



Rafał Lemkin

**EWOLUCJA WŁADZY SĄDZIEGO KARNEGO
REFORMA PRAWA KARNEGO NA TLE STOSUNKU
JEDNOSTKI DO ZBIOROWOŚCI**

Poniższy artykuł Rafała Lemkina ukazał się w 1933 r. na łamach „Palestry” (nr 3-4, s. 158-180). W następnym zeszycie „Palestry” (nr 5/1933, s. 289-313) ukazał się artykuł pt. Specjalizacja sędziego karnego, stanowiący kontynuację rozważań przedstawionych w poniższym tekście.

W tym czasie prokurator dr Rafał Lemkin wykładał w Wolnej Wszechnicy Polskiej, współtworzył Instytut Kryminologiczny tej uczelni i przygotowywał rozprawę na temat sędziego karnego, która jeszcze tego roku ukazała się (Sędzia w obliczu nowoczesnego prawa karnego i kryminologii, Wydawnictwo Instytutu Kryminologicznego Wolnej Wszechnicy Polskiej, nr 1, Warszawa 1933, ss. 142). Artykuły wskazane na wstępie stanowią fragmenty owej książki, która ukazuje Rafała Lemkina w nieco innym świetle niż jest znany powszechnie. Książka stanowi najobszerniejsze i jedno z najciekawszych opracowań naukowych Rafała Lemkina sprzed II wojny światowej.

W tekście dokonano minimalnych zmian w zakresie ortografii i interpunkcji, a także objaśnienia niektórych pozycji w przypisach.

AJR

Jesteśmy świadkami szeroko zakrojonych reform w dziedzinie prawa karnego, nie tylko w Polsce, lecz także w szeregu państw europejskich i poza-europejskich. W Europie większość państw zreformowała swoje kodeksy karne, lub też znajduje się w stadium

ich reformowania. Nowe kod. karne wprowadzone zostały w ostatnich czasach w Polsce (1932 r.), we Włoszech (1931 r.), na Łotwie (1930 r.), w Jugosławii (1929 r.), w Danii (1930 r.), w Rosji Sowieckiej (1926 r.). Projekty kodeksów karnych opracowane zostały: we Francji (1932 r.), w Niemczech (1931 r.), w Czechosłowacji (1926 r.), w Grecji (1924 r.), w Szwajcarii (1918 r.), w Szwecji i Rumunii (1923 r.). Z krajów poza-europejskich nowe kodeksy karne wprowadzono w Chinach (1928 r.), w Turcji (1926 r.), w Argentynie, Kolumbii, Kostaryce, Peru, Tasmanii (1924 r.). Widzimy więc, iż wiele państw znalazło się w obliczu zagadnienia reformy prawa karnego. Wy tłumaczenia dla tego ogromnego ruchu reformatorskiego należy szukać w potrzebach narodowych nowopowstałych państw, w przemianach społecznych i politycznych, jakie dokonały się w świecie powojennym, oraz w przeobrażeniach samej nauki prawa karnego. Te przemiany i przeobrażenia znajdują swój wyraz w kodeksie karnym. Jednostka, rodzina, państwo, własność prywatna i inne dobra, chronione przez kodeks karny, ulegają rozmaitemu wartościowaniu, w zależności od panującej w danym społeczeństwie doktryny społeczno-politycznej. Doktryna ta ma szczególnie duży wpływ na sytuację prawną jednostki w kodeksie karnym. Kodeks karny, według słów Liszta, jest: *magna charta libertatum* obywatela, według której wolno mu czynić wszystko, co nie jest zakazane przez ustawę.

W kodeksie karnym mamy swego rodzaju negatywnie zakreśloną granicę dla sfery wolności jednostki. Granica ta będzie wyraźna i dokładnie oznaczona w kodeksie karnym tego społeczeństwa, które wysoko ceni swobodę jednostki. Przeciwnie, tam gdzie obserwujemy przewagę zbiorowości nad jednostką, ustawodawca karny, nastawiony głównie na ochronę interesów społecznych, z mniejszą precyzją będzie ustalał granice ochrony praw jednostki.

Gwarancje dla sfery praw jednostki przejawiają się przede wszystkim w kodeksie karnym w zakazie stosowania analogii, w myśl zasady: *nullum crimen sine lege*. Obywatel musi wiedzieć z góry, za co może być karany, i nie może być uzależniony od widzimisie sędziego, który określa przestępstwa i kary według swego upodobania, lub, w najlepszym wypadku, według zasad podobieństwa danego czynu z czynem przewidzianym w kodeksie. Dlatego zakaz stosowania analogii zmusił ustawodawcę do objęcia w kodeksie karnym możliwie wszystkich sytuacji karno-prawnych. Dalszą więc gwarancją dla praw jednostki jest kodyfikacja pełna i jasna, przewidująca, aż do najdrobniejszych szczegółów, wszelkie możliwości życiowe i oparta na pojęciach prawnych, nie budzących żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Dla gwarancji praw jednostki jest istotne, aby z góry było określone w kodeksie, za co jednostka będzie ukarana, a także jak będzie ukarana. Dlatego, oparty na takich pojęciach kodeks, powinien zawierać nie tylko dokładny katalog przestępstw, lecz także dokładny katalog sankcji, ściśle określonych co do rodzaju i wysokości. Kodeks taki będzie unikał kar alternatywnych i szerokich granic dla wymiaru danego środka

karnego, bowiem, jeśli granice kar będą bardzo rozpięte, obywatel ma mniejszą pewność, jak będzie w konkretnym wypadku ukarany.

Natomiast tam, gdzie sfera indywidualnych praw jednostki ustępuje miejsca interesom społecznym, spotykamy obraz zupełnie odmienny. Niema zakazu analogii, przenika ona do kodeksu, niekiedy jako wyraźny przepis ustawodawczy. Zamiast pełnej i wyczerpującej kodyfikacji, o typie kazuistycznym, spotykamy, w zależności od stopnia i rodzaju kultury prawniczej danego społeczeństwa, bądź prawo zwyczajowe, bądź kodyfikację fragmentaryczną, bądź wreszcie ustawę ramową, syntetyczną, opartą na pojęciach ogólnych, normatywnych.

Wzajemne ustosunkowanie się sfery interesów społecznych do sfery praw jednostki ma decydujące znaczenie dla roli sędziego i dla zakresu jego władzy. Mniej sprecyzowana i mniej dokładnie odgraniczona sfera praw jednostki powoduje zwiększenie władzy sędziego. Sędzia, stosując ustawę o niewyraźnych konturach, może łatwo wkraczać w zakres praw jednostki, stając się panem najdonioślejszych dóbr człowieka. Tam jednak, gdzie ustawodawca zagwarantował nietykalność interesów indywidualnych w sposób wyraźny i zdecydowany, sędzia będzie miał z konieczności ograniczone pole ruchów w obrębie przepisów kodeksu karnego. Przy stosowaniu ustawy kazuistycznej, niedopuszczającej analogii, sędzia jest związany pozytywnym przepisem i z konieczności musi stosować ustawę ściśle, staje się jakby ustami ustawy (*lex loquens*) i niczym więcej. Natomiast, przy stosowaniu prawa zwyczajowego, ustawy fragmentarycznej lub syntetycznej, sędzia ma możliwość tworzenia nowych form prawnych, bądź w drodze analogii, bądź pośrednio w drodze swobodnej interpretacji prawa. Interpretacja bowiem syntetycznego kodeksu prowadzi właściwie do tworzenia nowych norm prawnych. Władza sędziego wzrasta, przeistacza się on we współ-ustawodawcę.

Przesłanki społeczne i filozoficzne ewolucji władzy sędziego karnego

Władza sędziowska rozwijała się na tle głębokich przeobrażeń społeczno-politycznych, w toku ostatnich kilku stuleci.

W prawie karnym wieku XVI-go, XVII-go, a nawet i wieku XVIII-go, wieku absolutyzmu, obrona interesów społecznych, personifikowanych przez króla, wysuwa się na plan pierwszy. Kwestia obrony praw obywatela schodzi na dalszy plan. Prawo karne ówczesnej epoki nie zakreśla ścisłych granic dla władzy sędziowskiej: sędzia może stosować dowolnie analogję oraz kary nieprzewidziane przez ustawy, t. zw. kary nadzwyczajne¹.

¹ Porównaj: R. Garraud, *Droit pénal français [Traité théorique et pratique du droit pénal français]*, Paris, wiele wydań, m.in. Sirey 1913-1935], „En théorie, sans doute en France comme dans les autres pays de l'Europe on distinguait deux espèces des peines: les unes appelées ordinaires ou légales; étaient déterminées par les ordonnances ou par les coutumes locales; les autres appelées extraordinaires ou arbitraires comprenaient celles dont l'application était laissée par la loi ou par la coutume au pouvoir arbitraires des juges”.

Epoka racjonalizmu oparła swoje myślenie polityczne o prawa jednostki. Jednostka staje się punktem wyjścia dla doktryn filozoficznych, społecznych i politycznych tej epoki. Tendencje indywidualistyczne znajdują wymowny wyraz zarówno w dziełach angielskich poprzedników epoki oświecenia: Hobbesa, Locke'a, Hume'a, jak i przede wszystkim u encyklopedystów francuskich: Voltaire'a, Montesquieu'go, Rousseau, a także u spokrewnionego z nimi duchowo Beccarii, którego dzieło: *Dei delitti e delle pene*, jest klasyczną obroną praw jednostki przed onnipotencją władzy karzącej.

Encyklopedyści zwrócili ostrze swej krytyki przeciwko ujarzmieniu jednostki przez państwo, a w szczególności, jeśli chodzi o wykonanie państwowego prawa karania, dążyli oni do nadania mu cech legalizmu. Ponieważ sędziowie ówczesnej epoki byli zależni od władzy wykonawczej, (we Francji prokuratorzy sprawowali nadzór nad sądami), przeto encyklopedyści domagali się ograniczenia władzy sędziowskiej. Rozumowania ich szły w dwóch kierunkach: 1) należy odebrać sędziemu t. zw. prerogatywy ustawodawcze, polegające na tworzeniu w drodze analogii i w oparciu się o zwyczaje nowych stanów faktycznych, 2) należy oderwać władzę sądową od władzy wykonawczej, która wyzyskiwała sądy dla uciskania obywateli. W świetle ducha epoki nie można tłumaczyć teorii trójpodziału władz jako tendencji do rozszerzenia władzy sędziowskiej. Zasada równowagi trzech władz miała prowadzić do wzajemnego ich ograniczenia się na korzyść praw obywatela².

Gwarancje praw obywatela widzieli encyklopedyści także w pełnej i jasnej kodyfikacji, nie pozostawiającej żadnej wątpliwości pod względem interpretacji. Obawiali się bowiem, że sędzia, interpretując ustawę w wypadkach wątpliwych, może naruszyć prawo obywatela. Beccaria sprzeciwia się temu, by sędzia mógł w ogóle interpretować ustawę, tłumacząc przepisy na podstawie jej ducha. Zrozumienie ducha ustawy zależy często, jak twierdzi Beccaria, od zdolności logicznego myślenia sędziego, a czasem nawet od jego trawienia³.

W innym znowu miejscu Beccaria woła: „Szczęśliwy ten naród, którego ustawy nie są przedmiotem nauki”⁴.

Montesquieu żądał tak dokładnego tekstu ustawy, aby każdy obywatel wiedział, jakie obowiązki nakłada na niego prawo⁵.

Fryderyk Wielki, król pruski, który pozostawał pod wpływem racjonalistów, przejął od nich poglądy filozofii oświecenia na kodyfikację. W swojej *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*, która ukazała się w roku 1748 i poprzedziła projekt *Corpus Iuris Fridericiani*,

² Porównaj: Montesquieu, *De l'esprit de lois* 1. XI chap. VI; „il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparé de puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur”.

³ Porównaj Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1 cap. § 4.

⁴ Por. Ibidem, 1 cap, § 7.

⁵ Por. Montesquieu, op. cit. livre 11, chap. VI.

król Fryderyk wyraża zdanie, że prawo powinno być tak zredagowane, by „chroniło obywatela przed pomyłkami i dowolnością sędziów, przed szkodliwym wpływem doktryny i szykanami adwokatów”⁶.

To też projekt *Corpus Iuris Fridericiani*, który ukazał się w 1749 roku, zawiera charakterystyczny zakaz pisania komentarzy do tej ustawy... „Das es bei schwerer Strafe verboten werde, das niemand sich unterstehen solle einen Comentarium über das ganze Landrecht oder einen Theil desselben zu schreiben”⁷.

Idee racjonalistów odniosły zwycięstwo w Wielkiej Rewolucji francuskiej 1789 roku. Historyczna deklaracja praw człowieka i obywatela stworzyła podstawy legalizmu w ustawodawstwie karnym, przez przyjęcie zasady: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Dążność racjonalistów do pełnej kodyfikacji, tendencja legalizmu, który miał zastąpić bezprawie królewskiej epoki, znalazły posłuch wśród polityków rewolucji francuskiej. „La loi, la loi” la bouche pleine des lois – oto przysłowie, które obiegało w życiu publicznym ówczesnej Francji. Niebawem zostały one zrealizowane w postaci kodeksu karnego 1791 roku, który w sposób niezmiernie kazuistyczny i precyzyjny ujmuje stany faktyczne, usiłując w ten sposób stworzyć gwarancję dla praw jednostki. W kodeksie tym zjawia się obiektywna formułka usiłowania, oparta na pojęciu początku dokonania, która następnie poprzez *Code pénale* 1810 roku przeszła do większości kodeksów karnych XIX i początku XX stulecia. Ta obiektywna formułka miała nie dopuścić do tego, aby sędzia mógł ingerować w dziedzinę zamiarów i myśli, graniczących z wolnością przekonań i sumienia.

Rewolucyjny kodeks francuski wywarł wpływ na inne ustawodawstwa, szczególnie na Landrecht pruski 1794 roku, który zawierał w sobie także i kodyfikację prawa karnego. Kodyfikacja ta jest niezmiernie kazuistyczna. Zawiera aż 1577 paragrafów, z pośród których o kradzieży traktuje 75 §§ (§ 1108–1183), o rabunku 43 §§ (§ 1187–1230). Wprawdzie Landrecht pozwalał sędziemu stosować analogię, jednak sędzia winien był donosić szefowi resortu sprawiedliwości o każdej luce, spostrzeżonej w ustawie. Zebrane w ten sposób materiały miały służyć do odpowiedniego znowelizowania i uzupełnienia Landrechtu.

Z okresu racjonalizmu i rewolucji francuskiej władza sędziowska wyszła ograniczona i osłabiona. Ograniczenia te, jak już wyżej zaznaczyliśmy, zostały spowodowane troską o zagwarantowanie praw człowieka i obywatela.

Wiek XIX, wiek indywidualizmu liberalnego, idzie także po linii ograniczenia władzy sędziowskiej⁸. W ustawodawstwie niemieckim teren dla tego kierunku przygotowali Kant i Feuerbach.

⁶ Por. H. Drost, *Das Ermessen des Strafrichters: zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Heymann 1930, s. 100.

⁷ Por. Ibidem.

⁸ Por. T. Rittler, *Le projet de code penal austro allemand de 1927 e la defense de l'individu contre l'arbitraire du juge*, „Revue Polonaise de Legislation Civile et Criminelle – Przegląd Ustawodawstwa Cywilnego i Kryminalnego” 1930, vol. II, s. 3.

W dziele swoim *Die Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre* Kant tworzy pojęcie państwa praworządnego (*Rechtsstaat*), które określa jako „połączenie ludzi pod powagą ustaw” (*die Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen*, § 45). Głównie zadanie tak pojętego państwa Kant upatruje w zagwarantowaniu praw jednostki. Feuerbach, nawiązując do poglądów Kanta na istotę państwa, wywodzi, że porządek prawny, gwarantowany przez państwo, winien zapewniać każdemu obywatelowi taką swobodę, aby każdy mógł wykonywać własne prawo i aby nikt nie naruszał praw cudzych⁹.

Feuerbach przeciwstawia się z całą energią szerokiej władzy sędziowskiej, gdyż tworzy ona, jego zdaniem, źródło poważnych niebezpieczeństw dla jednostki. Jedynym zadaniem sędziego jest stosowanie istniejącej ustawy a nie tworzenie nowych norm prawnych, co wynosiłoby sędziego ponad ustawę. Kara nie może być zabawką w rękach sędziego a sędzia nie powinien być ustawodawcą. Taki stan rzeczy poniża powagę ustaw i obraża prawa obywatela i państwa. Feuerbach żąda więc ścisłego trzymania się ustaw i przestrzegania zasady: *nullum crimen sine lege*, żąda dokładnego ustalenia stanów faktycznych w ustawie i wypowiada się przeciwko używaniu pojęć, polegających na wartościowaniu, gdyż wywołują one niepewność co do sytuacji prawnej¹⁰.

Zarówno w swoim podręczniku prawa karnego, jak i w opracowanym przez siebie projekcie bawarskiego kodeksu karnego z 1813 roku Feuerbach tworzy tak zw. dedukcyjną metodę ustawodawczą: ustala przede wszystkim ogólne pojęcie przestępstwa, do którego dołącza kwalifikujące to przestępstwo okoliczności, ujmując je w odrębnych, rodzajowych stanach faktycznych. W ten sposób Feuerbach chciał uniknąć niebezpieczeństwa, które zachodzi dla obywateli wówczas, gdy sędziowie: „za pomocą płynnej analogii ukrywać muszą luki w ustawie (*wenn die Richter durch schwankende Analogie die Lücken des Gesetzes verbargen müssen*). Ta technika ustawodawcza Feuerbacha wywarła duży wpływ na ustawodawstwo karne XIX stulecia.

Również w dziedzinie wymiaru kary Feuerbach ograniczył władzę sędziowską. Uczynił to w myśl stworzonej przez siebie teorii przymusu psychicznego. Teoria ta głosi, że kara, którą ustawa przewiduje za przestępstwo, wytwarza w psychice obywatela taką obawę, iż powstrzymuje się on pod jej wpływem od popełnienia czynu przestępnego. Teoria przymusu psychicznego wymagała dokładnie określonych kar i doprowadziła Feuerbacha do uznania rozpiętych kar za szkodliwe. Kary takie nie zastraszają, pozwalają bowiem przestępcy

⁹ Porównaj: P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, cz. I, s. 26.

¹⁰ Porównaj P.J.A. Feuerbach, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, cz. III, s. 12. „Wenn die Begriffe des Gesetzgebers keine Grenzen haben, wenn die Merkmale des Voraussetzungen enteder gar nicht oder nur relativ oder so bestimmt dass diese Merkmale ineinanderfließen und sich nicht wieder erkennen lassen; wenn er Fälle unterscheidet deren Unterschied in concreto niemals mit Sicherheit nachgewiesen werden kann: sind dan die Gesetze – Gesetze? Ist dann der Richter – Richter?”

liczyć na względy sędziego, dlatego Feuerbach określa dla każdego przestępstwa i jego odmiany kary, mieszczące się w bardzo ciasnych granicach.

Kodeks karny pruski z roku 1851, a także i częściowo niemiecki z 1871 roku, zostały opracowane pod wpływem systematyki i metodyki ustawodawczej Feuerbacha. Rozszerzono w nich jednak nieco zakres swobody sędziowskiej.

Władza sędziowska w świetle szkoły klasycznej i pozytywnej

Ustawodawstwo karne XIX wieku znajduje się pod niepodzielnym wpływem szkoły klasycznej. Szkoła ta upatruje w karze odpłatę za zło wyrządzone społeczeństwu. Odpłata ta musi być sprawiedliwa, to znaczy: musi znajdować się w proporcjonalnym stosunku do szkody społecznej, wyrządzonej przez czyn przestępcy. Im większa szkoda, tym większa kara. Oczywiście, przy wymiarze kary bierze się także pod uwagę winę oskarżonego, która stanowi przesłankę stosowania tej kary. Wymierzanie kary według ścisłego stosunku winy do wyrządzonej szkody, miało tworzyć gwarancję dla praw jednostki. Sędzia przy wymiarze kary miał przed sobą obiektywne kryterium wyrządzonego przez przestępcę zła. Do tego kryterium musiał dostosować karę, był zatem związany. Funkcja sędziowska polegała na szukaniu stosunku pomiędzy winą i wielkością wyrządzonej szkody z jednej strony, z drugiej na dostosowaniu do tej winy proporcjonalnej kary.

Nie będziemy tu wchodzić w krytykę szkoły klasycznej, poświęcono na nią w literaturze prawniczej dużo czasu i miejsca. Przeciwnicy tej szkoły, jako główny argument przeciwko niej wysuwają niewspółmierność takich pojęć, jak wina i kara, szkoda społeczna i kara. Zwracano uwagę na to, że równanie między tymi niewspółmiernymi pojęciami jest fikcją. Godząc się w zasadzie z tą krytyką, zwracamy w tym miejscu uwagę na to, co się bezpośrednio wiąże z interesującym nas zagadnieniem. Ta fikcja dawała sędziemu przy wymiarze kary punkty orientacyjne, których się ściśle trzymał. Idee szkoły klasycznej prowadziły w rezultacie do ograniczenia władzy sędziego.

Koniec XIX i początek XX-go stulecia zwiastują nowy przełom w zakresie władzy sędziowskiej. „Szkoła” pozytywna, która przyszła po szkole antropologicznej i socjologicznej, proklamuje zasadę ochrony społecznej. Zadaniem prawa jest przede wszystkim ochrona społeczeństwa przed niebezpiecznymi przestępcami. Przestępca winien odpowiadać nie w myśl swej winy moralnej, lecz w miarę niebezpieczeństwa, jakie osoba jego przedstawia dla społeczeństwa¹¹. Jest to zasada odpowiedzialności legalnej, która przechodzi w miejsce odpowiedzialności moralnej. Ferri twierdzi, że sędzia „człowiek zrodzony z kobiety” nie ma prawa ani możliwości sądzenia winy moralnej innego człowieka. Zresztą ustalenie i wartościowanie

¹¹ Porównaj Ferri, *Sociologia criminale*, tom II, s. 374.

winy moralnej jest zadaniem należącym do etyki lub moralności, a nie do prawa. Sędzia powinien przede wszystkim ustalić, czy i o ile dany przestępca jest społecznie niebezpieczny, i w zależności od tego zastosować odpowiednią sankcję. Ferri jest przeciwnikiem kary, pojętej jako odpłata, wysuwa na jej miejsce głównie środki zabezpieczające, których celem jest zabezpieczenie społeczeństwa przed przestępcą¹². Zabezpieczenie to dokonane będzie bądź przez poprawę przestępcy, przez przystosowanie go do przyszłego życia społecznego, bądź przez izolację przestępców niepoprawnych. Ponieważ proces poprawy nie da się z góry oznaczyć, tak jak nie da się z góry oznaczyć okresu leczenia, przeto szkoła pozytywna żąda wymierzania sankcji karnej na okres nieoznaczony.

Dla jednostki i jej praw teoria szkoły pozytywnej posiada bardzo doniosłe znaczenie. Już samo wysunięcie zasady ochrony społecznej wyklucza równowagę między sferą interesów indywidualnych a sferą interesów społecznych. Dla szkoły pozytywnej człowiek będzie raczej przedmiotem prawa niż jego podmiotem. Nauka współczesna wyczuwa ten słaby punkt szkoły pozytywnej. Wyczuł go także i Ferri, kiedy swój słynny projekt kodeksu włoskiego z roku 1921 rozpoczął zasadą legalizmu, mianowicie że: środki zabezpieczające można stosować tylko wobec osób, które popełniły przestępstwo (art. 1).

Druga konferencja unifikacji prawa karnego (Rzym 1928 r.) uchwaliła tę samą zasadę¹³ legalizmu w stosunku do środków zabezpieczających. Te formalne gwarancje legalizmu są koniecznością, zwłaszcza że w ustawodawstwie zjawiają się próby rozciągania środków zabezpieczających i na te osoby, które przestępstwa nie popełniły. Znamienny jest w tym względzie projekt kodeksu karnego dla Chile z roku 1929¹⁴.

Te formalne gwarancje legalizmu nie wystarczają jednak, by zapewnić obywatelowi nietykalność jego sfery indywidualnej. W obliczu tak płynnej instytucji, jak stan niebezpieczeństwa, i tak przemożnego środka ingerencji sędziowskiej, jakim jest stosowanie sankcji na czas nieograniczony, sfera wolności obywatela kurczy się zastraszająco.

Stosunek szkoły pozytywnej do funkcji sędziowskiej jasno wynika z przytoczonych przez nas jej zasad. Sędzia uzyskuje bardzo dużą władzę. Zastąpienie obiektywnego kryterium wymiaru kary (wielkość wyrządzonej szkody) przez kryterium nieokreślone, jakim jest stan niebezpieczeństwa, prowadzi do rozszerzenia granic swobodnego uznania sędziowskiego. Przecież szkoda wyrządzona jest pojęciem znacznie bardziej uchwytnym, niż niebezpieczeństwo, które tkwi w osobie sprawcy. Poza tym możliwość stosowania sankcji

¹² Ferri nazywa je „sanzioni sociali”.

¹³ Por. *Actes de la deuxième conférence internationale d'unification du droit pénal* (Rome 21–25 mai 1928), tom VI, s. 129. Por. także *ibidem* s. 23, referat prof. Rappaporta, pod tytułem: *Nature et garanties juridiques de mesures de sûreté*.

¹⁴ Por. *Encyklopedia Podręczna Prawa Karnego*, pod redakcją prof. Makowskiego, zeszyt III-ci, art. Lemkina p. t. *Chile*.

na czas nieograniczony czyni sędziego panem wolności oskarżonego, i to nawet po rozprawie sądowej.

Ferri był zwolennikiem szerokiej władzy sędziowskiej a niebezpieczeństw, jakie z tak szerokiej władzy dla praw jednostki wynikają, chciał uniknąć przez dobór sędziów o wysokich kwalifikacjach zawodowych i osobistych¹⁵.

Szkoła pozytywna nie doznała zbyt przychylnego przyjęcia w nauce. Jednak poszczególne istotne jej instytucje zostały ostatnio zrealizowane przez szereg kodeksów karnych (środki zabezpieczające i wyroki nieoznaczone). Czym to zjawisko można wytłumaczyć?

W pierwszym rzędzie wchodzi tu w rachubę zagadnienia polityki kryminalnej, dla których szkoła pozytywna daje śmiałe rozwiązanie. Podnieść przy tym należy, że wprowadzenie do ustawodawstwa tych instytucji szkoły pozytywnej, które ograniczają sferę praw jednostki, nie natrafiło w ostatnich czasach na takie trudności natury społeczno-politycznej, na jakie natrafiłoby przed niedawnym jeszcze czasem. Jesteśmy bowiem świadkami tworzenia się w wielu państwach przewagi sfery interesów społecznych nad indywidualnymi. Jednostka i jej prawa odchodzą na plan drugi wobec interesu państwa lub społeczeństwa. Jaskrawym tego przykładem są panujące dziś w Europie doktryny społeczno-polityczne, jak: faszyzm, socjalizm, bolszewizm, etatyzm, solidaryzm.

Poza tym należy w ogólności stwierdzić, jako zjawisko charakterystyczne dla wielu państw, że w naszych czasach sfera wolności obywatela w państwie ogromnie się skurczyła. Prawa polityczne nie czynią jeszcze człowieka wolnym. Obywatel współczesnego państwa jest związany nieskończoną ilością przepisów prawnych. Ani prawo wykonywania zawodu, ani prawo własności nie jest dziś nieograniczone. Człowiek w społeczeństwie nie jest izolowany, jest związany z pewnym kolektywem więzami gospodarczymi, bądź prawnymi, korporacyjnymi itd. W tym stanie rzeczy jednostka korzysta ze wzmożonej ochrony państwa, szczególnie w dziedzinie opieki społecznej, ochrony pracy itd., lecz w zamian za to ingerencja państwa w sferę osobistą obywatela jest dziś większa niż kiedykolwiek przedtem.

Dlatego również w dziedzinie walki z przestępczością państwo współczesne wkracza coraz dalej w sferę praw jednostki¹⁶.

Nie twierdzimy bynajmniej, że wskazane wyżej przemiany społeczno-polityczne dały bezpośredni impuls w kierunku uszczuplenia praw jednostki w zakresie prawa karnego, należy jednak stwierdzić, że były one poważną przyczyną, która zmniejszyła opór ustawodawcy przy realizowaniu tych form ustawodawstwa karnego i tych instytucji prawa, które w konsekwencji doprowadziły do uszczuplenia praw jednostki. Mamy tu na myśli wprowadzenie przez szereg kodeksów swoistej techniki ustawodawczej oraz instytucji zapoży-

¹⁵ Por. Ferri, op. cit., tom. II, s. 380.

¹⁶ Porównaj prof. Eberhard Schmidt, *Strafrechtsreform und Kulturkrise*, J.C.B. Mohr 1930, s. 14.

czonych ze szkoły pozytywnej, jako też ogólną tendencję do subiektywizacji prawa karnego.

Wpływ nowoczesnej techniki ustawodawstwa karnego na zakres władzy sędziowskiej

Kodeksy karne i projekty kodeksów karnych współczesnych posiadają formę zwartą, syntetyczną w odróżnieniu od kodeksów starszego typu, które przeważnie były zredagowane w sposób kazuistyczny. Zewnętrznie przejawia się to cho-

by w stosunkowo małej liczbie zwięźle zredagowanych artykułów nowoczesnych kodyfikacji karnych. Dla przykładu przytoczyć można, iż np. K.K. z 1932 r. liczy 295 artykułów, projekt kodeksu karnego niemieckiego 374 artykuły, projekt K.K. czeskiego z 1926 r. – 332 artykuły, K.K. sowiecki z 1926 r. – 198 artykułów, duński – 305 artykułów, projekt szwajcarski 1918 r. – 424 artykuły.

Inaczej rzecz się przedstawia z dawnymi kodeksami. Ich kazuistyczna forma przejawia się zewnętrznie w dużej ilości artykułów. I tak: np. K.K. rosyjski z r. 1903 liczył 697 artykułów, ustawa karna austriacka z 1852 roku – 525 artykułów, kodeks karny niemiecki z roku 1871 liczył wprawdzie formalnie 310 artykułów, ale faktycznie liczba ich była znacznie większa, z powodu wielkiej liczby artykułów dodatkowych.

Dla zilustrowania różnicy w dawnej i nowoczesnej technice ustawodawczej przytoczymy przykład sposobu skodyfikowania przez kodeksy stare i nowe dwu najbardziej typowych przestępstw: kradzieży i zabójstwa. Jeśli chodzi o kradzież, to kazuistyczne kodeksy dzielnicowe starały się przewidzieć wszelkie możliwe sposoby działania i rodzaje przedmiotów przestępstwa, oraz określić stosunek złodzieja do poszkodowanego. Dlatego spotykamy stany faktyczne, jak np.: kradzież w dzień i kradzież w nocy, z włamaniem i bez włamania, w budynku, w którym znajdował się człowiek, albo z pomieszczenia niezamieszkanego, kradzież broni i kradzież koni (art. 581 – 588 K.K. z roku 1903) kradzież na szkodę krewnych, opiekunów lub wychowawców, kradzież z budynków pocztowych, kradzież pakunków podróżnych (art. 242 – 248 K.K. niem. z 1871 r.), kradzież drzewa, ryb ze stawu, narzędzi rolniczych z pola itd. (art. 171 – 189 K.K. austr. z roku 1852). Z powodu tej kazuistyki przestępstwo kradzieży ujęte jest: w K.K. rosyjskim z 1903 r. w ośmiu artykułach, w kodeksie karnym niemieckim w siedmiu artykułach, w kodeksie austriackim w dziewięciu artykułach, przyczem artykuły te dzielą się jeszcze na pokazną liczbę punktów.

Syntetyczny kodeks polski z 1932 roku załatwia całą kwestię kradzieży w jednym jedynym artykule 257-ym, nie podając okoliczności kwalifikujących, jedynie w § 2 mówi „o wypadkach mniejszej wagi”. Obce kodyfikacje nowoczesne ujmują przestępstwo kradzieży również w sposób syntetyczny, tak np. projekt szwajcarski w jednym artykule (§ 120), wyróżniając wśród nielicznych okoliczności kwa-

lifikujących szczególnie niebezpieczny charakter sprawcy; projekt czeski w dwóch paragrafach (§§ 315–316); niemiecki w trzech paragrafach (§§ 328–331); kodeks włoski zamyka tę kwestię w czterech artykułach, podając nieliczne, niezmiennie charakterystyczne dla praktyki okoliczności kwalifikujące, jak: kradzież rzeczy wspólnych, lub na szkodę spadkobierców (art. 624–627).

Również w przykładzie zabójstwa rzucają się w oczy różnice, jakie zachodzą między techniką ustawodawczą nowego i dawnego typu. Kodeks karny rosyjski z 1903 roku, ujmując zabójstwo aż w 9 artykułach (art. 453–461) operuje ogromną ilością okoliczności kwalifikujących, jak: zabójstwo krewnych, duchownych, majstrów przez czeladników, zwierchników, urzędników, otrucie, zabójstwo z zasadzki, zabójstwo przy przekroczeniu granic obrony koniecznej itd. Kodeks austriacki wprowadził podział na: morderstwo i zabójstwo, a dla morderstwa stwarza aż cztery typy: skrytobójstwo, morderstwo rozbójnicze, morderstwo zamówione (do którego trzecia osoba kogoś wynajęła lub w inny sposób do popełnienia namówiła), wreszcie morderstwo pospolite (§§ 134–142).

Kodeks polski z 1932 r. ujmuje zabójstwo w trzech artykułach (§§ 225–227), projekt czesko-słowacki z 1926 roku ujmuje zabójstwo w dwóch artykułach (§§ 271–272).

Jak z powyższych przykładów widzimy, ustawodawca dawniejszy tworzył nie tylko typ przestępstwa, lecz starał się także dokładnie przewidzieć wszelkie jego odmiany i odpowiednio je zakwalifikować. Mając przed sobą konkretny wypadek, sędzia musiał podciągnąć go pod odpowiadający sytuacji życiowej stan faktyczny jednego z artykułów, dotyczących danego przestępstwa. Przy takim kwalifikowaniu przestępstwa władza sędziego była bardzo ograniczona.

Inaczej przedstawia się sprawa przy stosowaniu kodeksu typu współczesnego. W kodeksie tym ustawodawca tworzy jedynie ogólne pojęcie przestępstwa, opierając to pojęcie na istotnych znamionach stanu faktycznego. Odmianami czynu przestępnego, w postaci czynów kwalifikowanych, i wartościowaniem tych odmian ustawodawca współczesny albo się wcale nie zajmuje, albo czyni to w bardzo szczupłym zakresie, uwzględniając najkonieczniejsze i najważniejsze wypadki. Sędzia, który ma osądzić konkretny wypadek, będzie zupełnie swobodnie podciągał sytuację wytworzoną przez sprawcę pod generalny stan faktyczny. Wartościowanie okoliczności czynu zależeć będzie w zupełności od swobodnego jego uznania. Jeżeli na przykład ustawa dawnego typu z góry kwalifikowała zabójstwo z zasadzki jako przestępstwo cięższe, zmuszając sędzię do stosowania surowszej kwalifikacji karnej, ustawodawstwo nowoczesne kwestii oceny sposobu działania sprawcy nie przesądza z góry, pozostawiając tę ocenę swobodnemu uznaniu sędzię w ramach części ogólnej kodeksu (art. 54 K.K.). Widzimy więc, że syntetyczna forma kodeksu nie pozostała bez wpływu na zakres władzy sędziowskiej. Władza sędziowska pod rządem kodeksu o takiej technice ustawodawczej

doznała znacznego rozszerzenia w zakresie kwalifikacji prawnej czynów przestępnych.

Synteza ustawodawcza operuje, jak już zaznaczyliśmy, ogólnymi pojęciami czynu przestępnego. Taka metoda, starająca się uchwycić istotne momenty pojęcia przestępstwa w ramowej formułce, pod którą można byłoby podciągnąć możliwie największą ilość sytuacji przestępnych, operuje przeważnie pojęciami ogólnymi. Często spotykamy w syntetycznej technice ustawodawczej pojęcia, polegające na wartościowaniu, jak: złe obchodzenie się, złośliwe uchylanie się od wykonania obowiązku (art. 201, § 1 K.K. z 1932 r.), starania konieczne do utrzymania życia lub zdrowia (art. 252), wywieranie wpływu na czynności zrzeczenia prawa publicznego lub posłów (art. 114–116), charakter pornograficzny (art. 214), znaczne rozmiary niebezpieczeństwa (art. 217), wyzywające zachowanie się pokrzywdzonego (art. 239 § 2), życie rozrzucone (art. 273 i 275) itd. Pojęcia te nie są ściśle określone, nie posiadają obiektywnych znamion. Sędzia, określając w konkretnym przypadku, że pewne działanie odpowiada treści takiego ogólnikowego, ustawowego pojęcia, ustala pewną normę prawną dla tego przestępnego działania. Sędzia staje się jakby współ-ustawodawcą, on nie tylko stosuje normy prawa, lecz tworzy je nawet. Z punktu widzenia przemiany techniki ustawodawczej z kazuistycznej na syntetyczną nie są już aktualne rozważania na temat, czy sędzia powinien trzymać się ściśle liter prawa, czy też może swobodnie interpretować ustawę. Synteza ustawodawcza uczyniła tę swobodną interpretację sędziowską rzeczą konieczną. Ona nie tylko pozwoliła sędziemu interpretować szeroko przepisy ustawy, lecz zmusiła go do tego.

Niektóre kodeksy, nie zadawalając się syntetyczną formą ustawodawstwa, widocznie w obawie, że nie podoła ona wymogom życia, wprowadzają zasadę analogii. Wprowadzają ją przy tym nie tylko kodyfikacje, hołdujące radykalnym poglądom społecznym, jak np. kodeks karny Rosji Sowieckiej z 1926 r. (art. 16) lub jak to proklamowała Republika Rad Żołnierskich w Bawarii (1918 r.) oraz republika komunistyczna na Węgrzech w 1918 r. Analogia zjawiała się także w kodeksie karnym tak demokratycznego państwa, jakim jest Dania (art. 1 K.K. duńskiego z 1930 r.). Nawet w literaturze pojawiają się żądania dopuszczenia analogii do prawa karnego. Exner twierdzi, że wzorem prawa cywilnego i konstytucyjnego należy analogię wprowadzić do prawa karnego¹⁷, aby sędziemu dać swobodę w walce z przestępstwem. Nie można zgodzić się z tym żądaniem Exnera. Analogia mogła być potrzebna sędziemu przy ustawie kazuistycznej, kiedy sędzia stwierdzał lukę w ustawie, której nawet nie przewidział tak drobiazgowo wszystko przewidujący ustawodawca. Tam sędzia

¹⁷ Porównaj Exner, *Recht und Richteramt* [F. Exner, *Gerechtigkeit und Richteramt*, Leipzig 1922], s. 50. „Ist es nichts über dies ein schreiender Widerspruch, dass bei Auslegung der Verfassung Analogie zu lessig ist. Bei der Auslegung des Strafgesetzbuches nicht? Den wir also das Strafgesetzbuch strenger interpretieren müssten als die Verfassung selbst, die doch Grundlage ist für alle Bürgerfreiheit und alles Bürgerrecht?”

był związany ściśle sprecyzowanymi stanami faktycznymi, dziś przy ramowych stanach faktycznych, luki w ustawie są teoretycznie wykluczone. A jeżeli nawet znalazłaby się taka luka, sędzia może ją łatwo wypełnić przez interpretację rozciągniętych pojęć, na których zbudowane są nowoczesne stany faktyczne. Jesteśmy więc świadkami wkraczania nowych, syntetycznych form na miejsce ustępujących kazuistycznych form ustawodawstwa. Czy tę syntetyczną formę kodeksu uważać za zjawisko pożądane?

Odpowiedź na to pytanie w zasadzie wypaść musi twierdząco. Życie współczesne coraz bardziej komplikuje się, koniunktury społeczne i gospodarcze ulegają szybkim zmianom, uprzemysłowienie życia, „uspołecznienie” człowieka, uzależnienie jego egzystencji od innych ludzi, powiększenie się płaszczyzny tarć pomiędzy ludźmi wskutek wzrastających trudności egzystencji, wszystko to, w związku z ogólnym obniżeniem moralności w okresie powojennym, stwarza niezwykle liczne możliwości powstania coraz to nowych typów przestępstw, o których nie tylko filozofom ale i ustawodawcom się nie śniło.

Dla przykładu można zacytować jedno z zupełnie nowych przestępstw, które w ostatnich czasach w bardzo dużej ilości pojawiło się na terenie większych miast: A. zakłada przedsiębiorstwo i, nie mając odpowiednich kapitałów, drogą ogłoszeń podaje do wiadomości, że poszukuje pracowników z kaucjami. Od zgłaszających się żąda kaucji, namawiając ich jednak do zawarcia z nim umowy pożyczki na sumę kaucyjną, obiecując przytem płacić wysoki procent. W rezultacie pracownik za możliwość uzyskania pracy udziela przedsiębiorcy procentowej pożyczki na sumę równą żądanej kaucji. Przedsiębiorstwo, które z reguły w tych wypadkach pozbawione jest solidnych podstaw finansowych, wkrótce upada. Pieniądze pracowników pozostają u przedsiębiorcy, który pożyczek nie zwraca, tłumacząc się, że nie ma gotówki.

Przedsiębiorca nie odpowiada z rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o kaucjach, gdyż pieniądze, które wręczyli mu pracownicy, były pożyczką, co stwierdzają umowy i wymówiony przez pracowników procent. Nie odpowiada również za oszustwo, gdyż według ustalonych pojęć, działanie oszukańcze musi być równoczesne z zamiarem oszukania. Przykładów takich sytuacji, kiedy wyobrażenia ustawodawcy okazuje się uboższa niż wyobrażenia przestępcy, można by przytoczyć znacznie więcej. W tym miejscu chodzi jedynie o stwierdzenie, że tylko syntetyczny, ramowy przepis może podołać zmiennym koniunkturom i przemysłowości przestępców, którym nie można odmówić ani fantazji, ani inteligencji.

Wyższość formy syntetycznej nad kazuistyczną uznają dziś zarówno nauka jak i praktyka ustawodawcza. Kongres prawa porównawczego odbyty w Hadze w roku 1932, zalecił dla ustawodawstwa elastyczną formę syntetyczną, pozostawiającą szerokie pole działania dla orzecznictwa sądów¹⁸.

¹⁸ Por. Milton Colvin: *The International Congress of Comparative Law*, „Tulane Law Review”, s. 80.

Uznając syntezę ustawodawczą za formę najbardziej dostosowaną do wymagań współczesnego życia, należy zastrzec się jednak przeciwko nadmiernemu upraszczaniu przepisów ustawy. Synteza nie może iść tak daleko, aby pomijała jakikolwiek istotny punkt stanu faktycznego, bądź przemilczając go, bądź wybierając dlań zbyt ogólnikową formę. Nadmierne używanie pojęć płynnych, polegających na wartościowaniu, jest także szkodliwe. Prof. Dohna nazywa takie pojęcia: „ausfüllungsbedürftige Werthülsen”, twierdząc, że te „łuski” sędzia będzie wypełniał zupełnie dowolnie, często ze szkodą dla obywatela¹⁹.

Istotnie nie można nie dostrzec niebezpieczeństw, grożących prawom jednostki ze strony kodyfikacji, operującej zbyt ogólnikowymi pojęciami. Może to doprowadzić do kryzysu zaufania do ustawy. Mądry ustawodawca będzie więc szukał pośredniej drogi i takiej techniki, która by nawet do syntezy ustawodawczej wprowadziła najściślejsze pojęcia. Tam gdzie tego uczynić nie będzie można, będzie się starał ilość pojęć ogólnikowych ograniczyć do minimum. Ta droga prowadzi ustawodawcę pomiędzy ścisłą dogmatyką a płynną polityką kryminalną, między ścisłością ustawy a swobodą sędziowską, wreszcie między interesem ochrony społecznej a gwarancjami praw jednostki.

Władza sędziowska w świetle subiektywizacji prawa karnego

Nowoczesne prawo karne hołduje zasadzie subiektywizmu. Ustawodawca stara się przeniknąć jak najgłębiej w psychikę przestępcy. Aby ustalić nie tylko jego winę, lecz także by poznać wartość etyczną człowieka, lub jego szkodliwość społeczną. Subiektywizm jest wspólną cechą większości kodyfikacji współczesnych. Wiąże się to oczywiście z nowoczesną tendencją prawa karnego, upatrującą punkt wyjścia dla zagadnień prawa karnego nie tyle w przestępstwie, ile w samym przestępcy. Subiektywizm przesuwając dociekania sędziego ze zdarzeń świata zewnętrznego na wewnętrzny świat psychiki przestępcy. O ile obiektywizm w prawie karnym zwracał uwagę głównie na zmiany w świecie zewnętrznym, wywołane przez przestępstwo, o tyle subiektywizm każe sędziemu badać, jakie czynniki w psychice przestępcy wywołały te obiektywne zmiany. Subiektywizm pozwala sędziemu iść dalej, nie oglądając się wyłącznie na obiektywne przesłanki, dokonanych w świecie zewnętrznym zmian. Dla sędziego oznacza to otwarcie na oścież wrót do domeny praw jednostki. Poniżej przytoczone przykłady pozwolą nam wykazać, że subiektywizm taki właśnie wpływ wywiera na władzę sędziego.

Usiłowanie

Pierwszego takiego przykładu dostarczy nam instytucja usiłowania. Ustawodawstwa karne dawnego typu opierały się głównie na

¹⁹ Por. *Mitteilungen der I. K. V. Neue Folge*, s. 19.

formułce usiłowania, zapożyczonej z kodeksu francuskiego 1791 r. i *Code pénal* 1810 r. Formułka ta, wymagając dla stwierdzenia usiłowania początku wykonania zamierzonego przestępstwa, tworzyła przez swoją obiektywną szatę granice dla praw jednostki, będące zarazem granicami dla ingerencji sędziego. Ta formułka, jak już wyżej zaznaczyliśmy, powstała w dobie rewolucji francuskiej, w epoce legalizmu. Względy kryminalno-polityczne domagały się jednak rewizji tego stanowiska. Nie zawsze celowym jest czekać z represją karną na chwilę, w której sprawca rozpocznie wykonanie przestępstwa. Skoro sprawca zrobił już wszystko, aby przystąpić do początku wykonania, i wykazał wysoce antyspołeczne zachowanie się, nie powinien ująć bezkarnie z powodu formalizmu ustawodawcy. Dlatego i nauka i nowoczesne kodyfikacje coraz częściej zrywają z formułką początku wykonania (teoria przedmiotowa), przenosząc punkt ciężkości na uzewnętrznienie zamiaru wykonania przestępstwa (teoria podmiotowa). Zwrot w kierunku subiektywizmu widzimy w uchwale I-szej Międzynarodowej Konferencji Unifikacji Prawa Karnego, (Warszawa, 1927). Na podstawie referatu prof. Makowskiego konferencja przyjęła następującą formułkę usiłowania: „Il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par la mise en oeuvre des moyens destinés à accomplir ce crime ou ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur”²⁰.

Kodeks karny 1932 roku używa także formułki subiektywnej, określając usiłowanie jako działanie przedsięwzięte w zamiarze popełnienia przestępstwa i skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru. Również i inne kodyfikacje współczesne, jak projekt kodeksu niemieckiego z 1930 r. (§ 26), kodeks duński z 1930 r. (art. 31) poszły po linii subiektywizmu.

Ustawodawstwo karne francuskie, które, jak zaznaczyliśmy, było wzorem dla obiektywizmu w dziedzinie usiłowania, zrywa teraz w zasadzie z tą teorią, wprowadzając w art. 105 K.K. projektu francuskiego Kodeksu Karnego z 1932 r., obok starej formułki początku wykonania, alternatywnie także drugą, subiektywną formułkę, w postaci działań, zmierzających bezpośrednio do wykonania²¹.

Kodeks włoski z 1930 r. (art. 56) w definicji usiłowania nawiązuje do słynnej subiektywnej formułki Carrary: „qualunque atto esterno univocamente conducente ad un evento criminoso”.

Jako najważniejszą konsekwencję tego podmiotowego stanowiska ustawodawcy wymienić należy zasadnicze zatarcie granic między właściwym usiłowaniem a czynnościami przygotowawczymi. To też ustawodawca nowoczesny nie zadaje sobie trudu określania pojęcia czynności przygotowawczej, jak to czynił kodeks karny rosyj-

²⁰ Porównaj: *Actes de la conférence de Varsovie*, Paris, Sirey 1929, s. 134.

²¹ Porównaj art. 105 cytowanego projektu: „Toute tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution ou par des actes tendant directement à le commettre”.

ski (art. 52 K.K. z 1903 r.). Podczas debat parlamentarnych nad projektem kodeksu włoskiego, prezydent sądu kasacyjnego w Rzymie, Alosi, przyznał, że w nowym prawie karnym zanika różnica między usiłowaniem a czynnościami przygotowawczymi²². Prof. Kohlrausch twierdzi, że nowoczesna subiektywna teoria usiłowania zagraża wolności obywatela, oddając go w ręce wszechwładnego sędziego. W myśl bowiem tej teorii nic nie stoi na przeszkodzie temu, by sądy uznały za przestępstwo przygotowanie środka do popełnienia przestępstwa lub udanie się na miejsce przestępstwa²³.

Istotnie, w tym stanie rzeczy nie ustawodawca, lecz sędzia będzie decydował o tym, co należy uważać za przestępstwo. Sędzia będzie według swego uznania tworzył stany faktyczne usiłowania i na domiar wszystkiego może za nie karać tak jak za dokonanie²⁴.

Ten niepomiaralny wzrost władzy sędziowskiej ujawnia się także i w tym, że niektóre kodyfikacje uzależniają karalność usiłowania nieudolnego od uznania sędziego.

Zasada: „ignorantia iuris non nocet”

Subiektywizm współczesnego ustawodawcy prowadzi do przełamania uświęconej przez wieki zasady prawa karnego, głoszącej iż nieznaną przestępstwa nikt nie może się tłumaczyć; *ignorantia iuris nocet*. Skoro dzisiaj w prawie karnym usiłujemy zgłębić psychikę przestępcy, w szczególności jego stosunek do przestępstwa, ustawodawca, nie chcąc być niekonsekwentny, nie może przejść do porządku dziennego nad taką sytuacją, kiedy przestępstwo formalnie istnieje, ale nie jest ono objęte psychiką sprawcy, w szczególności jego świadomością. Będzie to miało miejsce np. w wypadku, gdy obywatel, wracający do kraju z zagranicy, przekroczy przepisy walutowe, wydane podczas jego nieobecności, a o których on nie słyszał. Wypełnił on wprawdzie formalnie stan faktyczny przestępstwa, jednak nie uświadamiał sobie tego, iż czyn jego jest przestępstwem, i, co za tym idzie, nie miał woli popełnienia przestępstwa, którego by zapewne nie popełnił, gdyby o istnieniu przekroczonych przepisów wiedział. Nie można tu mówić o szkodliwości społecznej takiego przestępcy. Kwestia ta jest szczególnie aktualna w ostatnich czasach, kiedy ilość ustaw wzrosła w zastraszający sposób, a maszyna ustawodawcza zasypuje wprost obywatela coraz to nowymi ustawami i rozporządzeniami. Obywatel staje się coraz bardziej niewolnikiem tych przepisów prawnych, z których każdy nakazuje mu działanie lub zaniechanie. Jest on dziś „lege adscriptus”, tak jak ongiś chłop pańszczyźniany był „glebae adscriptus”.

²² Porównaj: *Verballi Commissione Parlamentare: Lavori preparatori*, vol. VI. Atti delle commissioni parlamentari, s. 95 „La distinzione fra atti preparatori e atti esecutivi e abbandonata definitivamente del progetto”.

²³ Porównaj artykuł p. Kohlrauscha w zbiorze: *Reform des Strafrechts*, Berlin 1926, s. 30.

²⁴ Porównaj art. 24 § 1 K.K. polskiego z 1932 r., § 18 proj. K.K. czeskiego, art. 21 K.K. duńskiego, art. 105 proj. K.K. francuskiego z 1932 r.

W dzisiejszych czasach znajomość prawa przez obywatela jest fikcją. Nie tylko przeciętny obywatel, lecz nawet prawnik niejednokrotnie nie może opanować całej, niezliczonej wprost masy aktów ustawodawczych. Charakterystyczną tego ilustracją jest przykład Niemiec, które w czasie wojny, w okresie inflacji ustawodawczej zmuszone były pomyśleć o stworzeniu specjalnego urzędu informacyjnego, w którym każdy obywatel mógł się dowiedzieć, czy zamierzony przez niego czyn jest zakazany przez jakiś przepis prawa, czy nie²⁵.

Kodeks karny z 1932 roku realizuje zasadę: *ignorantia iuris non nocet*, pozwalając sędziemu stosować nadzwyczajne łagodzenie kary w wypadku usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu. Projekt czeski z 1926 roku idzie jeszcze dalej, pozwalając sędziemu na uwolnienie od kary w analogicznym wypadku. Spotykamy się więc tutaj z niezmiernie charakterystycznym przejawem wzrostu władzy sędziego. Podstawą państwowego prawa karania jest jego powszechność, polegająca na tym, że ustawa obowiązuje w równym stopniu wszystkich obywateli. W zasadzie żaden obywatel nie może być wyjęty spod działania prawa karnego, ustawodawca jednak daje sędziemu możliwość ograniczenia zasady powszechności prawa karnego w stosunku do obywatela, który udowodni, że miał usprawiedliwiające powody, dla których nie zna ustawy. Czy ta nieświadomość była usprawiedliwiona orzeka sędzia na podstawie swobodnej oceny faktów i czynników subiektywnych, odnoszących się do oskarżonego. Idea ta, w zasadzie tak słuszna, rozszerza znowu władzę sędziowską.

Uczestnictwo

Ten sam objaw rozszerzenia władzy sędziowskiej stwierdzić można na podstawie zmiany konstrukcji uczestnictwa. Ustawodawstwo karne dawnego typu stoi na stanowisku winy akcesoryjnej, polegającej na uzależnieniu odpowiedzialności uczestników od czynu głównego sprawcy. Jeśli A namawia B do kradzieży, to A odpowiadać będzie tylko wtedy, gdy B, ukradnie, w przeciwnym razie odpowiadać nie będzie.

Podstawą odpowiedzialności przy tej konstrukcji jest zawsze przestępstwo, spełnione przez jednego z uczestników, jest to więc kryterium obiektywne. Subiektywizm w prawie karnym doprowa-

²⁵ Porównaj E. Schiffer, *Die deutsche Justiz* [Die deutsche Justiz: Grundzüge einer durchgreifenden Reform, O. Lipebmann 1928], s. 88. Autor podaje: że w listopadzie 1916 r. zgłosił wniosek o utworzenie urzędu informacyjnego, który miałby za zadanie udzielanie informacji co do rozporządzeń wojennych. (Druk „Reichstagu” Nr. 488). Reichstag wniosek ten przyjął, lecz Rada Związkowa nie zatwierdziła go, podając w motywach, że aczkolwiek uznaje zasadność wniosku, odmawia jednak zatwierdzenia go z tego powodu, iż warunki nie pozwalają na wprowadzenie go w życie. Rada Związkowa poszła inną drogą, 18 stycznia 1918 r. wydano rozporządzenie, w myśl którego dopuszczalne było zaniechanie ścigania przestępstw, przewidzianych w rozporządzeniach gospodarczych, jeśli oskarżony działał pod wpływem niezawinionego błędu co do istnienia lub zastosowania naruszonego przepisu.

dził do zarzucenia zasady winy akcesoryjnej i do rozbicia konstrukcji udziału w przestępstwie. W myśl zasad subiektywizmu, odpowiedzialność jest ściśle osobista, każdy odpowiada za własną tylko winę i odpowiedzialność ta nie może być uzależniona od działania innego człowieka. Na terenie instytucji uczestnictwa subiektywizm prowadzi więc do zasady indywidualizacji winy. Porzucenie konstrukcji udziału w przestępstwie spotykamy w kodeksie karnym norweskim z 1902 roku, który pierwszy z kodeksów doby współczesnej zrealizował zasady subiektywizmu w większym zakresie. Spotykamy tam stany faktyczne tego rodzaju, jak zawarty w § 174, „kto monetę podrabia, lub przy tym współdziała”, ten zatem kto współdziała w dokonaniu przestępstwa, popełnia samoistne przestępstwo. Kodeks karny z 1932 r. w art. 28 mówi wyraźnie: „podżegacz i pomocnik ponoszą odpowiedzialność w granicach swego zamiaru, niezależnie od odpowiedzialności osoby, która zamierzonego czynu dokonała lub miała dokonać”. Przy takiej konstrukcji znika obiektywne kryterium karalności w postaci dokonanego przestępstwa, ustępując miejsca kryterium subiektywnemu w postaci zamiaru. Znika znaczenie wspólnego czynu, jako podstawy jednolitej odpowiedzialności wszystkich współuczestników przestępstwa. Odtąd każdy z nich odpowiada tylko za siebie, tylko w granicach swego zamiaru (*quot delinquentes, tot delicta*).

Oczywiście, zamiar ten będzie ustalał sędzia na podstawie okoliczności faktycznych, które będzie oceniał według swobodnego uznania. Przemiana w konstrukcji współuczestnictwa, idąca w kierunku subiektywizmu i indywidualizacji winy przyniosła znowu rozszerzenie władzy sędziego. Ustalenie odpowiedzialności już na podstawie zamiaru tworzy znacznie mniejsze gwarancje praw jednostki, niż ustalenie, oparte na podstawie dokonanego przestępstwa. Pociąga to za sobą dalsze powiększenie władzy sędziego.

Wpływ procesu personifikowania się prawa karnego na władzę sędziowską

Subiektywizacja prawa karnego, zainteresowanie się stosunkiem przestępcy do przestępstwa, usiłowanie zgłębienia psychiki sprawcy, w związku z dokonanym przezeń czynem przestępnym doprowadziło w rezultacie do tego, że do prawa karnego wkroczył żywy człowiek. Jesteśmy świadkami ciekawego procesu, zachodzącego w ustawodawstwie karnym, procesu, który można by nazwać, personifikowaniem instytucji prawa karnego. Zamiast recydywy, jako formułki zawierającej okoliczność obciążającą, zjawia się przestępca zawodowy, jako typ przestępczy, wymagający odrębnego traktowania (art. 60, § 2). Zamiast traktowania nałogu, jako okoliczności obciążającej, wprowadzono do ustawy typ przestępcy nałogowego (art. 60, § 2, przestępca z nawyknięcia). Zjawia się także typ przestępcy grożącego niebezpieczeństwem dla porządku prawnego (art. 84). Ten proces personifikowania prawa karnego uznać należy w za-

sadzie za dodatni. Odzwierciedla on nowoczesne tendencje prawa, które każą interesować się przede wszystkim przestępcą, nie przestępstwem. Wiele przemawia za tym, że ustawodawstwo karne pójdzie w przyszłości w kierunku dalszego personifikowania się. Zjawiają się liczniejsze i bardziej różnorodne typy przestępców, jako instytucje pozytywnego prawa. W związku z tym powinna powstać specjalna nauka, która będzie ustalała symptomy przestępczości poszczególnych typów przestępców. Powstanie symptomatologii kryminalnej, jako odrębnej dyscypliny naukowej, wydaje się być koniecznym etapem rozwoju prawa karnego.

Dzisiejszy ustawodawca, który wprowadził do pozytywnego prawa typy przestępcze, nie zadał sobie jednak trudu, by typy te określić. Kodeks karny z 1932 r., używając nazw: przestępca zawodowy, przestępca z nawyknięcia, przestępca grożący niebezpieczeństwem dla porządku prawnego, nie podaje żadnych wskazówek, co należy rozumieć przez te typy. Kodeks pozostawia tę kwestię do uznania sędziego. A sprawa ta nie jest błaha, bo ustalenie przymiotu przestępcy zawodowego lub przestępcy z nawyknięcia pociągnąć może za sobą, nawet bez stwierdzenia poprzedniej karalności (art. 60, § 2) zastosowanie niezmiernie surowych sankcji. Przestępcy takiemu sąd może wymierzyć karę większą o połowę od najwyższego ustawowego wymiaru kary: Sędzia może więc skazać na siedem i pół lat więzienia osobnika sądanego po raz pierwszy za zwykłą kradzież kieszonkową, jeśli uzna go za zawodowca, lub przestępcę z nawyknięcia. Kodeks karny z 1932 r. pozwala także sędziemu na umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych trzykrotnie karanych przestępców zawodowych lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawienie ich na wolności grozi niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu (art. 84). Zamknięcie w takim zakładzie trwać ma „w miarę potrzeby”, w zasadzie więc może być dożywotnie. Spośród trzech przesłanek, koniecznych dla tak surowego potraktowania człowieka, tylko jedna jest ściśle określona: trzykrotne poprzednie ukaranie. Dwie pozostałe: zawodowość względnie nawyknięcie oraz groźba niebezpieczeństwa dla porządku prawnego pozostają nieokreślone. Na podstawie tak nieustalonych kryteriów sędzia może jednak dożywotnio pozbawić człowieka wolności. Nie znajdując wskazówek w ustawie dla określenia wyżej wymienionych pojęć, sędzia w poszukiwaniu ich będzie musiał się zwrócić do literatury naukowej. Niestety, jednak i tam nie znajdzie pojęć jasnych, konkretnych, ustabilizowanych. Znajdzie na moje pytania odpowiedzi różne. Prof. Makarewicz np. określa przestępcę zawodowego, jako jednostkę „która z dokonywania przestępstw zrobiła sobie stałe źródło zarobkowania”²⁶. Hentig określa przestępców zawodowych jako ludzi, „którzy swoją sprawność techniczną i przez nią osiągniętą kryminalną działalność,

²⁶ Porównaj: Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego, tom V, z. 3, s. 80.

uczynili ekonomiczną podstawą swego życia”²⁷. Prof. Roux w swej definicji przestępcy zawodowego również podkreśla moment uczynienia z przestępstwa źródła utrzymania sprawcy²⁸.

Kodeks karny włoski podkreśla moment utrzymywania się z owoców przestępstwa. Wystarcza przy tym utrzymywanie się częściowe. Orzecznictwo Sądu Najwyższego R.P., które się wytworzyło w związku z art. 25 ustawy karnej skarbowej, uważa za przestępcę zawodowego tego, kto, będąc dwukrotnie karany za przestępstwo, uczynił sobie z niego choćby uboczne źródło utrzymania (O. S. N./11/30).

Widzimy więc, że istnieje różnica zdań, co do części składowych pojęcia przestępstwa zawodowego, a mianowicie: czy jest ono głównym, czy też tylko pobocznym źródłem utrzymania.

Istnieją również w nauce różnice zdań co do rozgraniczenia pojęcia przestępcy zawodowego i przestępcy z nawyknięcia.

Sędzia, któremu ustawodawca pozostawia swobodę ustalania tych typów, będzie mógł według swego uznania wybrać taką koncepcję, która będzie mu się wydawała słuszna. Typologia przestępcza staje się więc olbrzymią domeną swobodnego uznania sędziowskiego. Według swego uznania sędzia będzie kwalifikował typy przestępców i w zależności od tej kwalifikacji może wymierzać im wysokie kary.

Jedynie duża osobista i prawnicza kultura sędziego, poczucie umiarkowania i poszanowania dla człowieka mogą sprawić, że przepisy o typologii przestępczej będą łączyły wskazania kryminalno-polityczne ustawy z nietykalnością sfery praw jednostki. Istotne rozwiązanie zagadnienia typologii przestępczej leży jednak gdzieś indziej, a mianowicie: w możliwości wszechstronnego poznania przez sędziego człowieka-przestępcy w toku postępowania sądowego

²⁷ Porównaj: Hentig [w:] „Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform”, t. XXII, s. 1371: „ihre technische Fertigkeit und die durch sie realisierte kriminelle Betätigung zur ökonomischen Lebensbasis gemacht haben”.

²⁸ Porównaj: J.-A. Roux, *Cours de droit criminel français*, tom I, Paris 1927, s. 303: „le delinquant professionnel est à distinguer du delinquant d’habitude avec celui-ci il a de commun d’habitude de delinquer, mais s’en sépare par le mobile de ces actes, qui est de faire du délit la source de ses moyens d’existence”.