, że, aby być sprawcą przestępstwa, wystarcza już spełnić czyn, któryby, sam przez się, mógł uchodzić za jego usiłowanie, nacechowane początkiem wykonania (por. nr. 361). Na tej podstawie twierdzimy, że podżeganie należałoby uważać za dokonane, skoro tylko podżegnięty przedsięwziął czynność, do rzeczywistego wykonania przestępstwa prowadzącą.

375. Dwa jeszcze pytania wymagają odpowiedzi, ze względu na zależność konkretną winy podżegacza od winy sprawcy:

1) Jakiego przestępstwa dopuszcza się podżegacz wtedy, gdy podżegnięty bądź nie rozwinął żadnej działalności przestępnej, bądź dobrowolnie zaniechał w czasie właściwym usiłowania, już nacechowanego początkiem wykonania (nr. 339).

2) Czy podżegacz odpowiada bezwarunkowo za przestępstwo, które *in concreto* spełnił podżegnięty, czy też tylko o tyle, o ile, bądź podżegacz nie cofnął przedtem swego zlecenia, bądź sprawca nie przestąpił granic tego ostatniego.

376. 1) W przedmiocie pierwszego pytania długo panowała w nauce teza zupełnej zależności winy podżegacza od winy sprawcy. W myśl tego poglądu, jeżeli podżegnięty nie dopuścił się żadnego czynu karygodnego, to i podżegacz miał być wolny od wszelkiej odpowiedzialności kryminalnej [1], podobnie jak odpowiadałby on za usiłowanie w razie, gdyby sprawca miał znaleść się tylko pod zarzutem tego ostatniego [2].

Wykazaliśmy już nietrafność tego poglądu, o ile on dotyczy przypadku, gdy sprawca się dopuścił usiłowania karygodnego (nr. 374). Niemniej uznać go musimy za nieuzasadniony, ze względu na przypadek, gdy podżeganie

okazało się całkiem bezskutecznem. Sądzimy natomiast, że należałoby takie podżeganie oceniać według ogólnych reguł, na których opiera się karygodność usiłowania. Wszystko mianowicie będzie zależało od tego, czy, z uwagi na okoliczności, towarzyszące danemu przypadkowi konkretnemu, trzeba będzie uważać wystąpienie podżegacza za czynność, już rzeczywiście prowadzącą do tego, aby w drugiej osobie wzniecić wolę popełnienia pewnego oznaczonego przestępstwa; czyteż przeciwnie trzeba będzie widzieć w tem wystąpieniu tylko działalność przygotowawczą, skierowaną raczej ku temu, aby wybadać, o ile druga osoba przedstawia grunt podatny, do dania posłuchu złym podszeptom podżegacza (por. nr. 342, 343). W pierwszym przypadku usiłowanie bezskuteczne przedstawi się nam, jako karygodne, w drugim — jako wolne od wszelkiej kwalifikacyi kryminalnej [3].

Błąd kodeksu austryackiego polega tylko na tem, że kodeks ten nie przeprowadza powyższej dystynkcyi, lecz wogóle traktuje, co do kary, bezskuteczne podżeganie do przestępstwa narówni z jego usiłowaniem (§ 9).

[1] Berner: *Theilnahme*, str. 254, 274, 308; Luden: *Abhandlungen*, I, str. 448; Temme: *Preuss. Strafrecht*, str. 341; Langenbeck: *Theilnahme*, str. 160; Schütze: *Theilnahme*, str. 254; Geyer: *Allgem. Thatbestand*, str. 104 i w *Holtzendorfa Handbuch*, II, str. 344; Hugo Meyer: *Lehrbuch*, 1882, str. 254 i nast. Innego zdania jest Hälschner, oświadczając się za przyjęciem w tym przypadku karygodnego usiłowania podżegania (*Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, str. 403 i nast.). Pośrednie stanowisko zajmuje Rosshirt, żądając bezkarności podżegacza tylko wtedy, gdy, pomimo jego namów, podżegany nie dał się skłonić do żadnej działalności przestępnej; przeciwnie domaga się on ukarania podżegacza za usiłowanie wtedy, gdy podżegnięty odstąpił dobrowolnie od usiłowania przestępstwa (*Beiträge zur Lehre von der Anstiftung*, w Archiv. z r. 1852, str. 379—412).

[2] Por. Rosenblatt: *O udziale*, str. 73. Inni kryminaliści chcą tu widzieć podżeganie do usiłowania, np. Carrara (*Programma*, I, § 451) i Budziński (*Wykład*, nr. 182). Przeciwko temu poglądowi przemawia ta okoliczność, że podżegacz nigdy

chcieć nie może, aby podżegnięty dopuścił się usiłowania, lecz dąży zawsze do tego, aby podżegniętego popchnąć do dokonania. Logicznie więc możliwe jest tylko usiłowanie podżegania, lecz nigdy—podżeganie do usiłowania.

[3] Inna rzecz, czy, ze względu na niektóre szczególnie niebezpieczne zbrodnie, ustawodawca nie mógłby się ujrzeć w konieczności, uznania za *delictum sui generis* każdego bezskutecznego podżegania. Takie stanowisko mianowicie zajmują w obec tej kwestyi ustawa belgijska z 7 lipca 1875 (*Loi contenant des dispositions pénales contre les offres ou propositions de commettre certains crimes* i nowella do kod. karn. niem. z r. 1876 (§ 49 *a*).

377. 2) Jaki wpływ wywiera na winę podżegacza okoliczność, że cofnął swoje zlecenie, zanim podżegnięty zaczął je wykonywać, lub też, że ten ostatni przekroczył granice podżegania.

Sądzimy, że cofnięcie podżegania, choćby było ono doszło w czasie właściwym do wiadomości sprawcy, o tyle tylko będzie mogło uwolnić podżegacza od odpowiedzialności kryminalnej, o ile okaże się skutecznem. Skutecznem zaś nazwiemy cofnięcie podżegania wtedy tylko, gdy albo pobudzi ono podżegniętego, do odstąpienia od już w nim wznieconego nastroju przestępnego woli; albo też gdy podżegacz nie ograniczy się do samego cofnięcia swego zlecenia, lecz postara się jeszcze o to, aby przeszkodzić przestępstwu, do którego przedtem chciał popchnąć podżegniętego (por. nr. 339) [1].

Co się tyczy zaś przekroczenia przez sprawcę granic podżegania, to jasną jest rzeczą, że podżegacz w zasadzie nie może za nie odpowiadać. Sprzeciwiałoby się to bowiem logice, karać kogoś za podżeganie do innego przestępstwa niż to, do którego chciał popchnąć sprawcę. *Excessus* ze strony sprawcy wtedy tylko możnaby poczytać za winę podżegaczowi, gdyby albo jego zlecenie było tak ogólne, że wobec niego trudnoby było uważać przestępstwo, które popełnił podżegnięty, za jego przekroczenie; albo też gdyby podżegacz mógł był łatwo przewidzieć

zboczenie przez sprawcę od umówionego przestępstwa. W pierwszym przypadku podżegacz odpowiadać będzie za przestępstwo sprawcy, w drugim za *delictum sui generis*, a mianowicie za nieumyślne przyczynienie się do wywołania przez drugą osobę pewnego skutku przestępnego.

[1] Niektórzy autorowie (Herbst: *Handb.* I, ad § 5, nr. 12; Rosenblatt: *O udziale*, str. 85) utrzymują, że jeżeli tylko podżegacz cofnął we właściwym czasie (t. j. zanim podżegnięty zaczął spełniać umówione przestępstwo) swoje zlecenie, to już przez to samo uwolnił podżegniętego z pod wpływu dawnego podżegania i odrzucił od siebie wszelką odpowiedzialność za jego dalsze postępowanie. Pogląd ten opiera się na błędnem przeniesieniu do prawa karnego, uznanej w prawie cywilnem, instytucyi zastępstwa woli. Stosunek podżegacza do podżeganego nie ma jednak nic wspólnego, ze stosunkiem mocodawcy do umocowanego. Podczas bowiem gdy umocowany ma stać się organem woli mocodawcy; to podżegacz nie swoją wolę przenosi na podżeganego, lecz jego własną wolę nastraja w kierunku przestępnym.

378. *B)* Zależność konkretna winy pomocnika od winy sprawcy.

Kiedy pomocnictwo trzeba będzie uznać za dokonane, względnie czy dopuszcza ono usiłowania karygodnego? Z natury pomocnictwa wypływa, że jego celem jest poparcie przedsięwzięcia przestępnego sprawcy, a więc że warunkiem istotnym jego dokonania może być tylko ta okoliczność, aby sprawca dopuścił się rzeczywiście odnośnego przedsięwzięcia przestępnego. Czy jednak to ostatnie przybierze formę przestępstwa usiłowanego lub dokonanego, to już jest kwestyą, która na konkretną kwalifikacyę kryminalną pomocnictwa żadnego wpływu wywierać nie powinna.

Dopóki sprawca nie rozwinął żadnej działalności przestępnej, pomocnictwo mogłoby uchodzić tylko za usiłowane. Ponieważ jednak jest ono czynnością, która, sama

przez się, w odniesieniu do umówionego przestępstwa musi być wolna od kary (por. nr. 365); przeto w braku należytego uzupełnienia ze strony sprawcy, czynność ta nie mogłaby nigdy stać się podstawą przedmiotową, do uzasadnienia odpowiedzialności pomocnika za jakikolwiek udział w przestępstwie, które miał popełnić sprawca (por. nr. 183). Wyprowadzamy stąd tę konsekwencyę, że usiłowane pomocnictwo, jako takie, musi być zawsze wolne od kary[1].

Co się tyczy odpowiedzialności pomocnika w razie, gdy cofnął obiecaną pomoc, zanim sprawca zaczął wykonywać umówione przestępstwo, lub w razie, gdy sprawca dzięki jego faktycznemu poparciu, spełnił jakieś inne nieumówione przestępstwo; to w zasadzie zastosować należy do tej kwestyi prawidła, według których trzeba oceniać w podobnych przypadkach odpowiedzialność podżegacza (nr. 377). Nie godzi się mianowicie zapominać, że w każdem pomocnictwie, nawet materyalnem, tkwi pewna zachęta moralna i że owoce tej zachęty nie zawsze będzie można czyto zniszczyć, czyteż ująć w pewne ściśle oznaczone granice.

[1] Bezskuteczne pomocnictwo może być karane tylko jako *delictum sui generis* (np. z § 9 ustawy przeciwko używaniu materyj rozsadzających z 27 maja 1855. Dz. u. p. 134) lub też odnośnie do zbrodni, które ustawa uważa za dokonane, już z chwilą przedsięwzięcia, celem ich spełnienia, choćby najdalszej czynności przygotowawczej (np. zdrada główna z § 58 k. k.). Wyjątkowo w odniesieniu do zbrodni fałszowania publ. papierów kredyt. (§ 107) kodeks uważa za współwinę nawet całkiem bezskuteczne pomocnictwo.

V. Spisek i szajka, jako możliwe postaci udziału w przestępstwie.

§ 82.

379. *A.* Spisek *(Complott, coniuratio, societas delinquendi ex compacto).* Jest to połączenie się kilku osób

w związek, oparty na umowie, mocą której osoby te postanawiają użyczać sobie wzajemnie wszelkiej potrzebnej pomocy, dla dokonania wspólnemi siłami pewnego oznaczonego przestępstwa. Z uwagi na to zobowiązanie się każdego spiskowca, do przyjęcia w razie potrzeby możliwie najszerszego udziału w umówionem przestępstwie, kryminaliści niemieccy XVIII w. twierdzili powszechnie, że, za jego przyjście do skutku, każdy ze spiskowców, bez względu na ten lub inny stopień swojego udziału, powinien odpowiadać w charakterze współsprawcy[1].

Dalszy jeszcze wniosek wyprowadzili z natury spisku Feuerbach, Henke i Köstlin[2] utrzymując, że właściwie każdy ze spiskowców spełnia wobec innych rolę podżegacza i że wskutek tego, w razie odkrycia spisku w chwili, gdy jeszcze nie rozpoczęto wykonywać umówionego przestępstwa, każdy ze spiskowców powinien być karany za bezskuteczne podżeganie do tego przestępstwa, a więc tak, jak gdyby się był dopuścił jego usiłowania[3].

[1] Pierwszy wystąpił z tą teoryą Kress w dziele, wydanem w r. 1721 p. t.: *Commentatio succincta in Constitutionen criminalem Caroli V.*

[2] Feuerbach: *Lehrb.* § 47. Henke: *Hanb.* I. str. 275 (r. 1823) Köstlin: *System.* § 106.

[3] Reguła ta zachowała się dotąd w kod. austr. (§ 9).

380. Nowsze badania wykazały bezzasadność wyłożonego wyżej poglądu na naturę spisku[1]. Przekonano się mianowicie, że zawiązanie spisku, samo przez się, nie jest jeszcze żadnym udziałem w umówionem przestępstwie, lecz tylko czynnością, mającą umożliwić kilku osobom przyjęcie udziału w jego dokonaniu. Wynika stąd, że w razie przyjścia do skutku umówionego przestępstwa, należy każdego ze spiskowców karać w miarę jego rzeczywistego udziału[2]. Nie znaczy to jednak, iżby mieli być wolni od wszelkiej odpowiedzialności, za przyjście do skutku owego

przestępstwa, ci ze spiskowych, którzy, nie będąc jego podżegaczami, w niczem też nie przyczynili się materyalnie do jego dokonania. Przez samo bowiem swoje przystąpienie do spisku, okazali oni sprawcom pewną pomoc duchową, wskutek czego odpowiadać powinni w charakterze pomocników.

Samo więc zawiązanie spisku, dopóki jeszcze nie rozpoczęto wykonywać umówionego przestępstwa, musi, jako czynność przygotowawcza, być wolne od kary, ustanowionej za owo przestępstwo[3]. Wyjątek tworzyłby w prawie austryackiem spisek, mający na celu zdradę główną, a to dlatego, że kodeks już przygotowanie do tej zbrodni, podciąga pod pojęcie jej dokonania (§ 58). Poza wyjątkami tego rodzaju zawiązanie spisku mogłoby podlegać karze tylko, jako *delictum sui generis.* W tym charakterze spisek stanowi osobną zbrodnię w prawie austryackiem w myśl § 65 *c* kod k. tudzież według § 5 ustawy z 27 maja 1885 przeciwko używaniu materyj rozsadzających (Dz. u. p. 134).

[1] Pierwszy wystąpił przeciwko dawnemu zapatrywaniu na znaczenie spisku Stübel: *Theilnahme,* 1828. §§ 23—25, 46. Krytykę jego poparli Abegg (*Lehrb.* 1836 § 74) i Mittermaier (w *Crim. Archiv.* 1839, str. 553).

[2] Oczywiście, że przywództwo w spisku będzie musiało sprowadzać surowszą karę. Por. kod. austr. §§ 44*e*. 70. 71. 72. 75.

[3] Z nowszych kryminalistów prawdy tej nie chce uznać Herbst (*Handb.* I, ad § 5, nr. 13) i żąda, aby w tym przypadku znalazł zastosowanie § 9 k. austr. o karygodności podżegania bezskutecznego.

381. *B.* Szajka *(Bande, Rotte, societas delinquendi).* Szajka różni się od spisku tą odrębną cechą, że jest stowarzyszeniem, zawiązanem w celu spełniania bądź przestępstw wogóle, bądź też przestępstw pewnego tylko rodzaju, nie zaś ku wykonywaniu żadnego, dokładnie oznaczonego przestępstwa (por. nr. 379).

Podobnie jak spisek, szajka, sama przez się, mogłaby stanowić tylko *delictum sui generis*. Nowsze kodeksy jednak nie uważają za właściwe, nadawać jej powyższego znaczenia, ograniczając się do uznawania jej, przy niektórych zbrodniach (kradzieży, rabunku, podpalenia), za okoliczność, podnoszącą ich kwalifikacyę kryminalną[1]. Kodeks austryacki wspomina wyraźnie o szajce przy podpaleniu, przepisując, że zbrodnia ta ma sprowadzać karę śmierci, jeżeli sprawca jej należał do osobnej szajki *(Zusammenrottung)*, która miała na celu szerzenie spustoszeń (§ 167 *a*)[2].

Samą przynależność do szajki uznaje prawo austr. za *delictum sui generis* w odniesieniu do zbrodni dynamitowych (§ 5 ust. z 27 maja 1885).

[1] Przy tem nawet nie używają one wyrazu szajka, lecz wspominają tylko o stowarzyszeniu, obejmującem większą liczbę osób. Patrz kod. niem. (§§ 243, l. 6; 250, l. 2). Jako osobne przestępstwo traktuje szajkę kod. chilijski z r 1889, art. 292—295.

[2] Co do kradzieży i rabunku, to już okoliczność popełnienia tych zbrodni w towarzystwie choćby jednego tylko wspólnika, ma według kod. austr. uzasadniać surowszą karę (§§ 174, II, b; 192).

VI. O niewłaściwym udziale w przestępstwie.

§ 83.

382. Dawniej podciągano błędnie pod pojęcie udziału w przestępstwie, także takie przypadki, w których ktoś bez poprzedniej zmowy, bądź 1) zachowywał się całkiem biernie wobec wiadomego mu faktu, że druga osoba postanowiła popełnić przestępstwo, i przez to nie przeszkodził jego dokonaniu; bądź też 2) użyczył pewnego poparcia sprawcy, już po spełnieniu przezeń przestępstwa. Przypadki te nie mogą uchodzić za udział w odnośnem przestępstwie dlatego, że, ani moralnie (brak poprzedniego porozumienia), ani materyalnie[1], niczem się nie przyczyniły do jego przyjścia do skutku. Pierwszy zwrócił na to baczną uwagę kryminalista włoski Nani *(Principii di giurisprudenza criminale*, 1813), a dzisiaj jest już regułą powszechnie przyjętą, że podobne przypadki podlegać mogą karze tylko, jako osobne przestępstwa[2].

[1] Co do warunków, pod któremi zaniechanie jakiegoś działania może znaleść się w związku przyczynowym ze skutkiem, który nie byłby powstał w razie spełnienia owego działania, patrz wyżej, nr. 184—189.

[1] Dziś jeszcze kodeks rosyjski karze, jako udział w przestępstwie, przypadki, rozbierane w tekscie (art. 124, 125, 126).

383. Regułę powyższą uznaje też kodeks austryacki (§ 6) i do przestępstw szczególnego rodzaju zalicza:

a) Złośliwe zaniechanie przeszkodzenia zbrodni. Jest to zbrodnia z §§ 212 i 213, znana pod nazwą I przypadku dania pomocy do zbrodni *(Vorschub zu Verbrechen)*[1].

b) Przypadki II, III i IV dania pomocy do zbrodni, występku lub przekroczenia, a mianowicie: α) przez zatajenie (§§ 214—216), β) przez ułatwienie ucieczki osobie uwięzionej (§§ 217—219) i γ) przez ukrycie dezertera lub jinną pomoc, daną mu do ucieczki (§§ 220, 221). Przypadki te, stosownie do okoliczności, posiadają kwalifikacyę zbrodni (§§ 214—221), lub przekroczenia (§ 307)[2].

c) Ułatwienie sprawcy korzystania z owoców popełnionego przestępstwa, a mianowicie ukrywanie, nabywanie lub puszczanie w dalszy obrót rzeczy, przez osobę, której wiadomo, że pochodzą one z kradzieży, przeniewierstwa lub rabunku (§§ 185—187, 196, 464—466). Jest to tak zwane w kodeksie austryackiem uczestnictwo a właściwiej uczestniczenie *(Teilnehmung)* w kradzieży, sprzeniewierstwie lub rabunku. Uczestniczenie to tem się tylko wyróżnia od udziału *(Teilnahme)* w powyższych przestępstwach, że ma miejsce bez poprzedniego porozumienia ze sprawcą. Uczestniczenie w rabunku sta-

nowi zawsze zbrodnię (§ 196), a uczestniczenie w kradzieży lub sprzeniewierstwie otrzymuje, stosownie do okoliczności, charakter zbrodni (§§ 185—187) lub przekroczenia (§§ 464—466)[3].

Dokładny rozbiór wymienionych wyżej przestępstw należy do wykładu części szczególnej prawa karnego[4].

[1] Tylko wyjątkowo, złośliwe zaniechanie przeszkodzenia zbrodni stanowi w prawie austryackiem współwinę w jej dokonaniu, odnośnie do zdrady głównej z § 60, szpiegostwa z § 67, werbunku nieuprawnionego z § 92 i traktowania człowieka, za niewolnika z § 95 (patrz § 213 k. k.).

[2] Pomoc przez zatajenie uchodzi także, co do niektórych zbrodni, za współwinę w ich dokonaniu, a mianowicie, co do zdrady głównej, szpiegostwa i werbunku nieuprawnionego (§ 215).

[3] Pojęcia uczestniczenia, jako osobnego przestępstwa, nie odróżnia jednak kod. austr. od pojęcia udziału w rozumieniu § 5, odnośnie do fałszowania publicznych papierów kredytowych (§§ 109, 112, 116) i monety (§ 120). Karze on bowiem, w charakterze uczestnika tych zbrodni, osobę, któraby, w porozumieniu z fałszerzem, spółwinnym lub innym uczestnikiem, sfałszowane papiery kredytowe lub pieniądze wydawała lub też nabywała cząstki, o które w przypadku, przewidzianym w § 118 c, moneta prawdziwa uszczuplona została, a to niezależnie od tego czy to porozumienie nastąpiło przed sfałszowaniem, lub po jego spełnieniu.

[4] Patrz t. II, nr. 763—773; 973—985; 1024—1028.

ROZDZIAŁ III.

Przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne.

I. Przestępstwo pojedyncze i zbiorowe[1].

§ 84.

384. Przestępstwo nazywa się pojedynczem wtenczas, jeżeli jego treść składa się tylko z jednego działania,

uznanego przez prawo za przestępne. Zbiorowem *(Kollektivdelikt)* zaś nazywamy takie przestępstwo, do którego wchodzi, lub przynajmniej wchodzić może, spełnienie przez jedną osobę kilku działań, z których każde, osobno wzięte, mogłoby stanowić całkiem odrębne przestępstwo tego samego lub różnego rodzaju, gdyby ustawa, powodując się pewnemi, bardzo poważnemi względami, nie była uznała za właściwsze, wytworzyć z nich jedno tylko przestępstwo.

Do przypadków przestępstwa zbiorowego zaliczamy z jednej strony: *A)* przestępstwa złożone i ciągłe; z drugiej strony: *B)* przestępstwa z narowu i z rzemiosła.

[1] Buri: *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, 1879. Merkel w *Handb. Holtzendorffa*, II, 579, IV, 225. Patrz także literaturę, dotyczącą zbiegu przestępstw (nr. 391, dop. 1).

385. *A.* Przestępstwo złożone i ciągłe. Przestępstwo nazywa się złożonem *(zusammengesetztes Verbrechen, delictum compositum)* wtedy, gdy do jego składu istotnego wchodzi spełnienie przez jedną osobę conajmniej dwóch różnorodnych działań, które, lubo każde z nich, osobno wzięte, stanowiłoby samodzielne przestępstwo odrębnego rodzaju, mają w swojem połączeniu wytwarzać z woli ustawodawcy jedno tylko przestępstwo, a to z powodu, że sprawca je spełnił, w wykonaniu jednego tylko postanowienia przestępnego, a w urzeczywistnieniu wprawdzie kilku, ale uzupełniających się wzajemnie złych zamiarów[1].

Przez przestępstwo ciągłe *(fortgesetztes Verbrechen, delictum continuatum)* pojmujemy przypadek spełnienia przez jedną osobę kilku jednorodnych działań, które, — lubo każde z nich, osobno wzięte, stanowiłoby samodzielne przestępstwo tego samego rodzaju, — mają, w swojem połączeniu, wytwarzać z woli ustawodawcy jedno tylko przestępstwo, a to z powodu, że

sprawca je spełnił w urzeczywistnieniu jednego tylko zamiaru przestępnego[2].

[1] Np. przestępstwem złożonem jest rabunek z § 190 (zamach przeciwko osobie i przeciwko własności), tudzież zgwałcenie niewiasty z § 125 (zamach przeciwko osobie niewiasty i jej nadużycie pod względem płciowym).

[2] Ciągłem będzie przestępstwo lokaja, który, powziąwszy zamiar, okradania co wieczór swego pana, przy jego rozbieraniu, systematycznie urzeczywistnia ten zamiar przez cały miesiąc. — Z dzieł, traktujących specyalnie o przestępstwie ciągłem, na szczególną uwagę zasługują: Merkel: *Zur Lehre von dem fortgesetzten Verbrechen*, 1862. Rathenau: *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*, 1896. Neuburger: *Das fortgesetzte Verbrechen nach der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts*, 1896. Farnbacher: *Der Begriff des sog. fortgesetzten Verbrechens und seine juristischen Konsequenzen, insbes. Anwendung des Grundsatzes »ne bis in idem«*, 1897. Po polsku, patrz Budziński: *O zbiegu przestępstw i przestępstwach ciągłych*, 1864. Patrz także literaturę zbiegu przestępstw (nr. 391. dop. 1).

386. Jak widzimy, to różnica między przestępstwem złożonem a ciągłem uwydatnia się w dwóch następujących punktach istotnych:

a) Przy przestępstwie złożonem zachodzi spełnienie kilku różnorodnych, przy przestępstwie ciągłem — kilku jednorodnych działań przestępnych.

b) Przyczyna, dla której owe kilka działań uważać należy za jedno przestępstwo, tkwi, przy przestępstwie złożonem, w tożsamości postanowienia i jedności zbiorowej złego zamiaru, a przy przestępstwie ciągłem—w tożsamości zamiaru przestępnego sprawcy.

387. W bliskiem pokrewieństwie z przestępstwem ciągłem znajduje się przestępstwo, w skład którego, oprócz działania przestępnego, wchodzi zachowanie przez dłuższy czas wytworzonego przez nie stanu rzeczy. Przestępstwa takie nazywają się trwałemi *(fortdauernde Verbrechen);*

np. bezprawne ścieśnienie wolności osobistej człowieka, jako przestępstwo, złożone z osadzenia człowieka w miejscu zamkniętem i niewypuszczania go stamtąd przez jakiś czas (§ 93 k. k.).

388. *B.* Przestępstwo z narowu i z rzemiosła[1]. Pod pojęcie przestępstwa z narowu *(Gewohnheitsverbrechen)* podciągamy przypadek popełnienia przez jedną osobę, w pewnych odstępach czasu, kilku jednorodnych, a całkiem samodzielnych, działań przestępnych, które dlatego tylko uchodzą za jedno przestępstwo zbiorowe, że ich znaczenie, jako osobnych przestępstw, zaciera się niejako, wobec tego bez porównania donioślejszego ich charakteru, który polega na tem, że z nich widać, iż u ich sprawcy rośnie coraz bardziej skłonność, do popełniania przestępstw pewnego oznaczonego rodzaju. Tę skłonność uważać należy za szczególnie niebezpieczną dla społeczeństwa i z tego powodu byłoby rzeczą wskazaną, aby przy przestępstwie z narowu, sędzia mógł przystosować karę raczej do owej skłonności, niż do mniejszej, lub większej liczby pojedynczych przestępstw[2].

Przestępstwo z rzemiosła *(Gewerbsmässiges Verbrechen)* polega na spełnieniu jakiegoś działania przestępnego w sposób, z którego widać, że sprawca ma zamiar spełnianie podobnych działań uczynić niejako stałem swojem zajęciem.

[1] Dochow: *Zur Lehre vom gewerbs- und gewohnheitsmässigen Verbrechen*, 1871. Lilienthal: *Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten, mit besonderer Berücksichtigung des gewohnheitsmässigen Verbrechens*, 1879. Schütze: *Die Concurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage (Czasop. Liszta*, t. III, 1883, str. 57). Patrz także Wahlberg: *Gesamm Schriften*, I str. 136.

[2] Względem przestępców nałogowych, byłyby mianowicie na miejscu t. zw. nieoznaczone wyroki karne *(indeterminate sentences)*, na mocy których specyalnie zorganizowana władza byłaby upoważniona do niewypuszczania skazańca na wolność,

nawet już po odcierpieniu przezeń pewnego, w wyroku za minimalny uznanego, zakresu kary, w razie gdyby, według opinii tej władzy, skazaniec musiałby jeszcze uchodzić za niebezpiecznego dla społeczeństwa. Co do tej instytucyi, która w niektórych więzieniach Stanów Zjednoczonych Ameryki półn. (Elmira) dobre wydała owoce, patrz Sternau w *Czasop. Liszta*, t. XIII, str. 17; Lévy: *Des sentences indéterminées*, 1896; Vargha: *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, 1896/7, t. II, str. 506. Do przeciwników tej instytucyi należą Wach: *Die Reform der Freiheitsstrafe*, 1890, str. 38. Gautier: *Pour et contre les peines indéterminées* (*Revue pénale suisse*, 1893).

Najnowszy projekt austryacki dopuszcza za niektóre przestępstwa w odniesieniu do przestępców nałogowych środka zabezpieczającego polegającego na tem, że winowajca po odcierpieniu kary może być jeszcze przytrzymany w więzieniu lub osobnym zakładzie aż do lat dziesięciu, (§ 38, proj. z r. 1909). Por. wyżej nr. 109 *bis*.

389. Z podanego wyżej określenia przestępstwa z rzemiosła wypływa, że różni się ono od przestępstwa z narowu w dwóch następujących punktach zasadniczych:

a) Do istoty przestępstwa z rzemiosła niekoniecznie wchodzić musi kilka działań przestępnych. Np. Piotr, nie mając do tego tytułu, zabiera się do udzielania w sposób zarobkowy porad lekarskich i zaraz po pierwszej poradzie, policya kładzie tamę dalszemu wykonywaniu przezeń praktyki lekarskiej (§ 343 k. k.).

b) Przy przestępstwie z rzemiosła, sprawca powziął z góry zamiar, oddawania się w przyszłości pewnemu zawodowi przestępnemu; podczas, gdy sprawca przestępstwa z narowu nie ma wcale zamiaru, dopuszczania się w przyszłości nowych podobnych przestępstw, lecz tylko wznieca uzasadnioną obawę, że będzie w nim rosła coraz bardziej skłonność do ich popełniania [1].

[1] Od przestępstwa z rzemiosła przyjęto jeszcze odróżniać przestępstwo dla zarobku (*geschäftsmässiges Verbrechen*). Podczas gdy pierwsze może wypływać z różnych pobudek, to na dnie drugiego leży zawsze chciwość zysku. — Wogóle

wspomnieć jeszcze trzeba, że niektórzy autorowie, jakoto: Dochow, Schütze (por. nr. 388, dop. 1) i Janka (*Oesterr. Strafr.* str. 153 ex 1894) nie chcą przyznać przestępstwu z narowu, z rzemiosła i dla zarobku charakteru przestępstwa zbiorowego, lecz utrzymują, że w przypadkach tych, stosownie do okoliczności, zachodzić będzie albo pojedyncze przestępstwo powrotne, albo też zbieg przestępstw.

390. Kodeksowi austryackiemu znane jest pojęcie tak przestępstwa z narowu, jak przestępstwa z rzemiosła.

Naróv uważa kodeks za okoliczność, nadającą kradzieży charakter zbrodni, całkiem niezależnie od wartości zabranej rzeczy (§ 176, II), tudzież za należącą do istoty przekroczeń zastarzałego opilstwa (§ 524), włóczęgostwa i wstrętu do pracy (§§ 1 i 3 ustawy z 24 maja 1885; Dz. u. p. 89). Oprócz tego kodeks okłada niektóre przestępstwa karą surowszą na przypadek, gdy sprawca wprowadził je u siebie w zwyczaj, np. oszustwo (§ 203) i uszkodzenia ciała w bijatyce (§ 412).

Charakter przestępstwa z rzemiosła posiadają w kodeksie austr.: kradzież zwierzyny, gdy staje się zbrodnią, dlatego tylko, że taką kradzieżą sprawca trudni się, jakoby zwyczajnym przemysłem (§ 174, II, *g*), tudzież przekroczenia nieprawnego wykonywania sztuki lekarskiej lub chirurgicznej (§ 343) i nierządu (§ 5 ustawy z 24 maja 1885. Dz. u. p. 89).

II. Zbieg przestępstw (concursus delictorum, Verbrechenscon-currenz) [1].

§ 85.

391. Zbiegiem przestępstw nazywa się przypadek, popełnienia przez jedną osobę kilku samodzielnych przestępstw w czasie, gdy jeszcze za żadne z nich sąd nie skazał jej na karę. Dawna teorya żądała, oprócz tego, dla

tego pojęcia, aby wszystkie przestępstwa odnośnej osoby były przedmiotem tego samego postępowania i wyroku [2].

Kodeks karny austryacki hołdował jeszcze powyższemu poglądowi (§§ 34, 267), ale zerwała z nim już w Austryi Ustawa o postęp. karn. z 23 maja 1873. Zawiera ona bowiem przepis (§ 265), na mocy którego prawidło, wskazane w §§ 34 i 267 k. k., co do karygodności zbiegu przestępstw, powinno także znaleść zastosowanie do przypadku, gdy, już po zapadnięciu przeciwko oskarżonemu wyroku skazującego, wyjdzie na jaw, że przed wydaniem powyższego wyroku, ten sam oskarżony popełnił inne jeszcze przestępstwo [3].

[1] Feuerbach: *Lehrbuch* (wyd. 14), str. 211 — 231; Sander: *Betrachtungen über die Concurrenz von Verbrechen (Archiv des Kriminalrechtes*, 1836, str. 266 i nast.; Köstlin: *Neue Revision*, 1845, str. 873, 895; tenże: System, 1855, I, str. 533—571; Hälschner: *System*, 1858, I, str. 499—529; tenże: *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, str. 653—692; John: *Beiträge zu der Lehre von der Verbrechens-Concurrenz (Goltdam. Archiv*, 1855, str. 497 i nast. 620 i nast.); tenże *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechens-Concurrenz*, 1860; Merkel: *Die Strafanwendung beim Zusammenfluss von Verbrechen* (w *Holtzendorffa Handbuch, Bd. II*, str. 573 — 584); tenże: *Die Strafanwendung durch den Richter* (tamże, *Bd. IV*, str. 225 i nast.); Geyer: *Beitrag zu der Lehre von der Concurrenz der Verbrechen (Gerichtssaal*, 1861, str. 43—66); tenże: *Konkurrenz oder Zusammentreffen von Verbrechen* (w *Holtzendorffa Rechtslexikon, Bd. II, artykuł Konkurrenz)*: Rosenblatt: *Die Strafenconcurrenz*, 1879; Thomsen *(Gerichtssaal*, 1879); Buri (tamże, 1879, *Beilagenheft)*; Teichmann (tamże, 1880); Bischoff (tamże, 1881); Habermaas: *Die ideale Konkurrenz der Delicte*, 1882; Schütze (w *Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft*, 1883); Schwarze (w *Gerichtssaal Bd.* 34, 1882—1883); Kärcher (tamże, 1884), Buri (tamże, 1884); Hertz (tamże, 1885); Impallomeni: *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, 1884; Ortloff (w *Archiv für Strafrecht, Bd.* 32, 1885); Binding: *Handbuch des Strafrechtes, I*, str. 520—588 (1885); Hiller (w *Ger. S.* 1880 i w *Czasop. Grünhuta XIII*, 1886). Heinemann: *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*, 1892. Wachenfeld: *Theorie der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten*, 1896. Thomas: *Ueber das Wesen der idealen Konkurrenz*, 1897. Jakobs: *Die Idealkonkurrenz*, 1897. Köhler: *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, 1900. Höpfner: *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, 1902. Po polsku pisali o zbiegu przestępstw: Budziński: *O zbiegu przestępstw*, 1864. Rosenblatt: *O zbiegu przestępstw*, 1873 (jest to ta sama rozprawa, którą autor w r. 1879 wydał po niemiecku); Makarewicz: *Idealny zbieg przestępstw w ustawie karnej austryackiej*, 1897.

[2] Przeciwko temu wymaganiu, które dzięki powadze Feuerbacha, długo utrzymywało się w nauce, pierwszy wystąpił John (1855).

[3] Patrz także §§ 57, 58, 263, 264, 359 Proced. k., tudzież § 5 Ustawy z 20 maja 1869 o zakresie działania sądów wojsk. (Dz. u. p. 78), i § 10 Ustawy z 2 kwietnia 1885 o wykonywaniu władzy sądowej nad obroną krajową (Dz. u. p. 93).

392. Dziś więc zarówno ze stanowiska teoryi, jak z punktu widzenia prawa austryackiego, znaczenie istotne dla pojęcia zbiegu przestępstw posiadają tylko dwa następujące warunki:

1) Popełnienie przez jedną osobę kilku całkiem samodzielnych przestępstw.

2) Popełnienie powyższych przestępstw przez osobę, która, zanim dopuściła się ich wszystkich, nie była jeszcze za żadne z nich skazana przez sąd na karę.

Ze względu na pierwszy warunek, zbieg przestępstw różni się zasadniczo, *a)* od znanych nam już przypadków przestępstwa zbiorowego (nr. 384 — 390), tudzież *b)* od przypadków, w których tylko pozornie zachodzi zbieg przestępstw, a właściwie ma miejsce jedno przestępstwo, którego znamiona podchodzą pod pojęcie różnych przestępstw, przewidzianych przez ustawę karną (zbieg a raczej kolizya przepisów ustawy, *Gesetzesconcurrenz)*. Przypadki tego ostatniego rodzaju znajdują się w najbliższym związku z t. zw. zbiegiem przestępstw je-

dnoczynowym. Zwrócimy też na nie baczniejszą uwagę przy rozbiorze tego zbiegu.

Ze względu na drugi warunek, pod pojęcie zbiegu przestępstw nie można podciągać ani *a)* zbiegu kar *(Strafenconcurrenz)* w tym przypadku[1], gdy jakaś osoba, już po osądzeniu za jedno przestępstwo, dopuści się drugiego, zanim jeszcze zaczęła ponosić lub zanim odcierpiała w zupełności karę za pierwsze przestępstwo; ani też *b)* powrotu do przestępstwa *(iteratio delicti, Rückfall)*, t. j. przypadku popełnienia nowego przestępstwa przez osobę, raz już karaną sądownie za poprzednie przestępstwo.

[1] Mówimy w tym przypadku, gdyż zbieg kar może także zejść się ze zbiegiem przestępstw, co nastąpi wtenczas, gdy wszystkie przestępstwa, znajdujące się między sobą w zbiegu, staną się przedmiotem równoczesnego osądzenia.

393. Zbieg przestępstw może być jednorodny i różnorodny *(gleichartige und ungleichartige Concurrenz)* odpowiednio do tego, czy zachodzi między przestępstwami tego samego lub różnego rodzaju; tudzież może być wieloczynowy lub jednoczynowy *(einthätliche und mehrthätliche Concurrenz)* odpowiednio do tego, czy jest owocem kilku samodzielnych zamiarów i postanowień przestępnych; czyteż jest dziełem kilku samodzielnych zamiarów przestępnych, a jednego tylko postanowienia. Oczywiście, że zarówno zbieg przestępstw wieloczynowy, jak jednoczynowy, przybrać może postać zbiegu jednorodnego lub różnorodnego[1].

[1] Przykłady: *A.* Piotr dopuścił się różnocześnie trzech kradzieży (zbieg wieloczynowy jednorodny). *B.* Piotr dopuścił się różnocześnie trzech przestępstw, z których jedno było kradzieżą, drugie zabójstwem a trzecie oszustwem (zbieg wieloczynowy różnorodny). — *C.* Piotr powziął zamiar pozbawienia życia Pawła i Jana, postanowił urzeczywistnić ten zamiar za pomocą jednego czynu, a mianowicie przez zatrucie potrawy, przeznaczonej dla ich obu i przez spełnienie tego czynu wywołał śmierć Pawła i Jana (zbieg jednoczynowy jednorodny). *D.* Piotr powziął zamiar *a)* pozbawienia życia całkiem sparaliżowanego Pawła, który bez należytej opieki mieszkał w domu Jana a oprócz tego jeszcze *b)* zniszczenia w drodze pożaru domu Jana. Oba te zamiary postanowił on urzeczywistnić zapomocą jednego czynu, a mianowicie przez podłożenie ognia pod dom Jana w chwili, gdy Paweł przebywał w nim całkiem samotnie. Przez wykonanie tego postanowienia Piotr dopuścił się dwóch różnych zbrodni, a mianowicie morderstwa i podpalenia (zbieg jednoczynowy różnorodny).

394. Z powyższych rodzajów zbiegu przestępstw, spornem w nauce jest tylko pojęcie zbiegu jednoczynowego. Zbieg ten, znany także pod nazwą idealnego lub formalnego[1], ma, wśród autorów, bardzo wielu przeciwników, którzy mu zarzucają, że jest rzeczą nielogiczną, aby jedno działanie naturalne (t. j. jeden czyn) mogło wytwarzać kilka przestępstw[2]. Z uwagi na to, autorowie ci uważają t. zw. zbieg idealny tylko za przypadek rzeczywistego zbiegu ustaw, przypadek tem się odznaczający, że w rzędzie ustaw, znajdujących się między sobą w zbiegu, odnośnie do jednego czynu, niema takiej, której zastosowanie pokryłoby wszystkie znamiona kryminalne tego czynu[3].

[1] Zbieg wieloczynowy zaś bywa także nazywany realnym lub materyalnym.

[2] Do przeciwników zbiegu przestępstw jednoczynowego należą w szczególności: Budziński (*Wykład*, nr. 226), Liszt (*Lehrb.* § 56, str. 245, wyd. 1898), Hiller, Heinemann, Wachenfeld, Makarewicz (patrz co do tytułów nr. 391, dop. 1), Rathenau (p. nr. 385, dop. 2).

[3] W razie gdyby między ustawami, odnoszącemi się do jednego czynu, była jedna taka, której zastosowanie pokrywałoby wszystkie znamiona kryminalne tego czynu; to wtedy zachodziłby nie rzeczywisty, lecz tylko pozorny zbieg ustaw, czyli t. zw. ich *kolizya*.

395. Wskazane wyżej stanowisko nie trafia do mego przekonania. Sądzę mianowicie, że działanie naturalne, samo przez się, nie może nigdy stanowić przestępstwa, lecz charakter ten może ono otrzymać tylko o tyle, o ile okaże się owocem winy sprawcy w kierunku przełamania tej lub innej normy prawa. Dopiero wina sprawcy, t. j. okoliczność, że tenże, umyślnie lub nieumyślnie, stał się przez swoje działanie naturalne nietylko materyalną, ale i moralną przyczyną pewnego skutku przestępnego, zdoła nadać temu działaniu wobec prawa kwalifikacyę tego lub innego przestępstwa. Tem się też tłómaczy, że, przy oznaczaniu różnych postaci rodzajowych przestępstwa, ustawa karna zwraca uwagę nie na sam fakt, spełnienia przez człowieka jednego lub kilku działań naturalnych, lecz na charakter, który trzeba nadawać temu faktowi, ze względu na zamiar i postanowienie sprawcy tego jednego, lub tych kilku działań naturalnych.

Wymownego dowodu na poparcie tej tezy dostarczają znane nam już przypadki przestępstwa zbiorowego (nr. 385—390). Wykazują one, że w żadnym razie pojęcie jednego przestępstwa nie jest identyczne z pojęciem jednego działania naturalnego. Otóż, pojęcie zbiegu przestępstw idealnego opiera się na tym samym tytule, który w przypadku przestępstwa złożonego i ciągłego upoważnia ustawę karną, do łączenia w jedno przestępstwo kilku działań naturalnych, bądź z uwagi na tożsamość postanowienia i jedność zbiorową zamiaru sprawcy (przestępstwo złożone), bądź tylko z uwagi na tożsamość jego zamiaru (przestępstwo ciągłe). I tu i tam rozstrzygające znaczenie ma posiadać nie liczba działań naturalnych, lecz nastrój przestępny woli sprawcy. Cała różnica między dwiema, omawianemi tutaj kategoryami, polega na tem, że, przy przestępstwie złożonem i ciągłem, wola sprawcy, skierowana ku popełnieniu jednego przestępstwa, przejawia się w postaci kilku działań naturalnych; podczas gdy przy zbiegu idealnym wola sprawcy, skierowana ku popełnieniu kilku przestępstw, przejawia się w postaci jednego działania naturalnego.

396. Wypada nam teraz przypatrzeć się różnicy, jaka zachodzi między zbiegiem przestępstw jednoczynowym, a przypadkami tak zwanej kolizyi ustaw. Pozornie te dwa pojęcia są całkiem do siebie podobne. Jedno i drugie bowiem oznacza spełnienie przez jakąś osobę jednego czynu, posiadającego znamiona kilku, przez ustawę przewidzianych przestępstw. Jeżeli wszakże przypatrzymy się bliżej tego rodzaju czynom, to potrafimy, co do nich, odróżnić dwie następujące kategorye przypadków:

a) Wśród kilku przestępstw, których znamiona właściwe są jednemu czynowi, znajduje się jedno, które tem się odznacza, że jego istota wyczerpuje całą treść kryminalną tego czynu. Np. urzędnik przywłaszczył sobie powierzone mu w drodze urzędowej papiery wartościowe. Czyn jego podpada pod pojęcie sprzeniewierstwa w urzędzie z § 181 k. k. i nadużycia władzy urzędowej z § 101 k. k. Z tych dwóch przestępstw jednak, sprzeniewierstwo w urzędzie wyczerpuje całą treść kryminalną tego czynu, gdyż obejmuje także te jego pierwiastki, które nadają mu charakter nadużycia władzy urzędowej. To samo należy powiedzieć o matce, która zabiła swoje dziecko przy porodzie. Czyn jej posiada znamiona zarówno morderstwa z § 134 k. k., jak dzieciobójstwa z § 139. Z tych dwóch zbrodni jednak, dzieciobójstwo obejmuje całą naturę kryminalną powyższego czynu, gdyż nietylko te jego pierwiastki, z uwagi na które byłby on morderstwem z § 134, ale także i te inne jego pierwiastki, w uwzględnieniu których, ustawodawca uznał za właściwe nadać mu uprzywilejowaną kwalifikacyę dzieciobójstwa z § 139. We wszystkich przypadkach podobnego rodzaju nie ma zbiegu przestępstw jednoczynowego, lecz zachodzi tylko kolizya między kilku prze-

pisami ustawy. Kolizyę tę oczywiście będzie musiał sędzia usunąć na rzecz tego przepisu, który będzie uwzględniał najbardziej wyczerpująco całą treść kryminalną odnośnego czynu[1].

b) Wśród kilku przestępstw, których znamiona właściwe są jednemu czynowi, nie ma takiego, którego istota wyczerpywałaby całą treść kryminalną tego czynu. Np. Piotr podkłada ogień pod dom Pawła w zamiarze wzniecenia pożaru i sprowadzenia śmierci dla, przebywającego w tym domu samotnie, sparaliżowanego Jana. Czyn ten posiada znamiona podpalenia z § 166 i morderstwa z § 134. Żadna z tych zbrodni jednak tem się nie odznacza, iżby jej istota miała wyczerpywać całą treść kryminalną powyższego czynu. Istota podpalenia mianowicie nie pochłania pierwiastku działania, spełnionego w zamiarze uśmiercenia człowieka; podczas gdy znów istota morderstwa nie pochłania pierwiastku wzniecenia pożaru w cudzej własności. To samo należy powiedzieć o przypadku zgwałcenia przez ojca własnej córki. I tu bowiem istota kazirodztwa z § 131 nie pochłaniałaby pierwiastku przemocy; a istota zgwałcenia niewiasty z § 125 pozostawiałaby bez uwzględnienia pierwiastek spółkowania między ojcem a córką. We wszystkich przypadkach tego drugiego typu musimy przyjąć nie kolizyę ustaw, lecz zbieg przestępstw jednoczynowy[2].

[1] W myśl tej zasady, ustawa, odnosząca się do danego czynu, z uwagi na pewien specyalny rys jego istoty przestępnej (np. § 139 o dzieciobójstwie), wykluczy ustawę, dotyczącą tego czynu, ze względu na jego ogólny charakter (np. § 134 o morderstwie). *Species derogat generi.* — Gdyby w niektórych przypadkach sędzia miał wątpliwości, która z dwóch ustaw wyczerpuje bardziej pierwiastki kryminalne odnośnego czynu: to musiałby zastosować ustawę najsurowszą, wychodząc z tego założenia, że tylko wtedy to wszystko, co w owym czynie ustawodawca uważa za karygodne, znalazłoby zupełne uwzględnienie przy wymiarze kary. Tego samego zdania są Herbst (*Handb.* I, ad. § 35. *D.* nr. 20) i Janka (*Oesterr. Strafr.* § 76). Za kierowaniem się i w tym przypadku ogólną regułą, *in dubio mitius*, oświadcza się Schütze (*Lehrb.* str. 194). Specyalnie o kolizyi ustaw traktują Pflaum: *Ueber Gesetzeskonkurrenz auf dem Gebiete des Strafr.* 1898 i Köhler (nr. 391, dop. 1).

[2] Już Matthaeus (*De criminibus*, 1644, str. 891) miał jasne pojęcie o stosunku między zbiegiem przestępstw jednoczynowym a kolizyą ustaw. W jednym czynie, noszącym na sobie znamiona kilku przestępstw, mogą według tego autora, mieścić się albo *plura crimina*, albo *non tam plura crimina, quam plures tituli et nomina criminum.* W pierwszym przypadku byłoby rzeczą niesprawiedliwą, gdyby kara za jedno przestępstwo miała pochłaniać karę za drugie; w drugim zaś przypadku *re vera unum crimen est* i dlatego sprawca powinien tutaj ponieść karę za jedno tylko przestępstwo, a to w myśl reguły: *leviora crimina absorberi a graviori.*

397. Kodeks austryacki mówi o zbiegu przestępstw w §§ 34, 35 i 267, uznając go za możliwy nietylko między samemi zbrodniami, występkami lub przekroczeniami, ale także między zbrodniami z jednej strony, a występkami lub przekroczeniami z drugiej.

O rodzajach zbiegu przestępstw, kodeks wspomina przy przeglądzie okoliczności obciążających, gdzie jednak wymienia wyraźnie tylko zbieg różnorodny (§§ 44 *a*, 263 *l)* i jednorodny, który nosi w kodeksie nazwę powtórzenia przestępstwa (*Wiederholung des Verbrechens;* §§ 44 *b*, 263 *b).*

Z tego jednak byłoby rzeczą całkiem nieuzasadnioną wnosić, że kodeksowi austryackiemu ma być obce pojęcie zbiegu przestępstw jednoczynowego. Podobne zapatrywanie[1] musielibyśmy uznać za niezgodne z interpretacyą tak *a)* gramatyczną, jak *b)* historyczną i *c)* dogmatyczną §§ 34 i 267 k. k.

[1] Stanowi ono myśl przewodnią rozprawy Makarewicza: *Idealny zbieg przestępstw w ustawie karnej austr.* 1897 (str. 87 do 117). Z podobnym poglądem spotykamy się także u Hillera (*Czasop.* Grünhuta, XIII, 1886, str. 155).

398. *ad a).* Ze stanowiska gramatycznego, słowa: »*hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen*« (§ 34), względnie »*hat der Untersuchte mehrere Vergehen oder mehrere Uebertretungen begangen*« odnosić można z jednakową słusznością zarówno do zbiegu przestępstw, będących owocem kilku działań naturalnych, jak do zbiegu przestępstw, będących wytworem jednego tylko działania naturalnego.

ad b). W drodze interpretacyi historycznej można łatwo się przekonać, że prawo austryackie, począwszy od ustawy Terezyańskiej, okazuje widoczną skłonność do tego, aby ustawowo określać pojęcie zbiegu przestępstw w sposób, któryby coraz mniej krępował sędziego w posiłkowaniu się konstrukcyą naukową tego pojęcia, a więc i w podciąganiu pod nie zbiegu jednoczynowego. I tak konstytucya Terezyańska uważa za zbieg przestępstw przypadek »*wenn **unterschiedbare** Missethaten zusammentreffen*« (art. XIV), a kodeks Józefiński z r. 1787, zgodnie z poprzedzającym tekstem, używa na oznaczenie zbiegu przestępstw słów: *ist ein Verbrecher mehrerer **unter sich verschiedener** Myssethaten schuldig* (§ 15). Każdy przyzna, że gramatycznie wyrazy *unterschiedbare* i *unter sich verschiedene* możnaby jeszcze z pewnym pozorem słuszności interpretować przeciwko zbiegowi jednoczynowemu[1]. W następnych kodeksach jednak, z r. 1796 (dla Gal. Zach. § 38) i z r. 1803 (§ 28), nie spotykamy już owych niezbyt jasnych terminów, a w ich miejsce wchodzi stylizacya: »*hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen **von verschiedener Gattung** begangen*«. Nie ulega wątpliwości, że, zapomocą tego nowego tekstu, ustawodawca austryacki wykazał, że jego wolą było, ograniczyć pojęcie zbiegu przestępstw nie do zbiegu wieloczynowego, lecz do zbiegu różnorodnego. Odtąd zbieg jednorodny *(Wiederholung)* nie mógł już w prawie austryackiem uchodzić za przypadek zbiegu przestępstw. — Dalszy postęp jednak przedstawia co do tej kwestyi

kodeks obowiązujący (§§ 34, 267). Odrzucił on z definicyi zbiegu przestępstw to ostatnie ograniczenie i wskutek tego dał sędziemu możność, podciągania pod pojęcie zbiegu przestępstw zarówno zbiegu jednoczynowego, jak zbiegu jednorodnego.

ad c). Wreszcie, posiłkując się interpretacyą dogmatyczną §§ 34 i 267 k. k., zwróćmy na to uwagę, że ustawodawca austryacki w kodeksie karnym wojskowym z 15 stycznia 1855 r. każe wyraźnie stosować przepisy, dotyczące zbiegu przestępstw, także do przypadku, »*wenn durch eine und dieselbe Handlung dieses Strafgesetz in verschiedenen Beziehungen übertreten worden ist, ohne dass jedoch nach den gesetzlichen Begriffsbestimmungen eine dieser Gesetzübertretungen schon in der anderen enthalten ist*« (§ 100)[2].

[1] A jednak pomimo to Banniza utrzymywał stanowczo, iż zbieg jednoczynowy nie jest w niezgodzie z konstytucyą Terezyańską. Patrz tego autora *Delineatio iuris criminalis secundum constitutionem Carolinam ac Theresianam*, 1773, I, str. 118.

[2] Pogląd mój na stanowisko kod. obowiązującego, wobec zbiegu jednoczynowego, ma za sobą powagę wielu najwybitniejszych kryminalistów austryackich (Ienull, I, str. 208, wyd. z r. 1837; Hye, ad §§ 34, 35; Herbst, ad § 35, nr. 8; Janka: *Oesterr. Strafr.* § 76; Lammasch: *Grundriss*, str. 51; Stooss: *Lehrb.* str. 127) i licznych orzeczeń Najw. Trybunału (Orzecz. z 3 czerwca 1882, nr. 461; 20 czerwca 1884, nr. 650; 4 grudnia 1886, l. 1000; 27 kwietnia 1894, nr. 1785: z 24 maja 1895 nr. 1832). Oczywiście, że Najw. Tryb. przeprowadza ściśle różnicę między przypadkami zbiegu jednoczynowego a przypadkami kolizyi ustaw (Orz. z 3 czerwca 1882, nr. 461). — Zbieg jednoczynowy znany jest także wszystkim projektom austr., a nawet projekt z r. 1867 wyraźnie przeciwstawia przypadek zbiegu jednoczynowego (§ 29) przypadkowi kolizyi ustaw *(Schein-Concurrenz*, § 30). Patrz także § 65 proj. z r. 1909.

399. Wypada nam jeszcze wyjaśnić, co właściwie upoważnia nas, do uważania zbiegu przestępstw za osobną postać zasadniczą pojęcia przestępstwa, nie zaś za

zwyczajną sumę arytmetyczną kilku przestępstw. Tytuł do tego daje nam niewątpliwie tylko ta okoliczność, że wina człowieka, który popełnił kilka przestępstw, zanim został za jedno z nich skazany na zasłużoną karę, jest rzeczywiście mniejsza od winy człowieka, który, skazany na karę za jedno przestępstwo, dopuścił się potem innych przestępstw. Trudno bowiem nie przyznać, że bezkarność zachęca do złego, i że, bądź co bądź, państwo jest temu winne, jeżeli człowiek czerpie z tego źródła podnietę do popełniania nowych przestępstw. Powszechnie jednak bywa przytaczany na poparcie tezy, że zbieg kilku przestępstw nie może uchodzić za ich sumę arytmetyczną, tylko ten argument, że wtedy należałoby karać sprawcę w myśl prawidła »*quot delicta, tot poenae*«, (teorya kumulacyi czyli skupienia kar), a suma arytmetyczna kilku, w związku z sobą pozostających kar, musiałaby wytwarzać dla sprawcy karę, o wiele dotkliwszą co do natężenia, od sumy tychże samych kar, jeżeliby tylko każda z nich wchodziła w wykonanie wtedy, gdy jeszcze nie znajdowała się w żadnej łączności z innemi.

Sądzę, że opieranie zbiegu przestępstw, jako osobnej postaci zasadniczej przestępstwa, tylko na podstawie, wyprowadzonej z natury zbiegu kar, musiałoby logicznie doprowadzić, do wyrugowania ze systemu prawa karnego pojęcia zbiegu przestępstw, jako całkiem zbytecznej kategoryi, i do zastąpienia go o wiele praktyczniejszem pojęciem zbiegu kar. Zrozumieli to doskonale i poszli też tą drogą Geyer i Rosenblatt[1]. Dla mnie jednak, zbieg przestępstw ma w odrębnym charakterze winy sprawcy niezaprzeczony tytuł, do uchodzenia w prawie karnem za osobne pojęcie, obok zasadniczo odmiennego pojęcia zbiegu kar (nr. 392).

Do kwestyi tej wrócimy jeszcze w Nauce o karze, gdzie też rozbierzemy przepisy, dotyczące wymiaru kary w przypadku zbiegu przestępstw (nr. 521—530).

[1] Geyer: *Konkurrenz oder Zusammentreffen von Verbrechen (Holtzendorffa Rechtslexicon*, II, lit. *k*). Rosenblatt: *Die Strafenconcurrenz*, 1879. Także Hälschner: *Strafr.* I, str. 653.

III. Przestępstwo powrotne (iteratio delicti, Rückfall)[1].

§ 86.

400. Przestępstwo nazywa się powrotnem, w najobszerniejszem rozumieniu tego pojęcia wtenczas, jeżeli jego sprawca był już, przed jego popełnieniem, ukarany sądownie za jakiekolwiek przestępstwo. W tak szerokich granicach, recydywa nazywa się bezwzględną *(récidive absolue)* i z pewnemi zastrzeżeniami znajduje uznanie w prawie francuskiem (art. 56 — 58, 483 *Code pénal)* i rosyjskiem (art. 131 k. k. ros.)[2].

W przeciwstawieniu do powyższej charakterystyki recydywy, pojęcie to, w swojem najściślejszem rozumieniu *(récidive spéciale)*, oznacza przestępstwo osoby, która już poprzednio ukarana była sądownie za jakieś przestępstwo tego samego rodzaju. W tej postaci przyjmuje recydywę kodeks niemiecki co do paserstwa i oszustwa (§§ 261, 264).

Pośrednie stanowisko zajął, w obec pojęcia przestępstwa powrotnego, kodeks austryacki. W rozumieniu tego ostatniego, powrotnem staje się przestępstwo wtedy, jeżeli jego sprawca już poprzednio był za podobne przestępstwo ukarany (§§ 44 *c*, 263 *b*); np. z kradzieży popadł w sprzeniewierstwo lub rabunek.

[1] Münchhausen: *Die Strafbarkeit des Rückfalls* 1870; Friedländer: *Der Rückfall*, 1872; Olvekrona: *Des causes de la récidive*, 1873; Olshausen: *Einfluss von Vorbestrafungen*, 1876. Patrz także Wahlberg: *Das gewohnheitsmässige Verbrechen (Schriften*, I, str. 136). W ostatnich czasach kryminaliści zajęli się bardzo żywo sprawą recydywistów. Największy ruch zapanował w przedmiocie tej kwestyi między prawnikami francuskimi. Z ich pism na szczególną uwagę zasługują: Hardouin: *La réforme pénitentiaire en France*, 1882; Livot; *De la récidive*

et de l'amendement des détenus, 1882 (*La France judiciaire*, VI, p. 333—348); Legrix: *De la suppression de la surveillance de la haute police*, 1882; Reinach: *Les récidivistes*, 1882 (*Revue polit. et lit.*, nr. 15, 22, 29 octobre et 5 novembre); Mairet: *De la récidive*, 1883; Yvernès: *La récidive*, 1883; Rabany: *La réforme pénale et pénitentiaire et la récidive* (*Nouv. revue*, octobre 1883). Temu to ruchowi naukowemu we Francyi przypisać trzeba, wywołanie tamże w nowszych czasach reformy prawa karnego w kwestyi recydywy, a to w kierunku surowszej represyi (ustawy z 27 maja 1885 i z 26 marca 1891) i skuteczniejszej prewencyi (ustawa z 14 sierpnia 1885). Patrz Capitant: *La loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines*, 1891. Por. także Fuld: *Der Rückfall im franz. und deutschen Recht* (*Archiv für Strafr.* 1884, XXXI, str. 237—247); *Die Reform der Rückfallsgesetzgebung in Frankreich* (*Ger.-Saal*, XXXVII, str. 64). We Włoszech wydał w r. 1882 obszerne dzieło o recydywie Berardi: *De recidivis et occasionariis*, 2 vol.

401. Tytuł przestępstwa powrotnego do zajmowania w systemie prawa karnego stanowiska, zasadniczo innego, niż to, które w nim zajmuje przestępstwo, popełnione poraz pierwszy; inaczej mówiąc, tytuł przestępstwa powrotnego do tego, aby stanowić odrębną postać zasadniczą przestępności, polega na tem, że trzeba w niem widzieć owoc całkiem innego nastroju woli, niż ten, którym odznaczał się sprawca w chwili, gdy poraz pierwszy zasłużył na karę.

Trzeba mianowicie widzieć w przestępstwie powrotnem owoc woli, której złego nastroju państwo nie zdołało przełamać nawet za pomocą kary, a więc woli przestępnej, odznaczającej się większą zatwardziałością i wskutek tego w wyższym stopniu niebezpiecznej dla społeczeństwa. Nie co innego, tylko powyższy wzgląd uzasadnia konieczność surowszego traktowania przez ustawodawcę przestępstw, popełnionych w drodze recydywy. Nie ma w tem bynajmniej naruszenia reguły »*non bis in idem*«[1]. Karząc bowiem surowiej sprawcę przestępstwa powrotnego, ustawa nie bierze poraz drugi w rachubę

czynu, za który tenże już poniósł zasłużoną karę, lecz uwzględnia tylko specyalny charakter jego ponownej winy i na tej podstawie pociąga go do surowszej odpowiedzialności.

Rozbiór pytania, jaki wpływ ma wywierać recydywa na kwalifikacyę kryminalną odnośnego przestępstwa, należy do Nauki o karze.

[1] W Niemczech niejednokrotnie podnosiły się w nauce głosy, z tym całkiem nieuzasadnionym zarzutem, że, karząc surowiej za przestępstwo powrotne, ustawodawca poczytuje poraz drugi jego sprawcy za winę jego poprzednie przestępstwo. Patrz Mittermaier: (ad § 132 *Feuerbacha Lehrbuch*), Brauer: (*G.-Saal*, 1859, str. 374; Köstlin: (*System*, str. 621); Geib: (*Lehrbuch*, II, str. 97); John: (*Entwurf zu einem Strafgesetzbuche*, str. 306); Hellweg: (*G.-Saal*, 1870, str. 54); Stemann (*G.-Saal*, 1871, str. 401); Merkel: (w *Handbuch Holtzendorffa*, II, str. 560, IV, str. 224). U nas za tem nietrafnem zapatrywaniem oświadczył się Budziński: *Wykład*, nr. 224.—Kod. k. niemiecki z 1871 dał się jednak unieść temu prądowi i wyrugował recydywę ze swojej części ogólnej. Wspomina on o niej tylko co do kradzieży, rabunku, paserstwa i oszustwa (§§ 244, 245, 250/l. 5, 261, 264). Za tym przykładem nie poszedł najnowszy projekt austr. z r. 1909 (§§ 63, 64).

CZĘŚĆ OGÓLNA.

DZIAŁ II.

NAUKA O KARZE.

DZIAŁ II.

Nauka o karze.

Wstęp.

Pojęcie i cel kary[1]. Instytucye do kary podobne.

§ 87.

402. Karą, w najobszerniejszem rozumieniu, jest każda dolegliwość, która spotyka sprawcę jakiegoś złego uczynku z powodu spełnienia przezeń tego ostatniego. Z tego punktu widzenia pod pojęcie kary podchodzić będzie nawet t. zw. kara naturalna *(poena naturalis)*, która znajduje wyraz w wyrzutach sumienia sprawcy, tudzież w szkodliwych skutkach, jakie pewne zdrożności, już w drodze naturalnego biegu rzeczy, sprowadzają dla zdrowia odnośnych winowajców (p. wyżej nr. 30).

[1] Literaturę i bliższy rozbiór tej kwestyi ze stanowiska filozoficznego i historycznego patrz wyżej nr. 21—103.

403. W mniej obszernem rozumieniu kara oznacza tylko dolegliwość, która z woli władzy, przełożonej nad jakąś osobą, spotyka tę ostatnią, z powodu spełnienia przez nią pewnego postępku nagannego. Z tego stanowiska kara naturalna nie wchodzi już w żadną rachubę, ale temniemniej pojęcie kary okaże się jeszcze bardzo szerokiem, gdyż będzie obejmowało zarówno kary sądowe, jak kary dyscyplinarne i pedagogiczne.

404. Jest jeszcze ściślejsze pojęcie kary, to właśnie, które odpowiada naturze prawa karnego. W tem ostatniem, specyalnie kryminalistycznem rozumieniu, karą nazywa się tylko dolegliwość, która, z woli państwa i na mocy wyroku sądowego, ma spotkać jakąś osobę, z powodu popełnienia przez nią pewnego przestępstwa. Jest to kara sądowa *(poena forensis)*, różniąca się istotnie z jednej strony od kar dyscyplinarnych i pedagogicznych, z drugiej strony od wszelkich innych skutków prawnych przestępstwa, choćby niektóre z tych ostatnich miały na zewnątrz być całkiem do kary podobne; np. utrata przemysłu, zarządzona na podstawie § 30 k. k. przez właściwą władzę przemysłową, w porównaniu z karą utraty praw i upoważnień w myśl § 240*c* k. k.

405. Jak już wyżej postarałem się uzasadnić (teorye karne; zwłaszcza nr. 71 do 84), kara jest odwetem za krzywdę, którą przestępstwo już wyrządziło interesom, znajdującym się pod ochroną prawa, i właśnie jako taki odwet, staje się ona równocześnie instytucyą pożytku społecznego. Przekonaliśmy się bowiem, że kara prowadzi tem skuteczniej do odpierania dalszych szkodliwych skutków już popełnionego przestępstwa, im bardziej czerpie swoją miarę z wielkości krzywdy, którą winowajca wyrządził społeczeństwu. Tylko, jako wyobrażenie możliwie najsprawiedliwszego oszacowania tej krzywdy, kara potrafi wzniecać w umysłach ludzkich i należyty wstręt moralny do odnośnego przestępstwa i należytą obawę przed jego popełnieniem. Z tych uczuć zaś, niewątpliwie, pierwsze działać musi poprawczo, a drugie — odstraszająco.

406. W czem tkwi różnica zasadnicza między karą sądową a karami dyscyplinarnemi, względnie pedagogicznemi, wyjaśniłem już przy rozbiorze stosunku przestępstw do wykroczeń dyscyplinarnych i domowo-szkolnych (nr. 245 — 248). Również niejednokrotnie była już mowa o granicy między karą a wynagrodzeniem szkody i o odrębnej naturze każdego z tych dwóch pojęć (nr. 62, 79, 196).

Znane są jednak jeszcze inne urządzenia prawne, na które wypada tutaj zwrócić uwagę z tego powodu, że aczkolwiek zasadniczo różnią się one od kary sądowej, to wszakże materyalnie są do niej bardzo podobne. Tu mamy na myśli następujące instytucye:

1) Kary procesowe, skierowane ku utrzymaniu w sądzie spokoju i przyzwoitości podczas postępowania (§§ 108, 233—235 proc. k.).

2) Środki przedsięwzięte przez właściwą władzę, w tym celu, aby wymusić od danej osoby spełnienie, względnie zaniechanie pewnej konkretnej czynności (np. z jednej strony dostawienie lub karanie świadka w myśl §§ 159 i 160 proc. k.; z drugiej strony — przytrzymanie osoby podejrzanej z § $175/_{2,3,4}$, proc. k.)[1].

3) Skutki niekorzystne dla przestępcy, powiązane z jego osądzeniem na mocy zarządzeń organów administracyjnych (np. utrata przemysłu z §§ 30 i 268 k. k. tudzież z § 3*b* ust. pras.).

4) Wszelkie choćby przez sąd orzeczone niekorzystne skutki przestępstwa, jeżeli tylko są one niezależne od pociągania kogokolwiek za to przestępstwo do odpowiedzialności osobistej np. wydany w myśl § 493 proc. k. przez sędziego, w drodze postępowania przedmiotowego, zakaz dalszego rozpowszechniania pisma)[2]; lub też, jeżeli te skutki dotyczą interesów, które mogą być całkiem obce dla przestępcy (np. zakaz rozszerzania pisma drukowego tudzież nakaz zniszczenia przyrządów, służących do jego pomnażania; §§ 36 i 37 ust. pras.).

[1] Martin Isaac: *Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren* (Czasop. Liszta, t. 21, str. 625, r. 1901).

[2] Liszt nazywa tego rodzaju dolegliwości karami przedmiotowemi (*Lehrb. des österr. Pressrechtes*, str. 281).

407. System wykładu Nauki o karze obejmować musi cztery osobne tytuły.

Przedewszystkiem trzeba będzie zastanowić się nad pytaniem, jakie dolegliwości wytwarzać mogą treść materyalną kary. Zadaniu temu odpowie tytuł I: O »środkach karnych«.

Następnie wypadnie nam zbadać, jak różną może być ilość kary, t. j. jak różnego natężenia dopuszczać może kara, bez względu na jakość szczególnych środków karnych. Kwestya ta odnosi się do wymiaru kary i stanowić będzie temat tytułu II.

W tytule III, zajmiemy się rozbiorem okoliczności, które sprowadzają wygaśnięcie, czyli t. zw. umorzenie kary, a wreszcie w tytule IV pomówimy o zatarciu kary czyli o t. zw. rehabilitacyi.

TYTUŁ I.

O środkach karnych.

ROZDZIAŁ I.

O znaczeniu, kwalifikacyi prawnej i podziale środków karnych.

I. Znaczenie środków karnych.

§ 88.

408. Środkiem karnym nazywamy każdą postać dolegliwości, którą, z woli państwa i w drodze przymusu zewnętrznego, sąd może kazać ponosić przestępcy tytułem kary.

Wiadomo, że wnętrze człowieka, samo przez się, usuwa się z pod rządów prawa. Jasną wobec tego jest rzeczą, że państwo może zniewalać przestępcę do ponoszenia pewnej dolegliwości, tylko przez wyrządzenie mu jakiegoś uszczerbku, w zakresie tych jego interesów, które znajdują się pod panowaniem prawa i dopuszczają ścieśnienia w drodze przymusu zewnętrznego.

Jak widzimy, to środek karny musi być zawsze zamachem, ze strony państwa, na jakiś interes ludzki, dający się naruszyć w drodze przymusu zewnętrznego. Takiego naruszenia zaś, prócz samego życia człowieka, dopuszczają jego ciało, wolność, majątek, uprawnienia i cześć. Wynika stąd, że każde upośledzenie materyalne człowieka, w zakresie któregokolwiek z sześciu wymienionych wyżej interesów, nadaje się do tego, aby faktycznie mogło służyć państwu za środek karny. Nie znaczy to jednak, aby każde takie upośledzenie miało posiadać kwalifikacyę do wytwarzania sprawiedliwego środka karnego. Kwalifikacya ta bowiem zależna jest jeszcze od posiadania przez środek karny pewnych dodatkowych przymiotów, o których mowa niżej.

II. Kwalifikacya prawna środków karnych.

§ 89.

409. Kwalifikacyą prawną środka karnego nazywamy jego zdolność do czynienia zadosyć wymaganiom prawa. Zdolność tę posiadać będzie środek karny wtedy, gdy potrafi utrzymać się w zgodzie 1) z istotą kary, 2) jej celem i 3) naturą organów, powołanych do jej wymierzania.

410. 1) Ze względu na istotę kary, trzeba, aby środek karny stał się narzędziem możliwie najsprawiedliwszego odwetu za przestępstwo. Na to zaś środek karny powinien być *a)* osobisty, *b)* odpowiedni winie, *c)* podzielny i *d)* powszechny.

411. *a)* Osobistym nazywamy taki środek karny, który z natury swojej nie musi dotykać nikogo innego, prócz samego przestępcy. On jeden zasłużył na karę, słuszność więc wymaga, aby on jeden poniósł jej ciężar[1]. Z tego stanowiska, w nowszych czasach, uznano za niesprawiedliwe i zarzucono powszechnie takie kary, jak śmierć cywilną i konfiskatę majątku.

Nie znaczy to jednak, aby jakikolwiek środek karny potrafił być osobistym także w tem rozumieniu, iżby w drodze odblasku nie mógł nigdy odbijać się szkodliwie na stosunkach osób niewinnych. Temu bowiem stoi na przeszkodzie niepodobieństwo oderwania przestępcy od węzłów łączących go z rodziną, przyjaciółmi, oraz tymi wszystkimi, dla których jego osoba posiada pewną wartość (np. skazanie na śmierć lub więzienie człowieka, który swoją pracą utrzymywał liczną rodzinę).

[1] W historyi nie zawsze uznawano tę prawdę. Znana jest np. rzymska *lex quisquis*, która za najcięższe zbrodnie polityczne karała nietylko winowajcę, lecz także całą jego rodzinę (IX, C, VIII, 5). W prawie austryackiem uświęca osobistość kary § 31 k. k. W duchu tej zasady § 398 proc. k. nie pozwala wykonywać wyroku śmierci na kobiecie ciężarnej.

412. *b)* Za odpowiedni winie uznamy środek karny wtenczas, gdy utrzymywać się będzie w należytej harmonii z naturą winy przestępcy. Trzeba mianowicie, aby środek karny był przystosowany nietylko do strony zewnętrznej popełnionego czynu, ale także do uwydatniającego się w tymże, charakteru jego sprawcy. Z tego stanowiska np. nie byłoby właściwie karać drobną grzywną bogacza, za jakąś awanturę uliczną, lub aresztem próżniaka, który na to tylko dopuścił się przestępstwa, aby na jakiś czas zapewnić sobie bezpłatne utrzymanie.

413. *c)* Podzielnym nazywamy środek karny, który, nie zmieniając swojej jakości, dopuszczać może różnego wymiaru. Ponieważ kara sprawiedliwa powinna odpowiadać tak przedmiotowej, jak podmiotowej istocie winy przestępcy (por. nr. 412); przeto należy pragnąć, aby środek karny, ustanowiony za jakieś przestępstwo, dawał sędziemu możność stosowania go w różnym stopniu, w miarę tego, jak ta, lub inna osoba, która popełniła to przestępstwo, zasłużyła, ze względu na charakter podmiotowy jej winy, na łagodniejszą, lub surowszą karę.

414. *d)* Przez powszechność środka karnego pojmujemy ten jego przymiot, który pozwala państwu używać danego środka karnego w odniesieniu do wszystkich obywateli. Sprzeciwiałoby to się bowiem zasadzie równości obywateli wobec prawa, gdyby państwo ustanawiało kary, o którychby z góry wiedziano, że tylko osoby, należące do pewnych warstw społecznych, mogą się na nie narażać, podczas gdy od kar tych inne osoby musiałyby być zawsze wolne, bez względu na rodzaj przestępstw, którychby się dopuszczały.

415. 2) **Ze względu na cel kary** środek karny będzie tem sprawiedliwszy, im w wyższym stopniu potrafi służyć za narzędzie do odstraszania od przestępstw i do poprawy winowajcy. Środek karny, całkiem niezdatny do osiągania żadnego z dwóch wskazanych wyżej celów, nie mógłby oczywiście odpowiadać wymaganiom prawa. Takim mianowicie byłby środek karny, ożywiony tylko duchem pogardy lub okrucieństwa względem przestępcy[1].

[1] Patrz wyżej nr. 100.

416. 3) **Z uwagi na charakter organów, powołanych do orzekania o karze,** pożądaną jest rzeczą, aby środek karny był: *a)* odwołalny i *b)* wynagradzalny. Sędzia może w niejednym przypadku omylić się, i, oceniwszy błędnie materyał dowodowy, skazać na karę osobę całkiem

niewinną. Trzeba pragnąć, aby w podobnych razach, państwo, z chwilą wyjścia na jaw niewinności skazańca, mogło, choć w części, naprawić wyrządzoną mu krzywdę.

Naprawa ta będzie łatwiejszą dla państwa wtedy, gdy skazaniec nie odcierpiał jeszcze całkiem odnośnej kary. Wówczas bowiem będzie można powstrzymać dalszy bieg kary i zmniejszyć złe skutki błędnego wyroku. Na to jednak trzeba, aby użyty środek karny był odwołalny, t. j. aby jego treść nie wyczerpywała się w jednej chwili (kara śmierci), lecz dopiero z upływem dłuższego czasu (więzienie)[1].

O wiele trudniej przyjdzie państwu naprawić krzywdę, którą dla osoby niewinnej stała się kara już odcierpiana. Tu naprawa będzie mogła polegać tylko na pewnej odpłacie t. j. na przyznaniu powyższej osobie jakiejś korzyści, w zamian za szkodę, poniesioną przez nią wskutek kary. To jednak będzie mogło nastąpić, tylko pod tym warunkiem, jeżeli dany środek karny wyrządzać będzie szkodę, dopuszczającą jakiejkolwiek odpłaty, inaczej mówiąc, jeżeli okaże się wynagradzalnym. Przymiot ten jest całkiem obcy karze śmierci, a w najwyższym stopniu posiada go kara pieniężna.

Obowiązek państwa do wynagradzania szkody majątkowej osobom niewinnie skazanym na karę, normuje w Austryi ustawa z 16 marca 1892 (Dz. u. p. 64)[2].

[1] Nie godziłoby się jednak przywiązywać zbyt wiele wagi do odwołalności środka karnego. Przymiot ten bowiem rośnie w miarę, im kara trwa dłużej. Środek zaś karny, któryby przygniatał przestępcę za długo (np. więzienie dożywotne lub trzydziestoletnie) nie odpowiadałby, pomimo swojej odwołalności, wymaganiom prawa dlatego, że zabijałby w przestępcy wszelką energię moralną i czyniłby go niezdolnym do poprawy.

[2] Patrz, co do tej kwestyi, moje rozprawy w *Gaz. sąd. Warsz.* (1893) i w *Revue pénitentiaire* (Paris, 1894, p. 806), tudzież Gaston Péan: *L'erreur judiciaire* (Paris, 1895). We Francyi obowiązuje, co do tej kwestyi, ustawa z 8 czerwca 1895. Patrz także mój *Wykład proc. kar.* 1910, str. 513—517.

417. Poznaliśmy już wszystkie przymioty, od których zależy zdolność środka karnego, do czynienia zadosyć wymaganiom prawa. Im więcej tych przymiotów posiadać będzie dany środek karny, tem doskonalszą okaże się jego kwalifikacya prawna. Całkiem błędnie zaś byłoby, chcieć oceniać wartość jakiegokolwiek środka karnego, tylko ze stanowiska jednego z owych przymiotów. Tak np. przykładając wyłącznie miarę osobistości, musielibyśmy za karę idealną uznać chłostę, a znów, z punktu widzenia wynagradzalności — grzywny. Jedynie racyonalnym sądem jest uznanie za najlepszy tego środka karnego, który może w sobie łączyć najwięcej z omawianych wyżej przymiotów. Takim środkiem karnym jest więzienie, które, lubo mniej osobiste, niż chłosta, i mniej wynagradzalne niż grzywny, odznacza się jednak do pewnego stopnia i temi zaletami, a oprócz tego jest podzielne, odwołalne, daje się przystosować do winy, a wreszcie, przy dobrej organizacyi, służyć może za najskuteczniejsze narzędzie tak odstraszenia jak poprawy. Wobec tego słuszną jest rzeczą, że więzienie otrzymywało w nowszych czasach coraz szersze zastosowanie w praktyce kryminalnej, aż doszło do tego. że zajęło w dzisiejszych kodeksach stanowisko niemal wyłącznego środka karnego.

Odwrotnie znów najmniej przymiotów, wytwarzających kwalifikacyę prawną środka karnego, będzie można przyznać karze śmierci. Jest ona bowiem niepodzielna, nieodwołalna, niewynagradzalna i zamyka przed przestępcą drogę do poprawy. Od XVIII też wieku rozpoczął się w historyi prawa karnego ruch ku zniesieniu, względnie ograniczeniu kary śmierci (por. wyżej nr. 100, 101).

III. Podział środków karnych.

§ 90.

418. Największą doniosłość posiadają trzy klasyfikacye środków karnych. Służą im za podstawę: 1) stopień

surowości kary, 2) stopień jej samodzielności i 3) charakter dobra przez nią dotkniętego.

419. 1) Podział środków karnych ze względu na ich surowość. Wytworzyły się na tej podstawie dwa systemy klasyfikacyjne: dwuczęściowy i trzyczęściowy.

Pierwszy system spotykamy w prawie rzymskiem *(poenae capitales* i *non capitales)*[1], niemieckiem *(peinliche und nicht peinliche Strafen)*[2], a dzisiaj w tych kodeksach, które dzielą przestępstwa, co do ciężkości, tylko na dwie kategorye (zbrodnie i przekroczenia; kod. rosyjski, niderlandzki, włoski; por. wyżej nr. 244).

Co się tyczy systemu trzyczęściowego, to hołdują mu te ustawy, które, ze względu na kwalifikacyę kryminalną, odróżniają trzy główne kategorye przestępstw (zbrodnie, występki i przekroczenia; kod. francuski, belgijski, niemiecki, proj. austr.; por. wyżej nr. 244).

Prawo austryackie uznawało od dawna system dwuczęściowy[3] czego dowodzi podział przestępstw kodeksu Józefińskiego na *Kriminal- und politische Verbrechen* (por. wyżej nr. 130, dop. 3), tudzież kodeksu Franciszkańskiego, na *Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen.* Systemowi temu, jak wiadomo, pozostał w zasadzie wierny i kodeks obowiązujący, aczkolwiek, co do nazwy, dzieli przestępstwa na zbrodnie, występki i przekroczenia. Wykazaliśmy mianowicie (nr. 244), że występki i przekroczenia tworzą w kodeksie z r. 1852, ze względu na kwalifikacyę kryminalną, tylko jedną kategoryę przestępstw, a różnią się od siebie wyłącznie w rozumieniu proceduralnem. Tem się tłómaczy, że kodeks obowiązujący zna, co do surowości, tylko dwie kategorye środków karnych, a mianowicie: 1) kary za zbrodnie (§ 12), 2) kary za występki i przekroczenia (§ 240).

[1] *Poenae capitales* sprowadzały dla winowajcy co najmniej utratę *capitis* obywatelskiego, a więc t. zw. *capitis deminutionem mediam.* Dzieliło je prawo rzymskie na trzy grupy: *a) poenae quae civitatem auferunt (opus publicum perpetuum, aquae et ignis interdictio* i *deportatio ad insulam); b) poenae quae libertatem auferunt* (sprowadzały one *servitus poenae* t. j. niewolnictwo karne, a do ich rzędu należały: *poena metalli* i *poena operis metalli* t. j. najcięższe i mniej ciężkie roboty w kopalniach, tudzież *damnatio ad ludum venatorium vel gladiatorium*, t. j. skazanie na walkę ze zwierzętami lub boje gladyatorskie; *c) poenae quae vitam auferunt* (*ultimum supplicium* — kara śmierci przez ukrzyżowanie, spalenie na stosie, oddanie na pożarcie dzikim zwierzętom, zatopienie w worku i ścięcie).

Inny charakter miały w prawie rzymskiem *poenae non capitales.* Nie sprowadzały one żadnej *capitis deminutionis*, a ich skutkiem była tylko *infamia.* Do ich rzędu należały: wydalenie z pewnych miejscowości *(interdictio certorum locorum)*, zakaz opuszczania wyznaczonego miejsca pobytu *(interdictio omnium locorum praeter certum*, także *confinatio)*, czasowe roboty publiczne *(opus publicum)*, więzienie (*carcer, custodia, vincula publica)*, różne kary cielesne, tak kalecące *(poenae corporales quae membrum adimunt)*, jak w formie chłosty *(poenae corporales afflictivae)*, piętnowanie *(stigmatis inustio)*, wreszcie kary majątkowe w postaci konfiskaty *(confiscatio bonorum)* lub grzywien *(mulctae, poenae pecuniariae).*

[2] Stare prawo niemieckie uważało za *peinliche* tylko kary, dotykające życia i ciała i dzieliło je na *hochnothpeinliche* (kary *an Hals und Hand)* i *peinliche* (kary *an Haut und Haar).* Konstytucya Karolińska zaliczała do *peinliche Strafen* kary »*an leben, ehren, leib oder gliedern*« (art. 104). Inne kary jako to więzienie czasowe (art. 157) i grzywny (art. 169) uważała Karolina za *nichtpeinliche Strafen.*

[3] Przypominamy jednak, że Terezyana odróżniała, co do karygodności, trzy kategorye zbrodni. Por. wyżej nr. 129, dop. 2.

420. 2) Podział środków karnych ze względu na stopień ich samodzielności. Przez samodzielność środka karnego pojmujemy jego zdolność do służenia za narzędzie kary, bez potrzeby łączenia się z innym środkiem karnym. Materyalnie każdy środek karny posiada powyższą zdolność, nie każdy jednak nadaje się w równym stopniu do tego, aby prawo miało mu ją przy-

znawać. Z tego powodu nauka i kodeksy uważają za samodzielne tylko takie środki karne, które, same przez się, najlepiej odpowiadają naturze i celowi kary. Środki takie noszą powszechnie nazwę kar głównych *(Hauptsrafen)*.

Oprócz nich znane są jeszcze kary dodatkowe *(Nebenstrafen)* i skutki karne *(Straffolgen)*.

Karami dodatkowemi nazywają się środki karne, które mogą być stosowane tylko w połączeniu z jakąś karą główną (np. w Austryi dozór policyjny lub dom roboczy). W odniesieniu do kary głównej można jeszcze podzielić kary dodatkowe na współczesne i następne. Pierwsze kończą się z karą główną (np. obostrzenia kary więziennej z § 19 k. k.); drugie mogą wejść w wykonanie dopiero po umorzeniu kary głównej (np. dozór policyjny).

Skutkami karnemi przyjęto powszechnie nazywać pewne niekorzystne następstwa, które *ipso iure* wypływają dla winowajcy z samego faktu, że go skazano na jakąś karę główną, a dotyczą interesów, które nie mają nic wspólnego z treścią materyalną tej kary (np. utrata praw z §§ 26 i 27 k. k.).

Kara dodatkowa nie jest nigdy formalnem następstwem żadnej kary głównej i dlatego, jeżeli ma być dołączona do kary głównej, to sędzia musi w wyroku wymienić ją wyraźnie. Skutków karnych zaś sędzia nie potrzebuje oznaczać w wyroku, gdyż *ipso iure* ma je sprowadzać dla winowajcy nałożenie na niego kary głównej[1].

[1] Wyjątek tworzy w prawie austryackiem utrata szlachectwa, jako skutek skazania na karę śmierci lub ciężkie więzienie. Skutek ten bowiem musi być zawsze w wyroku orzeczony (§ 27 k. k.).

421. 3) Podział środków karnych ze względu na charakter dobra niemi dotkniętego. Z uwagi na tę okoliczność, należy odróżnić sześć głównych rodzajów kary. Są niemi:

1) kara śmierci *(Todesstrafe)*;
2) kara cielesna *(Leibesstrafe)*;

3) kara pozbawienia wolności *(Freiheitsstrafe)*;
4) kara majątkowa *(Vermögensstrafe)*;
5) kara ubytku w zakresie uprawnień *(Verlust von Rechten und Befugnissen)*;
6) kara na czci *(Ehrenstrafe)*.

Każda z tych sześciu kategoryj środków karnych wymaga bliższego rozbioru. Znajdą go one w następnym rozdziale. Dopiero załatwiwszy się z tą kwestyą, przystąpimy, w rozdziale III niniejszego tytułu, do specyalnego przeglądu środków karnych prawa austryackiego.

ROZDZIAŁ II.

Bliższy rozbiór środków karnych ze względu na charakter dobra niemi dotkniętego.

I. Kara śmierci[1].

§ 91.

422. Odróżniano dawniej karę śmierci zwyczajną i kwalifikowaną. Pierwsza odbierała życie przestępcy, bez zadawania mu dodatkowych męczarni (ścięcie lub powieszenie). Druga zabijała przestępcę w sposób obliczony na to, aby go przed śmiercią dręczyć fizycznie (ćwiertowanie, łamanie kołem, wbicie na pal, spalenie na stosie, zakopanie żywcem, utopienie).

[1] Literaturę kary śmierci podaje najdokładniej Hetzel: *Die Todesstrafe in culturgeschichtlicher Entwickelung*, 1869. Na szczególną uwagę zasługują:

A. Z dzieł przeciwko karze śmierci. W Niemczech: prócz Hetzela, Mittermaier *(Die Todesstrafe*, 1862); Berner *(Abschaffung der Todesstrafe* 1862); Christiansen *(Absurdität der Todesstrafe*, 1867; *Rechtliche Unmöglichkeit der Todesstrafe*, 1868); Geyer (1869) Holtzendorff *(Mord und Todesstrafe*, 1875); Wahlberg *(Gesam. Schriften*, II, str. 138). We Francyi: Lucas *(Du système pénal*, 1827. *Du mouvement progressif de la question d'abolition de la peine de mort en France*, 1848; także w *Séances et travaux de l'Académie*, 1885, p. 380—413, 600—642);

Hélie (*Observations sur Beccaria*, 1856); Molinier (*De la peine de mort*, 1862); Thonissen (*De la prétendue nécessité de la peine de mort*, 1863); Haus (1870). We Włoszech: Beccaria (1764); Carmignani (*Una lezione academica sulla pena di morte*, (1836); Pessina (1863); Gemma (1866); Lucchini (w *Rivista penale*, 1882); Carnunati (*Sulla pena di morte*, 1884). Patrz także przeciwko karze śmierci Olivecrona: *Om dödsstraffet*, 1 wyd. 1866; 2 wyd. 1891 (dzieło to przełożył ze szwedzkiego na język francuski Lucas. 1868).

B. Z dzieł za karą śmierci. W Niemczech: Hepp (1835); Glaser (1862, *Kleine Schriften*, I, str. 179—192); Pfotenhauer (*Todesstrafe*, 1863; *Aphorismen*, 1869; patrz także tego autora krytykę mowy ministra holenderskiego Moddermana przeciwko karze śmierci, 1882); Kuntze (1869). We Francyi: De Bavay (1863); Berry (1881); Crouzel (1884). We Włoszech: Ces. Cantu (*Beccaria e la scienza criminale*, 1862); Vera (*La pena di morte*, 1862); Vitto (*Contro l'abolizione della pena di morte*, 1864); Gabba (*Il pro ed contro nella questione della pena di morte*, 1866); Ferri (*I nuovi orizzonti* str. 520, wyd. 1884). — Po polsku, przeciwko karze śmierci, patrz Sołtykowicz: Głos o karze śmierci w Izbie prawod. Rzpltej Krak. dnia 20 lutego 1818 (*Themis*, poszyt II, 1834); za tą karą Kański: O karze śmierci, 1850.

423. Z kodeksów państw cywilizowanych zaczyna znikać kara śmierci z końcem XVIII wieku. Stało się to głównie dzięki potężnemu wpływowi książki Bekaryi »*Dei delitti e delle pene*« (1764) [1]. Pierwszy zniósł karę śmierci kodeks toskański Leopolda II (1786), a za jego przykładem, w rok później, kodeks Józefiński w Austryi.

Stale jednak i powszechnie zarzucono w państwach cywilizowanych tylko karę śmierci kwalifikowaną [2]. Co się tyczy bowiem kary śmierci zwyczajnej, to przywrócona w Toskanii w r. 1790, a w Austryi w r. 1795 [3], zachowała się ona dotąd w Anglii, Francyi, Belgii, Niemczech, Austryi, Danii (1866), Finlandyi (1889), w niektórych kantonach szwajcarskich i w wielu ze Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. Widoczny jest jednak wszędzie ruch, ku jaknajwiększemu ograniczaniu przypadków, stosowania tej

kary. Zniosły ją bezwarunkowo Portugalia (1867), Holandya (1870), Włochy (1889), Norwegia (1902), tudzież niektóre z kantonów szwajcarskich i ze Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej [4].

[1] Por. wyżej nr. 100, 101.

[2] We Francyi aż do r. 1832 przechowało się odcinanie ręki ojcobójcom przed ich traceniem. Dotąd zaś utrzymało się dla nich to obostrzenie, że mają być prowadzeni na śmierć w koszuli, boso i z welonem czarnym na głowie (Code pénal, art. 13).

[3] Por. nr. 101, dop. 2.

[4] W Szwajcaryi konstytucya związkowa z r. 1874 zniosła była zupełnie karę śmierci, wszakże, już w r. 1879, ustawodawstwo związkowe uznało za niedopuszczalną karę śmierci tylko za zbrodnie polityczne. Wskutek tego pojedyncze kantony odzyskały prawo ustanawiania tej kary za zbrodnie pospolite. Z prawa tego skorzystały Szwyc, Uri, Unterwalden, Appenzell, Zug, St.-Gallen, Lucerna, Wallis, Szafuza, Fryburg. Projekt szwajcarski kod. karn., nie zna kary śmierci. W Niemczech, przed kodeksem karnym powszechnym z r. 1871, który karę śmierci zachował, zniosły ją były Oldenburg, Anhalt, Brema i Saksonia (1868). W Rosyi kara śmierci istnieje tylko za najcięższe zbrodnie polityczne i wojskowe. Ze Stanów Zjednoczonych Ameryki Północ. zniosły karę śmierci Michigan (1847), Rhode Island (1852), Wisconsin (1853), Maine (1887); z innych państw amerykańskich Kolumbia (1863), Venezuela (1864), Costa Rica (1880).

424. Nie ulega wątpliwości, że, jako środek karny, tracenie przestępcy nie odpowiadá temu, czego prawo wymaga od kary. Kara ma być dla przestępcy odpłatą za krzywdę, którą on wyrządził społeczeństwu. Trzeba więc, aby, po jej odcierpieniu, przestępca mógł odczuwać materyalnie, że poniósł rzeczywistą dolegliwość i doznał pewnego uszczerbku w zakresie tych swoich interesów, które skądinąd musiałyby się znaleść pod ochroną prawa. Tracąc zbrodniarza, państwo nie pozwala mu odczuwać już wykonanego wyroku, a więc raczej go unicestwia, niż karze.

Nie znaczy to jednak, aby państwo nie miało posia-

dać prawa uciekania się do tak radykalnego środka, skoro, bez niego, nie mogłoby ono wystąpić skutecznie do walki z najcięższemi zbrodniami[1]. Znaczy to tylko, że tracąc przestępcę, państwo wykonywa nie władzę karzącą, lecz prawo obrony koniecznej. Tak więc kara śmierci jest właściwie surogatem kary. Ma ona wchodzić w zastosowanie w tych wszystkich przypadkach, w których wszelka kara, w ścisłem rozumieniu tego pojęcia, musiałaby się okazać niezdolną do zapewniania prawu zwycięstwa nad najcięższemi przejawami przestępności.

[1] Argumenta, przytaczane przez t. zw. abolucyonistów, przeciwko uprawnieniu państwa do tracenia zbrodniarzy, nie wytrzymują ściślejszej krytyki. Najważniejsze z nich są następujące:

a) Człowiek, nie posiadając prawa odbierania sobie życia, nie może też przekazywać go państwu (Beccaria). Odpowiadamy, że państwo posiada władzę karzącą niezależnie od woli przestępcy.

b) Państwo, tracąc przestępcę, przywłaszcza sobie prawo, które służy tylko Bogu (Hetzel). Argument ten nie jest przekonywający, gdyż, na jego podstawie, możnaby, z większą jeszcze słusznością, odmówić państwu tytułu, do żądania od obywateli, aby na polu bitwy poświęcali swoje życie potrzebie ratowania ojczyzny od nieprzyjaciela zewnętrznego.

c) Kara śmierci odcina przestępcy drogę do poprawy (Lucas, Röder). Przypominamy, że poprawa winowajcy nie stanowi bynajmniej jedynego celu kary (por. wyżej nr. 55, 56, 82, 83, 405).

d) Kara śmierci nie zawsze odstrasza od przestępstw (Mittermaier, Holtzendorff, Schwarze). Zapewne, ale dotąd nie wynaleziono środka, któryby działał bardziej odstraszająco.

e) Kara śmierci jest nieodwołalna i niewynagradzalna. Zgadzamy się na to, ale, jak nie można zabraniać ruchu kolejowego dlatego, że nie wyklucza on obawy niebezpiecznych dla życia ludzkiego wypadków; tak też byłoby rzeczą nierozsądną, odmawiać państwu najskuteczniejszej broni przeciwko najcięższym zbrodniom, z tego tylko powodu, że użycie tej broni może w nader rzadkich przypadkach stać się przyczyną śmierci osoby niewinnej. Jak tam, tak i tutaj, trzeba tylko się starać o urządzenia, któreby najdoskonalej zapobiegać mogły nieszczęśliwym wydarzeniom.

f) Kara śmierci jest niepodzielna. I na to się zgadzamy, ale czyż zachodzi konieczność, iżby państwo miało za jakąkolwiek zbrodnię grozić bezwarunkowo utratą życia. Pojmują to nowsze kodeksy, ograniczając powyższe zagrożenie tylko do szczególnie kwalifikowanych przypadków najcięższych zbrodni (np. co do zdrady głównej kod. niem. §§ 80—86).

Niemniej odeprzeć należy argumenta, przytaczane przez konserwatystów, na uzasadnienie prawa państwa, do tracenia zbrodniarzy tytułem kary. Kara ta, za zbrodnie przeciwko życiu ludzkiemu, ma znajdować swoje usprawiedliwienie w zasadzie słusznego odwetu. Sądzę, że z tego stanowiska należałoby także karać okiem za oko, a za ząb — zębem. To zaś oczywiście prowadziłoby do środków karnych barbarzyńskich, niegodnych serca i rozumu ludzkiego. — Za karą śmierci miałaby także przemawiać zasada, w myśl której najcięższym zbrodniom powinna odpowiadać najsurowsza z kar. Jeżeli tak, to równie dobrze możnaby usprawiedliwić karę śmierci kwalifikowaną. Każdy przyzna bowiem, że ta ostatnia byłaby jeszcze o wiele surowszą, niż kara śmierci zwyczajna.

425. Prawo obrony koniecznej, które wykonywa państwo, tracąc zbrodniarza, musi być bardziej ograniczone od prawa obrony koniecznej, służącego każdemu obywatelowi[1]. Domaga się tego natura państwa, jako organizmu, który nietylko ma obowiązek bronienia prawa przeciwko przestępstwu, ale także powinien nie dopuszczać, aby człowiek pojedynczy stawał się ofiarą tej obrony w stopniu, któryby przewyższał rozmiary jego winy. Od zasady *suum cuique tribuere* nie wolno jest państwu odstępować nawet wtedy, gdy, nie mogąc karać przestępcy, musi tylko bronić się przeciwko niemu. Ze względu na to, aby państwu służyło prawo skazywania na śmierć zbrodniarza, ziścić się muszą trzy następujące warunki:

a) Trzeba, aby szło o zbrodnię, od której państwo nie mogłoby w inny sposób (t. j. za pomocą kary) odstraszać skutecznie obywateli.

b) Trzeba, aby zbrodnia ta była tak ciężka, iżby stra-

cenie winowajcy znajdowało się w należytej równowadze z krzywdą, która, w razie pozostawienia go przy życiu, musiałaby zagrażać społeczeństwu. Z uwagi na to, tylko najcięższe zbrodnie upoważniać mogą państwo do wyroków śmierci.

c) Państwo musiało przedtem uczynić wszystko, co od niego zależało, aby ochronić społeczeństwo od zbrodni, popełnionej przez skazańca. W myśl tego warunku, państwu nie służyłoby prawo tracenia winowajcy za zbrodnię, której ustawodawca, zanim ją skazaniec popełnił, nie był jeszcze zakazał pod grozą śmierci.

[1] Patrz wyżej nr. 213—223.

426. Różne mogą być systemy wykonywania wyroków śmierci, ze względu tak na sposób, jak na miejsce tracenia.

Z uwagi na pierwszą okoliczność, przyjęto powszechnie w państwach cywilizowanych tracić skazańców przez wieszanie (Anglia, Austrya) lub ścinanie (Francya, Belgia, Niemcy). W sądownictwie wojskowem bywa jeszcze praktykowane rozstrzelanie za przestępstwa niehańbiące. Wreszcie wspomnieć wypada, że, w najnowszych czasach, poruszono myśl wykonywania wyroków śmierci za pomocą prądu elektrycznego i że ten system tracenia wszedł już w zastosowanie w niektórych ze Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej [1].

Co do miejsca tracenia, to był niem dawniej zawsze plac publiczny. Niektóre państwa zachowały dotąd ten system (Francya) [2], inne jednak, i to w znacznej większości (Anglia, Niemcy, Austrya, Szwecya, Rosya, niektóre ze Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej) oświadczyły się w nowszych czasach za systemem tracenia w obrębie murów więziennych *(Intramuranhinrichtung)*.

Zwolennicy systemu tracenia na placu publicznym przytaczają, że podnosi on moc odstraszającą kary śmierci,

tudzież że jest jedyną skuteczną rękojmią tego, że w miejsce zbrodniarza, skazanego na śmierć, nie zostanie oddany w ręce kata bądź jakiś manekin, bądź też inny przestępca, przekupiony przez rodzinę skazańca.

Argumenta te można łatwo odeprzeć za pomocą następujących spostrzeżeń:

a) Doświadczenie uczy, że dla wielu osób egzekucya zbrodniarza zamienia się w dzikie widowisko.

b) Siłę odstraszającą nadaje karze śmierci nie plac jej wykonania, lecz jej miejsce w systemie prawa karnego i w praktyce kryminalnej.

c) Przy dzisiejszych stosunkach wykonanie kary śmierci nie potrzebuje być publiczne, aby dojść do wiadomości powszechnej (gazety, telegrafy, telefony).

d) Żądanie, aby przy egzekucyi była obecna komisya sądowa, tudzież, oprócz tego, dopuszczenie do obecności przy tym akcie pewnego grona osób poważnych i godnych zaufania [3] jest wystarczającą rękojmią, że istotnie stracony zostanie zbrodniarz, skazany na śmierć.

[1] We Francyi ścinanie głowy odbywa się od r. 1792 za pomocą maszyny, zwanej *guillotine* od Dra Guillotin, który podał jej pomysł w r. 1791. System ten zachował się tam dotychczas, pomimo że w r. 1884 wniósł do senatu Chartou projekt tracenia za pomocą elektryczności. (Czasop. Liszta, t. VI, str. 739).

[2] W nowszych czasach zaczęto domagać się we Francyi zniesienia publicznych egzekucyj. Dawał temu wyraz projekt, wniesiony do senatu w r. 1887 przez Bardoux, a opracowany przez komisyę, którą w r. 1878 ustanowił w tym celu minister Dufaure. Dotąd jednak projekt ten nie stał się ustawą. Por. Garraud: *Traité*, II, nr. 489.

[3] Patrz § 404 proc. k. austr.; § 486 proc. k. niem.

II. Kara cielesna.

§ 92.

427. Dzielono dawniej kary cielesne na kaleczące i tylko bolesne (chłosta, *Prügelstrafe*). Kary kaleczące zaczęły znikać z kodeksów europejskich w drugiej połowie XVIII wieku. Ostatnim ich śladem było piętnowanie, które, jako dodatek do kary ciężkich robót, przechowało się jeszcze w Europie w pierwszej połowie XIX stulecia. Zniesiono je we Francyi w r. 1832, w Austryi—na mocy Najw. Postan. z 22 maja 1848 [1], w innych państwach niemieckich około tego samego czasu, a w Rosyi — dopiero na mocy ukazu z dnia 17 kwietnia 1863 r.

Por. t. I, nr. 131, 132

428. Znacznie dłużej zachowała się zwykła kara cielesna t. j. chłosta w prawie karnem świata cywilizowanego. Najwcześniej zniosła ją Francya (kod. z r. 1791), a znacznie później zarzuciły ją państwa niemieckie, bo dopiero w okresie wypadków z r. 1848 [1]. W Austryi chłosta była jeszcze znana kodeksowi z r. 1852 i to, jako kara główna i dodatkowa. W pierwszym charakterze miała ona wchodzić w zastosowanie w miejsce aresztu, co najwyżej trzydziestodniowego, tylko dla sług i robotników, najmujących się na dnie lub tygodnie (§§ 248, 260 *b*). W drugim charakterze miała ona stanowić obostrzenie więzienia (§§ 19 *e*, 24) i aresztu (§§ 253 *f*, 258) dla recydywistów. Dopiero nowela karna z 15 listopada 1867 (dz. u. p. 131) zniosła zupełnie chłostę w prawie austryackiem.

Z państw europejskich dziś jeszcze zachowały chłostę jako karę sądową Anglia i Dania (1866, 1905) także dla dorosłych przestępców, a Norwegia (1842) tylko dla przestępców młodocianych (do lat 15, a najwyżej 18) [2].

[1] W Niemczech najdłużej przechowała się chłosta w Hanowerze (1867) i Meklemburgu (1872). Dziś stosuje się ona tylko, jako kara dyscyplinarna, w zakładach więziennych w Prusiech, Saksonii, Hamburgu, Lubece, Meklemburgu, Schwarzburg-Rudolstadt, Oldenburgu (por. Liszt: *Lehrb.* § 15, dop. 1).

[2] W myśl ustawy duńskiej z 1 kwietnia 1905 mężczyzni w wieku od 18 do 55 lat mają, prócz kary głównej, ponosić chłostę (od 10 do 27 uderzeń) za cięższe przypadki gwałtownych uszkodzeń cielesnych tudzież za powrotne przestępstwa płciowe przeciwko dziewczynom poniżej 12 lat (§ 5).

429. W nauce głos powszechny oświadcza się przeciwko chłoście. Zarzucają tej karze brutalność, odpowiadającą raczej naturze zwierzęcej, niż godności ludzkiej. Przez to wpływa ona demoralizująco na skazańca, przytępiając w nim wszelkie szlachetniejsze instynkta.

Oprócz tego należy przyznać, że w większych rozmiarach staje się chłosta zbyt okrutną, w mniejszych zaś dotkliwszą jest dla czci, niż dla ciała, i z tego powodu może często okazać się za łagodną karą dla natur całkiem upadłych, a za surową dla przestępców, którzy jeszcze nie zatracili poczucia honoru.

Nareszcie i to trzeba powiedzieć, że dotkliwość chłosty zależy w zbyt wysokim stopniu od konstytucyi fizycznej nietylko skazańca, lecz i osoby powołanej do jej wykonywania, co więcej, nawet od humoru tej ostatniej. Kara zaś, z natury swojej, nie powinna występować jako dolegliwość, którąby organy wykonawcze mogły dowolnie osłabiać lub wzmacniać.

430. Jako zalety chłosty, to tylko przyjęto przytaczać że jest ona niekosztowna, że można ją łatwo i szybko wykonywać, tudzież że zapobiega skutecznie przepełnieniu więzień [1].

Oprócz tego chłosta posiada w najwyższym stopniu przymiot osobistości, a w dwóch kategoryach przypadków mogłaby nawet okazać się wielce pożądanym środkiem dla obudzenia poprawy lub wywarcia odstraszenia.

Przedewszystkiem mamy tu na myśli nieletnich (do 18 lat), którzy nietyle z zepsucia, ile z niesforności i zuchwalstwa, dopuścili się lżejszych przestępstw i zasłużyli wprawdzie na karę, ale na taką, któraby posłużyła im za najskuteczniejszą przestrogę na przyszłość, a nie odrywała ich od normalnego trybu życia. Dla przestępców tej kategoryi chłosta okaże się karą o wiele właściwszą, niż więzienie, które często będzie sprawiało zbyt wielką przykrość ich rodzinie, a znów nieraz, dla nich samych, mogłoby łatwo stać się szkołą raczej zepsucia niż poprawy.

Do drugiej kategoryi przypadków, należałoby zaliczyć niektóre przestępstwa, popełnione w drodze powrotnej i to wśród okoliczności, z których widać jasno, że sprawca nie byłby może popadł w recydywę, gdyby więzienie, które odcierpiał poprzednio, było mu się dało gorzej we znaki. Wskazaną jest rzeczą, aby na przyszłość uczynić dla takich przestępców więzienie mniej ponętnem, przez obostrzenie go chłostą.

[1] Budziński: Wykład, nr. 205.

[2] W Niemczech pewien ruch naukowy ku przywróceniu chłosty rozpoczął się w r. 1879, a mianowicie wystąpieniem Mittelstädt'a w głośnej broszurze p. t. *Gegen die Freiheitsstrafen*. Za autorem tym oświadczyli się Rittner (dyrektor zakładu karnego w Hamburgu): *Randbemerkungen zu Mittelstädts Brochüre »Gegen die Freiheitsstrafen«* (1880) i Rutenberg: *Willensfreiheit, Moralität und Straf-Justiz* (1882). Z ograniczeniem do nieletnich przyznał słuszność Mittelstädtowi Schwarze: *Freiheitsstrafe* (1882). Przeciwko temu kierunkowi patrz Streng: *Kritik der Abhandlung Mittelstädts* (*Beilage zur allgem. Zeitung*, 1880 nr. 23); Bartz (w *Preuss. Jahrbücher*, 1881, str. 25 — 40); Krohne (*Czasop.* Liszta, I, 1881, str. 53); Sichart: *Ueber Rückfälligkeit der Verbrecher*, 1881; Sontag (Czasop. Liszta, I, 1881, str. 480). — Por. także w przedmiocie tej kwestyi Rosenfeld: *Welche Strafmittel können an Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden* 1889. W Warszawie już w r. 1875 Buczyński, w artykule pod tyt.: *Sentymentalizm w prawie karnem* (Gaz. sąd. 1875, nr. 1, 2), oświadczył się za potrzebą przywrócenia chłosty. Wystąpiłem podówczas przeciwko niemu (Gaz. sąd. 1875 nr. 23), dziś jednak pod niejednym względem muszę przyznać mu słuszność.

III. Kara pozbawienia wolności[1].

1. Wogóle.

§ 93.

431. Kara ta ma dwojakie znaczenie: obszerniejsze i ściślejsze. *Sensu largo* pojmujemy przez nią wszelką karę, która dotyka przestępcy w zakresie służącego mu skądinąd prawa swobodnego przenoszenia się z miejsca na miejsce. *Sensu stricto* pozbawienie wolności oznacza tylko karę więzienną *(Gefängnisstrafe)*.

[1] Holtzendorff u. Jagemann: *Handbuch des Gefängniswesens*, 1888 (2 tomy). Krohn: *Lehrb. der Gefängniskunde*, 1889. Leitmeier: *Die österreichische Gefängniskunde*, 1890. Z dzieł historycznych patrz w szczególności Streng: *Studien über Entwickelung, Ergebnisse und Gestaltung des Gefängniswesens in Deutschland*, 1886. Kraus: *Im Kerker vor und nach Christus*, 1895. Specyalnie, co do prawa angielskiego, patrz Aschrott: *Strafensystem und Gefängniswesen in England*, 1887. Polską literaturę patrz niżej, nr. 448, dop. 1.

432. Przypatrzmy się różnym postaciom kary pozbawienia wolności w obszerniejszem rozumieniu. Prócz więzienia, o którem będzie mowa osobno, należy do nich zaliczyć następujące kary: 1) wygnanie, 2) internowanie, 3) zesłanie i 4) dozór policyjny.

433. 1) Wygnanie *(bannitio)*. Jest to zakaz przebywania w obrębie pewnej przestrzeni geograficznej, specyalnie zaś w granicach całego państwa. Wygnanie bowiem, rozciągające się tylko na jakąś pojedynczą miejscowość, lub nawet na jakiś powiat (w Austryi — kraj koronny), nosi zwyczajnie nazwę wydalenia lub relegacyi.

Wygnanie z granic całego państwa jest dzisiaj karą, stosowaną powszechnie tylko do cudzoziemców (§§ 25, 249 k. k.). Za zbrodnie polityczne jednak, niektóre państwa (Francya, Holandya) dotąd jeszcze ustanawiają tę karę i dla krajowców. Wydalenie krajowców z granic państwa uznano dlatego za niewłaściwe, że państwo ma wobec swoich obywateli pewne obowiązki, nawet na przypadek gdyby byli przestępcami. Do tych obowiązków należy mianowicie, aby państwo nie zdawało nigdy swoich obywateli na łaskę lub niełaskę obcego rządu, lecz zawsze miało ich w swojej opiece i samo, w razie potrzeby, rozwijało przeciwko nim należytą działalność represyjną.

Wygnanie cudzoziemców, tudzież relegacya znane są prawu austryackiemu tylko jako kary dodatkowe.

434. 2) Internowanie *(confinatio, interdictio omnium locorum praeter certum).* Jest to nakaz nie opuszczania pewnego, przez władzę wyznaczonego miejsca pobytu. Kara ta znajduje w Rosyi szerokie zastosowanie do przestępców politycznych. Za przestępstwa pospolite czyni z niej dosyć znaczny użytek kodeks włoski z r. 1889 (art. 11, 18). W Austryi internowanie znane jest tylko jako jeden ze skutków dozoru policyjnego [1].

[1] Patrz niżej nr. 489.

435. 3) Zesłanie *(deportatio).* Kara ta, sama przez się, jest niejako połączeniem relegacyi z internowaniem. Z jednej strony bowiem wydala ona przestępcę z obrębu głównych posiadłości państwa, z drugiej zaś — zniewala go do bezustannego przebywania w jakiejś mało zaludnionej, od głównych posiadłości państwa bardziej odległej, a najczęściej zamorskiej dzielnicy terytoryum państwowego. Nie każde państwo posiada tego rodzaju dzielnice i dlatego nie wszędzie ustawodawca może rozporządać karą deportacyi. Najszersze zastosowanie znajdowała ona niegdyś w Anglii, a znajduje dziś jeszcze we Francyi i Rosyi, bądź jako najcięższa postać kary więziennej, bądź jako sposób oczyszczania głównego terytoryum państwa z najniebezpieczniejszych żywiołów ludzkich, a zapewniania jego dalszym osadom sił roboczych.

Anglia aż do r. 1776 wysyłała przestępców do swoich posiadłości amerykańskich, następnie zaś, po wybiciu się tychże za niezależność polityczną, musiała przez pewien czas zaniechać wszelkiej deportacyi. Dopiero po odkryciu Australii (1787), otrzymała Anglia w tej części świata nowe miejsca deportacyjne, a mianowicie kolonie Neusüdwales i Vandiemensland. Deportacya zbrodniarzy do powyższych osad udawała się Anglii dopóty, dopóki osady te nie doszły do wyższego stopnia kultury. Wtedy bowiem, ze strony wolnych ich mieszkańców, zaczęła odzywać się coraz silniejsza opozycya przeciwko corocznemu napływowi z Anglii zbrodniarzy. Z opozycyą tą musiała się liczyć Anglia już od r. 1853 i ograniczać coraz bardziej system deportacyi. Skończyło się na tem, że ustawa z r. 1867 zniosła zupełnie deportacyę i wprowadziła natomiast wykonywanie ciężkich robót *(penal servitude)* w osobnych zakładach karnych.

Dla Francyi miejscem deportacyi jest Kajenna w Gujanie (Ameryka południowa). Do r. 1896 deportowano we Francyi zbrodniarzy także do Nowej Kaledonii na Oceanie Spokojnym. Prawo francuskie odróżnia trzy formy zesłania, a mianowicie: *a)* deportacyą *sensu stricto*, która jest karą dożywotną za najcięższe zbrodnie polityczne; *b)* transportacyą, która jest od r. 1854 formą wykonywania robót przymusowych (w miejsce zniesionych *bagnes* czyli galer; *c)* relegacyą, która jest karą dodatkową, zaprowadzoną dla recydywistów ustawą z 27 maja 1885.

Rosya do niedawna wysyłała przestępców na Sybir, a obecnie przewozi ich na wyspę Sachalin. Jako kara sądowa, deportacya aż do r. 1900 znana była kodeksowi rosyjskiemu w trzech następujących postaciach: *a)* zesła-

nie do ciężkich robót (art. 19); *b)* zesłanie na osiedlenie (art. 20); *c)* zesłanie na mieszkanie (art. 30). Ukazy czerwcowe z r. 1900 zniosły z nielicznemi wyjątkami (dotyczą one przestępców politycznych i włóczęgów) zesłanie na osiedlenie i na mieszkanie, wprowadzając w miejsce tych kar odpowiednie formy uwięzienia. Odtąd więc zachowało się w Rosyi tylko zesłanie do ciężkich robót.

Wogóle o deportacyi należy powiedzieć, że nie może ona zająć stałego miejsca w systemie kar żadnego państwa. Z biegiem czasu bowiem najdziksza miejscowość musi, dzięki pracy ludzkiej, dojść do bardziej kwitnącego stanu, a wtedy zesyłanie do niej zbrodniarzy na osiedlenie będzie już nie karą dla nich, lecz krzywdą dla wolnych kolonistów.

[1] Co do deportacyi wogóle patrz klasyczne dzieło Holtzendorffa: *Die Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit* (1859), tudzież literaturę, podaną w Holtzendorffa i Jagemanna *Handbuch des Gefängnisswesens* (1888, t. I, str. 427). Specyalnie co do Anglii patrz: Blosseville: *La colonisation pénale de l'Angleterre en Australie* (1883); Foinitski: *La transportation russe et anglaise* (trad. Bonet-Maury, 1895); co do Francyi: Teisseire. *La transportation pénale et la relégation, d'après les lois des 30 mai 1854 et 27 mai 1885;* por. także Léveillé: *Les Inst. pénit. de la France en 1895* (str. 269) i Garraud: *Traité*, t. II, nr. 369—390; co do Rosyi, prócz zacytowanego wyżej dzieła Foinickiego, patrz Doroszewicz: *Sachalin* (przekł. z rosyjsk. Zenona Pietkiewicza, Warszawa, 1901), oraz artykuły w *Revue pénitentiaire* (1895, str. 1212; 1900, str. 487—496, 1169—1183). Por. też Essipow: *Oczerk rus. ugołownawo prawa* (1898, str. 332—340). W Niemczech poruszono w nowszych czasach myśl zaprowadzenia deportacyi. Patrz co do tego Bruck: *Fort mit den Zuchthäusern* (1894) i tegoż autora *Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich* (1895). Por. też Salleiles: *La transportation en Allemagne (Revue pénit.* 1896, p. 1037).

436. 4) Dozór policyjny. Jest to zarządzenie sądowo-administracyjne, polegające na poddaniu skazańca, jeszcze przez pewien czas po odcierpieniu nałożonej na niego kary, pewnym ścieśnieniom wolności, a to wyłącznie w tym celu, aby dać władzom bezpieczeństwa możność czuwania nad jego postępowaniem i zapobiegania we właściwym czasie jego powrotowi na złą drogę. Dozór policyjny, słuszny w zasadzie, w odniesieniu do niektórych wyzwolonych przestępców, okazuje się w praktyce prawie niemożliwym do przeprowadzenia w sposób, któryby odpowiadał rzeczywistemu celowi tej instytucyi. Doświadczenie bowiem uczy, że środki, przedsięwzięte przez policyę, aby mieć na oku osobę, oddaną pod jej dozór, najczęściej zamiast ułatwiać tej osobie zdobycie warunków porządnego życia, będą musiały jej utrudniać wszelkie o to zabiegi. Osoba ta bowiem, z powodu różnych ścieśnień, wypływających z dozoru policyjnego, z jednej strony nie będzie nigdy całkiem swobodna w wyborze odpowiedniego zajęcia, z drugiej zaś strony będzie nieraz na to narażona, że, nie mogąc ukryć ciążącego na niej dozoru, spotykać się będzie z nieufnością i odmową, ile razy tylko zechce się ubiegać o jakiś uczciwy sposób zarobkowania. Zrozumiało to prawo francuskie i ustawą z 27 maja 1885 (art. 19) zniosło znany kodeksowi karnemu (art. 11, 44) dozór policyjny, wprowadzając na jego miejsce tylko zakaz przebywania w niektórych miejscowościach *(interdiction de séjour)*[1]. O dozorze policyjnym w prawie austryackiem będzie mowa w następnym rozdziale.

[1] Garraud: *Traité*, t. II, nr. 404—414.

2. O karze więziennej w szczególności.

§ 94.

437. Jest to osadzenie przestępcy, na pewien czas lub na całe życie, w miejscu, ze wszystkich stron zamkniętem i przez państwo przeznaczonem do tego, aby służyło za siedzibę dla osób skazanych na karę pozbawienia wol-

ności. Zamknięcie nie musi być koniecznie tego rodzaju, iżby skazaniec miał być trzymany bez przerwy w szczelnie zabudowanem ogrodzeniu (celka), wystarcza, jeżeli, dzięki odpowiednim urządzeniom (wysokie mury, głębokie fosy, gęsta straż), skazaniec nie ma możności wyjścia poza obręb tej przestrzeni, na którą się rozciąga odnośny zakład więzienny.

Ze wszystkich środków karnych, uznano w nowszych czasach więzienie za karę, odpowiadającą w najwyższym stopniu wymaganiom sprawiedliwości. Największą jego zaletą jest niewątpliwie ogromna podzielność, ze względu tak na jego zakres czasowy, jak na mniej lub bardziej dotkliwy sposób jego wykonywania. Dzięki temu przymiotowi, więzienie potrafi lepiej, niż jakikolwiek inny środek karny, utrzymać się w zgodzie z winą przestępcy. Oprócz tego, przy odpowiedniej organizacyi, więzienie może działać odstraszająco i poprawczo, a wreszcie jest ono w wysokim stopniu odwołalne, ustępując co do wynagradzalności tylko karze majątkowej.

438. Pomimo to więzienie, jako kara kryminalna, wchodzi bardzo późno w użycie w państwach europejskich. Tłómaczy się to tem, że aż do końca XVIII wieku panowała powszechnie zasada karania za zbrodnie śmiercią lub udręczeniami cielesnemi. Dopiero gdy pod wpływem prądów humanitarnych, które w drugiej połowie XVIII wieku obiegały całą Europę (por. wyżej nr. 100, 101), zaczęły z kodeksów państw cywilizowanych znikać wszelkie nieludzkie kary, a nawet tu i ówdzie (Toskania, 1786; Austrya, 1787) chwycono się tak radykalnej reformy, jak zupełne zniesienie kary śmierci; dopiero wtedy trzeba było pomyśleć o wprowadzeniu jakiejś nowej kary za zbrodnie, tak surowej, iżby mogła zastąpić skutecznie dawne barbarzyńskie środki represyjne, a jednak tak ludzkiej, iżby dawała się pogodzić z postulatami etyki. Tą karą stało się więzienie, które przedtem było znane powszechnie tylko,

bądź jako środek prewencyjny, bądź jako kara niekryminalna.

W pierwszym charakterze więzienie służyło państwu do zabezpieczenia się na czas nieograniczony od wszelkich osób, budzących obawę, że, pozostawione na wolności, staćby się mogły, pod jakimkolwiek względem, szkodliwemi dla porządku prawnego. Odpowiednio do tego już z końcem XVI wieku powstają w Anglii i Holandyi domy robocze i poprawcze (Londyn, 1555; Amsterdam, 1595 i 1597) dla włóczęgów, próżniaków bez środków do życia, żebraków, prostytutek i trudnych do prowadzenia dzieci. Podobne domy *(Spinn- oder Zuchthäuser)* bywają zakładane w pierwszej połowie XVII wieku w różnych większych miastach niemieckich (Lubeka, Brema, Hamburg), ale wkrótce otrzymują tam inne jeszcze przeznaczenie, a mianowicie bywają też używane przez sądy, dla zamykania w interesie bezpieczeństwa publicznego przestępców, którzy w drodze łaski otrzymali uwolnienie od kary śmierci lub też odcierpieli już jakąś inną karę, a mogli jeszcze uchodzić za groźnych na przyszłość[2]. W XVIII wieku nie wahano się nawet umieszczać w niemieckich *Zuchthäuser* obłąkanych, tak, że o zakładach tych można śmiało powiedzieć, że trzymano w nich pod kluczem indywidua jaknajrozmaitszego kalibru, byle tylko państwo miało było tytuł do obawiania się z ich strony jakichkolwiek zakłóceń porządku prawnego[3].

W drugim charakterze, t. j. jako kara, więzienie znajdowało tylko zastosowanie w sprawach o lżejsze przestępstwa, które podlegały orzecznictwu nie sądów kryminalnych, lecz władz administracyjnych. Tu zaś miało ono głównie na celu wywarcie na skazańcu przymusu, do zapłacenia grzywien lub wynagrodzenia szkody pokrzywdzonemu[4].

[1] We Włoszech założył Franci we Florencyi w r. 1677 dom roboczy, a papież Klemens XI w Rzymie w r. 1701 dom poprawy ze specyalnem przeznaczeniem dla zepsutych chłopców.

[2] To znaczenie miało niewątpliwie »*ewiges Gefenknuss*«, o którem wspomina Carolina. Było ono mianowicie albo surogatem kary śmierci (art. 10, 192), albo też środkiem ochronnym przeciwko niebezpiecznym przestępcom, którzy mieli być trzymani w więzieniu tak długo, aż potrafiliby dać dostateczną rękojmię, że zachowywać się będą nieszkodliwie (art. 176, 195).

[3] Por. Hälschner: *Gem. deutsches Strafr.* § 231.

[4] Por. Carolina, art. 157, 216.

439. Wiadomo, że w Austryi dopiero kodeks Józefiński z r. 1787 nadał więzieniu charakter kary kryminalnej (por. wyżej, nr. 130)[1]. Charakter ten otrzymuje ono wkrótce i w innych krajach niemieckich, rugując wszędzie z użycia dawne barbarzyńskie udręczenia cielesne i wchodząc w wielu przypadkach w miejsce kary śmierci[2]. Dziś w systemie środków karnych państw cywilizowanych główne miejsce zajmują niewątpliwie różne formy i stopnie kary więziennej. Kara ta bywa dziś stosowana zarówno do najlżejszych, jak do najcięższych przestępstw.

[1] O wiele wcześniej znane było w Polsce więzienie (wieża), jako kara kryminalna. W tym charakterze występuje ono u nas już w XV wieku. Patrz Bandkie: *Prawo polskie*, str. 470. Organizacya tej kary musiała nawet już w XVI wieku, opierać się u nas na zdrowych podstawach, o czem świadczy instrukcya kanclerza Ocieskiego z r. 1550. Patrz Czacki: *O litewskich i polskich prawach*, 1844, t. II, str. 95, dop. 157.

[2] Równocześnie kara więzienna zaczyna zwracać na siebie coraz baczniejszą uwagę publicystów, filantropów i prawników, którzy domagają się radykalnej reformy dotychczasowych urządzeń więziennych, stanowczego rozdziału między przytułkami dla obłąkanych a więzieniami, przeznaczonemi dla przestępców, tudzież nadania tym ostatnim zakładom organizacyi, któraby w wyższym stopniu odpowiadała naturze i celom kary. Z końcem XVIII wieku najdzielniej za reformą więzień przemawiali Howard w Anglii (*State of prisons in England and Wales*, 1777) i Wagnitz w Niemczech (*Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser*, 1791. *Ideen und Plane zur Verbesserung der Polizei- und Criminal-Anstalten*, 1794). — Bardzo żywy udział w walce o racyonalniejszą organizacyę więzień brali także: Blacstone, Bentham, Franklin, Brissot, La Rochefaucould-Liancourt. Por. Berner: *Lehrb.* 1882, str. 219 i nast.

440. Kara więzienna, z powodu swojej wielkiej podzielności, wymierzana być może w jaknajrozmaitszych formach i stopniach. Następujące jej rodzaje wszakże zasługują, ze stanowiska dzisiejszego prawa, na szczególną uwagę:

1) co do surowości przyjęto powszechnie odróżniać: *a)* więzienie za zbrodnie, czyli t. zw. ciężkie więzienie (kryminał, *Zuchthaus)*, połączone z twardszą, i w regulaminie odnośnego zakładu karnego bezwzględnie przepisaną pracą przymusową; *b)* więzienie za występki, czyli więzienie zwyczajne *(Gefängniss)*, także połączone z pracą przymusową, ale już lżejszą i bardziej zastosowaną do indywidualnych zdolności i dotychczasowych zajęć skazańca; *c)* więzienie za przekroczenia, czyli areszt *(Haft)*, która to kara polega wyłącznie na trzymaniu przez jakiś czas skazańca w miejscu zamkniętem.

2) Co do charakteru kary więziennej, znany jest jej podział na *a)* sromotną i *b)* niesromotną. Pierwsza bywa ustanawiana za przestępstwa hańbiące, druga — za przestępstwa, popełnione z pobudek szlachetnych (por. wyżej, nr. 280). W kodeksie niemieckim karą niesromotną jest twierdza *(Festungshaft)*, a w dawnych projektach austryackich więzienie stanu *(Staatsgefängniss)*.

Ostatni projekt austr. (1909) nie zna osobnej formy niesromotnej więzienia.

3) Co do swojej długości więzienie może być *a)* dożywotne lub *b)* czasowe.

O więzieniu dożywotnem należałoby powiedzieć, że, podobnie jak tracenie zbrodniarzy, (por. wyżej nr. 424) jest ono nietyle karą, ile aktem obrony koniecznej ze strony państwa. Z tego stanowiska byłoby można uznać więzienie dożywotne za usprawiedliwione pod trzema na-

stępującemi warunkami: α) jeżeli winowajca jest tak zepsuty, że trzebaby z góry uważać nadzieję jego poprawy za wykluczoną [1]; β) jeżeli zbrodnia jego nie jest tak wielka, iżby miała upoważniać państwo do skazania go na śmierć; γ) jeżeli jednak zbrodnia ta jest tej miary, że, skazując winowajcę na więzienie dożywotne, państwo nie przekroczyłoby granic dozwolonego odwetu.

Co się tyczy więzienia czasowego, to trzeba na to zwrócić uwagę, że nie powinno być ono nigdy tak krótkie, iżby nie było w stanie wywrzeć na winowajcy wrażenia rzeczywistej kary, ani znów tak długie, iżby, po jego odcierpieniu, winowajca miał tracić wszelką energię moralną i musiał wskutek tego, jako niezdolny do żadnej pracy, stawać się ciężarem dla społeczeństwa. Z tego punktu widzenia należy chyba uznać za najracyonalniejsze urządzenie, aby jeden dzień stanowił najniższą, a piętnaście lat najwyższą miarę więzienia czasowego [2].

[1] Ze względu na ten warunek pożądaną jest rzeczą, aby sędzia mógł każde więzienie dożywotne zamienić na czasowe, skoroby uznał, że przestępca rokuje nadzieję poprawy. Również winowajca, skazany na więzienie dożywotne, powinien po pewnym czasie (lat 15 według proj. austr. z r. 1909, § 23), módz otrzymać uwolnienie warunkowe w razie, gdyby jego poprawa okazała się widoczną.

[2] Jest to system kod. niemieckiego, według którego areszt może trwać od 1 dnia do 6 tygodni, więzienie — od 1 dnia do 5 lat, a kryminał *(Zuchthaus)* — od 1 roku do 15 lat. Inaczej według prawa austryackiego, które zna więzienie czasowe aż do 20 lat (§ 17 k. k.). To samo stanowisko zajął, co do tej kwestyi, najnowszy projekt austr. z r. 1909 (§§ 19, 20). Przeciwko tak wysokiemu wymiarowi więzienia czasowego przemawia stanowczo, ta okoliczność, że według świadectwa dozorców więziennych, już między dziesiątym a dwunastym rokiem uwięzienia, zaczyna się zwykle u skazańców upadek na duchu i siłach fizycznych. Por. Budziński: Wykład nr. 207. Jako minimalną miarę więzienia czasowego podaje najnowszy proj. austr. 1 rok dla kryminału, 3 dni dla więzienia a 1 dzień dla aresztu.

441. Różne mogą być także sposoby wykonywania kary więziennej. W rzędzie systemów, które wytworzyły się co do tej kwestyi, najważniejsze są następujące:

1) system wspólności;
2) system osamotnienia pensylwański;
3) system odosobnienia auburnski;
4) system klasyfikacyjny szwajcarski;
5) system progresyjny angielsko-irlandzki.

442. 1) System wspólności. Jest on najstarszy, najtańszy, ale i najgorszy, gdyż ułatwia niebezpieczne zmowy między skazańcami i często dom kary zamienia w szkołę zbrodni. Niestety system ten, z powodu swojej niekosztowności, utrzymuje się dotąd w szerokim zakresie nietylko w Austryi, lecz i w innych państwach Europy.

443. 2) System osamotnienia, zwany także celkowym lub penitencyarnym, nosi również od miejsca, gdzie znalazł pierwsze zastosowanie (Filadelfia w stanie Pensylwanii, 1791), nazwę filadelfijskiego lub pensylwańskiego. Jest on skrajnem przeciwieństwem systemu poprzedzającego, gdyż trzyma każdego skazańca w zupełnem odłączeniu od innych, a to w tym celu, iżby pozostawiać go bez przerwy na pastwę wyrzutom sumienia, a przez to usposabiać go do skruchy i poprawy. Ojczyzną tego systemu stała się Filadelfia, a jego pomysł wyszedł od Howarda i od sekty Kwakrów, którzy z końcem XVIII wieku rozwijali w Ameryce silną agitacyę za zniesieniem kary śmierci, a zaprowadzeniem kary więziennej, tak zorganizowanej, iżby skazany na nią przestępca mógł w ustawicznej samotności ciągle rozmyślać o swojej winie, a przez to odradzać się moralnie (system penitencyarny). W pierwszym wielkim zakładzie więziennym, urządzonym według tego wzoru weFiladelfii (1791), chciano nawet pierwotnie posuwać osamotnienie skazańca tak

dalece, aby i duchowo nic go nie mogło odrywać od wyrzutów sumienia. Do tego mianowicie miało służyć pozostawienie skazańców w zupełnej bezczynności, i odsuwanie od nich wszelkich obcych wpływów, prócz przestróg, mającego ich odwiedzać od czasu do czasu, kapelana, lub nauczyciela więziennego. To ograniczenie jednak nie utrzymało się długo, przekonano się bowiem, że ustawiczna samotność bez żadnego zajęcia, zamiast spodziewanych dobrych skutków, miała tylko to następstwo, że bardzo wielu więźniów zapadało na choroby umysłowe. Pod wpływem tego smutnego doświadczenia, wprowadzono z czasem do więzień pensylwańskich tę reformę, że z osamotnieniem łączyć się miała ciężka praca przymusowa *(solitary confinement with laborious employment)*[1].

[1] Richard Vaux: *Brief Sketch of the origin and history of the state penitentiary for the eastern Districte of Pensylvania*, 1872. *The Pensylvania Prison System*, 1884 Wines: *Punishment and Reformation. An historical sketch of the rise of the Penitentiary System*, 1895.

444. 3) System odosobnienia, zwany także auburnskim od miasta Auburn w Stanie Niujorskim, gdzie zastosowano go poraz pierwszy na szerszą skalę[1] w więzieniu, założonem w r. 1820. System ten różni się od poprzedzającego w tym istotnym punkcie, że materyalne osamotnienie skazańców ogranicza do pory nocnej, a podczas dnia zadawala się trzymaniem ich w odosobnieniu duchowem, które ma być wytworzone za pomocą nakazu bezwarunkowego milczenia. Oprócz tego, do programu więzień, omawianego tu typu, należy ciężka praca przymusowa we wspólnych warsztatach, co oczywiście, stwarzając dla skazańców bezustanną pokusę do przełamywania nakazu milczenia, sprawia, że nad przestrzeganiem tego ostatniego może czuwać skutecznie tylko nieubłagany bat dozorcy. Z uwagi na tę okoliczność, uznano, że, aczkolwiek myślą przewodnią założycieli więzienia auburnskiego było dążenie do złagodzenia strasznej doli, na którą skazywał skazańców system filadelfijski; to jednak owoc ich usiłowań okazał się w praktyce wręcz przeciwnym. Mężowie ci mianowicie zapomnieli, że, jeżeli niewątpliwie bezustanna samotność sprzeciwia się naturze człowieka, to, kto wie, czy nie jest rzeczą bardziej jeszcze niezgodną z właściwościami naszej natury, a więc bardziej jeszcze nieludzką, aby osobom, które przez cały dzień mają być zniewalane do przebywania we wspólnej izbie więziennej, nie miało być wolno, pod grozą surowej kary, zamieniać między sobą ani jednego słowa. Z czasem też system auburnski, w swojej pierwotnej postaci znajdował coraz mniej zwolenników nawet w Ameryce. Powszechnie żądano jego reformy w tym kierunku, aby, w miejsce nakazu absolutnego milczenia, miał zwyczajnie obowiązywać skazańców tylko zakaz prowadzenia rozmów nieprzyzwoitych i porozumiewania się między sobą w złych celach. Absolutne milczenie miało, ze stanowiska tej reformy, być stosowane tylko czasowo, a mianowicie bądź jako kara dyscyplinarna, bądź jako obostrzenie więzienia dla najbardziej zepsutych skazańców. Tak zreformowany system auburnski dostał się do wielu więzień szwajcarskich, gdzie, jak to zobaczymy niżej, dał się doskonale pogodzić z systemem klasyfikacyjnym. W Niemczech zreformowany system auburnski znalazł także bardzo szerokie uznanie i stał się podstawą organizacyi kilku wzorowo urządzonych zakładów karnych[2].

[1] Właściwie Dom poprawy, założony w Gandawie w roku 1775, dzięki inicyatywie i staraniom wicehrabiego Vilain XIV, należałoby uważać za pierwsze więzienie, urządzone według systemu odosobnienia. Zakład ten jednak nie długo zachował swoją pierwotną organizacyę, gdyż za panowania cesarza Józefa II musiał uledz reformie, zmierzającej do zrównania go z innemi więzieniami austryackiemi, które wszystkie były oparte na systemie wspólności. Patrz: Vilain XIV: *Mémoire sur les moyens de corriger les malfaiteurs*, 1775 (nowe wyd. 1841); Starke: *Das belgische Gefängniswesen*, 1877.

[2] Tu należą więzienia w Bruchsal w W. Ks. Badeńskiem (1848), w Moabicie, pod Berlinem, założone w r. 1846, a przekształcone według wzoru bruchsalskiego w r. 1856, w Norymberdze (1868) i Heilsbronn (1873) w Bawaryi.

445. 4) System klasyfikacyjny szwajcarski. Różni się on od zreformowanego systemu auburnskiego w tym tylko istotnym punkcie, że zaprowadza podział skazańców na pewne klasy, odpowiednio do stopnia ich zepsucia i posuwa ich z klasy niższej do wyższej w miarę ich postępów ku poprawie. W więzieniach mianowicie, urządzonych według tego systemu, przyjęto powszechnie odróżniać cztery klasy, z których każda wyższa zapewnia skazańcom lepszy wikt, większą płacę zarobkową i w ogóle łagodniejszą dyscyplinę. Nakaz absolutnego milczenia znany jest tu wyłącznie, jako obostrzenie kary dla najniższej klasy skazańców. Z więzień szwajcarskich, urządzonych według tego systemu, uchodzą za wzorowe zakłady karne w Genewie i St. Gallen.

446. 5) System progresyjny angielsko-irlandzki. Opiera się on na niezmiernie trafnem połączeniu zasady osamotnienia z zasadą wspólności, w związku z podziałem całkowitego przebiegu kary więziennej na pewne okresy (3 w Anglii, 4 w Irlandyi), w ciągu których skazaniec przechodzi stopniowo od zupełnego osamotnienia w celi aż do używania prawie zupełnej wolności. Okresy te są następujące:

a) Okres osamotnienia. Pierwsze miesiące kary (zwyczajnie 9) musi skazaniec przebyć w celi i to z początku (przez 3 miesiące) bez prawa zajmowania się jakąkolwiek robotą, a potem z dozwoleniem wybrania sobie jakiegoś zajęcia, odpowiadającego najbardziej jego uzdolnieniu, a dającego się pogodzić z regulaminem więziennym. Urządzenie to ma na celu wywołać w skazańcu

przekonanie, że bezczynność jest klęską dla człowieka, a dobrowolna praca — dobrodziejstwem.

b) Okres wspólności. Jest on najdłuższy. Skazany na lat 15 musi w nim przebyć przynajmniej 7 lat. W okresie tym wykonanie kary odbywa się według wzoru auburnskiego, skombinowanego z klasyfikacyą szwajcarską, przyczem odznacza się niezmierną surowością, mającą na celu danie skazańcowi do odczuwania całego ciężaru nałożonej na niego kary. Oprócz tego jednak, w okresie tym administracya więzienna uważa za swoje zadanie, pracowanie nad poprawą skazańców i nad tem, aby każdy z nich nauczył się w więzieniu jakiegoś rzemiosła, któreby, na wolności, zapewniło mu możność uczciwego zarobkowania.

c) Okres osadzenia w zakładzie pośrednim. Okres ten, nieznany prawu angielskiemu, stanowi cechę charakterystyczną systemu progresyjnego irlandzkiego. Zakład pośredni ma być instytucyą, stojącą na granicy między więzieniem a wolnością. Jego przeznaczeniem jest służyć do wypróbowania stopnia poprawy więźniów i do powolnego oswajania ich z wolnością, od której mogli byli łatwo odwyknąć. Odpowiednio do tego, w zakładzie pośrednim skazaniec używa już względnej swobody, większą część zarobku otrzymuje do ręki i może ją wydawać według upodobania. Oprócz tego przyjęto tu także wysyłać więźniów do miasta po sprawunki, bez żadnej straży, aby przekonać się, o ile odzyskali już oni zdolność do panowania nad sobą wobec powszednich pokus życia. Czas pobytu w zakładzie pośrednim oznacza prawo irlandzkie tylko minimalnie. Skazany na lat 15 ma przebyć w zakładzie pośrednim przynajmniej jeden rok, a skazany na lat 3—przynajmniej 4 miesiące. Podobne zakłady istnieją w Smithfield pod Dublinem, jako osada rzemieślnicza, i w Lusk (o 15 mil ang. od Dublina), jako osada rolna.

d) Okres uwolnienia warunkowego. Przedstawia on ostatnie stadyum kary więziennej. Skoro ska-

zaniec, przez swoje dobre sprawowanie, dał już dowody poprawy, to, po odcierpieniu większej części nałożonej na niego kary, może otrzymać od zwierzchności więziennej kartę uwolnienia warunkowego *(ticket of leave)*. To uwolnienie mianowicie następuje tylko pod tym warunkiem, że przez resztę czasu, na który rozciągać się miała kara, skazaniec zachowywać się będzie porządnie i nie będzie prowadził życia próżniaczego. W razie niedotrzymania tego warunku, skazaniec ulegałby ponownemu uwięzieniu na cały czas, którego mu brakowało do zupełnego odcierpienia kary. Okres uwolnienia warunkowego nie powinien jednak przekraczać pewnej miary, a mianowicie 5 lat dla osób, skazanych na 15 lat, a 6 miesięcy dla osób, skazanych na 3 lata.

System progresyjny z trzema okresami *(a, b, d,)* wprowadzony został do Anglii, dla wykonywania kary więziennej najcięższego kalibru *(penal servitude)*, a to w miejsce deportacyi, którą w państwie tem, jak wiadomo (nr. 435), zaczęto uchylać stopniowo już od r. 1853, aż nareszcie zniesiono ją zupełnie ustawą z r. 1867. W tym samym mniej więcej czasie (1854), dzięki staraniem Waltera Croftona, system ten dostał się do więzień irlandzkich, z tą główną zmianą, że uwzględniał cztery okresy kary. Poza Wielką Brytanią, najbardziej zbliżyły się do tego systemu urządzenia więzienne na Węgrzech, w Kroacyi i Bośni [2].

[1] Holtzendorff: *Irisches Gef. System, insbes. Zwischenanstalten*, 1859. Zamojski: *O systemie więzień poprawczych irlandzkich*, 1870. Miklaszewski: *O wykonaniu kary*, 1871 (str. 23—44).

[2] Zakłady pośrednie istnieją na Węgrzech w Kis Harta i Waitzen; w Kroacyi w Lepogławie i Mitrowicy; w Bośni w Zenicy. Patrz Tauffer: *Beiträge zur neuesten Geschichte des Gefängnisswesens in den europäischen Staaten* 1885. *Die Erfolge des progressiven Strafvollzugssystemes in der Croatischen Strafanstalt zu Lepoglava*, 1883. *Die Erbauung einer Strafanstalt in Bosnien (Ekerts Blätter für Gefängnisskunde*, XIX, 166). Tauffer i Pulszky są także autorami wspólnego dzieła, napisanego po węgiersku p. t. *Historya, teorya i stan obecny urządzeń więziennych, ze szczególnem uwzględnieniem stosunków węgierskich* (Peszt, 1867).

447. W rzędzie rozebranych wyżej systemów wykonywania kary więziennej największymi zaletami odznacza się niewątpliwie system progresyjny. Daje on bowiem państwu, jak żaden inny, możność uczynienia z kary środka, do osiągania celów odstraszenia i poprawy, a, oprócz tego, każe troszczyć się o los, który czeka skazańca na wolności, i chce go wypuszczać z murów więziennych zdolnym do samodzielnego i uczciwego zarabiania na życie.

Jedyną stroną ujemną tego systemu byłaby jego wielka kosztowność. Sądzę jednak, że wobec korzyści, wypływających z dobrej organizacyi więzień, choćbyśmy mieli do nich zaliczyć tylko zmniejszanie się liczby recydywistów, państwo powinno uważać tę kwestyę za rzecz pierwszorzędnej wagi i nie usuwać się od jej pomyślnego załatwienia dlatego tylko, że kosztowałoby to za drogo.

448. Kwestya, dotycząca systemu wykonywania kary więziennej, znalazła i w Polsce żywy odgłos zarówno w literaturze, jak w pracach ustawodawczych [1]. Już w r. 1807 Julian Ursyn Niemcewicz, wytrawny znawca i gorący zwolennik urządzeń Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, przedłożył rządowi księstwa Warszawskiego projekt przekształcenia wspólnych więzień na wzór systemu filadelfijskiego. Niestety jednak wypadki polityczne nie pozwoliły temu projektowi wejść w wykonanie. Niewiele szczęśliwszym był plan reformy więzień opracowany w r. 1819 przez osobną komisyę, której przewodniczył Xawery Potocki. Plan ten ogłoszony pod tytułem: »Projekt do ogólnego i szczególnego polepszenia stanu i administracyi więzień w Królestwie Polskiem« odstępował w niektórych punktach od projektu Niemce-

wicza, a mianowicie mniej bezwzględnie hołdował zasadzie osamotnienia, wskazując tylko na konieczność podziału więźniów na pewne klasy, któreby obejmowały od 8 do 10 osób tego samego mniej więcej poziomu moralnego i umieszczane były w osobnych izbach. Tylko wyjątkowo dopuszcza projekt z roku 1819 zupełnego osamotnienia więźnia, oświadczając się w zasadzie przeciwko celkom. Nareszcie godzi się zauważyć, że projekt ten (art. 33), dla zachęcania skazańców do dobrego sprawowania, pozwala im, po odcierpieniu połowy wyznaczonego im więzienia i okazaniu w ciągu tego czasu widocznych znaków pilności, żalu i poprawy, udawać się do łaski monarszej z prośbą o darowanie im reszty kary. Pomimo, że pomysłom tego projektu nie można było odmówić wysokiego uznania i że Xawery Potocki wydał do niego bardzo szczegółowy komentarz (pod tytułem »Uwagi do projektu etc.«), w którym znajduje się umotywowanie i wyjaśnienie każdego jego przepisu: to jednak dzieło to doznało takiego samego losu, jaki za Księstwa Warszawskiego spotkał był plan Niemcewicza.

Z nowszych postępów na tej drodze, na szczególną uwagę zasługuje powołanie do życia w Królestwie Polskiem specyalnych zakładów dla nieletnich przestępców. Zawiązało się mianowicie w Warszawie w r. 1871 »Towarzystwo osad rolnych i przytułków rzemieślniczych«, a za jego staraniem powstał w Studzieńcu (pod Rudą Guzowską) zakład karno-poprawczy, przeznaczony dla 200 przestępców nieletnich płci męskiej. Zakład ten, pod nazwą »Osady rolne i przytułki rzemieślnicze«, zaczął funkcyonować w r. 1876 dla chłopców, w wieku od 10 do 16 lat, i to z tem zastrzeżeniem, aby zatrzymanie odnośnego skazańca trwało przynajmniej dwa lata (§§ 3 i 12 statutu osady Studzieniec, zatwierdzonego przez minist. spraw wewn. dnia 3 marca 1876).

Obecnie, a mianowicie na mocy noweli z 2 czerwca 1897, skazywanie młodocianych przestępców w wieku od

10 do 17 lat, do osad rolnych i przytułków rzemieślniczych weszło do systemu »Kodeksu kar głównych i poprawczych« (art. 137, 138), jako kara, nakładana przez sądy, na czas w wyroku oznaczony, wszakże nie mogący trwać dłużej, niż do ukończenia przez skazańca 18 lat wieku.

Podobny przytułek poprawczy dla 50 dziewcząt, w wieku od 8 do 14 lat, otwarty został w Puszczy pod Warszawą w r. 1891. Do tego zakładu jednak mogą być przyjmowane dziewczęta nietylko z mocy wyroków sądowych, ale także na podstawie zarządzeń władz administracyjnych (§§ 9 i 10 statutu tegoż przytułku, zatwierdzonego przez min. spraw wewn. dnia 11 stycznia 1890).

[1] Pisali u nas o więzieniach następujący autorowie: Niemcewicz: *O więzieniach publicznych czyli domach pokuty rzecz krótka*, Warszawa, 1818; Xawery Potocki: *Uwagi do projektu do ogólnego i szczególnego polepszenia stanu i administracyi więzień w Król. Polskiem*, 1819; Mostowski: *Instrukcya więzienia*, 1823; Skarbek: *O poprawie moralnej winowajców w więzieniach*, 1822 (rzecz czytana na publ. posiedzeniu Królewsk. Tow. Przyj. Nauk 30 kwietnia 1822); tenże *Zdanie sprawy z podróży po niektórych krajach Europy, z polecenia rządu odbytej w zamiarze zwiedzenia zakładów dla ubogich i więzień*, 1830; Haller: *Myśli o publicznych domach roboty*, 1825; Kożuchowski: *O więzieniach*, 1825; Autora bezimiennego: *Système pénitentiaire des prisons russes en Pologne*, 1834; Rutkowski: *O więzieniach* (pismo to cytuje z manuskryptu Moldenhawer, l. c. I, str. 203); Czaplicki: *Pamiętniki więźnia stanu* (opis Kufsteinu), 1847; Nakwaski: *Etudes sur les divers systèmes pénit.* 1860; Moldenhawer: *O przeprowadzeniu odosobnienia w zakładach więziennych*, 1866 do 1870 (3 części); patrz także tego autora: *Raport présenté au congrés pénitentiaire international de Rome*, 1884; Zamojski: *O systemie więzień poprawczych Irlandzkich*, 1870; Miklaszewski: *O wykonaniu kary*, 1871. *O małoletnich przestępcach i Towarzystwie osad rolnych i Przytułków rzemieślniczych*, 1872; Rosenblatt: *Kara uwięzienia*, 1877, *System kar więziennych* (Przewodnik naukowy i liter. 1887, zeszyt styczniowy) Morelowski: *Rzut oka na stan więzień w Austryi* (Przegląd polski, 1884, zeszyt marcowy).

IV. Kara majątkowa [1].

§ 95.

449. Dwa główne odróżnić wypada rodzaje tej kary. Kara ta bowiem zasadzać się może, albo 1) na zabraniu czegoś z majątku przestępcy (konfiskata), albo 2) na zobowiązaniu przestępcy do zapłacenia sądowi pewnej kwoty pieniężnej (grzywny).

[1] Wahlberg *(Ges. kl. Schriften*, II, str. 231). Stooss: *Zur Natur der Vermögensstrafen*, 1878. Kronecker (w *Goltd. Archiv* 1870, 1880). Reinhardt: *Geldstrafe und Busse*, 1890. Patrz także rozprawę Seidlera *(Conrads Jahrbücher, Neue Folge*, XX, 241).

450. 1) Konfiskata. Może ona rozciągać się albo na cały majątek przestępcy, albo na pewną jego część, albo też na niektóre tylko bliżej oznaczone przedmioty, należące do jego składu. Tylko w tej ostatniej postaci zachowała się konfiskata w nowszych ustawodawstwach, jako kara dodatkowa, pozbawiająca winowajcę tych wszystkich przedmiotów, które stały się bądź narzędziem, bądź też wytworem jego przestępstwa. Co się tyczy zaś konfiskaty całego majątku przestępcy lub, jakiejś jego części, to słusznie uznano dzisiaj, że kara ta jest za mało osobista i z tego powodu zarzucono ją powszechnie.

451. 2) Grzywny. Usprawiedliwić tę karę można tylko o tyle, o ile z jednej strony kodeks ustanawia ją za przestępstwa, wypływające z chciwości zysku, i o ile z drugiej strony kara ta, będąc ściśle zastosowana do położenia majątkowego przestępcy, nie stanie się dla niego bądź nic nieznaczącym [1], bądź też rujnującym wydatkiem. Ze względu na to grzywny, jako kara główna, znajdują w kodeksach zastosowanie tylko do lżejszych przestępstw.

Z istoty grzywien, jako kary, wynika oczywiście, że

sąd nie może przyjmować ich wypłaty od osoby trzeciej, oświadczającej gotowość poniesienia ich ciężaru za przestępcę. Odpowiednio do tego, zbieranie składek lub podpisów dla pokrycia grzywien, nałożonych na przestępcę, stanowi czyn karygodny [2]. Nie sprzeciwia się jednak naturze grzywien, jako kary, przejście obowiązku ich wypłaty na dziedziców przestępcy, skoroby ten ostatni umarł, po zapadnięciu wyroku prawomocnego. Z tą chwilą bowiem grzywny obciążają majątek przestępcy i nie w charakterze kary przechodzą na jego spadkobierców, lecz jako dług cywilny [3].

[1] Według kod. niemieckiego najniższe grzywny wynosić mają 3 marki za zbrodnie i występki, a 1 markę za przekroczenia (§ 27). Znacznie wyżej określa granice grzywien ostatni proj. austr. z r. 1909 (od 2 do 50.000 koron, § 27).

[2] W prawie austryackiem przekroczenie względnie występek z § 310 k. k.

[3] Tego samego zdania bronią Köstlin *(System*, § 126); Berner *(Lehrb.* str. 310 wyd. z r. 1882); Dernburg *(Preuss. Privatr.* I, str. 254). Przeciwko niemu oświadczają się Zachariae *(Archiv.* 1853, str. 398); Geyer *(Goltd. Archiv,* 1865, str. 161); Lueder *(Ger. Saal*, 1877); Stooss (l. c. str. 14); Kronecker *(Goltd. Archiv*, 1880, str. 20); Hugo Meyer *(Lehrb.*, 1882, str. 344). Zasadę, że ma być wolno ściągać grzywny ze spadku po przestępcy, uświęca wyraźnie najnowszy projekt austr. (§ 28 projektu z r. 1909).

425. Na granicy między karą pieniężną a wynagrodzeniem szkody znajduje się t. zw. nawiązka *(Geldbusse)*.

Od grzywien różni się nawiązka w dwóch następujących punktach: *a)* sędzia może nałożyć ją na przestępcę tylko na żądanie pokrzywdzonego; *b)* tylko pokrzywdzony z niej korzysta.

Niemniej istotnie różni się nawiązka od wynagrodzenia szkody. Podczas gdy wysokość tego ostatniego musi znajdować się w ścisłej zależności od rozmiarów

wykazanej szkody materyalnej; to nawiązkę może sędzia wymierzyć w kwocie, odpowiadającej nietylko powyższej szkodzie, ale także innym jeszcze, przez pokrzywdzonego, z winy przestępcy, poniesionym przykrościom i uszczerbkom osobistym. Aby jednak, z jednej strony, nie pozostawić sędziemu, pod tym względem, zbyt nieograniczonego pola, ustawodawca powinien oznaczyć najwyższą miarę nawiązki; aby zaś, z drugiej strony, dać pokrzywdzonemu możność dochodzenia w zupełności swoich roszczeń prywatnych w razie, gdyby nie miała ich pokrywać najwyższa, przez ustawodawcę oznaczona miara nawiązki, powinien ustawodawca nie odbierać, na ten przypadek, pokrzywdzonemu drogi procesu cywilnego, żądając tylko, aby sędzia cywilny od wynagrodzenia, które przyzna pokrzywdzonemu, odliczył już otrzymaną przez tego ostatniego nawiązkę.

Do prawa obowiązującego w Austryi wprowadziła wyraźnie nawiązkę do wysokości 10,000 koron ustawa o ochronie marek fabrycznych z 6 stycznia 1890 (§ 27; D. u. p. l. 19), a pod nazwą wynagrodzenia szkody za doznane przykrości lub inne osobiste uszczerbki, wprowadziły także nawiązkę, i to bez żadnego ograniczenia jej wymiaru, ustawy o prawie autorskiem z dnia 26 grudnia 1895 (§ 57; Dz. u. p. l. 197) i o ochronie wynalazków z 11 stycznia 1897 (§ 103; Dz. u. p. l. 30).

V. Kara ubytku w zakresie uprawnień.

§ 96.

453. Kara ta polega na pozbawieniu przestępcy pewnych szczególnych upoważnień prawnych i znajduje zastosowanie do przestępstw, wykazujących, że winowajca nie posiada kwalifikacyi, potrzebnej do tego, aby można było, bez niebezpieczeństwa dla dobra publicznego, przyznawać mu odnośne uprawnienie. Brak tej kwalifikacyi nie zawsze znajdować się musi w związku z ujemną opinią o wartości moralnej winowajcy, lecz może także polegać na niedostatecznem uzdolnieniu fachowem, do zajmowania się pewną profesyą, jako to aptekarstwem, praktyką lekarską lub budownictwem (§§ 350, 356, 357, 384 k. k.).

Kara ta, z natury swojej, nie ma być dotkliwą ani dla czci, ani dla kieszeni winowajcy, lecz ma go dotykać wyłącznie w zakresie tytułu prawnego, do zajmowania się jakąś ściśle oznaczoną profesyą, względnie do piastowania jakiegoś urzędu, wymagającego uwierzytelnienia publicznego. W drodze odblasku jednak, kara ta będzie musiała zawsze dawać się odczuwać winowajcy, jako nadwerężenie jego godności osobistej, a bardzo często przybierze dla niego także charakter kary majątkowej, pozbawiając go dochodów, powiązanych z uprawianiem odnośnego zawodu[1]. Co do czasu, kara ta może być terminowa lub dożywotna.

[1] Temu nie zdoła nawet zapobiedz to urządzenie, że, gdy prawo prowadzenia jakiejś profesyi może być przedmiotem sprzedaży, to wtedy osobie, skazanej na jego utratę, nie ma przepadać szacunek, który otrzyma od jego nowonabywcy (§ 243 k. k.).

VI. Kara na czci [1].

§ 97.

454. Istotny charakter tej kary polega na tem, że jej przeznaczeniem jest dotykać przestępcy boleśnie w jego poczuciu godności osobistej. To zaś może nastąpić w sposób dwojaki, a mianowicie: albo 1) przez wyrządzenie przestępcy pewnego poniżenia, albo 2) przez pozbawienie go tych uprawnień, których posiadanie przez daną osobę każe przypuszczać, że nie jest ona niegodna pewnego szacunku (kary zniesławiające).

[1] Wick: *Ueber Ehrenstrafen*, 1853; Wahlberg: *Die Ehrenfolgen der strafger. Verurtheilung*, 1863 (patrz także tego autora rozprawę w Holtzendorfa *Handb.* II, str. 500); Gross: *Ueber die Ehrenfolgen der strafger. Verurtheilungen*, 1874; Rethwisch: *Ueber den Werth der Ehrenstrafen*, 1876. Patrz także Glaser: *Studien zum österr. Entwurf* (1870) oraz sprawozdanie Köhne'go z prac międzynar. kongr. dla spraw więziennych w Rzymie w r. 1885 (*Czasop.* Liszta, VIII, str. 439).

455. *A)* Kary poniżające. Dawniej ustawodawca czynił z tych kar bardzo szeroki użytek. Wówczas odróżniano w ich rzędzie kary upadlające i upokarzające.

Do pierwszych zaliczano wystawienie pod pręgierzem na placu publicznym i śmierć cywilną (*mort civile*, *consumptio existimationis*), t. j. uznanie zbrodniarza za umarłego ze względu na jego zdolność do utrzymania w mocy swoich dotychczasowych i do zawiązywania nowych stosunków prawnych. Odpowiednio do tego, przestępca, skazany na śmierć cywilną, tracił wszystkie prawa familijne i majątkowe, tak jak gdyby był umarł fizycznie. Kara ta znana jeszcze francuskiemu *Code pénal* z r. 1810, jako skutek wyroku, skazującego na śmierć lub na dożywotne przymusowe roboty, zachowała się we Francyi aż do r. 1854. Z Francyi dostała się też śmierć cywilna do kodeksu karnego Królestwa Polskiego z r. 1818. Zniósł ją tam kodeks kar głównych i poprawczych z r. 1847[2].

2) Do kar upokarzających zaliczano prośbę o przebaczenie, cofnięcie obrazy, pokutę kościelną i naganę sędziowską.

W nowszych czasach zarzucono powszechnie wszelkie kary upadlające, jako niezgodne z przeznaczeniem kary, która powinna nie deptać przestępcy lecz ułatwiać mu odrodzenie moralne. Co się tyczy zaś kar upokarzających, to w dzisiejszych kodeksach zachowała się tylko nagana sędziowska. Kodeks niemiecki dopuszcza jej względem nieletnich, w wieku od 12 do 18 lat, za bardzo lekkie występki i przekroczenia (§ 57_4); nasz kodeks wspomina o niej w §§ 414, 417 i 419^3. Z innych kar tego rodzaju, pokuta kościelna jest jeszcze znana kodeksowi rosyjskiemu z r. 1866 (art. 58).

[1] Wystawienie pod pręgierzem wykonywało się w ten sposób, że na placu publicznym, przywiązywano skazańca do słupa, zawieszano mu na piersi tablicę, wskazującą, jakie popełnił przestępstwo i na jaką skazany został karę, i trzymano go w tej pozycyi przez czas oznaczony w wyroku. W Austryi karę tę, znaną jeszcze kodeksowi z r. 1803 (Cz. I, § 19), zniosło dopiero Najw. Postan. z 22 maja 1848.

[2] W pewnem pokrewieństwie jednak ze śmiercią cywilną, ale tylko co do stosunków majątkowych, znajduje się w kodeksie rosyjskim z r. 1866 t. zw. utrata praw majątkowych, jako skutek skazania na ciężkie roboty (art. 25) i na karę zesłania na osiedlenie (art. 26). Utrata praw majątkowych polega bowiem na tem, że cały majątek skazańca przechodzi na jego prawnych następców tak samo, jak w przypadku śmierci naturalnej (art. 28).

[3] W nowszych czasach nagana sędziowska znalazła szerokie zastosowanie w kod. włoskim z r. 1889. Stanowi on mianowicie w art. 26 i 27 co następuje: W przypadkach, gdy zajdą okoliczności łagodzące, i winowajca dotychczas za zbrodnię (*delitto*) nie był jeszcze nigdy osądzony, a za przekroczenie (*contravenzione*) nie był jeszcze skazany na karę powyżej jednego miesiąca aresztu; sędzia mocen jest w miejsce kar, wskazanych w art. 26 (więzienia lub aresztu nie wyżej jednego miesiąca, internowania nie wyżej trzech miesięcy i grzywien nie wyżej 300 lirów) orzec naganę, połączoną z nałożeniem na winowajcę należycie zabezpieczonego, zobowiązania uiszczenia pewnej kwoty pieniężnej na przypadek, gdyby dopuścił się nowego przestępstwa w ciągu pewnego, w wyroku oznaczonego czasu, który to czas nie ma jednak przewyższać dwóch lat co do zbrodni, a jednego roku co do przekroczeń.

456. *B)* Kary zniesławiające t. j. pozbawienie praw honorowych. Niektóre uprawnienia tem się odznaczają, że mogą służyć tylko osobom, które nie są

niegodne pewnego szacunku. Uznanie przestępcy, tytułem kary, za niezdolnego, do posiadania podobnych praw, równa się więc uznaniu go za niegodnego odnośnego szacunku. Przestępca odczuwa tę karę, jako ranę, zadaną jego poczuciu godności osobistej i jako piętno, które na zewnątrz go zniesławia. Tu należy zaliczyć utratę praw politycznych, urzędów publicznych, tytułów honorowych, orderów, a także niektórych praw cywilnych, jak np. władzy rodzicielskiej i opiekuńczej.

Najcięższą ze wszystkich kar tego rodzaju ustanawia kodeks francuski, pod nazwą degradacyi obywatelskiej *(dégradation civique)*. Odznacza się ona dożywotnością i, jako kara dodatkowa, ma być połączona z każdem osądzeniem za zbrodnię[1]. Jako kara główna, znajduje ona w prawie francuskiem zastosowanie tylko do zbrodni politycznych (art. 8, 28, 34, *Code pénal)*.

W nowszych kodeksach przechowała się wprawdzie utrata, względnie uszczuplenie honorowych praw obywatelskich *(Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte* kodeksu niem.; *Schmälerung der staatsbürgerlichen Rechte* projektów austr.), jako skutek osądzenia za zbrodnię[2], ale z tą istotną zmianą, że ta utrata nie ma już nigdy być dożywotną w tem rozumieniu, iżby niezdolność skazańca do odzyskania odebranych mu, wskutek wyroku, praw honorowych miała trwać na zawsze. Niezdolność ta mianowicie ma się kończyć z upływem, od umorzenia kary głównej, pewnego w wyroku oznaczyć się mającego, czasu, który jednak nie może nigdy przechodzić dziesięciu lat (kod. niem. § 32; projekt austr. z r. 1891 § 42; z r. 1893 § 40)[3].

O stanowisku dzisiejszego prawa austryackiego wobec tej kwestyi będzie mowa w rozdziale następnym.

[1] Kod. franc. stanowi wprawdzie w art. 28, że degradacya obywatelska ma, jako kara dodatkowa, łączyć się tylko z karami czasowemi za zbrodnie. To jednak tem się tłómaczy, że aż do wydania ustawy z 31 maja 1854, prawo francuskie znało śmierć cywilną, jako dodatek do kary śmierci i kar dożywotnych za zbrodnie. Powyżej cytowana ustawa wprowadziła, w miejsce śmierci cywilnej, degradacyę obywatelską, także jako dodatek do kar dożywotnych za zbrodnie (art. 2). Por. Garraud: *Traité*, II, nr. 418.

[2] W myśl najnowszego projektu austr. (1909), także osądzenie za występki, świadczące o szczególnem zdziczeniu, o wysokim stopniu chciwości, bezwstydu lub wstrętu do pracy, może sprowadzać uszczuplenie honorowych praw obywatelskich (§ 33). Co do kod. niem. patrz bliższe szczegóły w jego § 32.

[3] W kodeksie niem. wyjątek stanowi zdolność do służenia w armii i marynarce, tudzież do piastowania urzędu publicznego. Skazanie bowiem na ciężkie więzienie *(Zuchthaus)* sprowadza *de iure* utratę dożywotną tej zdolności (§ 31).

ROZDZIAŁ IV.

System środków karnych prawa austryackiego.

I. Kary główne.

§ 98.

457. W myśl kodeksu obowiązującego należy podzielić kary główne na dwie kategorye, któremi są kary za zbrodnie i kary za występki i przekroczenia.

A) Kary za zbrodnie oznacza § 12 k. k., zaliczając do nich tylko: 1) karę śmierci *(Todesstrafe)* i 2) karę więzienną *(Kerkerstrafe)*.

B) Kary za występki[1] i przekroczenia podaje § 240 k. k. i zalicza do nich: 1) karę pieniężną (grzywny); 2) przepadek towarów, rzeczy sprzedajnych lub sprzętów; 3) utratę niektórych praw i upoważnień; 4) areszt: 5) wydalenie z pewnej miejscowości, z pewnego kraju koronnego lub z całego państwa austryackiego[2]. W rzędzie powyższych kar jednak, charakter kar głównych posiadają tylko grzywny, utrata niektórych praw i upoważnień

i a r e s z t. Właściwie znana jest jeszcze kodeksowi austryackiemu, czwarta kara główna za przekroczenia, a mianowicie n a g a n a s ę d z i o w s k a. O karze tej wprawdzie nie wspomina § 240, ale, tem niemniej, kodeks czyni z niej użytek w trzech przypadkach, przewidzianych w §§ 414, 417 i 419.

[1] Jedyny wyjątek, co do karygodności, stanowią występki przeciwko zarządzeniom dla zatamowania dżumy. Są one bowiem, co do kary, zrównane ze zbrodniami (§ 393 k. k. Patent ces. z 21 maja 1805, §§ 4, 6, 8, 10, 11, 12).

[2] Kodeks w § 240 wymieniał jeszcze chłostę w rzędzie kar za występki i przekroczenia. Karę tę zniosła nowela z 15 listopada 1867 (§§ 1, 2). Por. wyżej nr. 428.

A) Kary główne za zbrodnie.

I. Kara śmierci.

§ 99.

458. Kara śmierci znajduje zbyt szerokie zastosowanie w prawie austryackiem. Powstaje stąd konieczność zbyt częstych ułaskawień, co osłabia powagę prawidłowego biegu sprawiedliwości.

W drodze postępowania zwyczajnego ulegają karze śmierci następujące zbrodnie:

a) Z d r a d a g ł ó w n a *(Hochverrath)* w odniesieniu do wszystkich winowajców, jeżeli dopuszczono się tej zbrodni przeciwko cesarzowi, (§ 59 *a*), a we wszystkich innych przypadkach — tylko w odniesieniu do sprawców, podżegaczy, przywódców i bezpośrednio przy przedsiębraniu tej zbrodni czynnych pomocników (§ 59 *b*).

b) D w a p r z y p a d k i g w a ł t u p u b l i c z n e g o, jeżeli wskutek tych zbrodni jakiś człowiek utracił życie, a sprawca mógł był to przewidzieć. Są to przypadki V (przez złośliwe uszkodzenie cudzej własności (z §§ 85, 86) i VI (przez złośliwe działania lub opuszczenia wśród okoliczności szczególnie niebezpiecznych §§ 87, 88).

c) M o r d e r s t w o d o k o n a n e *(vollbrachter Mord)* w odniesieniu do sprawców, podżegaczy, tudzież pomocników, którzy bezpośrednio do wykonania morderstwa rąk przyłożyli albo przyjęli w jego dokonaniu inny czynny i bezpośredni udział (§ 136).

d) Z a b ó j s t w o r o z b ó j n i c z e *(räuberischer Todtschlag)* w odniesieniu do każdego, kto przyczynił się do zabicia ofiary (§ 141).

e) P o d p a l e n i e *(Brandlegung)* w dwóch przypadkach, a mianowicie: α) jeżeli wskutek tej zbrodni jakiś człowiek utracił życie, a sprawca mógł był to przewidzieć; β) jeżeli podpalenia dopuściła się szajka, mająca na celu szerzenie spustoszeń (§ 167 *a*).

f) Z b r o d n i a d y n a m i t o w a z § 4 ustawy z 27 maja 1885 (Dz. u. p. 134), jeżeli wskutek tej zbrodni jakiś człowiek utracił życie, a sprawca mógł był to przewidzieć.

459. Oprócz tego znane są jeszcze prawu austryackiemu zbrodnie pospolite, które muszą względnie mogą sprowadzać karę śmierci w przypadkach, podlegających postępowaniu doraźnemu lub orzecznictwu sądów wojskowych.

W drodze postępowania doraźnego *(standrechtliches Verfahren)*, unormowanego w §§ 429—446 proc. k., kara śmierci znajduje zastosowanie do zbrodni rozruchu *(Aufruhr)*, morderstwa, rabunku *(Raub)*, podpalenia i gwałtu publicznego przez złośliwe uszkodzenie cudzej własności. W myśl § 12 patentu ces. z 21 maja 1805 (l. 731 Zbioru ust. sąd.) kara śmierci przez rozstrzelanie ustanowiona była także za występki przeciwko zarządzeniom dla zatamowania dżumy, skoroby okazała się konieczność zaprowadzenia sądów doraźnych. Przepis ten jednak trzeba uważać za uchylony, z uwagi na art. I ustawy wprowadczej do procedury karnej z 23 maja 1873, tudzież z uwagi na §§ 429

i 430 powyższej procedury, gdzie podane są wyczerpująco zbrodnie, mogące podlegać postępowaniu doraźnemu, bez żadnej wzmianki o występkach zawlekania powietrza morowego [1].

W drodze postępowania przed sądami wojskowemi kara śmierci orzeczona być może za trzy zbrodnie, przewidziane przez ustawę karną powszechną, a mianowicie za szpiegostwo i inne porozumienia z nieprzyjacielem z § 67, nieuprawniony werbunek z § 92, a także za namawianie żołnierza do złamania przysięgi służbowej i danie mu pomocy do zbrodni wojskowych z § 222 (§§ 307, 311, 317, 322, 328 kod. karn. wojsk. z 15 stycznia 1855). W myśl przepisów ustawy karnej powszechnej, zbrodnie te miały zawsze podlegać orzecznictwu sądów wojskowych. Od wydania jednak ustawy z 20 maja 1869 (Dz. u. p. l. 78) orzecznictwo sądów wojskowych ma rozciągać się na te zbrodnie tylko na przypadek ich popełnienia w okresie, należycie ogłoszonego, stanu wojennego (§ 7) [2].

[1] Tego samego zdania są Finger (*Oesterr. Strafr.* I, 353) i Lammasch (*Grundriss*, 45). Co do postępowania doraźnego wogóle patrz mój *Wykł. procesu karn.* str. 471—475.

[2] W innych przypadkach zbrodnie te obłożone są ciężkiem więzieniem od jednego roku do pięciu lat (§ 7 ust. z 20 maja 1869).

460. Kara śmierci wykonywa się w Austryi pospolicie przez powieszenie (§ 13 k. k.) a zawsze, w myśl § 404 proc k., nie na placu publicznym, lecz w podwórzu więziennem i w obecności komisyi sądowej (trzej członkowie sądu, protokolant, prokurator państwa, lekarz sądowy i kapłan, towarzyszący skazańcowi). Oprócz tego są pewne osoby, które trzeba uwiadomić o miejscu i czasie egzekucyi aby, skoro zechcą, mogły przybyć na ten akt (obrońca skazańca, naczelnik i zastępcy gminy, w której okręgu ma nastąpić wykonanie wyroku), a są znów inne osoby, którym tylko wolno znajdować się przy egzekucyi (urzędnicy sądowi, prokuratorscy i policyjni, najbliżsi krewni skazańca, oraz inni jeszcze mężowie poważni, o ile na ich obecność miejsce pozwala) [1].

Wyjątkowo kara śmierci ma się wykonywać przez rozstrzelanie za zbrodnię namawiania żołnierza do złamania przysięgi służbowej i dania pomocy do zbrodni wojskowych (§ 317 k. k. wojsk.).

[1] Co do bliższych szczegółów patrz §§ 403, 404 proc. k. tudzież mój *Wykład procesu k.* str. 493—495. Co do przyspieszonej procedury, przy wykonywaniu wyroków śmierci w drodze postępowania doraźnego, patrz § 445 proc. k.

461. Kara śmierci należy w prawie austryackiem do kar, ustanowionych bezwzględnie. To znaczy, że w przypadkach, w których ustawodawca karę tę przepisuje, sędzia nie jest mocen, stosownie do swojego uznania, orzec w jej miejsce inną karę. Jedyny wyjątek od tej zasady uświęca § 442/2 proc. k. na przypadek, gdyby w drodze postępowania doraźnego sąd uznał, że przez stracenie jednego lub kilku zbrodniarzy stało się już zadosyć potrzebie odstraszenia, tudzież, że odnośny winowajca, ze względu na mniejszy swój udział w zbrodni lub ze względu na inne ważne okoliczności łagodzące, zasługuje na mniej surową karę. Wtedy mianowicie wolno jest sądowi doraźnemu zastąpić karę śmierci ciężkiem więzieniem od lat pięciu do dwudziestu.

Sam ustawodawca jednak wskazuje sędziemu dwa przypadki, w których wyjątkowo kara śmierci ma być wykluczona, a w jej miejsce ma być orzeczone ciężkie więzienie od lat dziesięciu do dwudziestu. Są to następujące przypadki: *a)* jeżeli winowajca w chwili popełnienia zbrodni nie ukończył jeszcze 20 lat życia (§ 52); *b)* jeżeli, od popełnienia zbrodni, upłynęło lat 20, a ziściły się wszystkie warunki przedawnienia śledztwa za zbrodnie (§ 231).

Dalsze ograniczenie ustawowe kary śmierci wypływa z przepisu § 50 k. k., w myśl którego kara ta obostrzona być nigdy nie może. Gdyby więc za czyn, o którymby się

potem pokazało, że są w nim znamiona zbrodni, obłożonej karą śmierci, winowajca był już z mocy wyroku sądowego poniósł jakąś inną, choćby najlżejszą karę; to sąd, któryby następnie, w drodze wznowienia postępowania (§ 356, l. 1 proc. k.), był powołany do wydania o tym czynie nowego wyroku, nie mógłby już skazać winowajcy na karę śmierci, lecz musiałby w jej miejsce orzec inną karę, a mianowicie ciężkie więzienie od 10 do 20 lat[1].

[1] Por. orzecz. Najw. Tryb. z 24 listop. 1879, nr. 214 zb.; z 1 czerwca 1900, nr. 2478 zb. Podobny przypadek mógłby zajść także w razie, gdyby, w myśl § 36 k. k., należało w Austryi osądzić zbrodniarza, już ukaranego za granicą. Najw. Tryb. jednak wyprowadza z zasady, że kara śmierci obostrzona być nie może, dalsze jeszcze konsekwencye, o których będzie mowa przy rozbiorze karygodności zbiegu przestępstw (p. niżej nr. 528).

2. Więzienie *(Kerker)*.

§ 100.

462. Kodeks odróżnia dwie kategorye stopni kary więziennej: *A)* co do surowości (§§ 14 — 16), *B)* co do czasu (§ 17).

A) Co do surowości kara ta ma dwa stopnie, któremi są 1) więzienie pierwszego stopnia czyli więzienie bez dodatku *(Kerker ohne Zusatz)*, zwane także pospolicie więzieniem zwyczajnem; 2) więzienie drugiego stopnia czyli ciężkie więzienie *(schwerer Kerker)*.

Kara więzienna obu powyższych stopni wykonywa się w tych samych zakładach[1], a często nawet bez żadnego odgraniczenia pod względem ubikacyjnym odnośnych skazańców. Przymus do pracy ma się łączyć tak z ciężkiem, jak ze zwyczajnem więzieniem, a stopień kary ma tylko według możności, wpływać na rodzaj wyznaczanych robót (§ 18). Na zewnątrz też nie występuje

w praktyce prawie żadna różnica między zwyczajnem a ciężkiem więzieniem, choć całkiem niewątpliwie ustawodawca chciał, aby drugi stopień więzienia miał charakter surowszej kary niż pierwszy.

Ze stanowiska kodeksu, przed wydaniem noweli z 15 listopada 1867, różnica między zwyczajnem a ciężkiem więzieniem uwydatniać się miała w następujących punktach:

a) Tylko ciężkie więzienie miało sprowadzać dla skazańców kajdany na nogi (§ 16).

b) Tylko ciężkie więzienie miało mieć za skutek utratę szlachectwa i zdolności do działań prawnych (§ 27).

c) Komunikowanie się z osobami postronnemi miało być dozwolone zbrodniarzom, skazanym na ciężkie więzienie, tylko wyjątkowo, gdyż tylko w nader osobliwych i ważnych przypadkach (§ 16)[2]. Ze względu zaś na więzienie pierwszego stopnia, kwestya ta miała ulegać temu tylko ustawowemu ograniczeniu, iżby rozmowa odbywała się w obecności dozorcy i w języku dla niego zrozumiałym (§ 15).

Z powyższych przepisów tylko trzeci *(c)* zachował się dotąd bez zmiany, a dwa pierwsze zreformowała nowela z 1867 r. w sposób następujący: W miejsce zniesionych kajdan, zaprowadziła nowela konieczność dołączenia do każdej kary ciężkiego więzienia przynajmniej jednego z zaostrzeń, podanych w § 19 k. k. (§ 3 Now.). Z dwóch specyficznych skutków prawnych skazania na ciężkie więzienie, zatrzymała nowela tylko utratę szlachectwa, a zniosła bezwarunkowo utratę zdolności do działań prawnych.

[1] Kary do jednego roku wykonywają się w więzieniach sądowych, powyżej tego czasu — w specyalnych zakładach karnych (§§ 405, 406 proc. k.). Por. mój *Wykł. proc. kar.* str. 495—497.

[2] Gorsze było jeszcze, pod tym względem, położenie skazanych na ciężkie więzienie, przed wydaniem kodeksu z r. 1852. Kodeks bowiem z r. 1803 odmawiał im bezwarunkowo prawa

komunikowania się z osobami postronnemi (§ 13, cz. I), a dekr. kanc. nadw. z 26 lutego 1818 r. (L. 1423 zbioru ustaw. sąd.) o tyle tylko okazał się łagodniejszym co do tej kwestyi, że, według niego, skazany na ciężkie więzienie mógł, za przyzwoleniem sądu wyższego lub najwyższego, być dopuszczony do rozmówienia się ze swoim kuratorem.

463. *B)* Pod względem czasu więzienie dzieli się w kodeksie także na dwa stopnie. Są niemi: więzienie dożywotne i czasowe.

1) Więzienie dożywotne przepisuje kodeks za niektóre cięższe zbrodnie bądź bezwarunkowo, bądź, obok ciężkiego więzienia od 10 do 20 lat, na przypadek, gdyby sąd uznał, że zachodzą okoliczności szczególnie obciążające.

Bezwarunkowo grozi kodeks ciężkiem więzieniem dożywotnem 1) za dokonane podrobienie publicznych papierów kredytowych, które uchodzą za monetę, jeżeli użyto do tego narzędzi, ułatwiających pomnażanie tych papierów (§§ 108, 109); 2) za zgwałcenie niewiasty, zhańbienie i nierząd przeciwny naturze, jeżeli wskutek tych zbrodni nastąpiła śmierć człowieka (§§ 126 — 129); 3) za dzieciobójstwo na dziecku z prawego łoża (§ 139); 4) za podpalenie, jeżeli sprawca częściej niż raz jeden, ogień podkładał, choćby zawsze bezskutecznie, lub jeżeli z tej zbrodni znaczna dla pokrzywdzonego wynikła szkoda (§ 167 *b*, *c*, *d)*; 5) za rabunek, jeżeli winowajca wyrządził komuś ciężkie uszkodzenie ciała, albo dręczył kogoś przez ustawiczne czynne ukrzywdzenia lub niebezpieczne pogróżki (§ 195); 6) za zbrodnię dynamitową, jeżeli wskutek niej jakiś człowiek utracił życie, a sprawca nie mógł był tego przewidzieć (gdyby mógł był przewidzieć — to kara śmierci; § 4 ust. z 27 maja 1885).

Fakultatywnie, obok kary ciężkiego więzienia od 10 do 20 lat, ustanawia kodeks ciężkie więzienie dożywotne za następujące zbrodnie: 1) za zdradę główną nie przeciwko osobie cesarza, dla dalszych winowajców (§ 59 *b*); 2) za rozruch—dla wichrzycieli i hersztów, jeżeli nie okazała się potrzeba sądu doraźnego (§ 75); 3) za dwa przypadki gwałtu publicznego t. j. przez złośliwe uszkodzenie cudzej własności (przyp. V z § 85) i przez złośliwe działania lub opuszczenia wśród okoliczności szczególnie niebezpiecznych (przyp. VI z § 87), jeżeli wskutek tych zbrodni jakiś człowiek doznał rzeczywiście nadwerężenia ciała lub zdrowia, albo też jeżeli z powodu tych zbrodni nastąpiło uszkodzenie cudzej własności w większych rozmiarach (§§ 86, 88); 4) za usiłowanie morderstwa kwalifikowanego — dla sprawcy, podżegacza i bliższych pomocników (§ 138); 5) za oszustwo przez krzywoprzysięstwo, jeżeli winowajca wyrządził znaczną szkodę (§ 204).

Dawniej różnica między przypadkami bezwarunkowego, a fakultatywnego przepisywania przez kodeks więzienia dożywotnego, była o wiele donioślejsza. W przypadkach bowiem pierwszego rzędu, kara ta była bezwzględna w tem rozumieniu, że jej zakres był całkiem niezależny od uznania sędziego. Ważną pod tym względem reformę zaprowadziła ustawa o postępowaniu karnem z 23 maja 1873. Rozciągnęła ona bowiem prawo sądu do nadzwyczajnego łagodzenia kary (§ 54 k. k.) także na więzienie dożywotne, dozwalając, aby w drodze tego prawa sąd obniżył tę karę do trzech lat (§ 338/2 proc. k.).

O więzieniu dożywotnem trzeba to jeszcze powiedzieć, że kodeks wyklucza jego stosowanie do przestępców, którzy w czasie popełnienia zbrodni nie ukończyli jeszcze 20 lat życia. W miejsce tej kary, sąd ma wtedy orzec ciężkie więzienie od 10 do 20 lat (§ 52).

464. 2) Więzienie czasowe znane jest kodeksowi w ramach od 6 miesięcy do 20 lat i bywa przezeń ustanawiane w czterech następujących zakresach: *a)* od 6 miesięcy do 1 roku; *b)* od 1 roku do 5 lat; *c)* od 5 do 10 lat; *d)* od 10 do 20 lat. Często jednak przepisuje kodeks dwa stykające się z sobą zakresy więzienia czasowego, czyniąc

przejście od jednego do drugiego zależnem bądź tylko od uznania sądu (§ 182 k. k. § 442 proc. k.), bądź też od okoliczności szczególniej obciążających (§§ 66, 77, 79, 110, 138, 154, 178, 184, 202, 221 k. k.).

Od lat 20, jako najwyższej miary więzienia czasowego, niema żadnego wyjątku w prawie austryackiem. Nie tak ściśle jednak przestrzega nasz ustawodawca, uznanego w § 17 k. k. za najniższą miarę tej kary, sześciomiesięcznego czasokresu. Z jednej strony bowiem, za zbrodnię umyślnego rozerwania telegrafu podmorskiego lub takiego jego uszkodzenia, że z tego powodu nastąpi choć częściowa przerwa połączenia telegraficznego, ustawa z dn. 30 marca 1888 (Dz. u. p. 41) grozi więzieniem od trzech miesięcy do pięciu lat (art. I, § 4); z drugiej zaś strony, sam kodeks upoważnił sędziego do tego, aby w drodze nadzwyczajnego łagodzenia lub zamiany kary, wymierzał więzienie poniżej sześciu miesięcy (§§ 54, 55).

465. Bieg kary więziennej liczy się prawidłowo od chwili ogłoszenia wyroku prawomocnego (§ 17)[1]. Wyjątki od tej reguły zachodzą w przypadkach, przewidzianych w §§ 398, 400, 401 proc. k. Kara ta mianowicie będzie się liczyła już od uwięzienia oskarżonego, po ogłoszeniu wyroku w pierwszej instancyi, jeżeli prawomocność tego ostatniego wstrzymano niezależnie od woli oskarżonego, lub jeżeli środek prawny, wniesiony na korzyść tego ostatniego, odniósł, choć częściowo, dobry skutek (§ 400 proc. kar.). Przeciwnie znów kara więzienna znajdzie późniejszy punkt wyjścia w przypadkach, gdy trzeba będzie wstrzymać natychmiastowe wykonanie wyroku, ze względu na stan zdrowia skazańca (choroba, brzemienność — 398 proc. k.), lub też gdy sąd przychyli się do prośby skazańca o odroczenie wykonania kary, z uwagi na smutny stan ekonomiczny skazańca lub jego niewinnej rodziny (§ 401 proc. k.)[1].

Co się tyczy sposobu obliczania długości kary więziennej, od chwili jej rozpoczęcia, to pamiętać trzeba, że w myśl ogólnej reguły, podanej w art. VIII Pat. wprow., wszystkie czasokresy, przez ustawę oznaczane, obliczać należy według roku kalendarzowego[2]. Znaczy to, że dla tej kwestyi musi być obojętną okoliczność, ile dni zawiera dany rok (365 lub 366) lub miesiąc (28, 29, 30 lub 31).

[1] Patrz co do tej kwestyi mój *Wykład proc. karn.* str. 492, 493, 497.

[2] Por. wyżej nr. 297, dop. 1.

466. Kara więzienna wykonywa się dotąd w Austryi[1] przeważnie według systemu wspólności, wszakże w zakładach karnych (w odróżnieniu od więzień sądowych) z zastosowaniem, zapożyczonej ze systemu szwajcarskiego, zasady klasyfikacyi skazańców.

Wprawdzie pewien ruch, ku zreformowaniu więzień w duchu systemu odosobnienia, rozpoczął się w Austryi już w r. 1840. Na jego czele stanęli podówczas Pratobewera, Krenn, Frühwald i Würth, a jako pierwszy donioślejszy krok rządowy, ku przygotowaniu gruntu dla proponowanej reformy, uważać trzeba wydane na wniosek ówczesnego ministra Schmerlinga postanowienie cesarskie z 24 sierpnia 1849 r. Uznawało ono bowiem konieczność budowania nowych, a przerabiania starych więzień według wymagań systemu odosobnienia. Późniejsze wypadki polityczne nie pozwoliły dopilnować tej tak ważnej sprawy. Podniesiono ją wszakże nanowo za ery konstytucyjnej i temu zawdzięczać należy wydanie ustawy z 1 kwietnia 1872 (Dz. u. p. 43) o wykonywaniu w osamotnieniu całej kary więziennej lub pierwszej jej części, tudzież o ustanawianiu komisyj, powołanych do rozciągania nadzoru nad prawidłowem stosowaniem tego systemu. Całkiem naturalnie jednak wprowadzenie w życie ustawy z 1872 r. w pojedynczych zakładach karnych i więzieniach sądowych trzeba było uczynić zależnem od odpowiedniej budowy tych ostatnich (§ 16 cyt. ust.), a dotychczas

niestety jest jeszcze w Austryi zbyt mało celkowo urządzonych więzień, aby nawet w ramach, wytkniętych ustawą z 1 kwietnia 1872, kara więzienna mogła wykonywać się w osamotnieniu we wszystkich okręgach sądowych[2].

[1] Leitmeier: *Oester. Gefängniskunde*, 1890. Marcovich: *Das Gefängniswesen in Oesterreich*, 1899. Finger: *Strafanstalten, I, Oesterreich (Oesterr. Staatswörterbuch Bd. II)*. Stooss: *Lehrb.* str. 193—206.

[2] Urządzenia celkowe istnieją w zakładach karnych: Stein, Praga, Karthaus, Pilzno, Carlau i Marburg. Posiadają je także więzienia sądowe: Ried, Grac, Wiener-Neustadt, Brüx, Reichenberg, Rovereto, Cieszyn, Trydent, Innsbruck, Wadowice (w tem ostatniem mieście w myśl reskr. min. sprawiedl. z 14 września 1900 l. 13793).

467. Najważniejsze przepisy ustawy z 1 kwietnia 1872 są następujące:

Kara więzienna ma być wykonywana w odosobnionej celi całkowicie lub częściowo. Całkowicie — w dwóch przypadkach: *a)* jeżeli, w razie jej odcierpienia w osamotnieniu, może być umorzona w ciągu conajwyżej ośmiu miesięcy, (co dzięki redukcyi, o której mowa niżej, pod l. 2, znajdzie zastosowanie do kar, nie przewyższających $10^1/_2$ miesięcy); *b)* jeżeli nie przenosi 18 miesięcy, a skazaniec rokuje nadzieję poprawy. Częściowo — we wszystkich innych przypadkach, z tem zastrzeżeniem, aby odosobnienie trwało najmniej 8 miesięcy, a najdłużej 3 lata (§ 2 cyt. ust.).

2) Po przebyciu przez skazańca trzech miesięcy w osamotnieniu, należy każde dalsze dwa całkowite dni, spędzone w odosobnionej celi, zapisywać na rachunek kary skazańca, jako trzy dni. Dzięki tej to redukcyi, więzienie, orzeczone na $10^1/_2$ miesięcy, ulegnie umorzeniu już w ciągu 8 miesięcy, w razie jego wykonania w celi (§ 4).

3) Rzeczą ministra sprawiedliwości jest oznaczać, w drodze osobnych rozporządzeń. zakłady karne i więzienia sądowe, w których kara ma być wykonywana w myśl przepisów ustawy z 1 kwietnia 1872 (§ 16)[1].

[1] Por. wyżej nr. 466, dop. 1.

B) Kary główne za występki i przekroczenia.

1. Areszt *(Arrest)*.

§ 101.

468. Znane są kodeksowi cztery rodzaje aresztu a mianowicie:

a) areszt pierwszego stopnia, czyli, jak o nim wyraża się kodeks, areszt bez dodatku, zwany także w praktyce aresztem zwyczajnym *(einfacher Arrest* — § 244);

b) areszt drugiego stopnia, czyli areszt ścisły *(strenger Arrest* — § 245);

c) areszt domowy *(Hausarrest* — §§ 246, 262);

d) areszt dla nieletnich (§ 270).

469. Pospolitemi formami aresztu, jako kary za występki i przekroczenia, są areszt pierwszego i areszt drugiego stopnia:

a) Areszt pierwszego stopnia, czyli areszt zwyczajny, polega tylko na osadzeniu skazańca w domu więziennym, bez żadnych dalszych ograniczeń co do wiktu lub zajęć, o tyle jednak, o ile skazaniec utrzymywałby się z własnych funduszów lub zasiłków prywatnych, tudzież o ile jego tryb życia nie zakłócałby porządku domowego odnośnego więzienia (§ 244).

b) Areszt drugiego stopnia, czyli areszt ścisły, sprowadza zawsze dla skazańców te dwa dalsze ograniczenia, że α) podlegają oni, co do wiktu i zatrudnienia, przepisom, ustanowionego dla odnośnego domu więziennego, regulaminu; β) nie mogą inaczej komunikować się

z osobami postronnemi, jak w obecności dozorcy i w języku dla niego zrozumiałym (§ 245).

Oprócz tego między aresztem pierwszego a drugiego stopnia zachodzi jeszcze ta ważna różnica, że tylko areszt pierwszego stopnia dopuszcza wśród pewnych warunków zamiany na areszt domowy (§ 262) lub grzywny (§ 261).

470. *c)* Areszt domowy znany jest kodeksowi tylko, jako surogat aresztu pierwszego stopnia, dla osób, które używają sławy nieskażonej, a, przez oddalenie od swego mieszkania, doznałyby przeszkody w spełnianiu swojego urzędu, w załatwianiu swoich interesów lub w zajmowaniu się swoim zarobkiem (§ 262). Nakłada on na skazańca ten tylko obowiązek, aby, przez czas, oznaczony w wyroku nie opuszczał swego mieszkania, pod grozą odcierpienia reszty, nie odbytego jeszcze aresztu, w publicznem więzieniu. Stosownie do okoliczności sąd może nie poprzestać na odebraniu od skazańca odpowiedniego przyrzeczenia, lecz może także zarządzić przystawienie straży (§ 246).

471. *d)* Areszt dla nieletnich. Wspomina o nim kodeks w § 270, ze względu na nieletnich w wieku od 10 do 14 lat, winnych przestępstwa, które tylko, z uwagi na ich nieletność, ma stanowić nie zbrodnię lecz przekroczenie (por. wyżej nr. 297). Kodeks przepisuje dla nich, jako karę, zamknięcie w oddzielnym areszcie (*Verschliessung in einem abgesonderten Verwahrungsorte*) na czas od jednego dnia do sześciu miesięcy. Od zwykłego aresztu różni się ta kara tem, że zawsze ma się z nią łączyć praca przymusowa, odpowiednia siłom skazańca, tudzież udzielanie stosownej nauki przez duszpasterza lub katechetę (§ 272). Oprócz tego, sąd mocen jest zawsze uznać za dopuszczalne, aby skazańca, po odcierpieniu tej

kary, osadzono w domu poprawczym (§ 8 ust. z 24 maja 1885; Dz. u. p. 89).

472. Regułę co do najniższej (24 godzin) i najwyższej miary (6 miesięcy) aresztu podaje § 247. Od uznanego za prawidłowy minimalnego wymiaru aresztu ustawodawca austryacki, sam, nigdy nie odstępuje[1]. O wiele mniej ściśle przestrzega on reguły z § 247 ze względu na maksymalny wymiar aresztu. Są bowiem występki, za które ustawa przepisuje areszt do jednego roku, do dwóch, a nawet trzech lat[2].

Zwykle ustawa oznacza karę aresztu w zakresie między jakąś minimalną a maksymalną granicą np. od trzech do sześciu miesięcy, § 312/2; od trzech dni do jednego miesiąca, § 320 *f*). Znane są jednak przypadki aresztu bezwzględnie przez ustawę oznaczonego (np. jednotygodniowy areszt w §§ 352, 353; trzymiesięczny ścisły areszt w § 379), a także aresztu, oznaczonego przez ustawę, tylko ze względu na jego najwyższy wymiar (np. do trzech miesięcy w myśl § 1 ust. z 6 kwietnia 1870 o ochronie tajemnicy listów; do jednego miesiąca, do dwóch miesięcy, do czternastu dni w myśl §§ 2, 4, 6, ust. z 30 marca 1888 o ochronie telegr. podm.; do dwóch względnie sześciu miesięcy w myśl §§ 44 i 45 ust. z 29 lutego 1880 o epidemiach zwierzęcych).

[1] Tylko w drodze nadzwyczajnego łagodzenia kary, w myśl § 266 k. k., sędzia będzie mógł wymierzyć areszt poniżej 24 godzin, wszakże nie niżej 12 godzin. To ostatnie ograniczenie wypływa z rozporz. min. z 11 lutego 1855 (Dz. u. p. 30). Por. niżej nr. 476 ad 5.

[2] Areszt do jednego roku ustanowiony jest za następujące występki: 1) udział w tajnem stowarzyszeniu (§§ 288, 292, 294, 295), 2) znieważanie rozporządzeń władz z § 300, podburzanie do nieprzyjaznych kroków przeciwko narodowościom etc. z § 302, obrazę prawnie uznanego kościoła z § 303, rozkrzewianie niedozwolonej sekty religijnej z § 304, publiczne znieważanie urządzeń małżeństwa etc. z § 305, w razie, gdy który z tych

pięciu występków popełniono osnową pisma drukowego (§ 305); 3) spowodowanie śmierci człowieka z winy nieumyślnej (§ 335); 4) bankructwo lekkomyślne (§ 486); 5) obraza czci z §§ 487—492, jeżeli się jej dopuszczono osnową pisma drukowego (§ 493), a pod tym samym warunkiem także 6) gruba nieobyczajność, wywołująca zgorszenie publiczne (§ 516); 7) przekroczenia, przewidziane w §§ 30 i 33 patentu ces., dotyczącego broni, z 24 października 1852 (Dz. u. p. 223); 8) występki z §§ 45 i 47 ust. wojsk. z 11 kwietnia 1889 (Dz. u. p. 41); występki z §§ 17 i $19/_1$ ustawy, dotyczącej artykułów żywności z 16 stycznia 1896 (Dz. u. p. 86 ex 1897).

Areszt do dwóch lat ustanowiony jest za występki: 1) uszkodzenia cielesnego z winy nieumyślnej i wśród okoliczności szczególnie niebezpiecznych z § 337 k. k.; 2) nieumyślne zawlekanie epidemii wśród zwierząt domowych z § 66 ust. z 6 sierpnia 1909 (Dz. u. p. l. 177); 3) lichwy z § 4 ust. z 28 maja 1881 (Dz. u. p. 47); 4) udaremniania egzekucyi przymusowej z § 2 ust. z 25 maja 1883 (Dz. u. p. 78); 5) wyjawiania przez inspektorów przemysłowych tajemnic, dotyczących przemysłu i fabrykacyi z § 16 ust. z 17 czerwca 1883 (Dz. u. p. 117); 6) oszukańczego prowadzenia przemysłu emigracyjnego z § $2/_1$ ust. z 21 stycznia 1897 (Dz. u. p. 27).

Areszt do trzech lat przepisany jest za następujące występki: 1) spowodowanie śmierci człowieka z winy nieumyślnej i wśród okoliczności szczególnie niebezpiecznych z § 337 k. k.; 2) przełamanie zakazów, zawartych w art. I i II pat. ces. o broni skrytobójczej z dnia 18 stycznia 1818, dla południowego Tyrolu (art. VII); 3) przełamanie przepisów, normujących wyrób materyj rozsadzających i operowanie niemi, jeżeli dopuszczono się tego wśród takich okoliczności, że przewinienie to mogło było narazić na niebezpieczeństwo własność, zdrowie lub życie innej osoby (§ 3 ust. z 27 maja 1885; Dz. u. p. 134); 4) umyślne zawlekanie epidemii wśród zwierząt domowych z § 67, ust. z 6 sierpnia 1909, (Dz. u. p. 177); 5 zadanie kalectwa samemu sobie lub drugiemu, za jego zezwoleniem, celem sprowadzenia niezdolności do służby wojskowej (§ 49 ust. wojsk. z 11 kwietnia 1889; Dz. u. p. 41); 6) oszukańczego prowadzenia przemysłu emigracyjnego wśród okoliczności obciążających z $2/_2$ ust. z 21 stycznia 1897 (Dz. u. p. 27).

473. W ścisłym związku z kwestyą długości aresztu znajduje się pytanie, od jakiej chwili należy uważać tę karę za rozpoczętą. Ponieważ kodeks pytania tego nie rozstrzygnął, przeto musimy szukać na nie odpowiedzi, stosując analogicznie § 17 k. k. o początku kary więziennej. Z uwagi na to, bieg aresztu liczyć się będzie prawidłowo od chwili ogłoszenia wyroku prawomocnego, z wyjątkiem przypadków, przytoczonych wyżej pod nr. 465, oraz nowego jeszcze przypadku, przewidzianego w § 482 proc. kar. Ten ostatni przypadek zajdzie wtedy, jeżeli prośbę o złagodzenie lub darowanie kary wniesiono jeszcze przed jej rozpoczęciem, a prośba ta opiera się na okolicznościach, które dopiero wyszły na jaw po zapadnięciu wyroku i na uwzględnienie zasługują. Wtedy bowiem ustawa o postępowaniu karnem dozwala wstrzymać wykonanie aresztu, o ileby w przeciwnym razie cel prośby mógł zupełnie lub częściowo uledz udaremnieniu.

Co się tyczy systemu wykonywania kary aresztu, to kwestya ta opiera się z jednej strony na przepisach ustawy (§§ 244—246, 253—257 k. k., tudzież ustawa z 1 kwietnia 1872; Dz. u. p. 43), z drugiej zaś — na licznych rozporządzeniach ministeryalnych.

2. Grzywny *(Geldstrafe)*[1].

§ 102.

474. Kara ta (§§ 240 *a*, 241 k. k.) znajduje najczęstsze zastosowanie do przekroczeń, aczkolwiek znana jest kodeksowi także, w odniesieniu do występków (kradzież literacka z § 467). Szersze zastosowanie do występków, zwłaszcza tych, które najczęściej pochodzą z chciwości zysku, znalazła ta kara w Austryi, w drodze ustaw dodatkowych (§ 2 — 4 ustawy o lichwie z 28 maja 1881; § 3 ustawy dynamitowej z 27 maja 1885; §§ 47—49 ust. wojsk. z 11 kwietnia 1889: § 23 ust. dla ochrony znaków towar. z 6 stycznia 1890; § 51 ustawy o prawie autorstwa

z 26 grudnia 1895; §§ 17—19 ust. o artyk. żywności z 16 stycznia 1896; § 2 ust. o przemyśle emigr. z 21 stycznia 1897).

[1] Patrz wyżej § 95.

475. Ustawa austryacka zwyczajnie przepisuje grzywny w zakresie między jakąś minimalną a maksymalną miarą. W niektórych jednak przypadkach wiąże ona sędziego pewną, bezwzględnie oznaczoną kwotą grzywien (§§ 320 *b, c*, 321, 351 k. k.).

Co do wysokości grzywien, wypada zaznaczyć, że do wyjątków należą w prawie austryackiem grzywny poniżej 10 koron. W tak niskiej kwocie przepisuje mianowicie grzywny patent cesarski, dotyczący broni, z 24 października 1852 (§§ 39, 47). Maksymalna zaś miara grzywien w systemie kodeksu w jednym tylko przypadku przenosiła 1000 koron (za gry zakazane z § 522 grzywny do 1800 koron). Późniejsze jednak ustawy podniosły znacznie grzywny, a mianowicie za występki dynamitowe (do 2000 koron § 3 ust. z 27 maja 1885), za występki naruszenia znaków towarowych, prawa autorskiego i patentu na wynalazek (do 4000 kor. § 23 ust. z 6 stycznia 1890; § 51 ust. z 26 grudnia 1895; § 97 ust. z 11 stycznia 1897), za występki przeciwko powinności wojskowej do 2000 względnie do 4000 kor. §§ 47—49 ust. z 11 kwietnia 1889), za występki lichwy (do 2000, do 4000 a nawet do 6000 kor. §§ 2—4 ust. z 28 maja 1881), za występki przeciwko powinnościom podatkowym (do 2000 kor. § 246 ust. z 25 paźdz. 1896), za oszukańcze prowadzenie przemysłu emigracyjnego (do 8000 kor. § 2 ust. z 21 stycznia 1897).

Oprócz tego są przypadki, w których ustawa czyni wysokość grzywien zależną od pewnego zysku, który winowajca chciał z przestępstwa osiągnąć, np. przepadek umówionego czynszu za najem domu lub mieszkania, na rzecz tajnego stowarzyszenia (§ 290 k. k.), lub przed uzyskaniem zezwolenia władzy budowniczej (§ 386 k. k.); a także grzywny w kwocie, wynoszącej dziesięciokrotny iloczyn bezprawnie wypuszczonych znaków wartościowych (art. VIII rozp. ces. z 21 września 1899 o przedłuż. przywil. banku austr.-węg. — Dz. u. p. l. 176).

476. Z przepisów, dotyczących wykonywania grzywien, najważniejsze są następujące:

1) Grzywny, oznaczane przez ustawę, należało w myśl art. VII pat. wprow. rozumieć w monecie konwencyjnej. Przepis ten jednak zmieniony został postanowieniem ces. z 1 sierpnia 1858 (Dz. u. p. 115), w myśl którego, z dniem 1 listopada 1858, wszystkie przez ustawę oznaczone kwoty pieniężne[1], obliczone być miały według waluty austryackiej, bez dopłaty konwencyjnej. Z dniem 1 stycznia 1900, ta tylko zaszła zmiana co do tej kwestyi, że waluta guldenowa ustąpiła miejsca walucie koronowej (post. ces. z 21 września 1899; Dz. u. p. 176).

2) Obowiązek uiszczenia grzywien, nałożonych prawomocnie za życia skazańca, przechodzi w razie jego śmierci na jego dziedziców (rozp. min. sprawiedl. z dn. 3 kwietnia 1859; Dz. u. p. 52). Patrz co do tej kwestyi wyżej nr. 451.

3) Grzywny przeznaczać należy na rzecz funduszu ubogich miejsca popełnionego przestępstwa (§ 241 k. k.). Wyjątkowo mają wpływać grzywny do skarbu państwa za wykroczenia przeciwko ustawom, dotyczącym zaraźliwych chorób bydlęcych (§ 74 ust. z 6 sierpnia 1909, Dz u. p. 177), a do funduszu taks wojskowych za występki przeciwko powinności wojskowej w razie, gdyby nie zdołano wykryć gminy przynależności skazańca (§ 66 ust. z 11 kwietnia 1889).

4) Upłata grzywien nie może być nigdy rozłożona na raty, ani też przyjmowana od osoby trzeciej, oświadczającej gotowość uiszczenia grzywien za skazańca (§ 2 rozp. min. z 11 lut. 1855, Dz. u. p. 30; p. także § 310 k. k.).

Gdyby jednak można było ściągnąć tylko część grzywien, to reszta nieuiszczonych grzywien dopuszczałaby zamiany na areszt w sposób, omawiany poniżej (§ 6 cyt. rozporz. z 1855).

5) Sąd powinien w wyroku, skazującym na grzywny odrazu oznaczyć karę aresztu, mającą wejść w miejsce grzywien na przypadek, gdyby nie można było ściągnąć tych ostatnich. Za normę dla obliczenia aresztu, mającego zastępować grzywny, trzeba uważać przepis, podany w § 260 k. k. na przypadek, gdyby sąd uznał za właściwe, w uwzględnieniu przykrych stosunków ekonomicznych oskarżonego lub jego rodziny, uczynić, przy wyrokowaniu, użytek z prawa zamiany grzywien na areszt. W myśl tego przepisu należy, o ileby ustawa nie podawała dla jakiegoś szczególnego wypadku innej normy, liczyć za każde dziesięć koron jeden dzień aresztu. Areszt jednak, wchodzący w miejsce grzywien poniżej dziesięciu koron, powinien sąd oznaczać zawsze conajmniej w zakresie dwunastu godzin (§ 1 cyt. rozp. z r. 1855).

[1] Odnosi się to także do kwot pieniężnych, w których ustawa oznacza szkodę, mającą nadawać niektórym przestępstwom niższą lub wyższą kwalifikacyę kryminalną, np. odnośnie do kradzieży (§§ 173, 179), sprzeniewierstwa (§§ 181, 182), oszustwa (§§ 200, 203).

477. Odrębne normy w kwestyi obliczania aresztu, mającego zastępować grzywny, podaje ustawa w następujących przypadkach:

a) Za występki lichwy sąd, przy zamianie grzywien na areszt, powinien liczyć jeden dzień za każde dwadzieścia koron (§ 5 ust. z 28 maja 1881).

b) Tam, gdzie ustawa grozi alternatywnie grzywnami lub aresztem pewnego zakresu, sąd, przy zamianie grzywien na areszt, związany jest ustawowym zakresem tej ostatniej kary, np. areszt, w miejsce stu koron, nie będzie mógł przechodzić ośmiu dni, za nieuprawniony handel

trucizną (§ 361 k. k.); areszt w miejsce 1000 koron, nie będzie mógł przewyższać trzech miesięcy, za naruszenie tajemnicy listów (§ 1 ust. z 6 kwietnia 1870); areszt, w miejsce 4000 koron, nie będzie mógł przenosić jednego roku, za naruszenie znaków towarowych (§ 23 ust. z 6 stycznia 1890), a sześciu miesięcy za naruszenie prawa autorskiego (§ 51 ust. z 26 grudnia 1895)[1].

c) Za występki przeciwko powinności wojskowej ustawa każe w razie nieściągalności grzywien, zamieniać je na areszt, wprawdzie według ogólnego stosunku jednego dnia za każde dziesięć koron, ale z tem ważnem zastrzeżeniem, iżby grzywny, nałożone na skazańca łącznie z karą aresztu, nie mogły w drodze zamiany podnieść tej ostatniej kary bardziej niż o połowę (§ 66 ust. z 11 kwietnia 1889).

[1] Patrz także §§ 2, 3, 6 ust. o ochr. telegr. podm. z 30 marca 1888.

478. O grzywnach to jeszcze trzeba zanotować, że znane są one kodeksowi także, jako surogat kary aresztu pierwszego stopnia (§ 261). O kwestyi tej pomówimy obszerniej, przy rozbiorze instytucyi zamiany kary w prawie austryackiem (patrz niżej nr. 520 *ad* 3).

3. Utrata praw i upoważnień *(Verlust von Rechten und Befugnissen)*[1].

§ 103.

479. Przepisy w przedmiocie tej kary podaje kodeks w §§ 242 i 243. Widać z nich, że karze tej podlegać mogą tylko osoby, które piastują jakiś urząd lub wykonywają jakąś profesyę, na mocy stopni akademickich lub uwierzytelnienia publicznego, a także osoby, które trudnią się jakąś gałęzią zarobkowania (rzemiosłem lub przemysłem)

bądź, jako mieszczanie, bądź z upoważnienia zwierzchności (§ 242).

Kodeks nie chce, aby odcierpienie tej kary z jednej strony miało być postawione w zależności od woli skazańca, z drugiej zaś — miało, samo przez się, wyrządzać skazańcowi uszczerbek majątkowy. Ze względu na pierwszą okoliczność, kodeks nie pozwala osobie, obwinionej o przestępstwo, za które ustawa grozi utratą odnośnej profesyi, zrzekać się tej ostatniej w ciągu dochodzenia sądowego lub przed zapadnięciem wyroku. Ze względu na drugą okoliczność, kodeks postanawia, że w przypadkach, gdy prawo prowadzenia jakiejś profesyi może być przedmiotem kupna — sprzedaży, to osobie, skazanej na utratę tego prawa, niema żadną miarą przepadać szacunek, zapłacony przez nowonabywcę (§ 243).

[1] Patrz wyżej nr. 453.

480. Utrata praw i upoważnień znana jest kodeksowi, jako kara główna, przeważnie w odniesieniu do przestępstw, popełnionych w drodze powrotnej, i świadczących, że winowajca bądź nie posiada wykształcenia fachowego, potrzebnego do wykonywania odnośnej profesyi, bądź nie chce przestrzegać, przy wykonywaniu tejże, przepisów obowiązujących.

Z uwagi na pierwszą okoliczność, kodeks każe orzekać utratę odnośnej profesyi w takich przypadkach, jak fuszerka w przyrządzaniu lekarstwa ze strony pomocnika aptekarskiego (druga recydywa; § 350), zawinienie lekarza lub chirurga, gdy miało za źródło nieumiejętność fachową (już za pierwszem popełnieniem; §§ 356, 357), runięcie rusztowania lub domu z winy budowniczego (§§ 383, 384, 385).

Z uwagi na drugą okoliczność, kara ta znajduje zastosowanie do takich przestępstw, jak przyjmowanie gości na nocleg do szynkowni, która nie jest na prawach gospody (druga recydywa; § 320 *d);* brak należytego dozoru ze strony właściciela lub prowizora apteki w razie fuszerki subjekta w przyrządzaniu lekarstw (druga recydywa; §§ 351, 352); handlowanie przez kupca trucizną bez upoważnienia (druga recydywa, jeżeli kupiec przestrzegał przepisanych środków ostrożności, § 362; już za pierwszem popełnieniem — w przeciwnym przypadku, § 363); wydanie trucizny osobie, która nie okaże przepisanego pozwolenia (pierwsza recydywa, (§ 366); zaniedbanie utrzymania przepisanej książki z notatkami, dotyczącemi sprzedaży trucizny (druga recydywa, § 367); sprzedaż mięsa z bydła, które nie przebyło przepisanych oględzin (druga recydywa, § 399). Co do innych podobnych przypadków, patrz §§ 406, 407, 420, 436, 438, 469, 472, 478, 482, 483, 498, 515 k. k.

481. Co do czasu utrata praw i upoważnień może być karą bezterminową lub czasową (§ 242). W części szczególnej jednak kodeks, tylko w nader nielicznych przypadkach, przepisuje tę karę na pewien oznaczony czas, a mianowicie w §§ 350, 356, 357, 383 aż do wykazania przez winowajcę (aptekarza, lekarza, chirurga, budowniczego) w drodze nowego egzaminu, że nabył już potrzebną kwalifikacyę fachową; tudzież w § 498 (za pierwszym razem na trzy miesiące, za drugim — na rok, a za trzecim, na zawsze).

We wszystkich zaś przypadkach, w których kodeks nie ogranicza utraty praw i upoważnień do pewnego przepisanego czasu, trzeba uważać tę karę, za mającą być orzeczoną na zawsze, i odmówić sędziemu prawa dowolnego oznaczania jej zakresu. W tym duchu wyjaśnia tę kwestyę rozp. min. sprawiedl. z 29 maja 1854 (Dz. u. p. l. 134).

II. Kary dodatkowe *(Nebenstrafen)*.

§ 104.

482. Do rzędu kar dodatkowych prawa austryackiego należy zaliczyć następujące środki karne:

1) Przepadek towarów, rzeczy sprzedajnych lub sprzętów;
2) Wydalenie;
3) Zaostrzenia kary;
4) Oddanie pod dozór policyjny;
5) Przytrzymanie w domu pracy przymusowej; i
6) Przytrzymanie w domu poprawy.

483. 1) Przepadek towarów, rzeczy sprzedajnych lub sprzętów *(Verfall von Waaren, Feilschaften oder Geräthe*, §§ 240 *b*; 241). Karę tę łączy kodeks bądź z aresztem (§§ 325—329, 354, 355), bądź też z grzywnami (§§ 406, 445, 522). Przepadkowi podlegają tutaj przedmioty, które stały się albo narzędziem, albo też wytworem popełnionego występku lub przekroczenia, np. monety naśladowane w § 325, tłoczarnia lub drukarnia nieprawnie utrzymywana w §§ 326 i 327, fałszowane naczynia cynowe w § 406 i t. d.

W bliskiem pokrewieństwie z tą karą znajduje się przepadek otrzymanego lub zaofiarowanego podarunku względnie zaś jego wartości, jako dodatek do więzienia, za zbrodnie przyjęcia podarunków w rzeczach służbowych z § 104 i uwiedzenia do nadużycia władzy urzędowej z § 105 kod. karn.

Przedmioty, ulegające przepadkowi, przekazuje kodeks, na równi z grzywnami, funduszowi ubogich miejsca popełnienia przestępstwa (§§ 104, 105, 241).

484. 2) Wydalenie *(Abschaffung*, §§ 240 *f*, *g*, *h*; 249). Wydalenie może być trojakie, a mianowicie rozciągać się może albo tylko na jakąś szczególną miejscowość (§ 240 *f*)[1], albo na jakiś kraj koronny (§ 240 *g*), albo na cały obszar państwa austryackiego (§ 240 *h*). Dwa pierwsze rodzaje wydalenia różnią się między sobą, tylko ze względu na ich rozciągłość, zresztą noszą one na sobie te same znamiona. Tak jedno, jak i drugie, może znaleść zastosowanie zarówno do krajowców, jak do cudzoziemców[2], na czas bądź oznaczony, bądź też bezterminowy. Inny charakter posiada wydalenie z całego państwa austryackiego. Kodeks dopuszcza tej kary tylko przeciwko cudzoziemcom (§ 249_2) i tylko na czas nieoznaczony. Aby się przekonać o tem ostatniem, wystarczy porównać ustęp drugi § 249 z jego ustępem pierwszym, oraz § 323 z § 324 kodeksu karnego.

[1] Wydalenie z pewnej miejscowości rozciąga się zawsze na cały obręb policyjny, do którego ona należy (rozp. min. z 10 maja 1852, Dz. u. p. l. 106), a nie może nigdy obejmować miejsca, z którem przestępcę łączy prawo swojszczyzny (rozp. min. z 19 maja 1858, Dz. u. p. l. 79).

[2] Herbst: *Hanbuch*, II, ad § 249. Janka: *Oesterr. Strafrecht*, 1884, str. 187.

485. 3) Zaostrzenia kary *(Strafverschärfungen*, §§ 19—25, 250, 253—257). Znane są prawu austryackiemu dwa różne rodzaje zaostrzenia kary.

Jeden z nich polega na połączeniu z sobą kilku środków karnych, uznanych przez kodeks za osobne kary, np. aresztu z przepadkiem towarów lub wydaleniem. O tym rodzaju zaostrzenia kary wspomina kodeks wyraźnie tylko odnośnie do występków i przekroczeń (§ 250)[1].

Drugi rodzaj zaostrzenia kary zasadza się na dodaniu do niektórych kar głównych (więzienia i aresztu) pewnych, przez kodeks dozwolonych, obostrzeń, które w jego systemie nie oznaczają osobnych kar, jako to: twarde łoże, post, ciemnica (§§ 19—25, 253—257).

W odniesieniu do sędziego, zachodzi między zaostrze-

niem pierwszego a drugiego rodzaju, ta ważna różnica, że, w kwestyi skazania przestępcy na kilka połączonych ze sobą kar, sędzia skrępowany jest przepisami ustawy w tem rozumieniu, że ustawa wskazuje mu dokładnie przypadki, w których, i zakres, w jakim powinien on wymierzać kilka różnych kar (§ 250). Co się tyczy zaś zaostrzenia drugiego rodzaju, to w zasadzie ustawa normuje tylko sposoby, w jakie sędzia może czynić z niego użytek, w miarę tego, jak uzna, że obostrzenia tego domagać się będą okoliczności obciążające.

[1] Odnośnie do zbrodni znane jest podobne zaostrzenie tylko wyjątkowo, a mianowicie jako połączenie więzienia z przepadkiem podarunku w §§ 104 i 105 tudzież z karą pieniężną w kwocie 200 koron, na rzecz kasy wojskowej, w §§ 220 i 221 k. k. Zresztą kombinacye, złożone z dwóch lub trzech kar, przepisuje kodeks wyłącznie w odniesieniu do występków i przekroczeń. Przykłady połączonych kar w liczbie dwóch patrz w §§ 290, 291, 320, 321, 347, 355 i t. p. w liczbie trzech — patrz w §§ 327, 328, 362, 384, 385, 405 i t. p.

486. Zaostrzeń kary, zależnych od uznania sędziego, dopuszcza kodeks tylko w odniesieniu do więzienia (§§ 19 do 25 i aresztu (§§ 253—257)[1]. Są niemi co do więzienia: post, twarde łoże, samotna cela, ciemnica i wygnanie z Austryi po odbytej karze; co do aresztu: post, ciężka robota, twarde łoże, samotna cela i ciemnica.

W przedmiocie zaostrzeń, wspólnych dla więzienia i aresztu, zwrócić trzeba uwagę na następujące przepisy:

a) Post *(Fasten)*, w odniesieniu do więzienia i aresztu ścisłego, polega na trzymaniu skazańca o chlebie i wodzie — w odniesieniu zaś do aresztu pierwszego stopnia, zasadza się na ograniczeniu skazańca do wiktu, przepisanego dla osób, dotkniętych ścisłym aresztem. Post o chlebie i wodzie nakładany być może, bez przerwy, tylko w ciągu jednego dnia i to nie częściej, niż trzy razy w tygodniu przy więzieniu, a dwa razy w tygodniu przy areszcie (§§ 20, 254).

b) Twarde łoże *(hartes Lager)* t. j. ograniczenie skazańca do spania na gołej ławie, służy sądowi do dyspozycyi w tych samych rozmiarach, w których wolno mu szafować postem (§§ 21, 255).

c) Samotna cela *(Einzelnhaft)* według kodeksu nie mogła bez przerwy być wyznaczana na czas dłuższy, niż jeden miesiąc, odnośnie do więzienia, a czternaście dni, odnośnie do aresztu. Ponownie wolno było stosować to zaostrzenie dopiero po upływie miesiąca (§§ 22, 256). Niewątpliwie przepisy te uważać trzeba za uchylone ustawą z 1 kwietnia 1872 (Dz. u. p. 43), która, jak wiadomo, dopuszcza wykonywania kary więziennej w odosobnieniu aż przez trzy lata (por. wyżej nr. 467). Regułą wszakże pozostało dotąd żądanie kodeksu, aby skazańca, osadzonego w celi, przynajmniej dwa razy na dzień odwiedzał ktoś z grona osób, sprawujących dozór w zakładzie więziennym, tudzież aby zatrudniano go w sposób odpowiedni (§ 22).

d) Ciemnica *(Dunkle Zelle)* stosowana być może bez przerwy nie dłużej, niż w ciągu trzech dni, w odniesieniu do więzienia (§ 23), a nie dłużej niż w ciągu 24 godzin, w odniesieniu do aresztu (§ 257). Oprócz tego ustawa przepisuje, że nie wolno ponownie stosować tego zaostrzenia, przed upływem jednego tygodnia, tudzież, że, podczas kary więziennej, nie może ono obejmować więcej niż 30 dni w roku, a podczas kary aresztu, nie może być stosowane częściej niż dziesięć razy (§§ 23, 257).

Specyalnie do więzienia odnosi się zaostrzenie przez wydalenie po odbytej karze *(Landesverweisung, § 19 f)*, a do aresztu zaostrzenie przez ciężką robotę *(schwere Arbeit, § 253 b)*.

O wydaleniu trzeba zanotować, że ma się ono rozciągać na wszystkie kraje koronne państwa austryackiego i że może dotykać tylko cudzoziemców (§ 25).

Co się tyczy zaostrzenia aresztu przez cięższą robotę, to środek ten w praktyce prawie nie bywa stosowany,

a to z tego powodu, że w zakładach, przeznaczonych do wykonywania kary aresztu, rzadko kiedy dopisują warunki, umożliwiające wynalezienie dla niektórych skazańców jakichś odrębnych, a istotnie uciążliwszych zajęć.

[1] Słusznie Stooss (*Lehrb.* 193) się oburza, że także areszt dla nieletnich dopuszcza zaostrzeń (§ 270 k. k.).

487. Powiedziałem, że w zasadzie ustawa pozostawia uznaniu sędziego rozstrzygnięcie pytania, czy, ze względu na zachodzące okoliczności obciążające, należy dodać do więzienia lub aresztu jedno z zaostrzeń, które poznaliśmy wyżej (§§ 48, 265). Pewne granice jednak wyznacza ustawa, co do tej kwestyi, dowolności sędziego w trzech następujących wypadkach:

1) Sędziemu nie służy prawo zaostrzania więzienia dożywotnego (§ 50).

2) W miejsce zniesionych kajdan, sędzia ma obowiązek dodania do każdej kary ciężkiego więzienia przynajmniej jednego z zaostrzeń z § 19 k. k. (§ 3 Now. z 15 listop. 1867). Stosuje się to także do ciężkiego więzienia dożywotnego, gdyż zakaz, zawarty w § 50 k. k., odbiera sędziemu tylko tytuł do zaostrzenia tej kary, ze względu na okoliczności obciążające[1].

3) Za niektóre przestępstwa ustawa sama przepisuje zaostrzenie więzienia (§§ 40, 146, 155, 194) i aresztu (§§ 352, 416, 418, 421, 422, 424, 425, 460), a wtedy oczywiście sędzia musi je dołożyć do odnośnej kary.

[1] Błędnie zapatruje się na to Stooss: *Lehrb.* str. 189.

488. 4) Oddanie pod dozór policyjny *(Stellung unter Polizeiaufsicht)*. Kodeks nie podaje żadnych przepisów w kwestyi oddania przestępców, po odcierpieniu kary głównej, pod dozór policyjny, przewiduje tylko, że zajść może w niektórych przypadkach konieczność zarządzenia tego środka i unormowanie tej kwestyi zastrzega osobnym postanowieniom (§ 25 *in fine*). Zawiera je ustawa

przeciwko próżniakom i włóczęgom z dnia 10 maja 1873 (Dz. u. p. l 108).

W myśl tej ustawy, do sądów karnych należy tylko oświadczenie się w wyroku za dopuszczalnością dozoru policyjnego (§ 5), samo zaś jego zarządzenie jest rzeczą uznania władz administracyjnych pierwszej instancyi oraz znajdujących się w niektórych miastach władz policyjnych rządowych (§ 7). Władze te bez odpowiedniego orzeczenia sądu, nie mogą oddawać przestępcy, po odcierpieniu kary, pod dozór policyjny, wszakże orzeczenie to nie obowiązuje, lecz tylko upoważnia je do zarządzenia tego środka.

Co się tyczy osób, których oddanie pod dozór policyjny sądy uznać mogą za dopuszczalne, to wymienia je ustawa z 1873 r. w §§ 4, 6 i 14. Należą do nich:

a) Osoby, które za fałszowanie publicznych papierów kredytowych lub monety, albo za przestępstwa przeciwko cudzej własności, skazane zostały na dłuższe niż sześciomiesięczne pozbawienie wolności, albo nawet na krótsze ale powtórnie (§ 4). Przez przestępstwa przeciwko cudzej własności pojmować należy przestępstwa, które wypływają z chciwości zysku (a więc nie złośliwe uszkodzenie cudzej własności z § 85 k. k.) i wyrządzają uszczerbek cudzemu majątkowi, a nie narażają go tylko na niebezpieczeństwo (a więc nie występek lichwy). Tu należą kradzież, sprzeniewierstwo, rabunek, uczestniczenie w powyższych przestępstwach z §§ 185, 186, 196, 464, oszustwo i wymuszenie natury majątkowej, a także paserstwo przez kupowanie podejrzanych towarów z §§ 474 — 477 kod. kar.

b) Osoby karane za przekroczenie włóczęgostwa i zdające się zagrażać bezpieczeństwu publicznemu (§ 4). Osoby te kwalifikują się także w myśl § 1 ustawy z 24 maja 1885 (Dz. u. p. 89) do osadzenia, po odcierpieniu kary, w domu pracy przymusowej (patrz niżej nr. 490).

c) Osoby karane za przekroczenia żebractwa i wstrętu

do pracy, jeżeli, przed wejściem w moc obowiązującą ustawy z 10 maja 1873, znajdowały się już w jednej z dwóch, wymienionych wyżej, kategoryj (§ 6).

d) Osoby, które sąd uznał za kwalifikujące się do umieszczenia, po odcierpieniu kary, w domu pracy przymusowej (§ 14).

Do powyżej wymienionych kategoryj ustawa z 27 maja 1885 (Dz. u. p. 134) dodała jeszcze osoby, karane za zbrodnie i występki dynamitowe (§ 11 cyt. ust.).

[1] W miejscowościach, gdzie sprawy policyi bezpieczeństwa poruczone są gminom, władze gminne mają także prawo zarządzania dozoru policyjnego.

489. Trwanie dozoru policyjnego ogranicza ustawa z r. 1873 do lat trzech, licząc od dnia umorzenia kary głównej (§ 9). Gdyby jednak, w ciągu dozoru policyjnego, odnośna osoba skazana została za nowe przestępstwo, uzasadniające oddanie pod dozór policyjny; to możnaby przedłużyć, co do niej, powyższy dozór na nowe trzy lata, licząc od umorzenia ostatniej kary (§ 11).

Co się tyczy skutków dozoru policyjnego, to tkwią one w następujących ścieśnieniach:

1) Temu, kto jest pod dozorem, można zabronić: *a)* przebywania w pewnych miejscowościach lub okręgach, prócz gminy, z którą go łączy prawo swojszczyzny; albo też *b)* opuszczania bez pozwolenia władzy pewnego miejsca pobytu, wybranego przezeń dobrowolnie, lub wyznaczonego mu przez władzę (§ 9 *a*).

2) Ma on obowiązek meldowania władzy bezpieczeństwa każdej zmiany, zaszłej co do miejsca jego zamieszkania, tudzież stawania przed nią na każde wezwanie i udzielania jej żądanych wyjaśnień, co do swojego trybu życia (zajęć, utrzymania, zarobku) i co do swoich stosunków z innemi osobami (§ 9 *b*).

3) Władza bezpieczeństwa może domagać się od niego,

aby stawał przed nią w pewnych, z góry wyznaczonych, terminach; aby nie brał udziału w pewnych zgromadzeniach, nie bywał w pewnych lokalach, tudzież nie wychodził z domu bez naglącej potrzeby w porze nocnej lub podczas nadzwyczajnego zbiegowiska (§ 9 *c*).

4) Władza bezpieczeństwa ma prawo odbywania każdego czasu rewizyi jego mieszkania i osoby (§ 9 *d*).

Jak widzimy, to skutki dozoru policyjnego są wielce uciążliwe[1] dla osób, które mu podlegają, a nawet w niejednym przypadku mogą im utrudniać wyszukanie uczciwego sposobu zarobkowania (por. wyżej nr. 436). Przewiduje to sama ustawa i z tego powodu poleca wyraźnie władzom bezpieczeństwa, poddawać osoby, znajdujące się pod dozorem policyjnym, tym tylko ścieśnieniom, które okażą się niezbędnemi, ze względu na zachodzące okoliczności, oraz oszczędzać zawsze, ile można, reputacyę i zarobek powyższych osób (§ 9 ustęp końcowy).

[1] Skutki te stały się w myśl ustawy z 24 maja 1885 r. tem uciążliwszemi jeszcze, że ustawa ta pociąga przekroczenie przeciwko obowiązkom i ograniczeniom, wypływającym z dozoru policyjnego, do kary surowszej (ścisły względnie zaostrzony areszt od 8 dni do 3 miesięcy, patrz § 6) niż ta, którą okładała to przekroczenie ustawa z 10 maja 1873 r. (areszt od 1 do 14 dni, w ponownym zaś razie — ścisły względnie zaś zaostrzony areszt do 1 miesiąca, patrz § 10).

490. 5) Przytrzymanie w domu pracy przymusowej *(Anhaltung in einer Zwangsarbeitsanstalt).* Kwestyę tę normują dwie ustawy z 24 maja 1885[1] a mianowicie ustawa o dopuszczalności przytrzymania w domach pracy przymusowej i poprawy (Dz. u. p. l. 89) i ustawa, dotycząca zakładania podobnych domów (Dz. u. p. l. 90). Przepisy ich są następujące:

1) Stanowisko sądów wobec przytrzymania w domu pracy przymusowej jest takie samo, jak to, które im wyznacza ustawa z r. 1873 wobec oddania pod dozór poli-

cyjny. Rzeczą mianowicie sądów jest tylko uznać w wyroku przytrzymanie przestępcy w domu pracy przymusowej, po odcierpieniu przezeń kary głównej, za dopuszczalne; samo zaś zarządzenie tego środka zależy od uznania władz politycznych krajowych (§ 7 obu ustaw z 24 maja 1885)[2].

2) Sądy karne mogą dopuszczać przytrzymania w domu pracy przymusowej osób, uznanych przez nie za winne przekroczeń z §§ 1—6 ustawy z 24 maja 1885 (Dz. u. p. 89). Tu należą:

a) Włóczęgostwo (§ 1).

b) Żebractwo (§ 2).

c) Wstręt do pracy (*Arbeitsscheu*, §§ 3, 4).

d) Przypadki nierządu, wymienione w § 5, (patrz niżej nr. 1101).

e) Niespełnienie przez osobę, znajdującą się pod dozorem policyjnym, obowiązków, nałożonych na nią wskutek tego dozoru (§ 6).

3) Od przytrzymania w domu pracy przymusowej wyklucza jednak ustawa następujące osoby (§ 6 ust. z 24 maja 1885, Dz. u. p. 90):

a) Osoby, nie mogące trudnić się żadną, choćby najlżejszą robotą.

b) Osoby chore umysłowo.

c) Osoby, dotknięte chorobami lub kalectwami zaraźliwemi.

d) Kobiety ciężarne i karmiące.

4) Staranie się o założenie domów pracy przymusowej jest rzeczą pojedynczych krajów, reprezentowanych w Radzie państwa. Kilka krajów jednak może złożyć się na założenie jednego wspólnego domu pracy przymusowej. Skarb ze swej strony obiecuje, wedle możności i potrzeby, przyczyniać się także do pokrywania kosztów tego rodzaju przedsięwzięć (§ 1, Dz. u. p. 90).

5) Jeżeli w jakimś kraju postarano się o możność posyłania przestępców do domów pracy przymusowej;

to wtedy każda, z kraju tego pochodząca, osoba, której przytrzymanie w domu pracy przymusowej sąd uznał za dopuszczalne, powinna jeszcze przez 4 tygodnie, po odcierpieniu nałożonej na nią kary, pozostawać w więzieniu sądowem, chyba że władza polityczna krajowa zarządzi wcześniej jej wypuszczenie na wolność (§ 8 Dz. u. p. 90).

6) Przytrzymanie w domu pracy przymusowej może trwać bez przerwy najdłużej trzy lata. Wcześniej jednak należy wypuścić skazanego tylko w przypadku jego rychlejszej poprawy, a to za uchwałą tej samej władzy[3], która zarządziła jego przytrzymanie w domu pracy przymusowej (§ 9 tejże ust.)[4].

[1] W myśl ustaw z r. 1885 uchylone zostały dawniej w tejże kwestyi obowiązujące §§ 1, 2, 10, 12, 13, 15—19 ustawy z 10 maja 1873, a także §§ 509—511, 517—521 k. k. W Galicyi, Lodomeryi, Krakowie i Bukowinie dotychczas nie wprowadzono jeszcze w życie przepisów tych ustaw co do uznawania przez sądy karne, za dopuszczalne osadzenia przestępców w domach pracy przymusowej i poprawy (por. § 12 cyt. ust. Dz. u. p. l. 90).

[2] O zarządzeniu mianowicie przytrzymania w domu pracy przymusowej rozstrzygać ma osobna komisya, ustanowiona przez władzę polityczną krajową. W skład jej powinien także wejść przynajmniej jeden przedstawiciel wydziału krajowego. W przypadkach zaś istnienia domów pracy przymusowej dla pewnych powiatów lub gmin, władza polityczna krajowa upoważnić może podwładną jej władzę polityczną powiatową, do orzekania o zarządzeniu tego środka. Od uchwały komisyi powiatowej odwołać się można do komisyi krajowej, której orzeczeń zaczepiać już nie wolno (§ 10, Dz. u. p. 90). Por. też rozp. min. spr. wewn. z 26 lipca 1885 Dz. u. p. 106).

[3] To jest komisyi, o której mowa w dopisku poprzedzającym.

[4] Zauważyć przytem należy, że, gdyby wypuszczenie skazańca z domu pracy przymusowej nastąpiło przed upływem dwóch lat, a okazało się następnie, że jego poprawa była zwodnicza, to komisya, o której mowa w dopisku 2, może zarządzić jego ponowne osadzenie w tym domu na cały czas, którego, w chwili jego uwolnienia, brakowało do lat trzech (§ 9 Dz. u. p. 90).

491. 6) Przytrzymanie w domu poprawy *(Anhaltung in einer Besserungsanstalt)*. W kwestyi tej obowiązują także przytoczone wyżej ustawy z 24 maja 1885 [1]. Wśród ich przepisów, tyczących się specyalnie przytrzymania w domu poprawy [2], najważniejsze są następujące:

1) Domy poprawy różnią się od domów pracy przymusowej w tym istotnym punkcie, że są przeznaczone dla przestępców młodocianych, a mianowicie dla tych, którzy jeszcze nie ukończyli 18 lat. Ze względu na to, domy te tworzyć mają całkiem odrębne zakłady i organizacya ich powinna być tego rodzaju, aby przestępcy mogli w nich znaleść wychowanie moralne i religijne, oraz nauczyć się jakiegoś uczciwego sposobu zarobkowania (§ 13 Dz. u. p. 90).

2) Domy poprawy mają być zakładane staraniem i kosztem pojedynczych krajów oraz w sposób, wskazany co do domów pracy przymusowej (§§ 13 i 15 tejże ustawy).

3) Osadzenie winowajcy w domu poprawy może nastąpić na mocy jednej z trzech następujących uchwał:

a) Na mocy wyroku sądowego, orzekającego dopuszczalność zatrzymania przestępcy w domu pracy przymusowej, jeżeli skazaniec nie skończył jeszcze lat 18 wieku (§§ 13 i 14 tejże ust.).

b) Na mocy wyroku sądowego, orzekającego wprost dopuszczalność zatrzymania przestępcy w domu poprawy, jeżeli skazaniec popełnił przestępstwo, które, w myśl § 2 *d*, 237, 269 — 272 k. k., tylko, z powodu jego nieletności, trzeba mu poczytać nie za zbrodnię, lecz za przekroczenie (§ 9 Dz. u. p. 89). Patrz wyżej nr. 297.

c) Na mocy zarządzenia władzy bezpieczeństwa co do nieletnich, którzy w myśl § 273 k. k. ulegać mogą skarceniu przez tę władzę, jeżeli nieletni jest całkiem zaniedbany i nie można w inny sposób zapewnić mu porządnego wychowania i dozoru (§ 8 Dz. u. p. 89) [3]. Patrz wyżej nr. 297.

4) Przytrzymanie w domu poprawy ma trwać dopóty, dopóki wymaga tego jego cel, najdłużej jednak aż do ukończenia przez nieletniego lat 20 wieku (§ 14 Dz. u. p. 90).

5) Dopóki nie będzie odrębnych domów poprawy, dopóty osoby, któreby kwalifikowały się do nich, należałoby przytrzymywać w osobnych oddziałach domów pracy przymusowej (§ 14 Dz. u. p. 90).

[1] Przedtem przytrzymanie w domach poprawy normowała także ustawa z 10 maja 1873 r. przeciwko próżniakom i włóczęgom.

[2] Wogóle bowiem mają do domów poprawy znaleść zastosowanie przepisy, podane dla domów pracy przymusowej, jeżeli tylko ustawa, w przedmiocie pierwszych, nic innego nie zarządza (§ 15 ust. z 24 maja 1885, Dz. u. p. 90).

[3] Oprócz tego zatrzymanie w domu poprawy nieletniego, który jeszcze nie ukończył lat 18 wieku, może także nastąpić na wniosek jego zastępcy prawnego i za zgodą władzy opiekuńczej (§ 16, Dz. u. p. 90). W tym ostatnim przypadku jednak zatrzymanie w domu poprawy nie jest właściwie żadną karą, lecz tylko środkiem administracyjnym natury pedagogicznej.

III. Skutki karne *(Straffolgen)* [1].

A. Skutki prawne osądzenia za zbrodnie.

§ 105.

492. Należy, co do tej kwestyi, odróżnić stanowisko kodeksu karnego od zmian, zaprowadzonych nowelą z 15 listopada 1867 (Dz. u. p. 131).

I. Stanowisko kodeksu (§§ 26, 27) tem się odznaczało, że każde osądzenie za zbrodnię miało sprowadzać: 1) utratę na zawsze pewnych, w § 26 wymienionych, a przez skazańca przed wyrokiem posiadanych praw i zaszczytów; 2) utratę ustawiczną zdolności do tego, aby kiedykolwiek, bez zezwolenia cesarza, niektóre z tych praw i zaszczytów

módz odzyskiwać, względnie módz w przyszłości otrzymywać nowe takie prawa i zaszczyty (§ 26 *b*, *d*, *e*).

[1] Literaturę patrz wyżej nr. 454, dop. 1.

493. 1) Do skutków, polegających na utracie raz na zawsze przez osobę, skazaną za zbrodnię, pewnych, posiadanych przez nią przedtem, praw i zaszczytów, zaliczał kodeks (§ 26) następujące; *a)* odebranie orderów, tak krajowych, jak zagranicznych, tudzież znaków zaszczytnych, tak cywilnych, jak wojskowych[1]; *b)* pozbawienie tytułów publicznych, stopni i godności akademickich; *c)* wykluczenie od odpowiedzialnej redakcyi pism peryodycznych[2]; *d)* pozbawienie wszelkiego urzędu publicznego i służby publicznej; *e)* usunięcie duchownych od beneficyum kościelnego; *f)* pozbawienie kwalifikacyi do sprawowania urzędu sędziowskiego, adwokatury, notaryatu, publicznych agencyj i wszelkiego zastępstwa stron przed władzami publicznemi; *g)* odjęcie tytułu do pobierania wszelkich, na przepisach pensyjnych opartych, pensyj, prowizyj, zasiłków na wychowanie lub innych poborów, a także wszelkich darów łaski[3].

Oprócz tego, miały w myśl § 26 k. k. wypływać jeszcze z każdego osądzenia za zbrodnię te dla winowajcy szkodliwe skutki, które opierały się na postanowieniach ustaw cywilnych, politycznych i kościelnych[4].

[1] Ponieważ kodeks mówi o odebraniu (*Abnahme*) nie zaś o utracie (*Verlust*) orderów, przeto pytanie, czy po odbytej karze należy, lub nie, zwrócić winowajcy odebrane mu ordery, jest kwestyą, którą rozstrzygnąć można tylko na mocy odnośnych statutów orderowych. Patrz: dekret nadworny z 6 października 1835 (zbiór ust. sąd. L. 86) oraz statuta orderu Franciszka Józefa z 25 grudnia 1850 r. (Dz. u. p. 24 z r. 1851), a także liczne rozporządzenia drukowane w wydaniu Manza kod. kar. ad § 26 (1908).

[2] Por. § 12 ustawy prasowej z 17 grudnia 1862 (Dz. u. p. l. 6 z r. 1863). W myśl tego paragrafu niezdatnym jest do prowadzenia redakcyi odpowiedzialnej pisma peryodycznego ten, kto, na mocy ustawy gminnej, z powodu popełnienia czynu karygodnego postradał obieralność do reprezentacyi gminnej. Otóż w myśl art. IX i X ustawy gminnej z 5 marca 1862 r. (Dz. u. p. l. 18) obieralność tę ma utracać każdy, kto skazany został za zbrodnię.

[3] Co do płacy pensyjnej dla osób, należących do armii lądowej, marynarki i obrony krajowej, patrz ustawę z 27 grudnia 1875 (Dz. u. p. l. 158); co do zasiłków dla inwalidów wojskowych i płacy, połączonej z medalem waleczności, patrz rozp. ministr. z 30 czerwca 1853 (l. 124 Dz. u. p.), z 13 listop 1854 l. 294 Dz. u. p.), § 106 ustawy z 27 grudnia 1875 (L. 158 Dz. u. p.). Co do wdów i sierot po wojskowych, patrz ust. z 27 kwietnia 1887 (Dz. u. p. 11).

[4] Do najważniejszych z nich należą: *a)* skutki wskazane w §§ 29, 68, 109, 115, 176, 540, 541, 543, 592, 768, 769, 770, 782, 1210 kod. cywilnego; *b)* utrata prawa wybierania i obieralności do izby deput. rady państwa (§ 20 ordyn. wyborcz. z 2 kwiet. 1873), do sejmu krajowego (ordyn. wyb. z 26 lutego 1861 i § 3 ustawy z 17 stycznia 1870), do reprezentacyi gminnej (art. IX i X ustawy gmin. z 5 marca 1862), do izb handlowych (§ 7 ust. z 29 czerwca 1868), do sądów przemysłowych (§§ 9 i 26 ust. z 14 maja 1869); *c)* wyłączenie od urzędu sędziego przysięgłego (§ 2, l. 4 ustawy z 23 maja 1873 o układ. list przysięgłych); *d)* utrata prawa służenia w wojsku w charakterze jednorocznego ochotnika (§ 24 ust. 11 kwietnia 1889).

494. 2) Niezdolność ustawiczną do odzyskania praw, utraconych wskutek wyroku, względnie do otrzymania nowych takich praw, bez najwyższego zezwolenia, orzekał kodeks w odniesieniu do tytułów publicznych, stopni i godności akademickich (§ 26 *b*), do urzędu publicznego i służby publicznej (§ 26 *d*), tudzież do beneficyum kościelnego (§ 26 *e*).

495. Wreszcie o stanowisku kodeksu karnego to jeszcze wypada nadmienić, że specyalnie z wyrokiem, skazującym na karę śmierci lub ciężkie więzienie, łączył on

nadto dwa następujące skutki prawne: *a)* utratę szlachectwa[1], co jednak nie miało dotykać ani małżonki zbrodniarza, ani jego dzieci, przed wyrokiem spłodzonych (§ 27 *a)*; *b)* utratę zdolności do działań prawnych na czas ponoszenia kary (§ 27 *b)*.

[1] Por. wyżej nr 420, dop. 1.

496. II. Nowela karna z 15 listopada 1867 wprowadziła do wyłożonych powyżej przepisów kodeksu karnego cały szereg istotnych zmian, wśród których trzeba w pierwszym rzędzie zapisać trzy następujące:

1) Zniosła ustawiczną niezdolność do odzyskiwania praw utraconych wskutek wyroku karnego, wprowadzając na jej miejsce niezdolność czasową (§ 6 Now.).

2) Zniosła niezdolność do działań prawnych, jako skutek wyroku, skazującego na karę śmierci lub ciężkiego więzienia (§ 5 Now.).

3) Przeprowadziła ze względu na skutki karne, granicę między zbrodniami, którym należy się pewne uprzywilejowanie co do skutków kary, a które Nowela wylicza wyczerpująco *(zbrodnie niehańbiące)* a wszystkiemi innemi zbrodniami (§ 6 Now.).. Te ostatnie nazwijmy w odróżnieniu od pierwszych *zbrodniami hańbiącemi* z tem nadmienieniem, że samych terminów *zbrodnie hańbiące* i *niehańbiące* Nowela nie używa.

497. Bliższy rozbiór stanowiska, zajmowanego przez Nowelę z 15 listopada 1867 wobec skutków prawnych osądzenia za zbrodnie, wymaga podziału jej przepisów na dwie kategorye, z których pierwsza odnosi się do zbrodni niehańbiących, druga — do zbrodni hańbiących.

498. *A)* Stanowisko Noweli wobec zbrodni niehańbiących. Zbrodnie te wymienia § 6_2 Now. Są to

zbrodnie, wypływające z pobudek bądź politycznych, bądź nie mających w sobie nic nikczemnego. Ze względu na charakter polityczny pobudek, uznaje Nowela za zbrodnie niehańbiące: zdradę główną i współwinę w tejże, tudzież zamieszanie spokojności publicznej, z wyjątkiem przypadków, gdyby dopuszczono się której z tych zbrodni przeciwko osobie cesarza (§§ 58 *b*, *c*, 60, 61, 65, 66 k. k.; art. I, II, ust. z 17 grudnia 1862. Dz. u. p. l. 8 ex 1863); bunt (§§ 68, 69), rozruch (§ 73) i gwałt publiczny przeciwko zwierzchności (§ 81), o ile dopuszczono się tych zbrodni z pobudek politycznych. Z uwagi na brak pobudek nikczemnych, zamieściła nowela w rzędzie zbrodni niehańbiących: pojedynek (§§ 158, 163, 165), dwa pierwsze przypadki gwałtu publicznego (§§ 76, 78, 80); zabójstwo i ciężkie uszkodzenie cielesne w bijatyce, gdy nie wiadomo, kto zadał odnośny cios (§§ 143_2, 157_2); pomoc do zbrodni przez zaniechanie przeszkodzenia, przez zatajenie i przez ułatwienie ucieczki więźniowi, o ile pomoc ta odnosi się do jednej ze zbrodni, uznanych przez Nowelę za niehańbiące (§§ 212, 214, 217); wreszcie ukrycie dezertera lub danie mu innej pomocy do ucieczki (§ 220).

Zbrodnie niehańbiące mają sobie przyznane, co do skutków karnych, następujące przywileje (§ $6_{2,3}$ Now.):

1) Osoby skazane za te zbrodnie mają tracić:

a) Prawa i zaszczyty wymienione w § 26 kod. kar. Wprawdzie Nowela nie przytoczyła z ich rzędu wykluczenia od odpowiedzialnej redakcyi pism peryodycznych (§ 26 *c*) ani usunięcia osoby duchownej od beneficyum kościelnego (§ 26 *e*). Pierwszy jednak z tych skutków zajdzie tu już, jako następstwo utraty prawa obieralności do reprezentacyi gminnej w myśl § 12 ust. pras. z 17 grud. 1862. — Co się tyczy zaś usunięcia osoby duchownej od beneficyum kościelnego, to w r. 1867 nie chciano poruszać tej kwestyi ze względu na konkordat, w duchu którego wyszło było Najw. postan. z 3 sierpnia 1855, stanowiące,

że odtąd decyzya, co do tego ma w każdym szczególnym przypadku należeć do właściwego biskupa. Dopiero, po zniesieniu konkordatu, wykluczenie osoby duchownej od beneficyum kościelnego uznane zostało za skutek każdego osądzenia za zbrodnię w myśl § 8 ust. z 7 maja 1874 (Dz. u. p. 50)[1].

b) W razie ciężkiego więzienia lub kary śmierci, mają te osoby także tracić szlachectwo (§ 27 *a*).

c) Z innych dla winowajcy dotkliwych skutków, powiązanych z osądzeniem za zbrodnię, w myśl osobnych ustaw cywilnych, politycznych i kościelnych, ma do zbrodni niehańbiących znaleść zastosowanie tylko utrata współudziału w reprezentacyach gminnych lub innych ciałach reprezentacyjnych, powołanych do zawiadywania sprawami publicznemi[2].

2) Niezdolność do odzyskania praw, utraconych wskutek wyroku karnego kończy się dla osób, skazanych za zbrodnie niehańbiące, z chwilą umorzenia kary głównej.

[1] Co do duchownych wyznań niekatolickich patrz § 12 ust. z 20 maj 1874. Dz. u. p. 68.

[2] Co do reprezentacyj gminnych, patrz art. X ustawy gminnej z 5 marca 1862 (Dz. u. p. 18).

499. *B)* Stanowisko Noweli wobec zbrodni hańbiących (§ $6_{3,4}$). Tu należą wszystkie inne zbrodnie. Co do skutków karnych, różnią się one od zbrodni niehańbiących w dwóch następujących punktach istotnych:

1) Skazanie za te zbrodnie sprowadza nietylko utratę wszystkich praw i zaszczytów z §§ 26 i 27 k. k. ale oprócz tego jeszcze i wszystkie inne skutki, powiązane z osądzeniem za zbrodnię w myśl osobnych ustaw cywilnych, politycznych i kościelnych.

2) Niezdolność do odzyskania praw, utraconych wskutek wyroku, nie kończy się tu nigdy dla winowajcy

z chwilą umorzenia kary głównej, lecz trwa jeszcze przez pewien dalszy czas, począwszy od powyższej chwili, a mianowicie: *a)* przez lat dziesięć, jeżeli winowajca skazany został najmniej na więzienie pięcioletnie; *b)* przez lat pięć, jeżeli karą było krótsze więzienie.

Po upływie wskazanych wyżej czasokresów odnośna osoba staje się tylko zdolną do tego, by odzyskać prawo, utracone wskutek wyroku, lecz nie nabywa tytułu do żądania, aby jej to prawo przywrócono. Wyjątek stanowią prawa niezależne od żadnego nadania, np. prawo wyborcze do różnych politycznych ciał reprezentacyjnych[1]. O przywrócenie innych praw, utraconych wskutek wyroku, będzie tylko wolno odnośnej osobie, po upływie krytycznego czasokresu, starać się we właściwej drodze. Ponowne zaś uzyskanie utraconego prawa będzie zawsze zależało od tej władzy, do której należy jego nadawanie, np. od decyzyi Izby adwokackiej, ze względu na utraconą adwokaturę; od decyzyi odnośnego wydziału uniwersyteckiego i od uchwały Senatu Akademickiego—ze względu na utracony doktorat[2].

[1] Wątpliwą jest kwestya, czy skazany za zbrodnię oszustwa lub inną z chciwości zysku popełnioną zbrodnię ma w myśl Noweli odzyskiwać po upływie krytycznego czasokresu utraconą według § 592 ust. cyw. pow. zdolność do tego, by być świadkiem przy rozporządzeniach ostatniej woli. Słuszność należałoby przyznać tym, którzy twierdzą, że ta niezdolność ustaje, a to w myśl § 7 Noweli. Patrz za tą opinią Harum (Ger. Ztg. 1866, nr. 10 11); Pfaff i Hofmann: Kommentar. II, str. 192; Anders: Erbrecht, str. 13; Stubenrauch: Kom. I, str. 798, dop. 1, (wyd. 8); Wróblewski: Komentarz, ad § 592; Garfein (Gellera Zentralblatt, 1905. str. 278) a także Orzecz. Najw. Tryb. cyw. z 10 maja 1871, l. 2492 (Zbiór Glas. 4159). *Contra* patrz Orzeczenia (Gl. U. W.), dawna serya 11447, 10024, — nowa serya 2763; Brandhuber: Delikt und Erbrecht, str. 23 etc.; Eisinger (Gellera Zentralblatt, 1905, str. 1); Geller (tamże, str. 284 etc.).

[2] Wyraźnie co do doktoratu wypowiada tę zasadę Orzeczenie Tryb. adm. z 6 lipca 1904, l. 7376, powołując się na stary dekret nadw. z 23 marca 1791. Oprócz tego orzeczenie to rozstrzygnęło

słusznie wbrew opinii Lammascha i Stoossa (Ger. Ztg. 1903, nr. 49, 51), a zgodnie z zapatrywaniem Storcha (tamże, nr. 51), Sperla (tamże, 1905, nr. 21), Fingera (I, str. 400) i wydziału pr. w Grazu (Gutachten, 1900), że dla odzyskania utraconego doktoratu nie potrzeba powtarzać egzaminów lecz wystarcza dopuszczenie przez uniwersytet do nowej promocyi.

B. Skutki prawne osądzenia za występki i przekroczenia.

§ 106.

500. Osądzenie za występki i przekroczenia, jako takie, nie sprowadza dla skazańca żadnych *ipso iure* z faktem tym powiązanych, skutków karnych. Co się tyczy bowiem utraty praw i upoważnień z §§ 240 *c*, 242 k. k., to stanowi ona karę główną, która wprawdzie może także łączyć się z inną karą, ale tylko w drodze obostrzenia, przewidzianego w § 250 (p. wyżej nr. 485).

501. Inne znaczenie, ze względu na skutki karne, przypisywać należy osądzeniu za niektóre, przez ustawodawcę specyalnie wyszczególnione, występki i przekroczenia. A mianowicie, co do tej kwestyi, uznać trzeba za regułę, że osoba, skazana za jakiś występek lub jakieś przekroczenie, ponosić będzie, oprócz kary, inne jeszcze dla jej praw uciążliwe następstwa, wtedy tylko, jeżeli ustawa wyraźnie przepisywać będzie, że osądzenie za ten właśnie występek, względnie za to właśnie przekroczenie, ma sprowadzać pewne, specyalnie oznaczone, skutki karne. Otóż postanowień tego rodzaju wprawdzie nie zawiera sam kodeks karny z 1852 r. (§ 268), ale tem niemniej znajdujemy je w wielu osobnych ustawach proceduralnych, politycznych i kościelnych. Zacytujmy przykładowo następujące przepisy: dłużnik upadłości, skazany za występek lekkomyślnego bankructwa z § 486 *g*, ma tracić prawo korzystania z ugody, którą poprzednio zawarł był ze swoimi

wierzycielami (§§ 208 *d*, 234 ust. konk. z 25 grudnia 1868; Dz. u. p. 1 ex 1869); posiadacz urzędu kościelnego lub jego zastępca (administrator tymczasowy lub pomocnik) ma tracić swój urząd wskutek osądzenia nietylko za każdą zbrodnię, ale także za występki i przekroczenia, pochodzące z chciwości zysku, uwłaczające moralności lub wywołujące zgorszenie publiczne (§ 8 ust. z 7 maja 1874; Dz. u. p. 50); osoby, skazane za przekroczenia kradzieży, sprzeniewierstwa, oszustwa tudzież uczestniczenia w kradzieży lub sprzeniewierstwie z §§ 460, 461, 463, 464 k. k. mają tracić prawo wyborcze, czynne i bierne, do reprezentacyi gminnej (art. IX, X, ust. gmin. z 5 marca 1862; patrz także różne ordynacye gminne), a z tego tytułu i wiele innych jeszcze praw, jako to kwalifikacyę *a)* do prowadzenia odpowiedzialnej redakcyi pisma peryodycznego (§ 12_2 ust. pras.; *b)* do urzędu sędziego przysięgłego (§ 2_4 ust. z 23 maja 1873; Dz. u. p. 121), *c)* do urzędu nauczycielskiego (§ 48 ust. z 14 maja 1869; Dz. u. p. 62), *d)* do urzędu stręczyciela (§ 1 art. 84 *c* ust. z 4 kwietnia 1875; Dz. u. p. 68), *e)* do uczestniczenia w giełdzie publ. (§ 5 ust. z 1 kwietnia 1875; Dz. u. p. 67)- *f)* do wykonywania prawa wyborczego, czynnego i biernego, w odniesieniu do izb handlowo-przemysłowych (§ 7 ust. z 29 czerwca 1868; Dz. u. p. 85).

502. Doniosłe znaczenie posiada też stanowisko, które, wobec skutków prawnych osądzenia za występki i przekroczenia, zajęła Nowela karna z 15 listopada 1867. Podaje ona mianowicie, w przedmiocie tej kwestyi, dwie następujące reguły:

1) Wszelkie skutki karne, które, prócz kar dodatkowych, przewidzianych w kodeksie karnym i w ustawie prasowej z 17 grudnia 1862 (Dz. u. p. 6 ex 1863) łączyć się miały dotychczas, na mocy osobnych przepisów ustawowych, z osądzeniem za niektóre występki i przekroczenia, odtąd mają wiązać się tylko z osądzeniem za prze-

kroczenia kradzieży, sprzeniewierstwa, oszustwa, tudzież uczestniczenia w sprzeniewierstwie i oszustwie z §§ 460, 461, 463, 464 k. k.[1].

2) Niezdolność do odzyskania uprawnień, utraconych przez osoby, skazane za którekolwiek z powyższych przekroczeń, ma kończyć się z upływem trzech lat od umorzenia kary głównej.

Późniejsze ustawy zrównały, co do skutków karnych, z przekroczeniem oszustwa, występki lichwy z § 1 ust. z 28 maja 1881 (§ 6), tudzież występki, względnie przekroczenia udaremnienia egzekucyi przymusowej z § 1 ust. z 25 maja 1883 (§ 2).

[1] Tekst Noweli, dotyczący przekroczeń z §§ 460, 461, 463, 464 k. k. (§ 6), odznacza się tak niejasną redakcyą, że możnaby łatwo sądzić, jakoby Nowela chciała, co do skutków karnych, stawiać te przekroczenia na równi ze zbrodniami hańbiącemi, z tą jedynie różnicą, że niezdolność do odzyskania praw, utraconych wskutek wyroku, ma się tu kończyć z upływem trzech lat, po umorzeniu kary głównej. Przeciwko podobnej interpretacyi Noweli podniesiono jednak ten zarzut, że byłaby ona niezgodna z duchem tej ustawy, która miała na celu nie obostrzać, lecz łagodzić dotychczasowe przepisy prawa austryack. co do skutków karnych. W myśl powyższych przepisów zaś osądzenie, za omawiane tutaj, przekroczenia nie miało *de iure* sprowadzać utraty praw i zaszczytów z § 26 k. k. W intencyi Noweli leżało niewątpliwie ująć w ciaśniejsze granice te dotychczasowe ustawy, które z osądzeniem za inne jeszcze występki i przekroczenia (np. przeciwko obyczajności publicznej; patrz §§ 3 i 75 instrukcyi sąd. z 3 maja 1853; § 21 l. 6 dawnej ust. notar. z 21 maja 1855; a także art. X *a*, *b*, ust. gm. z 5 marca 1862) wiązały także utratę pewnych praw. Odtąd rygor tych dawnych przepisów ustawowych miał dotykać tylko przekroczeń z §§ 460, 461, 463, 464 k. k. Poglądowi temu, który dzisiaj uchodzi za powszechnie uznany, dał wyraz Najw. Tryb. w orzeczeniu z 16 listop. 1878 (wyd. Manza nr. 187). Por. też Finger: *Oesterr. Strafr.* I, str. 404; Singer: w *Jur. Blätter*, 1877, nr. 17. Ograniczenie jednak, zaprowadzone przez Nowelę, nie może odnosić się do późniejszych ustaw, które uznały za właściwe powiązać utratę pewnych praw także z osądzeniem za występki i przekroczenia przeciwko obyczajności publicznej; np. utratę dla majstra prawa trzymania u siebie nieletnich terminatorów (ust. z 8 marca 1885 Dz. u. p. l. 22), a także utratę przywileju jednorocznej służby prezencyjnej w wojsku (§ 24_2 ust. z 11 kw. 1889).

TYTUŁ II.

O wymiarze kary *(Strafzumessung)*[1].

ROZDZIAŁ I.

Pojęcie i różne formy wymiaru kary.

1. Zwyczajne i nadzwyczajne formy wymiaru kary. Zawieszenie wykonania orzeczonej kary. Wyroki karne nieoznaczone.

§ 107.

503. Wymiarem kary nazywa się oznaczenie ilości, w jakiej ma kara znaleść zastosowanie do osoby, uznanej za winną pewnego konkretnego przestępstwa. Ilość ta oczywiście powinna być dostosowana do winy odnośnego przestępcy (por. nr. 412). Ocenienie stopnia winy jest rzeczą sędziego, wynika stąd, że i wymiar kary powinien być pozostawiony jego uznaniu. Nie znaczy to jednak, aby ustawodawca nie potrzebował ograniczać sędziego, w przedmiocie wymiaru kary, żadnemi szrankami. Obu powyższym wymaganiom czynią zadosyć tylko ustawy karne o nakazie względnie oznaczonym (por. wyżej, nr. 239).

[1] Lelièvre: *De poenarum delictis adaequandarum ratione*, 1826. Merkel w Holtz. *Handb.* II, str. 545 i nast. IV, str. 207 i nast. Wahlberg: *Das Prinzip der Individualisirung*, 1869, i w Grünhuts *Zeitschrift*, 1878; Kraepelin: *Abschaffung des Strafmasses*, 1880. Willert: *Das Postulat der Abschaffung des Strafmasses (Zeitschrift für die gesam. Strafrechtswis.*, 1882 II, str. 473—496; Fry: *Inequality in Punishment*, 1883 *(Nineteenth Century, September)*. Ferri: *I nuovi orizzonti* 1884, str. 271 — 564.

Medem: *Strafzumessung und Strafvollzug (Czasop.* Liszta, 1887, VII, 135). Finger: *Der objektive Thatbestand als Strafzumessungsgrund*, 1888. Gryziecki: *Do reformy prawa karnego*, 1891. Zucker: *Einige dringende Reformen der Strafrechtspflege*, 1896. Högel: *Straffälligkeit und Strafzumessung* 1897.

504. Względność nakazu, zawartego w ustawie karnej, może przybrać różne formy, z których do zwyczajnych należą trzy następujące:

a) Ustawodawca przepisuje za jakieś przestępstwo kilka środków karnych, ale alternatywnie, t. j. w tem rozumieniu, że sędzia ma zastosować tylko jeden z nich i to według wolnego wyboru. Postanowienia takie znane są prawu karnemu austryackiemu, ze względu na areszt i grzywny (np. §§ 361, 386, 407, 422, 426 k. k. a także §§ 2, 3, 6 ust. o ochr. telegr. podm. z 30 marca 1888).

b) Ustawodawca upoważnia sędziego w niektórych przypadkach do tego, aby, stosownie do swego uznania, dołączał do kary głównej, jakąś, przez ustawodawcę dopuszczoną, karę dodatkową. Tu należą w prawie austr. przepisy, dotyczące obostrzeń więzienia i aresztu, dozoru policyjnego, domów pracy przymusowej i poprawy (por. nr. 486—491).

c) Ustawodawca oznacza tylko zakres kary, t. j. jej minimalną i maksymalną objętość, a wymiar jej w obrębie tych granic pozostawia swobodnemu uznaniu sędziego. Postanowienia tego rodzaju należą do najczęstszych w naszych kodeksach. Wymierzanie zaś kary przez sędziego w obrębie granic, wytkniętych przez ustawodawcę, to w większej, to w mniejszej ilości, niż ta, któraby odpowiadała połowie zakresu ustawowego kary, znane jest pod nazwą podwyższania względnie obniżania kary *(Strafmehrung und Strafminderung)*.

505. Oprócz trzech, wskazanych wyżej zwyczajnych form względnego oznaczania przez ustawodawcę

kary, którą ma sędzia wymierzać, wytworzyły się jeszcze w kodeksach karnych inne formy przepisów o nakazie względnie oznaczonym. Formy te należy uważać za nadzwyczajne z tego powodu, że oparte są na przewidywaniu przez ustawodawcę jakichś wyjątkowych i na szczególne uwzględnienie zasługujących okoliczności, tudzież na zrozumieniu przez ustawodawcę, że, w takich wyjątkowych przypadkach, sędzia nie potrafiłby przystosować należycie kary do konkretnego charakteru winy przestępcy, bez pewnych szerszych upoważnień, wychodzących z granic pola, które prawidłowo ustawodawca pozostawia swobodnemu uznaniu sędziego.

Do kategoryi tej należy zaliczyć przepisy następującego rodzaju:

a) Ustawodawca upoważnia sędziego, aby, wśród pewnych wyjątkowo łagodzących, względnie obciążających okoliczności, wymierzał karę poniżej minimalnej, względnie powyżej maksymalnej granicy jej ustawowego zakresu. Nazywa się to nadzwyczajnem złagodzeniem względnie obostrzeniem kary *(Strafmilderung und Strafschärfung)*. Prawu austryackiemu znane jest tylko nadzwyczajne złagodzenie kary (patrz niżej nr. 517, 518).

b) Ustawodawca upoważnia sędziego, aby pewne przez ustawę przepisane, kary, zamieniał na inne w razie, gdyby stosowanie pierwszych miało w jakimś szczególnym przypadku, z powodu ważnych i wyjątkowo towarzyszących mu okoliczności, znaleść się w niezgodzie z postulatami rozumnie zorganizowanego systemu represyi przestępstw. Instytucya ta, znana pod nazwą przemiany kary *(Strafumwandelung)*, nie jest obca prawu austryackiemu. (Patrz niżej nr. 519, 530).

506. *c)* W niektórych przypadkach ustawodawca idzie jeszcze dalej i pod pewnemi warunkami dopuszcza, aby sędzia skazywał przestępcę na karę w ten sposób, że

jej wykonanie ma być zawieszone przez pewien, w wyroku oznaczyć się mający, czasokres, po upływie którego kara ma uchodzić za umorzoną w razie, jeżeli winowajca w ciągu powyższego czasokresu nie został skazany za nową zbrodnię lub nowy występek. W przeciwnym razie kara zawieszona weszłaby w wykonanie łącznie z karą, na którą winowajca przez ponowne przestępstwo zasłużył. Instytucya ta, znana jest pod nazwą warunkowego skazania na karę *(condamnation conditionnelle)* lub zawieszenia wykonania orzeczonej kary *(sursis à l'exécution de la condamnation)*[1], który to ostatni termin wyraża o wiele trafniej rzeczywiste jej znaczenie. Wprowadziła ją do Belgii ustawa z 31 maja 1888, a do Francyi ustawa z 26 marca 1891 *(loi Bérenger)*. W myśl obu tych ustaw, zawieszenie wykonania orzeczonej kary może znaleść zastosowanie tylko do osób, dotąd jeszcze nie karanych za zbrodnię lub występek, jeżeli rozchodzi się o wyrok, nakładający, według ustawy belgijskiej, więzienie nie wyżej sześciu miesięcy, a, według ustawy francuskiej, więzienie (do lat 5) lub grzywny. Czasokres zawieszenia ma we Francyi wynosić zawsze pięć lat, a w Belgii nie może nigdy przenosić powyższej miary.

Myśl zasadnicza tej instytucyi polega na przekonaniu, że w niektórych przypadkach bezwarunkowe zniewolenie winowajcy do poniesienia zasłużonej, a krótkoterminowej, kary więziennej okazaćby się musiało, z punktu widzenia polityki kryminalnej, bez porównania mniej skutecznym środkiem represyjnym, niż zawieszenie przez dłuższy czas nad skazańcem wyroku, który w każdej chwili może wejść w wykonanie w razie, gdyby skazaniec dopuścił się nowego poważniejszego przestępstwa (zbrodni lub występku). Dzisiejsze prawo austryackie nie zna jeszcze tej instytucyi. Spotykamy ją wszakże w ostatnim projekcie austr. z r. 1909 (§§ 480 — 50) ale tylko w odniesieniu do przestępców młodocianych (od lat 14 do 18). Patrz co do tego niżej, nr. 571, XI, XIV.

[1] Literatura, dotycząca tej kwestyi jest już dzisiaj bardzo bogata. Z dzieł niemieckich na szczególną uwagę zasługują: Aschrott: *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen*, 1889. Appelius: *Die bedingte Verurtheilung*, 1890. Liszt: *Kriminalpolitische Aufgaben* (*Zeitschr.* IX, 452, 737; X, 51). Kirchenheim w *Ger. Saal* t. 43, str. 51. Hippel (tamże, t. 43, str. 99). Lammasch w *Mittheil. der Intern. Krim. Ver.*, I, str. 34 Wach: *Die Reform der Freiheitsstrafe*, 1890. Rosenfeld: *Welche Strafmittel können an die Stelle der kuzzeitigen Freiheitstr. gesetzt werden*, 1890 (str. 106). Schütze w *Allgem. österr. Ger. Ztg.* 1890, nr. 3, 4, Schrank: *Die bedingte Verurtheilung*, 1892. Ignatius: *Die bedingte Verurtheilung in England* (*Czasop.* Liszta, XXI. 1901, str. 732 – 802). Po francusku patrz: Prins w *Bulletin de l'Union intern. de dr. pénal*, I, 28. Gautier w *Revue pén. Suisse*, 1890. Capitant: *La loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines* 1891. Treppoz: *Etude théorique et pratique sur les condamnations conditionnelles*, 1894. George: *Du sursis conditionnel à l'exécution de la peine*, 1895. Po polsku patrz Krzymuski: *O uwolnieniu warunk. i o warunk. wyrokach skazujących* (*Gaz sądowa*, Warsz. 1889, nr. 33 — 36). Gryziecki. *Do reformy prawa karnego*. 1891, str. 173—190.

[2] Do zwolenników tej instytucyi należą w szczególności Liszt, Prins, Hippel, Aschrott, Schütze, Gautier, Lammasch, (tylko w odniesieniu do kobiet i nieletnich). Przeciwko tej instytucyi oświadczają się Kirchenheim, Wach, Gryziecki. Ten ostatni autor przemawia za tem, aby sędziemu wolno było zamieniać w przypadkach, zasługujących na szczególne uwzględnienie, karę więzienia na naganę sądową, na wzór urządzenia, przyjętego w art. 26 i 27 k. k. włosk., wszakże bez konieczności łączenia z naganą poręczenia pokoju (l. c. str. 182 — 190). Co do k. k. włoskiego por. wyżej nr. 455, dop. 3.

507. Historycznie instytucya ta znajduje się w najbliższym związku z dawno już utartym w judykaturze angielskiej zwyczajem, że sędzia, po uznaniu oskarżonego winnym zarzuconego mu przestępstwa, nie musi koniecznie wydać natychmiast orzeczenia co do kary, lecz w niektórych przypadkach może tymczasem za pewnem ubezpieczeniem wypuścić winowajcę na wolność, a odłożyć na później wydanie wyroku skazującego, względnie nawet,

gdyby następnie winowajca okazał się tego godnym, sędzia może całkiem zaniechać wydania wyroku *(conditional discharge)*. Zwyczaj ten, praktykowany w Anglii co do nieletnich przestępców już od r. 1842, stał się podstawą ustawy angielskiej, wydanej w r. 1887 pod tytułem »*Probation of First Offenders Act*«[1]. Z Anglii instytucya ta przedostała się do Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, gdzie szczególnie sławną stała się w Bostonie *(Massachusets)* z tego powodu, że tam winowajca, tylko na wniosek specyalnie ustanowionego w tym celu opiekuna *(Probation Officer)*, może bez wyroku być wypuszczony na wolność na t. zw. czas próby, tudzież że, w ciągu powyższego czasu, rzeczą tego opiekuna ma być czuwanie nad dobrem sprawowaniem winowajcy[2].

[1] Por. Ignatius (cyt. w dop. 1 do nr. 506), str. 740. 760. Co do zawiązków tej instytucyi w średniowiecznem prawie kościelnem patrz Löffler w *Mittheil. der Intern. K. V.* IV, str. 92; w starem prawie węgierskiem patrz Gruber (tamże, str. 107).

[2] Co do systemu, praktykowanego w Bostonie patrz: *Die bedingte Verurtheilung in Massachusets (Mittheil. der Intern. K. V.* V, str. 539).

508. *d)* Jest jeszcze jedna, i to najdalej idąca forma względnego oznaczania przez ustawodawcę kary, którą ma sędzia wymierzać, a tkwi ona w przepisach, upoważniających sędziego do wydawania t. zw. wyroków karnych nieoznaczonych *(indeterminate sentences, peines indéterminées)*. Na mocy podobnych wyroków sąd określałby stanowczo tylko zakres minimalny nałożonej kary, względnie zakreślałby także jej maksymalną granicę, podczas gdy osobna, specyalnie do czuwania nad wykonaniem kary przeznaczona, władza decydowałaby w ramach wydanego wyroku o tem, po jakim czasie należałoby wypuścić skazańca na wolność. Instytucya ta jest niewątpliwie owocem trafnej myśli, że trzeba, aby wymiar kary odpowiadał indywidualnemu charakterowi winy każdego przestępcy. Nie należy jednak zapominać, że, pod innym względem, łączy się z nią bardzo doniosłe niebezpieczeństwo, a mianowicie obawa, iżby w praktyce wymiar sprawiedliwości nie opierał się na stałych postanowieniach prawa, powierzonych straży niezawisłych sędziów, lecz na chwiejnych, i często całkiem arbitralnych, zarządzeniach organów administracyjnych. Sądzimy, że za tą instytucyą możnaby się oświadczyć tylko w odniesieniu do przestępców nałogowych (por. t. I, nr. 388, dop. 2)[1]. Instytucya ta dotąd jeszcze nie przyjęła się w Europie. Funkcyonuje ona już jednak w niektórych Stanach Zjednocz. Ameryki Półn. (New-York, Massachusets). Szczególnej sławy używa, ze względu na tę instytucyę, zakład więzienny w Elmirze (New-York)[2].

[1] Instytucya nieoznaczonych wyroków karnych znajduje się w ścisłym związku z poruszoną przez niektórych lekarzy (Kraepelin: *Die Abschaffung des Strafmasses)* myślą, aby sędzia traktował przestępcę tak, jak lekarz – pacyenta, t. j. z góry nie przepisywał żadnych bezwzględnych środków kuracyjnych. Por. co do tego Willert: *Das Postulat der Abschaffung des Strafmasses (Czasop.* Liszta t. II, 1882, str. 473 – 496). Za nieoznaczonemi wyrokami (w odniesieniu do kary więziennej) przemawiają, z tem zastrzeżeniem, aby sąd zakreślał minimalną i maksymalną granicę kary, Liszt *(Criminalpolitische Aufgaben — Zeitschr.* t. IX, str. 497) i Gryziecki *(Do reformy prawa karn.* 1891, str. 86). Do wielkich zwolenników tej instytucyi należy także Vargha: *Die Abschaffung der Strafknechtschaft,* 1896/7 t. II, str. 506. *Contra* oświadczają się: Sternau (w *Czasop.* Liszta, t. XIII, str. 17); Zucker (w *Gerichtssaal*, t. 44, str. 1); Lammasch tamże, t. 44, str. 147). Patrz także wyżej, nr. 388, dop. 2, tudzież Stebelski: *Nowe kierunki w nauce prawa karnego*, 1894, str. 58–67.

[2] Patrz Aschrott: *Aus dem Strafen- und Gefängniswesen Nordamerikas*, 1889. Winter: *Die New-Yorker staatliche Besserungsanstalt zu Elmira*, 1890.

509. Z form wymiaru kary, znanych prawu austryackiemu (nr. 504, 505), wymagają bliższego rozbioru trzy następujące:

1) Podwyższenie względnie obniżenie kary.
2) Nadzwyczajne złagodzenie kary.
3) Przemiana kary.

II. Podwyższenie względnie obniżenie kary, nadzwyczajne złagodzenie kary i przemiana kary według przepisów prawa austryackiego.

A) Podwyższenie względnie obniżenie kary.

(Strafmehrung und Strafminderung).

§ 108.

510 Okoliczności, które wpływają na podwyższenie kary, nazywa kodeks obciążającemi *(Erschwerungsumstände)*, a te, które mają sprowadzać jej obniżenie — łagodzącemi *(Milderungsumstände)*. Tak jedne, jak drugie okoliczności wymienia kodeks nie wyczerpująco, lecz przykładowo [1].

[1] Por. Herbst: *Handb.* ad §§ 43–47. 263, 264.

511. I. Okoliczności obciążające (§§ 43—45 263 kod. kar).

1) Co do zbrodni (§§ 43–45). Kodeks, przed wyliczeniem szczególnych okoliczności obciążających, podaje w § 43 ogólne prawidło, w myśl którego zbrodnię uważać trzeba za tem większą, im z dojrzalszą popełniono ją rozwagą, im rozmyślniejsze poczyniono do niej przygotowania, im znaczniejszą wyrządzono przez nią szkodę, im mniej środków ostrożności można było przeciwko niej przedsięwziąć, wreszcie im więcej obowiązków winowajca przez nią przełamał.

Jako szczególne okoliczności obciążające, przytacza kodeks pięć przypadków w § 44, a jeden przypadek w § 45 (jeżeli obwiniony, przez zmyślenie fałszywych okoliczności

w toku śledztwa, usiłował podejść sędziego). Przypadki z § 44 są następujące:

a) popełnienie kilku zbrodni różnego rodzaju (zbieg przestępstw różnorodny);

b) powtórzenie tej samej zbrodni (zbieg przestępstw jednorodny);

c) popełnienie zbrodni przez osobę, raz już za podobną zbrodnię ukaraną (powrót do przestępstwa);

d) uwiedzenie innych do zbrodni;

e) sprawstwo, podżeganie lub przewództwo w zbrodni, popełnionej przez większą liczbę osób.

512. 2) Co do występków i przekroczeń (§ 263). Prócz okoliczności obciążających, wymienionych co do zbrodni, kodeks podaje tu jeszcze kilka nowych przypadków, które mają wpływać podwyższająco na wymiar kary, np. danie przykładu zepsucia w rodzinie (§ 263 *g*), wywołanie zgorszenia publicznego (§ 363 *h*), a przy występkach i przekroczeniach przeciwko obyczajności publicznej, posiadanie przez winowajcę lepszego wychowania i większego wykształcenia (§ 263 *n*). Temu rozszerzeniu jednak, co do występów i przekroczeń, kategoryi okoliczności obciążających nie można przypisywać znaczenia istotnego z tego powodu, że, jak już wyżej nadmieniłem, kodeks wogóle cytuje okoliczności obciążające tylko przykładowo (nr. 510).

513. II. Okoliczności łagodzące (§§ 46, 47, 264).

1) Co do zbrodni §§ (46, 47). Kodeks dzieli okoliczności łagodzące, w odniesieniu do zbrodni, na dwie kategorye z uwagi na to, czy się opierają na charakterze sprawcy (stan sprawcy, *Beschaffenheit des Thäters*), czy też mają podstawę w naturze spełnionego czynu (stan uczynku, *Beschaffenheit der That*).

Do pierwszej kategoryi (§ 46) kodeks zalicza dziesięć

przypadków, które można podciągnąć pod trzy następujące typy:

a) Stan rzeczy, z którego widać, że sprawca popełnił zbrodnię w usposobieniu, uzasadniającem niższy stopień winy. Tu należą takie okoliczności, jak popełnienie zbrodni 1) przez osobę w wieku poniżej 20 lat, słabego rozumu lub zaniedbanego wychowania (§ 46 *a*); 2) za pobudką drugiego, z bojaźni lub posłuszeństwa *(c)*; 3) w gwałtownem uniesieniu umysłu, o ile ono wypłynęło z uczuć, które zwyczajnie właściwe są naturze ludzkiej *(d)*; 4) raczej wskutek sposobności, którą nasunęło sprawcy cudze niedbalstwo, niż z zamiarem poprzednio powziętym *(e)*; 5) wskutek dotkliwej nędzy *(f)*.

b) Stan rzeczy, z którego widać, że niższem jest niebezpieczeństwo, jakie sprawca może na przyszłość przedstawiać dla porządku prawnego. Tu należą takie okoliczności jak, jeżeli winowajca 1) dotychczas odznaczał się beznagannością życia (§ 46 *b*); 2) rozwinął czynne i gorliwe starania, w celu wynagrodzenia wyrządzonej szkody lub zapobieżenia dalszym złym skutkom zbrodni *(g)*; 3) dobrowolnie stawił się przed władzą i wyznał zbrodnię, pomimo, że mógł był łatwo uciec lub pozostać w ukryciu *(h)*; 4) wydał innych ukrytych zbrodniarzy tudzież wskazał sposobność i środki do ich ujęcia *(i)*.

c) Stan rzeczy, z którego widać, że, już przed wyrokiem, winowajca musiał, z rozporządzenia właściwej władzy, znaleść się w położeniu, które dało mu odczuć dotkliwie złe skutki popełnionej zbrodni. Tu należy przypadek, gdy winowajca przez dłuższy czas osadzony był w areszcie śledczym, z powodu, że, bez jego winy, sprawa jego przeciągała się nadmiernie *(k)*.

514. Do drugiej kategoryi, t. j. do okoliczności łagodzących, ze względu na naturę czynu, zalicza kodeks (§ 47) trzy przypadki, a mianowicie, jeżeli winowajca *a)* zatrzymał się na usiłowaniu, w miarę jak to ostatnie było bardziej oddalone od dokonania (por. wyżej, nr. 335—337); *b)* zaniechał dobrowolnie wyrządzenia większej szkody, pomimo, że nasuwała mu się do tego sposobność *c)* wyrządził przez zbrodnię małą szkodę, albo dał za nią pokrzywdzonemu zupełne wynagrodzenie lub zadosyćuczynienie.

515. 2) Okoliczności łagodzące co do występków i przekroczeń (§ 264). O okolicznościach tych wystarczy zaznaczyć, że kodeks, zarzuciwszy ich podział na dwie kategorye, które odróżnia co do zbrodni, wymienia w jednym rzędzie tak okoliczności, odnoszące się do osoby sprawcy, jak te, które także dotyczą natury spełnionego czynu. Zresztą okoliczności te, cytowane przez kodeks tylko przykładowo, odpowiadają w zasadzie stanowisku, które, co do tej kwestyi, ustawodawca austryacki uznał za właściwe zająć co do zbrodni. Brak tu tylko wzmianki o dobrowolnem wyznaniu winy, o wydaniu innych winowajców, tudzież o dłuższym areszcie śledczym.

516. III. Przepisy kodeksu o stosowaniu okoliczności tak obciążających jak łagodzących (§§ 48—53, 265). Kodeks podaje, co do tej kwestyi następujące prawidła:

1) Sędzia, przy wymiarze kary, powinien uwzględniać okoliczności obciążające, tylko wtedy, gdyby, albo nie były osłabione przez żadne okoliczności łagodzące, albo gdyby miały przewagę nad niemi. Tej samej reguły ma przestrzegać sędzia, przy uwzględnianiu okoliczności łagodzących. Tym sposobem w przypadku, gdy, obok okoliczności obciążających, wychodzą na jaw okoliczności łagodzące, sędzia powinien zbadać starannie, które z nich przeważają, i dopiero na tej podstawie ma on karę bądź podwyższyć bądź obniżyć.

2) Okoliczności obciążające i łagodzące wpływać mają na wymiar kary tylko w granicach jej ustawowego zakresu. W myśl tej reguły, nie wolno jest sędziemu, z powodu powyższych okoliczności, ani zmieniać rodzaju przepisanej przez ustawę kary, ani wymierzać tej kary powyżej jej maksymalnej, względnie poniżej jej minimalnej granicy ustawowej (§§ 49. 53. 265). O ile jednak jakaś kara dopuszcza, według ogólnych postanowień kodeksu, pewnych zaostrzeń (więzienie, §§ 19–25; areszt §§ 253–257; por. wyżej nr. 486, 487); to sędzia może, ze względu na okoliczności obciążające, nietylko podnieść wymiar kary, ale także dołączyć do niej jedno lub kilka z powyższych zaostrzeń (§§ 51. 265).

3) Na karę śmierci i na karę więzienia dożywotnego nie mogą zwyczajnie [1] wywierać żadnego wpływu ani obciążające, ani łagodzące okoliczności. Od tej zasady kodeks nie dopuszcza żadnego wyjątku, ze względu na okoliczności obciążające (§ 50) [2]. Co się tyczy jednak okoliczności łagodzących, to kodeks przeprowadza tę zasadę z dwoma następującemi zastrzeżeniami (§ 52):

a) Jeżeli winowajca w czasie popełnienia zbrodni nie ukończył jeszcze 20 lat wieku (§ 46 *a*), to sąd w miejsce kary śmierci i więzienia dożywotnego ma wymierzyć karę ciężkiego więzienia od dziesięciu do dwudziestu lat.

b) Jeżeli w przypadku zbrodni, obłożonej karą śmierci, wyjdą na jaw inne okoliczności łagodzące, to trybunał wprawdzie będzie musiał wydać wyrok śmierci, ale w postępowaniu, przepisanem w § 341 proc kar., znajdzie możność wzięcia inicyatywy w kwestyi wyjednania zamiany w drodze łaski kary śmierci na inną karę [3].

[1] Mówimy zwyczajnie, gdyż w drodze nadzwyczajnego łagodzenia wolno jest trybunałowi obniżyć do lat trzech nawet dożywotne więzienie (§ 338 proc. k.), Patrz niżej nr. 518.

[2] Za wyjątek bowiem nie może uchodzić przepis Noweli z 15 listop. 1867 (§ 3), mocą którego w miejsce zniesionych kajdan sąd ma obowiązek dodania do każdej kary ciężkiego więzienia przynajmniej jednego z zaostrzeń z § 19 kod. kar. Por. wyżej nr. 487 ad 2.

[3] Trybunał, po ogłoszeniu wyroku śmierci, powinien natychmiast, przybrawszy prokuratora, naradzić się nad tem, czy oskarżony godzien jest, lub nie, ułaskawienia i jaka kara, w razie jego ułaskawienia, byłaby w miejsce kary śmierci najodpowiedniejszą (§ 341 proc. k.). Co do dalszego postępowania patrz mój *Wykład proc. kar.*, str. 389. Por. też niżej nr. 565.

B) Nadzwyczajne łagodzenie kary *(ausserordentliche Strafmilderung)*.

§ 95.

517. Prawo nadzwyczajnego łagodzenia kary polega na tem, że wolno jest sędziemu, przepisaną przez ustawodawcę, karę wymierzyć poniżej ustawowego jej zakresu. Nadto, odnośnie do pozbawienia wolności, które nie przechodzi lat dziesięciu, z prawa nadzwyczajnego łagodzenia kary wypływa jeszcze dla sędziego upoważnienie do zamiany surowszego stopnia pozbawienia wolności na stopień łagodniejszy (t. j. ciężkiego więzienia na zwyczajne, ścisłego aresztu — na areszt pierwszego stopnia; §§ 54, 266 k. k. § 338 proc. kar.).

518. Prawo to czyni kodeks zawisłem od tego warunku, aby zachodziła większa liczba okoliczności łagodzących i to takich, któreby pozwalały sędziemu spodziewać się niepłonnie poprawy przestępcy [1].

Co do zakresu tego prawa, to kodeks przyznawał je sędziemu tylko odnośnie do grzywien, aresztu (§ 266) [2] i więzienia, które nie przechodziłoby lat pięciu. To ostatnie mianowicie sędzia mocen jest, w drodze nadzwyczajnego łagodzenia, wymierzyć nawet poniżej sześciu miesięcy (§ 54).

Szersze granice zakreśliła temu prawu ustawa o postępowaniu karnem z 23 maja 1873. W myśl jej przepi-

sów (§ 338) wolno jest także trybunałowi, gdyby zachodziły ważne i przewazające okoliczności łagodzące, *a)* więzienie od lat 5 — 10 obniżyć do jednego roku, a *b)* więzienie od lat 10 — 20 a nawet więzienie dożywotne — obniżyć do trzech lat.

Tylko w ostatnio wymienionym przypadku (*b)* sąd nie może, w drodze nadzwyczajnego łagodzenia, zamienić ciężkiego więzienia na zwyczajne. We wszystkich innych przypadkach wolno jest sądowi, w miejsce surowszego stopnia więzienia lub aresztu, orzec łagodniejszy [3].

[1] Patrz rozporz. min. z 14 kwietnia 1853, l. 3919 i z 13 listopada 1859, l. 17803. Polecają one sądom najsurowiej, korzystać ze służącego im prawa łagodzenia kary tylko wyjątkowo i tylko wtedy, skoro zachodzą w zupełności wszystkie wymagane do tego przez kodeks warunki. Ważnem jest także rozporz. min. z 13 czerwca 1856 (Dz. u. p. l. 103). Oświadcza ono, że, skoro zachodzą okoliczności obciążające i skoro ustawa z ich powodu przepisuje wyższy zakres kary (np. w § 178), to sąd nie może z przyczyny żadnych okoliczności łagodzących zejść poniżej jej minimalnej miary ustawowej.

[2] Herbst: *Handbuch*, II, ad § 266.

[3] Wyjątkowo odnośnie do występków przeciwko zarządzeniom, celem zatamowania dżumy (Pat. ces. z 21 maja 1805), wolno jest sądowi, w drodze nadzwyczajnego łagodzenia, nawet zamienić karę więzienia na areszt (Pat. ces. z 8 maja 1850, Dz. u. p. 190); tudzież § 13 rozp. min. sprawiedl. z 10 listop. 1853, Dz. u. p. 240).

C) Przemiana kary *(Strafumwandelung)*.

§ 110.

519. W zasadzie nie wolno jest sędziemu nakładać na przestępcę innej kary, niż ta, którą przepisuje ustawa (§§ 32, 33, 259 k. k.). Co do niektórych kar jednak kodeks, już w części ogólnej, przewiduje, że, wśród pewnych okoliczności, mogą one okazać się nieodpowiedniemi, i upoważnia sędziego, aby wtedy zastępował je innemi karami,

które kodeks wskazuje na tę ewentualność. Instytucya ta nosi nazwę przemiany kary.

520. Znane są kodeksowi następujące przypadki przemiany kary:

1) Przemiana dłuższej kary pozbawienia wolności na krótszą, ale zato odpowiednio zaostrzoną. Przemiany tej dopuszcza kodeks co do aresztu (§ 260 *b)* i więzienia, nie przechodzącego lat pięciu (§ 55), a to w przypadkach, gdyby dłuższa kara miała, pod względem ekonomicznym, okazać się zbyt szkodliwą, bądź tylko dla niewinnej rodziny skazańca (co do więzienia, § 55), bądź także dla samego skazańca (co do aresztu, § 260 *b)*.

2) Przemiana grzywien na areszt (§ 260 *a)*. Kodeks dopuszcza jej na przypadek, gdyby uiszczenie kary pieniężnej musiało stać się zbyt dotkliwą klęską ekonomiczną dla przestępcy lub jego rodziny. Prawidłowo należy, przy podobnej przemianie, za każde dziesięć koron liczyć jeden dzień aresztu. Bliższe szczegóły, co do tego prawidła i co do wyjątków od niego, patrz wyżej (nr. 476 *ad* 5 i nr. 477).

3) Przemiana aresztu pierwszego stopnia na karę pieniężną, przystosowaną do stosunków majątkowych winowajcy (§ 261). Przemiany tej dopuszcza kodeks na przypadek, gdyby przemawiały za nią okoliczności, zasługujące na szczególne uwzględnienie. Niewątpliwie miał tu kodeks na myśli okoliczności, wśród których wykonanie aresztu musiałoby narazić dobre imię skazańca na zbyt dotkliwy uszczerbek, a kara pieniężna nie znalazłaby się w niezgodzie ani z winą przestępcy, ani z jego położeniem majątkowem. Sędzia jednak, orzekając przemianę aresztu na grzywny, nie może w żadnym razie pozostawić przestępcy wyboru między jedną a drugą karą (§ 261).

4) Przemiana aresztu pierwszego stopnia na areszt domowy (§ 262). O tym przypadku była już mowa wyżej, pod nr. 470.

ROZDZIAŁ II.

O wymiarze kary w przypadkach zbiegu przestępstw, zbiegu kar i przestępstwa powrotnego.

I. O wymiarze kary w przypadku zbiegu przestępstw.

§ 111.

521. O pojęciu i rodzajach zbiegu przestępstw była już mowa wyżej (nr. 391—399). Obecnie trzeba zająć się pytaniem, jak należy co do kary traktować osobę, winną kilku, w zbiegu ze sobą znajdujących się, przestępstw. Wytworzyły się, co do tej kwestyi, w prawie karnem trzy główne poglądy, z których dwa skrajne trzeba uznać stanowczo za błędne. Do tych ostatnich należą: 1) teorya kumulacyi, czyli skupienia arytmetycznego kar *(Kumulations- oder Strafhäufungssystem)* i 2) teorya absorpcyi, czyli pochłonięcia kar lżejszych przez najcięższą *(Absorptions- oder Strafaufzehrungssystem)*.

522. 1) Teorya kumulacyi. Opiera się ona na zasadzie »*quot delicta, tot poenae*« i żąda, aby, w przypadku zbiegu przestępstw, winowajca poniósł sumę arytmetyczną odnośnych kar, tak, jak gdyby każde z tych przestępstw był popełnił, już po otrzymaniu kary za poprzednie. Od tego żądania, wyznawcy teoryi kumulacyi chcą odstępować tylko wtedy, gdyby zachodziła niemożność zesumowania kilku kar ze względów bądź fizycznych (t. zw. *physische Incompatibilität*, np. więzienie dożywotne i czasowe), bądź ustawowych (t. zw *gesetzliche Incompabilität*, np. kodeks nie dopuszcza wogóle więzienia czasowego ponad lat 20, a tymczasem skupienie kilku kar musiałoby wydać więzienie dłuższego okresu).

523. Historycznie teorya kumulacyi jest najstarsza i aż do Köstlina, cieszyła się w nauce powszechnem uznaniem [1]. Błąd jej zasadniczy w tem się mieści, że nie widzi ona, iż zbieg kilku przestępstw nie jest ich sumą arytmetyczną, lecz odrębną postacią działalności przestępnej ich sprawcy. Wina mianowicie człowieka, który popełnił kilka przestępstw, zanim go ukarano za którekolwiek z nich, jest mniejsza od winy człowieka, któryby dopuścił się takich samych przestępstw, ale wtedy, gdy za każde poprzednie z nich poniósł już karę, przed popełnieniem następnego (por. wyżej nr. 399).

Powszechnie jednak omijano w nauce przytoczony wyżej zarzut zasadniczy, a natomiast wysuwano przeciwko teoryi kumulacyi ten jedynie argument, że suma kilku skupionych kar musi wydać karę surowszą co do natężenia, niż suma takich samych kar, nie powiązanych z sobą żadną łącznością, t. j. nakładanych na winowajcę w takim porządku, że każdą poprzednią z nich miał on ponosić wtedy, gdy nie był jeszcze skazany na następną [2]. Już wyżej (nr. 399) wykazałem bezsilność tego argumentu, który, jako wysnuty z natury nie zbiegu przestępstw, lecz zbiegu kar, wydał w nauce ten zły owoc, że skłonił niektórych autorów [3] do uznania zbiegu przestępstw za całkiem zbyteczną konstrukcyę prawniczą i do wprowadzenia w jego miejsce pojęcia zbiegu kar, jako kategoryi, która, ze stanowiska rzeczonego argumentu, musiałaby bardziej odpowiadać wymaganiom życia.

Nareszcie i to jeszcze trzeba przeciwko teoryi kumulacyi nadmienić, że jej zastosowanie praktyczne zbyt często będzie musiało okazać się niemożliwem, a mianowicie ile razy, jedna z kar, które mają być zesumowane, pozbawi skazańca w zupełności tego dobra, w zakresie którego inne z tych kar powinnyby go jeszcze dotknąć.

[1] Teoryę kumulacyi spotykamy w prawie rzymskiem (l. 2, D. XLVII, 1; l. 9, Cod. IX, 2; l. 7, § 5, D. XLVIII, 2), kanonicznem

(Cap, 1, X, *de poenis*, 5, 37), w prawodawstwach średniowiecznych (por. Caradia: *Disertatio de concursu delictorum*, 1856, str. 22), a w nowszych czasach hołdowały jej ustawa Terezyańska (art. XIV, § 1), oraz niektóre partykularne kodeksy niemieckie XIX stulecia, np. bawarski z r. 1813 (§ 109), pruski z r. 1851 (§ 56) brunszwicki (§ 55), hanowerski (§ 107).

[2] Z argumentem tym pierwszy wystąpił Jenull: *Oesterr. Kriminalr.* I, str. 230 (wyd. z r. 1808), Patrz także Mittermaier: *Note IV zu Feuerbachs Lehrb.*, § 126, str. 216 (1847); Köstlin: *System*, I, § 137.

[3] Geyer, Rosenblatt, Hälschner. Patrz wyżej nr. 399, dop. 1.

524. 2) Teorya absorbcyi. Opiera się ona na zasadzie *„poena maior absorbet minorem“* i żąda, aby sprawca kilku zbiegających się przestępstw był karany tylko za jedno z nich, a mianowicie za to, które ustawodawca obłożył najsurowszą karą. Co się tyczy zaś innych przestępstw, to, według tej teoryi, sędzia powinien je uważać tylko za okoliczności obciążające, które mają wpływać na wyższy wymiar owej najsurowszej kary, wszakże tylko w granicach jej ustawowego zakresu.

525. Teorya absorbcyi stała się panującą w nauce i praktyce prawa karnego począwszy od XVII wieku [1]. Wywołało ją niepodobieństwo pogodzenia zasady skupienia kar z przyjętym powszechnie przez ówczesne ustawy systemem grożenia karą śmierci niemal za każdą cięższą zbrodnię. Aczkolwiek dotychczas teorya absorbcyi utrzymała się w prawie austryackiem (§§ 34. 35. 44 *a. b.* 263 *l.* 267 k. k.), to zarzucić jej trzeba, że jest niesprawiedliwa i niepolityczna. Niesprawiedliwa, gdyż pozostawia bez kary lżejsze przestępstwa osoby, która, oprócz nich, dopuściła się jeszcze cięższej zbrodni; niepolityczna, gdyż każdego, kto już ma sobie do zarzucenia zbrodnię większego kalibru, zachęca niejako do przewinień, podlegających łagodniejszym karom.

[1] Z praktyków włoskich już Julius Clarus oświadczył się za teoryą absorbcyi, a w Niemczech uchodziła ona powszechnie za regułę, uświęconą przez Karolinę (art. 163). W nowszych czasach znalazła ona uznanie w prawie francuskiem (art. 365, 379, *C. d'instr. crim.*) oraz w wielu kodeksach partyk. niem. (austr. z 1803 i 1852, bawarski z 1861). Z autorów wyznawali ją Karpcow, Boehmer, Leyser, Kleinschrod (por. Hugo Meyer: *Lehrb*, str. 390, dop. 11, wyd. 1882), Carmignani *(Elementa iuris crim.*, str. 180), Chauveau i Helie *(Théorie du code pénal*, I, nr. 392).

526. 3) Teorya pośrednia. Wychodzi ona słusznie z tego założenia, że w przypadku zbiegu przestępstw kara wtedy tylko będzie przystosowana do rzeczywistego charakteru winy ich sprawcy, skoro będzie niższa od sumy arytmetycznej pojedynczych kar, za każde z odnośnych przestępstw, a wyższa od kary, za najcięższe z tych przestępstw. Do takiej kary sprawiedliwej, teorya ta każe dochodzić, bądź drogą odpowiedniego złagodzenia sumy arytmetycznej pojedynczych kar (jest to t. zw. teorya skupienia prawniczego kar — *juridisches Kumulationssystem*), bądź drogą wymierzenia najsurowszej kary powyżej ustawowego jej zakresu (jest to t. zw. teorya obostrzenia najwyższej kary — *Exasperationssystem).* Z tych dwóch dróg pierwszą trzeba uznać zamniej praktyczną z tego powodu, że zbyt często (t. j. w przypadkach fizycznej nieskupialności kar) sędzia ujrzy się w niemożności przyjęcia sumy arytmetycznej pojedynczych kar za podstawę do wymierzenia kary, mającej być ich skupieniem prawniczem. Z uwagi na to, system obostrzenia najwyższej kary wydaje mi się o wiele właściwszą formą teoryi pośredniej.

527. Kodeks austryacki wyznaje, jak już wyżej (nr. 525) nadmieniłem, teoryę absorbcyi. Widać to jasno z §§ 34, 35, 44 *a, b*, 263 *l*, 267. W myśl przepisów, tamże zawartych, sąd ma w każdym przypadku zbiegu prze-

stępstw [1] orzec karę tylko za jedno z nich, a mianowicie za to, które ustawa okłada najsurowszą karą. Inne zaś z tych przestępstw sąd ma uwzględniać tylko, jako okoliczności obciążające, co znaczy, że z uwagi na nie powinien on wprawdzie podnieść karę za najcięższe przestępstwo, ale nie może nigdy przejść jej najwyższego zakresu ustawowego.

W niektórych tylko przypadkach kodeks nasz oświadcza się wyjątkowo za kumulacyą kar. Są to przypadki, w których za jedno ze zbiegających się przestępstw ustawa grozi bądź 1) grzywnami, bądź 2) przepadkiem towarów, rzeczy przedajnych lub sprzętów, bądź 3) utratą praw i upoważnień, bądź nareszcie 4) jedną z kar o których mowa w §§ 36, 37 i 39 ust. pras. z 17 grudnia 1862 [2]. Wszystkie, wymienione wyżej, kary tem się odznaczają, że nigdy nie mogą być pochłonięte przez karę za najcięższe przestępstwo, lecz mają zawsze być obok niej wymierzane.

[1] T. j. niezależnie od tego, czy zbieg przestępstw będzie jednoczynowy lub wieloczynowy, jednorodny lub różnorodny (§§ 44 *a*, *b*, 263 *l*), tudzież czy będzie zachodził między samemi zbrodniami, występkami lub przekroczeniami, czy też między zbrodniami z jednej strony, a z drugiej — występkami lub przekroczeniami.

[2] Kary te są następujące: *a)* zakaz dalszego rozszerzania pisma drukowego, którego osnową popełniono przestępstwo (§ 36); *b)* zniszczenie pisma drukowego i przyrządów, służących do jego pomnażania (§ 37); *c)* ogłoszenie wyroku na koszt skazanego (§ 39). Kumulacya miała w myśl §§ 35 i 267 k. k. stosować się także do dwóch innych kar za przestępstwa popełnione osnową pisma drukowego, a mianowicie do zawieszania dalszego wychodzenia czasopisma peryodycznego na przeciąg trzech miesięcy (§ 38 ust. pras.), tudzież do przepadku kaucyi (§ 35 ustawy pras.). Pierwsza z tych kar jednak uchylona została na mocy art. IV ust. z 15 paźdz. 1868 (Dz. u p. 142), a druga — w myśl § 1 ust. z 9 lipca 1894 (Dz. u. p. 161), mocą którego zniesiony został obowiązek przedkładania kaucyi przy wydawaniu pism peryodycznych.

528. W ścisłym związku z wyznawaną przez kodeks austryacki teoryą absorbcyi oraz z uświęconą przezeń regułą, że kary śmierci zaostrzać nie wolno (§ 50), znajduje się postanowienie, zawarte w § 264 proc. kar. [1]. Przepisuje ono, że należy wstrzymać wykonanie wyroku, na mocy którego oskarżony skazany został na karę, jeżeli tylko oskarżyciel zastrzegł sobie jeszcze ściganie skazańca z powodu innej przedtem popełnionej, a karą śmierci obłożonej zbrodni. Postanowienie to ma na celu nie dopuścić, aby, w tym przypadku zbiegu przestępstw, winowajca, prócz kary śmierci za najcięższą zbrodnię, musiał jeszcze ponieść jakąś inną karę za lżejsze przestępstwo.

Najwyższy Trybunał posuwa się tak daleko w trosce o to, aby usunąć możliwość podobnego zaostrzenia kary śmierci, że uchyla, jako nieważny, wyrok, skazujący na śmierć osobę, która już poniosła jakąkolwiek, choćby najdrobniejszą karę za inne przestępstwo, jeżeli tylko to ostatnie znalazło się w zbiegu ze zbrodnią, za którą spotkał winowajcę wyrok śmierci (Orzecz. z 18 stycznia 1876, nr. 96 zb.; z 13 lut. 1883, nr. 511 zb. i inne). Pogląd ten Najw. Trybunału należy uważać za tem dziwniejszy, że trybunał ten nie zawahał się uznać, że w podobnych przypadkach, wtedy tylko nicby nie stanęło na przeszkodzie ważności wyroku śmierci, gdyby w drodze właściwego postępowania, wyszło na jaw, że owa inna kara, już odcierpiana przez osobę, skazaną na śmierć, była całkiem niezasłużona (orzecz. z 24 marca 1888, nr. 1132).

Przeciwko temu, tak bardzo bezmyślnemu formalizmowi Najw. Trybunału słusznie wystąpił Lammasch [2]. i wykazał, że przełamanie zakazu obostrzenia kary śmierci, w rozumieniu § 50 k. k., wtedy tylko miałoby miejsce, gdyby ktoś, za tę samą zbrodnię, naprzód poniósł inną karę, a potem skazany został na śmierć, np. w drodze wznowienia postępowania (§ 356, proc. kar.), lub gdyby krajowiec za zbrodnię, obłożoną w Austryi karą śmierci, odcierpiał był już zagranicą inną karę (§ 36 k. k.).

[1] Procedura karna w §§ 264 i 265 (por. wyżej nr. 391) odstępuje od reguły, że zbiegające się przestępstwa mają być przedmiotem tego samego osądzenia (§§ 34, 267 k. k.) tylko ze względu na zbieg wieloczynowy. Dowodzi tego sam tekst zacytowanych wyżej paragrafów. Mowa jest w nich bowiem wyraźnie o uprzedniem popełnieniu przez skazańca *»einer anderen strafbaren Handlung«*.

[2] Patrz artykuł *»Ueber das Verbot der Verschärfung der Todesstrafe«* (*Allg. österr. Gr.-Ztg.* 1897, nr. 7). Por. też wyżej nr. 461, dop. 1. Za tą opinią oświadcza się także Stooss: *Lehrb.* str. 185. W tym duchu patrz najn. proj. austr. § 68 (r. 1909).

529. Co się tyczy stanowiska nowszych obcych kodeksów, to przeważnie tem się ono odznacza, że jest surowsze dla zbiegu przestępstw wieloczynowego, niż dla zbiegu przestępstw jednoczynowego t. j. idealnego (p. wyżej nr. 394—398). Według poglądu najbardziej rozpowszechnionego, zbieg pierwszy powinien być karany w duchu teoryi pośredniej, a drugi—w myśl teoryi absorbcyi (kod. szwedzki z 1864, rozdz. IV, § 2; belgijski z 1867, art. 62; niemiecki z 1871, §§ 73, 74; włoski z 1890, art. 67—79). Są jednak kodeksy, które, co do kary, nie czynią żadnej różnicy między jedno- a wieloczynowym zbiegiem przestępstw, np. rosyjski z 1866 (art. 152) i zurychski z 1871 (§ 64); a także najnowszy proj. austr. (§§ 65—69).

Wreszcie godzi się wspomnieć, że niektóre kodeksy chcą zawsze stosować zasadę absorbcyi w przypadkach zbiegu zbrodni z występkami (np. belgijski, art. 61; rosyjski, art. 152_2), a zasadę kumulacyi w przypadkach zbiegu przekroczeń (np. belg., art. 58; niemiecki, § 77; ten ostatni jednak przyjmuje, co do aresztu, kumulacyę tylko do pewnej granicy, a mianowicie do 3 miesięcy).

Rozpowszechnionym jest także system, że kar pieniężnych inne kary pochłaniać nie mają, tudzież, że należy wymierzać ich sumę arytmetyczną (kod. niem. 78; kod. włoski z tem zastrzeżeniem, aby łączna kwota grzywien

nie przechodziła 15000 lirów za zbrodnie, a 3000 lirów za przekroczenia, art. 75).

II. O wymiarze kary w przypadku zbiegu kar (*concursus poenarum, Strafenconcurrenz*).

§ 112.

530. Zbiegiem kar (por. nr. 392, 399) nazywa się przypadek, gdy jedna osoba ma ponieść, równocześnie lub w nieprzerwanym ciągu, kary, nałożone na nią za kilka samodzielnych przestępstw, niezależnie od tego, czy te ostatnie będą, lub nie, znajdowały się między sobą w zbiegu.

Już z powyższego określenia widać, że zbieg kar jest pojęciem, które zasadniczo nie ma nic wspólnego ze zbiegiem przestępstw, aczkolwiek faktycznie oba te pojęcia bardzo często pokrywają się wzajemnie. Nastąpi to mianowicie w tych wszystkich przypadkach, gdy albo zbiegające się przestępstwa staną się przedmiotem równoczesnego osądzenia, albo gdy przynajmniej jedno z tych przestępstw osądzone będzie w chwili, gdy sprawca nie odcierpiał jeszcze w zupełności kary za pozostałe przestępstwa. O wymiarze kary w tego rodzaju przypadkach była już mowa wyżej (nr. 521—529).

531. Możliwe są jednak zarówno przypadki zbiegu przestępstw bez zbiegu kar (np. jedno ze zbiegających się przestępstw wyszło na jaw w chwili, gdy sprawca już odcierpiał w zupełności karę za drugie), jak znów przeciwnie przypadki zbiegu kar bez zbiegu przestępstw (np. Piotr popełnił nowe przestępstwo w trakcie ponoszenia kary za poprzednie)[1]. Zachodzi pytanie, czy przypadkom tego ostatniego rodzaju należy przyznać tytuł do wywierania pewnego wpływu na wymiar kary? Odpowiedź na

przednia już musiała była całkiem wyjść z pamięci sprawcy w chwili, gdy tenże dopuścił się nowego przestępstwa, i wskutek tego nie mogła była już wtedy wywierać żadnego wpływu na jego wolę. W podobnych przypadkach ma miejsce t. zw. przedawnienie powrotu *(Rückfallsverjährung)*. Co się tyczy czasu, z upływem którego uważać należy powrót do przestępstwa za przedawniony, to, w braku innych przepisów ustawowych, należy przyjąć za jego miarę okres, mający sprowadzać, według ustawy, przedawnienie kary za poprzednie przestępstwo[1].

5) Aczkolwiek nie jest to warunkiem istotnym powrotu do przestępstwa, aby nowe przestępstwo nie różniło się rodzajem od poprzedniego; to jednak byłoby rzeczą wielce niewłaściwą mówić o przestępstwie powrotnem wtedy, gdyby, albo *a)* nowe przestępstwo wypłynęło z całkiem innych pobudek niż te, które dały początek poprzedniemu (np. obraza honoru i kradzież), albo *b)* gdyby poprzednie przestępstwo było tak lekkie, a nowe — tak ciężkie, iżby żadną miarą nie można było widzieć w dokonaniu tego ostatniego owocu woli, której kara nie zdołała pokonać (np. przekroczenie, karane kilkudniowym aresztem i zbrodnia).

[1] Tak np. nie określa czasu, mającego sprowadzać przedawnienie powrotu kod. austr. (patrz jednak rozp. min. z 2 grud. 1872, l. 14527). Osobne przepisy podają co do tej kwestyi kod. niemiecki i projekty austryackie. W myśl kod. niem. powrót do przestępstwa ulega przedawnieniu z upływem 10 lat od chwili odcierpienia lub darowania kary za poprzednie przestępstwo (§§ 244, 245, 250/5, 252, 255, 258); w myśl proj. austr. z upływem 5 lat od powyższej chwili (§ 64 z r. 1909).

534. Kodeks austryacki uznaje powrotność przestępstwa tylko za okoliczność obciążającą (§§ 44 *c*, 236 *b*), a pojęcie powrotności ogranicza do przypadków, gdy winowajca raz już za podobne przestępstwo był ukarany (por nr. 400). Wyjątkowo traktuje kodeks o wiele surowiej kradzież, popełnioną w drodze drugiego powrotu, jeżeli tylko

wartość rzeczy zabranej przenosi 50 koron. Kradzież mianowicie ma w takim razie uchodzić zawsze za zbrodnię t. j. nawet wtedy, gdyby każda z trzech odnośnych kradzieży, sama przez się, miała stanowić tylko przekroczenie (§ 176, II *a* Now. z 9 kw. 1910).

535. Od poglądu kodeksu austryackiego na karygodność przestępstwa powrotnego różni się zasadniczo z jednej strony stanowisko prawa francuskiego, z drugiej, stanowisko kodeksu niemieckiego.

Prawo francuskie uważa powrotność przestępstwa za tytuł już nietylko do podwyższania, ale także do znacznego obostrzania kary, względnie nawet do zamiany jej rodzaju na surowszy[1].

[1] Kodeks francuski posuwa się tak daleko w kierunku obostrzania kary za przestępstwo powrotne, że, w myśl jego art. 56, popełnienie przez osobę, już skazaną na dożywotne roboty przymusowe, nowej zbrodni, taką samą karą obłożonej, ma sprowadzać karę śmierci. W nowszych czasach obostrzono jeszcze we Francyi przepisy karne przeciwko recydywistom, wprowadzając dla niektórych ich kategoryj, jako dodatek do kary głównej, dożywotną relegacyą do zamorskich posiadłości francuskich (ustawa z dnia 27 maja 1885 r., por. wyżej nr. 435). Patrz także co do tej kwestyi bardzo ważną ustawę francuską z 26 marca 1891. Ogranicza ona mianowicie, w odniesieniu do występków, samo pojęcie powrotności przez to, że je zamyka w granicach popadnięcia z dawnego w nowe podobne przestępstwo (odrzuca więc tutaj recydywę bezwzględną; por. nr. 400), a oprócz tego wprowadza nieznaną dotąd prawu francuskiemu instytucyę przedawnienia powrotności w ciągu lat pięciu. Z drugiej strony jednak ustawa ta obostrza art. 58 *Code pénal* przez to, że rozciąga jego przepis o surowszem traktowaniu występku powrotnego, także na przypadki, gdy, za pierwszy występek, winowajca skazany został na więzienie poniżej jednego roku. Bliższe szczegóły patrz u Capitant: *La loi du 26 mars 1891*, (Paris 1891).

536. Kodeks niemiecki odrzuca ogólne pojęcie przestępstwa powrotnego, a tylko w odniesieniu do kradzieży,

rabunku, paserstwa *(Hehlerei)* i oszustwa uważa pierwszorazową (przy rabunku, § 250/5), względnie nawet dopiero powtórną powrotność (przy kradzieży, paserstwie i oszustwie, §§ 244, 261, 264) za powód do surowszej kary. Podobnie zapatrywały się na tę kwestyę projekty austryackie z okresu od r. 1874 do 1893 (§§ 261, 281, 287 proj. VII, 1893) [1].

[1] W odniesieniu do paserstwa i oszustwa kod. niem. uznaje tylko recydywę specyalną (§§ 261, 264). Kradzież powrotna musi być poprzedzona dwukrotnem skazaniem sprawcy bądź za kradzież, bądź za paserstwo, rabunek lub przestępstwo zrównane z rabunkiem (§ 244). Rabunek powrotny zaś wymaga tylko jednorazowego poprzedniego skazania sprawcy za rabunek lub przestępstwo z nim zrównane (§ 250/5). Za zrównane z rabunkiem uważa kod. niem. kradzież rozbójniczą (§ 252) i wymuszenie rozbójnicze (§ 255).

TYTUŁ III.

O umorzeniu kary *(Straferlöschung)*.

ROZDZIAŁ I.

Pojęcie, przyczyny i skutki umorzenia kary.

§ 114.

537. Umorzeniem kary nazywa się wogóle wygaśnięcie po stronie państwa tytułu do jej wymierzenia.

Prawo to zwyczajnie należy uważać za wygasłe wtedy tylko, gdy zostanie wyczerpane przez dojście kary do końca, t. j. wtedy, gdy skazaniec odcierpi w zupełności nałożoną na niego karę.

Wyjątkowo jednak, umorzenie kary może nastąpić z innych jeszcze przyczyn, a mianowicie w czterech następujących przypadkach:

a) Jeżeli, w razie śmierci przestępcy, państwo ujrzy się w niemożności fizycznej jego ukarania.

b) Jeżeli, w razie t. zw. przedawnienia, państwo z własnej winy, utraci prawo karne podmiotowe wobec danej osoby.

c) Jeżeli, w razie t. zw. darowania kary, państwo, z woli organu, do tego uprawnionego, pozbawione zostanie tytułu, do wykonywania prawa karnego podmiotowego w odniesieniu do danej osoby (ułaskawienie, pojednanie się przestępcy z pokrzywdzonym).

d) Jeżeli, w razie t. zw. czynnego żalu, przestępstwo, dzięki późniejszej działalności jego sprawcy, nie będzie mogło wytwarzać dla państwa prawa karnego podmiotowego.

Tak więc do przyczyn umorzenia kary należy zaliczyć pięć następujących okoliczności: 1) odcierpienie kary, 2) śmierć przestępcy, 3) przedawnienie, 4) darowanie kary i 5) czynny żal.

538. Skutkiem prawnym każdego umorzenia kary jest uwolnienie od niej raz na zawsze osoby, względem której wygasło po stronie państwa prawo karne podmiotowe [1].

Uwolnienie to powinno nawet chronić odnośną osobę od wszelkich wyrzutów ubliżających, któreby tylko z tytułu umorzonej kary, spotkać ją mogły ze strony innych osób. Tę regułę jednak uświęca wyraźnie kodeks austryacki tylko w odniesieniu do kary odcierpianej lub darowanej (§§ 225, 226, 528, 529). Ktokolwiek, w zamiarze ubliżenia danej osobie, i bez żadnego, obecnem jej postępowaniem usprawiedliwionego powodu, czyniłby jej wyrzuty z przyczyny kary, którą niegdyś poniosła, lub miała sobie darowaną — ten w myśl § 497 k. k. dopuściłby się osobnego przekroczenia przeciwko bezpieczeństwu czci.

[1] Regule tej bynajmniej nie uwłaczają przypadki wznowienia postępowania na niekorzyść oskarżonego w §§ 355 i 356 proc. k. Patrz co do nich niżej nr. 541.

ROZDZIAŁ II.

Odcierpienie kary *(Vollstreckung der Strafe)*.

§ 115.

539. Odcierpieniem kary nazywa się poniesienie jej w zupełności przez osobę, na nią skazaną. Stanowi ono, jak już wyżej nadmieniłem (nr. 537), najbardziej prawidłowy sposób umorzenia kary, bo równa się wykonaniu odnośnego wyroku sądowego, a w zasadzie dopiero ten ostatni akt, nie zaś już samo zapadnięcie wyroku, czyni zadość wymaganiom prawa karnego materyalnego.

Co się tyczy pytania, kiedy należy uważać karę za poniesioną całkowicie, to, aby na nie odpowiedzieć w odniesieniu do kar, czasowo oznaczonych, trzeba znać chwilę od której bieg kary ma uchodzić za rozpoczęty. Regułę, która co do tej kwestyi obowiązuje w prawie austryackiem, i wyjątki od niej podałem już, przy rozbiorze kary więziennej (nr. 465, 473).

540. Kodeks austryacki oświadcza wyraźnie, że odcierpienie kary, na którą winowajca został skazany, ma także umarzać jego odnośne przestępstwo (§§ 225, 528)[1], Znaczy to, że z tytułu tego samego przestępstwa, nikt nie. może być kilkakrotnie pociągany do kary *(ne bis in eadem re)*.

Od powyższej reguły kodeks nie odstępuje nigdy co do kar, orzeczonych przez sądy austryackie (patrz niżej nr. 541). Mniej bezwzględnie przestrzega on tej reguły co do kar, poniesionych na mocy wyroków zagranicznych. A mianowicie żąda on, pomimo że winowajca był już karany zagranicą, nowego osądzenia jego przestępstwa w Austryi w dwóch następujących przypadkach: *a)* jeżeli idzie o zbrodnię (nie o występek lub przekroczenie), popełnioną przez krajowca zagranicą (§ 36 k. k.; por. wyżej, nr. 263); *b)* jeżeli idzie o popełnienie przez cudzoziemca za granicą, zdrady głównej przeciwko Austryi lub fałszowania publicznych papierów kredytowych, względnie monet austryackich (§ 38 k. k.; por. wyżej, nr. 265). Kara jednak już odcierpiana za granicą, nie ma w powyższych przypadkach ginąć dla przestępcy, gdyż, według wyraźnego przepisu § 36, sąd austryacki musiałby zawsze wliczyć ją do kary przez niego orzeczonej[2].

[1] Moc umarzająca odcierpienia kary z §§ 225 i 528 k. k. odnosi się tylko do kar, nałożonych sądownie na winowajcę. Nie dotyczy więc ona ani kar, orzeczonych w drodze administracyjnej (por. zwłaszcza § 11 rozporz. ces. z 20 kwietnia 1854. Dz. u. p. 96), ani też kary, dotykającej tylko pisma drukowego, w przypadkach t. zw. postępowania przedmiotowego z § 493 proc. kar. Por. mój *Wykład proc. kar.*, str. 482 — 484. Wyjątek stanowią kary dyscyplinarne za występki i przekroczenia więźniów kryminalnych. Kary te bowiem zrównane są ze sądowemi. Patrz rozp. min. spr. wewn. z 4 lipca 1860 (Dz. u. p. 173). Por. wyżej nr. 262.

[2] Co do zastosowania tego przepisu, w drodze analogii, do przypadków z § 38 k. k. patrz wyżej nr. 270, dop. 4.

541. Całkiem inne znaczenie mają przypadki, w których ustawa, pod pewnemi warunkami, dopuszcza wznowienia postępowania na niekorzyść oskarżonego, już ukaranego za czyn, o którym później wyjdzie na jaw, że był innem, cięższem przestępstwem, niż to, za które właśnie oskarżony już poniósł nałożoną na niego prawomocnie karę (§§ 355, 356 proc. kar.). W przypadkach tych bowiem, podobnie jak i wtedy, gdy ustawa dopuszcza dalszego zwyczajnego postępowania co do przestępstwa, będącego zbrodnią, a błędnie osądzonego, jako przekroczenie, przez sąd powiatowy (§ 363, l. 4 proc. k.)[1] — nie można wi-

dzieć odstępstwa od reguły, uświęconej w §§ 225 i 528 k. k. z tego powodu, że tutaj wchodzi w grę inne przestępstwo, niż to, za które dana osoba już odcierpiała karę sądową. W każdym razie jednak, i w przypadkach tego rodzaju, trzeba karę, już poniesioną przez winowajcę, wliczyć do tej, która będzie mu się należała na mocy nowego wyroku[2].

[1] Por. orzecz. Najw. Tryb. z 15 kwietnia 1882, zb. nr. 443.

[2] Por. § 359_3 proc. kar. a także mój *Wykład proc. kar.*, str. 434, ad 2.

ROZDZIAŁ III.

Śmierć przestępcy *(der Tod des Verbrechers)*.

§ 116.

542. Śmierć przestępcy umarza zarówno wszelkie przeciwko niemu skierowane postępowanie karne, jak i wszelkie na niego nałożone kary (§§ 224, 527 k. k.). Reguła ta tłómaczy się z jednej strony — tem, że wtedy państwo znajduje się w niemożności fizycznej dotknięcia przestępcy jakąkolwiek karą, a z drugiej strony — tem, że sprzeciwiałoby się to istotnej naturze kary, gdyby obowiązek jej ponoszenia miał przechodzić na dziedziców przestępcy[1].

Regule tej wszakże nie sprzeniewierza się prawo wtedy, gdy karę, już prawomocnie orzeczoną za życia przestępcy, pozwala wykonywać po jego śmierci, o ile treść kary dotyka wyłącznie jego stosunków majątkowych. Kara bowiem w tego rodzaju przypadkach przechodzi na dziedziców przestępcy tylko, jako dług cywilny tego ostatniego względem skarbu państwa. Do takich kar należą w Austryi *a)* grzywny, *b)* przepadek towarów, rzeczy sprzedajnych lub sprzętów (§§ 240 *a*, *b*; 241), *c)* przepadek podarunku za zbrodnie z §§ 104 i 105 k. k., a także *d)* dodatkowa kara pieniężna w kwocie 200 koron, na rzecz kasy wojskowej, za zbrodnię z § 221 k. k.[2].

Z tego samego tytułu, t. j. jako dług cywilny, przechodzi też na dziedziców przestępcy, ciążący na tym ostatnim obowiązek wynagrodzenia szkody pokrzywdzonemu (§ 527 k. k.).

[1] Mówiąc, że śmierć przestępcy umarza wszelkie przeciwko niemu postępowanie karne, mamy na myśli tylko postępowanie, skierowane ku temu, aby na przypadek wyroku skazującego módz oskarżonego pociągnąć do odpowiedzialności karnej. Śmierć przestępcy nie powinna wstrzymywać procesu w tych przypadkach, w których toczyłby się on na korzyść oskarżonego (uznaje to § 354 proc. k., dopuszczając wznowienia postępowania także na korzyść zmarłego skazańca; por. mój *Wykład proc. kar.*, str. 429), a także wtedy, gdy na pierwszy plan wysuwałby się nie interes ukarania oskarżonego, lecz interes skonstatowania, w drodze rozprawy kasacyjnej, ażali czyn oskarżonego, tak jak wyszedł na jaw na rozprawie głównej, która się toczyła za jego życia, stanowi rzeczywiście przestępstwo, względnie tworzy to szczególne przestępstwo, za które go uznał sąd wyrokujący. Por. co do tego samego zdania Lammasch: *Grundriss*, str. 13. *Contra* patrz uchwałę Najw. Tryb. z 18 maja 1881 (nr. 921 zb.), zapadłą wbrew poglądowi, wyrażonemu w orzecz. tegoż Tryb. z dnia 4 lutego 1876 (nr. 97 zb.).

[2] Patrz w Austryi rozp. min. sprawiedl. z 3 kwietnia 1859, (Dz. u. p. 52) zacytowane wyżej, nr. 476, ad 2.

ROZDZIAŁ IV.

Przedawnienie *(die Verjährung)*.

§ 117.

543. Przedawnieniem kary nazywa się wygaśnięcie po stronie państwa wobec danej osoby prawa karnego podmiotowego, wskutek tego, że przeciwko tej osobie, w ciągu dłuższego, przez ustawę oznaczonego czasokresu, państwo albo 1) nie rozwijało żadnego postępowania kar-

nego, albo 2) nie wprowadzało w wykonanie wyroku, który ją prawomocnie skazywał na karę.

W pierwszym przypadku ma miejsce t. zw. przedawnienie śledztwa *(Verfolgungsverjährung)*, w drugim, t. zw. przedawnienie wyroku lub wykonalności wyroku *(Vollstreckungsverjährung)*. Prawu austryackiemu znane jest tylko przedawnienie śledztwa.

[1] Unterholzner: *Verjährungslehre* (1858, 2 wyd.). Dambach: *Beiträge zur Lehre von der Kriminal-Verjährung*, 1860. Abegg: *Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen*, 1862. — Schwarze: *Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung*, 1867. Heinze w *Handb. Holtzend.* II, str. 594. Brun de Villert: *Traité de la prescription en matière criminelle*, 1863. Marquet: *De la prescription en matière criminelle*, 1866. Z nowszej literatury patrz Rindfleisch: *Die Verj. der Strafvollstreckung*, 1892. Bühler: *Die Verj. im Strafr. mit besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Strafgesetze*, 1893. Vonachten: *Die Verjährung im Strafr.*, 1895. Garraud: *Traité du droit pénal français*, II, nr. 530—549. Po włosku patrz Del Prete: *La prescrizione in diritto penale*, 1898. Specyalnie co do prawa austr. patrz w szczególności rozprawy Kitki *(Ger.-Ztg.* 1855, nr. 21), Wasera *(Jurist* t. 14), Gellera *(Centralblatt*, V str. 641), Hoegla *(Jur. Bl.* 1889, nr. 36), Lammascha *(Ger.-Ztg.* 1893, nr. 41: *Das Werk des Strafgesetzausschusses*, str. 334, 1898, nr. 45), Listlera *(Gellera Centralblatt*, IX, str. 461), Rosenblatta *(Ger.-Ztg.* 1900, nr. 52).

I. Przedawnienie śledztwa.

§ 118.

544. Opiera się ono na tym fakcie, że w ciągu dłuższego, przez ustawę oznaczonego czasu, dana osoba była wolna od wszelkiego postępowania karnego z powodu pewnego przestępstwa. Fakt ten sprowadza ten skutek prawny, że państwo utraca, co do tej osoby, prawo karne podmiotowe, płynące z powyższego przestępstwa.

Za przedawnieniem śledztwa przemawiają następujące bardzo poważne względy:

a) Z upływem dłuższego przeciągu czasu pamięć o przestępstwie gaśnie w społeczeństwie i wskutek tego zaciera się krzywda moralna, którą mu ono wyrządziło.

b) Pozostawanie przestępcy przez dłuższy czas w ciągłej obawie, aby go sąd nie wyśledził, wytwarza dla niego stan tak przykry, że byłoby rzeczą niesprawiedliwą, gdyby państwo, które, przez brak należytej czujności swoich organów, stan ten wywołało, nie miało za to poczuwać się do obowiązku uwolnienia przestępcy od kary[1].

c) Ślady materyalne przestępstwa zacierają się z każdym dniem i wskutek tego sędzia, któryby miał o niem orzekać, po upływie dłuższego czasu od jego popełnienia, byłby narażony na niebezpieczeństwo oparcia swego wyroku na niedokładnym materyale dowodowym.

d) Prawo pociągania człowieka do odpowiedzialności sądowej za przestępstwa, które miał jakoby spełnić przed kilkunastu laty, zakłócałoby w wyższym stopniu bezpieczeństwo obywateli, niż uwolnienie od kary tego, ktoby rzeczywiście przed upływem tego czasu dopuścił się jakiegoś przestępstwa[2].

Jest jeszcze argument oparty na przypuszczalnej poprawie przestępcy (doktryna prawa niemieckiego). Patrz co do tej kwestyi niżej nr. 548.

[1] Argument ten spotykamy w motywach franc. *Code d'instr. crim.* Czytamy w nich następujące słowa: *Législateurs, ce supplice, plus cruel que la mort, n'a-t-il pas assez vengé le crime, et légitimé la prescription?* Por. Henke: *Handb.* IV, str. 179.

[2] Por. Budziński: *Wykład*, nr. 239.

545. Historycznie też przedawnienie śledztwa należy do najstarszych i dziś najpowszechniej uznawanych instytucyj prawa karnego. Znane już starożytnym Grekom[1] i Rzymianom[2], przedawnienie śledztwa dostało się tem łatwiej do prawa niemieckiego powszechnego, że miało za sobą także powagę praktyków włoskich. Co się tyczy zaś konstytucyi Karolińskiej, to ona wprawdzie nic nie wspo-

mina o przedawnieniu, ale przez to właśnie dała pojedynczym państwom niemieckim pochop do zaprowadzenia tej instytucyi w drodze ustawodawstwa partykularnego. Tym sposobem weszło przedawnienie do prawa bawarskiego w 1616, pruskiego w r. 1620, austryackiego w r. 1656 (Ordynacya Ferdynanda III)[3].

W drugiej połowie XVIII wieku odzywa się jednak w nauce poważna opozycya przeciwko stosowaniu przedawnienia do przestępstw i kary, jako zasadzie, której chciano zarzucać, że jest zapożyczona z prawa cywilnego i nie licuje z zasadniczo odrębnemi, na uwzględnianiu prawdy materyalnej opartemi, postulatami sprawiedliwości karzącej (Beccaria, Cocceji, Servin)[4]. Pod wpływem tej opozycyi już konstytucya Terezyańska uznała za właściwe usunąć z pod przedawnienia wszystkie szczególnie ciężkie zbrodnie (art. 16. § 9)[5], a kodeks Józefiński z r. 1787 chwycił się nawet zupełnego zniesienia tej instytucyi w sprawach o zbrodnie (I, § 183; porów. wyżej nr. 130).

Opozycya ta wszakże, pomimo że jeszcze w pierwszej połowie XIX wieku stanęli po jej stronie Feuerbach i Henke[6], nie zdołała zamknąć przedawnieniu śledztwa dostępu do ustawodawstw niemieckich. W Austryi przywraca tę instytucyę kodeks Franciszkański z roku 1803, a w Prusiech oświadcza się za nią Ordynacya kryminalna z roku 1805 (§§ 597—603). Stało się to niezawodnie pod wpływem prawa francuskiego, które przyjmowało nietylko przedawnienie śledztwa, ale także przedawnienie wyroku[2].

[1] Patrz Dambach: *Beiträge zu der Lehre von der Kriminalverjährung*, 1860, str. 1—21.

[2] Prawo rzymskie uznawało przedawnienie pięcioletnie dla przestępstw płciowych, dla bezprawnego otwarcia testamentu osoby zamordowanej przez jej niewolników, dla kradzieży mienia publicznego *(peculatus)* i dla defraudacyi celnej (l. 29 § 5—7 D, XLVIII, 5; l. 12, D, XXIX, 5; l. 7, D. XLVIII, 13; l. 2 Cod. IV, 61), dwudziestoletnie dla cięższych przestępstw, np. fałszerstw (l. 12, Cod. IX, 22). Prawo niemieckie powszechne, oprócz przedawnienia dwudziestoletniego i pięcioletniego przyjmowało jeszcze przedawnienie jednoroczne dla występków, nie ściganych z urzędu.

[3] Por. Liszt: *Lehrb.* str. 298 (wyd. 1899).

[4] Beccaria: *Dei delitti*, 1764, § 13. Cocceji: *Elementa iustitiae naturalis et romanae*, 1740. Servin: *De la législation criminelle*, 1782.

[5] Zasada wykluczania najcięższych zbrodni od przedawnienia znana już była zarówno prawu ateńskiemu (wykopanie poświęconego drzewa oliwnego; por. Dambach, l. c.), jak rzymskiemu *(parricidium*, apostazya; por. Geib: *Lehrb.* II, str. 139).

[6] Feuerbach: *Lehrb.* § 64. Henke: *Handb.* IV, §§ 22, 23.

[7] Niektóre partykularne kodeksy karne niemieckie (np. saski z r. 1838 i bawarski z r. 1861) poszły całkiem za wzorem prawa francuskiego, przyswajając sobie także przedawnienie wyroku.

546. Czasokres, mający sprowadzać przedawnienie śledztwa na rzecz danej osoby, może brać początek albo 1) od dnia popełnienia odnośnego przestępstwa, co nastąpi wtedy, gdy owa osoba była całkiem wolna od wszelkich dochodzeń sądowych z powodu tego przestępstwa; albo 2) od dnia prawomocnego zaniechania przeciwko owej osobie w przedmiocie tego przestępstwa dalszego postępowania karnego, co nastąpi wtedy, gdy owa osoba była już sądownie ścigana o to przestępstwo.

Tak w jednym, jak w drugim z tych przypadków przedawnienie dopuszcza przerwy, przed dojściem jego biegu do końca. Dozna jej ono mianowicie z chwilą rozwinięcia przez sąd jakiegokolwiek postępowania karnego przeciwko osobie[1], na rzecz której, i z powodu przestępstwa, co do którego, śledztwo zaczynało popadać już w przedawnienie.

Skutek przerwy jest ten, że czas, który przed nią już upłynął na rachunek przedawnienia, uważa się za utracony[2]. Bieg nowego przedawnienia może się wtedy roz-

począć dopiero z chwilą ustania przeszkody, która wywołała jego przerwę.

[1] Wezwanie odnośnej osoby do sądu karnego, w charakterze świadka, nie przerywałoby przedawnienia na jej korzyść.

[2] Niektórzy autorowie jednak, zwłaszcza belgijscy, są zdania, że przedawnienie powinno módz się przerywać tylko do pewnego czasu, liczonego od dnia popełnienia odnośnego przestępstwa. Czas ten mianowicie ma odpowiadać okresowi, ustanowionemu dla przedawnienia śledztwa. W myśl tej teoryi samo przestępstwo musiałoby zawsze popadać w przedawnienie z upływem od jego popełnienia dwa razy tak długiego czasu, jak ten, który, gdyby nie przerwy, byłby według ustawy wystarczał dla sprowadzenia przedawnienia śledztwa. Patrz co do tej teoryi Garraud: *Traité* II, nr. 536. Do niej przychylają się art. 637 franc. *Code d'instr. crim.*, tudzież ustawa belgijska z 17 kwietnia 1878 (art. 26).

547. Przepisy prawa austryackiego, dotyczące przedawnienia śledztwa, należy podzielić na cztery następujące kategorye: *A)* co do zbrodni; *B)* co do występków i przekroczeń z ustawy karnej powszechnej; *C)* co do przestępstw prasowych; *D)* co do występków i przekroczeń z ustaw karnych dodatkowych.

548. *A)* Przedawnienie śledztwa co do zbrodni. (§§ 227—232). Wszystkie zbrodnie, z wyjątkiem tych, za które ustawa grozi karą śmierci, dopuszczają w prawie austryackiem przedawnienia śledztwa. Przedawnienie to czyni kodeks zawisłem od warunków dwojakiego rzędu:

1) Trzeba, aby odnośna osoba w ciągu czasokresów, przez kodeks oznaczonych, nie była ścigana sądownie, jako obwiniona o zbrodnię, co do której śledztwo ma uledz przedawnieniu (§ 227).

2) Trzeba aby osoba ta czyniła zadość czterem w § 229 k. k. podanym wymaganiom, a mianowicie:

a) ze zbrodni już żadnego nie zachowała pożytku [2];

b) szkodę wyrządzoną, w miarę jak tego dopuszczała właściwość zbrodni, według sił swoich, wynagrodziła [3];

c) nie uchodziła z granic krajów tutejszych, t. j. z obrębu terytoryalnego ustawy karnej austryackiej;

d) nie popełniła nowej zbrodni w ciągu czasokresu, przepisanego dla przedawnienia śledztwa [4].

Kodeks austryacki, stawiając przedawnienie śledztwa w zależności od warunków, tkwiących w postępowaniu osoby, mającej korzystać z przedawnienia, pozostał wierny doktrynie prawa niemieckiego powszechnego, które instytucyę tę opierało także na przypuszczalnej poprawie przestępcy [1].

[1] Por. Liszt: *Lehrb.* § 76; Lammasch *Grundriss*, str. 15.

[2] *ad b)* Sporną jest kwestya, kiedy ma nastąpić wynagrodzenie szkody, aby sąd mógł je uwzględnić, jako warunek przedawnienia śledztwa?

Wytworzyły się mianowicie pod tym względem dwie następujące opinie:

a) Wynagrodzenie szkody powinno nastąpić, albo w ciągu ustanowionego dla przedawnienia czasokresu, albo później, ale w każdym razie przed wdrożeniem przeciwko odnośnej osobie postępowania karnego. Zdanie to podziela bezwzględnie Finger (*Oesterr. Strafr.* I, str. 427, 428; w pragskiej *Juristische Vierteljahrschrift*, 1896, str. 171), a tylko *de lege lata* oświadcza się za niem Lammasch (*Grundriss*, str. 16; w *Allg. österr. Ger.-Ztg.* 1898, nr. 45).

b) Wystarcza, jeżeli wynagrodzenie szkody nastąpiło przed zamknięciem postępowania dowodowego t. j. zanim sąd przystąpił do wydania wyroku. Za tym poglądem oświadczają się: Waser *Jurist*, t. 14, 1845, str. 91), Herbst (*Handbuch*, ad § 229, lit. *b*, nr. 4), Högel (*Jur. Blätter*, 1889, str. 483), Rosenblatt (*Allg. österr. Ges.-Ztg* 1900, nr. 52). Pogląd ten znalazł także wyraz w licznych orzeczeniach Najwyż. Trybunału (z 2 stycznia 1856, nr. 31; z 6 listop. 1882, nr. 498; z 12 marca 1883, nr. 525; z 16 lipca 1886. nr. 949). Zapatrywanie to trafia do naszego przekonania, gdyż, skoro § 229 nie określa czasu, w którym winowajca, aby korzystać z przedawnienia, powinien wynagrodzić szkodę pokrzywdzonemu, to czas ten może ciągnąć się do możliwie ostatniej chwili przed przystąpieniem sądu do wyrokowania o tem,

czy należy lub nie uznać śledztwo za przedawnione w odniesieniu do oskarżonego (co do postępowania przed sądem przysięgłych por. § 317 proc. k.).

[1] *ad d)* Popełnienie nowej zbrodni po upływie czasokresu, sprowadzającego przedawnienie, nie uchyla tego ostatniego. Za to uchyla je popełnienie zbrodni w ciągu owego czasokresu nawet wtedy, gdyby ta nowa zbrodnia miała uledz przedawnieniu, zanim ów czasokres dobiegł do końca. Przedawnienie bowiem, dotyczące tej nowej zbrodni, umarza tylko jej ściganie sądowo-karne, lecz nie może być przeszkodą, do uważania jej za okoliczność, uchylającą przedawnienie w odniesieniu do dawnej zbrodni. Patrz *pro* Finger: *Strafr.* I, str. 430; Lammasch: *Grundriss*, str. 16; *contra* orzecz. Najw. Trybunału z 18 kwietnia 1893, (nr. 1695, zb.).

549. Co się tyczy czasokresów, potrzebnych dla przedawnienia śledztwa w odniesieniu do zbrodni, to kodeks zna ich trzy, a mianowicie: *a)* dwudziestoletni, co do zbrodni, obłożonych więzieniem dożywotnem; *b)* dziesięcioletni, co do zbrodni, za które ustawa grozi więzieniem od 10 do 20 lat; *c)* pięcioletni, dla wszystkich innych zbrodni (§ 228).

W przedmiocie tych czasokresów panują następujące reguły:

1) Normą dla obliczania tych czasokresów powinna być kara, przepisana przez ustawodawcę *in abstracto*, nie zaś jej wymiar, orzeczony przez sędziego *in concreto*. W przypadkach jednak, gdy sam ustawodawca każe, ze względów podmiotowych, bądź łagodzić karę za zbrodnię (§ 52 — jeżeli sprawca nie miał 20 lat życia; patrz niżej nr. 550), bądź też uważać zbrodnię za przekroczenie (§§ 237, 269 *a*, 270; porów. wyżej nr. 297); to normą dla omawianych czasokresów stawać się ma oczywiście bądź owa łagodniejsza kara za zbrodnię (232), bądź kwalifikacya kryminalna czynu, jako przekroczenia[1].

2) Czasokresy te mogą biedz od chwili bądź popełnienia zbrodni, bądź prawomocnego uwolnienia przez sąd karny od dalszych o nią dochodzeń osoby, znajdującej się

pod jej zarzutem. Co do pytania, kiedy należy uważać zbrodnię za popełnioną, to już je rozebrałem wyżej, pod nr. 190 — 192. Tu tylko dodać jeszcze trzeba, że czas popełnienia przedłuża się, przy przestępstwach ciągłych (nr. 385), do chwili spełnienia przez sprawcę ostatniego działania przestępnego, a przy przestępstwach trwałych (nr. 387) — do chwili ustania wytworzonego przez nie bezprawnego stanu rzeczy[2].

3) Przerwę przedawnienia, w odniesieniu do danej osoby i zbrodni, sprowadza każdy krok proceduralny, zarządzony przez sąd karny austryacki przeciwko tej osobie, jako obwinionej o tę zbrodnię. Przez obwinionego *(Angeschuldigter)* w rozumieniu § 227 pojmować jednak należy nietylko osobę obwinioną i oskarżoną w myśl § 38 proc. k., ale także osobę podejrzaną, przeciwko której sąd karny wdrożył dochodzenia przygotowawcze[3].

4) Spoczywanie przedawnienia w duchu zasady rzymskiej »*agere non valenti non currit praesciptio*«, t. j. zawieszenie dalszego biegu przedawnienia, na cały czas trwania prawnej przeszkody do sądowo-karnego ścigania obwinionego, nie jest wogóle znane prawu karnemu austryackiemu[4]. Wyjątek pod tym względem stanowi przedawnienie przestępstw, popełnionych osnową pisma drukowego (§ 40 ust. pras.).

Do wszystkich spraw wprowadza tę instytucyę ostatni projekt austr. (r. 1909, § 78).

[1] Patrz orzecz. Najw. Trybun. z 4 lutego 1886 (zb. nr. 881) i z 22 września 1896, l. 11199 (plen.). Porówn. też wyżej nr. 297 dop. 2.

[2] Patrz orzecz. Najw. Tryb. z 30 września 1878. l. 7176, z 11 grudnia 1880 (zb. 302), z 6 maja 1882 (zb. 449). Lammasch (*Grundriss*, str. 15) utrzymuje, że tego poglądu nie można stosować do dwużeństwa, które, zdaniem jego, uważać trzeba, w myśl tekstu § 206 k. k., nie za przestępstwo trwałe *(fortdauerndes Verbrechen)*, lecz za przestępstwo o skutkach trwałych *(fortwirkendes Verbrechen)*; uchodzące za popełnione już wtedy, gdy

skutków, odznaczających się trwałością, sprowadzić jeszcze nie było mogło. Najw. Trybunał jednak w orzecz. z 11 grudnia 1880 zb. 302) przyznał dwużeństwu charakter przestępstwa trwałego, które uważać trzeba za popełniane dopóty, dopóki nie nastąpi rozwiązanie bądź poprzedniego małżeństwa, bądź tego, które nosi znamiona bigamii.

Przeciwko temu zapatrywaniu patrz Dr Alfred Gross: *Das Bigamieverbrechen und seine Verjährung nach österr. Strafrecht. Allg. österr. Ger.-Ztg.* nr. 32 ex 1908).

[3] Czynności sądowe, przerywające przedawnienie, wylicza § 227 nie wyczerpująco lecz przykładowo. Por. orzecz. Najw. Tryb. z 28 lutego 1896 (zb. nr. 1972). W ich rzędzie wymienia kodeks: *a)* wydanie przeciwko sprawcy, jako obwinionemu wezwania, nakazu dostawienia lub uwięzienia; *b)* uchwalenie wdrożenia śledztwa; *c)* przesłuchanie sprawcy, jako obwinionego, jego uwięzienie, ściganie pogonią lub listami gończemi. Aczkolwiek nie godziłoby się uważać powyższej listy za wyczerpującą, to jednak trzeba o tem pamiętać, że nie mogłaby przerywać przedawnienia czynność proceduralna, przedsięwzięta przeciwko obwinionemu tylko przez oskarżyciela, np. wniosek o wdrożenie śledztwa wstępnego, lub samo wniesienie aktu oskarżenia (orzecz. Najw. Tryb. z 25 maja 1894, zb. nr. 1729). Nowe przedawnienie może zacząć biedz dopiero po ustaniu przerwy. Kodeks wprawdzie, jako punkt wyjścia nowego przedawnienia, przytacza tylko chwilę wydania przez sąd karny austryacki wyroku, mocą którego nastąpiło prawomocne uwolnienie danej osoby od odpowiedzialności (§ 227). Wobec jednak przepisów procedury karnej z 23 maja 1873 (§§ 48, 109, 110, 213, 227, 352), nie ulega najmniejszej wątpliwości, że początek nowemu przedawnieniu może dać także chwila prawomocnego zaniechania przez sąd dalszego postępowania karnego. Patrz orzec. plen. Najw. Tryb. z 9 czerwca 1896 l. 6310, oraz orzecz z 26 września 1896, l. 5137.

[4] Całkiem niesłusznie przyjął Najw. Trybunał spoczywanie przedawnienia w przypadku, gdy brak zezwolenia odnośnej izby poselskiej stał się przeszkodą do zarządzenia postępowania karnego przeciwko obwinionemu (orzecz. z 7 września 1864, wyd. Adlera nr. 1068). Naszem zdaniem należałoby raczej uznać przedawnienie za przerwane z chwilą, gdy sąd zwrócił się do odnośnej izby o zezwolenie ścigania obwinionego posła. Bliższe szczegóły patrz w mojej rozprawie: Nietykalność poselska i prawo karne (*Lwowski przegląd prawn. i adm.* 1898, str. 695—699).

550. Powiedziałem (nr. 548), że, według prawa austryackiego, wszystkie zbrodnie dopuszczają przedawnienia śledztwa, prócz tych, za które ustawa grozi karą śmierci. Okoliczność jednak ziszczenia się, co do tych ostatnich zbrodni, wszystkich warunków, od których kodeks czyni zależnem przedawnienie śledztwa w odniesieniu do zbrodni, obłożonych więzieniem dożywotnem, o tyle nie jest obojętna, że, w myśl § 231, ma ona sprowadzać zmianę kary śmierci na karę ciężkiego więzienia od lat dziesięciu do dwudziestu.

W jednym tylko przypadku zbrodnia, mająca *in abstracto* ulegać karze śmierci, może popaść w przedawnienie, a mianowicie wtedy, jeżeli *in concreto*, ze względu na wiek winowajcy poniżej 20 lat, kodeks każe ją uważać za zbrodnię, obłożoną ciężkiem więzieniem od lat dziesięciu do dwudziestu (§ 232, por. wyżej nr. 549, l. 1).

551. Skutek prawny przedawnienia śledztwa, w odniesieniu do danej osoby i zbrodni, polega na tem, że wyklucza ono raz na zawsze możność zarówno wdrożenia przeciwko tej osobie jakichkolwiek o tę zbrodnię dochodzeń sądowych, jak i ukarania jej za nią (§ 230). Sama zbrodnia jednak, która uległa przedawnieniu śledztwa, nie zaciera się całkowicie dla prawa karnego, pomimo że, interpretując dosłownie tekst § 223 *d*, należałoby i tę zbrodnię uważać za umorzoną. Nie godzi się atoli zapominać, że § 223 *d* znajduje dokładne wytłómaczenie dopiero w § 230, z którego widać, że odnośna zbrodnia ma uchodzić za umorzoną, w stosunku do danej osoby, tylko w tem rozumieniu, że osoby tej nie będzie można już o tę zbrodnię pociągać do żadnej odpowiedzialności karnej. Zbrodnia ta więc będzie mogła jeszcze stać się przed sądem karnym tematem postępowania dowodowego w jakimś innym celu, np jako okoliczność, mająca nadać nowej zbrodni tej samej osoby charakter przestępstwa z narowu, lub mająca rozstrzygać o istocie przestępstwa, zarzuca-

nego innemu oskarżonemu (przeciwko Piotrowi toczy się sprawa karna o przechowywanie rzeczy, pochodzących z kradzieży, zarzucanej Pawłowi, lecz już przedawnionej w odniesieniu do niego)[1].

Por. Finger: *Oesterr. Strafr.* I str. 422. Lammasch: *Grundriss*, str. 15.

552. *B)* Przedawnienie śledztwa co do występków i przekroczeń z ustawy karnej powszechnej (§§ 531, 532). Do kwestyi tej znajdują zastosowanie wszystkie przepisy, podane wyżej co do zbrodni, z dwiema następującemi zmianami:

1) Czasokresy, mające sprowadzać przedawnienie, są tu o wiele krótsze: *a)* trzymiesięczny, jeżeli ustawa grozi najwyżej aresztem pierwszego stopnia bez zaostrzenia lub grzywnami do stu koron; *b)* sześciomiesięczny, jeżeli ustawa orzeka areszt pierwszego stopnia z zaostrzeniem lub grzywny do 400 koron; wreszcie *c)* jednoroczny, co do występków i przekroczeń, obłożonych surowszą karą lub utratą praw i upoważnień (§ 532).

2) Co się tyczy warunków przedawnienia, zależnych od postępowania odnośnej osoby, to tutaj z jednej strony nie ma w ich rzędzie wymagania, aby sprawca nie uchodził z Austryi, z drugiej zaś ustawa żąda, aby w ciągu czasokresu, potrzebnego dla przedawnienia, oskarżony nie dopuścił się żadnego nowego przestępstwa, a więc nietylko zbrodni, lecz także występku lub przekroczenia (§ 531).

553. Z przedawnieniem śledztwa, w odniesieniu do występków i przekroczeń, nie należy brać za jedno przedawnienia skargi *(Verjährung der Strafklage)*, o którem mowa jest w § 530 kodeksu karnego. Ta ostatnia instytucya ma charakter czysto proceduralny i odnosi się wyłącznie do przestępstw skargowo-prywatnych. Prawo skargi mianowicie, służące co do tych przestępstw tylko

pokrzywdzonemu, popada w przedawnienie całkiem niezależnie od tego, czy, na korzyść osoby obwinionej, samo śledztwo uległo już lub nie przedawnieniu. Pokrzywdzony traci to prawo wtedy, jeżeli nie wniósł skargi w ciągu sześciu tygodni od chwili, w której się dowiedział o odnośnem przestępstwie danej osoby. Wygaśnięcie jednak prawa skargi po stronie jednego pokrzywdzonego nie pozbawiałoby jeszcze tego prawa innych pokrzywdzonych, wrazie, gdyby ci ostatni mieli dowiedzieć się później o popełnionem przestępstwie.

554. *C)* Przedawnienie śledztwa co do przestępstw prasowych (§§ 27, 40, ust. pras. z 17 grudnia 1862). Należy, co do tej kwestyi, odróżnić dwie następujące kategorye przypadków:

1) Przestępstwa popełnione osnową druku, tudzież występki i przekroczenia, polegające na zaniedbaniu przepisanej, przy wydawaniu pism drukowych, staranności i baczności (§ 40).

Śledztwo, co do tych przestępstw, ulega przedawnieniu już w ciągu sześciu miesięcy, od chwili gdy odnośne pismo pojawiło się lub zaczęło się rozszerzać w Austryi[1], jeżeli w czasie tym nie wdrożono w Austryi przeciwko żadnemu z winowajców postępowania karnego, lub też już rozpoczętego postępowania dalej nie popierano, pomimo, że nie zachodziła do prowadzenia procesu żadna przeszkoda. Innych warunków dla przedawnienia śledztwa (z §§ 229 i 531 k. k.) ustawa tu nie żąda, ale za to *a)* przyjmuje co do tych przestępstw t. zw. spoczywanie przedawnienia na czas trwania przeszkody, z powodu której nie można było w Austryi wytoczyć sprawy karnej przeciwko żadnemu z winowajców (p. wyżej nr. 549, l. 4); *b)* uważa przerwę przedawnienia, co do jednego z winowajców, za okoliczność, która je przerywa co do wszystkich uczestników.

2) Występki i przekroczenia, polegające na przeła-

maniu przepisów porządkowych, zawartych w rozdz. II ustawy prasowej. Dla przedawnienia ich karygodności ustawa przepisuje czasokres sześciomiesięczny od chwili, gdy je popełniono, wszakże tylko na przypadek, gdyby przedawnienie śledztwa nie miało, co do nich, w myśl postanowień kodeksu karnego, już wcześniej nastąpić. Prócz warunku, aby w ciągu powyższego czasu nie wytaczano sprawy karnej lub też nie prowadzono dalej już wdrożonego, a przerwanego postępowania karnego, ustawa prasowa nie stawia żadnych dalszych wymagań dla przedawnienia, omawianych tu, występków i przekroczeń.

[1] W przypadkach usiłowania tych przestępstw należałoby, nie chcąc popaść w niekonsekwencyą, wytkniętą przez Liszta *(Oesterr. Pressrecht*, str. 306), liczyć czasokres sześciomiesięczny od chwili, odkąd działalność sprawcy, nacechowana w myśl § 10 k. k. początkiem wykonania, doznała zatamowania i z tej przyczyny nie mogła była doprowadzić do tego, aby odnośne pismo drukowe pojawiło się w Austryi lub zaczęło się tam rozszerzać.

555. *D)* Przedawnienie śledztwa co do występków i przekroczeń z ustaw karnych dodatkowych. W zasadzie przedawnienie ma tu następować według ogólnych prawideł, podanych w §§ 531 i 532 k. k. Wyjątek stanowiłyby przypadki, w których dana ustawa zawierałaby co do tej kwestyi odmienne przepisy.

Do tych ostatnich zaś trzeba zaliczyć, prócz rozebranych już wyżej §§ 27 i 40 ustawy prasowej, także postanowienie, zawarte w § 67 ustawy wojsk. z 11 kwietnia 1889 (Dz. u. p. 41). W myśl tego przepisu, w przypadkach występków z §§ 45 (wyjazd za granicę w zamiarze uchylenia się od stawiennictwa) i 49 ust. wojsk. (umyślne wprawienie się w niezdolność fizyczną do służby wojskowej), bieg jednorocznego przedawnienia ma brać początek bądź z końcem roku, w którym winowajca, obowiązany do służby wojskowej, ukończył 36-ty rok życia, bądź od chwili jego stawiennictwa przed właściwą komisyą poborową. Reguła

ta ma także znajdować zastosowanie do innych winowajców (nie obowiązanych do służby wojskowej) z tą jednak poprawką, że w razie, gdyby winowajca popisowy wcześniej był umarł, to dla nich bieg przedawnienia musiałby się liczyć od śmierci tego ostatniego.

Na zakończenie trzeba to jeszcze zanotować, że w myśl § 4 rozp. min. z 3 kwietnia 1855 (Dz. u. p. 61) przekroczenia, przekazane orzecznictwu władz politycznych, mają ulegać przedawnieniu w ciągu trzech miesięcy i to niezależnie od żadnych dodatkowych warunków, zawisłych od postępowania winowajcy.

II. Przedawnienie wyroku.

§ 119.

556. Instytucya ta nie jest znana dzisiejszemu prawu austryackiemu, a jej znaczenie polega na tem, że tytuł do wykonania kary, nałożonej na przestępcę wyrokiem prawomocnym, gaśnie dla państwa w razie, jeżeli w ciągu dłuższego, przez ustawę oznaczonego czasu, właściwa władza nie rozwinęła żadnej akcyi, celem wykonania zapadłego wyroku. Bieg tego przedawnienia może się rozpoczynać bądź od chwili, gdy odnośny wyrok stał się prawomocnym, bądź odkąd władza zaniechała, co do niego, dalszych kroków egzekucyjnych, z których każdy uważać trzeba za okoliczność, przerywającą to przedawnienie (kod. niem. § 72; włoski, art. 96).

557. Nie wszystkie względy, które przemawiają za przedawnieniem śledztwa (nr. 544), służyć mogą za argumenty na rzecz przedawnienia wyroku. Na uzasadnienie tego ostatniego, przytoczyć można dwie tylko okoliczności, a mianowicie: *a)* że z czasem społeczeństwo traci wszeki interes do ukarania winowajcy oraz *b)* że przestępca,

znalazłszy się, z winy właściwej władzy, przez dłuższy czas tylko w oczekiwaniu wykonania, nałożonej na niego prawomocnie, kary, nabył niejako, po upływie tego czasu tytuł do żądania, aby ten jego stan, wolny od wszelkich przeciwko niemu skierowanych, kroków egzekucyjnych, utrwalił się raz na zawsze.

558. Przedawnienie wyroku, dawno już znane prawu francuskiemu *(Code d'instr. crim.* art. 635, 636, 639), a za przykładem tego ostatniego przyjęte przez niektóre kodeksy partykularne niemieckie (kod. saski z r. 1838; bawarski z r. 1861), dostało się do prawa karnego państwa niemieckiego przez kodeks z r. 1871 [1]. W Austryi instytucya ta dotychczas nie zdobyła sobie miejsca ani w prawie obowiązującem ani w nowszych projektach z r. 1893 i 1909).

[1] Według prawa francuskiego, ulegają przedawnieniu kary za zbrodnie w ciągu 20 lat, za występki — w ciągu 5 lat, za przekroczenia — w ciągu 2 lat *(Code d'instr. crim.* art. 635, 636 639). Według kod. niem. najsurowsze kary (kara śmierci, dożywotny kryminał i dożywotna twierdza) ulegają przedawnieniu w ciągu 30 lat, a najłagodniejsze — w ciągu 2 lat (§ 70).

[2] Wprowadzały ją wszakże dawne projekty. Patrz §§ 70—73, proj. z r. 1891.

ROZDZIAŁ V.

Darowanie kary *(Nachsicht der Strafe).*

§ 120.

559. Darowaniem kary, w najobszerniejszem rozumieniu tego pojęcia, nazywa się akt, na mocy którego, osoba, do tego przez prawo upoważniona, uwalnia z własnej woli bądź oskarżonego od wszelkiego postępowania karnego w przedmiocie zarzucanego mu przestępstwa, bądź skazańca od nałożonej na niego kary.

Osobą, upoważnioną do takiego darowania kary jest w Austryi, stosownie do okoliczności, albo 1) cesarz w myśl służącego mu prawa łaski, albo 2) pokrzywdzony, w myśl służącego mu co do przestępstw skargowo-prywatnych prawa pojednania się z przestępcą.

I. Ułaskawienie *(Begnadigung)* [1].

§ 121.

560. Przyjęto powszechnie odróżniać ułaskawienie 1) w ścisłem i 2) obszernem znaczeniu.

1) W ścisłem rozumieniu, ułaskawieniem nazywa się tylko darowanie samej kary w drodze łaski, t. j. przypadek, gdy organ, obdarzony prawem łaski (zwyczajnie naczelnik państwa), z własnej woli, uwalnia przestępcę od ciężaru ponoszenia już prawomocnie nałożonej na niego kary. Uwolnienie to może odnosić się do całej kary *(agratiatio)* lub jej części *(mitigatio poenae ex capite gratiae).*

2) W obszerniejszem rozumieniu ułaskawienie obejmuje także trzy następujące przypadki.

a) Restytucyę, t. j. zniesienie skutków kary, zwłaszcza przywrócenie skazańcowi utraconych wskutek wyroku praw honorowych (rehabilitacya).

b) Abolicyę, t. j. nakaz, aby nie wdrażano postępowania karnego, względnie zaniechano już wdrożonego procesu, a to bądź w pewnej pojedynczej sprawie (abolicya szczególna) bądź też z okazyi pewnej kategoryi spraw (abolicya ogólna).

c) Amnestyę, która z jednej strony jest jaknajzupełniejszem ułaskawieniem, gdyż zawiera darowanie kary *sensu stricto*, restytucyę i abolicyę, a z drugiej — dotyczy

nie pewnych konkretnie oznaczonych oskarżonych i skazańców, lecz pewnej ich kategoryi abstrakcyjnej.

[1] Lüder: *Das Souveränitätsrecht der Begnadigung*, 1860. Arnold: *Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechtes*, 1860. Vassali: *Kritische Untersuchungen über das Begnadigungsrecht*, 1867. Löb: *Das Begnadigungsrecht*, 1881. Elsas: *Ueber das Begnadigungsrecht*, 1888. Patrz także Heinze w *Handb. Holtzend.* II, str. 629. Ortloff: *Das Begnadigungsrecht im konstitutionellen Rechtsstaate (Goltdam. Archiv.* t. 45, 1897).

561. Prawo darowania kary w drodze łaski czerpie swoje uzasadnienie ze względów tak słuszności, jak polityki kryminalnej.

Z pierwszego stanowiska, występuje ono jako jedyna instytucya, mogąca skutecznie zapobiegać temu, aby wymiar sprawiedliwości nie znalazł się w niezgodzie z konkretnym charakterem winy przestępcy w tych wszystkich przypadkach, w których sędzia, przestrzegając abstrakcyjnych przepisów ustawodawcy, musiałby wyrok wydać zbyt surowy w odniesieniu do wyjątkowych okoliczności danej sprawy. Z natury stosunku, zachodzącego między tą instytucyą a ustawami, wynika, że do wykonywania prawa łaski może być powołany w państwie tylko organ, stojący ponad ustawodawcą. Takim organem jest tylko najwyższy piastun władzy rządowej t. j. naczelnik państwa (w Austryi — cesarz).

562. Z drugiego, t. j. polityczno-kryminalnego stanowiska, instytucya darowania kary w drodze łaski spełnia nader ważną rolę w przypadkach, w których prawo, chcąc, w myśl zasady »*suum cuique tribuere*« brać w rachubę, przy wymiarze sprawiedliwości, wszystkie strony postępowania danej osoby, musiałoby z niektórych względów żądać jej ukarania, a z innych znów domagać się uwolnienia jej od kary[1].

Ustawodawca nie zawsze może być powołany do

wskazywania sędziemu, kiedy należy wśród podobnych okoliczności raczej uwolnić od kary, niż skazać na nią przestępcę. Ustawodawca potrafi spełnić to zadanie tylko wtedy, gdy jest rzeczą z góry niewątpliwą, że społeczeństwu przynieść musi większą korzyść uwolnienie od kary przestępcy, np. w razie przedawnienia lub czynnego żalu. Są jednak okoliczności, których z góry żaden ustawodawca przewidzieć nie zdoła a które jednak w jakimś przypadku szczególnym postawią społeczeństwo w konieczności rozstrzygnięcia pytania, któremu z dwóch wymagań sprawiedliwości należy uczynić zadosyć odnośnie do pewnego przestępcy, czy temu, które żąda jego ukarania, czy też temu, które domaga się jego uwolnienia od kary[2]. W przypadkach podobnej kolizyi nie ma dla sędziego innej rady, tylko skazać przestępcę na odpowiednią karę a darowanie jej pozostawić woli organu, posiadającego w państwie prawo łaski.

[1] Patrz wyżej nr. 14.

[2] Np. gdy przestępca wykrył jakiś szeroko rozgałęziony i bardzo niebezpieczny dla społeczeństwa spisek.

563. Z tego, co wyłożyłem wyżej, wypływa, że ułaskawienie przestępcy o tyle tylko zasługuje na uznanie, o ile się przedstawia, jako akt rozumnie pojętego wymiaru sprawiedliwości. Słusznie jednak prawo łaski uchodzi powszechnie za jeden z najniebezpieczniejszych przywilejów naczelnika państwa, mogąc w praktyce bardzo łatwo stać się źródłem wielkich nadużyć[1].

W uznaniu tej ostatniej okoliczności, niektóre ustawy konstytucyjne starają się ująć w pewne granice prawo łaski naczelnika państwa. Tu w szczególności należy zaliczyć uświęconą przez konstytucyę belgijską (§ 73), badeńską (§ 15), bawarską (VIII. § 4) i pruską (§ 49/8) regułę, że w zasadzie prawo abolicyi nie ma służyć monarsze. Za tem ograniczeniem przemawia ten argument, że dowolny zakaz wdrażania, względnie dalszego prowadze-

nia, w danej sprawie procesu karnego, najczęściej zdoła w wyższym stopniu osłabić zaufanie obywateli do bezstronności najwyższej władzy, niż przynieść rzeczywisty pożytek społeczeństwu [2].

Chciano także wykonywanie prawa łaski czynić zawisłem od zezwolenia interesowanego przestępcy [3]. Podobne ograniczenie jednak należałoby uznać za nieracyonalne, jako niezgodne z prawno-publiczną naturą omawianej instytucyi.

[1] W XVIII wieku zapanował też w filozofii prawa kierunek nieprzychylny dla prawa łaski. Kant w zasadzie odmawia tego prawa monarsze, a chce mu je przyznać tylko w odniesieniu do obrazy majestatu i do przestępstw, popełnionych w stanie wyższej konieczności. Por. Krzymuski: *Teorya karna Kanta*, 1882, str. 88 -- 106. Bezwarunkowo oświadczają się przeciwko prawu łaski Beccaria, Filangieri i Bentham.

[2] Przeciwko abolicyi oświadczają się w nauce Tittmann, Kleinschrod, Stübel, K. S. Zachariae, Geib, Binding; podczas gdy bronią jej Oersted, Köstlin, Lueder, Mohl, Abegg, u nas Budziński (Wykład, n. 249).

[3] Zdanie to popierają Heinze: *Strafprocessuale Erörterungen*, str. 123; Geyer w *Holtzendorfa Rechtslexicon*, artykuł *Begnadigung* (ten ostatni jednak tylko ze względu na niektóre przypadki). Z ustawodawstw *konstytucya norwegska* z r. 1814 nadaje przestępcy prawo wyboru między korzystaniem z łaski królewskiej a poddaniem się nałożonej na niego karze (§ 20).

564. W Austryi prawo ułaskawiania przestępców przyznaje cesarzowi art. 13 ustawy zasadniczej państwa z dnia 21 grudnia 1867 r. o władzy sędziowskiej (Dz. u. p. 144). Oto jest jego brzmienie dosłowne:

»Cesarz ma prawo udzielać amnestyę i darowywać »lub łagodzić kary, przez sądy zawyrokowane, tudzież »odpuszczać skutki prawne wyroków, z zastrzeżeniem »ograniczeń zawartych w ustawie o odpowiedzialności mi»nistrów.«

»Uregulowanie prawa rozporządzania, aby z powodu »czynu karygodnego nie rozpoczynano postępowania są»dowo-karnego, lub rozpoczętego zaniechano, zostawia się »przepisom ustawy o postępowaniu karnem.«

565. Jak widać z artykułu, przytoczonego w ustępie poprzedzającym, to w Austryi służy Cesarzowi prawo łaski w najobszerniejszem rozumieniu tego pojęcia. Prawo to bowiem obejmuje zarówno darowanie kary *sensu stricto*, jak amnestyę, restytucyę i abolicyę. Doznaje ono jednak dwóch bardzo ważnych ograniczeń. Są one następujące:

1) Cesarz nie może ułaskawić ministra, skazanego wyrokiem Trybunału Stanu, chyba, że odpowiedni wniosek uczyni w tym względzie ta izba Rady państwa od której wyszło oskarżenie (§ 29 ustawy o odpowiedzialności ministrów dla krajów i królestw, reprezentowanych w Radzie państwa z dnia 25 lipca 1867 r.; Dz. u. p. L. 101).

2) Cesarz w wykonywaniu prawa abolicyi związany jest przepisami ustawy o postępowaniu karnem. W myśl zaś tej ostatniej (§ 2, ustęp 4) abolicya może znaleść zastosowanie tylko do przestępstw, ściganych z urzędu. Ograniczenie to jest ze wszech miar słuszne. Abolicya bowiem, stosowana do przestępstw, ściganych tylko na żądanie pokrzywdzonego, równałaby się pozbawieniu tego ostatniego opieki prawa, co sprzeciwiałoby się widocznie wymaganiom sprawiedliwości.

Trudno jednak nie przyznać, że ustawodawca austryacki wtedy tylko byłby całkiem wierny zasadzie, iż abolicya może umarzać tylko skargę publiczną, gdyby na przypadek abolicyi był otworzył przed pokrzywdzonym drogę skargi subsydyarnej. Bez tego bowiem zachodzi ta anomalia, że Cesarz mógłby przez abolicyę pozbawić pokrzywdzonego wszelkiej satysfakcyi sądowo-karnej w ra-

zie ciężkiego uszkodzenia cielesnego z § 152 k. k. a nie miałby tego prawa w razie obelgi czynnej z § 496 k. k.

Innych ograniczeń prawa łaski nie znają ustawy austryackie. Wspomnieć tylko wypada, że ustawa o postępowaniu karnem zapewnia sądom znaczny wpływ na wykonywanie tego prawa. Każda bowiem prośba o ułaskawienie przejść musi koniecznie przez Trybunał II Inst. względnie nawet i przez Sąd kasacyjny, zanim za pośrednictwem ministra sprawiedliwości przedłożoną zostanie cesarzowi (§§ 341, 411 proc. k.). Oprócz tego, w razie wyroku śmierci, sam trybunał sądu przysięgłych, który go wydał, musi odbyć naradę co do tego, czy oskarżony godzien jest ułaskawienia, czy nie, i jaka kara w razie ułaskawienia byłaby zamiast kary śmierci odpowiednia (§ 341 proc. k.). Bliższe szczegóły w przedmiocie tej kwestyi należą do wykładu procesu karnego.

Szerszy jeszcze wpływ na wykonywanie prawa łaski w odniesieniu do nieletnich, bo moc uchwalania z urzędu wniosków o ułaskawienie, przyznaje sądom karnym reskrypt. min. sprawiedl. z 25 listopada 1902, wydany w myśl Najw. Postan. z 24 listop. tegoż roku.

Bliższe szczegóły co do stanowiska sądów, wobec tej kwestyi należą do wykładu procesu karnego[1].

[1] Patrz mój *Wykład proc. k.* 1910, str. 500—505.

566. Wypada nam jeszcze zastanowić się nad skutkami ułaskawienia. W myśl §§ 226 i 529 kod. karn. darowanie kary ma sprowadzać takie same skutki jak te, które wypływają z jej odcierpienia. Z zasady tej możemy wyprowadzić dwa następujące ważne wnioski:

1) Ułaskawienie przestępcy nie uwalnia go jeszcze, samo przez się, od obowiązku ponoszenia kosztów postępowania karnego, nałożonych na niego wyrokiem prawomocnym. Znajduje to swoje usprawiedliwienie w tej okoliczności, że koszta powyższe przedstawiają rzeczywisty wydatek ze skarbu państwa[1].

2) Samo przestępstwo nie umarza się całkowicie wskutek ułaskawienia winowajcy. Tem się tłómaczy, że może jeszcze ono w przyszłości być brane w rachubę jako okoliczność, nadająca nowemu przestępstwu tej samej osoby charakter narowu lub powrotu[2].

[1] Tak też rozstrzygnął tę kwestyą dekret min. skarbu, wydany w porozumieniu z min. sprawiedliwości dnia 13 październ. 1854 l. 42512. *Verordnungsblatt*, l. 77). Por. Herbst: *Handb.* ad § 226, nr. 3.

[2] Oczywiście, że dawne przestępstwo danej osoby będzie mogło nadać nowemu jej przestępstwu cechę narowu lub powrotu, tylko wtedy, jeżeli ułaskawienie nie stało się dla sądu przeszkodą do uznania tej osoby winną owego dawnego przestępstwa (np. w razie abolicyi), względnie nawet, o ile chodzi o recydywę, do skazania jej na karę (por. § 44 *c*).

II. Pojednanie się przestępcy z pokrzywdzonym *(Versöhnung mit dem Verletzten)*.

§ 122.

567. Okoliczność ta sprowadza umorzenie śledztwa i kary tylko w odniesieniu do przestępstw skargowo-prywatnych t. j. tych, których ściganie czyni ustawa wyraźnie zależnem od żądania pokrzywdzonego (§ 530). Co do innych przestępstw bowiem panuje reguła, że żadna ugoda między przestępcą a pokrzywdzonym nie może uchylać zasłużonej kary (§§ 33, 259).

568. Pojednanie się przestępcy z pokrzywdzonym może nastąpić albo 1) przed wniesieniem skargi, albo 2) w toku procesu, albo nawet 3) już po zapadnięciu wyroku, skazującego przestępcę na karę.

W pierwszym przypadku formą jego musi być wyraźne przebaczenie przestępstwa, a skutek jego jest ten,

że odtąd pokrzywdzony utraca raz na zawsze, w odniesieniu do danego winowajcy, prawo skargi z tytułu tego przestępstwa (§ 530).

W drugim przypadku pojednanie przybrać musi formę cofnięcia skargi, a ma za skutek umorzenie śledztwa.

W trzecim nareszcie przypadku pojednanie przybiera wyraz darowania kary, w ścisłem znaczeniu tego pojęcia, a jego skutkiem jest wtedy umorzenie samej kary.

Prawu austryackiemu znane są wszystkie trzy, wskazane wyżej, przypadki pojednania się przestępcy z pokrzywdzonym, wszakże, co do trzeciego z nich, z tem zastrzeżeniem, że dla umorzenia kary trzeba, aby pojednanie nastąpiło najpóźniej przed ogłoszeniem wyroku, choćby jeszcze nieprawomocnego. Gdyby zaś pokrzywdzony odwołał później skargę przeciwko przestępcy, to okoliczność ta miałaby tylko dla sądu apelacyjnego znaczenie tytułu do obniżenia kary (§ 530). Jedyny wyjątek od tej reguły ustanawia kodeks co do cudzołóstwa[1]. Oświadczenie bowiem pokrzywdzonego małżonka, że chce żyć nadal z winowajcą, umarza karę już orzeczoną, choćby nawet miało ono nastąpić, po ogłoszeniu już prawomocnego wyroku. Bezskutecznem byłoby takie oświadczenie dopiero wobec kary już wykonywanej (§§ 503, 530)[2].

[1] Patrz także § 419 k. k. o czynnych ukrzywdzeniach między małżonkami. Przepis ten poleca sędziemu mieć zawsze należyty wzgląd na prośbę strony pokrzywdzonej o złagodzenie lub dawanie kary już orzeczonej.

[2] Wypływa to z porównania tekstu § 530 z tekstem § 503. Przepis, zawarty w tym ostatnim paragrafie, traktować należy tylko jako wyjątek od reguły, podanej w § 530, że pojednanie, jeżeli ma umarzać karę, to musi nastąpić najpóźniej przed ogłoszeniem wyroku, choćby jeszcze nieprawomocnego.

569. Wypada jeszcze zwrócić uwagę na dwa rysy charakterystyczne pojednania się przestępcy z pokrzywdzonym, a mianowicie na jego nieodwołalność i podzielność.

1) Nieodwołalność pojednania polega na tem że pokrzywdzony z chwilą, gdy wyraźnie przebaczył winowajcy, lub cofnął skargę, wniesioną przeciwko niemu, traci już raz na zawsze, odnośnie do niego, prawo domagania się, z tytułu tego samego przestępstwa, jakiegokolwiek zadosyćuczynienia karnego. Zasadzie tej przyznać trzeba słuszność, tak ze względu na powagę sądu, jak w interesie przestępcy, dla którego nadanie pokrzywdzonemu prawa ciągłego niepokojenia go obawą sądu i kary, wytwarzaćby musiało nieznośną sytuacyę.

2) Podzielność pojednania w tem się wyraża, że pokrzywdzonemu wolno jest także pogodzić się tylko z niektóremi osobami, winnemi danego przestępstwa, a skarżyć innych jego uczestników. Prawo to uważać należy za wypływ logiczny zasady, w myśl której postępowanie co do przestępstw skargowo-prywatnych dlatego tylko ma zależeć od żądania pokrzywdzonego, że ich ściganie z urzędu mogłoby w niejednym przypadku wyrządzić mu większą przykrość niż ta, której doznał, stawszy się ofiarą odnośnego przestępstwa[1]. Słusznie więc, aby, w przypadku popełnienia takiego przestępstwa przez kilka osób, wolno było pokrzywdzonemu oszczędzać tych winowajców, których ukaranie byłoby dotkliwe dla niego samego, a wnosić skargę przeciwko tym, których pociągnięcie do odpowiedzialności uważałby on za pożądane zadosyćuczynienie[2]. Kodeks austryacki wyraźnie uznaje podzielność pojednania się przestępcy z pokrzywdzonym w odniesieniu do cudzołóstwa, (§ 503).

[1] Por. mój *Wykład proc. kar.* str. 15.

[2] Por. Budziński: *Wykład*, nr. 253.

ROZDZIAŁ VI.

Czynny żal (*Thätige Reue*)[1].

§ 123.

570. Czynnym żalem nazywa się dobrowolne naprawienie przestępstwa przez jego sprawcę, zanim zwierzchność dowiedziała się o jego winie. Naprawa ta zasadzać się powinna na uczynieniu przestępstwa nieszkodliwem. Właściwie mówiąc, nie ma ani jednego przestępstwa, któreby w zupełności dopuszczało podobnej naprawy. W każdem bowiem przestępstwie tkwi także pierwiastek krzywdy moralnej dla porządku prawnego społeczeństwa, a cofnięcie tej ostatniej nie leży już w mocy osoby, która ją wyrządziła.

[1] Herzog: *Rücktritt vom Versuch und thätige Reue*, 1889. Oetker: *Rechtsgüterschutz und Strafe* (Czasop. Liszta, XVII, 1897, str. 553). Liepmann: *Die Reue vom kriminalistischen Standpunkt* (tamże, XXII, 1901, str. 72).

571. Niektóre jednak przestępstwa tem się odznaczają, że szkoda materyalna, która ma z nich wyniknąć, albo *a)* nie powstaje zaraz po ich popełnieniu, albo też *b)* jest tego rodzaju, że, choćby już powstała, to jednak może być jeszcze usunięta za pomocą odpowiedniego wynagrodzenia. Pierwszą cechę noszą na sobie zdrada główna, pojedynek i podpalenie[1], drugą zaś — kradzież i sprzeniewierstwo. Prawo musi uwzględniać wysoką korzyść, którą zapewnia społeczeństwu uczynienie tych przestępstw nieszkodliwemi pod względem materyalnym, oraz musi widzieć w fakcie, że sprawca dobrowolnie naprawił złe skutki swego przestępstwa, dowód, że w duszy jego wzięły górę podniety, które prawo chce budzić w osobach, znajdujących się pod jego panowaniem. Ze względu na tę okoliczność, ustawodawca uważa za rzecz właściwą zachęcać sprawców niektórych przestępstw do czynnego żalu obietnicą zupełnej bezkarności[2].

Kodeks austryacki uznaje czynny żal za okoliczność, umarzającą karę w odniesieniu do zdrady głównej (§ 62), pojedynku (§ 165), podpalenia (§ 168), kradzieży, sprzeniewierstwa i uczestniczenia w dwóch ostatnich przestępstwach (§§ 187, 188, 466). Na mocy ustaw dodatkowych czynny żal znalazł jeszcze w prawie austryackiem zastosowanie do zbrodni dynamitowych (§ 10 ust. z 27 maja 1885: Dz. u. p. 134) i do występku lichwy (§ 7 ust. z 28 maja 1881; Dz. u. p. 47). Bliższy rozbiór powyższych przypadków czynnego żalu należy do wykładu części szczególnej prawa karnego.

[1] Pojedynek bowiem w myśl § 158 kod. k. austr. uchodzi za zbrodnię dokonaną już z chwilą wyzwania względnie stawienia się na plac boju; podpalenie zaś uważa § 166 za zbrodnię dokonaną już z chwilą samego podłożenia ognia, choćby pożar nie był jeszcze wybuchnął.

[2] Por. wyżej nr. 14.

TYTUŁ IV.

Zatarcie kary czyli rehabilitacya[1].

§ 123 *bis.*

571. I. Instytucya ta należy do najnowszych postulatów polityki kryminalnej w kierunku zupełnego przywrócenia osobie, już za jakieś przestępstwo ukaranej, godności, jaką przedtem posiadała, a to głównie w tym celu, by ją przez to utrzymać skuteczniej na drodze poprawy i chronić od recydywy.

Ten ostatni wzgląd mianowicie wystąpił wyraźnie w ustawie francuskiej o rehabilitacyi z 27 maja 1885[2].

Rehabilitacya w tem jej najnowszem, tutaj omawianem znaczeniu, idzie o wiele dalej niż tak zwana restytucya t. j. zniesienie skutków kary i przywrócenie skazańcowi utraconych wskutek wyroku praw honorowych (rehabilitacya, jako akt łaski; patrz wyżej nr. 560, l. 2, *a*)[3].

Ma ona bowiem oprócz tego sprowadzać zupełne zatarcie kary, już umorzonej wskutek odcierpienia, darowania lub nawet przedawnienia, a to w tem rozumieniu, że odtąd kara ta ma legalnie uchodzić za niebyłą.

[1] Sarrante: *Traité théorique et pratique de la réhabilitation des condamnés*, 1884. Reutenauer: *De la réhabilitation en matière pénale et disciplinaire*, 1900. Schiller: *Die Rehabilitation Verurteilter im schweizerischen Recht*, 1905. Delaquis und Polec: *Materialien zur Lehre von der Rehabilitation*, 1905. Delaquis: *Die Rehabilitation im Strafrecht*, 1907. Oetker: (*Ger. S.* t. 47, str. 424). Wachenfeld: *Rehabilitation und Verjährung* (*Goltd. Archiv.*, Bd. 54, str. 161).

[2] *Loi relative aux moyens de prévenir la récidive, libération conditionnelle, patronage, réhabilitation.*

[3] Inne jeszcze znaczenie posiada rehabilitacya ze stanowiska procedury karnej. Tu mianowicie przyjęto nazywać rehabilitacyą skazańca jego uznanie za niewinnego w drodze wznowienia postępowania. Patrz mój *Wykład proc. kar.* 1910, str. 429, 430.

571. II. Dotychczas rehabilitacya zdobyła sobie najwięcej uznania we Francyi. Przechodziła tam ona przez trzy różne okresy.

Najstarszy okres *(réhabilitation gracieuse)* sięga do ordonansu Ludwika XIV z r. 1670 i następnie obejmuje ustawy z lat 1791 *(Code pénal)*, 1808, 1832, 1852 i 1870. Cechą charakterystyczną tych przepisów jest, że czynią rehabilitacyę zależną 1) od podania osoby interesowanej, zaopatrzonego w dowody dobrego sprawowania w ciągu dłuższego czasu (lat 10); tudzież 2) bądź od aktu łaski królewskiej (1670), bądź od uznania właściwego urzędu municypalnego (1791, 1808, 1832), bądź nareszcie od decyzyi ministra sprawiedliwości, opartej na opinii prokuratora i sądu wyższego rzędu i podanej do zatwierdzenia naczelnikowi państwa (1852) lub radzie ministrów (1870). Oprócz tego w okresie tym rehabilitacya ograniczyła się do przywrócenia petentowi praw, które utracił wskutek kary, a więc w zasadzie nie mogła była znajdować zastosowania do osób, dotkniętych karami, które nie sprowadzały żadnego ubytku w zakresie uprawnień.

W okresie drugim *(réhabilitation judiciaire)* o rehabilitacyi decyduje tylko sąd, a ma ona za skutek już nietylko restytucyę utraconych wskutek wyroku praw, ale także zanotowanie w rejestrze sądowym, że odtąd odnośnej kondemnaty nie należy podawać do wiadomości osób prywatnych. To znaczenie otrzymała rehabilitacya we Francyi na mocy ustaw z 27 maja 1885 i 10 marca

1898. Osoba interesowana powinna w podaniu, wniesionem do sądu wykazać, że od umorzenia kary upłynęło już 10 (co do zbrodni) względnie 6 lat (co do występków) i że w ciągu tego czasu nietylko nie popadła w recydywę, lecz zachowywała się nienagannie. Sąd bada odnośne świadectwa i, po wysłuchaniu prokuratora i petenta lub jego doradcy prawnego *(conseil)*, orzeka o podaniu. W razie przyznania rehabilitacyi trzeba o niej uczynić wzmiankę w rejestrze sądowym *(casier judiciaire)* i odtąd do wyciągów z tego rejestru *(bulletin)*, wydawanych stronom, nie należy już wpisywać dotyczącej kondemnaty.

Wreszcie w okresie trzecim (ustawy z 5 sierpnia 1899, 11 lipca 1900 i 28 czerwca 1904) rehabilitacya otrzymała we Francyi charakter całkiem legalny *(réhabilitation de droit)*. Stała się ona prawem, którego uznania strona interesowana może żądać od sądu, skoro tylko wykaże, że ziściły się warunki, przepisane przez ustawę. Trzeba mianowicie, aby interesowany dowiódł, że od umorzenia odnośnej kary upłynął oznaczony przez ustawę czasokres (stosownie do okoliczności 2 lata, 5, 10, 15 lub 20 lat) i że w ciągu tego czasu nie został skazany na żadną nową karę (nie licząc grzywien). Skutek takiej rehabilitacyi jednak ogranicza się tylko do tego, że o odnośnej kondemnacie nie czyni się już żadnej wzmianki w wyciągach z rejestru sądowego, przeznaczonych dla osób prywatnych.

571. III. Dalszą fazą rehabilitacyi byłoby zupełne zatarcie odnośnej kondemnaty t. j. przywrócenie osobie interesowanej tego charakteru legalnego, który posiadała przed otrzymaniem kary. Wskutek tego kara przestałaby już w obliczu prawa uchodzić za byłą. Świadek rehabilitowany nie potrzebowałby już lękać się pytania sędziego o poprzednią karę. Miałby już bowiem najzupełniejsze prawo odpowiedzieć na nie przecząco. Z jego życia ustawa już by wymazała odnośną kondemnatę. Odtąd między

nim a obywatelem nigdy nie karanym nie miałaby już z woli prawa zachodzić żadna różnica.

571. IV. Tak daleko idąca rehabilitacya spotyka się w nauce z jednej strony z gorącem uznaniem, z drugiej — z poważną opozycyą.

Zwolennicy tej instytucyi[1] widzą w niej nietylko postulat polityki kryminalnej, podyktowany troską o utrzymanie na drodze poprawy tych, którzy już ponieśli karę, ale także nakaz sprawiedliwości, nakładający na państwo obowiązek odpłacania obywatelom karą za przestępstwa, a nagrodą za zasługi. Trudniejszą jest niewątpliwie rzeczą, raz uległszy złym pokusom, wziąć z niemi rozbrat i odtąd postępować nienagannie, niż kroczyć dalej dobrą drogą temu, kto z niej nigdy nie zboczył. Pierwszy więc ma niezaprzeczony tytuł do nagrody i to tytuł tem silniejszy, że, skoro popełnił przestępstwo, to państwo poczuło się do obowiązku uczynienia względem niego użytku z władzy karzącej. W rehabilitacyi trzeba widzieć akt *sprawiedliwości pochwalnej*[2] równie uzasadniony w odniesieniu do obywateli, którzy potrafili wydobyć się z bagna przestępności, jak uzasadnioną jest kara, jako akt sprawiedliwości represyjnej w odniesieniu do obywateli, którzy popadli w przestępność.

[1] Reutenauer, Schiller, Delaquis, Oetker, Wachenfeld, (patrz nr, 571, I, dop. 1).

[2] Holbach: *Justice laudative. Recherche des éléments d'un droit social complémentaire de la justice pénale* 1905. Oetker *(Strafe und Lohn,* 1907. *Ger. S.* t. 70, str. 321), zalicza do zakresu sprawiedliwości pochwalnej: czynny żal, uwolnienie warunkowe przed upływem całej kary, skazanie i ułaskawienie warunkowe, tudzież rehabilitacyę (str. 359).

571. V. Przeciwko zasadzie, aby z woli ustawy były przestępca musiał, po jakimś czasie od umorzenia kary, uchodzić za człowieka, jeszcze nie karanego, miałbym

przedewszystkiem to do zarzucenia, że się ona opiera na gruncie niezgodnym z prawdą. Człowieka bowiem, który już otrzymał karę, każe ona podawać za takiego, który jej nigdy nie poniósł. Prawo nie może posługiwać się fałszem, gdyż sprzeciwiałoby się to jego naturze etycznej. Sądzę więc, że instytucya, oparta na kłamliwem uznaniu byłego skazańca za człowieka jeszcze nie karanego, nie da się pogodzić z duchem prawa.

Oprócz tego słusznie wykazano[1], że i ze stanowiska polityki kryminalnej nasuwają się poważne wątpliwości przeciwko uznaniu rehabilitacyi, w znaczeniu zupełnego zatarcia kary, za instytucyę pożyteczną dla społeczeństwa. Niewątpliwie w niejednym przypadku mogłaby ona stać się dla sędziego pożałowania godną przeszkodą bądź do zbadania rzeczywistego charakteru oskarżonego, jako okoliczności, rzucającej światło na stopień jego winy, bądź do ocenienia rzeczywistej doniosłości zeznania, złożonego przez jakiegoś świadka. Wiadomość o karze, sięgającej choćby dosyć odległej przeszłości, może nieraz być dla sędziego ważną wskazówką dla sprawiedliwego osądzenia sprawy, a pozbawiać go tej wskazówki nie byłoby rzeczą zgodną z interesem społecznym.

Przeciwko tak daleko idącej rehabilitacyi może także w niejednym przypadku przemawiać nader poważny interes osób, które stały się ofiarą przestępstwa. Żadna moc ludzka, a więc i żadna powaga ustawy nie zdoła tego sprawić, aby uznanie byłego zbrodniarza za człowieka jeszcze nie karanego nie miało ranić boleśnie tych, którzy z jego winy popadli w nędzę, kalectwo lub utracili najdroższe osoby.

Högel: *Die Rehabilitation* (*Oesterr. Ger. Ztg.* 1906, nr. 18).

571. VI. Postulatom sprawiedliwości i polityki kryminalnej czyniłaby najzupełniej zadosyć rehabilitacya w znaczeniu przywrócenia po jakimś czasie skazańcowi wszystkich praw, jakie utracił wskutek wyroku. W tem rozumieniu instytucyę tę zaprowadziła w Austryi Nowela karna z 15 listopada 1867 (patrz wyżej nr. 492—502)[1].

Słuszność wymaga także, aby prawo stanęło w obronie byłych skazańców przeciwko wyrzutom obraźliwym *(animo injuriandi)* z powodu umorzonej kary. Ustawa austryacka już od dawna uznała takie wyrzuty za osobne przekroczenie (kod. z 1803, II, § 242; kod. z 1852, § 497; patrz niżej t. II, nr. 825)[2].

Trzebaby wreszcie unormować w sposób dla byłego przestępcy najdelikatniejszy prawo sędziego zadawania mu pytań co do jego przeszłości kryminalnej, z okazyi jego przesłuchania w charakterze oskarżonego lub świadka[3].

[1] Należałoby jednak wyraźnie przywrócić już zrehabilitowanemu skazańcowi także prawo zeznawania pod przysięgą w sądzie jako świadek (patrz § 170, l. 3, proc. k. i § 336 proc. cyw.), tudzież zdolność do występowania w charakterze świadka rozporządzenia ostatniej woli (patrz § 592 ust. cyw.).

[2] Taką »*gemeine Ehrlichmachung*« znała już ustawa Terezyańska (art. X. §§ 10, 11).

[3] Niesłusznie Högel *Oester. Ger. Ztg.* 1906, nr. 18) i Rosenblatt (Przegl. pr. i adm. kwiecień 1908) uważają za konsekwencyą rehabilitacyi także przedawnienie recydywy. Przedawnienie to bowiem opiera się nie na zatarciu skazy, którą przyniosła poprzednia kara, lecz na tem, że kara ta już nie jest w stanie oddziaływać na wolę tego, kto ją poniósł (patrz wyżej, nr. 534, l. 4.

571. VII. Co się tyczy zaś rehabilitacyi w znaczeniu zupełnego zatarcia kary z woli ustawy, to należałoby ją uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdy chodzi o przestępcę młodocianego, a więc o człowieka, którego charakter jeszcze nie dojrzał. Tu bowiem całkiem zgodnie z prawdą byłoby wolno twierdzić, że kara, po jakimś czasie od jej umorzenia, ma uchodzić za niebyłą, gdyż między osobą, którą w wieku młodocianym sąd skazał na

tę karę, a człowiekiem dojrzałym, którym stała się ta osoba w chwili rehabilitacyi, istnieje prawie tylko tożsamość materyalna. Moralnie każdą z tych osób trzeba uważać za odmienną.

Tą drogą poszedł do pewnego punktu najnowszy projekt austryacki, (1909 §§ 55, 56)[1]. Rehabilitacyą w znaczeniu zupełnego zatarcia kary, ustanawia on tylko w odniesieniu do przestępców w wieku do 18 lat, a to z dwoma następującemi zastrzeżeniami: *a)* Trzeba, aby chodziło o winowajcę dotąd jeszcze nieposzlakowanego; *b)* trzeba, aby nie skazano go na karę, przewyższającą trzy lata więzienia. Przy takim stanie rzeczy, były przestępca młodociany ma otrzymać rehabilitacyą, skoro nie popadnie w recydywę w ciągu t. zw. okresu próby *(Bewährungsfrist)*. Okres ten bierze początek z chwilą umorzenia odnośnej kary, a jego długość jest różna (lat 10, 8, 6, względnie 5) odpowiednio do surowości tej ostatniej.

Na drodze jednak do zupełnej rehabilitacyi młodocianego przestępcy nie poszedł projekt austryacki do samego końca. Pomimo bowiem, że rehabilitacya ma uwalniać byłego skazańca od obowiązku wyjawiania danej kondemnaty na zapytanie sądu lub innej władzy publicznej, pomimo że rehabilitacya ma być zanotowana na odnośnej karcie karnej w registraturze sądowej i w katalogach władz administracyjnych i że odtąd o zatartej kondemnacie nie należy czynić wzmianki ani w wydawanych przez sądy kartach karnych, ani w wystawianych przez władze administracyjne świadectwach moralności *(Leumundsnoten)*; to jednak w dwóch kategoryach przypadków projekt każe kondemnatę, już zatartą wskutek rehabilitacyi, podawać do wiadomości władzy publicznej, której na tem zależy. Ma to nastąpić mianowicie: 1) na żądanie sądu karnego lub prokuratoryi państwa, gdyby ta wiadomość miała w jakimś procesie karnym posiadać wagę dla osądzenia winy; 2) na żądanie władzy, powołanej do nadawania posad w służbie publicznej lub do poruczania

innych z tą służbą co do znaczenia zrównanych funkcyj publicznych.

Widać ztąd, że, nawet w odniesieniu do przestępców o charakterze jeszcze niedojrzałym, projekt słusznie wolał raczej nie posunąć się na drodze rehabilitacyi aż do samego końca, niż w przeciwnym razie wystawiać na niebezpieczeństwo wiele innych poważnych interesów społecznych.

[1] Rosenblatt: Rehabilitacya młodocianych przestępców (Przegl. pr. i admin. 1908 kwiecień). Patrz także tego autora *die Rehabilitation im Strafr. (Oesterr. Rundschau)*. Mai 1910.

DODATEK.

O projektowanej reformie prawa karnego austryackiego w odniesieniu do przestępców młodocianych.

§ 123 *ter.*

571. VIII. Dzisiejsze prawo austryackie wyznacza wprawdzie przestępcom młodocianym pewne uprzywilejowane stanowisko. Zasadza się ono mianowicie na następujących urządzeniach:

1) Nieletni poniżej 14 lat nie mogą być nigdy karani sądownie za występki i przekroczenia (§ 273 k. k.). Co do ich osadzania w domach poprawy patrz wyżej, nr. 491, l. 3, *c.*

2) Nieletni w wieku od 10 do 14 lat, popełniwszy zbrodnię, odpowiadają tylko za przekroczenie z § 270 k. k. i podlegają za nie osobnemu aresztowi, co do którego patrz wyżej nr. 471. Areszt ten jednak *(Verschliessung an einem abgesonderten Verwahrungsorte)*, z powodu braku odpowiednich lokalów, wykonywa się nie w specyalnie na ten cel przeznaczonym zakładzie, lecz, o ile można, w jakiejś od innych bardziej oddzielonej ubikacyi więzienia sądowego. Co do domu poprawy w tym przypadku, patrz wyżej nr. 491, l. 3, *b.*

3) Nieletni poniżej 18 lat, w razie dopuszczalności osadzenia w domu roboczym, umieszczani być mają w domu poprawy (p. wyżej nr. 491).

4) Nieletnich poniżej 20 lat nie można skazać ani na karę śmierci, ani na więzienie dożywotne (§ 52, k. k.).

5) Nieletnich, którzy w czasie wejścia w wykonanie kary pozbawienia wolności nie ukończyli 20 lat, należy osadzać w specyalnych oddziałach zakładów karnych, względnie łączyć w osobne grupy w więzieniach sądowych *(Jugendabteilungen und Jugendgruppen)*. Przepisuje to reskrypt ministra spawiedliwości Kleina z 30 września 1905 [1].

6) Odnośnie do nieletnich poniżej 18 lat, sądy mają w przypadkach, zasługujących na szczególne uwzględnienie, uchwalać z urzędu wnioski o ułaskawienie, a także, o ile chodziłoby o przestępstwa, ścigane w drodze skargi prokuratorskiej, przedstawiać akta do abolicyi (Najw. postanowienie z 24 listopada i reskr. min. sprawiedl. z 25 listop. 1902; patrz mój *Wykład proc. karn.* 1910, str. 502).

[1] Por. Stooss: *Lehrb.* str. 200—202. Specyalnie dla przestępców młodocianych służyć ma męski zakład karny w Göllersdorf. Patrz reskr. min. sprawiedl. z 9 maja 1902. (*Ver. Bl.* nr 20).

571. IX. Projektowana reforma sięga o wiele dalej. Znalazła ona wyraz w projekcie rządowym osobnej ustawy karnej dla przestępców młodocianych z r. 1907 [1], tudzież w projekcie nowego kodeksu karnego z r. 1909 (§§ 47—56). Wprowadza ona dla przestępców młodocianych (poniżej 18 lat), prócz łagodniejszych kar (§ 51) i uchylenia utraty obywatelskich praw honorowych, jako skutku osądzenia, cztery dotąd prawu karnemu austryackiemu całkiem nieznane instytucye, a mianowicie: 1) odstąpienie od kary; 2) warunkowe darowanie kary; 3) wychowanie ochronne; 4) rehabilitacyą.

[1] Löffler. *Die Strafrechtliche Behandlung Jugendlicher*, 1908.

571. X. 1) Odstąpienie od kary *(Absehen von Strafe*, § 47). Może ono mieć miejsce tylko, jeżeli wino-

wajca nie ukończył jeszcze 18 lat, dotąd nie był jeszcze karany sądownie i tylko ze zuchwalstwa, nierozwagi lub innego podobnego, o zepsuciu nie świadczącego usposobienia, dopuścił się przestępstwa, za które ustawa przepisuje karę, nie przechodzącą 3 miesięcy pozbawienia wolności lub 100 koron grzywien. Urządzenie to zaś wyraża się w tem, że sąd byłby mocen, w tego rodzaju przypadkach, ograniczyć się w wyroku do uznania oskarżonego winnym i do udzielenia mu poważnego upomnienia bez skazywania go na karę.

571. XI. 2) Warunkowe darowanie kary *(Bedingter Strafnachlass*, §§ 48, 49*)*. O znaczeniu tej instytucyi była już mowa wyżej, przy rozbiorze znanego w Belgii (1888) i Francyi (1891) warunkowego skazania na karę lub zawieszenia wykonania orzeczonej kary (nr. 506).

Według projektu austr., korzystać z warunkowego darowania kary mogą tylko przestępcy młodociani, dotąd jeszcze nie karani pozbawieniem wolności, jeżeli spełnili czyn, za który sąd ich skazał na karę, nie przechodzącą bądź 3 miesięcy pozbawienia wolności, bądź 1000 koron grzywien. Skoroby tylko sąd, w odniesieniu do takiego winowajcy, z uwagi na tryb jego postępowania, na jego pobudki lub zachowanie się po spełnionym czynie, doszedł do przekonania, że, i bez wykonania kary, byłoby można go powstrzymać od nowych przestępstw; to byłby mocen, po skazaniu winowajcy na karę, zawiesić jej wykonanie na przeciąg t. zw. okresu próby *(Probezeit)*, a to z tym skutkiem, że, po pomyślnym przebyciu tego okresu, skazaniec miałby karę całkiem darowaną.

Z tą instytucyą, na przypadek, gdyby chodziło o karę powyżej jednego miesiąca pozbawienia wolności, projekt wiąże jeszcze inne urządzenie, oparte na wzorze amerykańskim, a znane pod nazwą wolności dozorowanej

(liberté surveillée). Polega ono na tem, że sąd powierza osobie godnej zaufania opiekę nad winowajcą na cały czas okresu próby.

Wreszcie sąd mocen jest także na czas okresu próby dawać winowajcy pewne wskazówki, co do tego, jak ma się zachowywać, żądać od niego, by podawał mu do wiadomości każde miejsce swego pobytu, oraz zabraniać mu zamieszkiwania w pewnych miejscowościach.

Okres próby uważa się za przebyty pomyślnie, jeżeli w jego toku skazaniec ani nie oddawał się żadnemu zdrożnemu trybowi życia (pijaństwu, karciarstwu, próżniactwu); ani umyślnie i uporczywie nie przełamywał wskazówek, otrzymanych od sądu; ani nie popadł w recydywę lub nie został skazany na karę więzienną za jakiekolwiek nowe przestępstwo.

571. XII. 3) Wychowanie ochronne *(Fürsorgeerziehung*, §§, 53, 54). Występuje ono dla przestępców młodocianych w dwojakiej formie, a mianowicie *a)* jako surogat kary za występki i przekroczenia, nie przechodzącej 3 miesięcy pozbawienia wolności (§ 53), i *b)* jako dodatek do kary więziennej.

W pierwszym przypadku sąd mocen jest w miejsce kary zarządzić wychowanie ochronne, jeżeli winowajca, który w chwili zapadnięcia wyroku nie ukończył jeszcze 18 lat, jest całkiem zaniedbany lub jeżeli zachodzi obawa, że nikt się nim nie zajmie, a sąd uzna, że za pomocą tego środka będzie można skuteczniej, niż za pomocą kary, poprawić skazańca lub zapobiedz jego zgubie.

W drugim przypadku sąd mocen będzie do każdej kary więziennej dołączyć zarządzenie, że winowajcę, po odcierpieniu kary, oddać należy na wychowanie ochronne, o ile tenże w chwili umorzenia kary, a więc wejścia w tok wychowania, nie ukończyłby jeszcze 18 lat, a sąd,

z uwagi na stosunki osobiste skazańca, uznałby takie wychowanie za potrzebne, dla ugruntowania spodziewanej poprawy.

571. XIII. 4) Rehabilitacya. Patrz o tem wyżej nr. 571, VII.

571. XIV. Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie w życie projektowanej, a wyżej wyłożonej reformy prawa karnego austryackiego w odniesieniu do przestępców młodocianych, byłoby rzeczą ze wszech miar pożądaną.

Niedojrzałość wieku jest równocześnie niedojrzałością charakteru, niedojrzałością tak dobrych, jak złych instynktów, tak szlachetnych, jak nikczemnych uczuć. Człowiek poniżej 18 lat, jeżeli spełni coś dobrego, nie może jeszcze rościć sobie prawa do tego, by wierzono w zupełności w jego cnotę; ale znów, gdy spełni coś złego, ma prawo żądać, by go nie potępiano bezwzględnie i nie wyciskano mu na czoło plamy, która jeszcze nie miała czasu odbić się na jego duszy.

Społeczeństwo wobec przestępcy młodocianego powinno rządzić się raczej wyrozumiałością niż surowością, raczej troską o sprowadzenie na dobrą drogę winowajcy, który z niej zboczył, niż obowiązkiem przeciwstawiania każdemu przestępstwu takiej kary, któraby odpowiadała wartości społecznej naruszonego dobra i rozmiarom wyrządzonej mu szkody.

A więc nie karać, lecz upominać, gdy chodzi o drobne przekroczenia, płynące nietyle z zepsucia, ile z niesforności, właściwej młodemu wiekowi. Zgoda na to, ale pod warunkiem, aby upomnienie miało charakter poważnej przestrogi, tak poważnej, iżby wbiło się w pamięć winowajcy i wstrzymywało go na przyszłość od złego. Żądałbym więc, aby w przypadku odstąpienia od kary ustawowej, sędzia miał prawo decydowania o formie

upomnienia, tak iżby nie zawsze musiał się ograniczyć do nagany słownej, lecz mógł także, gdyby tego wymagał dany stan rzeczy, chwycić się rózgi ojcowskiej (por. wyżej, nr. 430). Nie byłaby to kara sądowa, gdyż w wyroku wzmianki by o niej nie było. Sędzia skarciłby tylko winowajcę po domowemu. Cała trudność, by znaleść sędziów, do których społeczeństwo mogłoby mieć zaufanie, że umieliby odróżnić przypadki, gdzie wystarczałoby upomnienie słowne, od tych, gdzie zachodziłaby potrzeba przestrogi energiczniejszej.

Tyle co do projektowanego odstąpienia od kary.

Co się tyczy warunkowego darowania kary, to wolałbym, aby korzystanie z tego urządzenia postawić w zależności nie od tego, by odnośny skazaniec nie poniósł dotąd jeszcze żadnej kary pozbawienia wolności, lecz od tego, by nie popełnił dotąd żadnego cięższego przestępstwa (np. zbrodni lub występku). Nie widzę bowiem dobrej racyi dlaczego ten, kto w piętnastym roku życia skazany został za jakieś drobne przekroczenie na kilka dni aresztu, już potem, ale zawsze jeszcze przed ukończeniem 18 lat, skazany będąc na karę pozbawienia wolności nie wyżej 3 miesięcy lub grzywien nie wyżej 1000 koron (§ 48), nie miałby módz korzystać z dobrodziejstwa warunkowego darowania kary.

W kwestyi wychowania ochronnego sądzę, że trzeba przyklasnąć najgoręcej tej instytucyi, ale pod warunkiem, iżby znalazły się organy, któreby potrafiły nadać temu wychowaniu charakter rzeczywiście ochronny. Trzeba na to ludzi, którzyby ukochali pracę nad prostowaniem tych młodych a zbłąkanych dusz, umieli być ich powiernikami i mentorami, a nie spuszczali też z oka, że nie wystarcza wypleniać z charakteru wychowanków złe dążności, lecz trzeba także przygotować ich do pewnych zajęć praktycznych, takich, któreby mogły zapewnić im na przyszłość należyte utrzymanie. Człowiek bowiem niezdolny do za-

rabiania na życie, staje się niestety zbyt łatwo zdolnym do zamachów na cudze mienie i owoce cudzej pracy.

Tylko w rękach ludzi, pełnych poświęcenia, serca i rozumu, instytucya wychowania ochronnego okazaćby się mogła błogosławieństwem dla przestępców młodocianych i skuteczną tarczą dla porządku prawnego społeczeństwa.

Wreszcie co do rehabilitacyi, to odsyłam do swoich uwag, wyżej, nr. 571, IV—VII.

KONIEC TOMU PIERWSZEGO.



156435/1

OMYŁKI.

Str.	wiersz	zamiast	czytaj
5	13 od góry	Verfassungs	Verwaltungs
16	1 »	Levithan	Leviathan
32	13 »	uważa się usprawiedliwioną	uważa się za usprawiedliwioną
41	19 »	straty moralne	straty materyalne
72	17 od dołu	1762	1772
125	7 od góry	uczestnictwem	uczestniczeniem
220	4 od dołu	za nimi	za nami
256	10 »	szrawiedliwie	sprawiedliwie
263	17 »	politycznemi	policyjnemi
280	15 od góry	526	256
283	19 »	wydanie	wydawanie
400	15 »	vor	von
418	1 od dołu	zachodziłaby	zachodziłoby
495	10 »	425	452
513	3 od góry	dop. 1.	dop. 2.
533	13 od dołu	występów	występków
557	11 od góry	§ 95.	§ 109.

Uwaga. Z literatury dzisiejszego prawa karnego austryackiego, podanej pod nr. 142, zapomniano wymienić ważne dzieło Hoegla p. t.: *Geschichte des österr. Strafrechtes in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen.* Wien, 1904.

Podręczniki cytuję według wydań następujących: Finger, I 1902, II 1910; Janka (Kallina), 1902; Lammasch 1906; Liszt, 1908; Meyer (Allfeld), 1907; Stooss, 1910.