ZARYS

OGÓLNYCH INSTYTUCYI PRAWA KARNEGO



NAPISAŁ

Dr EDMUND KRZYMUSKI

PROF. UNIW. JAGIELL.





1123

ZAKŁAD PRAWA KARNEGO
UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO

V. 1124.

Dział IX.

KRAKÓW

KSIĘGARNIA LEONA FROMMERA

1918.

Wydz. Bibl. Prawnicza
1806182137

WYT
03/01/15 8° 24
XV - 1918 - 1677
1373
II

Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego, pod zarządem J. Filipowskiego.

SPIS RZECZY.

Str.

Przedmowa VII
Wyjaśnienie skróconych cytat IX

Wiadomości wstępne.

Rozdział I. Znaczenie prawa karnego i jego stosunek do innych instytucyj prawa 3
Rozdział II. Podstawy prawa karnego 5
Oddział I. Podstawy filozoficzne (Teorje karne) 6
Oddział II. Podstawy historyczne 14
Rozdział III. Nauka prawa karnego 18
Rozdział IV. Prawo karne austrjackie 24

Część ogólna.

DZIAŁ I.

Nauka o przestępstwie.

Tytuł I. Pojęcie przestępstwa, jego istota i jego stosunek do innych pokrewnych mu pojęć 33
Tytuł II. Rozbiór szczegółowy czterech pierwiastków, wytwarzających istotę przestępstwa 36
Rozdział I. Czyn zewnętrzny 36
1. Czyn wewnętrzny a zewnętrzny. Czyny zwiastujące a urzeczywistniające. Dopuszczenia a zaniechania 36
2. Czyn zewnętrzny a skutek przestępny. Przestępstwa formalne, materjalne i formalno-materjalne 38
3. Związek przyczynowy 39
4. Czas i miejse spełnienia przestępstwa 43
Rozdział II. Działanie bezprawne 44
I. Bezprawie kryminalne a cywilne 44
II. Bliższy rozbiór przykazań prawa. Bezprawie policyjne. Warunkowość i normalność przykazań prawa 48
III. Okoliczności wyłączające bezprawność działań skądinąd przestępnych (Lex specialis — rozkaz przełożonego) 50

Str.
1. Szczególne upoważnienia prawne 51
2. Obrona konieczna 52
3. Wyższa konieczność 56
4. Zgoda pokrzywdzonego 59
Rozdział III. Działanie podpadające pod ustawę karną 61
I. Ustawa karna a normy, które narusza przestępca. Różne typy nakazu zawartego w ustawie karnej 61
II. Przestępstwo, jako bezprawie, rodzące dla państwa prawo karne podmiotowe. Różne typy przestępstw 63
III. Zbrodnie, występki i przekroczenia kodeksu austrjackiego . . . 66
IV. Przestępstwa a wykroczenia dyscyplinarne, domowe i szkolne . 67
V. Zakres działania ustawy karnej 68
1. Co do czasu 68
2. Co do miejsca 71
3. Co do osób 72
A. Przestępstwa popełnione w kraju 73
B. Przestępstwa popełnione zagranicą 75
VI. O wykładaniu ustawy karnej (interpretacja i analogja) . . . 78
Rozdział IV. Działanie zawinione. Nauka o poczytaniu 79
I. Wina i poczytanie. Poczytalność sprawcy i przypisalność czynu 79
II. Rodzaje i stopnie winy 82
A. Wina umyślna 82
B. Wina nieumyślna 90
III. Okoliczności, wyłączające poczytanie winy 92
A. Stany niepoczytalności kryminalnej sprawcy 92
1. Niedojrzałość umysłu 93
2. Zaburzenia umysłu 95
3. Choroby umysłowe 97
B. Okoliczności wykluczające przypisalność czynu. 1) Przymus 2) Przypadek. 3) Błąd 98
IV. Zbieg winy umyślnej i nieumyślnej, względnie zbieg winy i przypadku. *Error in objecto vel in persona — aberratio actus* . . . 102
Tytuł III. O postaciach zasadniczych przestępstwa 104
Rozdział I. Dokonanie i usiłowanie 105
Rozdział II. Udział w przestępstwie 118
Rozdział III. Przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne 131

DZIAŁ II.

Nauka o karze.

Tytuł I. O środkach karnych 139
Rozdział I. O znaczeniu, kwalifikacji prawnej i rodzajach środków karnych 139
Rozdział II. Bliższy rozbiór środków karnych ze względu na charakter dobra niemi dotkniętego 142
I. Kara śmierci 142
II. Kara cielesna 144

Str.
III. Kara pozbawienia wolności 145
IV. Kara majątkowa 152
V. Kara ubytku w zakresie uprawnień 153
VI. Uszczuplenie czci 153
Rozdział III. System środków karnych prawa austrjackiego 155
I. Kary główne 155
II. Kary dodatkowe 164
III. Skutki karne 170
Tytuł II. O wymiarze kary 174
Rozdział I. Pojęcie i różne formy wymiaru kary 174
I. Wogóle. Formy zwyczajne i nadzwyczajne. Zasądzenie warunkowe. Wyroki karne nieoznaczone 174
II. Według prawa austrjackiego 177
Rozdział II. Wymiar kary w przypadkach zbiegu przestępstw, zbiegu kar i przestępstwa powrotnego 181
Tytuł III. O umorzeniu kary 186
I. Wogóle 185
II. Odcierpienie kary 187
III. Śmierć przestępcy 188
IV. Przedawnienie 189
1. Przedawnienie śledztwa 189
2. Przedawnienie wyroku 195
V. Darowanie kary 195
1. Ułaskawienie 196
2. Pojednanie się przestępcy z pokrzywdzonym 199
VI. Czynny żal 200
Tytuł IV. Zatarcie kary czyli rehabilitacja 200

Dodatki.

A. Środki ochronne i ich stosunek do kary ze stanowiska mojego Projektu Kod. karnego polskiego 207
B. O projektowanej reformie prawa karnego w odniesieniu do przestępców młodocianych 209

PRZEDMOWA.

Trzecie wydanie mego dwutomowego dzieła p. t. Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austrjackiego (1911) już się całkiem wyczerpało. Młodzież prawnicza znalazła się wskutek tego bez pomocy książkowej do egzaminów.

Pomimo to jednak czwarte wydanie powyższego dzieła nie byłoby teraz na miejscu. Temu bowiem stanęłyby na przeszkodzie i wywołane wojną zbyt ciężkie warunki druku i nowa radośna era dla naszej Ojczyzny, każąca się spodziewać, że panowanie ustaw austrjackich w granicach Państwa Polskiego dobiega już chyba do końca.

Ze względu na pierwszą trudność, musiałem nie jeden z moich dawnych o wiele szerszych wywodów teoretycznych sprowadzić do skromniejszej miary. Z uwagi na drugą zapowiedź, musiałem poprzestać na wydaniu pierwszej t. j. ogólnej części prawa karnego, jako tej, która, traktując, ze stanowiska filozoficznego i historycznego, o pojęciach przestępstwa i kary, i podając konstrukcję naukową całego systemu powiązanych z niemi kwestyj, ma wartość teoretyczną najmniej zależną od zmian ustawodawczych. To, czego ona uczy, służyć musi za podstawę i drogowskaz dla wszelkich prac kodyfikacyjnych.

Tym sposobem, zamiast czwartego wydania mego dawnego dzieła, ogłaszam osobną książkę p. t. Zarys ogólnych instytucji prawa karnego.

W Krakowie, dn. 30 października 1918.

E. K.

Wyjaśnienie skróconych cytat.

Binding. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. I. Bd. und II. Bd. 1. Abt. (2. Aufl.); II. Bd. 2. Abt. (1. Aufl.). Leipzig.

Binding: Normen. Die Normen und ihre Uebertretung. I. Bd. 1. Aufl. 1872; 2. Aufl. 1890; II. Bd. 1877. Leipzig.

Budziński. Wykład porównawczy prawa karnego. Warszawa 1868.

C. C. C. Constitutio criminalis Carolina (1532).

D. K. N. Dekret Kancelarji Nadwornej.

Feuerbach: Lehrbuch. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gütligen peinlichen Rechts (1880).

Feuerbach: Revision. Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts (1799. 1800).

Finger. Das österreichische Strafrecht (3. Aufl.) I. Bd. 1912. II. Bd. 1914. Berlin.

Geyer: Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen. 1852.

G. S. (jeżeli z tekstu widać, że chodzi o pracę niemiecką, np. na str. 202). Der Gerichtssal. Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozessrecht.

G. S. (jeżeli z tekstu widać, że chodzi o pracę polską, np. na str. 128) Warszawska Gazeta Sadowa.

G. Z. Wiedeńska *Allgemeine österr. Gerichtszeitung.*

Herbst. Handbuch des allgemeinen österr. Strafrechts. 7. Aufl. I. Bd. 1882. II. Bd. 1884. Wien.

Hugo Meyer. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. neu bearbeitet von Allfeld. Leipzig, 1911.

Hye. Des österreichischen Strafgesetzes allgemeiner Teil (§§ 1—57) erläutert von dr. A. v. Hye-Glunek. Wien, 1855.

I. K. N. Internationale Kriminalistische Vereinigung, którego założycielami w r. 1889 byli Prins, Hammel i Liszt.

Janka. Das österreichische Strafrecht. 4. Aufl. ergänzt von Kallina, Prag, 1902.

Jennll. Das österreichische Criminalrecht nach seinen Gründen und seinem Geiste. 1. Aufl. 1808 i 1809. Cytowane według wyd. z r. 1837.

J. Ver. Bl. Justiz Verordnungsblatt.

K. k. Kodeks karny austrjacki z 27. maja 1852.

Lammasch. Grundriss des Strafrechts. 4 Aufl. Leipzig, 1911.

Liszt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Berlin, 1908.

Lw. P. Lwowski Przegląd prawa i administracji.

N. T. Najwyższy Trybunał w Wiedniu.

O. S. K. zb. nr. Orzeczenia Sądu Kasacyjnego w Wiedniu, wydawane przez Allgemeine öster. Gerichtszeitung p. t. Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. Obersten Kassationshofes. Dawna serja (17 tomów) nr. 1—2268; druga serja od nr. 2269.

O. S. K. zb. Gl. Orzeczenia Sądu Kasacyjnego według wydania p. t. Sammlung strafr. Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- und Kassationshofes auf Veranstaltung von Julius Glaser, herausgegeben von Adler, Krall und Walther (sięga do r. 1871). 3 tomy. Wien, 1873.

P. K. Ustawa austrjacka o postępowaniu karnem z 23 maja 1873.

Pat. Publ. Patent Cesarski z 27 maja 1852 (*Kundmachungspatent*), obwieszczający Ustawę Karną Powszechną z 27 maja 1852.

R. P. Rada Państwa Austrjacka.

S. K. Sejm Krajowy.

Stooss. Lehrbuch des österr. Strafrechts. 2. Aufl. Wien, 1913.

Z. L. Czasopismo Liszta p. t. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (od r. 1881). Berlin.

Z. Löfl. Czasopismo Löfflera p. t. Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht (od r. 1910). Wien.

§§ cytowane bez oznaczenia ustawy odnoszą się zawsze do Kodeksu karnego austr. czyli do Ustawy karnej powszechnej z 27 maja 1852.

OMYŁKI.

Str.	wiersz	zamiast	czytaj
20.	8 od dołu	książk	książki
38.	5 od góry	sticto	stricto
59.	6 od dołu	iniura	iniuria
61.	17 od góry	38	338
83.	11 «	aż do skrystalizowania się na zewnątrz	aż do skrystalizowania się na zewnątrz w postaci przestępstwa dokonanego
102.	2 od dołu	usłowanej	usiłowanej
110.	7 »	Powstało	Pozostało
127.	7 »	nawawiał	namawiał
132.	9 od góry	fortwirken — des	fortwirkendes
161.	13 «	in einem	an einem
169.	18 od dołu	bo wtedy	to wtedy

Oprócz tego wyjaśniam, że zamiast zacytowanej na str. 98. dop. 1. książki p. t. Wachholz: *Podręcznik medycyny sądowej* 1898, należy podać tegoż autora nowe, świeżo wydane dzieło p. t. *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich.* 1918.

WIADOMOŚCI WSTĘPNE

ROZDZIAŁ I.

Znaczenie prawa karnego i jego stosunek do niektórych innych bliżej z niem spokrewnionych instytucyj prawa.

§ 1.

1. Prawem karnem nazywa się ogół przepisów prawnych, normujących stanowisko władzy karzącej państwa wobec obywateli (p r. k. p r z e d m i o t o w e, *norma puniendi*), tudzież ogół na przepisach tych opartych upoważnień i obowiązków odnośnych osób (p r. k. p o d m i o t o w e, *ius puniendi*).

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

Pierwsze pytanie odnosi się do przestępstwa, drugie do kary. Przestępstwo i kara, tudzież mający zachodzić między niemi stosunek prawny — oto przedmiot, którego unormowanie stanowi treść prawa karnego.

2. Nie wszystkie postępki, zasługujące na karę, kwalifikują się do tego, aby miały podlegać władzy karzącej państwa. Niektóre z nich bowiem tem się odznaczają, że w dobrze zrozumianym interesie życia społecznego, karcić należy ich sprawców tylko w drodze dyscyplinarnej. Władza dyscyplinarna służyć może zarówno pewnym osobom fizycznym lub korporacyom, znajdującym się pod panowaniem państwa (rodzice, opiekunowie, służbodawcy, izby adwokackie i lekarskie) jak i samemu państwu, w odniesieniu do jego urzędników lub sług.

Przepisy prawne, normujące władzę dyscyplinarną tak państwa, jak owych innych, wspomnianych wyżej osób fizycznych lub korporacyj, nie należą do systemu prawa karnego. To ostatnie tyczy się wyłącznie władzy karzącej, która służy państwu, jako stróżowi porządku prawnego społeczeństwa, w odniesieniu do przestępstw.

3. Prócz podziału prawa karnego na przedmiotowe i podmiotowe (p. wyżej nr. 1), znany jest jeszcze jego podział na materyalne i formalne.

Materyalnem nazywa się prawo karne, które normuje samą treść, a więc niejako materyą stosunków, mających zawiązywać się między osobami, winnemi przestępstw, a władzą karzącą państwa.

Prawo karne formalne (zwane także procesowem) określa sposób, a więc niejako formę, w jakiej 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.

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

4. W ogólnym organizmie prawa miejsce dla prawa karnego znajduje się w ramach prawa politycznego administracyjnego w najobszerniejszem rozumieniu tego pojęcia. Wchodzi ono mianowicie do dziedziny sprawowania przez władzę państwową t. zw. pieczy prawnej *(Rechtspflege)*, t. j ochrony porządku prawnego społeczeństwa.

Ochrona ta przybiera charakter prewencyjny lub represyjny, stosownie do tego, czy chce zapobiegać naruszeniu porządku prawnego, czy też dąży do przywrócenia tego porządku w przypadkach jego naruszenia.

Funkcja prawa karnego jest w pierwszym rzędzie represyjna. Wprawdzie cel zapobiegania przestępstwom nie może być obcy prawu karnemu. Dążyć do tego celu jednak może prawo karne tylko w drodze odpowiedniej działalności represyjnej przeciwko osobom, które już się dopuściły przestępstw.

5. Pieczę prawną sprawują także prawo cywilne i policja.

a) Od prawa cywilnego tem się zasadniczo różni prawo karne, że gdy pierwsze urządza stosunki, których źródłem bezpośredniem jest wola prawa; to drugie urządza stosunki, których bezpośredniem

źródłem jest wola ludzka, buntująca się przeciwko prawu i znieważająca je do akcyi represyjnej (przestępstwa).

b) Działalność policyi w zakresie pieczy prawnej tem się istotnie różni od działalności prawa karnego, że jest zawsze tylko prewencyjną. W sprzeczności z tem nie znajduje się bynajmniej fakt, że policja ma sobie przyznaną władzę karania za niektóre lżejsze przekroczenia, tudzież, że powołana jest do przedsiębrania niektórych czynności z zakresu procesu karnego. W podobnych przypadkach bowiem policja właściwie wychodzi ze swoich ram i pomocniczo wkracza w sferę, przekazaną sądom karnym.

6. Zasługuje jeszcze na uwagę rola, którą w stosunku do prawa karnego spełnia polityka kryminalna. Uczy ona mianowicie, jaki użytek powinno czynić państwo z przyznanej mu przez prawo władzy karzącej, aby zapewnić społeczeństwu możliwie najskuteczniejszą ochronę od przestępstw.

Nie należy jednak brać za jedno stosunku polityki kryminalnej do prawa karnego z jej stosunkiem do kryminologii, o której to ostatniej kwestyi będzie mowa niżej, przy charakterystyce nauki prawa karnego.

ROZDZIAŁ II.

Podstawy prawa karnego.

§ 2.

7. Przez podstawy prawa karnego pojmujemy zasady, na których się ono opiera. Podstawy te przyjęto dzielić na filozoficzne i historyczne.

Podstawami filozoficznemi prawa karnego nazywają się zasady, któremi prawo to rządzić się powinno, aby stać się rozumną instytucją życia społecznego, inaczej mówiąc, aby utrzymać się w zgodzie z pewnemi postulatami, stawianemi przez mężów nauki, co do istoty, celu i tytułu prawnego kary *(fines poenarum, argumenta iuris puniendi)*. Wykłady systematyczne tych podstaw noszą powszechnie nazwę teoryj karnych.

Podstawami historycznemi prawa karnego nazywają się zasady, któremi prawo to rządziło się rzeczywiście w swojej ewolucyi dziejowej, u różnych narodów i w różnych okresach czasu.

ODDZIAŁ I.

Podstawy filozoficzne prawa karnego (teorje karne).

§ 3.

8. Rozumowania na temat uzasadnienia filozoficznego kary spotykamy zarówno u wielkich mistrzów filozofii greckiej (Platon, Arystoteles), jak później, w wiekach średnich, w pismach św. Augustyna, św. Tomasza z Akwinu i wielu innych Ojców Kościoła. U pierwszych górowała myśl, że kara powinna nietyle występować przeciwko już popełnionym przestępstwom, ile dążyć do zapobiegania im na przyszłość. U drugich, kara — to przedewszystkiem narzędzie pokuty, to środek, mający przywrócić grzesznikowi utraconą łaskę Bożą.

Słusznie jednak za pierwszą, całkiem systematycznie zbudowaną teorją karną, uchodzi powszechnie dopiero pogląd Grocjusza *(De iure belli ac pacis*, 1625).

9. Grocjusz odróżnia karę idealną i karę, jako narzędzie sprawiedliwości społecznej.

Pierwsza kara jest bezwzględna t. j. czerpie swoje usprawiedliwienie tylko z faktu popełnienia przestępstwa i stopnia winy jego sprawcy *(meritum)*. Uskarżać się na nią nie może nawet ten ostatni, gdyż »*qui directe vult peccare, per consequentiam et poenam mereri voluerit*«. Wymiar takiej kary jednak służy tylko Bogu, gdyż dokładna ocena winy przestępcy usuwa się z pod sądu ludzkiego.

Inny charakter ma kara, jako narzędzie sprawiedliwości społecznej. *Meritum* już nie wystarcza, aby ją uzasadnić. Trzeba oprócz tego, aby mogła ona prowadzić do pewnych celów rozumnych. Za drugą więc podstawę filozoficzną tej kary uznaje Grocjusz jej pożyteczność *(utilitas)*.

10. Dalszy rozwój rozumowań filozoficznych o karze tem się odznacza, że myśliciele podzielili się na dwa przeciwne obozy, z których jeden przyjął za wyłączną podstawę kary jej słuszność, a drugi — jej pożyteczność. Pierwszemu poglądowi hołdują t. zw. teorje karne bezwzględne czyli odwetowe, a za drugim oświadczają się t. zw. teorje karne względne czyli utylitarne.

Znaleźli się jednak myśliciele, którzy pozostali wierni obu podstawom, wskazanym przez Grocjusza, utrzymując, że kara sprawiedliwa musi równocześnie okazać się i zasłużoną przez winowajcę

i pożyteczną dla społeczeństwa. Są to t. zw. teorje karne mieszane.

I. Teorje bezwzględne.

§ 4.

11. Teorje te opierają karę na konieczności odcierpienia przez sprawcę danego przestępstwa pewnej dolegliwości w odwecie za zło, które wyrządził przez to ostatnie. Między przestępstwem a karą zachodzi według nich związek przyczynowy, mocą którego pierwsze nie może nastąpić bez sprowadzenia drugiej. »*Quia peccatum est*« jest tu więc jedynem *argumentum iuris puniendi.*

Do tej kategorji należą cztery niżej podane teorje.

12. 1. Teorja odwetu moralnego Kanta (1724—1804), według którego to filozofa kara ma swoje źródło w nakazie kategorycznym powinności bezwzględnej. Państwo, karząc przestępcę, spełnia tylko jeden z obowiązków, wypływających z owego nakazu. Obowiązki te, według Kanta, tem się odznaczają, że możemy je spełniać tylko bezinteresownie, to znaczy, nie powodując się żadną inną pobudką, oprócz posłuszeństwa regułom, które je na nas nakładają. A więc i karę sądową będzie można uznać za sprawiedliwą tylko wtedy, gdy państwo wymierzy ją na przestępcę jedynie z poczucia obowiązku, a całkiem niezależnie od tej lub owej korzyści, którą mogłaby ona przynieść winowajcy lub społeczeństwu. Na taką karę i sam winowajca nie będzie mógł się uskarżać, bo będzie musiał widzieć w niej zło, które sam niejako, popełniwszy przestępstwo, rzucił sobie na kark. (*Kritik der prakt. Vernunft.* 1788. *Metaphysik der Sitten.* 1797).

13. 2. Teorja odwetu djalektycznego Hegla (1770—1831), wyprowadzająca związek przyczynowy między przestępstwem a karą z prawideł logiki. Ponieważ niezaprzeczoną prawdą jest, że prawo posiada byt rzeczywisty, przeto sprzeciwiałoby się to logice, chcieć uznawać za rzeczywisty także byt przestępstwa, jako negacji prawa. Nie co innego więc, jeno logika domaga się od państwa, aby negacji prawa, z jaką wystąpił przestępca, przeciwstawiło karę, jako negację popełnionego przezeń bezprawia. Tym sposobem kara, jako zaprzeczenie zaprzeczenia prawa, stanie się jego afirmacją i przez to samo już, jako postulat logiki, będzie musiała uchodzić za usprawiedliwioną. Nawet przestępca będzie musiał uznać racjonalność logiczną spotykającej go kary. Istotą rozumną bowiem, biorącą udział w wytworzeniu prawa, jest, według Hegla, każdy czło-

wiek i nie traci tego charakteru nawet w przypadku popełnienia choćby najcięższej zbrodni. (*Grundlinien der Rechtsphilosophie*, 1821).

14. 3. Teorja odwetu Bożego. Najwybitniejszym jej przedstawicielem był w Niemczech Juljusz Stahl. Państwo ma, z woli samego Boga, nałożony na siebie obowiązek bezwzględny karania przestępców. Obowiązek ten jest bezwzględny dlatego, że państwo karze nie w swojem imieniu, lecz jako pełnomocnik Boga. Bóg zaś żąda kary bezwarunkowo dla dobra samego przestępcy, aby dać mu możność odzyskania przez pokutę łaski Bożej. (*Rechtsphilosophie*, 1854).

15. 4. Teorja odwetu fizycznego. Tu zaliczam wszystkie poglądy, wychodzące z tego stanowiska, że związek przyczynowy między przestępstwem a karą jest koniecznością nie moralnego lecz fizycznego rzędu. Jak sprawca przestępstwa, znalazłszy się wśród odpowiednich warunków, musiał je popełnić; tak znów państwo, mając przed sobą przestępstwo, musi wystąpić przeciwko niemu z karą. Nie wchodzi tu więc w grę żadne przełamanie obowiązku moralnego po stronie przestępcy, ani także spełnianie przez państwo ciążącej na niem powinności moralnej. Wśród doktryn, wyznających tego rodzaju tezę, wymienić wypada, jako najsławniejsze, szkoły materjalisów, statystyków moralności (Quetelet) i t. zw. szkołę pozytywną prawa karnego we Włoszech w jej kierunku tak antropologicznym, jak socjologicznym (Lombroso, Ferri, Garofalo, Colajanni).

16. Krytyka teoryj bezwzględnych. Zasługują one na ten główny zarzut, że pozostawiają bez należytej odpowiedzi pytanie, dlaczego jest nieubłaganem wymaganiem etyki, logiki, Boga lub materji, aby przestępstwo ściągało na swojego sprawcę karę w postaci wyrządzenia mu z woli państwa pewnej dolegliwości.

II. Teorje utylitarne.

§ 5.

17. Kara, według tych poglądów, nie dlatego jest sprawiedliwa, że ten, kto ma ją ponieść, na nią zasłużył przez swoje przestępstwo, lecz dlatego, że jej wymierzenie na winowajcę może przynieść jakąś pożądaną korzyść. Poglądy te podciągnąć można pod trzy główne, podane niżej, typy, stosownie do tego, czyją to korzyść uważają za cel, mający usprawiedliwić karę.

18. 1. Teorje opierające karę na interesie państwa.

Tu należą teorje odstraszenia, zapobieżenia i obrony pośredniej.

a) Znane są dwie postaci teorji odstraszenia: starsza (Filangieri, 1752—1788) przez wykonanie kary, nowsza (Feuerbach, 1775—1833) przez zagrożenie karą czyli przez przymus psychologiczny. I jedna i druga uważa karę za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile potrafi odstraszać obywateli od przestępstw, t. j. budzić w nich uczucie, że jest dla nich rzeczą korzystniejszą powstrzymywać się od przestępstw, niż je popełniać. Podczas jednak gdy pierwsza zadowala się siłą odstraszającą samego wykonania kary, choćby winowajca, przed popełnieniem przestępstwa, nie wiedział, czy i jaka spotka go za nie kara; to druga szuka usprawiedliwienia wykonania kary w sile odstraszającej zagrożenia karą.

Przymus psychologiczny, wytworzony przez zagrożenie karą, ma, według Feuerbacha, dla uzasadnienia kary tę wysoką wartość że jest zawsze sprawiedliwy, gdyż sam przez się nie wyrządza nikomu żadnej krzywdy, oraz że potrafi usprawiedliwić wykonanie każdej, choćby najsurowszej kary. To ostatnie dlatego, że stawia każdego obywatela w tej sytuacji, że daje mu do wyboru dwie drogi, albo tę, która zabezpiecza od kary (powstrzymanie się od przestępstwa), albo tę, która do niej prowadzi (popełnienie przestępstwa).

19. b) Teorja zapobieżenia (Grolman[1]) tem się głównie różni od teorji odstraszenia, że w każdym przestępcy widzi osobę groźną dla porządku prawnego, bo wzniecającą obawę, że i w przyszłości naruszać go zechce. Karę uważa ona za usprawiedliwioną o tyle, o ile potrafi usunąć tę obawę, przez odebranie przestępcy bądź ochoty, bądź możności fizycznej dopuszczania się nowych przestępstw.

Pogląd ten Grolmana przyjęto też nazywać teorją zapobieżenia szczególnego, aby go odróżnić od szerszego poglądu filozofa angielskiego, Jeramiasza Benthama (1748—1832). Stanowisko jego, znane pod nazwą teorji zapobieżenia ogólnego i szczególnego, jest niejako połączeniem w jeden system zapatrywań Feuerbacha i Grolmana. Zagrożenie karą ma służyć za narzędzie zapobieżenia ogólnego, a jej wykonanie ma być środkiem zapobieżenia szczególnego.

[1] Ueber die Begründung des Strafrechts, 1799.

20. c) Teorja obrony pośredniej (Schulze[1], Martin[2]) widzi w przestępstwie nietyle krzywdę, już wyrządzoną państwu,

ile groźbę, że zostanie mu ona wyrządzona w przyszłości przez osłabienie powagi jego ustaw. Od tej to ostatniej krzywdy państwo ma prawo bronić się za pomocą kary. Karę więc będzie można uznać za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile okaże się zdolną do odparcia tej krzywdy, a to przez wzniecenie w każdym obywatelu przekonania, że nie może on, bez wyrządzenia szkody samemu sobie, naruszać ustaw państwa. Szczególnie licznych wyznawców ma teorja ta we Francji.

[1] Principien des bürgerlichen Rechts, 1813.
[2] Lehrbuch des deutschen gem. Criminalrechts, 1825.

21. 2. Teorje opierające karę na interesie przestępcy. Wśród nich najwybitniejszą jest teorja poprawy, uznająca za uzasadnioną tylko karę, zdolną do odrodzenia moralnego przestępcy, t. j. do obudzenia w nim poczucia obowiązku szanowania porządku prawnego społeczeństwa. Pogląd ten, którego najdzielniejszym wyznawcą był w Niemczech Röder[1]), przyjęto też nazywać teorją poprawy moralnej, aby go odróżnić od t. zw. teorji poprawy politycznej, stawiającej tylko ten postulat, aby kara sprawiedliwa potrafiła obudzić w przestępcy potrzebę szanowania porządku prawnego[2]). W tej ostatniej postaci teorja poprawy mało odbiega od teorji odstraszenia.

[1] Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe, 1846.
[2] Stelzer: Kritik über den Egger'schen Entwurf eines peinl. Gesetzbuchs für Schleswig-Holstein, 1822.

22. 3. Teorje, opierające karę na interesie naruszonego porządku prawnego. Tu należą w Niemczech poglądy Welckera[1] i Heppa[2]. Utrzymują oni, że karę godzi się uważać za sprawiedliwą tylko o tyle, o ile potrafi naprawić szkodę, którą przestępstwo wyrządziło porządkowi prawnemu społeczeństwa. Zadosyćuczynienie karne opiera się, według nich, na tej samej zasadzie, która służy za podstawę dla zadosyćuczynienia cywilnego. Różnica między niemi tkwi tylko w rodzaju szkody, domagającej się wynagrodzenia.

Z dwóch wymienionych wyżej autorów, Welcker widzi w szkodzie, którą przestępstwo wyrządza porządkowi prawnemu społeczeństwa, tylko straty moralne i żąda od kary sprawiedliwej, aby je w zupełności naprawiła *(Vergütungstheorie)*. Według Heppa zaś *(Theorie der bürgerlichen Gerechtigkeit)* krzywda moralna, płynąca z przestępstwa, nie dopuszcza dokładnego oszacowania, a obok

niej przestępstwo może także sprowadzać dla całego społeczeństwa dotkliwe straty materjalne (np. zamordowanie znakomitego męża stanu lub genialnego wynalazcy). Z uwagi na to Hepp, uznając wprawdzie, że za najsprawiedliwszą będzie mogła uchodzić tylko kara zdolna do naprawy całkowitej szkody, którą wyrządza przestępstwo, dodaje wszakże, że taką karę Bóg jeden mocen jest wymierzać, a państwo zdobyć się może tylko na karę względnie sprawiedliwą t. j. taką, którąby posiadała zdolność naprawiania choć w części szkody, wyrządzonej przez przestępcę porządkowi prawnemu społeczeństwa.

[1] Die letzten Gründe von Staat, Recht und Strafe, 1813.

[2] Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechts-Systeme, 1843 (2 wyd.)

23. Krytyka teoryj utylitarnych. Teorje utylitarne dwóch pierwszych typów (Nr 18—21) popadają w ten błąd zasadniczy, że przyjmują za podstawę kary nie krzywdę już wyrządzoną przez przestępstwo, lecz potrzebę osiągania za pomocą kary pewnych z naturą popełnionego przestępstwa nic wspólnego nie mających celów. Przestępstwo występuje z ich stanowiska nie tyle jako okoliczność, usprawiedliwiająca ukaranie jego sprawcy, ile jako okazja do tego, aby przez jego ukaranie czyto działać odstraszająco na umysły ludzkie (teorja odstraszenia), czyto zapobiegać recydywie ze strony przestępcy (t. zapobieżenia szczególnego), czyto niedopuszczać do osłabienia powagi ustaw (t. obrony pośredniej), czy też nareszcie uzdrowić moralnie przestępcę (t. poprawy). Otóż potrzeba osiągania każdego z tych celów może miarą swoją tak nieraz odbiegać od kalibru popełnionego przestępstwa, że kara, gdyby ją chciano ściśle dostosowywać tylko do tej potrzeby, musiałaby w niejednym przypadku popaść w zbyt rażący rozbrat ze sprawiedliwością. Np. z punktu widzenia teorji odstraszenia, wypadałoby, właściwie mówiąc, za najcięższe zbrodnie, które już samą swoją grozą bardziej odpychają (morderstwo, rabunek) karać mniej odstraszająco, a więc mniej surowo, niż za wiele innych bez porównania lżejszych, ale za to bardziej do siebie przyciągających przestępstw (cudzołóstwo, gry zakazane).

Teorja poprawy zasługuje nadto na ten jeszcze zarzut, że stawia usprawiedliwienie kary w moc samego przestępcy, bo przecież poprawa zależy tylko od jego dobrej lub złej woli. W historji jednak prawa karnego teorji tej należy się bardzo zaszczytna karta z tego powodu, że wpłynęła ona zbawiennie na reformę więzień,

przyczyniając się znakomicie do wywalczenia powszechnego uznania tej prawdzie, że, ze wszystkich celów rozumnych, do których powinna dążyć kara sprawiedliwa, poprawa przestępcy zasługuje na szczególne uwzględnienie.

Co się tyczy teoryj utylitarnych trzeciego typu (Nr. 22), to wprawdzie przyjmują one za podstawę kary krzywdę, już wyrządzoną przez przestępstwo, ale tem grzeszą, że żądają od kary sprawiedliwej nie tego, by znalazła się w równowadze z możliwie najtrafniejszą oceną tej krzywdy, lecz by okazała się zdolną do możliwie najzupełniejszej jej naprawy. Przeciwko temu ostatniemu zaś żądaniu należy zaznaczyć, że krzywda, którą wyrządza przestępstwo, tem się właśnie różni zasadniczo od krzywdy, płynącej z bezprawia cywilnego, że dopuszcza tylko odpłaty, lecz nie naprawy.

III. Teorje mieszane.

§ 6.

24. Teorje te, wracając do poglądu Grocjusza opierają usprawiedliwienie kary na jej *meritum* i *utilitas* (Nr. 9). Co do sposobu jednak, w jaki pojmują one połączenie idei odwetu z widokami utylitarnemi, podciągnąć je można pod dwa różne typy.

25. Według poglądu pierwszego typu, kara sprawiedliwa musi okazać się a) zasłużoną i b) pożyteczną. To znaczy, że w myśl tych poglądów, nie każda kara zasłużona, a więc sprawiedliwa w myśl idei odpłaty, będzie musiała także posiadać kwalifikację kary pożytecznej. Dopiero gdy będzie można jej przyznać i tę ostatnią kwalifikację, państwo czuć się będzie uprawnionem do jej wymierzenia. Najwięcej wyznawców pogląd ten znalazł we Francji [1], a jego myśl zasadniczą wyraził trafnie Herbart [2], mówiąc że »*die Möglichkeit gestraft zu werden*« jest wynikiem koniecznym popełnienia przestępstwa, lecz »*die Möglichkeit zu strafen*« zachodzi tylko pod warunkiem, iżby ją uzasadniały inne jeszcze postulaty etyki. W nowszych czasach najbardziej utylitarne zabarwienie otrzymał ten pogląd w Niemczech u Bara [3] (*Theorie der sittlichen Missbilligung*).

Ściśle biorąc teorje mieszane tego pierwszego typu każą decydować o uzasadnieniu kary raczej względom utylitarnym, niż postulatom sprawiedliwości. Tym ostatnim bowiem pozwalają one przychodzić do głosu tylko o tyle, o ile pierwsze będą się tego domagały.

[1] Rossi: *Traité de droit pénal* (1829; 4. wyd. 1872). Ortolan: *Eléments de droit pénal* (1857).

[2] *Allgem. prakt. Philosophie*, 1808. *Analytische Beleuchtung des Naturrechts und der Moral*, 1836.

[3] *Handbuch des deutschen Strafrechts*, 1882. Bd. I.

26. Całkiem inaczej, a o wiele racjonalniej, pojmują połączenie, w uzasadnieniu kary, idei odwetu z widokami utylitarnemi teorje mieszane drugiego typu. Ich myślą zasadniczą jest przekonanie, że każda kara, zasłużona w rzeczywistem znaczeniu tego pojęcia, a więc sprawiedliwa, w myśl idei odpłaty, już przez to samo będzie musiała zawsze okazać się najpożyteczniejszą. Na tej myśli opierają się w Niemczech rozumowania Abegga, Wirtha i Bernera[1].

Na niej opiera się także i moja teorja (p. Wykład, t. I. Nr. 72—84), którą podaję w następującem streszczeniu:

1) Kara sprawiedliwa, w rozumieniu przepisu rzymskiego *suum cuique tribuere*, t. j. oparta na idei odpłaty za przestępstwo, nosi już w sobie samej zdolność do stania się instytucją pożytku społecznego. Ona bowiem zapobiega najskuteczniej temu, by w umysłach ludzkich nie zatarła się różnica między czynami, które zasługują na karę, a temi, które mają być od niej wolne, i aby nikt, popełniwszy przestępstwo, nie mógł liczyć na to, że nie poniesie pewnej możliwie najściślej do jego kalibru dostosowanej kary. To ostatnie zaś przynosi tę wielką korzyść, że działa na obywateli umoralniająco i odstraszająco. Umoralniająco, budząc w ich umysłach to mniejszy, to większy wstręt moralny do danego przestępstwa; odstraszająco, budząc w nich to mniejszą, to większą obawę jego popełnienia, a to z uwagi na przepisaną za nie mniej lub bardziej surową karę.

2) Wprawdzie kara, jako odpłata za popełnione przestępstwo, posiada sama przez się tylko wartość ujemą, ale pomimo to uznać ją trzeba za sprawiedliwą, jako *malum necessarium* dla ochrony porządku prawnego społeczeństwa od większego jeszcze zła, jakieby musiało mu przyczynić przestępstwo, gdyby nie ukarano jego sprawcy. To większe zło tkwiłoby w dalszych szkodliwych skutkach krzywdy, którą przestępstwo już wyrządziło społeczeństwu. Skutki te podciągnąć można pod dwie rubryki, któremi są a) zachęta dla sprawcy do popełniania nowych przestępstw, b) zachęta dla innych osób do naśladowania przestępcy. Zdolność do sprowadzania obu tych skutków tkwi w każdem przestępstwie, a ubezwładniać ją ma właśnie kara, wymierzona nie według tego, jak ta zdolność rośnie lub słabnie, lecz według stopnia, w jakim stać się może bardziej lub mniej szkodliwą dla społeczeństwa. Ten stopień zaś czerpie swoją

miarę z wielkości krzywdy, którą przestępstwo już wyrządziło społeczeństwu.

3) Wymierzanie więc kary według miary wartości ujemnej, którą przestępstwo przedstawia dla społeczeństwa, stawać się równocześnie musi jej wymierzaniem według stopnia, w jakim społeczeństwo odczuwa potrzebę zabezpieczania się na przyszłość od podobnych przestępstw. Tym to sposobem najlepszą rękojmią pożyteczności kary staje się jej sprawiedliwość w myśl idei odpłaty.

[1] Abegg. Die verschiedenen Straftheorien, 1835. Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836. Wirth: System der spekulativen Ethik, 1842. Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 15. wyd. 1888.

ODDZIAŁ II.

Podstawy historyczne prawa karnego.

§ 7.

27. Są to zasady, któremi prawo karne rządziło się rzeczywiście w swojej ewolucji dziejowej u różnych narodów i w różnych okresach czasu. Podzielić je można na materjalne i formalne. W duchu pierwszych rozstrzygało się w historji pytanie, czem ma być kara; w duchu drugich — ustanawiał się organ, powołany do jej wymierzania.

I. Podstawy materjalne.

§ 8.

28. Ze względu na pytanie, co ma stanowić treść sprawiedliwej kary, prawo karne przechodziło pięć różnych okresów, w ciągu których znajdowało się pod panowaniem idei 1) zemsty, 2) odwetu, 3) okupu, 4) proporcjonalności i analogii między przestępstwem a karą, i wreszcie 5) humanitaryzmu.

29. Okres zemsty. U człowieka pierwotnego, w razie stania się ofiarą jakiejś krzywdy, bierze górę tak silny gniew, że uczucie to nie pozwala mu zdobyć się na żadną rozwagę w kwestji oszacowania stosunku, mającego zachodzić między krzywdą, której doznał z winy przestępcy, a tą, która się temu ostatniemu należy tytułem kary. Ślepa zemsta dyktuje mu więc karę, mającą, o ile możności, stać się dla przestępcy dolegliwością większą od tej, którą mu tenże wyrządził.

Pod wpływem solidarności uczuć między pokrzywdzonym a jego krewnymi, powstaje zemsta rodowa, zwana także krwawą (Blutrache), jako pierwotna forma reakcji, ze strony każdego związku społecznego, przeciwko krzywdom, wyrządzanym jemu lub jego członkom przez osoby, należące do obcego związku[1].

[1] Usankcjonowanie zemsty spotykamy w obyczajach i ustawach wielu narodów, jako to u Żydów, Persów, Arabów, Alemanów, Franków i Słowian.

30. 2. Okres odwetu. Panowanie idei odwetu przedstawia ten postęp, że jest ujęciem zemsty w pewne granice. Kara w tym okresie ma znaleść swoją miarę w krzywdzie, którą wyrządziło przestępstwo, a to w myśl znanego przepisu Mojżeszowego »oko za oko, ząb za ząb«[1]. W odniesieniu do przestępstw, nie dopuszczających takiego realnego odwetu, chwytano się kar o charakterze odwetu symbolicznego, np. za kradzież karano oślepianiem lub odcinaniem ręki, za przestępstwa płciowe — kastracją. Karom tego ostatniego rodzaju przewodniczyła także niezawodnie idea prewencji, przez pozbawienie winowajcy organu, niezbędnego do powtórzenia przestępstwa.

[1] Kary odwetowe spotykamy nietylko u Żydów, ale także u Solona, w Leges XII Tabularum, u Arabów, Maurów, na Litwie, w Rosyi i Polsce. Najdłużej wymierzano w duchu odwetu karę za potwarz.

31. 3. Okres okupu[1]. Kara w formie okupu jest postępem pod tym względem, że świadczy już o pewnem wyzwalaniu się prawa karnego z pod rządów ślepej namiętności, a przychylaniu się do głosu rozwagi. Pod innym względem jednak idea okupu przyczyniła się raczej do opóźnienia, niż przyspieszenia dalszego postępu prawa karnego. Stało się to mianowicie w odniesieniu do przestępstw przeciwko interesom jednostek (t. zw. przestępstwa prywatne). Pod wpływem bowiem idei okupu wytworzyła się, w stosunku do tych przestępstw, konstrukcja prawno-prywatna kary, co utrudniło bardzo państwu ujęcie w swoje ręce ścigania tych przestępstw. W Niemczech państwo zdołało przełamać ostatecznie system okupu, na rzecz kary publicznej za przestępstwa przeciwko interesom jednostek, dopiero w XVI wieku, t. j. w okresie t. zw. recepcji praw obcych. W Polsce głowszczyznę zniosła dopiero konstytucja sejmowa z r. 1776.

[1] System okupu, znany także pod nazwą systemu kompozycji rozwinął się najszerzej w prawie niemieckiem.

32. 4. Okres proporcjonalności i analogji między

przestępstwem a karą. W okresie tym ustawodawca uważa za ideał kary, aby z jednej strony była ona możliwie najściślej dostosowana do ciężkości popełnionego przestępstwa, a z drugiej — stawała się możliwie największym postrachem dla obywateli. W myśl pierwszego postulatu cała uwaga ustawodawcy skierowana była ku temu, aby różnorodności przestępstw przeciwstawić różnorodność kar, tak iżby za każdą zbrodnię groziła kara surowsza od kary, przepisanej za inne mniej ciężkie, a łagodniejsza od kary, przepisanej za inne cięższe przestępstwo. Była to t. zw. zasada proporcjonalności między przestępstwem a karą.

W myśl drugiego postulatu ustawodawca starał się utrzymywać jakość kar w możliwie największej zgodzie z rodzajem barbarzyństwa, wyrażającego się w różnych zbrodniach. Sądził on mianowicie, że żadna inna kara nie potrafi tak skutecznie odstraszać od przestępstw jak ta, która rodzajem swoim przypominać je będzie. Było to uznanie zasady analogji między przestępstwem a karą. Powstał stąd system środków karnych, nacechowanych niezmiernie wyrafinowanem okrucieństwem.

Okres ten ciągnie się w historji prawa karnego narodów europejskich od początku XVI. aż do końca XVIII. wieku. W Niemczech Konstytucja Kryminalna Karola V. (Carolina, 1532) stanowi jeden z najwybitniejszych pomników ustawodawczych tego okresu.

33. 5. Okres humanitaryzmu. Pierwsze hasła do reformy ustaw karnych w duchu humanitaryzmu wyszły od filozofów. Zainicjowany przez Thomasius'a z początkiem XVIII. wieku, ruch ten przybrał jednak prawdziwie wielkie rozmiary i wywarł wpływ potężny na ustawodawców europejskich dopiero w drugiej połowie XVIII. wieku, gdy na jego czele stanęły umysły takiej miary, jak Montesquieu, Beccaria i Voltaire.

Dowodzili oni, że państwo, aby karać sprawiedliwie, powinno samo szanować to, czego ma strzec w społeczeństwie, a tem są zasady etyczne, stanowiące podwalinę wszelkiego porządku prawnego. Kary okrutne i tchnące tylko nienawiścią i pogardą dla przestępcy urągają tym zasadom, a więc za sprawiedliwe uchodzić nie mogą. Są one oprócz tego i szkodliwe dla państwa. Sprawiają one bowiem, że obywatele, powodując się poczuciem ludzkości, widzieć muszą w przestępcy raczej nieszczęśliwą ofiarę okrucieństwa ze strony państwa, niż winowajcę, ponoszącego zasłużoną karę. W interesie zaś państwa leży, aby obywatele, pielęgnując jaknajstaranniej wszel-

kie uczucia szlachetne, mogli jednak wobec każdego przestępcy solidaryzować się z wyrokiem, który go skazał na karę.

Ze wszystkich jednak apostołów humanitaryzmu najwymowniej odezwał się za potrzebą zreformowania ustaw karnych Beccaria w słynnej książce p. t. »O przestępstwach i karach«. Pod jego wpływem oba synowie Marji Teresy, Leopold II. Toskański (kodeks z r. 1786) i Józef II. Austrjacki (Ustawa karna z r. 1787), znieśli w swoich państwach karę śmierci i wszelkie t. zw. kwalifikowane t. j. kaleczące kary cielesne[1].

[1] W Polsce już w XVI wieku troszczono się o to, aby kara miała na celu nietyle zawstydzenie przestępcy, ile jego poprawę. Tym duchem tchnęły pisma Bernarda z Lublina (z początku XVI. w.) i Piotra z Goniądza (1560) tudzież instrukcja więzienna kanclerza Ocieskiego (1550).

II. Podstawy formalne.

§ 9.

34. Ze względu na pytanie, komu służy prawo wymierzania kary, prawo karne przechodziło w odniesieniu do przestępstw przeciwko interesom osób prywatnych[1] trzy następujące okresy:

1) Okres wymierzania kary przez pokrzywdzonego lub jego krewnych bez interwencji państwa.

2) Okres, w którym państwo przychodzi w pomoc pokrzywdzonemu w ściganiu i karaniu przestępstw, ale za pewnem wynagrodzeniem. To ostatnie, znane w prawie niemieckiem pod nazwą *fredum* (grzywny), płacił przestępca na rzecz sędziego, podczas gdy t. zw. *feidum* składał, jako okup pokrzywdzonemu. *Fredum* uważać można za pierwszą postać kary publicznej za przestępstwa przeciwko interesom jednostek.

3) Okres upaństwowienia kary. Schodzi się on w Niemczech z ostatecznem przełamaniem systemu okupu w XVI. wieku.

[1] Co się tyczy t. zw. przestępstw publicznych, to jest rzeczą całkiem naturalną, że skoro państwo było tu stroną pokrzywdzoną, to ono już od samego zarania swoich rządów, poczuwało się do obowiązku ich karania.

ROZDZIAŁ III.

Nauka prawa karnego.

§ 10.

35. Naukę prawa karnego pojmować można w dwojakiem rozumieniu: obszerniejszem i ściślejszem. W pierwszem obejmuje ona całą kryminologją[1], w drugiem — tylko ten jej dział, który ma za temat unormowanie prawne działalności represyjnej państwa przeciwko przestępcom. Książka niniejsza ma zająć się tylko nauką prawa karnego w tem jej drugiem ściślejszem rozumieniu.

[1] Kryminologja jest systemem badań teoretycznych, mających za przedmiot wszystkie kwestje, dotyczące przestępstwa i kary. Kwestje te podciągnąć można pod trzy główne kategorje, któremi są 1) geneza i ewolucja naturalna przestępstwa i kary (antropologja i socyologja kryminalna); 2) związek prawny zachodzący między przestępstwem a karą (nauka prawa karnego w rozumieniu ściślejszem); 3) stosunek kary do innych środków, służących społeczeństwu do walki z przestępczością (polityka kryminalna).

36. Z innych działów kryminologji (p. wyżej dop. 1) szczególną doniosłość posiada dla prawa karnego polityka kryminalna. Głównym tematem jej badań jest skuteczność kary, jako narzędzia, służącego państwu do zwalczania przestępczości, w porównaniu z innemi środkami, służącemi do tego samego celu, a polegającemi bądź na usuwaniu przyczyn przestępstw, bądź na umniejszaniu ich szkodliwych skutków.

W nowszych czasach, idąc za wskazówkami polityki kryminalnej, ustawodawcy zaczęli zwracać coraz baczniejszą uwagę na konieczność przepisywania obok kary jeszcze innych środków, skierowanych ku zabezpieczaniu społeczeństwa od przestępstw. Noszą one powszechnie nazwę środków zabezpieczających lub ochronnych *(Sichernde Massnahmen)*, a mają być stosowane do moralnie zaniedbanej młodzieży, niebezpiecznych włóczęgów, osób umysłowo nienormalnych, opilców chronicznych, a wreszcie i przestępców nałogowych, przeciwko którym to ostatnim kara okazała się całkiem bezsilną[1]. Nowa ta instytucja znalazła mianowicie szerokie uznanie w ostatnich projektach kodeksów karnych szwajcarskiego, niemiec-

kiego i austryackiego. Wprowadziłem ją także do swojego projektu dla Król. Polskiego (art. 47 54)[2].

[1] Reinhold: Środki zabezpieczające przeciwko przestępcom. Kraków, 1913, 1916.

[2] Warszawa, 1918. Odbitka z Kwartalnika pr. cyw. i karn.

37. Nauka prawa karnego, w ściślejszem t. j. czysto jurydycznem rozumieniu, obejmuje dwa główne działy, a mianowicie 1) teorją prawa karnego materjalnego i 2) teorją prawa karnego formalnego czyli naukę procedury karnej. W nowszych czasach, za inicjatywą Gross'a, uznano za właściwe wprowadzić do jej systemu jeszcze trzeci dział pod nazwą kryminalistyki[1]. Ma ona za temat wszystkie te wiadomości techniczne, bez których sędzia nie potrafiłby, o własnych siłach, operować należycie materjałem faktycznym, potrzebnym dla samego ustalenia osądzić się mającej istoty czynu. Są to wiadomości z zakresu medycyny sądowej, grafologji, antropometrji, fotografji, ślusarstwa i wielu innych jeszcze kunsztów, a także z zakresu sztuki rozeznawania śladów materjalnych różnych przestępstw.

[1] Hanns Gross: Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik. 5. wyd. 1908.

38. Książka niniejsza będzie miała za przedmiot tylko wykład prawa karnego materjalnego. System tego wykładu obejmuje dwie części, t. j. ogólną i szczególną.

Pierwsza traktuje o przestępstwie, bez względu na tę lub inną jego postać rodzajową (np. kradzież, morderstwo i t. p.), i o karze w jej zastosowaniu do przestępstwa wogóle. Druga część ma za temat rozbiór istoty przestępstw różnego rodzaju i zajmuje się karą w jej zastosowaniu do każdego z tych przestępstw zosobna.

W wykładzie Części ogólnej należy traktować Naukę o przestępstwie i Naukę o karze jako dwa całkiem osobne działy. W wykładzie Części szczególnej o podobnym rozdziale między przestępstwami a karami mowy być nie może. System tej części opierać się może tylko na klasyfikacji przestępstw, a rzecz o karze za każde z nich trzeba będzie łączyć z rozbiorem jego istoty w taki sposób, że ten rozbiór stanowić będzie pierwszą, a rzecz o karze drugą rubrykę charakterystyki każdego szczególnego przestępstwa.

39. Za pierwszych mistrzów nauki prawa karnego, jako wykładu jej zasad ogólnych, uchodzą słusznie praktycy włoscy wieków średnich, czyli t. zw. postglosatorowie, którzy już w XIII wieku

zaczęli opracowywać krytycznie obowiązujące podówczas we Włoszech przepisy prawa rzymskiego, kanonicznego i rodzimego (t. zw. statuta miejskie) i przetwarzać je w jeden nowy, ich własnem dziełem będący system teoretyczny. Albertus Gandinus (*Tractatus maleficiorum* z XIII wieku) otwiera ich szereg i daje już prawie całkiem sformułowaną teorją poczytania i usiłowania, tudzież zawiązki nauki o udziale. Powoli i inne kwestje z zakresu części ogólnej prawa karnego stawały się w pismach praktyków włoskich tematem samodzielnego rozpatrywania, aż wreszcie w XVI wieku Iulius Clarus (*Receptae sententiae*, 1560) i Prosper Farinacius (*Praxis et theoria criminalis*, 1597) szczycić się już mogą opracowaniem naukowem niemal wszystkich najważniejszych instytucyj ogólnych prawa karnego. To też powaga ich była wielka i utrzymała się w nauce aż do XVIII wieku z niesłabnącą siłą.

40. W XVI wieku nauka prawa karnego znajduje znakomitych mistrzów we Francji (Tiraquellus), Hiszpanii (Covarruvias), Hollandyi (Damhouderius: *Praxis rerum criminalium*, 1554) i Niemczech (Chilian König, Andrzej Perneder, Mikołaj Vigelius), w którym to ostatnim kraju, do ożywienia ruchu naukowego, przyczyniło się dzielnie wydanie słynnej Konstytucji Kryminalnej Karola V. z r. 1532, znanej powszechnie pod nazwą *Karoliny* i mającej za podstawę ułożoną przez Schwarzenberga *Bambergische Halsgerichtsordnung (Bambergensis)* z r. 1507 i późniejszą, na tejże opartą *Brandenburgische peinliche Gerichtsordnung (Brandenburgensis)* z r. 1516.

41. W XVII wieku zasłynęła w Niemczech szkoła praktyków saskich (Berlichius: *Conclusiones practicabiles*, 1613—1618; Carpzow: *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1638; Oldekopp: *Observationes criminales practicae*, 1654) a w XVIII wieku pojawiają się już tamże pierwsze podręczniki nauki prawa karnego. Pisane one były po łacinie, do najstarszych z nich należą książk Kemmericha (1731) i Böhmera (1733), a szczególną wziętością cieszyły się podręczniki obu Meister'ów, starszego z r. 1755, młodszego z r. 1789, noszące tytuł *Pricipia iuris criminalis Germaniae communis*. Pierwsze podręczniki w języku niemieckim wydają Quistorp (1770) i Klein (1789) p. t. *Grundsätze des peinlichen Rechts*.

42. Nierównie świetniejszych jednak przedstawicieli znalazła nauka prawa karnego w Niemczech w ciągu XIX i bieżącego stule-

cia. Szereg ich otwierają z końcem XVIII wieku Kleinschrod (*Systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, 1794–1796), Feuerbach (*Lehrb. des gemeinen in Deutschland gültigen peinl. Rechts*, 1800; *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinl. Rechts*, 1799) i Grolman (*Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, 1798).

W połowie XIX wieku wychodzą dzieła Köstlina (*System des deutschen Strafrechts*, 1845; *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845), Bernera (*Lehrbuch*, 1857) i Hälschnera (*System des preussischen Strafrechts*, t. I. 1858, II. 1868), które wprowadzają do prawa karnego dużo zasad, zaczerpniętych z dyalektyki Hegla i panują wszechwładnie aż do wystąpienia Bindinga.

Dzieło tego ostatniego p. t *Die Normen und ihre Uebertretung* (I. tom, 1. wyd. 1872; 2. wyd. 1890; II. tom, 1877) rzuciło dużo nowego światła na stosunek ustawy karnej do t. zw. norm t. j. nakazów i zakazów prawnych, które łamie przestępca. Odtąd zaczęto odróżniać starannie w istocie przestępstwa i traktować odrębnie pierwiastek bezprawia, sprzeciwiającego się normie, i pierwiastek bezprawia, mającego z woli ustawy podlegać karze. Kierunek ten otrzymał w Niemczech nazwę *Normentheorie*.

Wydanie w r. 1871 powszechnego kodeksu karnego dla całego państwa niemieckiego wywołało też bogatą literaturę poświęconą jego wykładowi (Holtzendorff, Hälschner, Hugo Meyer, Liszt).

43. Od r. 1881, dzięki działalności Liszta, zaczyna zyskiwać w Niemczech coraz więcej zwolenników nowy kierunek w badaniu prawa karnego, znany pod nazwą politycznego-kryminalnego lub socyologicznego. Szkoła ta zrywa z martwym formalizmem czysto dyalektycznej jurysprudencji, a natomiast dąży do wszechstronniejszego zbadania przestępstwa, jako pozytywnego przejawu życia, a mianowicie jako owocu charakteru indywidualnego jego sprawcy i otaczających go stosunków społecznych, tudzież do wszechstronniejszego zbadania kary, jako oręża, służącego społeczeństwu do skutecznego prowadzenia walki z przestępczością. Szkoła ta nie jest jednak bynajmniej pochodzenia niemieckiego. Apostołami jej byli we Włoszech Lombroso (*L'uomo delinquente*, 1876), Ferri (*Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 1881), Garofalo (*Criminologia*, 1885); we Francji Tarde (*Criminalité comparée*, 1886), Garraud (*Le problème de la criminalité*, 1886); w Belgji Prins (*Criminalité et répression*, 1886); w Hollandji Hammel, jeden z trzech

(dwaj inni Prins i Liszt) założycieli Międzynarodowego Związku kryminalistycznego, istniejącego od r. 1889 i posiadającego swój własny organ w wydawnictwie p. t. *Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal.*

Duszą tego Związku jest w Niemczech Liszt, którego twórczość naukowa obejmuje, prócz bardzo cenionego Podręcznika *(Lehrbuch des deutschen Strafrechts,* 1. wyd. 1871, 17. wyd. 1908), cały szereg rozpraw, zebranych potem w jedną całość i wydanych w r. 1905 w dwóch tomach p. t. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge.* Jest on, oprócz tego, założycielem i głównym redaktorem wychodzącego od r. 1881 słynnego czasopisma p. t. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.*

Jedną z najbardziej zasadniczych formułek tego nowego, powyżej narysowanego kierunku, jest teza, że kara ma występować nie przeciwko czynowi, lecz przeciwko jego sprawcy. Liszt okazał się bardzo zapalonym obrońcą tej tezy, a oprócz tego w wykładzie wygłoszonym na międzynarodowym kongresie psychologów w Monachium (1896) posunął się tak daleko, w uważaniu przestępstwa za owoc naturalny charakteru i sytuacji sprawcy, że nie zawahał się przemawiać za runięciem zasadniczego muru granicznego między zbrodnią a obłąkaniem, między kryminałem a zakładem dla waryatów.

Nic dziwnego, że, przeciwko doprowadzonemu przez Liszta do tak skrajnych konsekwencyj nowemu kierunkowi, odezwał się silny protest w obronie pojęć winy i odpowiedzialności karnej w zrozumieniu dotychczasowej t. z. szkoły klasycznej. Znalazł on w Niemczech najżywszy wyraz w pismach Birkmeyera *(Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig,* 1907. *Studien zu dem Hauptsatz der modernen Richtung im Strafrecht „Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen"* 1909)[1].

[1] W nowszych czasach pojawiło się także w Niemczech kilka dzieł pierwszorzędnej wagi w zakresie studjów porównawczych nad prawem karnem. Należą tutaj Liszta: *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung* (I. t. 1894, II. t. 1899); Mommsen: *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker* (1905) i wielkie wydawnictwo zbiorowe p. t. *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (1905—1908).

44. W Polsce już w XVI wieku Jakób Przyłuski *(Leges seu statuta ac privilegia regni Poloniae,* 1553) i Frycz Modrzewski *(Orationes de poena homicidii,* 1543—1546) rozbierają ze stanowiska krytycznego prawo karne obowiązujące i uzasadniają nau-

kowo potrzebę jego reformy. Domagają się oni mianowicie zniesienia głowszczyzny za zabicie chłopa przez szlachcica, a zaprowadzenia kary śmierci za tę zbrodnię. Oprócz dwóch powyższych pisarzów wsławił się jeszcze w XVI stuleciu Bartłomiej Groicki, jako komentator obowiązującego podówczas w miastach polskich prawa karnego magdeburskiego i autor przeróbki na język polski *Karoliny*.

Pisano też u nas traktaty, przeznaczone specjalnie na użytek praktyki sądowej. Dzieła takie wydali po łacinie biskup krakowski Andrzej Lipski *(Practicarum observationum ex iure civili et saxonico collectarum... centuria prima*, 1602); po polsku sędzia chełmski Jakób Czechowicz *(Praktyka kryminalna*, 1769).

Już o charakterze ściśle teoretycznym wychodzą u nas w XVIII wieku dzieła, poświęcone wykładowi całego prawa polskiego z licznemi rozdziałami, traktującemi o prawie karnem. Pisali je Mikołaj Załaszowski *(Ius regni Poloniae*, 1702), i Teodor Ostrowski *(Prawo cywilne narodu polskiego*, 2 tomy, 1. wyd. 1784; 2. wyd. 1787).

Wiek XVIII wywołał też i w Polsce ożywiony ruch ku reformie prawa karnego. Znalazł on wyraz z jednej strony w konstytucjach sejmowych, znoszących głowszczyznę (1768) i tortury (1776); z drugiej zaś — w dwóch projektach kodyfikacji prawa karnego polskiego.

Do ułożenia pierwszego zabrał się z polecenia Sejmu z r. 1776 Andrzej Zamojski i wydał go w r. 1778 p. t. *Zbiór praw sądowych* (nowe wyd. Dutkiewicza z r. 1874). Projekt ten, jak wiadomo, odrzucony został przez Sejm z r. 1778, jako nieodpowiadający duchowi jego uchwały z r. 1776. Było w nim też rzeczywiście więcej zacofania, opartego na Karolinie, niż postępu, liczącego się z poglądami humanitarnemi, obiegającemi Europę w drugiej połowie XVIII stulecia.

Za to całkiem w duchu tych ostatnich pojęć był projekt naszkicowany w r. 1792 przez Józefa Szymanowskiego p. t. *Prospekt prawa i procesu karnego*. Pracy tej dokonał Szymanowski, jako członek deputacji kodyfikacyjnej, powołanej przez ustawę sejmową z r. 1791 do ułożenia *Kodeksu praw cywilnych i kryminalnych Stanisława Augusta*.

Prądowi humanitarnemu daje się też porwać w zupełności Sebastyan Czochron w książce p. t. *Dysertacja o prawodawstwie kryminalnem* (1788).

Dzieła, będące wykładami systematycznemi nauki prawa kar-

nego, pojawiają się jednak u nas dopiero w XIX wieku. Pierwsze z nich wydał w r. 1830 Romuald Hube p. t. *Ogólne zasady nauki prawa karnego*. Po nim pisali Franciszek Maciejowski: *Wykład prawa karnego w ogólności* (1848) i Stanisław Budziński, który w r. 1768 wydał część ogólną p. t. *Wykład porównawczy prawa karnego*, a część szegółną dopiero w r. 1883 w książce p. t. *O przestępstwach w szczególności*.

Z nowszych czasów są mój dwutomowy *Wykład prawa karnego* (1. wyd. 1885, 1887; 3. wyd. 1911) i książka Makarewicza p. t. *Prawo karne ogólne* (1914).

ROZDZIAŁ IV.

Prawo karne austrjackie.

§ 11.

45. Prawo karne austrjackie jest pochodzenia niemieckiego. Powstało ono mianowicie z przetworzenia przepisów prawnych, obowiązujących w t. zw. dziedzicznych krajach niemieckich monarchii austrjackiej w jeden powszechny kodeks austrjacki. Pierwszą taką kodyfikacją była *Constitutio Criminalis Theresiana* z r. 1768. Ze względu na to, należy historją prawa karnego austrjackiego podzielić na dwa główne okresy t. j. do Konstytucji Terezjańskiej i od wydania tejże.

46. Cechą charakterystyczną pierwszego okresu jest partykularyzm ustawodawczy, tudzież to, że ustawa partykularna, wydana dla pojedynczego kraju, nie stanowi jedynego źródła mającego w nim obowiązywać prawa karnego. Moc mają tu jeszcze w drodze subsydjarnej prawo zwyczajowe i prawo niemieckie powszechne, a więc od r. 1532 *Karolina*.

Z ustaw partykularnych, do najdawniejszych należą *Maksymiliańskie (Malefizordnung* dla Tyrolu z r. 1499 i *Landgerichtsordnung* dla Austrji poniżej Anizy z r. 1514), podczas gdy, pod względem historycznym, największą doniosłość posiadają *Ordynacja* Ferdynanda III dla Arc. Austr. poniżej Anizy z r. 1656 i cesarza Józefa I. *Peinliche Gerichtsordnung* dla Czech, Moraw i Śląska z r. 1707. Obie bowiem ostatnio wymienione ustawy służyć już miały za podstawę dla ułożenia Konstytucji Terezjańskiej.

47. Drugi okres zaczyna się w r. 1768 od *Konstytucji Terezjańskiej*. Stanowi ona epokę pod dwoma następującemi względami:

a) Położyła koniec partykularyzmowi ustawodawczemu, jako pierwszy powszechny kodeks karny austrjacki.

b) Uznała siebie za jedyne prawo karne, obowiązujące w Austrji, pozbawiając mocy wszelkie dotychczasowe prawa subsydjarne.

Ze względu jednak na samą treść swoich przepisów, ustawa ta oparta jest jeszcze na dawnych wzorach i odznacza się prawdziwie oburzającem okrucieństwem kar.

48. Bardziej humanitarny charakter posiada dopiero kodeks karny Józefa II. *(Allgemeines Strafgesetz über Verbrechen und deren Bestrafung)* z r. 1787. Znać w nim już wpływ Bekaryi i gorącego jego zwolennika w Wiedniu, prof. Sonnenfelsa, któremu już przedtem udało się było skłonić Marją Teresę do zniesienia tortur (1776).

Postępowość tego kodeksu rysuje się w zniesieniu kary śmierci w drodze postępowania zwyczajnego, w nadaniu karze pozbawienia wolności charakteru kary kryminalnej, t. j. kary za zbrodnie, i w odebraniu sędziemu prawa posiłkowania się analogją co do kwestji, jakie czyny uznawać należy za przestępstwa. Ten ostatni przepis jest jedynym, który z kodeksu Józefińskiego przeszedł bez zmiany do późniejszych ustaw i zachował się w dzisiejszem prawie karnem austrjackiem (Art. IV. Pat. Wprow. do Kod. K. z r. 1852).

Kodeks Józefiński z r. 1787 jest tylko ustawą karną materjalną [1]. Termin *Verbrechen* oznacza w jego rozumieniu każde przestępstwo. Tem się tłumaczy, że dzieli on przestępstwa na *Kriminalverbrechen* i *politische Verbrechen*, pojmując przez pierwsze cięższe przestępstwa t. j. zbrodnie, jako mające podlegać orzecznictwu sądów kryminalnych, a przez drugie — lżejsze przestępstwa, przekazane orzecznictwu władz politycznych.

[1] Dla procesu wydał Józef II. osobną *Ordynacją* z dnia 1 czerwca 1788.

49. Aczkolwiek, z powodu zniesienia kary śmierci, kodeks Józefiński zdobył sobie poklask humanitarystów, to jednak jego zbyt surowe, w okrucieństwo wpadające, kary więzienne za zbrodnie raziły zanadto zwolenników nowego kierunku, aby mogły były się długo utrzymać. Szczególnie krytykowano takie jego urządzenia, jak przykucie *(Anschmiedung)*, piętnowanie na twarzy i holowanie statków *(Schiffziehen)*, jako formę wykonywania więzienia, połączonego z robotami publicznemi. Zniósł je też Leopold II. w r. 1790.

Cesarz ten powołał także komisją dla opracowania nowego kodeksu, duszą której był Sonnenfels. Owocem jej prac była wydana za cesarza Franciszka II. (I. od r. 1806) *Księga ustaw karnych za zbrodnie i ciężkie przekroczenia policyjne (Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen)* z 3 września 1803, przy czem trzeba nadmienić, że jeden z jej projektów już w r. 1796 otrzymał tymczasem moc obowiązującą w przyłączonej w r. 1795 do Austrji Galicji Zachodniej.

Kodeks Franciszkański o tyle powrócił do wzoru dawnych ustaw austrjackich, że podaje przepisy w przedmiocie zarówno prawa karnego materjalnego, jak i procedury karnej. Z uwagi na przepisy pierwszego rzędu, kodeks ten jest o wiele łagodniejszy od *Józefińskiego*, a to pomimo, że grozi karą śmierci aż za pięć zbrodni, podczas gdy cesarz Józef II. zniósł ją był zupełnie, a patent ces. z 2 stycznia 1795 był ją przywrócił tylko za zdradę główną. Większą łagodnością odznaczają się tu mianowicie kary więzienne za zbrodnie. Tem się też tłumaczy, że kodeks ten z pewnemi złagodzeniami, które wprowadzono do niego Najwyższem Post. z 22 maja r. 1848 (zniesienie pręgierza, piętnowania na plecach i chłosty, jako kary głównej) i Patentem Ces. z 17 stycznia 1850 (zniesienie najcięższego więzienia i robót na galerach) nie tylko utrzymał się aż do r. 1852, ale nadto stał się główną podstawą dziś obowiązującej w Austrji *Powszechnej Ustawy karnej z 27 maja 1852* (Dz. u. p. l. 117).

50. Kodeks karny z r. 1852 jest, jak to oświadcza wyraźnie obwieszczający go Patent Cesarski, tylko nowem wydaniem kodeksu z r. 1803, z zamieszczeniem wszystkich późniejszemi ustawami poczynionych zmian i z dołączeniem niektórych nowych postanowień. Główną pobudką do jego wydania stała się potrzeba wprowadzenia w życie zasad, zatwierdzonych Postanowieniem Ces. z dn. 31 grudnia 1851. W myśl tych zasad bowiem, ustawa karna z r. 1803 miała otrzymać moc obowiązującą i w krajach korony Węgierskiej, a wskutek tego wydało się rzeczą nieuniknioną poddać ją pewnej rewizji. Owocem jej stał się nowy kodeks.

Nie znaczy to jednak, aby nowa ustawa nie miała odbiec pod wielu względami od kodeksu z r. 1803. Przedewszystkiem zajęła się ona tylko unormowaniem prawa karnego materjalnego, podczas gdy kodeks Franciszkański był także ordynacją procesową. Postępowość zaś jej w prawie karnem materjalnem w tem się głównie rysuje, że rozciągnęła swoje panowanie i nad przestępstwami, popełnionemi

osnową druku (Pat. Publik. art. II.); rozszerzyła znacznie granice obrony koniecznej (§ 2. lit. g); zredukowała do rzędu przekroczeń dwa przestępstwa dotąd niewłaściwie za zbrodnie uważane t. j. samowolny powrót wygnańca (§§ 323, 324) i samowolne zdjęcie pieczęci sądowych (§ 316); a także zmniejszyła liczbę przypadków stosowania kary śmierci.

Co do dwuczęściowego podziału przestępstw, to w zasadzie kodeks z r. 1852 pozostał wierny systemowi swego poprzednika, który w I. Części traktował o zbrodniach, a w II. Części — o ciężkich przekroczeniach policyjnych. Wprawdzie bowiem tym ostatnim odpowiadają w nowym kodeksie dwie kategorje przestępstw, t. j. występki *(Vergehen)* i przekroczenia *(Uebertretungen)*, ale różnica między niemi odnosi się nie do prawa karnego materjalnego lecz do procedury karnej. Bliżej będzie o tem jeszcze mowa na innem miejscu.

51. Prócz *Ustawy karnej powszechnej* z 27 maja 1852, która aż do Dyplomu Ces. z 20 paźdz. 1860 obowiązywała także na Węgrzech, i stanowi dotąd główne źródło prawa karnego austrjackiego, prawem tem rządzi jeszcze dużo ustaw karnych dodatkowych. Można je podciągnąć pod dwa główne typy, stosownie do tego, czy wprowadzają pewne zmiany do systemu kar (np. Nowela z 15 listopada 1867; lex Offner z 9 kwietnia 1910; ustawa z 20 lipca 1912 o wliczaniu aresztu śledczego do kary; ustawa z 21 marca 1918 o rehabilitacji), czy też, i tych jest najwięcej, odnoszą się do przestępstw, stwarzając nowe ich rodzaje (np. ust. z 27 maja 1885 o nielegalnem lub zbrodniczem operowaniu materjałami wybuchowemi; ust. z 26 stycznia 1907 o ochronie wolności wyborów i zgromadzeń), lub reformując ich dotychczasową konstrukcją ustawową (np. wydane w r. 1914 na podstawie § 14 Ust. Zasadn. Postanowienia Ces. z 12 października co do lichwy, a z 10 grudnia co do bankructwa). O tych ustawach dodatkowych będzie bliżej mowa w dalszym ciągu niniejszej książki, w miarę jak domagać się będą rozbioru kwestje przez nie normowane. Tu wystarczy zanotować, że najkompletniej i w najsystematyczniejszem ugrupowaniu znaleść je można w najnowszem wydaniu *Manza Kodeksu Karn. z 1852 (II. Abteilung)*.

W równym rzędzie z ustawami dodatkowemi postawić należy, ze względu na ich doniosłość dla prawa karnego, konwencje ekstradycyjne między Austrją a innemi państwami (Kod. k. § 41).

52. Zarówno *Kodeks* z r. 1852, jak wspomniane wyżej ustawy dodatkowe ogłoszone zostały w *Dzienniku Ustaw Państwa* tak w ję-

zyku niemieckim, jak we wszystkich językach krajowych, w których w myśl Patentu Ces. z 4 marca 1849 (Dz. u. p. l. 153) Dziennik ten miał wychodzić. Za autentyczny jednak uchodzić ma tylko ich tekst niemiecki. Stanowią to, co do ustaw i rozporządzeń, drukowanych w *Dz. U. P.* po 1 stycznia 1853, Patent Ces. z 27 grudnia 1852 i późniejsza ustawa z 10 czerwca 1869; co do ustaw zaś i rozporządzeń, drukowanych tamże wcześniej, oświadcza to wyraźnie wydane, na podstawie Najw. Post. z 16 marca 1853, rozporządzenie Ministerstwa Sprawiedl. z 19 marca tegoż roku (Dz. u. p. l. 51).

53. Poza powszechnem prawem karnem materjalnem, które tyczy się przestępstw, podlegających sądom karnym stanu cywilnego, wysoką doniosłość mają także przepisy, normujące prawo karne wojskowe i administracyjne.

W zakresie pierwszego z tych praw najważniejszą ustawą jest obowiązujący dotąd w Austrji stary *Militärstrafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen* z 15 stycznia 1855 (Dz. u. p. l. 19).

W zakresie zaś prawa karnego administracyjnego na szczególną uwagę zasługują:

a) Ustawa karna o przekroczeniach przeciwko opłatom skarbowym *(Strafgesetz über Gefällsübertretungen)* z 11 lipca 1835.

b) Przepisy karne co do przekroczeń przeciwko zarządzeniom władz politycznych i policyjnych, a mianowicie Rozp. Ces. z 20 kwietnia 1854 (Dz. u. p. l. 96), tudzież rozporządzenia Ministerstw Spraw Wewn. i Sprawiedl. oraz Najw. Władzy Polic. z 3 kwietnia 1855 (Dz. u. p. l. 61) i z 30 września 1857 (Dz. u. p. l. 198).

c) Przepisy karne co do przekroczeń natury przemysłowej, a mianowicie Ordynacja Przemysłowa z 20 grudnia 1859, według jej brzmienia, opartego na Ustawie z 5 lut. 1907 (Dz. u. p. l. 26) i Reskrypcie Publik. z 16 sierpnia 1907 (Dz. u. p. l. 199), wydanym przez ministra handlu w porozumieniu z ministrem spraw wewnętrznych.

d) Przepisy karne o szkodach leśnych i polnych *(Forst- und Feldfrevel)*, zawarte w Patencie Ces. z 3 grudnia 1852 (Dz. u. p. l. 250) i różnych innych ustawach i rozporządzeniach, wydanych dla ochrony pól i lasów.

54. Literatura prawa karnego austrjackiego jest bardzo bogata, zwłaszcza w dziale rozpraw monograficznych (Wahlberg, Glaser, Geyer, Schütze, Janka, Ullmann, Lammasch, Liszt, Finger, Rosenblatt, Gryziecki, Hiller, Rulf, Lenz, Löffler, Krzymuski, Makarewicz i wielu innych).

Komentarze do K. K. z r. 1852 pisali Hye v. Glunek (1855; tylko do § 57), Frühwald (1866, 1867) i Herbst (7. wyd. t. I. 1882; t. II. 1883).

Wykłady systematyczne wydali tylko w ramach części ogólnej: Geyer (1862) i Tolomei (po włosku, 1863); w ramach całego przedmiotu: Janka (1. wyd. 1884; 4. wyd. Kalliny, 1902), Finger (1. wyd. 1894, 1895; 3. wyd. 1912, 1914), Hiller (1894), Lammasch *(Grundriss.* 4. wyd. 1911), Krzymuski (1. wyd. 1885, 1887; 3. wyd. 1911) i Stooss (1910).

55. Prace nad wydaniem nowego kodeksu karnego zaczęły się w Austrji już od r. 1863. Przyniosły one jednak dotąd same projekty.

Duszą ich w okresie od r. 1863 do 1870 był projekt Hyego Gluneka z r. 1863, zrewidowany w r. 1867 przez powołaną do tego, ze strony rządu, komisją, a w r. 1870 zmodyfikowany przez komisją Izby Deputowanych *(Ausschussentwurf).* Projekty z tego okresu odnosiły się wyłącznie do zbrodni i występków, pozostawiając, co do przekroczeń. i nadal w mocy kodeks z r. 1852, tudzież przeprowadzały ścisły rozdział między więzieniem sromotnem a niesromotnem.

Duszą prac nad projektami z drugiego okresu (1874 – 1893) był projekt Glasera z r. 1874, przerobiony przez komisją Izby Deput. w r. 1877 i przyjęty za podstawę projektów III. rządowego z r. 1881; IV. rząd. z r. 1889; V. wydziałowego (Izby Deput.) z r. 1889; VI. rząd. z r. 1891; i VII. wydz. z r. 1893. Wszystkie te projekty tem się odznaczają, że opierają się na wzorze kodeksu karn. niem. z r. 1871.

Trzeci, i dotąd ostatni, okres w pracach nad przyszłym kodeksem karnym rozpoczął się w r. 1895 za ministra Gleispacha, powołaniem komisji, mającej zająć się opracowaniem projektu, któryby w szerszej mierze uwzględniał najnowsze zdobycze nauki prawa karnego. Owocem prac tej komisji. do której, za ministra Rubera weszli Lammasch, Stooss i Hoegel, stał się projekt z r. 1902 który, jednak w następnych latach kilkakrotnie przerabiany, stał się podstawą nowego projektu Hoegla i Lammascha z r. 1906. Projekt ten obejmował, oprócz kodeksu karn., jeszcze cztery inne ustawy, a mianowicie: *a)* ustawy o karach policyjnych za niektóre przekroczenia, dotąd podlegające ustawie karnej powszechnej; *b)* ustawy o pracy przymusowej; *c)* ustawy o niektórych zmianach procedury karnej; *d)* ustawy o wprowadzenie w wykonanie kodeksu karnego i ustaw w związku z nim będących.

Nad projektem z r. 1906 rozpoczęły się w r. 1907 obrady spe-

cjalnej ankiety, a wnet potem i ściślejszej komisji (z polaków wszedł do niej Rosenblatt), owocem czego stał się ogłoszony drukiem w r. 1909 *Vorentwurf zu einem österr. Strafgesetzbuch und zu dem Einführungsgesetze*. Projekt ten uwzględnia najnowsze kierunki w nauce prawa karnego i wprowadza daleko idące inowacje w systemie środków karnych, a zwłaszcza w kwestji traktowania przestępców młodocianych i wydawania przez sądy karne całego szeregu tak bardzo przez politykę kryminalną zalecanych, zarządzeń ochronnych (por. wyżej Nr. 36).

Projekt ten, przedłożony jako rządowy, Radzie Państwa, stał się w łonie Izby Panów przedmiotem gruntownych obrad, które doprowadziły do uchwalenia przez tę Izbę najnowszego projektu z r. 1913.

CZĘŚĆ OGÓLNA

DZIAŁ I.

NAUKA O PRZESTĘPSTWIE.

DZIAŁ I.

NAUKA O PRZESTĘPSTWIE.

§ 12.

56. Wykład tej nauki obejmować będzie trzy tytuły. Pierwszy będzie miał za temat rzecz o pojęciu przestępstwa, jego istocie i stosunku do innych pokrewnych mu pojęć. Drugi tytuł zawierać będzie bliższy rozbiór każdego ze znamion istotnych przestępstwa. Wreszcie trzeci tytuł traktować będzie o t. zw. postaciach zasadniczych przestępstwa, t. j. różnych kształtach, które przestępstwo może przyoblec (np. usiłowanie, dokonanie, sprawstwo, podżeganie, pomocnictwo), nie stawając się wskutek tego przestępstwem pewnego tylko szczególnego rodzaju (np. morderstwem lub kradzieżą).

TYTUŁ I.

Pojęcie przestępstwa, jego istota i jego stosunek do innych pokrewnych mu pojęć.

§ 13.

57. Pojęciem przestępstwa nazywamy uchwycenie przez nasz umysł wszystkich jego znamion istotnych t. j. tych, których ogół stanowi wyłączną cechę przestępstwa. Wszystkie zaś znamiona istotne przestępstwa, o ile je odrywamy od poznającego je podmiotu, a więc sam materjał, stanowiący treść pojęcia przestępstwa, nazywamy jego istotą.

58. Terminu istota przestępstwa *(esentia delicti)* nie należy brać za jedno z używanym w procedurze karnej terminem łacińskim *corpus delicti*. Ten ostatni bowiem wyraża nie ogół znamion

istotnych przestępstwa, lecz ogół śladów materjalnych, dających sędziemu podstawę do ustalenia przedmiotu i natury ściganego przestępstwa (lico przestępstwa).

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

ad 1) Istota ogólna obejmuje znamiona, bez których nie można sobie wyobrazić żadnego przestępstwa; istota szczególna zaś — znamiona, konieczne dla pojęcia przestępstwa pewnego oznaczonego rodzaju.

ad 2) Istota podmiotowa, zwana także wewnętrzną, obejmuje znamiona, cechujące przestępstwo, ze względu na wolę i świadomość sprawcy. Istota przedmiotowa, zwana także zewnętrzną, obejmuje znamiona, cechujące przestępstwo, ze względu na działanie i skutek. Rzecz oczywista, że tak jedna, jak druga, może być ogólną lub szczególną.

60. Obecnie mamy zająć się wyłącznie istotą ogólną przestępstwa. Rozbiór bowiem znamion, cechujących różne postaci rodzajowe przestępstwa, należy do wykładu części szczególnej prawa karnego.

Otóż, według postulatów nauki i zgodnego z niemi stanowiska ustaw pozytywnych u nowożytnych narodów cywilizowanych, do istoty ogólnej przestępstwa wchodzić muszą cztery następujące pierwiastki:

1) Czyn zewnętrzny, w myśl zasady *cogitationis poenam nemo patitur.*

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

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

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

Na podanej wyżej podstawie, określić należy przestępstwo, jak następuje:

Przestępstwem jest czyn zewnętrzny człowieka, w wyższym stopniu srzeciwiający 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.

61. Do pojęć pokrewnych przestępstwu należą 1) działania niemoralne; 2) działania zabronione przez religię; 3) inne gatunki bezprawia.

ad 1) Sferą dowolnego postępowania ludzkiego rządzą, obok norm prawa, także reguły etyki. Etyka żąda ilościowo więcej, jakościowo mniej od prawa. Ilościowo więcej w tem rozumieniu, że domaga się od ludzi nietylko, by, łącząc się w organizmy społeczne, postępowali zgodnie z normami prawa, ale nadto, by wyświadczali sobie wzajemnie wiele innych jeszcze usług, wychodzących z obrębu powinności prawnych, a jednak mających im ułatwiać wspólną pracę nad osiąganiem wszystkich rozumnych celów życia. Z tego stanowiska można też powiedzieć, że moralność ma się do prawa, jak całość do części. Tem się także tłumaczy, że w każdem bezprawiu tkwi coś niemoralnego, lecz nie każdy czyn niemoralny sprzeciwia się prawu.

Etyka zaś żąda jakościowo mniej od prawa w tem rozumieniu, że nie upoważnia do wymuszania posłuszeństwa, podczas gdy prawo żąda posłuchu, nawet wymuszonego.

62. ad 2) Przykazania religijne tem się istotnie różnią od prawideł etyki i 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 z tego powodu, w pewnym zakresie, przykazania religijne muszą znajdować się pod ochroną prawa. Stąd prawo uznaje za przestępstwa najcięższe przypadki obrazy religji. Kodeks austr. karze, jako zbrodnię, publiczne rozkrzewianie niewiary (§ 122 *d*) i przypadki kwalifikowane obrazy religji (§ 122 *a*, *b*). Inne lżejsze przypadki powyższej obrazy (§ 303), tudzież rozkrzewianie sekty religijnej przez rząd niedozwolonej, zalicza on do występków przeciwko spokojowi i porządkowi publicznemu (§ 278 *e*, *f*).

63. ad 3) Ponieważ do istoty przestępstwa wchodzić musi bezprawie szczególnie kwalifikowane (Nr. 60), przeto bezprawia, pozbawione takiej kwalifikacji, uznać trzeba będzie za osobną, od przestępstwa różną, kategorję. Przyjęto powszechnie kategorję tę, pod

nazwą bezprawia cywilnego, przeciwstawiać przestępstwu, jako bezprawiu kryminalnemu. Bliższy rozbiór stosunku, zachodzącego między temi dwoma typami bezprawia, nastąpi niżej, przy przeglądzie działania bezprawnego, jako pierwiastku składowego istoty przestępstwa.

TYTUŁ II.

Rozbiór szczegółowy czterech pierwiastków, wytwarzających istotę przestępstwa.

ROZDZIAŁ I.

Czyn zewnętrzny.

1. Czyn wewnętrzny a zewnętrzny. Podział czynów zewnętrznych na zwiastujące i urzeczywistniające, na dopuszczenia i zaniechania.

§ 14.

64. Czyny spełnia człowiek, wprawiając przez swoją wolę w ruch odpowiednie swoje organy. Wśród organów tych należy odróżnić myśl i nerwy. Czyny wewnętrzne wytwarzamy, wprawiając w ruch naszą myśl; czyny zewnętzne — wprawiając w ruch odpowiednie przyrządy naszego systemu nerwowego.

65. Przestępstwem stać się może tylko czyn zewnętrzny. Dla panowania bowiem prawa nad człowiekiem, niema żadnego pola, dopóki on tego, co czuje, myśli i czego pragnie, nie chce wyprowadzać ze swego ducha na widownię świata zewnętrznego. Do tej chwili bowiem, i najśmielszy nawet polot jego myśli nie potrafiłby ścieśniać pod żadnym względem wolności innych osób, a więc i stawać się dla prawa tytułem do interwencji.

66. Zapomocą czynu zewnętrznego możemy wolę naszą przejawiać w sposób dwojaki, a mianowicie albo obwieszczając ją tylko (np. wynurzenie słowem lub na piśmie zamiaru popełnienia jakiegoś przestępstwa), albo też już się zabierając do jej urzeczywistniania (np. zakupienie trucizny, celem dania jej do spożycia upatrzonej ofierze). Czyny zewnętrzne pierwszego typu nazwać można zwiastu-

jącemi, a czyny zewnętrzne drugiego typu — urzeczywistniającemi.

Prawniczo rysuje się między niemi ta różnica, że, z powodu czynów zwiastujących, prawo wystąpić może przeciwko ich sprawcom tylko prewencyjnie, aby udaremnić ich ewentualne dalsze zapędy. Karać człowieka może państwo tylko z powodu czynu, urzeczywistniającego wolę prawu przeciwną[1].

[1] Przeciwko tej tezie nie przemawia bynajmniej uznawanie za przestępstwo niebezpiecznych pogróżek. Uchodzą one bowiem nie za jakąkolwiek stację na drodze, prowadzącej do wykonania zapowiedzianych przez ich sprawcę przestępstw, lecz za *delictum sui generis*, będące urzeczywistnieniem woli nabawienia kogoś drugiego niepokoju o życie lub inne dobro.

67. Czyny zewnętrzne natury urzeczywistniającej wchodzące w skład istoty przestępstwa, mogą przybrać formę dopuszczenia *(commissio)* lub zaniechania *(omissio)*. Podziału tego nie można pojmować w tem rozumieniu, iżby dopuszczenia polegać miały na rozwinięciu jakiejś działalności zewnętrznej, a zaniechania tkwić miały wyłącznie w powstrzymaniu się od wszelkiej akcji. Wtedy bowiem nie można byłoby dopatrzeć się w zaniechaniach żadnego czynu zewnętrznego, a wiadomo przecież, że, bez tego ostatniego pierwiastku, żadne przestępstwo obejść się nie może.

Jeżeli więc, obok przestępstw z dopuszczenia, przyjęto mówić o przestępstwach z zaniechania, to chyba w zaniechaniu, uznanem za przestępstwo, tkwić musi także spełnienie jakiegoś innego czynu, a mianowicie tego, spowodu którego zaniechanie musiało nastąpić. Np. matka, która zabija swoje dziecko, przez odmówienie mu, aż do skutku, wszelkiego pożywienia, będzie mogła odpowiadać za dokonanie morderstwa tylko o tyle, o ile w chwili krytycznej t. j. gdy można było jeszcze uratować dziecko, znalazła się, z własnej winy, w niemożności dania mu pożywienia, a to z powodu, że wtedy albo była zajęta czem innem (zabawiała się z kochankiem), albo nie mogła nic robić wskutek jakiegoś uprzedniego czynu pozytywnego (upiła się i leżała nieprzytomna w chwili, gdy dziecko konało).

Sądzę, że różnicę między dopuszczeniami a zaniechaniami, jako formami przestępstwa, można tak określić, że pierwsze urzeczywistniają same przez się wolę przestępną ich sprawcy; drugie zaś — tylko o tyle, o ile są następstwem jakiejś uprzedniej akcji pozytywnej ich sprawcy, spowodu której tenże znalazł się w konieczności zaniechania czynu, którego spełnienie byłoby uniemożliwiło urzeczywistnienie jego woli przestępnej.

2. Czyn zewnętrzny a skutek przestępny. Podział przestępstw na formalne, materjalne i formalno-materjalne.

§ 15.

68. W każdym czynie zewnętrznym mieszczą się właściwie dwa składniki, a mianowicie 1) czyn zewnętrzny *sensu sticto*, t. j. samo wprawienie przez naszą wolę w ruch odpowiednich organów naszego systemu nerwowego i 2) jego skutek t. j. spowodowana przezeń zmiana na widowni świata zewnętrznego.

Skutek czynu zewnętrznego, należący do istoty przedmiotowej przestępstwa, przyjęto nazywać skutkiem przestępnym. Jest nim ta zmiana na widowni świata zewnętrznego, której sprowadzenie, zapomocą danego czynu, nadaje temu ostatniemu, z punktu widzenia prawa, cechę przestępstwa dokonanego.

69. Stosunek czynu zewnętrznego do sprowadzonego przezeń skutku przestępnego może przybrać jedną z trzech następujących postaci:

1) Czyn zewnętrzny wytwarza skutek przestępny, przez samo swoje dojście do pewnego oznaczonego punktu. Tu skutek przestępny zlewa się więc z czynem zewnętrznym jakby w jedną formę. Przestępstwa, które się taką postacią odznaczają, nazywam formalnemi (kradzież, bunt, obraza czci) bądź z dopuszczenia, bądź z zaniechania *(delicta commissionis*, względnie *omissionis sensu stricto)*.

2) Czyn zewnętrzny, przez dojście do pewnego punktu, nie wytwarza skutku przestępnego, lecz go wywołuje. Tu skutek przestępny odrywa się materjalnie od czynu zewnętrznego i czasowo i miejscowo, i to nieraz w bardzo szerokich rozmiarach. Przestępstwa tego typu nazywam materjalnemi (morderstwo, spędzenie płodu, uszkodzenie ciała). Za dokonane uchodzić one mogą, nie z chwilą doprowadzenia do końca czynu zewnętrznego (np. Piotr w zamiarze zabicia Pawła strzelił do niego w poniedziałek w Krakowie), lecz dopiero z chwilą nastąpienia wywołanego przez ten czyn skutku przestępnego (t. j. gdy Paweł umarł, co kto wie, czy nie nastąpiło dopiero w piątek w Tarnowie). Przestępstwa materjalne mogą być także spełnione zapomocą dopuszczenia lub zaniechania, a w tym ostatnim przypadku noszą one łacińską nazwę *delicta per omissionem commissa*.

3) Czyn zewnętrzny, doprowadzony do pewnego punktu, puszcza w ruch całkiem niezawinioną działalność automatyczną innych osób,

która to działalność dopiero, doszedłszy do pewnego punktu, wytwarza odnośny skutek przestępny. Np. Piotr w Warszawie wysyła do Pawła w Krakowie list z wyzwaniem na pojedynek. Przestępstwa tego typu nazywam formalno-materjalnemi (u Liszta *Distanzverbrechen*).

Od przestępstw formalnych różnią się one tem, że w nich skutek przestępny odrywa się materjalnie od czynu, który go sprowadził; od przestępstw materjalnych zaś różnią się tem, że w nich przestrzeń, między czynem zewnętrznym sprawcy, a skutkiem, nadającym mu charakter przestępstwa dokonanego, wypełnia się puszczoną przez sprawcę w ruch czysto automatyczną cudzą akcją ludzką. Tu zatem, choć pośrednio, będzie można zawsze powiązać materjalnie skutek przestępny z czynem, który go sprowadził.

70. Wogóle kwestja zaliczania przestępstw do materjalnych lub formalnych nie wytwarza między kodeksami żadnej niezgodności. Do nielicznych tylko wyjątków należą przestępstwa, które wypadnie uznać, z punktu widzenia niektórych kodeksów, za materjalne, a ze stanowiska innych — za formalne. Takiem przestępstwem jest np. podpalenie. W myśl kod. niemieckiego (§§ 306—310) trzeba będzie mu przyznać charakter przestępstwa materjalnego (staje się ono bowiem dokonanem dopiero z chwilą wybuchnięcia pożaru); podczas gdy, według kod. austr. (§ 166), trzeba będzie je uważać za przestępstwo formalne (dla jego dokonania wystarcza już spełnienie czynu, z którego ma powstać pożar w cudzej własności).

3. Związek przyczynowy *(Kausalzusammenhang)*.

§ 16.

71. Związkiem przyczynowym między dwoma zjawiskami na widowni świata zewnętrznego nazywa się, zachodzący między niemi tego rodzaju stosunek, że czasowo pierwsze z nich sprowadza drugie w myśl praw, rządzących przyrodą materjalną. Te prawa panują bezwzględnie. Znaczy to, że jeżeli, według nich, zjawisko x ma być przyczyną zjawiska z, to to ostatnie musi koniecznie stać się następstwem pierwszego.

72. Powstaje pytanie, czy podobny związek przyczynowy może zachodzić między czynem człowieka, a tą zmianą na widowni świata zewnętrznego, którą uważamy za jego skutek przestępny.

Pytanie to nasuwać może pewne wątpliwości tylko co do przestępstw materjalnych. Tu bowiem skutek przestępny odrywa się materjalnie od czynu, który ma go wywołać. Tu więc zgóry nie będzie można wiedzieć napewno, czy przypadkiem przyczyną tego skutku nie stała się jakaś inna okoliczność, która posiadała moc jego sprowadzenia, niezależnie od czynu, po którym skutek ten nastąpił *(post hoc, non propter hoc)*.

73. Przedewszystkiem trzeba liczyć się z tym faktem, że żaden czyn ludzki nie mógłby sam jeden wywołać żadnej zmiany na widowni świata zewnętrznego. Dla wytworzenia bowiem jakiegokolwiek skutku materjalnego, zapomocą swojej działalności, sprawca potrzebuje współudziału wielu innych jeszcze czynników, częściowo zależnych, częściowo całkiem od niego niezawisłych. Jeżeli np. Piotr wystrzałem z rewolweru położy trupem Pawła, lub matka, przez wygłodzenie swojego dziecka, przyprawi je o śmierć w ciągu pięciu dni, to każdy z tych skutków znalazł swoją przyczynę w odnośnym czynie sprawcy tylko dzięki temu, że temu czynowi sprzyjały odpowiednie okoliczności. Skutki te mianowicie nie byłyby nastąpiły, gdyby Paweł, poruszywszy się w chwili krytycznej, był uniknął kuli, lub gdyby dziecko było obdarzone nieco wytrzymalszym organizmem, a z końcem piątego dnia jakiś sąsiad był mu przyszedł z ratunkiem. W każdym więc z powyższych przypadków, do warunków, bez których nie byłby nastąpił odnośny skutek, trzeba będzie zaliczyć nietylko czyn, który go sprowadził, lecz i okoliczności, które pozwoliły mu stać się jego przyczyną. Warunkiem bowiem danej zmiany na widowni świata zewnętrznego nazywamy, bez różnicy, każdy czynnik, bez którego zmiana ta nie byłaby zaszła.

74. Zachodzi teraz pytanie, czy, ze stanowiska związku przyczynowego, opartego na prawach natury, wszystkie warunki danego skutku są sobie równe, czyteż można w ich rzędzie odróżnić czynniki, wytwarzające odnośny skutek, czyli jego przyczyny, i czynniki, umożliwiające jego wytworzenie, czyli jego warunki *sensu stricto*. Pytam się mianowicie, czy w przypadku zastrzelenia Pawła przez Piotra, należy, co do związku przyczynowego ze śmiercią Pawła, traktować czyn morderczy Piotra całkiem równorzędnie z takiemi okolicznościami, jak np. że rodzice Piotra wydali go na świat, lub że z drugiej strony rodzice Pawła przyczynili się do jego życia

aż do chwili, gdy go Piotr zastrzelił; czyli też znajdzie się podstawa materjalna do tego, aby przyczyną śmierci Pawła nazwać tylko czyn Piotra, a owe inne okoliczności, bez których wypadek ten nie byłby nastąpił, uznać jedynie za jego warunki *sensu stricto*.

Większość autorów odpowiada na to pytanie przecząco (Bar, Buri, Liszt), utrzymując, że każdy warunek, bez którego dany skutek nie byłby nastąpił, posiada równy tytuł do tego, by go uważać za jego przyczynę ze stanowiska praw natury Dopiero z punktu widzenia prawa, jako normy panującej nad wolą ludzką, mieć mogą wagę w odniesieniu do pewnego skutku, tylko niektóre jego warunki, a mianowicie te, które wytworzone zostały przez człowieka i to w sposób, czyniący go za to odpowiedzialnym moralnie. Innemi słowy, według panującej przeważnie opinji, kwestję związku przyczynowego, między danym czynem a pewnym skutkiem, trzeba będzie rozstrzygnąć twierdząco, skoro tylko wyjdzie na jaw, że skutek ten nie byłby nastąpił w razie, gdyby sprawca nie był spełnił owego czynu. Reszta należy już do nauki o poczytaniu winy.

75. Mniemam, że, i z punktu widzenia praw natury, znajdzie się podstawa, aby nie każdy czyn ludzki, bez którego dany skutek nie byłby nastąpił, miał posiadać jednakowy tytuł do uchodzenia za jego przyczynę.

Wśród warunków, bez których, nie byłaby zaszła dana zmiana na widowni świata zewnętrznego, można odróżnić trzy główne typy: 1) czynnik, który tę zmianę wytworzył; 2) czynnik, bez którego pierwszy nie byłby znalazł materjału do jej wytworzenia; 3) czynnik, bez którego pierwszy nie byłby posiadał mocy do jej wytworzenia.

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 dane jest człowiekowi przyczynić się do jej wywołania, przez wytworzenie jej warunków któregokolwiek z trzech wymienionych wyżej typów. Dziad i ojciec mordercy wytworzyli dla zbrodni 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 śmierci swojej ofiary jeden z warunków trzeciego typu.

Otóż, mojem 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 materjału, niezbędnego do jego wytworzenia, uchodzić tylko powinno za warunek *sensu stricto*, nie zaś za przyczynę tego skutku.

76. W myśl mojej więc teorji, należy formułkę Buri'ego i Liszta, że czyn człowieka staje się przyczyną odnośnego skutku przestępnego, ile razy ten ostatni nie byłby nastąpił w przypadku zaniechania pierwszego, uzupełnić jak następuje: Czyn człowieka staje się przyczyną odnośnego skutku przestępnego, ile razy, w przypadku zaniechania pierwszego, skutek ten nie byłby nastąpił z tego tylko powodu, że czynnik, który go sprowadził, nie byłby wtedy posiadał mocy potrzebnej do jego wytworzenia.

W odniesieniu do *delicta per omissionem commissa* powiemy, że zaniechanie danego czynu staje się przyczyną odnośnego skutku przestępnego, ile razy, w przypadku spełnienia pierwszego, skutek ten nie byłby nastąpił z tego tylko powodu, że czynnik, który go sprowadził, byłby wtedy utracił moc potrzebną do jego wytworzenia.

77. Wskazana przezemnie różnica przedmiotowa między pojęciem czynu ludzkiego jako przyczyny, a jego pojęciem jako jego warunku *sensu stricto*, uważam za bardzo ważną z tego powodu, że pozwoli mi ona, w dalszym ciągu wykładu, znaleść podstawę przedmiotową, do rozgraniczenia, w nauce o usiłowaniu, początku wykonania (przyczyna) od działań przygotowawczych (warunki), a w nauce o udziale — pojęcia sprawstwa (przyczyna) od pojęcia pomocnictwa (warunek).

78. Zastanowić się jeszcze wypada nad przypadkiem t. zw. przerwy związku przyczynowego. O przerwie tej mówimy wtenczas, gdy, po spełnieniu czynu, który miał moc sprowadzenia danego skutku, ale w chwili gdy ten skutek jeszcze nie nastąpił, wszedł w grę nowy czynnik, który go sprowadził własną mocą. Np. Piotr strzelił do Pawła w zamiarze morderczym, lecz tylko zranił go ciężko. Tymczasem nad łóżkiem rannego Pawła zawalił się sufit i zabił go

na miejscu, lub też sam Paweł wystrzałem z rewolweru położył kres swemu życiu.

W przypadkach tego rodzaju, sytuacja prawna sprawcy czynu, spełnionego poprzednio w zamiarze sprowadzenia danego skutku przestępnego, zmienia się bardzo doniośle, gdyż nie będzie on mógł nigdy odpowiadać za ten skutek z tytułu przestępstwa dokonanego, lecz będzie można go uznać winnym tylko usiłowania.

4 Czas i miejsce spełnienia przestępstwa.

§ 17.

79. Wiemy, że w skład każdego czynu przestępnego wchodzą właściwie dwa pierwiastki, a mianowicie: 1) czyn zewnętrzny *sensu stricto* i 2) skutek przestępny (Nr. 68). W przypadkach, w których czyn sprowadza bezpośrednio skutek przestępny, kwestja oznaczenia czasu i miejsca wykonania przestępstwa 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 znacznie się odrywać od czynu, który go sprowadził. Otóż zachodzi pytanie, kiedy i gdzie w przypadkach, gdy takie oderwanie nastąpiło, należy uważać przestępstwo za spełnione.

80. Zarówno z teoretycznych, jak i praktycznych względów, trzeba przyznać znaczenie rozstrzygające czynowi zewnętrznemu *sensu stricto*.

Z punktu widzenia teoretycznego dlatego, 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 (przestępstwo dokonane), lub miał wywołać (usiłowanie). Słuszną więc jest rzeczą, aby czas i miejsce spełnienia odnośnego czynu przyjmować za podstawę dla rozstrzygania pytania, kiedy i gdzie spełnione zostało przestępstwo, za które sprawca ma odpowiadać właśnie z tytułu tego czynu.

Z punktu widzenia praktycznego dlatego, że w przeciwnym razie, czas i miejsce spełnienia przestępstwa musiałyby zbyt długo uchodzić za wątpliwe w tych wszystkich przypadkach, w których, po spełnieniu czynu, nie dałoby się zgóry przewidzieć ani czy, ani gdzie i kiedy nastąpi odnośny skutek przestępny. Słusznie też Ustawa austr. o postęp. k. z 23 maja 1873 (§ 51) mówi wyraźnie, że *forum*

delicti commissi ma się opierać nie na miejscu, gdzie nastąpił odnośny skutek przestępny, lecz na tem, gdzie sprawca spełnił czyn karygodny.

ROZDZIAŁ II.

Działanie bezprawne.

I. Bezprawie kryminalne a cywilne.

§ 18.

81. Druga istotna cecha każdego przestępstwa polega na tem, że musi ono sprzeciwiać się prawu. Pochodzi to stąd, że z przestępstwem, z woli prawa, wiąże się kara, a prawo, samo przez się, żądać kary nie może. Prawo bowiem powołane jest do czuwania nad temi właśnie interesami (życie, ciało, wolność, majątek, cześć), w zakresie których kara wyrządza przestępcy uszczerbek. Rzecz jasna więc, że kara, nie mogąc być następstwem tego, czego prawo żąda bezpośrednio, musi być skutkiem tego, co sprzeciwia się jego woli. Innemi słowy kara jest koniecznością, której domaga się prawo, lecz którą wytworzyć może tylko przestępca, popełniwszy czyn bezprawny.

82. A nawet nie każde bezprawie będzie nadawało się do tego, aby móc stać się przestępstwem. Kara bowiem to jest *malum*, które o tyle tylko zasługiwać będzie na usprawiedliwienie, o ile okaże się *necessarium*. Dlatego to powiedziano wyżej (Nr. 60), że do istoty przestępstwa wchodzić musi bezprawie szczególnie kwalifikowane t. j. 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 zapomocą kary.

Działania bezprawne, posiadające powyżej podaną kwalifikację, przyjęto powszechnie podciągać pod pojęcie bezprawia kryminalnego, przeciwstawiając temu ostatniemu bezprawie cywilne, jako kategorję, mającą obejmować wszystkie inne gatunki działań bezprawnych.

83. W nauce panują różne zapatrywania na stosunek bezprawia kryminalnego do cywilnego. Podciągnąć je można pod trzy następujące główne tezy:

1. Między temi bezprawiami zachodzi różnica nie jakościowa, lecz ilościowa.

2. Istnieje tylko jedno bezprawie podmiotowe, a jest niem bezprawie kryminalne.

3. Między temi bezprawiami zachodzi różnica zasadnicza, tkwiąca w samej ich naturze.

84. 1. Według pierwszej tezy, bezprawie cywilne ma się do kryminalnego, jak bezprawie niższej do bezprawia wyższej miary. Zaliczenie danego bezprawia do pierwszej lub drugiej kategorji zależy wyłącznie od tego, czy ustawodawca, idąc za wskazówkami polityki prawnej, uzna, że wystarczy zażądać od jego sprawcy wynagrodzenia szkody, którą z jego winy poniósł pokrzywdzony, czyteż, że oprócz tego, trzeba będzie jeszcze dać mu do odcierpienia pewną karę (Ihering, Merkel, Heinze, Budziński). Równocześnie wyznawcy tej tezy nie widzą też odrębności istotnej, między wynagrodzeniem szkody a karą, utrzymując, że pierwsze ma się do drugiej, jak środek represyjny łagodniejszy do surowszego. Przeciwko temu przemawia uznany powszechnie system, łączenia kary z obowiązkiem wynagrodzenia szkody w sposób, całkiem niezależny od lżejszego lub cięższego kalibru przestępstwa.

85. 2. Drugą tezę reprezentuje Binding *(Die Normen und ihre Uebertretung)*. Wychodzi on z tego założenia, że kara różni się zasadniczo od wynagrodzenia szkody i to w trzech następujących punktach istotnych:

a) Kara ma padać tylko na winowajcę; obowiązek wynagrodzenia szkody ponosić może także osoba całkiem niewinna, np. dziedzic tego, kto wyrządził szkodę.

b) Kara wymierza się na rzecz całego społeczeństwa; z wynagrodzenia szkody korzystać ma tylko pokrzywdzony.

c) Kara jest odpłatą za krzywdę, którą wyrządził przestępca; wynagrodzenie szkody jest naprawą uszczerbku majątkowego, na który przez swoje postępowanie jedna osoba naraziła drugą.

Z tego słusznego założenia wyprowadza Binding tę konsekwencję, że kara nie może wypływać z tego samego źródła, z którego rodzi się obowiązek wynagrodzenia szkody. Źródłem mianowicie, który daje początek karze jest bezprawie, jako akt nieposłuszeństwa przeciwko nakazowi lub zakazowi, zawartemu w normie prawa. Wy-

nagrodzenie szkody zaś jest skutkiem, który prawo łączy z każdym stanem rzeczy, uszczuplającym majątek jednej osoby, a mającym swoją przyczynę w postępowaniu drugiej. Obowiązek mianowicie ponoszenia tego skutku pada także na posiadacza cudzej rzeczy, choćby w najlepszej wierze, i na dłużnika, któryby najsumienniej, ale błędnie sądził, że już uiścił swą należytość.

Istnieje więc, według Bindinga, tylko jedno bezprawie podmiotowe, które nazywa on *Delikt*. Bezprawie to, jako akt nieposłuszeństwa wobec normy prawa, okaże się zawsze *straffähig* t. j. zdolnem do tego, aby, w miarę wymagań polityki prawnej, państwo mogło go zabronić pod groźbą kary. Z tą ostatnią chwilą, *Delikt* przeobrazi się w przestępstwo *(strafbares Unrecht)*.

Co się tyczy zaś t. zw. bezprawia cywilnego, to nie jest ono dla Bindinga żadnem bezprawiem podmiotowem, bo niema w niem elementu nieposłuszeństwa wobec prawa. Dłużnik, gdy w swoim czasie nie zaspokoi wierzyciela, łamie tylko obowiązek, który sam na siebie nałożył. Dopiero, gdy w drodze procesu, sąd, wyrokiem prawomocnym, każe dłużnikowi spłacić wierzyciela, to dalszy opór dłużnika byłby już przełamaniem obowiązku, nałożonego na niego przez wyrażoną w wyroku sądowym normę prawa. Odtąd też opór dłużnika miałby już wszystkie cechy *deliktu* i przypisać to już trzeba wskazówkom polityki prawnej, jeżeli państwo woli nie karać dłużnika za to bezprawie, lecz raczej użyczać wierzycielowi pomocy egzekucyjnej.

Rozumowanie Bindinga, o ile odnosi się do bezprawia kryminalnego, uważam za całkiem słuszne. Wydaje mi się ono zaś błędnem, co do bezprawia cywilnego, z tego powodu, że przecież, prócz norm prawa przykazujących, są jeszcze jego normy określające (p. niżej Nr. 90), i że niewątpliwie popełnia bezprawie i ten, kto te ostatnie przepisy przełamie. Kodeks cywilny powiada, że wierzycielowi, w umówionym czasie, należy się od dłużnika zwrot udzielonej mu pożyczki. Dłużnik, zmuszając wierzyciela do procesu, narusza powyżej podaną normę określającą prawa, a więc dopuszcza się niewątpliwie bezprawia podmiotowego.

86. 3. Wyznawcy trzeciej tezy szukają różnicy zasadniczej między naturą bezprawia cywilnego a naturą bezprawia kryminalnego bądź *a)* w odmiennym nastroju woli sprawcy; bądź *b)* w odmiennym rodzaju naruszonego dobra; bądź *c)* w odmiennym przejawie zewnętrznym woli prawu przeciwnej.

87. *ad a).* Jest to teorja podmiotowa Hegla. Sprawca bezprawia kryminalnego chce działać niezgodnie z prawem, i to bądź otwarcie (przestępstwo), bądź pod pozorem czynu legalnego (oszustwo).

Sprawca bezprawia cywilnego żąda, aby prawo orzekło, czy słuszność jest po jego stronie *(unbefangenes Unrecht).*

Kryterjum to rozbija się o ten szkopuł, że przecież, w niejednym przypadku, sprawca bezprawia cywilnego (nieuczciwy dłużnik) wynurzy wolę bardziej oporną prawu, niż sprawca bezprawia kryminalnego (Piotr zabił Pawła, wystrzeliwszy do niego żartem z rewolweru, o którym obaj sądzili, że nie jest nabity).

88. *ad b).* Jest to teorja przedmiotowa Hälschnera *(System des preussischen Strafrechts,* 1858). Każe ona widzieć w bezprawiu cywilnem naruszenie interesów, których pokrzywdzonemu wolno się zrzekać (prawa majątkowe), a w bezprawiu kryminalnem — naruszenie dóbr, których, w myśl prawa przedmiotowego, żaden człowiek zrzekać się nie może. Ale, jakże wtedy potrafilibyśmy uzasadnić kategorję przestępstw przeciwko interesom majątkowym?

89. *ad c).* Jest to teorja formalna (Hälschner w późniejszem dziele: *Das gemeine deutsche Strafrecht,* 1881), według której istotną cechą bezprawia cywilnego ma być zachowanie się bierne wobec nakazu prawa, a istotną cechę bezprawia kryminalnego tworzyć ma wystąpienie czynne przeciwko jego zakazowi. Na obalenie tej tezy powiedzmy, że nie samo przełamanie nakazu lub zakazu prawa decydować może o lżejszym lub cięższym kalibrze danego bezprawia, lecz wartość dobra, chronionego przez ów nakaz lub zakaz i stopień jego nadwerężenia. Porównajmy np. przestąpienie zakazu przejazdu drogą prywatną z przełamaniem przez drożnika nakazu wystawienia sygnału kolejowego. Czy byłaby jakakolwiek racja, chcieć widzieć w pierwszym przypadku przestępstwo (naruszenie zakazu), a w drugim — bezprawie cywilne (naruszenie nakazu)?

90. Mojem zdaniem najwłaściwiej jest oprzeć różnicę zasadniczą między bezprawiem cywilnem a kryminalnem na różnicy między przełamaniem normy określającej prawa, a przestąpieniem jego normy przykazującej (nakazu lub zakazu). I jedne i drugie normy są wyrazami woli prawa.

Normy określające nakładają na nas pewne obowiązki tylko o tyle, o ile w danym przypadku spełnianie ich przez nas zgadza-

łoby się z wolą indywidualną osób, w interesie których prawo nas do nich pociąga.

Normy przykazujące nakładają na nas pewne obowiązki, na rzecz drugich osób, całkiem niezależnie od tego, czy w tym lub innym przypadku, którakolwiek z tych ostatnich chciałaby lub nie żądać od nas ich spełniania.

Otóż inną jest niewątpliwie rzeczą sprzeciwić się woli prawa, której istotną sprężyną jest wola indywidualna pewnego osobnika, a inną — przełamać wolę prawa, czerpiącą swój nastrój tylko z woli wszystkich. W pierwszym przypadku, prawo może jeszcze mnie skłonić, do uznania nad sobą jego panowania, podnosząc mój obowiązek uczynienia zadosyć woli danego osobnika, do rzędu obowiązku, uczynienia zadosyć woli wszystkich t. j. zamieniając odnośnie do stosunku, który mam zawiązać z owym osobnikiem, swoją normę określającą w przykazującą (wyrok sądowy). 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 bezprawia cywilnego, prawo nie występuje przeciwko jego sprawcy, lecz tylko ujmuje się za osobą pokrzywdzoną; w przypadku zaś bezprawia kryminalnego, uzbraja się ono wprost przeciwko winowajcy i, zapomocą kary, łamie jego opór przeciwko jego przykazaniom.

II. Bliższy rozbiór przykazań prawa. Bezprawie policyjne. Warunkowość i normalność przykazań prawa.

§ 19.

91. Każde przykazanie prawa, bez względu na to, czy przybierze formę zakazu lub nakazu, jest normą, mającą na celu zapewnianie należytej ochrony jakiemuś dobru, przedstawiającemu interes dla człowieka lub społeczeństwa ludzkiego. Nawet przykazania, które rozciągają opiekę nad zwierzętami, podyktowane są zawsze troską o jakiś interes ludzki materjalny (np. zakaz polowania w czasie ochronnym), lub moralny (np. zakaz dręczenia zwierząt).

Wynika stąd, że każde przestępstwo, jako naruszenie przykazania prawa, musi być zamachem na jakieś dobro ludzkie.

92. Im jakieś dobro posiada wyższą wartość dla społeczeństwa ludzkiego, tem prawo musi bardziej się troszczyć o zapewnienie mu

należytej ochrony, czyto przez zabranianie wytwarzania czynników, któreby mu szkodziły (zakazy), czyteż przez żądanie wytwarzania czynników, któreby mu sprzyjały (nakazy).

Binding *(Normen,* I. § 17), pod tym względem, odróżnia trzy kategorje działań, mogących być, dla ochrony jakiegoś dobra, przedmiotem zakazów lub nakazów prawa:

1) Działania zakazane dlatego, że uszkadzają lub niszczą jakieś dobro (np. morderstwo, kradzież); nakazane dlatego, że są potrzebne dla jego utrzymania (np. spełnianie służby wojskowej lub urzędu sędziego przysięgłego).

2) Działania zakazane dlatego, że narażają rzeczywiście na niebezpieczeństwo jakieś dobro (np. wywołanie paniki w teatrze); nakazane dlatego, że służą rzeczywiście do odparcia pewnego grożącego mu niebezpieczeństwa (np. doniesienie władzy o zamierzonej zbrodni, w czasie, gdy jeszcze można ją udaremnić).

3) Działania zakazane dlatego, że tylko mogą narażać na niebezpieczeństwo jakieś dobro (szybka jazda po ulicach miasta); nakazane dlatego, że tylko mogą służyć do usunięcia grożącego mu niebezpieczeństwa (np. przestrzeganie przepisanych formalności przy sprzedaży lekarstw).

Najwięcej norm drugiego i trzeciego stopnia wydaje prawo dla ochrony bezpieczeństwa państwa i życia ludzkiego.

93. Specjalnie z zakazami i nakazami prawa trzeciego stopnia wiąże się pojęcie t. zw. bezprawia policyjnego. Sądzono dawniej powszechnie (Hälschner), że bezprawie to ma wszelki tytuł do tego, aby stanowić odrębny, pośredni gatunek bezprawia, między bezprawiem cywilnem a kryminalnem t. j. przestępstwem. Od pierwszego różniłoby się ono istotnie nieposłuszeństwem wobec zakazu lub nakazu prawa; od drugiego — tem, że byłoby w niem tylko to nieposłuszeństwo, a nie mieściłby się żaden zamach na dobro, chronione przez dany zakaz lub nakaz *(Ungehorsamsdelikt).*

Sądzę, że, przy bliższem rozpatrzeniu, w nieposłuszeństwie, o którem tu mowa, znajdzie się także zamach, jeżeli nie na dobro chronione bezpośrednio przez odnośny zakaz lub nakaz, to w każdym razie na interes, bardzo ściśle z niem powiązany. W przestąpieniu zakazu szybkiej jazdy po ulicach miasta mieści się przecież także osłabienie w przechodniach uczucia spokoju o bezpieczeństwo ciała lub życia, a więc i naruszenie interesu, znajdującego się niewątpliwie pod ochroną prawa. Niema więc żadnej podstawy do przyznawania

t. zw. bezprawiu policyjnemu typu, któryby je wyodrębniał zasadniczo od przestępstwa.

94. O wszystkich przykazaniach prawa należy, za przykładem Bindinga, powiedzieć, że odznaczają się warunkowością i normalnością.

Warunkowość ich polega na tem, że niema przykazania, któreby obowiązywało bezwarunkowo, t. j. wiązało wszystkich ludzi wśród wszelakich okoliczności. Nawet zakaz »nie zabijaj« traci moc w przypadkach obrony koniecznej lub egzekucji wyroku śmierci.

Normalność przykazań prawa polega na tem, że mają one moc reguł, które tylko wyjątkowo t. j. w przypadkach, specjalnie przez prawo przewidzianych, przestają obowiązywać.

Przypadki te rozbieram niżej pod nazwą okoliczności, wyłączających bezprawność działań, spełnionych wbrew ogólnym zakazom lub nakazom prawa.

III. Okoliczności wyłączające bezprawność działań skądinąd przestępnych.

§ 20.

95. Okoliczności te mogą albo nakładać obowiązek spełniania działań skądinąd prawu przeciwnych, albo tylko upoważniać do ich spełniania.

96. Obowiązek przełamania ogólnego zakazu lub nakazu prawa może nałożyć tylko *lex specialis*, o której wiadomo, że *derogat generali*. W myśl tej reguły, kat nie popełnia bezprawia, tracąc, pomimo zakazu nie zabijaj, zbrodniarza, skazanego na śmierć.

Ponieważ norma szczególna ma się do normy ogólnej jak wyjątek do reguły, przeto *a)* normę szczególną należy zawsze tłumaczyć jaknajściślej, a *b)* czyn, spełniony wbrew normie ogólnej, poza obrębem przykazania, zawartego w *lex specialis*, uważać trzeba za przełamanie pierwszego, nie zaś drugiego z tych przepisów. Popełnia więc morderstwo ten, kto samowolnie zabija zbrodniarza, już prawomocnie skazanego na śmierć.

Rozkaz przełożonego, nawet w stosunkach służby wojskowej, nie może, co do tej kwestji, stać na równi z *lex specialis*. Czyn bowiem bezprawny, spełniony na rozkaz przełożonego, nie przestaje nigdy sprzeciwiać się prawu. Za ten czyn bowiem, jeżeli okaże się on przestępstwem, będzie zawsze odpowiadał przełożony, a podwła-

dny będzie wolny od kary, wtedy tylko, gdy mógł uważać ten rozkaz za legalny (błąd), lub gdy go spełnił pod wpływem przymusu psychologicznego, wywartego obawą ciężkiej odpowiedzialności za nieposłuszeństwo.

97. Co się tyczy okoliczności, które tylko upoważniać mogą do spełniania działań, skądinąd przez prawo zabronionych, to należą do nich 1) szczególne upoważnienia prawne; 2) obrona konieczna; 3) wyższa konieczność i 4) zgoda pokrzywdzonego.

Za dawnych czasów zaliczano tu także wyjęcie pokrzywdzonego z pod opieki prawa (rzymska *sacratio capitis*, staro-germańska *Friedlosigkeit*). Według pojęć dzisiejszych, czyn przestępny nie utraciłby tego charakteru, choćby się go miano dopuścić przeciwko największemu zbrodniarzowi. Oświadcza to wyraźnie K. K. austr. w § 4.

1. Szczególne upoważnienia prawne.

§ 21.

98. Upoważnienia te mogą wypływać albo z przyznanej niektórym osobom władzy karnej domowej lub dyscyplinarnej, albo z prawidłowego wykonywania jakiegoś zawodu.

Z uwagi na pierwszą okoliczność, nie dopuści się przestępstwa ojciec, karząc cieleśnie syna, lub urzędnik, udzielający podwładnemu, wobec świadków, nagany w tonie obraźliwym.

Z uwagi na drugą okoliczność, nie popełni zdrady głównej poseł, któryby w Radzie Państwa lub Sejmie wygłosił mowę, noszącą skądinąd wszystkie znamiona tej zbrodni (§ 1. Ust. z 3. X. 1861 o nietyk. członków R. P. i S. Kr., tudzież § 16. al. 2. Ust. Zas. z 21. XII. 1867 o Reprez. państwa; patrz moją rozprawę *Nietykalność poselska i prawo karne* w Przeglądzie pr. i adm. 1898).

99. Odrębny typ przedstawiają przypadki, w których przywilej wykluczenia bezprawności wiąże się nie z charakterem sprawcy odnośnego czynu, lecz z pewną szczególną naturą samego czynu, bez względu na osobę, któraby go spełniła. Tu, według prawa austrjackiego, należy zaliczyć następujące przypadki:

a) Dozwoloną w §§ 1321 i 1322 K. c. własną pomoc, przez zajęcie cudzego bydła, czyniącego szkodę na czyimś gruncie.

b) Dozwolone przytrzymanie przestępcy lub człowieka, mogą-

cego uchodzić za niebezpiecznego, celem niezwłocznego oddania go w ręce właściwej władzy (§ 93 K. k.).

c) Dozwolone ogłaszanie, osnową pisma drukowego, zgodnych z prawdą doniesień o jawnych rozprawach Rady P. lub S. Kr. (§ 28. Ust. Pras. z 17. XII. 1862).

2. Obrona konieczna
(inculpata tutela, Notwehr).

§ 22.

100. W społeczeństwach z wyższą organizacją polityczną regułą jest, że jednemu tylko państwu służy tytuł do używania przymusu zewnętrznego, czyto *a)* przeciwko sprawcy bezprawia, aby go zniewolić do naprawy krzywdy, którą przez nie wyrządził, czy też *b)* przeciwko osobie, ze strony której grozi jakiś natychmiastowy napad bezprawny, aby, przez jego udaremnienie, nie dopuścić do uszkodzenia danego dobra.

Od tej reguły ustawy dzisiejsze nie dopuszczają prawie żadnych wyjątków, o ile chodzi o przypadek, wskazany wyżej pod lit. *a*. W Austrji § 19. Kod. cyw. uważa pomoc własną *(Selbsthilfe)* za bezwarunkowo zabronioną. Patrz wyjątek pod Nr. 99.

Większym liberalizmem odznacza się prawo, gdy chodzi o udaremnienie zamierzonego, a już bezpośrednio zagrażającego napadu bezprawnego. Pod pewnemi warunkami bowiem, uznaje ono t. zw. obronę konieczną, z tytułu której, dla odparcia napadu bezprawnego, już obecnie grożącego jakiemuś dobru, znajdującemu się pod ochroną prawa, wolno jest osobie prywatnej naruszyć, w sposób skądinąd przestępny, jakiś, przez ogólny zakaz prawa strzeżony, interes napastnika, skoro tylko okazałoby się to środkiem koniecznym dla ocalenia dobra napadniętego.

Warunkami, od których zawisło prawo obrony koniecznej, są 1) bezprawność napadu; 2) jego obecność; 3) niezbędność obrony i 4) jej umiarkowanie.

101. 1. Bezprawność napadu. Napad należy uważać za bezprawny wtenczas, jeżeli pochodzi od człowieka i jest niezgodny z wolą prawa. Tę niezgodność trzeba pojmować tylko w rozumieniu przedmiotowem t. j. niezależnie od tego, czy napastnik jest poczy-

talny. Za słusznością tego zdania, a przeciwko autorom, według których napad ze strony osoby niepoczytalnej (dziecka lub warjata) mógłby wytwarzać tylko stan wyższej konieczności (Hälschner, Janka, Lammasch) przytoczyć trzeba ten argument, że, przy obronie koniecznej, nie chodzi o pociąganie napastnika do żadnej odpowiedzialności karnej (to bowiem musi pozostać zawsze monopolem państwa), lecz o udaremnienie zagrażającego z jego strony zamachu na dobro przez prawo chronione.

Z natury obrony koniecznej wypływa, że bezprawność napadu, stanowiąca jej warunek istotny, zależeć nie może ani od tego *a)* jakie, — ani od tego *b)* czyje dobro zostało napadnięte.

Kod. k. austr. (§ 2. *g*) jednak stanął na gruncie tej zasady tylko co do drugiego punktu, dopuszczając obrony koniecznej, dla odparcia napadu bezprawnego od siebie lub innych. Co się tyczy bowiem pierwszego punktu, to kodeks ten pozostał wierny dawnemu systemowi wymieniania dóbr, mogących być przedmiotem napadu, któryby uzasadniał obronę konieczną. Do dóbr tych zalicza on życie, wolność i majątek. Kod. k. wojsk. z r. 1855 dodaje tu jeszcze honor oficerski.

Z natury też obrony koniecznej wypływa, że nie możnaby o niej mówić w przypadkach, gdy jakieś dobro stać by się miało ofiarą jakiegoś nadwerężenia, czyto na rozkaz (np. w drodze egzekucji przymusowej), czyteż tylko z upoważnienia prawa (wykonywanie obrony koniecznej). W tym ostatnim jednak przypadku, obrona konieczna mogłaby okazać się uzasadnioną wobec t. zw. *excessus defensionis*, gdyż wtedy chodziłoby o odparcie ciosów już niezgodnych z wolą prawa.

102. 2. Obecność napadu. Warunek ten polega na tem, aby napad, w chwili użycia przeciwko niemu gwałtu, już groził bezpośrednio, lub jeszcze nie doszedł całkiem do końca *(temporis vicinitas)*. To znaczy, że trzeba, aby, z jednej strony, napad był już wdrożony, a nie dopiero przewidywany przez osobę, która się go obawiała, bo, w tym ostatnim przypadku, jej akcja gwałtowna, dla udaremnienia napadu, byłaby raczej jego wyzwaniem, niż odpieraniem[1]. Z drugiej zaś strony, trzeba, aby krzywda, którą napastnik wyrządził, kwalifikowała się jeszcze do usunięcia, inaczej bowiem akcja gwałtowna osoby prywatnej, przeciwko napastnikowi, byłaby nie obroną konieczną, lecz niedozwoloną pomocą własną.

W praktyce o obecności napadu sędzia będzie mógł decydować

tylko że względu na szczególne okoliczności każdego przypadku, czyli, w myśl Kod. k. austr (§ 2. *g*), z uwagi na charakter osób działających, czas lub miejsce napadu, jego rodzaj, lub inne do niego odnoszące się okoliczności.

[1] Przeciwko przewidywanemu napadowi wolno byłoby stosować tylko pewne środki ochronne, byle tylko stawać się miały skutecznemi dopiero z chwilą wdrożenia napadu (np. zasypywanie muru granicznego szkłem tłuczonem) i to nie w sposób, któryby musiał uchodzić za *excessus defensionis* (np. ustawienie, przy drzwiach, przyrządu, któryby wchodzącego złodzieja zabił).

103. 3. Niezbędność obrony. W myśl tego warunku, nie mógłby powoływać się na obronę konieczną ten, kto potrafiłby udaremnić napad w inny sposób, np. przez wezwanie na pomoc organów władzy, lub nawet przez ucieczkę niehańbiącą. I w tym ostatnim bowiem przypadku, jego akcja odporna nie mogłaby już uchodzić za jedyny środek, zapobieżenia zagrażającemu bezprawiu.

104. 4. Umiarkowanie obrony *(moderamen inculpatae tutelae)*. Dziś zdobywa sobie coraz więcej uznania teza, że obrona, aby uchodzić za umiarkowaną, musi być przystosowana nietylko do siły napadu, lecz i do wagi odpieranej krzywdy. Wagę zaś odpieranej krzywdy należy oceniać ze względu na wartość zagrożonego dobra, tudzież z uwagi na charakter napastnika. Z tego punktu widzenia zabicie nieuzbrojonego złodzieja, dla udaremnienia kradzieży, stanowiłoby *excessus defensionis*, a to nawet wtedy, gdyby inaczej nie dałoby się odeprzeć kradzieży. Najnowszy projekt austr. kod. kar. z r. 1913 (§ 11) zgodnie z tą tezą powiada: *Das Mass der Verteidigung wird durch die Gefährlichkeit des Angriffes, die Art der drohenden Verletzung und das Verhalten des Angreifers bestimmt.*

W praktyce pytanie, czy obrona była umiarkowana, potrafi sędzia rozstrzygnąć, jak zresztą zaznacza to wyraźnie K. k. austr. (§ 2. *g*), tylko rozpatrzywszy dokładnie wszystkie okoliczności danego przypadku, a zwłaszcza charakter odnośnych osób, czas i miejsce napadu, oraz jego rodzaj. Zgóry będzie musiał sędzia uznać granice obrony za przestąpione wtedy tylko, gdy, w drodze osobnych przepisów prawnych, unormowane zostało, w odniesieniu do niektórych osób, użycie broni, dla udaremniania pewnych prawu przeciwnych zamachów, a jedna z tych osób użyła w tymże celu takiego narzędzia w sposób, niezgodny z obowiązującą instrukcją (np. żandarmerja, straż wojskowa).

105. Kodeks austrjacki zalicza obronę konieczną formalnie do powodów, wyłączających zły zamiar (§ 2) i stawia w równym rzędzie z okolicznościami, które, ze względów czysto podmiotowych wykluczają poczytanie winy (nieprzytomność i niedojrzałość umysłu, błąd, przymus nieodporny). W istocie jednak i w kodeksie tym rysuje się różnica zasadnicza między obroną konieczną, a przyczynami podmiotowemi braku winy. Kodeks bowiem uwalnia od kary tego, kto wyrządził drugiemu krzywdę, w drodze obrony koniecznej, nie z uwagi na ten lub inny stan psychiczny sprawcy, lecz z uwagi na to, czy jego obrona konieczna okaże się sprawiedliwą *(gerechte Notwehr)* pod względem przedmiotowym.

106. 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 mianowicie stanowiska należy oceniać przypadki zarówno upozorowania, jak i przestąpienia obrony koniecznej.

1) O upozorowaniu obrony koniecznej *(Notwehrprätext)* mówimy wtedy, gdy sprawca się nią tłumaczy, pomimo, że nie zaszedł stosunek, któryby ją przedmiotowo uzasadniał.

2) Przestąpienie zaś obrony koniecznej *(Notwehrexcess, excessus defensionis)* ma miejsce wtedy, gdy sprawca nie dotrzymał czwartego jej warunku, t. j. umiarkowania.

Przestąpienie to, jeżeli było umyślne, uzasadniać będzie zawsze, po stronie sprawcy, przestępstwo z winy umyślnej.

Jeżeli jednak sprawca, wprawdzie nie chciał przebrać miary obrony, ale tem niemniej mógł był zwrócić baczniejszą uwagę na swoje postępowanie, a wtedy byłby się utrzymał w należytych granicach; to krzywda, przez niego wyrządzona, mogłaby uzasadniać, po jego stronie, tylko przestępstwo z winy nieumyślnej.

Kod. k. austr. uznaje tę ostatnią tezę, tylko na przypadek, gdyby sprawca przebrał miarę pod wpływem przestrachu, bojaźni lub zatrwożenia *(Bestürzung, Furcht oder Schrecken)*, czyli t. zw. uczuć asthenicznych.

A co byłoby wtedy, gdyby *excessus defensionis* nastąpił pod wpływem innej namiętności, jako to gniewu lub oburzenia, czyli t. zw. uczuć sthenicznych? Wtedy brak baczniejszej uwagi, po stronie sprawcy, nie ma już odbierać charakteru umyślności krzywdzie, przez niego wyrządzonej. Od odpowiedzialności karnej chro-

nić mógłby go już tylko jeden z tych stanów podmiotowych, które, według ustawy, wykluczają poczytanie winy (np. chwilowe zaburzenie umysłu).

3. Wyższa konieczność. (*Summa necessitas, Notstand*).

§ 23.

107. Wyższą koniecznością nazywa się w prawie karnem przypadek, w którym, pod pewnemi warunkami, wolno osobie prywatnej ratować jakiś interes, chroniony przez prawo, przez poświęcenie, wbrew ogólnym zakazom prawa, innego cudzego interesu, skoro tylko między temi interesami zaszła tego rodzaju kolizja, że tylko jeden z nich może być ocalony, kosztem drugiego, od jakiegoś im obu zagrażającego niebezpieczeństwa.

Warunki, pod któremi, w razie podobnej kolizji interesów, powstaje wskazane wyżej prawo, są następujące:

1) Kolizja musi być rzeczywista, t. j. wistocie nie dopuszczać ocalenia obu interesów.

2) Dobro ratowane musi wartością swoją conajmiej dorównywać dobru, poświęconemu potrzebie jego ocalenia.

3) Ten, kto ratuje własne dobro, nie może mieć specjalnego obowiązku prawnego, nie uchylania się, kosztem innych osób, od grożącego mu niebezpieczeństwa; np. kapitan tonącego okrętu.

Niektóre kodeksy dodają jeszcze czwarty warunek t. j aby kolizja interesów nie została wytworzona z winy osoby, która następnie ratuje w jej przypadku swoje dobro kosztem cudzego (K. k. niem. § 54). Najnowsze projekty kodeksów karnych (austr. § 10; polski art. 20) nic o tym warunku nie wspominają, i słusznie, bo wina w tego rodzaju przypadkach odnosi się właściwie nie do samej kolizji, lecz do jakiegoś przestępstwa poprzednio popełnionego, które czysto przypadkowo sprowadziło dla sprawcy fatalną kolizję interesów. Np. Piotr podpala dom, a następnie, pozostawszy tamże zbyt długo na piętrze, dla odszukania jakiegoś ważnego dokumentu, nie może inaczej uratować życia, jeno uciekając oknem, i strącając Pawła z przystawionej do okna drabiny.

108. Prawo wyższej konieczności nie było obce ani prawu rzymskiemu, ani prawu kanonicznemu. Pierwsze znało regułę *adversus*

periculum naturalis ratio permittit se defendere i rządziło się nią w przypadkach klęsk, grożących na morzu i wśród pożaru. Drugie uznawało, że *quod non est licitum lege, necessitas facit licitum* i, w myśl tego prawidła, usprawiedliwiało kradzież z głodu, lub dla okrycia nagości ciała.

Pomimo to, prawo to dotąd jeszcze nie cieszy się powszechnem uznaniem ze strony ustaw. Niektóre kodeksy bowiem dziś jeszcze widzą w wyższej konieczności nie tytuł prawny, do poświęcania cudzych interesów, lecz jedynie źródło tak silnego przymusu psychologicznego, że wyłącza on winę osoby, która, pod jego naciskiem, dla ocalenia droższego jej dobra, poświęciła cudzy interes. Do tych kodeksów należą francuski *Code pénal* (art. 64) i obowiązujący austrjacki (§ 2. *g*).

Najdalej zaś, na drodze uznawania prawa wyższej konieczności, poszło prawo niemieckie. Przedewszystkiem bowiem uświęciło ono w Kod. karn. (§ 54) ogólną regułę, że niema czynu przestępnego w przypadku, gdy ktoś w stanie wyższej konieczności, wywołanym bez jego winy, i nie dopuszczającym innej drogi wyjścia, ratuje od bezpośredniego niebezpieczeństwa, kosztem cudzego dobra, życie lub ciało, bądź swoje, bądź też bliskich mu osób. Oprócz tego zaś, uznało ono jeszcze w nowym kodeksie cywilnym (§§ 228, 904), że niema żadnego bezprawia wtedy, gdy, pod wpływem wyższej konieczności, uszkodzono lub zniszczono cudzą rzecz, skoro tylko szkoda, której tym sposobem chciano zapobiec, byłaby bez porównania większą od tej, którą, dla jej odparcia musiano komuś drugiemu wyrządzić. — Trzecia Now. cyw. austr. (§ 156) nie posunęła się aż do uznania prawa wyższej konieczności, lecz w nowym, przez nią do Kod. cyw. wprowadzonym, § 1306 *a* przewiduje specjalnie przypadek wyrządzenia komuś szkody w stanie wyższej konieczności i wskazuje względy, według których sędzia ma oceniać, czy i w jakiej mierze należy się wtedy pokrzywdzonemu odszkodowanie.

109. Scharakteryzowane wyżej (Nr. 107) prawo wyższej konieczności uzasadniam jak następuje:

Prawo, spowodu 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, przez nie chronionemi, zajdzie tego rodzaju kolizja, że tylko jeden z nich będzie można uratować kosztem drugiego. Jakież stanowisko godzi się w podo-

bnych przypadkach zająć prawu? W imię bezstronności, którą powinno rządzić się prawo w sprawowaniu opieki nad powierzonemi mu dobrami, będzie ono musiało wtedy żądać bezwarunkowo tego tylko, by 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 kolizji, uratowany kosztem drugiego, będzie musiało uchodzić dla prawa za kwestję całkiem obojętną, podczas gdy poświęcenie dobru wyższej wartości dobra niższego kalibru okaże się tutaj rzeczą raczej pożądaną dla prawa, niż sprzeczną z jego widokami.

Mając więc grunt ściśle prawniczy dla uzasadnienia prawa wyższej konieczności, nie potrzebujemy szukać dla niego podstawy ani w powrocie do stanu natury (Grotius, Pufendorf); ani w przymusie psychologicznym, który popchnął sprawcę do poświęcenia cudzego interesu (Geyer); ani w bezsilności jakiejkowiek groźby karnej do powstrzymania sprawcy od podobnego czynu (Kant, Feuerbach); ani w postulatach słuszności, która każe odstępować od przestrzegania *stricti iuris* (Breidenbach, Wächter); ani wreszcie we wskazówkach polityki kryminalnej, która nie pozwala żądać od człowieka, by chciał być bohaterem i męczennikiem (Herbert, Budziński, Bojarski).

110. Według kodeksu austrjackiego, sprawca krzywdy, wyrządzonej drugiemu pod wpływem wyższej konieczności, o ileby podchodziła o na pod pojęcie jakiegoś przestępstwa, byłby wolny od kary tylko wtedy, gdyby działał pod naciskiem tak silnego przymusu psychologicznego, iżby można go było podciągnąć pod pojęcie przymusu nieodpornego (*unwiderstehlicher Zwang*, § 2. *g*). Judykatura zaś w Austrji uważa przymus psychologiczny, wytworzony w danym przypadku przez stan wyższej konieczności, za równoznaczny z przymusem nieodpornym tylko o tyle, o ile sędzia przyjdzie do przekonania, że żaden przeciętny człowiek, znalazłszy się w podobnem, jak sprawca, położeniu, nie byłby się zdobył na energię, oparcia się temu przymusowi.

W odniesieniu do jednej tylko kategorji przestępstw, a są niemi przerwanie lub uszkodzenie telegrafu podmorskiego, ustawa z 30 marca 1888 (§ 5) liczy się z prawem wyższej konieczności, stanowiąc, że nie popełnia tych przestępstw ten, kto, przynaglony koniecznością, przerwał lub uszkodził telegraf podmorski, dla ocalenia od niebezpieczeństwa swego życia lub statku.

4. Zgoda pokrzywdzonego.

§ 24.

111. Zasada rzymska »*volenti non fit iniuria*« może być tematem dyskusji tylko w odniesieniu do przestępstw, dla których istoty ustawa nie wymaga wyraźnie braku zezwolenia ze strony pokrzywdzonego. Jeżeli bowiem do samego pojęcia jakiegoś przestępstwa wchodzić musi brak zgody pokrzywdzonego (np. kradzież, z § 181., zgwałcenie niewiasty, która już ukończyła 14 lat, z § 96. K. k. austr.), to oczywistą jest rzeczą, że jego spełnienie za zgodą pokrzywdzonego nastąpićby nigdy nie mogło.

Ale, czy, w odniesieniu do innych przestępstw, możnaby o sprawcy powiedzieć, że nie dopuścił się żadnego bezprawia dlatego tylko, że działał za zgodą pokrzywdzonego? Za odpowiedzią twierdzącą wypadałoby się oświadczyć, tylko co do krzywd w zakresie interesów, któremi prawo nietylko pozwala dysponować samowładnie osobie, będącej ich podmiotem, ale nawet pozwala jej tę swoją władzę nad niemi przekazywać komuś innemu. Do rzędu takich interesów przyjęto zaliczać, bez żadnych zastrzeżeń, tylko majątek i honor. Prawo do dysponowania życiem uchodzi za tak osobiste dla każdego człowieka, że nawet, za jego zgodą, nie mogłoby przejść na drugą osobę[1]. Co się tyczy zaś ciała lub wolności osobistej, to wyrządzenie nam w ich zakresie krzywdy, wbrew ogólnym zakazom prawa, a za naszą zgodą, możnaby uważać za czyn legalny tylko o tyle, o ile nie narażałoby nas na uszkodzenie zdrowia, jako istotnego warunku bezpieczeństwa życia, lub też nie odbierałoby nam zdolności do spełniania obowiązków, które prawo na nas nakłada (np. służby wojskowej).

[1] Zabicie jednak człowieka za jego zgodą, lub na jego żądanie, uchodzi słusznie w nowszych kodeksach za uprzywilejowany przypadek morderstwa (K. k. niem. § 216; proj. austr. z r. 1913 § 289).

112. Kodeks austr. obowiązujący odrzuca wyraźnie zasadę »*volenti non fit iniuria*« co do zbrodni (§ 4). Znaczy to, że nikt, popełniwszy zbrodnię, nie mógłby tłumaczyć się zgodą pokrzywdzonego. W odniesieniu do występków i przekroczeń, kodeks zachowuje milczenie co do tej kwestji. Przepis zaś, zawarty w § 4, nie wiązałby tu sędziego z tego powodu, że, w myśl § 239 K. k., z postanowień, odnoszących się do zbrodni, tylko §§ 5—11 stosowane być mają

także do występków i przekroczeń. Mniemam więc, że, według Kod. austr., zgodę pokrzywdzonego można uważać za okoliczność, uchylającą bezprawność czynów, uznanych skądinąd za występki i przekroczenia, byle tylko nadwerężenie danego dobra nie było wyraźnie uważane za przestępstwo w innym jeszcze, niż samego pokrzywdzonego, interesie (np. w interesie służby wojskowej). Mojem zdaniem mianowicie, nie dopuściłby się przekroczenia z § 411 K. k. ten, ktoby swemu lokajowi, za jakąś grubą winę, kazał, za jego zgodą, dać baty, zamiast by go miał wydalić ze służby.

113. Z kwestją 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 upoważnia drugą osobę do wyrządzania nam krzywdy za naszą zgodą. Ograniczać go może tylko wzgląd na jakiś szczególnie doniosły interes publiczny. Np. dopuści się bezprawia ten, kto skaleczy samego siebie, aby stać się niezdatnym do służby wojskowej (§ 69. Ust. wojsk. z 5 lipca 1912 Dz. u. p. 128).

114. Z tego samego stanowiska, aczkolwiek przeważnie z uwagi na postulaty religijne i etyczne, należałoby uznać i *samobójstwo* za czyn przeciwny prawu. Nie znaczy to jednak, aby to bezprawie posiadało kwalifikację do stawania się przestępstwem. Temu ostatniemu bowiem stoi na przeszkodzie niemożność ukarania w żaden sposób tego, kto sobie odebrał życie (dłoń prawa ziemskiego dosięgnąć go już nie może), a ukarania w jakikolwiek racjonalny sposób tego, kto dopuścił się usiłowanego samobójstwa. Każda kara, prócz kary śmierci, mogłaby tylko, nie osładzając mu egzystencji, stać się dla niego nową podnietą do powtórzenia zamachu na swoje życie. Kara śmierci dałaby mu to właśnie, czego sam próbował osiągnąć bezskutecznie, a kara śmierci kwalifikowana (np. ćwiertowanie) okazałaby się aktem raczej okrucieństwa, niż sprawiedliwości.

115. W innym stosunku znajduje się prawo do osoby, któraby dała drugiemu pomoc do samobójstwa. Zachodzi najzupełniejsza możność ukarania tej osoby w sposób racjonalny, a tytuł do uznania jej czynu za przestępstwo płynie stąd, że samobójstwo, w odniesieniu do głównego sprawcy, nie dlatego nie stanowi przestępstwa, iżby nie miało sprzeciwiać się prawu, lecz dlatego tylko, że niema możności, bądź żadnego ukarania jego sprawcy, bądź ukara-

nia go w żaden racjonalny sposób. Ponieważ jednak samobójstwo nie stanowi przestępstwa, przeto byłoby błędem formalnym chcieć traktować danie pomocy do samobójstwa, jako stopień udziału w jego dokonaniu przez głównego sprawcę. Czyn ten uznany być może tylko za *delictum sui generis*.

Kod. austr. ani nie karze za samobójstwo, ani też nie zna, jako osobnego przestępstwa, dania pomocy do niego. Pomimo to jednak nie możnaby przyznać racji autorom (Finger, Rittler, Stoos), którzy, z tego powodu, uważają danie pomocy do samobójstwa, za wolne od wszelkiej kary w Austrji. Sądzę bowiem, że §§ 335 i 431 K. k. upoważniają nas najzupełniej do traktowania dania pomocy do samobójstwa, jako występku przeciwko bezpieczeństwu życia[1].

Dodać jeszcze trzeba, że Kod. austr., aczkolwiek nie karze za samobójstwo, to jednak nie zawsze pozwala człowiekowi bezkarnie narażać swoje życie na niebezpieczeństwo. Dowodem tego jest przekroczenie kąpania się lub ślizgania się na lodzie w miejscach niedozwolonych (§ 338), który to przypadek kodeks z r. 1803 traktował w związku ze samobójstwem (cz. II. § 93).

[1] Tego samego zdania Herbst (*Handb.*, ad § 134. nr. 3), Lammasch (*Grundriss*, § 16. X.) i Hoegel (*Allgem. österr. Ger. Ztg.* 1901. Nr. 1. i 2.).

ROZDZIAŁ III.

Działanie podpadające pod ustawę karną.

I. Ustawa karna, a normy, które narusza przestępca. Różne typy nakazu zawartego w ustawie karnej.

§ 25.

116. Do należytego wyjaśnienia stosunku między ustawą karną a normą, którą łamie przestępca, najdzielniej przyczynił się Binding (*Normen*). W świetle jego teorji, ustawa karna stoi tylko na straży pewnych szczególnie doniosłych zakazów i nakazów prawa, żądając, aby ich naruszenie stanowiło przestępstwo, a jego sprawcę spotkała za nie odpowiednia kara. Nakaz więc, zawarty w ustawie karnej, wiąże nie przestępcę, który przecież przełamać może tylko normę prawa, przez ten nakaz chronioną. Ustawa karna wiąże rząd, stojący na czele państwa, gdyż ogranicza ona władzę karzącą państwa, ujmując ją w karby pewnych prawideł. Przełamania więc

ustawy karnej mógłby się dopuścić tylko rząd, przez wydawanie rozporządzeń sprzecznych z jej przepisami.

117. Najczęściej ustawodawca łączy w jednem postanowieniu oświadczenie, że jego wolą jest, aby obywatele postępowali zgodnie z jakąś normą prawa (zakazem lub nakazem), tudzież, że żąda on także, aby podlegali pewnej oznaczonej karze na przypadek, gdyby normę tę przestąpili. Do wyjątków tylko należą t. zw. ustawy karne blankietowe *(Blankettstrafgesetze)*. Są to przepisy, grożące karą za czyny przeciwne pewnym, dopiero w przyszłości wydać się mogącym przez upoważnioną do tego władzę nakazom lub zakazom. Np. § 6. Ust. przeciwko opilstwu z 19. VII. 1877, traktuje, jako przekroczenie, przełamanie zakazu uczęszczania do szynkowni przez jeden rok, tylko na przypadek, gdyby właściwa władza administracyjna uznała za wskazane, zabronić tego danej osobie. Zdaniem Bindinga, z mocy ustaw karnych tego typu, przestępstwem staje się przełamanie normy, która jeszcze nikogo nie wiąże, lub nawet, kto wie, czy będzie kiedykolwiek wydana. Zdanie to ma tylko pozory słuszności. Wistocie bowiem, w t. zw. ustawie karnej blankietowej, mieści się nakaz okazywania posłuszeństwa władzy, powołanej do wydawania w przyszłości odpowiednich zarządzeń, i przełamanie tego to nakazu zostało uznane za karygodne.

118. Zasada, że do istoty przestępstwa musi wchodzić pierwiastek bezprawia, uznanego przez ustawę za karygodne przed jego popełnieniem (p. wyżej Nr. 60) usprawiedliwia się tem, że prawo, samo przez się, żądać kary nie może (p. wyżej Nr. 81). Musi też ono zapomocą groźby karnej starać się naprzód o zapobieganie pewnym przestępstwom, a dopiero, po dopełnieniu tej powinności, wolno mu będzie karać za nie winowajców.

Wprawdzie zagrożenie karą mogłoby także wytworzyć się w drodze prawa zwyczajowego. Jeżeli jednak wogóle uchodzi za niezaprzeczony postęp przechodzenie narodów od prawa zwyczajowego do ustawowego, to na żadnem polu postęp ten nie posiada tak wielkiej wartości, jak w dziedzinie prawa karnego, gdzie rozchodzi się o nadwerężenie, w imię sprawiedliwości społecznej, znajdujących się skądinąd pod ochroną prawa interesów przestępcy.

W Austrji zasada »*nullum crimen sine lege poenali*« przyjęta poraz pierwszy przez Konstytucję Terejzańską, znalazła w prawie

obowiązującem wyraz w art. IV. i V. Pat. Publ. do K. k. z 27. maja 1852.

119. Nakaz zawarty w ustawie karnej może być 1) bezwzględnie oznaczony, 2) bezwzględnie nieoznaczony i 3) względnie oznaczony.

Ustawy pierwszego typu grzeszą tem, że czynią wymiar kary całkiem niezależnym od uznania sędziego, przez co nie pozwalają mu dopasowywać kary do konkretnego charakteru każdego przypadku.

Ustawy drugiego typu otwierają zbyt szerokie pole dowolności sędziego, gdyż nie ujmują wymiaru kary w żadne ramy.

Właściwą miarę zachowują tylko ustawy karne trzeciego typu. Z jednej strony bowiem, oznaczają one karę w zakresie między jakąś minimalną a maksymalną wysokością, przez co kładą tamę zbytniej dowolności sędziego. Z drugiej zaś strony czynią one wymiar kary, w wytkniętych przez ustawę granicach, zależnym od swobodnego uznania sędziego, przez co znów pozwalają mu utrzymywać karę w zgodzie z winą konkretną każdego przestępcy.

W dzisiejszych kodeksach karnych regułę też stanowią przepisy o nakazie względnie oznaczonym. W Kod. austr. tylko postanowienia, co do kary śmierci, mają charakter bezwzględnie oznaczony. Do jego postanowień zaś o charakterze bezwzględnie nieoznaczonym należy zaliczyć §§ 365. 434, 459 i 525.

II. Przestępstwo, jako bezprawie, rodzące dla państwa prawo karne podmiotowe. Różne typy przestępstw.

§ 26.

120. W ścisłem rozumieniu, przestępstwem staje się bezprawie dopiero wtedy, gdy wytwarza dla państwa prawo karne podmiotowe, t. j. tytuł do ukarania jego sprawcy. Zwyczajnie tytuł ten płynie dla państwa już z samego faktu popełnienia bezprawia, noszącego na sobie wszystkie znamiona jakiegoś przez ustawę karną przewidzianego przestępstwa. To mianowicie należy powiedzieć prawie o wszystkich przestępstwach, ściganych z urzędu *(Offizialverbrechen)*.

121. Są jednakże, w myśl ustawy karnej, przestępstwa, które tem się odznaczają, że, z woli tejże ustawy, tylko, pod pewnemi warunkami, może z ich popełnienia powstać dla państwa prawo karne podmiotowe. Przestępstwami więc stają się one, w podanem wyżej

(Nr. 120) ścisłem rozumieniu tego pojęcia, dopiero z chwilą ziszczenia się odpowiednich warunków.

Do tej kategorji należy zaliczyć przypadki, podane niżej pod Nr. 122—124.

122. 1. Jeżeli ustawa czyni zależnem ściganie jakiegoś przestępstwa bądź *a)* od upoważnienia ze strony pokrzywdzonego lub interesowanej władzy *(Ermächtigungsdelikte)*; bądź *b)* od wniosku pokrzywdzonego *(Antragsdelikte)*; bądź *c)* od jego oskarżenia (przestępstwa skargowo-prywatne, *Privatanklage-Delikte).*

Przestępstwa pod *a)* tem się odznaczają, że, aby państwo mogło nabyć, co do nich, prawo karne podmiotowe, trzeba, aby prokurator uzyskał, dla ich ścigania, upoważnienie od pokrzywdzonego lub od interesowanej władzy. Przestępstwa tego typu wprowadziła do prawa austr. Ustawa z 17. XII. 1862 (art. IV. i V.)

Przestępstwa pod *b)* wytwarzają dla państwa nieodwołalnie prawo karne podmiotowe z chwilą, gdy strona pokrzywdzona przedłoży sądowi wniosek o wdrożenie postępowania. Tym charakterem odznaczają się niewątpliwie występki niedyskrecji organów, funkcjonujących przy wymiarze podatków, tudzież nadużywania urzędowych rejestrów podatkowych (§ 246. Ust. z 25. X. 1896). Storch (G. Z. 1899 Nr. 24. i 25.) zalicza tu nadto zastarzałe opilstwo z § 524 K k. i przekroczenia nierządu z § 5. l. 1. i 2. Ust. z 24. maja 1885 (Dz. u. p. l. 89.), a to, pierwsze z uwagi na tekst »*wenn Meister oder Dienstherren darüber bei der Behörde Beschwerde führen*«, a drugie z uwagi na to, że ich ściganie sądowo-karne ma nastąpić »*auf Begehren der Sicherheitsbehörde*«.

Przestępstwa pod *c)* doprowadzić mogą do ukarania sprawcy tylko o tyle, o ile pokrzywdzony wniesie skargę i nie odstąpi od niej, przed ogłoszeniem wyroku choćby jeszcze nieprawomocnego (§ 530 K. k. austr.).

123. 2. Przypadki, w których K. k. austr. czyni powstanie dla państwa prawa karnego podmiotowego, w odniesieniu do niektórych przestępstw, zależnem bądź *a)* od uznania danego czynu za przestępstwo przez ustawy państwa *delicti commissi*, co ma miejsce, w razie ujęcia w Austrji cudzoziemca, obwinionego o popełnienie zbrodni zagranicą (§§ 39, 40); bądź *b)* od zapewnienia Austrji przez obce państwo, będące stroną pokrzywdzoną, wzajemności, co ma miejsce w odniesieniu do zbrodni zamieszania spokojności publicznej z § 66.

124. 3. Przypadki t. zw. przestępstwa warunkowego *(bedingtes Verbrechen)* t. j. jeżeli ustawa uznanie już popełnionego czynu za przestępstwo stawia w zależności od warunku, który dopiero w przyszłości może, lecz nie musi się ziścić, i który nawet tkwić może w okoliczności całkiem niezawisłej od dalszej akcji sprawcy.

Warunki takie mogą albo *a)* zawieszać, albo *b)* rozwiązywać kwalifikację kryminalną spełnionego czynu. Przykład na przypadek pod *a)*: Piotr, dostarczywszy Pawłowi rewolweru, dla zastrzelenia Jana, stanie się winnym przestępstwa dopiero wtedy, gdy Paweł zapomocą tego rewolweru dopuści się przeciwko Janowi conajmniej usiłowanego morderstwa. Przykład na przypadek pod *b)*: Kradzież przestaje być karygodną, wskutek czynnego żalu (§ 187. K. k.), także usiłowanie utraca charakter karygodności, wskutek zaniechania dobrowolnego (§ 8. K. k.).

125. Różne przyjęto odróżniać typy przestępstw, a to:

1) Ze względu na sposób dokonania: przestępstwa z dopuszczenia i z zaniechania.

2) Ze względu na stopień przełamanej normy: przestępstwa, które bądź nadwerężają jakieś dobro, chronione przez prawo *(Verletzungsverbrechen)*, bądź wystawiają je na rzeczywiste niebezpieczeństwo *(Gefährdungsverbrechen)*, bądź tylko wzniecają obawę, że z ich przyczyny zachwiać się może jego bezpieczeństwo *(Ungehorsamsdelikte*, zwane także przekroczeniami policyjnemi; por. wyżej Nr. 93).

3) Ze względu na rozciągłość przełamanej normy, odpowiednio do tego, czy łamią normę wydaną dla wszystkich obywateli (przestępstwa powszechne, *delicta communia)*, czyteż naruszają normę, wydaną tylko dla pewnej kategorji obywateli, np. urzędników publicznych lub wojskowych (przestępstwa specjalne, *delicta propria)*.

4) Ze względu na charakter dobra, znajdującego się pod ochroną przełamanej normy: przestępstwa pospolite i polityczne, publiczne (przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu) i prywatne (przeciwko bezpieczeństwu jednostek).

5) Ze względu na charakter pobudki: przestępstwa hańbiące i niehańbiące (patrz niżej Nr. 163).

6) Ze względu na stopień ciężkości danego przestępstwa. Tu należy podział austrjacki na zbrodnie, występki i przekroczenia (patrz niżej Nr. 126—128).

7) Ze względu na stopień ciężkości różnych przypadków przestępstwa tego samego rodzaju. Np. co do morderstwa, przypadki normalne (mord. pospolite, § 135. l. 4), kwalifikowane (§ 135. l. 1—3.) i uprzywilejowane (dzieciobójstwo z § 139.).

III. Zbrodnie, występki i przekroczenia kodeksu austrjackiego.

§ 27.

126. Podział kodeksu austr. jest tylko pozornie trzyczęściowy[1]. Występki bowiem i przekroczenia, o których kodeks traktuje w drugiej swojej części (§§ 233—532), tworzą w jego systemie jedną tylko kategorję, którą kodeks przeciwstawia zbrodniom, stanowiącym temat pierwszej jego części (§§ 1—232). Odpowiadają one najzupełniej ciężkim przekroczeniom policyjnym kodeksu z r. 1803 (*schwere Polizeiübertretungen*). Podział tych ostatnich na występki i przekroczenia wywołany został jedynie względami proceduralnemi, a mianowicie tem, że już w Ust. o postęp. k. z r. 1850 niektóre cięższe przekroczenia policyjne uznano za właściwe zrównać, co do orzecznictwa i trybu postępowania, ze zbrodniami. Powstała więc konieczność nadania im osobnej nazwy, występków. To się utrzymało w kodeksie z r. 1852.

[1] Podział trzyczęściowy jest w kodeksach francuskim, niemieckim i projektach austrjackich. Przyjąłem go także w swoim proj. dla Kr. Polskiego.

127. I. Zbrodnie. Definicji zbrodni kodeks nie podaje, ale oznacza ich znamiona istotne[1]. Należą do nich: 1) wina umyślna, t. j. zły zamiar (§ 1.); 2) przełamanie normy, która bezpośrednio bierze w ochronę jakieś dobro, zabraniając jego nadwerężania, względnie wystawiania na konkretne niebezpieczeństwo (§§ 56., 238); wyższy stopień bądź szkodliwości odnośnego przestępstwa, bądź powiązanego z niem niebezpieczeństwa, czem się tłumaczy, że niektóre przestępstwa, stosownie do miary szkodliwości lub niebezpieczeństwa, raz są zbrodniami, kiedyindziej znów przekroczeniami, np. kradzież, sprzeniewierstwo, oszustwo (§§ 189, 200, 460, 461), uszkodzenie cudzego majątku (§§ 85, 468), uszkodzenia cielesne (§§ 152—156, 411).

[1] Definicję zbrodni, patrz w Kod. z r. 1803 (Wstęp, II).

128. II. Występki i przekroczenia. Przestępstwom tym brakować zawsze musi jednego z trzech znamion, które przytoczono

wyżej, jako cechy istotne zbrodni. Do tej kategorji więc należą: 1) przestępstwa z winy nieumyślnej (np. z §§ 335, 434); 2) t. zw. przekroczenia policyjne t. j. przestępstwa, łamiące normy, które bezpośrednio żądają tylko posłuszeństwa (§ 238); 3) przestępstwa nie tak szkodliwe lub niebezpieczne, iżby miały stanowić zbrodnie (§ 411, 460, 461, 468).

IV. Przestępstwa, a wykroczenia dyscyplinarne, domowe i szkolne.

§ 28.

129. Wiadomo, że nie wszystkie postępki, zasługujące na karę, kwalifikują się do tego, aby miały podlegać władzy karzącej państwa (por. wyżej Nr. 2). Kwalifikacji tej nie posiadają mianowicie 1) wykroczenia dyscyplinarne i 2) wykroczenia domowe i szkolne.

130. 1. Wykroczenia dyscyplinarne. Cechą ich charakterystyczną jest to, że dopuszczać się ich mogą tylko osoby, które są dla państwa czemś innem jeszcze, niż obywatelami, bo znajdują się względem niego w stosunku służbobiorcy do służbodawcy (urzędnicy i słudzy publiczni, wojskowi). Od osób takich żąda państwo, aby postępowały zgodnie, nietylko z ogólnemi normami prawa, ale i z pewnemi specjalnemi regułami, mającemi stać na straży należytego spełniania przez nie ich obowiązków służbowych i zachowania przez nie tej godności, która odpowiada powadze ich stanowiska. Nad przestrzeganiem tych reguł, czuwa, z polecenia państwa, w każdym urzędzie, władza przełożona i do niej też należy sąd o tem, czy osoba jej podległa dopuściła się czynu regułom tym przeciwnego. Podobne czyny przyjęto powszechnie nazywać wykroczeniami dyscyplinarnemi[1].

Prócz osób, znajdujących się w stosunku służbowym do państwa, są inne jeszcze, od których państwo musi także domagać się pewnych specjalnych reguł, nie wiążących wszystkich obywateli. Tu należą: *a)* osoby powołane do spełniania pewnych funkcyj publicznych (np. adwokaci i notarjusze); *b)* osoby korzystające z publicznych zakładów naukowych (uczniowie szkół i uniwersytetów); wreszcie *c)* osoby, osadzone przymusowo w zakładach karnych i poprawczych. I osoby te więc, łamiąc owe specjalne, ich wiążące prawidła postępowania, dopuszczą się wykroczeń dyscyplinarnych.

[1] Patrz co do odpowiedzialności dyscyplinarnej urzędników publicznych §§ 87—155, a sług publicznych §§ 181—188. Pragmatyki Służbowej z 25. I. 1914. Dz. u. p. l. 15.

131. 2. Wykroczenia domowe i szkolne. W przestępstwach, przewidzianych przez ustawę karną i w wykroczeniach dyscyplinarnych musi tkwić zawsze po stronie sprawcy nieposłuszeństwo wobec jakiegoś narzuconego mu prawidła postępowania. Tu — niekoniecznie, albowiem uznanie przez władzę domową lub szkolną pewnego postępku za karygodny, ma głównie na celu obudzenie w jego sprawcy poczucia potrzeby przyswojenia sobie pewnej reguły postępowania, t. j. uczynienia jej wyrazem nie obcych lecz własnych przekonań etycznych. Rodzina i szkoła występują, wobec wykroczeń osób im podwładnych, w charakterze władzy raczej pedagogicznej, niż represyjnej.

Co się tyczy specjalnie uczniów szkół publicznych, to ich wykroczenia szkolne różnić się będą od ich wykroczeń dyscyplinarnych w tym ważnym punkcie, że za pierwsze trzeba będzie karcić ze względów czysto pedagogicznych (w interesie winnego ucznia), a za drugie trzeba będzie karać, dla ocalenia powagi samej szkoły (np. uczęszczanie do domów rozpusty).

V. Zakres działania ustawy karnej.

§ 29.

132. Zakresem działania ustawy karnej nazywają się granice, w obrębie których ma ona obowiązywać. Granice te muszą być wytknięte 1) co do czasu, kiedy; 2) co do miejsca, gdzie i 3) co do osób, do których należy stosować ustawę.

1. Co do czasu.

133. Jest regułą, że ustawa karna materjalna nie ma posiadać mocy wstecznej, t. j. nie ma być stosowana do czynów, popełnionych przed jej wejściem w moc obowiązującą *(lex retro non agit; nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)*. Pochodzi to stąd, że sprawca czynu, popełnionego za panowania danej ustawy karnej, nie nabywa wprawdzie, w razie gdyby ten czyn był uznany przez nią za przestępstwo, prawa do przepisanej przez nią kary, ale jednak nabywa prawo żądania, aby państwo nie oceniało tego, co spełnił, według żadnej innej przyszłej surowszej ustawy.

Tylko przyszła ustawa karna łagodniejsza nietylko może,

lecz i powinna znaleść zastosowanie do przestępstwa, popełnionego przed jej obowiązywaniem. Kara bowiem, jako *malum*, może uchodzić za usprawiedliwioną tylko o tyle, o ile zostanie uznana za konieczną (por. wyżej Nr. 26, 82). Kary zaś surowszej niż ta, którą w danej chwili przepisuje ustawa, jużby oczywiście za konieczną uważać nie było można.

Przy rozstrzyganiu pytania, która z dwóch ustaw jest łagodniejsza, nie można zwracać uwagi tylko na samą przepisaną karę i powiązane z nią skutki prawne, lecz i na inne postanowienia odnośnych ustaw, np. dłuższy lub krótszy czasokres dla przedawnienia, albo uznanie danego przestępstwa, które dawniej miało być ścigane z urzędu, obecnie za skargowo-prywatne.

To tylko trzeba pamiętać, że w żadnym razie nie może być wolno sędziemu wyrywać z każdej ustawy łagodniejsze postanowienia i stosować, pod niektóremi względami dawną, a pod innemi nową ustawę.

134. Inne było, co do tej kwestji, stanowisko prawa rzymskiego i inną jest też oparta na niem teorja Bindinga i Fingera[1]. Autorowie ci twierdzą, że znaczenie decydujące może mieć tylko pytanie, ażali czyn sprawcy, w chwili jego spełnienia, sprzeciwiał się normie prawa, już wtedy obowiązującej. Jeżeli tak, to okoliczność, że ówczesna ustawa karna albo nie uznała tego bezprawia *(deliktu)* za przestępstwo, albo traktowała je łagodniej, nie może być żadną przeszkodą do tego, by sędzia nie miał stosować do niego późniejszej surowszej ustawy karnej, skoroby tylko miał o niem orzekać już za panowania tej ostatniej.

Pogląd powyższy sprzeciwia się niewątpliwie istotnemu charakterowi ustawy karnej. Jej przepisy bowiem nakładają na państwo pewne obowiązki nietylko w tym celu, aby je zniewolić do okładania karą odnośnych przestępców, ale także w interesie tych ostatnich, aby ich uchronić od nieograniczonej władzy karzącej państwa. To też z ustawy karnej, obowiązującej w czasie popełnienia przestępstwa, rodzi się także i dla jego sprawcy pewne, już wyżej zaznaczone (Nr. 133), prawo podmiotowe.

[1] Seeger: *Rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze,* 1862. Binding, I, str. 230. Finger, I, str. 204—210.

135. Wypada jeszcze poruszyć kwestję, czy do winowajcy mogłaby znaleść zastosowanie ustawa karna pośrednia, t. j. taka, któ-

raby jeszcze nie obowiązywała w czasie popełnienia przestępstwa, a przestała już obowiązywać w chwili jego osądzenia. Niektórzy autorowie[1] oświadczają się za odpowiedzią twierdzącą na przypadek, gdyby ustawa pośrednia miała okazać się łagodniejszą i od dawnej i od późniejszej, bo przecież sprawca nie może na tem cierpieć, że jego przestępstwo nie doczekało się wyrokowania za rządów ustawy pośredniej. Mniemam, że jurydycznie stosowanie ustawy karnej pośredniej nie dałoby się wcale uzasadnić. Żaden węzeł prawny bowiem nie łączy jej ani z chwilą popełnienia przestępstwa, ani z czasem jego osądzenia.

[1] Zwłaszcza Hugo Meyer, str. 111.

136. Kod. austr. w zasadzie stoi na gruncie teorji prawa rzymskiego (Nr. 134). W myśl bowiem art. IX. Pat. Publ., należy kodeks z 27. V. 1852 stosować także do wszystkich, przed dniem jego wejścia w moc obowiązującą już rozpoczętych, dochodzeń i do wszystkich, przed tą datą popełnionych czynów karygodnych o tyle, o ile, według tego kodeksu, nie wypadałoby obejść się z niemi surowiej, niż według dawnej ustawy. Moc wsteczna jest więc tu przyznana ustawie karnej, a tylko wyjątkowo nie ma jej ona posiadać w przypadkach, gdyby miała się okazać surowszą od dawnej ustawy.

W myśl tego prawidła, i łagodniejsza ustawa karna pośrednia nie byłaby pozbawiona mocy obowiązującej. Ustawa obecna bowiem musiałaby przedewszystkiem jej odstąpić miejsca, jako mniej surowemu prawu, a sędzia musiałby ustawie karnej pośredniej odmówić mocy wstecznej tylko wtedy, gdyby znów ona miała okazać się surowszą od ustawy z czasu popełnienia przestępstwa.

137. Z tego, że zakres działania ustawy karnej musi być zawsze ograniczony co do czasu, czerpią szczególną doniosłość pytania, kiedy zaczyna się i kiedy gaśnie moc ustawy karnej?

Obie te kwestje rozstrzygają się według przepisów, wspólnych dla wszystkich ustaw. Pierwszą z nich normuje w Austrji, co do ustaw, uchwalanych przez R. P. ustawa z dn. 10. VI 1869 (Dz. u. p. 113), a co do ustaw, uchwalanych przez S. K. — Rozp. Ces z 17. II. 1863 (Dz. u. p. 19). — Co do drugiej kwestji, to ustawa, raz otrzymawszy moc obowiązującą, zachowuje ją dopóty, aż jej ustawodawca nie uchyli. Uchylenie może być wyraźne lub dorozumiane t. j. w formie wydania nowej, z dawną niezgodnej, ustawy *(Lex posterior derogat priori)*. W tym ostatnim jednak przypadku, dawna ustawa traci

moc obowiązującą tylko ze względu na te swoje postanowienia, które znajdą się w sprzeczności z nową ustawą. W żadnym razie ustawa nie może wygasnąć wskutek t. zw. *desuetudo* t. j. przez wyjście ze zwyczaju (Kod. cyw. § 9.).

2. Co do miejsca.

§ 30.

138. Jest regułą, że ustawy państwa nie mogą obowiązywać poza obrębem jego granic terytorjalnych, ale że ich moc może jednak zamykać się w jakimś od tych granic ciaśniejszym obszarze. W Austrji, w myśl ustawy z dn. 10. VI. 1869, wszystkie ustawy, uchwalone przez R. P., obowiązywać mają we wszystkich krajach reprezentowanych w R. P., chyba, że ustawodawca wyraźnie wytknie im ciaśniejsze granice. Tak np Ust. przeciwko opilstwu z 19 lipca 1877 wydana została tylko dla Galicji, Krakowa i Bukowiny.

Kod. k. z r. 1852 obowiązywać miał, w myśl art. I. Pat. Publ., w obrębie całej Austrji, a więc i Węgier. Wyjęte było tylko Pogranicze Wojskowe, jako podległe ustawom karnym wojskowym. Od wydania jednak Dypl. Ces. z 20. X. 1860, otworzyła się dla Węgier droga do własnego ustawodawstwa, co już w r. 1861 doprowadziło do uchylenia tamże kodeksu austrjackiego, a w r. 1867 do wydania Kod. k. węgierskiego. W granicach Węgier, tylko w Chorwacji i Slawonii dotąd jeszcze nie przestał obowiązywać K. k. austr. z r. 1852.

Dla Bośni i Hercegowiny Najw. Post. z 17. VII. 1881 opublikowało osobny kodeks karny, oparty przeważnie na wzorze ustawy austrjackiej. Nowelę do niego wydano, na mocy Najw. Post. z 5. III. 1910.

139. Wyjątkowo rozszerza się zakres działania ustaw karnych danego państwa, poza obręb jego granic terytorjalnych, z dwóch następujących tytułów:

1) Na mocy specjalnych układów, zwanych kapitulacjami, a zawartych z niektóremi, znacznie niżej stojącemi co do kultury państwami dalekiego Wschodu (Persja, Chiny, Siam) lub Afryki (Marokko, Zanzibar). Układy podobne zawarły także Austro-Węgry i one są podstawą orzecznictwa sądów konsularnych tego państwa, w odniesieniu do obywateli austrjackich i węgierskich, a także do cudzoziemców, pozostających pod opieką Austro-Węgier *(Schutzgenossen)*[1].

2) W myśl powszechnie uświęconej w prawie międzynarodowem zasady, że za terytorjum danego państwa uchodzą zawsze pokłady jego okrętów wojennych, a na pełnem morzu i w wodach t. zw. morza nadbrzeżnego, także pokłady, żeglujących pod jego flagą, okrętów handlowych [2].

Wiadomo, że Austro-Węgry posiadają wspólną marynarkę wojenną i że, według istniejącego między obu połowami monarchii związku celnego i handlowego, okręty handlowe tak Przed- jak Translitawii używać mają jednakowej flagi o podwójnych barwach i herbach. Rodzi się więc pytanie, czyje terytorjum reprezentować mają pokłady owych okrętów, w razie popełnienia na nich przestępstwa? Kwestję tę przyjęto rozstrzygać, co do okrętów wojennych, na podstawie narodowości sprawcy, a co do okrętów handlowych, na podstawie przynależności ich portu ojczystego *(Heimatshafen)*.

[1] Normy, co do wykonywania jurysdykcji konsularnej, podaje Ust. z 30. VIII. 1891 (Dz. u. p. 136). Z nowszej literatury patrz Jettel: *Handb. des intern. Priv. und Strafrechts*, 1893. Strisover: *Konsulargerichtsbarkeit* (Mischler-Ullrich: *Oester. Staatswörterbuch*).

[2] Patrz Rostworowski: *Jurysdykcja karna na okrętach handlowych w portach zagranicznych*, 1895.

3. Co do osób.

§ 31.

140. Teoretycznie zakres działania ustawy karnej, co do osób, oznaczać można w duchu czterech różnych zasad. Są niemi:

1) Zasada represji wszechświatowej, żądająca, aby każde przestępstwo, gdziekolwiek i przez kogokolwiek popełnione, podlegało ustawie karnej państwa, gdzie sprawca przebywa, jeżeli tylko nie poniósł on jeszcze za nie gdziekolwiek indziej bądź żadnej, bądź dostatecznej kary. Zasada ta idzie zbyt daleko. Tak np. według niej muzułmanin, posiadający w Turcji kilka żon, byłby narażony w Austrji na proces karny o dwużeństwo.

2) Zasada terytorjalności, ograniczająca władzę karzącą państwa do przestępstw, popełnionych w jego granicach. Grzeszy ona tem, że musiałaby pozbawiać państwo jurysdykcji względem własnych poddanych, za przestępstwa popełnione zagranicą.

3) Zasada narodowości podmiotowej, która znów ogranicza władzę karzącą państwa do przestępstw, popełnionych przez krajowców tak w kraju, jak zagranicą. Ma ona tę ujemną stronę, że

odbierałaby państwu własną jurysdykcję przeciwko przestępstwom, popełnianym na jego terytorjum przez obcokrajowców.

4) Zasada narodowości rzeczowej lub przedmiotowej, upoważniająca państwo do wykonywania władzy karzącej tylko w odniesieniu do przestępstw, skierowanych przeciwko niemu lub krajowcom, niezależnie od narodowości ich sprawców i od miejsca ich popełnienia. Przeciwko tej zasadzie to przemawia, że z jednej strony i cudzoziemcy, przebywający na terytorjum danego państwa, mają tytuł prawny do korzystania z opieki jego ustaw i sądów, a z drugiej strony, że pozostawianie przez państwo bez kary przestępstw, popełnianych w jego granicach przeciwko cudzoziemcom, musiałoby oddziaływać demoralizująco na krajowców.

141. Ustawy pozytywne nie przeprowadzają też bezwzględnie żadnej z czterech powyżej podanych zasad. Ich system opiera się na wytworzeniu z ich kombinacji gruntu, któryby pozwolił państwu, bez utraty korzyści, wypływających z zasady terytorjalności, zapewnić sobie możność samodzielnego ścigania niektórych przestępstw, popełnionych zagranicą, czyto przez krajowców, czyteż nawet przez cudzoziemców.

Z uwagi na to, chcąc poznać dokładniej przepisy Kod. k. austr., w przedmiocie jego zakresu działania co do osób, musimy przedewszystkiem odróżnić dwie kategorje przypadków, a mianowicie: A. Przestępstwa popełnione w kraju. B. Przestępstwa popełnione zagranicą.

A. Przestępstwa, popełnione w kraju.

§ 32.

142. Kodeks wyznaje co do nich zasadę terytorjalności (§§ 37, 234. al. 1.), od której wyjęte są tylko osoby, które, na mocy osobnych postanowień prawa lub umów międzynarodowych, albo 1) nie podlegają całkiem władzy karzącej państwa austrjackiego, albo też 2) nie znajdują się w Austrji pod panowaniem ustaw karnych powszechnych.

143. 1. Do pierwszej kategorji należą:

a) Cesarz, którego osoba jest uświęcona, nietykalna i nieodpowiedzialna (Art. 1. Ust. zas. o pełn. władzy rząd. i wykon. z 21. XII. 1867. Dz. u. p. 145).

b) Cudzoziemcy, posiadający w Austrji t. zw. przywilej zakrajowości. Przywilej ten, zwany także exterytorjalnością, należy się w Austrji, w myśl ogólnych norm prawa międzynarodowego, naczelnikom obcych państw oraz posłom zagranicznym, uwierzytelnionym przy dworze austro-węgierskim i wszystkim członkom składu urzędowego odnośnych poselstw. Co się tyczy domowników i sług powyżej wymienionych osób, to zakrajowość tych ostatnich rozciąga się na nich tylko o tyle, o ile byliby oni poddanymi państwa, przez te osoby reprezentowanego. W razie popełnienia w Austrji przestępstwa przez którąkolwiek z tych osób, władze tutejsze ograniczyć się mają do zarządzeń, ku zapobieżeniu ucieczce winowajcy, tudzież do poczynienia, za pośrednictwem Najw. Urzędu Marszałkowskiego, odpowiednich kroków, aby właściwa władza zagraniczna dostała go w swoje ręce (§ 61. P. K.).

Konsulom obcych państw nie służy exterytorjalność, w myśl powszechnych norm prawa międzynarodowego. Exempcja ich z pod ustaw karnych państwa ich urzędowania opierać się może tylko na osobnych konwencjach. Konwencje takie zawarły Austro-Węgry z bardzo licznemi państwami zagranicznemi[1]. Przyznają one konsulom i członkom konsulatów danego obcego państwa (t. j. konsulom jeneralnym, konsulom, wicekonsulom i ajentom konsularnym) wyjęcie z pod ustaw karnych austrjackich tylko co do przestępstw, nie będących zbrodniami, i tylko co do sprawców, będących poddanymi tego państwa, któremu służą, jako konsulowie.

[1] Patrz Strisower: *Konsularverträge* (Mischler-Ulbrich: *Oester. Staatswörterbuch*), a także dopisek do § 61. P. K. w najnowszem wyd. Manza.

144. 2. Do drugiej kategorji należą:

a) Osoby, podlegające sądom karnym i ustawom karnym wojskowym (art. I. Pat. Wprow.). Patrz co do nich mój Wykł. proc. k. 1910. § 36. str. 92—95.

b) Więźniowie kryminalni, którzy za występki i przekroczenia, popełnione w zakładzie karnym lub poprawczym, znajdującym się pod dozorem i kierownictwem władz politycznych krajowych, sądzeni być mają według osobnych przepisów dyscyplinarnych (§ 2 Rozp. M. S. Wewn. z 4. VII. 1860).

c) Cudzoziemcy, którzy, na mocy szczególnych umów międzynarodowych, nawet w razie popełnienia niektórych przestępstw w Austrji, wydawani być mają do ukarania rządowi państwa, do którego należą (§§ 37. i 41. K. k.). Austrja zawarła takie konwencje z pań-

stwami ościennemi co do przestępstw, popełnionych, na pewnej przestrzeni pogranicznej, przez osoby, należące do służby kolejowej, lub przez robotników, pracujących przy budowie kolei[1].

[1] Patrz co do nich dop. do § 37. K. k. w najnowszem wyd. Manza.

B. Przestępstwa popełnione zagranicą.

§ 33.

145. 1. Przestępstwa popełnione przez krajowców. Kodeks wyznaje co do nich zasadę narodowości podmiotowej. Przeprowadza ją jednak o wiele bezwzględniej co do zbrodni (§ 36), niż co do występków i przekroczeń (§ 235). Za zbrodnię bowiem, popełnioną zagranicą, nie ma chronić krajowca, ujętego w Austrji, od odpowiedzialności karnej nawet okoliczność, gdyby on za tę zbrodnię już został osądzony zagranicą i odcierpiał tamże nałożoną na niego karę. Kod. austr. domaga się tylko, aby, w takim razie, sąd tutejszy wliczył karę, już poniesioną przez winowajcę zagranicą, do tej, na którą uzna go za właściwe skazać, według ustaw austrjackich (§ 36. al. 2). Za występki zaś i przekroczenia, popełnione przez krajowca zagranicą, ma tenże być karany w Austrji tylko o tyle, o ile w państwie obcem bądź nie odcierpiał jeszcze nałożonej na niego kary, bądź nie uzyskał jej odpuszczenia (§ 235).

146 Finger (I. str. 237—245) rozbiera obszernie kwestję, czy krajowiec może odpowiadać w Austrji za przestępstwo, które, według ustaw państwa *delicti commissi*, nie byłoby czynem karygodnym. Odpowiedź Fingera wypada przecząco, a to, co do występków i przekroczeń, z uwagi na § 235. (słowa tekstu »*wenn dieselben im Auslande nich bestraft oder nicht nahgesehen worden*), a co do zbrodni nie przeciwko samej Austrji (§ 38), z uwagi na §§ 39 i 40, które na ten przypadek, cudzoziemca uwalniają od kary w Austrji (p. niżej Nr. 147. lit. *a*). Trudno przypuszczać, powiada Finger, aby ustawodawca austrjacki był chciał, pod tym względem, traktować krajowców gorzej, niż cudzoziemców.

Aczkolwiek *de lege ferenda* należałoby przyznać słuszność poglądowi Fingera, to jednak *de lege lata austriaca* nie mógłbym się do niego przychylić. Znajduje się on bowiem w niezgodzie z bezwzględnie przez K. k. wyznawaną zasadą narodowości podmiotowej, w myśl której krajowiec, nawet przebywając zagranicą, ma nałożony

na siebie obowiązek nie dopuszczania się czynów, uznawanych w Austrji za przestępstwa. Zresztą co do występków i przekroczeń, popełnionych zagranicą, K. k. w § 235 traktuje najwyraźniej krajowców gorzej, niż cudzoziemców (§ 234)[1].

[1] Patrz za moją opinią Lammasch, § 7. tudzież O. S. K. z 6. V. 1898, Zb. 2202. Jasną jednak jest rzeczą, że za krajowca, w rozumieniu §§ 36 i 235 może uchodzić sprawca przestępstwa, popełnionngo zagranicą tylko wtedy, gdy był nim już w chwili spełnienia, a nie gdy stał się nim dopiero potem, ale zanim jego przestępstwo wyszło na jaw w Austrji.

147. 2. Przestępstwa popełnione zagranicą przez cudzoziemców. Należy co do nich, w myśl K. k. odróżnić zbrodnie od występków i przekroczeń.

a) Zbrodnie. Z wyjątkiem zdrady głównej przeciwko państwu austrjackiemu z § 58. i fałszowania publicznych papierów kredytowych lub monet austrjackich z §§ 106—121, co do których to przypadków, cudzoziemiec ma być traktowany narówni z krajowcem (§ 38.); K. k. co do wszystkich innych zbrodni, popełnionych przez cudzoziemca zagranicą, każe, w przypadku ujęcia winowajcy w Austrji, przedewszystkiem porozumieć się co do jego wydania z władzami państwa *delicti commissi* (§ 39). Dopiero, gdyby władze te nie chciały wziąć w swoje ręce oskarżonego, to należałoby go osądzić w Austrji, i to zwyczajnie według ustaw austrjackich, a tylko wtedy według ustaw państwa *delicti commissi*, gdyby miały one okazać się łagodniejszemi dla oskarżonego[1].

[1] Ustawa nic nie mówi, jak należałoby postąpić wtedy, gdyby Austrja musiała odmówić wydania, w myśl zawartej z państwem *delicti commissi* konwencji ekstradycyjnej (§ 41.). Mniemam, że w drodze analogji trzebaby i w tym przypadku postąpić z cudzoziemcem w sposób, przepisany w § 40. W praktyce jednak utarła się reguła, aby w takich przypadkach ograniczać się do wydalania sprawcy z granic Austrji Za tą regułą, a przeciwko mojej opinji, patrz Finger, t. I. str. 251.

148. *b)* Występki i przekroczenia. Kodeks kieruje się tu wogóle zasadą terytorjalności i nie chce wdawać się w żadne kroki represyjne przeciwko cudzoziemcowi, któryby dopuścił się zagranicą czynu, uznanego w Austrji za występek lub przekroczenie (§ 234 al. 2). W tym przypadku ma on być wolny w Austrji i od kary i od ekstradycji. Wyjątkiem jest występek z § 295, polegający na przedsiębraniu zagranicą przez cudzoziemca starań, o założenie w Austrji tajnego stowarzyszenia lub o werbowanie do niego członków.

Tu K. k. musiał stanąć na gruncie zasady narodowości przedmiotowej i domagać się ukarania takiego cudzoziemca.

149. Konwencje ekstradycyjne. W myśl § 41, umowy, zawarte z obcemi państwami, co do wzajemnego wydawania przestępców, mają sobie przyznaną moc uchylania przepisów, podanych w §§ 37, 39 i 40. co do przestępstw, popełnionych przez cudzoziemców, tak w Austrji, jak zagranicą (patrz wyżej Nr. 144. lit. *c.* i 147). Umowy takie bywają zawierane między wszystkiemi państwami świata cywilizowanego i mają na celu zapewnianie każdemu z państw kontraktujących, pomocy ze strony współkontrahenta, w ważnej kwestji, dostania w swoje ręce przestępcy, celem pociągnięcia go do kary.

150. Rozbiór szczegółowy przepisów, dotyczących konwencyj ekstradycyjnych. należy do wykładu prawa karnego międzynarodowego. Tu ograniczyć się muszę do podania następujących najważniejszych reguł[1]:

1) Z konwencji rodzi się dla państwa obowiązek ekstradowania. Uprawnienie bowiem do wydawania przestępców jest dla każdego państwa całkiem niezależne od umowy.

2) Państwa, z wyjątkiem Anglji i Stanów Zjedn. Półn. Ameryki nie wydają za żadne przestępstwa swoich własnych poddanych (K. k. §§ 36, 235.).

3) Przestępstwa, z powodu których ma nastąpić ekstradycja cudzoziemca, wyliczone są w umowach nie przykładowo. lecz wyczerpująco. Są niemi 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 państwa, wezwanego o ekstradycję. Zgodnie z pierwszym warunkiem, obowiązek ekstradowania odpadłby, w razie 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).

4) Przestępstwa polityczne nie dają tytułu do ekstradycji. Według powszechnie ustalonego poglądu, przyjęto uważać za polityczne, w rozumieniu konwencyj ekstradycyjnych, przestępstwa, skierowane przeciwko stanowi i bezpieczeństwu państwa, przeciwko jego naczelnikowi, tudzież przeciwko prawom politycznym obywateli. Brak zgodności między rządami zachodzi jednak, co do zamachów na życie

panującego i członków jego rodziny. Według t. zw. *Klauzuli Belgijskiej*, do której powodem stała się w r. 1854 usiłowana zbrodnia *(Jacquin)* wysadzenia, zapomocą machiny piekielnej, pociągu kolejowego, którym jechał Napoleon III, zamachom takim, skoroby podchodziły pod pojęcie morderstwa, skrytobójstwa lub otrucia, odmawiać należy bezwarunkowo charakteru zbrodni politycznej. Klauzula ta weszła do bardzo wielu konwencyj ekstradycyjnych (Brazylja, Belgja, Luksemburg, Rosja, Serbja, Urugu ay, Paraguay). Szwajcarja rozstrzygnięcie tej kwestji pozostawia w każdym szczególnym przypadku Sądowi Związkowemu.

[1] Bliższe szczegóły i bibliografję patrz u Fingera, t. I. str. 246—254.

VI. O wykładaniu ustawy karnej.

§ 34.

151. Rzecz o wykładaniu ustawy karnej opiera się na przepisach, wspólnych dla wszystkich ustaw. Rozbiór ich należy do ogólnej nauki o prawie (encyklopedja prawa) i znajduje też szczególne uwzględnienie w wykładzie prawa rzymskiego i prawa cywilnego (K. cyw. austr. § 6).

Z dwóch instrumentów wykładania ustawy, jeden (tłumaczenie czyli interpretacja) służy do wyśledzenia właściwego znaczenia jej tekstu t. j. tego, które pozwoli tekst jej utrzymać w zgodzie z wolą ustawodawcy; drugi (analogja) służy do wypełnienia braków, znajdujących się w tekście, a nie odpowiadających woli ustawodawcy.

152. Od przepisów, wspólnych dla wszystkich ustaw, odbiega w prawie karnem tylko analogja. Tu mianowicie zakres jej stosowania musi być o wiele ciaśniejszy, niż w prawie cywilnem. Jeżeli bowiem nie godzi się nigdy przypuszczać, że ustawodawca nie chciał nic postanowić o jakimś nieprzewidzianym przezeń, a jednak w danym przypadku spór prawny budzącym stosunku życia (Kod. Nap. art. 4.; K. cyw. austr. § 7.); to przeciwnie, na polu prawa karnego, byłoby zawsze zbyt śmiałą rzeczą, przypuszczać, że prawodawca chciał uznać za przestępstwo jakiś czyn, którego nie przewidział, na tej tylko podstawie, że uznał za przestępstwo inny podobny do niego czyn *(analogia legis)*, lub że za uznaniem owego nieprzewidzianego przezeń czynu za przestępstwo przemawiałby duch całego jego usta-

wodawstwa *(analogia iuris)*. Wiadomo przecież, że kara, sama przez się, posiada wartość ujemną (p. wyżej Nr. 26. i 82.), a więc nic dziwnego, że każdą co do niej mogącą powstać wątpliwość rozstrzygać należy *in mitius*.

W prawie austrjackiem najwyraźniej sędzia ma sobie odebrane prawo posiłkowania się analogją co do dwóch pytań: *a)* jakie czyny stanowić mają przestępstwa, i *b)* jak należy karać przestępstwa, za które ustawa przepisuje pewną oznaczoną karę. Ograniczenia te analogji wprowadził poraz pierwszy Kod. Józefiński, a w obecnym K. k. znalazły one wyraz w art. IV. i V. Pat. Publ., tudzież w §§ 32, 33, 49, 53, 250, 259 i 265.

Zresztą i sędzia karny austrjacki nie jest pozbawiony prawa posiłkowania się analogją. Tak np. tylko w drodze analogji orzeknie on karę za przekroczenia z §§ 365, 434, 459, 525 (przepisy karne o nakazie bezwzględnie nieoznaczonym, co do których p. wyżej Nr. 119), a także zastosuje § 17. o obliczaniu biegu kary więziennej i do aresztu; § 36. o wliczaniu krajowcowi kary już odcierpianej zagranicą i do cudzoziemca, mającego być ukaranym w Austrji w myśl § 38.; niemniej § 173., co do obliczania wartości rzeczy ukradzionych, i do podobnych przypadków sprzeniewierstwa (§ 183.) i oszustwa (§ 200.).

ROZDZIAŁ IV.

Działanie zawinione.
(Nauka o poczytaniu).

I. Wina i poczytanie. Poczytalność sprawcy i przypisalność czynu. Przestępstwo, jako działanie zawinione może być tylko dziełem człowieka.

§ 35.

153. Na to, aby czyn człowieka stanowił przestępstwo, nie wystarcza jeszcze, by był czynem zewnętrznym, bezprawnym i zabronionym przez prawo pod groźbą kary, zanim go popełniono. Potrzeba oprócz tego, aby jego sprawca mógł uchodzić nietylko za fizyczną, lecz i za moralną jego przyczynę. Pochodzi to stąd, że prawo narzuca swoje rządy nie temu, co, w myśl konieczności fizycznej, stawać się musi, lecz temu, co, w myśl idei obowiązku, stawać się powinno.

Stosunek przyczynowości moralnej, między człowiekiem a speł-

nionym przezeń czynem przedmiotowo przestępnym, nazywa się winą *(Schuld)*. Sąd zaś uznający, że, po stronie sprawcy czynu przedmiotowo przestępnego, zachodzi wina, przyjęto nazywać poczytaniem winy *(Zurechnung)*, co właściwie ma oznaczać zapisanie spełnionego czynu na poczet (rachunek) woli jego sprawcy.

154. Pojęcia winy i poczytania nie należą wyłącznie do prawa karnego. Na nich bowiem opiera się także odpowiedzialność człowieka za bezprawia cywilne, oraz za działania, sprzeciwiające się moralności i religji. Nawet zasadniczo możnaby je stosować nietylko do działań o ujemnej, lecz i do działań o dodatniej kwalifikacji etycznej, byle tylko chodziło o sprawcę, któryby mógł uchodzić nietylko za fizyczną, lecz i za moralną przyczynę swego postępku. Wprawdzie w dzisiejszym języku przyjęto związek przyczynowości moralnej między człowiekiem a spełnionym przezeń uczynkiem nazywać winą, tylko w odniesieniu do postępków nagannych, podczas gdy całkiem podobny stosunek, w odniesieniu do działań o dodatniej wartości etycznej, przyjęto oznaczać wyrazem zasługa. Poczucie jednak zasadniczej równoznaczności obu tych wyrazów zachowuje się dotąd w narodzie, czego dowodzi tak powszechnie używane wyrażenie, jak zasłużyć na karę.

155. Z punktu widzenia prawa, które nakłada na naszą wolę pewne obowiązki i czyni nas odpowiedzialnymi za ich przełamywanie, tylko, pod pewnymi warunkami, godzi się zapisywać czyn przedmiotowo przestępny na rachunek woli jego sprawcy, t. j. poczytywać mu go za winę.

Warunki te są następujące:

1) Trzeba, aby sprawca posiadał zdolność do stawania się przyczyną moralną czynów, zabronionych przez prawo pod groźbą kary. Zdolność tę przyjęto powszechnie nazywać poczytalnością kryminalną sprawcy *(Zurechnungsfähigkeit)*.

2) Trzeba, aby wyszło na jaw, że w tym właśnie konkretnym przypadku, który zaszedł, sprawca stał się rzeczywiście nietylko materjalną, lecz i moralną przyczyną spełnionego przezeń przedmiotowo przestępnego czynu. Warunek ten nazywam przypisalnością czynu *(Zurechenbarkeit)*.

156. 1. Poczytalność sprawcy. Poczytalność kryminalna człowieka jest zdolnością, całkiem niezależną od faktu popełnienia

przezeń jakiegokolwiek przestępstwa. Polega ona na dwóch władzach, z których pierwsza pozwala człowiekowi zdawać sobie sprawę ze stosunku, zachodzącego między jego postępowaniem, a obowiązkami, które prawo na nas nakłada (poznanie, świadomość); a druga pozwala człowiekowi rządzić się samodzielnie, t. j. w sposób wolny od obcego przymusu, temi pobudkami, które prawo chce wywoływać w osobach, znajdujących się pod jego panowaniem (t. zw. autonomia woli). I jedną i drugą władzę posiadać może tylko człowiek dojrzały i zdrów na umyśle.

157. 2. Przypisalność czynu. Aby móc poczytać człowiekowi za winę spełnienie pewnego przedmiotowo przestępnego czynu, nie wystarcza jeszcze skonstatować, że człowiek ten jest poczytalny kryminalnie, t. j. że *in potentia* odpowiadać może w obliczu prawa karnego. Trzeba, oprócz tego, aby wyszło na jaw, że sprawca poczytalny stał się *in actu* przyczyną moralną danego przestępstwa.

To zaś zajdzie tylko w dwóch następujących przypadkach:

a) Jeżeli okaże się, że sprawca poczytalny dlatego tylko spełnił odnośny czyn, aby za jego pomocą sprowadzić pewien skutek przestępny (wina umyślna).

b) Jeżeli okaże się, że sprawca, poczytalny wprawdzie, nie chciał sprowadzić zapomocą swojego czynu żadnego skutku przestępnego, ale przewidział, względnie mógł był, a więc powinien był, przewidzieć możność nastąpienia tego skutku przestępnego, który powstał z jego czynu (wina nieumyślna).

We wszystkich innych przypadkach trzeba będzie uważać przypisalność czynu za wykluczoną. Poznamy je niżej, przy rozbiorze okoliczności, wyłączających poczytanie winy.

158. A teraz wypada jeszcze zwrócić na to uwagę, że, skoro odpowiedzialność kryminalna sprawcy opiera się na jego zdolności do uznawania nad sobą rządów prawa, tudzież samodzielnego kierowania się pobudkami, które prawo chce wytwarzać w osobach, znajdujących się pod jego panowaniem (p. wyżej Nr. 156), a zdolność ta jest władzą, którą niewątpliwie posiadać może tylko człowiek; przeto tylko on jeden stawać się może winnym przestępstwa.

Dziś już uważać należy za dawno pogrzebany pogląd, przyznający i zwierzętom poczytalność kryminalną [1], ale dotąd jeszcze oświadczają się niektórzy autorowie za zdolnością korporacyj *(universitas personarum)* do odpowiadania za przestępstwa [2].

Przeciwko temu ostatniemu zapatrywaniu przemawia zarówno natura osób prawniczych, jak istota winy.

Z uwagi na pierwszą okoliczność, każda korporacja odpowiadać może, jako taka, tylko za czynności, przedsięwzięte w granicach jej statutu. Każdy akt, przekraczający te granice, a byłoby nim niewątpliwie spełnienie przestępstwa, jużby wobec prawa nie mógł wiązać korporacji, jako nieważny w odniesieniu do niej, lecz mógłby tylko obciążać tę lub inną osobę fizyczną, która, jako zastępca korporacji, przestąpiłaby, przez jego spełnienie, ramy jej statutu.

Z uwagi na drugą okoliczność, trzeba zanotować, że przenoszenie na osobę fikcyjną, jaką jest każda korporacja, uzdolnienia umysłowego, stanowiącego dla osób, które ją reprezentują, istotny warunek ich odpowiedzialności kryminalnej, dowodziłoby tylko niezrozumienia istotnych podstaw poczytania przestępstw i byłoby wprowadzaniem do prawa karnego całkiem mu obcej, a z prawa cywilnego zapożyczonej instytucji zastępstwa woli[3].

[1] Patrz moją rozprawkę *O odpowiedzialności karnej zwierząt* (Warsz Niwa, 1882).

[2] Tu należą: A. Merkel (§ 18.), Liszt (§ 27.), Makarewicz: *Wesen des Verbrechens*, 1898, str. 87—107, a przedewszystkiem ich co do tego wspólny mistrz Gierke: *Genossenschaftsrecht*, II. str. 522, III. str. 168 i nast.

[3] Prawo austr. wyraźnie stoi na gruncie zasady *societas delinquere non potest*. Patrz co do tego §§ 88. i 89. Ust. o Stow. zarobk. i gospod. z 9 kw. 1873 (Dz. u. p. l. 70), gdzie wyraźnie uznano, że, za działalność Stowarzyszenia, przeciwną jego statutowi, odpowiadać kryminalnie mogą tylko ci jego członkowie, którzy w tej działalności brali udział. Patrz także K. k. §§ 205.*a* i 486. *c* (Rozp. Ces. z 10 XII. 1914. Art. X. ustęp III.).

II. Rodzaje i stopnie winy.

§ 36.

159. Przyjęto powszechnie odróżniać dwa rodzaje winy: A) umyślną i B) nieumyślną.

A. Wina umyślna *(dolus, Vorsatz)*.

1. Pojęcie winy umyślnej.

§ 37.

160. Do istoty winy umyślnej wchodzą zły zamiar i postanowienie przestępne.

Złym zamiarem *(dolus, böse Absicht)* nazywa się kierunek

woli sprawcy ku sprowadzeniu na widowni świata zewnętrznego jakiegoś skutku przestępnego (p. wyżej Nr. 68).

Postanowieniem przestępnem, wchodzącem w skład winy umyślnej, nazywa się kierunek woli sprawcy ku spełnieniu czynu, mającego sprowadzić zamierzony przezeń skutek przestępny.

Z dwóch tych kierunków woli powstaje naprzód zamiar, a potem dopiero postanowienie. Przekonywa nas o tem podany niżej obraz całkowitego pochodu przestępstwa umyślnego.

161. Pochodem przestępstwa *(iter delicti)* nazywa się droga, którą przebywa przestępstwo, począwszy od swojego zawiązku w duszy sprawcy, aż do skrystalizowania się na zewnątrz. Widownią tego pochodu jest z jednej strony dusza sprawcy, z drugiej zaś — świat zewnętrzny.

1. W duszy przyszłego przestępcy rodzi się naprzód pobudka w postaci odczucia pewnej potrzeby, domagającej się zaspokojenia, przez wywołanie jakiegoś skutku przestępnego. Np. Piotr pragnie okazać Pawłowi swoją nienawiść, przez wyrządzenie mu krzywdy. Party tą pobudką, Piotr zacznie zastanawiać się nad tem, jaką to krzywdę wypadałoby wyrządzić Pawłowi, aby zaspokoić najlepiej potrzebę okazania mu nienawiści. Z chwilą, gdy Piotr zdecyduje się na jakąś oznaczoną krzywdę (np. pozbawienie go życia) i skieruje swoją wolę ku sprowadzeniu na widowni świata zewnętrznego odpowiedniego skutku przestępnego, to moment ten będzie już powzięciem przez Piotra zamiaru przestępnego. Chcąc zamiar swój urzeczywistnić, Piotr będzie musiał znów zastanawiać się nad tem, jaką ma rozwinąć akcję, aby uśmiercić Pawła. Z chwilą zaś, gdy Piotr zdecyduje się na pewien oznaczony czyn (np. zastrzelenie lub otrucie) i skieruje swoją wolę ku jego spełnieniu, to już wtedy zapadnie u niego postanowienie przestępne, jako ostatnia stacja po stronie wewnętrznej pochodu przestępstwa. Odtąd rozpocznie się jego pochód zewnętrzny.

2. Na widowni świata zewnętrznego momenty, które zaznaczyliśmy w pochodzie wewnętrznym przestępstwa, rysują się w porządku odwrotnym. Piotr, aby stać się przestępcą, będzie musiał naprzód zrealizować swoje postanowienie przestępne, przez spełnienie czynu do którego się ono odnosiło. Potem dopiero będzie mogła przyjść kolej na urzeczywistnienie powziętego przez Piotra zamiaru przestępnego, a to przez sprowadzenie śmierci Pawła. Na samym końcu

zaś będzie mogło nastąpić dopięcie przez Piotra upragnionego celu, przez zaspokojenie potrzeby, która stała mu się pobudką do zbrodni.

162. Nie wszystkie stadja w pochodzie przestępstwa posiadają znaczenie istotne dla pojęcia winy. Znaczenie to przyznawać można tylko tym stadjom, które mają swoje źródło w woli sprawcy. Są niemi, po stronie wewnętrznej, zamiar i postanowienie, a po stronie zewnętrznej, działanie, jako urzeczywistnienie zamiaru, i sprowadzenie skutku przestępnego, jako realizacja postanowienia.

Bez zamiaru przestępnego niema winy umyślnej, bez postanowienia przestępnego niema żadnej winy.

Bez skutku przestępnego niema przestępstwa dokonanego (możliwe jest tylko usiłowanie), bez jakiegokolwiek zaś *ad actum procedere* niema żadnego przestępstwa.

163. Co się tyczy zaś pobudki, po stronie wewnętrznej pochodu przestępstwa, a dopięcia, względnie chybienia upragnionego celu, po jego stronie zewnętrznej; to stadja te, jako mające swoje źródło nie w woli, lecz w uczuciowości sprawcy, dla istoty jego winy obojętnemi być muszą.

Charakter pobudki jednak o tyle nie jest w prawie karnem bez wagi, że ma sobie przyznany wpływ na wymiar kary, tudzież, że stanowi podstawę do podziału przestępstw na hańbiące i niehańbiące.

Podziału tego nie należy uważać za równoznaczny z podziałem przestępstw na pospolite i polityczne. Odnosi się on wyłącznie do kwalifikacji etycznej pobudki. Za niehańbiące bowiem musiałoby uchodzić nawet przestępstwo pospolite, gdyby okazało się, że sprawca dał się do niego popchnąć pobudce szlachetnej, np. sprzeniewierstwo, dla wyciągnięcia z chwilowego ciężkiego kłopotu przyjaciela, który obiecał zwrócić nazajutrz dane mu pieniądze, a słowa nie dotrzymał, przez co wystawił sprawcę na odpowiedzialność karną [1].

[1] Por. mój referat w paryskiej *Revue pénitentiaire*, 1897. str. 170—175.

164. Ponieważ, prócz zamiaru i postanowienia przestępnego, niema po stronie wewnętrznej pochodu przestępstwa żadnych innych stadjów, któreby mogły posiadać znaczenie istotne dla pojęcia winy; przeto jasną jest rzeczą, że wina umyślna, jako nacechowana

przestępnością zamiaru i postanowienia sprawcy, przedstawiać musi najpełniejszy wyraz winy kryminalnej. Tem też trzeba tłumaczyć, że kodeksy karne uważają tę winę za prawidłowy warunek przypisalności czynu przestępnego (p. wyżej Nr. 157. *a*), a od tej reguły odstępują tylko w odniesieniu do lżejszych przestępstw, dla których poczytania zadowalają się już winą nieumyślną (p. wyżej Nr. 157. *b*). Odpowiednio do tego, i K. k. w § 1. oświadcza, że zbrodnią może być tylko przestępstwo umyślne.

165. W nowszych czasach niektórzy autorowie (Frank, Liszt, M. E. Mayer) wystąpili przeciwko poglądowi, jakoby zamiar przestępny miał być kierunkiem woli sprawcy ku sprowadzeniu pewnego skutku przestępnego. Poglądowi temu, który ochrzcili nazwą teorji woli *(Willenstheorie)*, przeciwstawiają oni swoją tezę, pod nazwą teorji wyobrażenia *(Vorstellungstheorie)*. Według ich zdania mianowicie, wola sprawcy może być skierowana tylko ku spełnieniu pewnego czynu. Wina zaś sprawcy staje się umyślną nie dlatego, że on chciał zapomocą spełnionego czynu sprowadzić pewien skutek przestępny, lecz dlatego, że nie co innego obudziło w nim wolę spełnienia czynu, jeno wyobrażenie mającego stąd wyniknąć skutku przestępnego.

Teza tych autorów nosi raczej pozory nowej teorji, niż jest nią w rzeczywistości. Wyobrażenie bowiem skutku przestępnego występuje u nich jako czynnik, który nie sam przez się decyduje o umyślności winy, lecz jeno w związku z wpływem psychologicznym, który wywiera na sprawcę, pobudzając go do akcji, która ma sprowadzić wyobrażony skutek, lub też nie wstrzymując go od niej. Ten zaś wpływ psychologiczny nie jest w istocie niczem innem, tylko wywołaniem u sprawcy tego właśnie nastroju, który zwolennicy teorji woli nazywają złym zamiarem, czyli wolą, skierowaną bezwarunkowo lub ewentualnie (p. niżej Nr. 167. l. 2. *c*) ku sprowadzeniu skutku przestępnego.

Wpływ psychologiczny, o którym wyżej mowa, znalazł nawet u jednego z najdzielniejszych wyznawców teorji wyobrażenia, M. E. Mayera tak dobitny wyraz i tak systematyczne przeprowadzenie, że pogląd jego otrzymał w Niemczech osobną nazwę teorji motywacji *(Motivtheorie)*.

[1] Frank: *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, 1890; Liszt: *Lehrb.* § 39.; M. E. Mayer: *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 1900. Stanowisko zbliżone do teorji wyobrażenia zajmują Löffler *(Die*

Schuldformen des Strafrechts, 1895) i Miřiczka (*Die Formen der Strafschuld*, 1903), wyznający t. zw. teorją przewidzenia (*Wissentlichkeitstheorie*). Przeciwko powyższym autorom, a za teorją woli, patrz zwłaszcza Hippel: *Die Vorstellungstheorie*, 1901. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, a także Janka, § 49.; Finger, I. str. 370; Lammasch, str. 28; Stooss, I. § 23.

2. *Stopnie winy umyślnej.*

§ 38.

166. Wina umyślna dopuszcza różnych stopni z uwagi I. na rodzaj zamiaru, tudzież II. na rodzaj postanowienia przestępnego.

167. I. Rodzaje zamiaru przestępnego. Dzisiejsza teorja odróżnia pewne rodzaje złego zamiaru tylko ze względu na jego stanowczość. Zamiar mianowicie przyjęto, pod tym względem, dzielić na oznaczony (*dolus determinatus*) i nieoznaczony (*d. indeterminatus*).

1. Zamiar oznaczony jest wolą, skierowaną bezwarunkowo ku osiągnięciu jednego lub kilku przez ustawę za przestępne uznanych skutków. Np. Piotr podpala dom, aby spłonął, lub aby, oprócz tego jeszcze, znalazł w pożarze śmierć przebywający w tym domu obłożnie chory Paweł.

2. Zamiar nieoznaczony jest wprawdzie wolą, skierowaną także ku osiągnięciu jakiegoś przez ustawę za przestępny uznanego skutku, ale bądź

a) skutku przestępnego, oznaczonego przez sprawcę tylko ogólnie, gdyż nie rozumiał on, że skutek ten, z punktu widzenia ustawy, jest kategorją, obejmującą różne to mniej, to bardziej przestępne skutki — jest to t. zw. zamiar ogólny, *dolus generalis* (np. Piotr napadł na Pawła w zamiarze skrzywdzenia go na ciele); bądź

b) skutku przestępnego, który sprawca chciał sprowadzić tylko na przypadek, gdyby z jego działania nie miał powstać jakiś inny, również przez sprawcę zamierzony skutek przestępny — jest to t. zw. zamiar zamienny, *d. alternativus* (np. Piotr dał Pawłowi do spożycia jakąś zepsutą konserwę w zamiarze nabawienia go czyto choroby, czyteż nawet śmierci); bądź

c) skutku przestępnego, na którego sprowadzenie sprawca się zgodził na przypadek, gdyby miał on wyniknąć z działania, spełnionego przezeń w jakimś innym nieprzestępnym zamiarze — jest

to t. zw. zamiar wynikowy, *d. eventualis* (np. właściciel mocno uszkodzonego, a wysoko ubezpieczonego, statku chce raz jeszcze użyć go do przewozu osób lub towarów, a to nawet na przypadek, gdyby miał on zatonąć z całą załogą).

168. Dawna teorja dzieliła, oprócz tego, zły zamiar 1) z uwagi na czas jego powzięcia na poprzedni *(d. antecedens)*, współczesny *(d. concommittans)* i następny *(d. subsequens)*; tudzież 2) z uwagi na jego kierunek na bezpośredni i pośredni *(d. directus* i *indirectus)*.

ad 1. To co nazywano dawniej zamiarem poprzednim jest przypadkiem nieumyślnego sprowadzenia skutku przestępnego, po spełnieniu działania, któremu towarzyszył zamiar wywołania owego skutku (zbieg winy umyślnej i nieumyślnej). Zamiar następny zaś zachodziłby wtedy, gdyby sprawca powziął go już po spełnieniu czynu, który sprowadził dany skutek w sposób całkiem niezawiniony.

Dawna teorja uważała za przestępstwo umyślne działanie następne, z uwagi na zamiar poprzedni[1], oraz działanie poprzednie, z uwagi na zamiar następny[2]. Dziś jest regułą, że zły zamiar powinien zawsze towarzyszyć działaniu, któremu ma nadać charakter przestępstwa umyślnego.

[1] Np. Piotr strzela do Pawła w zamiarze morderczym, wprawia go w stan zupełnego omdlenia (usiłowane morderstwo), a następnie w błędnem mniemaniu, że Paweł już nie żyje, rzuca go do rzeki, aby zatrzeć ślady zbrodni, i przez to dopiero pozbawia go życia (występek z § 335).

[2] Np. Piotr zabiera z posiadania Pawła zegarek, aby mu go zwrócić nazajutrz, a tymczasem zażartować z niego. Nazajutrz jednak, zagustowawszy w zegarku, ukrywa go, w zamiarze zatrzymania go dla siebie. Według dawnej teorji, Piotr odpowiadałby za kradzież *cum dolo subsequente*; według dzisiejszej teorji — tylko za bezprawne przywłaszczenie sobie przez kogoś cudzej rzeczy, już znajdującej się w jego posiadaniu (oszustwo według §§ 200, 201, *c*; *Unterschlagung* według K. k. niem.).

169. *ad* 2. Podział złego zamiaru na bezpośredni i pośredni, aczkolwiek dziś powszechnie przez naukę potępiony i zarzucony przez ustawy, ma dotąd dla prawników austrjackich znaczenie aktualne z tego powodu, że K. k. pozostał mu wierny (§ 1.).

Zamiar bezpośredni oznacza wolę sprawcy, skierowaną wprost do tego skutku przestępnego, który stał się, względnie miał stać się wynikiem jego działania. Np. Piotr strzelił do Pawła, aby go zabić (morderstwo z § 134).

Zamiar pośredni oznacza wolę sprawcy o tyle tylko skie-

rowaną do skutku przestępnego, sprowadzonego przez jego działanie, o ile sprawca chciał przez to ostatnie wywołać jakiś inny, także niedozwolony, ale mniej przestępny skutek, tudzież o ile z czynności, spełnianych w podobnym zamiarze, pospolicie wypływają lub łatwo wypływać mogą takie następstwa, jak ten właśnie skutek bardziej przestępny, który powstał z działania sprawcy. Np. Piotr napadł na Pawła, aby mu sprawić porządne lanie, a przy tej sposobności, tak się z nim obszedł, że Paweł wyzionął ducha (zabójstwo z § 140.).

Od znanego nam już zamiaru ewentualnego (Nr. 167. 2. *c*) różni się zamiar pośredni tem, że sprawca działa tam z wolą skierowaną bezpośrednio ku sprowadzeniu skutku nieprzestępnego, tutaj — z wolą, skierowaną bezpośrednio ku sprowadzeniu skutku mniej przestępnego.

170. Historycznie[1] zamiar pośredni powstał jako kompromis, między prawem rzymskiem, które za cechę istotną winy umyślnej uważało zamiar, skierowany do pewnego oznaczonego skutku przestępnego, a starem prawem niemieckiem, które w bardzo szerokich granicach traktowało narówni z winą umyślną odpowiedzialność człowieka za »*Ungefährswerke*«. Dla pogodzenia tych dwóch zbyt skrajnie różnych kierunków, wytworzyła się we Włoszech i Hiszpanji, wśród kanonistów z XV. i XVI. wieku (Bernard Papiensis, Covarruvias), teorja, dozwalająca, tylko 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.

Nazwę *dolus indirectus* otrzymała ta konstrukcja dopiero z chwilą wprowadzenia jej do Niemiec w XVII. wieku przez Karpzowa (*Practica nova*, 1635), a to przedewszystkiem w odniesieniu do uśmiercenia człowieka, wywołanego przez sprawcę, działającego w drodze *versari in re illicita*. Na tej podstawie oparto różnicę, dotąd jeszcze znaną prawu austrjackiemu między morderstwem, jako *homicidium cum dolo directo*, a zabójstwem, jako *homicidium ex intentione indirecta commissum*.

Dopiero od Feuerbacha[2], który tej konstrukcji prawniczej zarzucił, że się opiera na *praesumptio doli*, zaczyna się ustalać w Niemczech dziś powszechnie w prawie karnem panujący pogląd, że t. zw. *dolus indirectus* jest tylko zbiegiem dwóch przestępstw, jednego z winy umyślnej, ze względu na bezpośrednio zamierzony

skutek mniej przestępny, — drugiego z winy nieumyślnej, ze względu na niezamierzony skutek bardziej przestępny.

[1] Löffler: *Die Schuldformen des Strafrechts*, 1895.

[2] Feuerbach próbował wprawdzie, w miejsce zamiaru pośredniego, wprowadzić osobny pośredni rodzaj winy między umyślną a nieumyślną, pod nazwą *culpa dola determinata*, ale konstrukcja ta nie przyjęła się w nauce.

171. Dziś zamiar pośredni jest już stanowczo zarzucony i przez naukę prawa karnego i przez kodeksy. W tych ostatnich przechowały się tylko przepisy, ożywione widocznie duchem tego zamiaru, gdyż czynią one surowszą kwalifikację kryminalną niektórych przestępstw, zawisłą od powstania jakiegoś gorszego skutku, przez sprawcę niezamierzonego, ale tylko dopuszczającego z jego strony przewidzenia. Np. w myśl § 126. K. k. zwykłą karą za zgwałcenie niewiasty jest ciężkie więzienie od 5 do 10 lat, ale kara ta rośnie do zakresu od 10 do 20 lat, gdyby ofiara tej zbrodni poniosła znaczny uszczerbek na zdrowiu, albo znalazła się w niebezpieczeństwie życia, a nawet dochodzi do c. więz. dożywotnego, gdyby zbrodnia ta była przyprawiła o śmierć zgwałconą niewiastę.

Kodeks austr. jednak stanowi, co do tej kwestji, wyjątek z tego powodu, że, nietylko zawiera dużo przepisów podanego wyżej typu (§§ 86. al. 2., 88., 128., 130., 148., 150., 151., 155., 156., 160., 161., 167. *a*, 195.), ale nadto uznaje wyraźnie zamiar pośredni, jako osobną formę winy umyślnej.

172. Znamiona istotne zamiaru pośredniego są w myśl § 1. K. k. następujące:

1) Sprawca musiał mieć zamiar skierowany bezpośrednio, ku sprowadzeniu jakiegoś skutku przestępnego.

2) Sprawca musiał sprowadzić skutek bardziej przestępny zapomocą tego, co przedsięwziął lub zaniechał dla wywołania bezpośrednio zamierzonego skutku mniej przestępnego, a więc zapomocą akcji, należącej do samej istoty przedmiotowej bezpośrednio przez sprawcę zamierzonego przestępstwa, nie zaś tylko zapomocą czynu, spełnionego z okazji tej akcji. Np. Piotr nie odpowiadałby za zabójstwo z § 140., gdyby w zamiarze ukradzenia Pawłowi rewolweru z kieszeni, natrafił na broń nabitą, która, poruszona niebacznie jego ręką, wypaliła i położyła trupem Pawła.

3) Skutek bardziej przestępny musi być złem, które pospolicie wypływa lub przynajmniej łatwo wypływać może z tego, co przez sprawcę przedsięwzięte lub zaniechane zostało, dla wykonania bez-

pośrednio przezeń zamierzonego przestępstwa. Kwestja jest sporna zarówno w nauce, jak w judykaturze Najw. Tryb., czy warunek ten należy pojmować w znaczeniu przedmiotowem, czyteż w rozumieniu podmiotowem [1]. Mnie się wydaje racjonalniejszem to ostatnie stanowisko, z punktu widzenia którego, poczytanie komuś zamiaru pośredniego, w odniesieniu do skutku bardziej przestępnego, musiałoby w każdym konkretnym przypadku odpaść, w razie wyjścia na jaw, że sprawca ani nie przewidział, ani też nie mógł przewidzieć owego gorszego skutku.

[1] Za teorją przedmiotową patrz Glaser: *Ueber die Stellung des österr. Strafg. gegenüber der Lehre vom indirecten Vorsatz* (1855. *Gesamm. Schriften*, 1868, II. str. 73); Lammasch w G. Z. 1896. Nr. 22. i *Grundriss*, § 9. str. 31., tudzież *O. S. K.* Nr. 211., 966., 1294. Za teorją podmiotową oświadczają się Geyer w G. Z. 1858 Nr. 19., 20.; Janka, § 50. str. 95.; Finger, § 41. str. 393; Stooss, § 24. str. 95. i 96.

173. II Rodzaje postanowienia przestępnego. Postanowienie może być rozmyślne *(dolus praemeditatus)* lub nierozmyślne *(d. non praemeditatus vel repentinus)*, odpowiednio do tego, czy było owocem dojrzalszego obmyślenia przez sprawcę sposobu działania i celu, którego tenże pragnął dopiąć przez swoje przestępstwo, czyteż zapadło ono raczej nagle, niż z należytą rozwagą.

Do jakiej z tych dwóch kategoryj należy w danym przypadku zaliczyć postanowienie sprawcy, jest pytaniem, które sędzia potrafi rozstrzygnąć tylko w drodze bacznego uwzględnienia wszystkich towarzyszących okoliczności. A kwestja ta ma wielką wagę, raz dlatego, że rozmyślność postanowienia uchodzi, co do wszystkich przestępstw, za okoliczność obciążającą (§ 43); powtóre dlatego, że przyjęto w prawie karnem powszechnie (wbrew kodeksowi austr.), opierać różnicę między morderstwem *(Mord)* a zabójstwem *(Todtschlag)* na różnicy między rozmyślnością a nierozmyślnością postanowienia.

B. Wina nieumyślna i jej rodzaje.

§ 39.

174. Wina nieumyślna *(culpa, Fahrlässigkeit)* zachodzi wtedy, gdy sprawca wprawdzie nie chciał sprowadzić zapomocą swojego czynu żadnego skutku przestępnego, ale przewidział, względnie mógł był, a więc powinien był przewidzieć możność nastąpienia tego skutku przestępnego, który powstał z jego czynu.

Sprawca działał więc tutaj bez złego zamiaru, ale z postanowieniem przestępnem. Jeżeli bowiem człowiek chciał spełnić działanie, które sprowadziło jakiś skutek przestępny, nie znalazłszy się, co do jego charakteru przedmiotowego, w błędzie nieprzezwyciężonym, t. j. nie bywszy pozbawiony możności przewidzenia wywołanego przez nie skutku przestępnego, to dał przez to do zrozumienia, że wolał nie zwracać baczniejszej uwagi na to, iż naraża się na niebezpieczeństwo sprowadzenia danego skutku przestępnego, niż powstrzymać się od działania, które samo przez się przedstawiało dla niego interes. Na tej to podstawie zachodzi wszelki tytuł do tego, by kierunek woli sprawcy ku spełnieniu działania, które sprowadziło skutek przestępny, nazywać postanowieniem przestępnem.

175. Winę nieumyślną przyjęto dzielić na dwa stopnie, któremi są lekkomyślność i niedbalstwo.

1) Lekkomyślność *(luxuria, Frewelhaftigkeit)* jest winą połączoną z przewidzeniem przez sprawcę możności sprowadzenia skutku przestępnego, który powstał z jego czynu, ale też i z nadzieją sprawcy, że jednak jemu uda się napewno skutku tego uniknąć. W tej nadziei tkwi różnica istotna między lekkomyślnością a winą umyślną z zamiarem wynikowym (p. wyżej. Nr. 167. 2. c).

2) Cechą charakterystyczną niedbalstwa *(negligentia, Nachlässigkeit)* jest brak przewidzenia przez sprawcę sprowadzonego przezeń skutku przestępnego, w związku z tą okolicznością, że przyczyną tego braku było *animum avertere* t. j. to. że sprawca w chwili krytycznej odwrócił uwagę od swojego czynu (nieostrożność, *Unvorsichtigkeit)*, albo też *animum non advertere* t. j. to, że sprawca nie zastanawiał się wcale nad tem, co czyni.

176. Pytanie, czy sprawca czynu, z którego powstał skutek przestępny, przewidział, względnie był w stanie przewidzieć możność sprowadzenia owego skutku, potrafi sędzia rozstrzygnąć tylko za starannem uwzględnieniem zarówno zwyczajnej przezorności, której żądać można od każdego przeciętnego człowieka, jak i tej przezorności konkretnej, której wolno było spodziewać się od sprawcy, z uwagi na jego indywidualne uzdolnienie lub stanowisko zawodowe (patrz K. k. § 335.). W każdym razie tylko wyjątkowo godziłoby się żądać od sprawcy przezorności, przewyższającej t. zw. *diligentiam boni patris familias* i pociągać go do kary za *culpa levissima.*

177. Co do kary, to powszechnie przyjętą regułą jest, że wina nieumyślna sprawcy musi rosnąć w miarę, jak staje się dla niego rzeczą łatwiejszą przyjmowanie w rachubę możliwości sprowadzenia skutku przestępnego. W myśl tej reguły lekkomyślność ma zasługiwać na surowszą karę niż niedbalstwo, a, w zakresie znów tego ostatniego, nieostrożność karać należy surowiej niż nieuwagę.

III. Okoliczności wyłączające poczytanie winy.

§ 40.

178. Wiadomo, że istotnemi warunkami poczytania winy są poczytalność sprawcy i przypisalność czynu (p. wyżej Nr. 155.). Stąd płynie podział okoliczności, wyłączających poczytanie winy na dwie kategorje, któremi są A) stany niepoczytalności kryminalnej sprawcy i B) stosunki, usuwające przypisalność czynu.

A. Stany niepoczytalności kryminalnej srawcy.

§ 41.

179. Zdolność, o której powiedziano wyżej (Nr. 156.), że wytwarza poczytalność kryminalną, może nie dopisywać danej osobie z trzech głównych przyczyn, t. j. dlatego, że bądź 1) nie wytworzyła się jeszcze, bądź 2) zamąciła się chwilowo, bądź nareszcie 3) uległa trwałemu zanikowi. Temu odpowiada podział okoliczności, wyłączających poczytalność kryminalną sprawcy na 1) stany niedojrzałości umysłu; 2) stany zaburzenia umysłowego i 3) choroby umysłowe.

179. *bis.* Zachodzi pytanie, czy można mówić o stanie pośrednim między poczytalnością a niepoczytalnością kryminalną. Aczkolwiek pojęcie takiego stanu, znane jest niektórym psychiatrom (Casper, Griesinger, Ideler), a w nowszych czasach dostało się nawet, pod nazwą zmniejszonej poczytalności *(verminderte Zurechnungsfähigkeit, responsabilité restreinte)*, do projektu Kod. k. szwajc. (art. 10.); to jednak sądzę, że opiera się ono na błędnem pomieszaniu kwestji, dotyczącej zdolności człowieka do odpowiadania za przestępstwa, z pytaniem, jak należy przystosować karę do różnych stopni tej zdolności. To też do swego *Projektu kod. k. polsk.* (art. 73—75), wyd. w Warszawie w r. 1918, wprowadzam na to miejsce pojęcie winy umniejszonej.

1. *Stany niedojrzałości umysłu.*

§ 42.

180. Niedojrzałość umysłu może być 1) normalna lub 2) anormalna, odpowiednio do tego, czy musi być ona udziałem każdego człowieka, czyteż tylko niektórych, od natury upośledzonych jednostek.

180. *bis.* Normalna niedojrzałość umysłu. Jedyną jej przyczyną jest niedojrzałość wieku. Doświadczenie uczy, że w życiu każdego człowieka można z wszelką pewnością oznaczyć dwie daty t. j. czas, aż do którego dziecko, z uwagi na niedojrzałość wieku, musi być zgóry uznane przez ustawodawcę za niezdolne do odpowiadania za przestępstwa, i czas, od którego człowiek, z uwagi na dojrzałość wieku, musi być zgóry uznany przez ustawodawcę za kryminalnie poczytalnego. Na tej podstawie jest rzeczą wskazaną, aby ustawa karna przyjmowała w życiu każdego człowieka 1) okres bezwarunkowej niepoczytalności i 2) okres bezwarunkowej poczytalności.

181. Pytanie, kiedy należy uważać pierwszy okres za ukończony, a drugi za rozpoczęty, nasuwałoby trudności nieprzezwyciężone tylko na przypadek, gdyby ustawodawca chciał te dwa okresy powiązać ze sobą bezpośrednio. Dojrzewanie bowiem umysłu zależy nietylko od wieku danego osobnika, lecz i od przeróżnych warunków, wpływających na jego rozwój (klimat, wychowanie, dobrobyt, nędza, uzdolnienie indywidualne). Dla jednego dziecka wcześniej, dla drugiego później wytworzy się więc zdolność do odpowiadania za przestępstwa. Ustawodawca musi to wziąć w rachubę i z tego powodu, między okres bezwarunkowej niepoczytalności, a okres bezwarunkowej poczytalności, wstawić okres pośredni, mający uzasadniać warunkową poczytalność. Okres ten ma to znaczenie, że, co do osób w nim się znajdujących, o poczytalności decydowałby już nie ustawodawca zgóry, lecz sędzia w każdym szczególnym przypadku w miarę tego, czy uznałby, że obwiniony działał z tem rozeznaniem, czy bez tego rozeznania, które jest warunkiem istotnym poczytalności kryminalnej.

182. System odróżniania przez ustawodawcę w życiu każdego człowieka trzech powyżej podanych okresów uznać należy niewąt-

pliwie za najracjonalniejszy. Znany był on już prawu rzymskiemu i kanonicznemu, a i dzisiaj ma za sobą większość kodeksów karnych. Okres warunkowej poczytalności ciągnie się, według kod. niem. od 12 do 18 lat; według kod. węg. od 12 do 16 lat; według kod. włosk. od 9 do 14 lat; według ostatniego proj austr. z r. 1913, od 14 do 18 lat.

183. Od powyższego systemu odbiega z jednej strony prawo francuskie, z drugiej — prawo austrjackie.

Pierwszemu prawu nie jest znany okres bezwarunkowej niepoczytalności, tak, że, według niego, dziecko, przyszedłszy na świat, znajduje się odrazu w okresie poczytalności warunkowej aż do ukończenia, w myśl ustawy z r. 1906, 18 lat. Dopiero, w drodze judykatury, musiała się ustalić we Francji reguła, że dzieci, poniżej lat 7, uważają się zgóry za niezdolnych do popełniania przestępstw z rozeznaniem *(avec discernement)*.

183. ***bis.*** Prawo austr. znów nie zna okresu warunkowej poczytalności. Okres zaś bezwarunkowej niepoczytalności trwa, według K. k., krócej co do zbrodni, niż co do występków i przekroczeń.

Co do zbrodni, okres ten obejmuje tylko dzieciństwo *(Kindheit)* t. j. wiek do ukończenia 10 lat (§§ 2. *d*, 237., 269. *a*). Z chwilą gdy sprawca już rozpoczął jedenasty rok życia, to, popełniwszy zbrodnię, odpowiada kryminalnie. Jego nieletniość zaś *(Unmündigkeit)*, aż do ukończenia 14 lat, odbierze tylko jego przestępstwu charakter zbrodni, a nada mu cechę przekroczenia, karanego według osobnych przepisów, zawartych w §§ 270—273. (oddzielny areszt od 1 do 6 miesięcy). Dalszy wiek aż do ukończenia 20 lat ma uchodzić za okoliczność łagodzącą (§ 46. *a*), a co do kary śmierci i więzienia dożywotnego, to ma sprowadzać ich zmianę na ciężkie więzienie od 10 do 20 lat (§ 52.).

Co do występków i przekroczeń, okres bezwarunkowej niepoczytalności obejmuje zarówno dzieciństwo, jak nieletność, a więc wiek aż do ukończenia 14 lat. W okresie tym ukaranie sprawcy pozostawia kodeks władzy domowej (§§ 237., 269., 273.). Od tej reguły K. k. nie odstępuje nigdy co do dzieci; lecz co do nieletnich (od jedenastego roku do 14 lat) przepisuje, że w razie gdyby nie można było liczyć na skarcenie domowe, lub gdyby tego wymagały inne szczególne okoliczności (np. upadek moralny rodziny), to władza bezpieczeństwa zająć się powinna skarceniem winowajcy i zaradze-

niem na przyszłość (p. Ust. z 24. V. 1885. Dz. u. p. 89. o osadzeniu w Domu Poprawy).

Godzi się jeszcze zanotować, że czas potrzebny do ukończenia odnośnego wieku obliczać należy, w myśl ogólnej reguły, podanej w art. VIII. Pat. Publ., według roku kalendarzowego, wszakże *a momento ad momentum* t. j. także licząc od godziny przyjścia na świat.

184. 2. Anormalna niedojrzałość umysłu. Do przyczyn jej należą głuchoniemota, o ile człowiek się urodził z tem kalectwem, lub popadł w nie we wczesnem dzieciństwie, a także kretynizm t. j. brak zdolności do tego, by dojrzewać umysłowo, i dzikość t. j. stan człowieka, który, wzrastając od wczesnego dzieciństwa w zupełnem odosobnieniu od świata i ludzi, nie mógł dojść do poznania swoich obowiązków wobec społeczeństwa.

Najwłaściwiej byłoby uważać wszystkie te stany za mające uzasadniać poczytalność warunkową. Sędzia bowiem w każdym szczególnym przypadku potrafiłby najlepiej ocenić, o ile zachodziło lub nie, po stronie odnośnego sprawcy, rozeznanie, wystarczające do poczytania mu spełnionego czynu za winę. To stanowisko jednak zajęły wyraźnie niektóre kodeksy tylko co do głuchoniemoty (niem. § 58., włoski art. 58., węg. § 88.). Kod. austr. nic wogóle nie wspomina o rozbieranych tu stanach. Znaczy to, że stany te będą mogły usuwać poczytalność tylko o tyle, o ile schodzić się będą u sprawcy z takiem zaćmieniem umysłowem, jakie także, w odniesieniu do każdego innego człowieka, musiałoby uchodzić za okoliczność, wykluczającą poczytalność kryminalną. Osłabienie umysłowe niższej miary zalicza K. k. tylko do okoliczności łagodzących (§ 46. *a*).

2. Stany zaburzenia umysłu (Sinnenverwirrung).

§ 43.

185. Stany te oznaczają u człowieka, psychicznie całkiem zdrowego, chwilowe zawieszenie zdolności do stawania się świadomą i dobrowolną przyczyną swoich postępków (§ 2. *c*). Do przyczyn podobnej nieprzytomności umysłu należą następujące stany:

1) Sen (także hypnotyczny) i różne powiązane z nim przypadłości, jako to lunatyctwo (somnambulizm, nocobłąd) i upojenie senne *(Schlaftrunkenheit)*.

2) Odurzenie, wywołane środkami zewnętrznemi (silny cios), lub wewnętrznemi (narkotyki, alkohol)

3) Maligna *(delirium)*, t. j. gorączka, mająca swoje źródło w chorobie fizycznej.

4) Poryw uczuciowy *(hochgradiger Affect)*, o ile nie jest wybuchem żądzy, powiązanym z wyobrażeniem i upragnieniem zadowolenia, mającego być następstwem spełnionego czynu. W tym ostatnim bowiem przypadku mógłby on, w myśl § 46. *d*, uchodzić tylko za okoliczność łagodzącą, o ileby źródłem jego było zwyczajne uczucie ludzkie t. j. uczucie, które pospolicie odzywa się w naszej naturze.

186. Zachodzi pytanie, jak należy zapatrywać się na poczytalność sprawcy, który wprawdzie spełnił przestępstwo w stanie zaburzenia umysłu, ale wprawił się w ten stan umyślnie, aby tem pewniej móc dokonać zamierzonego przestępstwa. Przestępstwa, popełnione wśród podobnych warunków, przyjęto nazywać czynami wolnemi w zasadzie *(actiones liberae in causa* albo *ad libertatem relatae)*. Kwestja zaś tu poruszona staje się w praktyce szczególnie doniosłą w odniesieniu do opilstwa.

Jest regułą, że nie może odpowiadać za przestępstwo ten, kto w chwili, gdy je spełniał, nie był zdolny do zdawania sobie z tego należytej sprawy. W myśl tej reguły, sprawcy czynu wolnego w zasadzie należałoby poczytać za winę tylko samo wprawienie się w stan zaburzenia umysłu i karać go za to tem surowiej, im chodziło mu wtedy o popełnienie w tym stanie cięższego przestępstwa. W jednym tylko przypadku musiałby sprawca odpowiadać za przestępstwo wolne w zasadzie, a mianowicie wtedy, gdyby okazało się, że jego popełnienie było skutkiem koniecznym samego wprawienia się sprawcy w stan zaburzenia umysłu. Podobny stosunek zaś będzie zachodził zawsze tylko przy *delicta omissionis* (np. drożnik kolejowy się upił, aby tem pewniej nie wystawić sygnału), podczas gdy, przy innych przestępstwach, tworzyć będzie nader rzadki wyjątek (podobnie zapatrują się Liszt, § 37. str. 164 i Finger, § 33. str. 315).

187. Kod. austr. porusza tę kwestję tylko w odniesieniu do opilstwa i w przypadku tym oświadcza się za poczytalnością sprawcy przestępstwa wolnego w zasadzie. Zaburzenie umysłu bowiem, wywołane opilstwem, wtenczas tylko ma uchylać poczytalność kryminalną osoby, która w tym stanie popełniła przestępstwo, skoro

sprawca nie upił się na to właśnie, by popełnić przestępstwo, a jego nietrzeźwość była zupełna t. j. taka, że nie pozwalała mu wiedzieć, co czyni (§ 2. c).

Wtedy jednak, w razie popełnienia przestępstwa, uznanego skądinąd za zbrodnię, sprawca, w myśl § 236, musiałby odpowiadać, w braku wyjścia na jaw winy nieumyślnej, co najmniej za osobne przekroczenie opilstwa z § 523. Sędzia bowiem, przekonawszy się, że sprawcy można przypisać winę nieumyślną (O. N. T. z 3. X. 1890. l. 1362) i że przestępstwo, które popełnił, po wyeliminowaniu z niego w myśl § 2. c złego zamiaru, musiałoby podchodzić pod pojęcie jakiegoś surowiej, niż to przepisuje § 523., karanego występku lub przekroczenia, zastosuje do sprawcy owo surowsze, do tego występku lub przekroczenia odnoszące się, postanowienie ustawy, np. gdy okażą się znamiona zabicia człowieka przez sprawcę pijanego, a jednak nie wolnego od winy nieumyślnej (występek z § 335.)[1].

Jako osobne przekroczenie, opilstwo uznane jest w całej Austrji tylko w przypadku, przewidzianym w § 524. (opilstwo nałogowe lub zastarzałe, *eingealterte Trunkenheit)*, a w Galicji, Lodomerji, Krakowie i na Bukowinie staje się w szerszym zakresie karygodnem w myśl Ust. z 19. VII. 1877 (Dz. u. p. 67).

[1] Tę zasadę wypowiedziało już Najw. Post. z 16. III. 1833 (D. K. N. z 26. III. 1833) co do § 3. Cz. II. Kod. z r. 1803, odpowiadającego § 236 Kod. z 1852.

3. Choroby umysłowe.

§ 44.

188. Rozbiór chorób umysłowych, jako okoliczności, wykluczających poczytalność kryminalną, należy do psychiatrji sądowej[1]. Prawo karne stawia tylko zasadę, że nie może odpowiadać kryminalnie osoba, która w chwili, gdy spełniła przestępstwo, dotknięta była takiem zboczeniem umysłowem, że nie leżało w jej mocy stawać się świadomą i dobrowolną przyczyną swego postępowania. Zresztą jaką była natura jej choroby psychicznej, a mianowicie, czy zaciemniała jej inteligencję, czyteż raczej ubezwładniała jej wolę (t. zw. szały bez obłędu, *maniae sine delirio*, jako to różne formy chorobliwego maniactwa), czy dopuszcza lub nie wolnych przerw *(lucida intervalla*, czy nadaje się lub nie do wyleczenia, — wszystko to może mieć dla sędziego znaczenie, tylko ze względu na światło, jakie rzuca na pytanie, jaki był stan psychiczny sprawcy w chwili,

gdy spełniał zarzucane mu przestępstwo. Co do tego pytania zaś, należy zaznaczyć, że, aczkolwiek formalnie jego rozstrzyganie należy do sędziego, to jednak, w myśl § 134. P. K., będzie musiał on zawsze zasięgnąć co do tej kwestji opinji dwóch lekarzów.

[1] Z dzieł polskich patrz Rothe: *Nauka o chorobach umysłowych*, 1879, a zwłaszcza Wachholz: *Podręcznik medycyny sądowej*, 1899.

189. Kod. austr. (§ 2. *a*, *b*) odróżnia *a)* stany, w których człowiek pozbawiony jest zupełnie używania rozumu i *b)* stany przemijającego chwilami pomieszania zmysłów (obłąkanie perjodyczne), zaznaczając, że te ostatnie mają uchylać poczytalność kryminalną sprawcy tylko o tyle, o ile tenże popełnił przestępstwo w czasie, gdy podlegał pomieszaniu zmysłów. W zasadzie więc, K. k. oświadczył się za poczytalnością osób, działających w okresie wolnych przerw. Nie przeszkadza to jednak, że o tem, czy daną przerwę należałoby uznać za wolną w rzeczywistości, czyteż tylko za stan, nacechowany pozorami zdrowia umysłowego, musiałby i w Austrji rozstrzygać sędzia w każdym konkretnym przypadku, po zarządzeniu zbadania przez dwóch lekarzów stanu ducha i umysłu obwinionego (§ 134. P. K.).

190. Postęp nowszych ustaw polega na tem, że, w odniesieniu do oskarżonych, dotkniętych chorobą umysłową, wykluczającą poczytalność kryminalną, nie pozwalają sędziemu ograniczać się do wydania wyroku uwalniającego. Polecają mu one, aby, oprócz tego, po zasięgnięciu zdania znawców, wydał decyzję co do tego, czy w interesie bezpieczeństwa ogółu nie zachodziłaby potrzeba użycia przeciwko sprawcy jakiegoś środka ochronnego t. j. umieszczenia go w jakimś specjalnie do tego przeznaczonym przytułku lub zakładzie leczniczym (Kod. włoski art. 46.; proj. szwajc. art. 10.; mój proj. polski, art. 71. i 72.).

B. Okoliczności wykluczające przypisalność czynu.

§ 45.

191. Przypisalność czynu musi być wykluczona, ile razy jego sprawca znalazł się w tem położeniu, że, spełniając go w stanie zupełnej poczytalności, albo miał sobie fizycznie odebraną wszelką swobodę akcji, albo też miał zakrytą, z przyczyn całkiem od niego nie-

zawisłych, rzeczywistą naturę danego czynu. Pierwszą sytuację wytwarza przymus fizyczny, druga zaś ma miejsce w razie przypadku i błędu.

192. 1. Przymus fizyczny *(vis absoluta vel maior)* Jest to tak potężny nacisk, wywarty na sprawcę przez innego człowieka lub żywioły przyrody, że stało się dla niego fizycznem niepodobieństwem nie spełnić tego, do czego go ten nacisk zniewolił. K. k. nazywa taki nacisk przymusem nieodpornym *(unwiderstehlicher Zwang*, § 2. *g)*.

Całkiem inne ma znaczenie przymus psychologiczny *(vis compulsiva)*, pomimo, że judykatura austr. podciąga niektóre jego przypadki, o których była mowa wyżej pod Nr. 110, pod pojęcie przymusu nieodpornego.

193. 2. Przypadek *(casus, Zufall)*. *Sensu largo* mówi się o przypadku, ile razy ktoś spełnił czyn przedmiotowo przestępny bez żadnej winy, a więc także pod wpływem przymusu fizycznego lub błędu. W ściślejszem rozumieniu jednak przypadkiem przyjęto nazywać spełnienie przez kogoś czynu przedmiotowo przestępnego z tego tylko powodu, że do jego akcji, co do której nie znalazł się on zresztą w żadnym błędzie, przyłączyły się jakieś okoliczności, których sprawca w żaden sposób nie mógł przewidzieć, a które właśnie sprawiły, że jego czyn stał się przedmiotowo przestępstwem. Np. Piotr w strzelnicy zabił Pawła, który nagle wbiegł na linię strzału.

194. 3. Błąd *(error, Irrtum)*. Jest to 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 danego czynu (niewiadomość, *ignorantia)*, albo też posiadanie o nim mylnego wyobrażenia (błąd, *sensu stricto)*.

Błąd przyjęto dzielić na faktyczny i prawniczy. Pierwszy odnosi się do natury spełnionego czynu, jako pewnej zmiany na widowni świata zewnętrznego; drugi — do kwalifikacji, którą temu czynowi przypisuje prawo.

195. *a.* Błąd faktyczny *(error facti)*. Aby uchylać przypisalność czynu przedmiotowo przestępnego, musi być błędem istotnym *(essentialis)* i niepokonalnym *(invincibilis)*.

Błąd uważa się za istotny wtedy, gdy odnosi się do okoliczności faktycznej, posiadającej znaczenie decydujące dla pojęcia odnośnego przestępstwa. Np. jeżeli ktoś przez pomyłkę dał choremu do zażycia, zamiast lekarstwa do użytku wewnętrznego, jakiś medykament do użytku zewnętrznego. Nie wykluczałby jednak przypisalności morderstwa błąd sprawcy, któryby przez pomyłkę, zamiast upatrzonego kwasu pruskiego, użył innej trucizny.

Błąd uchodzi za niepokonalny wtędy tylko, jeżeli sprawca nie mógł był się z niego wyzwolić bez żadnej winy. W przeciwnym razie bowiem błąd usuwałby tylko winę umyślną.

Kod. austr. zalicza błąd faktyczny do okoliczności, wykluczających zły zamiar, a więc poczytanie przestępstw umyślnych (§ 2. *e*). Nie ulega jednak najmniejszej wątpliwości, że, i z punktu widzenia K. k., błąd ten, skoro okaże się *essentialis* i *invincibilis*, będzie musiał usuwać i winę nieumyślną, a to z uwagi na to, że wyklucza możność przewidzenia sprowadzonego skutku przestępnego, bez którego to warunku niema też winy nieumyślnej.

196. *b.* Błąd prawniczy *(error iuris)*. Błąd ten może być dwojakiego rodzaju, stosownie do tego, czy odnosi się do kwalifikacji czynu, opartej na innych przepisach prawnych, czyteż do kwalifikacji, którą mu nadaje prawo karne.

Błąd prawniczy pierwszego typu przyjęto traktować narówni z błędem faktycznym. Możliwy on jest tylko w odniesieniu do przestępstw, do których pojęcia wchodzi naruszenie przez sprawcę jakiegoś stosunku prawnego, którego unormowanie należy do innych dziedzin prawa, np. cywilnego (własność lub małżeństwo). Z tytułu takiego błędu nie odpowiadałby mianowicie za dwużeństwo z § 206. ten, kto, bez żadnej winy, sądził błędnie, że uzyskana przezeń separacja od stołu i łoża równa się rozwodowi i dlatego tylko wstąpił w nowy związek małżeński.

197. Inaczej bywa traktowany błąd, odnoszący się do kwalifikacji czynu, opartej na postanowieniach prawa karnego. Panuje mianowicie, co do tego błędu, wśród wielu wybitnych autorów, pogląd, że nie może on nigdy, w myśl zasady »*legis ignorantia vel iuris error nocet*«, uchylać przypisalności czynu przestępnego. (Liszt, § 41. str. 178, a zwłaszcza Heinemann w *Z. L.* t. XIII. str. 371). W myśl tego poglądu, który Finger (I. str. 355) słusznie nazywa brutalnym, musiałby odpowiadać za przestępstwo nawet ten, ktoby speł-

nił czyn, uznany przez kodeks za przestępstwo, w błędnem, a przez zachodzące okoliczności całkiem usprawiedliwionem mniemaniu, że postąpił najlegalniej.

Sądzę, że zasadę »*legis ignorantia vel iuris error nocet*« godzi się stosować tylko do przypadku, gdy sprawca wiedział, że to, co czyni, sprzeciwia się prawu, lecz z powodu nieznajomości ustawy karnej sądził błędnie, że nie stanowi to żadnego przestępstwa, lub że stanowi przestępstwo lżej karane. Gdyby jednak sprawca znalazł się był w tem położeniu, że, bez żadnej winy, nie mógł się poznać nawet na tem, że spełnia czyn, zabroniony przez prawo, a nawet mniemał błędnie, że to, co czyni, jest przez prawo nakazane; to wtedy, nie możnaby już o sprawcy powiedzieć, że miał wolę przełamania obowiązku, nałożonego przez prawo, a więc że stał się nietylko fizyczną lecz i moralną przyczyną spełnionego bezprawia (p. wyżej Nr. 153).

198. Kod. austr. oświadcza, że nikt nie może tłumaczyć się niewiadomością ustawy karnej, ani co do zbrodni (§ 3.), ani co do występków i przekroczeń (§ 233.). Jednakże z uwag, któremi § 233. poprzedza to oświadczenie należy wnosić, że ustawodawca dlatego tylko nie pozwala nikomu tłumaczyć się niewiadomością ustawy karnej co do występków i przekroczeń, że nie przypuszcza nawet, aby ktoś, popełniwszy którekolwiek z tych przestępstw, mógł rzeczywiście nie wiedzieć, że narusza przepis prawa. Rzecz jasna że, co do zbrodni, ustawodawca musiał z większą jeszcze bezwzględnością nie wątpić, że są to czyny o charakterze bezprawnym, rzucającym się każdemu w oczy. Stąd zaś płynie ta nauka, że, gdyby jednak w jakimś szczególnym przypadku miało wyjść na jaw, że to, na co ustawodawca liczył tak kategorycznie, się nie ziściło, bo znalazł się w sprawie o zbrodnię, występek lub przekroczenie, oskarżony, o którym sędzia przekonał się, że nie był w stanie poznać się na tem, że spełnia czyn niedozwolony; to wtedy musiałby sędzia podobny *error iuris* podciągnąć pod pojęcie błędu, nie dającego poznać zbrodni w uczynku, z uwagi na który K. k. uważa zły zamiar za wykluczony (§ 2. *e*), a o którym to błędzie powiedziano wyżej (Nr. 195), że gdy jest *invincibilis*, to usuwa także winę nieumyślną [1]. Np. w jakiejś bardzo zacofanej wiosce ojciec z bólem serca zabija swego jedynaka, którego pies wściekły pokąsał, w błędnem mniemaniu, że spełnia nakaz, który władza kazała rozlepić, co do zabijania zwierząt przez psa wściekłego pokąsanych (zbrodnia z § 134.); lub ktoś na

wsi, gdzie panuje febra, sprzedaje ze swojej apteczki domowej chininę w tem przekonaniu, że postępuje najlegalniej (przekroczenie z § 354).

[1] Pogląd ten podzielają Geyer, str. 30; Herbst ad § 233; Lammasch, I. wyd. str. 20. *De lege ferenda* oświadczają się za tą opinją Janka, § 53. str. 100; Finger, I. § 38. str. 355—358.

199. Z błędnem a usprawiedliwionem mniemaniem, że czyn przestępny nie sprzeciwia się prawu, mieszać nie należy przypadku, gdy sprawca wie, że jego czyn jest w niezgodzie z prawem, ale sądzi, że z jakichś wyższych etycznych względów służy mu tytuł do jego spełnienia (np. morderstwo rytualne). Podobne urojenie prawne *(Rechtswahn)* nie wykluczałoby nigdy przypisalności czynu.

Przeciwieństwem do tego przypadku byłoby t. zw. przestępstwo urojone *(Putativdelikt)*, t. j. czyn dozwolony przez prawo, a spełniony w mniemaniu, że się prawu sprzeciwia. Czyn taki musiałby zawsze być wolny od kary.

IV. Zbieg winy umyślnej i nieumyślnej, względnie zbieg winy i przypadku.

§ 46.

200. Do tej kategorji należy zaliczyć cztery następujące wydarzenia:

1) Nieumyślne wywołanie skutku przestępnego, po spełnieniu czynu, któremu towarzyszył zamiar jego sprowadzenia. O przypadku tym była już mowa wyżej (Nr. 168), przy rozbiorze zamiaru poprzedniego.

2) Nieumyślne wywołanie skutku bardziej przestępnego zapomocą czynu, spełnionego w zamiarze sprowadzenia skutku mniej przestępnego. Z przypadkiem tym poznaliśmy się już, przy rozbiorze zamiaru pośredniego (Nr. 169—172).

3) Nieumyślne, względnie przypadkowe skierowanie czynu przeciwko przedmiotowi, wziętemu błędnie za ten, który, według zamiaru sprawcy, miał stać się jego ofiarą. Jest to t. zw. błąd co do przedmiotu, lub co do osoby *(error in obiecto vel in persona)*. Np. kłusownik słysząc, że coś się porusza w gąszczu, strzela w tym kierunku, a zamiast spodziewanej zwierzyny, zabija śpiące tam dziecko (zbieg usiłowanej kradzieży i nieumyślnego, względnie przypakowego uśmiercenia człowieka).

Na szczególną uwagę, w odniesieniu do morderstwa, zasługuje błąd co do osoby wtenczas, gdy osoba, co do której sprawca się pomylił, nie nadaje jego działaniu żadnej odmiennej kwalifikacji kryminalnej, a więc nie wtedy, gdyby np. Piotr, zamiast swego ojca (usiłowane ojcobójstwo), zabił obcego człowieka (morderstwo pospolite). Mam tu na myśli przypadek, gdy Piotr, chcąc zabić Pawła, strzelił do Jana dlatego tylko, że go przez pomyłkę wziął za Pawła. Jest regułą powszechnie uznaną, że podobny błąd nie ma być brany w żadną rachubę, gdyż nie wywarł wpływu istotnego na kierunek woli przestępnej sprawcy, lecz stał się tylko przyczyną, że działanie sprawcy (zabicie Jana) musiało okazać się niezdolnem do zaspokojenia pobudki, która go do niego skłoniła (sprawca bowiem miał interes w zabiciu Pawła).

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 *(aberratio ictus vel actus, Abirrung)*. Np. Piotr, w zamiarze wybicia szyby sklepowej, rzuca w nią kamieniem, który zbacza w kierunku przechodnia i wybija mu oko (zbieg usiłowanego uszkodzenia cudzej własności i dokonanego z winy nieumyślnej występku uszkodzenia ciała z § 335). Zbieg winy umyślnej i nieumyślnej, względnie winy umyślnej i przypadku zajdzie także wtenczas, jeżeli wskutek *aberratio actus* utraci życie inny człowiek, niż ten, przeciwko któremu sprawca skierował swoje działanie. Jeżeli np. Piotr celował w zamiarze morderczym do Pawła, a kula zboczyła i zabiła Jana, to wtedy Piotr dopuści się usiłowanego morderstwa w związku z zabiciem człowieka, albo z winy nieumyślnej (§ 335.), albo w drodze nieszczęśliwego przypadku, a to stosownie do zachodzących okoliczności.

Przyczyna dla której *aberratio actus* traktuje się tutaj inaczej niż analogiczny przypadek błędu co do osoby, tkwi w tem, że przy *error in persona* sprawca zabija tę osobę, przeciwko której zwrócił swoje działanie, podczas gdy, przy zboczeniu czynu, zabija on człowieka, przeciwko któremu ani myślał wymierzać swojego strzału.

Kod. austr. jednak, co do morderstwa, nie uwzględnia tej różnicy i każe oba te przypadki traktować jednakowo (§ 134.).

TYTUŁ III.

O postaciach zasadniczych przestępstwa.

Znaczenie i podział.

§ 47.

201. Postaciami zasadniczemi przestępstwa nazywają się różne kształty, które przestępstwo może przybierać, nie utracając natury gatunkowej, t. j. nie stawając się z tego powodu przestępstwem pewnego szczególnego rodzaju (np. kradzieżą, morderstwem lub oszustwem). Postaci te podzielić można na A) jakościowe i B) ilościowe.

202. A. Postaciami jakościowemi nazywam kształty, które nie wywierają żadnego wpływu na objętość przejawiającej się w nich treści przestępstwa, lecz tylko treść tę wyrażają w pewien odmienny sposób. Sposób ten może wyciskać swoje piętno na formie bądź samego czynu przestępnego (znane nam już przestępstwa z dopuszczenia i zaniechania; p. Nr. 67.), bądź jego stosunku do skutku przestępnego (znane nam już przestępstwa formalne, materjalne i formalno-materjalne; p. Nr. 69.).

203. B. Postaci ilościowe tem się odznaczają, że w nich treść przestępstwa przejawia się w różnej objętości. Formy te mogą mieć za przyczynę jedną z czterech następujących okoliczności:

1) Odrębny charakter winy. Przestępstwa umyślne i nieumyślne (p. Nr. 160—177).

2) Rozciągłość pochodu zewnętrznego przestępstwa (p. Nr. 162.). Przestępstwa dokonane i usiłowane.

3) Stosunek przestępstwa do osób, które wspólnemi siłami przyczyniły się do jego spełnienia. Różne stopnie udziału w przestępstwie.

4) Obszar działalności przestępnej winowajcy. Przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne.

W książce tej dotąd nie było jeszcze mowy tylko o postaciach ilościowych, ze względu na okoliczności, przytoczone wyżej pod liczbami 2—4. Rozbiór ich tworzyć będzie temat trzech następujących rozdziałów.

ROZDZIAŁ I.

Dokonanie i usiłowanie.

I. Ogólna charakterystyka pojęć dokonania i usiłowania.

§ 48.

204. Dokonaniem przestępstwa *(Vollendung des Verbrechens, consummatio delicti)* nazywa się w pochodzie zewnętrznym działania przestępnego ten punkt, w którym sprawca już sprowadził zapomocą swego czynu pewien skutek przestępny (p. wyżej Nr. *68*), 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.

Usiłowaniem przestępstwa[1] *(Versuch des Verbrechens, conatus delinquendi)* nazywa się 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.

Usiłowanie przyjęto nazywać kwalifikowanem wtenczas, gdy sprawca za jego pomocą zdołał już sprowadzić, wprawdzie nie zamierzony, ale jakiś inny mniej przestępny skutek. Np. Piotr strzelił do Pawła w zamiarze morderczym, ale zranił go tylko.

[1] Zachariae: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, t. I. 1836. t. II. 1839. Krzymuski: Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw, 1884.

II. Bliższy rozbiór pojęcia usiłowania.

§ 49.

205. Z podanej wyżej definicji usiłowania widać, że do jego pojęcia wchodzić muszą trzy następujące istotne pierwiastki:

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)*.

Takie sformułowanie pojęcia usiłowania zawdzięczamy glosatorom, a znajdujemy poraz pierwszy w glosie do L. 5. Cod. I. 3. (de episc. et cleric.).

206. 1. *Cogitare.* Ze względu na ten pierwiastek tylko przestępstwa umyślne dopuszczają usiłowania. Można wprawdzie mówić o początku wykonania przestępstw nieumyślnych, lecz byłoby rzeczą całkiem nielogiczną, chcieć jakiekolwiek stadjum ich pochodu zewnętrznego uważać za ich usiłowanie. To też t. zw. *culpa adtentata* Heppa *(Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft)* spotkała się w nauce z powszechnem odparciem.

Za to żaden rodzaj złego zamiaru nie wyłącza usiłowania, prócz zamiaru pośredniego, o którym wiadomo (Nr. 170), że się opiera tylko na *praesumptio doli* i że skutek przestępny, do którego ma się odnosić, należałoby właściwie zapisywać tylko na rachunek winy nieumyślnej sprawcy.

207. 2. *Ad actum procedere.* Musi to być czyn zewnętrzny, skierowany ku sprowadzeniu zamierzonego skutku przestępnego, a więc czyn natury nie zwiastującej, lecz urzeczywistniającej (Nr. 66.). Formę wynurzeń ustnych lub pisemnych mógłby on przybrać tylko w odniesieniu do przestępstw, których istota polegałaby właśnie na pewnych nadużyciach w zakresie mowy lub pisma, np. niebezpieczne pogróżki lub oszczerstwo.

Ze względu na ten pierwiastek nie dopuszczają usiłowania przestępstwa formalne *omissionis.* Tu bowiem niema dla sprawcy żadnego pola do dokładania jakichkolwiek starań, celem dokonania zamierzonego przestępstwa. Dokonanie to nastąpi samo przez się, bez względu na tę lub inną działalność sprawcy, skoro nadejdzie chwila, gdy obowiązkiem, nałożonym na niego przez ustawę pod groźbą kary, było spełnić zaniechaną przezeń czynność. Nawet gdyby ktoś inny był np. wyręczył drożnika kolejowego w wystawieniu sygnału w przepisanym czasie; to i wtedy jeszcze drożnik odpowiadałby za swoje zaniechanie, jako za przestępstwo nie usiłowane, lecz dokonane.

208. 3. *Non perducere ad effectum.* Jest to nieosiągnięcie przez sprawcę zamierzonego skutku przestępnego. Może to nastąpić w jednej z dwóch następujących form:

1) Sprawca nie zdołał nawet wykonać zapadłego postanowienia przestępnego, t. j. spełnić czynu, zapomocą którego chciał sprowadzić zamierzony skutek przestępny. Np. Piotr postanowił strzelić do Pawła z rewolweru, aby go zabić, tymczasem nie zrobił tego, bo w chwili krytycznej broń mu wypadła z ręki, lub ktoś mu ją wytrącił. Usiło-

wanie w podobnych przypadkach przyjęto nazywać niezupełnem *(nichtbeendeter Versuch)*.

2) Sprawca spełnił wprawdzie postanowiony czyn, ale nie sprowadził za jego pomocą zamierzonego skutku przestępnego. Np. Piotr strzelił do Pawła, aby go zabić, lecz nie trafił go, lub zranił go tylko. Jest to t. zw. usiłowanie zupełne *(beendeter Versuch)*, lub przestępstwo chybione *(délit manqué)*.

209. Nie wszystkie przestępstwa, które dopuszczają usiłowania, nadają się do tego, by ich usiłowanie mogło nastąpić w obu podanych wyżej formach. Należy mianowicie, pod tym względem, odróżnić następujące kategorje:

a) Przestępstwa formalne z dopuszczenia i przestępstwa materjalne *per omissionem commissa* mogą być usiłowane tylko w formie niezupełnej. Pierwsze dlatego, że w nich działanie sprawcy, doprowadzone do końca, staje się już przez to samo przestępstwem dokonanem (Nr. 69. ad 1.). Drugie dlatego, że tutaj o zaniechaniu sprawcy będzie można powiedzieć, że zostało doprowadzone do końca dopiero wtedy, gdy sprowadziło zamierzony przez sprawcę skutek, a więc gdy stało się przestępstwem dokonanem (Nr. 69. ad 2.).

b) Przestępstwa formalno-materjalne (p. wyżej Nr. 69. ad 3.) dopuszczają tylko usiłowania zupełnego. W nich bowiem czyn sprawcy przybierze charakter działania, skierowanego rzeczywiście do pewnego skutku przestępnego, dopiero wtenczas, gdy już puści w ruch cudzą, czysto automatyczną, akcję, mającą skutek ten wytworzyć, a więc gdy sam dojdzie do końca. Np. Piotr w Warszawie, napisawszy do Pawła w Krakowie list z wyzwaniem na pojedynek, będzie mógł odpowiadać za usiłowanie zbrodni pojedynku z § 158. dopiero z chwilą, gdy list swój oddał na pocztę, a więc gdy czyn swój doprowadził do końca. Cała jego poprzednia działalność musiałaby uchodzić za akcję przygotowawczą.

c) Wszystkie inne przestępstwa materjalne, które wogóle mogą być usiłowane, dopuszczają w równym stopniu usiłowania tak zupełnego, jak niezupełnego.

210. Wiadomo, że z przyczyn zasadniczych nie dopuszczają usiłowania przestępstwa nieumyślne (Nr. 206.) i przestępstwa formalne z zaniechania (Nr. 207).

Z innych jednak przyczyn, nietyle teoretycznego, ile praktycznego rzędu, należy uznać usiłowanie za wykluczone także przy prze-

stępstwach, które zbyt szybko, po przystąpieniu sprawcy do czynu, stawają się przestępstwami dokonanemi, aby można było uchwycić w ich pochodzie jakiekolwiek dla zmysłów naszych dostępne *ad actum procedere*, któreby już nie było dokonaniem przestępstwa. Charakterem tym odznaczają się, z samej swojej natury, t. zw. przestępstwa jednochwilowe *(délits instantanés)*, np. obelgi lub pogróżki słowne; a z woli ustawodawcy — takie zbrodnie, które kodeks uważa za dokonane już z chwilą rozwinięcia przez sprawcę choćby najdalszej akcji przygotowawczej, np. zdrada główna (§ 58.).

III. Karygodność usiłowania.

§ 50.

211. Należy odróżnić pytanie o karygodności bezwzględnej i o karygodności względnej usiłowania. Rozbiór pierwszego pytania ma nas pouczyć, czy wogóle usiłowanie nadaje się do tego, by być uznane za przestępstwo; rozbiór drugiego — ma nam wyjaśnić, jaką ma być karygodność usiłowania w stosunku do dokonania przestępstwa.

212. Karygodność bezwzględna. Z podanego wyżej rozbioru pojęcia usiłowania (Nr. 205—207) widać, że, z czterech istotnych pierwiastków przestępstwa, trzy mieszczą się już w jego usiłowaniu. Każde usiłowanie bowiem jest działaniem zawinionem, ze względu na *cogitare*, a czynem zewnętrznym i bezprawnym z uwagi na *ad actum procedere*, które jako czynność, zmierzająca do sprowadzenia zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego, musi sprzeciwiać się prawu, w myśl znanej reguły *quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne, per quod devenitur ad illud.*

Brak tylko usiłowaniu do karygodności jeszcze czwartego pierwiastku istoty ogólnej przestępstwa, a mianowicie pierwiastku działania, zagrożonego karą przez ustawodawcę, przed jego popełnieniem. To bowiem jest rzeczą pewną, że, w myśl reguły *„nullum crimen sine lege poenali“*, usiłowania przestępstwa nie możnaby uznać za karygodne na tej tylko podstawie, że ustawa okłada karą jego dokonanie. Aby więc już samo usiłowanie przestępstwa mogło stanowić czyn karygodny, trzeba koniecznie, aby ustawodawca nadał mu wyraźnie tę kwalifikację.

213. Kod. austr. oświadcza się w części ogólnej za karygodnością usiłowania tak w odniesieniu do zbrodni (§ 8.), jak co do występków i przekroczeń (§ 239.). Inne kodeksy (np. franc. art. 2. 3., niem. § 43.), w części ogólnej, uznają za karygodne tylko usiłowanie zbrodni; co do występków, pozostawiają rozstrzygnięcie tej kwestji przepisom części szczególnej (a więc co do każdego występku zosobna); a co do przekroczeń, to odstępują od uważania ich usiłowania za karygodne, co się tem tłumaczy, że tutaj potrzebę kary wywołuje najczęściej wzgląd raczej na *exitus*, niż na *voluntas*.

214. Karygodność względna. Jest regułą, że usiłowanie ma być co do kary traktowane łagodniej niż dokonanie. Za tą tezą przemawiają, co do każdego usiłowania, dwa argumenty, a mianowicie że usiłowanie 1) wyrządza zawsze mniejszą szkodę materjalną, i 2) stanowi zawsze przykład mniej zachęcający do naśladowania. Oprócz tego, za tą tezą i to jeszcze przytoczyć trzeba, że we wszystkich przypadkach usiłowania niezupełnego, może powstać w umyśle sędziego wątpliwość, czyteż sprawca, gdyby nie był natrafił na przeszkodę, nie był później, ale zawsze jeszcze w stosownej chwili, z własnego natchnienia, odstąpił od dokonania uplanowanego przestępstwa. Wiadomo zaś, że każdą wątpliwość należy w prawie karnem tłumaczyć *in mitius*.

Nareszcie za tą tezą i to jeszcze godzi się nadmienić, że zrównanie, co do kary, usiłowania z dokonaniem nie byłoby rzeczą wskazaną ze stanowiska polityki kryminalnej. Wtedy bowiem zachodziłaby obawa, iżby bądź sprawca, nie mając już nic do stracenia, nie zechciał jeszcze postarać się o natychmiastowe wykonanie danego przestępstwa zapomocą jakiegoś innego, pod jego ręką znajdującego się środka; bądź też aby inni przestępcy nie uzbrajali się w przyszłości w większą energię i skuteczniejszy sposób działania.

215. Teza niższej karygodności usiłowania, panująca w nauce i przyjęta przez większość kodeksów karnych, ma jednak przeciwników na obu tych polach.

Wśród autorów, oświadczają się przeciwko niej reprezentanci szkoły pozytywnej prawa karnego we Włoszech (Ferri, Garofalo; Nr. 15), a w Niemczech Liszt i jego adepci. Utrzymują oni, że z punktu widzenia podmiotowego, niema żadnej różnicy, co do winy, między sprawcą usiłowanego a sprawcą dokonanego przestępstwa,

skoro pierwszy tylko z przyczyn, od jego woli niezależnych, musiał poprzestać na usiłowaniu [1].

[1] Ferri: *Sociologia criminale* (w przekładzie franc. 1893; niem. 1894). Garofalo: *Criminologia*, 1. wyd. 1885; 2. wyd. 1891 (w przekł. franc. 1890). Liszt. § 46.

216. Wśród kodeksów nie czynią, co do przepisanej kary, żadnej różnicy między usiłowaniem a dokonaniem francuski *Code pénal* (art. 2) i Kod. austrjacki (§§ 8. i 239.).

W myśl tego ostatniego kodeksu mianowicie, należy w zasadzie do usiłowania stosować zakres ustawowy kary, przepisany na przypadek dokonania, z tem tylko zastrzeżeniem, że usiłowanie ma, przy wymiarze kary, być brane w rachubę jako okoliczność łagodząca (§ 47. *a*). Tylko co do trzech zbrodni, a mianowicie fałszowania publicznych papierów kredytowych (§§ 110. 113. 115.), morderstwa (§ 138.) i spędzenia płodu własnego (§ 145.), K. k. wyraźnie odstąpił od ogólnej reguły i za usiłowanie tych zbrodni uznał za właściwe przepisać inne mniej surowe kary, niż za ich dokonanie.

217. Te same argumenty, które uzasadniają niższą karygodność usiłowania w stosunku do dokonania, przemawiają też za tem, aby traktować usiłowanie tem łagodniej, im bardziej jeszcze byłoby oddalone od dokonania.

Pogląd ten już występuje u praktyków włoskich XIV wieku. Utrzymywali oni bowiem, że za *actus verbi*, t. j. usiłowanie w postaci wynurzeń słownych, należy karać mniej surowo, niż za *actus facti* t. j. usiłowanie w postaci czynów typu urzeczywistniającego. W ramach zaś tego ostatniego zaczęli już oni odróżniać usił. oddalone *(conatus remotus)*, które, jako nacechowane charakterem raczej przygotowawczym, miało uchodzić za mniej karygodne, tudzież usił. bliskie *(con. proximus)*, jako zasługujące na surowszą karę.

Postęp późniejszej doktryny, od XVI wieku, polega na tem, że *actus verbi* przestano całkiem uważać za usiłowanie, a *conatus remotus* uznano za usiłowanie wolne od kary. Powstało więc jako karygodne tylko usiłowanie bliskie *(con. proximus)*. Stanowisko to zajęła już Carolina, żądając dla usiłowania karygodnego, aby sprawca przedsięwziął »*etliche scheinliche wercke, die zu volnbringung der missethat dienstlich sein mögen*« (art. 158.).

Odtąd tylko w ramach usiłowania bliskiego, które u kryminalistów niemieckich XVIII w. uznano za czyn, »*qui ad actum ipsum*

executionis iam processit« (Meister: *Principia iuris crim.* 1755. § 37.), zaczęto odróżniać pewne stadja, żądając, aby każde z nich sprowadzało surowszą karę, w miarę tego, jakby się bardziej zbliżało do dokonania. Z tych stadjów jednak tylko dwa można było oprzeć na stałej podstawie, a mianowicie znane nam już (Nr. 208) usił. niezupełne i zupełne.

Kodeksy zwyczajnie pozostawiają dostosowanie wymiaru kary do różnych stadjów usiłowania uznaniu sędziego. Myśl ta przebija się także w kodeksie austr., gdyż każe on uważać usiłowanie za okoliczność łagodzącą, w miarę jego oddalenia od dokonania przestępstwa (§ 47. *a*). Z nowszych ustawodawstw, do wyjątków należy kod. k. włoski z r. 1889, traktując, co do zakresu kary, wyraźnie usiłowanie zupełne surowiej niż niezupełne (art. 61. 62.).

IV. Bliższy rozbiór usiłowania karygodnego.

§ 51.

218. Dowiedzieliśmy się, że każde usiłowanie nadaje się do tego, aby ustawodawca mógł zabronić go pod groźbą kary (Nr. 212.). Pomimo to jednak, zarówno w doktrynie, jak i wśród kodeksów, panuje pogląd, że nie jest rzeczą wskazaną, aby każde usiłowanie było uznawane za przestępstwo, lecz tylko usiłowanie, któreby, prócz znamion, należących do jego istoty, posiadało jeszcze pewne cechy specyficzne, ze względu na które, zachodziłaby konieczność nadania mu przez ustawę piętna karygodności.

Powstał wskutek tego podział usiłowania na karygodne i wolne od kary.

Do powszechnie uznawanych znamion usiłowania karygodnego przyjęto zaliczać dwie następujące cechy:

1) zatamowanie w odróżnieniu od zaniechania;

2) początek wykonania w odróżnieniu od charakteru przygotowawczego.

Dotąd zaś panuje kontrowersja co do tego, czy uzasadniony jest, zainaugurowany przez Feuerbacha podział usiłowania na przedmiotowo udolne i nieudolne, tudzież teza, że tylko pierwsze ma zasługiwać na karę.

Każdy z trzech powyższych punktów, trzeba poniżej uczynić przedmiotem nieco bliższego rozpatrzenia.

219. Usiłowanie zatamowane i zaniechane *(verhinderter und freiwillig aufgegebener Versuch)*. Już glosatorowie (Nr. 205) utrzymywali, że podlegać karze ma tylko ten, kto »*non perduxit ad effectum quia non potuit*«, podczas gdy ma być wolny od kary ten, kto nie sprowadził skutku przestępnego *quia noluit*.

Kod. austr. wyraża tę samą myśl, oświadczając, że usiłowanie ma być karygodne tylko wtenczas, jeżeli sprawca nie dokonał zamierzonego przestępstwa »tylko z przyczyny niemocy, nadejścia obcej przeszkody lub przypadku«. Podobnie francuski *Code pénal*, art. 2. Inne kodeksy o tyle odbiegają od tej drogi, że nie wprowadzają zatamowania do istoty usiłowania karygodnego, lecz każą uważać zaniechanie za okoliczność, wykluczającą kwalifikację kryminalną usiłowania.

Usiłowanie zaś uważa się za zaniechane wtedy, gdy sprawca z własnej woli, bez względu na pobudki, które mogły były go do tego skłonić, wszakże zanim jeszcze sprowadził choćby jakiś inny, mniej przestępny, skutek (a więc o ile jego usiłowanie nie byłoby kwalifikowane; Nr. 204), odstąpił od dalszej akcji. Za wykluczeniem karygodności takiego usiłowania przemawia niepodobieństwo dostrzeżenia w niem znamion czynu przestępnego po stronie ani podmiotowej (dobrowolne odstąpienie), ani przedmiotowej (brak wszelkiego skutku przestępnego).

220. 2. Działania przygotowawcze i początek wykonania. Pogląd, że usiłowanie oddalone *(conatus remotus)*, jako nacechowane tylko charakterem przygotowawczym, ma być wolne od kary, a podlegać jej ma jedynie usiłowanie bliskie *(con. proximus)*, jako już zmierzające *ad actum ipsum executionis*, datuje, jak wiadomo (Nr. 217), już od XVI wieku. W nowszych czasach, za przykładem prawa francuskiego, usiłowanie takie otrzymało nazwę początku wykonania *(commencement d'exécution, Anfang der Ausführung)* w przeciwstawieniu do wolnych od kary działań przygotowawczych *(actes préparatoires, Vorbereitungshandlungen)*.

Wszelkie próby przeprowadzenia *in abstracto* ścisłej granicy demarkacyjnej między pojęciem przygotowania a początkiem wykonania, okazały się chybionemi (Zachariae, Mittermaier, Chop). Przekonano się, że tylko *in concreto*, sędzia potrafi ocenić, czy w danym przypadku, ma przed sobą akcję przygotowawczą, czy też już początek wykonania. Uzna on mianowicie działalność sprawcy za na, cechowaną początkiem wykonania wtedy, jeżeli okaże się ona czyn-

nością, którą, w razie gdyby sprawca był dokonał zamierzonego przestępstwa, należałoby uważać, czy to ze względu na nią samą (np. Piotr strzelił do Pawła, aby go zabić), czyteż z uwagi na jej dalszy, całkiem niewątpliwie przypuszczalny a czasowo nierozerwalny przebieg (np. Piotr ukrył się na noc z bronią nabitą w pokoju sypialnym Pawła, wśród okoliczności, wskazujących niewątpliwie, że chciał zamordować Pawła), za przyczynę odnośnego skutku przestępnego. Jeżeli jednak to, co sprawca uczynił (np. zakupienie trucizny lub rewolweru) mogłoby, w razie dokonania zamierzonego przestępstwa, uchodzić nie za przyczynę, lecz tylko za warunek powstania odnośnego skutku przestępnego; to wtedy sędzia uzna akcję sprawcy za przygotowawczą.

Podane przezemnie wyżej kryterjum przedmiotowe, dla odgraniczenia początku wykonania od działań przygotowawczych, nie jest w niezgodzie z kryterjum podmiotowem kryminalistów francuskich, lecz jest jego uzupełnieniem. Prawnicy francuscy bowiem podciągają pod pojęcie początku wykonania spełnienie czynności, która całkiem niewątpliwie wyraża, że jej sprawca powziął już stanowczo dane postanowienie przestępne. Ja zaś, uznając tę konstrukcję podmiotową za całkiem słuszną, postarałem się o dorobienie dla niej podstawy przedmiotowej.

221. Kodeks austr. postulat początku wykonania dla karygodności usiłowania tem wyraża, że każe traktować, jako przestępstwo, tylko takie usiłowanie, które było przedsięwzięciem czynności prowadzącej do rzeczywistego wykonania zbrodni (§ 8.), względnie występku lub przekroczenia (§ 239.). Co zaś za taką czynność uznać wypadnie, to już K. K. pozostawia uznaniu sędziego, którego rzeczą będzie, w każdym konkretnym przypadku, kwestję tę rozstrzygnąć na podstawie dokładnego zbadania wszystkich okoliczności, towarzyszących działaniu sprawcy i rzucających światło na jego rzeczywisty stosunek do wykonania zamierzonego przez sprawcę przestępstwa. Stosunek ten przyjęto w Najwyższym Tryb. oceniać przeważnie w duchu teorji podmiotowej (O. S. K. nr. 307. 497. 588. 1171. 1235. 1538. 2365. 2538.).

222. 3. Usiłowanie udolne i nieudolne *(tauglicher und untauglicher Versuch)*. Pojęcie usiłowania przedmiotowo udolnego, w przeciwstawieniu do nieudolnego, stało się tematem poważnych rozpraw naukowych, dopiero odkąd Feuerbach, w 4. wyd. swego

Lehrbuch des pein. Rechts (1808), wystąpił z tezą, że grzeszyłoby to przeciwko regule »*cogitationis poenam nemo patitur*«, gdyby ustawodawca chciał uważać za usiłowanie karygodne czynność, która spowodu niewłaściwości bądź użytego środka, bądź zaczepionego przedmiotu, okazać się musi przedmiotowo niezdatną do sprowadzenia zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego. Dla ilustracji tej tezy przytoczył Feuerbach klasyczny przykład wieśniaka bawarskiego, który, aby pozbawić życia swego wroga, odbył pielgrzymkę do sąsiedniej kaplicy i tam, przed cudownym obrazem, modlił się o jego śmierć. Wszakże, powiada Feuerbach, byłoby to zbyt rażącym błędem, chcieć tego wieśniaka karać za usiłowanie morderstwa.

Pogląd ten otrzymał nazwę teorji przedmiotowej, która, poparta przez Mittermaiera, Zachariae'go i kryminalistów francuskich, cieszyła się długo w nauce najszerszem uznaniem. Opozycja jednak przeciwko niej znalazła już wyraz w r. 1818 w książce Oerstedta (*Grundregeln der Strafgesetzgebung*), do której to opozycji przyłączyli się potem Hepp, Tittmann, Luden, Köstlin, Hälschner i wielu innych autorów,[1] a ten pogląd przeciwny otrzymał nazwę teorji podmiotowej. Dziś można śmiało powiedzieć, że teorja podmiotowa odniosła stanowcze zwycięstwo nad przedmiotową[1].

[1] Patrz moje rozprawy: O pojęciu i karygodności usiłowania nieudolnego (Lw. P. P. A. 1894); *Considérations sur la tentative irréalisable* (paryska *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1897), tudzież moje artykuły niemieckie w G. Z. 1908 Nr. 27 i w Löfl. Z. IV. 1913. S. 109—116. Patrz także Lammasch: Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, 1879.

223. Długo przeciwko tezie teorji przedmiotowej walczono w nauce tym głównym zarzutem, że przecież w każdem usiłowaniu, nawet t. zw. udolnem, tkwić musi piętno pewnej nieudolności przedmiotowej, a mianowicie tej, która nie pozwoliła mu stać się przestępstwem dokonanem. Zarzut ten jednak starano się z tamtej strony odeprzeć uwagą, że trzeba odróżnić usiłowanie bezwzględnie i względnie nieudolne i tylko pierwsze uznać za mające być wolne od kary.

Za bezwzględnie nieudolne miałoby uchodzić usiłowanie niezdatne, spowodu niewłaściwości rzeczowej zaczepionego przedmiotu (np. Piotr strzelił do trupa, wziąwszy go jeszcze za żywego Pawła), lub jakościowej użytego środka (np. Piotr użył, dla otrucia Pawła proszku całkiem nieszkodliwego, zakupiwszy go w aptece, jako sublimat). Charakter zaś względnej nieudolności, nie wyłącza-

jącej kwalifikacji kryminalnej usiłowania, miałoby ono posiadać w przypadku niewłaściwości miejscowej zaczepionego przedmiotu (np. Piotr w ciemnym pokoju strzelił w kierunku kanapy, na której zwykle o tej porze drzemał Paweł, i wymierzył wprost w poduszkę, na której byłaby spoczywała głowa Pawła, a tymczasem wyjątkowo Paweł znajdował się wtedy w innym pokoju), lub niewłaściwości ilościowej użytego środka (np. Piotr dał Pawłowi do zażycia zbyt małą dozę trucizny).

Przyznać trzeba, że cała ta dystynkcja jest, ze stanowiska nauki o winie, zbyt błacha, aby mogła służyć za podstawę aż do tego, by raz karać sprawcę, a kiedyindziej znów uwalniać go od kary.

Próbowano więc jeszcze twierdzić, że usiłowanie bezwzględnie nieudolne nie mogłoby i w przyszłości, doprowadzić nigdy sprawcy do dokonania zamierzonego przestępstwa; podczas gdy usił. względnie nieudolne, powtórzone kiedyindziej, stałby się mogło zdatnem do sprowadzenia danego skutku przestępnego. Zapomniano jednak, że właściwie niema usiłowania, które powtórzone kiedykolwiek, przy całkiem identycznym stanie rzeczy, byłoby mogło doprowadzić sprawcę do dokonania zamierzonego przestępstwa, tak jak znów niema usiłowania, które, powtórzone w przyszłości wśród odmiennych warunków, nie mogłoby przyoblec postaci przestępstwa dokonanego.

224. Następujące przykłady niechaj mi posłużą do obalenia w inny jeszcze, i to bardziej zasadniczy, sposób teorji przedmiotowej: Piotr w zamiarze zabicia Pawła postanowił 1) ukryć się na noc w jego sypialni i pchnąć go sztyletem podczas snu, lub też 2) dać mu do spożycia potrawę zatrutą. W obu tych przypadkach Piotr przystąpił do czynu, mającego urzeczywistnić jego postanowienie. W pierwszym jednak przypadku okazało się że, w chwili pchnięcia sztyletem Pawła, ten ostatni był już trupem, gdyż na godzinę przedtem umarł na anewryzm serca; w drugim zaś — wyszło na jaw, że aptekarz, odgadłszy złe zamiary Piotra, sprzedał mu, zamiast trucizny, proszek całkiem nieszkodliwy. Według teorji przedmiotowej, mamy więc w pierwszym przypadku usił. nieudolne spowodu niewłaściwości zaczepionego przedmiotu, a w drugim — usił. nieudolne spowodu niewłaściwości użytego środka.

Feuerbach i jego wyznawcy mylą się, gdy utrzymują, że w obu tych przypadkach Piotr wynurzył tylką złą wolę, i że chcieć go za to karać byłoby naruszeniem reguły *cogitationis poenam nemo*

patitur. Sądzę, że tu i tam Piotr, prócz wynurzenia złego zamiaru, rozwinął także *ad actum procedere*, które, w jego przekonaniu, miało go doprowadzić do osiągnięcia zamierzonego skutku. Istotne więc znaczenie, dla ocenienia jego winy, może mieć tylko pytanie, co też stało się przyczyną tego, że spełniony przez Piotra czyn okazał się niezdolnym do sprowadzenia śmierci Pawła, a mianowicie czy tę przyczynę możnaby lub nie zapisać na rachunek woli Piotra.

Otóż w obu przypadkach, o których tu mowa, zaszedł tylko błąd faktyczny *essentialis* i *invincibilis* i on to sprawił, że czyn Piotra w pierwszym przypadku stał się zasztyletowaniem nie człowieka żywego, lecz trupa; a w drugim — stał się wsypaniem do potrawy, spożytej przez Pawła, nie trucizny lecz proszku, całkiem dla zdrowia nieszkodliwego. O podobnym zaś błędzie już wiemy (Nr. 195), że, jeżeli pod jego wpływem sprawca spełnił czyn przedmiotowo przestępny, to ma on stanowić okoliczność, wykluczającą przypisalność tego czynu. Sędzia zapisze wtedy na rachunek woli sprawcy, nie to, co on spełnił rzeczywiście, lecz to, co on przedsięwziął zgodnie ze swojem postanowieniem. Np. Piotr, bez najmniejszej winy, omylił się, i dał choremu do zażycia lekarstwo, zapisane do użytku zewnętrznego, wskutek czego chory umarł.

Według mnie, ta sama racja przemawia za tem, aby, w przypadku usiłowania nieudolnego, uważać błąd sprawcy za okoliczność, uzasadniającą zapisanie na rachunek woli sprawcy tej czynności przedmiotowo przestępnej, którą przedsięwziął, a w miejsce której spełnił czynność przedmiotowo nieszkodliwą jedynie pod wpływem błędu faktycznego, na którym poznać się nie mógł.

225. Z tego, co wyłożyłem pod Nr. 224 wynika, że przecież, i według mojej konstrukcji usiłowanie karygodne musi odznaczać się udolnością przedmiotową, ze względu na *ad actum procedere*. Tylko podczas, gdy wyznawcy teorji przedmiotowej domagają się tej udolności dla akcji rzeczywiście przez sprawcę rozwiniętej; to ja żądam jej tylko dla akcji przez sprawcę przedsięwziętej zgodnie z jego postanowieniem, a to już całkiem niezależnie od tego, czy to, co on uczynił rzeczywiście, nie miałoby odpowiadać tej akcji i miało nawet okazać się całkiem nieprzydatnem do sprowadzenia zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego, byle tylko zmianę tę wywołał błąd faktyczny, dla sprawcy niepokonalny.

Z tego oczywiście widać, że moja konstrukcja nie mogłaby nigdy doprowadzić do ukarania za usiłowanie morderstwa owego wie-

śniaka bawarskiego, o którym opowiada Feuerbach, że, w zamiarze pozbawienia życia znienawidzonego sąsiada, modlił się o jego śmierć przed cudownym obrazem. Tu bowiem okazała się przedmiotowo nieudolną nawet akcja przez sprawcę postanowiona.

226. Kodeks austr. w § 8. uważa za karygodne tylko usiłowanie, nacechowane przedsięwzięciem przez sprawcę czynności, prowadzącej do rzeczywistego wykonania przestępstwa.

Długo sądzono (Hye, str. 303–326; Herbst, ad § 8.), a dziś jeszcze pogląd ten podziela Stooss (G. Z. 1908. Nr. 6), że przez to K. k. stanął na gruncie teorji przedmiotowej i oświadczył się za karygodnością tylko usiłowania udolnego[1]. Nowsze jednak badania (Lammasch w G. Z. 1889. nr. 2; 1908. nr. 27; Janka, § 61. str. 123. 124.) wykazały, że słowa *„sobald der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat“*, dostały się poraz pierwszy do prawa austrjackiego, jako charakterystyka usiłowania karygodnego, w r. 1796 (Kod. k. dla Gal. Zach.), a więc wtedy, gdy jeszcze kwestja udolności i nieudolności przedmiotowej usiłowania nie była poruszana w nauce, a natomiast ustalał się pogląd, że należy karać tylko za usiłowanie, nacechowane początkiem wykonania, a uwalniać od kary działania przygotowawcze (nr. 217.). Niewątpliwie więc słowa te odnoszą się tylko do początku wykonania.

Zresztą gdyby nawet, za przykładem Stoossa, chcieć odnosić te słowa do udolności przedmiotowej usiłowania, to sądzę, że i wtedy jeszcze ich interpretacja gramatyczna musiałaby wypaść na korzyść raczej mojej konstrukcji, niż teorji przedmiotowej Feuerbacha. K. k. bowiem podciąga pod pojęcie usiłowania karygodnego nie przypadek, gdy sprawca spełnił rzeczywiście, lecz przypadek, gdy przedsięwziął (*unternommen hat*) »*eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung*«. Otóż o Piotrze, który, w zamiarze uśmiercenia Pawła, zażądał w aptece sublimatu, aby nim zatruć potrawę, przeznaczoną dla Pawła, a tymczasem, dostawszy, zamiast trucizny, proszek całkiem nieszkodliwy, wsypał go do zupy, którą spożył Paweł, nie będzie wprawdzie można powiedzieć, że spełnił, ale będzie można utrzymywać, że przedsięwziął czynność, prowadzącą do rzeczywistego wykonania zbrodni, a więc że w myśl § 8. dopuścił się usiłowania karygodnego. Patrz bliższe szczegóły w mojej rozprawie *Ueber den Ausdruck „eine Handlung unternehmen“* (Z. Löfl. IV. 1913).

[1] Najw. Tryb. komentował długo § 8. K. k. w duchu teoryi przed-

miotowej, a był czas, gdy uznawał za wolne od kary nawet usiłowanie względnie nieudolne, t. j. w przypadku użycia środka ilościowo nieprzydatnego (O. z 30. V. 1855. Zb. Gl. nr. 673). W późniejszych orzeczeniach oświadczał się on za niekarygodnością już tylko usiłowania bezwzględnie nieudolnego (O. nr. 865. 960. 1242. 2335), a w najnowszym okresie zaczął przychylać się coraz bardziej do teorji podmiotowej (O. nr. 2700. 2729).

ROZDZIAŁ II.

Udział w przestępstwie.

I. Pojęcie i rodzaje udziału.

§ 52.

227. Udziałem w przestępstwie *(concursus plurium ad idem delictum, Teilnahme am Verbrechen)*, nazywa się przypadek umyślnego przyczynienia się conajmniej dwóch osób do popełnienia wspólnemi siłami i za wspólnem porozumieniem tego samego przestępstwa[1].

Z powyższego określenia wynika, że znaczenie istotne dla pojęcia udziału posiadają trzy następujące znamiona:

1) Udział musi być zawsze umyślny. Nie znaczy to jednak, iżby zasadniczo nie dał się pomyśleć udział w przestępstwie nieumyślnem. Kilka bowiem osób mogło było umyślnie porozumieć się z sobą, co do popełnienia do wspólki jakiegoś działania nieostrożnego, z którego wynikł skutek przestępny. Np. Piotr, aby przestraszyć Pawła, namawia Jana, by strzelił do niego z rewolweru, o którym oba przypuszczają, że nie jest nabity. (*pro*: Janka, § 67, str. 135; Finger, § 58. str. 510.).

2) Udział musi polegać na akcji, która w jakimkolwiek stopniu byłaby poparła popełnienie danego przestępstwa. Z tego stanowiska, jeżeli ktoś, bez poprzedniej zmowy, nie będzie przeszkadzał sprawcy w popełnieniu jakiegoś przestępstwa, lub popierać go będzie już po jego dokonaniu, — to nie dopuści się on udziału w temże przestępstwie, lecz będzie mógł odpowiadać tylko za *delictum sui generis* (§§ 6. 211 - 221).

3) Osoby, mające odpowiadać za udział w danem przestępstwie, musiały porozumieć się między sobą, co do jego popełnienia wspólnemi siłami, chociażby to porozumienie miało nastąpić dopiero w ostatniej chwili, t. j. już w trakcie samego przystąpienia tych osób do działania.

[1] Berner: *Teilnahme*, 1847. Langenbeck: *Teilnahme*, 1867. Schütze

Die notwendige Teilnahme, 1869. Birkmeyer: *Teilnahme*, 1890. Kohler: *Studien*, I., str, 92. 106. III. str. 232. Po polsku Rosenblatt: Zasady nauki o udziale w przestępstwie (Lw. P. P. A. 1887.).

228. W przytoczonem pod nr. 227 trzeciem znamieniu istotnem udziału tkwi różnica zasadnicza między jego pojęciem, a samym faktem przyjścia do skutku jakiegoś przestępstwa, dzięki działalności kilku osób.

Ile razy jakieś przestępstwo przychodzi do skutku za współpracownictwem kilku osób, to, w kwestji porozumienia, odróżnić trzeba trzy następujące przypadki:

1) Porozumienie nastąpiło między wszystkimi faktycznymi współpracownikami. Wtedy ma miejsce t. zw. udział wzajemny *(gegenseitige Teilnahme)*.

2) Porozumienie nastąpiło tylko między niektóremi z tych osób. Wtedy zachodzi t. zw. udział jednostronny *(einseitige Teilnahme)*. Odpowiadać za niego będą tylko współpracownicy powiązani z sobą porozumieniem, podczas gdy innych traktować należy tak, jak to podaję niżej pod l. 3.

3) Porozumienia nie było żadnego. Wtedy każdy z faktycznych współpracowników danego przestępstwa odpowiadać będzie za to tylko przestępstwo, którego znamiona nosić będzie jego działalność, bez względu na jej związek z akcją innych współpracowników. Np. Piotr w rozmowie z Pawłem oszkalował Jana (§ 487. *a*), co wznieciło w Pawle zamiar zabicia Jana. W kilka chwil potem Michał był tak nieostrożny, że zostawił w pokoju Pawła rewolwer nabity (§ 373. K. k. względnie też § 32. Pat. Ces. o broni z 24. X. 1852) i dzięki temu właśnie Paweł mógł natychmiast wystrzelić do Jana (§ 134., względnie § 138. K. k.).

229. W nauce przyjęto odróżniać następujące rodzaje udziału:

1. Udział dowolny *(concursus facultativus)* i konieczny *(con. necessarius)*. Pierwszy znajduje zastosowanie do przestępstw, których popełnienie może stać się także owocem winy tylko jednej osoby. Drugi stosuje się do przestępstw, których przyjścia do skutku nie można sobie wyobrazić inaczej, tylko jako owoc winy co najmniej dwóch sprawców. Np. według K. k. bunt z § 68.; rozruch z § 73.; a także gwałtowne najście na cudzy grunt z § 83.

2. Udział umówiony *(c. pactitius)* i przypadkowy *(c. ac-*

cidentalis), stosownie do tego, czy porozumienie między współwinowajcami nastąpiło w formie jakiegoś wspólnie uradzonego układu (np. zawiązanie spisku lub szajki), czyteż powstało nagle, bez żadnych poprzednio odbytych narad.

3. Udział poprzedni, współczesny i następny *(c. antecedens, concomittans et subsequens)*, odpowiednio do tego, czy polega na akcji rozwiniętej, bądź zanim sprawca popełnił umówione przestępstwo, bądź podczas gdy je spełniał, bądź nareszcie już po tym fakcie. Podział ten jest tylko pozornie uzasadniony, a to dlatego, że t. zw. udział poprzedni (podżeganie) lub następny (umówiona pomoc, mająca być dana już po dokonaniu) uchodzić może za udział tylko o tyle, o ile wywierał wpływ na wolę sprawcy w chwili spełnienia przestępstwa, a więc gdy w istocie był udziałem współczesnym.

4. Udział pozytywny, zwany także dodatnim *(c. positivus)* i bierny, zwany także ujemnym *(c. negativus)* Pierwszy ma polegać na rozwinięciu działalności, która poparła przyjście do skutku przestępstwa; drugi — na zaniechaniu działalności, która byłaby utrudniła lub uniemożliwiła jego popełnienie. Podział ten nie jest uzasadniony z tego powodu, że, choćby udział, który obiecano sprawcy, miał polegać tylko na zaniechaniu jakiejś czynności (np. na nieprzeszkodzeniu przestępstwu), to już to samo, że go przyrzeczono, nada mu charakter udziału pozytywnego

5. Udział fizyczny *(physice i. e. corporis viribus)* i duchowy *(intellectualiter* i. e. *virium animi)*, odpowiednio do tego, czy się przykłada do wytworzenia przyczyny materjalnej przestępstwa, czyteż działa tylko na wolę sprawcy, budząc w niej, względnie utrzymując nastrój przestępny (podżeganie). Słusznie zauważono (Shütze: *Notw. Teilnahme*, str. 306), że udział nie może być nigdy tylko fizyczny. Każde bowiem materjalne poparcie sprawcy wzmacniać musi także jego postanowienie przestępne.

II. Stopnie udziału.

§ 53.

230. Stopniami udziału nazywają się różne zakresy, w jakich stać się można współwinnym tego samego przestępstwa Powszechnie przyjęto odróżniać trzy stopnie udziału, t. j. 1) sprawstwo, względnie współsprawstwo, 2) podżeganie i 3) pomocnictwo.

231. 1. Sprawca *(Täter)* jest ten, kto spełnił czyn, który sam przez się, t. j. niezależnie od swego związku z działalnością innych wspólników, mógłby uchodzić co najmniej za początek wykonania odnośnego przestępstwa, t. j. za jego usiłowanie karygodne.

O współsprawcach mówimy wtenczas, gdy w gronie osób, biorących udział w danem przestępstwie, znajdzie się przynajmniej dwóch wspólników, których akcja podchodziłaby pod pojęcie sprawstwa.

Inne było stanowisko dziś już zarzuconej teorji podmiotowej. Nazywała ona sprawcą tego współwinowajcę, który uważał popełnienie przestępstwa za swój własny interes (Berner: *Teilnahme*, str. 171). Ślad tego poglądu widać w § 84. K. k., w myśl którego mają, za zbrodnię gwałtownego najścia na cudzy grunt, podlegać niższej karze ci *„die sich als Mithelfer haben brauchen lassen"*.

232. 2. Podżegaczem *(Anstifter)* nazywa się ten, kto umyślnie wznieca w pewnej oznaczonej osobie, celem skłonienia jej do popełnienia pewnego oznaczonego przestępstwa, ten nastrój woli, bez którego nie byłaby ona stała się jego sprawcą.

Nie będzie więc podżegaczem:

a) Kto wzniecił w kimś innym wolę popełnienia jakiegoś przestępstwa, albo bez żadnego złego zamiaru (np. profesor chemii, zwróciwszy uwagę swego ucznia na jakąś truciznę, nie pozostawiającą żadnych śladów po sobie), albo, jako ajent wyzywający, chcąc w porozumieniu z policją schwycić podejrzanego zbrodniarza na gorącym uczynku, a w chwili krytycznej przeszkodzić jego przestępstwu. Prawo austr. zabrania organom sądowym i policyjnym podejmowania się takiej roli (P. K. § 25.).

b) Kto wzniecił w pewnej osobie wolę popełnienia jakiegoś przestępstwa, albo namawiając ją tylko wogóle do działań, sprzeciwiających się prawu lub moralności, albo odzywając się publicznie z zachętą do takiego właśnie przestępstwa. Według K. k. podobne wystąpienie mogłoby wogóle stanowić osobny występek z § 305, a tylko jako zachęta publiczna do zdrady głównej, musiałoby już podchodzić pod dokonanie tej zbrodni (§ 59. c.).

c) Kto chciał wzniecić wolę popełnienia jakiegoś przestępstwa w osobie, która już ją była przedtem powzięła. Przypadek ten znany jest pod nazwą podżegania *alias facturi* i uchodziłby musiał tylko za pomocnictwo duchowe (Rosenblatt: Udział, str. 66.).

c) Kto popchnął do przestępstwa osobę, która, jako niepoczytalna, stała się tylko jego ślepem narzędziem. Będzie on wtedy od-

powiadał nie jako podżegacz, lecz jako sprawca pośredni, lub, jak to proponuje Stooss (§ 37. str. 128), o wiele właściwiej, jako sprawca ukryty *(verdeckter Täter)*. Stooss słusznie też i na to zwrócił uwagę, że, w myśl reguły *„nullum crimen sine lege"*, bez osobnego przepisu, odnoszącego się wyraźnie do sprawcy ukrytego, nie mógłby, jako taki, odpowiadać za dane przestępstwo ten, kto, według ustawy, nie mógłby był się stać jego sprawcą bezpośrednim. Np. kobieta, któraby skłoniła chłopca idjotę do zgwałcenia niewiasty (§ 125.). Aby temu zaradzić zawierają podobny specjalny przepis ostatni proj. austr. z r. 1913 (§ 12.) i mój proj. polski (art. 24. § 5.).

233. Co się tyczy pytań, jakich środków użył podżegacz dla wzniecenia w sprawcy woli przestępnej, tudzież jakiemi pobudkami kierował się on w danym przypadku; to słusznie jest rzeczą powszechnie uznaną, że kwestje te nie mogą mieć znaczenia istotnego dla pojęcia podżegania, a mogą tylko być brane w rachubę przez sędziego, przy wymiarze kary.

Kod. austr. podaje wprawdzie w § 5., jako środki podżegania, rozkaz, poradę, nauczanie i pochwałę, ale raczej przykładowo niż wyczerpująco. Środki te bowiem odnoszą się tylko do tego, kto *„die Uebeltat eingeleitet hat"*, a przecież K. k. oprócz tego uważa za podżegacza i tego kto *„die Uebeltat vorsätzlich veranlasset hat"*, z którym to przypadkiem łączy się niezawodnie pojęcie podżegania, całkiem niezależnego od użytego środka.

234. 3. Pomocnictwo *(Beihilfe)*. Jestto wszelki udział w wytworzeniu przyczyny materjalnej przestępstwa, nie będący współsprawstwem i wszelki udział w wytworzeniu jego przyczyny moralnej, nie będący podżeganiem. W pierwszym przypadku pomocnictwo nazywa się fizycznem *(durch Tat)*, w drugim — duchowem *(durch Rat)*.

Udział fizyczny pomocnika jest więc czynem, który sam przez się, musiałby jeszcze uchodzić za wolne od kary działanie przygotowawcze. Kwalifikację kryminalną czyn ten czerpie dopiero ze swego związku z akcją sprawcy.

Udział duchowy pomocnika polega na użyczaniu osobie, która już powzięła pewne postanowienie przestępne, zachęty do jego wykonania, a to przez wzniecenie w niej uczucia, że może na to liczyć, iż pomocnik, albo nie będzie jej przeszkadzał w popełnieniu umówionego przestępstwa, albo pomagać jej będzie już po jego po-

pełnieniu (przez ukrycie, ułatwienie ucieczki, zacieranie śladów zbrodni etc.).

Jak z tego, co powiedziano wyżej, widać, to każde pomocnictwo, tak fizyczne, jak duchowe, musi odnosić się do samego sprawcy. Odpowiednio jednak do tego, czy będzie pomocą daną wprost sprawcy, czy też użyczoną mu na ręce innego pomocnika, przyjęto dzielić pomocnictwo na bezpośrednie i pośrednie.

235. System Kodeksu austrjackiego. K. k., co do stopni udziału, używa terminów, odbiegających od powszechnie utartych, w nauce. Odróżnia on bowiem w § 5., jako pierwszą kategorję, bezpośrednich sprawców *(unmittelbare Täter)*, jako drugą — współwinnych *(Mitschuldige)*, jako trzecią — uczestników *(Teilnehmer)*.

Pomijając pierwszą kategorję, która zajmuje także miejsce naczelne w systemie powszechnie przyjętym, należy tylko wyjaśnić, w jakim stosunku znajdują się współwinni i uczestnicy systemu austr., do znanych nam już podżegaczów i pomocników.

K. k. do kategorji współwinnych zalicza:

a) Każdego, kto przez rozkaz, poradę, nauczanie, pochwałę, czyn zbrodniczy urządzał, lub też rozmyślnie go wywołał;

b) każdego, kto wykonanie czynu zbrodniczego przez dostarczanie środków, usuwanie przeszkód, lub innym jakimkolwiek sposobem popierał, ku temu był pomocny, do pewniejszego jego spełnienia się przykładał.

Widać z tego jasno, że w myśl § 5. K. k. nazwa współwinni *(Mitschuldige)* oznacza podżegaczów i wszystkich pomocników tak fizycznych jak duchowych, z wyjątkiem oczywiście tych, których K. k. uznał za właściwe nazwać uczestnikami *(Teilnehmer)*.

Do tej zaś ostatniej kategorji zalicza § 5. tylko niektórych pomocników duchowych, a mianowicie tych, którzy, przed popełnieniem przestępstwa, porozumieli się ze sprawcą, co do użyczenia mu poparcia po spełnieniu czynu, lub co do jakiegoś udziału w zysku i korzyści.

Pomocnik więc duchowy, któryby porozumiał się ze sprawcą, że mu nie będzie przeszkadzał w popełnieniu przestępstwa, odpowiadałby już nie jako uczestnik, lecz jako współwinny.

Niektórzy autorowie (Finger. I. § 64. str. 550; Stooss § 39. str. 136) zarzucają ustawie austrjackiej, że w § 5. traktuje jako uczestnika już tego, kto tylko porozumiał się ze sprawcą co do udziału

w zysku, a więc właściwie nie poparł niczem jego przedsięwzięcia przestępnego. Sądzę, że w takiem porozumieniu tkwić będzie zawsze zachęta do popełnienia przestępstwa, a więc i pewne pomocnictwo duchowe.

III. Granice zależności podżegania i pomocnictwa od sprawstwa.

§ 54.

236. Pod tym względem należy odróżnić dwie kwestje, a mianowicie: *A)* Zależność przestępstwa, za które mają odpowiadać podżegacz i pomocnik, od przestępstwa, które popełnił lub miał popełnić sprawca. *B)* Zależność winy konkretnej podżegacza i pomocnika od winy konkretnej sprawcy.

237. A. Ponieważ sprawca jest osobą, która wykonywa umówione przestępstwo, a podżegacz i pomocnik stają mu się do tego natchnieniem lub poparciem; przeto podżeganie i pomocnictwo czerpać muszą swoją kwalifikację kryminalną z charakteru przestępstwa, które popełnił, względnie miał popełnić sprawca. W tem rozumieniu, charakter podżegania i pomocnictwa, w odniesieniu do sprawstwa, jest czysto akcesoryjny.

Z powyższej tezy płyną dwie następujące konsekwencje:

1) Podżegacz i pomocnik mają odpowiadać zawsze za przestępstwo, które popełnił, lub miał popełnić sprawca.

2) Kara, przepisana w ustawie za powyższe przestępstwo, w odniesieniu do sprawcy, ma służyć za podstawę do oznaczenia kary dla podżegacza i pomocnika.

238. 1. Kod. austr. w § 5. uznaje, że współwinni i uczestnicy dopuszczają się przestępstwa, które popełnia sprawca.

Czy wszystkie jednak stosunki i przymioty sprawcy, wpływające na kwalifikację kryminalną jego czynu, musiałyby, wskutek tego, wyciskać swoje piętno także na kwalifikacji kryminalnej podżegania i pomocnictwa?

a) Wpływ ten przyjęto przyznawać tylko t. zw. stosunkom i przymiotom osobisto-rzeczowym lub przedmiotowym, i to bezwarunkowo, jeżeliby posiadały znaczenie konstytucyjne dla przestępstwa sprawcy t. j. były warunkiem, bez którego czyn sprawcy nie stanowiłby żadnego przestępstwa (np. charakter urzędnika odno-

śnie do nadużycia władzy urzędowej, lub pokrewieństwo odnośnie do kazirodztwa między osobami stanu wolnego). Jeżeliby jednak stosunki i przymioty, o których tu mowa, podnosiły tylko lub obniżały kwalifikację kryminalną przestępstwa sprawcy (n. p. pokrewieństwo w odniesieniu do ojcobójstwa, lub charakter matki w odniesieniu do dzieciobójstwa), to, nie bez pewnych zastrzeżeń, przyjęto je zapisywać także na rachunek podżegacza i pomocnika. Tak mianowicie, według K. k., podżegacz i pomocnik do dzieciobójstwa (§ 139.) odpowiadaliby za morderstwo (§ 134.), a podżegacz i pomocnik do kradzieży, stawającej się zbrodnią, ze względu na charakter sprawcy (§ 176.), nie musieliby, już z tego powodu, odpowiadać za zbrodnię, gdyby skądinąd kradzież ta miała stanowić tylko przekroczenie (§ 177.). W odwrotnym znów kierunku trzeba zaznaczyć że wpływ pokrewieństwa, względnie małżeństwa, między ofiarą morderstwa a podżegaczem lub pomocnikiem, K. k. każe rozciągać i na sprawcę, skoroby tylko stosunek ten był mu znany (§ 137.).

b) Stosunki zaś i przymioty czysto osobiste, które bądź uwalniają daną osobę od kary (np. niedojrzałość wieku, czynny żal) bądź uzasadniają względem niej niższy lub wyższy wymiar kary (np. dotychczasowa nienaganność życia lub recydywa), przyjęto powszechnie zapisywać na rachunek tego tylko wspólnika, do którego się odnoszą, bez względu na to, czy byłby sprawcą, podżegaczem lub pomocnikiem (K. k. § 5. al. 2).

239. 2. Co do kary, przepisanej w ustawie dla sprawcy, to panuje reguła, że, przy równych zresztą okolicznościach, należy ją stosować w jednakowej mierze do podżegacza, a w niższym stopniu — do pomocnika.

a) Feuerbach chciał nawet podżegacza karać surowiej, niż sprawcę, z uwagi na to, że jest on twórcą duchowym *(intellectueller Urheber)* przestępstwa, którego sprawca stał się twórcą fizycznym *(physischer Urheber)*. Konstrukcja ta jednak nie zdołała się utrzymać z tego powodu, że przecież i sprawca, jeżeli ma odpowiadać za przestępstwo, to musi okazać się także jego twórcą duchowym (przyczyną moralną, nr. 153).

b) Pomocnika zaś ma spotkać kara mniej surowa, gdyż wątpliwą jest rzeczą, czy pomocnik, gdyby sprawca nie był, dzięki jego czynowi, dopuścił się odnośnego przestępstwa, byłby się zdobył na wolę jego popełnienia.

Kod. austr. w zasadzie traktuje, co do kary, wszystkich współ-

winnych i uczestników narówni ze sprawcą (§ 5.). Zaliczając jednak (§§ 44. *e.* 263. *k.*) sprawstwo, podżeganie i przywództwo do rzędu okoliczności obciążających, K. k. daje poniekąd sędziemu wskazówkę, aby w obrębie zakresu, przepisanego dla sprawcy, wymierzał pomocnikowi niższą karę. Oprócz tego za zdradę główną (z § 58. *b. c.* (§ 59. *b)* i morderstwo (§§ 137. 138.), przepisuje on wyraźnie niższy zakres kary dla tych pomocników, którzy bezpośrednio nie byli czynni przy spełnieniu tych zbrodni, lecz tylko w dalszy sposób przyłożyli się do ich wykonania.

240. B. Dawna teorja, która dziś jeszcze ma dużo wyznawców, posuwała się aż tak daleko w uznawaniu akcesoryjności podżegania i pomocnictwa, w odniesieniu do sprawstwa, że przyjmowała nawet ścisłą zależność winy konkretnej podżegacza i pomocnika od winy konkretnej sprawcy. W myśl tej teorji, wina podżegacza i pomocnika byłaby cięższą lub lżejszą, w miarę tego, jak sprawca dopuściłby się dokonania lub tylko usiłowania umówionego przestępstwa, bo, stosownie do tego, i ich udział musiałby uchodzić za udział w dokonaniu lub usiłowaniu. A jednak przecież, ani żaden podżegacz, ani żaden pomocnik nie chce, udziałem swoim przyczynić się do usiłowania, lecz zamiarem jego jest tylko popchnąć sprawcę do dokonania przestępstwa, względnie użyczyć mu do tego poparcia. Wobec tego, nie można mówić o podżeganiu i pomocnictwie do usiłowania, lecz tylko o dokonaniu lub usiłowaniu samego podżegania i samego pomocnictwa.

241. Z tego, co wiemy o pojęciu p o d ż e g a n i a, (nr. 232) wypływa, że może ono uchodzić za dokonane dopiero z chwilą, gdy podżegnięty stał się sprawcą umówionego przestępstwa, co nastąpi już wtedy, skoro tenże dopuści się usiłowania karygodnego (nr. 231). Aż do tego czasu podżeganie uważać należy tylko za usiłowane, a karygodność jego wypadałoby oceniać według ogólnych reguł, normujących kwalifikację kryminalną usiłowania. Kod. austr. w § 9. mówi o u s i ł o w a n e m p o d ż e g a n i u *(versuchte Verleitung zum Verbrechen)*, a w razie jego bezskuteczności, stawia je co do kary, narówni z usiłowaniem odnośnego przestępstwa. Wynika stąd, że i w tym przypadku sędzia będzie musiał mieć na oku podaną w § 8. charakterystykę usiłowania karygodnego i uznać wystąpienie podżegacza za podlegające karze tylko wtedy, gdy będzie już skierowane, ku wzniecaniu w drugiej osobie woli popełnienia pewnego przestępstwa,

nie zaś wtedy, gdy będzie dopiero wybadaniem, o ile druga osoba przedstawiałaby grunt podatny, do dania posłuchu złym podszeptom podżegacza.

Okazuje się więc, że podżegacz może być karany za usiłowanie podżegania wtedy, gdy podżegnięty nie rozwinął jeszcze żadnej działalności przestępnej. Tem większa racja przemawia za pociąganiem go do kary w przypadku, gdyby podżegnięty miał dobrowolnie zaniechać w czasie właściwym, usiłowania, już nacechowanego początkiem wykonania, i uwolnić się wskutek tego od kary (nr. 219). Byłoby rzeczą niesłuszną zapisywać tę okoliczność na dobro podżegacza, który, kto wie, czy nie narzeka gorzko na niedołęstwo sprawcy.

242. Ale cóż wtedy, jeżeli znów podżegacz cofnął swoją namowę, zanim podżegnięty zaczął wykonywać odnośne przestępstwo? Niektórzy autorowie (Herbst, ad § 5. nr. 12.; Rosenblatt: O udziale, str. 85) sądzą, że należy mu się wtedy zawsze uwolnienie od kary, gdyż, przez wycofanie danego zlecenia, uwolnił on podżegniętego spod wpływu dawnego podżegania i zrzucił ze siebie wszelką odpowiedzialność za jego dalsze postępowanie. Pogląd ten opiera się na błędnem przeniesieniu do prawa karnego całkiem mu obcej, a z prawa cywilnego zapożyczonej instytucji zastępstwa woli. Stosunek podżegacza do podżegniętego nie ma nic wspólnego ze stosunkiem mocodawcy do umocowanego. Podczas bowiem, gdy pełnomocnik ma stać się organem woli mocodawcy, to podżegacz nie swoją wolę przenosi na podżeganego, lecz jego własną wolę nastraja w kierunku przestępnym. Wynika stąd, że w przypadku, o którym tu mowa, podżegacza będzie trzeba uwolnić od kary wtedy tylko, gdy albo pobudzi podżegniętego do odstąpienia od przestępstwa, albo w jakikolwiek sposób przeszkodzi jego popełnieniu.

243. Bywa jeszcze rozpatrywana kwestja, czy podżegacz ma także odpowiadać za przestępstwo, popełnione przez sprawcę z przekroczeniem granic akcji, do której nawawiał? Odpowiedź musi oczywiście wypaść przecząco, chyba, że namowa podżegacza była tego rodzaju, że tylko pozornie mogłaby uchodzić za przekroczoną przez sprawcę, albo że sam podżegacz mógł był łatwo przewidzieć możliwość popełnienia przez sprawcę dalej idącego przestępstwa.

244. Również i stosunek pomocnika do sprawcy oprzeć należy na przeprowadzonej wyżej zasadzie niezależności winy konkretnej

podżegacza od winy konkretnej sprawcy. Zachodzi tu tylko, w porównaniu z podżeganiem, ta różnica, że wprawdzie teoretycznie możliwa jest konstrukcja usiłowanego pomocnictwa na przypadek, gdyby sprawca nie był jeszcze rozwinął żadnej działalności przestępnej, ale dla prawnika konstrukcja ta nie przedstawiałaby żadnego interesu z tego powodu, że usiłowane pomocnictwo, jako nacechowane charakterem czysto przygotowawczym, a nie będąc powiązane z akcją przestępną sprawcy, nie miałoby skąd zaczerpnąć kwalifikacji kryminalnej (nr. 234) i musiałoby wskutek tego uchodzić zawsze za wolne od kary.

Myśl niezależności winy konkretnej podżegacza i pomocnika od winy konkretnej sprawcy poruszyłem już w r. 1893 w rozprawce p. t. Kilka uwag, jako przyczynek do nauki o udziale w przestępstwie (G. S. Nr. jubil. str. 239), a wyraziłem też w swoim Proj. Kod. k. Polsk. w przepisie żądającym, aby każdemu wspólnikowi, bez względu na to, czyby był sprawcą, podżegaczem lub pomocnikiem, mógł się dostać wymiar sprawiedliwości, możliwie najlepiej dostosowany do tego, na co on osobiście, z uwagi na swój własny charakter i swoje własne stosunki, zasłużył (art. 25. § 2.).

IV. Spisek i szajka.

§ 55.

245. A. Spisek *(Complott, coniuratio, societas delinquendi ex compacto)* uchodził długo za całkiem odrębną postać udziału w przestępstwie, jako połączenie się kilku osób w związek, oparty na umowie, mocą której osoby te postanawiają użyczać sobie wzajemnie wszelkiej potrzebnej pomocy, dla dokonania wspólnemi siłami pewnego oznaczonego przestępstwa. Ze względu na tak daleko idące zobowiązanie każdego spiskowca, dawna teorja stawiała, co do spisku, dwie następujące, także przez kodeksy uznawane tezy:

1) W razie przyjścia do skutku umówionego przestępstwa, każdy ze spiskowców miał odpowiadać, jako współsprawca, bez względu na ten lub inny jego udział w jego dokonaniu. Pierwszy wystąpił z tą tezą Kress *(Commentatio in C. C. C. 1721)*.

2) W razie wykrycia spisku, zanim jeszcze zabrano się do wykonywania umówionego przestępstwa, każdy ze spiskowców, miał, przez samo swoje przystąpienie do spisku, uchodzić za winnego pod-

żegania, które, w tym przypadku, jako bezskuteczne, miało co do kary być traktowane na równi z usiłowaniem umówionego przestępstwa (Feuerbach, Köstlin).

246. Nowa teorja, której początek dali Stübel (*Teilnahme*, 1828. §§ 23—25. 46.) i Abegg (*Lehrb.* 1836. § 74.), i która cieszy się powszechnem uznaniem (*contra* był jeszcze Herbst, I. ad § 5. nr. 13), wychodzi z tego założenia, że samo zawiązanie spisku uchodzić może w stosunku do umówionego przestępstwa, tylko za czynność przygotowawczą i z tego tytułu wolne być musi od kary.

Z teorji tej płyną dwie następujące konsekwencje:

1) Samo zawiązanie spisku, dla dokonania pewnego przestępstwa, musiałoby podlegać karze tylko w dwóch przypadkach, a mianowicie:

a) Jeżeli ustawa, co do jakiegoś przestępstwa, kłada karą już samą czynność przygotowawczą, jak to ma miejsce w Austrji co do zdrady głównej (§ 58. K. k.).

b) Jeżeli ustawa uważa sam spisek za *delictum sui generis*, jak to czyni prawo austr. w przypadkach, przewidzianych w § 65. c. K. k. i w § 5. Ust. z 27. V. 1885 (przeciwko używaniu materyj rozsadzających).

2) W razie dokonania umówionego przestępstwa, należy każdego ze spiskowców karać według jego rzeczywistego udziału w temże przestępstwie, a więc, stosownie do okoliczności, to jako sprawcę, to znów jako podżegacza lub pomocnika.

247. B. Szajka (*Bande, Rotte, societas delinquendi*), różni się tem od spisku, że jest stowarzyszeniem, zawiązanem dla spełniania bądź przestępstw wogóle, bądź też przestępstw pewnego szczególnego rodzaju, nie zaś ze względu na jakieś umówione konkretne przestępstwo. Szajka podlegać może karze tylko jako *delictum sui generis*. W tym charakterze znana jest ona prawu austrjackiemu w odniesieniu do zbrodni dynamitowych (§ 5. Ust. z 27. V. 1885). Pozatem K. k. wspomina o szajce, mającej na celu szerzenie spustoszeń, przy podpaleniu, stanowiąc że popełnienie tej zbrodni przez taką szajkę, ma sprowadzać karę śmierci (§ 167. *a*).

V. O niewłaściwym udziale w przestępstwie.

§ 56.

248. Dawniej podciągano błędnie pod pojęcie udziału w przestępstwie przypadki, w których ktoś, bez poprzedniej zmowy albo 1) umyślnie nie przeszkodził dokonaniu jakiegoś przestępstwa, albo 2) użyczył poparcia sprawcy, już po jego spełnieniu. Dziś powszechnie, a pierwszy zwrócił na to uwagę kryminalista włoski Nani *(Principii di giurisprudenza criminale*, 1813), zarzucono ten pogląd i uznano, że podobne przypadki podlegać mogą karze tylko jako osobne przestępstwa.

Regułę tę uświęca też Kod. austr. (§ 6.), a do osobnych przestępstw zalicza: danie pomocy do zbrodni przez złośliwe zaniechanie przeszkodzenia (§§ 212. i 213.); danie pomocy do zbrodni, występku lub przekroczenia przez zatajenie lub przez ułatwienie ucieczki osobie uwięzionej (§§ 214—216. 217—219. 307.), dalej ukrycie dezertera lub inną pomoc, daną mu do ucieczki (§§ 220—221.), a także t. zw. uczestniczenie *(Teilnehmung)* w kradzieży, sprzeniewierstwie i rabunku, przez ukrywanie, nabywanie lub puszczanie w inne ręce rzeczy, o których paserowi wiadomo, że pochodzą z jednego z tych przestępstw (§§ 185—187. 196. 464—466.).

Tylko wyjątkowo K. k. uważa, pomimo braku poprzedniej zmowy:

a) za współwinę, w rozumieniu § 5., złośliwe zaniechanie przeszkodzenia zbrodni, w odniesieniu do zdrady głównej, szpiegostwa, nieuprawnionego werbunku i uprawiania niewolnictwa (§ 213.); i zatajenie w odniesieniu do zdrady głównej, szpiegostwa i nieuprawnionego werbunku (§ 215.); a

b) za uczestnictwo *(Teilnahme)*, w rozumieniu § 5., w fałszowaniu publicznych papierów kredytowych (§§ 109. 112. 116.) i monety (§ 120.) działanie tego, kto już, po dokonaniu tych zbrodni, w porozumieniu z fałszerzem, współwinnym lub innym uczestnikiem, wydawał sfałszowane papiery kredytowe lub monety, albo też nabywał cząstki, o które w przypadku, przewidzianym w § 118. c, moneta prawdziwa została uszczuplona.

ROZDZIAŁ III.

Przestępstwo pojedyncze, zbiorowe, zbieg przestępstw i przestępstwo powrotne.

I. Przestępstwo pojedyncze i zbiorowe.

§ 57.

249. Przestępstwo nazywa się pojedynczem, jeżeli jego treść składa się tylko z jednego działania, uznanego przez ustawę za przestępne. Zbiorowem *(Kollektivdelikt)* nazywa się przestępstwo, do którego istoty wchodzi, lub przynajmniej wchodzić może, spełnienie przez sprawcę kilku działań, z których każde, osobno wzięte, gdyby nie specjalny przepis ustawy, musiałoby, z jej ogólnego stanowiska, tworzyć osobne przestępstwo.

Do przypadków przestępstwa zbiorowego należą:

1) przestępstwa złożone i ciągłe; 2) przestępstwa z narowu i rzemiosła.

250. 1. Przestępstwo złożone i ciągłe. Przestępstwo złożone *(zusammengesetztes Verbrechen, delictum compositum)* tem się odznacza, że do jego istoty wchodzi spełnienie przez sprawcę co najmniej dwóch różnorodnych działań przestępnych, które ustawa dlatego tylko każe traktować jako jedno przestępstwo, że sprawca je spełnił w wykonaniu jednego tylko postanowienia przestępnego, a w urzeczywistnieniu wprawdzie kilku, ale uzupełniających się wzajemnie złych zamiarów. Np. rabunek z § 190. (zamach na osobę i własność), tudzież zgwałcenie niewiasty z § 125. (zamach na wolność i godność płciową niewiasty).

Przez przestępstwo ciągłe *(fortgesetztes Verbrechen, delictum compositum)* pojmujemy przestępstwo, do którego istoty wchodzi spełnienie przez sprawcę kilku jednorodnych działań przestępnych, które dlatego tylko, w swojem połączeniu, mają wytwarzać jedno tylko przestępstwo, że sprawca je spełnił w urzeczywistnieniu jednego tylko do wszystkich tych działań zgóry odnoszącego się zamiaru przestępnego. Np. lokaj, który, powziąwszy zamiar okradania co wieczór swego nietrzeźwego pana, przy jego rozbieraniu, systematycznie urzeczywistnia ten zamiar przez cały miesiąc i popełnia tylko jedną ciągłą kradzież.

251. Od przestępstwa ciągłego odróżnić trzeba starannie przestępstwo trwałe *(fortdauerndes Verbrechen)*. Jest to bowiem przestępstwo pojedyncze, które odznacza się tylko tym specjalnym rysem, że do jego istoty wchodzi, prócz danego działania przestępnego, jeszcze utrzymanie przez jakiś czas wytworzonego przez nie, prawu przeciwnego, stanu rzeczy. Np. bezprawne ścieśnienie wolności osobistej (§ 93.). Nie jest jednak, jak. to słusznie zaznacza Lammasch (str. 19), przestępstwem trwałem dwużeństwo, lecz jest ono tylko przestępstwem o dalszych skutkach *(fortwirken des Verbrechen)*. W rozumieniu też § 206. K. k. uchodzić ono powinno za popełnione nawet wtedy, gdyby nie było mogło jeszcze mieć żadnych dalszych skutków. *Contra*, a za uważaniem dwużeństwa za przestępstwo trwałe, patrz O. S. K. z 11. XII. 1880. nr. 302, tudzież Alfred Gross w G. Z. 1908. nr. 32.

252. 2. Przestępstwo z narowu i z rzemiosła. Charakter przestępstwa z narowu *(Gewohnheitsverbrechen)* otrzymuje dane przestępstwo, ze względu na większą liczbę już poprzednio przez sprawcę, w różnych odstępach czasu, popełnionych przestępstw tego samego rodzaju i to wśród okoliczności, z których widać, że u ich sprawcy rośnie coraz bardziej skłonność do popełniania takich przestępstw. Wobec tej skłonności, fakt poprzedniego popełnienia przez sprawcę mniejszej lub większej liczby przestępstw tego samego rodzaju nie ma, sam przez się, dla pojęcia przestępstwa z narowu żadnego znaczenia. Jego specyficzny charakter tkwi tylko w tem, że musi uchodzić za owoc nałogu, który, rosnąc coraz bardziej u sprawcy, przedstawia też wyższy stopień niebezpieczeństwa dla ogółu. W nowszych czasach uznano wskutek tego za właściwe zaproponować przeciwko przestępcom nałogowym surowsze kary, a jako środek ochronny, detencję w domu pracy przymusowej, po odcierpieniu kary (Art. 47 mego Proj. K. k. polsk.). Niektórzy autorowie chcieliby także stosować do przestępców nałogowych t. zw. wyroki karne nieoznaczone, o których będzie mowa niżej, w Dziale II Części ogólnej prawa karnego (Liszt w Z. L. t. IX. str. 86; Vargha: *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, t. II. Gryziecki: Do reformy prawa karnego, str. 86).

253. Przestępstwo z rzemiosła *(Gewerbmässiges Verbrechen)* polega na spełnieniu jakiegoś działania przestępnego w sposób, z którego widać, że sprawca ma zamiar trudnić się stale spełnianiem

podobnych przestępstw. Np. Piotr, nie mając do tego tytułu, zabiera się do udzielania w sposób zarobkowy porad lekarskich, i zaraz, po pierwszej poradzie, policja kładzie tamę wykonywaniu praktyki lekarskiej (§ 343.). Ponieważ najczęściej przestępstwo z rzemiosła płynie nie z innych pobudek, jeno z chciwości zysku, przeto przyjęto pospolicie nazywać je także przestępstwem dla zarobku *(geschäftsmässiges Verbrechen)*.

253 bis Kod. austr. uważa narów albo za znamię istotne niektórych przestępstw, jako to przekroczeń zastarzałego opilstwa (§ 524.) włóczęgostwa i wstrętu do pracy (§§ 1. i 3. Ust. z 24. V. 1885. Dz. u. p. l. 89); albo za okoliczność, nadającą charakter zbrodni każdej, choćby najdrobniejszej, kradzieży (§ 176. I.); albo nareszcie za okoliczność uzasadniającą surowszą karę, jako to przy oszustwie (§ 203.) i uszkodzeniach ciała w bijatyce (§ 412.).

Charakter zaś przestępstwa z rzemiosła mają w prawie austrjackiem zbrodnia kradzieży zwierzyny (§ 174. II. g), oraz przekroczenia nieprawnego uprawiania praktyki lekarskiej lub chirurgicznej (§ 343.) i nierządu (§ 5. Ust. z 24. V. 1885. Dz. u. p. 89).

III. Zbieg przestępstw.

§ 58.

254. Zbiegiem przestępstw *(concursus delictorum, Verbrechenskonkurrenz)* 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 teorja, która znalazła jeszcze wyraz w §§ 34. i 267. K. k. żądała, oprócz tego, dla tego pojęcia, aby wszystkie w zbiegu ze sobą znajdujące się przestępstwa były przedmiotem tego samego postępowania i wyroku. Od tego żądania odstąpiło późniejsze prawo austrjackie. W myśl bowiem § 265. P. K należy narówni ze zbiegiem przestępstw, przewidzianym w §§ 34. i 267. K. k. traktować co do kary przypadek, gdy, już po skazaniu oskarżonego, wyjdzie na jaw, że on przed tym wyrokiem popełnił inne jeszcze przestępstwo.

255. Przyjęto dzielić zbieg przestępstw 1) na jednorodny i różnorodny *(gleichartige und ungleichartige Konkurrenz)*, w miarę tego, czy zachodzi między przestępstwami tego samego lub różnego

rodzaju, i 2) na wieloczynowy czyli materjalny i jednoczynowy czyli idealny lub formalny *(mehrtätliche und eintätliche Konkurrenz)*, odpowiednio do tego, czy, będąc zawsze wyrazem kilku samodzielnych zamiarów lub nierozwag przestępnych, stanie się owocem kilku samodzielnych postanowień przestępnych (np. Piotr w zamiarze zniszczenia ogniem domu Pawła i zabicia Jana, podpala ów dom, a truje Jana), czyteż jednego tylko postanowienia (np. Piotr, powziąwszy oba wymienione wyżej zamiary, podpala dom Pawła, aby w jego pożarze znalazł także śmierć Jan, o którym wiedział, że jest sparaliżowany i że przebywa tam bez należytej pomocy).

256. Bliższego omówienia wymaga tylko pojęcie zbiegu przestępstw jednoczynowego. Wielu poważnych autorów (Liszt. § 56.; Heinemann: *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*, 1892; Budziński, nr. 226; Makarewicz: Idealny zbieg przestępstw, 1897) nie uznaje tego zbiegu, utrzymując, że jest to konstrukcją nielogiczną chcieć twierdzić, że jeden czyn może wytwarzać kilka przestępstw.

Przeciwko temu zarzutowi przemawia co następuje: Jeden czyn, w rozumieniu działania naturalnego, nie może wytwarzać żadnego, a więc nawet jednego przestępstwa. Przestępstwem stać się on może tylko, jako owoc winy sprawcy, w kierunku osiągnięcia pewnego skutku przestępnego. Tem się też tłumaczy, że, przy oznaczaniu różnych postaci rodzajowych przestępstwa, ustawa 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, a mianowicie przestępstwa złożone i ciągłe (nr. 250). Jeżeli tam, z uwagi na wolę sprawcy, skierowaną ku popełnieniu jednego przestępstwa, a przejawiającą się w postaci kilku przedmiotowo przestępnych działań naturalnych, można było z tych działań wytworzyć jedno tylko przestępstwo złożone lub ciągłe; to z niemniejszą racją można znów tutaj podciągać pod pojęcie zbiegu przestępstw idealnego przypadek, gdy wola sprawcy, skierowana będąc ku popełnieniu kilku przestępstw, przejawiła się w postaci tylko jednego działania naturalnego.

257. Przeciwnicy zbiegu przestępstw idealnego chcą w nim wi-

dzieć tylko przypadek kolizji ustaw *(Gesetzeskonkurrenz)*. Te dwa pojęcia jednak różnią się między sobą zasadniczo.

Wprawdzie tu i tam jeden czyn nosi na sobie znamiona kilku przestępstw. W przypadku jednak zbiegu przestępstw jednoczynowego, niema w rzędzie tych przestępstw żadnego, którego istota wyczerpywałaby całą treść kryminalną spełnionego czynu, a w przypadku kolizji ustaw, jest wśród odnośnych przestępstw takie jedno, które pochłania całą kwalifikację kryminalną spełnionego czynu. Według powyższego kryterjum ojciec, zgwałciwszy swoją córkę, dopuści się zbiegu jednoczynowego kazirodztwa z § 131. i zgwałcenia niewiasty z § 125., gdyż istota kazirodztwa nie pochłania pierwiastku użytego gwałtu, a istota zgwałcenia nie pochłania pierwiastku spółkowania sprawcy z własną córką. Przeciwnie znów matka, zabiwszy swoje dziecko, przy porodzie, nie dopuści się zbiegu idealnego morderstwa (§ 134.) i dzieciobójstwa (§ 139), lecz tylko tej ostatniej zbrodni, gdyż jej istota pochłania także te znamiona spełnionego przez matkę czynu, które nadawałyby mu skądinąd charakter morderstwa pospolitego. Tu zachodziłaby tylko kolizja ustaw, a sędzia musiałby ją usunąć na rzecz tego przepisu, któryby uwzględniał najbardziej wyczerpująco całą treść kryminalną spełnionego czynu. W przykładzie więc powyżej zacytowanym sędzia zastosowałby do matki przepis o dzieciobójstwie (§ 139), w myśl zasady *species derogat generi*.

258. Kodeks austr. mówi o zbiegu przestępstw w §§ 34. 35 i 267., uznając go za możliwy nietylko między samemi zbrodniami, występkami lub przekroczeniami, lecz także między zbrodniami z jednej strony a występkami i przekroczeniami z drugiej.

O rodzajach zbiegu przestępstw wspomina K. k. przy przeglądzie okoliczności obciążających, gdzie jednak wymienia wyraźnie tylko zbieg różnorodny (§§ 44. *a*., 263. *l*) i jednorodny, który nosi tutaj nazwę powtórzenia przestępstwa *(Wiederholung des Verbrechens*; §§ 44. *b*., 263. *b*.).

Nie znaczy to jednak, aby kodeksowi austrjackiemu miało być obce pojęcie zbiegu idealnego. Owe kilka bowiem zbrodni, występków i przekroczeń, o których zbiegu traktuje K. k. w §§ 34. 35. i 267., mogą być przecież owocem zarówno dobrze kilku działań naturalnych, jak i jednego tylko czynu. Wyraźnie mówi o zbiegu przestępstw jednoczynowym ustawodawca austrjacki w K. k. Wojsk. z 15. I. 1855 (§ 100.).

259. Trzeba jeszcze wyjaśnić, co daje zbiegowi przestępstw tytuł do uchodzenia w prawie karnem za osobną postać zasadniczą przestępstwa, nie zaś tylko za zwyczajną sumę arytmetyczną kilku przestępstw. Tytuł ten płynie niewątpliwie stąd, że wina człowieka, który popełnił kilka przestępstw, zanim został za którekolwiek z nich skazany na zasłużoną karę, jest istotnie mniejsza od winy człowieka, który, skazany na karę za jedno przestępstwo, dopuścił się potem nowych przestępstw. Z uwagi na to, zbieg przestępstw zajmuje szczególnie ważne stanowisko w rzędzie okoliczności, wpływających na wymiar kary, co poznamy bliżej w Nauce o karze.

III. Przestępstwo powrotne
(iteratio delicti, Rückfall.).

§ 59.

260. 1. Należy odróżnić recydywę przestępną w znaczeniu bezwzględnem *(récidive absolue)* i specjalnem *(récidive spéciale)*. W pierwszem rozumieniu powrotnem nazywa się każde przestępstwo, popełnione przez osobę raz już ukaraną sądownie za jakiekolwiek przestępstwo (franc. *Code pénal*, art. 56—58). W drugiem rozumieniu powrotnem nazywa się tylko przestępstwo, popełnione przez osobę już poprzednio ukaraną sądownie, za przestępstwo bądź tego samego rodzaju (Kod. niem. co do paserstwa i oszustwa, §§ 261. 264.), bądź przynajmniej podobnego rodzaju (K. austr. §§ 44. *c*. 263. *b*), np. jeżeli ktoś, raz już karany za kradzież, popełni potem sprzeniewierstwo lub rabunek.

2. Tytuł przestępstwa powrotnego do stanowienia osobnej postaci zasadniczej przestępstwa jest ten, że różni się ono istotnie od przestępstwa, popełnionego poraz pierwszy. Trzeba bowiem w niem widzieć owoc woli, której złego nastroju państwo nie zdołało przełamać nawet zapomocą kary, a więc woli przestępnej bardziej zatwardziałej i wskutek tego w wyższym stopniu niebezpiecznej dla społeczeństwa. Przyznając przestępstwu powrotnemu wyższą kwalifikację kryminalną, ustawodawca nie narusza bynajmniej reguły *„non bis in idem“*. Nie bierze on bowiem wtedy w rachubę raz jeszcze przestępstwa poprzedniego, jako okoliczności obciążającej, lecz uwzględnia specjalny charakter, którego tamto przestępstwo nie miało, a które posiada przestępstwo powrotne.

Bliższe rozpatrzenie wpływu recydywy na kwalifikację kryminalną przestępstwa należy już do Nauki o karze.



CZĘŚĆ OGÓLNA

DZIAŁ II.

NAUKA O KARZE.

DZIAŁ II.

NAUKA O KARZE.

§ 60.

261. Wykład tej nauki obejmować będzie cztery Tytuły. Tematem pierwszego będzie rzecz o środkach karnych; drugiego — kwestja wymiaru kary; trzeciego — rozbiór okoliczności, umarzających karę; a wreszcie czwarty Tytuł traktować będzie o zatarciu kary, czyli o t. zw. rehabilitacji.

TYTUŁ I.

O środkach karnych.

ROZDZIAŁ I.

O znaczeniu, kwalifikacji prawnej i rodzajach środków karnych.

§ 61.

262. I. Środkiem karnym nazywa się każda dolegliwość, którą, z woli państwa i w drodze przymusu zewnętrznego sąd może kazać ponosić przestępcy tytułem kary.

Ponieważ wnętrze człowieka, samo przez się, usuwa się spod rządów prawa, przeto jasną jest rzeczą, że za środek karny, służyć może państwu tylko upośledzenie przestępcy w zakresie jakiegoś dobra, dopuszczającego naruszenia w drodze przymusu zewnętrznego. Takiemi dobrami są życie, ciało, wolność, majątek, uprawnienia i cześć.

Nie znaczy to jednak, aby każde upośledzenie materjalne przestępcy, w zakresie któregokolwiek z sześciu wymienionych wyżej dóbr, nadawać się miało do wytwarzania sprawiedliwego środka karnego. Na to bowiem potrzeba jeszcze, aby środek karny posiadał t. zw. kwalifikację prawną.

263. II. Kwalifikacją prawną środka karnego nazywa się ogół przymiotów, które mu są potrzebne do utrzymania się w zgodzie 1) z istotą kary, 2) jej celem i 3) naturą organów, powołanych do jej wymierzania.

ad 1) Z uwagi na istotę kary, sprawiedliwy środek karny powinien być o ile możności *a)* osobisty t. j. by przynajmniej z natury swojej nie musiał dotykać nikogo innego, prócz samego przestępcy (K. k. § 31. P. K. § 398; *b)* odpowiedni winie t. j. by odpowiadał nietylko stronie zewnętrznej popełnionego czynu, lecz i uwydatniającemu się w tymże charakterowi jego sprawcy; *c)* podzielny, t. j. by, nie utracając swojej jakości, dopuszczał różnego wymiaru, tak iżby sędzia, stosując go za jakieś przestępstwo do wszystkich jego sprawców, mógł jednak każdego z nich karać w innym stopniu, stosownie do jego konkretnej winy (nr. 119); a wreszcie *d)* powszechny, t. j. by, przepisany za jakieś przestępstwo, mógł znaleść zastosowanie do wszystkich osób, któreby je popełniły, bez względu na warstwę społeczną, do którejby należały. Np. brakiem tego przymiotu grzeszyła dawniej kara cielesna.

ad 2) Ze względu na cel kary pożądaną jest rzeczą, aby środek karny potrafił służyć w możliwie najwyższym stopniu za narzędzie do odstraszania i poprawy.

ad 3) Z uwagi na charakter organów, powołanych do orzekania o karze t. j. z uwagi na sędziów, którzy w danym przypadku mogą się pomylić i skazać na karę osobę niewinną, dobrą jest rzeczą, aby środek karny był do pewnego stopnia *a)* odwołalny np. więzienie, a nie kara śmierci i *b)* wynagradzalny t. j. dopuszczał jakiegoś odszkodowania np. grzywny lub uwięzienie. W Austrji wydana została osobna ustawa z 16. III. 1892 (Dz. u. p. l. 64), o wynagrodzeniu szkody osobom niewinnie skazanym na karę, w miejsce której obowiązuje obecnie Ust. z 21. III. 1918 (Dz. u. p. l. 109). Pisałem o tej kwestji w Gaz. Sąd. Warsz. (1893) i w Paryskiej *Revue Pénitentiaire* (1894. str. 806).

264. Jasną jest rzeczą, że im więcej powyżej wskazanych przy-

miotów posiadać będzie dany środek karny, tem doskonalszą też okaże się jego kwalifikacja prawna. Całkiem błędnie zaś byłoby chcieć oceniać wartość jakiegokolwiek środka karnego tylko ze stanowiska jakiegoś jednego z owych przymiotów. Wtedy bowiem wypadłoby uznać, z uwagi na osobistość, chłostę, a z uwagi na wynagradzalność, grzywny za karę idealną. Jedynie racjonalnym sądem jest uznanie za najwłaściwszy takiego środka karnego, któryby w stopniu możliwie najwyższym posiadał możliwie najwięcej przymiotów, potrzebnych dla jego kwalifikacji prawnej (np. kara więzienna), a znów za najniewłaściwszy takiego środka karnego, któryby miał najmniej takich przymiotów (np. kara śmierci).

265. III. Różne mogą być rodzaje środków karnych, a to ze względu 1) na stopień ich surowości, 2) na stopień ich samodzielności i 3) na charakter dobra, dotkniętego przez karę.

ad 1) Odpowiednio do tego, czy dana ustawa odróżnia, co do ciężkości, dwie, czy też trzy kategorje przestępstw, przyjmuje ona także podział kar, co do surowości, na dwie lub trzy klasy.

Podział dwuklasowy jest najdawniejszy. Spotyka się on w prawie rzymskiem *(poenae capitales i non capitales)*, w starem prawie niemieckiem *(peinliche* i *nicht peinliche Strafen)*, a w Austrji utrzymał się stale, począwszy od Terezjany aż do K. k. z r. 1852. Ten ostatni wymienia kary za zbrodnie w § 12., a kary za występki i przekroczenia w § 240. (p. wyżej nr. 126). Poznamy je dokładnie w rozdziale, poświęconym specjalnie systemowi środków karnych prawa obowiązującego w Austrji.

Podział trójklasowy kar odpowiada podziałowi przestępstw, co do ciężkości, na trzy osobne kategorje zbrodni *(crimes, Verbrechen)*, występków *(délits, Vergehen)* i przekroczeń *(contraventions, Uebertretungen)*. Najściślej przeprowadza go francuski *Code pénal*, nazywając kary za zbrodnie *peines afflictives ou infamantes* (art. 1. 6. 7. 8); kary za występki — *peines correctionnelles* (art. 1. 9); kary za przekroczenia — *peines de police* (art. 1. 464—466). Kod. niemiecki zalicza do kar za zbrodnie karę śmierci, kryminał *(Zuchthaus)*, a, jako uwięzienie niesromotne, twierdzę *(Festungshaft)* powyżej pięciu lat; — do kar za występki — więzienie *(Gefängniss)*, twierdzę do 5 lat i grzywny powyżej 150 marek; — do kar za przekroczenia — areszt i grzywny aż do 150 marek (§ 1.).

266. ad 2) Ze względu na stopień samodzielności środka kar-

nego, przyjęto odróżniać kary g ł ó w n e *(Hauptstrafen)*, d o d a t k o w e *(Nebenstrafen)* i s k u t k i k a r n e *(Straffolgen)*.

K a r a g ł ó w n a tem się odznacza, że, według ustawy, może być stosowana, bez potrzeby łączenia się z innym środkiem karnym. Np. więzienie, areszt, grzywny.

K a r ę d o d a t k o w ą pozwala ustawa stosować tylko w połączeniu z jakąś karą główną. Z uwagi na jej stosunek czasowy do tej ostatniej, kara dodatkowa może być w s p ó ł c z e s n a t. j. gdy umarzać się ona musi z karą główną (np. obostrzenia więzienia), lub n a s t ę p n a t. j. gdy wchodzić może w wykonanie dopiero po umorzeniu kary głównej (np. dozór policyjny).

S k u t k a m i k a r n e m i nazywają się pewne dla praw winowajcy niekorzystne następstwa, które *ipso iure* wypływają dla niego z samego faktu, że go skazano na karę, bądź za jakąkolwiek zbrodnię (§§ 26. 27.), bądź za jakieś przestępstwo specjalnego rodzaju (§ 14. Ust. o ochr. woln. wyb. z 26. I. 1907.).

Formalnie między karą dodatkową, a skutkiem karnym, zachodzi ta różnica, że pierwsza może być stosowana tylko o tyle, o ile sędzia w wyroku orzeknie ją wyraźnie, a drugi spotyka winowajcę *ipso iure*, więc wyrok wymieniać go nie potrzebuje. Jedyny wyjątek w prawie austrjackiem stanowi co do tego utrata szlachectwa (§ 27.).

267. ad 3) Ze względu na charakter dotkniętego dobra, należy odróżnić sześć głównych rodzajów kary. Są niemi:

1) kara śmierci *(Todesstrafe)*;

2) kara cielesna *(Leibesstrafe)*;

3) kara pozbawienia wolności *(Freiheitsstrafe)*;

4 kara ubytku w zakresie uprawnień *(Verlust von Rechten und Befugnissen)*;

6) kara uszczuplenia czci *(Ehrenstrafe)*.

ROZDZIAŁ II.

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

I. Kara śmierci.

§ 62.

268. Dawniej odróżniano karę śmierci k w a l i f i k o w a n ą t. j. z dodatkowemi męczarniami (ćwiertowanie, łamanie kołem, wbicie

na pal), i zwyczajną, polegającą tylko na pozbawieniu życia (ścięcie lub powieszenie).

Pierwsza, już od końca XVIII. wieku znikła stanowczo z kodeksów państw cywilizowanych, druga, uchylona w Toskanii w r. 1786 i w Austrji w r. 1787, pod wpływem haseł humanitarnych Bekarji (nr. 33), wkrótce jednak przywrócona została w obu tych państwach (w latach 1790 i 1795), a w Austrji zachowała się aż dotychczas. Z innych państw Europy zatrzymały dotąd karę śmierci Anglja, Francja, Belgja, Niemcy, Dania, a zniosły ją Portugalja (1867), Holandja (1870), Włochy (1889), Norwegja (1902). Co się tyczy Szwajcarji i Stanów Zjedn. Am. Półn., to w niektórych kantonach i stanach utrzymała się kara śmierci, w innych została zniesiona.

269. Z punktu widzenia jurydycznego, tracenie zbrodniarza ma charakter nietyle kary, ile aktu obrony koniecznej. Z pojęcia bowiem kary wypływa, że ten, kto ją ponosi, musi, po jej odcierpieniu, odczuć, że, z woli prawa, doznał jakiegoś uszczerbku w zakresie tych swoich interesów, które skądinąd znajdują się pod ochroną prawa. Tracąc zbrodniarza, państwo nie pozwala mu odczuwać poniesionej kary, a więc raczej go unicestwia, niż karze.

To unicestwienie zbrodniarza jest surogatem kary w tych wszystkich przypadkach, w których państwo, uznawszy, że żadna kara, w ścisłem rozumieniu tego pojęcia, nie mogłaby okazać się zdolną do zapewnienia mu zwycięstwa nad najcięższemi przejawami przestępczości, chwytać się musi obrony koniecznej.

270. Prawo obrony koniecznej, które wykonywa państwo, tracąc zbrodniarza, powstać może tylko pod trzema następującemi warunkami:

a) Trzeba, aby szło o zbrodnię, od której państwo nie mogłoby w inny sposób (t. j. zapomocą kary) odstraszać skutecznie obywateli.

b) Trzeba, aby zbrodnia ta była tak ciężka, iżby stracenie winowajcy znajdowało się w należytej równowadze z krzywdą, która, w razie pozostawienia go przy życiu, musiałaby zagrażać społeczeństwu.

c) Trzeba, aby państwo przedtem uczyniło wszystko, co od niego zależało, aby zapobiec zbrodni popełnionej przez skazańca. Tu należy mianowicie zabronienie tej zbrodni pod grozą śmierci.

271. Różne mogą być systemy wykonywania wyroków śmierci, tak 1) co do sposobu, jak 2) co do miejsca tracenia.

ad 1) W państwach cywilizowanych przyjęto tracić skazańców przez wieszanie (Anglja, Austrja), lub ścinanie (Francja[1], Belgja, Niemcy), a oprócz tego jeszcze, w odniesieniu do wyroków sądów wojskowych za zbrodnie niehańbiące, przez rozstrzelanie. W najnowszych czasach wprowadzono w niektórych Stanach, należących do Stanów Zjedn. Ameryki Półn. system tracenia zapomocą prądu elektrycznego.

ad 2) Dziś tracenie na placach publicznych ustąpiło, prawie we wszystkich państwach (Francja jest wyjątkiem), miejsca systemowi tracenia w obrębie murów więziennych *(Intramuranhinrichtung)*. Stało się to z uwagi na to, że egzekucja publiczna zamienia się zbyt często w dzikie widowisko, a wykonanie wyroku śmierci, choćby się odbyło w podwórzu więziennem, i tak dojść może szybko do wiadomości powszechnej i wywrzeć pożądane odstraszenie.

[1] We Francji ścinanie głowy odbywa się od r. 1792 zapomocą maszyny, zwanej *guillotine* od Dra Guillotin, który podał jej pomysł w r. 1791.

Uniwer. Jagiellon. Wydz. prawa

II. Kara cielesna.

§ 63.

272. Kary cielesne kwalifikowane, czyli t. zw. kaleczące zaczęły znikać z kodeksów europejskich w drugiej połowie XVIII. wieku. Ostatni ich ślad w postaci piętnowania, zachował się we Francji do r. 1832, w Austrji do Najw. Postan. z 22. V. 1848, w różnych państwach niemieckich mniej więcej do tego samego czasu, a w Rosji aż do ukazu z 17. IV. 1863.

273. Karę cielesną zwyczajną, czyli t. zw. chłostę zniosła pierwsza Francja (Kod. z r. 1791). W Niemczech zachowała się ona aż do okresu wielkich reform, wywołanych ruchem rewolucyjnym z r. 1848 (najdłużej w Hanowerze, bo do r. 1867 i Meklemburgu, bo do r. 1872). W Austrji położyła koniec tej karze dopiero Nowela z 15. XI. 1867. Kod. k. z r. 1852 bowiem znał jeszcze chłostę, jako karę dodatkową do więzienia (§§ 19. *e*., 24.) i aresztu (§§ 253. *f*. 258.), tudzież jako karę główną, w miejsce aresztu conajwyżej trzydziestodniowego, dla sług i robotników, najmujących się na dnie lub tygodnie (§§ 248. 260. *b*).

Z państw europejskich zachowały dotąd chłostę Anglja (dla przestępców młodocianych, a, w odniesieniu do dorosłych, tylko za przestępstwa świadczące o większem zdziczeniu obyczajów, jako to nożownictwo i gwałt przeciwko dzieciom i niewiastom), Norwegja (tylko dla przestępców młodocianych conajwyżej do 18 lat), a, na mocy ustawy z 1. IV. 1906, zaprowadziła tę karę na okres pięciu lat Danja za najcięższe przypadki gwałtownych uszkodzeń cielesnych i za powrotne przestępstwa płciowe przeciwko dziewczynom poniżej 12 lat (§ 5.). O ile mi wiadomo, to mocy tej ustawy nie przedłużono po upływie wyznaczonego jej czasokresu.

274. Chłostę potępiono słusznie, jako karę zbyt brutalną i mogącą budzić w ukaranym raczej nienawiść dla wykonawcy, niż poszanowanie dla prawa. Tylko wyjątkowo możnaby ją polecić w odniesieniu do młodocianych przestępców, jako upomnienie, podyktowane raczej sercem ojcowskiem, niż obojętną surowością sędziego; a także, jako obostrzenie więzienia lub aresztu, dla takich recydywistów, co do których widoczną jest rzeczą, że nie byliby popadli w nowe przestępstwo, gdyby kara poprzednia była im się dała gorzej we znaki.

III. Kara pozbawienia wolności.

1. Wogóle.

§ 64.

275. Kara ta, która *sensu stricto* obejmuje tylko karę więzienną, oznacza w obszerniejszem rozumieniu każdą karę, ścieśniającą przestępcę w zakresie służącego mu skądinąd prawa swobodnego przenoszenia się z miejsca na miejsce. Do takich kar, prócz więzienia, należą wygnanie, internowanie, zesłanie i dozór policyjny.

276. Wygnanie *(bannitio)*. Jest to zakaz przebywania bądź w granicach całego państwa (wygnanie *sensu stricto)*, bądź w obrębie jakiejś części jego terytorjum, w którym to przypadku nazywa się specjalnie wydaleniem lub relegacją. Wydalać z granic całego państwa, przyjęto dzisiaj powszechnie tylko obcokrajowców. (K. k. §§ 25. 249). Niektóre państwa jednak (Francja, Holandja) dotąd za przestępstwa polityczne stosują tę karę także do krajowców.

277. Internowanie *(confinatio)*. Jest to nakaz nie opuszczania pewnego przez władzę wyznaczonego miejsca pobytu. Kara ta za przestępstwa pospolite znalazła szersze zastosowanie w Kod. k. włoskim z r. 1889 (art. 11. 18.). W Austrji internowanie jest tylko jednym ze skutków dozoru policyjnego.

278. Zesłanie *(deportatio)*. Kara ta jest niejako połączeniem relegacji, bo wydalenia z granic głównych posiadłości państwa, z internowaniem, bo z nakazem nie opuszczania jakiegoś wyznaczonego przez władzę miejsca osiedlenia, najczęściej w jakiejś zamorskiej dzielnicy terytorjum państwowego. Ponieważ nie każde państwo posiada tego rodzaju, od głównych jego posiadłości oddalone, dzielnice, przeto nie wszędzie też ustawodawca będzie mógł rozporządzać tą karą. Oprócz tego, kara ta ma to do siebie, że nawet w państwach z bardzo obszernemi kolonjami zamorskiemi, nie potrafi się nigdy długo utrzymać. Z biegiem czasu bowiem najdziksza miejscowość musi, dzięki pracy ludzkiej, dojść do bardziej kwitnącego stanu, a wtedy zesyłanie do niej zbrodniarzy na osiedlenie, będzie już nietyle karą dla nich, ile krzywdą dla wolnych kolonistów. Pokazało się to w Anglii, która od r. 1787, wysyłała swoich zbrodniarzy do Australji (kolonje *Neusüdwales* i *Vandiemensland)*, ale już od r. 1853 ograniczać musiała coraz bardziej system deportacji, aż nareszcie zniosła ją zupełnie w r. 1867.

Dla Francji dotąd miejscem deportacji jest Kajenna w Gujanie (Ameryka południowa). Rosja długo deportowała przestępców na Sybir, potem na wyspę Sachalin.

W Niemczech poruszono w nowszych czasach myśl zaprowadzenia deportacji, za którą najgoręcej przemawiał Bruck *(Fort mit den Zuchthäusern*, 1894; *Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutchen Reich*, 1895). Ruch ten jednak pozostał bez skutku.

279. Dozór policyjny. Jest to zarządzenie sądowo administracyjne, polegające na poddaniu skazańca jeszcze przez pewien czas, po odcierpieniu kary, pewnym ścieśnieniom wolności, aby dać władzom bezpieczeństwa możność czuwania nad jego postępowaniem i zapobiegania we właściwym czasie jego powrotowi na złą drogę. Doświadczenie jednak przekonało, że dozór policyjny, w zasadzie słuszny, nie da się tak przeprowadzić w praktyce, aby mógł rzeczywiście ułatwić byłemu skazańcowi zabiegi o zdobycie warunków porządnego życia. Przeciwnie najczęściej były skazaniec, nie mogąc

ukryć ciążącego na nim dozoru policyjnego, spotykać się będzie z tego powodu z nieufnością i odmową, gdy zechce się starać o jakiś uczciwy sposób zarobkowania. W rozumieniu tej prawdy, we Francji zniesiono dozór policyjny ustawą z 27 maja 1885, a na jego miejsce wprowadzono tylko zakaz przebywania *(interdiction de séjour)* w niektórych większych miastach. O dozorze policyjnym w Austrji będzie mowa w następnym rozdziale.

2. O karze więziennej w szczególności.

§ 65.

280. Kara ta jest najdalej idącem ścieśnieniem wolności osobistej skazańca. Zamyka go ona bowiem na czas, oznaczony w wyroku, w murach jakiegoś zakładu więziennego, ze wszystkich stron szczelnie zamkniętego.

Ze wszystkich środków karnych, uznano w nowszych czasach karę więzienną, za odznaczającą się najwyższą kwalifikacją prawną. Co do podzielności bowiem i wynagradzalności, ustępuje ona tylko grzywnom, ale za to można ją lepiej, niż jakikolwiek inny środek karny, utrzymać w zgodzie z winą przestępcy a, oprócz tego, przy należytej organizacji, nadaje się doskonale do tego, by oddziaływać odstraszająco i poprawczo.

281. Pomimo to więzienie, jako kara kryminalna t. j. kara za cięższe przestępstwa (zbrodnie), wchodzi w Europie do kodeksów karnych w powszechne użycie dopiero w drugiej połowie XVIII wieku. Tłumaczy się to tem, że, aż do tego czasu, zwykłemi karami za zbrodnie były różne formy kary śmierci i różne mniej lub więcej okrutne kary cielesne. Więzienie zaś uchodziło podówczas za lżejszą karę, którą stosowano za przestępstwa, podlegające orzecznictwu nie sądów kryminalnych, lecz różnych władz administracyjnych. Wprawdzie już w XVI wieku powstają w Anglji i Holandji domy robocze i poprawcze, a od XVII wieku, spotykamy podobne zakłady w niektórych większych miastach niemieckich (Lubeka, Brema, Hamburg), pod nazwą *Spinn — oder Zuchhäuser*, ale zamykanie w nich nie było karą kryminalną, lecz środkiem prewencyjnym, stosowanym przez władze administracyjne do osób najrozmaitszego kalibru, skoro tylko uchodzić one mogły, pod jakimkolwiek względem za niebezpieczne dla ogółu (włóczęgi, hultaje, żebraki, prostytutki, obłąkani)

lub państwa (osoby źle notowane pod względem politycznym lub religijnym).

Dopiero, gdy, pod wpływem prądów humanitarnych, które w drugiej połowie XVIII wieku obiegały całą Europę, zaczęto znosić lub ograniczać karę śmierci i porzucać także wszelkie kwalifikowane kary cielesne (nr. 33), trzeba było pomyśleć o wprowadzeniu jakiejś nowej kary za zbrodnie, tak surowej, iżby mogła zastąpić skutecznie dawne okrutne środki represyjne, a jednak tak ludzkiej, iżby dawała się pogodzić z postulatami etyki. Karą tą stało się więzienie, a zakłady, przeznaczone dla jej wykonywania, trzeba było oczywiście zorganizować inaczej, niż dotychczasowe, a powyżej omawiane, domy robocze i poprawcze. Z końcem XVIII. wieku. Howard w Anglji, i Wagnitz w Niemczech zajęli się najznakomiciej opracowaniem tej reformy. W Austrji pierwszy nadał karze więziennej zastosowanie do zbrodni Kod. Józefiński z r. 1787.

W Polsce jednak więzienie już o wiele wcześniej występuje jako kara kryminalna. W tym charakterze mianowicie znane już ono było u nas w XV. wieku (Bandkie: Prawo Polskie, str. 470). Organizacja tej kary musiała nawet już w XVI. wieku opierać się w Polsce na zdrowych podstawach, bo o tem świadczy dziwnie postępowa instrukcja kanclerza Ocieskiego z r. 1550 (Czacki: O litewskich i polskich prawach, 1844, t. II., str. 95. dop. 157).

282. Przyjęto odróżniać następujące rodzaje kary więziennej:

1) Co do surowości: ciężkie więzienie za zbrodnie (kryminał, *Zuchthaus)*, łączyć się mające z twardszą i regulaminem bezwzględnie przepisaną pracą przymusową; więzienie za występki *(Gefängniss)*, łączyć się mające z pracą przymusową już, o ile możności, dostosowaną do indywidualnych zdolności i dotychczasowych zajęć skazańca; areszt za przekroczenia *(Haft)*, która to kara polegać ma tylko na pozbawieniu wolności.

2) Co do charakteru: więzienie pospolite za wszelakie przestępstwa i więzienie niesromotne za przestępstwa niehańbiące, t. j. takie, o których się okaże, że ich sprawca działał z pobudek ideowych, należących do uczuć raczej szlachetnych, niż niehonorowych (nr. 163.). Takie więzienie niesromotne za zbrodnie i występki znane jest kodeksowi karn. niemieckiemu *(Festungshaft)* i mojemu Projektowi K. k. polsk. pod nazwą twierdzy (art. 34.).

3) Co do długości: więzienie dożywotne i czasowe. O pierwszem trzeba powtórzyć to, co powiedziano wyżej (nr. 269)

o karze śmierci. Jest ono nietyle karą, ile aktem obrony koniecznej, na miejscu wtedy, gdy chodzi o zbrodnię, wprawdzie bardzo ciężką, ale jednak nie aż w tym stopniu, iżby, tracąc winowajcę, państwo nie miało popaść w niedający się usprawiedliwić *excessus defensionis* (nr. 270. *b*).

Co do więzienia czasowego, trzeba przestrzegać tej reguły, iżby nie było nigdy tak krótkie, że aż nie byłoby w stanie wywrzeć na winowajcy wrażenia rzeczywistej kary; a znów nie trwało nigdy tak długo, iżby, po jego odcierpieniu, winowajca miał tracić wszelką energię moralną i, jako niezdolny do żadnej pracy, stawać się ciężarem dla społeczeństwa. Według Kod. niem. i mojego Projektu, jeden dzień ma stanowić najniższą miarę więzienia czasowego (areszt), podczas gdy jego najwyższa miara przy kryminale ma dochodzić, według Kod. niem.. do 15 lat, a według mojego Projektu, do 20 lat, co się u mnie poczęści tłumaczy brakiem kary śmierci.

283. Różne mogą być sposoby wykonywania kary więziennej. Znane są one pod nazwą s y s t e m ó w w i ę z i e n n y c h, a do najważniejszych z nich należy pięć następujących:

1) S y s t e m w s p ó l n o ś c i. Jest on najstarszy, najtańszy, ale i najgorszy, bo zbyt łatwo zamieniać może dom kary na szkołę zepsucia.

284. 2) S y s t e m o s a m o t n i e n i a, zwany także c e l k o w y m, polega na trzymaniu każdego skazańca, przez cały czas kary, w osobnej celi, a to w tej myśli, że ciągła samotność więźnia sprzyjać będzie zbawiennemu wpływowi wyrzutów sumienia na jego skruchę i poprawę. Z tego nawet powodu system ten nosi także nazwę s y s t e m u p e n i t e n c j a r n e g o. Przekonano się jednak, że ciągła samotność usposabiała skazańców nietyle do odrodzenia moralnego, ile do upadku ducha i do różnych chorób umysłowych. Pierwsze wielkie więzienie, według tego wzoru, założone zostało za inicjatywą Howarda i sekty Kwakrów w r. 1791 we Filadelfji. Tem się tłumaczy, że system ten nazywa się także f i l a d e l f i j s k i m lub p e n s y l w a ń s k i m.

285. 3) S y s t e m o d o s o b n i e n i a różni się od poprzedniego tem, że osamotnienie skazańców przeprowadza tylko w porze nocnej, a, w ciągu dnia, zaprzęga ich do wspólnej pracy, przyczem jednak chce wytworzyć między nimi odosobnienie duchowe, zapomocą na-

kazu absolutnego milczenia. Urządzenie to miało, według zamiaru twórców tego systemu, złagodzić straszną dolę, na którą narażał skazańców system filadelfijski. Przekonano się jednak wkrótce, że absolutne milczenie, przy wspólnej pracy, było o wiele cięższem jeszcze utrapieniem, niż bezustanna samotność, i że nad jego przestrzeganiem musiał czuwać bezustannie nieubłagany bat dozorcy. Pierwszy wielki zakład więzienny, według tego wzoru, stanął w r. 1820 w mieście Auburn, w Stanie Niujorskim, i z tego powodu system ten znany jest także pod nazwą systemu auburnskiego.

286. 4) System klasyfikacyjny szwajcarski. Przyjmuje on podział skazańców na pewne klasy, najczęściej (cztery), z których każda wyższa zapewnia im lepsze warunki egzystencji, ale otwiera się dla tych tylko więźniów, którzy w klasie bezpośrednio niższej uzyskali przepisaną liczbę dobrych stopni prowadzenia. Nakaz absolutnego milczenia stosuje się tu tylko, jako obostrzenie kary dla skazańców najniższej klasy. Ojczyzną tego systemu jest Szwajcarja (Genewa, *St. Gallen*).

287. 5) System progresyjny angielsko-irlandzki. Stosuje się on tylko do dłuższych kar i opiera się na tej myśli zasadniczej, że każdy skazaniec ma w toku kary przechodzić przez następujące okresy:

a) Okres osamotnienia. Trwa on tylko od 8 do 9 miesięcy. Z początku nie wolno jest skazańcowi zajmować się w celi żadną robotą, dopiero, po jakichś 3 miesiącach, dozwala mu się wybrać zajęcie, któreby najbardziej odpowiadało jego zamiłowaniu, a dawało się pogodzić z regulaminem więziennym. Ma to na celu przekonać skazańca, że bezczynność jest nieszczęściem dla człowieka, a dobrowolna praca — największem dobrodziejstwem.

b) Okres wspólności. Obejmuje on główną część kary i stanowi też jej punkt ciężkości. Skazaniec, przekonawszy się ku końcowi poprzedniego okresu, jak miła jest praca dobrowolna, ma teraz odczuć najdotkliwiej, jak przykra jest praca, do której kara zniewala. W okresie tym bowiem skazaniec uchodzi za niewolnika kary, która wykonywa się według wzoru auburnskiego, skombinowanego z klasyfikacją szwajcarską. Praca jest tu bardzo ciężka, dyscyplina niezmiernie surowa (kary cielesne), ale administracja troszczy się także o to, aby każdy skazaniec nauczył się takiego rzemiosła, któreby na wolności, pozwoliło mu zarabiać uczciwie na życie.

c) Okres umieszczenia w zakładzie pośrednim. Znany jest on tylko prawu irlandzkiemu i ma na celu wypróbowanie stopnia poprawy skazańca, który wyszedł z poprzedniego okresu, i powolne oswajanie go z wolnością, od której mógł był łatwo odwyknąć. Przeznaczone na ten cel zakłady pośrednie istnieją w Smithfield pod Dublinem, jako osada rzemieślnicza, i w Lusk (o 15 mil ang. od Dublina), jako osada rolna. Skazany na lat 15, ma przebyć w zakładzie pośrednim przynajmniej jeden rok, a skazany na trzy lata — przynajmniej 4 miesiące.

d) Okres uwolnienia warunkowego. Obejmuje on ostatni czas kary, a nie może przekraczać 5 lat dla osób skazanych na 15 lat, a 6 miesięcy jeżeliby kara wynosiła 3 lata. Skazaniec otrzymuje kartę uwolnienia *(ticket of leave)* z tem zastrzeżeniem, że gdyby źle się sprawował, to wróci do więzienia na całą resztę czasu kary.

System progresyjny, bezwarunkowo najracjonalniejszy, wprowadzono do Anglji, po zniesieniu deportacji, a więc w okresie od r. 1853 do r. 1867. Do Irlandji dostał się on od r. 1854, dzięki staraniom Waltera Croftona. Poza Wielką Brytanią najbardziej zbliżyły się do tego systemu urządzenia więzienne na Węgrzech, w Chorwacji i Bośni (Langer: *Der progressive Strafvollzug in Ungarn Kroatien und Bośnien*, 1905).

288. W Polsce plany reformy systemu wykonywania kary więziennej, datują od r. 1807. Podówczas mianowicie Julian Ursyn Niemcewicz, przedłożył rządowi Ks. Warszawskiego projekt przekształcenia wspólnych więzień według wzoru filadelfijskiego. Drugi plan, oparty tylko na grupowaniu więźniów w pewne klasy, złożone z 8 do 10 osób, mniej więcej podobnego poziomu moralnego, opracowała w r. 1819 osobna Komisja, pod przewodnictwem Ksawerego Potockiego i ogłosiła p. t.: Projekt do ogólnego i szczególnego polepszenia stanu i administracji więzień w Królestwie Polskiem.

Żaden z tych planów nie wszedł w życie. Rzeczywisty zaś postęp na polu urządzeń więziennych w Królestwie Polskiem, uwydatnił się w nowszych czasach tylko w odniesieniu do nieletnich przestępców. Inicjatywę do niego dało zawiązane w Warszawie w r. 1871 Towarzystwo osad rolnych i przytułków rzemieślniczych.

Dzięki jego staraniom, a zwłaszcza jego prezesa prof. Walentego Miklaszewskiego[1], powstał w Studzieńcu (pod Rudą Gu-

zowską), zakład karno-poprawczy, przeznaczony dla 200 nieletnich przestępców płci męskiej. Zakład ten zaczął funkcjonować w r. 1876 pod nazwą Osady Rolne i Przytułki Rzemieślnicze. Podobny przytułek poprawczy dla 50 dziewcząt, w wieku od 8 do 14 lat, otwarty został w Puszczy pod Warszawą w r. 1891.

[1] O wykonaniu kary, 1871. O małoletnich przestępcach i Towarzystwie Osad Rolnych i Przytułków Rzemieślniczych, 1872.

IV. Kara majątkowa.

§ 66.

289. Kara ta może przybrać formę bądź 1) konfiskaty bądź 2) grzywien.

1. Konfiskatę, o ile odnosi się do całego majątku przestępcy, lub jakiejś jego części, zarzucono w nowszych czasach, jako karę za mało osobistą (nr. 263 ad. 1.). Utrzymała się tylko konfiskata, jako przepadek niektórych przedmiotów, a mianowicie tych, które stały się narzędziem lub wytworem popełnionego przestępstwa.

1. Co się tyczy grzywien, to, co do wymiaru tej kary, powinno być regułą, aby nie stawała się ona dla skazańca z jednej strony nic nie znaczącym, a z drugiej — zbyt rujnującym wydatkiem. W nowszych ustawach i projektach, kara ta znalazła szerokie zastosowanie do przestępstw z chciwości zysku i to jako dodatek do więzienia.

Istocie grzywien, jako kary, sprzeciwiałoby się, gdyby ustawa miała tolerować publiczne zbieranie składek lub podpisów, dla pokrycia grzywien nałożonych na przestępcę (przekroczenie względnie występek z § 310.). Natomiast nie uwłacza naturze kary pieniężnej, przejście obowiązku jej wypłaty na dziedziców przestępcy, skoroby ten ostatni umarł, już po zapadnięciu wyroku prawomocnego. Z tą chwilą bowiem grzywny obciążają majątek przestępcy i nie w charakterze kary przechodzą na jego spadkobierców, lecz jako dług cywilny (*contra* Stooss: *Zur Natur der Vermögenstrafen*, 1878. str. 14, tudzież *Lehrbuch*, str. 238. 239).

290. Na granicy między karą pieniężną a wynagrodzeniem szkody, znajduje się t. zw. nawiązka (*Geldbusse*).

Od grzywien różni się ona tem, że *a*) sędzia może ją nałożyć

na przestępcę tylko na żądanie pokrzywdzonego, tudzież *b*) że tylko pokrzywdzony z niej korzysta.

Od odszkodowania różni się nawiązka tem, że wysokość pierwszego znajdować się musi w ścisłej zależności od rozmiarów dającej się wykazać szkody materjalnej, podczas gdy nawiązkę może sędzia wymierzyć w kwocie, odpowiadającej nietylko szkodzie powyżej podanego rodzaju, ale także innym jeszcze przez pokrzywdzonego, z winy przestępcy, poniesionym przykrościom i uszczerbkom osobistym.

Prawu austrjackiemu znana jest nawiązka, której nałożenia na skazańca może żądać pokrzywdzony od sądu karnego za przestępstwa przewidziane w ustawach o ochronie marek fabrycznych z 6. I. 1890 (§ 27.), o prawie autorskiem z dnia 26. XII. 1895 (§ 57.), a także o ochronie wynalazków z 11. I. 1897 (§ 103.).

V. Kara ubytku w zakresie uprawnień.

§ 67.

291. Kara ta znajduje zastosowanie do przestępstw, z których widać, że sprawca, aby można było przyznać mu i nadal prawo zajmowania się jakąś profesją, bez niebezpieczeństwa dla ogółu, albo nie posiada do tego potrzebnej kwalifikacji fachowej, albo uporczywie nie chce przestrzegać przepisów, które w interesie bezpieczeństwa powszechnego normują wykonywanie danej profesji. Pozbawiając sprawcę odnośnego uprawnienia (np. utrata prawa do praktyki lekarskiej lub budowniczej), ustawodawca nie chce bynajmniej dotykać przestępcy w zakresie czci lub majątku. W drodze odblasku jednak, kara ta będzie musiała zawsze być raną, zadaną jego ambicji osobistej, a bardzo często, jako utrata dochodów, powiązanych z uprawianiem odnośnego zawodu, przybierze też dla niego charakter kary majątkowej. Co do czasu, kara ta może być terminowa lub dożywotna.

VI. Uszczuplenie czci.

§ 68.

292. Istota tej kary polega na tem, aby stawać się bolesną dla poczucia godności osobistej przestępcy. Może to nastąpić albo 1) przez wyrządzenie przestępcy jakiegoś wstydu lub upokorzenia, albo 2) przez

pozbawienie go takich uprawnień, jakich posiadanie przez daną osobę każe przypuszczać, że nie jest ona niegodna pewnego szacunku.

1. Kary pierwszego typu były dawniej w powszechnem użyciu. Najcięższemi z nich były pręgierz i śmierć cywilna. Pręgierz polegał na tem, że, na placu publicznym, przywiązywano skazańca do słupa, zawieszano mu na szyi tablicę z oznaczeniem zbrodni, którą popełnił, i kary na którą go skazano, i wystawiano go w tej pozycji na widok publiczny przez czas, przepisany w wyroku. Karę tę zniosło w Austrji dopiero Najw. Postan. z 22 maja 1848. Co się tyczy śmierci cywilnej *(mort civile, consumptio existimationis)*, to polegała ona na uznaniu skazańca za umarłego wobec prawa, ze wszystkiemi skutkami, prawnie wypływającemi ze śmierci naturalnej. Kara ta przechowała się we Francji aż do r. 1854. Do Królestwa Polskiego zaprowadził ją Kod. k. z r. 1818, a zniósł ją tam Kod. kar głównych i poprawczych z r. 1847, zachowując tylko utratę praw majątkowych, jako skutek kar zesłania do ciężkich robót i na osiedlenie (art. 29. 30. 32).

W nowszych czasach zarzucono powszechnie wszelkie kary upadlające, jako niezgodne z przeznaczeniem kary, która powinna nie deptać przestępcy, lecz ułatwiać mu odrodzenie moralne. Zachowano tylko kary, nacechowane pewnem upokorzeniem przestępcy i to, w nowszych ustawach, tylko w formie nagany sędziowskiej. Inne formy kary upokarzającej przestępcę, jakoto prośba o przebaczenie, cofnięcie obrazy i pokuta kościelna, wyszły z użycia, jako. co do dwóch pierwszych, posiadające dotkliwość w zbyt wysokim stopniu zależną od dobrej lub złej woli samego przestępcy, a jako, co do pokuty kościelnej, należące do zakresu działania nietyle prawa, ile religii. Pokuta kościelna była jeszcze znana, jako kara, kodeksowi karnemu rosyjskiemu z r. 1866 (art. 58).

Nagany sędziowskiej dopuszcza Kod. k. niem., w odniesieniu do nieletnich w wieku od 12 do 18 lat, za bardzo lekkie występki i przekroczenia (§ 57. nr. 4), a Kod. austr. przepisuje ją tylko w §§ 414. 417. i 419. O wiele szersze zastosowanie nadaje tej karze Kod. k. włoski z r. 1889, dopuszczając jej, pod pewnemi warunkami, w miejsce więzienia lub aresztu nie wyżej jednego miesiąca, internowania nie wyżej trzech miesięcy i grzywien nie wyżej 300 lirów (§§ 26. 27.).

293. Drugą formą kary, dotkliwej dla czci, jest uznanie skazańca za niezdolnego do posiadania uprawnień, które tem się odznaczają, że mogą służyć tylko osobom, godnym pewnego szacunku. Przestępca

odczuwa tę karę, jako ranę, zadaną jego poczuciu godności osobistej, i jako piętno, które na zewnątrz go zniesławia.

Najcięższą z kar tego rodzaju jest znana kodeksowi francuskiemu degradacja obywatelska *(dégradation civique)*. Łączy się ona z każdem osądzeniem za zbrodnię, jest bezterminową i obejmuje niezdolność nietylko do praw politycznych, urzędów lub funkcji publicznych, do noszenia orderów, świadczenia przed sądem i służenia w armji, ale także do tego, by być członkiem Rady familijnej, opiekunem lub kuratorem (art. 8. 28. 34. *Code pénal)*. Jako kara główna, degradacja obywatelska znajduje we Francji zastosowanie tylko do zbrodni politycznych.

W nowszych kodeksach uszczuplenie honorowych praw obywatelskich *(Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte* kodeksu niem.; *Schmälerung der staatsbürgerlichen Ehrenrechte* projektów austr.; uszczuplenie czci obywatelskiej mego Projektu K. k. polsk. art. 35—37), występuje jako skutek skazania przestępcy na kryminał, a, za niektóre występki, i na więzienie, wszakże zawsze z tem ograniczeniem, że uniezdolnienie skazańca do odzyskiwania praw, utraconych wskutek wyroku, kończyć się zawsze musi z upływem, od umorzenia kary, pewnego, w wyroku oznaczyć się mającego, a przez ustawę w pewnych ramach przepisanego czasu, (najwyżej po 10 latach; Kod. niem. § 32.; mój proj. art. 35. § 3.).

O stanowisku prawa austrjackiego, co do tej kwestji, będzie mowa w rozdziale następnym.

ROZDZIAŁ III.

System środków karnych prawa austrjackiego.

I. Kary główne.

A. Kary główne za zbrodnie.

§ 69.

294. Kary te wymienia K. k. w § 12., zaliczając do nich tylko I. Karę śmierci i II. Karę więzienia *(Kerkerstrafe)*.

295. 1. Kara śmierci. Znajduje ona w Kodeksie zbyt szerokie

zastosowanie. Powstaje stąd konieczność zbyt częstych ułaskawień, co osłabia powagę prawidłowego biegu sprawiedliwości.

Oto są zbrodnie, za które ustawa grozi karą śmierci:

a) Zdrada główna, i to z ograniczeniami, podanemi w § 59. *b.* Kod. k.

b) Morderstwo dokonane, dla bezpośrednich winowajców, wymienionych w § 136. Kod. k.

c) Zabójstwo rozbójnicze, dla każdego, kto przyczynił się do zabicia ofiary (§ 141.).

d) Dwa przypadki gwałtu publicznego, a mianowicie przez złośliwe uszkodzenie cudzej własności (przyp. V. §§ 85. 86.), i przez złośliwe działania i zaniechania, wśród okoliczności szczególnie niebezpiecznych (przyp. VI. §§ 87. 88.), a także zbrodnia dynamitowa z § 4. Ust. z 27. V. 1885; jeżeliby wskutek którejkolwiek z tych trzech zbrodni jakiś człowiek był utracił życie, a sprawca mógł był to przewidzieć.

e) Podpalenie, przy ziszczeniu się ostatnio wymienionego warunku, a także i wtedy, gdy zbrodni tej dopuściła się szajka, mająca na celu szerzenie spustoszeń (§ 167. *a.*).

Oprócz tego kara śmierci znaleść może w Austrji zastosowanie w drodze postępowania doraźnego *(standrechtliches Verfahren)*, unormowanego w §§ 429—446. P. K, do zbrodni rozruchu, morderstwa, rabunku, podpalenia i gwałtu publicznego przez złośliwe uszkodzenie cudzej własności[1], a w drodze postępowania przed sądami wojskowemi, także do osób stanu cywilnego za szpiegostwo i inne porozumienia z nieprzyjacielem z § 67. K. k., nieuprawniony werbunek z § 92., a także za namawianie żołnierza do złamania przysięgi służbowej i danie mu pomocy do zbrodni wojskowej z § 222. K. k. (§§ 307. 311. 317. 322. 328. K k. wojsk. z 15. I. 1855), gdyby miano dopuścić się tych zbrodni w okresie należycie ogłoszonego stanu wojennego (§ 7. Ust. z 20. V. 1869).

[1] Patrz mój Wykład proc. k. 1910. str. 471—477.

296. Kara śmierci wykonywa się w Austrji pospolicie przez powieszenie (§ 13. K. k.), a zawsze, w myśl § 404. P. K, nie na placu publicznym, lecz w podwórzu więziennem i w obecności Komisji sądowej, a czasem i innych jeszcze osób, z których jednych trzeba z urzędu uwiadomić o miejscu i czasie egzekucji (obrońca skazańca, naczelnik i zastępca gminy miejscowej), a innym służy tylko prawo

przyjścia na egzekucję, bez osobnego uwiadomienia (urzędnicy sądowi, prokuratorscy i policyjni, najbliżsi krewni skazańca, oraz inni jeszcze mężowie poważni, o ile miejsce na to pozwala). Bliższe szczegóły podaje mój Wykład proc. karn. str. 493—495. W drodze postępowania wojskowego, kara śmierci wykonywa się także przez rozstrzelanie (§ 317. K. k. wojsk.).

297. Kara śmierci jest w prawie austrjackiem karą bezwzględną w tem rozumieniu, że, gdy ją ustawa przepisuje, to sędzia jest nią związany bezwarunkowo, nie mogąc ani *a)* z uwagi na żadne okoliczności łagodzące, zmieniać jej na inną mniej surową karę, ani też *b)* z uwagi na żadne okoliczności obciążające, dodawać do niej jakichkolwiek obostrzeń (§ 50.).

ad a) Jedynym wyjątkiem jest przyznane sądowi doraźnemu w przypadku, przewidzianym w § 442. P. K., prawo zastąpienia kary śmierci ciężkiem więzieniem od lat 5 do 20.

ad b) Ze względu na zakaz obostrzania kary śmierci, winowajca, któryby za zbrodnię, obłożoną w Austrji karą śmierci, poniósł już zagranicą jakąkolwiek karę, a miał być potem osądzony w Austrji, w myśl § 36 K. k., nie mógłby już być skazany na karę śmierci, lecz tylko na ciężkie więzienie od lat 10 do 20. To samo musiałoby nastąpić wtedy, gdyby ktoś był już poniósł jakąkolwiek karę za przestępstwo, o którem by się potem pokazało, że są w niem znamiona zbrodni, obłożonej karą śmierci, i nowy sąd byłby powołany do wyrokowania o niem w drodze wznowienia postępowania (§ 356. l. 1. P. K.).

Wreszcie trzeba zaznaczyć, że, w dwóch przypadkach K. k. sam wyklucza karę śmierci i każe ją zastępować ciężkiem więzieniem od 10 do 20 lat, a mianowicie: *a)* gdyby winowajca w chwili popełnienia zbrodni nie był jeszcze ukończył 20 lat, (§ 52.), i *b)* gdyby, od popełnienia zbrodni już było upłynęło 20 lat a ziściły się były wszystkie warunki przedawnienia śledztwa za zbrodnie (§ 231.).

298. II. Więzienie. Znane są Kodeksowi, co do surowości (§ 14.), dwa rodzaje więzienia: 1) więzienie pierwszego stopnia, czyli t. zw. więzienie bez dodatku *(Kerker ohne Zusatz)* i 2) więzienie drugiego stopnia, czyli ciężkie więzienie *(schwerer Kerker)*.

Ustawowo różnica między powyższemi stopniami kary więziennej rysuje się w następujących punktach:

a) Ciężkie więzienie musi zawsze łączyć się choćby z jednem z zaostrzeń, podanych w § 19. K. k. Zaprowadziła to Now. z 15. XI. 1867 (§ 3.) w miejsce zniesionych przez nią kajdan, któremi, według K. k. (§ 16.), ciężkie więzienie różnić się miało od zwyczajnego.

b) Widywanie się z osobami postronnemi dozwolone być może zbrodniarzom, skazanym na ciężkie więzienie, tylko w nader osobliwych i ważnych przypadkach (§ 16.); podczas gdy kwestja ta, ze względu na więzienie pierwszego stopnia, podlegać ma tylko temu ograniczeniu, aby rozmowa odbywała się w obecności dozorcy i w języku dla niego zrozumiałym.

c) Skazanie na więzienie 1-go stopnia sprowadza tylko skutki prawne z § 26., a ze skazaniem na ciężkie więzienie wiąże się, oprócz tego jeszcze, utrata szlachectwa z § 27.

d) Wprawdzie z każdem więzieniem ma się łączyć praca przymusowa, ale stopień tej kary powinien, o ile można, wpływać na rodzaj wyznaczonych robót (§ 18.).

Zresztą kara więzienna obu powyższych stopni wykonywa się w tych samych zakładach, a często nawet bez żadnego odgraniczenia, pod względem ubikacyjnym, odnośnych skazańców. Kwestja bowiem ponoszenia tej kary, czyto w więzieniach sądowych, czyteż w specjalnych zakładach karnych, zależy nie od jej stopnia, lecz od tego czy chodzi o więzienie do jednego roku, lub powyżej tego czasu (§§ 405. 406. P. K. por. mój Wykład proc. k. str. 495—497).

299. Co do długości, więzienie może być 1) dożywotne lub 2) czasowe.

ad 1) Ciężkie więzienie dożywotne przepisuje K. k. bezwarunkowo w §§ 108. 109.; 126—129.; 139; 167. *b. c. d.*; 195; a także w § 4. Ust. z 27. V. 1885 (zbrodnia dynamitowa). Fakultatywnie t. j. obok ciężkiego więzienia od 10 do 20 lat, K. k. grozi ciężkiem więzieniem dożywotnem w §§ 59. *b.*; 75.; 85. 86. 87. 88.; 138.; 204. Aż do wydania Ust. o postęp. k. z 23. V. 1873, różnica, między przypadkami bezwarunkowego a fakultatywnego przepisywania przez kodeks więzienia dożywotnego, była o wiele donioślejsza, niż dzisiaj. W przypadkach bowiem pierwszego rzędu, kara ta wiązała bezwzględnie sędziego. Charakter bezwzględności jednak utraciła ta kara, odkąd wolno jest sądowi w drodze nadzwyczajnego łagodzenia obniżać ją do trzech lat (P. K. § 338.).

Sam K. k. wyklucza więzienie dożywotne i każe je zmieniać

na c. więzienie od 10 do 20 lat dla winowajcy, któryby w chwili popełnienia zbrodni nie był jeszcze ukończył 20 lat.

300. *ad 2)* Więzienie czasowe znane jest kodeksowi w ramach od 6 miesięcy do 20 lat i bywa przezeń przepisywane w czterech następujących zakresach: *a*) od 6 miesięcy do 1 roku; *b*) od 1 roku do 5 lat; *c*) od 5 do 10 lat; *d*) od 10 do 20 lat. Często jednak K. k. podaje dwa stykające się z sobą zakresy więzienia czasowego, czyniąc przejście od jednego do drugiego zależnem, bądź wogóle od uznania sądu (§ 182. K. k.; § 442. P. K.), bądź też od okoliczności szczególnie obciążających (§§ 66. 77. 79. 110. 138. 154. 178. 184. 202. 221.).

Od lat 20, jako najwyższej miary więzienia czasowego, K. k. nie odstępuje nigdy. Poniżej jednak 6 miesięcy pozwala sędziemu wymierzać tę karę w drodze nadzwyczajnego łagodzenia (§ 54.) lub zmiany kary (§ 55.). Oprócz tego, trzeba zanotować, że w § 4. Ust. z 30.III. 1888 (o ochr. telegr. podm.), spotykamy przepis, grożący więzieniem od 3 miesięcy do 5 lat.

301. Bieg kary więziennej liczy się prawidłowo od chwili ogłoszenia wyroku prawomocnego (§ 17.). Są jednak wyjątki, przewidziane w P. K., a tego rodzaju, że w niektórych przypadkach kara ta zacznie upływać już z chwilą uwięzienia oskarżonego, po ogłoszeniu wyroku w I. inst. (§ 400. P. K.), a znów w innych — spowodu wstrzymania lub odroczenia wykonania kary (§§ 398. 401. P. K.), bieg jej liczyć się będzie od późniejszej chwili (patrz mój Wykł. proc. k. str. 492. 493. 497.).

Ponieważ w myśl reguły, podanej w art. VIII. Pat. Publ. wszystkie czasokresy, przez ustawę oznaczone, obliczać należy według roku kalendarzowego; przeto długość kary więziennej będzie musiała zawsze być niezależna od tego, ile też dni mieścić się będzie w danym roku lub miesiącu.

302. Kara więzienna wykonywa się dotąd w Austrji, przeważnie według systemu wspólności, wszakże w zakładach karnych (w odróżnieniu od więzień sądowych), z zastosowaniem Ustawy z 1. IV. 1872 o wykonywaniu w osamotnieniu całej kary więziennej lub pierwszej jej części [1].

Oto są najważniejsze przepisy tej ustawy:

1) Kara więzienna ma być wykonywana w odosobnionej celi.

całkowicie w dwóch przypadkach, a mianowicie: *a*) jeżeli wskutek osamotnienia skazańca, kara jego mogłaby się umorzyć co najwyżej w ciągu 8 miesięcy; tudzież *b*) jeżeli kara nie przenosi 18 miesięcy, a skazaniec rokuje nadzieję poprawy. We wszystkich innych przypadkach, kara ta ma się wykonywać w osamotnionej celi tylko częściowo, i to z tem zastrzeżeniem, aby nie króciej, niż przez 8 miesięcy, a nie dłużej, niż przez 3 lata (§ 2. cyt. ust.).

2) Po trzech miesiącach osamotnienia, należy każde dwa dalsze całkowite dni kary, w podobny sposób wykonanej, liczyć skazańcowi za trzy dni. Dzięki tej to redukcji, więzienie, orzeczone na $10^1/_2$ miesięcy, ulegnie umorzeniu już w ciągu 8 miesięcy, w razie jego poniesienia w osamotnieniu.

[1] Pierwszym krokiem rządowym w Austrji ku przygotowaniu gruntu, dla reformy więzień w duchu systemu odosobnienia, było Postan. Ces. z 24. VIII. 1849, wydane na wniosek ówczesnego ministra Schmerlinga. Uznawało ono bowiem konieczność budowania nowych, a przekształcania starych więzień, według wymagań celkowości. Leitmeier: *Oesterr. Gefängniskunde*, 1890, Markovich: *Das Gefängniswesen in Oesterreich*, 1899.

B. Kary główne za występki i przekroczenia.

§ 70.

303. Kary te wymienia K. k. w § 240. w jednym rzędzie z karami dodatkowemi. Karami głównemi są wśród nich tylko: 1) areszt, 2) grzywny, i 3) utrata niektórych praw i upoważnień. Właściwie jest jeszcze znana prawu austrjackiemu czwarta kara główna za przekroczenia, a mianowicie nagana sędziowska. Kara ta jednak znajduje zastosowanie tylko w trzech przypadkach, przewidzianych w §§ 414. 417. i 419. K. k. (ukrzywdzenia cielesne w drodze karcenia domowego lub w toku nieporozumień między małżonkami) i dlatego też sam K. k. uznał ją za zbyt wyjątkową, aby ją umieścić w liście kar, wymienionych w § 240.

304. 1. Areszt. Kara ta ma dwa stopnie, z których pierwszy nazywa się ustawowo aresztem bez dodatku, a pospolicie aresztem zwyczajnym, a drugi nosi nazwę aresztu ścisłego *(strenger Arrest)*.

Różnica między powyższemi stopniami aresztu, uwydatnia się w dwóch następujących punktach:

a) Areszt zwyczajny pozbawia skazańca tylko wolności osobistej, nie ścieśniając go ani co do wiktu, ani co do zajęć, byle tylko utrzymywałby się nie kosztem więzienia i nie zakłócał jego porządku domowego (§ 244.). Osoby zaś, skazane na areszt ścisły, podlegają, co do wiktu i zatrudnienia, regulaminowi więziennemu i nie mogą inaczej komunikować się z osobami postronnemi, jak w obecności dozorcy i w języku dla niego zrozumiałym (§ 245.).

b) Tylko areszt zwyczajny dopuszcza, wśród pewnych warunków, o których będzie mowa później, (nr. 338. l. 4), przemiany na areszt domowy (§ 262.) lub grzywny (§ 261.).

305. Specjalne znaczenie ma jeszcze w K. k. areszt dla nieletnich, czyli t. zw. zamknięcie w oddzielnym areszcie (*Verschliessung in einem abgesonderten Verwahrungsorte*). Karę tę, od jednego dnia, do sześciu miesięcy, przepisuje § 270., dla nieletnich od 10 do 14 lat winnych przestępstwa, które skądinąd byłoby zbrodnią, a tylko, ze względu na niedojrzałość ich wieku, stanowić ma przekroczenie (nr. 183. bis). Cechą charakterystyczną tego aresztu jest to, że zawsze musi się z nim łączyć przymus do pracy, zastosowanej do sił skazańca, i udzielanie lekcyj przez duszpasterza lub katechetę (§ 272.); tudzież że sąd może zawsze zarządzić osadzenie skazańca, po odcierpieniu kary, w domu poprawczym (§ 8. Ust. z 24. V. 1885. Dz. u. p. l. 89.).

306. Areszt, w myśl § 247., ma trwać najkróciej 24 godziny, a najdłużej 6 miesięcy. Od podanej wyżej najniższej granicy aresztu, sam K. k. nigdy nie odstępuje, ale za to odbiega często od uznanej za maksymalną sześciomiesięcznej miary aresztu, przepisując tę karę do 1 roku (np. w §§ 288. 292. 294. 295. 300. 302—305. 335. 493.), do 2 a nawet do 3 lat (np. w §§ 337. 486.). Także w ustawach karnych dodatkowych, przepisywany bywa często areszt do 2 lub 3 lat (np. § 2. Ust. o przem. emigr. z 21. I. 1897; § 3. Rozp. Ces. z 12. X. 1914. o lichwie i bardzo wiele innych).

307. Co się tyczy obliczania biegu aresztu, to analogicznie należy zastosować do tej kwestji wszystko, co powiedziano wyżej o obliczaniu biegu więzienia (nr. 301). Już tylko specjalnie do aresztu odnosi się przewidziany w § 482. P. K. przypadek wstrzymania jego wykonania z powodu wniesionej prośby o jego złagodzenie lub daro-

wanie, jeżeliby prośba ta opierała się na okolicznościach, które wyszły na jaw, już po zapadnięciu wyroku i na uwzględnienie zasługują, a cel jej, w razie tymczasowego rozpoczęcia kary, mógłby łatwo ulec udaremnieniu.

308. 2. Grzywny. Kara ta znalazła w prawie austrjackiem szersze zastosowanie, dopiero w drodze ustaw dodatkowych. K. k. przepisywał ją wprawdzie zarówno za przekroczenia (§ 522.), jak i występki (§§ 290. 467.), ale w bardzo szczupłych rozmiarach, bo w kwocie, nie przenoszącej 1000 guldenów (§ 467.). Wyższą miarę otrzymać mogły grzywny tylko wtedy, gdy K. k. czynił ich wysokość zawisłą od pewnego zysku, który winowajca chciał z przestępstwa osiągnąć, np. przepadek umówionego czynszu za najem domu lub mieszkania na rzecz tajnego stowarzyszenia (§ 290.), lub przed uzyskaniem zezwolenia władzy budowniczej (§ 386.). Za to ustawy dodatkowe upoważniają sędziego do nakładania bardzo wysokich grzywien, bo już nietylko do 4000 (Ust. z 6. I. 1890 o ochr. znaków towar. § 23.; Ust. z 26. XII. 1895 o prawie aut. § 51.; Ust. z 11. I. 1897 o ochr. wynalazków § 97.), lub do 8000 koron (§ 2. Ust. z 21. I. 1897 o przem. emigr.), ale nawet aż do 20000 koron (§ 18. Ust. z 4. I. 1903. o handlu terminowym zbożem; § 124. Ust. z 6. III. 1906 o spółkach z ograniczoną poręką; § 5. Rozp. Ces. z 12. X. 1914 o lichwie. Do punktu kulminacyjnego doszła w okresie wojny wysokość grzywien za lichwę żywnościową, bo aż do 500000 kor. (§ 20. Rozp. Ces. z 24. III. 1917. Dz. u. p. l. 131).

309. Z przepisów, dotyczących wykonywania grzywien, najważniejsze są następujące:

1) Moneta konwencyjna, w której, w myśl art. VII. Pat. Publ., opiewać miały grzywny, oznaczane przez K. k., ustąpiła, z dniem 1. listopada 1858, miejsca walucie austrjackiej bez dopłaty konwencyjnej (Post. Ces. z 1. VIII. 1858), a z dniem 1 stycznia 1900, walucie koronowej (Post. Ces. z 21. IX. 1899).

2) Obowiązek uiszczenia grzywien, nałożonych prawomocnie za życia skazańca, przechodzi w razie jego śmierci, przed ich zapłaceniem, na jego dziedziców. (Rozp. Min. Sprawiedl. z 3. IV. 1859; patrz także nr. 289).

3) Grzywny wpływać mają zwyczajnie do funduszu ubogich miejsca, gdzie popełniono przestępstwo (§ 241.). Do wyjątków należy wpływanie grzywien do skarbu publicznego (§ 74. Ust. z 6. VIII.

1909, o epidem. bydl.), lub do funduszu taks wojskowych, (§ 75. Ust. Wojsk. z 5. VII. 1912). Patrz także wyjątek, co do $^1/_3$ grzywien, w § 522. K. k.

4) Upłaty grzywien nie można nigdy przyjmować od osoby trzeciej, oświadczającej gotowość uiszczenia ich za skazańca (§ 2. Rozp. M. Sprawiedl. z 11. lut. 1855; p. także § 310. K. k.).

5) W myśl § 409. P. K., według redakcji, nadanej mu Ustawą z 20. VII. 1912 (Dz. u. p. l. 142), sąd mocen jest dopuścić uiszczenia grzywien ratami, a to w ciągu 6 miesięcy od prawomocności wyroku.

6) W razie nieściągalności bądź całych grzywien, bądź jakiejś ich reszty (przy zastosowaniu rat), należy zamienić kwotę nieściągalną na areszt, i to zwyczajnie, t. j. o ileby ustawa w danym przypadku nic odmiennego nie przepisywała, według stosunku, podanego w § 260. K. k., a mianowicie za każde 10 kor. jeden dzień aresztu, przyczem areszt, w miejsce grzywien poniżej 10 kor., nie może być nigdy krótszy od 12 godzin (§ 1. Rozp. M. Sprawiedl. z 11. lut. 1855).

Od podanej wyżej reguły będzie musiał sędzia, zgodnie z ustawą, odstąpić w dwóch następujących przypadkach:

a) Jeżeli za jakieś przestępstwo ustawa grozi alternatywnie grzywnami lub aresztem pewnego zakresu (np. K. k. w § 361: grzywny od 10 do 100 kor. lub areszt od 1 do 8 dni), to sędzia, i przy zamianie grzywien na areszt, związany być musi najwyższym ustawowym zakresem tej ostatniej kary, (a więc 100 kor. z § 361. nie mógłby zamienić na 10 dni aresztu).

b) Za występki przeciwko powinności wojsk. grzywny, nałożone na skazańca łącznie z karą aresztu, nie mogą nigdy, w razie ich nieściągalności, podnieść tej ostatniej kary bardziej niż o połowę (§ 75. Ust. z 5. VII. 1912).

310. 3. Utrata praw i upoważnień (§§ 240. *c.* 242. 243.). Karze tej (p. nr. 291), w myśl § 242., podlegać mogą tylko osoby, które piastują jakiś urząd lub wykonywają jakąś profesję, na mocy stopni akademickich lub uwierzytelnienia publicznego, a także osoby, które trudnią się jakąś gałęzią zarobkowania (rzemiosłem lub przemysłem), bądź jako mieszczanie, bądź z upoważnienia zwierzchności. Nie chcąc, aby kara ta miała być zależną od winowajcy, K. k. nie pozwala obwinionemu o przestępstwo, obłożone utratą danej profesji, zrzekać się tejże w ciągu dochodzenia sądowego, lub przed zapadnięciem wyroku. Aby zaś zaznaczyć wyraźnie, że kara ta nie ma mieć charakteru kary majątkowej, K. k. oświadcza, że, jeżeli jakiś przemysł dopuszcza sprzedaży, to jego utrata pozbawia skazańca

tylko prawa do jego wykonywania, lecz nie sprowadza przepadku należytości, przypadającej od nowonabywcy (§ 243.).

311. Kodeks przepisuje tę karę przeważnie na przypadek pierwszej (§ 366.), lub nawet dopiero drugiej recydywy (§§ 320. *d.*; 351. 352. 362. 367. 399.), a to za przestępstwa, świadczące, że winowajca bądź nie posiada wykształcenia fachowego, potrzebnego do wykonywania odnośnej profesji (np. fuszerka ze strony aptekarza, lekarza, chirurga lub budowniczego, §§ 350. 356. 357. 383—385.), bądź uporczywie nie chce przestrzegać, przy wykonywaniu tejże, przepisów obowiązujących (np. wydanie trucizny osobie, która nie okaże przepisanego zezwolenia, § 366.). Przypadki tej kary już za pierwszem popełnieniem przestępstwa są bardzo rzadkie w kodeksie (np. jeżeli kupiec handluje trucizną bez upoważnienia i bez przestrzegania przepisanych środków ostrożności, § 363.; lub karygodna niedyskrecja ze strony lekarza, chirurga lub akuszera z § 498.).

312. Co do czasu, kara ta może być, w myśl § 242., terminowa (§§ 350. 356. 357. 383.), lub stała (niedyskrecja z § 498. za drugą recydywą). Rozp. Min. Sprawiedl. z 29. V. 1854, zwraca uwagę sądów na to, że w przypadkach, gdy ustawa nie ogranicza wyraźnie tej kary do pewnego oznaczonego czasu, trzeba uważać ją. za mającą być orzeczoną na zawsze.

II. Kary dodatkowe.

§ 71.

313. Tu należą: 1) Przepadek towarów, rzeczy sprzedajnych lub sprzętów. 2) Wydalenie. 3) Zaostrzenia kary. 4) Dozór policyjny. 5) Przytrzymanie w domu pracy przymusowej. 6) Przytrzymanie w domu poprawy.

314. 1. Przepadek towarów, rzeczy sprzedajnych lub sprzętów (*Verfall von Waaren, Feilschaften oder Geräte*, §§ 240. *b.*; 241.). Karę tę łączy K. k. bądź z aresztem (§§ 325—329.; 354. 355.), bądź z grzywnami (§§ 406. 445. 522.), a to co do przedmiotów, które stały się albo narzędziem, albo też wytworem popełnionego występku lub przekroczenia.

W bliskiem pokrewieństwie z tą karą znajduje się przepadek

podarunku lub jego wartości za zbrodnie łapownictwa z § 104. i uwiedzenia do nadużycia władzy urzędowej z § 105.

Przedmioty skonfiskowane przekazuje ustawa, narówni z grzywnami, funduszowi ubogich miejsca popełnienia przestępstwa (§§ 104. 105. 241.).

315. 2. Wydalenie (*Abschaffung*, §§ 240. *f*, *g*, *h*; 249.). Należy odróżnić wydalenie z granic całej Austrji, której to karze podlegać mogą tylko cudzoziemcy (§ 249. al. 2.) i to zawsze bezterminowo (§ 323.); tudzież wydalenie z pewnej miejscowości lub pewnego kraju koronnego, którą to karę sąd nakładać może tak na krajowców, jak na cudzoziemców i bądź bezterminowo, bądź stosownie do okoliczności na pewien oznaczony czas (§§ 249. al. 1.; 324).

Co się tyczy wydalenia z pewnej miejscowości, to regułą jest, że musi się ono zawsze rozciągać na cały obręb policyjny, do którego ta miejscowość należy (Rozp. Min. Sprawiedl. i Spr. Wewn. z 10. V. 1852), a nie może nigdy obejmować miejsca, z którem łączy przestępcę prawo swojszczyzny (Rozp. Min. Sprawiedl. z 19. V. 1858).

316. 3. Zaostrzenia kary (*Strafverschärfungen*, §§ 19—25., 250., 253—257.). Znane jest kodeksowi austr. zaostrzenie kary dwojakiego typu. Jedno polega na tem, że ustawa, za niektóre przestępstwa, przepisuje łącznie kilka kar, z których każda stanowi w jej systemie osobny środek karny, np. areszt i wydalenie (§ 320. *e*), areszt i utrata przemysłu (§ 321.), lub nawet grzywny, areszt i utrata profesji (§ 384.). O tego rodzaju obostrzeniu wspomina K. k. wyraźnie tylko w odniesieniu do występków i przekroczeń, przy czem stanowi, że wiąże ono sędziego w tem rozumieniu, że ma je stosować tylko w przypadkach, w których, i w zakresie, w jakim, ustawa je przepisuje (§ 250.). W odniesieniu do zbrodni, pod pojęcie takiego zaostrzenia podciągnąćby można połączenie więzienia z przepadkiem podarunku w §§ 104. i 105., oraz połączenie więzienia z karą pieniężną 200 koron, na rzecz kasy wojskowej, w § 221.

317. Zaostrzenie drugiego typu polega na dodaniu przez sędziego, według własnego uznania, do więzienia i aresztu pewnych przez K. k. dopuszczonych obciążeń, które w jego systemie nie tworzą osobnych środków karnych, jako to: twarde łoże, post, ciemnica (§§ 19—25. 253—257.).

Wspólnemi obostrzeniami dla więzienia i aresztu są post, twarde łoże, samotna cela i ciemnica.

a) Post *(Fasten)*, w odniesieniu do więzienia i aresztu ścisłego, ogranicza skazańca do chleba i wody, nie może trwać, bez jednodniowej przerwy, dłużej niż jedną dobę, a następować nie może częściej niż trzy razy w tygodniu przy więzieniu, a dwa razy w tygodniu przy areszcie. Post w odniesieniu do aresztu pierwszego stopnia ogranicza skazańca do wiktu przepisanego dla aresztu ścisłego (§§ 20. 254.).

b) Twarde łoże *(hartes Lager)* ogranicza skazańca do spania na gołej ławie a służy sądowi do dyspozycji w rozmiarach, wskazanych wyżej co do postu (§§ 21. 255).

c) Samotna cela *(Einzelhaft)*, jako obostrzenie, nie może trwać dłużej, co do więzienia, niż jeden miesiąc, a co do aresztu, niż 14 dni, a ponownie następować, i tu i tam, może dopiero po jednomiesięcznej przerwie. Skazańca jednak zamkniętego w celi, powinien przynajmniej dwa razy dziennie odwiedzać ktoś z osób, należących do dozoru więziennego, a należy także wyznaczyć mu odpowiednie zajęcie (§§ 22. 256.).

d) Ciemnica *(dunkle Zelle)*, nie może trwać dłużej, co do więzienia, niż 3 dni, a co do aresztu, niż 24 godzin, a ponownie następować, i tu i tam, może dopiero po jednotygodniowej przerwie, z tem dalszem jeszcze ograniczeniem, aby to zaostrzenie, co do więzienia, nie wynosiło więcej niż 30 dni w roku, a, co do aresztu, nie było stosowane częściej niż dziesięć razy (§§ 23. 257.).

Specjalnie do więzienia odnosi się zaostrzenie przez wygnanie cudzoziemca z granic całej Austrji, po odcierpieniu kary (§§ 19. *f*; 25.; a specjalnie do aresztu odnosi się zaostrzenie przez ciężką robotę *(schwere Arbeit)*, § 253. *b)*.

318. Zwyczajnie ma być tylko rzeczą sędziego, decydowanie o tem, czy, ze względu na okoliczności obciążające, dodaćby należało do więzienia lub aresztu jedno z zaostrzeń, o których była mowa wyżej (§§ 48. 265.). Wyjątkowo K. k. ogranicza pod tym względem dowolność sędziego w trzech następujących przypadkach:

a) Więzienia dożywotnego, z uwagi na żadne okoliczności obciążające, zaostrzać nie wolno (§ 50.).

b) W miejsce zniesionych kajdan, do każdego ciężkiego więzienia, a więc i dożywotnego, sąd będzie musiał dodać przynajmniej jedno z zaostrzeń z § 19. (§ 3. Now. z 15. XI. 1867). Innego zdania jest Stooss, str. 203.

c) Jeżeli ustawa za jakieś przestępstwo przepisuje sama zaostrzenie więzienia (§§ 40. 146. 155. 194.) lub aresztu (§§ 352. 416. 418. 422. 425.), to wtedy sędzia musi je dołożyć do kary.

319. 4. Dozór policyjny *(Stellung unter Polizeiaufsicht).* K. k. przewiduje tylko, że, za niektóre przestępstwa, mogłaby zajść konieczność oddania winowajcy, po odcierpieniu kary głównej, pod dozór policyjny, i unormowanie tej kwestji zastrzega osobnym postanowieniom (§ 26. *in fine).* Postanowienia takie mieszczą się w Ust. z 10. V. 1873. przeciwko próżniakom i włóczęgom, i w Ust. 24. V. 1885. o przytrzymaniu w domu pracy przymusowej i domu poprawy.

Najważniejsze z tych przepisów są następujące:

1) Rzeczą sądów jest orzekać nie o zarządzeniu dozoru policyjnego nad skazańcem, po odcierpieniu kary, lecz o jego dopuszczalności. Samo zarządzenie tego dozoru należy zawsze do władz politycznych I. inst., oraz do znajdujących się w niektórych miastach władz policyjnych rządowych (§§ 5. 7. Ust. z r. 1873).

2) Dozór policyjny mają sądy uznać za dopuszczalny w odniesieniu do osób, wskazanych w §§ 4. *b.* i 14. Ust. z r. 1873. Należą do nich:

a) Osoby, skazane za fałszowanie publicznych papierów kredytowych, albo za przestępstwa przeciwko cudzej własności, na dłuższe niż sześciomiesięczne pozbawienie wolności, lub nawet na krótsze, ale powtórnie. Przez przestępstwa przeciwko cudzej własności pojmować należy przestępstwa, które wyrządzają uszczerbek cudzemu majątkowi z chciwości zysku, a więc kradzież, sprzeniewierstwo, rabunek, uczestniczenie czyli paserstwo w powyższych przestępstwach, oszustwo i wymuszenie natury majątkowej, a także kupowanie podejrzanych towarów z §§ 474—477. Nie należy tu zaś ani złośliwe uszkodzenie cudzej własności z § 85., bo niema tu chciwości zysku, ani lichwa, bo jest tu tylko narażenie na niebezpieczeństwo cudzych interesów majątkowych.

b) Osoby, skazane za przekroczenie włóczęgostwa i zdające się zagrażać bezpieczeństwu własności (§ 4. Ust. z r. 1873).

c) Osoby skazane za przekroczenie żebractwa, jeżeli, przed wejściem w moc obowiązującą Ustawy z 10. V. 1873, znajdowały się już w jednej z dwóch wymienionych wyżej kategoryj (§ 6. Ust. z r. 1873).

d) Osoby, które w myśl § 7. Ustawy z 24. V. 1885 (Dz. u. p l. 89), sąd uznał za kwalifikujące się do osadzenia, po odcierpieniu kary, w Domu pracy przymusowej (§ 14. Ust. z r. 1873).

Do powyżej wymienionych kategoryj Ust. z 27. V. 1885. dodała jeszcze osoby, karane za zbrodnie i występki dynamitowe (§ 11.).

320. Trwanie dozoru policyjnego ogranicza ustawa z r. 1873 do trzech lat, od dnia umorzenia kary głównej, a skutki jego podaje szczegółowo w § 9. Są one bardzo uciążliwe i w niejednym przypadku zamiast ułatwiać, mogą tylko utrudniać byłemu przestępcy wyszukanie uczciwego zarobkowania. Przewiduje to sama ustawa i z tego powodu poleca wyraźnie władzom bezpieczeństwa, aby na osoby, znajdujące się pod dozorem policyjnym, nie nakładały bez rzeczywistej potrzeby takich obowiązków, któreby szkodzić mogły ich reputacji i zarobkowaniu (§ 9. *in fine*).

Ścieśnienia, wypływające z dozoru policyjnego są tem dotkliwsze, że ich samowolne przełamanie przez osobę, znajdującą się pod dozorem, stanowi osobne przekroczenie, za które Ust. z 24. V. 1885. grozi ścisłym, a nawet zaostrzonym aresztem od 8 dni do 3 miesięcy (§ 6.).

321. 5. Przytrzymanie w Domu pracy przymusowej *(Anhaltung in einer Zwangsarbeitanstalt)*. Kwestję tę normują dwie ustawy z 24. V. 1885, z których jedna traktuje o dopuszczalności tej kary (Dz. u. p. l. 89), a druga — o zakładaniu domów pracy przymusowej (Dz. u. p. l. 90). O obu tych ustawach powiedzmy odrazu, że odnoszą się także do domów poprawy *(Besserungsanstalt)*, i że, co się tyczy Galicji, Lodomerji, Krakowa i Bukowiny, to, dla krajów tych, dotąd ministrowie spraw wewnętrznych i sprawiedliwości nie wyznaczyli jeszcze czasu, od którego sądy miałyby orzekać o dopuszczalności przytrzymywania w domach pracy przymusowej i poprawy (§ 12. Ust. l. 90).

Oto są najważniejsze przepisy powyższych ustaw:

1) Rzeczą sądów jest orzekać w wyroku tylko o dopuszczalności przytrzymania, a o jego zarządzeniu decyduje osobna komisja, ustanowiona przez władzę polityczną krajową, z udziałem choć jednego zastępcy Wydziału Krajowego (§ 7. Ust. l. 90).

2) Sądy mogą uznać za dopuszczalne przytrzymanie, po odcierpieniu kary, w domu pracy przymusowej, osób, skazanych za przekroczenia z §§ 1. 6. Ust. l. 89. t. j. za włóczęgostwo, żebractwo i darmozjadstwo *(Arbeitsscheu)*, dalej za wymienione w § 5. przypadki kwalifikowane prostytucji niewieściej, a także za przełamanie obowiązków, płynących z dozoru policyjnego (§ 7. Ust. l. 89).

3) Od przytrzymania ustawa wyklucza osoby niezdolne do żadnej, choćby najlżejszej pracy, osoby umysłowo chore, osoby dotknięte chorobami lub kalectwami zaraźliwemi, oraz kobiety ciężarne i karmiące (§ 6. Ust. l. 90).

4) Staranie się o zakładanie domów pracy przymusowej, jest rzeczą pojedynczych krajów, reprezentowanych w R. P., przyczem kilka krajów może także się złożyć na jeden wspólny dla nich zakład tego rodzaju. Przeciwnie znów ustawodawstwo krajowe może też uznać za potrzebne zakładanie domów pracy przymusowej przez powiaty lub gminy. Państwo obiecuje przyczyniać się wedle możności i potrzeby, do pokrycia odnośnych kosztów (§§ 1. 2. Ust. l. 90).

5) Jeżeli jakiś kraj ma, dla swoich przestępców, do dyspozycji dom pracy przymusowej, to można każdego z kraju tego pochodzącego skazańca, którego przytrzymanie w takim zakładzie sąd uznał za dopuszczalne, nie wypuszczać z więzienia jeszcze przez cztery tygodnie, po odcierpieniu kary, chyba że władza polityczna krajowa zarządzi wcześniej jego uwolnienie (§ 8 Ust. l. 90).

6) Przytrzymanie nie może trwać bez przerwy dłużej niż 3 lata. W razie rychlejszej poprawy, może za uchwałą tej samej komisji, która zarządziła przytrzymanie, nastąpić wcześniejsze uwolnienie skazańca. Gdyby jednak wypuszczono skazańca przed upływem dwóch lat, a jego poprawa zawiodła; bo wtedy właściwa Komisja mogłaby zarządzić jego ponowne odstawienie do Zakładu na cały czas, którego mu jeszcze, w chwili poprzedniego uwolnienia, brakowało do trzech lat (§ 9. Ust. l. 90).

322. 6. Przytrzymanie w Domu poprawy *(Anhaltung in einer Besserungsanstalt)*. Odznacza się ono tem, że jest przeznaczone dla przestępców młodocianych poniżej 18 lat wieku. Organizacja domów poprawy ma być tego rodzaju, aby skazańcy mogli w nich znaleść wychowanie moralne i religijne, oraz nauczyć się jakiegoś uczciwego sposobu zarobkowania (§ 13. Ust. l. 90). W braku osobnych takich zakładów, należałoby dla młodocianych przestępców urządzać specjalne oddziały w domach pracy przymusowej (§ 14. Ust. l. 90). Do kwestji zakładania domów poprawy stosuje się wszystko, co powiedziano wyżej o zakładaniu domów pracy przymusowej.

Przytrzymanie trwać ma, aż do osiągnięcia poprawy skazańca, wszakże nie dłużej, niż do ukończenia przezeń 20 lat wieku (§ 14. Ust. l. 90). Nastąpić zaś ono może albo *a)* na mocy wyroku sądowego, albo *b)* na mocy zarządzenia władzy bezpieczeństwa.

ad a) Wyrok sądowy będzie podstawą przytrzymania skazańca w domu poprawy w dwóch przypadkach, a mianowicie, jeżeli sąd oświadczył się za dopuszczalnością osadzenia przestępcy, po odcierpieniu kary głównej, w domu pracy przymusowej, a przestępca nie ukończył jeszcze 18 lat życia (§§ 13. i 14. Ust. l. 90), tudzież jeżeli sąd uznał wprost za dopuszczalne przytrzymanie w domu poprawy nieletniego sprawcy przestępstwa, które skądinąd byłoby zbrodnią, a które tylko, z uwagi na niedojrzałość wieku winowajcy (od 10 do 14 lat), K. k. każe traktować jako przekroczenie (§ 8. Ust. l. 89; patrz wyżej nr. 183 bis).

ad b) Na mocy zarządzenia władzy bezpieczeństwa, przytrzymanie w domu poprawy będzie mogło nastąpić co do nieletnich, karanych przez tę władzę za występek lub przekroczenie, w myśl § 273. K. k. (§ 8. Ust. l. 89).

III. Skutki karne (*Straffolgen*).

A. Skutki ustawowe osądzenia za zbrodnię.

§ 72.

323. Należy, co do tej kwestji, odróżnić stanowisko K. k. od reformy, zaprowadzonej Nowelą z 15. XI. 1867.

Stanowisko K. k. rysowało się w trzech następujących urządzeniach:

1) Osądzenie za każdą zbrodnię sprowadzać miało dla winowajcy przedewszystkiem skutki z § 26. Skutki te odznaczały się tem, że skazaniec t r a c i ł r a z n a z a w s z e nietylko

a) to, co już posiadał z wyszczególnionych w § 26. pod lit. *a—g* odznaczeń (np. ordery), tytułów publicznych (np. hofratura), stopni i godności akademickich (np. doktorat), posad publicznych (np. piastowany urząd, beneficjum kościelne), stanowisk społecznych (np. odpowiedzialne redaktorstwo pism perjodycznych) i uprawnień (np. kwalifikacja do urzędu sędziowskiego, lub tytuł do pobierania jakichkolwiek na przepisach pensyjnych opartych poborów); ale także

b) uzdolnienie do odzyskania praw, utraconych wskutek wyroku, względnie do pozyskania nowych podobnych praw, inaczej niż za zezwoleniem Cesarza.

2) Oprócz tego z każdego osądzenia za zbrodnię miały jeszcze wypływać dla skazańca wszystkie inne dotkliwe skutki, powiązane

z tym faktem na mocy jakichkolwiek innych ustaw, jakoto cywilnych, politycznych lub kościelnych. Skutki te bywają najrozmaitsze, a zacytujmy dla przykładu niezdolność do dziedziczenia osoby, która dopuściła się zbrodni przeciwko spadkodawcy (§ 540. K. Cyw. i § 63. Now. III.), utrata prawa wyborczego czynnego i biernego do Izby Dep. R. P. (§ 20. Ordyn. wyb. z 2. IV. 1873), do Sejmu Kr. (Ord. Wyb. z 16. II. 1861 i § 3. Ust. z 17. I. 1870), do reprezentacji gminnej (art. IX. i X. Ust. gm. z 5. III. 1862). O skutkach, opartych na austr. Kod. Cyw. z r. 1811, trzeba zaznaczyć, że Nowele z lat 1914—1916 usunęły niektóre ich najdotkliwsze ostrza, a mianowicie przez nowy tekst § 540. (Now. III. § 63.) i przez uchylenie § 592. (Now. I. § 57.), według którego skazanie za zbrodnię oszustwa lub za inną zbrodnię z chciwości zysku pozbawiało zdolności służenia za świadka rozporządzeń ostatniej woli (Wróblewski: Nowele do Austr. Kod. Cyw. str. 120 i 123).

3) Specjalnie skazanie na karę śmierci i ciężkie więzienie, miało jeszcze w myśl § 27. sprowadzać *a*) utratę szlachectwa, co jednak nie miało dotykać ani małżonki skazańca, ani jego dzieci, spłodzonych przed wyrokiem, tudzież *b*) utratę zdolności do działań prawnych na czas ponoszenia kary.

324. Nowela z 15. XI. 1867 odstąpiła od stanowiska K. k. pod trzema następującemi względami:

1) Zniosła ustawiczną niezdolność do odzyskiwania praw, utraconych wskutek wyroku, względnie do pozyskiwania nowych podobnych praw, wprowadzając w jej miejsce niezdolność czasową (§ 6.).

2) Zniosła utratę zdolności do działań prawnych, podczas ponoszenia ciężkiego więzienia (§ 5.).

3) Uznała za właściwe przeprowadzić, co do skutków osądzenia, podział zbrodni na dwie kategorje, t. j. zbrodnie, które ona w § 6. wylicza wyczerpująco, jako mające sprowadzać dla skazańca mniej uciążliwe skutki, i wszelkie inne w paragrafie powyższym nie wymienione zbrodnie.

Zbrodnie pierwszej kategorji przyjęto powszechnie nazywać niehańbiącemi, gdyż należą tutaj

a) niektóre zbrodnie pod tym tylko warunkiem, aby wypływały z pobudek politycznych, a mianowicie: zdrada główna i zamieszanie spokoju publicznego nie przeciwko osobie Cesarza (§§ 58. *b. c.*, 60. 61. 65. 66.), bunt (§§ 68. 69), rozruch (§ 73.), i gwałt publiczny przeciwko zwierzchności (§ 81.); tudzież

b) kilka innych zbrodni, o charakterze nie nacechowanym nikczemnością, a któremi są pojedynek (§§ 158. 163. 165.), dwa pierwsze przypadki gwałtu publicznego (§§ 76. 78. 80.), zabójstwo i ciężkie uszkodzenie cielesne w bijatyce, gdy niewiadomo, kto zadał odnośny cios (§§ 143. 157.), pomoc do zbrodni z §§ 212. 214. 217., o ile odnosi się do jednej z powyższych, w § 6. Now. wymienionych zbrodni, a wreszcie ukrycie dezertera lub danie mu innej pomocy do ucieczki. (§ 220.).

325. Różnicę, co do skutków ustawowych osądzenia, między zbrodniami uprzywilejowanemi z § 6. Now. a wszelkiemi innemi zbrodniami, streścić można w dwóch następujących punktach:

a) Osądzenie za zbrodnie niehańbiące ma sprowadzać w zasadzie tylko skutki z §§ 26. i 27. *a* K. k., z wykluczeniem skutków, przepisanych przez inne ustawy, a mających odtąd dotykać tylko osób, skazanych za inne zbrodnie. Jedynym wyjątkiem w rzędzie tych ostatnich skutków jest utrata współudziału w reprezentacjach gminnych lub innych ciałach reprezentacyjnych, powołanych do zawiadywania sprawami publicznemi, gdyż ta utrata ma także być następstwem osądzenia za zbrodnie niehańbiące.

b) Niezdolność do odzyskiwania praw, utraconych wskutek wyroku, lub do pozyskiwania nowych podobnych praw kończy się dla osób, skazanych za zbrodnie niehańbiące, z chwilą umorzenia kary głównej, a dla osób, skazanych za inne zbrodnie, dopiero z upływem od tej chwili 10 lat, jeżeli chodziło o więzienie najmniej pięcioletnie, a 5 lat, jeżeli karą było krótsze więzienie.

Po upływie wskazanych wyżej czasokresów, były skazaniec staje się tylko zdolny do tego, aby odzyskać prawo, utracone wskutek wyroku, lecz nie nabywa tytułu do żądania, aby mu to prawo przywrócono. Wyjątkiem są prawa, niezależne od żadnego nadania np prawo wyborcze do różnych politycznych ciał reprezentacyjnych. O przywrócenie innych praw, wolno tylko będzie odnośnej osobie starać się we właściwej drodze, np. przez podanie do Izby Adwokackiej o przywrócenie adwokatury, do Senatu Akademickiego — o przywrócenie doktoratu, bez obowiązku dla tych Władz do przychylnej decyzji [1].

[1]) Wyraźnie, co do doktoratu, wypowiada tę zasadę Orz. Tryb. Adm. z 6. VII. 1904. l. 7376, powołując się na stary Dekret Nadw. z 23. III. 1791. Oprócz tego, orzeczenie to rozstrzygnęło słusznie, wbrew opinii Lammascha i Stoossa (G. Z. 1903. nr. 49. 51), a zgodnie ze Storchem (tamże, nr. 51), Sperlem

(tamże, 1905. nr. 21), Fingerem (I. str. 774) i opinią Wydz. pr. w Gracu (Gutachten 1900), że dla odzyskania utraconego doktoratu nie potrzeba powtarzać egzaminów, lecz tylko odbyć nową promocję. W swoim referacie nie żądałem nawet nowej promocji, lecz tylko, aby Senat Ak., za zgodą odnośnego Wydziału, wystawił petentowi świadectwo, jako mu przywrócono dawny doktorat.

B. Skutki karne w odniesieniu do niektórych występków i przekroczeń.

§ 73.

326. Z osądzeniem za występki i przekroczenia wogóle K. k. nie wiąże żadnych dalszych, z kary dla skazańca wynikać mających dotkliwych skutków. Tylko, co do niektórych występków i przekroczeń, specjalne ustawy orzekają, że osoby za nie skazane tracić mają pewne prawa publiczne, jako skutek otrzymanej kary.

Nowela z 15. XI. 1867 zrobiła z temi specjalnemi przepisami ten porządek, że utrzymała w mocy tylko te z nich, które wiązały tego rodzaju skutki z osądzeniem za przekroczenia kradzieży, sprzeniewierstwa, oszustwa, tudzież uczestniczenia w kradzieży i sprzeniewierstwie z §§ 460. 461. 463. 464. K. k. (§ 6. Now.). Równocześnie uznała ona, że niezdolność do odzyskania uprawnień, utraconych przez osoby, skazane za którekolwiek z powyższych przekroczeń, ma kończyć się z upływem trzech lat od umorzenia kary głównej. Skazanie mianowicie za te przekroczenia ma pozbawiać prawa wyborczego czynnego i biernego, tak do reprezentacji gminnej, jak do innych ciał reprezentacyjnych, powołanych do zawiadywania sprawami publicznemi (Art. IX. i X. Ust. gm. z 5. III. 1862, oraz Ordyn. wyb. do S. K- i R. P.). a oprócz tego i niektórych innych jeszcze praw, jako to, aby być sędzią przysięgłym (§ 2. Ust. z 23. V. 1873; Dz. u. p. l. 121), redaktorem odpowiedzialnym pisma perjodycznego (§ 12. Ust. Pras. z 17. XII. 1862), aby sprawować urząd nauczyciela (§ 48. Ust. z 14. V. 1869. Dz. u. p. l. 62), stręczyciela (§ 1. art. 84. c. Ust. z 4. IV. 1875. Dz. u. p. l. 68), a także, aby służyć w wojsku w charakterze jednorocznego ochotnika (§ 21. l. 12. Ust. Wojsk. z 5. VII. 1912. Dz. u. p. l. 128).

326 bis. Jasną jest rzeczą, że przepis Now. z 15. XI. 1867, ograniczający dalsze dotkliwe dla skazańca skutki osądzenia, tylko do przekroczeń, o których była mowa wyżej, nie mógł, ze względu na tę kwestję, stawiać żadnych tam przyszłym ustawom. I tak np. w myśl

§ 8. Ust. z 7. V. 1874 (Dz. u. p. l. 50), posiadacz urzędu kościelnego lub jego zastępca ma tracić swój urząd wskutek osądzenia nietylko za każdą zbrodnię, ale także za występki i przekroczenia, pochodzące z chciwości zysku, uwłaczające moralności lub wywołujące zgorszenie publiczne. A także późniejsze ustawy zrównały, co do skutków karnych, z przekroczeniem oszustwa występki lichwy (obecnie § 5. al. 2. Rozp. Ces. z 12. X. 1914. Dz. u. p. l. 275), tudzież występki i przekroczenia udaremniania egzekucji przymusowej z § 1. Ust. z 25. V. 1883 (§ 2.). Warto jeszcze zanotować, że w myśl § 14. Ust. z 26. I. 1907 (dla ochrony wolności wyb.), osądzenie za występki, tamże przewidziane, a popełnione w odniesieniu do Izby Dep. R. P. lub do S. K., sprowadzać ma dla skazańca, jako skutek w wyroku orzec się mający, utratę prawa wyborczego czynnego i biernego na przeciąg 6 lat od umorzenia kary.

TYTUŁ II.

O wymiarze kary *(Strafzumessung)*.

ROZDZIAŁ I.

Pojęcie i różne formy wymiaru kary.

I. Wogóle.

§ 74.

327. Wymiarem kary nazywa się oznaczenie przez sędziego miary, t. j. ilości, w jakiej przepisana przez ustawę kara ma znaleść zastosowanie do osoby, skazanej za pewne konkretne przestępstwo. Tak pojęty wymiar kary możliwy jest tylko przy ustawach karnych o nakazie względnie oznaczonym (nr. 119).

328. Względność nakazu, zawartego w ustawie karnej, może wyrażać się, w różnych przepisach, z których jedne uzasadniają zwyczajne, a drugie — nadzwyczajne formy wymiaru.

1. Zwyczajne formy wymiaru kary, opierają się na następujących przepisach:

a) Ustawa, za jakieś przestępstwo, daje sędziemu do wyboru jeden z kilku przez nią alternatywnie przepisanych środków karnych. Np. w prawie austr. areszt lub grzywny (§§ 361. 386. 422. 426.).

b) Ustawa pozwala sędziemu, aby, według swego uznania, dołączał do kary głównej jakąś karę dodatkową. Tu należą w prawie austr. przepisy o obostrzeniu więzienia i aresztu, o dozorze policyjnym, o domach pracy przymusowej i poprawy (nr. 316—322).

c) Najpospoliciej zaś ustawa oznacza tylko zakres kary za jakieś przestępstwo, t. j. jej najniższą i najwyższą miarę. W tych granicach sędzia, przyjąwszy za punkt wyjścia linję środkową ustawowego zakresu kary, wymierzy ją albo powyżej, albo poniżej tej linji. Nazywa się to podwyższaniem, względnie obniżaniem kary *(Strafmehrung und Strafminderung).*

329. 2. Nadzwyczajne formy wymiaru kary, opierają się na przepisach, wywołanych zrozumieniem przez ustawodawcę tej prawdy, że, wśród pewnych wyjątkowych, a przez niego przewidywanych okoliczności, sędzia nie potrafiłby przystosować należycie kary do konkretnego charakteru winy przestępcy, bez jakichś szerszych upoważnień, wychodzących z granic pola, które prawidłowo ustawa pozostawia swobodnemu uznaniu sędziego.

Na tej podstawie opierają się następujące formy wymiaru kary:

a) Nadzwyczajne złagodzenie lub obostrzenie kary *(Strafmilderung und Strafschärfung)* t. j. wymierzenie kary poniżej, względnie powyżej jej ustawowego zakresu. Prawu austrjackiemu znane jest tylko nadzwyczajne złagodzenie kary. Co do nadzwyczajnego obostrzenia, patrz §§ 62. i 63. Proj. austr., tudzież art. 47 i 63 mojego Proj. polskiego.

b) Przemiana kary *(Strafumwandelung)* t. j. nałożenie przez sędziego na skazańca, w miejsce kary, przepisanej za jego przestępstwo, innej kary, na którą ustawa pozwala ją zmieniać, ze względu na pewne szczególne okoliczności. Instytucja ta znana jest także prawu austrjackiemu (§§ 55. 260. 261. 262.).

c) Zasądzenie warunkowe *(condamnation conditionnelle)* zwane także zawieszeniem wykonania kary, (niżej nr. 330).

d) Wyroki karne nieoznaczone *(peines indéterminées).*

330. *c)* Zasądzenie warunkowe. Polega ono na tem, że sąd zawiesza wykonanie kary na pewien w wyroku oznaczyć się mający czasokres (nie wyżej 5 lat w Belgji, zawsze na 5 lat we Francji), a to z tym skutkiem, że w razie, gdyby skazaniec nie popadł w ciągu tego czasu w żadną nową zbrodnię lub w żaden nowy występek,

to, po upływie tego czasu, wydany przeciwko skazańcowi wyrok uchodzić już będzie za umorzony.

Instytucja ta, wprowadzona do Belgji, ustawą z 31. V. 1888, a do Francji, ustawą z 26. III. 1891 *(loi Bérenger)* w odniesieniu do osób, dotąd jeszcze nie karanych za zbrodnię lub występek, a skazanych na więzienie nie wyżej 6 miesięcy (ust. belg.), lub też wogóle na więzienie (a więc do 5 lat) lub grzywny (ust. franc.), opiera się na tej myśli zasadniczej, że w niektórych przypadkach wykonanie kary więziennej, zwłaszcza krótko terminowej, okazaćby się musiało, ze stanowiska polityki kryminalnej, mniej skutecznym środkiem represyjnym, niż zawieszenie przez dłuższy czas nad skazańcem wyroku, który w każdej chwili musiałby wejść w wykonanie, w razie popełnienia przez skazańca nowego przestępstwa, i to łącznie z karą za to ostatnie.

Dzisiejsze prawo karne austr. nie zna jeszcze tej instytucji. Wprowadza ją jednak proj. austr. z r. 1913 (§§ 51—53. 55.), a jeszcze w szerszym zakresie, mój proj. polski (art. 57. 58. 81.).

Historycznie instytucja ta bierze początek w Anglji, gdzie już dawno, w drodze judykatury, utarła się reguła, że sędzia, po uznaniu oskarżonego winnym, nie zawsze musi odrazu skazać go na karę, lecz może też tymczasem, za odpowiedniem ubezpieczeniem, wypuścić winowajcę na wolność, a orzeczenie, co do kary, odłożyć na później, względnie nawet, po jakimś czasie, gdyby winowajca okazał się tego godnym, odstąpić w zupełności od skazania go na karę. Zwyczaj ten praktykowany w Anglji, co do nieletnich przestępców, już od r. 1842, wywołał wydanie ustawy z r. 1887, znanej pod nazwą *„Probation of First Offenders Act"*[1]. Z Anglji instytucja ta dostała się do St. Zjedn. Am. Półn., gdzie szczególnie sławną stała się w Bostonie *(Massachusets)* z tego powodu, że tam winowajca, tylko na wniosek specjalnie ustanowionego w tym celu opiekuna, *(Probation officer)* może bez wyroku odzyskać wolność na czas próby, tudzież że w ciągu powyższego czasu, obowiązkiem opiekuna ma być czuwanie nad winowajcą[2].

[1] Patrz Ignatius w Z. L. XXI. 1901. str. 732—802.

[2] Patrz *Die bedingte Verurteilung in Massachusets w Mitteilungen der I. K.* V. t. V. str. 539.

331. *d)* Wyroki karne nieoznaczone. Opierają się one na myśli, zaczerpniętej z medycyny, a mianowicie że, jak lekarz pacjentowi, tak i sędzia przestępcy, nie może racjonalnie przepisywać

zgóry żadnych bezwzględnych środków, tamten kuracyjnych, ten zaś — karnych. Sędzia w wyroku powinien tylko oznaczyć zakres kary między jakąś minimalną a maksymalną miarą, a dopiero osobna, specjalnie do czuwania nad wykonaniem kary, powołana władza decydowałaby, w ramach wyroku, o tem, kiedy należałoby wypuścić skazańca na wolność. Aczkolwiek jest w tem niewątpliwie racja, że wymiar kary powinien odpowiadać konkretnemu charakterowi winy każdego przestępcy, i że sędzia wyrokujący, za mało zna oskarżonego, aby móc zgóry ocenić dokładnie charakter jego winy; to jednak, zwłaszcza wtedy, gdyby, jak tego domagają się niektórzy autorowie (Kraepelin, Willert)[1], sąd miał w wyroku podawać tylko najniższą granicę kary, z instytucją tą łączyłoby się to wielkie niebezpieczeństwo, że wymiar kary przeszedł by wtedy, z rąk niezawisłych sędziów, w ręce zależnych od każdorazowego rządu urzędników administracyjnych.

Instytucja ta dotąd nie przyjęła się jeszcze w Europie. Funkcjonuje już ona jednak w Ameryce Północnej (New-York, *Massachusets*). Szczególnej sławy używa, ze względu na nią, zakład więzienny w Elmirze (New-York). Tylko w odniesieniu do środka ochronnego przeciwko szczególnie niebezpiecznym przestępcom nałogowym, Projekt mój (art. 47) upoważnia sąd, aby orzekł w wyroku, oprócz kary, także internowanie skazańca w specjalnie na ten cel przeznaczonym domu pracy przym. na czas od 5 do 10 lat, w których to granicach dopiero osobna władza administracyjna decydowałaby o wcześniejszem lub późniejszem wypuszczeniu skazańca na wolność.

[1] Kraepelin: *Abschaffung des Strafmasses.* 1880. Willert: *Das Postulat der Abschaffung des Strafmasses* (Z. L. 1882. II. str. 473.

II. Wymiar kary według prawa austrjackiego.

§ 75.

332. Z form wymiaru kary, znanych prawu austrjackiemu (nr. 328. 329), wymagają bliższego omówienia trzy następujące: A) Podwyższenie względnie obniżenie kary. B) Nadzwyczajne złagodzenie. C) Przemiana kary.

333. A. Podwyższenie i obniżenie kary. Zamyka się ono w granicach ustawowego zakresu kary, a zależy od uznania sę-

dziego w miarę tego, jak znajdzie, że przeważają okoliczności obciążające lub łagodzące (§ 48.). Okoliczności te zaś wymienia K. k. nie wyczerpująco, lecz przykładowo, a to, co do zbrodni w §§ 43—47., a co do występków i przekroczeń w §§ 263. i 264.

334. I. Okoliczności obciążające. Trzeba, co do nich, zanotować, co następuje:

1) K. k. w § 43. podaje sędziemu tylko ogólne wskazówki co do miary, według której ma uważać zbrodnię za tem większą. Sędzia mianowicie ma tu brać w rachubę dojrzalszą rozwagę, rozmyślniejsze przygotowania, znaczniejszą szkodę, a także to, że mniej można było użyć środków ostrożności, aby zapobiec zbrodni, lub że sprawca przełamał przez jej popełnienie więcej obowiązków.

2) Szczególne okoliczności obciążające przytacza § 44., zaliczając do nich: *a*) zbieg przestępstw różnorodny; *b*) powtórzenie przestępstwa, czyli zbieg przestępstw jednorodny; *c*) powrót do przestępstwa (recydywa); *d*) uwiedzenie innych do zbrodni; *e*) charakter sprawstwa, podżegania lub przewództwa w zbrodni popełnionej przez większą liczbę osób.

3) Okoliczność, podana w § 45. (zmyślanie przez obwinionego fałszywych okoliczności celem podejścia sędziego), odpaść już musi, jako niezgodna z duchem procesu skargowego.

4. Specjalnie do występków i przekroczeń odnoszą się okoliczności, przytoczone w § 263. pod lit. *g. h.* i *n*, a mianowicie: *g*) danie przykładu zepsucia w rodzinie; *h*) wywołanie zgorszenia publicznego; *n*) lepsze wychowanie i większe wykształcenie, gdy chodzi o występki i przekroczenia przeciwko obyczajności publicznej.

335. II. Okoliczności łagodzące. Co do zbrodni, dzieli je K. k. na dwie kategorje, t. j. na okoliczności łagodzące 1) ze względu na charakter sprawcy *(Beschaffenheit des Täters,* § 46.) i 2) ze względu na stan uczynku *(Beschaffenheit der Tat,* § 47.).

ad 1) Do tej kategorji § 46. zalicza aż 9 okoliczności, z których pięć dają podstawę do sądu, że sprawca popełnił zbrodnię w usposobieniu, uzasadniającem niższy stopień winy (§ 46. lit. *a, c, d, e* i *f*, np. gdy nie miał jeszcze 20 lat, gdy działał za pobudką drugiego, z bojaźni lub posłuszeństwa, albo w gwałtownem uniesieniu umysłu, wskutek dotkliwej nędzy i t. d.), a cztery pozwalają wnosić, że sprawca przedstawia na przyszłość mniejsze niebezpieczeństwo dla ogółu (§ 46. lit. *b, g, h, i*, jako to, gdy żył dotąd nienagannie, starał się wy-

nagrodzić wyrządzoną szkodę lub zapobiec dalszym złym skutkom zbrodni, gdy dobrowolnie stawił się przed władzą pomimo, że mógłby łatwo się ukryć, gdy wydał innych ukrytych zbrodniarzy, tudzież wskazał sposobność i środki do ich ujęcia.

Okoliczność łagodząca, podana w § 46. pod lit. *k* (dłuższy a niezawiniony areszt śledczy), odpada w myśl Ust. z 20. VII. 1912 o wliczaniu aresztu śledczego do kar na wolności i do grzywien (D. u. p. l. 141).

ad 2) Z uwagi na istotę czynu, § 47. zalicza do okoliczności łagodzących: *a*) usiłowanie w miarę jak było dalsze od dokonania; *b*) dobrowolne zaniechanie wyrządzenia większej szkody, a to pomimo, że była do tego sposobność; wreszcie *c*) wyrządzenie małej szkody, lub danie za nią pokrzywdzonemu zupełnego wynagrodzenia lub zadosyćuczynienia.

W odniesieniu do występków i przekroczeń K. k., zarzuciwszy ich podział na dwie kategorje, ogranicza się do podania w § 264. ich ogólnego spisu.

336. III. Przepisy o stosowaniu okoliczności obciążających i łagodzących (§§ 48—53. 265.). Prócz reguły, podanej w § 48. K. k., a wskazanej wyżej, na czele nr. 333, sędzia przestrzegać powinien następujących prawideł:

1) Spowodu okoliczności tych nie wolno jest sędziemu, ani zmieniać rodzaju przepisanej kary, ani schodzić poniżej, ani też wznosić się powyżej jej ustawowego zakresu. Do kar jednak, dopuszczających zaostrzeń (nr. 317), sędzia będzie mógł je dołączyć, z uwagi na okoliczności obciążające (§§ 49. 51. 53.).

2) Kary śmierci, ani więzienia dożywotnego nie wolno jest sędziemu obostrzać z uwagi na żadne okoliczności obciążające (§ 50). Por. jednak wyżej, nr. 318. lit. *b*.

3) Również i okoliczności łagodzące nie mogą upoważniać sędziego do zamiany kary śmierci lub więzienia dożywotnego na żadną inną mniej surową karę (§ 52.).

Co do kary śmierci, to stanowisko K. k. nie zmieniło się dotąd. Trybunał, wydawszy wyrok śmierci, ma tylko zgodnie z § 52. K. k., a w myśl § 341. P. K., przybrawszy prokuratora, naradzić się nad tem, czy, ze względu na okoliczności łagodzące, skazaniec zasługuje na ułaskawienie, i na jaką karę, w razie ułaskawienia, byłoby wskazane zmienić karę śmierci, (por. mój Wykł. proc. K. str. 389). — Zamiana zaś kary śmierci i więzienia dożywotnego na ciężkie więzienie od 10 do 20 lat, dla winowajcy, który popełnił zbrodnię, nie mając

jeszcze 20 lat życia (§ 46. *a*), nie wchodzi tu w rachubę, ponieważ nie zależy ona od uznania sądu, lecz opiera się na kategorycznym nakazie ustawy (§ 52.).

Co do ciężkiego więzienia dożywotnego, to Trybunał otrzymał w myśl § 338. P. K. prawo zredukowania go, w drodze nadzwyczajnego łagodzenia, aż do trzech lat.

337. B. Nadzwyczajne łagodzenie kary. Dopuszcza go K. k. tylko w odniesieniu do aresztu (§ 266.)[1], tudzież do więzienia, nie przechodzącego 5 lat (§ 54.), a czyni je zależnem od tego, aby zachodziło więcej okoliczności łagodzących i to takich, któreby istotnie pozwalały spodziewać się poprawy przestępcy. Złagodzenie to zaś polegać może nietylko na wymiarze kary poniżej jej zakresu ustawowego (co do więzienia, to poniżej 6 miesięcy, § 54.), ale nawet na zmianie ciężkiego więzienia na zwyczajne i ścisłego aresztu na areszt pierwszego stopnia.

W szerszych o wiele granicach upoważniła Trybunał do nadzwyczajnego łagodzenia kary Ust. o postęp. karn. z 23. V. 1873 (§ 338.). Gdyby zachodziły bowiem ważne i przeważające okoliczności łagodzące, pozwala ona sądowi *a*) więzienie od lat 5 do 10 obniżać do 1 roku i zmieniać z ciężkiego na zwyczajne, a *b*) więzienie od 10 do 20 lat, tudzież więzienie dożywotne obniżać do 3 lat, ale już bez prawa zmiany z ciężkiego na zwyczajne.

[1] Orzeczenie plen. N. T. z 25. II. 1896. Zb. nr. 2246 uznaje prawo sędziego do nadzwyczajnego złagodzenia kary także w odniesieniu do bezwzględnie przez ustawę wymierzonej kary pieniężnej (np. w § 386.).

338. C. Przemiana kary (*Strafumwandelung*). Regułą jest, że sędzia nie może nakładać na przestępcę innej kary, niż ta, którą przepisuje ustawa (§§ 32. 33. 259.). Sama ustawa jednak przewiduje, że, wśród pewnych okoliczności, kara, przez nią przepisana, mogłaby okazać się niestosowną, a na ten przypadek pozwala sędziemu zamieniać ją na inną także przez ustawę oznaczoną.

Znane są mianowicie Kodeksowi austr. następujące przypadki przemiany kary:

1) W miejsce dłuższego więzienia lub aresztu może wejść krótsza, ale zato odpowiednio zaostrzona kara tego samego rodzaju. W odniesieniu do więzienia, § 55. dopuszcza tej przemiany tylko wtedy, gdy chodzi o karę nie wyżej 5 lat, tudzież jedynie, gdyby to miało okazać się niezbędnem dla utrzymania niewinnej rodziny skazańca. Prze-

miana ta, w odniesieniu do aresztu, może nastąpić także w interesie zarobkowania samego skazańca (§ 260. *b.*).

2) W miejsce grzywien może wejść areszt (§ 260. *a*), a to wtedy, gdyby uiszczenie ich miało zbyt dotkliwie nadwerężać stosunki ekonomiczne skazańca lub jego rodziny. Prawidłowo należy za każde 10 kor. liczyć jeden dzień aresztu. Zresztą patrz wyżej nr. 309, l. 6.

3) Areszt pierwszego stopnia zamienić wolno sędziemu na karę pieniężną w kwocie, przystosowanej do stosunków majątkowych skazańca (§ 261.). Przemiany tej dopuszcza K k, przy zaistnieniu okoliczności, zasługujących na szczególne uwzględnienie (np. powszechny szacunek, którego używa winowajca), z tem jednak zastrzeżeniem, aby sędzia nie pozostawiał nigdy skazańcowi wolnego wyboru między jedną a drugą karą.

4) Zamiast aresztu pierwszego stopnia, wolno jest sędziemu orzec areszt domowy (§ 262.), a to wtedy, gdyby skazaniec używał opinii nieskażonej, a miał taki urząd, takie interesy lub takie zarobkowanie, że, gdyby przez czas kary nie mógł przebywać w swojem mieszkaniu, to znalazłby się w niepodobieństwie spełniania tego co do niego należy. Areszt domowy nakłada na skazańca obowiązek nie wychodzenia ze swego mieszkania przez czas oznaczony w wyroku, a wykonany być może, bądź tylko za odebraniem od skazańca odpowiedniego przyrzeczenia, bądź także za przystawieniem straży. W razie przełamania aresztu domowego, musiałby skazaniec całą resztę kary odsiedzieć w zakładzie publicznym (§ 246.)

ROZDZIAŁ II.

Wymiar kary w przypadkach zbiegu przestępstw, zbiegu kar i przestępstwa powrotnego.

I. Wymiar kary w przypadku zbiegu przestępstw.

§ 76.

339. W kwestji karygodności zbiegu przestępstw, o którego pojęciu i rodzajach była już mowa wyżej (nr. 254—259), wytworzyły się trzy poglądy, znane pod nazwą 1) teorji kumulacji, czyli skupienia arytmetycznego kar *(Kumulations- oder Strafhäufungssystem)*; 2) teorji absorpcji, czyli pochłaniania kar

lżejszych przez najcięższą *(Absorptions- oder Strafaufzehrungssystem)*; i 3) teorji pośredniej.

340. 1) Przeciwko pierwszej teorji, opartej na prawidle *„quot delicta, tot poenae“*, to przemawia, że jest zawsze niesprawiedliwa, a często niemożliwa do przeprowadzenia. Niesprawiedliwość jej tem się tłumaczy, że wina sprawcy kilku w zbiegu ze sobą znajdujących się przestępstw jest istotnie mniejsza od winy osoby, którąby dopuściła się tych samych przestępstw, ale, będąc za każde poprzednie ukarana przed popełnieniem następnego. Bezkarność bowiem zachęca do złego — Teorja ta zaś okaże się niemożliwa do przeprowadzenia we wszystkich przypadkach t. zw. nieskupialności kar, bądź fizycznej bądź ustawowej. Pierwsza nastąpi wtedy, gdy jedna kara już pochłonie w zupełności dobro, w zakresie którego druga kara miałaby jeszcze dotykać winowajcy, np. dwie kary śmierci, lub kara śmierci i więzienie dożywotne. Druga nieskupialność zajdzie wtedy, gdy suma kilku kar musiałaby wydać karę, której ustawa nie dopuszcza, np. w prawie austr. więzienie czasowe, powyżej 20 lat.

Długo jednak w nauce, zwalczano teorję kumulacji, głównie tym zarzutem, że suma kilku łącznych kar wytwarzać musi karę surowszą co do natężenia, niż suma takich samych kar, nie powiązanych z sobą żadną łącznością, t. j nakładanych na winowajcę w takim porządku, że każdą poprzednią z nich miał on ponosić wtedy, gdy nie był jeszcze skazany na następną (Ienull, I str. 230; Köstlin: System, I. § 137.). Argument ten jednak, jako wysnuty z natury nie zbiegu przestępstw, lecz zbiegu kar, wydał tylko ten zły owoc, że skłonił niektórych autorów do uznania zbiegu przestępstw za całkiem zbyteczną konstrukcję prawniczą, i do zastąpienia go pojęciem zbiegu kar, jako kategorją, która, ze stanowiska rzeczonego argumentu, musiałaby bardziej odpowiadać wymaganiom życia. (Geyer: *(Konkurrenz von Verbrechen* w Holzendorfa *Rechtslexicon*; Rosenblatt: *Die Strafenkonkurrenz* 1879).

341 2. Druga teorja, oparta na regule *»poena maior absorbet minorem«*, żąda ukarania sprawcy tylko za najcięższe przestępstwo, przy braniu w rachubę jego innych, mniej surowemi karami obłożonych, przestępstw tylko jako okoliczności obciążających. Teorję tę spotkał słusznie ten zarzut, że jest niesprawiedliwa, gdyż właściwie pozostawia bez kary mniej ciężkie przestępstwa danego sprawcy:

tudzież że jest niepolityczna, gdyż sprawcę cięższej zbrodni zachęca niejako do przestępstw lżejszego kalibru.

342. 3) Teorja pośrednia żąda słusznie, aby kara, w przypadku zbiegu przestępstw, była niższa od sumy arytmetycznej pojedynczych kar, a wyższa od kary za najcięższe z odnośnych przestępstw. Aby dojść do takiej sprawiedliwej kary, proponuje ona bądź złagodzenie sumy arytmetycznej pojedynczych kar, czyli t. zw. skupienie prawnicze kar *(juridisches Kumulationssystem)*, bądź wymierzenie najsurowszej kary powyżej ustawowego jej zakresu czyli jej nadzwyczajne obostrzenie *(poena maior cum exasperatione)*. Z dwóch powyższych form, drugą trzeba uznać za praktyczniejszą, a to z tego powodu, że pierwsza musiałaby odpaść we wszystkich przypadkach nieskupialności fizycznej kar.

343. Kodeks austr. wyznaje teorję absorpcji (§§ 34. 35. 44. *a. b.*, 263. l., 267). Sąd ma w każdym przypadku zbiegu przestępstw ukarać sprawcę według przestępstwa, za które ustawa przepisuje najostrzejszą karę, a inne jego przestępstwa ma uwzględniać tylko, jako okoliczności obciążające.

Tylko wyjątkowo, co do niektórych lżejszych kar, K. k. żąda, aby je sędzia, w przypadku zbiegu przestępstw, wymierzał kumulacyjnie z najsurowszą karą. Do tej kategorji należą (§ 267.): grzywny; przepadek towarów, rzeczy sprzedajnych lub sprzętów; utrata praw i upoważnień; a także kary, o których mowa w §§ 36. 37. i 39. Ust. pras. z 17. XII. 1862., a któremi są *a)* zakaz dalszego rozszerzania pisma, którego osnową popełniono przestępstwo; *b)* zniszczenie pisma drukowego i przyrządów, służących do jego rozmnażania; tudzież *c)* ogłoszenie wyroku na koszt skazańca.

344. Wiadomo, że, w myśl § 265. P. K., sąd powinien stosować teorję absorbcji do zbiegu przestępstw także wtedy, gdyby miał zachodzić między przestępstwami, któreby nie były przedmiotem równoczesnego wyrokowania (nr. 254). Aby temu postulatowi mogło stawać się zadosyć nawet wtedy, gdyby, po skazaniu oskarżonego za jedno przestępstwo, prokurator zastrzegł sobie przeciwko niemu skargę jeszcze o zbrodnię, obłożoną karą śmierci; to P. K. w § 264 żąda wstrzymania w takim razie wykonania pierwszego wyroku, aż do osądzenia drugiej zbrodni, a to dlatego, by wbrew zakazowi zaostrzania kary śmierci (§ 50. K. k.), sprawca nie miał za ten zbieg

przestępstw, prócz kary śmierci, ponieść jeszcze poprzednio jakąś inną mniej surową karę.

Z przepisu tego jednak byłoby błędem chcieć, za przykładem Sądu Kasac. (O. zb. nr. 96. 511. 1132), wyprowadzać ten wniosek, że sąd nie mógłby ważnie skazać na śmierć zbrodniarza, skoroby tylko wyszło na jaw, że ten ostatni poniósł już jakąkolwiek, choćby najdrobniejszą karę za inne przestępstwo, będące w zbiegu ze zbrodnią, obłożoną karą śmierci. Przeciwko temu tak bardzo bezmyślnemu formaliznowi Najw. Trybunału, wystąpił słusznie Lammasch (G. Z. 1897. nr. 7). Zakaz obostrzania kary śmierci z § 50. K. k. odnosi się wprawdzie bezwzględnie także do zbiegu przestępstw, ale tylko do zbiegu, w rozumieniu § 34., t. j. gdyby zachodził między przestępstwami, stanowiącemi przedmiot równoczesnego osądzenia.

II. Wymiar kary w przypadku zbiegu kar (*concursus poenarum, Strafenkonkurrenz*) [1].

§ 77.

345. Zbiegiem kar nazywa się przypadek, gdy jedna osoba ma ponieść, równocześnie lub w nieprzerwanym ciągu, kary, nałożone na nią za kilka samodzielnych przestępstw, choćby te ostatnie nie miały znajdować się między sobą w zbiegu.

Zbieg kar, wywołany zbiegiem przestępstw, nie może zasługiwać na osobne rozpatrywanie. Specjalny wpływ na wymiar kary przypisywać mu można tylko wtedy, gdy będzie zachodził bez zbiegu przestępstw. Np. Piotr popełnił nowe przestępstwo w trakcie ponoszenia kary za poprzednie. Zachodzi mianowicie pytanie, czy wtedy obie kary należy zesumować arytmetycznie, czyteż należałoby, z uwagi na ich zbieg, oświadczyć się za pewną ich redukcją. Za tą ostatnią przemawiać tu powinien ten wzgląd, że natężenie kilku skupionych kar rośnie w stosunku nieproporcjonalnym do ich ilości arytmetycznej, tak że ich suma musi być o wiele dotkliwszą w przypadku ich zbiegu, niż wtedy, gdyby te kary nie znajdowały się między sobą w żadnej łączności. W tem rozumieniu wprowadziłem zbieg kar do swojego Proj. Kod. k. polsk. (art. 68).

[1] Rosenblatt: *Strafenkonkurrenz.* 1879.

III. Wymiar kary w przypadku przestępstwa powrotnego.

§ 78.

346. Z tego, co już nam wiadomo, o pojęciu przestępstwa powrotnego (nr. 260. l. 2.), wyciągnąć można, co do jego wpływu na wymiar kary, następujące prawidło:

Karygodność przestępstwa powrotnego powinna rosnąć, względnie opadać, w miarę, jak, w chwili jego popełnienia, wola jego sprawcy miała do przełamania silniejsze, względnie słabsze przeciwdziałanie kary, na którą został on skazany za poprzednie przestępstwo.

347. Z prawidła, podanego wyżej, należy znów wyprowadzić następujące wyniki:

1) Przestępstwo powrotne, popełnione przed wejściem w wykonanie kary, nałożonej za przestępstwo poprzednie, traktować należy najmniej surowo.

2) Przestępstwo powrotne, popełnione w ciągu ponoszenia kary za poprzednie, należy traktować tem surowiej, im znaczniejszą część powyższej kary odcierpiał już wtedy jego sprawca.

3) Przestępstwo powrotne, popełnione po całkowitem odcierpieniu kary za poprzednie, traktować trzeba tem łagodniej, im później się go dopuszczono.

4) Przestępstwo popełnione, po upływie dłuższego czasu od umorzenia kary za poprzednie, utracać powinno cechę powrotności, a to spowodu, że w chwili jego popełnienia, kara poprzednia już musiała była całkiem wyjść z pamięci sprawcy, a więc nie mogła już była wywierać żadnego wpływu na jego wolę. Następuje w podobnych przypadkach t. zw. przedawnienie powrotu (*Rückfallsverjährung*). O ile ustawodawca nie oznaczył innego czasokresu, to powrotność nowego przestępstwa powinna ustawać z chwilą upływu, od umorzenia poprzedniej kary, czasu równego temu, który według ustawy uzasadniałby popadnięcie tej kary w przedawnienie (np. w prawie austr.). Osobne czasokresy, dla przedawnienia powrotu, wyznaczają, od odcierpienia kary za poprzednie przestępstwo, Kod. niem., przepisując 10 lat (§§ 244. 245. 250. 252. 255. 258.), oraz projekt austr. z r. 1913 (§ 63) i mój proj. polski (art. 63. § 2.), przepisując 5 lat.

5) Nowe przestępstwo musi też utracać charakter powrotności wtedy, gdyby albo wypłynęło z całkiem innych pobudek niż po-

przednie (np. uszkodzenie ciała i kradzież), albo gdyby ciężkością (np. zbrodnia), przerastało zbyt znacznie poprzednie (np. przekroczenie). I w jednym i drugim przypadku bowiem trudno byłoby dopatrzeć się w dokonaniu nowego przestępstwa owocu woli, którąby wtedy miała była do przełamania jakieś poważniejsze przeciwdziałanie kary, poniesionej za poprzednie przestępstwo.

348. Kod. austr. uznaje za powrotne tylko przestępstwo osoby raz już za podobne przestępstwo ukaranej, i wogóle zalicza ten przypadek do rzędu okoliczności obciążających (§§ 44. *c*, 236. *b*). Surowiej traktuje on powrotność tylko w odniesieniu do niektórych zbrodni. Np. za podpalenie powrotne przepisuje K. k. ciężkie więzienie dożywotne (§ 167. *b. d.*), a spowodu drugiej powrotności każe traktować za zbrodnię już każdą kradzież powyżej 50 koron (§ 176. II. a K k. oraz art. I. l. 1. Ust. z 9 IV. 1910. Dz. u. p. 73).

Od poglądu kodeksu austr. odbiega zasadniczo z jednej strony franc. *Code pénal*, który spowodu powrotności przepisuje znaczne podwyższenie kary (art. 57. 58)[1], a nawet zmianę jej rodzaju na surowszy (art 56); z drugiej zaś strony Kod. niem., który odrzuca ogólne pojęcie przestępstwa powrotnego, a tylko w części szczególnej przepisuje surowsze kary za kradzież (§ 244), paserstwo (§ 261.) i oszustwo (§ 264.) na przypadek powtórnej recydywy, a za rabunek § 250. l. 5) już na przypadek pierwszego powrotu.

[1] W nowszych czasach obostrzono jeszcze znacznie we Francji przepisy karne przeciwko recydywistom ustawami z 27. V. 1885 i z 26. III. 1891.

TYTUŁ III.

O umorzeniu kary (*Straferlöschung*).

I. Wogóle.

§ 79.

349. Umorzeniem kary nazywa się wogóle wygaśnięcie po stronie państwa tytułu do jej nałożenia.

Wygaśnięcie tego tytułu sprowadzają następujące okoliczności:

1) Odcierpienie kary (§§ 225. 528.).

2) Śmierć obwinionego lub skazańca (§§ 224. 527.).

3) Przedawnienie śledztwa lub wyroku (§§ 227—232. 531. 532.).

4) Darowanie kary (§§ 226. 529.).
5) Czynny żal (§§ 62. 165. 168. 187. 188. 466).

350. Skutkiem prawnym każdego umorzenia kary, jest uwolnienie od niej raz na zawsze osoby, na rzecz której umorzenie to nastąpiło. Nawet osobie tej powinna służyć ochrona prawna od wszelakich wyrzutów ubliżających, jakieby tylko z tytułu umorzonej kary spotykać ją mogły ze strony innych osób. Tę regułę jednak uświęca wyraźnie K. k. tylko w odniesieniu do kary odcierpianej lub darowanej (§§ 225. 226. 528. 529.), uznając, ze względu na nią, w § 497. wyrzuty obelżywe za osobne przekroczenie, ścigane na żądanie pokrzywdzonego.

II. Odcierpienie kary.

§ 80.

351. Jest to poniesienie kary w zupełności przez skazańca Stanowi ono niewątpliwie najbardziej prawidłowy sposób umorzenia kary, bo równa się wykonaniu odnośnego wyroku, a w zasadzie dopiero ten ostatni akt, nie zaś samo zapadnięcie wyroku, czyni zadosyć wymaganiom prawa karnego materjalnego.

352. K. k. oświadcza wyraźnie, że odcierpienie kary przez winowajcę ma, co do niego, umarzać także odnośne przestępstwo (§§ 225. 528.)[1]. Znaczy to, że nie można nikogo spowodu tego samego przestępstwa pociągać kilkakrotnie do kary *(ne bis in eadem re)*.

Od powyższej reguły K. k. nie odstępuje nigdy co do kar, orzeczonych przez sądy austrjackie. Mniej bezwzględnie przestrzega on jej, gdy chodzi o karę, poniesioną na mocy wyroków zagranicznych. Krajowca bowiem już ukaranego za zbrodnię zagranicą (§ 36.), tudzież cudzoziemca już ukaranego zagranicą za zdradę główną przeciwko Austrji lub fałszowanie publicznych papierów kredytowych, albo monet austrjackich (§ 38.), K. k. każe ponownie sądzić w Austrji i wliczać mu tylko karę już odcierpianą do tej, na którąby go skazał sąd austrjacki.

[1] Moc jednak umarzania przestępstwa, o której mowa w §§ 225. i 528, służy tylko karom sądowym (nie administracyjnym) i zrównanym z niemi karom dyscyplinarnym za występki i przekroczenia więźniów kryminalnych. Patrz wyżej nr. 144 b.

353. Za wyjątki jednak od reguły *ne bis in eadem re*, nie mogą bynajmniej uchodzić, przewidziane w Ust. o postęp. k., przypadki bądź wznowienia postępowania na niekorzyść oskarżonego, osądzonego za przestępstwo zbyt łagodnie kwalifikowane (§§ 355. 356. P. K.), bądź dalszego zwyczajnego postępowania co do przestępstwa, będącego zbrodnią, a błędnie osądzonego, jako przekroczenie, przez sąd powiatowy (§ 363. l. 4. P. K.). W przypadkach tych bowiem wchodzi właściwie w grę inne przestępstwo niż to, za które sprawca już odcierpiał karę sądową. Zresztą i wtedy karę, już odcierpianą przez winowajcę, trzeba będzie wliczyć do tej, która go spotka na mocy nowego wyroku (§ 359. P. K. Patrz także mój Wykł. proc. kar. str. 434. ad 2.).

III. Śmierć przestępcy.

§ 81.

354 Śmierć człowieka umarza zarówno wszelkie przeciwko niemu wdrożone postępowanie karne, jak i wszelkie na niego nałożone kary (§§ 224. 527). Wtedy bowiem państwo znajduje się w niemożności dotknięcia przestępcy żadną karą, a sprzeciwiałoby się to istotnej naturze kary, gdyby obowiązek jej ponoszenia miał przechodzić na dziedziców przestępcy.

Tylko pozornym wyjątkiem są kary pieniężne, nałożone prawomocnie na przestępcę za jego życia. Kary te bowiem obciążają dziedziców skazańca tylko, jako dług cywilny, a to narówni z obowiązkiem wynagrodzenia szkody pokrzywdzonemu (§ 548. Kod. cyw., § 527. K. k.)[1]. Pogląd ten uświęca wyraźnie, w prawie austr., wydane, na mocy Najw. Postan. z 30. III. 1859, Rozporządzenie Min. z 3. IV. 1859 (Dz. u. p. l. 52), co do wszystkich kar natury majątkowej, a do których w Austrji należą: *a)* grzywny; *b)* przepadek towarów, rzeczy sprzedajnych lub sprzętów; *c)* przepadek podarunku za zbrodnie z §§ 104. i 105. K. k., a także *d)* dodatkowa kara pieniężna, 200 koron, na rzecz kasy wojskowej za zbrodnię z § 221. K. k.

[1] Por. wyżej nr. 289. l. 2. tudzież nr. 309 l. 2.

355. Mówiąc, że śmierć przestępcy umarza wszelkie przeciwko niemu postępowanie karne, mamy na myśli tylko proces, skierowany ku pociągnięciu go do odpowiedzialności karnej. Śmierć więc skazańca nie może być przeszkodą ani do wznowienia postępowania na

jego korzyść (§ 354. P. K.), ani też do tego, by, w drodze zażalenia nieważności w obronie ustawy (§ 292. P. K.), Sąd Kas. nie miał do chodzić, ażali czyn oskarżonego, tak jak wyszedł na jaw na rozprawie głównej, która toczyła się za jego życia, stanowi rzeczywiście przestępstwo, względnie to szczególne przestępstwo, za które go uznał sąd wyrokujący. Podobnie zapatruje się na tę kwestję Lammasch *(Grundriss*, str. 16 i 17).

IV. Przedawnienie (*Verjährung*).

§ 82.

356. Przedawnieniem kary nazywa się wygaśnięcie po stronie państwa prawa karnego podmiotowego, w odniesieniu do pewnej oznaczonej osoby i ze względu na pewne oznaczone przestępstwo, wskutek tego, że w ciągu dłuższego, przez ustawę przepisanego, czasu albo 1) osoba ta była wolna od wszelkiego postępowania karnego o to przestępstwo; albo 2) wyrok prawomocny, skazujący ją za to przestępstwo na karę nie wszedł w wykonanie.

W pierwszym przypadku zachodzi t. zw. przedawnienie śledztwa *(Verfolgungsverjährung)*, w drugim — przedawnienie wyroku *(Vollstreckungsverjährung)*.

1. Przedawnienie śledztwa.

§ 83.

357. Przedawnienie śledztwa, znane już starożytnym Grekom i Rzymianom, należy niewątpliwie do najstarszych instytucyj prawa karnego i aż do XVIII. wieku cieszyło się też najpowszechniejszem uznaniem. Dopiero w drugiej połowie XVIII. wieku, kilku wybitnych prawników (Beccaria, Cocceji, Servin)[1], wystąpiło energicznie przeciwko stosowaniu przedawnienia do przestępstw i kary, jako regule, która, zapożyczona z prawa cywilnego, nie licuje z zasadniczo odrębnemi, na uwzględnieniu prawdy materjalnej opartemi, postulatami sprawiedliwości karzącej.

Pod wpływem tej opozycji, Konst. Terezjańska wyjęła spod przedawnienia niektóre najcięższe zbrodnie (art. 16. § 9.), a Kodeks Józefiński z r. 1787 zniósł tę instytucję nawet co do wszystkich zbrodni. (I. § 183). Opozycja ta jednak, pomimo że jeszcze w pierwszej połowie XIX. wieku, stanęli po jej stronie Feuerbach i Henke,

nie potrafiła zamknąć przedawnieniu śledztwa dostępu do ustaw niemieckich. W Austrji przywrócił tę instytucję Kod. z r. 1803, a w Prusiech przyjęła ją Ordynacja Krym. z r. 1805 (§§ 597–603.). Stało się to niezawodnie pod wpływem prawa francuskiego, które uznawało nietylko przedawnienie śledztwa, ale także przedawnienie wyroku.

[1] Beccaria: *Dei delitti*, 1764, § 13. Cocceji: *Elementa iustitiae naturalis et romanae*, 1740. Servin: *De la législation criminelle*, 1782.
[1] Feuerbach: Lehrb. § 64. Henke: Handb. IV. §§ 22. 23.

358 Za racjonalnością przedawnienia śledztwa przemawiają następujące względy:

1) Po dłuższym czasie pamięć o przestępstwie gaśnie i wskutek tego zaciera się też wyrządzona przez nie społeczeństwu krzywda moralna, a więc i interes do ukarania winowajcy.

2) Państwo powinno poczuwać się do obowiązku uwolnienia od kary tego, kto z winy jego władz, będąc, przez dłuższy czas, wolny od wszelkich dochodzeń sądowych, żył w ciągłej obawie, aby go nie wyśledzono.

3) Po dłuższym czasie sąd, powołany do wyrokowania, nie mógłby już rozporządzać należytym materjałem dowodowym.

4) Zakłócałoby to w zbyt wysokim stopniu bezpieczeństwo obywateli, gdyby miano przyznawać państwu prawo niepokojenia kogoś spowodu przestępstwa, jakoby popełnionego przezeń już bardzo dawno.

Jest jeszcze argument, oparty na przypuszczalnej poprawie przestępcy (doktryna prawa niemieckiego), co do czego patrz niżej nr. 362).

359. Czasokres dla przedawnienia śledztwa na rzecz danej osoby może biec albo 1) od dnia popełnienia odnośnego przestępstwa, gdy osoba ta nie była wcale o nie ścigana; albo 2) od dnia prawomocnego zaniechania już wdrożonego przeciwko niej o to przestępstwo postępowania.

I w jednym i w drugim przypadku zarządzenie przez sąd jakiegokolwiek dochodzenia karnego przeciwko osobie, na rzecz której, i zpowodu przestępstwa co do którego, zaczęło już biec przedawnienie, sprowadza jego przerwę. Przesłuchanie więc tej osoby, jako świadka, nie przerywałoby przedawnienia na jej korzyść. Skutek przerwy jest ten, że nowe przedawnienie liczyć się będzie

mogło dopiero od jej ustania t. j. od zaniechania dalszych kroków sądowo-karnych.

W swoim Proj. Kod. k. polsk. (art. 90. § 3) przychyliłem się do t. zw. teorji belgijskiej (Garraud: *Traité de droit pénal*, II. nr. 536) i uznałem, że przedawnienie śledztwa może przerywać się tylko do pewnego czasu od dnia popełnienia przestępstwa, a mianowicie do upływu od tego dnia okresu, ustanowionego dla przedawnienia śledztwa. Znaczy to, że z chwilą upływu od tego dnia okresu tego, podwójnie wziętego, śledztwo musiałoby już bezwarunkowo popadać w przedawnienie.

360. Kod. austr. przepisuje dla przedawnienia śledztwa następujące czasokresy:

1. Co do zbrodni: 20 lat, gdy chodzi o więzienie dożywotne; 10 lat, gdy chodzi o więzienie od 10 do 20 lat; 5 lat — dla wszystkich innych zbrodni (§ 228).

Brak osobnego czasokresu dla przedawnienia śledztwa, co do zbrodni, obłożonych karą śmierci, tłumaczy się tem, że zbrodnie te wyjmuje K. k. zpod przedawnienia. Okoliczność jednak ziszczenia się co do nich wszystkich warunków, od których zawisło przedawnienie śledztwa, co do zbrodni, obłożonych więzieniem dożywotnem, nie jest tu obojętna, gdyż ma sprowadzać zmianę kary śmierci na karę ciężkiego więzienia od 10 do 20 lat (§ 231.).

2. Co do występków i przekroczeń: 3 miesiące, jeżeli ustawa grozi najwyżej aresztem zwycz. bez zaostrzenia lub grzywnami do 100 koron; 6 miesięcy, jeżeli ustawa orzeka areszt zwycz. z zaostrzeniem lub grzywny do 400 kor.; wreszcie 1 rok, co do występków i przekroczeń, obłożonych surowszą karą, albotéż utratą praw i upoważnień (§ 532.).

361. O czasokresach powyżej wskazanych należy jeszcze zauważyć, co następuje:

1) Normą dla ich obliczania powinna być kara, przepisana przez ustawodawcę *in abstracto*, nie zaś jej wymiar, orzeczony przez sędziego *in concreto*.

2) Punktem wyjścia dla nich może być albo chwila popełnienia przestępstwa, albo chwila prawomocnego uwolnienia od dalszych kroków sądowo-karnych osoby, znajdującej się pod jej zarzutem. Co do tego, kiedy przestępstwo ma uchodzić za popełnione, to patrz wyżej nr. 79 i 80. Tu tylko trzeba dodać jeszcze, że czas popełnienia

przedłuża się, przy przestępstwach ciągłych (nr. 250), do chwili spełnienia przez sprawcę ostatniego działania przestępnego, a przy przestępstwach trwałych (nr. 251) — do chwili ustania wytworzonego przez nie bezprawnego stanu rzeczy. Że dwużeństwo nie powinno uchodzić za przestępstwo trwałe, patrz wyżej nr. 251.

3) Czynności, przerywające przedawnienie wylicza § 227 nie wyczerpująco, lecz przykładowo (O. S. K. z 28. II. 1896. nr. 1972). Pamiętać jednak należy, *a)* że za obwinionego, w rozumieniu § 227. uchodzić ma także osoba podejrzana, przeciwko której sąd by, wdrożył dochodzenia przygotowawcze, tudzież *b)* że przerywać przedawnienie może tylko czynność procesowa, przedwzięta przeciwko obwinionemu przez sąd karny, nie zaś tylko przez oskarżyciela, jakby to np. miało miejsce, przy wniesieniu aktu oskarżenia (O. S. K. z 25. V. 1894. nr. 1729). Mniemam atoli, że zwrócenie się sądu karnego do odnośnej Izby o zezwolenie ścigania obwinionego posła, powinnoby już uchodzić za czynność sądową, przerywającą przedawnienie. O. S. K. z 7. IX. 1864 (wyd. Adlera nr. 1068), chce tu błędnie dopatrzeć się spoczywania przedawnienia. Por. moją rozpr. p. t. Nietykalność poselska i prawo karne (Lw. P. 1898. str. 695—699). *Contra* Finger. I. str. 845. dop. 760.

4) Spoczywanie przedawnienia w duchu zasady rzymskiej »*agere non valenti, non currit praescriptio*«, znane jest prawu austrjackiemu tylko wyjątkowo, w odniesieniu do przestępstw, popełnionych osnową pisma drukowego. (§ 40 Ust. pras.). W zastosowaniu do wszystkich przestępstw przyjmują tę instytucję, proj. austr. z r. 1913 (§ 74.) i mój proj. polski (art. 91).

362. Kodeks austr. czyni przedawnienie śledztwa, zależnem nietylko od tego warunku negatywnego, aby, w ciągu wskazanych przez niego czasokresów, dana osoba była wolna od wszelkiego ścigania sądowego, ale żąda dla przedawnienia także, aby osoba, mająca z niego korzystać, dopełniła pewnych warunków pozytywnych, jako to:

Co do zbrodni: *a)* aby nie zachowała już żadnego pożytku ze zbrodni; *b)* aby wynagrodziła już (najpóźniej przed zamknięciem postępowania dowodowego)[1] wyrządzoną szkodę, według sił swoich i w miarę tego, jakby tego dopuszczała natura zbrodni; *c)* aby nie uciekała z granic państwa; wreszcie *d)* aby w ciągu odnośnego czasokresu nie popełniła nowej zbrodni (§ 229.).

Co do występków i przekroczeń: Z warunków, podanych wyżej, co do zbrodni, odpada tutaj war. pod lit. *c.*, a zmienia

się war, pod *d)* o tyle, że trzeba, aby sprawca, w ciągu danego czasokresu, nie popełnił ani zbrodni, ani żadnego nowego występku lub przekroczenia (§ 531.).

Niewątpliwie, że stawiając dla przedawnienia śledztwa także pewne warunki pozytywne, tkwiące, w postępowaniu osoby, mającej z niego korzystać, K. k. poszedł za prawem niemieckiem powszechnem, które instytucję tę opierało także na przypuszczalnej poprawie przestępcy (p. nr. 358 *in fine).*

[1] Patrz za tą opinią Herbst: *Handb.* ad § 229. lit. *b.* nr. 4; Högel w *Jur. Blätter*, 1889. str. 483; Rosenblatt w *G. Z.* 1900. nr. 52, a także liczne O. S. K. (zb. nr. 31. 498. 525. 949. 2461). *Contra*, a za zdaniem, że wynagrodzenie szkody powinno nastąpić przed przedsięwzięciem czynności, przerywającej przedawnienie, patrz *Finger* I. str. 848: Lammasch: str. 19, a także O. S. K. z 6. VII. 1910 (*Löf. Z. Beilage,* I. str. 193).

363. Specjalne przepisy co do przedawnienia odnoszą się 1) do przestępstw z Ustawy pras. z 17. XII. 1862; 2) do przestępstw z Ust. wojsk. z 5. VII. 1912 (Dz. u. p. nr. 128) oraz 3) do przekroczeń, przekazanych orzecznictwu władz politycznych.

ad 1) Trzeba odróżnić 2 kategorje: *a*) przestępstwa popełnione osnową druku, tudzież występki i przekroczenia, polegające na zaniedbaniu przepisanej, przy wydawaniu pism drukowych, staranności i baczności; i *b)* występki i przekroczenia, polegające na przełamaniu przepisów porządkowych, zawartych w rozdz. II. Ust. pras.

Dla obu tych kategoryj, Ust. pras. (§ 40) czyni przedawnienie śledztwa już całkiem niezależnem od jakichkolwiek warunków, któreby tkwić miały w postępowaniu sprawcy (jak warunki z §§ 229. i 531 K. k.), tudzież przyjmuje przedawnienie sześciomiesięczne.

Dla przestępstw pod *a)*, czasokres ten jest bezwzględny, liczy się od chwili, gdy odnośne pismo pojawiło się lub zaczęło się rozszerzać w Austrji, a dla przedawnienia trzeba tego tylko, aby w ciągu sześciu miesięcy nie wdrożono w Austrji przeciwko żadnemu z winowajców postępowania karnego, lub już wdrożonego nie popierano dalej, pomimo że nie zachodziła do prowadzenia procesu żadna przeszkoda. A zatem tutaj ustawa uważa przerwę przedawnienia, co do jednego z winowajców, za okoliczność, która je przerywa co do wszystkich uczestników; tudzież przyjmuje spoczywanie przedawnienia na czas trwania przeszkody do prowadzenia procesu.

Dla przestępstw pod *b)*, czasokres sześciomiesięczny ma wchodzić w zastosowanie tylko na przypadek, gdyby śledztwo, co

do nich, nie miało według K. k. już wcześniej popadać w przedawnienie.

364. *ad* 2). Dla przestępstw z §§ 65. 66. i 69. Ust. wojsk. z 5. VII. 1912. (§ 76.) bieg jednorocznego przedawnienia ma brać początek bądź z końcem roku, w którym winowajca, obowiązany do służby wojskowej, ukończył 36. rok życia, bądź od jego stawiennictwa przed właściwą komisją poborową. Reguła ta ma także znajdować zastosowanie do winowajców, nie obowiązanych do służby wojskowej (np. jeżeli ktoś uszkodził popisowego na ciele, by go uczynić niezdolnym do służby wojskowej; § 69. l. 2.), z tą jednak poprawką, że w razie, gdyby winowajca popisowy wcześniej był umarł, to dla nich bieg przedawnienia musiałby się liczyć już od śmierci tego ostatniego.

ad 3). Śledztwo co do przekroczeń, przekazanych orzecznictwu władz politycznych, popada w przedawnienie w ciągu trzech miesięcy i to niezależnie od żadnych dalszych warunków, tkwiących w postępowaniu sprawcy (§ 4 Rozp. min. z 3. IV. 1855., Dz. u. p. l. 61; § 76. Ust wojsk. z 5. VII. 1912.).

365. Skutek prawny przedawnienia śledztwa, w odniesieniu do danej osoby i danego przestępstwa, jest ten, że wyklucza ono raz na zawsze możność zarówno wdrożenia przeciwko tej osobie jakichkolwiek o to przestępstwo dochodzeń sądowych, jak i ukarania jej za nie (§§ 230, 531). Samo przestępstwo umarza się tylko pod dwoma dopiero co wskazanemi względami, ale będzie mogło jeszcze w jakimś innym celu, stać się przedmiotem postępowania karnego, np. jako okoliczność, mająca nadać nowemu przestępstwu tej samej osoby charakter przestępstwa z narowu, lub mająca rozstrzygać o istocie przestępstwa, zarzucanego innemu oskarżonemu (np. przeciwko Piotrowi toczy się sprawa karna o przechowywanie rzeczy, pochodzącej z kradzieży, zarzucanej Pawłowi, lecz już przedawnionej w odniesieniu do niego). Por. za tą samą opinią Lammasch, str. 18.; Finger, I. str. 838. 839; przeciwko niej O. S. K. nr. 1695.

366. Z przedawnieniem śledztwa, w odniesieniu do występków i przekroczeń nie należy brać za jedno przedawnienia skargi *(Verjährung der Strafklage)* z § 530. K. k. Ta ostatnia instytucja ma charakter czysto proceduralny i odnosi się wyłącznie do przestępstw skargowo-prywatnych. Pokrzywdzony mianowicie traci tutaj prawo

skargi, jeżeli nie uczynił z niego użytku w ciągu sześciu tygodni, odkąd się dowiedział o odnośnem przestępstwie danej osoby. Wygaśnięcie jednak prawa skargi po stronie jednego pokrzywdzonego nie pozbawiałoby jeszcze tego prawa innych pokrzywdzonych, w razie, gdyby ci ostatni mieli dowiedzieć się później o popełnionem przestępstwie.

2. *Przedawnienie wyroku.*

§ 84.

367. Instytucja ta nie jest znana obecnemu prawu austrjackiemu. Polega ona na tem, że tytuł do wykonania wyroku karnego umarza się, skoro, w ciągu pewnego przez ustawę oznaczonego czasokresu, właściwa władza nie rozwinęła żadnej akcji celem jego wykonania. Czasokres ten biec może, albo od chwili prawomocności wyroku, albo odkąd władza zaniechała co do niego dalszych kroków egzekucyjnych.

Z argumentów, przytoczonych wyżej (nr. 358), jako przemawiać mających za racjonalnością przedawnienia śledztwa, tutaj znaleść mogą zastosowanie tylko względy podane tamże pod l. 1. i 2.

368. Przedawnienie wyroku dawno znane prawu francuskiemu (*Code d'instr. crim.* art. 635. 636. 639) dostało się za jego przykładem do niektórych kodeksów partykularnych niemieckich (saskiego z r. 1838. i bawarskiego z r. 1861) a potem i do kod. karn. państwa niem. z r. 1871. W Austrji instytucja ta, wprowadzona do projektów z okresu przed r. 1893, w późniejszych projektach utrzymać się nie zdołała. Uznaje ją wszakże mój proj. polski (art. 92.), pod nazwą przedawnienia kary, i to w ciągu 20 lat, gdy chodzi o zbrodnię; 5 lat, gdy chodzi o występek; a 2 lat, w odniesieniu do przekroczeń.

V. Darowanie kary (*Nachsicht der Strafe*).

§ 85.

369. Darowaniem kary, *sensu largo*, nazywa się akt, na mocy którego organ, do tego przez ustawę upoważniony, uwalnia z własnej woli, bądź oskarżonego od wszelkiego postępowania karnego, co do zarzucanego mu przestępstwa, bądź skazańca od nałożonej na niego kary. Organem, do tego upoważnionym w Austrji, jest w najobszerniejszym zakresie cesarz, w myśl służącego mu prawa łaski, a w zna-

cznie szczuplejszych granicach, bo tylko w odniesieniu do przestępstw skargowo-prywatnych, pokrzywdzony, w myśl służącego mu prawa pojednania się z przestępcą.

1. Ułaskawienie *(Begnadigung)*.

§ 86.

370. Ułaskawieniem, *sensu stricto*, przyjęto nazywać tylko akt, mocą którego organ, obdarzony prawem łaski (zwyczajnie naczelnik państwa), uwalnia skazańca, w całości lub częściowo, od poniesienia nałożonej na niego prawomocnie kary.

W obszerniejszem jednak rozumieniu, ułaskawienie obejmuje oprócz tego:

a) Restytucję, t. j. zniesienie skutków kary, zwłaszcza przywrócenie skazańcowi utraconych wskutek wyroku praw honorowych (rehabilitacja w dawnem rozumieniu).

b) Abolicję, t. j. nakaz, aby nie wdrażano postępowania karnego, względnie zaniechano już wdrożonego procesu.

c) Amnestję, która jest ułaskawieniem najdalej idącem i odnosi się zawsze nie do jakichś konkretnych oskarżonych lub skazańców, lecz do pewnej ich kategorji abstrakcyjnej.

371. Darowanie kary, w drodze łaski, czerpie swoje uzasadnienie ze względów tak słuszności, jak polityki kryminalnej.

Z pierwszego stanowiska, służy ono do tego, by wymiar sprawiedliwości nie znalazł się w niezgodzie z konkretnym charakterem winy sprawcy w tych wszystkich przypadkach, w których sędzia, przestrzegając abstrakcyjnych przepisów ustawodawcy, musiałby wydać wyrok zbyt surowy, w odniesieniu do wyjątkowych okoliczności danej sprawy.

Z drugiego punktu widzenia, instytucja ta spełnia ważną rolę w przypadkach, gdy prawo, chcąc brać w rachubę, przy wymiarze kary, wszystkie strony postępowania danej osoby, musiałoby z niektórych względów żądać jej ukarania, a z innych znów domagać się, by ją uwolniono. Ustawodawca potrafi wskazać sędziemu, kiedy wśród podobnych okoliczności, należy raczej uwolnić od kary, niż skazać na nią przestępcę, tylko wtedy, gdy chodzi o przypadki, co do których abstrakcyjnie będzie można z góry uznać za rzecz niewątpliwą, że tutaj uwolnienie od kary przestępcy będzie musiało przynieść społeczeństwu o wiele większą korzyść, np. w razie przedawnienia

lub czynnego żalu. Pozatem należy w każdym konkretnym przypadku pozostawić uwolnienie przestępcy od, przepisanej przez ustawodawcę, kary organowi, posiadającemu w państwie prawo łaski.

372. Ponieważ w praktyce prawo łaski stać się może często źródłem nietyle rozumnego, ile arbitralnego wymiaru sprawiedliwości; przeto w XVIII wieku zapanował w filozofii prawa kierunek nieprzychylny dla tej instytucji (Beccaria, Filangieri, Bentham, Kant). Tem się też tłumaczy, że i w obecnych ustawach konstytucyjnych spotykają się przepisy, ograniczające do pewnego stopnia prawo łaski naczelnika państwa. Np w myśl konstytucji belgijskiej (§ 73), bawarskiej (VIII. § 4) i pruskiej (§ 49) monarcha nie posiada w zasadzie prawa abolicji, za czem przemawia ten argument, że zakaz prowadzenia w danej sprawie procesu karnego najczęściej zdoła w wyższym stopniu osłabić zaufanie obywateli do bezstronności najwyższej władzy, niż przynieść rzeczywisty pożytek społeczeństwu. Chciano także wykonywanie prawa łaski czynić zawisłem od zezwolenia interesowanego przestępcy (§ 20. konst. norweskiej z r. 1814), ale ograniczenie to należałoby odrzucić, jako niezgodne z prawno-publiczną naturą tej instytucji. Za podobnem ograniczeniem jednak patrz Heinze: *Strafprocessuale Erörterungen* (str. 123) i Geyer: *Begnadigung* (w *Holtzendorfa Rechtslexicon*).

373. W Austrji cesarz, w myśl art. 13. Ust. zasadn. z 21. XII. 1867. o władzy sędziowskiej (dz. u. p. l. 144), ma prawo:

1) udzielać amnestję; 2) darowywać lub łagodzić kary, przez sądy zawyrokowane; 3) odpuszczać skutki prawne wyroków i 4) zarządzać abolicję, ale z dwoma zastrzeżeniami, t. j. że cesarz ma być związany *a)* co do darowania kary i restytucji, ograniczeniami, zawartemi w Ust. o odpow. ministrów, a *b)* co do abolicji, przepisami Ust. o postęp. karnem (P. K).

ad a) W myśl § 29. Ust. o odpow. min. z 25. VII. 1867. (dz. u. p. l. 101.) cesarz może ułaskawić ministra, skazanego wyrokiem Tryb. Stanu tylko na wniosek tej Izby R. P., od której wyszło oskarżenie.

ad b) W myśl § 2. *al.* 4. P. K. tylko oskarżenie publiczne gaśnie jeżeli cesarz zarządzi, aby z powodu jakiegoś przestępstwa nie wdrażano postępowania karnego lub zaniechano już wdrożonego. Znaczy to, że abolicja jest wykluczona w odniesieniu do przestępstw, ściganych tylko na żądanie pokrzywdzonego, co się tem tłumaczy, że tutaj

równałaby się ona pozbawieniu tego ostatniego należytej opieki prawnej. Słuszność wymagałaby, aby, co do przestępstw ściganych z urzędu, abolicja następować mogła tylko za zgodą pokrzywdzonego. Inaczej bowiem, zachodzi ta anomalia, że Cesarz mógłby przez abolicję pozbawić pokrzywdzonego wszelkiej satysfakcji sądowo-karnej w razie zbrodni ciężkiego uszkodzenia ciała z § 152. K. k., a nie posiadałby tego prawa w razie obelgi czynnej z § 496.

374. Aczkolwiek prawo łaski stanowi w Austrji wyłączną atrybucję korony, to jednak ustawodawca powołuje sądy do znacznego wpływu na jego wykonywanie. Wiemy już mianowicie (nr. 336. l. 3), że w myśl § 341. P. K., Trybunał, wydawszy wyrok śmierci, musi z urzędu odbyć naradę i wydać uchwałę co do tego, czy skazaniec zasługuje na ułaskawienie i w jakiej mierze. Oprócz tego, według § 411. P. K, każda prośba o ułaskawienie, zanim ją minister sprawiedliwości przedłoży Cesarzowi do decyzji, przejść musi przez opinię sądu, który wyrokował w I. Inst., dalej Trybunału II. Inst. a względnie nawet i Sądu Kasacyjnego, a to z tym skutkiem, że, w razie nieprzychylnej opinii któregokolwiek z tych sądów, prośba, jako odrzucona, już dalej nie idzie.

Wreszcie, w odniesieniu do nieletnich, najszerszy wpływ na wykonywanie prawa łaski, bo moc uchwalania z urzędu wniosków o ułaskawienie, przyznało sądom karnym Rozp. Minin. Sprawiedl. z 25. XI. 1902, wydane w myśl Najw. Postan. z 24 XI tegoż roku (I. Ver. Bl. 51). Patrz mój Wykł. Proc. k, str. 502—505.

375. Co do skutków swoich, darowanie kary w drodze łaski ma, w myśl §§ 226. i 529. K. k., stać narówni z jej odcierpieniem. Z zasady tej płyną dwa następujące wyniki:

1) Ułaskawienie skazańca nie uwalnia go jeszcze od ponoszenia kosztów postępowania karnego, nałożonych na niego w wyroku prawomocnym.

2) Samo przestępstwo nie umarza się, wskutek ułaskawienia przestępcy, tak dalece, iżby jeszcze nie mogło w przyszłości być brane w rachubę, jako okoliczność, mająca nadawać nowemu przestępstwu tej samej osoby charakter narowu lub powrotu.

2. *Pojednanie się przestępcy z pokrzywdzonym (Versöhnung mit dem Verletzten).*

§ 87.

376. Od reguły, że żadna ugoda między przestępcą a pokrzywdzonym nie może uchylać zasłużonej kary (§§ 33. 259.), K. k. odstępuje tylko co do przestępstw, ściganych wyłącznie na żądanie pokrzywdzonego (§ 530. K. k.; a także § 1384. Kod. cyw.). Tu bowiem pojednanie się przestępcy z pokrzywdzonym uznane jest jako okoliczność, która *a)* gdy nastąpiła w formie wyraźnego przebaczenia, jeszcze przed wniesieniem skargi, pozbawia tej ostatniej pokrzywdzonego; *b)* gdy nastąpiła w formie cofnięcia skargi w toku procesu, sprowadza umorzenie postępowania; wreszcie *c)* gdy nastąpiła, już po zapadnięciu, ale przed ogłoszeniem wyroku skazującego, przybiera postać darowania kary i ma za skutek jej umorzenie (§ 530.).

Dopiero, gdyby pojednanie miało nastąpić, już po ogłoszeniu wyroku, choćby jeszcze nieprawomocnego; to okoliczność ta mogłaby prawidłowo stać się dla sądu apelacyjnego tylko powodem do obniżenia kary. Od tego prawidła K. k. odstępuje co do cudzołóstwa (§ 503.), w którym to przypadku oświadczenie pokrzywdzonego małżonka, że chce żyć nadal z winowajcą, umarza już orzeczoną karę, choćby nawet miało nastąpić, już po ogłoszeniu prawomocnego wyroku, byle tylko przed jego wejściem w wykonanie. Por. też, w kwestji czynnych ukrzywdzeń między małżonkami, § 419. K. k.

377. Wypada jeszcze zwrócić uwagę na t. zw. nieodwołalność i podzielność pojednania się przestępcy z pokrzywdzonym.

Nieodwołalność pojednania polega na tem, że pokrzywdzony, raz zrzekłszy się skargi, cofnąć już tego nie może. Domaga się tego i powaga sądu i interes przestępcy, którego, inaczej, mógłby pokrzywdzony niepokoić zbyt długo obawą sądu i kary.

Podzielność pojednania w tem się wyraża, że pokrzywdzonemu wolno jest, w drodze tej, uwolnić od sądu także tylko niektórych uczestników, a mianowicie tych, których ściganie byłoby dla niego samego zbyt wielką przykrością, a wnosić skargę przeciwko innym. K. k. wyraźnie uznaje to w odniesieniu do cudzołóstwa (§ 503.).

VI. Czynny żal (*Tätige Reue*).

§ 88.

378. Czynnym żalem nazywa się dobrowolne naprawienie przez sprawcę już popełnionego przestępstwa, zanim zwierzchność dowiedziała się o jego winie. Naprawa ta może polegać, albo na uczynieniu przestępstwa nieszkodliwem pod względem materjalnym, albo na wynagrodzeniu już wyrządzonej przez nie szkody materjalnej. Naprawy pierwszego typu dopuszczać mogą tylko przestępstwa, które ustawa uważa za dokonane, zanim jeszcze powstała szkoda, mająca z nich wyniknąć (w prawie austr. zdrada główna, pojedynek, podpalenie); naprawy drugiego typu dopuszczają przestępstwa, z których już wynikła szkoda materjalna, ale jest ona tego rodzaju, że ją sprawca może w zupełności powetować (kradzież, sprzeniewierstwo).

379. Prawo musi widzieć w fakcie, że sprawca dobrowolnie naprawił złe skutki swego przestępstwa, dowód, że w duszy jego wzięły górę podniety, które prawo chce budzić w osobach, znajdujących się pod jego panowaniem (a więc choćby tą podnietą miała być obawa kary), a przytem nie może też zapoznawać wysokiej korzyści, która z takiej naprawy płynie dla społeczeństwa. Dlatego to ustawodawca uważa za rzecz właściwą zachęcać sprawców niektórych przestępstw do czynnego żalu obietnicą zupełnej bezkarności. To znaczenie nadaje prawo austr. czynnemu żalowi w odniesieniu do zdrady głównej (§ 62.), pojedynku (§ 165.), podpalenia (§ 168.), kradzieży, sprzeniewierstwa i uczestniczenia w dwóch ostatnich przestępstwach (§§ 187. 188. 466.), a oprócz tego i co do zbrodni dynamitowych (§ 10. Ust. z 27. V. 1885. Dz. u. p. l. 134). Bliższy rozbiór powyższych przypadków należy do wykładu części szczególnej prawa karnego.

TYTUŁ IV.

Zatarcie kary czyli rehabilitacja.

§ 89.

380. Należy odróżnić rehabilitację w dawnem i nowożytnem rozumieniu[1].

Dawniej, a mianowicie we Francji, w okresie od ordonansu

Ludwika XIV. z r. 1670 do r. 1885, rehabilitacja znaczyła tyle tylko, co restytucja t. j. przywrócenie skazańcowi, w drodze łaski monarszej lub na mocy decyzji właściwych władz administracyjnych, po upływie dłuższego czasu (10 lat) od umorzenia kary, utraconych wskutek wyroku praw honorowych. Była to t. zw. przez prawników francuskich rehabilitacja w drodze łaski *(réhabilitation gracieuse)*.

Od wydania ustaw z 27. V. 1885 i 10. III. 1898, rehabilitacja weszła do prawa francuskiego, jako instytucja o całkiem innem, o wiele dalej idącem, a dziś powszechnie uznawanem znaczeniu. Otrzymała ona bowiem za skutek, już nietylko restytucję utraconych, z powodu wyroku, praw honorowych, ale, oprócz tego, i pewnego rodzaju zatarcie kary, bo zanotowanie w rejestrze sądowym, że odtąd odnośnej kondemnaty nie należy podawać do wiadomości osób prywatnych. Tak rozumiana rehabilitacja miała, w każdym konkretnym przypadku, zależyć od podania, wniesionego przez interesanta do właściwego sądu i od decyzji tego ostatniego. Rzeczą sądu bowiem miało być oceniać, czy petent, ze stanowiska ustawy, istotnie godzien jest rehabilitacji. Była to t. zw. rehabilitacja sądowa *(réhabilitation judiciaire)*.

Dopiero od wydania ustaw z 5 VIII. 1899, 11. VII. 1900 i 28. VI. 1904, rehabilitacja przemienia się we Francji ze sądowej na rehabilitację z mocy prawa *(réhabilitation de droit)*. Stała się ona wtedy już zależną jedynie od tego, by interesant wykazał sądowi, że ziściły się warunki, przepisane przez ustawę. Rzeczą sądu ma być tylko stwierdzenie, że istotnie upłynęły czasokresy oznaczone przez ustawę (stosownie do kondemnaty 2 lata, 5, 10, 15 lub 20 lat), tudzież, że w ciągu tego czasu, osoba, żądająca rehabilitacji, nie została skazana na żadną nową karę (nie licząc grzywien).

[1] Z literatury, odnoszącej się do rehabilitacji, patrz: Rentenauer: *De la réhabilitation en matière pènale et disciplinaire*, 190). Delaquis: *Die Rehabilitation im Strafrecht*, 1907.

381. W nauce wytworzyło się jeszcze pojęcie rehabilitacji o dalej idącem znaczeniu, bo rehabilitacji, któraby sprowadzała zupełne zatarcie poprzedniej kondemnaty i przywracała osobie interesowanej charakter legalny osoby, dotąd jeszcze nie karanej. Świadek rehabilitowany, na zapytanie sędziego, czy był już karany, nie miałby obowiązku przyznawania się do tego. Kondemnata, odtąd całkiem wykreślona w rejestrze sądowym i w katalogach władz administracyjnych, nie mogłaby już być podawana do wiadomości nietylko osób

prywatnych, ale nawet i władz, które, w interesie publicznym, chciałyby się czegoś dowiedzieć o antecedencjach karnych danej osoby.

382. Tak daleko idąca rehabilitacja spotkała się w nauce z jednej strony z gorącem uznaniem, z drugiej — z poważną opozycją.

Uznanie tej instytucji opiera się zasadniczo na tym głównym argumencie, że człowiek, który, raz uległszy złym pokusom, popełnił przestępstwo, a, po umorzeniu otrzymanej kary, przez dłuższy czas potrafił utrzymać się na dobrej drodze, zdobył sobie tytuł do nagrody ze strony państwa, i to tytuł tem silniejszy, że, gdy popełnił przestępstwo, to państwo nie zawahało się wystąpić przeciwko niemu z karą. W rehabilitacji trzeba więc widzieć akt sprawiedliwości pochwalnej *(justice laudative)*, równie uzasadniony co do obywateli, którzy potrafili wydobyć się z bagna przestępczości, jak uzasadniona jest kara, jako akt sprawiedliwości represyjnej w odniesieniu do przestępców (Holbach: *Justice laudative*, 1905. Oetker: *Strafe und Lohn*, 1907. w G. S. t. 70. str. 321).

Przeciwko rehabilitacji, idącej aż do zupełnego zatarcia kary, bywa przytaczane, że uznanie byłego skazańca za człowieka dotąd nie karanego *a)* opiera się na gruncie niezgodnym z prawdą; *b)* mogłoby łatwo przyczynić się do obniżenia w opinji powszechnej waloru postępowania nieposzlakowanego; a wreszcie *c)* mogłoby także, w niejednej sprawie karnej, pozbawiać sędziego bardzo cennej wskazówki, płynącej z poznania przeszłości kryminalnej jakiejś osoby, stawającej w charakterze świadka lub oskarżonego (Högel w G. Z. 1906. nr. 18).

Górę wziął jednak kierunek przychylny zupełnemu zatarciu kary w drodze rehabilitacji, a wyrazem tego w Austrji stała się Ust. z 21. III. 1918 (Dz. u. p. l. 108).

383. Oto są najważniejsze przepisy zacytowanej wyżej ustawy austr., co do *A)* warunków uzyskania i *B)* co do skutków rehabilitacji, tudzież *C)* co do władzy powołanej do jej przyznawania i *D)* co do postępowania przed nią.

A. Warunki (§§ 1. 2) 1) W zasadzie do rehabilitacji pretendować może ten tylko, kto skazany został za przekroczenie lub występek, albo nawet i za zbrodnię, ale wtedy na karę nie wyżej 1 roku pozbawienia wolności, jeżeli ani przedtem nie był jeszcze karany sądownie, ani też potem, w ciągu przepisanych przez ustawę czaso-

kresów, nie został ponownie skazany na karę. Od tej zasady są dwa wyjątki. Rehabilitacji mianowicie nie ma stawać na przeszkodzie ani *a)* poprzednie lub następne osądzenie za występek lub przekroczenie drobnej wagi i nie popełnione z pobudek hańbiących; ani *b)* fakt, że kondemnata, o którą chodzi, była wprawdzie skazaniem za zbrodnię na karę pozbawienia wolności powyżej jednego roku, ale zbrodnia ta była jedną z tych, które wyliczone są w § 6/2 Ust. z 15. XI. 1867., jako mające być uprzywilejowane, co do skutków ustawowych osądzenia karnego (por. wyżej nr. 324. l. 3.

2) Trzeba, aby od umorzenia kary, przez wykonanie lub darowanie w drodze łaski, upłynął jeden z trzech następujących czasokresów:

a) 15 lat, gdy kondemnata odnosiła się do zbrodni, nie należącej do zbrodni uprzywilejowanych, w rozumieniu § 6/2 Ust. z 15. XI. 1867;

b) 10 lat, gdy kondemnata odnosiła do jednej z ostatnio nadmienionych zbrodni uprzywilejowanych, lub gdy opiewała na karę aresztu powyżej 6 miesięcy;

c) 5 lat, we wszystkich innych przypadkach.

3) Trzeba, aby ukarany w miarę możności wynagrodził szkodę, którą wyrządził przez swoje przestępstwo.

384. *B.* Skutki rehabilitacji (§§ 3. 4.). Polegają one na zupełnem zatarciu odnośnej kondemnaty, co się uwydatnia w dwóch następujących urządzeniach:

1) Osoba rehabilitowana nie ma obowiązku, na zapytanie sądu lub innej władzy, wyjawiania zatartej kondemnaty.

2) Zatartą kondemnatę należy wymazać z karty karnej i z katalogów władz administracyjnych i nie czynić o niej żadnej wzmianki, ani przy sporządzaniu odpisów z tejże karty, ani przy wystawianiu przez władze administracyjne świadectw moralności *(Leumundszeugnisse)*. Widać stąd, że kondemnaty zatartej nie wolno nawet podawać do wiadomości sądu karnego lub prokuratorji państwa, gdyby która z tych władz miała interes w poznaniu przeszłości kryminalnej oskarżonego lub świadka.

385. *C.* Władzą, powołaną do przyznawania rehabilitacji, jest zawsze Trybunał I. Inst., a mianowicie albo ten, który wyrokował w pierwszej instancji, albo ten, w którego okręgu ma swoją siedzibę sąd powiatowy, który wydał wyrok w pierwszej instancji (§ 5/1).

386. *D.* Co się tyczy samego postępowania (§ 5.), to zwyczajnie da mu początek podanie, wniesione przez interesanta do właściwego sądu. Podanie to otrzyma do zbadania prokurator, którego rzeczą będzie zarządzić potrzebne co do tego dochodzenia, przyczem jednak ustawa poleca mu działać z największą dyskretnością i unikać wszystkiego, coby mogło szkodzić reputacji petenta. Postępowanie o rehabilitację może jednak rozpocząć się także na wniosek prokuratora państwa. Ustawa bowiem nakłada na niego obowiązek wystąpienia z takim wnioskiem, gdyby miał skądinąd dowiedzieć się o faktach, które uzasadniaćby mogły zatarcie kondemnaty.

Sąd, na posiedzeniu tajnem, po wysłuchaniu prokuratora, decyduje o podaniu interesanta, względnie o wniosku prokuratora, przez wydanie uchwały. Przeciwko uchwale sądu służy, tak petentowi, jak prokuratorowi, w ciągu trzech dni po jej oznajmieniu, zażalenie o mocy odwłocznej.

387. Prócz omawianej wyżej (nr. 383—386) rehabilitacji sądowej, której skutkiem, jak wiadomo, ma być zupełne zatarcie kary, ustawa z 21. marca zaprowadza jeszcze automatyczne, bo *ipso iure* nastąpić mające wyłączenie kondemnaty od tego, by miano czynić o niej wzmiankę, przy sporządzaniu wypisów z karty karnej i przy wystawianiu świadectw moralności (§ $5/_2$). Zajść to ma wtenczas, gdy karta karna zawierać będzie notatkę o jednem tylko skazaniu na karę pozbawienia wolności nie wyżej jednego roku, a już upłynęło 15 lat od wykonania tej kary, lub od jej odpuszczenia w drodze łaski. Tu zatem niema zatarcia kary w rozumieniu rehabilitacji. Wynika stąd, że osoba dotknięta kondemnatą, o której tu mowa, ale nie rehabilitowana sądownie, nie mogłaby zatajać przed sądem, któryby ją przesłuchiwał, tejże kondemnaty; tudzież że, w interesie publicznym, registratura kar musiałaby podawać tę kondemnatę do wiadomości władzy, pytającej się o antecedencje kryminalne osoby nią dotkniętej.

Wreszcie trzeba to jeszcze zanotować, że cyt. ustawa, dla wszelkich innych, przez nią nie unormowanych, przypadków, dopuszcza tylko rehabilitacji w drodze łaski cesarskiej (§ 6.).

388. W porównaniu ze stanowiskiem prawa francuskiego, Nowela austr. o rehabilitacji jest z jednej strony mniej, a z drugiej bardziej liberalna.

Jest ona mniej liberalna od prawa francuskiego raz dlatego, że stawia każdą rehabilitację w zależności od decyzji właściwego sądu

podczas gdy prawu francuskiemu znana jest rehabilitacja z mocy samego prawa; powtóre z tego powodu, że w zasadzie dopuszcza ona rehabilitacji tylko co do kondemnat, opiewających na karę pozbawienia wolności nie wyżej jednego roku, a prawo francuskie takiego ograniczenia nie zna.

Jest ona zaś liberalniejsza od prawa francuskiego pod tym względem, że jej rehabilitacja sprowadza zatarcie kary o wiele bezwzględniejszę od tego, które ma być skutkiem rehabilitacji według prawa francuskiego.

389. Mój Projekt K. k. Polsk. (art. 93—95) zajął, co do rehabilitacji, stanowisko pośrednie między prawem austrjackiem a francuskiem. Rehabilitację rozciąga on na kondemnaty aż do 5 lat pozbawienia wolności (nie wyłączając kryminału); a co do skutków powiązanych z tym aktem, to oświadcza się za zwolnieniem osoby rehabilitowanej od obowiązku wyjawiania, na zapytanie sędziego lub innej władzy publicznej, zatartej kondemnaty, ale samego wykreślenia tejże kondemnaty z rejestru karnego i z katalogów władz administracyjnych domaga się w tem tylko rozumieniu, że odtąd nie wolno już podawać tej kondemnaty do wiadomości osób prywatnych (art. 95).

Pozatem Projekt mój czyni jeszcze pewną różnicę między rehabilitacją wogóle a rehabilitacją w odniesieniu do nieletnich (do 18 lat), a, wśród pewnych okoliczności, i w odniesieniu do młodzieńczych skazańców (od 18 do 24 lat). W pierwszym mianowicie przypadku o rehabilitacji decyduje zawsze sąd, który orzekł karę w pierwszej instancji, a petent powinien wykazać, że upłynął już wymagany przez ustawę czasokres, a on *a)* starał się według możności wynagrodzić wyrządzoną szkodę, *b)* nie popełnił nowego przestępstwa i *c)* wogóle zachowywał się w sposób, czyniący go godnym rehabilitacji (art. 93). — W drugim przypadku (art. 94) były skazaniec ma prawo żądać od sądu rehabilitacji, skoro tylko wykaże, że upłynął wymagany przez ustawę czasokres, a on nie popełnił nowego przestępstwa.

DODATKI.

A. Środki ochronne i ich stosunek do kary ze stanowiska mojego Projektu Kod. k. polskiego (Warszawa 1918).

I. Idąc za wskazówkami polityki kryminalnej (p. wyżej Nr. 36), wprowadziłem do mojego Projektu, obok arsenału kar (art. 32—46), drugi jeszcze arsenał środków ochronnych na przypadek, gdyby pierwszy nie miał okazać się wystarczającym dla unieszkodliwienia na przyszłość skazańca (art. 47—54). Środkami takiemi mianowicie są w moim Projekcie: 1) Dom pracy przymusowej dla szczególnie niebezpiecznych przestępców nałogowych (art. 47). 2) Zakład leczniczy dla pijaków nałogowych (art. 48). 3) Utrata posady (art. 49). 4) Utrata profesji (art. 50). 4) Utrata władzy rodzicielskiej lub opiekuńczej (art. 51). 6) Żądanie zastawu gwarancyjnego od osoby, która groziła jakiemś przestępstwem (art. 52). 7) Wydalenie po umorzeniu kary (art. 53). 8) Opublikowanie wyroku w gazetach (art. 54).

II. Nie zbytecznie będzie tu wytłumaczyć, jak sobie wyobrażam naturę prawną środków ochronnych i ich stosunek do kary. Pogląd mój na tę kwestję wyjaśnię należycie, sformułowawszy go w pięciu następujących punktach:

1) I kara i środek ochronny są narzędziami, które służą państwu do prowadzenia walki z przestępczością nie w interesie jednostek, lecz dla dobra ogółu. Jurydycznie jednak zachodzi między temi dwiema kategorjami różnica istotna. Kara — to narzędzie walki z przestępczością już wyjawioną, jako leżąca w interesie społeczeństwa odpłata za jego przestępstwo. Środki ochronne zaś — to broń przeciwko możliwej przestępczości, mająca w interesie społeczeństwa powstrzymać od przestępstw osoby, odznaczające się szczególnie niebezpieczną skłonnością do ich popełniania.

2) Kara oznacza pewne *malum*, które spotkać musi winowajcę, jako odpłata za wartość ujemną, którą popełnione przezeń przestępstwo reprezentuje dla społeczeństwa, a spotkać go musi dlatego, by budzić wśród obywateli należyty wstręt moralny do tego przestępstwa i należyty postrach przed odpowiadającą mu karą.

3. Środek ochronny — to pomoc, którą trzeba udzielić nie każdemu przestępcy, lecz tylko przestępcy o pewnych niebezpiecznych dla dobra powszechnego skłonnościach, a nawet niekoniecznie przestępcy powyższego typu, bo nawet całkiem niepoczytalnemu, a typem tym nacechowanemu sprawcy czynu tylko przedmiotowo przestępnego. Użyczenie zaś tej pomocy ma wprawdzie wyjść na dobro osoby, która ją uzyskuje, lecz ma nastąpić nie z uwagi na jej korzyść, lecz w interesie ogółu, jako narzędzie walki z przestępczością

4) Jak, co do kary, obojętna jest kwestja, jak też ją odczuje skazaniec (dla niejednego np. pobyt w więzieniu może nie wydać się niewygodnym), a istotne znaczenie ma tylko waga, jaką do niej przywiązuje opinia powszechna; tak też, co do środka ochronnego, obojętną musiałoby być rzeczą, gdyby skazaniec miał jego zastosowanie uważać za dolegliwość nawet gorszą od kary. Wszakże bowiem i tutaj, ani ustawodawcy, ani sędziemu, w pierwszym rzędzie nie będzie szło o to, aby, przez wykurowanie skazańca z niebezpiecznego dla ogółu nałogu, sprawić mu zadowolenie, lecz o to, aby, przez jego zreformowanie, unieszkodliwić go dla ogółu, a więc, aby użyć danego środka ochronnego za narzędzie do walki z przestępczością w interesie całego społeczeństwa.

5) Koniecznością dla prawa karnego jest tylko dotknięcie winowajcy zasłużoną karą. Zastosowanie zaś do przestępcy, o niebezpiecznych dla ogółu narowach, środka ochronnego nie jest postulatem bezwzględnym prawa karnego, lecz tylko wymaganiem polityki kryminalnej na przypadek, gdyby kara, słuszna ze względu na winę skazańca, nie miała zarazem okazać się skutecznem lekarstwem na zakorzenione w nim groźne dla bezpieczeństwa ogółu skłonności.

Tam więc, gdzie kara może wypuścić skazańca całkiem wyleczonego z jego poprzednich, niebezpiecznych skłonności, tam oczywiście nie byłoby już na miejscu stosować do niego akcję ochronną. Tem się tłumaczy, że ustawa karna nie może mieć nic przeciwko absorpcji środka ochronnego przez zasłużoną karę, lecz w zasadzie oświadczyć się musi stanowczo przeciwko absorpcji zasłużonej kary przez środek ochronny. Od tej ostatniej zasady Projekt mój uznał za

właściwe odstąpić tylko wyjątkowo w stosunku do przestępców nieletnich (art. 80).

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

I. Dzisiejsze prawo austrjackie wyznacza wprawdzie przestępcom młodocianym pewne uprzywilejowane stanowisko. Zasadza się ono mianowicie na następujących urządzeniach:

1) Nieletni poniżej 14 lat nie mogą być nigdy karani sądownie za występki i przekroczenia (§ 273. K. k.). Co do ich osadzania w domach poprawy, patrz wyżej, nr. 322 ad *b*.

2) Nieletni w wieku od 10 do 14 lat, popełniwszy zbrodnię, odpowiadają tylko za przekroczenie z § 270. K. k. i podlegają za nie osobnemu aresztowi, co do którego patrz wyżej nr. 305. Areszt ten jednak *(Verschliessung an einem abgesonderten Verwahrungsorte)*, z powodu braku odpowiednich lokalów, wykonywa się nie w specjalnie na ten cel przeznaczonym zakładzie, lecz, o ile można, w jakiejś od innych bardziej oddzielonej ubikacji więzienia sądowego. Co do domu poprawy w tym przypadku, patrz wyżej nr. 322.

3) Nieletni poniżej 18 lat, w razie niedopuszczalności osadzenia w domu roboczym, umieszczani być mają w domu poprawy (p. wyżej nr. 322).

4) Nieletnich poniżej 20 lat nie można skazać ani na karę śmierci, ani na więzienie dożywotne (§ 52, K. k.).

5) Nieletnich, którzy w czasie wejścia w wykonanie kary pozbawienia wolności nie ukończyli 20 lat, należy osadzać w specjalnych oddziałach zakładów karnych, względnie łączyć w osobne grupy w więzieniach sądowych *(Jugendabteilungen und Jugendgruppen)*. Przepisuje to reskrypt ministra sprawiedliwości Kleina z 30 września 1905[1].

6) Odnośnie do nieletnich poniżej 18 lat, sądy mają w przypadkach, zasługujących na szczególne uwzględnienie, uchwalać z urzędu wnioski o ułaskawienie, a także, o ile chodziłoby o przestępstwa, ścigane w drodze skargi prokuratorskiej, przedstawiać akta do abolicji (Najw. postanowienie z 24 listopada i reskr. min. sprawiedl. z 25 listop. 1902; patrz mój *Wykład proc. karn.* 1910, str. 502).

[1] Por. Stooss: *Lehrb.* str. 213—215. Specjalnie dla przestępców młodocianych służyć ma męski zakład karny w Göllersdorf. Patrz reskr. min. sprawiedl. z 9 maja 1902. (*Ver. Bl.* nr. 20).

II. Projektowana reforma sięga o wiele dalej. Znalazła ona wyraz w projekcie rządowym osobnej ustawy karnej dla przestępców młodocianych z r. 1907 [1], tudzież w projekcie nowego kodeksu karnego z r. 1913 (§§ 54—58.). Wprowadza ona dla przestępców młodocianych (poniżej 18 lat), prócz łagodniejszych kar (§ 56.) i uchylenia utraty obywatelskich praw honorowych, jako skutku osądzenia, cztery dotąd prawu karnemu austrjackiemu całkiem nieznane instytucje, a mianowicie: 1) odstąpienie od kary; 2) warunkowe darowanie kary; 3) wychowanie ochronne; 4) rehabilitację.

[1] Löffler. *Die Strafrechtliche Behandlung Jugendlicher,* 1908.

III. 1) Odstąpienie od kary *(Absehen von Strafe)*, (§ 54.). Może ono mieć miejsce tylko, jeżeli winowajca nie ukończył jeszcze 18 lat, dotąd nie był jeszcze karany sądownie i tylko ze zuchwalstwa, nierozwagi lub innego podobnego, o zepsuciu nie świadczącego, usposobienia, dopuścił się przestępstwa, za które ustawa przepisuje karę, nie przechodzącą 3 miesięcy pozbawienia wolności lub 1000 koron grzywien. Urządzenie to zaś wyraża się w tem, że sąd byłby mocen, w tego rodzaju przypadkach, ograniczyć się w wyroku do uznania oskarżonego winnym i do udzielenia mu poważnego upomnienia bez skazywania go na karę.

IV. 2) Warunkowe darowanie kary *(Bedingter Strafnachlass)*, (§§ 55.). O znaczeniu tej instytucji była już mowa wyżej, przy rozbiorze znanego w Belgji (1888) i Francji (1891) warunkowego zasądzenia lub zawieszenia wykonania orzeczonej kary (nr. 330).

Według projektu austr., korzystać z warunkowego darowania kary mogą przestępcy młodociani, dotąd jeszcze nie karani pozbawieniem wolności, nawet w razie zasądzenia za zbrodnię; podczas gdy do starszych przestępców dobrodziejstwo to ma móc znaleść zastosowanie tylko w razie skazania na karę, nie przechodzącą bądź trzech miesięcy pozbawienia wolności, bądź 1000 kor. grzywien (§ 51.). Sąd, przekonawszy się, z uwagi na tryb postępowania młodocianego winowajcy, na jego pobudki lub zachowanie się po spełnionym czynie, że, i bez wykonania kary, byłoby można go powstrzymać od nowych przestępstw; będzie mocen, po skazaniu go na karę, zawiesić jej wy-

konanie na przeciąg t. zw. okresu próby *(Probezeit)* a to z tym skutkiem, że, po pomyślnym przebyciu tego okresu, skazaniec miałby karę całkiem darowaną.

Z tą instytucją, projekt wiąże jeszcze inne urządzenie, oparte na wzorze amerykańskim, a znane pod nazwą wolności dozorowanej *(liberté surveillée)*. Polega ono na tem, że sąd, uznawszy to za potrzebne, powierzy osobie godnej zaufania opiekę nad winowajcą na cały czas okresu próby.

Wreszcie sąd mocen jest także na czas okresu próby dawać winowajcy pewne wskazówki, co do tego, jak ma się zachowywać, żądać od niego, by podawał mu do wiadomości każde miejsce swego pobytu, oraz zabraniać mu zamieszkiwania w pewnych miejscowościach.

Okres próby uważa się za przebyty pomyślnie, jeżeli w jego toku skazaniec ani nie oddawał się żadnemu zdrożnemu trybowi życia (pijaństwu, karciarstwu, próżniactwu); ani umyślnie i uporczywie nie przełamywał wskazówek, otrzymanych od sądu; ani nie popadł w recydywę lub nie został skazany na karę więzienną za jakiekolwiek nowe przestępstwo.

V. 3) Wychowanie ochronne *(Fürsorgeerziehung)* (§§ 57. 58.). Występuje ono dla przestępców młodocianych w dwojakiej formie, a mianowicie *a)* jako surogat kary za występki i przekroczenia, nie przechodzącej 3 miesięcy pozbawienia wolności (§ 57), i *b)* jako dodatek do kary więziennej (§ 58.).

W pierwszym przypadku sąd mocen jest w miejsce kary zarządzić wychowanie ochronne, jeżeli winowajca, który w chwili zapadnięcia wyroku nie ukończył jeszcze 18 lat, jest całkiem zaniedbany, lub jeżeli zachodzi obawa, że nikt się nim nie zajmie, a sąd uznaże zapomocą tego środka można skuteczniej niż zapomocą kary, poprawić skazańca lub zapobiec jego zgubie.

W drugim przypadku sąd mocen będzie do każdej kary więziennej dołączyć zarządzenie, że winowajcę, po odcierpieniu kary, oddać należy na wychowanie ochronne, o ile tenże w chwili umorzenia kary, a więc wejścia w tok wychowania, nie ukończyłby jeszcze 18 lat, a sąd, z uwagi na stosunki osobiste skazańca, uznałby takie wychowanie za potrzebne, dla ugruntowania spodziewanej poprawy.

VI. 4) Rehabilitacja. Patrz o tem wyżej nr. 380—389.

VII. Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie w życie projektowanej, a wyżej wyłożonej reformy prawa karnego austrjackiego w odniesieniu do przestępców młodocianych, byłoby rzeczą ze wszech miar pożądaną.

Niedojrzałość wieku jest równocześnie niedojrzałością charakteru, niedojrzałością tak dobrych, jak złych instynktów, tak szlachetnych, jak nikczemnych uczuć. Człowiek poniżej 18 lat, jeżeli spełni coś dobrego, nie może jeszcze rościć sobie prawa do tego, by wierzono w zupełności w jego cnotę; ale znów, gdy spełni coś złego, ma prawo żądać, by go nie potępiano bezwzględnie i nie wyciskano mu na czoło plamy, która jeszcze nie miała czasu odbić się na jego duszy.

Społeczeństwo wobec przestępcy młodocianego powinno rządzić się raczej wyrozumiałością niż surowością, raczej troską o sprowadzenie na dobrą drogę winowajcy, który z niej zboczył, niż obowiązkiem przeciwstawiania każdemu przestępstwu takiej kary, któraby odpowiadała wartości społecznej naruszonego dobra i rozmiarom wyrządzonej mu szkody.

A więc nie karać, lecz upominać, gdy chodzi o drobne przekroczenia, płynące nietyle z zepsucia, ile z niesforności, właściwej młodemu wiekowi. Zgoda na to, ale pod warunkiem, aby upomnienie miało charakter poważnej przestrogi, tak poważnej, iżby wbiło się w pamięć winowajcy i wstrzymywało go na przyszłość od złego. Żądałbym więc, aby, w przypadku odstąpienia od kary ustawowej, sędzia miał prawo decydowania o formie upomnienia, tak iżby nie zawsze musiał się ograniczyć do nagany słownej, lecz mógł także, gdyby tego wymagał dany stan rzeczy, chwycić się rózgi ojcowskiej (por. wyżej, nr. 274). Nie byłaby to kara sądowa, gdyż w wyroku wzmianki by o niej nie było. Sędzia skarciłby tylko winowajcę po domowemu. Cała trudność, by znaleść sędziów, do których społeczeństwo mogłoby mieć zaufanie, że umieliby odróżnić przypadki, gdzie wystarczałoby upomnienie słowne, od tych, gdzie zachodziłaby potrzeba przestrogi energiczniejszej.

Tyle co do projektowanego odstąpienia od kary.

Co się tyczy warunkowego darowania kary, to wolałbym, aby korzystanie z tego urządzenia postawić w zależności nie od tego, by odnośny skazaniec nie poniósł dotąd jeszcze żadnej kary pozbawienia wolności, lecz od tego, by nie popełnił dotąd żadnego cięższego przestępstwa, za które byłby już karany na wolności powyżej pewnej miary, np. jak, według mojego Proj. polsk., powyżej jedno-

miesięcznego więzienia (art. 81). Nie widzę bowiem dobrej racji, dlaczego ten, kto w piętnastym roku życia skazany został za jakieś drobne przekroczenie na kilka dni aresztu, już potem, ale zawsze jeszcze przed ukończeniem 18 lat, nie miałby móc korzystać z dobrodziejstwa warunkowego darowania kary.

W kwestji wychowania ochronnego sądzę, że trzeba przyklasnąć najgoręcej tej instytucji, ale pod warunkiem, iżby znalazły się organy, któreby potrafiły nadać temu wychowaniu charakter rzeczywiście ochronny. Trzeba na to ludzi, którzyby ukochali pracę nad prostowaniem tych młodych a zbłąkanych dusz, umieli być ich powiernikami i mentorami, a nie spuszczali też z oka, że nie wystarcza wypleniać z charakteru wychowanków złe dążności, lecz trzeba także przygotować ich do pewnych zajęć praktycznych, takich, któreby mogły zapewnić im na przyszłość należyte utrzymanie. Człowiek bowiem, niezdolny do zarabiania na życie, staje się niestety zbyt łatwo zdolnym do zamachów na cudze mienie i owoce cudzej pracy.

Tylko w rękach ludzi, pełnych poświęcenia, serca i rozumu, instytucja wychowania ochronnego okazaćby się mogła błogosławieństwem dla przestępców młodocianych i skuteczną tarczą dla porządku prawnego społeczeństwa.

VIII. Mój Projekt Kod. k. posunął się jeszcze dalej na drodze uwzględniania młodego wieku jako okoliczności, mającej uzasadniać pewną odrębność w sposobie karania. Stanowisko uprzywilejowane bowiem przed sądem karnym uznał on za właściwe wyznaczyć nawet przestępcom w wieku młodzieńczym od 18 do 24 lat.

Doświadczenie uczy, że dla niejednego młodzieńca najwięcej złych i niebezpiecznych pokus budzić może ten właśnie wiek, w którym wychodzi on z pod rygoru domu rodzicielskiego i porządku szkolnego i nagle, może nazajutrz po złożeniu matury, uczuje się panem wszechwładnym na drodze, otwartej do dobrego lub złego, do pracy lub do próżniactwa, do światła, którem uzdrawia nauka, lub do wyziewów, któremi zatruwa rozpusta.

Doświadczenie uczy, że niejeden młodzieniec był najpilniejszym, najpoprawniejszym i najpoczciwszym chłopcem, póki nie zaznał przynęt życia, wolnego od kontroli domu rodzicielskiego, póki, z tak zwaną wolnością akademicką, nie obudziło się w nim uczucie, że wolności tej stałaby się ujma, gdyby jakakolwiek władza miała w jakikolwiek sposób krępować jego swobodę, — póki na zdrowe ziarna, zasiane

w jego duszę przez rodziców, kapłana i nauczyciela, nie zaczęły działać destrukcyjnie jakieś nowe, z jego ogniskiem domowem niczem nie związane stosunki, jak ten chwast, jak ten kąkol, który polu pszenicznemu nie pozwala wydać owych złotych i pełnych kłosów, których dobry siewca ma prawo spodziewać się po niem.

Rzecz smutna zawsze, ale nad wszelki wyraz tragiczna wtedy, jeżeli taki na złą drogę sprowadzony młodzieniec doszedł aż do występku, może nawet aż do ciężkiej zbrodni.

Tę to kategorję przestępców młodzieńczych ma specjalnie na myśli mój Projekt w artykułach 83 i 84.

Wprawdzie w odniesieniu do nich powołane być mają do wyrokowania już zwyczajne sądy. Sąd jednak ma być tutaj mocen, przy wymiarze kary, zejść aż do połowy najniższej miary jej ustawowego zakresu i oprócz tego orzec, że, albo zaraz po prawomocności wyroku, albo po odcierpieniu przez skazańca w sposób zwyczajny jakiejś, w wyroku mającej być oznaczoną, części nałożonej kary, formą jej wykonania ma być umieszczenie winowajcy w jakimś specjalnym, na ten cel przeznaczonym, publicznym lub prywatnym zakładzie poprawczym, który ma pozostawać pod kontrolą powołanej do tego przez ministerstwo sprawiedliwości władzy.

O absorbcji kary przez środek ochronny nie może być już mowy w stosunku do przestępców młodzieńczych, co znalazło też wyraz w art 84, który przepisuje, ze przytrzymanie skazańca w zakładzie poprawczym ma trwać zawsze o jeden rok dłużej niż czas nałożonej kary (§ 1.), tudzież że w okresie, odpowiadającym karze, należy w zakładzie poprawczym traktować skazańca surowiej niż w następnym, drugim okresie, już tylko poświęconym jego reformie moralnej.

Z innych postanowień art. 84, ważnemi są jeszcze dwa, a mianowicie, że młodzieniec ma na czas przytrzymania w zakładzie poprawczym uchodzić za małoletniego (§ 3.) i że wyrok karny nie ma sprowadzać dla tego rodzaju skazańców żadnego innego uszczuplenia praw, prócz tego, które, według ustaw, wiąże się z małoletnością (§ 6.).

Projekt mój więc, co do przestępców młodzieńczych, nie sprzeniewierza się zasadzie, że trzeba każdemu przestępstwu przeciwstawić karę, dostosowaną do wartości społecznej naruszonego dobra i rozmiarów wyrządzonej szkody. Żąda on tylko, aby winę przestępcy młodzieńczego sędzia oceniał w sposób, któryby liczył się z lekkomyślnością i namiętnościami młodego wieku, i skazując go na karę, dbał także o to, aby stała się ona dla niego i zasłużoną odpłatą,

i raczej dźwignią ku powrotowi do zdrowych, z domu rodzicielskiego i szkoły zaczerpniętych, zasad, niż odepchnięciem od obcowania z porządnymi ludźmi, przez wyciśnięcie mu na czoło piętna sromotnego, które jeszcze nie miało czasu odbić się na jego duszy.

Bliżej rozpatrzyłem tę kwestję w rozprawie pod tytułem Wiek młodzieńczy przed sądem karnym (1916).