

WYKŁAD  
PRAWA KARNEGO

ZE STANOWISKA NAUKI  
I PRAWA AUSTRYACKIEGO

NAPISAL

DR EDMUND KRZYMUSKI

PROF UNIW JAGIŁŁI

~~~~~  
WYDANIE DRUGIE PRZEROBIONE  
~~~~~

KRAKÓW  
KSIĘGARNIA LEONA FROMMERA.  
1901

---

WŁASNOSC AUTORA

---

78352



DRUKARNIA UNIwersYTETU Jagiellońskiego  
pod zarządem Józefa Filipowskiego

## PRZEDMOWA.



Niniejsze dzieło jest nietylko powtórkiem wydaniem mego dwutomowego *Wykładu prawa karnego*, ogłoszonego w latach 1885 i 1887. Jest ono także jego całkowitą przerobką, 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 teorii, jak i praktyce prawa karnego, przedstawiają szczególnie doniosły interes, a są polem, na którym 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 kwestyi pragnąłbym, aby moje dzieło stać się mogło także pożądanym przewodnikiem dla ukończonych prawników.

Kończę, zwracając łaskawą uwagę czytelnika na konieczność sprostowania podanych niżej omyłek drukarskich.

*W Krakowie, dn. 30 lipca 1901.*

*E. H.*



## OMYŁKI DRUKARSKIE.

---

Str.	wiersz	<i>zamiast</i>	<i>czytaj</i>
99	7 od góry	wywował	wywołał
117	8 od dołu	ukuwane	okuwanie
160	8 od góry	podręcznik	podręczniki
162	9 od dołu	nie nazwiemy już	nazwiemy już nie
		każdy	każdy
170	11 od góry	<i>causa efficiens</i>	<i>causa efficiens</i>
186	5 od dołu	ary	kary
189	10 od góry	est	jest
211	14 « «	tylko ograniczył się	ograniczył się
212	13 od dołu	za nimi	za nami
239	15 i 16 od góry	wszelkie kary śmierci	wszelkie kary procz
			kary śmierci
313	16 od dołu	uszkodzenia	uszkadzania
316	16 « «	przestępcy	sprawcy
335	13 « «	z prawem	z prawem karnem
383	6 od góry	bezwzględne	bezwzględnie



# SPIS RZECZY.

	Str.
Przedmowa. . . . .	III—IV
Spis rzeczy . . . . .	VII—XII

## WSTĘP.

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

## TYTUŁ I.

O znaczeniu i podstawach prawa karnego wogóle . . . . .	3
§§ 1—28.	

## ROZDZIAŁ I.

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

## ARTYKUŁ I.

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

1. Znaczenie prawa karnego . . . . .	4
2. Stosunek prawa karnego do innych instytucyj prawa . . . . .	7

## ARTYKUŁ II.

Podstawy prawa karnego.  
§§ 4—24.

Wogóle . . . . .	13
------------------	----

## ODDZIAŁ I.

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

I. Znaczenie, historia i podział teoryj karnych . . . . .	15
II. Rozbiór najważniejszych teoryj karnych począwszy od końca XVIII wieku . . . . .	18

	Str.
A. Teorie bezwzględne . . . . .	18
1. Teoria odwetu moralnego . . . . .	19
2. Teoria odwetu dyalektycznego . . . . .	23
3. Teoria odwetu Bożego . . . . .	25
4. Teoria odwetu fizycznego , . . . . .	25
Krytyka teorii bezwzględnych . . . . .	27
B. Teorie względne czyli użyteczne . . . . .	29
Grupa I. Teorie opierające karę na interesie państwa . . . . .	29
Krytyka pierwszej grupy teorii użytecznych . . . . .	34
Grupa II. Teorie opierające karę na interesie przestępcy . . . . .	36
Krytyka drugiej grupy teorii użytecznych . . . . .	38
Grupa III. Teorie opierające karę na interesie prawa . . . . .	41
Krytyka trzeciej grupy teorii użytecznych . . . . .	44
C. Teorie mieszane . . . . .	45
III. Ogólny wynik rozbioru teorii karnych . . . . .	52

## ODDZIAŁ II.

### Podstawy historyczne prawa karnego.

#### §§ 21—24.

I. Ewolucja prawa karnego ze względu na jego podstawy materialne . . . . .	67
II. Ewolucja prawa karnego ze względu na jego podstawy formalne . . . . .	77
III. Stosunek między podstawami materialnymi a formalnymi prawa karnego . . . . .	78

## ROZDZIAŁ II.

### Prawo karne jako nauka.

#### §§ 25—28.

I. Znaczenie i system nauki prawa karnego w jej najobszerniejszym znaczeniu . . . . .	79
II. Znaczenie i system nauki prawa karnego w jej najściślejszym rozumieniu . . . . .	85
III. Zarys historii nauki prawa karnego i jej literatury . . . . .	89
IV. Pisarze prawa karnego w Polsce . . . . .	97

## TYTUŁ II.

### O znaczeniu i podstawach prawa karnego austriackiego.

#### §§ 29—33.

I. Krótki rys historii prawa karnego austriackiego . . . . .	104
Okres I. Prawo karne austriackie aż do wydania kodeksu cesarskiej Maryi Teresy . . . . .	105

	Str.
Okres II. Prawo karne austriackie od wydania konstytucji kryminalnej Maryi Teresy aż do czasów najnowszych	107
II. Źródła dzisiejszego prawa karnego austriackiego . . . . .	113
1. Powszechna ustawa karna z dnia 27 maja 1852 r. (Dz. u. p. 117) . . . . .	113
2. Ustawy uzupełniające, względnie reformujące, powszechny kodeks karny z r. 1852 . . . . .	117
III. Projekty przyszłego kodeksu karnego austriackiego	122
IV. Literatura prawa karnego austriackiego . . . . .	125
1. Czasopisma . . . . .	127
2. Zbiory orzeczeń Najwyższego Trybunału . . . . .	128

## CZĘŚC 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 . . . . .	131
II. Istota przestępstwa (essentia delicti) . . . . .	132
III. Stosunek przestępstwa do innych pokrewnych mu pojęć . . . . .	144

#### 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 opuszczenia . . . . .	148
II. Stanowisko czynu zewnętrznego w istocie przedmiotowej przestępstwa. Dwojokie jego znaczenie: a) czyn zewnętrzny jako przyczyna, wytwarzająca skutek przestępny (przestęp-	

	St
stwa formalne), b) czyn zewnętrzny, jako przyczyna, wywołująca powyższy skutek (przestępstwa materialne) . . . . .	156
III. Bliższy rozbiór czynu zewnętrznego, jako przyczyny odrywającego się od niego materialnie skutku przestępnego . . . . .	159
1. Pojęcie związku przyczynowego. Różnica między przyczyną a warunkiem . . . . .	159
2. Zaniechanie jako przyczyna skutku przestępnego (delicta per omissionem commissa) . . . . .	174
IV. Czas i miejsce wykonania czynu przestępnego . . . . .	181

## ROZDZIAŁ II.

### Pierwiastek działania bezprawnego.

#### §§ 43—49.

I. Bezprawie kryminalne i jego stosunek do innych gatunków bezprawia . . . . .	184
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 . . . . .	196
III. Okoliczności, wyłączające bezprawność działań, skądinąd sprzeciwiających się ogólnym zakazom lub nakazom prawa . . . . .	203
1. Szczególne upoważnienia prawne . . . . .	206
2. Obrona konieczna (inculpa tutelae, Nothwehr) . . . . .	209
3. Wyższa konieczność (summa necessitas, Nothstand) . . . . .	222
4. Zezwolenie pokrzywdzonego (Einwilligung des Verletzten) . . . . .	234

## 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 . . . . .	241
II. Pojęcie przestępstwa w rozumieniu ustawy karnej. Warunki, od których zawisło prawo karne podmiotowe państwa (Przestępstwa ścigane z urzędu, z upoważnieniem, na wniosek i w drodze skargi prywatnej pokrzywdzonego). Podstawy klasyfikacji przestępstw ze stanowiska prawa karnego materialnego . . . . .	247
III. Zbrodnie, występki i przekroczenia kodeksu austriackiego . . . . .	253
IV. Stosunek przestępstw do innych postępów karygodnych. Wykroczenia dyscyplinarne. Wykroczenia domowe i szkolne . . . . .	256

	Str.
V. Zakres działania ustawy karnej . . . . .	260
1. Co do czasu . . . . .	261
2. Co do miejsca . . . . .	268
3. Co do osób . . . . .	271
A. Przepęstwa popełnione w kraju . . . . .	273
B. Przepęstwa popełnione zagranicą . . . . .	277
VI. O wykładaniu ustawy karnej . . . . .	283

ROZDZIAŁ IV.

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

I. Wina i poczytanie. Poczytalność sprawcy i przypisalność czynu jako warunki poczytania. Przepęstwo jako działanie zawinone, może być tylko dziełem człowieka . . . . .	289
II. Rodzaje i stopnie winy . . . . .	298
A. Wina umyślna (dolus, Vorsatz) . . . . .	299
1. Pojęcie winy umyślnej . . . . .	299
2. Stopnie winy umyślnej . . . . .	303
B. Wina nieumyślna (culpa, Fahrlässigkeit) . . . . .	311
1. Pojęcie winy nieumyślnej . . . . .	311
2. Stopnie winy nieumyślnej . . . . .	314
III. Okoliczności wyłączone winę . . . . .	316
A. Stany niepoczytalności kryminalnej sprawcy . . . . .	316
1. Stany niedojrzałości umysłu . . . . .	317
2. Stany zaburzenia umysłu (Sinnenverwirrung) . . . . .	322
3. Choroby umysłowe (k. k. §. 2 a. b.). . . . .	327
B. Stosunki wykluczające przypisalność czynu . . . . .	331
IV. Okoliczności, sprowadzające zbieg winy umyślnej i nieumyślnej, względnie zbieg winy (umyślnej lub nieumyślnej) i przypadku . . . . .	339

TYTUŁ III.

**O postaciach zasadniczych przepęstwa.**  
§§ 73—86.

Wstęp O znaczeniu i podziale postaci zasadniczych przepęstwa (§. 73) . . . . .	345
--	-----

ROZDZIAŁ I.

**Dokonanie i usiłowanie przepęstwa.**  
§§ 74—77.

I. Ogólna charakterystyka pojęć dokonania i usiłowania . . . . .	346
II Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania . . . . .	350

	Str.
III. Karygodność usiłowania . . . . .	358
IV. Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania karygodnego . . . . .	366
A. Usiłowanie zatamowane i zaniechane . . . . .	367
B. Działania przygotowawcze i początek wykonania . . . . .	369
C. Usiłowanie udolne i nieudolne . . . . .	372

## ROZDZIAŁ II.

### Udział w przestępstwie.

#### §§ 78—83.

I. Pojęcie udziału w przestępstwie i jego rodzaje . . . . .	383
II. Stopnie udziału w przestępstwie . . . . .	390
III. Akcesoryjny charakter podżegania i pomocnictwa w odnie- sieniu do sprawstwa . . . . .	398
IV. Granice zależności podżegania i pomocnictwa od konkre- tnej kwalifikacyi kryminalnej sprawstwa . . . . .	403
V. Spisek i szajka jako możliwe postaci udziału w przestępstwie	408
VI. O niewłaściwym udziale w przestępstwie . . . . .	411

## ROZDZIAŁ III.

### Przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne.

#### §§ 84—86.

I. Przestępstwo pojedyncze i zbiorowe . . . . .	413
II. Zbieg przestępstw (concursum delictorum Verbrechencon- currenz) . . . . .	418
III. Przestępstwo powrotne (iteratio delicti, Rückfall) . . . . .	428



## WSTĘP

---

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



## 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 instytucję prawa; ze względu na drugie — osobną naukę prawniczą.

2. Jako osobna instytucja prawa, wyraża ono pewną kategorię 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 prawnicza jest ono owocem uchwycenia przez nasz umysł teoretyczny i powiązania przezeń w jedną całość, logicznie zbudowaną, wszystkich prawd, dotyczących jego znaczenia, jako instytucji prawa. W tem rozumieniu wyraża więc ono całkowity system naszej wiedzy o wszystkich, treści jego stanowiących, przepisach życia społecznego i o wszystkich, na nich opartych, upoważnieniach względnie obowiązkach odnośnych osób.

## ROZDZIAŁ I.

**Prawo karne jako osobna instytucja 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 upoważnień i obowiązków, które z tychże przepisów dla odnośnych osób się wywiązują.

Z tego określenia wypływa, że jest konieczną rzeczą, aby prawo karne podawało reguły w przedmiocie 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 materyjalną, 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 postęпки, 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, oficerom) lub korporacyom (n. p. uniwersytetom, różnym stowarzyszeniom politycznym i towarzyskim). Oprócz tego samo państwo występuje względem niektórych osób nietylko jako stróż porządku prawnego społeczeństwa, ale także w specjalnym 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 specjalnie 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 przedmiotowym nazywa się ogół przepisów prawnych, wchodzących do jego składu (*norma puniendi*). — Przez prawo karne zaś podmiotowe pojmują powszechnie wszystkie upoważnienia, które powstają dla odnośnych osób na mocy powyższych przepisów (*ius puniendi*). Naszem zdaniem należy tę ostatnią charakterystykę uzupełnić, wprowadzając do niej także pierwiastek wytwarzanych przez prawo karne przedmiotowe obowiązków prawnych. Wszakże obowiązki te muszą także wchodzić do systemu prawa karnego i to nie, jako części składowe jego treści przedmiotowej. Z tego punktu widzenia sądzimy, że jest właściwiej określać 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 materję stosunków, mających zawiązywać się między osobami, winnymi 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<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> Por. mój Wykład procesu karnego. Kraków, 1891, str. 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<sup>1</sup>.

W obrębie prawa politycznego przyjęto powszechnie odróżniać prawo konstytucyjne (*Verfassungsrecht, droit constitutionnel*) i administracyjne (*Verwaltungsrecht, 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 funkcji państwa, jako organu, obdarzonego władzą karzącą. Rzecz oczywista, że, z uwagi na to, miejsce dla niego znaleźć się musi w ramach prawa politycznego administracyjnego.

<sup>1</sup> 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 itp. 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 funkcje uzupełniały i wspierały się wzajemnie, aby zlewały się w akcję 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 wykona w c z a (*vollziehende Gewalt, pouvoir exécutif*) i to bądź specjalnie w kierunku t. zw. pieczy prawnej (*Rechtspflege*) t. j. ochrony porządku prawnego, bądź w kierunku t. zw. administracyi w ścisłym znaczeniu tego pojęcia, t. j. zawiadywania różnemi szczególnemi interesami prawnopañstwowemi, 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 funkcji władzy państwowej, będąc w pierwszym rzędzie

skierowane ku występowaniu z należytą reakcją 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<sup>1</sup>. 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 policja.

<sup>1</sup> Prewencja przestępstw sama przez się wchodzi jednak do programu polityki kryminalnej, jako osobnej gałęzi kryminologii. Patrz niżej nr. 13 dop. 1.

**11.** Od prawa cywilnego różni się prawo karne przede wszystkim 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 postulatом czuwającego nad nimi prawa. Źródłem ich bezpośrednim nie jest wola prawa, lecz to, co się przeciwko tej woli buntuje i znie-wala ją do akcji represyjnej (przestępstwa)<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> Kara sama przez się jest złem, którego prawo żądać nie może. Konieczność kary wytwarza przestępca, stawiając prawo w tem przymusowem położeniu, że tylko za pomocą jego ukarania może zapewnić należytą ochronę znajdującym się pod jego strażą interesom życia społecznego.

<sup>2</sup> Co się tyczy różnicy między represją cywilną a represją karną, to o tej kwestyi będzie mowa przy rozbiorze podziału bezprawia 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<sup>1</sup>, bądź materialnie, karząc za niektóre lżejsze przekroczenia. Ze względu jednak na tę swoją agendę represyjną policya wkracza w sferę prawa karnego i raczej ilościowo niż jakościowo zajmuje odnośnie do niego stanowisko odrębne<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Stanowi to funkcję t zw policyi kryminalnej lub sądowej (*Criminal-Polizei, police judiciaire*).

<sup>2</sup> Tak n p w zasadzie policya powinna ograniczać się do udziału w dochodzeniach przygotowawczych, nie wdając się w spełnianie czynności, które wchodzą już w skład właściwego procesu karnego. Por. moj Wykład procesu karn. Krakow, 1891, str. 13. Również przekroczenia karane policyjnie różnią się od przestępstw, przekazanych sądom, tylko tem, że są mniejszej wagi. Nie należy jednak brać tych przekroczeń za jedno z t zw przekroczeniami policyjnymi (*Polizeidelikte*), które tworzą osobny typ przestępstw, podlegających prawu karnemu. 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 specjalnie 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 ludzkim, jakże więc nie miałyby jej obchodzić te istotne potrzeby życia społecznego, nad którymi właśnie ma rozciągać opiekę ów porządek prawny. Polityka prawna spełnia całkiem inne zadanie. Wskazuje ona mianowicie, jak należy wykonywać prawo, chcąc, aby jego wymiar przyniósł społeczeństwu jak największą 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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Nie należy brać za jedno stosunku polityki kryminalnej do prawa karnego z jej stosunkiem do kryminologii tj. nauki, która bada przestępstwo i karę nie tylko z punktu widzenia prawnego, lecz także, i to w pierwszym rzędzie, jako naturalne przejawy życia ze wszystkimi ich indywidualnymi i społecznymi przyczynami i skutkami. Jako gałąź kryminologii, polityka kryminalna zajmuje się specjalnie wskazywaniem środków, prowadzących najskuteczniej do tępienia przestępstw, środków do których obok kary należy wiele innych, nie z prawem karnym wspólnego nie mających zarządzeń prewencyjnych. Wrócimy jeszcze do tej kwestyi przy rozbiórce znaczenia prawa karnego, jako osobnej nauki.

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 zmanifestował 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 jej się wymiaru sprawiedliwości, skoro okazałoby się rzeczą niemożliwą unormować go odpowiednio do ich wszystkich.

<sup>1</sup> 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 interwencji dla odwrócenia skutku przestępnego.

## ARTYKUŁ 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 materialnemu.

**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 dyktuje człowiekowi: »ty powinieś uczynić to lub owo«, zmysłowość odzywa się do niego »ty potrzebujesz postąpić tak, a nie inaczej«. Między jednym a drugim wybiera człowiek dzięki autonomii swojej woli.

**17.** Z autonomii woli wynika, że człowiek musi posiadać zdolność zdawania sobie sprawy nie tylko 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 zaprzedać się w niewolę zmysłom. Ta zdolność nazywa się *inteligencją*. Ona to sprawia, że, mając przed sobą jakikolwiek akt działalności dowolnej człowieka, możemy się pytać, jakie znaczenie nadawał on temu aktowi i jakimi względami kierował się, gdy go spełniał

**18.** Z inteligencji 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 postępów. 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 powiedzieliśmy wyżej, stosuje się do działalności nie tylko 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

to, czem on jest, z tem, czem stac się był powinien, — musimy zestawić zasady, któremi w tym przypadku rządziło się 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 wchodzi zasady, które stanowią jego przyczynę rozumną; w skład drugich zasady, które rzeczywiście przewodniczyły lub przewodniczą jeszcze wytwarzaniu się prawa karnego w dziejach ludzkich <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Do poznania podstaw filozoficznych prawa karnego możemy dojść tylko, zdawszy sobie jasną 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. Oczywiście bowiem jest rzeczą ze karą w rozumieniu naszej nauki wtedy tylko potrafimy uzasadnić filozoficznie, gdy będziemy mogli zaliczyć ją do rzędu owych dopiero co 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 ono 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, historia 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<sup>1</sup> i wieków średnich<sup>2</sup> 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 ścisłym 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).

<sup>1</sup> 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 nie tyle 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).

<sup>2</sup> 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. I 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 ma-*

*lum 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 Grocyusz 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 jedynym usprawiedliwieniem kary jest konieczność odwetu za popełnione przestępstwo, podczas gdy Hobbes uważa karę za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile dąży »*ut terrore eius voluntates civium ad obedientiam conformentur*«, 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*.

<sup>1</sup> Selden: *De jure naturali et gentium secundum disciplinam Haebraeorum Lond.* 1640 I. 4; Hobbes: *Elementa philos. de cive*

(1643) cap. III. l. 11; VI. l. 5; XIII i XIV; *Leviathan* (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 w nauce aż do najnowszych czasów. Teorye, należące do pierwszego z nich, noszą nazwę bezwzględnych (*absolute Theorien*); teorye zaś, należące do drugiego, nazywają się względnymi (*relative Theorien*). Nazwy te nadał im pierwszy Zachariae<sup>1</sup>. 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 rzeczywiście korzyść.

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

<sup>1</sup> Zachariae: *Altes Archiv. des Criminalrechts.* Bd. III. St. 4. S. 40 f.

## II. Rozbiór najważniejszych teoryj karnych począwszy od końca XVIII wieku<sup>1</sup>.

### A. Teorye bezwzględne.

#### § 6.

**26.** Teorye te opierają karę na konieczności odcięcia 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. Przepęca ma uleđz 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. Przesępstwo 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) teoria odwetu moralnego, 2) teoria odwetu dyalektycznego, 3) teoria odwetu Bożego i 4) teoria odwetu fizycznego.

<sup>1</sup> 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 deutschen 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*, 1880 (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 Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker*, 1889. Tenze: *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).

## 1. Teorya odwetu moralnego.

### § 7.

27. Najznakomitszym jej przedsta wicielem jest Kant (1724—1804)<sup>1</sup>. Związek przyczynowy między przestępstwem

a karą jest według tego filozofa nakazem kategorycznym rozumu praktycznego tj naszej władzy poznawania i spełniania dobra moralnego Dobro to podmiotowo tem się odznacza ze 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

<sup>1</sup> Kant *Kritik der praktischen Vernunft* 1788 *Metaphysik der Sitten* (II Theil) 1797 (2 wyd 1798) Poi Krzymuski *Teoria 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 wewnętrznej wszystkich Równocześnie zaś zabezpiecza ono każdemu człowiekowi w pewnym przyznanym mu przez nie za kresie działania zewnętrznego wolność najzupełniejszą, a z nią i możność spełniania nakazu kategorycznego powinności bezwzględnej Określa je Kant jako system warunków, pod którymi samowola każdego utrzymuje się w zgodzie z samowolą wszystkich w myśl ogólnej zasady wolności

**29.** W każdym 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 spowodza 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 rozumu praktycznego.

30. Jaką ma być natura kary i kto ma ją wymierzać? Pod tym względem Kant odroźnia 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 materialną. Druga spotyka tylko sprawcę przestępstwa, t. j. bezprawia będącego otwartym buntem przeciwko prawu i wymierza się z woli państwa, jako organu powołanego do sprawowania strazy nad porządkiem prawnym społeczeństwa. Kara sądowa polegać musi na sciesnianiu 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 naodwrot spowodzać konieczność sciesniania wolności zewnętrznej jego sprawcy.

31. Kara sądowa, jak widzieliśmy, ma w myśl ustawodawstwa, rządzącego naszym rozumem praktycznym, spotykać z rozkazu państwa sprawcę każdego przestępstwa. Jest ona więc instytucją moralną. Karząc przestępcę,

panstwo 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 panstwo wymierzy ją na przestępcę jedynie dlatego, że się tego domaga ustawodawstwo naszego rozumu praktycznego. To ostatnie zaś żąda wymierzenia kary jedynie na tego, kto popełnił pewne przestępstwo i jedynie z powodu, że je popełnił. Tak więc kara da się usprawiedliwić tylko jako skutek konieczny przestępstwa, niezależnie od żadnego względu na tę lub ową korzyść, którą może ona przynieść ukaranemu 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, odrozniającą człowieka od innych tworów życia (rzeczy). Te ostatnie mają dla nas wartość tylko o tyle, o ile służą do osiągnięcia 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 jakiegos 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 ukarani

sam niejako rzucił sobie na kark, popełniwszy przestępstwo

**33.** Tyle co do uzasadnienia filozoficznego kary. Co się tyczy zas poglądu Kanta na jej wymiar t j na jakosc i ilosc ukarania, mającego spotkac sprawcę danego przestępstwa, to mysliciel ten hołduje zasadzie, według ktorej kara powinna się rownac obu stronom popełnionego przestępstwa, zarowno wewnętrznej (nastroj woli), jak i zewnętrznej (szkoda materyalna). Za ideał jednak kary sprawiedliwej uwaza Kant dolegliwosc, ktoraby, odpowiadając całkiem stronie materyalnej popełnionego przestępstwa (oko za oko, ząb za ząb), mogła zarazem naginac się do wszystkich odcieniow jego strony wewnętrznej i byc w miarę tych ostatnich to łagodniejszą, to surowszą. Przykład podobnej kary widzi Kant w karze smierci za zbrodnię zdrady głównej<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Krzymuski *Teorya karna Kanta* str 51

## 2. Teorya odwetu dyalektycznego.

### § 8

**34.** Jej tworcą jest Hegel (1770—1831)<sup>1</sup> Według niej związek przyczynowy między przestępstwem a karą jest wymaganiem logiki, t j ustawodawstwa, rządzącego naszym myśleniem. Prawo jest, zdaniem Hegla, jedyną formą rzeczywistą uzewnętrzniania się w zyciu ludzkim Idee absolutnej, jako woli<sup>2</sup>), a najdoskonalszym jego wyrazem jest wola ogolna panstwa. Stąd, ze prawo posiada byt rzeczywisty, wypływa logicznie, ze jego zaprzeczenie rzeczywistosci miec nie moze. Zaprzeczeniem takim jest przestępstwo, jako wyraz woli indywidualnej osobnika, chcącej odmowie rzeczywistosci woli ogolnej panstwa. Konsekwencyą logiczną stosunku przestępstwa do prawa staje się kara.

<sup>1</sup> Hegel *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, (zaleca się wydanie 3cie z r 1854 pod redakcyą Gansa)

<sup>2</sup> Aby zrozumieć to określenie prawa trzeba koniecznie zdac sobie sprawę z tego, co oznacza u Hegla idea absolutna i w jakim stosunku znajduje się do niej prawo. Idea absolutna jest według Hegla substancją istniejącą wiecznie, zawierającą w sobie wszystkie pierwiastki wszechbytu i wylaniająca ze siebie wszystkie jego formy. Ten Absolut jednak ma swoją historią, wciągu której przechodzi przez trzy odmienne stopnie istnienia. Najprzód istnieje on sam w sobie t j jako substancja, obdarzona pewnymi własnościami życia. Następnie pragnie on istnieć za sobą t j, nie przestając być w sobie, może także spoglądać na siebie. W tym celu Absolut stwarza samego siebie w postaci przyrody materialnej. 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 innym tylko zaprzeczeniem ze strony woli ogólnej państwa rzeczywistości przestępstwa. W tym zaś charakterze jest ona potwierdzeniem rzeczywistości prawa. Wynika to z tego ogólnego prawidła logicznego, według którego 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 znowu 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. Natury rozumnej zaś nie przestaje według Hegla posiadać żaden człowiek, choćby w danym razie popełnił najcięższą zbrodnię. Wynika stąd, że, karząc przestępcę, państwo nie wyrządza

mu zadnej krzywdy, lecz przeciwnie oddaje czesc jego istocie rozumnej

### 3. Teorya odwetu Bożego.

#### § 9

36. Najznakomitszym jej przedstawicielem był w owszych czasach Juliusz Stahl, zmarły w r 1861 profesor uniwersytetu berlinskiego<sup>1</sup> Teorya ta wyprowadza związek przyczynowy między przestępstwem a karą z woli samego Boga Bog według niej jest jedynym ustawodawcą całego porządku moralnego w swiecie ludzkim, a panstwo jest instytucją, mającą strzedz tego porządku na polu stosunkow zewnętrzných naszeo zycia Stąd wypływa dla panstwa obowiązek bezwzględny karania przestępców. Bez względu n y dlatego ze panstwo, wymierzając karę, nie działa w swoim imieniu, lecz jako pełnomocnik Boga<sup>2</sup> Bog zas nie może upowazniać panstwa do niekarania przestępcow, gdyż kara ma na celu dobro tych ostatnich, a mianowicie danie im do odpokutowania tego, przez co, gdyby ich nie ukarano, utraciliby oni na zawsze łaskę Bożą Tego zas oczywiście Bog, jako Istota najdoskonalsza, pragnąc nie może

<sup>1</sup> Stahl *Philosophie des Rechts*, II Bd, 1854 (1 Abth 3 Aufl), 1856 (2 Abth) Wsrod innych wyznawcow tej teoryi najwybitniejsze stanowisko zajmują hr de Maistre Bonald, Henryk Adam Muller i Franciszek Baader (wszyscy z pierwszej cwieci XIX st)

<sup>2</sup> Lucien Brun (*Introduction a l'etude du droit*, 1879 p 254 259) nazywa prawo karne *une delegation divine du droit de punir le mal*

### 4. Teorya odwetu fizycznego.

#### § 10

37. Nazwą tą oznaczamy wszystkie poglądy, ktore wychodzą z tego stanowiska, ze związek przyczynowy

między przestępstwem a karą jest koniecznością nie moralnego, lecz fizycznego rzędu<sup>1</sup>. 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 ciężącej na niem powinności moralnej. Państwo, wymierzając karę, ulega temu samemu prawu nieubłaganej konieczności, któremu uległa osoba, mająca być ukarana, dopuściwszy się przestępstwa<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Do tego kierunku należy zaliczyć z dawnych szkół

a) Fizyonomistów. Lavater *Physiognomische 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 teorii odwetu fizycznego podchodzą poglądy:

e) Materyalistów. 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) Szkoły statystyki moralności. Quetelet. *Sur l'homme et le développement de ses facultés ou essai de physique morale*, 1835. Niektórzy jednak jej przedstawiciele (Drobisch, Wappaus, Oettingen, Rumelin) podnoszą protest przeciwko fytalizmowi jej wywodów.

g) Szkoły pozytywnej prawa karnego we Włoszech, tak w jej antropologicznym (Lombroso *L'uomo delinquente*. Torino, 1-sze wyd. 1876. 5-te 1897. Ferrri: *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 tłumaczeniu 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; Colažanni: *La sociologia criminale*, 1889).

h) Deterministów, których zastępy w nowszych czasach rosna coraz bardziej, a wśród których odznaczają się najwybitniej: Merkel *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892. Mittelstadt: *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. Strafrw. t. 13, 1893. str. 325—370). *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit* (tamże, t. 17, str. 70—84). Vargha: *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, 1896. Van Calcker: *Strafrecht und Ethik*, 1897. Patrz także Alimena: *I limiti e i modificatori dell' imputabilità*. 2 tomy. 1894.

<sup>2</sup> 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 *Gerichtssaal*, 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. *Usa 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). *Szkola 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 tłumaczą 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 materji, aby przestępstwo ściągają 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 Bozego. 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 teoryj 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 osiągnięcia celów, które dla naszego życia społecznego posiadają tę realną wartość, że bez nich nie dałby się pomysleć jego ustroj rozumny, jego organizacya, zgodna z postulatami etyki, logiki i religii.

Co się tyczy zas teoryj odwetu fizycznego, to trzeba zauwazyć, że właściwie i z jej punktu widzenia, to, co czyni karę konsekwencyą materialną 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 teoryj 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 nierozdzielnym. 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 się one podzielić na trzy grupy, stosownie do tego, czyją to korzyść uważają za cel, którego osiągnięcie przez karę może ją usprawiedliwić. 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 karę za sprawiedliwą o tyle, o ile ona wynagradza szkodę, wyrządzoną porządkowi prawnemu społeczeństwa (*Rechtstheorien*).

**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 odstraszeniu od przestępstw, bądź w zapobieganiu im na przyszłość, bądź w odpieraniu krzywdy, która z ich strony państwu zagraża. Pierwszemu kierunkowi odpowiada teoria odstraszania, drugiemu — teoria zapobieżenia, a trzeciemu — teoria obrony pośredniej.

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

42. Pierwsi (Filangieri, Gmelin)<sup>1</sup> 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 przystępstwa odstraszać Pogląd ich znany jest też pod nazwą teoryi odstraszenia przez wykonanie kary

<sup>1</sup> Filangieri (1752 — 1788) *La scienza della legislazione*, 1781—1788 Gmelin (1750 — 1823) *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen*, 1785 Oprócz tego do rzędu wybitniejszych jej wyznawców należą jeszcze Klein *Grundsätze des gemeinen und deutschen peinlichen Rechts* Halle, 1796 (§ 6 i nast) oraz artykuł *Ueber die Natur und den Zweck der Strafe*, (Arch d crim R Bd II, Heft I N 4), Schneider *Noch einige Worte über das Princip des Strafrechtes* Dresden, 1806 i Droste-Hulshoff *Einleitung in das gemeine deutsche Criminalrecht zum Gebrauch für akademische Vorlesungen*. Bonn, 1826 (Kap I)

43. Drudzy zarzucają powyższej teoryi, że czyni z przestępcy ofiarę na rzecz odstraszenia innych i utrzymują, że wykonanie kary może znaleźć 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<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Feuerbach (1775 — 1833) *Antihobbes* (1798) *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799, 1800) *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1800 (wyd 14-te Mittermaera 1847, wyd krytyczne Morstadta i Osenbrugena, 1855) Duchem tej teorii 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, aby obywatele nie dopuszczali się pewnych działań, to wolno mu także oznaczać według własnego uznania skutki, mogące 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, popełniła 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 odstraszenia 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 teorii zapobieżenia szczególnego (Grolman) i teorii zapobieżenia tak szczególnego jak ogólnego (Bentham).

46. Teoria 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 możliwość 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 chwycić się bardziej radykalnych środków, a mianowicie kar, prowadzących do tak zw. zapobieżenia absolutnego t. j. do odebrania ukaranemu możliwości fizycznej popełniania nowych przestępstw (więzienie dożywotnie i kara śmierci)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Grolman: *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, 1798. *Ueber die Begründung des Strafrechts u. der Strafgesetzgebung*, 1799.

47. Teoria zapobieżenia szczególnego różni się istotnie od teorii odstraszenia tak przez wykonanie kary, jak przez przymus psychologiczny. Od pierwszej tem się wyróżnia, że szuka usprawiedliwienia kary w potrzebie odstraszenia 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 teorii 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)<sup>1</sup>. Pogląd jego, znany pod nazwą teorii zapobieżenia ogólnego i szczególnego. przedstawia niejako połączenie w jeden system zapatrywań Feuerbacha i Grolmana. Kara mianowicie ma według Benthama 1) odbierać wszystkim obywatelom ochotę popełniania przestępstw (zapobieżenie ogólne) i 2) sprawiać, iżby ukarani nie dopuścili się w przyszłości nowych przestępstw (zapobieżenie szczególne). Do pierwszego celu prowadzi zagrożenie karą (Feuerbach), do drugiego — jej wykonanie (Grolman), mające odbierać ukaranemu bądź możliwość fizyczną popełniania nowych przestępstw (więzienie dożywotnie lub kara śmierci), bądź ochotę (kary poprawcze), bądź wreszcie skłonność do tego (kary odstrasżające).

<sup>1</sup> Bentham: *Traité de législation civile et pénale* (3 tomy), 1-sze wyd. 1802; 2-gie 1820; *Théorie des peines et des récompenses*, 1810. Oba te dzieła wydał Dumont. Patrz Hepp: *Jeremias Bentham's 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<sup>1</sup>. Między prawem obrony koniecznej a prawem karania przestępstw zachodzi według Martina ta tylko ró-

znica, 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 teoria ta przypomina bardzo przymus psychologiczny Feuerbacha, zwłaszcza że i z jej stanowiska zagrożenie karą za dane przestępstwo powinno koniecznie poprzedzić jego popełnienie, aby państwo mogło sprawiedliwie wymierzyć ją na jego sprawcę. Tego bowiem wymaga zasada, według której obrona konieczna uważa się za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile dla odparcia napadu użyto środków surowszych dopiero wtedy, gdy łagodniejsze okazały się niewystarczającymi.

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

### Krytyka pierwszej grupy teorii utilitarnych.

#### § 14.

**50.** Ujemna strona tych poglądów polega na tem, że w przestępstwie widzą nie przyczynę, usprawiedliwiającą ukaranie jego sprawcy, lecz okazją do tego, aby przez jego ukaranie zapewnić państwu jakąś realną korzyść. Wskutek tego przy ścisłym stosowaniu tych teorii 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 pań-



stwie potrzebę osiągnięcia tych korzyści, które według tych poglądów ma kara sprowadzać.

Tak np. co do teorii 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 teorii, potrzeba odstraszenia 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 cudzołóstwa i gier zakazanych karami surowszemi, niż te, które okazałyby się niezbędnymi w odniesieniu do morderstwa i rabunku <sup>1</sup>.

O ten sam szkopuł rozbijają się teoria zapobieżenia i teoria 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 teorii 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 narażałoby musiała wymiar kary teoria 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 innymi 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-

równie drobna kradzież, jak morderstwo. zagrażałyby państwu osłabieniem powagi jego ustaw<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> Co się tyczy specjalnie 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.

<sup>2</sup> Por. Luden: *Ueber den Thatbestand des Verbrechens*, 1840, str. 171, dop 1

## Grupa II. Teorie opierające karę na interesie przestępcy.

### § 15.

**51.** Teorie 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 nieda 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 teorię umowy i teorię poprawy.

**52. I. Teoria umowy.** Przedstawiciel jej Fichte<sup>1</sup> (1762—1814) wyprowadza państwo i znajdujący się pod jego ochroną porządek prawny z t. z. umowy polity-

cznej 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<sup>2</sup>. 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.

<sup>1</sup> Fichte: *Naturrecht*, 1797.

<sup>2</sup> Co się tyczy sposobu, w jaki kara może przywrócić przestępcy zdolność do obywatelstwa, to przede wszystkim ma on polegać na odstraszeniu 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 w naszej nauce teorią poprawy politycznej (legalnej także prawnej) lub moralnej.

Najwybitniejszym przedstawicielem pierwszego odcienia tej teorii jest Steltzer<sup>1</sup>, drugiego zaś Röder<sup>2</sup>, zmarły w r. 1879 profesor uniwersytetu Heidelbergskiego i jeden z najgorliwszych wyznawców szkoły Krauzego w filozofii prawa.

<sup>1</sup> Steltzer: *Kritik über den Egger'schen Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für Schleswig--Holstein*, 1812.

<sup>2</sup> 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 teorii utylitarnych.

#### § 16.

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

Specjalnie przeciwko zasadniczej tezie teorii umowy przemawia ta okoliczność, że nie ma państwa, któreby się mogło na to zgodzić, aby każdemu przestępcy wolno było zrzekać się kary za złożeniem deklaracji, że woli wrócić do stanu natury. Oprócz tego, powiedziano słusznie<sup>1</sup>, że za pomocą umowy można co najwyżej wytkłómaczyć sposób powstania jakiegoś uprawnienia, nigdy zaś jego rozumną podstawę.

<sup>1</sup> Por. Kasperek: *Prawo polityczne ogólne*. (1881), II, str. 34.

**55.** Na fałszywej drodze znajduje się także teoria 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 uczuć—są to pytania, na które ani ustawodawca, ani sędzia, ani nawet żaden dyrektor więzienia nie będzie mógł odpowiedzieć stanowczo. Poprawa bowiem przestępcy jest rzeczą jego usposobienia wewnętrznego, a to jego usposobienie, aczkolwiek może wyjawiać się na zewnątrz w postaci czynów jak najmoralniejszych, to jednakże samo przez się może być najgorsze. Udawanie dobrego nie jest rzeczą zbyt trudną, zwłaszcza jeżeli siedzi się w więzieniu i ma się nadzieję odzyskania przez to wolności.

Oprócz tego teoria ta pozostawia nas bez odpowiedzi na zapytanie, jak należy postąpić z przestępcą niepoprawnym? Nareszcie, gdybyśmy chcieli ściśle ją przeprowadzić, należałoby widzieć w każdym przypadku popełnienia przez osobę, raz już ukaraną, nowego przestępstwa dowód winy nietyle jego sprawcy, ile państwa. Dowodziłoby to bowiem, że pierwsza kara nie wywołała jego poprawy, a więc że państwo, wymierzając ją na niego, wyrządziło mu krzywdę.

**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, którym 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. Nie-szczęścia bowiem jednych rzadko kiedy się 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 przestrożą 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 przestrożę, lecz, karząc przestępcę, głównie starać się trzeba o wyleczenie go ze złych pobudek, o podniesienie jego poziomu moralnego <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Por. moj artykuł *Kilka słów w usprawiedliwieniu teoryi poprawy* (Gaz. sąd Warsz. 1875. Nr. 23)

57. Teorya poprawy ma w historii 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 niehumanitarnych udręczeń oraz wywołanie reformy więzień i uczynienie ich z miejsc tortury i zatracenia moralnego zakładami sprawiedliwości społecznej i miłosierdzia chrześcijańskiego, pozostanie w historii cywilizacji ludzkiej niespożyta zasługą teorii poprawy. Zadaniem dzisiejszych prac ustawodawczych powinno być natchnąć się ideałem prawdy, do którego prowadzi ta teoria, a unikać szkopułu błędu, o który się ona rozbija. Stać na straży sprawiedliwości społecznej, nie dopuszczać, aby kiedykolwiek kara miała przestać być reakcją 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 racjonalna działalność karząca państwa.

### Grupa III. Teorie, opierające karę na interesie prawa.

#### § 17.

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

<sup>1</sup> Welcker *Die letzten Grunde von Staat, Recht und Strafe*, 1813. *Encyclopaedie und Methodologie*, 1829 (str. 573 i nast.) *Staatslexicon* (Rotteck i Welcker, 1834), wyraz *Strafrecht*.

<sup>2</sup> Hepp: *Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechts-Systeme*, 1843 (2 wyd.).

59. Według Welckera (*Vergütungstheorie*) z bezprawia cywilnego wypływa dla porządku prawnego społeczeństwa

czeństwa 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 podmiotami 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.** Wynagrodzenie 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 osiągnięcia 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 narzeczie

6) przywrócenia mu poważania dla porządku prawnego.

Nie zawsze jednak okaże się dla kary rzeczą możliwą osiągnąć wszystkie sześć 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). Idealem 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 spowodzić dla całego społeczeństwa dotkliwe straty materialne (np. morderstwo, którego ofiarą stałby się znakomity mąż stanu lub genialny wynalazca), oraz, że skutki szkodliwe, które pod względem moralnym mieć może 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 możliwości poprawy. 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 teorii 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. wpływającą z bezprawia cywilnego<sup>1</sup>. Odpowiednio do tego, ta ostatnia rodzi po stronie sprawcy bezprawia obowiązek jej wynagrodzenia, podczas gdy krzywda, która ma swoje źródło w przestępstwie, srowadza 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 jakkolwiek 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 popełnianiu cudzołóstw lub dopuszczaniu się obelg, a czyż dlatego byłoby rzeczą sprawiedliwą karać go śmiercią? Sądźmy, że sam Welcker nie zgodziłby się na powyższą konsekwencją swojej teoryi.

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

<sup>1</sup> 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 mieszane. 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 w utylitarnych w granicach sprawiedliwości bezwzględnej, podczas gdy teorie mieszane drugiego typu nazwiemy teoryami sprawiedliwości bezwzględnej w granicach względów utylitarnych.

**64.** I. Teorie 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<sup>1</sup> wychodzi z tego założenia, że kara, utrzymana w należytej proporcji 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 każdym 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 odstrasząco.

<sup>1</sup> 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 po-

trzeba poprawy, czy też potrzeba odstraszenia silniej się odezwie.

<sup>1</sup> 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 użytecznym 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 zamienia się w lód, a powyżej — w parę; tak też i w świecie moralnym każda z naszych cnót ma swoje *minimum* i *maximum*, poniżej lub powyżej którego staje się dopiero wadą. Tak oszczędność zamienia 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 odstraszenia 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 odstraszenia; 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.

<sup>1</sup> Berner: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (15-te wyd. 1888), §§ 28–32.

**67.** Teoria Bernera jest najlepszym dowodem, jak niebezpieczną jest rzeczą chcieć w kwestyi uzasadnienia filozoficznego kary czynić zbyt wielkie ustępstwa na rzecz względów utylityrnych. 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 błędnym pomieszeniu pojęcia kary sprawiedliwej ze względu na przestępstwo, które przewiduje ustawodawca, z pojęciem kary sprawiedliwej z uwagi na przestępstwo, za które ją sędzia wymierza. Tymczasem między jednym a drugim przestępstwem zachodzi różnica istotna. Pierwsze jest kategorią abstrakcyjną, drugie jest faktem konkretnym, który pod tę kategorię podchodzi. Ustawodawca, nie będąc w stanie przewidzieć wszystkich szczególnych okoliczności, wśród których człowiek może stać się przestępcą, musi, nie chcąc popaść w zbytęzną kazuistykę, uwzględniać tylko pewne kategorie 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

jakiej minimalnej i maksymalnej miary. Więzienie od jednego roku do pięciu lat może być karą sprawiedliwą za kradzież, jako pewną kategorią 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—1841)<sup>1</sup> 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<sup>2</sup>.

O wiele wyraźniej kierunek ten uwydatnił się u kryminalistów francuskich Rossi'ego i Ortolan'a<sup>3</sup>, zdaniem których państwo nie miałyby żadnego tytułu do karania przestępcy w myśl wymagań sprawiedliwości bezwzględnej, gdyby nie było w tem zainteresowane, aby za pomocą kary dążyć do osiągnięcia celów odstraszenia i poprawy. Względ 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 wymierzania tej kary, której domaga się sprawiedliwość odwetowa<sup>4</sup>.

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

<sup>2</sup> Cały porządek świata moralnego opiera się według Herbart'a na pięciu ideach zasadniczych, które 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 zyciowości, nakładająca nań obowiązek czynienia dobrze innym ludziom bez żadnych pobudek osobistych, 4) idea prawa, nakazująca mu postępować względem innych ludzi w sposób, wyłączający między nimi możliwość sporów, 5) idea słuszności, nakazująca mu oddawać każdemu, co mu się należy. Czyn moralny w najwyższym znaczeniu tego pojęcia musi znaleźć się w harmonii ze wszystkimi powyższymi ideami. Wynika stąd, że i kara, jeżeli ma być instytucją całkiem moralną, to musi nie tylko hołdować idei słuszności, ale także 1) prowadzić do jakiegoś celu rozumnego (idea wolności wewnętrznej), 2) przyczyniać się do uszlachetnienia społeczeństwa (idea doskonałości), 3) mieć na widoku dobro ukaranego (idea zyciowości), wreszcie 4) zapobiegać nowym przestępstwom (idea prawa).

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

<sup>3</sup> Rossi *Traite de droit penal* (1-sze wyd. 1829, 4 wyd. Helie'go 1872) I str. 125—289, Ortolan *Elements de droit penal* (1-sze wyd. 1857, poleca się wyd. 4-te z r. 1875) I, str. 176 i nast., Helie we wstępie do wydanego przezeń dzieła Rossiego (str. XCVI i CIV), Haus *Cours de droit criminel*, 1857, Tenze *Principes generaux du droit penal belge*, 1869, str. 26 i nast., Garraud *Precis 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.

<sup>4</sup> Najlepszą ilustracją myśli zasadniczej teorii Rossiego podaje nam Ortolan (l. c. I str. 187) w formie dialogu między przestępcą a społeczeństwem: »Dlaczego mnie uderzasz?« »Boś na to zasłużył.« — »Coż cię to obchodzi?« Na to społeczeństwo może dać tylko następującą odpowiedź: »Tys na to zasłużył i idzie tu o moje zachowanie. Idzie tu o moje zachowanie, a więc mam prawo mieszać się do tego, mam prawo działać, przeciwko tobie, bylebym tylko nie wyrządziło przez to krzywdy



nikomu drugiemu Tys na to zasłużył a więc nie mozesz uskarżać się, izbym obrażało twoje prawo, izbym chciało utyzymać swoje istnienie kosztem tego, co ci się należy»

69. W ostatnich czasach kryminalista niemiecki Bar<sup>1</sup> wystąpił z nową teorią sprawiedliwosci bezwzględnej w granicach względów uytlytarnych i nazwał ją teorią 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 kazdego przestępstwa, druga urabia się wyłącznie pod wpływem względów polityczno-prawnych Odwetowi, którego pierwsza domaga się, czyni zadosyc wszelka nagana moralna t j wszelkie okazanie sprawcy danego przestępstwa, ze potępiamy jego czyn Postac zas, którą nadamy tej naganie, jest rzeczą najzupełniej obojętną ze stanowiska sprawiedliwosci bezwzględnej Moze ona zasadzac się równie dobrze na prostem wypowiedzeniu przestępcy naszego niezadowolenia, jak na odebraniu mu zycia Sprawiedliwość bowiem bezwzględna daje nam *jus laesi infinitum* odnośnie do kazdego przestępcy Dopiero względy polityki prawnej, względy pozytku społecznego wskazują panstwu, jaką postac zewnętrzną ma nadac naganie moralnej stosownie do tego lub innego bezprawia Stąd to pochodzi różnosc srodkow represyjnych przeciwko bezprawiom, podział tych ostatnich na cywilne i karne, oraz odróżnianie wśród przestępstw czynow mniej lub bardziej karygodnych

<sup>1</sup> Bar *Handbuch des deutschen Strafrechts*, 1882, Bd I str. 311 i nast

70. Teoryom sprawiedliwosci bezwzględnej w granicach względów uytlytarnych należy uczynić ten zasadniczy zarzut, ze opierają się na błędzie logicznym. Sprawiedliwosc bezwzględna bowiem z chwilą w której odstępuje od ideału, czyniącego zadosyc 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 specjalnie teorii Bara, to trzeba zaznaczyć, że jego pojęcie sprawiedliwości, będąc pozbawione wszelkiej treści materialnej, nie kwalifikuje się do tego, aby służyć za podstawę, na której możnaby rozumnie oprzeć prawo państwa do wymierzania kary. Sprawiedliwość, któraby pozwałała mi za obelgę słowną zarówno wyłajać, jak i zabić tego, kto mi ją wyrządził, 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 teorią 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 specjalnie 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<sup>1</sup>. Nie znaczy to jednak, aby sprawiedliwość, będąc najwyższą zasadą porządku prawnego w społeczeństwie ludzkim, miała być ślepa na te jego istotne potrzeby, nad któremi opiekę ma właśnie rozstrząsać ów jego porządek prawny<sup>2</sup>. 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 wspólnymi siłami wszystkie inne istotne potrzeby ich natury<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Krzymuski *Teorya karna Kanta*, str. 92.

<sup>2</sup> Por. wyżej Nr. 13.

<sup>3</sup> 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 *sum 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<sup>1</sup>. Rozumny dlatego, że stanowisko prawne danego osobnika ocenia według wartości, którą jego działalność posiada dla społeczeństwa, ze względu na rozumne zadanie tego ostatniego.

<sup>1</sup> Potrzeby danego społeczeństwa zmieniają się z biegiem czasu i z rozwojem jego cywilizacji, ale zasada *sum 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 dobro w olnego dążenia do osiągnięcia wspólnymi 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 materialnej.

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 przyka-

zaniach 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 prawnym tego słowa — a o innej sprawiedliwości mowy być tutaj nie powinno<sup>1</sup> — 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 atrybucją państwa. Stopień ten mianowicie zaczyna się tam, gdzie wystąpienie w ochronie porządku prawnego społeczeństwa pociąga za sobą konieczność ściśnienia 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, których spełniania państwo, ze względu na porządek prawny społeczeństwa, ma prawo domagać się od niego.

<sup>1</sup> To właśnie, że niektórzy kryminaliści 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 rozstaczać 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 przymoty

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

wne typy: *a)* obowiązek wyświadczenia każdemu obywatelowi i każdemu ciału zbiorowemu tego, czego państwo pozwala mu żądać odemnie w imię porządku prawnego społeczeństwa i *b)* obowiązek wyświadczenia 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 <sup>1</sup>. Bliżej poznamy tę rzecz, rozbierając stosunek przestępstwa do innych rodzajów bezprawia <sup>2</sup>. 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. Żąd bezprawie cywilne pociąga za sobą dla swojego sprawcy obowiązek wynagrodzenia szkody, którą przez nie wyrządził; przestępstwo zaś pociąga za sobą dla państwa obowiązek wyrządzenia jego sprawcy pewnej dolegliwości w zamian za krzywdę, którą jego przestępstwo wyrządziło porządkowi prawnemu społeczeństwa. Dolegliwość ta nazywa się karą.

<sup>1</sup> Powiadam może dlatego, że niespełnienie 1-go obowiązku staje się bezprawiem cywilnym 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. Wyjaśnienie tego da nam Nauka o przestępstwie, Tytuł I. rozdz. II. § 43.

<sup>2</sup> Patrz niżej Nauka o przestępstwie, l. c.

**80.** Jasną wobec tego jest rzeczą, że kara nie jest wynagrodzeniem krzywdy, którą przestępstwo wyrządziło społeczeństwu, lecz odpłatą za nią, tudzież, że ze względu na swoją treść jest ona dolegliwością materialną, którą

państwo wyrządza przestępcy. Jako dolegliwość materyalna, będąca odwetem za przestępstwo, kara, sama przez się, posiada wartość ujemną, i jak każde *malum* może znaleźć 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, któreby przyczyniło mu przestępstwo, gdyby nie ukarano jego sprawcy.

Trzeba nam więc teraz wykazać, że kara, sprawiedliwa w myśl przepisu »*suum cuique tribuere*«, musi już przez to samo okazać się instytucją 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 dobrymi a złymi i przyszyłoby wkrótce do tego, że postępowanie każdego człowieka oceniałoby się nie według stałych reguł ekonomii społecznej, lecz według dobrej lub złej woli tego, kto byłby powołany do wydawania o niem sądu. 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 mózdz wyciągnąć dla siebie jak najwięcej zysku. Każdy przyznać musi, że na podobnej podstawie nie mógłby się oprzeć żaden porządek prawny w rozumnym znaczeniu tego słowa. 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, instytucją 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 umniejszenia przestępstw mogą bezpośrednio prowadzić tylko dwie drogi: umoralnianie lub odstraszenie 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<sup>1</sup>. Co się tyczy zaś odstraszenia, 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.

Trafnie ocenił ten stosunek kryminalista angielski James Stephen. Niektorzy 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 przyczyną wszakże owego wstrętu jest okoliczność, że za zgodą wszystkich rozsądnych ludzi mordercy by-



wają wieszani. Por. *General view of the criminal law of England*. London 1863, p. 99. Por. także Lamm asch: *Über Zwecke und Mittel der Strafe* (Zeitschr. für die ges. Strafrw. IX. 1889).

83. Utrzymujemy więc, że kara, wymierzona według przepisu »*summ cuique tribuere*«, aczkolwiek sama przez się posiadać będzie tylko wartość ujemną, to jednak okaże się sprawiedliwą dlatego, że chronić będzie porządek prawny społeczeństwa od większego jeszcze zła, któreby przyczyniło mu przestępstwo, gdyby nie ukarano jego sprawcy. To większe zło tkwiłoby mianowicie w dalszych szkodliwych skutkach krzywdy, którą przestępstwo już wyrządziło społeczeństwu. Skutki te podciągnąć można pod dwie następujące kategorie: 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 każdym 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 tłumaczy, że z tych trzech przestępstw morderstwo ma być karane najsurowiej, a cudzołóstwo najłagodniej. Inaczej bowiem zatarłaby się w umy-

słach ludzkich wszelka różnica między krzywdą, którą wyrządza morderstwo, a tą, która wypływa z kradzieży, względnie cudzołóstwa, a wskutek tego myśl popełnienia pierwszej zbrodni nie wzniewałaby ani większego wstrętu moralnego ani silniejszego postrachu

84. Doszliśmy zatem do przekonania, że wymierza nie kary według miary wartości ujemnej, którą przestępstwo przedstawia dla społeczeństwa stawac się równo czesnie musi jej wymierzaniem według stopnia, w jakim społeczeństwo odczuwa potrzebę zabezpieczenia się na przyszłość od podobnych przestępstw. Oto co nam tłumaczy 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 historycznymi 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 odrozdnamy podstawy historyczne prawa karnego materialne i formalne. Materialnymi nazywamy zasady, według których rozstrzygało się w historii pytanie, czem ma być kara? Formalnymi nazywamy zasady według których ustanawiał się organ, powołany do wymierzania kary.

<sup>1</sup> Tissot *Le droit penal*, 1880 (2-me edit) I, p. 516 — 593. Post *Bausteine für eine allgem. Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis*, I 1880 II 1881. *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte* 1884. *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, I 1894 II 1895. Leist *Grakontalsche Rechtsgeschichte*, 1884. *Alt arisches Jus gentium*, 1889. Schrader *Sprachvergleichung und Urgeschichte*, 1890 (2 Aufl.) Letourneau *La sociologie d'après l'ethnographie*, 3-e ed Paris 1892. Gunther *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts*, I 1889 II 1891 III, 1 1895. Steinmetz *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, 1894. Schmidt *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, 1895 str. 67. Löffler *Die Schuldformen des Strafrechts*, I 1895. Makarewicz *Das Wesen des Verbrechens*, 1896. Specjalnie co do rozwoju prawa karnego u Rzymian patrz znakomite dzieło Mommsena *Romisches Strafrecht*, 1899.

86. Przed przystąpieniem do przeglądu głównych okresów w rozwoju historycznym prawa karnego ze względu na jego podstawy, tak materialne, 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 interesy jakiegoś związku ludzkiego uważanego za jednostkę zbiorową i pojęcie kary jako reakcji tego związku przeciwko owemu zamachowi. Związki te, oparte początkowo tylko na pokrewieństwie, stanowiły, każdy w swoim obrębie, niejako osobne państwo, znajdujące się pod władzą na celnika rodu. Nawet jedna rodzina, złożona z rodziców i ich potomków w prostej linii, musiała niegdyś wytwarzać samodzielny organizm społeczny. Otoż każdy taki związek pociągał do odpowiedzialności karnej swoich członków.

ków za każde naruszenie ustanowionego w jego obrębie porządku prawnego.

87. Na podstawie bogatych materiałów etnograficznych, zużytkowanych przez Letourneau, Kohlera, Steinmetza, Posta i wielu innych etnologów<sup>1</sup>, wolno przypuszczać, że i w owych czasach przedhistorycznych musiało się instynktownie wytworzyć poczucie różnicy między przestępcami, których związek nie mógł, bez niebezpieczeństwa dla swoich najżywoźniejszych 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*)<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>.

O wywołaniu winowajcy powiedzmy, że równało się ono podówczas karze śmierci. Wywołany bowiem tracił prawo do jakiegokolwiek opieki ze strony odnośnego związku, a wskutek tego jego zabicie nie uchodziło w oczach tegoż związku za czyn, któryby krzywdził kogokolwiek<sup>4</sup>. 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 instytucją, 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 wywołanica, zwłaszcza zaś jego domu mieszkalnego i przedmiotów, które służyły do jego użytku osobistego<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Patrz dzieła tych autorów w przypisku do Nru 85. Wiele też zajmujących szczegółów etnograficznych znaleźć można w rozprawie Makarewicza: *Das Wesen des Verbrechen*

<sup>2</sup> 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 nie tyle 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 swoim gronie. Oczywiście, że niektóre szczególnie ciężkie przestępstwa (według Steinmetza: czarnoksięstwo, zdrada na rzecz obcego związku, kazi-rodztwo), już popełnione po raz pierwszy, czyniły sprawcę nieznośnym dla związku, inne jednak przewinienia (np. mesubordynacja 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 niżej Nr. 90, przypisek 1). Por. Steinmetz, l. c II, str. 168. Post. przyznaje także, że wywołanie musiało być karą tylko za najcięższe zbrodnie (*Grundlagen*, str. 389)

<sup>3</sup> 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 l. c. str. 55—59

<sup>4</sup> Post. *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, II, str. 248. Patrz też Czacki *Dzieła*, Poznań, 1844, II, str. 116, dop. 198

<sup>5</sup> Post l. c. 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 organizacji 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 najszerzej satysfakcji.

O utrzymaniu należytej proporcji między żądaniem 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<sup>1</sup>. 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.

<sup>1</sup> Uczucie gniewu, jako sprężynę kary, uczynił przedmiotem ścisłego rozbioru ze stanowiska psychologii Steinmetz we wstępie do swego dzieła. *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung 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 organizacji 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<sup>1</sup>. Rzecz naturalna, że wobec przestępstw, które odznaczały się szczególną szkodliwością dla dobra i porządku publicznego, państwo już w samym 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.

<sup>1</sup> Nazywały się one tutaj *Neidingswerke* (*nidingswerk*) w odrożnieniu od lżejszych przewinień, dopuszczających okupu i oznaczanych ogólnym terminem *frintät*. Za *Neidingswerke* uchodziły: zakłócenie jakiegoś miru wyższego rzędu (np. w świątyni lub na wiecu ludowym), zdrada stanu, czarnoksięstwo, podpalenie mordercze, skrytobojstwo, kradzież większych rozmiarów, nierząd przeciwny naturze, dezercya wojskowa. Por. Tacitus: *Germania* c. 12. Schroder. *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 jeszcze na stanowisko instytucji, mającej bronić od wszelkich zamachów porządku prawnego społeczeństwa. Tłómaczy się to niewątpliwie tem, że zawiązkiem 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 najważniejszych interesów narodu, jako to jego potęgi militarnej i kardynalnych podstaw jego porządku prawnego. Załatwianie 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 historii 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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Zachodzi pytanie, jak się w tym pierwotnym okresie organizacji 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 *παῖς*, 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 ewolucji prawa karnego u narodów z organizacją 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 rozważgi i poczucia ludzkości.

Okresy te ułożyć należy w dwa różne rzędy, odpowiednio do podziału podstaw historycznych prawa kar-



nego na materyalne i formalne. Każdą z tych kategorii pragniemy uczynić przedmiotem osobnego przeglądu, po-  
czem 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 spra-  
wiedliwej kary, prawo karne przechodziło przez pięć róż-  
nych okresów, w ciągu których znajdowało się pod pa-  
nowaniem: 1) idei zemsty; 2) idei odwetu; 3) idei okupu;  
4) idei proporcjonalności i analogii między przestępstwem  
a karą, i wreszcie 5) idei humanitaryzmu.

**93.** 1. Okres zemsty. Kara uchodzi wtedy za spra-  
wiedliwą o tyle tylko, o ile staje się dla przestępcy dole-  
gliwością większą od tej, której doznał z jego winy po-  
krzywdzony. Ten ostatni sądzi, że przedewszystkiem ma  
prawo dążyć do zaspokojenia gniewu, który w nim wzniecił  
fakt, że dopuszczono się przeciwko niemu przestępstwa.  
Uzucie gniewu zaś było zbyt gwałtowne u pierwotnego  
człowieka, aby pod jego wpływem mógł on zdobyć się na  
jakąkolwiek rozwagę w kwestyi oszacowania stosunku,  
mającego zachodzić między krzywdą, którą mu wyrządził  
przestępca, a tą, która się temu ostatniemu należy tytu-  
łem kary. Tem się też tłumaczy, że kara, natchniona ideą  
zemsty, znajduje swoją miarę nie w rodzaju popełnionego  
przestępstwa, lecz w stopniu czysto podmiotowego obu-  
rzenia, które ono wywołało w pokrzywdzonym, tudzież  
w stopniu solidarności uczuć między pokrzywdzonym  
a jego krewnymi<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O znaczeniu zemsty rodowej patrz wyżej Nr. 88. Usankcyo-  
nowanie zemsty spotykamy nie tylko w obyczajach, lecz i w usta-

wodawstwach wielu narodów, jako to u Żydów, Persów, Arabów, Alemanów, Franków i Słowian (Tissot *Le droit penal*, I str 521—541) 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 znow obudzi potrzebę zemsty, a kto wie, czy i zadosycuczynienie tej ostatniej nie wywiese podobnego skutku To też ze strony ustawodawców objawia się dosyć wczesne 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 alte 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 46—60, 248, 264, 577, 581)

**94. 2 Okres odwetu** Zaznacza on drugi szczebel w ewolucji historycznej kary Odwet ma tę wyższość nad zemstą, że jest jej ujęciem w pewne granice Kara bowiem, czyniąca mu zadosyc, musi być dolegliwością, ściśle dopasowaną do tej, której z winy przestępcy doznał pokrzywdzony. Dopasowanie to zaś pojmowano w tym okresie czysto materialnie, t. j. w duchu znanego przepisu prawa Mojżeszowego »oko za oko, ząb za ząb«<sup>1</sup>. Nie wszystkie oczywiście przestępstwa dopuszczały kary, któraby realnie czyniła zadosyc idei odwetu. Realne formy mógł przybrać odwet tylko odnosnie do przestępstw przeciwko życiu, ciału, a poniekąd i przeciwko czci niewieściej<sup>2</sup> Ze względu zaś na inne przestępstwa musiano chwytac się wykonywania odwetu już nie w realnej lecz symbolicznej formie. Tu należy zaliczyc takie kary jak oslepianie 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.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Usankcyonowanie kary odwetowej spotykamy nietylko u Żydów, ale także u Solonów, w Leges XII Tabularum, u Arabów,

Maurow, Wizygotow, na Litwie, w Rosyi i Polsce Najdłużej wymierzano w duchu odwetu karę za potwarz Tak np w myśl art 419 kod karn Krolestwa 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 *Studia 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)

<sup>2</sup> Tak np u niektórych ludów pierwotnych w przypadku cudzołóstwa pokrzywdzony mąż szuka zadosyćuczynienia na żonie winowajcy Por Post *Bausteine*, I, str 158

<sup>3</sup> Por Post *Grundriss der ethno Jurisprudenz*, II, str 242 Karom tym jednak musiała także przewodniczyć idea prewencji, przez pozbawienie winowajcy organu niezbędego do powtórzenia odnośnego przestępstwa Por Gunther *Wiedervergeltung*, I, str 29

**95. 3. Okres okupu**<sup>1</sup>. 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 użytkownych Okres, w którym pokrzywdzony, zamiast wywierania zemsty na przestępcy lub wymierzania na niego kary odwetowej, wchodzi z nim w układ, ocenia wartość doznanej szkody i zadawała się jej wynagrodzeniem, zaznacza już w prawie karnem panowanie rozważliwej nad namiętnością, zrozumienie tej prawdy, że kara nie może być bezmyślną reakcją przeciwko przestępstwu, lecz dążyć musi do osiągnięcia jakiejś realnej korzyści

Korzyść tę jednak 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 materyjalną lecz moralną wagę. W okresie okupu zaś moralny cha-

rakter represji 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 kwestii karnia t. zw. przestępstw prywatnych. Państwo wobec tych ostatnich musiało liczyć się z wytworzoną pod wpływem idei okupu prawnoprywatną konstrukcją 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<sup>2</sup>. 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 żyny, 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. recepcji praw obcych.

<sup>1</sup> System okupu, znany także pod nazwą systemu kompozycji rozwinął się najszerzej w prawie niemieckim. 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, 1).

<sup>2</sup> Do pierwszych usiłowań tego rodzaju należy załczyć 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 proporcjonalności 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 materialnego 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 przede wszystkim być ściśle dopasowana nie do strony materialnej popełnionego przestępstwa lecz do stopnia jego ciężkości. Ile jest różnych przestępstw, tyle, o ile możliwości, 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 proporcjonalności 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 przestępstw jak ta, która rodzajem swoim przypominać je będzie. Była to jakby reminiscencya dawnej idei odwetu materialnego, 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 odstraszenia od przestępstw, a więc za warunek jej użyteczności 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 odstrasza-

jące z uwagi na analogią, zachodzącą między ich rodzajem a naturą odnosnych przestępstw

98. Kombinacja zasady proporcjonalności z zasadą analogii między przestępstwem a karą, musiała skłaniać ustawodawcę z jednej strony do wynajdywania możliwie najroznorodniejszych 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 wyrafinowanym 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 historii prawa karnego nowszych narodów europejskich od początku XVI-go aż do końca XVIII-go wieku. Konstytucja kryminalna Karola V-go (1532) stanowi jeden ze znakomitszych pomników ustawodawczych tego okresu. Technie ona surowością nie uwzględniającą nic innego oprócz popełnionego przestępstwa i jego szkodliwości dla porządku prawnego. Dostyc przeczytać tylko art 192 Karoliny<sup>1</sup> gdzie spotykamy aż 8 rodzajów kary śmierci (przez ogień, miecz, cwiertowanie, łamanie kołem, powieszenie, utopienie, pochowanie żywcem i wbiecie na pal) a oprócz tego także kary cielesne jak ucinanie języka, uszu, ręki, palców, wyklówanie ocz, nie mówiąc już nic o biczowaniu pod pręgierzem. Ta obfitość kar jest tylko wynikiem przyjęcia przez ustawodawcę zasady według której 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 zasługiwało na karę śmierci. Stąd każde on

tracicie morderców zwyczajnych przez łamanie kołem, ojco-  
bojców przez cwiertowanie, rabusiów przez scinanie, tru-  
cicieli i kacerzy przez spalenie żywcem i t. d. i t. d.

<sup>1</sup> Berner *Lehrbuch*, § 50

**100. 5** Okres humanitaryzmu Pierwsze hasła do reformy ustaw karnych w duchu humanitaryzmu wyszły od filozofów Juz Thomasius na początku XVIII wieku pizemawia z jednej strony za wyrugowaniem ze sfery czynów karygodnych wielu niewłasciwych przestępstw, jak n p kacerstwa (*An haeresis sit crimen* ?), z drugiej zas — za usunięciem wszelkich kar, nacechowanych okrucienstwem i tchnących nienawiscią dla przestępcy (*An poeneae infamantes sunt 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 <sup>1</sup>

Dowodzili oni, że panstwo, aby karac sprawiedliwie, musi samo szanowac to czego ma bronie w społeczeństwie t j te zasady etyczne, ktore są podwaliną wszelkiego porządku prawnego Panstwo powinno uwzględniac nietylko stosunek, zachodzący między karą a przestępstwem, ale także związek, zachodzący między nią a człowiekiem, ktory ma ją ponosic Jak zbrodniarz, chocby najpotworniejszy, człowiekiem byc nigdy nie przestaje, tak tez kara, chocby najsurowsza, nieludzka byc nigdy nie powinna Tylko pamietając o tej prawdzie, panstwo potrafi obudzic w społeczeństwie poszanowanie dla kary, w przeciwnym zas razie samo się do tego przyczyni, że obywatele, powodując się poczuciem ludzkosci, widziec będą w przestępcy raczej nieszczęśliwą ofiarę okrucienstwa ze strony panstwa, niz winowajcę, ponoszącego zasłużoną karę A biała panstwu, gdyby poczucie ludzkosci miało zagasnac w społeczeństwie, gdyby obywatele na widok cwiertowa-

nia, 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 wszelkich 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 przytępienia ich widokiem kar barbarzyńskich.

<sup>1</sup> 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. 1772; na język niemiecki przełożył je Glaser (2 wyd. 1876). Voltaire wydał cały szereg broszur za reformą ustawodawstwa karnego z okazji 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 Voltaire'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 Jahrhundert*, 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 swoim 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) <sup>1</sup>. 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 kary cielesne (*poenae corporales quae membrum adimunt*). Wprawdzie w obu tych państwach wkrótce potem przywrócona została kara śmierci <sup>2</sup>, ale pomimo to można śmiało powiedzieć, że odtąd i tutaj i w całej Europie <sup>3</sup> 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, dotyczące 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.

<sup>1</sup> Sonnenfels skłonił też Maryą Teresę do zmiesienia tortur reskryptem z dn. 2 stycznia 1776.

<sup>2</sup> W Toskani w r. 1790 za Leopolda na przypadek zdrady głównej, a w r. 1795 za Ferdynanda dla trzech innych jeszcze zbrodni t. j. morderstwa, dzieciobojstwa i gwałtownego spędzenia cudzego płodu. W Austrii patent cesarski z 2 stycznia 1795 przepisuje karę śmierci za zdradę główną, a kodeks karny z r. 1803 okłada nią aż pięć zbrodni t. j. a) zdradę główną (§§ 52, 53), b) fałszowanie publicznych papierów kredytowych, posiadających wartość monety (§§ 92, 95), c) dokonane morderstwo (§§ 117—119), d) zabójstwa rozbojnicze (§ 124) i e) podpalenie w przypadkach, gdy sprawca działał w porozumieniu z szajką, mającą na celu szerzenie spustoszeń, gdy wskutek tej zbrodni jakiś czło-

wiek utracił życie a sprawca mógł być to przewidzieć, tudzież w razie powtornego dokonania tej zbrodni (§ 148 lit a)

<sup>3</sup> Nie byli też obojętni na hasła humanitarne w prawie karnem Fryderyk W (*Sur les raisons d'etablir ou d'abroger les lois* w jego *Oeuvres completes*, wydanych za Fryderyka Wilhelma II w latach 1840—1857) i cesarzowa rosyjska Katarzyna II czego dowodzi jej słynna Instrukcja z r 1767 dla komisji, powołanej do ułożenia projektu nowego kodeksu

<sup>4</sup> W Polsce już w XVI wieku troszczono się o to aby kara miała na celu nie tyle zawstydzenie przestępcy ile jego poprawę Patrz pisma Bernarda z Lublina (z początku XVI w) i Piotra z Goniądza (1560) tudzież instrukcja więzienna kanclerza Ocieskiego z 1550 r (Czacki *O litewskich i polskich prawach*, Poznań 1844 II str 95 dop 157) O Beinardzie i o jego wywodach przeciwko karze śmierci i innym karom poniżającym godność ludzka, dowiadujemy się tylko z odprawy, która dał temu pisarzowi Jan z Pilzna w książce wydanej w r 1529 p t „*O roznych rzeczach i gadaniach nowych w Sarmacji*“ Por także Czacki l c II str 113 dop 197 Hube *O prawa kryminalnego pisarzach w Polsce* 1829 tudzież wiadomość podana w *Rozmaitosciach naukowych krakowskich* (Nr 1, str 17—28) Z koncem XVIII wieku dzielnie przemawiali u nas za reformą prawa karnego w kierunku humanitarnym profesor Akademii krakowskiej Sebastian Czochoch *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 sesji deputacji kodyfikacyjnej powołanej ustawą sejmową z 28 czerwca 1791 r do ułożenia nowego *Codicis praw cywilnych i kryminalnych Stanisława Augusta* Por co do tej kwestyi Ostrozynski *Ostatni projekt reformy prawa i procesu karnego w Polsce* (XXV t Rozpraw i Sprawozd Wjdz filoz hist Akad Um) tudzież moja rozprawa p t *Józef Szymanowski Przyczynek do reformy prawa i procesu karnego w Polsce, w koncu XVIII wieku* (Bibl Waisz 1891) Streszczenie tej pracy podaje *Bulletin de l'Academie des Sciences de Cracovie* maj 1891 (Nr 33)

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

### § 23

102. Ewolucya prawa karnego odnosnie do pytania, komu służy prawo wymierzania kary, przedstawia ze względu na przestępstwa przeciwko interesom osob prywatnych <sup>1</sup> trzy następujące okresy 1) okres wymierzania kary przez pokrzywdzonego lub jego krewnych bez interwencji państwa, 2) okres interwencji 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 sciganiu 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 *ferdum* skła dał jako okup pokrzywdzonemu *Fredum* uważac można za pierwszą postać kary publicznej za przestępstwa przeciwko interesom osob prywatnych Dopiero w trzecim okresie następuje upaństwowienie kary za wszystkie przestępstwa bez względu na to, czy bezpośrednią ich ofiarą stają się urządzenia publiczne, czy też dobra jednostek

<sup>1</sup> Mowimy przestępstwa przeciwko interesom osob prywatnych gdyż co się tyczy t zw przestępstw publicznych (p wyżej Nr 89), to, skoro państwo uchodziło odnosnie do nich za stronę pokrzywdzoną jest rzeczą całkiem naturalną, że ono od samego początku poczuwało się do obowiązku ich scigania

### III. Stosunek między podstawami materialnem a formalnem prawa karnego.

#### § 24

**103.** Dopoki kara opierała się na idei zemsty lub odwetu, dopoty mógł ją być wymierzac 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 być zawsze wyrzuc na przestępcy należyłą zemstę lub odplacic mu wet za wet

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

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

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

<sup>1</sup> Capit Haristallense ann 779 c 22 (wyd Boretius'a str 51)  
Por Gunther *Idee der Wiedervergeltung*, I 179

## ROZDZIAŁ II

### Prawo karne jako nauka.

#### I. Znaczenie i system nauki prawa karnego w jej najobszerniejszym rozumieniu.

##### § 25

**104.** Naukę prawa karnego pojmować można w dwójakim rozumieniu obszerniejszym i ścisłym

*Sensu largo* obejmuje ona całokształt badań teoretycznych, mających za przedmiot wszystkie kwestye, dotyczące przestępstwa i kary, a nie tylko te które wchodziły w skład 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 drugim, ścisłym rozumieniu

**105.** W jakim stosunku znajduje się przedmiot naszego wykładu do owej, wspomnianej wyżej, obszerniejszej dziedziny badań kryminalistycznych?

Oczywiście, że musi to być stosunek części do całości. Nauka prawa karnego w najobszerniejszym rozumieniu 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 kategorie: 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 przestępczością.

106. I. Z pierwszego punktu widzenia powstaje t. z. historia 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 prowadzą 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 oddziałują na nie w odpowiedni sposób.

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

<sup>1</sup> Historia naturalna przestępstwa i kary posiada bardzo bogatą literaturę. Cennego materiału 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 Verbrechen im preussischen Staate*, 1869; Schrader: *Das Verbrechen 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 a Paris* i t p) Z dzieł, traktujących systematycznie o psychologii kryminalnej, zasługują na szczególną uwagę Heinroth *Grundzuge der Criminal-Psychologie*, 1833 Schilling *Die Zurechnungsfahigkeit oder Verbrechen und Seelenstörung vor Gericht*, 1866 Despine *Psychologie naturelle* 1868 Kraus *Die Psychologie des Verbrechens*, 1889 Przeważnie w kierunku biologicznym (antropologicznym) badają przestępczość Lombroso Feili Garofalo dzieła ich p. wyżej, Ni 37 dop 1 lit g) Kurella *Naturgeschichte des Verbrechens*, 1893 Bai *Der Verbrechen in anthropologischer Beziehung*, 1893 kierunek socjologiczny w studiach nad przestępczością wysuwają na pierwszy plan Carnevale *La pena nella scuola classica e nella criminologia positiva*, 1886 *La questione della pena di morte*, 1888 *Critica penale*, 1889 Alimena *Naturalismo critico e diritto penale* 1892 Colajanni *La sociologia criminale*, 1889 Tarde *Criminalite comparee* 1886 *Philosophie penale*, 1891 (2 wyd.) Garraud *Le probleme de la criminalite*, 1886 Pius *Criminalite et repression*, 1886, *Criminalite et l'Etat social*, 1890 *Science penale et droit positif*, 1899 Liszt *Criminalpolitische Aufgaben* (Zeitschrift für ges Strafrecht IX str 452 737 X 51 XII 161) Do kierunku socjologicznego skłania się także założone w 1889 przez Liszta Hammela i Prinsa Międzynarodowe Stowarzyszenie dla prawa karnego. Kierunek ten uważać dziś można za dominujący w historii naturalnej przestępczości a to odkąd teorii Lombroso o człowieku zbodniarzu (*l'uomo delinquente*), jako osobnym typie antropologicznym, doznała stanowczego pogromu na kongresach antropologicznych w Paryżu (1889) i Brukseli (1892) Wychodzą też czasopisma poświęcone historii naturalnej przestępczości i kary a mianowicie we Włoszech *Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penale* (urzyn od 1880 red Lombroso), we Francji *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences penales*, (Lugdun red Garraud i Lacassagne od 1886 Tarde od r 1892) w Niemczech *Archiv für Kriminal Anthropologie und Kriminalistik*, (Lipsk red Gross od 1898)

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

rzające 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 specjalnie 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 urzędzeń. Unormowanie zaś prawne pewnej kategorii 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 kategorjami. Wykład systematyczny zasad i przepisów prawnych, odnoszących się do wskazanych wyżej kwestyj, stanowi zadanie nauki prawa karnego w tem jej drugim, 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 materalnego, jak formalnego. Odpowiednio do tego musi ona obejmować dwa główne działy: jeden, poświęcony teorii prawa karnego materalnego, drugi — teorii 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 materiałem faktycznym, trzeba znać się na różnych kwestyach czysto technicznych z zakresu medycyny sądowej, grafologii, antropometrii, fotografii, ślusarstwa, obchodzenia się z bronią i wielu innych sztuków; a oprócz tego trzeba także ćwiczyć się na licznych wzorach i przykładach w sztuce rozeznawania śladów materalnych 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* <sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> Hanns Gross: *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*. 3 wyd. 1899 (Graz). 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 przestępczością. Pod tym względem musi nauka zwracać baczną uwagę na wszelkie możliwe środki tępienia przestępstw, zarówno te, które prowadzą do usuwania ich przyczyn, czyto indywidualnej, czy też społecznej natury, jak te, które zmierzają do umniejszania ich szkodliwych następstw.

W rządzie tych środków należy się oczywiście karze bardzo wybitne miejsce. Oznaczenie tego miejsca i wskazanie, pod jakimi warunkami państwo ma chwytać się kary, a pod jakimi 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.

<sup>1</sup> 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 legislazione*, 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 specjalnie wykładowi prawa karnego. Dużo zajmujących rozpraw polityczno-kryminalnych znaleźć można w Liszta *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (od roku 1881) i w *Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereini-*

*gung* (od r. 1889). Patrz w szczególności: Stooss: *Der Kampf gegen das Verbrechen*, 1894; Vargha: *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, 1886, 1897.

## II. Znaczenie i system nauki prawa karnego w jej najściślejszym 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) teorią prawa karnego materialnego, 2) teorią procedury karnej i 3) t. zw. kryminalistykę. Tylko pierwszy z tych działów ma stanowić przedmiot niniejszej książki. Odtąd też przez naukę prawa karnego pojmywać będziemy wyłącznie teorią prawa karnego materialnego.

**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 jego podstawy rozumne. Pierwszy z tych kierunków nazywamy pozytywnym, drugi — historycznym, a trzeci — filozoficznym<sup>1</sup>.

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 postulatam naszej natury. Historia 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 urzędzeń pozytywnych, do ocenienia ich wartości moralnej i do wyznaczenia im to niższego, to wyższego szczebla w pochodzie cywilizacyjnym ludzkości.

<sup>1</sup> 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 historia prawa jest porównawczą, gdy nie ogranicza się do jednego tylko narodu, lecz rozwój jego instytucyj prawnych przedstawia w związku z postępowaniem 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<sup>1</sup>. Część ogólna ma za przedmiot poznanie przestępstwa i kary jako pojęć gatunkowych; część szczególna ma za przedmiot ich poznanie jako pojęć rodzajowych<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>, 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.

<sup>1</sup> 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 wyklądać 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.

<sup>2</sup> Por. Berner: *Lehrbuch*. str. 112.

<sup>3</sup> 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 reakcją 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 nierozzerwalną. 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, czym jest kara, jako dolegliwość, czyniąca zadosyć wymaganiom sprawiedliwości w ogóle, trzeba koniecznie zastanówić się nad różnemi rodzajami i stopniami bólu, który państwo może wyrządzać osobnikowi i wśród nich dopiero wskazać ze względu na każdy ze stosunków prawnych, zawiązujących się w ogóle<sup>1</sup> między przestępcą a władzą karzącą państwa, tę jakość i ilość, która ma stanowić treść sprawiedliwej kary.

<sup>1</sup> W ogóle to znaczy niezależnie od tego lub owego przestępstwa, którego stał się on sprawcą. W granicach jednak przestępstwa, jako pojęcia ogólnego, między jego sprawcą a władzą karzącą państwa mogą zawiązywać się różne stosunki prawne odpowiednio do tej lub innej jego postaci zasadniczej np. odpowiednio do tego, czy okaże się ono w kształcie usiłowania lub dokonania, sprawstwa, podżegania lub pomoenictwa.

**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 zasadniczymi (tu znajdzie miejsce nauka o usiłowaniu i uczestnictwie).

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. O tej ostatniej zaś będzie mowa we Wstępie do wykładu tejże części.

<sup>1</sup> Niektórzy autorowie podręczników dodają tu jeszcze naukę o ustawie karnej, jako dział I (Hälschner, Budziński, Hugo Meyer), lub naukę o stosowaniu kary do przestępstwa, jako dział III (Berner), lub IV (Schütze). Nam się jednak wydaje rzeczą właściwszą z pierwszej uczynić osobny rozdział nauki o przestępstwie, a drugą włączyć do systemu nauki o karze, a to z tego powodu, że z jednej strony w skład każdego przestępstwa wchodzić musi pierwiastek czynu, zagrożonego przez ustawę karną (p. rozdz. III Tytułu II Nauki o przestępstwie), a z drugiej strony już przy badaniu wymagań, którym powinna czynić zadosyć kara sprawiedliwa, trzeba uwzględnić jej stosunek do przestępstwa (p. tyt. II Nauki o karze).

## III. Zarys historii 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.<sup>1</sup> Twórczość ich polegała na przerabianiu w jeden system teoretyczny różnych praw pozytywnych, które za ich czasów obowiązywały we Włoszech<sup>2</sup>. Na to jednak trzeba było już kierować się pewnymi zasadami i z ich stanowiska oceniać krytycznie instytucje karne wspomnianych wyżej praw<sup>3</sup>. 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 materalną każdego z nich nie zaś jego przewagę formalną nad innymi.

<sup>1</sup> Wprawdzie już w świecie starożytnym zastanawiano się nad istotą i celem kary (filozofowie greccy) oraz nad znamionami i kwalifikacją kryminalną niektórych przestępstw (prawnicy rzym-

scy). 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.

<sup>2</sup> Por. Hube: *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warsz. 1830, str. 150.

<sup>3</sup> 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 tekście prawodawstw, które zdaniem ich rozstrzygało ją w sposób najzgodniejszy 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 teorią poczytania i usiłowania przestępstw oraz zawiązki nauki o uczestnictwie. 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 instytucjach prawa karnego.

**117.** Począwszy od XIII aż do XVI wieku praktycy włoscy byli jedynymi mistrzami naszej nauki<sup>1</sup>. Dopiero w XVI wieku zaczynają także uprawiać ją z powodze-



niem w innych krajach Europy. We Francyi najbardziej wślawił 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)<sup>2</sup> a w Niemczech używali największej powagi Andrzej Perneder: *Halsgerichtsordnung* (1544); Chilian König: *Process, Practica und Gerichtsordnung aus beiden kaiserlichen und geistlichen beschriebenen Rechten* (1541) i Mikołaj Vigelius: *Constitutiones carolinae publicorum judiciorum* (1583).

<sup>1</sup> 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 wślawili się komentarzami do prawa rzymskiego, a oprócz tego Baldus jest autorem cennych dopisków do *Speculum judiciale* 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).

<sup>2</sup> W XVII wieku zasłynął w Holandyi Matthaëus, autor jednego z najlepszych komentarzy do prawa karnego rzymskiego. Dzieło jego wyszło w r. 1644 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 konstytucji kryminalnej cesarza Karola V w r. 1532. Konstytucja ta znana pod nazwą Karoliny <sup>1)</sup>, była pierwszym ustawodawstwem karnym, mającym 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 historii prawa karnego niemieckiego za epokę zarówno pod względem ustawodawczym jak i naukowym. Pod względem ustawodawczym dlatego, że, aczkolwiek już w XVI wieku niektórzy władcy terytoryalni w Niemczech <sup>2</sup> wydają dla swoich krajów osobne kodeksy karne, to jednak wzorem dla nich wszystkich była Karolina. Władzcom tym nie chodziło tyle o wprowadzenie do swoich ustawodawstw nowych przepisów prawnych, ile o zmanifestowanie za ich pomocą swego zwierzchnictwa politycznego. 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 Bamberskiego, jego kanclerz Schwarzenberg (1463—1528). Dzieło to Schwarzenberga otrzymało w r. 1507 pod nazwą *Bambergische Halsgerichtsordnung* (*Bambergensis*) moc obowiązującą w obrębie biskupstwa Bamberskiego. Powodzenie tego kodeksu było tak wielkie w Niemczech, że już w r. 1516 margraby Jerzy i Kazimierz wprowadzają go z pewnemi modyfikacyami do swoich krajów frankońskich Ansbach i Bayreuth, pod na-

zwą: *Brandenburgische peinliche Gerichtsordnung (Brandenburgensis)* a w r. 1532 otrzymuje on na sejmie w Regensburgu znaczenie ustawodawstwa cesarskiego <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Zwykle cytuje się ona albo przez C. C. C. (*constitutio criminalis carolina*) albo przez P. G. O. (*peinliche Gerichtsordnung*).

<sup>2</sup> Jako to arcyksięstwa austriackiego poniżej Anizy (1540) i elektorstwa Saskiego (1572)

<sup>3</sup> Patrz Malblank: *Geschichte der P. G. O. Kaiser Karls V.* 1783. Guterbock: *Die Entstehungsgeschichte der Carolina*, 1876. Z wydań tekstu C. C. C. najlepszym jest wyd. Kohlera i Scheelego (1900)

**119.** Tym sposobem Karolina przedstawia nie tylko pierwszy pomnik twórczości ducha niemieckiego na polu ustawodawstwa karnego ale także pierwszy jej płód na polu naszej nauki. Odtąd uczeni niemieccy zajmować będą w historii nauki prawa karnego stanowisko przodujące. Jeżeli kryminaliści niemieccy XVI wieku ograniczają się tylko do komentowania Karoliny <sup>1</sup>, 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 teorią prawa karnego. Prawdziwie jednak samodzielne stanowisko zajęli w naszej nauce uczeni niemieccy dopiero w XVIII wieku. Wtedy bowiem spotykamy już w Niemczech cały szereg znakomitych kryminalistów, którzy pierwsi, nie trzymając się niewolniczo metody praktyków włoskich <sup>2</sup>, przerabiają z punktu widzenia filozofii ich wywody i wiążą je w system doskonalszy. Im też nasza nauka zawdzięcza swoje pierwsze podręczniki. W ich rzędzie najbardziej odznaczili się: Kemmerich (*Synopsis juris criminalis*, 1731), Jan Samuel Fryderyk Böhmer (*Elementa jurisprudentiae criminalis* 1733), Engau (*Elementa juris crimi-*

*nalis 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).

<sup>1</sup> Por. Holtzendorff: *Handbuch des deutschen Strafrechts*, I. Bd. 1871, str. 76.

<sup>2</sup> Ta metoda, zwłaszcza u późniejszych praktyków włoskich, polegała na przytaczaniu odnośnie do każdej kwestyi zdań najhuczniejszych 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 swoim 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 gült. peinl. 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 w pierwszej połowie XIX stulecia: Kleinschrod (*Systematische Entwicklung 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). Wyszunęli 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.

Wreszcie w ostatnich czasach szczególnie głośnym w rządzie kryminalistów niemieckich stał się Liszt (dziś prof. w Berlinie), przywódca nowego kierunku, znanego pod nazwą kryminalno-politycznego. Kierunek ten zrywa z martwym formalizmem czysto dyalektycznej jurysprudeneyi, a natomiast dąży do wszechstronniejszego zbadania przestępstwa, jako pozytywnego przejawu życia, i kary, jako oręża, służącego społeczeństwu do skutecznego prowadzenia walki z przestępczością. Kierunkowi temu hołduje też w szerokim zakresie założone przez Liszta w r. 1881 czasopismo »*Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*«, tudzież zawiązane w r. 1889 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; 9 wyd. 1898) i rozprawę p. t. *Kriminalpolitische 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 rządzie na szczególną uwagę zasługują prace Holtzendorffa (*Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen*, 4 tomy, 1873, 1877)<sup>1</sup>, Schutze'go *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2 wyd., 1874), Hugona Meyera (*Lehrbuch*, 3 wyd., 1882), Bara (*Handbuch*, I Bd.,

1882), Bindinga (*Handbuch*, I Bd. 1885), Liszta (*Lehrbuch*, 9 wyd. 1898), Merkla (*Lehrbuch*, 1889)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Jest to dzieło zbiorowe, złożone z monografij różnych autorów, a wydane pod naczelną redakcją Holtzendorfa.

<sup>2</sup> Literaturę prawa karnego austriackiego 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 najnowszych 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 należą 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 wslawili 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 wyznawców pierwszej, opartej na wzorach dawnej teorii, 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 przestępczością 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 chłopą, tylko opłatę głowszczyzny, a jeżeli zabił szlachcica, to oprócz tego więź 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)<sup>1</sup>. Oprócz dwóch powyższych autorów wślawił 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Patrz III tom dzieł Modrzewskiego (Bazylea, 1559).

<sup>2</sup> Oto tytuły wspomnianych w tekście dzieł Groickiego: 1) *Porzadek sądowy spraw miejskich prawa magdeburgskiego*, na wielu miejscach poprawiony. 2) *Artykuły prawa magdeburgskiego*, które zowią *Speculum saxonicum*. 3) *Postępek z praw cesarskich*, który Karolus V cesarz kazał wydać po wszystkich swoich państwach. Por. Dargun *O źródłach prawa miast polskich w wieku XVI*, Krakow, 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 specjalnie 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 styllum usumque iudiciorum curiae regalis accomdatarum centuria prima*, 1602) i Jakóba Czechowicza, sędziego w Chełmnie (*Praktyka kryminalna, t. j. wzór rozważnego y porządnego spraw kryminalnych sądenia 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 to-



my, 1 wyd. 1784; 2 wyd. 1787 w Warszawie)<sup>1</sup>. Ten ostatni autor przetłómaczył oprócz tego na język polski Blackstona Prawo kryminalne angielskie (Warszawa, 1786, 2 tomy).

<sup>1</sup> 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 konstytucjach sejmowych, znoszących głów-szczyznę (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 Zamojskiego, kanclerza koronnego, z polecenia Sejmu z r. 1776<sup>1</sup>). 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<sup>2</sup>.

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 deputacji kodyfikacyjnej, powołanej ustawą sejmową z 28 czerwca r. 1791 do ułożenia kodeksu praw cywilnych i kryminalnych Stanisława Augusta<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Projekt ten nosił tytuł. *Zbiór praw sądowych przez ex-kanclerza Andrzeja Zamojskiego ułożony i na sejm r. 1778 podany* (Warszawa, 1778, w drukarni Grollowskiej). Nowe jego wydanie, opracowane przez Dutkiewicza, wyszło w Warszawie w r. 1874.

<sup>2</sup> Patrz np. karę za występki obrażonego majestatu (cz. II, art. 48, § 8).

<sup>3</sup> Patrz Ostrożyński *Ostatni projekt reformy prawa i procesu karnego w Polsce* (t. XXV Rozpr. i Sprawozd. Wyd. filoz. hist. Akad. Um.) i moją rozprawę p. t.: *Józef Szymanowski. Przyczynki 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*<sup>1</sup>. 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)<sup>2</sup>. Książka ta odnosi się specjalnie 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*<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Z innych prac Hube go odnoszą się do prawa karnego następujące: 1) *O teoriach prawa kryminalnego* (1828), 2) *O dawnych pisarzach prawa karnego w Polsce* (1829), 3) *Studia nad kodeksem karnym 1818 r.* (1863); 4) *Historia praw karnych słowiańskich* (t. I, 1870). Wyszedł tylko I. tom tego dzieła, zawierający

historią prawa karnego rosyjskiego. Osobno wydał Hube *Prawo polskie w XIV wieku* (Warszawa, 1886), z obszernym i odczłoniem, poświęconym prawu karnemu (str. 233—410)

<sup>2</sup> Franciszek Maciejowski, który wykładał na t. zw. *kursach prawnych*, otwartych w Warszawie w r. 1840, a zwinętych w r. 1846, pisał oprócz tego 1) *O zewnątrznych działaniach bezprawnych w ogólności* (Bibl. Warsz. 1814); 2) *O woli działania bezprawnego* (Album Warszawskie, 1845), 3) *O wielożęństwie* (Bibl. Warsz. 1846), 4) *O karygodności współwinowajców* (tamże, 1846).

<sup>3</sup> 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) *Mysli 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).

<sup>4</sup> Uwaga dodatkowa. Bliższe szczegóły o literaturze prawa karnego w Polsce znaleźć można u Hubeo (*O dawnych pisarzach pr. karn. w Polsce*, 1830), Bentkowskiego (*Historia literatury polskiej*, 1814, str. 243—245) i Bandkiego (*Bibliografia prawnu polskiego od najdawniejszych czasów do r. 1823*). To ostatnie dzieło użyczone mi było w rękopisie przez dyrektora Bibl. Jagiell. dla Estrejchera, kiedy pracowałem nad pierwszym wydaniem niniejszego dzieła. Patrz także co do nowszych czasów Kraushar *Siedmioletcie 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), Ilowski (*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 Sebastjana Czochrona (*Dyssertacya o prawodawstwie kryminalnem*, Krakow, 1788). Patrz także co do tego ostatniego autora wyżej, Nr. 101, dop. 4. Bandkie 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 impenitente ad mortem condemnato delinquente*, 1716); Fryderyk Wahl (*Exercitatio juridica de usu juramenti necessari 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 observandas*, 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.

Stawiański: *O prawie kryminalnem w ogólności. O duchu praw kryminalnych pruskich*. Rozprawy te umiescił Stawiański 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 stosownych do niego*. Krakow, 1835

Helcel *Rys postępów prawodawstwa karnego*. Krakow, 1837.

Słotwiński. *O jurysdykcji karnej zewnętrznej*. Krakow, 1838.

Kalinka *O podlegaczach i wykonawcach występku*. Kraków, 1839.

Meciszewski: *Do historii ustawodawstwa karnego, tudzież Sejmów prawodawczych byłej rzeczypospolitej krakowskiej*. Krakow, 1849.

Kański *O karze śmierci*. 1850.

Koczyński. *Uwagi nad kodeksem karnym Królestwa Polskiego* Krakow, 1861.

Kraushar: *O stamie konieczności w prawie karnem*. Krakow, 1868.

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

Zamojski *System więzień poprawczych* Lwow, 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*. Krakow, 1872. *Dwa zwykły sądownictwa karnego z wieku XVI*. Krakow, 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 Strafencoucurrentz.* Teschen, 1879. „Czarownica powalana“. Przyczynek do historii spraw przeciw czarownicom w Polsce. Warsz., 18b3 *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 Austrii i wnioski reformy ze szczególnem uwzględnieniem Galicyi* Kraków, 1884.

Krzymski *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 austriackiego.* Kraków, 1890 *O pojęciu i karygodności usiłowania morderstwa.* (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 austriackiego* Kraków, 1891

Ostrożyński: *Prawo wyższej konieczności* Lwów, 1886.

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

Stebelski *Ze statystyki przestępczości.* Lwów, 1893, Tenże autor wydał także *Studia nad procesem karnym.* Lwów, 1891, tudzież *Komentarz do austriackiego postępowania karnego.* Lwów, 1901.

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

Makarewicz *Das Wesen des Verbrechen,* Wien, 1896. *Idealny zbieg przestępstw* Kraków, 1897.

Spisu powyższego nie mamy pretensyi uważać za wyczerpujący. Sądźmy 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 *The-*

*mis 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 prawniczym i ekonomicznym*

---

## TYTUŁ II.

### O znaczeniu i podstawach prawa karnego austriackiego.

#### I. Krótki rys historii prawa karnego austriackiego<sup>1</sup>.

#### § 29.

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

<sup>1</sup> Domin-Petrushevecz: *Neuere osterr. Rechtsgeschichte*, Wien, 1869, Hye w *Zeitschr. f. osterr. Rechtsgelehrsamkeit*, 1844, I, str. 353 i nast., Wahlberg *Gesammelte Schriften*, II, str. 86 i nast. oraz w *Grunhuta Zeitschr.* VIII, str. 254 i nast., 266 i nast.; Herbst *Handbuch*, I, str. 1 i nast., Janka *Das osterr. 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

<sup>2</sup> Do historii prawa karnego niemieckiego patrz. Berner: *Die Strafgesetzgebung in Deutschland von 1751 an*, 1867, tudzież od-

nosne rozdziały w podręcznikach Holtzendorfa, Halschnera 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*<sup>1)</sup>.

Najdawniejszymi wśród tych ustawodawstw są:

1. *Malefizordnung* cesarza Maksymiliana 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 materialnego. 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 Landgerichtshandel*«. Przytem wyliczenie to utracą tu doniosłość o tyle, o ile ustawy te, uświęcając w bardzo szerokim zakresie zasadę analogii, pozwalają sędziemu uważać za przestępstwa i wszelkie inne do wyliczonych podobne i jednakowo niebezpieczne *Handel und Thaten*.

<sup>1</sup> Patrz wyżej Nr. 118.

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

### A Z wieku XVI

1 Cesarza Ferdynanda I Ziemskie Ordynacje Sądowe (*Landgerichtsordnungen*) dla Krainy (r 1535), arcyksięstwa austriackiego powyżej Anizy (r 1559) oraz jego *Reformacya* Ordynacji Sądowej Maxymiliana I z r 1514 dla Austrii 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 Maxymilianie

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

Dwie pierwsze części tej ordynacji traktują o prawie i procesie karnym. Wpływ Karoliny jest tu już widoczny, pomimo że nie ma tu o niej mowy jako o prawie subsydjarnem. Znajduje to swoje wytłomaczenie w tej okoliczności że w tych wszystkich przypadkach, w których ordynacja styryjska nie uznała za właściwe odstąpić wyraznie od Karoliny, przepisała prawie dosłownie artykuły tej ostatniej<sup>1</sup>. Niemniej wzoruje się na Karolinie

3 Tegoż Arcyksięcia Karola II »*Landgerichtsordnung dla Karyntyi* z r 1577

### B Z wieku XVII

1 Cesarza Ferdynanda II *Reformacya Ordynacji Sądowej Ziemskiej dla arcyksięstwa austriackiego powyżej Anizy* z r 1559, wydana w r 1627

2 Cesarza Leopolda I nowa Ordynacja Sądowa dla tegoż arcyksięstwa ogłoszona dnia 14 sierpnia 1675 r

3 Cesarza Ferdynanda III Ordynacja Sądowa Ziemska dla arcyks austriackiego poniżej Anizy, obwieszczona dnia 30 grudnia 1656

Ta ostatnia ordynacja jest pod względem historycznym najważniejsza z tego powodu że posłużyła za bezpośrednią podstawę dla konstytucyi kryminalnej Maryi Teresy. Jej przepisy karne odznaczają się wielką drobiaz-



gowością 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 *Penliche 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 materialnym. Karolinę uznaje ona wyraźnie jako prawo subsydjarne (art. XIX, § 46). Zresztą opiera się ona widocznie na ordynacjach 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 komisji, powołanej do ułożenia kodeksu Terezyńskiego.

<sup>1</sup> Por. art. 71—136 ustawy styryjskiej z art. 107—180 C. C. C.

## Okres II. Prawo karne austriackie od wydania konstytucji kryminalnej Maryi Teresy aż do czasów najnowszych.

128. Już w r. 1752 powołaną została z rozkazu cesarzowej Maryi Teresy komisja do opracowania nowego kodeksu karnego, który według pierwotnej instrukcji miał być poprawnym wydaniem Ferdynanda z r. 1656, a w myśl późniejszej najwyższej rezolucji (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 Ferdynandzie *in formalis*, a w Józefinie *quo ad materiale* miało być zachowane i na tej dopiero podstawie z dwóch powyższych ustaw miała być utworzona trzecia.

Komisja zabrała się szybko do poruczonego jej zadania. Jeszcze jednak przed doprowadzeniem do końca całego jej elaboratu, jeden jego artykuł »*von der Zamb-*

*rey, Hexerey, Wahrsagerey und dergleichen*« otrzymał tymczasem *vim legis universalis* na mocy reskryptu cesarskiego z 5 listopada 1766. Całe zaś dzieło uzyskało najwyższe zatwierdzenie dn. 31 grudnia 1768 i ogłoszone zostało pod tytułem »*Constitutio Criminalis Theresiana oder der Römisch-Kayserl., zu Hungarn und Böhheim Königl. Apost. Majestät Mariä Theresiä, Erzherzogin zu Oesterreich etc. peinliche Gerichtsordnung.*«

**129.** *Theresiana* stanowi w historii prawa karnego austriackiego epokę pod dwoma następującymi względami:

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

2) Uznała siebie za jedyne prawo, obowiązujące w Austrii, odejmując przez to moc wszelkim prawom subsydiarnym, 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 »*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<sup>1</sup>, prawdziwie oburzające okrucieństwo kar<sup>2</sup>. Nie ma w niej jeszcze uwzględnienia owego ruchu humanitarnego, który wkrótce potem miał wywołać na polu prawa karnego tyle zbawiennych reform<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Theresiana* składa się z dwóch części, z których pierwsza traktuje w 54 artykułach »*von der peinlichen Verfahrnung*« 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).

<sup>2</sup> Dostyc zanotować, że zbrodnie, obłożone karą śmierci, nie należą w systemie Terezyany do najcięższych. Tworzą one pod nazwą *schwere Missethaten* kategorią pośrednią między *gemeine oder geringere*, a *überschwere halsgerichtlichen Missethaten*. 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.

<sup>3</sup> 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 materialnemu<sup>1</sup>, 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 skłonić Maryą Teresę do zniesienia tortur reskryptem z dnia 2 stycznia 1776.

Kodeks Józefiński wprowadził do prawa karnego austriackiego następujące nowe urządzenia:

1) Zniósł karę śmierci w drodze postępowania zwykłego, 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 odniesieniu do zbrodni, stanowiąc, że odtąd z winowajcą należy postępować we-

dług ustawy bez względu na czasokres, który mógł upływać między popełnieniem a wykryciem zbrodni (I § 183)

Ze wskazanych wyżej reform, tylko przepis, sciesniająca analogię, zachował się bez zmiany w późniejszych kodeksach austriackich. Karę śmierci bowiem przywrócił za zdradę główną już patent cesarski z 2 stycznia 1795 r., a zniesienie przedawnienia okazało się zbyt nieracjonalnym, aby mogło być przejść do kodeksu z r. 1803. Co się tyczy zaś urządzeń więziennych ustawy Jozefińskiej, to odznaczały się one tak barbarzyńską surowością, że z biegiem czasu musiały ulegnąć radykalnej przemianie.<sup>2</sup>

Pomimo to kodeks Jozefiński może już słusznie uchodzić za pierwsze niejako wydanie dwóch następnych powszechnych ustaw karnych austriackich 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.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Dla procesu karnego wydał Józef II osobną ordynacyą dn. 1 czerwca 1788.

<sup>2</sup> Kodeks Jozefiński 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 odrozniał 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*), od 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 Jozefiński odrozniał 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 izby zaledwie mógł wykonywać najniezbędniejsze poruszenia ciała. Oprócz tego miał on raz do roku być chłostany na placu publicznym (§ 25). Więzienie najcięższe tem się odznaczało, że skazany na nie przepasany był w połowie ciała obręczą żelazną, za pomocą której przywazywano go do miejsca dla

niego przeznaczonych (§ 27). Co się tyczy kajdan na nogi to łączyły się one z każdym więzieniem i tylko ich waga bywała większa lub mniejsza w miarę jak chodziło o więzienie najcięższe cieżkie lub łagodniejsze (§§ 27, 28 i 30). Znane było także kodeksowi Jozefińskiemu piętnowanie na twarzy jako dodatek do kary wieloletniej w drugim stopniu (§ 24) — Wreszcie co się tyczy więzienia połączonego z robotami publicznymi 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 Schiffzehens*). Ta najstraszniejsza postać kary więziennej nie utrzymała się jednak długo w prawie austriackim. Zniósł ją mianowicie cesarz Leopold dekretem nadwornym z 19 lipca 1790. Por. Maasburg *Die Strafe des Schiffzehens in Oesterreich*, 1890.

<sup>3</sup> Kodeks Jozefiński dzieli się na dwie części z których pierwsza traktuje o *przestępstwach kryminalnych* (*Kriminalverbrechen*) a druga — o *przestępstwach politycznych* (*politische Verbrechen*). Ta ostatnia nazwa oznaczał kodeks Jozefiński cięższe przestępstwa jako podlegające orzecznictwu nie sądów karnych, lecz władz politycznych. System ten w zasadzie zachował się i w obecnym prawie austriackim aczkolwiek co do nazwy odrozdnia ono trzy kategorie przestępstw, t. j. zbrodnie, występki i przekroczenia.

**131.** Za panowania cesarza Leopolda II złagodniono pod niejednym względem surowe urządzenia więzienne kodeksu Jozefińskiego. 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 dn. 3 września 1803 r. wydał *Księgę ustaw karnych na zbrodnie i ciężkie przekroczenia policyjne* (*Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeubertretungen*). Jeden z projektów tego kodeksu, opracowany przez Sonnenfelsa otrzymał już 17 czerwca 1796 r. moc obowiązującą w przyłączonej w r. 1795 do Austrii Galicyi Zachodniej. Kodeks

z r. 1803, wydany z początku tylko dla niemieckich krajów dziedzicznych monarchii austriackiej, otrzymał następnie moc obowiązującą i w innych jej ziemiach z wyłączeniem Węgier, okręgu Hermansztackiego i Pogranicza Wojskowego. Do Krakowa został on już wprowadzony za czasów Wolnego Miasta uchwałą jego rządu z r. 1810<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Literaturę, odnoszącą się do tego kodeksu, patrz niżej, Nr. 141.

**132.** Kodeks Franciszkański 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 materalnemu a drugi urządza postępowanie karne. Pod tym ostatnim względem kodeks ten odstępuje od wzoru ustawy Józefińskiej i wraca do metody dawnych ustaw austriackich, wiążących w jeden system przepisy prawa karnego materalnego i formalnego. Za to prawdziwy postęp w stosunku do poprzednich ustaw, nie wyłączając nawet Józefińskiej, przedstawia kodeks cesarza Franciszka II ze względu na swoją osnowę. W ogóle odznacza się on większem umiarkowaniem kar, a to pomimo tej okoliczności, że przywraca karę śmierci dla pięciu zbrodni<sup>1</sup>, podczas gdy ustawa Józefa II zniósła 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 Austrii, ustawy karnej. Najważniejsze zmiany wprowadziły do niego<sup>2</sup> 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 sty-

cznia 1850 r., znosząc najcięższe więzienie i roboty na galerach (§§ 14, 18).

<sup>1</sup> 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*

<sup>2</sup> Ustawy i rozporządzenia uzupełniające kodeks z r. 1803 podają aż do r. 1847 Maucher i Lutzenau. Tytuły ich odnosnych dzieł patrz niżej, Nr. 141.

## II. Źródła dzisiejszego prawa karnego austriackiego.

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

### § 30.

**133.** Głównym źródłem dziś obowiązującego w Austrii 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 obwieszający ją Patent Cesarski, nowem wydaniem kodeksu z r. 1803 z zamieszczeniem wszystkich późniejszymi ustawami poczynionych zmian i z dołączeniem niektórych nowych postanowień <sup>1</sup>. Główną pobudką do jej wydania stała się potrzeba wprowadzenia w życie zasad, zatwierdzonych dla ustawodawstwa organicznego monarchii austriackiej Postanowieniem Cesarskiem z dnia 31 grudnia 1851 r. W myśl tych zasad bowiem ustawa karna z r. 1803 miała otrzymać moc obowiązującą w obrębie całej Austrii, a wskutek tego stawało się rzeczą nieuniknioną poddać ją pewnej rewizyi. Zgodnie też z powyższemi zasadami nowy kodeks karny z r. 1852 wydany został dla całej Austrii, t. j. także dla krajów korony Węgierskiej (Art. I Pat. obw.) <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Patrz wstęp do Pat. obw. z 27 maja 1852 (dz. u. p. 117).

<sup>2</sup> Wyjęte było tylko ówczesne Pogranicze Wojskowe, które podlegać miało ustawom karnym wojskowym. Z czasem, a mia-

nowicie na mocy Dyplomu Ces z 20 paźdz. 1860 Węgry z wyłączeniem Kroacyi i Sławonii, 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 Bosnii i Hercegowiny 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 pospolicitych. Kodeks ten zaczął obowiązywać z dniem 1 września 1881.

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 sankcją w § 2 ustawy z 10 czerwca 1869 (Dz. u. p. 113)<sup>1</sup> 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<sup>2</sup>. 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



dzeń 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.<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Podaje ona najnowszą normę w kwestyi ogłaszania ustaw i rozporządzeń w Dzienniku u. p.

<sup>2</sup> Znalazło ono jednak wyraz w wydaniu kod. karn. prof. Rosenblatta (dopisek 3 do § 3) a także w Orzec. S. Kas. z 14 grudnia 1885 (*Plenarbeschlüsse*, wyd. *Allgem. österr. Ger.-Zeitung*, Nr. 863).

<sup>3</sup> 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, opartymi na orzeczeniach S. Kas. W języku niemieckim najlepsze są wydania Manza (18 wyd. 1897) 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 dziś obowiązujący nadał obronie koniecznej znaczenie powodu, wyłączającego poczytanie wszelkiego przestępstwa (§ 2, lit. *g*), podczas gdy kodeks z r. 1803 przyznawał jej ten charakter tylko odnośnie do zabójstwa (§ 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<sup>1</sup>, odnoszących się do przestępstw, popełnionych za pomocą druku, a nieznanym 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)<sup>2</sup>.

5) Zniósł karę śmierci za fałszowanie publicznych papierów kredytowych, posiadających znaczenie monety, za powtórzenie podpalenia, a co do zdrady głównej, to ograniczył jej zastosowanie 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 przestępstw, jako to zdrady głównej (§ 58), obrazy Majestatu (§ 63), zamieszania spokoju publicznej (§ 65), ciężkiego uszkodzenia cielesnego (§ 152) oraz występków i przekroczeń przeciwko bezpieczeństwu honoru (§§ 487—495)<sup>3</sup>.

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 redakcji zewnętrznej:

1) Kodeks dziś obowiązujący, poświęcony tylko prawu karnemu materialnemu, przedstawia ze względu na system swoich paragrafów jedną całość nieprzerwaną (§§ 1—532), podczas gdy ustawa z r. 1803 dzieliła się na dwie części, z których każda posiadała osobny rząd paragrafów (Cz. I §§ 1—210; Cz. II §§ 1—275)<sup>4</sup>.

2) Hołdując zasadzie »*lex imperet non disputet*«, wyrzucił on większą część czysto naukowych określeń, których tak wiele jeszcze zawierała ustawa z r. 1803. Między innymi opuścił on cały wstęp tej ustawy, noszący tytuł

»O przedmiotach niniejszej ustawy« i wyłuszczający w 10 punktach główne jej materye.

<sup>1</sup> Niektóre z tych paragrafów zniosła Ustawa drukowa z d. 17 grudnia 1862 jako to §§ 28, 29, 251, 252 i ostatni ustęp § 493, stawiając na ich miejsce §§ 35–39.

<sup>2</sup> O znaczeniu tego podziału pomówimy niżej Nr. 244.

<sup>3</sup> Przekonamy się o tem przy rozbiorze każdego z tych przestępstw w części szczególnej niniejszego dzieła

<sup>4</sup> Zauważyć należy, że każda z dwóch części kodeksu z r. 1803 zawiera obok przepisów prawa karnego materialnego także unormowanie procesu i że w związku z artykułami, odnoszącemi się do tego ostatniego, pierwsza jego część obejmuje 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 Austrii 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 kategorie, zaliczając do pierwszej postanowienia, które normują wymiar kary, do drugiej zaś — wszystkie t. zw. ustawy karne specjalne t. j. przepisy, uznające za przestępstwa inne jeszcze czyny prócz tych, które przewiduje kodeks.

W rządzie pierwszych największą doniosłość posiada Nowela karna z 15 listopada 1867 (Dz. u. p. 131), uchylająca chłostę, ukuwanie w kajdany osób, skazanych na ciężkie więzienie, i łagodząca znacznie skutki kar.

Co się tyczy zaś ustaw karnych specjalnych, 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) Patent z 19 października 1846 r. (Zb. ust. sąd. 992) dla ochrony własności literackiej i artystycznej.

4) Powszechny regulamin dla administracji 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 24 października 1852 (Dz. u. p. 223) oznaczający kary za przestąpienie jego przepisów, dotyczących 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 drukowa z 17 grudnia 1862 (Dz. u. p. z r. 1863, 6). Znosi ona ustawę drukową z 27 maja 1852 r. i wraz z nowelą z 15 października 1868 r. (Dz. u. p. 142) podaje przepisy porządkowe w rzeczach drukowych, tudzież oznacza kary za ich naruszenie.

5) Nowela karna z 17 grudnia 1862 (Dz. u. p. z r. 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 specjalne występki cztery następujące przypadki: *a*) frymarczenie z wyborcami przy wyborach politycznych (art. VI); *b*) rozgłaszanie drukiem przed czasem właściwym niektórych aktów lub materiałów, odnoszących się do sprawy karnej (art. VII); *c*) rozprawianie po pismach drukowych o mocy prawnej dowodów, zebranych w sprawie karnej, jeszcze w toku będą-

cej, — rozgłaszanie drugiem 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 specjalny zakaz roznoszenia tego rodzaju wiadomości, a czyn ten nie stanowi 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 koalicji t. j. przy urządzaniu zmów ekonomicznych (*strike*).

12) Ustawa z 6 kwietnia 1872 (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 19 lipca 1879 (Dz. u. p. 108) o używaniu środków dezynfekcyjnych przy transportach bydła.

16) Ustawa z 29 lutego 1880 (Dz. u. p. 35) o zapobieganiu zaraźliwym chorobom bydłecym i ich tępieniu

ze zmianami, wprowadzonymi przez ustawę z 24 maja 1882 (Dz. u. p. 52).

17) Ustawa z tejże samej daty (Dz. u. p. 37) o zapobieganiu księgosuszowi i jego tępieniu także ze zmianami, wprowadzonymi przez zacytowaną wyżej ustawę z 24 maja 1882.

18) 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).

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

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

21) i 22) Dwie ustawy z 24 maja 1885 r., z których jedna (Dz. u. p. 89) traktuje o dopuszczalności przytrzymywania w domach pracy przymusowej i poprawy, a druga (Dz. u. p. 90) zawiera przepisy w przedmiocie zakładania podobnych domów.

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

24) Ustawa z 21 maja 1887 (Dz. u. p. 51) o przedłużeniu przywileju banku austro-węgierskiego.

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

26) i 27) 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.

28) Ustawa z 6 stycznia 1890 (Dz. u. p. 19) o ochronie marek fabrycznych,

29) Ustawa z 26 grudnia 1895 (Dz. u. p. 197) o pra-

wie autorstwa odnośnie do dzieł literatury, sztuki i fotografii.

30) Ustawa z 16 stycznia 1896 (Dz. u. p. z 1897, 86), podająca przepisy w przedmiocie handlu artykułami żywności i niektórymi przedmiotami styczność z niemi mającemi. Postanowienia karne tej ustawy mają w myśl jej § 33 znajdować także zastosowanie do przestępstw przeciwko ustawie z 21 czerwca 1880 (Dz. u. p. 120) o wyrobie i sprzedaży napojów do wina podobnych.

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

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

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

Oprócz wymienionych wyżej ustaw ważne znaczenie, jako źródła dzisiejszego prawa karnego austriackiego, posiadają także:

34) Kodeks karny wojskowy (*Militärstrafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen*) z 15 stycznia 1855 (Dz. u. p. 19); tudzież

35) Umowy, zawarte między Austrią a obcemi państwami w przedmiocie wzajemnego wydawania zbrodniarzy.

Nareszcie wypada zaznaczyć, że oprócz przestępstw w rozumieniu prawa karnego t. j. oprócz czynów karygodnych, które, jako przewidziane przez ustawę karną powszechną z 27 maja 1852 r. i przez przytoczone wyżej ustawy dodatkowe, podlegają orzecznictwu władz sądowych, znane są jeszcze prawu austriackiemu przewinienia, przekazane jurysdykcji karnej władz administracyjnych. Do ich rzędu należą przestępstwa defraudacyjne (*Gefällsübertretungen*), które mają być sądzone według ustawy z 11 lipca 1835, a także przekroczenia przeciwko zarządzeniom władz politycznych i policyjnych, unormo-

wane w drodze rozporządzenia cesarskiego z 20 kwietnia 1854 (Dz. u. p. 96) i rozporządzenia ministerstw spraw wewnętrznych i sprawiedliwości tudzież najwyższej władzy policyjnej z 30 września 1857 (Dz. u. p. 198), wydanego w wykonaniu Najwyższego Postanowienia z 16 wrześ. 1857.

### III. Projekty przyszłego kodeksu karnego austriackiego.

#### § 32.

138. Kodeks karny z r. 1852 będąc tylko nowem i zreformowanym wydaniem ustawy z r. 1803, nie mógł odpowiedzieć należycie wymaganiom współczesnego mu rozwoju nauki i życia. Pojmowano to powszechnie w chwili jego wydawania<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>, z drugiej zaś — względom natury politycznej, a mianowicie owej erze absolutyzmu, która między r. 1851 a 1860 zapanowała w Austrii, jako reakcyja przeciwko pierwszym próbom konstytucjonalizmu, wywołanym przez wypadki z r. 1848. Pierwsza bowiem okoliczność sprawiała, 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<sup>3</sup> postarano się nadać kodeksowi z r. 1852 cechę większej świeżości, ale pomimo to zbyt wiele w jego systemie zachowało się całkiem przestarzałych urządzeń, a w jego postanowieniach zamało było uznania dla nowych zdobyczy nauki, aby z każdym dniem nie miało w Austrii rosnąć przekonanie, że prawdziwy postęp będzie można osiągnąć tylko przez zerwanie z tradycją dawnych kodeksów i ułożenie cał-



kiem 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 pożądaną owoc, a mianowicie dziś obowiązującą Ustawę o postępowaniu karnem z 23 maja 1873. W zakresie jednak prawa karnego materialnego zawdzięczamy im dotąd same projekty.

<sup>1</sup> Hye *Das osterr. Strafgesetz*, 1852, str. XI

<sup>2</sup> Hye. l c str. 8

<sup>3</sup> Patrz zwłaszcza nowelę z 15 listopada 1867 (Dz. u. p. 131).

**139.** Projekty te podzielić można na dwie grupy. Do pierwszej zaliczyć wypada trzy najstarsze, a mianowicie: 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 komisję powołaną przez rząd do obrad nad projektem poprzedzającym<sup>1</sup>; wreszcie 3) oparty na dwóch poprzednich pracach projekt odnośnej komisji Izby deputowanych z r. 1870. Trzy podane wyżej projekty tem się w szczególności odznaczają, że *a*) odnoszą się tylko do zbrodni i występków, a co do przekroczeń, to aż do wydania nowej ustawy karnej policyjnej pozostawiają nadal w mocy kodeks z r. 1852, tudzież, że *b*) przeprowadzają ścisły rozdział między pozbawieniem wolności sromotnem (kryminał czyli t. zw. *Zuchthaus* dla zbrodni, areszt dla występków) i niesromotnem (więzienie dla zbrodni i zamknięcie, czyli t. zw. *Einschliessung* dla występków)<sup>2</sup>.

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

<sup>2</sup> Projekty te utraciły już wszelkie znaczenie praktyczne, gdyż metyko nie doczekały się przejścia pod obrady plenarne Izby deputowanych przed jej rozwiązaniem, zarządzone w r. 1870, ale oprócz tego nie posłużyły za wzor dla następnych projektów.

140. Drugą grupę otwiera projekt, wniesiony do Rady Państwa w r. 1874 przez Glasera, podówczas ministra sprawiedliwości i znany pod nazwą projektu rządowego (*Regierungsvorlage*) z r. 1874. Projekt ten zawiera w trzech częściach (I. Postanowienia ogólne; II. O zbrodniach i występkach; III. O przekroczeniach) 514 paragrafów i pod bardzo wielu względami przyjmuje za wzór kodeks niemiecki z r. 1871. Za jego to przykładem mianowicie wprowadza on odpowiednio do podziału przestępstw na zbrodnie, występki i przekroczenia trzy różne rodzaje kary więziennej (kryminal czyli *Zuchthaus* więzienie i areszt), a oprócz tego zna jeszcze dla zbrodni i występków, które nie hańbią winowajcy, więzienie niesromotne pod nazwą więzienia stanu (*Staatsgefängnis*).

Do obrad nad tym projektem Izba deputowanych powołała osobną komisją dn. 17 listopada 1874, a owocem jej prac, prowadzonych pod przewodnictwem znanego kryminalisty i byłego ministra sprawiedliwości Herbsta, stał się projekt z r. 1877, znany pod nazwą wydziałowego (*Ausschussentwurf*). Wprowadza on wiele doniosłych zmian do projektu z r. 1874 a w ich rzędzie tę najważniejszą, że odrzuca karę śmierci<sup>1</sup>.

Oba wymienione wyżej projekty posłużyły za podstawę dla pięciu następnych projektów, które przyjęto oznaczać liczbami rzymskimi III—VII<sup>2</sup>. 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 komisję, powołaną do obrad nad poprzednim projektem; projekt VI rządowy z r. 1891, oparty na uwzględnieniu niektórych zmian, zaproponowanych przez komisją w r. 1889; wreszcie projekt VII. wydziałowy z r. 1893 jako owoc nowych obrad komisyjnych<sup>3</sup>.

Żaden z tych projektów nie doczekał się przejścia

na porządek dzienny obrad plenarnych Izby deputowanych. Sprawa wydania dla Austrii nowego kodeksu karnego pozostaje więc dotąd niezłatwioną, a obecny stan stosunków parlamentarnych nie upoważnia nas do nadziei, iżby lepszy los miał ją czekać choćby nie w najbliższej przyszłości.

<sup>1</sup> Tylko mniejszość komisji, złożona z czterech członków (Kochanowski, Kowalski, Lienbacher i Scharfschmid) podała *votum separatum*, oświadczając się za zachowaniem kary śmierci

<sup>2</sup> Jako projekt I bywa cytowany projekt Glasera z r. 1874, a liczbę II nosi projekt wydziałowy z r. 1877

<sup>3</sup> Wszystkie siedm wymienionych w tekście projektów wydawała 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, Haberlin w *Gerichtsaal* 1875, Geyer w *Zeitschrift Grunhuta*, 1875 i 1876. Bindnig *tamēe*, 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.* Krakow, 1890

#### IV. Literatura prawa karnego austriackiego.

##### § 33.

141. Z literatury dawnego prawa karnego austriackiego 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 osterr. Gesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen*, 2 tomy, Wien und Triest, 1816. Jenull: *Das osterreichische Criminalrecht nach seinen Grunden 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 osterr. 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 osterr. 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 austriackiego zawiera, oprócz bardzo licznych prac monograficznych (Wahlberg, Glaser, Geyer, Schutze, Janka, Ullmann, Lammasch, Liszt, Finger, Rosenblatt, Gryziecki, Hiller, Rulf, Lenz, Löffler i wielu innych), zarówno dzieła poświęcone wykładowi systematycznemu tego prawa, jak książki o charakterze przeważnie komentatorskim.

Z dzieł pierwszego rzędu tylko trzy obejmują całkowity system prawa karnego. Autorami ich są: Janka (*Das osterr. Strafrecht*, 1 wyd. 1884, 3-cie wyd. Rulfa, 1894), Finger (*Compendium des osterr. Strafrechtes*, 2 tomy, Berlin, 1894) i Lammasch (*Grundriss des osterr. Strafrechts*, Leipzig, 1899). Tylko część ogólną uwzględniają następujące książki: Geyer: *Eroterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen*, 1862 Tolomei: *Diritto penale*, 1863 (z czasów obowiązywania w Wenecyi i Lombardyi prawa austriackiego), tudzież mój dwutomowy *Wykład prawa karnego*. Kraków, 1885 i 1887.

Komentarze do ustawy karnej z r. 1852 pisali: Ilye

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

**143** Pierwszorzędną doniosłość dla literatury prawa karnego austriackiego posiadają oprócz tego dwie kategorie wydawnictw, a mianowicie: 1) czasopisma i 2) zbiory orzeczeń Najwyższego Trybunału.

#### 1. Czasopisma

Z dawnych pism peryodycznych zasługują na uwagę: *Zeitschrift für osterr. 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 redakcją prof. Hamerla i radcy sekcijnego Passy'ego, a od r. 1858 zamieniony na *Oesterr. Vierteljahrschrift für Rechts- und Staatswissenschaft* (także pod redakcją Hamerla), *Pratobevera's Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den oesterr. Staaten* tudzież pisma *Jurist* (pod red. Wildnera) i *Themis* (pod red. Wessely'ego) Specjalnie do krajów korony węgierskiej odnosiła się wychodząca od r. 1855—1860 pod redakcją Petruski i Slavicka *Zeitschrift für Gesetzkunde und Rechtspflege*

Z dziś wychodzących czasopism należy wymienić. *Allgemeine oesterr. Gerichts-Zeitung* (pismo to założone przez Stubenrauch, wychodziło potem przez długie lata pod redakcją Nowaka, a obecnie redagowane jest przez

Caumont'a i Schreibera), — wydawaną przez Grunhuta *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, — wychodzące pod redakcją Buriana i Johannego *Juristische Blätter*, — redagowaną od r 1857 przez dra Pisko *Gerichtshalle*, — wreszcie *Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag* (pod redakcją Ullmanna, Frankla i Fingera) Oprócz powyżej zacytowanych czasopism niemieckich, zasługują na uwagę miesięcznik czeski »*Pravnik*«, redagowany przez Pražaka i Stupeckýego, tudzież dwa wydawnictwa polskie, a mianowicie wychodzący we Lwowie pod redakcją prof Tilla *Przegląd sądowy i administracyjny* i założone w Krakowie w r 1900 *Czasopismo prawnicze i ekonomiczne*, jako organ Wydziału prawa i admin Uniw Jagiell oraz Towarzystwa Prawniczego i Ekonomicznego w Krakowie (pod redakcją prof Fiericha)

## 2 Zbiory orzeczeń Najwyższego Trybunału

W ich rzędzie na szczególną uwagę zasługują następujące wydawnictwa *Sammlung strafrechtliche 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 redakcją czasopisma »*Allgem osterr Gerichtszeitung*« (tomów 17, 1876 — 1899, Orzeczn Nr 1—2268), oraz nowa serya tego samego wydawnictwa z odrzuceniem w tytule wyrazu *Plenarbeschlüsse* (dotąd t I i część t II, Orzeczn Nr 2269—2472) Oprócz tego wydawali jeszcze zbiory orzeczeń Peitler (2 tomy, 1853—1856), Herbst (wyd z r. 1858 sięga do r 1857, dodatek z r 1860 obejmuje judykaturę aż do r 1849), a także Schimkowsky (*Rechtsprechung des osterr obersten Gerichtsh*) i Ludwig Deutsch (*Sammlung oberster Entscheidungen*)



# CZEŚĆ OGÓLNA.

## DZIAŁ I.

### NAUKA O PRZESTĘPSTWIE.

## DZIAŁ I

### Nauka o przestępstwie.

#### § 34

144. Wykład nauki o przestępstwie musi przede wszystkim 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 wytworzą 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 nie tylko 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 materiał, stanowiący treść pojęcia przestępstwa; to wtedy ich ogół nazywamy istotą przestępstwa.

<sup>1</sup> Stubel: *Ueber den Thatbestand der Verbrechen*, 1805. Luden: *Ueber den Thatbestand des Verbrechens* (Abhandlungen, Bd. II, 1840). Geyer: *Erörterungen über den Thatbestand der Verbrechen nach österr. Rechte*, 1862.

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 materialnych zarzucanego oskarżonemu przestępstwa, to, co autorowie XVI wieku<sup>1</sup> 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 materialną do ustalenia przedmiotu i natury popełnionego przestępstwa.

Jak widzimy więc, to zachodzi różnica zasadnicza między tem, co prawo karne materialne 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*<sup>2</sup>. Aczkolwiek i u nas Romuald Hube poszedł pod tym względem za wzorem autorów niemieckich, to jednak posiadamy na każde z powyższych pojęć osobną nazwę<sup>3</sup>. Na oznaczenie *essentiae delicti* używamy wyrazu istota przestępstwa, a *corpus delicti* w rozumieniu proceduralnym przyjęto u nas powszechnie nazywać istotą czynu albo istotą uczynku<sup>4</sup>. Naszem zdaniem to ostatnie pojęcie wyrażałby o wiele trafniej termin stan przestępstwa.

<sup>1</sup> Pierwszy użył terminu *corpus delicti* Farinacius: *Praxis et theoria criminalis*, Lib. I, tit. 1, qu. 1. nr. 6; qu. 2. nr. 1, 2.

<sup>2</sup> Birnbaum: *Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Thatbestand in criminalrechtlichem und processualischem Sinne* (Archiv d. Cr. R. 1825, str. 493). Przeciwno używaniu tego terminu w prawie karnem mater. patrz Schutze: *Nothwendige Theilnahme*, str. 11. oraz jego *Lehrbuch*.

<sup>3</sup> Hube: *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, str. 226.

<sup>4</sup> Budziński: *Wykład*, str. 65.

148. Istotę przestępstwa dzieli nauka: 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 <sup>1</sup>.

Drugi podział odpowiada dwom stronom, które przed-  
stawia każdy czyn ludzki, a więc i przestępstwo, a mia-  
nowicie 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 przed-  
miotowa, może być ogólną lub szczególną. Zbytecznym  
byłoby wykazywać, że każda z nich, jako szczególna, może  
także przedstawić się w postaci prawnej lub faktycznej <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Wyjaśnijmy to na przykładzie kradzieży. W skład istoty  
prawnej tego przestępstwa wchodzi w myśl § 171 kod. austr. a) za-  
bór cudzej rzeczy ruchomej, b) dla własnej korzyści, c) z posiadania  
drugiego, d) bez jego zezwolenia. Istotę zaś faktyczną kradzieży sta-  
nowić będą z jednej strony wszystkie znamiona, czyniące ją zbro-  
dnią (§§ 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).

<sup>2</sup> Tak np. zabór cudzej rzeczy ruchomej z posiadania drugiego  
należec będzie do prawnej istoty przedmiotowej kradzieży,  
podczas gdy w skład jej faktycznej istoty przedmiotowej  
wejdzie jej dokonanie nocną porą. Co się tyczy zaś istoty pod-  
miotowej kradzieży, to zamiar 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  
szczegółnej 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 zadość 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 i podlegający jego jurysdykcji. 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 bydlę<sup>1</sup>, w Rzymie za panowania *legis Quisquis* już sama myśl spełnienia obrazy majestatu stanowiła tę zbrodnię<sup>2</sup> a herezya dopiero w nowszych czasach znikła z kodeksów karnych państw cywilizowanych.

<sup>1</sup> Krzymuski: *O odpowiedzialności karnej zwierząt*, 1882, str. 11.

<sup>2</sup> l 5 C. IX, 8 (ad leg. Jul. maj.).

151. Inaczej ze stanowiska idei prawa. Rozum nasz nie może uważać za przestępstwo każdego czynu, uznano go za karygodny przez ustawy tego lub owego państwa. Pochodzi to stąd, że rozum nasz jest nie tylko organem, posiadającym zdolność spostrzegania zjawisk świata moralnego i łączenia ich w pewne kategorie, ale także instancją, 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 tłumaczy, że niestety na widowni świata moralnego zbyt często trafiają się wydarzenia, znajdujące się w przeczości z jego prawami. Rozum nasz posiada niewątpliwie zdolność poznawania tych praw. Dzięki temu potrafi on zjawiskom pozytywnym świata maralnego przeciwstawiać jego zjawiska idealne i ze stanowiska tych ostatnich oceniać stopień, w jakim pierwsze utrzymują się w zgodzie z przepisami wspomnianych wyżej praw.

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 instytucjom 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 in

teresie wolności wszystkich. Przeciwnie wolność wszystkich wymaga, aby prawo nie mieszało się do naszego wnętrza i nie zapominało nigdy o tem, że *cogitationis poenam nemo patitur*.

**153. B.** Druga istotna cecha każdego przestępstwa polega na tem, że musi ono sprzeciwiać się prawu. Z przestępstwem bowiem wiąże się kara, a prawo samo przez się chce 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 instytucją 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 słusność, gdy twierdził, że przestępca sam sobie karę na kark narzuca, oraz Hegel, gdy utrzymywał, że państwo, karząc przestępcę, czyni zadosyć jego woli rozumnej.

**154.** Z tego, że każde przestępstwo musi być czynem bezprawnym, nie wynika jednak bynajmniej, iżby każde bezprawie miało posiadać kwalifikacją 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 bezprawii, lecz tylko w odniesieniu do takich, które znajdować się będą w sprzeczności ze szczególnie ważnymi 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 wydobywania od niego zbyt wygórowanych procentów. W Austrii między rokiem 1868 a 1877 interes ten nie uchodził za prawny. Czy dłużnik potrafił lub nie chronić 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 austriackie 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 austriackiej (47 Dz. u. p.). W myśl tych ustaw prawo austriackie 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 zwrócić uwagę, że ochrona jakiegoś interesu nie wymaga 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 społeczeństwo i posiadają pierwszorzędną doniosłość dla prawa, a jednak pomimo to mogą korzystać z jego ochrony tylko w bardzo szczerpłym 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 (przyjmo-

wanie 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 <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Por. Merkel: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, str. 11.

**156.** Z tego co wyłożyliśmy wyżej wypływa, że prawo musi przywiązywać odmienną wagę nie tylko 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 cywilizacji danego społeczeństwa. Bez względu jednak na ewolucyę 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 kategorie 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 jedynem narzędziem, które, użyte umiejętnie przez państwo, może służyć za skuteczną broń przeciwko w mowie tu będącym, 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 ko-

nieczności 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 jakiegos 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 powstrzymać kogokolwiek od jakiegos bezprawia; to czyż wtedy o tem ostatnim 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 będzie wolne państwo wtedy tylko, jeżeli, zanim osoba, mająca być ukarana, dopuściła się odnośnego bezprawia, państwo imieniem prawa 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 popełnieniem.

158. *D.* Wreszcie nie wystarcza jeszcze dla przestępstwa, aby było czynem zewnętrznym. bezprawnym i obło-

żonym karą przez prawodawcę, zanim go popełniono. Trzeba oprócz tego, aby jego sprawca mógł uchodzić nie tylko 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 nimi 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 postępów, — która umie odróżniać 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, przeciwstawiania im 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 pierwiałek bezprawia zawinionego.

159. Streścimy 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 zabezpieczenia 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 nie tylko 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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Czynów niezawinionych prawo nie może zabraniać, choćby miały one być najszkodliwszymi dla interesów, znajdujących się pod jego ochroną. Co do tych czynów prawo ograniczać się musi do takich zarządzeń, któreby materialnie 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 egzystencji, iżby faktyczne wybryki jego nie mogły być szkodliwymi. 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 karnymi.

### 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 etycznym, nazywamy ogół prawideł, nakładających na nas obowiązek dążenia wspólnymi siłami do spełniania wszystkich rozumnych zadań naszego życia. Prawidła te żądają od nas także abyśmy zapewniali sobie wzajemnie te warunki współistnienia, bez których nie moglibyśmy łączyć się z innymi ludźmi w organizmy społeczne, które jedne tylko mogą nam pozwolić na ową wspólną pracę w kierunku osiągnięcia wszystkich rozumnych naszych celów. Tylko żądania tej drugiej kategorii stanowią treść przepisów prawa. Ze względu na to obowiązki, które prawo na nas nakłada, tworzą tylko część naszych powinności moralnych i tem się też tłumaczy, że, podczas gdy nie każdy czyn niemoralny może uchodzić za bezprawny, to niewątpliwie każde bezprawie *de lege ferenda* uznać 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 wiadomo, że 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, które jej stawiają żywioły przyrody materjalnej. To właśnie sprawia, że obowiązkiem moralnym każdego człowieka powinno być dokładanie wszelkich starań, aby owo ścieśnienie jego wolności, wpływające z naturalnego biegu rzeczy uczynić najmniej dotkliwym. 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 od większych jeszcze ścieśnień, któreby mogły 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 instytucją zgodną z postulatami etyki. Wszelka reguła, któraby poza tym obrębem chciała w drodze przymusu krępować wolność naszego postępowania, nie mogłaby uchodzić za normę prawa już

z tego powodu, że musiałyby znaleźć się w niezgodzie z ustawodawstwem moralnym 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, którą im prawo zapewnia pod warunkiem, że ze swojej strony zechcą oni uznawać nad sobą jego panowanie <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Wypada jeszcze wyjaśnić dlaczego, skoro ze stanowiska idei prawa każde przestępstwo jest czynem niemoralnym, przyjęto powszechnie tylko niektóre przestępstwa zaliczać specjalnie do rzędu czynów, przeciwnych moralności. Oczywiście, że temu ostatniemu terminowi nadajemy wtedy o wiele ciaśniejsze znaczenie. Oznaczamy nim tylko pewną kategorię przepisów, wchodzących w skład całkowitego systemu prawideł etyki, te mianowicie, które normują sposób, w jaki ze względu na naszą godność powinniśmy zaspakajać potrzeby i pożądaną naszą natury zmysłowej. Otoż 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. Tu należą zgwałcenie niewiasty, nierząd przeciwny naturze, zhańbienie, oraz wywołanie publicznego zgorzienia czynami lub przedstawieniami nieobyczajnymi (K. k. §§ 125—133, 500—525).

**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. Wprawdzie ze stanowiska tej ostatniej wyznawanie przez człowieka tych lub innych wierzeń religijnych musi być kwestyą obojętną.



Nie będzie mogła jednak etyka 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 czczył Ją w jakikolwiek sposób, byle nie obrażający dobrych obyczajów, — z drugiej zaś strony, aby ze względu na poszanowanie, które się należy wolności sumienia, nie obrażał cudzych przekonań religijnych. Wspomniane wyżej wymagania etyki posiadają nawet 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 austriacki karze jako zbrodnię publiczne rozkrzewianie niewiary (§ 122. *d*)<sup>1</sup> 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. *a*, *f*).

<sup>1</sup> Przed ustawą z 25 maja 1868 (49, dz. u. p.) kodeks austr. uważał także za zbrodnię nakłanianie chrześcianina 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 7 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 bezprawia, które posiadają potrzebną do tego kwalifikacją, 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 bezprawia, a mianowicie w tem, że przestępstwo ściąga na swojego sprawcę karę,

a bezprawie cywilne — tylko obowiązek wynagrodzenia szkody, można wysledzić między temi bezprawiami bardziej istotną różnicę, t. j. taką, któraby dotykała już nie tylko 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 rozbiore istoty przestępstwa, a mianowicie, gdy przyjdzie kolej na dokładne określenie drugiego jej pierwiastku t. j. działania, sprzeciwiającego się prawu <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Patrz niżej Tyt. II, rozdz. II, § 43.

## TYTUŁ II.

### Rozbiór szczegółowy czterech pierwiastków, wytworzących istotę przestępstwa.

#### ROZDZIAŁ I.

##### Pierwiastek czynu zewnętrznego <sup>1</sup>.

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 opuszczenia.

#### § 38.

**163.** Czynnem 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 nie tylko ludzie, lecz i zwierzęta.

Od czynów różnią się z jednej strony fakta, z drugiej — działania. Faktem nazywamy wszelką zmianę na widowni świata zewnętrznego, wytworzoną niezależnie

od woli żadnego jestestwa, n. p. śmierć człowieka, wskutek udaru sercowego. Do rzędu działań zaś zaliczamy nie wszystkie czyny, lecz pewną ciasniejszą ich kategorię, a mianowicie takie tylko czyny, które uchodzić mogą za wytwór woli danego jestestwa jako jego władzy, już nie tylko wprawiania w ruch odpowiednich jego organów, ale także rządzenia się przy spełnianiu tej funkcji pewnymi prawidłami postępowania i wybierania między drogą, którą wskazują przykazania rozumu, a tą, do której zachęcają podniety zmysłowe (por. wyżej Nr. 15—18). Wolę w tem jej drugim, już nie wyłącznie psychologicznem, lecz i etycznym rozumieniu, przyjęto powszechnie przyznawać tylko ludziom. Widzimy stąd, że podczas kiedy czyny mogą być nie tylko 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 rozbiorez winy, jako czwartego pierwiastku, wchodzącego w skład istoty przestępstwa.

<sup>1</sup> Patrz wyżej Nr. 152. Halschner: *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 (3 wyd. 1894). Finger: *Oest. Strafrecht*, I, 150 (1894).

**164.** Czyny spełnia człowiek, wprawiając przez swoją wolę w ruch odpowiednie organy swego ciała. Wśród organów, których poruszenia zależą od naszej woli należy odróżnić myśl i nerwy. Myśl jest narzędziem funkcjonującym wewnątrz człowieka, nerwy są przyrządami jego działalności zewnętrznej. Stąd podział czynów na wewnętrzne i zewnętrzne. Pierwsze wytwarza nasza wola, wpra-

wiając w ruch naszą myśl, 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 kategorie, 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 zwiastującami. 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 możliwość 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<sup>1</sup>.

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 mordczym.

<sup>1</sup> Przeciwko temu mogłby 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 tłumaczy uważanie niebezpiecznych pogroźek 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 (*commissions*) i opuszczenia (*omissions*). Różnica między nimi nie polega na tem, iżby pierwsze zasadały się na rozwinięciu jakiejś działalności zewnętrznej, a drugie tkwić miały wyłącznie w zaniechaniu tejże. Taki bowiem pogląd na charakter opuszczeń sprzeciwiałby się uznawaniu ich za czyny zewnętrzne. Wiadomo przecież, że czyn zewnętrzny musi być zawsze wytworem wprawiania przez naszą wolę w ruch odpowiednich organów naszego systemu nerwowego. Tego procesu oczywiście niema w samym zaniechaniu jakiejś działalności. Już Luden<sup>1</sup> zwrócił na tę kwestyę baczną uwagę i wystąpił ze słusznem twierdzeniem, że w każdym opuszczeniu dopatrzyć się można rozwinięcia jakiejś innej działalności, tej mianowicie, z powodu której opuszczenie musiało nastąpić. Działalność ta jednak nie może mieć dla istoty przestępstw z opuszczenia 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 opuszczenie, znaczyłoby brać za jedno pytanie, jaką formę musi przybrać przejaw woli ludzkiej, aby prawo mogło uznać go za przestępny, z kwestyą, jaką zmianę ma on spowodować na widowni świata zewnętrznego, aby mózż stanowić przestępstwo tego lub owego rodzaju.

Niezbędną formą wszelkich przestępstw, a więc i przestępstw z opuszczenia jest rozwinięcie przez ich sprawców pewnej działalności zewnętrznej. Nie jest jednak koniecznem znamieniem wszystkich przestępstw, aby, wcho-

dzący 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.

<sup>1</sup> Luden: *Abhandlungen aus dem gem. deutschen Strafrechte* Bd. I, 1836, str. 467 etc.; Bd. II, 1840, str. 219 etc.). Literatura, dotycząca przestępstw z opuszczenia, jest bardzo bogata. Patrz w szczególności: Krug: *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, 1855, str. 21 etc. (Bd. IV des *Commentars zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen*). Glaser: *Abhandlungen aus dem österr. Strafr.* Bd. I, 1858, str. 287 etc. Merkel: *Kriminalistische Abhandlungen*, I. 1867, str. 76—103, Bar: *Die Lehre vom Causalzusammenhange*, 1871, str. 96 etc. Binding: *Die Normen und ihre Uebertretung*. Bd. II, 1877, str. 224 etc. Halschner: *Das gem. deutsche Strafrecht*, Bd. I, 1881, str. 238 etc. Hertz: *Das Unrecht u. d. allgem. Lehren des Strafrechts*. Bd. I, 1880, str. 196 etc. 221 etc. Rohland: *Die Strafbare Unterlassung*, 1887. Boyé: *Ueber das Kommissivdelict durch Unterlassung*, 1893. Sturm: *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, 1895. P. Merkel: *Begehung durch Unterlassung*, 1895. Por. także odnośne ustępy w podręcznikach Liszta, Janki i Fingera.

**166.** Wyłożony powyżej pogląd wyjaśnijmy zapomocą następujących przykładów. Drożnik kolejowy nie wystawił w należyтым czasie przejisanego sygnалу, przez co spowodował zderzenie się pociągów. 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 spowodowanie katastrofy kolejowej, druga za uśmiercenie dziecka), nie może mieścić się tylko zaniechanie odnośnej akcji. Człowiek bowiem, któryby nie miał sobie nic innego do wyrzucenia oprócz bezczynności, nie mógłby w żaden spo-

sób stać się winnym przestępstwa. Utrzymujemy też, że zaniechanie owego droźnika i tej matki musiało przyoblec formę jakiegokolwiek czynu zewnętrznego, byle tylko takiego, któryby właśnie pozbawił był ich możliwości 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. droźnik 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 nieprzytomne); bądź nareszcie być wskutek jakiegoś uprzedniego czynu pozytywnego w tem położeniu, że, jeszcze przed nadejściem chwili krytycznej, już stało się dla nich niepodobieństwem spełnienie zaniechanego przez nie czynu (np. droźnik 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 sytuacja, uniemożliwiająca im tak wczesny powrót, iżby dzięki ich staraniom sygnał mógł być jeszcze być w porze właściwej wystawiony, względnie dziecko mogło być jeszcze być utrzymane przy życiu).

Na poparcie słuszności naszego poglądu na istotę przedmiotową przestępstw z opuszczenia 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 podmiotowej przestępstw z opuszczenia mieściło się tylko zaniechanie odnośnego czynu, to w myśl powyższej reguły należałoby uwolnić od odpowiedzialności droźnika

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 opuszczenia istotne znaczenie ma stan umysłowy, w którym sprawca znajdował się w chwili, gdy spełnił czyn pozytywny, który stał się przyczyną jego zaniechania. 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 jasną sprawę z tego, że znajduje się w zbyt wielkim 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 oddalonym o kwadrans czasu od jego posterunku) został przezeń spełniony w stanie, wyłączającym jego możliwość 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 przedmiotu przestępstw z opuszczenia. 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 teorią, należałoby utrzymywać, że właściwie dziecko umarło na cerowanie pończoch przez matkę<sup>1</sup>. 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.

<sup>1</sup> 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 opuszczenia 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 kategorie:

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

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

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

### § 39

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

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 odnosnego 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 materialne

170. W przestępstwach formalnych stosunek skutku przestępnego do czynu, który go spowodował, jest związkiem nierozzerwalnym w tem znaczeniu, że skutek nie odrywa się materialnie od czynu, lecz zlewa się z ostatnim punktem jego pochodzenia, zamyka się niejako w samej jego formie. Z uwagi na to nie jest rzeczą właściwą twierdzić, że w przestępstwach formalnych czyn zewnętrzny sam przez się, t j bez zadnego skutku przestępnego, wyczerpuje całą treść ich istoty przedmiotowej<sup>1</sup>. Słusznie godzi się tylko utrzymywać, że w przestępstwach tych czyn zewnętrzny, doszedłszy do pewnego punktu w swoim pochodzeniu, wytwarza skutek przestępny. Ponieważ jednak

skutek przestępny nie odrywa się tutaj materialnie od czynu, który go wytwarza, przeto z punktu widzenia praktycznego można się na to zgodzić, że przestępstwa formalne polegają tylko na dopuszczeniu się lub zaniechaniu czynu, którego prawo zabrania lub żąda pod groźbą kary ze względu na ujemne lub dodatnie znaczenie, jakie on sam posiada dla naszych odnosnych 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.

<sup>1</sup> To metafizyczne określenie natury przestępstw formalnych spotkać można jednak u wielu autorów (Finger *Oesterr. Strafrecht* I str. 150). Znalazło ono także wyraz w pierwszym wydaniu naszego Wykładu prawa karnego I, Nr 237. Po co do tej kwestyi i służy *Lehrbuch*, 1898 str. 117 dop. 5.

171. Inny charakter ma stosunek skutku przestępnego do czynu sprawcy, w przestępstwach materialnych. Tu mianowicie skutek jest zmianą na widowni świata zewnętrznego, odrywającą się materialnie od czynu, który ją wywołał, tak że każdy z tych pierwiastków tworzy osobną, materialnie wyodrębnioną się dającą, część składową istoty przedmiotowej przestępstwa. Z uwagi na tę okoliczność sam czyn zewnętrzny, choćby jego pochodzenie posunął się do możliwie najdalszego punktu, nie nabędzie tu nigdy kwalifikacji przestępstwa dokonanego, lecz charakter ten nada mu dopiero odrywający się od niego materialnie, a przeto 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 materialnych, 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 materialnych należy więc powiedzieć, że polegają na wywołaniu przez człowieka w świecie zewnętrznym, zapomocą dopuszczenia się 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 materialnie 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 materialne, 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 materialnych. Co do większej liczby przestępstw kwestya podziału ich na materialne i formalne nie wytwarza między kodeksami żadnej niezgodności. Do nielicznych tylko wyjątków należą przestępstwa, które, uważane przez niektóre kodeksy za materialne, będą musiały z punktu widzenia innych ucho-

dzieć za formalne. Takim przestępstwem jest np. podpalenie. W myśl kod. niemieckiego (§§ 306—310) trzeba mu będzie przyznać charakter przestępstwa materialnego (staje się ono bowiem dokonaniem dopiero z chwilą rzeczywistego wybuchnięcia pożaru), według zaś kodeksu austriackiego (§ 166) stanowić ono będzie niezawodnie przestępstwo formalne (dla jego dokonania wystarcza już przedsięwzięcie czynu, z którego ma powstać pożar w cudzej własności).

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

#### 1. Pojęcie związku przyczynowego. Różnica między przyczyną a warunkiem <sup>1</sup>.

#### § 40.

**173.** Widzieliśmy, że we wszystkich przestępstwach, tak formalnych, jak materialnych, 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 materialną, związkiem przyczynowym (*Causalzusammenhang*).

<sup>1</sup> Bar. *Die Lehre vom Causalzusammenhange*, 1871 Bur: *Zur Lehre von der Theilnahme 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 Causalzusammenhang 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., 241 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) Brunneck. *Die herrschende Kausalitätstheorie* (1897). Patrz także podręcznik Merkla (1889, str. 95), Liszta (1898, I, str. 119), Janki (1894, str. 60), Fingera (1894, I, str. 152), Lammacha (1899, str. 21).

174. Związkiem przyczynowym między dwoma zjawiskami na widowni świata zewnętrznego nazywa się zachodzący między nimi tego rodzaju stosunek, że czasowo pierwsze z nich sprowadza drugie w myśl praw, rządzących przyrodą materialną. 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 materialne. 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 omissionis* przez swoje dojście do tego punktu, w którym stało się już dla sprawcy niepodobieństwem spełnić w swoim czasie zaniechane działanie).

Inaczej przedstawia się ta kwestya w odniesieniu do przestępstw materialnych. Tu skutek przestępny odrywa się materialnie 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 być jakaś inna okoliczność, która po-

siadała 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 materialnego zapomocą swojej działalności, człowiek potrzebuje współdziałania 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 wystrzelał 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 nie tylko czyn, który go sprowadził, ale także okoliczności, które pozwoliły mu stać się jego przyczyną. Warunkiem bo-

wiem 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. Zachodzi teraz pytanie, czy ze stanowiska związku przyczynowego wszystkie warunki danego zjawiska są sobie równe, czy też można w ich rzędzie odróżnić dwie kategorie, t. j. warunki, wytwarzające odnośny skutek i warunki, umożliwiające jego wytworzenie. Większość kryminalistów odpowiada na to pytanie przecząco, a za przewodzców tego kierunku uznać należy Bara i Buri'ego<sup>1</sup>. Obaj ci autorowie uczynili kwestyę związku przyczynowego tematem specjalnych badań i w tem się między sobą zgadzają, że, ze stanowiska praw, rządzących przyrodą materialną, wszystkie warunki danego zjawiska są pod względem przyczynowym sobie równe. Z uwagi na to, zdaniem tych autorów, przyczyną odnośnego skutku można nazwać z jednakową słusnością każdy z jego warunków. Dopiero, oderwawszy się od gruntu czysto przedmiotowego i zajmąwszy wobec rozbieranej tu kwestyi stanowisko prawa, jako normy panującej nad wolą ludzką, jesteśmy w stanie zamknąć w cieńszych ramach pojęcie związku przyczynowego. Wtedy mianowicie przyczyną danego skutku nie nazwiemy już każdy z jego warunków, lecz tylko te z nich, które posiadać będą pewną dodatkową, specjalnie prawo obchodzącą kwalifikacją. Przedewszystkiem prawo uzna za przyczynę danego skutku, tylko te jego warunki, które polegać będą na działaniach ludzkich t. j. na wywieraniu przez człowieka pewnego wpływu na bieg zjawisk świata zewnętrznego. Jakimże ma być ten wpływ?

<sup>1</sup> Patrz literaturę w dopisku do Nr. 173



177. Według Bara ma on zasadzać się na sprowadzeniu zboczenia od porządku rzeczy, uchodzącego na widowni życia ludzkiego za prawidłowy<sup>1</sup>. 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 odnośnie 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 rozпали u siebie ognisko, a iskra, padłszy na dach sąsiada, wzniesi 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 stawy 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* rozпалиł ognisko w tym tylko celu, aby wzniesić pożar u sąsiada. Wtedy bowiem powyższy jego czyn utraci charakter prawidłowości i z tego powodu nadaje się do tego, aby prawo uznało go za przyczynę wywołanego przezeń pożaru<sup>2</sup>.

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 innię 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 materialnego, którym jest związek przyczynowy, przyłączył się pierwiastek moralny winy, tkwiący w odpowiednim nastroju woli sprawcy. 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 musi być rzeczą całkiem obojętną. Błąd Bara polega na pomieszaniu obu tych kwestyj i dlatego jego pojęcie związku przyczynowego, jako opartego na zboczeniach od porządku życia, uznanego za prawidłowy, jest natury czysto podmiotowej i nie może być brane w rachubę ze stanowiska praw, rządzących światem zjawisk zewnętrznych.

<sup>1</sup> *Lehre vom Causalzusammenhange*, str. 11.

<sup>2</sup> Tamże str. 12—18.

**178.** Od błędu łączenia kwestyi związku przyczynowego z pytaniem, dotyczącem winy sprawcy, długo także nie był wolny Buri. Dopiero w późniejszych swoich rozprawach (od r. 1866)<sup>1</sup> odstąpił on od tego wadliwego stanowiska, utrzymując, że nawet prawo musi uważać za przyczynę odnośnego skutku każdy czyn, bez którego skutek ten nie byłby nastąpił. Przeczy on też stanowczo,

aby pod względem przyczynowym można było dopatrzeć się jakiegokolwiek różnicy przedmiotowej między różnymi warunkami odnośnego skutku. Przyczyną tego ostatniego nazwać należy zarówno ogólną sumę owych warunków, jak każdy z nich z osobna. Dla prawa też według Buri'ego nie posiada znaczenia istotnego okoliczność, że odnośny człowiek przez swój czyn wytworzył ten lub inny warunek przyjscia do skutku danej zmiany na widowni świata zewnętrznego, 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 kwalifikację 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 Buri'ego nie ma pod względem materialnym 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 nabitego. 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 trzeba będzie odmówić, a Pawłowi trzeba będzie przyznać zdolność przewidzenia omawianego tu skutku.

Zdaniem naszym nawet pod względem materialnym będzie zachodziła istotna różnica między warunkami, wytworzonymi 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 po-

działu warunków, bez których odnośny skutek nie byłby nastąpił, na takie, które uważać należy za jego przyczynę, 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. Mamy więc teraz odpowiedzieć na pytanie, czym 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.

<sup>1</sup> *Ueber Kausalität und deren Verantwortung* (1873). *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* (1885). Teorią Burri'ego poddał szczegółowej krytyce Thyrén: *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien (Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie, I)*, Lund, 1894, str. 26—34.

**179.** Niejednokrotnie próbowano w nauce przeprowadzić granicę między przyczyną a warunkiem odnośnego skutku. Przyczynę chciano określić, jako najskuteczniejszy (Birkmeyer) lub ostatni warunek (Binding, Ortman), a także, jako czynnik, który zwyczajnie, a nie tylko przypadkowo, dany skutek sprowadza (*adäquate Verursachung* w przeciwstawieniu do *zufällige*: Kries, Merkel)<sup>1</sup>. 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 jakimś złem przeczuciem, chciał koniecznie iść tą ostatnią. A jednak w przypadku tym prawo już ze względów czysto praktycznych będzie musiało uznać za przyczynę odnośnego uszkodzenia cielesnego raczej czyn Piotra, niż czyn Jana, a niemniej uzasadnionem okaże się to stanowisko prawa także z punktu widzenia związku materialnego, zachodzącego między temi czynami a owem uszkodzeniem cielesnem.

Bardzo oryginalnie tłumaczy Binding, 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. Przeciwno 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 materialnym nie można mówić o czynnikach, które sprzyjały jego wytworzeniu, i o takich, które były do tego przeszkodą. Dystynkcyja ta staje się możliwą do przeprowadzenia tylko wtedy, jeżeli, przeciwstawimy w myśli danemu skutkowi konkretnemu  $x$ , inny skutek  $z$ , który byłby nastąpił wrazie, 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  $z$ . Materialnie 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 drugimi.

Również nie mogą nas przekonać Kries i Merkel, gdy granicę między przyczyną a warunkiem biorą za jedno z granicą między zwyczajnym a przypadkowym spowodowaniem odnośnego skutku. Różnica między zwyczajnością a przypadkowością pewnego przebiegu rzeczy nie dotyka bynajmniej natury materialnej tego przebiegu, lecz odnosi się wyłącznie do naszej opinii o nim. Jeżeli spowodowanie przez czynnik  $a$  skutku  $x$  nazywamy przypadkowym, to nie znaczy to wcale, aby ze stanowiska praw, rządzących przyrodą materialną, związek między owym czynnikiem a tym skutkiem, przy zaistnieniu innych jeszcze, w tym właśnie szczególnym przypadku zaszytych 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.

<sup>1</sup> Odnosną literaturę patrz' pod l 173.

180. Najbliżej prawdy są według nas poglądy, szukające różnicy realnej między siłą, którą przedstawia przyczyna, a tą, którą wyraża warunek <sup>1</sup>. 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 kategorie. 1) trzeba, aby zaistniał czynnik, który tę zmianę wytworzył; 2) trzeba, aby czynnik ten znalazł do tego odpowiedni materiał; 3) trzeba aby posiadał do tego odpowiednią moc. Jako przykład zacytujmy dwa wypadki, jeden całkiem niezależny od woli ludzkiej, drugi, spowodowany przez człowieka. Piotr umiera rażony piorunem. Piotr pada trupem, zastrzelony przez Pawła. W pierwszym przypadku przedewszystkiem odpowiednia kombinacja stosunków atmosferycznych musiała być wyłonić tę siłę elektryczną, którą

przyjęto nazywać piorunem. Następnie piorun musiał być, znaleźć na swojej drodze żywego Piotra. Wreszcie jego moc w chwili, gdy uderzył w Piotra, musiała posiadać stopień nateżenia potrzebny do zabicia człowieka. Te same kategorie odnajdziemy i w drugim przypadku. Przedewszystkiem Paweł musiał się urodzić i żyć aż do chwili, w której wystrzelił do Piotra. Następnie żywy Piotr musiał służyć mu za materyał do wytworzenia tego skutku, którym stała się śmierć Piotra. Nareszcie działalność, rozwinięta przez Pawła, 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 któregośkolwiek 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 akcji wytworzył dla odnośnego skutku przestępnego jeden z jego warunków trzeciego typu.

Otóż naszym 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.

<sup>1</sup> Należą tutaj zapatrywania Forke'go (*Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberchaft und Beihilfe*, 1890), R. Horna (*Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht*, 1893) A. Horna. (*Gerichtsaal*, t. 54, str. 321), Huthera (*Der Kausalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts*, 1893, tudzież w *Zeitschrift Liszta*, t. 17, str. 175), Kohlera (*Studien*, I. 83), Kuhles'a (*Fragen der Kausalität*, 1895) i kilku innych autorów, którzy, aczkolwiek odbiegają od nas co do sposobu uzasadniania 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 będziemy tylko jeden z warunków tej ostatniej (t. j. uznamy po stronie Piotra morderstwo za usiłowane)?

Przypuścmy 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 kuracji.

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 atmo-



sfery, względnie zaś nieumiejętne leczenie, mogło być 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 samym 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 żywioł (belka, względnie zaś Jan) nie byłby znalazł odpowiedniego materiału (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 żywiołem 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 miałyby 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 materiału do wytworzenia zjawiska, o którym tu mowa.

**182.** Na podstawie przytoczonych wyżej przykładów pogląd nasz na różnicę między czynem ludzkim, jako przyczyną, a takimże czynem, jako warunkiem 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 jakąś inną jeszcze okolicznością, która, choćby przypadkowo, przyłączyła się do niego (wpływ mrozu lub złej kuracyi na rany, które Piotr zadał Pawłowi) posiadał według tego, co wiemy o prawach, rządzących przyrodą materialną, 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 materialną, 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 materiału (nie siły) niezbędnego do jego wytworzenia.

W myśl tych dwóch tez należy formułkę Buri'ego i Liszta (*Lehrbuch*, §. 29). 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 ten ostatni 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 linią 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 zabijwszy 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 dzia-

łalnością przestępną Piotra czyn Jana otrzyma kwalifikacją 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 materialnych w ogóle. Obecnie wypada nam specjalnie zająć się tą kwestyą w zastosowaniu do przestępstw materialnych, dokonanych przez opuszczenie, czyli do t. zw. *delicta per omissionem commissa*. Różnią się one od przestępstw z opuszczenia *sensu stricto* w tym istotnym punkcie, że, podczas gdy te ostatnie są przestępstwami formalnymi, t. j. uważają się za dokonane już z chwilą, gdy w przepisany czasie sprawca zaniechał spełnić odnośnego czynu (np. niewystawienie na czas przez dróżnika kolejowego sygnału bez względu, czy wskutek tego nastąpiło lub nie jakie nieszczęście); to one są przestępstwami materialnymi, polegającymi nie na samym zaniechaniu odnośnej czynności, lecz na wywołaniu przez jej zaniechanie pewnej zmiany na widowni świata zewnętrznego (zabicie dziecka przez matkę zapomocą jego zagłodzenia).

Powstaje z okazji 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 jakiegos innego czynu pozytywnego. Ten ostatni czyn jednak nie może wytwa-

rzać 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, możliwość 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 samym zaniechaniu, ile razy tylko skutek ten nie byłby powstał bez odnośnego zaniechania. Stosują oni do opuszczeń swoją ogólną teorią związku przyczynowego, teorią, w myśl której czyn człowieka trzeba uważać za przyczynę danej zmiany na widowni świata zewnętrznego, jeżeli tylko ta zmiana nie byłabyzaszła w razie zaniechania spełnionego czynu (Buri, *Nichthinderung* Liszta; p. wyżej Nr. 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 możliwości 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 spowodował 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 materiału, niezbędnego do spowodowania 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 sprawa tylko Jan, podczas gdy Piotra z tytułu jego zaniechania należałoby uważać jedynie za pomocnika tej zbrodni<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Na pozor możnaby temu rozumowaniu zarzucić, że i Jan tylko dostarczył wodzie materiału do spowodowania 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 zależnymi 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, rękę rewolwer nabyty. 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 materiału 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 jednak, aby, jak to znów twierdzą inni bardzo poważni kryminaliści (Krug, Gła-

ser, Merkel)<sup>1</sup>, zaniechanie miało być zawsze pozbawione kwalifikacji stawiania się przyczyną jakiegokolwiek zmiany na widowni świata zewnętrznego. Według tej teorii 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 takim 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 droźnika 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 droźnika, 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 podmiotowego. Czy prawo nałożyło na mnie lub nie obowiązek, spełnienia wśród pewnych okoliczności jakiegoś czynu, nie może przecież w żaden sposób rozstrzygać o tem, czy, ze sta-

nowiska 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 droźnika posady kolejowej i przystąpienie budowniczego do stawiania domu są czynnościami, które tylko warunkowo nie będą mogły znaleźć się w związku przyczynowym z pewnymi skutkami, przeciwnymi widokom prawa. Warunek, od którego zależy niezdolność powyższych czynności do spowodowania szkodliwych skutków, tkwi w przyłączaniu się do każdej z nich pewnych innych jeszcze czynów, które ma spełnić ich sprawca celem zapobieżenia owym skutkom. Jeżeli droźnik, 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.

<sup>1</sup> Tytuły odnośnych dzieł Kruga, Glasera i Merkla patrz w dopisku do l. 165. Por. także Merkel: *Lehrbuch*, 1889, str. 111, tudzież rozprawę Rohlanda: *Die strafbare Unterlassung*, 1887. Ten ostatni autor odrzuca związek przyczynowości materialnej między *omissio* a odnośnym skutkiem, a chce widzieć między nimi tylko związek przyczynowy czysto prawniczej natury. Konstrukcję tę jednak trzeba uznać za całkiem dowolną, gdyż logicznie można mówić tylko o związku przyczynowym, opartym na prawach przyrody, nie zaś zależnym od stanowiska ustawodawcy.

**188.** Teoria 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 materialną, posiadałaby moc spowodowania tego skutku, lecz w okoliczności, która tylko dostarczyła danej osobie materiału (nie siły), niezbędnego do jego wytworzenia. Gdyby Piotr nie był jako droźnik 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 mógł 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 droźnika 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 zaniechanie 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 droźnik 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<sup>1</sup>, czy też 2) z powodu niej powyższy stan rzeczy doznał takiej jeszcze zmiany, która jedynie dzięki temu stała się zdolną do spowodowania pewnego skutku, że jej sprawca dopuścił się potem zaniechania jakiegoś innego czynu.

W przypadkach pierwszej kategorii 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 materiał niezbędny do spowodowania tego skutku

Inaczej osądzić musimy zaniechanie, którego dopuścił się Piotr w przypadkach drugiej kategorii. Tu bowiem Piotr wprowadził był poprzednio do zachodzącego stanu rzeczy jakiś nowy pierwiastek, który tylko dzięki temu stał się zdolnym do spowodowania tego lub owego skutku, że Piotr dopuścił się potem zarzucanego mu zaniechania. Zaniechanie ma więc tutaj charakter czynnika, bez którego stan rzeczy na widowni świata zewnętrznego nie byłby posiadał mocy potrzebnej do spowodowania danego skutku. W takim położeniu jest drożnik kolejowy, który przez nieusunięcie belki, leżącej w poprzek szyn, wywołał wykolejenie pociągu, a także budowniczy, który, przez zaniechanie przepisanych środków ostrożności, spowodował ru-

nięcie rusztowania lub budowli. Jak widać, to rozumowanie nasze zbliża się pod pewnym względem do teorii 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 kategorii, zaniechanie przez Piotra czynu  $\alpha$ , nazwiemy tylko warunkiem skutku  $z$ , w przypadkach zaś, zaliczonych przez nas do drugiej kategorii, owo zaniechanie uznamy za przyczynę tego skutku<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Wypada jeszcze zanotować, że niektórzy autorowie nie uważają za właściwe poruszać z okazji przestępstw *per omissionem commissa* pytania, kiedy zaniechanie stawać się może przyczyną skutku, który bez niego nie byłby nastąpił, lecz zadawałają się rozbiorem kwestyi, pod jakimi warunkami zaniechanie stawać się może bezprawnem, inaczej mówiąc, kiedy prawo traktuje fakt, że ktoś nie stał się przeszkodą do powstania jakiegos skutku, na równi z faktem, że ktoś stał się jego przyczyną. Do tych autorów należy Liszt, który o „*Verursachung des Erfolges*“ wspomina tylko ze względu na „*das Thun*“, a w odniesieniu do „*das Unterlassen*“ mówi tylko o „*Nichthinderung des Erfolges*“ (Lehrb 1898, I, §§ 29 i 30) Naszem zdaniem, pogląd ten jest tylko bardzo zreżcznem ominięciem lecz nie rozwiązaniem obchodzącej nas kwestyi, gdyż nie jest w stanie wyjaśnić należycie, dlaczego „*die Nichthinderung des Erfolges*“ wsrod niektórych okoliczności nie sprzeciwia się wcale prawu, wsrod innych zaś czyni osobę, która się dopuściła odnosnego zaniechania, odpowiedzialną wobec prawa za dany skutek, i to znow raz w charakterze sprawcy, kiedynziej zaś w charakterze pomocnika.

#### IV. Czas i miejsce wykonania czynu przestępnego<sup>1</sup>.

##### § 42.

190. Powiedzieliśmy, że w skład każdego czynu zewnętrznego (a więc i czynu przestępnego) wchodzi włą-

ściwie 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, gdzie takie oderwanie nastąpiło, należy uważać czyn przestępny za wykonany.

<sup>1</sup> Schneidler: *Der Ort der begangenen Handlung*, 1886. Liszt: *Lehrb.*, I. § 31. Janka, § 40. Finger, I. § 47. Lilienthal: *Der Ort der begangenen Handlung*, 1890.

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 racjonalnie oprzeć można odpowiedzialność prawną człowieka za jakiś skutek przestępny, jest spełnienie przez 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 przejawiał na zewnątrz wolę jego sprawcy w kierunku wywołania powyższego skutku (por. wyżej Nr. 164). W przeciwnym razie musielibyśmy czyn sprawcy uważać za przestępny dopiero wtedy, gdy przybrał on już 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 morder-

stwem dokonaniem 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 rozstrzygnięcia 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. Przyjąwszy chwilę powstania skutku przestępnego za czas spełnienia odnośnego przestępstwa, musielibyśmy jego sprawcę uwolnić od wszelkiej odpowiedzialności w razie, gdyby tenże był się znajdował w stanie zupełnej nieprzytomności umysłu w porze, gdy nastąpił skutek przestępny, a to całkiem niezależnie od tego, że czyn swój spełnił z należytą rozważą. Oprócz tego czas 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 austriackie 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.

<sup>1</sup> Ustawa o postępowaniu karn. z 23 maja 1873, § 51. Por. mój *Wykład procesu karn.*, 1891, str. 146 — 148. Za naszą tezą

przemawia też większość kryminalistów. Odmiennego zapatrywania jest Liszt (*Lehrb.*, I, § 31), wysuwając na pierwszy plan czas i miejsce powstania skutku przestępnego.

## ROZDZIAŁ II.

### Pierwiastek działania bezprawnego.

#### I. Bezprawie kryminalne i jego stosunek do innych gatunków bezprawia <sup>1)</sup>.

##### § 43.

193. Wiemy już, że w skład każdego przestępstwa musi wchodzić pierwiastek działania bezprawnego, tudzież, że nie każde bezprawie posiada kwalifikacją do tego, aby je państwo ze stanowiska idei prawa mogło uważać za przestępstwo (p. wyżej Nr. 152—156). Wynika stąd, że obok bezprawia, nacechowanego tą kwalifikacją, 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 ona głębiej i znajduje swoją przyczynę w samej treści odnośnych bezprawia. Rozbiór tego pytania zapowiedzieliśmy już wyżej (Nr. 162), przyczem wyjaśniliśmy, że przyjęto powszechnie bezprawia pierwszej kategorii nazywać kryminalnemi, a na oznaczenie bezprawia drugiej kategorii używać ogólnego terminu bezprawia cywilnego.

<sup>1</sup> Merkel *Krim. Abhandlungen*, I. 1867. Ihering: *Das Schuldmoment im rom. 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. Halschner: 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. Lo-

ning: *Der Vertragsbruch und seine rechtlichen Folgen*, 1876. Thon: *Rechtsnorm 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.* 1889. Tenze: *Die Deliktsobligationen*, 1898. Sjogren: *Formen des Unrechts* (Iherings Jahrb. t. 35. 1896. str. 366 i nast.). Löffler: *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 jakiegokolwiek 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 kwalifikacją do tego, aby mógł być uznane za 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, polegającego na poniesieniu przezeń kary. W pierwszym przypadku nazwiemy odnośnie 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 innym tylko łagodniejszym środkiem represyjnym, którym państwo zadowalnia się w przypadkach, nie wymagających kary.

Słusznie tej teoryi zarzucono, 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, przemieszczenia, oszustwa) sprowadzają zwyczajnie oba tu omawiane skutki prawne, podczas kiedy pospolicie z najcięższymi 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 wobec tego, że ta ostatnia jest niewątpliwie skutkiem prawnym bezprawia, i wynagrodzenie szkody mogło z tego samego wypływać źródła. Kara mianowicie jest skutkiem prawnym, który powinien dotyczyć tylko winowajcy, a wychodzić ma na korzyść całego społeczeństwa niezależnie od tego, czy pokrzywdzony lub ktokolwiek inny przywiązuje do niej jakąkolwiek wartość. Istota zaś ary 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. Obo-



wiązek 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<sup>1</sup>. Ta różnica zasadnicza między wynagrodzeniem szkody a karą znajduje według Bindinga wyłómaczenie w tej okoliczności, że tylko kara jest skutkiem prawnym bezprawia w ścisłym 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 swoją 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 jego dług został już spłacony.

Czemże więc jest bezprawie podmiotowe według zapatrywań Bindinga? Bezprawiem podmiotowym jest tylko akt nieposłuszeństwa ze strony osobnika wobec wyraźnego zakazu lub nakazu, zawartego w normie prawa. Prawo narzuca swoją wolę za pośrednictwem odpowiednich norm nie wszystkim ludziom, lecz tylko tym, którzy są zdolni do tego, aby chcieć się do jego woli stosować. Wynika stąd, że w każdym bezprawiu tkwić 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, zdolne jest za-

wsze do tego, aby módz być obłożone karą (*ist straffähig*). Przepęstwem jednak (*Verbrechen*) stanie się bezprawie dopiero wtenczas, gdy państwo uzna za właściwe pociągąć jego sprawców do kary. Zanim to nastąpi, bezprawie nie będzie *strafbar*, lecz tylko *straffähig*. Takie to bezprawie bez względu na to, czy będzie lub nie uznane za przepęstwo, oznacza Binding terminem technicznym *Delikt*.

Gdzie miejsce teraz na t. zw. bezprawie cywilne? Nie jest ono, zdaniem 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 przepęstwo, 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. Sądzymy 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 est w błędzie, gdy nie chce uznać racji bytu bezprawia cywilnego.

<sup>1</sup> Poi. *Normen*, I. § 41 (2 wyd.)

<sup>2</sup> W pierwszym wydaniu swoich *Normen* (1872) Binding uznawał tylko bezprawie podmiotowe, wychodząc z tego założenia, że t. zw. bezprawie przedmiotowe, jako niezawinione przez człowieka, sprzeciwiać się normom prawa nie może (§ 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, musiałyby się mieścić w ramach bezprawia przedmiotowego dopoty, dopóki nie zamieniłyby się w bezprawie, posiadające kwalifikacją 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 (teoria podmiotowa), bądź 2) w naruszonych interesach (teoria przedmiotowa), bądź 3) w przejawie zewnętrznym woli prawa przeciwniej (teoria formalna).

1) Teoria podmiotowa, wyznawana przez Hegla<sup>1</sup>, utrzymuje, że, zachodzące w każdym 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 orzekło, 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 zniewała 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 teorii, wola bezprawna osobnika, występująca na zewnątrz bądź jawnie (przestępstwo), bądź pod postacią czynu legalnego (oszustwo).

Pogląd ten rozбивa 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<sup>2</sup>, chce widzieć w bezprawiu cywilnym naruszenie interesów, wytwarzających prawo podmiotowe pokrzywdzonego, a w bezprawiu kryminalnym, 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 odzna-

czają, że stawać się mogą prawnymi tylko o tyle, o ile charakter ten zechce im nadać osoba, upoważniona przez prawo przedmiotowe do tego, aby nimi rozporządzać dowolnie. Do tej kategorii 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, które wobec tej kwestyi uzna za właściwe zająć pokrzywdzony. Bezprawie też, tkwiące w nadwężeniu 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 kategorią przestępstw przeciwko interesom majątkowym jednostek. W świetle jej mianowicie kradzież, przemieszczenie, 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 kategorii danego

bezprawia, lecz wartość dobra, chronionego przez ów nakaz lub zakaz, i stopień jego nadwężenia.

<sup>1</sup> *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 84–103.

<sup>2</sup> *System des preuss. Strafrechts*, I. § 1.

<sup>3</sup> *Das gem. d. Strafr* I. str. 25, 26.

**198.** Doprowadziliśmy do końca rozbiór głównych teoryj, za pomocą których starano się wyłomaczyć 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 według terminologii Bindinga).

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 znaleźć 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 osób całkiem niezależnie od tego, czy

w tym lub innym przypadku którakolwiek z tych ostatnich chciałyby lub nie żądać od nas ich spełnienia. Przepisy pierwszego typu nazwać można normami określającymi, a przepisy drugiego typu — normami przykazującymi. I jedno 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 nietylko 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 odpo-

wiada woli wszystkich, choćby nie zgadzało się z jej wolą indywidualną<sup>1</sup>. Pierwsze żądania stawia prawo w postaci norm określających, drugie — w postaci norm przykazujących.

<sup>1</sup> 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 rządów, okaże się rzeczą niezbędną przyznać także osobny charakter każdej z dwóch, odpowiadających im kategorii bezprawia. Inną bowiem jest rzeczą, sprzeciwić się woli prawa, której istotną sprężyną jest wola indywidualna pewnego osobnika, a inna — 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<sup>1</sup>). 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 przez nie krzywdę; w przypadku zaś drugiego bezprawia, uzbraja się ono wprost przeciwko mnie i łamie mój opór jego przykazaniom.

<sup>1</sup> 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 cywilnym nazywamy działanie, które tylko sprzeciwia się normie prawa określającej; bezprawiem kryminalnym nazywamy działanie, które sprzeciwia się normie prawa przykazującej. Sprawca pierwszego, podobnie jak sprawca drugiego, przeciwstawia świadomie swoją wolę indywidualną woli ogólnej prawa. Różnica między nimi 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 kwalifikację 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, 158). Konieczną zaś nie okaże się kara w stosunku do bezprawa, którego popełnieniu państwo nie próbowało zapobiedz, nawet przez użycie tego środka prewencyjnego, którym stać by się mogło sformułowanie woli prawa w postaci normy przykazującej. Wszakże w przypadku przełamania przez jakąś osobę normy określającej prawa, państwo ma jeshcedo dyspozycyi zamienienie tej normy w przykazującą, a więc nie znajduje się ono jeshcedo 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 trojakiemu 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<sup>1</sup>. 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 móżdż powiększą straż sprawować skutecznie. Wynika stąd, że przestępstwem może być tylko czyn, wyrządzający krzywdę człowiekowi. Przeciwno 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 materialny (np. zakaz polowania w czasie ochronnym), lub moralny (np. zakaz dręczenia zwierząt<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> Dobro jednak, chronione przez prawo, może stać się przedmiotem naruszenia ze strony przestępstwa tylko za pośrednictwem pewnych rzeczy zmysłowych, które występują bądź jako jego wezelenie (np. człowiek w odniesieniu do życia, którego pozbawia go morderca), bądź jako jego materiał (np. mój pugilares w odniesieniu do interesów majątkowych, które narusza złodziej, zabierając go z mojego posiadania). Patrz \*Oppenheim: *Die Objekte des Verbrechens*, 1894.

<sup>2</sup> Por. Garraud *Traité théorique et pratique du droit pénal français* (1898); I, Nr. 224.

**202.** Ochrona danego dobra może zasadać się tylko na utrzymywaniu w świetle 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, rozwinięwszy jakąkolwiek czynność, spełniał ją w taki sposób, iżby nie znaleźć się w niezgodzie z wolą prawa, wyrażoną w odnośnym zakazie. Widzimy stąd, że, przy ścisłym przeglądzie, można w każdym zakazie dopatrzeć się także ukrytego w nim nakazu, przestrzegania, przy jakimkolwiek dowolnem postępowaniu, tej przeczności, która jest niezbędną, 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 skutek tego żaden człowiek nie utraci życia) <sup>1</sup>.

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 <sup>2</sup>. 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.

<sup>1</sup> Inna rzecz, czy przez to nie przełamie nakazu, zawartego w zakazie »nie strzelaj do człowieka z fuzyi, o której się wprzod 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 rzeczywiście broni nie nabitej.

<sup>2</sup> Por. wyżej Nr. 166—169; 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 kategorie: <sup>1</sup>

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 niebezpieczeń-

stwa, 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 w mieście; 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 kategorii. To też u wszystkich narodów najwięcej norm drugiego i trzeciego stopnia ustanawia prawo ze względu na bezpieczeństwo państwa i życia ludzkiego.

<sup>1</sup> 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 które nie bywa od niego odsuwane. Niektórzy autorowie twierdzą, że pojęcie niebezpieczeństwa nie posiada żadnej treści przedmiotowej, gdyż w każdym przypadku, uważania jakiejś okoliczności za niebezpieczną dla jakiegoś dobra, okazać się musi albo, że okoliczność ta nie wyrządziła mu żadnej szkody, albo też, że przyniosła mu ona 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 tłumaczy, że prawo musi brać w rachubę

niezdolność ludzi, do tak dokładnego przenikania całego stanu rzeczy, towarzyszącego danemu działaniu, aby na tej podstawie mózdz 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 ono szkody odnośnemu dobru. Przedmiotowo bowiem byłby tu uzasadniony tylko sąd, że wskutek tego działania nastąpi, lub nie, uszkodzenie owego dobra. Do wyznawców tego poglądu, któryby można nazwać teorią podmiotową, należą Binding, Hertz, Finger, Janka, Thon i wielu innych autorów<sup>1</sup>.

Z odmiennego założenia wychodzi pogląd, według którego pojęcie niebezpieczeństwa ma się także opierać na pewnej podstawie przedmiotowej. Tę ostatnią mianowicie możemy łatwo zbudować w drodze t. zw. rachunku prawdopodobieństwa, ze stanowiska którego wolno nam będzie nazwać niebezpiecznym dla jakiegoś dobra to działanie, o którym, 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, teorią przedmiotową, wyznają między innymi Rohland, Kries, Merker, Liszt i Horn<sup>2</sup>. Tylko ten pogląd uznać należy za racjonalny, on jeden bowiem daje nam możliwość, przyznania państwu tytułu, do okładania karą przestępstw nieumyślnych tudzież usiłowania przestępstw.

<sup>1</sup> Binding: *Normen*, I, § 17, Hertz *Das Unrecht*, I, 1880, str. 73. Finger: *Der Begriff der Gefahr*, 1889 (*Jur. Vierteljahreschr*); *Straf.* 1894, I, str. 65. Janka. *Strafr.* 1894, str 55 Thon *Ueber den Begriff der Verursachung*, 1894 (*Blätter für Rechtspflege in Thüringen*, t. 42)

<sup>2</sup> Rohland: *Die Gefahr im Strafrecht*, 1886. Kries *Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit*, 1888. Merker: *Lehrbuch*, 1889, str. 44. Liszt: *Lehrbuch*, 1898. I, str. 118, zwłaszcza w dopisku 6.

Horn: *Ueber Kausalitat und Wirken* (Ger Saal. t. 54), *Der Versuch* (*Czasopismo Liszta* t. 20, str. 309—361).

**206.** Specjalnie 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. Sądono dawniej powszechnie, a dziś jeszcze pogląd ten podziela Hälschner, że bezprawie policyjne ma wszelki tytuł do tego, aby uchodzić za odrębny gatunek bezprawia<sup>1</sup>. Według tego zapatrywania mianowicie, bezprawie policyjne miałyby stanowić szczebel pośredni między bezprawiem cywilnem a kryminalnem w ścisłym 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 każdym 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 policyjnym. Sądzimy, że tylko pozornie za jedyną cechę bezprawia policyjnego uważać można nieposłuszeństwo wobec zakazu lub nakazu prawa<sup>2</sup>; 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 konkretnie zagrażać nie będzie. Weźmy, jako przykład, zakaz szybkiej jazdy po ulcach w mieście

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.

<sup>1</sup> Feuerbach: *Lehrbuch*, § 22, a także patrz jego rozprawę p. t.: *Ueber Polizeistrafgesetzgebung* (*Feuerbachs Leben und Wirken*, II, str. 346 — 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. Halschner: System (*Einleitung*, § 1); *Das gem. deutsche Strafrecht*, § 15.

<sup>2</sup> Por. § 238 k. k.

**207.** Wszystkie przykazania prawa, bez względu na to czy są zakazami, czy nakazami, tem się odznaczają, że noszą na sobie dwie istotne cechy, które 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 szczególnie *contra* zakazowi ogólnemu), ani też sędzia nie łamie obowiązków swojego urzędu, jeżeli uchyla się od orzekania w sprawie, od której prawo go wyłącza (zakaz szczególnie *contra* nakazowi ogólnemu)<sup>1</sup>.

Norma szczególna ma się do ogólnej, jak wyjątek do reguły. Wypływają stąd dwa następujące ważne prawidła: 1) Normę szczególną należy zawsze tłumaczyć 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Do tej kategorii 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.

<sup>2</sup> Innego zdania był Feuerbach, który w tym przypadku chciał tylko widzieć przestępstwo przeciwko władzy sądowej państwa. Por. Hugo Meyer: *Lehrb.*, (1882), str. 286, dopisek 17.

**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 móżdż 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 <sup>1</sup>, którzy w interesie prawidłowego funkcjonowania 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 podwładnego do czynów bezprawnych, albo uchylać możność poczytania mu ich zawinę. Pierwsze znaczenie otrzyma rozkaz przełożonego w przypadkach, w których podwładny spełnia 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 przypadkach, w których podwładny był

jaknajsumienniej przekonany o jego legalności. Wtedy bowiem działać on będzie pod wpływem istotnego i niepokonanego błędu, która to okoliczność wyłączać będzie możliwość poczytania mu jego czynu za winę<sup>2</sup>.

Poza dwiema, podanemi wyżej, kategoriami 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<sup>3</sup>)

<sup>1</sup> Laband: *Staatsrecht*, I, str. 441. Finger: *Oester. Strafrecht*, I, § 72

<sup>2</sup> 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 Strafflosigkeit* (*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). Mniej stanowczo przychyliła się do nas Liszt: *Lehrbuch* (1898) str. 147. Por. także. Merkel: *Lehrb.* (1889) str. 160, tudzież kodeksy karne wojsk. austr. (1855, § 8) i niemiecki (1872, § 47).

<sup>3</sup> Patrz kod. k. austr. § 46, c.

210. B. Drugą kategorią okoliczności, wyłączających bezprawność działań, skądinąd prawu przeciwnych, tworzą przypadki, w których prawo 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*). Czegóż 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 4) zezwolenie pokrzywdzonego.

### 1. Szczególne upoważnienia prawne.

#### § 46.

211. Znane są przypadki, w których niektóre kategorie 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 tylko 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 specjalne 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<sup>1</sup>; służbodawcom

względem czeladzi służebnej; majstrom względem terminatorów<sup>2</sup>; 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 chirurga, który, dla uratowania życia pacjenta, amputuje mu rękę lub nogę bez jego zezwolenia<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> 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 celem utrzymania 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 Orzeczenie S. kas. z 3 grudnia 1877 (wyd. *Allg. osterr. Ger. Z. I.* 167).

<sup>2</sup> Co do służbodawców patrz różne ordynacje służbowe, w szczególności § 17 regulaminu służb dla miasta Krakowa z 7 lipca 1857. Co do majstrom patrz Ordynacją przemysłową z 20 grudnia 1849 (Dz. u. p. 227), tudzież nowelę z 8 marca 1885 (Dz. u. p. 22).

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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 reprezentacji 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 Komisji 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 österr. Rechte*, 1891. Krzymuski: *Nietykanność poselska i prawo karne* (Przegl. prawa i adm. 1898). Patrz zwłaszcza, zawarte w tej ostatniej rozprawie, wywody co do kwestyi, kiedy może być wykluczoną bezprawność, a kiedy ma być uchyloną tylko karygodność wystąpień poselskich (str. 614—622).

**212.** Znane są także okoliczności, wśród których pewne ściśle oznaczone działania, skądinąd prawu przeciwnie, utracić 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 austriackiego 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 <sup>1</sup>.

b) Dozwolone przytrzymanie przestępcy lub człowieka, mogącego uchodzić za szkodliwego lub niebezpiecznego, celem niezwłocznego oddania go w ręce właściwej władzy (§ 93 k. k.) <sup>2</sup>.

c) Dozwolone ogłaszanie osnową pisma drukowego, zgodnych z prawdą, doniesień (*Mittheilungen*) o jawnych rozprawach Rady państwa lub sejmów krajowych (§ 28 ust. druk. z 17 gr. 1862; Dz. u. p. 6 ex 1863), choćby treść tych doniesień była sama przez się karygodną <sup>3</sup>).

<sup>1</sup> 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 o straży polowej i o postępowaniu w razie szkód polnych.

<sup>2</sup> W niektórych przypadkach ustawa nakłada nawet obowiązek przytrzymania w granicach możliwości 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.

<sup>3</sup> Patrz Krzymuski: *Nietykalność poselska i prawo karne*, str. 699. 704.

## 2. Obrona konieczna <sup>1)</sup>.

(*inculcata 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 organizację 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, wyrządzo-

nej pokrzywdzonemu Działalność, rozwinięta w tym celu na własną rękę przez tego ostatniego, podchodziłaby pod pojęcie zabronionej przez prawo pomocy własnej (*Selbsthilfe*)<sup>2</sup>

Większym liberalizmem odznaczają się ustawy ze względu na przypadki drugiej kategorii, t j gdy rozchodzi się o udaremnienie zamierzonego, a już bezpośrednio za gwałtownego napadu bezprawnego W przypadkach tych przyjęto powszechnie, przyznawac osobom prywatnym t zw prawo obrony koniecznej, wychodząc z tego założenia, że, jeżeli w danym razie ktos nie może liczyć na pomoc państwową, potrzebną dla odparcia od jakiegos dobra napadu bezprawnego, to wtedy konczy się też dla niego obowiązek wzywiania powyższej pomocy, a rodzi się tytuł prawny, do wystąpienia na własną rękę w obronie zagrożonego dobra Wystąpienie to leży nawet w interesie państwa, dla ktorego 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 chwycac za oręż przeciwko niemu, prawo to musi jednak mu służyć wtedy, gdy tylko siła jego ramienia potrafi ubez władnic bezprawnego napastnika.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Literatura Grattenauer *Ueber die Nothwehr*, 1806 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 Bull *w Gerichtssaal* 1878 Moriaud *Du delit necessaire et de l'etat de necessite* 1889 Tobler *Die Grenzgebiete zwischen Nothwehr und Nothstand* 1894 Stirtz *Die subjective Seite der Nothwehr* 1897 (Erlangen) Wahlerberg *Kleine Schriften*, III str 71 Löffler *Unrecht und Nothwehr* (czasop Liszta t 21 1901 str 537)

<sup>2</sup> Patrz co do tej kwestyi § 19 kod cyw i § 83 kod karn (i mianowicie wyrazy „es geschehe solches um sich wegen eines vermeinten Unrechtes Rache zu verschaffen ein angesprochenes Recht durchzusetzen“) Nader nieliczne przypadki dozwolonej pomocy własnej podalismy wyzej pod Nr 212 lit a — Stare prawo



niemieckie uznawało własną pomoc w bardzo szerokich granicach. Jako przestępstwo *suu generis* występuje ona w kodeksach partykularnych bawarskim z r. 1813 wirtenberskim z r. 1839 i saskich z lat 1855 i 1868. Do pewnego stopnia uznają dziś jeszcze pomoc własną francuski *Code penal* w art. 324 i kodeks chilijski w art. 10 ze względu na przypadek, gdy mąż zabija żonę swoją i jej kochankę w chwili zastania ich w swoim własnym domu na gorącym uczynku cudzołóstwa. Kodeks franc. jednak uważa tę okoliczność tylko za mającą sprowadzać niższą kwalifikację kryminalną morderstwa (por. art. 326) podczas kiedy kod chilijski uwalnia ze względu na nią meza od wszelkiej odpowiedzialności pod tym tylko warunkiem, aby bądź zabił tak żonę jak jej kochankę, bądź też aby nie wyszło na jaw, że umyślnie tylko ograniczył się do zabicia jednej tylko z tych osób. Por. rozprawę Hartwiga w *Zeitschrift für ges. Strafrw.* XX, str. 230.)

<sup>3</sup> 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 iura permittunt* (4o § 4 D IX 2). Przyczyna dla której pomoc własna nie może być dozwoloną narówni z obroną konieczną leży w tem, że odparcie szkody mającej być wyrządzona jakiemus dobru, jest rzeczą, o której każdy może łatwo przekonać się, że leży w interesie prawa. Tymczasem uzyskanie od jakiejś osoby zadosyuczynienia, z tytułu zarzuconego jej bezprawia, jest kwestyą, o której zgodności z wymaganiami prawa nie można inaczej się przekonać, tylko poddając ją w każdym szczególnym przypadku pod ocenę całego bezstronnego organu (sądu).

**214.** Prawo obrony koniecznej chciało wyprowadzać z powinności moralnej każdego człowieka, przyczyniania się do tego, aby prawo odnosiło zawsze zwycięstwo nad bezprawiem<sup>1)</sup> Pogląd ten jednak, oparty na teorii 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 dokonany. Obrona konieczna mianowicie nie ma nic wspólnego z pociąganiem do jakiegokolwiek odpowiedzialności karnej napastnika. Do załatwienia tej ostatniej kwestyi nikt inny prócz pan

stwa 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 konsekwencja, 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Tak zapatruje się na tę kwestyę Halschner (*Das gem. deutsche Strafr.* 1881. I, str. 477). Inaczej uzasadniają prawo obrony koniecznej Grocyusz i Pufendorf. Widzą oni w niem mianowicie wpływ umowy politycznej, na mocy której obywatele zrzekają się na rzecz państwa tytułu do tego, aby na własną rękę odierać, w drodze gwałtu, zagrażające im krzywdy, ale tylko pod warunkiem, że państwo będzie ich broniło.

<sup>2</sup> Innego zdania Halschner (l. c. str. 479 i 480), Janka (*Strafr.*, 1894, str. 109), Lammasch (*Grundriss.* 1899, str. 32). 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 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 miałyby napaść ze strony zwierzęcia. Wobec niej człowiek mógłby znaleźć 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. Naszym 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<sup>1</sup>, to jednak i wtedy jeszcze znajduje się pod jego władzą w tem rozumieniu, że państwo ma wszelki tytuł troszczyć się o to, iżby postępowanie tego człowieka było przedmiotowo zgodne z prawem, a mianowicie, iżby odebraną mu została wszelka sposobność, do spełniania czynów, prawu przeciwnych. Troszczyć się o to bowiem powinno państwo nawet w interesie podobnych osób, dla których niewątpliwie byłoby krzywdą, gdyby państwo, w miarę możliwości, nie miało ich powstrzymywać od działań, od których człowieka, dojrzałego wiekiem i zdrowego na umyśle, zwykło chronić poczucie obowiązku. W przypadkach więc, gdy ta możliwość nie dopisuje państwu, a tymczasem znajduje się pod ręką osoby prywatnej, rodzi się dla tej ostatniej nawet podwójny tytuł do rozwinięcia przeciwko napastnikowi akcji obronnej. Wchodzi tu mianowicie w grę z jednej strony potrzeba uratowania dobra zagrożonego, z drugiej zaś — potrzeba powstrzymania napastnika w jego własnym interesie od zamachu, który w przyszłości mógłby dla niego samego stać się przyczyną wielkiej boleści<sup>2</sup>. Nic podobnego nie za-

chodzi w odniesieniu do zwierząt i z tego powodu ich napasć wytwarzać może tylko stan wyższej konieczności.

<sup>1</sup> Patrz Nr 214, dopisek 2 — Osobny rodzaj dozwolonej pomocy własnej, nie będącej ani obłąką konieczną, ani stanem wyższej konieczności, widzi w tym przypadku Wachter (*Sachsische und thuringisches Strafrecht*, 1856—1858, str. 314)

<sup>2</sup> Np po dojściu do lat dojrzałych lub po odzyskaniu zdrowia umysłowego

**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 wczesnie oświadczono się za słusznością tej tezy, w odniesieniu do pierwszego punktu<sup>1</sup>, pomimo że, co do drugiego, długo zamykano obronę cudzych interesów w bardzo ciasnych granicach, pozwalając jej tylko najbliższym krewnym napadniętego<sup>2</sup>. 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 austriacki (§ 2 *g*), tylko pod tym ostatnim względem, znajduje się w zgodzie z nauką, dopuszczając obronę 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<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Już u praktyków włoskich występuje myśl, że niebezpie-

czenstwo, zagrażające honorowi, „*aequiparet periculo vitae*“ (Clarius *Tractatus de maleficus*, § homicid Nr 21) Karolina jednak (art 139—145 1o0) dozwalała obrony koniecznej tylko dla odparcia napadu bezprawnego na osobę człowieka

<sup>2</sup> C C C art 150

<sup>3</sup> 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 czyto na rozkaz, czy też tylko z upoważnienia prawa. Wskutek tego nie służy nikomu obrona konieczna ani dla odparcia żadnej, w imię prawa przedsięwziętej, egzekucyi przymusowej, ani nawet dla udaremnienia oporu, stawianego przez drugą osobę, w drodze wykonywania prawa obrony koniecznej. Dopiero gdyby owa osoba, przekroczywszy granice tego ostatniego prawa, dopuściła się t zw *excessus defensionis*, to z napadniętej musiałaby się ona zmienić w napastnika, przeciwko któremu obrona konieczna mogłaby okazać się całkiem uzasadnioną

**219.** 2) Obecność napadu. W myśl tego warunku, napad musi zagrażać rzeczywiście w chwili użycia przeciwko niemu gwałtu. W przeciwnym bowiem razie ta ostatnia akcja byłaby albo pomocą własną (gdyby napad już całkiem przeminął), albo raczej wyzwaniem niż odparciem bezprawia (gdyby napad miał dopiero zająć w przyszłości). Nie godzi się jednak pojmować obecności napadu w znaczeniu zbyt ścisłym. Z jednej strony bowiem nikt nie może mieć obowiązku powstrzymywania się od wszelkiej akciji obronnej aż do wstąpienia zbliżającego się napadu w stadyum początku wykonania<sup>1</sup>; z drugiej

zaś — byłoby niesłusznie zabronić komukolwiek użycia gwałtu, dla odzyskania dobra, które dopiero co stało się ofiarą napaści bezprawnej. Uznawali to już praktycy włoscy, żądając tylko, aby między napadem a gwałtem, użytym przeciwku 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 on jeszcze niezwłocznie, albo gdyby jego sprawca używał już w spokoju zdobytego dobra<sup>2</sup>.

Aczkolwiek akcja obronna, skierowana przeciwko napadowi, nie powinna być rozwinięta wprzód, aż ten ostatni zacznie bezpośrednio zagrażać, to jednak nie jest rzeczą zabronioną, uprzednie zastosowanie pewnych środków ochronnych przeciwko przewidywanemu napadowi, skoro tylko środki te mają skutek wywierać dopiero z chwilą nastąpienia napadu, a są tego rodzaju, że ich użycie nie może uchodzić za *excessus defensionis* (np. zasypywanie muru granicznego szkłem tłuczonym, a nawet zastawianie sideł lub samostrzałów)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Patrz C. C. C. art. 140

<sup>2</sup> W praktyce granicę między obecnością a nieobecnością napadu będzie można oznaczyć tylko ze względu na szczególne okoliczności każdego przypadku. Uznaje to kod. austr. i każe wnosić o potrzebie obrony z charakteru osob działających, z czasu lub miejsca napadu, jego rodzaju lub z innych, do niego odnoszących się, okoliczności (§ 2. g).

<sup>3</sup> 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 nie tylko na ocaleniu dobra

zagrożonego, ale także na zmanifestowaniu przewagi prawa<sup>1</sup>. 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 akcja odporna uchodzić może za jedyny środek, zapobieżenia zagrażającemu bezprawiu.

<sup>1</sup> Halschner, str. 478; Janka, str. 111; Lammasch, str. 32; (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 bezprawności podmiotowej napadu, np. Merkel (*Lehrb.* str. 164) i Finger (*Strafr.* t. I. str. 235). W duchu naszego poglądu rozstrzyga tę kwestyę Sąd kas. w orzeczu. Nr. 214, 233. Do opinii przeciwników przechylają się jednak orzeczenia tegoż Sądu Nr. 212, 744, 900, 1360. Projekt angielski kodeksu karnego z r. 1878 wyraźnie żąda dla obrony koniecznej, aby nie można było uratować dobra zagrożonego w jakikolwiek inny sposób, choćby w drodze ucieczki mehańbiącej.

**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 zagrożonym a dobrem, uszkodzonym 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 może mieć na celu odebranie mu możliwości, wyrządzenia krzywdy napadniętemu. Z uwagi na to sądzimy, że tylko wyjątkowo będzie można usprawiedliwić odebranie życia napastnikowi, dla uratowania jakiegoś innego mniej drogiego dobra. Zwłaszcza trzeba o tem pamiętać w przypadkach, gdy przedmiotem napadu jest własność. Przy-

puśemy mianowicie, że w danej chwili zabicie złodzieja musiałyby przedstawiać się, jako jedyny sposób, udaremnienia zamierzonej przezeń kradzieży, a pomimo to nawet, naszym zdaniem, niktby nie powinien uważać się za upoważnionego, do użycia powyższego środka wśród okoliczności, które pozwalały mu przypuszczać, że złodziej ten zostanie ujęty i zniewolony przez właściwą władzę do zwrotu zabranej rzeczy, względnie nawet jej równowartości

Inne stanowisko zajmuje wobec tej kwestyi *communis opinio doctorum*. Czyni ona umiarkowanie obrony koniecznej zależnem od tego tylko warunku, iżby dana osoba, mogąc odeprzeć napad za pomocą środków łagodniejszych, nie chwyciła się odrazu środków bardziej gwałtownych, tudzież, aby, po ustaniu napadu, zaniechała też wszelkiej dalszej akcji gwałtownej przeciwko jego sprawcy. Sędzia przy badaniu, ażali temu warunkowi stało się zadosyć, będzie musiał zwracać baczność uwagę na wszystkie okoliczności danego przypadku. To ma na myśli kodeks austriacki (§. 2. g.), stanowiąc, że »sprawiedliwą obroną 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Przeciwno wszelkim ścieśnieniom obrony koniecznej, opartym na *factorum aequalitas* patrz zwłaszcza Ihering: *Der Kampf um's Recht*, str. 95. — Zarówno od naszego poglądu, jak od *communis opinio* odstępują z jednej strony Geyer (*Nothwehr*, 1857) i Ahrens (*Naturrecht*, 6 wyd. 1870, 1871 t. II str. 85), z drugiej zaś Buri (w *Ger. S.* 1878. str. 463) i Löffler (czasop. *Liszt*, t. 21. str. 542). Pierwsi uważają za warunek istotny umiarkowanej obrony koniecznej, iżby nigdy nie chciano odbierać życia napastnikowi, dla odparcia jego zamachu na cudzą własność. Drudzy domagają się, aby dobro napastnika, naruszone w drodze obrony, wartością swoją nie przewyższało zbyt znacznie dobra napadniętego, jedynie na przypadek, gdyby napad był tylko przed-



miotowo bezprawny t. j. pochodził od osoby niezdolnej do odpowiadania. Wtedy mianowicie według wyrażenia, Löfflera obrona powinna być tylko odporną (*Schutzwehr*), nie zaś a c z e p n ą (*Trutzwehr*).

<sup>2</sup> 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 obowiązującymi przepisami. W Austrii istnieją takie przepisy w kwestyi używania przez niektóre osoby broni w wykonywaniu obrony koniecznej np. przez żandarmeryą (§ 13 ust. z 26 lut. 1876. Dz. u. p. 19), policyjną straż wojskową (§ 29 statutu organicznego dla władz policyjnych z 10 lipca 1850. l. 39 Dz. Ust. kraj. dla dolnej Austrii), 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 patrz w wydaniu kodeksu karnego niemieckiem Manza i polskiem Himmelblaua (do § 2).

**222.** Przy zaistnieniu czterech, rozebranych wyżej, warunków rodzi się dla każdego, kto chce odpierać odnośny napad, prawo obrony koniecznej<sup>1</sup>. 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 austriacki, aczkolwiek formalnie stawia ją w równym rzędzie z okolicznościami, które ze względów czysto podmiotowych wykluczają poczucie winy, a mianowicie ze stanami nieprzytomności i niedojrzałości umysłu, z błędem, przypadkiem i przymusem nieodpornym (§ 2)<sup>2</sup>. Że jednak kodeks pomimo, że w swoim systemie wyznaczył obronę koniecznej tak niewłaściwe miejsce, nie chciał bynajmniej traktować jej narówni z innymi, w § 2 wymienionymi, podmiotowymi przyczynami braku winy, dowodzi ta okoliczność, że uznanie obrony koniecznej za sprawiedliwą (*gerechte Nothwehr*) czyni kodeks zależnym od pe-

wnego przedmiotowego stanu rzeczy (bezprawnego napadu na życie, wolność i majątek), który to warunek byłby całkiem nie na miejscu, w razie gdyby kodeks chciał być 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 gwałtu celem odparcia jakiegoś napadu; to na ocenienie tej sytuacji nie mogłaby przecież wywierać żadnego wpływu okoliczność, czy napad ten okaże się lub nie bezprawnym.

<sup>1</sup> Dawniej wymagano jeszcze, aby osoba, która wyrządziła krzywdę napastnikowi, doniosła o tem natychmiast najbliższej władzy (kod. bawarski z r. 1813, wirttembergski z r. 1839, brunszwicki z r. 1840, hanowerski z r. 1840). Żądanie to stawia dziś jeszcze kod. rosyjski z r. 1866 (art. 101).

<sup>2</sup> Kodeks z 3 września 1803, zgodnie ze systemem, podówczas powszechnie przestrzegany nie traktuje o obronie koniecznej w odniesieniu do przestępstw wogóle, lecz wspomina o niej tylko w części szczególnej z okazji 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 *Herbert: Statuta regni Poloniae* (wyd. lubelskie z r. 1756, str. 128). Na tem wadliwym 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 wykonywaniu 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 granic, 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<sup>1</sup>. We wszystkich tych przypadkach nie dopisują trzy pierwsze, wyżej przez nas 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 samym położeniu znajdzie się osoba, która dopuści się przestąpienia granic obrony koniecznej (*Nothwehr excess, 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 nie tylko przedmiotowy stan rzeczy, ale także stanowisko podmiotowe osoby, znajdującej się pod zarzutem owego przestąpienia (p. wyżej Nr. 221).

W ogóle co do *excessus defensionis* należy odróżnić trzy następujące kategorie 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 bacniejszą 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 nigdy mowy ze względów czy-

sto podmiotowych. Powstaje wszakże pytanie, czy pomimo to zachodzić będzie w takim razie istota przedmiotowa przestąpienia granic obrony koniecznej, czy też trzeba będzie, z uwagi na brak wszelkiej winy po stronie sprawcy, uznać, że nie dopuścił się on żadnego *excessus defensionis*, skoro rozwinął tylko taką działalność, jaka wydała mu się niezbędną dla odparcia odnośnego napadu. Słuszność przemawiałaby niezawodnie za tą drugą alternatywą, a to niezależnie od uczuć, które nie pozwoliły sprawcy działać z należytą rozważą. Kodeks austriacki<sup>2</sup> jednak skłania się do tego poglądu tylko na przypadek, gdy przestąpienie granic obrony nastąpiło pod wpływem t. zw. uczuć astenicznych (przestrachu, bojaźni lub zatrwożenia). Co się tyczy zaś uczuć stenicznych (oburzenie, uniesienie lub rozgrzanie się w walce), to według prawa obowiązującego nie mogą one, nawet przy braku wszelkiej winy kryminalnej po stronie sprawcy, odebrać pod względem przedmiotowym przestąpieniu przezeń granic obrony koniecznej znamion odpowiedniego przestępstwa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Jank a: *Oesterr. Strafr.* str. 111.

<sup>2</sup> Także kod. niem. § 53.

<sup>3</sup> Por. kod. k. §. 2. 9. 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 pewnymi 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 ro-

dzaju 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 specjalnego obowiązku znoszenia z odwagą grożącego jej niebezpieczeństwa<sup>2</sup>.

Do trzech powyższych warunków, uznanych powszechnie przez teorią, 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<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> 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 Holtzendorffa*, II, str. 132). Stammler: *Strafrechtliche Bedeutung des Nothstandes*, 1878. Rud. Merkel: *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen* 1895. Po polsku pisali o tej kwestyi Kraushar: *O stanie konieczności w prawie karnem*, 1868; Ostrożyński: *Prawo wyższej konieczności*, 1886.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Patrz k. k. niem. § 54 »in einem unverschuldeten Nothstande«, tudzież projekty austr. (§ 58 z r. 1874; § 59 z r. 1881). — 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. Przeciwno 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 też późniejsze projekty austr. (§ 59 z r. 1891; § 58 z r. 1893) nie o tym czwartym warunku nie wspominają.

**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*<sup>1</sup>. Pomimo to jednak trzeba było długo czekać, zanim stan wyższej konieczności mógł uzyskać szersze zastosowanie w prawie karnem, t. j. zanim przestał być okolicznością, uniewinniającą 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 pewnymi warunkami każdą osobę, do ratowania wszelkiego dobra, kosztem cudzego dobra niższej lub równej wartości, niezależnie nawet od tego, czyją owo pierwsze dobro jest własnością. Wszakże dziś jeszcze nie wszystkie kodeksy karne skłaniają się do przyjmowania stanu wyższej konieczności w tak szerokich ramach (np. kod. włoski, art. 49)<sup>2</sup>, a we Francji i w Austrii 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)<sup>3</sup>.

O prawie też, wypływającym ze stanu wyższej konieczności w rozmiarach, odpowiadających podanej przez nas pod Nr. 224 jego charakterystyce, można śmiało powiedzieć, że i dziś jeszcze stanowi ono instytutycją, uznawaną

raczej przez teorię prawa karnego, niż przez prawo pozytywne, aczkolwiek to ostatnie okazuje się coraz skłonniejszym 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.)<sup>4</sup>; 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.).

<sup>1</sup> 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 incendio* 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*.

<sup>2</sup> Kod. k. włoski uwzględnia tylko konieczność »*di salvare se 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.

<sup>3</sup> Podobne stanowisko zajmowały wobec tej kwestyi kodeksy karne pruski z r. 1851 (§ 40) i bawarski z r. 1861 (§.61).

<sup>4</sup> Najnowsze projekty austriackie (§ 59 z r. 1891; § 58 z r. 1893) przedstawiają co do tej kwestyi ten jeszcze postęp, że pozwalają ratować w stanie wyższej konieczności życie i nietykalność cieleśną każdej, choćby obcej osoby, tudzież że tego prawa nie czynią zależnem od tego, aby wyższa konieczność nie powstała

z winy sprawcy. Por. wyżej Nr. 224, dop. 3. — Przez bliskich (*Angehörige*) w rozumieniu kod. k. niem. pojmować należy krewnych i powinowatych w linii prostej wstępnej lub zstępnej, rodziców i dzieci z tytułu przysposobienia lub wzięcia na wychowanie, współmałżonka, rodzeństwo i ich małżonków, a także narzeczonych (§ 52, al. 2).

**226.** W nauce panują dwa główne poglądy na kwalifikacją 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<sup>1</sup>.

Słuszność należy niewątpliwie przyznać temu drugiemu pogładowi. 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 racjonalnie 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 należyłą przytomnością umysłu lub nie-



zależnością 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 prawo? W imię bezstronności, którą powinno rządzić się prawo w sprawowaniu opieki nad powierzonymi 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.

<sup>1</sup> 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; Halschner: *Gem. d. Strafr. I*, str. 492; Janka: *Oester. Strafr.* § 59, str. 113; Finger: *Oester. Strafr. I*, str. 241 i 243; Lammach: *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. I*, str. 143 (wyd. 1898), Moriaud: *Délit nécessaire*, str. 273.

**227.** Bez względu wszakże na to, czy stan wyższej konieczności ma uzasadniać prawo do poświęcania 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 karygo-

dność takiego samowolnego rozporządzania cudzą rzeczą; to zawsze, i według pierwszej i według drugiej konstrukcji, 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 wyłómaczyć podstawę rozumną tego przywileju<sup>1</sup>.

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. Przeciwno temu pogładowi 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, Kostlin). Na to odpowiadamy, że przywilej 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, Feerbach). 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 inte-

resu 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, Wachter), 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 obrebbem norm prawa.

<sup>1</sup> Grotius *De iure belli ac pacis*. 1626, II. cap. 2 § 6, Puffendorf: *De iure naturae et gentium*, 1716. II. cap. 6; Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*. § 91, Kostlin. *System*, § 37; *Neue Revision*, str. 596; Geyer *Nothwehr*, str. 5, Kant: *Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre*, 1798, str. 30 (2-gie wyd), Feuerbach: *Lehrbuch*. §§ 8. 89. 91; Breidenbach: *Commentar uber das Grossh. Hessische Strafgesetzb.* str. 526; Wachter *Das kon. sachs. und thuring. 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 z 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, traktują osobno, stawiając go co do kwalifikacji prawnej na równi z przymusem fizycznym (np. kod. niem. §§ 52. 54)<sup>1</sup>. Ta ostatnia konstrukcja jest błędna z tego powodu, że nasuwa przypuszczenie, jakoby ustawodawca nie odróżniał należycie dwóch tak zasadniczo odrębnych pojęć, jakimi są przymus fizyczny (*vis absoluta vel maior*), który odbiera człowiekowi wszelką dowolność postępowania, a przymus psychologiczny (*vis compulsiva*), pod wpływem którego człowiek czuje się tylko silnie zachęconym do nastrojenia swojej woli w pewnym oznaczonym kierunku.

2) Co do drugiej kwestyi, to według nas na szczególne uznanie zasługiwałyby następujące pravidła:

a) Kolizya może zachodzić nietylko między dwoma dobrami, chronionemi przez prawo, ale także między dwoma obowiązkami, które prawo nakłada, względnie między jakimś dobrem z jednej strony, a obowiązkiem -- z drugiej<sup>2</sup>). 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 takim niebezpieczeństwie, lub osoba, związana<sup>3</sup> z nim blizkimi 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, niedotyającym 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.

<sup>1</sup> To samo spotykamy w projektach austriackich (§§ 57 i 58 z r. 1874, §§ 58 i 59 z r. 1881). Co do kwestyi o ile stan wyższej konieczności nie ma być wywołany z winy osoby, która potem z jego tytułu narusza cudzy interes, patrz wyżej Nr. 224, dop. 3.

<sup>2</sup> 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 dobraćmi). 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 zradę główną, że, opuściwszy wyznaczony posterunek, pobiegnie ostrzedz kogo należy (kolizya między dwoma obowiązkami nałożonemi przez prawo).

**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 sytuacji 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 musiałyby 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 (*Nothstandsprivileg*). 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 akcją 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 rozporządzenia cudzym 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 nadwreżenie cudzego dobra, lecz mieć go nigdy nie będzie pozostawienie bez naprawy szkody, którą wskutek tego poniosła druga osoba<sup>1</sup>. Tem się tłumaczy, że prawo musi zawsze żądać naprawy powyższej szkody, pomimo że samo jej wyrządzenie w stanie wyższej konieczności uważa za czyn całkiem legalny.

<sup>1</sup> 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 austriacki, jak na to już zwróciliśmy wyżej uwagę (Nr. 225), nie uznaje stanu wyższej konieczności, jako tytułu prawnego do spełniania działań skądinąd przestępnych. Podziela on pod tym względem stanowisko prawa francuskiego (*Code pénal*, art. 64) tudzież dawnych kodeksów pruskiego z r. 1851 (§ 40) i bawarskiego (§ 61) i uwzględnia wyższą konieczność tylko o tyle, o ile rodzi ona dla sprawcy przymus psychologiczny tak wysokiego stopnia, że podciągnąć go można pod pojęcie przymusu nieodpornego (*unwiderstehlicher Zwang*, § 2, g).

Co należy uważać za przymus nieodporny, tego bliżej kodeks nie określa. Tylko w drodze interpretacji, liczącej się z tym faktem, że osoba, działająca w stanie wyższej konieczności, ulega najczęściej wpływowi psychologicznemu, który wywiera na jej wolę tak potężny nacisk, że i każdy inny, w takim samym położeniu znajdujący się, przeciętny człowiek nie byłby zdobył się na energią stawienia mu oporu, możemy dojść do rozjaśnienia tej kwestyi. W świetle tej interpretacji mianowicie przymus nieodporny kodeksu austriackiego obejmować będzie prócz wszystkich przypadków t. zw. przymusu fizycznego (*vis maior, vis absoluta*), także te przypadki przymusu psychologicznego, (*vis compulsiva*), które schodzą się będą z przypadkami tak bardzo dla sprawcy dotkliwego stanu wyższej konieczności, że sędzia przyjdzie do przekonania, iż z małemi wyjątkami wszyscy inni ludzie byłiby także owemu przymusowi ulegli<sup>1</sup>.

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 ogólnoludzkim 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 pogroźki, aby ich zabrał i odwiózł do najbliższego szpitala; to w myśl kodeksu austriackiego Piotr nie mógłby zasądzić się przymusem nieodpornym z § 2 g.<sup>2</sup> od odpowiedzialności karnej za gwałt publiczny z § 98, pomimo że z punktu widzenia ogólnie przyjętej teorii, Piotr w tym przypadku korzystał tylko z przywileju, który mu służył z tytułu wyższej konieczności.

Przywilej ten, nieznany w góle kodeksowi austriackiemu, 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<sup>3</sup>, dopuściła się przerwania lub uszkodzenia telegrafu podmorskiego dla ocalenia od niebezpieczeństwa własnego życia lub swego statku.

<sup>1</sup> Por. Janka: *Strafr.* str. 116 (1894).

<sup>2</sup> W przypadku tym bowiem nie każdy byłby chciał w interesie całkiem mu obcego człowieka narazić się na tyle kłopotów.

<sup>3</sup> Wenn für die Thater die dringende Nothigung vorlag, das Unterseekabel zu zerreißen oder zu beschädigen, um ihr Leben oder die Sicherheit ihres Fahrzeuges zu schützen.

#### 4. Zezwolenie pokrzywdzonego<sup>1</sup>).

(*Einwilligung des Verletzten*).

#### § 49.

**231.** Zezwolenie odnośnej osoby tylko w bardzo szczupłym zakresie upoważniać może drugiego do wy-



rządzenia jej krzywdy wbrew ogólnym zakazom prawa. Znaczenie to mianowicie godzi się przyznać tej okoliczności tylko w odniesieniu do interesów, któremi prawo pozwala człowiekowi własnowolnemu rozporządzać bezwzględnie nie tylko na swoją korzyść, ale nawet na rzecz drugiego. Do takich interesów przyjęto zaliczać bez żadnych ograniczeń 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; — co się tyczy zaś naruszenie naszego ciała lub wolności osobistej, to wyrządzenie nam przez drugą osobę, wbrew ogólnym zakazom prawa, krzywdy w zakresie tych interesów o tyle tylko bywa uważane za czyn, nie sprzeciwiający się prawu, o ile nie naraża nas na uszkodzenie zdrowia, jako istotnego warunku bezpieczeństwa życia, lub też nie pozbawia nas zdolności do spełniania obowiązków, które prawo na nas nakłada (np. służby wojskowej).

W przypadkach jednak, w których sami możemy bezkarnie nadweręzać nasze dobra, bez prawa atoli przenoszenia tej naszej władzy na drugą osobę (np. odnośnie do życia lub do ciała, o ile pod tym ostatnim względem nie sprzeciwiają się temu pewne ciężące na nas specjalne obowiązki prawne), zezwolenie nasze na wyrządzenie nam krzywdy powinno zawsze znaleźć uwzględnienie jako okoliczność łagodząca. Słusznie też kodeks karny niemiecki (§ 216) i projekty austriackie (§ 219 z r. 1893) uważają wprawdzie zabicie człowieka, który na to zezwolił, za morderstwo, ale traktują ten przypadek co do kary o wiele łagodniej (więzienie mogące zejść do lat 3 według kod. niem., a nawet do 6 miesięcy według proj. austr.). Inaczej stanowi obowiązujący kodeks austr., który nic nie wspomina o powyższym szczególnym przypadku morderstwa, a wskutek tego każe i do niego stosować karę śmierci (§§ 134. 136).

<sup>1</sup> Wessely: *Ueber die Wirkung der Einwilligung des Verletzten auf den Thatbestand und die Strafbarkeit eines Delictes*

(*Haamer's Vierteljahrsschr* 1858 I str 217) Kitka *Erklärung über den § 4 des osterr Strafg* (*Wagner's Zeitschr* 1836 II str 297) Rodenbeck *Zweikampf*, 1883 (także w *Ger S t* 37, sti 124) Kessler *Die Einwilligung des Verletzten*, 1884 (także w *Ger S t* 38 sti 531) Ullmann (*Ger S t* 37 str 529) Breithaupt *Volenti non fit injuria*, 1891 Hess *Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts*, 1892 Finger *Oester Strafr* I str 245 (poi także jego rozprawę *Chirurgische Operation* w *Zeitschr für ges Strafrw* XX sti 12—32)

232. W kodeksach jednak nie spotykamy wyraznego uświęcenia zasady »*volenti non fit injuria*« w odniesieniu do żadnych interesów, a kodeks austriacki 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 <sup>1</sup>, a popełnione przestępstwo okaze się zbrodnią, to według kodeksu austriackiego sprawca nie będzie mógł nigdy uwolnić się od odpowiedzialności karnej z tytułu zezwolenia pokrzywdzonego. Wyjątku nie mogą stanowić pod tym względem nawet te zbrodnie, do których istoty ma wchodzić z zamiaru nieprzyjazny (*feindselige Absicht*), a mianowicie zabojeństwo z § 140 i ciężkie uszkodzenie ciała z § 152. Zamiar nieprzyjazny bowiem, jak to w swoim czasie wyłożymy dokładniej <sup>2</sup>, jest pojęciem, które niema nic wspólnego z nieprzychylnością usposobienia sprawcy względem pokrzywdzonego, lecz oznacza tylko po stronie pierwszego wolę, skierowaną ku wyrządzeniu drugiemu wbrew ogólnym zakazom prawa wprowadzić nie tego uszkodzenia, którego tenże doznał rzeczywiście, lecz jakiegos innego mniej dotkliwego uszczerbku, a to o tyle, o ile owo cięższe uszkodzenie uważać można za skutek, który pospolicie łączy się lub przynajmniej łatwo łączyć się może z działaniem, któremu towarzyszył zamiar wyrządzenia pokrzywdzonemu mniej dotkliwego uszczerbku. Innemu słowu zamiar nieprzyjazny z §§ 140 i 152 k k nie jest

niezem innym, tylko owym drugim z dwóch, przewidzianych w § 1 k k rodzajow złego zamiaru, a mianowicie tym, który w nauce przyjęto nazywac zamiarem pośrednim (*dolus indirectus*)

Sporną jest tylko kwestya czy przepis § 4, w myśl ktorego zezwolenie pokrzywdzonego nie ma uchylac zbrodni, powinien takze byc stosowany do występkow i przekroczen Naszem zdaniem słusznosc trzeba przyznac Fingerowi<sup>3</sup>, który z uwagi na to ze § 239 k k kaze z przepisow, dotyczacych zbrodni, stosowac do występkow i przekroczen tylko postanowienia, zawarte w §§ 5—11, utrzymuje, ze nic nas nie upowaznia, aby na podstawie § 4 odrzucac zasadę »*volenti non fit iniuria*« takze w odniesieniu do występkow i przekroczen Słusznosc widzimy po stronie tego pogladu z tego powodu, ze każdą wątpliwosc w prawie karnem tłumaczyc należy na korzysc okarzonego, a przeciez nie można twierdzic, izby ustawodawca austriacki był wolę swoją co do tej kwestyi wyraznie wypowiedzial<sup>4</sup> Utrzymujemy więc, ze w myśl kodeksu austriackiego zezwolenie pokrzywdzonego uważac można za okolicznosc, uchylającą bezprawnosć czynow, uznanych skądinąd za występki lub przekroczenia, pod tym jednak oczywiście warunkiem, aby nadwężenie jakiegos dobra nie było wyraznie uważane za przestępstwo w innym jeszcze, niż samego pokrzywdzonego interesie (por § 49 ustawy o służbie wojsk z 11 kwietnia 1889 dz u p 41)

<sup>1</sup> Tu np należa kradzież (§ 171) przemieszczenie (§ 181), zgwałcenie niewiasty która już ukonczyła lat czternaście (§§ 125—127) i wiele innych przestępstw ktorych istota przedmiotowa byłaby wprost niemożliwa w razie zezwolenia pokrzywdzonego

<sup>2</sup> T j w Rozdz IV niniejszego tytułu (Pierwiastek działania zawinonego), tudziez w tomie II przy rozbiore zaboystwa i ciężkiego uszkodzenia ciała

<sup>3</sup> *Oester. Strafr* I, str 249, a takze w *Zeitschr für ges Strafrw* XX, str 30

<sup>4</sup> Innego zdania są Lammasch bez zadnych motywow

(*Grundriss*, str. 33) i Stoos (*Zeitschr. für Schweizer Strafr. VII Jahrg.* 192—193) z tym argumentem, że na podstawie §. 239 k. k. możnaby z równą słusnością 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 — poczucie 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 naszym zezwoleniem. Są bowiem dobra (życie i zdrowie) tak blisko związane z naszą osobą, że aczkolwiek w zasadzie nasza władza nad nimi 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 występki 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 potrzeb ludzkości, przemawia za tem, aby samobójstwo uchodziło za czyn przeciwny prawu<sup>1</sup>. Przez to jednak nie chcemy bynajmniej nadawać temu bezprawiu kwalifikacji przestępstwa. Temu ostatniemu bowiem stoi na przeszkodzie niepodobieństwo ukarania w sposób racjonalny osoby, która dopuściła się dokonanego lub nawet usiłowanego samobójstwa. W pierwszym mianowicie przypadku winowajca wysuwa się materialnie z pod panowania prawa, tak że dłoń tego ostatniego nie może już go osiągnąć<sup>2</sup>; — w drugim zaś przypadku wprawdzie materialnie będzie można ukarać winowajcę, ale tylko w sposób, który bądź stałby się dla niego nową podniętą do powtórzenia zamachu na swoje życie (wszelkie kary śmierci)<sup>3</sup>, 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 jakimś 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 mógł stanowić przestępstwo; to i udział innych osób w jego spełnieniu kwalifikacji 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 racjonalnego 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 znaleźć miejsce tylko jako *delictum sui generis*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Prawo rzymskie jednak karało samobójstwo tylko w interesie wojskowym (l. 6. § 7 D 49, 16).

<sup>2</sup> Wszystkie kary, które chciano wymierzać na samobójców, były niesprawiedliwe z tego powodu, że nie dotyczyły ich samych, lecz tylko powiązane z nimi jakimś bliższym interesem osoby całkiem niewinnej, np. hańbiące pochowanie zwłok przez kata (k. Jozef. z 1787, § 123) lub odmówienie mocy prawnej rozporządzeniom ostatniej woli samobójcy (kod. rosyjski z r. 1866, art. 1472).

<sup>3</sup> Na to zwrócił już uwagę Zeiller w obradach komisyjnych nad kod z r. 1803, gdzie też usiłowanie samobójstwa nie uchodzi już za zbłądnę, lecz tylko za ciężkie przekroczenie policyjne (§§ 90 i 92 Cz. II). Patrz także Budziński: *O przestępstwach w szeregowości*, § 24.

<sup>4</sup> 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 Selbstmordes in osterr. Strafr.* (*Allgem. osterr. Gerichtszeitung*, 1901 Nr. 1 u. 2).

**235.** Kodeks austriacki nie karze za samobójstwo, ani też nie zna, jako osobnego przestępstwa, dania pomocy do niego. Zachodzi pytanie, jak w obec tego zapatrywać się należy na kwalifikacją prawną tego ostatniego czynu w Austrii. Najniewłaściwszy byłby pogląd, pociągający to działanie pod pojęcie udziału w morderstwie<sup>1</sup>, 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. Przeciwno temu pogładowi bowiem, wyznawanemu przez Fingera (*Oesterr. Strafr.* II, str. 5), i Rittlera (p. Nr. 234. dop. 4) prze-

mawiają §§ 335 i 431 k. k., które dają nam najzupełniejszą możliwość traktowania dania pomocy do samobójstwa jako występku przeciwko bezpieczeństwu życia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Pogląd ten podziela ze względu na podżeganie do samobójstwa Binding (*Handb.* I. str. 701). Z ustawodawstw przyjmującego kod. ros. (art. 1475) i chilijski (art. 393).

<sup>2</sup> Za tą trzecią słuszną opinią oświadczają się także Herbst (*Handbuch*, ad § 134, Nr. 3), Lammasch (*Grundriss*, str. 41) 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.

### 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 grunto-wnie wykazał Binding<sup>1</sup>, całkiem samodzielny przepis prawnym, który stoi na straży samej normy przez to, że grozi karą za postępowanie normie tej przeciwne.

W zasadzie norma, którą narusza przestępca (nie zabijaj, nie kradnij) musi co do czasu wyprzedzać przepis, okładający karą jej przełamanie<sup>2</sup>. Nie znaczy to jednak, aby ustawodawca nie mógł w jednym postanowieniu wy-

razić, 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 do prawa ustawowego (*gesetztes Recht*), podczas gdy, dająca się z niego wydedukować norma posiada charakter prawa, które nie zostało sformułowane wyraźnie (*expressis verbis*), lecz którego tylko domniemywać się trzeba<sup>3</sup>. Ten sam autor uwzględnia trzecią jeszcze możliwą postać stosunku ustawy karnej do normy, wziętej przez nią w ochronę, a mianowicie kombinacją, polegającą na tem, że ustawa karna czasowo poprzedza będzie normę. Ustawy karne tego ostatniego typu nazywa Binding blankietowymi (*Blankettstrafgesetze*), a pod ich pojęcie podciąga przepisy, grożące karą za czyny przeciwnie pewnym, dopiero w przyszłości wydać się mogącym przez upoważnioną do tego władzę rozporządzeniom. Jako przykład tego rodzaju ustaw' karnych w prawie austriackiem 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<sup>4</sup>. 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 przezeń za karygodne.

<sup>3</sup> 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 u. subjectives Recht*, 1878), Bierling (*Kritik der jurist. Grundbegriffe*, 1877. 1883.; tudzież w *Zeitschrift für ges. Strafrw.* X. 251—318), Janka (*Lehrb.*), Finger (*Lehrb.* I.).

<sup>2</sup> Najlepszym przykładem norm, odłączonych od przepisów karnych, które potem stanęły na ich straży, jest dziesięcioro przykazań Bożych.

<sup>3</sup> 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 teorii Bindinga (np. Lammasch w *Ger. Saal.* t. 44. str. 170)

<sup>4</sup> 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 wyłączyć 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 pada 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.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Do naszego poglądu zbliża się Binding *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 (Halschner: *System*, I, str. 35. Kostlin: *System*, § 12; Berner *Wirkungskreis 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) zaznaczymy, że funkcją sędziego nie jest karać winowajcę, lecz tylko rozstrzygać pytanie, czy ziścił się warunek, z którym ustawa wiąże nałożenie na oskarżonego 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 instytucje prawne. Przyczyna tego leży w tej okoliczności, że prawo samo przez się żądać kary nie może (por. Nr. 153—157). Musi też ono za pomocą groźby karnej starać się naprzód o zapobieganie pewnym przestępstwom, a dopiero, po dopełnieniu tej powinności, wolno mu będzie karać za nie winowajców.

Wprowadzenie zagrożenia karą, jak wogóle każda inna reguła życia społecznego, może także wytworzyć się w drodze prawa zwyczajowego<sup>1</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że, jeżeli urządzenie stosunków prawnych przez ustawodawcę przedstawia na każdym 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 nadwzręczenie 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 nie tylko wyraźnie i świadomie, ale oprócz tego z tą głębszą roz-

wagą, 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 organizację prawną.

Odpowiednio do tego narody, wzniosłszy się do urządzania swoich stosunków prawnych w drodze ustawodawczej, przede wszystkim zrywają z prawem zwyczajowym na polu karania przestępstw i uświęcają zasadę *nullum crimen sine lege poenali*. W Austrii ta zasada, przyjęta poraz pierwszy przez *Constitutio Theresiana* (p. wyżej Nr. 129), znalazła w prawie obowiązującym wyraz w art. IV i V Patentu Cesarskiego, wprowadzającego w wykonanie Powszechną Ustawę Karną z 27 maja 1852<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 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), Halschner (*Das gem. deutsche Strafr.* 1881, I. str. 82. 83) a także pierwsze wydanie mego *Wykładu prawa karn.* I. N. 307 (r. 1885).

<sup>2</sup> Patrz także §§ 1. 260, I. 1. 268 447. 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; albo też c) względnie oznaczony.

Ustawy pierwszego typu określają ściśle jakość i ilość kary, mającej spotkać każdego przestępcę, czyniąc jej wymiar całkiem niezależnym od uznania sędziego. Zarzucano im słusznie, że ubliżają one powadze sędziego i nie pozwalają mu dopasowywać 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, ktoromi 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 swoobodnemu 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 z nakazem bezwzględnie nieoznaczonym musiałyby tylko narażać społeczeństwo na zbyt niepewny, a często i całkiem arbitralny wymiar sprawiedliwości.

Najracjonalniejszymi są niewątpliwie ustawy karne trzeciego typu. Wskazują one sędziemu dla każdego przestępstwa nie tylko rodzaj kary, ale i jej ilość, wszakże nie w pewnym tylko, z góry ściśle oznaczonym stopniu, lecz 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 sobie pozostawione przez ustawodawcę tyle wolnego pola, iżby w jego granicach mógł sprawiedliwie ocenić każdy z konkretnych przypadków, przychodzących pod jego rozpoznanie. W dzisiejszych kodeksach karnych regułą stanowią przepisy z nakazem względnie oznaczonym<sup>1)</sup>

Do wyjątków należą w kod karn austriackim, jako postanowienia z charakterem bezwzględnie oznaczonym, paragrafy, orzekające karę śmierci i więzienia dożywotniego<sup>2)</sup>, — jako postanowienia zaś z charakterem względnie nieoznaczonym — kilka zaledwie, do bardzo drobnych przekroczeń odnoszących się paragrafów (§§ 365 434 459 525)

<sup>1</sup> 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, których pełno znajduje się w kodzie niemieckim włoskim i projektach austr., 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 przepisy otwierałyby za szerokie pole dowolnej ocenie sędziego.

Przepisy kodeksu, dotyczące więzienia dożywotniego nie mają już wszakże charakteru bezwzględnie oznaczonego odkąd wolno jest trybunałowi karę tę w drodze nadzwyczajnego złagodzenia obniżyć do lat trzech (§ 308 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 klasyfikacji przestępstw ze stanowiska prawa karnego materalnego.**

## § 51

**240.** Przestępstwem staje się w rozumieniu ustawy karnej odnośnie bezprawie wtedy dopiero, jeżeli ziszcza się wszystkie warunki, od których ustawa uczyniła zawisłym 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 kategorie, z których jedna obejmuje okoliczności, należące do istoty bezprawia, które ma być obłożone karą, druga — okoliczności, które nie znajdują się w żadnym związku z samą naturą popełnionego bezprawia, lecz rozstrzygają tylko o tem, czy z tego bezprawia ma wypłynąć dla państwa prawo karne podmiotowe.

Rozbior okoliczności pierwszego rzędu tu nas zaj-

mować nie będzie. Stanowił on już temat dwóch pierwszych rozdziałów niniejszego Tytułu, traktujących o znaczeniu, które dla istoty przestępstwa posiadają pierwiastki czynu zewnętrznego i działania bezprawnego, a swoje uzupełnienie znajdzie on w rozdziale czwartym tegoż Tytułu, gdzie wypadnie nam mówić o pierwiastku działania zawinionego.

W rozdziale, poświęconym specjalnie pierwiastkowi działania, podpadającego pod ustawę karną, może być tylko na miejscu przegląd warunków, pod którymi, 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 regułę, od której wyjątkami są przestępstwa ścigane z upoważnienia, na wniosek i w drodze skargi prywatnej pokrzywdzonego (*Ermächtigungs-Antrags- und Privatanklage-Delikte*).

1) Przestępstwa, ścigane z upoważnienia pokrzywdzonego, tem się odznaczają, że z nich może wywijać 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 austriackiego wprowadziła tę kategorię przestępstw nowela karna z 17 grudnia 1862 (Dz. u. p. l. 8 z r. 1863)<sup>1</sup>.

2) W odniesieniu do przestępstw, ściganych na wniosek pokrzywdzonego, państwo nabywa prawo karne pod-

miotowe pod tym tylko warunkiem, jeżeli pokrzywdzony uzna za właściwe uczynić pierwszy krok w kierunku zażądania państwa o wdrożenie postępowania karnego. Z chwilą wystąpienia przez pokrzywdzonego z podobną inicjatywą w formie odpowiedniego wniosku, państwo wchodzi w posiadanie prawa karnego podmiotowego całkiem już niezależnie od dalszej akcji pokrzywdzonego. Ten ostatni mianowicie nie może cofnąć raz przedłożonego wniosku. Do tej kategorii niektóre kodeksy (kod. niemiecki, projekty austr.) 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<sup>2</sup>. Dzisiejsze prawo austriackie nie zna osobnej kategorii przestępstw, ściganych na wniosek pokrzywdzonego<sup>3</sup>.

3) W większej jeszcze zależności od woli pokrzywdzonego znajduje się podmiotowe prawo karne państwa w stosunku do przestępstw skargowo-prywatnych. Tu mianowicie zawisło ono nie tylko 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 k. karn. austr. jednak tylko do ogłoszenia wyroku choćby jeszcze nieprawomocnego)<sup>4</sup> odstąpić od oskarżenia, a cofnięcie przezeń skargi sprządza wygaśnięcie już nabytego przez państwo prawa karnego podmiotowego<sup>5</sup>).

<sup>1</sup> Art. IV i V podżeganie do mienawości lub pogardy przeciwko armii cesarskiej lub jej samodzielnemu oddziałowi — występki i przekroczenia obrazy honoru z §§ 487—491 i 496 k. k. w razie ich popełnienia przeciwko armii lub marynarce cesarskiej względnie jej samodzielnemu oddziałowi (p. co do tego osta-

tniego przypadku rozp min spł z 21 września 1873 l 10312) — występki obrazy honoru z §§ 487—491 i 493 k k w razie ich popełnienia przeciwko urzednikowi słuźce publicznemu, duszpasterzowi lub wojskowemu ze względu na wykonywanie przez nich obowiązkow zawodowych Eislei *Ueber Ermachtigungsdelikte nach oester Rechte (Jurist Blatter, 1888, Nr 18—22)*

Fuchs *Anklage und Antragsdelikte*, 1873 Kirchenheim  
*Die rechtliche Natur der Antragsdelikte*, 1877 Samuely (*Ger S* t 32 str 1) Lehmann *Zur Lehre vom Strafantrage* 1881 Holzappel *Vollmacht und Auftrag in ihrer Bedeutung fur das sog Antragsrecht (w Goldt Archiv, t XXX 1882)* Barnau *Die Stellvertretung im Strafr und Strafprocess*, 1890 Cohn *Die Stellvertretung beim Strafantrag (Breslauer dissert 1893)*

Co do proj austr patrz Kizymuski *O najnowszym projekcie kod karn austr* 1890 str 36—43

<sup>4</sup> Tylko wyjątkowo w przypadku cudzołostwa (§ 503 k k) pojednanie sie przestepey z pokrzywdzonym ma sprowadzac wygasniecie po stronie panstwa prawa karnego podmiotowego nawet wtedy gdyby nastapilo chochy w trakcie ponoszenia kary

° W prawie austriackiem charakter przestępstw skargowo- prywatnych posiadaja występki względnie przekroczenia przewidziane w §§ 463 467 487—492 496 497 502—505 524 525 k k w § 1 al 2 Ustawy z 6 kwietnia 1870 (Dz u p 42) w art IV Ust z 21 maja 1887 (Dz u p 51) w § 26 Ust z 6 stycznia 1890 (Dz u p 19)

**242.** W niektórych przypadkach ustawa karna czyni powstanie dla panstwa prawa karnego podmiotowego w odniesieniu do działań, stanowiących skądinąd przestępstwa, zależnem od pewnych dodatkowych warunkow, ktore nie mają nic wspolnego ani z naturą materialną popełnionego bezprawia, ani z omawianemi w ustępie poprzedzającym względami proceduralnemi. Do takich warunkow dodatkowych należą w myśl kod karn austriackiego dwie następujące okolicznosci

1) Uznanie odnosnego czynu za przestępstwo przez ustawy panstwa *delicti commissi*, jako warunek ukarania jego sprawcy w Austrii w razie jego popełnienia przez cudzoziemca w obrębie terytoryalnym obcego panstwa (§§ 39 40)<sup>1</sup>



2) Zapewnienie państwu austriackiemu 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 obwieszona. Od tego warunku czyni kod k austr zależną kwalifikacją kryminalną działań, stanowiących skądinąd zbrodnie zamieszania spokojności publicznej przeciwko obcemu państwu lub jej naczelnikowi (§ 66 al 2)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Por Heibst *Handbuch*, ad § 40 l 3

<sup>2</sup> Wzajemność o której tu mowa ma zapewniona Austrya ze strony Rosyi (p Rp min sprawiedl z 18 pazdz 1860 Dz u p 233) Patrz także co do tej kwestyi Lammach *Strafbarkeit des Hochverrathes gegen Russland* (*Jur Bl* 1883 N 9—11)

**243.** Przesłępstwa, przewidziane przez ustawę karna przyjęto dzielić na inne jeszcze kategorye, procz tych które opierają się na uwzględnianiu roznych warunkow, pod ktoremi z przestępstw wywiązuje się dla państwa prawo karne podmiotowe (Nr 241—242). Owe inne kategorye mogą mieć za podstawę

1) Sposob dokonania, ze względu na która to okoliczność odrozmiamy przestępstwa z dopuszczenia (*delicta commissionis*) i przestępstwa z opuszczenia (*delicta omissionis*)

2) Stopien przełamanej normy (Nr 204—206), z uwagi na który mowimy o przestępstwach, które bądź nadwerężają jakieś dobro chronione przez prawo (*Verletzungsverbrechen*), bądź wystawiają je na niebezpieczeństwo (*Gefahrdungsverbrechen*), bądź tylko wzniecają obawę, ze z ich przyczyny jego bezpieczeństwo może być zachwiane (*Ungehorsamsdelikte* zwane także przekroczeniami policyjnymi — *Polzeidelikte*, por wyżej Nr 206)

3) Rozciągłość przełamanej normy tj okoliczność, czy norma ta obowiązuje każdego obywatela, czy też tylko osoby pewnego zawodu lub pewnego stanowiska

służbowego Przestępstwa przeciwko normom pierwszego rodzaju przyjęto nazywać z wyjązajnem i (*delicta communia*), a przestępstwa przeciwko normom drugiego rodzaju — specjalnem i (*delicta propria*) W rzędzie tych ostatnich szczególnie ważnem i są przestępstwa przeciwko obowiązkom urzędu publicznego, tudziez przestępstwa natury wojskowej Przestępstw specjalnych nie godzi się brać za jedno z wykroczeniami dyscyplinarnem i w odnośnym urzędzie (Patrz niżej 246, dop 2)

4) Stopień ciężkości tkwiącego w przestępstwie bezprawia, na której to okoliczności opiera się znany naszemu kodeksowi podział przestępstw na zbrodnie, występki i przekroczenia Patrz o tej klasyfikacji 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) przeciwstawić 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, tudziez na publiczne (przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu) i prywatne (przeciwko bezpieczeństwu jednostek) Wyczerpująco poznamy obie te klasyfikacje dopiero w tomie II niniejszego dzieła (Wykład części szczególnej) Co do pojęcia jednak przestępstw politycznych w rozumieniu konwencji ekstradycyjnych, to patrz już niżej Nr 266 c

7) Charakter pobudki, leżącej na dnie przestępstwa, z uwagi na którą to okoliczność przyjęto odróżniać przestępstwa hanbiące i niehanbiące Patrz o tym podziale niżej, Nr 280

## III. Zbrodnie, występki i przekroczenia kodeksu austriackiego.

## § 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, delits et contraventions*, kod francuski, niemiecki, austriacki)<sup>1</sup>

W Austrii system trzyczęściowy przyjęty został do piero przez dzis obowiązujący kodeks z r 1852 w miejsce istniejącego w kodeksie z r 1803 podziału przestępstw na zbrodnie i ciężkie przekroczenia policyjne (*Verbrechen und schwere Polizeubertretungen*) W zasadzie jednak występki i przekroczenia kodeksu obowiązującego odpowiadają dawnym ciężkim przekroczeniom policyjnym i nie reprezentują ze stanowiska prawa karnego materialnego dwóch osobnych kategorii 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 Juz mianowicie w procedurze karnej z 17 stycznia 1850 uznano za właściwe niektóre cięższe przekroczenia policyjne oznaczyć nazwą występki i zrownać je pod względem jurysdykcyjnym ze zbrodniami, nie podlegającymi sądowi przysięgłych (art IX i X patentu obwieszczonego)<sup>2</sup> To urządzenie proceduralne zachowało się do dzis dnia w prawie austriackim i w niem tylko nalezc można wytlomaczenie faktu że z dawnych ciężkich przekroczeń policyjnych kodeks z r 1852 wytworzył dwie grupy tj występki i przekroczenia

Z powyższego wywodu widac, że właściwie kodeks nasz pozostał wierny systemowi dwuczęściowej klasyfi

kacy przestępstw. Jedną kategorią 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 materialnego przedstawiają jednolitą całość.

I. Do znamion istotnych zbrodni w prawie austriackim należą: 1) wina umyślna (zły zamiar, § 1 k. k.); 2) przełamanie normy, która bezpośrednio bierze w ochronę jakieś dobro, zabraniając jego nadwężania 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 tłumaczy, że niektóre przestępstwa stosownie do okoliczności stanowią w prawie austriackim to zbrodnię, to przekroczenie, np. kradzież, przemieszczenie, oszustwo (§§ 189. 200. 460. 461), uszkodzenie cudzego majątku (§§ 85. 89. 468), uszkodzenia cielesne (§§ 152—156. 411)<sup>3</sup>.

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 kategorii 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 nimi niebezpieczeństwa (np. z §§ 411. 460. 461. 468)<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> System trzyczęściowy znalazł w prawie francuskim ściśle przeprowadzenie tak co do jakości środków karnych, jak pod względem jurydykcyjnym. Zbrodniami (*crimes*) są tu przestępstwa, obłożone jedną z kar *afflictives ou infamantes* (*Code pénal* art. 1. 7. 8), występkami (*délits*) — przestępstwa, obłożone je-

dną 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 jurysdykcyjnym zbrodnie podlegają sądom przysięgłych; występki — trybunałom I. Inst. jako sądom poprawczym; przekroczenia — sądom policji prostej (*tribunaux de simple police*). Patrz *Code d'Instr. crim.* art. 137. 179. 231. a także mój *Wykł. proc. karn.* 1891. str. 103. 104.

System trzyczęściowy przeszedł z Francji 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, kryminaliem (*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). Podobnie wygląda przyjęty przez projekty austr. podział przestępstw na zbrodnie, występki i przekroczenia, z tą różnicą, że twierdza nazywa się tutaj więzieniem stanu (*Staatsgefängniss*), tudzież, że grzywny dopiero powyżej 300 guld. (600 koron) stają się karą za występki. (K r z y m u s k i: *O najnowszym projekcie kod. karu. austr.*, 1890. str. 11 — 13).

<sup>2</sup> Por. mój *Wykład proc. karn.* 1891. str. 105.

<sup>3</sup> 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 opuszczenia, które spełnione zostały w zamiarze, skierowanym właściwie ku temu, co bezpieczeństwo dobra pospolitego nadwereża (znamiona 1 i 2), i które przez wielkość nadwereżenia albo bardziej niebezpieczny stan okoliczności do przedsięwzięcia z obwinionym postępowania kryminalnego usposabiają« (znamie 3).

<sup>4</sup> O różnicy między zbrodniami a występkami i przekroczeniami ze względu na kary, któremi je kod. austr. okłada będzie mowa w Nauce o karze przy rozbiórce systemu środków karnych prawa obowiązującego.

#### IV. Stosunek przestępstw do innych postępków karygodnych. Wykroczenia dyscyplinarne. Wykroczenia domowe i szkolne.

##### § 53.

**245.** Już we Wstępie, przy rozbiórce znaczenia prawa karnego (Nr. 6) zwróciliśmy na to uwagę, że nie wszystkie działania karygodne kwalifikują się do tego, aby miały podlegać władzy karzącej państwa, t. j. 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 kategorie, któremi są: 1) wykroczenia dyscyplinarne i 2) wykroczenia domowe i szkolne.

**246.** Wykroczenia dyscyplinarne<sup>1</sup>. 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 swoim postępowaniu przestrzegały pewnych specjalnych reguł, stojących na straży tego, iżby osoby te nie tylko 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 wpływem panujących, w zakresie odnośnej kategorii 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 funkcje 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 przy-

jęto powszechnie nazywać wykroczeniami dyscyplinarnymi (*Disciplinarvergehen*)<sup>2</sup>. Sprowadzają one dla winowajców z rozporządzenia zwierzchności osobne kary dyscyplinarne, unormowane przez państwo w drodze specjalnych ordynacyj służbowych, względnie ustaw dyscyplinarnych.

Prócz osób, znajdujących się w służbie u państwa, 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 funkcji 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 kategorii podlegają także pewnym specjalnym prawidłom postępowania i dopuszczają się przez ich przełamanie wykroczeń, karanych w drodze dyscyplinarnej.

<sup>1</sup> Meves w *Holtzend. Handb.* t. III. str. 939 — 946 (*Das Disciplinar-Strafrecht*). Merkel *Lehrb.* § 16. str. 46 — 48. Laband: *Staatsrecht.* I. str. 463. Oppenheim: *Rechtsbeugungsverbrechen*, str. 11 i nast. Finger: *Oesterr. Strafr.* t. I. § 17 a (str. 72 — 74). Patrz także tegoż autora *Die strafrechtlichen Bestimmungen des (oesterr.) Gesetzes vom 25 Juli 1867 betreffend die Verantwortlichkeit der Minister.* 1893.

<sup>2</sup> Jak już zaznaczyliśmy (wyżej Nr. 243 l. 3) nie należy identyfikować wykroczeń dyscyplinarnych urzędników lub wojskowych ze specjalnymi przestępstwami przeciwko obowiązkowi 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 uchylecia 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 sto-

sunku 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 może nawet znajdować się w sprzeczności z osnową norm, których naruszenie uważa ustawa karna za przestępstwo. W tego rodzaju przypadkach, które oczywiście, jako nacechowane wielce anormalnym charakterem, tylko do niezmiernie rzadkich wyjątków zaliczone być muszą, spełnienie czynu, stanowiącego przestępstwo, może w odniesieniu do pewnej kategorii 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 uchylecia się od pojedynku, ma w drodze dyscyplinarnej być pozbawiony stopnia oficerskiego<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Anormalność tego stosunku ma 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 mężstwa. Por *Finger Oesterr Strafr* I. str. 73 74



**248.** Wykroczenia domowe i szkolne. Ich cecha charakterystyczna polega na tem, że nie muszą być one zawinonem 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 korporacją prawidła życia; tymczasem uznanie przez władzę domową lub szkolną pewnego postępkę 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<sup>1</sup>. 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.

<sup>1</sup> Wykroczenia szkolne odiożnić należy od wykroczeń dyscyplinarnych uczniow szkół publicznych. Do pierwszych zaliczamy takie przypadki, jak brak dostatecznej pilności, nieuwaga podczas lekcji, hałaśliwe zachowywanie się w szkole, bojki między kolegami i inne tym podobne wybryki, wymagające skarcenia ze względow czysto pedagogicznych. Do drugich należeć będą znaczniejsze przewinienia, ubliżające powadze szkoły i wywołujące potrzebę przykładowego skarcenia, już nie przedewszystkiem w interesie winowajcy, lecz w pierwszym rzędzie dla ocalenia dobrej opinii samego zakładu, np. awantury uliczne, uczęszczanie do domow rozpusty lub inne t. p. wykroczenia przeciwko dobrym obyczajom

V. Zakres działania ustawy karnej<sup>1)</sup>.

## § 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 conajmniej 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 terytorium.

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.

<sup>1</sup> Berner: *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen*, 1853 Bar: *Das internationale Privat- und Strafr.* (1 wyd. z r. 1862 wyszło w przekł. polsk. pod redakcją Dra Kasparka, nakładem Bibl. Um. pr. w Warsz.). Seeger: *Ueber die ruckwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, 1862 Schwarze: w *Holtendorfa Handb.*, II. str. 25 Binding: *Normen*, I. § 25. Rohland: *Das internationale Strafr.* 1877. Harburger: *Der strafrechtl-*

*che Begriff Inland*, 1882. Wessely: *Umfang und Grenzen der Strafgewalt rücksichtlich der im In- und Auslande begangenen Verbrechen* (*Haimerls 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 p podręczniki Liszta (§§ 19 — 24), Fingera, (I. str. 75 — 99), Janki (1894 str. 29 — 37), Lammascha (str. 12 — 14).

### 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 nie tylko 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<sup>1</sup>. Tę rękojmię wolno jest każdemu człowiekowi brać w rachubę w chwili, gdy ma zdecydować się na przełamanie tej lub innej normy, znajdującej się pod ochroną ustawy karnej, i tem się właśnie tłumaczy, że w zasadzie byłoby dla sprawcy rzeczą wielce niesprawiedliwą, gdyby sędzia miał oceniać kwalifikację kryminalną jego czynu według ustawy, która jeszcze nie obowiązywała w chwili popełnienia tego ostatniego<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Przez to nie chcemy bynajmniej utrzymywać, iżby na mocy ustawy karnej przestępca miał nabywać prawo do oznaczonej w niej kary (por. przeciwko podobnej konstrukcyi Finger: *Oesterr. Strafr.* I. str. 79); lecz twierdzimy, że na mocy ustawy karnej, która obowiązywała w chwili, gdy spełnił odnośne prze-

stępstwo nabył on prawo do tego, aby państwo nie oceniało jego winy według żadnej innej przyszłej ustawy

\* Przyjęto natomiast przyznawac moc wsteczna ustawom karnym formalnym a to na tej podstawie ze 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 ze przedmiotem unormowania ze strony procedury nie jest stosunek mający być osadzony w drodze postępowania sądowego lecz samo to postępowanie Jasna więc jest rzecz o stosowaniu dawnej lub nowej procedury decydowac może tylko chwila wytoczenia procesu, względnie chwila jego dojścia do pewnego stadyum nie zaś chwila powstania stosunku o który się proces prowadzi (pat I IV ust w p i o w do procedury karn z 23 maja 1873 dz u p 119) Na uzasadnienie naszego poglądu przytoczmy tę okoliczność ze mocy wstecznej w podanem wyżej znaczeniu nie przyznaje już procedura karna tak bezwarunkowo tym swoim postanowieniom które posiadają dla oskarżonego doniosłość przepisów prawa karnego materialnego np co do kwestyi czy zachodzą warunki dopuszczające seignania przestępstwa popełnionego za rządów dawnej procedury, lub wznowienia w jego sprawie postępowania karnego (tamże art V por także moj Wykład proc karn str 77)

251. Tylko wyjątkowo przyjęto przyznawac moc wsteczną ustawie karnej materialnej w przypadkach, gdyby miała się ona okazac dla winowajcy łagodniejszą od ustawy, za panowania ktorej spełnił on zarzucane mu przestępstwo Wyjątek ten znajduje swoje uzasadnienie w naturze kary, która, będąc złem, może uchodzic za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile zostanie uznana za konieczną (p wyżej Nr 80 154) Kary zaś surowszej niż ta, która w danej chwili przepisuje ustawa, jużby oczywiście za *malum necessarium* uważac nie było można Tę samą regułę należy zastosowac do innych postanowien ustawy karnej, korzystniejszych dla przestępcy, np jeżeli nowa ustawa wprowadza krotszy czasokres dla przeda-

wnienia, lub uznaje za skargowo prywatne przestępstwo, które za dawnej ustawy miało być ściągane z urzędu

Przy rozstrzyganiu pytania, która z dwóch ustaw jest łagodniejsza, należy przestrzegać trzech następujących prawideł

1 Trzeba zwracać uwagę nie tylko na rodzaj odnosnych środków karnych, ale także na wszystkie powiązane z nimi 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 surowsza w innych swoich postanowieniach, np. nowa ustawa nakładać będzie łagodniejszą karę za zbrojstwo lub ciężkie uszkodzenie ciała, ale nie będzie przyznawała niższej kwalifikacji kryminalnej przypadkom popełnienia tych przestępstw wskutek wyzwania ze strony pokrzywdzonego, lub też ustanawiać będzie dłuższy czasokres dla przedawnienia. Wśród powyższych i wielu innych podobnych im okoliczności, które sędzia będzie musiał zawsze brać w rachubę, może się łatwo wydarzyć, że zastosowanie do winowajcy nowej ustawy nie byłoby dla niego, po mimo jej łagodniejszych kar, rzeczą korzystniejszą

3 Sędziemu nie wolno nigdy wrywać łagodniejszych postanowień, zawartych w każdej z dwóch odnosnych ustaw i stosować do przestępcy pod niektórymi względami dawną, a pod innymi nową ustawę. Przy takim 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 sprawy żadnego tytułu prawnego do żądania, aby sąd nie mógł oceniać jego czynu według ustawy karnej, obowiązującej w czasie wydawania wyroku.

Przeciwno tej teorii, znanej już prawu rzymskiemu <sup>1</sup>, 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. Wprawdzie przepisy w niej zawarte wiążą nie przestępców lecz państwo (por. Nr. 237), ale niezawodnie nakładają one na to ostatnie pewne obowiązki nietylko w tym celu, aby je zniewolić do okładania karą odnośnych przestępców, ale także w interesie tych ostatnich, aby ich ochronić od nieograniczonej władzy karzącej państwa. Tem się tłumaczy, że z ustawy karnej, obowiązującej w czasie popełnienia przestępstwa, rodzi się także dla jego sprawcy pewne prawo podmiotowe, wszakże, jak już wyżej zaznaczyliśmy (Nr. 250. dop. 1), nie prawo żądania, aby państwo kazało mu koniecznie ponosić karę, przez ustawę tę przepisaną, ale prawo dopominania się o to, aby państwo nie kazało sądom oceniać jego winy według żadnej innej, dla niego niekorzystniejszej ustawy karnej.

Argumentacją powyższą uwzględniają do pewnego stopnia sami wyznawcy rozbieranej tu teorii. Godzą się oni bowiem na to, iżby wyjątkowo ustawa karna, obowiązująca w czasie sądenia sprawy, nie miała zastosowania do przestępstwa, popełnionego za panowania dawnej

ustawy we wszystkich przypadkach, w których okazałaby się surowszą od tej ostatniej.

<sup>1</sup> Seeger. *Rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, 1862. §§ 1, 22.

**253.** Prawo austriackie w zasadzie stoi na gruncie teorii naszych przeciwników. W myśl bowiem art. IX Patentu wpraw. 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 miały być one traktowane surowiej niż według dawnej ustawy <sup>1</sup>.

Co się tyczy pytania, do jakiego czasu przestępstwo, popełnione za panowania dawnej ustawy, może podlegać przepisom nowego kodeksu, a mianowicie czy tylko do zapadnięcia w jego sprawie wyroku w I instancji, czy też aż do jego prawomocnego osądzenia; to oświadczenie się za jedną, lub drugą z tych alternatyw, musi zależeć od natury środka prawnego, wniesionego przeciwko wyrokowi w I inst. Jeżeli ten środek prawny ma tylko na celu wywołanie decyzji sądu wyższego co do kwestyi, czy w wyroku, wydanym w I instancji, sąd wymierzył trafnie karę w granicach, wytkniętych przez podówczas obowiązującą ustawę karną (apelacja 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 n. p. do teoryi, że ustawa karna w zasadzie nie może mieć mocy wstecznej, przychyliły się wyraźnie w Austryi ustawa drukowa 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 egzekucyj przymusowych (§ 6).

<sup>1</sup> Niesłusznie interpretuje ten artykuł Rosenblatt w duchu zasady, że ustawa karna wstecz nie działa. Por. tego autora wydanie Ust. karn. ad art IX Pat. wpraw. Trafne stanowisko u Jan ki (1894 str. 31) i Fingera (l. str. 85).

**254.** Wypada jeszcze poruszyć kwestyę, czy do winowajcy może kiedykolwiek znaleźć zastosowanie ustawa karna, która obowiązywała w czasie między popełnieniem zarzuczonego 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 okolicznością, zapadnięcia 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<sup>1</sup>. Pogląd ten dostał się też do kod. karn. niemieckiego (§. 3 al. 2). Teorya ta niewątpliwie idzie zbyt da-



leko w uwzględnianiu interesu przestępcy. Interes ten może być brany w rachubę przez prawo karne, tylko o tyle, o ile znajdzie się w zgodzie z jakimś prawem podmiotowym przestępcy (na tem opiera się zasada »*lex retro non agit*« — por. Nr. 250. dop. 1; Nr. 252) lub państwa (wyjątkowa moc wsteczna ustawy łagodniejszej — Nr. 251). W zakwestyjonowanym 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 austriacki nie zawiera specjalnych 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 przede wszystkim stosować łagodniejszą ustawę pośrednią, a tej odmówić mocy wstecznej tylko wtedy, gdyby ustawa z czasu dokonania przestępstwa miała okazać się jeszcze korzystniejszą dla winowajcy.

<sup>1</sup> Hugo Meyer *Lehrb.* § 18 (str. 96 wyd III; str. 151 wyd IV).  
Przeciwko temu stanowisku patrz: *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 Austrii ustawa z dnia 10 czerwca 1869 (Dz. u. p. 113). W myśl jej §. 6, jeżeli ustawodawca nie oznaczył wyraźnie innego terminu<sup>1</sup>, to każda ustawa, uchwalona przez Radę państwa, ma otrzymywać moc obowiązującą z początkiem czterdziestego piątego dnia po jej publikacji. Za dzień zaś publikacji takiej ustawy uważać należy

dzien wyjścia i rozesłania odnosnego zeszytu wydania niemieckiego »Dziennika ustaw państwa«, a mianowicie tego, który tekst jej zawiera (§ 5)<sup>2</sup> 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 odnosnego zeszytu »Dziennika ustaw i rozporządzeń krajowych«

W przedmiocie drugiej kwestyi trzeba zaznaczyć że, według zasady powszechnie przyjętej każda ustawa, raz otrzymawszy moc obowiązującą, panuje dopoty, dopoki 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 utraci moc obowiązującą ze względu na wszystkie swoje przepisy, w drugim — tylko ze względu na te swoje postanowienia, które znajdują się w niezgodzie z nową ustawą. *Lex posterior derogat priori*. W każdym przypadku ustawa nie może wygasnąć wskutek t zw *desuetudo* t j przez wyjście ze zwyczaju<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Tak np kod k powsz zaczął obowiązywać z dniem 1 września 1852 (art I Pat w prow), ustawy zaś z 7 kwietnia 1870 przeciwko nadużyciom przy znowach ekonom (dz u p 43) tudzież z 11 kwietnia 1889 (Dz u p 41) o służbie wojsk — z dniem ich publikacyi

<sup>2</sup> Co do autentyczności tekstu niem kod k powsz patrz wyżej Nr 134

<sup>3</sup> Kod cyw § 9

## 2 Co do miejsca

### § 56

**256.** Obręb geograficzny, w którym ma obowiązywać ustawa karna w zasadzie nie może przekraczać granic terytoryalnych państwa, które ją wydało. Tylko wy-

jątkowo, na mocy szczególnych umów międzynarodowych, może być wolno danemu państwu sprawować jurysdykcję karną na terytorium obcego państwa, a wtedy oczywiście i jego ustawy karne także będą musiały być stosowane. Takie wyjątkowe prawo służy mianowicie Austrii w granicach Turcji, tudzież niektórych państw dalekiego Wschodu (Persya, Chiny, Siam, Korea) i Afryki (Maroko, Zanzibar) gdzie tworzy podstawę orzecznictwa sądów konsularnych w odniesieniu do poddanych austriackich i do cudzoziemców, pod opieką Austro Węgier pozostających (*Schutzgenossen*)<sup>1</sup>

Również pewnego rozszerzenia obrębu terytorialnego doznaje zakres działania ustaw danego państwa z tego jeszcze powodu, że, według powszechnie uswięconych zasad prawa międzynarodowego, za terytorium państwa uchodzą też jego okręty wojenne tudzież, na pełnym morzu pod jego flagą żeglujące okręty handlowe<sup>2</sup>. Przestępstwo popełnione na ich pokładzie bywa tak traktowane, jakgdyby popełnione zostało w granicach terytorialnych odnosnego 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 Austrią, reprezentowaną w Radzie Państwa, a krajami korony Węgierskiej, okręty handlowe tak Przedjak Translitawii używać mają jednakowej flagi o barwach i herbach obu połow wspólnej monarchii. Rodzi się więc pytanie, czyje terytorium reprezentować mają pokłady owych okrętów w razie popełnienia na nich przestępstwa. Kwestyą tę przyjęto rozstrzygać co do okrętów wojennych na podstawie narodowości sprawy, a co do okrętów handlowych na podstawie przynależności ich portu ojczystego (*Hematshafen*)

<sup>1</sup> Normy co do wykonywania jurysdykcji konsularnej podaje ustawa z 30 sierpnia 1891 (dz. u. p. 136). Z literatury dotyczącej tej kwestyi patrz Malfatti di Monte Tretto *Handb. des*

*oesterr - ung Konsularwesens* 1879 (*Supplement* 1883) Vesque v Puttlingen *Handb des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts* 1878 (2 wyd) Jettel *Handb des inter Priv und Strafrechts mit Rucksicht auf die Gesetzgebung Oesterr Ung Kroatiens u Bosniens* 1893 Strisover *Konsulargerichtsbarkheit* (Mischler-Ulbrich *Oesterr Staatswörterbuch*)

° *Editto politico di navigazione* 1774 Art II § 39 Patiz Ros-tworowski *Jurydykcyja karna na okrętach handlowych w portach zagranicznych* 1895

**257.** Ustawa karna powszechna z 27 maja 1852 obowiązująca miała w myśl art I Pat wpraw w obręb całej Austrii, 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 ciasniejszej przestrzeni geograficznej a mianowicie w ramach królestw i krajów, reprezentowanych w Radzie państwa austriackiej<sup>1</sup>. Odtąd tylko powyższą przestrzeń uważać należy za obręb terytorjalny zakresu działania tak kodeksu karnego z r 1852, jak wogóle wszystkich ustaw austriackich, uchwalonych przez obie izby Rady Państwa i ogłoszonych w »Dzienniku ustaw państwa«, chyba, że wyraźnie która z nich będzie miała sobie wyznaczone ciasniejsze 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.

Kraje korony Węgierskiej stanowią, z punktu widzenia ustaw karnych austriackich, terytorjum zagraniczne, a poddani węgierscy uchodzą za cudzoziemców, wszakże tylko w odniesieniu do rządu węgierskiego. W stosunku do innych państw, są oni traktowani w Austrii narówni 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. Tłomaczyć się to tem, że na zewnątrz Austro-Węgry występują, jako jedno państwo.

<sup>1</sup> Por. wyżej Nr 133 dop. 2

<sup>2</sup> Ustawę przeciwko lichwie 19 lipca 1877 uchyliła późniejsza ustawa o nierzetliwych postępkach w interesach kredytowych z 28 maja 1881 (dz. u. p. 47), wydana dla całej Austrii, reprezentowanej w Radzie Państwa

### 3 Co do osób

#### § 57

**258.** Teoretycznie zakres działania ustawy karnej co do osób oznaczać można w duchu czterech różnych zasad, które są

1 *Zasada represyj 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 gdziekolwiek indziej 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 mianowicie muzułmanin, posiadający w Turcyi kilka żon, byłby narazony w Austrii na proces karny o dwuzenstwo, — a znowu poddany austriacki, któryby z prawosławia przeszedł na wiarę katolicką, nie mógłby bezpiecznie przebywać w Rosyi w obawie odpowiedzialności karnej za zbrodnię z art. 188 k. k. ros.

2 *Zasada terytorjalności (Territorialprinzip)* Domaga się ona, aby władzy karzącej państwa podlegały tylko przestępstwa, popełnione w jego granicach, całkiem już nie zależnie od tego, kto stał się ich sprawcą lub ofiarą. Bezwzględne przeprowadzenie tej zasady miałoby tę niedogodność, że pozbawiałoby państwo samodzielnej jurysdykcji względem własnych poddanych w przypadkach popełniania przez nich przestępstw zagranicą, i /mu

szaloby je wtedy, do wydawania ich obcemu rządowi, co znów według dzisiejszych pojęć prawnopublicznych znajdowałoby się w niezgodzie z obowiązkami państwa wobec jego obywateli.

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 popełniono przestępstwo. W swoim zastosowaniu praktycznym, ta zasada musiałaby pozbawiać państwo własnych środków obrony przeciwko przestępstwom, popełnianym na jego terytorium 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, niezależnie od narodowości ich sprawców i od miejsca ich popełnienia<sup>4</sup>. Założenie to uznać należy za całkiem fałszywe. Sprzeciwia się ono bowiem zarówno obowiązkowi, jak dobrze zrozumianemu interesowi każdego państwa. Z jednej strony mianowicie, i cudzoziemcy, przebywający na terytorium 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 i pielegnować w nich te złe instynkta, które bywają najżyźniejszym posiewem zbrodni.

<sup>4</sup> Finger odróżnia jeszcze zasadę narodowości przedmiotowej na terytorialnej i na podmiotowej podstawie, stosownie do tego, czy państwo ma ścigać przestępstwa o tyle, o ile ich skutki szkodliwe przejawiają się na jego terytorium, czy też, o ile nadwe-

ręczają 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. Patrz *Oester. Strafr* I. str 91. dop. 68.

**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 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 austriackiego w przedmiocie jego zakresu działania co do osób, musimy przedewszystkiem odróżnić dwie następujące kategorie 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 Austrii, mają obowiązek obeznawania się z przepisami powszechnymi, dotyczącemi bezpieczeństwa i porządku publicznego, a jeżeli poświęcają się jakiemuś zatrudnieniu, — to i z temi rozporządzeniami szczególnymi, które się do tego ostatniego odnoszą (§ 234. al. 1).

Tylko wyjątkowo, na mocy osobnych postanowień prawa, względnie umów międzynarodowych wyjęte są w Austrii z pod terytoryalnego zakresu działania tak

kodeksu karnego, jak innych uzupełniających ustaw karnych powszechnych, pewne ściśle oznaczone kategorie krajowców i cudzoziemców.

**261.** Osoby, wyjęte z pod zakresu działania ustaw karnych powszechnych. Osoby te podzielić należy na dwie główne kategorie odpowiednio do tego, czy 1) nie podlegają całkiem władzy karzącej państwa austriackiego, czyż 2) nie znajdują się w Austrii pod panowaniem ustaw karnych powszechnych.

1. Pierwsza kategoria obejmuje:

a) Cesarza, którego osoba jest w myśl art. I. ustawy zasadniczej państwa o pełnieniu władzy rządowej i wykonawczej z dn. 21 grudnia 1867 (dz. u. p. 145) uświęcona, nietykalna i nieodpowiedzialna.

b) Cudzoziemców, posiadających na mocy prawa międzynarodowego t. zw. przywilej zakrajowości, w myśl którego, w razie popełnienia przez nich przestępstwa w Austrii, władze tutejsze ograniczyć się mają do zarządzeń, skierowanych ku zapobieżeniu ucieczce winowajcy, tudzież do poczynienia za pośrednictwem Najwyższego Urzędu Marszałkowskiego odpowiednich starań, aby władza zagraniczna, której podlega obwiniony, dostała go w swoje ręce. Powyższy przywilej posiadają w Austrii naczelnicy obcych państw oraz posłowie zagraniczni, uwieczelnieni przy dworze austriacko-węgierskim, i wszyscy członkowie składu urzędowego odnośnych poselstw. Oprócz tego przywilej ten ma służyć także domownikom i służonom wymienionych wyżej posłów, tudzież przebywających w Austrii 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.)<sup>1</sup>.

Konsulowie obcych państw nie mają sobie przyznanego w zasadzie żadnego wyjątku z pod panowania ustaw karnych austriackich<sup>2</sup>. Wszakże na mocy osobnych konwencyj, zawartych przez Austro-Węgry z bardzo licznymi



państwami zagranicznymi, członkowie ich konsulatów (konsulowie jeneralni, konsulowie, wicekonsulowie i ajenci konsularni), jeżeli są poddanymi państwa, któremu służą, nie mają podlegać ustawom karnym austriackim, za popełnione przez nich tutaj przestępstwa, ale tylko o tyle, o ile te ostatnie nie stanowiłyby zbrodni według prawa austriackiego. Exempcyja ich więc odnosi się wyłącznie do występków i przekroczeń <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Por. mój Wykład proc. k. str. 152.

<sup>2</sup> Patrz Dekret Kanc. Nadw. z 23 września 1817. l. 1373 zbiuru ust. sąd. tudzież art. 11 konwencyi z Niderlandami z 15 maja 1856 (dz. u. p. l. 120).

<sup>3</sup> Tego rodzaju konwencye konsularne zawarte zostały w r. 1856 z Tunetanią (Dz. u. p. l. 91 ex 1857) i Niderlandami (l. 119 i 120); w r. 1857 z Persyą (l. 74 ex 1858); w r. 1860 z Rosyą (l. 272); w r. 1866 z Francją (l. 167) i Liberyą (l. 129 ex 1867); w r. 1867 z Belgią (l. 56); w r. 1869 z Chinami (l. 58 ex 1872) i Japonią (l. 128 ex 1872); w r. 1870 ze Stanami Zjednoczonymi Amer. Półn. (l. 116 ex 1871); w r. 1871 ze Siamem (l. 8 ex 1873); w r. 1873 ze Szwecyą i Norwegią (l. 60 ex 1874) tudzież z Portugalią (l. 135 ex 1874); w r. 1875 z państwem Hawajskiem (l. 87 ex 1876; patrz także późniejszą umowę z r. 1884. l. 27); w r. 1878 z Włochami (l. 11 ex 1879); w r. 1880 z Hiszpanią (l. 29 ex 1881); w r. 1881 z państwem niemieckiem (l. 64) i Serbią (l. 87 ex 1882),

**262. 2)** Do drugiej kategorii osób, wyjętych w Austrii z pod zakresu działania ustaw karnych powszechnych należą:

a) Osoby, podlegające sądom karnym wojskowym i osobnym przepisom ustaw karnych wojskowych (art. I. Pat. wpraw.) <sup>1</sup>.

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 powszechniej (§ 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 Austrii, mają być wydawani do ukarania rządowi państwa, do którego należą. Wynika to z § 37 k. k., który, uświęcając zasadę terytoryjalności odnośnie do przestępstw, popełnionych w Austrii 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<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Osoby te obowiązują, 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.; ust. z 26 lut. 1876 (dz. u. p. 9) o żandarmeryi; 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. — Do tej kategorii 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. 98—102.

<sup>2</sup> Powszechnie (Herbst: *Handbuch*, I, str. 30; Janka: *Das österr. Strafr.* str. 39) wymieniają tu jeszcze:

a) Posłów na sejmy i do rady państwa (ust. z dn. 3 paźdz. 1861, L. 98 Dz. u. p. i ust. z 21 grudnia 1867, L. 141 Dz. u. p.), członków delegacyj (ust. z 21 grudnia 1867, L. 146 Dz. u. p.) i komisji kontrolującej długi państwa (ustawy z 10 czerwca 1868 r., L. 53 i 54 Dz. u. p.), które to osoby za głosowania podczas wykonywania swoich funkcji urzędowych nie mogą być nigdy karane, a za swoje wynurzenia przy tej sposobności mogą odpowiadać tylko w obec Izby, do której należą;

b) osoby, nie mające być pociągane do żadnej odpowiedzialności (w myśl § 28 ust. druk. 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 kategorie osób nie mają nic wspólnego z kwestyą, rozbieganą w tekście. Tu bowiem ma

miejsce zniesienie w myśl *legis specialis* karygodności niektórych czynów, uznanych w ogóle 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. Przegl. pr. i admin). 1898).

<sup>3</sup> Podobne umowy np. zawarła była Austria w r. 1834 z Prusami i Rosyą, a w r. 1836 z Niemcami co do zbrodni politycznych przeciwko tym państwom. Istnieje także umowa ze Szwajcaryą z r. 1855 co do przestępstwa, które Szwajcar, odstawiony przez swój rząd do Austrii w charakterze świadka, popełniłby w czasie swego przymusowego pobytu w Austrii, względnie co do jego udziału w przestępstwie, w przedmiocie którego wezwano go na świadka. — Oprócz tego osobne konwencye zawarła Austria z niektórymi państwami ościennymi 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 wyróżnia 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 Austrii okoliczność, że za tę samą zbrodnię był już on sądzony zagranicą, względnie nawet odcierpiął za nią tamże karę<sup>1</sup>. Kodeks na ten ostatni przypadek przepisuje tylko, aby sędzia austriacki 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 Austrii 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).

<sup>1</sup> Nawet ułaskawienie, otrzymane zagranicą, nie uwolni krajowca w Austrii od kary za zbrodnię. Wyjątek stanowiłoby ułaskawienie w krajach korony Węgierskiej.

**264.** Wątpliwą jest kwestya, o ile warunkiem pociągania w Austrii 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. austriacki, 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 austriackiego przeszkodą, do postępowania z krajowcem według tutejszego prawa. Niewątpliwie jednak ustawodawca austriacki musiał liczyć się z tą okolicznością, że byłoby rzeczą wielce niesprawiedliwą, gdyby odnośnie do przestępstw, popełnionych zagranicą, miał w zasadzie traktować surowiej krajowców niż cudziemców (§§ 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 Austrii

ma już w myśl zastrzeżeń, zawartych w § 235 k. k., zależeć zawsze od tego warunku, aby odnośny czyn stanowił także jakiegokolwiek przestępstwo w państwie, gdzie go popełniono. Co do zbrodni zaś, to wprawdzie brak podobnych zastrzeżeń w § 36 utrudnia jego interpretacją w duchu poglądu Fingera. Wszakże stanowisko, które kodeks co do zbrodni, nie naruszających interesów austriackich 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 austriackiego lub poddanych austriackich, nie mógł w żaden sposób chcieć krajowców traktować gorzej niż cudzoziemców. Przypuśćmy np., że w Niemczech poddany austriacki w drodze wyższej konieczności spełni na szkodę poddanego niemieckiego lub francuskiego czyn, uznany w Austrii za zbrodnię i nie dający 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 Austrii żadnej odpowiedzialności karnej. Byłoby rzeczą całkiem nieusprawiedliwioną, gdyby w podobnym przypadku musiał krajowca spotkać gorszy los po jego powrocie do Austrii<sup>1</sup>.

Aczkolwiek *de lege ferenda* możnaby, z pewnemi zastrzeżeniami, przyznać słuszność pogładowi 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 austriacki 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 Austrii mniej korzystnie niż cudzoziemiec; to trzebaby w tem widzieć tylko konsekwencją 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 całym jasno sformułowaną wolą ustawodawcy, za popełnienie zagranicą występku lub przekroczenia, krajowiec ma być karany w Austrii, podczas, gdy cudzoziemiec ma być u nas wolny od odpowiedzialności karnej<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Finger: *Strafr* I. str. 93—95.

<sup>2</sup> Janka (*Oesterr. Strafr.* § 21) nie porusza wcale tej kontrowersyi, a Lammach (*Grundriss.* § 6) zaznacza ją tylko bez bliższych wyjaśnień.

**265.** 2) Odnośnie do przestępstw, popełnionych zagranicą przez cudzoziemców kodeks nie przestrzega jednolitej zasady, lecz traktowanie ich czyni zawisłym od ich rodzaju. Pod tym względem mianowicie, należy w myśl prawa austriackiego odróżnić trzy następujące kategorie przestępstw:

a) Zdradę główną przeciwko państwu austriackiemu z § 58<sup>1</sup> i fałszowanie publicznych papierów kredytowych lub monet austriackich z §§ 106 — 121 k. k. Tu kodeks rządzi się zasadą narodowości przedmiotowej i stanowi, że cudzoziemiec, w razie popełnienia jednej z tych zbrodni zagranicą, ma być traktowany w Austrii narówni z krajowcem (§ 38).

b) Wszystkie inne zbrodnie, przewidziane tutejszemi ustawami karnymi (§§ 39. 40. 41). Ze względu na nie, kodeks wyznaje z pewnemi zastrzeżeniami zasadę represyi wszechświatowej. Żąda on bowiem, aby sądy tutejsze przede wszystkim 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 Austrii 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 łagodniejszymi dla

oskarżonego (§ 40 k. k.; patrz wyżej Nr. 242. l. 1). 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 Austrii za występki lub przekroczenie. W tym przypadku mianowicie ma on być wolny w Austrii i od kary i od ekstradycyi. Wyjątkiem od tej reguły jest stanowisko kodeksu austriackiego wobec występku z § 295, polegającego na przedsięwzięciu zagranicą przez cudzoziemca starań, w kierunku założenia w Austrii tajnego stowarzyszenia lub celem werbowania do niego członków. Tu kodeks nasz musiał stanąć na gruncie zasady narodowości przedmiotowej i domagać się ukarania takiego cudzoziemca.

<sup>1</sup> Nie należą tutaj przypadki wspólne w zdradzie głównej z §§ 60. (zaniechanie przeszkodzenia) i 61. (zaniechanie domiesienia).

**266.** Konwencye ekstradycyjne<sup>1</sup>. W myśl § 41 k. k. umowy, zawarte z obcemi państwami w przedmiocie wzajemnego wydawania przestępców, mają sobie przyznana moc uchylania przepisów, podanych w §§ 37. 39 i 40 co do przestępstw, popełnionych przez cudzoziemców, tak w Austrii, jak zagranicą (p. wyżej Nr. 262 c. i 265). Umowy takie istnieją nie od dzisiaj między wszystkimi 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. Ustały się w prawie międzynarodowem, co do wzajemnego

wydawania przestępców, pewne zasady, na których też operają 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 (§§ 37. 235 k. k.)<sup>2</sup>.

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, które jest wezwane o ekstradycyą. Zgodnie z pierwszym warunkiem ekstradycya 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 maszyny piekielnej, pociągu kolejowego, którym jechał Napoleon III, zamachom, podchodzącym pod pojęcie morderstwa, skry-



tobójstwa lub trucicielstwa, odmawiać należy bezwarunkowo charakteru zbrodni politycznych. Klauzula ta weszła wprawdzie do bardzo wielu konwencji ekstradycyjnych, wszakże dotąd Anglia, Włochy i Szwajcarya nie okazują skłonności do jej przyjęcia<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Patrz wymienione w dop. 1 do Nr. 249 dzieła Lammacha, Martitza i Roszkowskiego, tudzież literaturę, podaną w dop. 1 do Nr. 256.

<sup>2</sup> Decydujące znaczenie ma tu tylko przynależność polityczną danego oskarżonego nie w chwili, gdy dopuścił się przestępstwa, lecz w czasie, gdy żądają jego wydania. Por. Lammach: *Grundriss*, str. 13. 14.

<sup>3</sup> Co do konwencji ekstradycyjnych między Austryą a obcemi państwami, to spis ich patrz w dop. do § 41 k. k. wyd. Rosenblatta. Co do pojęcia przestępstw politycznych patrz Lowenfeld w czasop. Liszta, t. V. 1885. str. 46—114.

## VI. O wykładaniu ustawy karnej<sup>1</sup>.

### § 60.

**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 się łatwo zdarzyć, że tekst, rozumiany dosłownie okaże się niejasnym (wieloznacznym) lub nietrafnym wyrazem woli ustawodawcy. W przypadkach tych trzeba będzie w drodze t. zw. tłumaczenia czyli interpretacji 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 dla nas potrzeba odpowiedniego wypeł-

nienia braków, znajdujących się w tekście, a do tego znów służy nam t. zw. analogia.

<sup>1</sup> Schaffrath: *Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze*, 1842. Krug: *Grundsätze der Gesetzesauslegung*, 1842. Merkel w *Handbuch Holtzendorfa*, II. 67., IV. 75. Schutze: *Ueber die sog. Redaktionsversehen*, 1872 (*Gold. Archiv*, 1872. str. 350). Sonntag: *Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers, insbesondere auf strafrechtlichem Gebiete*. 1874. Binding: *Normen*, I § 23. *Handb.* str. 450. Pfaff u. Hofmann: *Commentar zum allg. bürg. Gesetz* b. I. str. 166. Unger: *System des oesterr. allg. Privatr.* I. 59. 73. Janka: *Strafr.* § 23. Finger: *Strafr.* str. 99—102. 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 ubliżania 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 staraniem naszym będzie musiało być zbadanie, które z tych różnych, z punktu widzenia gramaty-

cznego, mniej lub bardziej prawidłowych, tłumaczeń 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, współcześnie 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 innym rozumieniu, słowa, których użył w przepisie, stanowiącym temat naszego tłumaczenia<sup>1</sup>. 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. Podrzedniejsze stanowisko interpretacyi historycznej tłumaczy 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 sprawozda-

nia odnosnych komisyj, protokoły odnosnych posiedzen, oswiadczenia rządu, a przede wszystkim motywa urzędowe uchwalonych tekstow) W czasach gdy władzę ustawodawczą sprawowała jedna tylko osoba, mozna było z większem zaufaniem uciekac się do interpretacji historycznej, niż przy dzisiejszym systemie, który tak znaczną liczbę roznych głow powołuje do uchwalania ustaw i wskutek tego w najwyższym stopniu utrudnia wysledzenie, w drodze badania genezy ustawy, rzeczywistego zamiaru ustawodawcy<sup>2</sup>

Wreszcie mozliwe są jeszcze przypadki, w których, nawet przy posilkowaniu się interpretacja historyczną, nie potrafimy zdac sobie jasno sprawy z tego, ktore z kilku, gramatycznie rownie uzasadnionych tłumaczen danego tekstu uwazac trzeba za nazgodniejsze z wolą ustawodawcy Wtedy dopiero, według powszechnie przyjętej reguły, powinniśmy nasze wątpliwosci rozstrzygac w duchu najkorzystniejszym dla oskarzonego (*in re dubia benignior est interpretatio facienda*)

<sup>1</sup> Przykład interpretacji dogmatycznej W § 147 k k czytamy ze zbrodni spędenia cudzego płodu dopuszcza się ten kto w jakimkolwiek badz zamiarze (*aus was immer für einen Absicht*) wbrew wiedzy i woli matki spędenie jej płodu sprowadza lub sprowadzic usiłuje Dopiero na podstawie § 1 tegoz kodeksu w myśl ktorego do zbrodni potrzeba złego zamiaru, dochodzimy do wniosku ze w § 147 przez zamiar ustawodawca mógł pojmovac tylko pobudke — Przykład interpr historycznej Kodeks nazywa dzieciobojstwem zabicie przez matke dziecka swego przy porodzie (§ 139 „*bei der Geburt*“) Historycznie na podstawie tekstow Terezyany „*in oder gleich nach der Geburt*“ (Art 88) kod karn dla Galicyi Zach z r 1796 gdzie mowa jest o zabiciu *enes neugebornen Kindes* tudziej z uwagi na tę okolicznosc ze w pracach przygotowawczych do kodeksow z 1 1803 i 1852 nie ma zadnej wzmianki o tem izby ustawodawca powzial był rzeczywisty zamiar odstapienia od dotychczasowego pogladu (por *Jennill Oesterr Criminalrecht*, 1837 II str 120 121) dochodzimy do wniosku ze przez słowa „*bei der Geburt*“ ustawodawca chcial pojmovac nietylko chwile samego porodu ale i najblizszy czas po porodzie

<sup>2</sup> W odrzucaniu interpretacji 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 Schutze i Sontag Tytuły odnosnych dzieł podaje dop 1 do Nr 267

**269.** Interpretacja przyjęto jeszcze dzielić 1) ze względu na jej wyniki na *a*) sciesniająca (*int restrictiva*) i *b*) rozciągająca (*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 sciesniać, względnie rozciągać w drodze interpretacji wolno jest tylko znaczenie gramatyczne odnosnego tekstu, nigdy zaś rzeczywistą myśl ustawodawcy. W odniesieniu do tej ostatniej, interpretacja powinna być zawsze tylko wiernym jej wykładem.

W przedmiocie drugiego podziału, na szczególną uwagę zasługuje interpretacja autentyczna, która pochodzi od samego ustawodawcy i występuje w formie osobnej ustawy. Od naukowej i sądowej różni się interpretacja 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 tłumaczy, że ustawa interpretacyjna nie stwarza nigdy nowych norm dla odnosnych stosunków, lecz tylko usuwa prawomocnie wątpliwości co do tego, jak należy pojmować, jakas 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 kwestyą 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 odnosne braki w tekście ustawy posługując się tak zwaną analogią<sup>1</sup>. 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*)<sup>2</sup>.

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 naszego życia (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 austriackiem najwyraźniej sędzia ma sobie odebrane prawo posiłkowania się analogią co do dwóch pytań: *a)* jakie czyny stanowią 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)<sup>3</sup>.

W przedmiocie wszelkich innych kwestyj, prawo nasze nie odmawia sędziemu tytułu do wypełniania w drodze analogii braków, zachodzących w ustawie karnej<sup>4</sup>. 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)<sup>5</sup>. Również tylko na podstawie analogii sędzia austriacki będzie mógł rozstrzygnąć pytanie, ażali prze-

stępstwa przewidziane w §§ 295. 296. 371 i 374 k. k. uważać trzeba za występki lub przekroczenia.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.*

<sup>3</sup> W Austrii 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.

<sup>4</sup> 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 Austrii w myśl § 38. Niemniej przepis § 173., co do obliczania wartości rzeczy ukradzionych, będzie musiał także znaleźć zastosowanie do analogicznych przypadków przeniewierzenia (§ 183) i oszustwa (§ 200).

<sup>5</sup> Sędzia jednak w drodze analogii nie będzie miał prawa, do aresztu z § 311 dołączyć karę dodatkową przypadku ofiarowanego lub doręczonego podarunku z § 105.

## ROZDZIAŁ IV

### Pierwiastek działania zawnionego.

(Nauka o poczytaniu)<sup>1</sup>.

**I. Wina i poczytanie. Poczytalność sprawcy i przypisalność czynu, jako warunki poczytania. Przestępstwo, jako działanie zawnione, 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 prawo

dawcę, zanim go popełniono. Trzeba mianowicie, aby oprócz tego, jego sprawca mógł uchodzić nie tylko 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 вина, przyjęto nazywać poczytaniem (*Zurechnung*) tego czynu, co właściwie ma oznaczać zapisanie go na poczet (rachunek) woli jego sprawcy<sup>2</sup>.

Wprawdzie każdy czyn zewnętrzny, spełniony przez jakąś osobę, uważać należy pod względem materialnym 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 przełamanie. Otóż z punktu widzenia tych praw, tylko pod pewnymi warunkami godzi się zapisywać jakiś czyn na rachunek woli jego sprawcy, t. j. innemi słowy, poczytywać mu go za winę<sup>2</sup>. Warunki te wypada nam teraz poznać.

<sup>1</sup> 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 peincl. Rechtsw.* II. 193—243). Berner: *Grundlinien der Imputationslehre*, 1843, a także *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen u. 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. Bünnger: *Vorstellung und Wille, als Elemente der subjektiven Verschuldung* (*Liszt's Zeitschr.*, 1886. VI. str. 291—364). Rupp: *Moderne Recht und Verschuldung*, 1880. Thyrén: *Abhandlungen*, II. *Ueber dolus und culpa*. Liszt: *Die strafrechtliche Zurechnungs-*



*fähigkeit* (*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 Schuldfornen des Strafrechts*, I. 1895. Patrz także odpowiednie rozdziały w podręcznikach Bindinga, Merkla, Liszta, Janki, Fingera i Lammasccha, 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), W języku polskim wydał w r. 1872 Bojarski: *Zasady nauki o poczytaniu*.

<sup>2</sup> Pojęcia winy i poczytania znajdują zastosowanie nie tylko do przestępstw, lecz do wszystkich czynów, które można odnosić do woli ich sprawców, jako do ich przyczyny moralnej. Ze względu na to mówimy nie tylko o winie kryminalnej, ale także o winie prawno-cywilnej, etycznej i religijnej, a odpowiednio do tego przedmiotem poczytania stawać się mogą nie tylko przestępstwa, ale także bezprawia cywilne, względnie działania, przeciwnie przepisom etyki, lub przykazaniom religii. — W zasadzie pojęcia te nie mają nawet nie wspólnego z kwalifikacją 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 Floryjańskim* (w. XIV) wyrazy łacińskie tekstu Vulgaty *sine causa* przetłumaczone zostały na przez wini (3. 7). Już jednak w pomnikach z XVI wieku w miejsce tych ostatnich słów wchodziły wyrazy bez przyczyny (*Szczyt duszny*, modlitewnik Zygmunta I, w. Bibl. uni.w. 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.** Możliwość poczytania człowiekowi za winę spełnionego przezeń czynu przestępnego zawisła od dwóch następujących warunków:

1) Trzeba, aby ten człowiek posiadał zdolność do

stawiania się przyczyną moralną czynów, zabronionych przez prawo pod groźbą kary.

2) Trzeba, aby wolno mu było 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*)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> W pierwszym wydaniu naszego *Wykładu prawa karn.* (1885) nazwaliśmy za przykładem Bojarskiego (Nauka o poczytaniu, str. 38. dop. 1.) zdolność człowieka do odpowiadania za przestępstwa poczytalnością sprawcy, a stosunek, pozwalający mu korzystać z tej zdolności w odniesieniu do spełnionego przez siebie 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 całym innym, powszechnie przyjętym znaczeniem. Poczytalnością 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 nie tylko w terminologii prawniczej (Budziński: *Wykład*, Nr. 84), lecz i w mowie potocznej, ustalili 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 przyznajemy chętnie, że trzeba się liczyć z utartym znaczeniem niektórych wyrazów i szanować już przez nie nabyte prawo obywatelstwa. Z tego to powodu postanowiliśmy używać wyrazu poczytalność w rozumieniu powszechnie przyjętym, 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. Sądziłyśmy, 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 naszym postępowaniem a obowiązkami, których spełniania domaga się od nas prawo pod groźbą kary; tudzież *b)* na t. zw. autonomii woli, t. j. władzy samodzielnego rządzenia się w naszym 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 musiałyby z woli prawa ścierać na niego karę. Bez tej władzy, człowiek nie byłby w stanie odczuwać podnieć, które chce w nim budzić prawo, bo to, co ma być źródłem tych podnieć, byłoby dla jego poznania rzeczą całkiem niedostępną. Władzę tę posiadać może tylko człowiek z dojrzałą i zdrową inteligencją.

*b)* Druga władza, znana pod nazwą autonomii woli (także wolnej woli), pozwala człowiekowi mieć tyle panowania nad sobą, aby samodzielnie mógł wybierać między postępowaniem, do którego chce go pobudzać prawo, a tem, do którego czuje się zachęcanym przez podnieć, wypływające z całkiem odmiennego źródła, bo z jego prawu przeciwnych pożądań zmysłowych. Samodzielność owego wyboru pojmować należy w tem znaczeniu, iżby można było wybór ten uważać za własne dzieło człowieka, obdarzonego dojrzałą i zdrową inteligencją, 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<sup>1</sup>. Autonomia woli zawisa jest także od pewnego stopnia rozwoju umysłowego człowieka, gdyż, aby mózdz samo dzielnie wybierać między jedną a drugą drogą postępowania, trzeba zdawać sobie sprawę z tego, do czego każda z tych dróg prowadzi

<sup>1</sup> Nie chcemy tu poruszać pytania o wolności woli w rozumieniu metafizycznym tego pojęcia, gdyż kwestya ta wychodzi z pod zakresu badań, stanowiących przedmiot nauki prawa karnego. Dla nas wystarcza skonstalowanie tego faktu, opartego na jaknajdawniejszem i najpowszechniejszem doświadczeniu narodów, że człowiek dojrzały i zdrow na umyśle zdolny jest do tego, aby dopasowywać swoje 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 decyzji. Przeciwko tej tezie przytaczają determinanci prawo przyczynowości koniecznej, z pod panowania ktorego i wola człowieka wyłamywać się nie może. Zdaniem ich odpowiedzialność człowieka za przestępstwa opiera się nie na tem, że mógł on być inaczej postąpić, ale na tem, że przedstawia on dla prawa odpowiedni materiał 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, Mittelstadt, Finger, Janka, Hertz (*Unrecht*, I, str. 119), Hrehorowicz (*Grundbegriffe*, 17), Thyren (*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 fur Strafr.* t X; Krzymuski w *Krak. Czasop. prawn. i ekonom.* I. Poustoroslew: *Criminalité et imputa-*

*bilité*, 1899. Horn: *Zurechnungsfähigkeit und bürgerliche Freiheit* (Ger. S. t. 58). — Za naszą tezę autonomni woli oświadczają się między innymi Berner, Halschner (podręczniki), Kohler (*Das Wesen der Strafe*, 1888), Loning (*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).

**274.** 2) Przypisalność czynu przestępnego. Aby mózż 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 kwalifikacją człowieka do stawania się przyczyną moralną przestępstw, bo nie dotykając bynajmniej potrzebnego do tej kwalifikacji stopnia dojrzałości i zdrowia naszego umysłu, rozstrzygają wszakże w każdym przypadku konkretnym o tem, czy można dane przestępstwo póczytać za winę jego, *in potentia* odpowiedzialnemu sprawcy, wytwarzają warunki t. zwanej 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 spowodzić pewien skutek przestępny (wina umyślna)

b) Jeżeli okaże się, że sprawca wprowadzić nie chciał spowodzić za pomocą swego czynu tego skutku przestępnego, który z niego powstał ale przewidział, wzglę-

dnie powinien był przewidzieć możliwość jego nastąpienia (wina nieумыślna).

We wszystkich innych przypadkach trzeba będzie uważać przypisalność czynu za wykluczoną. Poznamy je niżej przy rozbiórce 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 też stawać się może winnym przestępstwa.

W świecie starożytnym i w wiekach średnich kwalifikacją do popełniania przestępstw przypisywano także zwierzętom<sup>1</sup>, a dziś jeszcze niektórzy autorowie oświadczają się za odpowiedzialnością kryminalną korporacyj (*universitas personarum*)<sup>2</sup>. Pierwszy pogląd przebrzmiał już oddawna w historii, 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 korporacją 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<sup>3</sup>.

Drugi argument przeciwko poczytalności kryminalnej korporacji wyprowadzamy z istoty winy. Uzdolnienie umysłowe, które poznaliśmy, jako warunek naszej kwalifikacji 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 korporacja, dowodziłoby tylko niezrozumienia istotnych podstaw poczytania przestępstw i wprowadzania do prawa karnego całkiem mu obcej, a z prawa cywilnego zapożyczony instytucji zastępstwa woli.

<sup>1</sup> Co do odpowiedzialności karnej zwierząt patrz BÉRIAT-SAINTE-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 jugemens 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* (Nwa, 1882). AMIRA *Thierstrafen und Thierprocesse*, 1891. ADDOSIO: *Bestie delinquenti*, 1892. ŁOZIŃSKI: *Prawo zwierząt* 1895, str. 13—15.

W historii 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 winowającą, jak innemu 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, za pomocą którego właściciel zwierzęcia uwalniał się od odpowiedzialności za szkodę, którą to ostatnie wyrządziło (prawo rzymskie XII tablic. *Institutiones*, IV. 9).

<sup>2</sup> Stare prawo niemieckie przyznawało korporacyom zdolność do popełniania przestępstw. *Sachsenspiegel* II. 72. § 1, III. 60, § 3 (*Verfestung und Achtung einer Burg*). FRIDERICI II *constitutio*, 1235, § 13. (Pertz *Monumenta*, IV. 317). Patrz KRIES: *De delictis universitatum*, 1876. GIERKE. *Genossenschaftsrecht*, I. 556. KRIVZOW. *Beitrage zur Lehre von den iuristischen Personen nach romischem Recht*. I. 1894, Makarewicz: *Wesen des Verbrechen*, 1896, str. 87—107. Bamberg: *Zur Lehre von der Deliktsfähigkeit der juristischen Personen*, 1898. Z wybitniejszych nauczycieli prawa karnego za odpowiedzialnością korporacji oświadczają się MEIKEL (*Lehrb.* str. 50. 51) i LISZT (*Lehrb.* § 27).

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.

<sup>3</sup> 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. (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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 (*Wisentlichkeit*); 3) winę, nacechowaną tylko możliwością i obowiązkiem przewidzenia owego skutku (*Fahrlässigkeit*). Winę z przewidzenia dzieli znów Löffler na trzy stopnie, (sprawca przewidział skutek *a*) jako prawie pewny, *b*) jako prawdopodobny, *c*) jako rzadko możliwy) i co do kwalifikacji 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 umyślne (dolus, Vorsatz).

### 1. Pojęcie winy umyślnej.

**277.** Do istoty winy umyślnej wchodzi dwa prawnie 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)<sup>1</sup>. Postanowieniem przestępnym nazywamy skierowanie przez sprawcę woli ku rozwinięciu działalności, mającej mu posłużyć, do sprowadzenia zamierzonego przezeń skutku przestępnego.

Z tych dwóch kierunków woli powstaje naprzód zamiar, a potem dopiero postanowienie. Aby się o tem przekonać, przypatrzmy się całkowitemu pochodowi przestępstwa umyślnego.

<sup>1</sup> Całkiem inaczej chcą określać pojęcie zamiaru przestępnego Frank (*Czasop. Liszta* X. str. 169), Liszt (*Lehrb.* § 39) i inni zwolennicy tak zwanej teorii wyobrażonego skutku (*Vorstellungstheorie*). Zdaniem ich człowiek może chcieć tylko pewnego działania. Wina zaś sprawcy staje się umyślną wtenczas, jeżeli wolę, skierowaną ku spełnieniu odnośnego działania, budzi w nim wyobrażenie mającego z niego wyniknąć skutku przestępnego. W przeciwstawieniu do tego zapatrywania nasz pogląd nosi nazwę teorii zażądane go skutku (*Willenstheorie*). Za tą ostatnią oświadczają się w szczególności Bün ger (*Czasop. Liszta* VI. 339), Finger (*Lehrb.* I. 132), Lammasch (*Grundriss*, str. 17).

**278.** Pochodem przestępstwa (*iter delicti*) nazywa się droga, którą przebywa przestępstwo, począwszy od swojego zawiązku w duszy sprawcy, aż do skrytalizowania 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 z a m i a r p r z e s t ę p n y. 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, jakoto 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 stacją po stronie wewnętrznej pochodu przestępstwa. Odtąd rozpoczyna się jego pochód zewnętrzny.

2) Na widowni świata zewnętrznego przestępstwo przechodzi przez te same stacje, 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 pochodzenia 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 pewnego zaś działania (*ad actum procedere*) nie ma żadnego przestępstwa.

**280.** Całkiem inne jest znaczenie pobudki po stronie wewnętrznej pochodzenia przestępstwa, a osiągnięcia, względnie chybienia upragnionego celu, po stronie zewnętrznej tego pochodzenia. Stadya te mianowicie mają swoje źródła nie w woli, lecz w uczuciowości sprawcy, i dlatego dla istoty jego winy obojętnymi być muszą<sup>1</sup>. 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, hańbiąciami zowią się przestępstwa, popełnione z niskich pobudek, a niehańbiąciami 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.

cych. Opinię tę, naszym zdaniem, trzeba uznać za błędną i przy podziale przestępstw na hańbiące i niehańbiące uwzględniać tylko kwalifikacją etyczną pobudki, niezależnie od pytania, czy, ze względu na charakter napadniętego dobra, odnośne przestępstwo okaże się pospolitem lub politycznym. 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, ma zaś już to, iżby ta ostatnia nie należała do uczuć wstyd człowiekowi przynoszących<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Tak w przypadku morderstwa, aby móżdż poczytać je Piotrowi, wystarcza dla prawa karnego ta okoliczność, że on umyślnie pozbawił życia Pawła. Pobudka zaś, którą Piotr rzucił, 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, zabijwszy Pawła, w pierwszym przypadku nasycił swoją żądzę zemsty lub nie, a w drugim — zdołał lub nie przyjść w pomoc Janowi (Paweł mógł być 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.

<sup>2</sup> Patrz wielce zajmujące referaty kilku wybitniejszych kryminalistów w kwestyi podziału przestępstw na hańbiące i niehańbiące, tudzież odpowiadającego tej klasyfikacji podziału kar na sromotne i niesromotne w paryskiej *Revue pénitentiaire*, r. 1896, str. 830 — 855. 1099. — 1118; r. 1897, str. 144 — 187. Specjalnie co do bliższego uzasadnienia naszego poglądu, patrz nasz referat, tamże r. 1897, str. 170 — 175. Osobna kategoria przestępstw niehańbiących znana jest do pewnego stopnia prawu austriackiemu. 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 zawyro-  
kowanej. 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 prze-  
stępnego z jednej strony, tudzież spełnionego działania  
i osiągniętego skutku przestępnego z drugiej —, nie ma  
w całkowitym, przez nas wyżej (Nr. 278) opisanym po-  
chodzie przestępstwa żadnych innych stadyów, któreby  
mogły posiadać znaczenie istotne dla pojęcia winy; przeto  
jasną jest rzeczą, że wina umyślna, jako nacechowana  
przestępczością zamiaru i postanowienia sprawcy, przed-  
stawiać musi najpełniejszy wyraz winy kryminalnej. Tem  
też trzeba tłómaczyć, że kodeksy karne uważają tę winę  
za prawidłowy warunek przypisalności czynu przestęp-  
nego (wyżej Nr. 274. *a*), a od tej reguły odstępują tylko  
w odniesieniu do lżejszych przestępstw, dla których po-  
czytania zadawałają się już winą nieumyślną (wyżej  
Nr. 274 *b*). Takie stanowisko zajął także wobec tej kwe-  
styj kodeks austriacki. W myśl jego § 1. zbrodnią (*Ver-  
brechen*) 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. Da-  
wna teoria 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 dzie-

lić 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 on 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 jakiegokolwiek ściśle określonego skutku przestępnego. Tu zdarzyć się mogą trzy następujące przypadki:

z. 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 kategorią, obejmującą różne szczególne skutki przestępne (lekkie względnie ciężkie uszkodzenie cieleśne, uśmiercenie), z których każdy uchodził dla sprawcy za możliwą, a w równym stopniu pożądaną postać skutku, odpowiadającego jego zamiarowi. Jest to t. zwany zamiar ogólny (*dolus generalis*)<sup>1</sup>.

ż. 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 swoją wolę ku sprowadzeniu jednego tylko, i to któregośkolwiek z tych skutków. Tu ma miejsce t. zw. zamiar zamienny (*d. alternativus*).

γ. Sprawca skierował swoje działanie, ku sprowadzeniu jakiegoś skutku nieprzestępnego (względnie mniej przestępnego), ale przewidywał, że z jego działania powstać może jakiś skutek przestępny (względnie bardziej przestępny) i nawet myślał, 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<sup>2</sup>. 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 z całą załogą zatonać.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. 5—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 teoria 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<sup>1</sup> ten ostatni zamiar Piotra na poprzednie jego działanie, należałoby w tym przypadku uznać go winnym kradzieży. Ze stanowiska jednak, dziś powszechnie przyjętej w prawie karnym reguły, 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 swoim posiadaniu. W myśl tej reguły mianowicie, 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 w dzisiejszym systemie prawa karnego nie ma miejsca ani dla poprzedniego, ani dla następnego zamiaru. Zamiar powinien zawsze towarzyszyć działaniu, któremu ma nadawać charakter przestępstwa umyślnego, czyli powinien być w stosunku do niego współczesnym.

<sup>1</sup> 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 stać się miał 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, sprowa-



dzionego 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.

Historycznie zamiar pośredni powstał, jako kompromis między prawem rzymskim, które za cechę istotną winy umyślnej uważało zamiar, skierowany do pewnego oznaczonego skutku przestępnego, a starem prawem niemieckim, które w bardzo szerokich granicach przyjmowało odpowiedzialność człowieka za »*Ungefährswerke*«. Dużo nowego światła rzucił na tę kwestyę Löffler (*Die Schuldformen des Strafrechts*, I. 1895), wykazując, że już z końcem wieku XII wytworzyła się we Włoszech teoria, pozwalająca 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 teorii, którą już sformułował kanonista Bernard Papiensis (*Summa Decret.* 1191) należało osobie, która puszczała się na drogę prawu przeciwną, poczytywać za winę umyślną wszelkie spowodowane przez nią skutki przestępne, byle tylko przewidzenie ich uchodziło powszechnie za rzecz możliwą. Ta teoria 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<sup>1</sup>. Odtąd zamiar pośredni zdobywa sobie w Niemczech powszechnie uznanie ze strony kryminalistów i służy im przede wszystkim do tego, aby uśmiercenie człowieka, wywołane przez drugą osobę w drodze »*versari in re illicita*« mógł jej poczytywać za winę umyślną<sup>2</sup>. Dopiero od Feuer-

bacha, 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.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Covarruvias y Leyva (*Didacus*), ur. 1512, † 1577. Patrz Löffler, l. c. str. 141. 166—171.

<sup>2</sup> Carpzow: *Practica, qu.* I. Nr. 15. Z późniejszej literatury, dotyczącej wspomnianego w tekście przypadku zamiaru pośredniego zanotować wypada rozprawę Glanзера (przypisywaną także Nettelbladowi), wydaną w r. 1776 p. t. *De homicidio ex intentione indirecta commisso*.

<sup>3</sup> 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 austriackie); to jednak w systemie tych ostatnich odnajdujemy dotąd bardzo wiele przepisów, natchnionych widocznie myślą przewodnią owego zamiaru. Są to przepisy, które surowszą kwalifikacją 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 austriackim należą w szczególności §§ 86 al. 2, 88, 126, 128, 130, 148, 150, 151, 155, 156, 160, 161. 161 a, 195.

287. Kodeks austriacki 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 okazji 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 (*accidentalialia*) 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 wpływa lub przynajmniej łatwo wpływać może z tego co przez sprawcę »przedsięwzięte lub zaniechane zostało« w wykonaniu bezpośrednio przezeń zamierzonego przestępstwa. Warunek ten należy niewątpliwie pojmować w rozumieniu nie przedmiotowym, lecz podmiotowym 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 być przewidzieć

ów gorszy skutek. Kwestya ta jednak jest sporna zarówno w nauce, jak w judykaturze Najwyższego Trybunału <sup>1</sup>.

Bliższy rozbiór znaczenia zamiaru pośredniego w prawie austriackiem podamy we wstępie do części szczególnej naszego Wykładu (t. II).

<sup>1</sup> Za teorią 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. oesterr. Ger. Ztg.* 1896. Nr. 22 i w *Grundriss*, str. 19; tudzież Orzec. Najw. Tryb. Nr. 211, 966, 1294 Za teorią podmiotową przemawiają Geyer w *Allg. oesterr. 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 dojrzałego obmyślenia tego, co uznał za właściwe uczynić.

Do której z tych dwóch kategorii należy zaliczyć postanowienie przestępne danej osoby jest pytaniem, które sędzia potrafi rozstrzygnąć tylko w drodze bacznego uwzględnienia wszystkich okoliczności, które towarzyszyły jego wykonaniu <sup>1</sup> Pytanie to zaś posiada w prawie karnem doniosłość nie tylko 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 teorii, podział postanowienia przestępnego na

rozmyślne i nierozmyślne służy za podstawę do przeprowadzenia granicy między morderstwem (*Mord*), jako rozmyślnem, a zabójstwem (*Totschlag*), jako nierozmyślnem uśmierceniem człowieka <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 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 kryterium 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 skutecznia. Postanowienia tego nie możnaby nazwać rozmyślnem.

<sup>2</sup> Inaczej w myśl kodeksu austriackiego, 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 przestępcy, a mianowicie postanowienie przestępne. Występuje ono tutaj jako wola rozwinięcia działalności, która stała się przyczyną pewnego, wprowadzie przez sprawcę niezamierzonego, ale przewidzianego przezeń, względnie przewidzenia z jego strony dopuszczającego skutku przestępnego. Z tej ostat-

niej okoliczności wpływa przestępność postanowienia sprawy, który przez to, że chciał spełnić odnośne działanie pomimo, że przewidział, względnie mógł być przewidzieć skutek przestępny, który z niego wynikł, upoważnia prawo do uważania go nie tylko 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, prowadzących owe skutki. Jeżeli więc człowiek dobrowolnie spełnił podobne działanie, nie znalazłszy się co do jego charakteru przedmiotowego w błędzie nieprzewidywanym t. j. nie będąc pozbawiony możliwości 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 spowodowania odnośnego skutku przestępnego, niż powstrzymać się od działania, które samo przez się przedstawiało dla niego interes.

Nie chcemy przez to twierdzić, iżby sprawca przestępstwa nieumyślnego chciał kiedykolwiek pogodzić się z myślą, że z jego działania wypływnie 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<sup>1</sup>. Przeciwno 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 spowodować, lub przynajmniej nawet na przypadek, gdyby ten skutek miał z niego wynikać (*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 <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Niektorzy kryminalisci 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 w rozprawie cyt. pod Nr 271 dop 1, Carrara *Programma del corso di diritto criminale*, I § 80) widzą w winie umysłej przełamanie zakazu sprowadzania pewnych skutków przestępnych, a w winie nieumysłej — przełamanie nakazu postępowania w każdej chwili z tą uwagą, która jest potrzebna dla przewidywania skutków przestępnych. Przeciwno temu zaznaczmy, że *obligatio ad diligentiam* nie stanowi, sama przez się, zadnego 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 (Stubel *System des penal Rechts*, 1795 II str. 38 i 54) utrzymują, że w winie umysłej tkwi naruszenie zakazu niszczenia lub uszkodzenia jakiegos dobra, a w winie nieumysłej — naruszenie zakazu narażania jakiegos dobra na niebezpieczeństwo. Przeciwno temu pogładowi przemawia ta okoliczność, że do pojęcia przestępstwa nieumyslnego wchodzi rzeczywiste zniszczenie lub uszkodzenie jakiegos 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, p. wyżej Nr 271 dop 1, por. też moją książkę *Zasady nauki o usił. przest.* § 16.

<sup>2</sup> Binding określa winę nieumyślną jako »*das Wollen des Unrechts, ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Gewollten, bei einem Handlungsfahigen*« Normen, II, § 39 str. 119 (r. 1877).

## 2. Stopnie winy nieumyślnej.

## § 65.

**290.** Winę nieumyślną przyjęto dzielić na dwa stopnie, a mianowicie na *a*) winę z przewidzeniem czyli lekkomyślność (*luxuria, Frevelhaftigkeit*) i *b*) winę z możliwością przewidzenia czyli niedbalstwo (*negligentia, Nachlässigkeit*).

*a*) Znamieniem istotnem lekkomyślności jest to, że sprawca wprawdzie przypuszczał możliwość sprowadzenia za pomocą swego czynu pewnego skutku przestępnego, ale nie traktował na serio 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. ad 1. b.  $\gamma$ ).

*b*) Cechą charakterystyczną niedbalstwa 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, w którym 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 możliwość sprowadzenia owego skutku; 2) jaki wpływ mają wywierać stopnie winy nieumyślnej na jej kwalifikacją 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 <sup>1</sup>. 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 levisissima*.

*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 rosnać w miarę, jak staje się dla niego rzeczą łatwiejszą przyjmowanie w rachubę możliwości spowodowania 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 <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 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 spowodowania 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 ogłoszono 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.

<sup>2</sup> Niektórzy kryminaliści (Halschner. *Strafr.* 1881. I. str. 317; Liszt: *Lehrb.* § 42) sądzą, że przeciwnie należałoby często traktować surowiej nieuwagę, niż lekkomyślność, gdyż w pierw-

szym 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 kategorie. 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 inteligencją, 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 narazcie 3) uległa trwałemu rozstrojowi (choroby umysłowe).

We wszystkich trzech przytoczonych wyżej przypadkach zachodzi niepoczytalność kryminalna<sup>1</sup>, który to stan nie pozwala, znajdującej się w nim, osobie poczytywać za winę żadnego przestępstwa.

<sup>1</sup> 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), tłumaczy się tylko pomieszaniem kwestyi, dotyczącej zdolności człowieka do odpowiadania za przestępstwa, z pytaniem, jak należy dopasowywać karę do różnych stopni tej zdolności. Pomimo to jednak używa terminu poczytalności zmniejszonej (*responsabilité restreinte*) projekt kod. karn. szwajc. (art. 10).

### 1. Stany niedojrzałości umysłu.

#### § 68.

**294.** Niedojrzałość umysłu bywa *a)* normalna, lub *b)* nienormalna. Jediną 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 <sup>1</sup>. Doświadczenie uczy, że człowiek, przyszedłszy na świat, nie od razu znajduje się w posiadaniu tej jasności poznania i tej energii woli, które są niezbędne do tego, aby prawo mogło uważać go za zdolnego do stawiania się nietylko fizyczną, lecz i moralną przyczyną przestępstw. Sfera jego świadomości, z początku niezmiernie ograniczona, rozszerza się tylko stopniowo i bardzo długo nie leży w jego mocy zdawać sobie żadnej sprawy z obowiązków, które prawo nakłada na ludzi pod groźbą kary. Rzecz jasna, że wskutek tego pobudki, mające wpływać z poczucia owych obowiązków, nie mogą znajdować przystępu do umysłu dziecka, u którego oprócz tego wola jest jeszcze za słaba, aby mogła stawiać jakikolwiek opór jego podnietom zmysłowym nawet w tych przypadkach, w których rozumiałoby ono, że jego obowiązkiem (lecz nie wobec prawa, lecz np. wobec wymagań władzy domowej lub szkolnej) byłoby postępować inaczej.

Na tejże podstawie należy pierwsze lata w życiu każdego człowieka uważać za okres jego *bezwarunkowej niepoczytalności kryminalnej*. Okres ten wszakże 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 przede wszystkim — od naszego charakteru indywidualnego. Ze względu na tę znów okoliczność, dochodzimy do przekonania, że byłoby ze strony prawa rzeczą wiele nieracjonalną, gdyby w odniesieniu do poczytalności kryminalnej 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, względnie niepoczytalności 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*.

<sup>1</sup> Baumert: *Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen*, 1877. Appellius *Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder*, 1892 (Czasop. 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 Jugendbeserung*, I t. 1897. Schmölder w *Ger. S. t.* 49. str. 157.

**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 znaczną 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; projekty austriackie, §§ 60—62 proj. VII z r. 1893)<sup>1</sup>.

Od tego systemu odbiega z jednej strony prawo francuskie, odrzucając okres bezwarunkowej niepoczytalności (art. 66—69)<sup>2</sup>, z drugiej zaś — kodeks austriacki, któremu obcy jest okres warunkowej poczytalności.

<sup>1</sup> 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. i proj. austr. okres warunkowej poczytalności trwa od ukończonych 12 do 18 lat (16 lat według kod. węg.); według kod. rosyjskiego od ukończonych 10 do 14 lat; według kod. włoskiego od ukończonych 9 do 14 lat. Jeżeli okaże się, że obwiniony, należący wiekiem do omawianego tu okresu, spełnił przestępstwo z należytem rozeznaniem (*erforderliche Einsicht — discernimento*), to w myśl przepisu, zawartego we wszystkich kodeksach, sędzia uzna go wprawdzie za winnego, ale będzie musiał pod względem kary traktować go o wiele 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 *a*) 14 do 17 i *b*) od lat 17 do 21 według kod. ros. (art. 137—140).

<sup>2</sup> Kod. franc. uważa poczytalność za warunkową do lat 16. 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 go uwolni i stosownie do okoliczności zarządzi bądź oddanie go w ręce władzy rodzicielskiej, bądź jego osadzenie w domu poprawczym najdłużej aż do ukończenia przezeń 20-go roku życia. 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 przysięcia 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 austriackiego 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.*, 137. 269, *a.*)<sup>1</sup>. 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 kwalifikacją 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 zbrodnie stanowićemu, charakter przekroczenia, karanego według osobnych przepisów, zawartych w §§ 270—272 k. k.<sup>2</sup> Drugi czasokres uchodzi co do wszystkich kar za okoliczność łagodzącą (§ 46 *a.*), a oprócz tego sprowadza zamianę kary śmierci i więzienia dożywotniego 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 ukarać 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)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Czas potrzebny do ukończenia odnośnego wieku życia oblicza się w myśl ogólnej reguły, podanej w art. VIII Pat. wpraw., 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 wybitiem w tym ostatnim dniu godziny 2 popołudniu. Gdyby znano tylko dzień urodzenia danej osoby, to dopiero z dojściem do końca dnia, będącego 15-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.

<sup>2</sup> Przepięstwo, które, popełnione przez starszą osobę, byłoby zbrodnią, ma w odniesieniu do nieletnich nie tylko 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.

<sup>3</sup> 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.

Innymi 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 zupełnym odosobnieniu od świata i ludzi, nie mógł dotąd znaleźć 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, kretylizmem 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 zajęć niektóre kodeksy tylko co do głuchoniemoty, np. kod. niem. (§ 58), włoski (art. 58), węgierski (§ 88). Inne kodeksy, a do nich należy też ustawa austriacka, nic nie wspominają o stanach nienormalnej niedojrzałości umysłu, jako o osobnej kategorii 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 takim przemijającym lub trwałym zaćmieniem umysłowym, które także, w odniesieniu do każdego innego człowieka, musiałyby 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 stawiania się świadomą i dobrowolną przyczyną swoich postępków (§ 2c. k. k.). Do ich rzędu zaliczamy nieprzy-



tomność umysłu wywołaną *a*) przez sen i różne powiązane z nim przypadłości, jako to lunatycтво (*somnambulizm*, nocobłąd) i upojenie senne (*Schlaftrunkenheit*)<sup>1</sup>; *b*) przez odurzenie (*Betäubung*), spowodowane za pomocą środków zewnętrznych (silny cios) lub wewnętrznych (narkotyki, trunki alkoholiczne); *c*) przez małą i głąną (*delirium*) t. j. gorączkę, mającą swoje źródło w chorobie fizycznej; *d*) przez poryw uczuciowy (*hochgradiger Affect*), o ile nie jest tylko wybuchem żądy. powiązany z wyobrażeniem i upragnieniem zadowolenia, mającego być następstwem spełnionego czynu<sup>2</sup>. W tym ostatnim bowiem przypadku poryw uczuciowy nie odbierałby sprawy należytego rozeznania i z tego powodu mógłby tylko uchodzić za okoliczność łagodzącą. Kodeks austriacki uznaje to wyraźnie z tem zastrzeżeniem, aby źródłem porywu było z wyczajne uczucie ludzkie t. j. uczucie, które pospolicie odzywa się w naszej naturze (§ 46. *d*).

<sup>1</sup> Tu należą także różne stopnie t zw. snu hypnotycznego. Stany senne tem się wszystkie odznaczają, że podczas ich trwania jakiś nieznanym mechanizmem natury trzyma w zawieszenu dowolne funkcyje 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 Ochórowicz, Fabian (1890) i Cybulski.

<sup>2</sup> Żąde nazywamy nałogiem, jeżeli odzywa się pospolicie u jakiegoś człowieka, a namiętnością, jeżeli zagmeżdżiła się tak głąboko w jego duszy, że, dla jej przewyciężenia, musiałby on już teraz 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 należyłą 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<sup>1</sup>. 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 musiałyby 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 rozbiórce związku przyczynowego (Nr. 180—183), okaże się, że pierwsza z tych okoliczności była przyczyną drugiej; to wtedy 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

umyślowego<sup>2</sup>. Otóż stosunek pierwszego rodzaju będzie zachodził zawsze tylko przy przestępstwach z opuszczenia (por. wyżej Nr. 167), podczas gdy doświadczenie uczy, że przy innych przestępstwach tworzyć on będzie nader rzadki wyjątek.

<sup>1</sup> Za pierwszym poglądem oświadczają się Wachter: *Sachs-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 Materialien zum preuss. Str. Gb.* I str. 353), Kostlin: *System*, str. 144; Halschner: *System*, I. str. 116; Budziński: *Wykład*, Nr. 94, Bojarski: *O poczytaniu*, str. 89 - 95

<sup>2</sup> Do naszego poglądu zbliżają się pomiekał Halschner w późniejszym dziele (*Gem. deutsches Strafr.* I str 212); Finger *Strafr* I § 31 i Liszt: *Lehrb.* § 37

**302.** Kodeks austriacki porusza kwestyą poczytania przestępstw wolnych w zasadzie tylko w odniesieniu do opilstwa i w przypadku tym oświadcza się za odpowiedzialnością kryminalną ich sprawców. Opilstwo mianowicie, aby miało wykluczać zły zamiar, a więc usuwać poczytanie przestępstw umyślnych, nie tylko musi być zupełne t. j. nie tylko musi być stanem, w którym sprawca nie był świadom swego czynu, ale oprócz tego musi jeszcze tem się odznaczać, że nie zostało spowodowane przez sprawcę w zamiarze popełnienia odnośnego przestępstwa (§ 2. c).

Zresztą należy co do znaczenia opilstwa w prawie karnem austriackiem odróżnić następujące przypadki:

1) Popełnienie w stanie opilstwa, wyłączającego w myśl § 2c. 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. Powiadamy co najmniej, gdyż w razie, gdyby w braku winy umyślnej czyn, popełniony przez sprawcę, podchodził, jako przestę-

pstwo nieumyślne, pod pojęcie jakiegoś 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 spowodzonego 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 występki z § 335 k. k.<sup>1</sup>.

2) Popełnienie w stanie opilstwa, wyłączającego w myśl § 2. c. k. k. winę umyślną, przestępstwa, które samo przez się stanowiłyby tylko występki lub przekroczenia (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 występki lub przekroczenia, 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 jakiegokolwiek innego przestępstwa. W obrębie całej Austrii, reprezentowanej w Radzie Państwa, karze się ono, jako osobne przekroczenie, w jednym tylko przypadku, przewidzianym w § 524, a mianowicie jako opilstwo nałogowe (zastarzałe, *eingewaltete Trunkenheit*) u robotników, którzy pracują na dachach lub mają do czynienia z przedmiotami niebezpiecznymi pod względem ognia a także u służ, 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).

<sup>1</sup> 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. N. 119), Swoboda (tamże, 1861. N. 2), Ge yer (tamże, 1863. N. 141), Hoegel (*Jur. Bl.* 1887. N. 50 i nast.).

### 3. Choroby umysłowe (k. k. § 2, a. b.)<sup>1</sup>.

#### § 70.

**303.** Rozbiór stanów trwałego rozstroju władz umysłowych, jako okoliczności, wykluczających poczytalność kryminalną, nie należy do wykładu prawa karnego, lecz do psychiatrii sądowej, która ma dla niego znaczenie nauki pomocniczej. Prawo karne ograniczyć się musi co do tej kwestyi do uświęcenia jednej tylko zasady, a mianowicie tej, iż nie może odpowiadać kryminalnie osoba, która w chwili, gdy spełniała odnośne przestępstwo, dotknięta była takim 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 spowodowała ubezwładnienie rozumu lub pomieszanie zmysłów, czy też trzymała tylko w uwięzi wolę odnośnej osoby<sup>2</sup>; czy dopuszcza lub nie t. zw. wolnych przerw (*lucida intervalla*)<sup>3</sup>; oraz czy nadaje się lub nie do wyleczenia. Wszystkie tego rodzaju okoliczności mogą mieć dla sądziego znaczenie tylko ze względu na światło, które rzucają na pytanie, jaki był stan psychiczny sprawcy w chwili, gdy spełniał zarzucane mu przestępstwo. Co do tego py-

tania 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 rozstrzygnięcia w procesie karnym powołany jest tylko sędzia, którego odnośna opinia znawców nie może nigdy wiązać formalnie<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Casper-Liman: *Handb. der. ger. Medizin*, 1889. 1890. (2 tomy). Maschka: *Handb. in Einzelbeitragen*, 1881 (4 tomy). Krafft-Ebing: *Lehrb. der ger. Psychopathologie*, 8 wyd. 1897; *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. Delbruck: *Gerichtliche Psychopathologie*, 1897. W języku polskim patrz Rothe: *Nauka o chorobach umysłowych*, 1879. Wachholz: *Podręcznik medycyny sądowej*, 1899.

<sup>2</sup> Mamy tu na myśli t. zw. szały bez obłądu (*maniae sine delirio*), t. j. niczem nie dające się powstrzymać 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 Krafft-Ebing w *Czasop. Liśta*, t. IV, 1884. str. 97). Specjalny typ tego rodzaju szalów przedstawiają t. zw. jednoblędny (*monomaniae*), t. j. stany, w których przy pozorach zupełnego zdrowia umysłowego człowieka 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 funkcjonowanie naszej woli, a pozostawiały stan naszego umysłu bez wszelkiego nadwężenia. Do naszego przekonania przemawia najbardziej opinia, że tak zwane szały bez obłądu, łączą się tylko z pozorami zupełnego zdrowia umysłowego, będąc w rzeczywistości częściowym przejawem jakiegoś zбочenia, dotyczącego całego systemu naszych władz duchowych. Uznano to już powszechnie w nowszej medycynie sądowej (Sk r z e c z k a 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 zбочenia 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 nimi w życiu. Por. Krafft-Ebing: *Das moralische Irresein* (*Handb. Holtz.* IV. str. 117); Wachholz, l. c. str. 609.

<sup>3</sup> Wolną przerwą nazywa się ustanie na jakiś czas choroby umysłowej, której ktoś stale podlega. Wogóle 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.

<sup>4</sup> Por. mój *Wykład proc. karn.* str. 243. 250. 253.

**304.** Kodeks austriacki (§ 2. a. b.) odróżnia dwie kategorie chorób umysłowych, a mianowicie: a) stany, w których człowiek pozbawiony jest zupełnie używania rozumu; i b) stany przemijającego chwilami pomieszanania zmysłów (*Sinnenverrückung*). Co do tych ostatnich, kodeks uznał za właściwe uczynić wyraźnie to zastrzeżenie, że mają one uchylać poczynałość kryminalną sprawcy tylko o tyle, o ile tenże popełnił przestępstwo w czasie, gdy u niego trwało pomieszananie zmysłów. Tym sposobem ustawodawca austriacki oświadczył się w zasadzie za odpowiedzialnością osób, działających w okresie wolnych przerw. Nie przeszkadza to jednak, że i w Austrii o tem, czy daną przerwę należy uznać za wolną w rzeczywistości, czyteż tylko za stan, nacechowany pozorami zdrowia umysłowego, będzie musiał rozstrzygać 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 dowolność jego postępowania<sup>1</sup>.

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 specjalnie do tego użytku przeznaczonym przytułku lub zakładzie leczniczym (*Heil- oder Pflegeanstalt, manicomio criminale*)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Kod. mem. § 51: „*wenn der Thater zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthatigkeit 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.*“

<sup>2</sup> 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 tłumaczy, 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, Friedrich) 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 słuszość, 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 którym 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 wpływu 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 sobie zasłoniętą, z przyczyn całkiem od niego niezawisłych, rzeczywistą naturę odnośnego czynu. Pierwszą ewentualność sprowadza t. zw. przy-

mus 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 fizycznym niepodobieństwem stawiać temu naciskowi jakikolwiek opór i nie spełniać materialnie tych czynów, do których go ten nacisk zniewala<sup>1</sup>. Kodeks austriacki 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.

<sup>1</sup> 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 Austrii, znajduje się na okręcie, wyrzuconym przez burzę na brzeg austriacki (§ 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.)<sup>1</sup>. Gdyby przewidzenie owych

okoliczności było leżało w mocy sprawcy, to nie zachodziłby przypadek, lecz miałyby miejsce wina nieumyślna.

<sup>1</sup> Np. w miejscu, na strzelanie do celu przeznaczonem, ktoś nagle na linię strzału wbiegnie; 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 ta jednak nie ma znaczenia istotnego w nauce o poczytaniu przestępstw. Z punktu widzenia bowiem tej ostatniej, musi pod pewnymi warunkami wyłączać poczytalność 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 materialnej 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 kwalifikacji.

Błąd sprawcy odnosić się może zarówno do pierwszej, jak do drugiej kategorii pierwiastków, wytwarzających naturę spełnionego czynu. Odpowiednio do tego przyjęto odróżniać: a) błąd faktyczny i b) błąd prawniczy.

<sup>1</sup> Pfothenauer, *Einfluss des Irrthums auf die Strafbarkeit*, 1838. Stockar: *Lehre von der Aberration*, 1864. Siegel: *Ver-*

*wechslungsfälle bei der Anstiftung* (Götting. Dissert. 1895). Specjalnie co do błędu prawniczego patrz: Otker: *Einfluss des Rechtsirrhums*, 1876. Binding: *Normen*, II. str. 60. 310. Zitelmann: *Irrthum und Rechtsgeschäft*, 1879. Heinemann: *Die Bindingsche Schuldlehre*, 1889; tudzież *Zur Dogmengeschichte des Rechtsirrhums* w Czasop. Liszta, t. XIII, str. 371. Ortloff: *Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuld voraussetzung*, 1891. Por. także podręczniki Liszta (§ 41), Fingera (I, § 39), Janki (§§ 52. 53).

**310. a)** Błąd faktyczny (*error facti*). Uchyła 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; np. co do przypisalności czynu morderczego, to nigdy nie będzie jej wykluczał błąd, polegający na tem, że sprawca przez pomyłkę, zamiast upatrzonego kwasu pruskiego, użył innej trucizny, dla pozbawienia życia jakiegoś człowieka; 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.

Błąd nazywamy niepokonalnym 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 wyłączałyby możliwość poczytania mu go za winę umyślną (por. wyżej Nr. 274, 289—291) <sup>1</sup>.

Aczkolwiek kodeks austriacki 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 możliwość po stronie sprawcy, przewidzenia spowodowanego skutku przestępnego, a tej możliwości niema w przypadku, gdy sprawca działał pod wpływem istotnego i niepokonalnego błędu<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Błąd faktyczny może odnosić się bądź 1) do środka działania, bądź 2) do jego przedmiotu, a w obu tych przypadkach tyczyć się może tożsamości lub właściwości środka lub przedmiotu.

Przykłady: Błąd co do tożsamości środka: Piotr bierze butelkę z trucizną za butelkę z lekarstwem i podaje ją choremu. Błąd co do właściwości środka: Piotr, wiedząc, że arsenik działa ożywczo na konie, przekonany jest, że wywiera on podobny wpływ na ludzi i wskutek tego podaje go do zażycia swojej żonie. Ta zaś umiera od tego. Błąd co do tożsamości przedmiotu: Piotr strzela do Pawła w przekonaniu, że ma przed sobą dzikie zwierzę. Błąd co do właściwości przedmiotu: Piotr rzuca do wody omdlałego Pawła w przekonaniu że ten już nie żyje.

<sup>2</sup> 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 kwalifikacji, którą prawo nadaje spełnionemu czynowi. Kwalifikacya ta może opierać się bądź  $\alpha$ ) na przepisach, nie mających nic wspólnego z prawem, bądź też  $\beta$ ) na postanowieniach prawa karnego.

$\alpha$ ) Błąd, dotyczący kwalifikacji czynu, opartej na przepisach pierwszego rodzaju, przyjęto w nauce o poczytaniu przestępstw stawiać narówni 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 znaleźć 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 przemieszczenie

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, kto przekonany jaknajmocniej, że uzyskana przez 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 swoją 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 nieznamomości 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*«. Nieznamomością przepisów ustawy karnej nikomu w podobnych przypadkach wymawiać się nie może być wolno. Na to z nielicznymi wyjątkami<sup>1</sup> zgadzają się wszyscy autorowie, a sporną jest tylko kwestya, czy błąd, który nie pozwolił sprawcy poznać, że jego czyn sprzeciwia się prawu, ma także wychodzić na niekorzyść sprawcy, lub też ma uchylać przypisalność jego czynu. Tu mianowicie wytworzyły się różne opinie, z których dwie potępić należy stanowczo, jako zbyt skrajne. Zaliczamy do nich pogląd, który świadomość bezprawności czynu uważa za okoliczność całkiem obojętną dla pojęcia winy umyślnej (Heinemann, Liszt), tudzież pogląd, według którego pojęcie winy umyślnej ma wymagać po stronie sprawcy świadomości, że jego czyn jest złamaniem pewnej szczególnej normy (Ötcker, Binding). Słusznosc każe utrzymywać, że do pojęcia winy należy tylko świadomość sprawcy, że jego czyn sprzeciwia się

prawu, a jest już dla niego 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 <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Wyjątkiem jest np. O r t m a n n, który do pojęcia winy wprowadza świadomość karygodności czynu (*Ger. S.* 1877. 1878).

<sup>2</sup> Pogląd ten wyraziłem już w I-szem wyd. Wykł. pr. karn. (Nr. 425 — 427) Najbardziej zbliżają się do nas J a n k a (§ 53) i F i n g e r (t. I. str. 142), aczkolwiek podobne zapatrywanie mają na myśli autorowie, którzy do pojęcia winy wprowadzają świadomość sprawcy jużto, że jego czyn jest przeciwny państwu (B e k k e r: *Theorie des Strafr. I.* 1859. str. 566) lub społeczeństwu (Meyer. *Lehrb.* wyd. 1882. str. 152), już to że jest naruszeniem jakiegoś ciężącego na sprawcy obowiązku (H e i n z e w *Ger. S.* 1861, str. 397; H a l s c h n e r: *Strafr. I.* str. 296), albo nareszcie, że zasługuje wogóle na potępienie (a mianowicie, że jest »*eine Uebelthat*«; G e y e r: *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 kategorie 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 <sup>1</sup>, 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 iuris naturalis*, o ile okazałoby się, że sprawca ani wiedział, ani nie mógł być wiedzieć, iż spełnia czyn prawu przeciwny.

Dopiero w nowszych czasach argumenta teoretyczne musiały w przedmiocie tej kwestyi ustąpić przed wzglę-

dami praktycznemi, pod wpływem których ustawodawcy doszli do przekonania, że byłoby rzeczą niebezpieczną upoważniać kogokolwiek do tłumaczenia się tem, że z powodu nieznamości prawa nie mógł się poznać na bezprawności popełnionego przezeń przestępstwa. Temu zawdzięcza swoje powstanie przepis, iż nieznamością ustawy karnej nikt się wymawiać nie może.

<sup>1</sup> Por. Engelmann: *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1895 str. 41.

**314.** Kodeks austriacki 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 przestępstwa 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 specjalnych kategorii ze względu na ich stan, przemysł, zatrudnienie lub inne ich stosunki (§ 233). Ponieważ jednak występkę i przekroczenia tego drugiego typu tem się znów odznaczają, że winnemi ich popełnienia mogą stawać się tylko osoby, należące do owych, wspomnianych wyżej, specjalnych kategorii; przeto ustawodawca nie widział przeszkody do wyprowadzenia stąd tej konsekwencji, 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 austriacki 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. 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 dozwo-  
lonym; to, nie bacząc na ogólny przepis §§ 3 i 233, należałoby taki błąd uznać za okoliczność, wykluczającą przypisalność czynu<sup>1</sup>. Temu zapatrywaniu dał niejednokrotnie wyraz Najw. Trybunał, podciągając błąd, o którym tu mowa pod pojęcie błędu faktycznego z § 2. e. k. k.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Patrz Orzec. 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; Lamm asch: *Grundriss*, str. 20. — Tylko *de lege ferenda* przyznają mu słuszność Janka, str. 100 (wyd. 1894) i Finger, I. str. 142.

<sup>2</sup> 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 spełnienia (np. morderstwo rytualne). Podobna okoliczność (*Rechtswahn*, urojone uprawnienie) nie wykluczałaby nigdy przypisalności czynu. Przeciwnieństwem do tego przypadku jak 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 rzędu tego rodzaju okoliczności zaliczyć należy cztery następujące wydarzenia:

1) Nieumyślne wywołanie skutku bardziej przestępnego za pomocą czynu, spełnionego w zamiarze spowodowania 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 spowodowania. Z przypadkiem tym już się poznaliśmy przy rozbiorze zamiaru poprzedniego (p. 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 kwalifikacją 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 Nr. 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 dokona-

nych wtedy tylko, gdyby skutek 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 spowodować już nie zbieg winy umyślnej i nieumyślnej, lecz zbieg dwóch przestępstw umyślnych (usiłowanego i dokonanego). Przykłady patrz w dopisku Nr. 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 kwalifikacji 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 niezdolnym do zaspokojenia pobudki, która go do niego skłoniła. Wiadomo zaś, że pobudka i jej zaspokojenie są okolicznościami, obojętnymi 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, czy też nie pozbawił go życia. Pogląd ten znajduje swoje uzasadnienie w tej okoliczności, że dla pojęcia morderstwa ma znaczenie istotne tylko zabi-

cie 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 kwestią, która może rzucać światło tylko na pobudki, którymi rządził się sprawca, nie zaś na samą istotę jego winy<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Przykłady: ad *b*,  $\alpha$ : 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 okazji przykładu poprzedzającego, Piotr musiałby ze stanowiska teoretycznego odpowiadać za zbieg nieumyślnego ojcobójstwa i umyślnego morderstwa.

ad *b*,  $\beta$ . 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.

<sup>3</sup> 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 dzisiaj oświadcza się za nią Liszt: *Lehrb.* § 40 (1898. str. 174). — Za naszym 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 *c z y n u* (*aberratio ictus vel actus*, *Abirrung*) i sprowadzać będzie zbieg winy umyślnej i przypadku odpowiednio do tego, czy sprawca mógł był lub nie 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 wprzód, 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 nie-

zawodnie należałoby wtedy przyjąć po stronie Piotra zbieg winy umyślnej i przypadku.

Szczególłą doniosłość ma zboczenie czynu dla po-  
czytania morderstwa wtedy, jeżeli skutek takiego zbo-  
czenia utraci życie inny człowiek, niż ten, przeciwko któ-  
remu sprawca *dolo malo* skierował swoje działanie. Nie-  
którzy kryminaliści chcieliby w takim razie traktować  
*aberratio ictus* narówni z analogicznym przypadkiem błędu  
co do osoby. Zdaniem ich mianowicie Piotr powinien od-  
powiadać 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  
odmiennymi 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 swo-  
jego strzału. Zabicie więc tego ostatniego uważać tu na-  
leży za dzieło przypadku, lub co najwyżej winy nieumyślnej,  
a bezwarunkowo trzeba tu pociągać sprawcę do odpowie-  
dzialności kryminalnej tylko za usiłowanie morderstwa na  
osobie człowieka, do którego celował<sup>1</sup>.

Bronione przez nas zapatrywanie ma za sobą *com-  
munis opinio doctorum*, i wogóle cieszy się też uznaniem  
ze strony kodeksu austriackiego<sup>2</sup> 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 in-  
nego człowieka.«

<sup>1</sup> Por. Bolau: *Der Criminalprocess Rose und Rosal*, 1859.  
Stockar: (p. Nr. 309, dop. 1). Patrz także Liszt: *Lehrb.* § 40.

<sup>2</sup> Por. Geyer: *Erörterungen*, str. 42—46. Herbst, ad §§ 140.  
152. Finger: *Oesterr. Strafr.* I. str. 145. Janka: *Strafr.* str. 103  
(wyd. 1894).

## TYTUŁ III.

**O postaciach zasadniczych przestępstwa.****Wstęp.****O znaczeniu i podziale postaci zasadniczych przestępstwa.**

## § 73.

**318.** Postaciami zasadniczymi 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 przeciwstawieniu do nich, nazywamy postaciami szczególnymi przestępstwa tej 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 i materalne (patrz Nr. 169—172).

**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 pochodzenia zewnętrznego przestępstwa (Nr. 278). Z uwagi na tę okoliczność, przestępstwo stać się może dokonaniem lub usiłowaniem.

3) Stosunek przestępstwa do osób, które wspólnymi siłami przyczyniły się do jego spełnienia. Stosunek ten wytwarza różne stopnie udziału w przestępstwie.

4) Obszar działalności przestępczej winowajcy. Z tego stanowiska rozróżniamy takie postaci zasadnicze jak: przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne.

Jak widzimy, to nieznanymi 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 niniejszego, ostatniego tytułu Nauki ogólnej o przestępstwie.

## 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 po-



chodzie 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. Usiłowaniem przestępstwa (*Versuch des Verbrechenens, 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.

<sup>1</sup> 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 Versuchs*, 1854. Bar: *Zur Lehre vom Versuch und Theilnahme*, 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 Versuchs*, 1888. Baumgarten: *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*. 1888. James Goldschmid: *Die Lehre vom unbeeendeten 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 konsekwencje:

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 kwalifikacji 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 kwalifikacji 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 możliwość dokonania drugiego. Przykłady patrz w dopisku<sup>1</sup>.

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 kwalifikowanym w odróżnieniu od usiłowania w przypadkach, gdy sprawca nie zdołał jeszcze sprowadzić żadnego skutku przestępnego (p. wyżej pod l. 1).

<sup>1</sup> 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 majątkową Janowi. — Złodziej, widząc, że go ścigają, porzuca zabraną rzecz. W przypadku tym złodziej zamierzał nie tylko 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 dokonaniem 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 pochodzenia zewnętrznego przestępstwa, niż ta, na którą rozciąga się pojęcie dokonania. Usiłowanie mianowicie oznacza całą działalność wprowadzania przez człowieka w czyn, powziętego przezeń, zamiaru przestępnego, poczynawszy 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 знаło jeszcze usiłowania, jako postaci zasadniczej przestępstwa. Tylko na mocy osobnych *leges*<sup>1</sup> karało ono, jako *delicta sui generis*, na równi z dokonaniem *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 specjalnych postanowieniach prawa rzymskiego, tudzież na wyznawanej przez to prawo ogólnej regule: „*in maleficiis voluntas spectatur non exi-*

tus“, 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<sup>2</sup>. Odtąd stało się panującym przekonanie, że dopiero glosatorowie i późniejsi praktycy włoscy XIII wieku wprowadzili do prawa karnego pojęcie usiłowania, jako postać zasadniczą przestępstwa. a chcąc tej nowej, przez siebie wytworzonej instytucji zapewnić najwięcej powagi, uznali za właściwe oprzeć ją na przepisach prawa rzymskiego.

<sup>1</sup> *Lex Cornelia de sicariis, lex Julia maiestatis, leges Juliae de vi i lex Cornelia de falsis.*

<sup>2</sup> Do obalenia poglądu glosatorów przyczynili się najdzielniej w końcu XVIII wieku Renazzi, Cremani (Nr. 120, dop. 2) i Simonì (*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), Lelievre 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

<sup>3</sup> W obronie glosatorów wystąpił w r. 1813 Cropp *Commentatio de praeceptis iuris romani circa puniendum conatum delinquendi*. Dziś za ich tezę oświadczają się Seeger (*Ueber den Versuch der Verb. nach rom. Recht*, 1879) i Perùice (*Labeo*, II str. 40—49).

**326.** Pojęcie usiłowania, wprowadzone przez glosatorów do części ogólnej prawa karnego, stało się wkrótce instytucją powszechnie uznaną i zachowało się dotąd w nauce i w kodeksach bez żadnej zmiany istotnej<sup>1</sup>. Ka-

źde 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.

<sup>1</sup> 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 jakiegokolwiek stadyum ich pochodzenia zewnętrznego uważać za ich usiłowanie<sup>1</sup>.

Za to żaden rodzaj winy umyślnej nie wyłącza usiłowania. Zamiar sprawcy nie musi tu być koniecznie oznaczony, lecz może być także ogólny<sup>2</sup>, zamienny lub wynikowy (Nr. 283), a postanowienie jego urzeczywistnienia może być zarówno rozmyślne, jak nierozmyślne (Nr. 288). Tylko znany prawu austriackiemu zamiar pośredni (*dolus indirectus*) byłby niezgodny z pojęciem usiłowania, ale też wiadomo nam, 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 najłżejsze 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<sup>3</sup>. 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.

<sup>1</sup> 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 zdaje się przychylić i Luden (*Abhandlungen*, I. str. 267. dop. 2), który, tylko ze względu na niemożność skonstatowania początku wykonania przestępstw nieumyślnych, odrzuca ich usiłowanie.

<sup>2</sup> Oczywiście, że tylko *dolus generalis* w rozumieniu Hermanna i Bindinga. Por. wyżej Nr. 283, dop. 1. W książce mojej o usłow. (§ 28 str. 50) zamiar ogólny Kruga niewłaściwie traktowałem co do tej kwestyi na równi z zamiarem ogólnym Hermanna i Bindinga.

<sup>3</sup> Halschner: *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 pogroźki, namowy podżegające (por. Nr. 164, zwłaszcza dop. 1).

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 ten jego czyn zewnętrzny nie może okazać się niezdatnym 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 specjalnych starań celem dokonania zamierzonego przestępstwa, lecz będzie pewny dojścia do tego celu już wtedy, jeżeli przedsięwzięmie jakkolwiek 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 usiłowaniami<sup>1</sup>.

Inaczej przedstawiają się pod tym względem przestępstwa materialne *per omissionem commissa*. Sprawca ich mianowicie, jeżeli chce sprowadzić zamierzony przezeń skutek przestępny, musi nie tylko 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Por. wyżej Nr. 165—168. Choćby nawet kto inny wyręczył był drożnika kolejowego w wystawieniu sygnału w przepisany czas, to i wtedy jeszcze drożnik ze stanowiska prawa karnego materialnego stałby się winnym niewystawienia sygnału, jako przestępstwa dokonanego.

<sup>2</sup> 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. 3. *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 *niezupelnem* (*nichtbeendeter Versuch*), w drugim *zupelnem* lub *skończonym* (*beendeter Versuch*)<sup>1</sup>. Nie do wszystkich przestępstw, które wogóle dopuszczają usiłowania, może znaleźć zastosowanie zarówno usiłowanie *niezupelne*, jak *zupelne*. Należy mianowicie pod tym względem przypomnieć sobie podział przestępstw na formalne i materialne, a w systemie tych ostatnich znów zwrócić uwagę na szczególny charakter przestępstw *per omissionem commissa*. Z tych trzech kategorii przestępstw:

a) Przestępstwa formalne z dopuszczenia mogą być usiłowane tylko w formie *niezupelnej*. Tu bowiem działanie sprawcy, doprowadzone do końca, staje się już przez to samo przestępstwem dokonaniem (Nr. 170).

b) Przestępstwa materialne *per omissionem commissa* mogą być usiłowane tylko w formie *zupelnej*. Tłómaczy się to tem, że, jak to wykazaliśmy przy rozbiorze *ad actum procedere* (Nr. 328), samo zaniechanie ma miejsce bez żadnego wysiłku, a więc i bez żadnego usiłowania ze strony sprawcy, a tylko sprowadzenie za pomocą odnośnej *omissionis* zamierzonego przez sprawcę skutku może wymagać współdziałania innych jeszcze warunków, które mogą nie dopisać sprawcy (patrz Nr. 328 dop. 2).

c) Wszystkie inne przestępstwa materialne, które wogóle mogą być usiłowane, dopuszczają w równym stopniu tak *niezupelnego*, jak *zupelnego* usiłowania.

<sup>1</sup> W prawie francuskim 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)<sup>1</sup>. 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 leżeć, że to, co sprawca uczynił, chyba nie było w zupełności tem, co by należało było spełnić, dla osiągnięcia zamierzonego skutku przestępnego, bo inaczej skutek ten byłby niezawodnie powstał<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Z ustawodawstw teoryę podmiotową wyznaje kodeks rosyjski (art. 115), dla którego wzorem był pod tym względem kod. saski z r. 1855 (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 wirtenberskim z r. 1839 (§ 64), brunszwickim z r. 1840 (§ 36), hanowerskim z r. 1840 (§ 33), darm-

sztackim z r. 1841 (§ 68). Teorię przedmiotową przyjmuje także kod. włoski (art. 62).

<sup>2</sup> 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 wszystkimi warunkami, bez współdziałania których jego działanie nie mogło być stać się przyczyną śmierci Pawła. Por. wyżej Nr. 175.

<sup>3</sup> 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 swoją 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 pewnymi warunkami trzeba będzie uznać je za wolne od kary z powodu dobrowolnego zaniechania. Patrz niżej Nr. 339. 340. Innego zdania jest Rossi, który uważa usiłowanie za zupełne (*délit manqué*) wtedy tylko, gdy sprawca już utracił wszelkie panowanie nad mającym wyniknąć z jego działania skutkiem przestępnym (*Traité*, II. c. 29. 33). — 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 kategorie przestępstw 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 jakiegokolwiek dla zmysłów naszych dostępne *ad actum procedere*, nie będące już przestępstwem dokonaniem. Do tej kategorii należą z natury swojej t. zw. przestępstwa jednocchiłowe (*délits instantanés*), np. obelgi lub pogróżki słowne<sup>1</sup>; 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.

<sup>1</sup> Blższe wyjasnienia tej kwestyi patrz w mojej książce o usiłow.

§ 4. — Za całkiem nieuzasadniony uznać trzeba pogląd, który z tego samego powodu odrzuca usiłowanie w odniesieniu do wszystkich przestępstw formalnych. To stanowisko zajmują Schwarze (w *Handbuch Holtzend* II. str. 286) i Cohn (I c. Nr. 321. dop. 1, str. 338—340).

### 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 dotyczy się tak zwanej karygodności bezwzględnej usiłowania, druga — odnosi się do jego karygodności względnej.

**332 bis.** 1. Karygodność bezwzględna usiłowania. Wiadomo nam, 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<sup>1</sup>; 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 kwalifikacją kryminalną.

<sup>1</sup> Por. Luden: *Abhandl.* 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. Czynień to one zaś mogą w sposób dwojaki: albo w części ogólnej w odniesieniu do wszystkich przestępstw, albo w części szcze-

gólnej 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 kategorii 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<sup>1</sup>. Inną drogę obrał kodeks austriacki. 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«<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 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*.

<sup>2</sup> Projekty austr. oświadczają się w części ogólnej tylko za karygodnością usiłowania zbrodni i występków (§ 49 z r. 1891; § 47 z r. 1893) Podobny system przyjął kod. włoski z tą różnicą, że u niego zbrodnie i występkę w rozumieniu projektów austr. tworzą jedną kategorię pod nazwą *delitti* (art. 61).

**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 słusnością tej tezy przemawiają we wszystkich przypadkach dwa następujące argumenta:  $\alpha$ ) w porównaniu z przestępstwem dokonaniem, jego usiłowanie wyrządza społeczeństwu mniejszą szkodę materyalną;  $\beta$ ) 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 niepełnego zawsze, a w przypadkach usiłowania pełnego wtedy tylko, gdy sprawca był jeszcze w stanie, po doprowadzeniu do końca swego działania przestępnego, sam uczynić je nieszkodliwym (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 przypuszczać, 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 wykluczoną i ten właśnie wzgląd przemawia tutaj za niższą karygodnością usiłowania.

Nareszcie co się tyczy usiłowania pełnego 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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Bliższe wyjaśnienia patrz w mojej książce o usił. §§ 50, 60.

**335.** Teza niższej karygodności usiłowania, panująca w nauce i przyjęta przez większość kodeksów karnych<sup>1</sup>, ma jednak swoich przeciwników na obu tych polach.

Niektórzy mianowicie, i to bardzo poważni autorowie<sup>2</sup>, 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 tezę zrównania co do kary usiłowania z dokonaniem oświadczają się stanowczo co do zbrodni francuski *Code pénal* (art. 2), co do wszystkich zaś przestępstw kodeks austriacki (§§ 8. 239). Co się tyczy specjalnie naszego kodeksu, to, w myśl zacytowanych wyżej jego paragrafów, 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).

<sup>1</sup> 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 także projekty austr (§ 50 z r. 1891; § 48 z r. 1893)

<sup>2</sup> Z dawnych autorów bardzo stanowczo przemawia Filangiery za równomiernem traktowaniem co do kary usiłowania i dokonania przestępstwa (*La scienza della legislazione*, ks. III. cz. II. rozdz. XIII). Z nowszych uczonych, procz wskazanych w tekście autorów z włoskiej szkoły pozytywnej i niemieckiego obozu Liszta, broni tej opinii Goldfeld: *Versuch mit untauglichen Mitteln*, 1832. str. 1—17 — Wielu kryminalistów francuskich żąda, aby tylko usiłowanie niezupełne sprowadzało łagodniejszą karę (Boitard, Chauveau, Helie). Dziś jednak ma także we Francji wybitnych wyznawców teza niższej karygodności wszelkiego usiłowania (Garraud: *Traité*, 1898 I Nr 215)

<sup>3</sup> W prawie francuskim kwestya karygodności usiłowania przechodziła przez następujące okresy: Do wieku XV zgodnie z regułą, która podówczas uchodziła za przepis *iuris communis*, prawo francuskie karało *in atrocioribus conatus proximus delicto* tak, *ac si delictum fuisset consummatum*. W wieku XV prawo francuskie uznało, że w zasadzie każde usiłowanie przestępstwa ma być karane łagodniej niż dokonanie. Wyjątek miało stanowić tylko usiłowanie najcięższych zbrodni (*crimina atrocissima, crimes énormes*), jako zrownane co do kary z dokonaniem. Do tych *crimes énormes* stare prawo francuskie zaliczało *parricidium, assassinium, crimen laesae maiestatis* i *crimen veneni*. Liczbę ich kodeks karny franc. z r. 1791 zredukował do dwóch zbrodni, a mianowicie do morderstwa zbrojeckiego (*assassinat*) i otrucia (*empoisonnement*). Dopiero od kodeksu z r. 1795 (22 *prairial* Van IV) datuje w prawie francuskim okres traktowania co do kary usiłowania każdej zbrodni na równi z jej dokonaniem.

**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 przestępnego, ma być karane łagodniej, niż *actus facti*, t. j. wyjawienie tego zamiaru w postaci czynów, mających go urzeczywistnić. Oprócz tego w ramach tego ostatniego usiłowania, także już w doktrynie włoskiej XIV wieku, zaczyna się wytwarzać dystynkcya między usiłowaniem oddalonym (*conatus remotus*) a bliskim (*c. proximus*), tudzież przekonanie, że to ostatnie zasługuje na surowszą karę niż pierwsze.

Późniejsza teoria, 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 jakiegokolwiek, 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<sup>1</sup> zaczyna zdobywać sobie prawo obywatelstwa w teorii 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<sup>2</sup>. Odtąd zaczęto co do kary odróżniać pewne stopnie usiłowania tylko w ramach owego usiłowa-

nia bliskiego, żądając, aby każdy z nich sprowadzał surowszą karę w miarę tego, jakby się bardziej zbliżał do dokonania 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*).

<sup>1</sup> Dowodem tego C. C. C. która pod pojęcie usiłowania karygodnego podciąga tylko „*etliche scheinliche wercke die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mogen*“ (art. 158). Zapamiętywanie 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).

<sup>2</sup> 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 przepisanej 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 dopasowanie 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)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ze starszych kodeksów podobne stanowisko zajmuje wobec tej kwestyi kod. rosyjski z r. 1866 (art. 114. 115)

#### IV. Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania karygodnego <sup>1</sup>).

##### § 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 rozbiórce wpływu, który różne stadya w pochodzie usiłowania wywierają 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 powszechne 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 zatamowanym (*conatus vi extrinseca impeditus, verhinderter Versuch*), jako zasługującym 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 dzisiaj powszechnie zarówno w teoryi, jak i praktyce kry-

minalnej, 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 miałyby być tylko t. z. usiłowanie udolne (*tauglicher Versuch*), w przeciwstawieniu do usiłowania nieudolnego (*untauglicher Versuch*), któremu chciano odmówić kwalifikacyi kryminalnej. Pogląd ten jednak jest wielce sporny i większość kryminalistów oświadcza się przeciwko niemu.

Wypada nam teraz rozebrać osobno każdą z trzech poruszonych wyżej, do pojęcia usiłowania karygodnego odnoszących się kwestyj.

<sup>1</sup> Patrz moją książkę o usił. przestępstw. §§ 73—93.

**339. A) Usiłowanie zatamowane i zaniechane**<sup>1</sup>.  
Zatamowaniem 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«. Zaniechaniem staje się usiłowanie wtedy, gdy sprawca z własnej woli, bez względu jednak na pobudki, które mogły być go do tego skłonić<sup>2</sup>, 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 akcji<sup>3</sup>, 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 tem usiłowaniu znamion czynu

przestępnego po stronie tak podmiotowej (odstąpienie od poprzedniego zamiaru i postanowienia), jak przedmiotowej (brak wszelkiego skutku przestępnego)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Patrz Herzog: *Rücktritt vom Versuch und thätige Reue*, 1889.

<sup>2</sup> 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, przezywając swoje usiłowanie, pozostawiały lub też odbierały mu panowanie nad jego wolą. W pierwszym przypadku będzie miało miejsce zaniechanie, w drugim — zatamowanie usiłowania.

<sup>3</sup> Np. Piotr dobrowolnie odstąpił od zamierzonego morderstwa wtedy dopiero, gdy już wyrządził swojej ofierze uszkodzenie ciała. Usiłowanie w tego rodzaju przypadkach przyjęto nazywać kwalifikowanym.

<sup>4</sup> Bardzo oryginalnie tłumaczy Horn (*Czasop. Liszta*, t. 20) przyczynę niekarygodności usiłowania zaniechanego. W tem ostatnim 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. § 4<sup>3</sup> projekty austr. § 52 z r. 1891, § 50 z r. 1893). 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 nie tylko powzięcie jakiegoś zamiaru przestępnego, ale także

rozwinięcie działalności, skierowanej ku jego urzeczywistnieniu, to chyba nie może za nim przemawiać przypuszczenie, że nie osiągnął zamierzonego skutku dlatego tylko, że z własnej woli powstrzymał się od dokonania odnośnego przestępstwa. Trzeba tu raczej, aż do dowodu przeciwnego, wnosić, że sprawca z tej tylko przyczyny nie doprowadził do końca zamierzonego przestępstwa, *quia non potuit*.

341. B) Działania przygotowawcze i początek wykonania. W różny sposób próbowano wytłómaczyć, ze stanowiska przedmiotowego, różnicę zasadniczą między przygotowaniem a początkiem wykonania przestępstwa<sup>1</sup>. Chciano mianowicie zaliczać do pierwszej sfery tylko czynności, polegające na zapewnianiu sobie przez sprawcę warunków lub środków materialnych, 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 kategorii (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 kryterium przedmiotowe, dla odróżniania początku wykonania od działań przygotowawczych. Kryterium to miało polegać na tem, że w początku wykonania musi już wyrażać się jakakolwiek, choćby najdrobniejsza część treści, wchodzącej w skład istoty przedmiotowej zamierzonego przestępstwa<sup>2</sup>. 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).

<sup>1</sup> 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 *Gerichts*. 1859. str. 197. Chop: *Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch*, 1861.

<sup>2</sup> Do tego poglądu zbliżają się Rosenblatt (w *Goldd. 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 nierozzerwalny 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 on 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 nierozzerwalny przebieg, miało doprowadzić sprawcę do powyższego zamachu (np. ukrycie się zbrodniarza na noc z bro-



nią 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. Taką czynnością zaś będzie tylko przedsięwzięcie, które samo przez się, lub przez swój dalszy, całkiem niewątpliwie przypuszczalny, a czasowo nierozwalny przebieg, miało stać się przyczyną (nie zaś tylko jednym z warunków) zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 sprawy 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 materiałem (np. w razie cudzołóstwa) zamierzonego przestępstwa (*Programma*, I. § 358). Podobnie utrzymują Baumgarten (*Versuch*, str. 389 i nast.) i Janka, (ten ostatni autor kładzie nacisk na *Beginn des An-*

*griffes*; por. *Oesterr. Strafr.* § 63). — Bardziej do stanowiska podmiotowego kryminalistów francuskich przechylają się: Cohen (*Die Vorbereitung von strafb. Handlungen*, 1894) i Lammasch (*Grundriss*, str. 26 i 27). Stanowisko to było też dawniej i naszym punktem widzenia. Por. *Zasady nauki o usił.* §. 80. *Wykład prawa karn.* (wyd. I-sze), t. II. Nr. 553.

**343.** Kodeks austriacki 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 austriacki pozostawić teorii i jurysprudencji, jako kwestyą, której sędzia nie potrafi inaczej załatwić, jeno poddając 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 teorii podmiotowej kryminalistów francuskich<sup>1</sup>.

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, tłumacza, wydawcy, redaktora i nakładcy, chwila oddania do druku dzieła, które ma być rozmnożone; dla innych zaś winowajców — chwila ich spółdziałania (§ 10)

<sup>1</sup> Patrz orzeczenia Nr. 588, 1104, 1235, 1538 i 2365. Przeciwnko temu stanowisku, a za uwzględnieniem granicy przedmiotowej między przygotowaniem a początkiem wykonania, patrz *Rosenblatt* (*Allg. oesterr. 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 czwartym wydaniu swojego »*Lehrbuch des pein-*

*lichen Rechts*« (1808)<sup>1</sup> 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 niewłaściwości bądź użytych środków, bądź zaczepionego przedmiotu<sup>2</sup>, 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*«<sup>3</sup>.

Pogląd ten Feuerbacha, znany pod nazwą teorii przedmiotowej, i poparty dzielnie przez Mittermaiera i Zachariae'go, potrafił, pomimo znakomitej krytyki Oerstedta (*Grundregeln der Strafgesetzgebung*, 1818) i opozycji 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 Francji, gdzie na jego uzasadnienie długo przytaczano powszechnie ten jeszcze argument, że karygodnym, 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<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> W trzech pierwszych wydaniach swego *Podręcznika* Feuerbach był jeszcze daleki od uważania udolności przedmiotowej usiłowania za warunek jego kwalifikacji kryminalnej. Przeciwnie nazywał on wtedy „*eine sonderbare Meinung*“ opinię Böhmera, że dopuszcza się urojonego morderstwa ten, kto, w zamiarze uśmiercenia człowieka, dał mu do spożycia, zamiast trucizny, jakąś substancję nieszkodliwą. Patrz moje *Zasady nauki o usił.* § 81.

<sup>2</sup> Przykłady: Piotr w chwili krytycznej myli się i, zamiast przygotowanej trucizny, daje Pawłowi do zażycia całkiem nieszkodliwą substancję (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 aneryzm serca (usiłowanie nieudolne z powodu niewłaściwości zaczepionego przedmiotu).

<sup>3</sup> Klasycznym w Niemczech stał się, przytaczany przez Feuerbacha na poparcie słuszności teorii przedmiotowej, przykład wieśniaka bawarskiego, który, w zamiarze zgładzenia z tego świata swojego wroga, odbył pielgrzymkę do jakiejś cudownej kaplicy i tam modlił się o jego śmierć. Wszakże byłoby to zbyt rażącym błędem, chcieć karać tego wieśniaka za usiłowanie morderstwa!

<sup>4</sup> Por. Rossi: *Traité de droit pénal* livre II. chap. 30). Przeciwno temu argumentowi patrz Luden: *Abhandlungen*. II. str. 195. 196.

**345.** Opozycja, którą teoria przedmiotowa już za czasów Feuerbacha wywołała w nauce (p. Nr. 344), odżyła w ostatnich dwudziestu latach z większą jeszcze siłą i dzisiaj ma za sobą stanowczo *communis opinio doctorum*. Wyznawcom teorii przedmiotowej zarzucono słusznie, że w usiłowaniu nieudolnym 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 błędnym przeistoczeniem słusznej tezy, że to, co ukończone, nie mogłoby stanowić czynu przestępnego, także rozpoczęte, ogołocone być musi z wszelkiej kwalifikacji 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 dokonaniem. Takiemu zaś jej ukończeniu stanęła na przeszkodzie tylko okoliczność, niezależna 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 możliwość 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 przedsięwzięcia za usiłowanie, zatamowane niezależnie od woli sprawcy (por. Nr. 339).

**346.** Oprócz tego wystąpiono jeszcze przeciwko teorii przedmiotowej z tym poważnym zarzutem, że przy ścisłym 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 dokonaniem. Wprawdzie wyznawcy teorii 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<sup>1</sup>. 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 dwójaki mianowicie próbowano wytłómaczyć różnicę między bezwzględną a względną nieudolnością usiłowania. Z jednej strony, chciano uznać za bezwzględnie nieudolne tylko takie usiłowanie, które, powtó-

rzony kiedykolwiek w przyszłości przy tych samych warunkach, nie mogłoby nigdy stać się przestępstwem dokonaniem, 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 oprzec można na granicy między jakościową a ilościową niewłaściwością użytego środka, lub też na granicy między rzeczową a miejscową niewłaściwością zaczepionego przedmiotu<sup>2</sup>

Zapomniano jednak, że właściwie nie ma usiłowania, które, powtórzone kiedykolwiek w przyszłości przy całym identycznym stanie rzeczy, byłoby zdolne spowodować zamierzony przez sprawcę skutek przestępny, tak jak znów niema usiłowania, które powtórzone w przyszłości wśród odmiennych warunków, nie mogłoby przyoblec postaci przestępstwa dokonanego<sup>3</sup>. 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, była tylko niezależnych od jego woli, okazała się przedsięwzięciem, nie zdającym ze stanowiska praw, rządzących przyrodą materialną do tego, aby kiedykolwiek znaleźć się w związku przyczynowym z zamierzonym przez sprawcę skutkiem przestępnym.

<sup>1</sup> Mittermaier w *N Archiv*, 1816 Rossi *Traite Lavre* II chap 31 Zachariae *Versuch* I str 239 Beiner *Lehrb* 1882 sti 180 Budzinski *Wykład*, Nr 153 Garraud *Traite*, t I Nr 207—209

<sup>2</sup> Np usiłowanie morderstwa byłoby bezwzględnie nieudolnym w przypadku wystrzelenia do trupa, wziętego błędnie za człowieka jeszcze żywego (niewłaściwość rzeczowa przedmiotu) lub w przypadku dania komus do zacycia, pod wpływem błędu faktycznego zamiast trucizny jakiejś innej całkiem nieszkodliwej dla zdrowia ludzkiego substancji (niewłaściwość jakościowa środka). Względnie nieudolnym zaś byłoby usiłowanie morderstwa w edy gdyby Piotr, wiedząc że Paweł systematycznie o pewnym czasie odbywa drzemkę na swojej kanapie, strzelił w takiej chwili, mierząc wprost do miejsca, 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 zacycia przez pomyłkę zbyt małej dozy trucizny (niewłaściwość ilościowa środka).

<sup>3</sup> Tak np Piotr postanowił zasztyletować w nocy pogiązonych we śnie Pawła i Jana. Zaczął od Pawła o którym się okazało że na godzinę przedtem już był umarł na aneurizm serca. Wyznawcy teorii 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 dokonaniem. Podzielamy 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 słuszności naszego zastrzeżenia, przytaczamy, że Piotr, powtorzywszy za chwilę w odniesieniu do spiącego 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 okazałoby się musiało niezdatnym do sprawadzenia 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 niezmiennym stanie rzeczy (złe celowanie, jednakowa odległość wystrzału i t p okoliczności) zakończyć się zawsze chybiemem zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego.

347. Stoimy więc wobec kwestyi usiłowania nieudolnego na gruncie t. zw. teoryi podmiotowej. Tem niemniej wszakże utrzymujemy, 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 naszego stanowiska, udolność przedmiotowa powinna cechować usiłowanie karygodne, tylko że tej udolności domagamy 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, zamierzonego przez sprawcę, przestępstwa, 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<sup>1</sup>. W przypadkach powyższego typu odnośna osoba tylko zwiastująco wynurzyła nastrój woli, niebezpieczny dla in-



teresów 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 rozchodzą 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, czy też 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 <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Por. wyżej Nr. 344. dop 3.

<sup>2</sup> Bliższe uzasadnienie mojego poglądu na kwestyę nieudolności usiłowania patrz w dwóch 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). — 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 teorię podmiotową.

**348.** Co do stanowiska kodeksu austriackiego wobec usiłowania nieudolnego, to, dzięki powadze H y e g o <sup>1</sup>, długo

utrzymywało się w doktrynie i jurysprudencji zapatrywanie, że kodeks nasz *terminis explicitis* oświadcza się za pociąganiem do kary tylko usiłowania udolnego. Poгляд ten opierał się na dwóch głównych argumentach, a mianowicie: 1) na tekście § 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.

<sup>1</sup> Hye-Glunek: *Oesterr. Strafgesetz*, 1855 str. 305—310. Poгляд Hye'go podziela także Herbst *Oesterr. Strafr* ad § 8.

<sup>2</sup> 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 obrona 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<sup>1</sup>.

Nowsze badania poszły znacznie dalej, bo wykazały

zupełną bezpodstawność argumentu, wyprowadzonego z § 8 k. k. Przeciwno temu argumentowi mianowicie wystąpiono zwycięsko, na mocy interpretacji tak historycznej, jak dogmatycznej, zacytowanego wyżej paragrafu. Historycznie, słowa »*eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung*« prawo austriackie 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 za to zyskiwał coraz szersze uznanie pogląd, że należy wyłączać 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 austriacki 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.

<sup>1</sup> Jenull *Oesterr. Criminalrecht*, 3-te Aufl. 1837. t. I. str. 129. 130.

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 Thaters*), 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 austriacki uznał za niezbędne 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 tłumaczy, 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 boses Vorhaben allein noch kein Verbrechen sind.*« Leżało więc w tradycyi kodeksów karnych austriackich, 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*«<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Blizsze wyjasnienie wywodów, podanych pod Nr 349 i 350 patrz w mojej rozprawie „*O pojeciu i karygodności usiłowania meudolnego,*« (Lwowski Przegląd prawa i adm 1894 str 335—345). Podobne stanowisko zajmują wobec tej kwestyi, ze starszych kryminalistów austriackich, Egger (*Kurze Erklarung des oesterr Gesetz* 1816 t I str 40), Neubauer (w *Haumerl's Magazin*, 1856 XIV str 194) i Helm (w *Haumerl's Vierteljahrsschrift*, 1862 IX str 1), z nowszych autorów Lammasch (w rozprawie z r 1879, cyt pod Nr. 347, dop 2, tudzież w *Allg oesterr Ger Ztg* 1889. Nr 2), Janka (w *Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag*, 1882 str 131, tudzież w *Oesterr Strafr* § 62 wyd 1894) i Schutze (w *Allg oesterr G Z* 1882, str 55) — Co się tyczy judykatury Najw Trybunału, to długo była ona bardzo chwiejna w przedmiocie rozbieżnej tu kwestyi i był czas nawet,

gdy nie wahała się uznać usiłowania za wolne od kary z powodu użycia środka ilościowo nieprzydatnego (Orz z 30 maja 1855 l 5317, Zbioru Gläsera Nr. 673). Wskotce jednak Najw. Tryb odstąpił od tego całkiem błędnego zapatrywania i w licznych orzeczeniach wyraził opinię, że wolnem od kary ma być tylko usiłowanie bezwzględnie 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 Orzec 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 oesterr G Z*) Ponieważ zaś nima 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 (*concursum plurimum 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 przyjscia do skutku odnośnego przestępstwa i chciała być jej współnikiem Bez tego ostatniego zastrzeżenia, może wprawdzie zająć sam fakt przyjscia 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 uznania udziału za osobną postać zasadniczą przestępstwa, polegającą nie na zesumowaniu arytmetycznem owoców pracy kilku osob, lecz na takim 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 znajdują dla siebie pomoc<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 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 Stubel (1828), Berner (1847), Bar (1859), Buri (1860), Langenbeck (1868), Schutze (1869; patrz o tej rozprawie artykuł Buriego w *Gerichtss.* 1870. str. 1) i Birkmeyer (1890; patrz przeciwko temu autorowi artykuły Lofflera 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 mittelbare Täterschaft*, 1888. Forke: *Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe*, 1890. Minz: *Die Lehre von der Beihilfe*, 1892. Helmer: *Ueber den Begriff der fahrlässigen Täterschaft*, 1895. — Na baczność uwagę zasługują także artykuły Gläsera (*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 ziszczyć się dwa następujące warunki:

- 1) Trzeba, aby jej przestępstwo było także dziełem conajmniej drugiej jeszcze osoby.
- 2) Trzeba, aby przynajmniej jedna z tych osób, a mianowicie ta, która ma odpowiadać za udział, chciała była działać do wspólni z drugą.

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 w z a j e m n y, *gegenseitige Theilnahme*); jeżeli zaś tylko jedna z tych osób, lub niektóre z nich miały poczucie wspólnego przyczyniania się, do przyjscia 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*)<sup>1</sup>. 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 jednym 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Inni współpracownicy odpowiedzialby nie za udział w tem samym przestępstwie, lecz każdy z nich byłby karany za osobne przestępstwo, o ileby jego działalność, sama przez się, dawała do tego podstawę.

<sup>2</sup> 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, wniósł 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 mor-

derstwa, pozostawił w jego pokoju, niby przypadkowo, rewolwer nabyty. 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 przyjsciem 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 przyjscia 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 być umyślnie przyczynić się do jakiegoś działania nieostrożnego, z którego wynikł pewien skutek przestępny <sup>1</sup>.

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 zmywy, 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 wspólnymi siłami tego samego przestępstwa. Ta zgoda nie musi wyrażać się w układzie, zawartym, przed przystąpieniem do spełniania 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 nimi porozumienie, na mocy którego, każda z nich by



wiedziała, że, wspólnie z innemi i za ich zgodą, przykłada się do popełnienia tego samego przestępstwa.

<sup>1</sup> 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: *Oesterr. Strafr.* § 67. Finger: *Oesterr. Strafr.* I. str. 194. 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. 221, 227, 229 (wyd. 1898). Lammasch: *Grundriss*. str. 29.

**354.** Przyjęto odróżniać pewne rodzaje udziału, z uwagi na następujące okoliczności:

- 1) Doniosłość udziału dla przyścia do skutku odnośnego przestępstwa.
- 2) Stopień porozumienia między współnikami.
- 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 przyścia do skutku odnośnego przestępstwa. Pod tym względem udział może być dowolny (*concursum facultativum*) i konieczny (*c. necessarium*). 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 przyścia do skutku nie możemy sobie wyobrazić inaczej, tylko jako owoc winy conajmniej dwóch osób. Do takich przestępstw należą, według kodeksu austr., bunt z § 68 i rozruch z § 73. 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 dzia-

łałości fizycznej dwóch osób, ale ich popełnienie w rozumieniu prawniczym 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 którymi zawiązał się stosunek cudzołóstwa, względnie dwużeństwa, będąc sama stanu wolnego, nie wiedziała, że druga, w chwili zawiązania tego stosunku, była współmałżonkiem osoby trzeciej.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Dawniej identyfikowano w nauce udział konieczny z przypadkami, gdy dokonanie jakiegoś przestępstwa wymagało działalności materialnej conajmniej dwóch osób. Na tę niewłaściwość zwrócił pierwszy uwagę Schutze (*Nothw. Theilnahme*, 1869. str. 331) i wykazał, że, tak rozumiany, udział konieczny nie ma racji bytu w prawie karnem. Niesłusznie jednak oświadczył się Schutze 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 powiędzmy, 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 współnik będzie za nie odpowiadał, jako sprawca, a inni dopuszczają się względem niego podżegania lub pomoenictwa (p. niżej Nr. 360—366).

**356. 2) Stopień porozumienia między osobami, winnymi udziału w przestępstwie.** Pod tym względem wytworzyło się w nauce odróżnianie udziału umówionego (*c. pactitius*) od przypadkowego (*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 wspólnymi siłami, wspólnie uplanowanego przestępstwa (np. spiszek i szajka). Przekaszkowym nazywa się udział, oparty na porozumieniu, które bądź powstało nagle, pod wpływem okoliczności, sprzyjających natychmiastowemu popełnieniu

wspólnymi 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, concomitans et subsequens*). Nowsza atoli teoria wychodzi słusznie z tego stanowiska, że każdy udział musi być czynnością, której odnośne przestępstwo zawdzięcza swoje przyjsie 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 w nauce 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 przyjsie do skutku odnośnego przestępstwa; drugi — na zaniechaniu działalności, która byłaby utrudniła lub uniemożliwiła 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, popełnionym przez kogoś drugiego, o ile ten ostatni mógł ją być brać w rachubę w chwili swego działania (Nr. 353, ad 2) <sup>1</sup>.

Wynika stąd, że choćby udział, obiecany sprawcy, miał polegać tylko na zaniechaniu jakiejś czynności (np. na nieprzeszkodzeniu przestępstwu), to już sama okoliczność, że go obiecano, nada mu charakter udziału pozytywnego.

<sup>1</sup> 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 rządzie 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 materialnej przestępstwa, drugi ma działać na wolę sprawcy i budzić w niej, względnie utrzymywać, nastrój przestępny; np. podżeganie <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Słusznie jednak zwraca na to uwagę Schutze, że udział nie może być nigdy tylko fizyczny. W poparcie bowiem materialnem, użyczeniem 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 kategorie, któremi są: 1) sprawstwo, względnie współsprawstwo, 2) podżeganie i 3) pomocnictwo.

**361. 1)** Sprawstwo względnie współsprawstwo (*Thäterschaft und Mitthäterschaft*). Cechą charakterysty-

czną tego pojęcia jest spełnienie przez kogoś czynu, który, sam przez się, t. j. niezależnie od swego związku z działalnością innych współwinowajców, mógłby uchodzić co najmniej za początek wykonania odnośnego przestępstwa, t. j. za jego usiłowanie karygodne. Z pośród kilku więc osób, biorących udział w jakimś przestępstwie, nazwiemy, sprawcą tego, kto z wolą, uzasadniającą winę kryminalną, spełnił czyn podanego wyżej typu<sup>1</sup>. \*

Nasze określenie sprawstwa odbiega od jednostronnego stanowiska zarówno przedmiotowej, jak podmiotowej teorii. Pierwsza uważa za jedyną cechę istotną sprawstwa spełnienie czynu, który jest działaniem głównem (Feuerbach: *Lehrb.* § 44) lub znajduje się w związku przyczynowym z wywołanym skutkiem przestępnym (Luden: *Handb.* 1847. I. str. 342). Druga żąda od sprawcy tego tylko, aby uczestniczył w przestępstwie, które uważa za swoje własne przedsięwzięcie t. j. za dzieło, odpowiadające jego własnemu interesowi<sup>2</sup>.

O współsprawcach mówimy wtenczas, gdy w gronie osób, biorących udział w jakimś przestępstwie, znajduje się co najmniej dwóch takich winowajców, z których każdy spełnił czynność, podchodzącą pod pojęcie sprawstwa<sup>3</sup>. Oczywiście 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.

<sup>1</sup> 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 współnika, który uczestniczył w spełnieniu czynu, już skierowanego bezpośrednio przeciwko przedmiotowi, mającemu stać się ofiarą umówionego przestępstwa

<sup>2</sup> Teorię podmiotową wyznają Kostlin: *Revision*, §§ 130, 134, 135; *System*, § 93. Geib *Lehrb* II str. 358. Halschner: *System*, 324. Berner: *Theilnahme*, 1847 str. 171 (autor ten jednak odstąpił później od teorii podmiotowej na rzecz stanowiska pośredniego; patrz jego *Lehrb.* już od r. 1857). Buri: *Theilnahme*, str. 1. Bar. *Versuch u. Theilnahme*, str. 65.

<sup>3</sup> Z tego powodu okoliczność istnienia kilku współsprawców nie odbiera żadnemu z nich charakteru sprawcy. To nam tłumaczy dlaczego niektóre kodeksy bądź nie wspominają o współsprawstwie (austrijski § 5) bądź tylko przewidują możliwość popełnienia jednego przestępstwa przez kilku sprawców (niemiecki § 47). Wyraźnie mówi o współsprawcach kodeks rosyjski (art. 12).

**362** 2) Podżeganie (*Anstifter, autor delicti intellectualis*). Jest to umyślne wzniecenie w pewnej oznaczonej osobie, celem skłonienia jej do popełnienia pewnego oznaczonego przestępstwa, tego nastroju woli, bez którego nie byłaby ona stała się sprawcą<sup>1</sup>. Widzimy stąd, że podżegacza nie można w żadnym razie uważać za sprawcę przestępstwa, które popełnił podżegnięty, winą jego bowiem tkwi tylko w umyślnym wznieceniu w tym ostatnim woli popełnienia tego przestępstwa<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 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 tym znaczeniu można mówić o podżeganiu nie tylko do sprawstwa, lecz także do pomocnictwa. W prawie karnym jednak, podżegacz do pomocnictwa byłby tylko pomocnikiem, jak o tym przekonamy się przy rozbiorze pomocnictwa. Por. Geyer w *Holtzendorfa Handbuch*, II str. 338.

<sup>2</sup> Feuerbach, Grolman, Kostlin, Stubel, Halschner, Berner, Budzinski i wielu innych. Wszyscy ci autorowie podciągają sprawstwo i podżeganie pod pojęcie tworstwa (*Urheberschaft*), nazywając pierwsze tworstwem fizycznym (*physische Urheberschaft*) a drugie — tworstwem duchowym (*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 *Unecht*, str. 117 Binding.

*Grundriss* str 85 Poglądowi temu hołduje także kodeks holenderski (art 47)

**363** Z podanego w ustępie poprzedzającym, określenia podlegania wynika, że nie może ono zachodzić w następujących przypadkach

a) Gdy ktoś nieumyślnie wzniecił w kim innym wolę popełnienia pewnego przestępstwa np profesor chemii przedstawia swemu uczniowi jakąś substancję, jako truciznę, nie pozostawiającą żadnych śladów po sobie, ten zaś korzysta z tej nauki i używa tej trucizny dla popełnienia morderstwa

b) Gdy ktoś wzniecił w pewnej osobie wolę popełnienia jakiegos przestępstwa, nie namawiając jej specjalnie do tego przestępstwa lecz tylko odzywając się publicznie z zachętą do jego popełnienia. Podobne zachęcanie stanowić może tylko osobne przestępstwo. W myśl kodeksu austriackiego, tworzy ono wogóle występki z § 305, tylko odnośnie do zdrady głównej uchodzi za dokonanie tej zbrodni (§ 59 lit c)

c) Gdy ktoś wzniecił w pewnej osobie wolę popełnienia jakiegos przestępstwa, zachęcając ją tylko w ogóle do czynów, sprzeciwiających się prawu lub moralności. Podobne zachęcanie, gdy odbywa się publicznie, lub zwrocone jest do większej liczby osób, stanowi, w myśl kodeksu austriackiego, osobny występki (§ 305)

d) Gdy osoba, w której podlegacz chciał wzniecić wolę popełnienia jakiegos przestępstwa, już miała zamiar jego popełnienia, lub też powzięła go wprawdzie potem, ale niezależnie od podlegacza. Przypadek ten znany jest pod nazwą podlegania alias *facturi*, aczkolwiek co najwyżej można by go uważać za pomocnictwo duchowe<sup>1</sup>

e) Gdy osoba, która spełniła przestępstwo za sprawą podlegacza, była tylko ślepiem 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. To miałyby 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 miałyby się ona zabierać do jego wykonywania, schwycić ją na gorącym uczynku i móżdż, 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. agentów wyzywających (*agents provocateurs*)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Słusznie wykazuje to Rosenblatt: *O udziale*, str. 66, 67.

<sup>2</sup> Prawo austriackie zabrania organom policyjnym i sądowym, spełniania roli agentów wyzywających (Proc. k. § 25) Por. mój *Wykład proc. k.* str. 168

**364.** Za to, nie posiadają znaczenia istotnego dla pojęcia podżegania: a) pytanie o środkach, których użył podżegacz, dla wzniecenia 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<sup>1</sup>.

Co do drugiego pytania, wspomnieć trzeba, że dawna teoria 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Dowodzi tego ta okoliczność, że do tekstu „*der durch Befehl, Anrathen, Unterricht, Lob, die Uebelthat eingeleitet*“ ustawo-



dawca uznał jeszcze za właściwe dodać słowa „*vorsatzlich veranlassen*“, z ktoromi niezawodnie łączy się pojęcie podżegania, całkiem niezależnego od użytego środka (n. p. może nim być także prośba, pogroźka, a nawet podstępne odradzanie, patrz co do tego ostatniego Ossenbruggen: *Casustik des Criminalrechts*, 1854, str. 117. Por. co do stanowiska kód austr. Herbst: *Handb.* ad § 5. l. 1b. 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)

<sup>2</sup> Podział ten podżegania zachowuje Carrara: *Programma*, I. § 453

**365. 3) Pomocnictwo (*Beihilfe*).** Jestto wszelki udział w wytworzeniu przyczyny materialnej przestępstwa, nie będący współsprawstwem, i wszelki udział w wytworzeniu jego przyczyny moralnej, nie będący podżeganiem. W pierwszym przypadku pomocnictwo nazywa się fizycznym lub materialnym (*durch That*), w drugim, duchowym (*durch Rath*).

Udział fizyczny pomocnika musi więc być czynnością, która, sama przez się, t. j. w oderwaniu od akcyi innych współników, 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, nacechowanym 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 wzniesienie w niej uczucia, że na przykład, gdyby spełniła umówione przestępstwo, może z góry liczyć na pewne poparcie materialne, 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 materialnemu, które ma być użyzione 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, użyzoną 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, czy też ma przejść przez

ręce innego jeszcze pomocnika, przyjęto w nauce dzielić pomocnictwo na bezpośrednie i pośrednie.

**367.** Kodeks austriacki w zasadzie, stoi co do stopni udziału w przestępstwie, na gruncie powszechnie uznanego systemu, wszakże używa na ich oznaczenie całym odmiennych terminów. Kodeks mianowicie w § 5 odróżnia także trzy kategorie osób, biorących udział w przestępstwie, ale do pierwszej z nich zalicza bezpośrednich sprawców (*unmittelbare Thäter*), do drugiej — współwiniących (*Mitschuldige*), a do trzeciej — uczestników (*Theilnehmer*)<sup>1</sup>.

Zachodzi pytanie, w jakim stosunku znajdują się współwinni i uczestnicy kodeksu austriackiego do podżegaczy i pomocników z klasyfikacji, powszechnie przyjętej?

W kategorii, którą kodeks oznacza nazwą współwiniących, znajdujemy dwie odrębne grupy osób, biorących udział w przestępstwie. Kodeks mianowicie zalicza do tej kategorii:

a) każdego, kto przez rozkaz, poradę, nauczanie, pochwałę, czyn zbrodniczy urządził, rozmyślnie go wywołał;

b) każdego, kto wykonanie czynu zbrodniczego przez dostarczanie środków, usuwanie przeszkód, lub innym jakim bądź 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 fizycznych.

Innych pomocników, a mianowicie pomocników duchowych, podciąga kodeks pod pojęcie uczestników (*Theilnehmer*), gdyż do tej ostatniej kategorii zalicza każdego, kto tylko naprzód porozumiał się ze sprawcą, względem dania mu pomocy i wsparcia, po spełnieniu czynu, albo względem udziału w zysku i korzyści<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> W myśl § 239 k. k. przepis § 5 ma także znajdować zastosowanie do występków i przekroczeń.

<sup>2</sup> Por. co do systemu kod. austr.: Herbst *Handb.* ad § 5. Rosenblatt: *O udziale*, str. 139. Janka: *Oesterr. Strafr.* str. 142 (wyd. 1894). Finger: *Oesterr. Strafr.* I. str. 198. 199. Ten ostatni autor całkiem niewłaściwie uważa wywołanie czynu przestępnego przez nauczanie lub pochwałę, za przypadek nie podżegania, lecz pomocnictwa duchowego,

### 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 przestępczości, lecz muszą czerpać swoją kwalifikację kryminalną z charakteru przestępstwa, które popełnił, względnie miał popełnić sprawca. Z tego jednak wolno jest wyprowadzić tylko dwie następujące konsekwencje:

A) Podżegacz i pomocnik mają odpowiadać zawsze za to przestępstwo, do którego pierwszy chciał pobudzić sprawcę, a którego dopełnienie przez tego ostatniego chciał drugi ułatwić.

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 austriacki 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, oceniać należy wpływ stosunków i przymiotów osobistych jednego ze współwinowajców na odpowiedzialność kryminalną drugich.

Przedewszystkiem trzeba ze względu na tę kwestyą odróżnić dwie kategorie, 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 nienagannność życia i t. p.) należy oczywiście zapisywać na rachunek tego tylko współwinowajcy, do którego się odnoszą, bez względu na to, czy będzie on sprawcą, podzégaczem lub pomocnikiem. Kodeks austriacki porusza tę kwestyę tylko co do stosunków i przymiotów osobistych, które znoszą karygodność czynu, i rozstrzyga ją w duchu wyłożonego wyżej poglądu (§ 5<sub>2</sub>). Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że podobne stanowisko wypadnie zająć sędziemu austriackiemu 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 podzégacza i pomocnika, lecz nie naodwrot. W myśl tego prawidła, skłonienie syna do zabicia ojca ma czynić podzégacza odpowiedzialnym za ojcobójstwo, podczas gdy podzégacz odpowiadałby za zwyczajne morderstwo w razie, gdyby za jego namową obcy człowiek zabił jego ojca<sup>1</sup>.

Powyższe prawidło, słuszne w zasadzie<sup>2</sup>, wymagałoby jednak ograniczenia do tych tylko stosunków i przymiotów, które mają znaczenie konstytucyjne dla kwa-

lifikacji 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 kwalifikację kryminalną spełnionego czynu (np. charakter syna co do ojcobójstwa, charakter matki co do dzieciobójstwa), to należałoby zapisywać je na równi ze stosunkami i przymiotami podmiotowymi na rachunek tego tylko współwinowajcy, do którego się odnoszą. Tak zapatrjuje się na tę kwestyę kod. karny niemiecki (§ 50) i za takim jej rozwiązaniem przemawia też wielu pierwszorzędnych autorów (Bernier: *Lehrb.* § 111; Garraud: *Trailé*, II. Nr. 703).

<sup>1</sup> Stanowisko to zajmuje przeważnie jurysprudenca 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).

<sup>2</sup> Bezwarunkowo bowiem nie można zgodzić się na żądanie niektórych autorów (Henke: *Handb.* I. §§ 73 -- 80. Kostlin: *System*, str. 285. Langenbeck: *Theilnahme*, § 57), aby stosunki osobisto-rzeczowe były traktowane zawsze narowni ze stosunkami czysto podmiotowymi. Czegoś podobnego domaga się także Hugo Meyer, ze względu na przedmiotową kwalifikację kryminalną czynu każdego współwinowajcy, a dodaje tylko to zastrzeżenie, aby, przy wymarze kary dla każdego współwinowajcy, uwzględniać także stosunki i przymioty osobisto-rzeczowe innych uczestników (sprawcy, podżegacza lub pomocnika). Patrz tego autora *Lehrb.* § 44 (wyd. 1882).

**370.** Prawidło, że stosunki i przymioty osobisto-rzeczowe mają być przenoszone tylko od osoby sprawcy na współwinnych i uczestników, odpowiada też stanowisku

kodeksu austriackiego (§ 5). Tylko wyjątkowo, w niektórych specjalnie wskazanych przypadkach, kodeks odstępuje od powyższego pravidła i to w dwojakim kierunku:

a) Co do trzech przestępstw, kodeks ogranicza wpływ stosunków osobisto-przedmiotowych sprawcy tylko do niego samego. Tu należą:  $\alpha$ ) przyjęcie podarunku w sprawach urzędowych (§ 104);  $\beta$ ) dzieciobójstwo (§ 139) i  $\gamma$ ) kradzież, o ile ma stanowić zbrodnię ze względu na charakter sprawcy (§§ 176. 177).

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).

**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). Przeciwno temu pogładowi 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 zachodziłoby po stronie podżegacza t. zw. sprawstwo pośrednie (Nr. 363 e). Sądźmy 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<sup>1</sup>.

2) Co do pomocnika, to zarówno *communis opinio doctorum*, jak większość nowszych kodeksów karnych, oświadczają się za teorią obniżenia kary. Teoria 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Por. Carrara: *Programma*, I. § 472. Fursac: *La complicité*, 1875.

**372.** Kodeks austriacki 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 (§ 44e. 263k). Stąd wolno wnioskować, że intencji kodeksu austriackiego odpowiada, aby sędzia wyznaczył 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).



<sup>1</sup> 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 kwalifikacji 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, czy też także w stosunku do konkretnej kwalifikacji 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 podżegniony stał się sprawcą przestępstwa, do którego się ono odnosiło. Przedtem bowiem nie będzie można utrzymywać, że podżegacz wzniecił rzeczywiście w podżegnionym ten nastrój woli, bez którego nie byłby on stał się sprawcą odosobnego przestępstwa. Z tego jednak nie wypływa jeszcze, aby podżeganie mogło uchodzić za dokonane dopiero wtedy, gdy sprawca stał się winnym przestępstwa dokonanego. Opinia ta, wyznawana 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 podżegniony przed-

siewziął 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 podżegniony 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 podżegniony, 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 podżegniony nie dopuścił się żadnego czynu karygodnego, to i podżegacz miał być wolny od wszelkiej odpowiedzialności kryminalnej<sup>1</sup>, podobnie jak odpowiadałby on za usiłowanie w razie, gdyby sprawca miał znaleźć się tylko pod zarzutem tego ostatniego<sup>2</sup>.

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. Sądzymy 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 dru-

giej osobie wzniecić wolę popełnienia pewnego oznaczonego przestępstwa; czyteż przeciwnie trzeba będzie widzieć w tem wystąpieniu tylko działalność przygotowawczą, skierowaną raczej ku temu, aby wy badać, o ile druga osoba przedstawia grunt podatny, do dania posłuchu złym podszeptom podzégacza (por. Nr. 342. 343). W pierwszym przypadku usiłowanie bezskuteczne przedstawi się nam, jako karygodne, w drugim — jako wolne od wszelkiej kwalifikacji kryminalnej<sup>3</sup>.

Błąd kodeksu austriackiego polega tylko na tem, że kodeks ten nie przeprowadza powyższej dystynkcji, lecz wogóle traktuje, co do kary, bezskuteczne podzéganie do przestępstwa narówni z jego usiłowaniem (§ 9).

<sup>1</sup> 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 podzégania (*Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, str. 403 i nast.). Pośrednie stanowisko zajmuje Rosshirt, żądając bezkarności podzégacza tylko wtedy, gdy, pomimo jego namów, podzégany nie dał się skłonić do żadnej działalności przestępnej; przeciwnie domaga się on ukarania podzégacza za usiłowanie wtedy, gdy podzégnięty odstąpił dobrowolnie od usiłowania przestępstwa (*Beiträge zur Lehre von der Anstiftung*, w *Archiv. z r. 1852*, str. 379 — 412).

<sup>2</sup> Por. Rosenblatt: *O udziale*, str. 73. Inni kryminaliści chcą tu widzieć podzéganie do usiłowania, np. Carrara (*Programma*, I, § 451) i Budziński (*Wykład*, Nr. 182). Przeciwno temu pogładowi przemawia ta okoliczność, że podzégacz nigdy chcieć nie może, aby podzégnięty dopuścił się usiłowania, lecz dąży zawsze do tego, aby podzégniętego popchnąć do dokonania. Logicznie więc możliwe jest tylko usiłowanie podzégania, lecz nigdy — podzéganie do usiłowania.

<sup>3</sup> Inna rzecz, czy, ze względu na niektóre szczególnie niebezpieczne zbrodnie, ustawodawca nie mógłby się ujrzeć w konieczności, uznania za *delictum sui generis* każdego bezskutecznego podzégania. Takie stanowisko mianowicie zajmują wobec tej kwestyi ustawa belgijska z 7 lipca 1875 (*Loi contenant des disposi-*

*tions penales contre les offi es ou propositions de commettre certains crimes*) i nowella do kod karn niem z r 1876 (§ 49a)

**377. 2)** Jaki wpływ wywiera na winę podzeganca okolicznosc, ze cofnał swoje zlecenie, zanim podzegnięty zaczął je wykonywac, lub też, ze ten ostatni przekroczył granice podzegania

Sądzymy, ze cofnięcie podzegania, choćby było ono doszło w czasie właściwym do wiadomości sprawcy, o tyle tylko będzie mogło uwolnić podzeganca od odpowiedzialności kryminalnej, o ile okaze się skutecznem. Skutecznem zas nazwiemy cofnięcie podzegania wtedy tylko, gdy albo pobudzi ono podzegniętego, do odstąpienia od już w nim wznieconego nastroju przestępnego woli, albo też gdy podzeganec nie ograniczy się do samego cofnięcia swego zlecenia, lecz postara się jeszcze o to, aby przeszkodzić przestępstwu do ktorego przedtem chciał popchnąć podzegniętego (por Nr 339)<sup>1</sup>

Co się tyczy zas przekroczenia przez sprawcę granic podzegania, to jasną jest rzeczą, ze podzeganec w zasadzie nie może za nie odpowiadać. Sprzeciwiałoby się to bowiem logice, karac kogos za podzeganie do innego przestępstwa niż to, do ktorego chciał popchnąć sprawcę *Excensus* ze strony sprawcy wtedy tylko moznaby poczytać za winę podzeganca, gdyby albo jego zlecenie było tak ogolne, ze wobec niego trudnoby było uważać przestępstwo, ktore popełnił podzegnięty, za jego przekroczenie, albo też gdyby podzeganec mógł być łatwo przewidzieć zboczenie przez sprawcę od umowionego przestępstwa. W pierwszym przypadku podzeganec 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

<sup>1</sup> Niektorzy autorowie (Herbst *Handb* I ad § 5 Nr 12, Rosenblatt *O udziale*, str 80) utrzymują ze jezeli tylko podzeganec cofnał we właściwym czasie (t j zanim podzegnięty za-

czął spełniać umowione przestępstwo) swoje zlecenie to już przez to samo uwolnił podzeganego z pod wpływu dawnego podzeganego i odzucił od siebie wszelką odpowiedzialność za jego dalsze postępowanie. Pogląd ten opiera się na błędnym przeniesieniu do prawa karnego uznanej w prawie cywilnym instytucji zastępcstwa woli. Stosunek podzégacza do podzeganego nie ma jednak nic wspólnego ze stosunkiem mocodawcy do umocowanego. Podczas bowiem gdy umocowany ma stać się organem woli mocodawcy to podzégacz nie swoją wolę przenosi na podzeganego lecz jego własną wolę nastiaja 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 od nosnego przedsięwzięcia przestępnego. Czy jednak to ostatecznie przybierze formę przestępstwa usiłowanego lub dokonanego, to już jest kwestją, która na konkretną kwalifikację 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 umowionego 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 konsekwencję, że usiłowane pomocnictwo, jako takie, musi być zawsze wolne od kary<sup>1</sup>.

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 każdym pomocnictwie, nawet materyalnym, tkwi pewna zachęta moralna i że owoce tej zachęty nie zawsze będzie można czyto zniszczyć, czyteż ująć w pewne ściśle oznaczone granice.

<sup>1</sup> Bezskuteczne pomocnictwo może być karane tylko jako *delictum sui generis* (np. z § 9 ustawy przeciwko używaniu materyj rozsadzających z 27 maja 1885. 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.).

## V. Spisek i szajka, jako możliwe postaci udziału w przestępstwie.

### § 82.

**379. A. Spisek** (*Complot, coniuratio, societas delinquendi ex compacto*). Jest to połączenie się kilku osób w związek, oparty na umowie, mocą której osoby te postanawiają używać 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 najszerzego udziału w umówionem przestępstwie, kryminaliści niemieccy XVIII w. twierdzili powszechnie, że, za jego przyjęcie do skutku, każdy ze spiskowców, bez względu na ten lub inny stopień swego uczestnictwa, powinien odpowiadać w charakterze współsprawcy<sup>1</sup>.

Dalszy jeszcze wniosek wyprowadzili z natury spisku Feuerbach, Henke i Köstlin<sup>2</sup>, 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<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Pierwszy wystąpił z tą teorią Kress w dziele, wydanem w r. 1721 p. t.: *Commentatio succincta in Constitutionem criminalem Caroli V.* Prawdopodobnie powstała ona z błędnego zrozumienia praktyków włoskich, którzy przez *compactum* pojmowali każdy związek osób, przyjmujących udział w przestępstwie, i którzy, twierdząc, że każdy *socius ex compacto* miał odpowiadać za umówione przestępstwo, dalecy byli od myśli, uważania każdego z nich za współsprawcę tego przestępstwa.

<sup>2</sup> Feuerbach: *Lehrb.* § 47. Henke: *Handb.* I str. 275 (r. 1823). Kostlin: *System.* § 106.

<sup>3</sup> Wtedy bowiem było regułą w Niemczech, że bezskuteczne podżeganie do przestępstwa należy co do kary traktować narówni z usiłowaniem. Reguła ta zachowała się dotąd w kod. austr. (§ 9). Por. Hugo Meyer *Lehrb.* § 40. str. 239 (wyd. 1882).

**380.** Nowsze badania wykazały bezzasadność wyłożonego wyżej poglądu na naturę spisku<sup>1</sup>. 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 przyścia do skutku umówionego przestępstwa, należy każdego ze spiskowców karać w miarę jego rzeczywistego uczestnictwa<sup>2</sup>. Nie znaczy to jednak, iżby mieli być wolni od wszelkiej odpowiedzialności, za przyście do skutku owego przestępstwa, ci ze spiskowych, którzy, nie będąc jego podżegaczami, nie przyjęli zarazem żadnego udziału materialnego w jego dokonaniu. Przez samo bowiem swoje przystąpienie do spisku, okazali oni sprawcom pewną pomoc duchową, wskutek czego odpowiadać powinni w charakterze pomocników.

Samo zawiązanie spisku, dopóki jeszcze nie rozpo-

częto wykonywać umowionego przestępstwa, musi, jako czynność przygotowawcza być wolne od kary, ustanowionej za owo przestępstwo<sup>3</sup> Wyjątek tworzyłby w prawie austriackim spisec, 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 spisec stanowi osobną zbrodnię w prawie austriackim w myśl § 65 c k k tudzież według § 5 ustawy z 27 maja 1885 przeciwko używaniu materij rozsadzających (Dz u p 134), w kodeksie karnym niemieckim co do zdrady głównej (§ 83), w francuskim *Code penal* — w przypadkach, gdy spisec ma na celu zdradę główną (art 89), zamachy przestępne na osoby lub własność (art 265), a także knowania anarchiczne (ustawa z 18 grudnia 1893 r)

<sup>1</sup> Pierwszy wystąpił przeciwko dawnemu zapatrywaniu na znaczenie spisku Stubel *Theilnahme* 1828 §§ 23—25 46 Krytykę jego dzielnie poparli Abegg (*Lehrb* 1836 § 74) i Mittermaier (w *Crim Archiv* 1839, str 553)

<sup>2</sup> Oczywiście, że przywództwo w spisku będzie musiało spowodować surowszą karę Por kod austr §§ 44e 70 71 72 75

<sup>3</sup> 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 podlegania bezskutecznego

### 381. B Szajka (*Bande, Rotte societatis delinquenti*)

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 wykonaniu zadnego, dokładnie oznaczonego przestępstwa (por Nr 379)

Podobnie jak spisec, 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 niekto



rych zbrodniach (kradzieży, rabunku, podpalenia), za okoliczność, podnosząca ich kwalifikację kryminalną<sup>1</sup> Kodeks austriacki 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 (§ 167a)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Przy tem nawet nie używają one wyrazu szajka lecz wspominają tylko o stowarzyszeniu, obejmującym większą liczbę osób Patrz kod niem (§§ 243 I 6 250 I 2) Jako osobne przestępstwo traktuje szajkę kod chilijski z r 1889 art 292—295

<sup>2</sup> Co do kradzieży i rabunku to już okoliczność popełnienia tych zbrodni w towarzystwie choćby jednego tylko współnika 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 umowy, 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) uczynił pewnego poparcia sprawcy już po spełnieniu przez ten przestępstwa. Przypadki te nie mogą uchodzić za udział w odnosnym przestępstwie dlatego, że ani moralnie (brak poprzedniego porozumienia), ani materialnie<sup>1</sup>, nieczem się nie przyczyniły do jego przyścia do skutku. Pierwszy zwrócił na to baczną uwagę kryminalista włoski Nani (*Principi di giurisprudenza criminale*, 1812), a dzisiaj jest już regułą powszechnie przyjętą, że podobne przypadki podlegać mogą karze tylko, jako osobne przestępstwa<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Co do warunków, pod któremi zaniechanie jakiegoś działania może znaleźć się w związku przyczynowym ze skutkiem który nie byłby powstał w razie spełnienia owego działania patrz wyżej Nr 184—189

<sup>2</sup> Dziś jeszcze kodeks rosyjski każe, jako udział w przestępstwie, przypadki, rozbiegane w tekście (art. 124. 125. 126).

**383.** Regułę powyższą uznaje też kodeks austriacki (§ 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*)<sup>1</sup>.

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 inną pomoc, daną mu do ucieczki (§§ 220. 221). Przypadki te, stosownie do okoliczności, posiadają kwalifikację zbrodni (§§ 214—221), lub przekroczenia (§ 307)<sup>2</sup>.

c) Ułatwianie sprawcy korzystania z owoców popełnionego przestępstwa, a mianowicie ukrywanie, nabywanie lub puszczenie w dalszy obrót rzeczy, przez osobę, której wiadomo, że pochodzą one z kradzieży, przemieszczenia lub rabunku (§§ 185—187. 196. 464—466). Jest to tak zwane w kodeksie austriackim uczestnictwo a właściwiej uczestniczenie (*Theilnehmung*) w kradzieży, przemieszczeniu lub rabunku. Uczestniczenie to tem się tylko wyróżnia od udziału (*Theilnahme*) w powyższych przestępstwach, że ma miejsce bez poprzedniego porozumienia ze sprawcą. Uczestniczenie w rabunku stanowi zawsze zbrodnię (§ 196), a uczestniczenie w kradzieży lub przemieszczeniu otrzymuje, stosownie do okoliczności, charakter zbrodni (§§ 185—187) lub przekroczenia (§§ 464—466)<sup>3</sup>.

Dokładny rozbiór wymienionych wyżej przestępstw należy do wykładu części szczególnej prawa karnego.

<sup>1</sup> Tylko wyjątkowo, złośliwe zaniechanie przeszkodzenia zbrodni stanowi w prawie austriackiem współwinę w jej dokonaniu, odnośnie do zdrady głównej z § 60, szpiegostwa z § 67, werbunku nieuprawnionego z § 92 i traktowania człowieka, jako niewolnika z § 95 (patrz § 213 k. k.).

<sup>2</sup> Pomoc przez zatajenie uchodzi także, co do niektórych zbro-

dni, za współwinę w ich dokonaniu, a mianowicie, co do zdrady głównej, szpiegostwa i werbunku nieuprawnionego (§ 215).

<sup>3</sup> 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 części, 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.

## ROZDZIAŁ III.

### Przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne.

#### I. Przestępstwo pojedyncze i zbiorowe<sup>1</sup>.

##### § 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.

<sup>1</sup> 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* Przepięstwo złozone i ciągłe Przepięstwo nazywa się złozone (zusammengesetztes Verbrechen, delictum compositum) wtedy, gdy do jego składu istotnego wchodzi spełnienie przez jedną osobę conajmniej dwóch roznorodnych działań, które, lubo każde, z nich, osobno wzięte, stanowiłoby samodzielne przepięstwo odrębnego rodzaju, mają, w swoim połączeniu, wytwarzać z woli ustawodawcy jedno tylko przepięstwo, 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 <sup>1</sup>

Przez przepięstwo ciągłe fortgesetztes Verbrechen, delictum continuatum) pojmujemy przypadek spełnienia przez jedną osobę kilku jednorodnych działań, które, — lubo każde z nich, osobno wzięte, stanowiłoby samodzielne przepięstwo tego samego rodzaju, — mają, w swoim połączeniu, wytwarzać z woli ustawodawcy jedno tylko przepięstwo, a to z powodu, że sprawca je spełnił w urzeczywistnieniu jednego tylko zamiaru przestępnego <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Np. przepięstwem złozone 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)

<sup>2</sup> Ciągłym będzie przepięstwo lokaja, który, powziawszy zamiar, okradania co wieczor swego pana przy jego rozbieraniu, systematycznie urzeczywistnia ten zamiar przez cały miesiąc — Z dzieł traktujących specjalnie o przepięstwie ciągłym 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 Faibacher *Der Begriff des sog fortgesetzten Verbrechens und seine juristischen Konsequenzen, insbes Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem“*, 1897 Po polsku, patrz Budzinski *O zbiegu przestępstw i przestępstwach ciągłych*, 1864 Patrz także literaturę w przedmiocie zbiegu przestępstw (Nr 391 dop 1)

**386.** Jak widzimy, to różnica między przestępstwem złożonym a ciągiem uwydatnia się w dwóch następujących punktach istotnych

a) Przy przestępstwie złożonym, zachodzi spełnienie kilku różnorodnych, przy przestępstwie ciągiem — kilku jednorodnych działań przestępnych

b) Przyczyna, dla której owe kilka działań uważa się za jedno przestępstwo, tkwi, przy przestępstwie złożonym, w tożsamości postanowienia i jedności zbiorowej złego zamiaru, a, przy przestępstwie ciągiem — w tożsamości zamiaru przestępnego sprawcy

**387.** W bliskim pokrewieństwie z przestępstwem ciągiem znajduje się przestępstwo, w skład którego oprócz działania przestępnego, wchodzi zachowanie przez dłuższy czas wytworzonego przez nie stanu rzeczy. Przestępstwa takie nazywają się trwałymi (*fortdauernde Verbrechen*), np. bezprawne ścieszenie wolności osobistej człowieka, jako przestępstwo, złożone z osadzenia człowieka w miejscu zamkniętem i niewypuszczenia go stamtąd przez jakiś czas (§ 93 k k)

**388. B** Przestępstwo z narowu i z rzemioła<sup>1</sup> 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, ze ich znaczenie, jako osobnych przestępstw, zaciera się niejako, wobec tego bez porównania donioslejszego ich charakteru, który polega na tem, że z nich widac, iż u ich sprawcy rosnie coraz bardziej skłonność, do popełniania przestępstw pewnego oznaczonego rodzaju. Tę skłonność uważa się za szczególnie niebezpieczną dla społeczeństwa i z tego powodu byłoby rzeczą wskazaną, aby, przy przestępstwie z narowu, sędzia mógł dopasować karę raczej do owej skłonności, niż do mniejszej lub większej liczby pojedynczych przestępstw<sup>2</sup>

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 stałym swoim zajęciem.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Względem przestępców nałogowych, byłyby mianowicie na miejscu t. zw. nieoznaczone wyroki karne (*indeterminate sentences*), na mocy których specjalnie 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 instytucji, 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 instytucji należą Wach: *Die Reform der Freiheitsstrafe*, 1890, str. 38. Gautier: *Pour et contre les peines indéterminées* (*Revue pénale suisse*, 1893).

**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, policja 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.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 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: Döchow, Schütze (p. 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 austriackiemu znane jest pojęcie tak przestępstwa z narowu, jak przestępstwa z rzemiosła.

Naró w 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 surowszą karą na przypadek, gdy sprawca w zwyczaj je u siebie wprowadził, np. oszustwo (§ 303) 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 nieprawego wykonywania sztuki lekarskiej lub chirurgicznej (§ 343) i nierządu (§ 5 ustawy z 24 maja 1885. Dz. u. p. 89).

## II. Zbieg przestępstw (*concursum delictorum, Verbrechenconcurrentenz*).<sup>1</sup>

### § 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 teoria żądała, oprócz tego, dla tego pojęcia, aby wszystkie przestępstwa odnośnej osoby były przedmiotem tego samego postępowania karnego i wyroku<sup>2</sup>.

Kodeks karny austriacki hołdował jeszcze powyższemu pogładowi (§§ 34. 267), ale zerwała z nim już w Austrii 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 znaleźć zastosowanie do przypadku, w którym, już po zapadnięciu przeciwko oskarżonemu wyroku skazującego, wyjdzie na jaw, że przed wydaniem powyższego wyroku, ten sam oskarżony popełnił inne jeszcze przestępstwo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Feuerbach: *Lehrbuch* (wyd. 14), str. 211—231; Sander: *Betrachtungen über die Concurrentenz von Verbrechen* (*Archiv des Kriminalrechtes*, 1836, str. 266 i nast.; Kostlin: *Neue Revision*, 1845, str. 873—895, tenże: *System*, 1855, I, str. 533—571; Halschner: *System*, 1858, I, str. 499—529; tenże: *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, str. 653—692; John: *Beiträge zu der Lehre von der Verbrechen-Concurrentenz* (*Goldtdam. Archiv*, 1855, str. 497 i nast.; 620 i nast.); tenże: *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechen-Concurrentenz*, 1860; Merkel: *Die Strafanwendung beim Zusammenfluss von Verbrechen* (*w Holtzendorffa Handbuch*, Bd. 11, str. 573—584); tenże: *Die Strafanwendung durch den Richter* (tamże, Bd. IV, str. 225 i nast.), Geyer: *Beitrag zu der Lehre von der Concurrentenz der Verbrechen* (*Gerichtssaal*, 1861, str. 43—66); tenże *Konkurrenz oder Zusammentreffen von Verbrechen* (*w Holtzendorffa Rechtslexikon*, Bd. II, artykuł *Konkurrenz*); Rosenblatt: *Die Strafenconcurrentenz*. 1879, Thomsen (*Gerichts-*



saal, 1879); Buri (tamże, 1879, *Beilagenheft*); Teichmann (tamże, 1880); Bischoff (tamże, 1881); Habermaas: *Die ideale Konkurrenz der Delicte*, 1882, Schutze (w *Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft*, 1883); Schwarze (w *Gerichtssaal Bd. 34*, 1882—1883); Karcher (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. Grunhuta XIII*, 1886). Heinemann: *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*, 1892. Wachenfeld: *Theorie der Verbrechenskonkurrenz*, 1893. Schreuer: *Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten*, 1896. Thomas: *Ueber das Wesen der idealen Konkurrenz*, 1897. Jakobs: *Die Idealkonkurrenz*, 1897. 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 austriackiej*, 1897.

<sup>2</sup> Przeciwno temu wymaganiu, które dzięki powadze Feuerbacha, długo utrzymywało się w nauce, pierwszy wystąpił John (1855).

<sup>3</sup> Patrz także §§ 57, 53, 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 teorii, jak z punktu widzenia prawa austriackiego, znaczenie istotne dla pojęcia zbiegu przestępstw posiadają tylko dwa następujące warunki:

1) Popełnienie przez jedną osobę kilku całkiem samodzielných 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 przestęp-

stwo, którego znamiona podchodzą pod pojęcie różnych przestępstw, przewidzianych przez ustawę karną (zbieg a raczej kolizya przepisów ustawy, *Gesetzesconcurrrenz*) Przypadki tego ostatniego rodzaju znajdują się w najbliższym związku z t zw. zbiegiem przestępstw jednoczynowym 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 (*Strafenconcurrrenz*) w tym przypadku<sup>1</sup>, 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*), tj przypadku popełnienia nowego przestępstwa przez osobę, raz już karaną sądownie za poprzednie przestępstwo.

<sup>1</sup> Mowimy 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 Concurrrenz*) odpowiednio do tego, czy zachodzi między przestępstwami tego samego lub różnego rodzaju, tudzież może być wieloczynowy lub jednoczynowy (*emthattliche und mehrthatliche Concurrrenz*) odpowiednio do tego, czy jest owocem kilku samodzielných zamiarów i postanowien przestępnych; czy też jest dziełem kilku samodzielných zamiarów przestępnych, a jednego tylko postanowienia. Oczywiście, że zarówno zbieg przestępstw wieloczynowy, jak jednoczynowy, przybrać może postać zbiegu jednorodnego lub różnorodnego<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Przykłady *A*, Piotr dopuścił się równocześnie trzech kradzieży (zbieg wieloczynowy jednorodny) *B* Piotr dopuścił się równocześnie trzech przestępstw, z których jedno było kradzieżą, drugie zabojstwem a trzecie oszustwem (zbieg wie-

loczynowy różnorodny) — *C* Piotr powziął zamiar pozabawienia życia Pawła i Jana, postanowił urzeczywistnić ten zamiar zapomocą jednego czynu, a mianowicie zatrucia potrawy, przeznaczonej dla ich obu i przez spełnienie tego czynu wywołał śmierć Pawła i Jana (zbieg jednoczynowy jednorodny) *D* Piotr powziął zamiar *a*) pozabawienia życia całkiem sparalizowanego 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<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>. Z uwagi na to, autorowie ci uważają t. zw. zbieg idealny tylko za przypadek rzeczywistego zbiegu ustaw, przypadek ten 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<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Zbieg wieloczynowy zaś bywa także nazywany realnym lub materialnym.

<sup>2</sup> Do przeciwników zbiegu przestępstw jednoczynowego należą w szczególności Budziński *Wykład*, Nr 226, Liszt *Lehrb.* § 56, str. 245, wyd. 1898), Hiller, Heinemann, Wachenfeld, Makajewicz (patrz co do tytułów Nr 391, dop. 1), Rathenau (p. Nr. 385, dop. 2).

<sup>3</sup> W razie, gdyby między ustawami, odnoszącymi 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 naszego przekonania. Sądźmy 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 materialną, ale i moralną przyczyną pewnego skutku przestępnego, zdoła nadać temu działaniu wobec prawa kwalifikację tego lub innego przestępstwa. Tem się też tłumaczy, 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, zdaniem naszym, 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, omawianymi tutaj kategoriami, polega na tem, że, przy przestępstwie złożonym i ciągłym, 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 kolizji 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 kategorie 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 przeniewierzenia w urzędzie z § 181 k. k. i nadużycia władzy urzędowej z § 101 k. k. Z tych dwóch przestępstw jednak, przeniewierzenie 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 kwalifikację dzieciobójstwa z § 139. We wszystkich przypadkach podobnego rodzaju niema zbiegu przestępstw jednoczynowego, lecz zachodzi tylko kolizja między kilku przepisami ustawy. Kolizję tę oczywiście będzie musiał

sędzieu usunąć na rzecz tego przepisu, który będzie uwzględniał najbardziej wyczerpująco całą treść kryminalną odnośnego czynu<sup>1</sup>.

b) *Wśród kilku przestępstw, których znamiona właściwe są jednemu czynowi, niema takiego, którego istota wyczerpywałaby całą treść kryminalną tego czynu.* Np. Piotr podkłada ogień pod dom Pawła w zamiarze wzniesienia 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 kolizję ustaw, lecz zbieg przestępstw jednoczynowy<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> W myśl tej zasady, ustawa, odnosząca się do danego czynu, z uwagi na pewien specjalny 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 Schutze (*Lehrb.* str. 194). To ostatnie zapatrywanie uważaliśmy dawniej

za słuszne (patrz. 1sze wyd. naszego *Wykładu prawa karn.* II. Nr. 738), dziś jednak przyznajemy chętnie, że nie odznacza się ono trafnością. Specjalnie o kolizji ustaw traktuje Pflaum: *Ueber Gesetzeskonkurrenz auf dem Gebiete des Strafr.* 1898.

<sup>2)</sup> Już Matthaeus (*De criminibus*, 1644. str. 891) miał jasne pojęcie o stosunku między zbiegiem przestępstw jednoczynowym a kolizją 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 austriacki mówi o zbiegu przestępstw w §§ 34, 35 i 267, uznając go za możliwy nie tylko między samymi 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 austriackiemu ma być obce pojęcie zbiegu przestępstw jednoczynowego. Podobne zapatrywanie<sup>1</sup> musielibyśmy uznać za niezgodne z interpretacją tak a) gramatyczną, jak b) historyczną i c) dogmatyczną §§ 34 i 267 k. k.

<sup>1</sup> 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.* Grunhuta, 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 jedną kową słusznością zarówno do zbiegu przestępstw, będących owocem kilku działań naturalnych, jak do zbiegu przestępstw, będących wytworem jednego tylko działania naturalnego.

*ad b).* W drodze interpretacji historycznej można łatwo się przekonać, że prawo austriackie, 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 konstrukcją 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 Missethaten schuldig* (§ 15). Każdy przyzna, że gramatycznie wyrazy *unterschiedbare* i *unter sich verschiedene* możnaby z jaką taką słusznością interpretować przeciwko zbiegowi jednoczynowemu<sup>1</sup>. W następnych kodeksach jednak, z r. 1896 (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, za pomocą tego nowego tekstu, ustawodawca austriacki 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 austriackiem 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 interpretacją dogmatyczną §§ 34 i 267 k. k., zwróćmy na to uwagę, że ustawodawca austriacki 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 Gesetzesübertretungen schon in der anderen enthalten ist*“ (§ 100)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> A jednak pomimo to Banniza utrzymywał stanowczo, iż zbieg jednoczynowy nie jest w niezgodzie z konstytucją Terezyańską. Patrz tego autora *Delineatio iuris criminalis secundum constitutionem Carolinam ac Theresianam*, 1773, I. str. 118.

<sup>2</sup> Nasz pogląd na stanowisko kod. obowiązującego, wobec zbiegu jednoczynowego, ma za sobą powagę najwybitniejszych kryminalistów austriackich (Ienull, I. str. 208. wyd z r. 1837; Hye, ad §§ 34, 35, Herbst, ad § 35, Nr. 8, Janka: *Oesterr. Strafr.* § 76, Lammach: *Grundriss*, str. 38—39) i licznych orzeczeń Najw. Trybunału (Orzec. 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). — Wreszcie trzeba jeszcze zaznaczyć, że wszystkim projektom austr. znany jest zbieg jednoczynowy, a nawet, że proj. z r. 1867 wyraźnie przeciwstawia przypadek zbiegu jednoczynowego (§ 29) przypadkowi kolizyi ustaw (*Schein-Concurrenz*, § 30).

**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, według nas, 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 przy-

znać, że bezkarność zachęca do złego, i że, bądź co bądź, państwo jest temu winne, jeżeli człowiek czerpie z tego źródła podniechęć 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 kumulacji 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 innymi.

Naszem zdaniem 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 zbytucznej kategorii, i do zastąpienia go o wiele praktyczniejszem pojęciem zbiegu kar. Zrozumieli to doskonale i poszli też tą drogą Geyer i Rosenblatt<sup>1</sup>. Dla nas 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.

<sup>1</sup> Geyer: *Konkurrenz oder Zusammentreffen von Verbrechen* (*Holtzendorffa Rechtslexicon*. II. lt. k.). Rosenblatt: *Die Strafenconcurrrenz*, 1879. Także Halschner: *Strafr.* I. str. 653.

### III. Przestępstwo powrotne (iteratio delicti, Rückfall)<sup>1</sup>.

#### § 86.

400. Przestępstwo nazywa się powrotnem, w najobszerniejszem rozumieniu tego pojęcia, wtenczas, jeżeli

jego sprawca był już, przed jego popełnieniem, ukarany sądownie za jakiegokolwiek przestępstwo. W tak szerokich granicach, recydywa nazywa się bezwzględna (*récidive absolue*) i z pewnemi zastrzeżeniami znajduje uznanie w prawie francuskim (art. 56—58. 483 *Code pénal*) i rosyjskiem (art. 131 k. k. ros.)<sup>2</sup>.

W przeciwstawieniu do powyższej charakterystyki recydywy, pojęcie to, w swoim 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, wobec pojęcia przestępstwa powrotnego, kodeks austriacki. 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 przemieszczenie lub rabunek<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Munchhausen: *Die Strafbarkeit des Rückfalls* 1870; Friedlander: *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 zaplanował 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.*, N. 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 przedmiocie recydywy, a to w kierunku surowszej represyi (ustawy z 27 maja 1885 i z 26 marca 1891) i skuteczniejszej prewencji (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.

<sup>2</sup> Między recydywą, według prawa francuskiego, a recydywą, w myśl innych ustawodawstw (austriackiego, niemieckiego, rosyjskiego), zachodzi jeszcze ta różnica, że tam, dla pojęcia przestępstwa powrotnego, wystarcza już poprzednie skazanie na karę, tu zaś trzeba, aby sprawca już poniósł poprzednią karę (§§ 44 c. 263 b. k. austr.).

**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. Niema w tem bynajmniej naruszenia reguły »*non bis in idem*«<sup>1</sup>. Karząc bowiem surowiej sprawcę przestępstwa powrotnego, ustawa nie bierze poraz drugi w rachubę czynu, za który tenże już poniósł zasłużoną karę, lecz uwzględnia tylko specjalny charakter jego ponownej winy i na tej podstawie pociąga go do surowszej odpowiedzialności.

Rozbiór pytania, jaki wpływ ma wywierać recydywa

na kwalifikację kryminalną odnośnego przestępstwa, należy do Nauki o karze, od której wykładu zamierzamy rozpocząć tom II niniejszego dzieła. W tymże tomie umieścimy także część szczególną prawa karnego.

<sup>1</sup> W Niemczech niejednokrotnie podnosiły się w nauce głosy, z tym całkiem nieuzasadnionym zarzutem, że, karząc surowiej za przestępstwo powrotne, ustawodawca poczytuje poraż drugi jego sprawcy za winę jego poprzednie przestępstwo. Patrz Mittermaier: (ad § 132 *Fenerbacha 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 poszły też projekty austriackie.