



Juliusz Makarewicz

PRAWO KARNE I PRAWA OBYWATELA

Przedrukowywany odczyt jednego z najwybitniejszych jurystów polskich XX wieku, profesora Juliusza Makarewicza – głównego autora kodeksu karnego z 1932 r. oraz twórcy lwowskiej szkoły prawa karnego, został wygłoszony 20 stycznia 1936 w Auli Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie w czasie Akademii zorganizowanej w związku z 275-tą rocznicą założenia Uniwersytetu Jana Kazimierza w 1661 r. Odczyt został pierwotnie opublikowany w poznańskim „Ruchu Prawniczym, Ekonomicznym i Socjologicznym”.

Wypowiedź prof. Makarewicza powinna służyć poważnej refleksji dla gorących głów prawniczych, gdyż jest przestrogą (w kontekście tego co wydarzyło się kilka lat po powstaniu odczytu) i – jak się wydaje – zachowuje w znacznej mierze swoją aktualność także współcześnie – w dobie zasadniczych przemian pomiędzy organami władzy prawodawczej w Unii Europejskiej oraz państwach europejskich. Pozwala też zweryfikować poglądy na polskie prawo lat 30. XX w. i rolę Konstytucji kwietniowej dla ochrony i zagwarantowania podstawowych praw obywatelskich, które w tym czasie w licznych krajach europejskich były co najmniej ograniczane.

Za zgodę na przedruk dziękujemy Pani dr. Jolancie Olbrycht-Roguskiej – wnuczce i spadkobierczyni Autora.

Dokonano jedynie minimalnego współczesnienia ortografii.

Pojęcia kluczowe: Juliusz Makarewicz; prawo karne; kodeks karny z 1932 r.; prawa obywatela; prawa człowieka.

I.

1. Prawo karne obejmuje ogół przepisów regulujących reakcję społeczeństwa na czyn uznany za szkodliwy społecznie.

Pierwszym odruchem grupy społecznej na fakt społecznie szkodliwy jest społeczna zemsta, owa *vindicta publica*, która przejawia się w stosunkach pierwotnych w impulsywnym odbieraniu życia sprawcy z całym wyrafinowanym okrucieństwem, odpowiadającym nastrojowi chwili. Mściwość społeczna człowieka pierwotnego przeradza się w późniejszą (bardziej zimną i wyrachowaną) odpłatę, która szuka równania pomiędzy szkodą społeczną a dolegliwością sprawcy. Uzasadnienie kary koniecznością owego równania pomiędzy *malum actionis* a *malum passionis* jest rezultatem dociekań wybitnych umysłów filozoficznych, jak Arystotelesa, Tomasza z Akwinu, a w czasach nowszych Kanta, Hegla i t. d. Podczas gdy filozofowie snuli myśli swoich przędzę na temat stylizowanej zemsty społecznej, społeczeństwo samo wiedzione zdrowym instynktem zaczyna nadawać swojej własnej mściwości kierunek społeczno-terapeutyczny. W wieku XIX ukuto nazwę charakterystyczną dla tego kierunku; mówi się o celowości w karze. Kara jest najważniejszym, a często jedynym środkiem walki z przestępczością. Społeczeństwo często nie zna innych (samoistnych) środków społecznej terapii, dlatego też czynnik społeczno-leczniczy w karze zaczyna odgrywać rolę coraz większą. Kara śmierci rozpowszechniona na pewnym stopniu rozwoju jest (siłą faktu) społecznym zabezpieczeniem przed danym przestępcą, zabezpieczeniem najbardziej radykalnym. Kara śmierci jest równocześnie środkiem oddziaływania na psychikę szerokich mas obywateli w kierunku odstraszenia. Odstraszenie jest produktem ubocznym samego aktu zemsty społecznej; przedostawszy się raz do świadomości społeczeństwa wpływa na wykonywanie kary śmierci w postaci kwalifikowanej, działającej na fantazję, przerażającej męczarniami skazańca¹. Niewątpliwie czynnik zabezpieczenia tkwi także w instytucji wyjęcia spod prawa, instytucji polegającej na uprawnieniu każdego obywatela do odebrania życia przestępcy. Myśl zabezpieczenia występuje także w karze wypędzenia z granic danego państwa. Kary kaleczące wprowadzają czynnik zapobiegawczy w postaci obciążenia dwu palców u prawej ręki krzywoprzysięscy, obciążenia języka oszczercy, kastracji przestępcy płciowego itp.

¹ Tym tłumaczy się także tradycja wykonywania kary śmierci publicznie przy licznych udziałach widzów. Pewne niekorzystne doświadczenia prowadzą do uchylenia udziału publiczności przy egzekucji. Humanitaryzm i pewne refleksje prowadzą do możliwie rzadkiego stosowania tego środka karnego, ale sam środek karny pozbawienia życia o wybitnym typie społecznego zabezpieczenia został i pozostanie prawdopodobnie na zawsze w arsenale środków walki z przestępczością.

2. Nowożytnie społeczeństwo odrzuciło wiele z tych drastycznych środków społecznej terapii. Wiek XIX nauczył nas poruszać się w ciasnym kole kary pozbawienia wolności i mało znaczącej grzywny. Pomimo to, iż społeczeństwo XIX w. samorzutnie szukało celowości w karze i tworzyło systemy racjonalnego wykonywania kary pozbawienia wolności, doszło do bankructwa kary, jako środka walki z przestępczością. A stało się to w czasie, kiedy statystyka kryminalna zaczęła dostarczać coraz więcej materiału dla poparcia twierdzenia Queteleta o owym budżecie społecznym, w którym z przerażającą regularnością powtarzają się wydatki na więzienia, galery i szafoty. Jeżeli z tego budżetu skreślimy wydatki na karę pozbawienia wolności (w tej czy innej formie), jako na zabieg przeważnie bezużyteczny, to pozostanie tylko kara śmierci. Renesansu kary śmierci, powrotu do częstego jej stosowania nikt nie pragnie w wieku XX. Na tym podłożu przeważnie negatywnych wyników dotychczasowej walki z przestępczością rozwinęła się nauka społecznej terapii w zakresie przestępczości, która nosi nazwę polityki kryminalnej. Nauka ta wychodzi z założenia, że kara nie jest ani jedynym środkiem reakcji społecznej, ani też najskuteczniejszym. Są jeszcze inne środki walki z przestępczością, a kara (jeżeli ma pozostać), musi hołdować idei celowości nie tylko w zakresie jej wykonywania, ale wprost w zakresie problemu jej stosowania lub niestosowania.

Celowość kary jako środka społecznej terapii wymaga bardzo silnego poświęcenia doktryny równania między *malum passionis* a *malum actionis*. Poświęceniem takim jest rezygnacja z części kary objętej wyrokiem w miarę dobrego zachowania się przestępcy w czasie odbywania kary (warunkowe zwolnienie), jest nim także rezygnacja z wykonania kary w ogóle, jeżeli przestępca, któremu karę warunkowo zawieszono, zachowywał się odpowiednio w okresie warunkowego zawieszenia. Rezygnacją taką z idei równania między winą a karą jest wprowadzenie t. zw. wyroków nieoznaczonych, przy których sprawca ponosi dolegliwość pozbawienia wolności nie tyle w stosunku do zła wyrządzonego, ile w stosunku do prowadzenia się i zachowywania w czasie odbywania kary i w stosunku do możliwej prognozy na przyszłość.

3. Dociekania w kierunku możliwie najskuteczniejszych środków społecznej terapii przeniesione w dziedzinę psychiki indywidualnej sprawcy doprowadzić musiały do wypuklenia zasadniczej myśli zabezpieczenia społeczeństwa przed przestępcą, bądź to w ten sposób, że zonglując dolegliwością tkwiącą w wykonaniu kary oddziałuje się na jego psychikę, bądź też w ten sposób, że społeczeństwo nie mogąc osiągnąć celu zabezpieczenia za pomocą kary sięgnie do innych środków, które bez obsłonki nazwie „środkami zabezpieczającymi”.

Zabezpieczenie przed przestępcą nie jest zasadniczo niczym nowym, gdyż tkwiło ono w dawniejszej karze. Nowym jest oddzielenie zabezpieczenia od kary, wyodrębnienie pierwiastków zabezpieczających, stworzenie osobnej grupy środków zabezpieczających².

4. Jak długo odbywała się ewolucja w obrębie poglądów na wymiar i sposób stosowania kary tudzież na możliwości warunkowego skracania lub warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, tak długo społeczeństwo pozostawia sprawę specjalistom, zbytecznie się nią nie interesując. Inaczej ma się jednak z chwilą, gdy zaczyna się nowożytny proces wydzielania z kary tych pierwiastków, które dla kary (jako odpłaty) nie są istotnymi. Z chwilą tworzenia osobnych środków profilaktycznych występują wątpliwości w imię zagrożonej wolności obywatela.

Jak długo wymierzano recydywistom karę pozbawienia wolności długotrwałą, a nie proporcjonalną do wielkości ostatniej kradzieży, nikogo to nie dziwiło, ani też nie niepokoiło. Nazywało się, że jest to sprawiedliwa odpłata, skoro przestępca (wielokrotnie karany) popełnił nowe przestępstwo. Wątpliwości powstały, gdy z ogólnej Sumy dolegliwości wydzielono drobną karę za ostatni czyn jako odpłatę, o dodano długotrwałe zamknięcie zabezpieczające. Nikogo nie dziwiło, że według kodeksu austriackiego z r. 1852 złodziej, który ukradł portmonetkę z drobną kwotą pieniędzy otrzymał karę 10-ciu lat więzienia, dlatego tylko, że był złodziejem (jak się podówczas mówiło) „nałogowym”. Obawa jednak przed jasnym postawieniem kwestii była tak wielką, że kodeks norweski z r. 1902 przepisuje dla wielokrotnie karanego sprawcy karę dodatkową zatrzymania we więzieniu ponad czas przewidziany wyrokiem, zatrzymania, które może trwać lat 15. Pozory odpłaty są zachowane, bo przestępcą pozostaje we więzieniu, a nie w zakładzie dla niepoprawnych.

II.

1. Zwlekanie z wyodrębnieniem środków zabezpieczających z globalnej sumy dolegliwości, która spotyka sprawcę po popełnieniu czynu karygodnego musi zadziwiać tym więcej, iż społeczeństwo знаło od wieków pewne środki zabezpieczające, nie będące karą.

² Środki zabezpieczające przejawiają się bądź w postaci środków wyraźnie leczniczych przy współdziałaniu zawodowych psychiatrów, bądź w postaci regeneracji duchowej dokonywanej przez doświadczonych psychologów, bądź wreszcie w postaci radykalnej (bez wielkich nadziei na przyszłość), w postaci wyeliminowania niebezpiecznej jednostki z życia społecznego. Środek zabezpieczający nie jest karą, ani zasadniczą, ani doda nową, nie jest też pojętym jako dolegliwość dla sprawcy. W pewnych wypadkach ma być nawet dla niego dobrodziejstwem, wymienić tutaj należy domy pracy przymusowej, uczące pracy, a więc tego, co dla człowieka w nowożytnym społeczeństwie jest bezwzględnie koniecznością i co daje podwaliny dla zdrowia duchowego. W wypadkach innych chodzi po prostu o uniemożliwienie danemu osobnikowi dokonywania zamachów na dobra społeczne.

Istnieją środki zabezpieczające, które stosujemy od dawna po dokonaniu czynu karygodnego. Są to środki zabezpieczające procesowe, polegające na zabezpieczeniu społeczeństwu osoby przestępcy jako przedmiotu ewentualnej kary, którą dopiero wyrokiem mamy oznaczyć, tudzież celem zabezpieczenia wymiaru sprawiedliwości przed niepożądanymi wpływami. Wprawdzie sprawa tymczasowego przytrzymania lub aresztu śledczego należy do ustawy o postępowaniu karnym, a nie do kodeksu karnego, to jednak dolegliwość tkwiąca w tych środkach procesowych mało co różni się od wykonania kary pozbawienia wolności. Te środki zabezpieczające kolidują również z interesem jednostki, wchodzą głęboko w obręb prawa obywatela do wolności osobistej. Oto przyczyna, dlaczego w Polsce już w XVI. w. kazano przedstawicielowi władzy państwowej (zwanemu królem) składać przysięgę na to, iż do obywatela osiadłego, podejrzanego o popełnienie przestępstwa nie będzie się stosowało aresztu śledczego. Król przysięgał: *neminem captivabimus nisi iure victum*. Osiadłość obywatela dawała gwarancję, że nie ucieknie, zastępowała nowożytną kaucję. Tam, gdzie nie było osiadłości, areszt śledczy był dopuszczalny. Nawet wobec osiadłego był dopuszczalny w wypadku schwywania na gorącym uczynku lub trzechkrotnej recydywy. A zatem środek zabezpieczający procesowy był dopuszczalny w kraju, w którym wolność indywidualną ceniono niezmiernie wysoko, w kraju, w którym władza państwowa była niezmiernie słabą, w kraju, o którym mawiali cudzoziemcy (według świadectwa Frycza Modrzewskiego): *Vos Poloni non habetis regem*.

W epoce najbardziej rozwiniętego liberalizmu w wieku XIX uznawano konieczność procesowych środków zabezpieczających, domagano się tylko ścisłej kontroli sędziowskiej nad ich uzasadnieniem w konkretnym wypadku, tudzież nad czasem ich trwania. Widoczne było, że obok względów na wymiar sprawiedliwości poważną rolę odgrywała troska o wolność obywatela³.

2. Ostatecznie po długoletniej dyskusji zwyciężyła myśl jasnego postawienia sprawy i wydzielenia z kary pozbawienia wolności tego, co nie było odpłatą, a tylko zabezpieczeniem.

Kodeks karny polski z r. 1932 przewiduje środki zabezpieczające przede wszystkim tam, gdzie sędzia nie może stosować kary w ogóle z powodu niepoczytalności sprawcy, a także tam, gdzie z powodu częściowej anormalności nie chce stosować kary w pierwszej linii, pozostawiając kwestię kary otwartą, a wysuwając umieszczenie w zakładzie leczniczym na pierwszy plan. Sędzia może stosować je także tam, gdzie karę należy wykonać, lecz gdzie dodatkowo prze-

³ Por. Glaser Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, t. II, s. 295 i nast. (Schmälerung der Freiheit des Beschuldigten).

orać należy psychikę sprawcy, by usunąć źródło przestępczości; stosuje je wreszcie tam, gdzie środek karny nie doprowadzi do pożądanych rezultatów, gdzie od przestępcy należy się na dłuższy przeciąg czasu w zupełności odciąć.

Środki zabezpieczające z istoty swej należą do dziedziny administracji państwowej, gdyż nie chodzi tu o wymiar sprawiedliwości. Niemniej konieczne jest decyzję o ich dopuszczalności pozostawić sądowi tak, jak działo się to dawniej przy zastosowaniu dozoru policyjnego, wszak chodzi tutaj o pewien umiar w stosowaniu administracyjnego pozbawienia wolności, chodzi o to, by nie tylko zabezpieczyć społeczeństwo przed szkodliwą jednostką, ale także zabezpieczyć obywatela przed ewentualnym nadużyciem ze strony czynników administracyjnych.

Zastrzeżenia kontroli sądowe nad wykonaniem instytucji środków zabezpieczających musi działać uspokajająco. Społeczeństwo żyje się z instytucją środków zabezpieczających tego rodzaju tak, jak już żyło się ze środkami zabezpieczającymi o charakterze procesowym.

III.

1. Obok środków zabezpieczających stosowanych po dokonaniu przestępstwa ze względów procesowych, tudzież stosowanych po osądzeniu ze względów profilaktyki społecznej istnieje jeszcze trzeci typ, a mianowicie środki zabezpieczające stosowane przed popełnieniem jakiegokolwiek przestępstwa. Dany osobnik jest podejrzany nie o to, że czynu karygodnego już się dopuścił, lecz podejrzany jest o to, że zamierza dopuścić się w przyszłości. Myśl ta również nie jest nową. W stosunkach pierwotnych dla osiągnięcia celu sięga społeczeństwo po środek uniwersalny, a mianowicie operuje tu znowu karą. Dla zabezpieczenia się na przyszłość tworzono swoiste przestępstwa, za które wymierzano karę. Jeżeli bardzo są rozpowszechnione wypadki uśmiercenia przy użyciu broni wydaje się ustawę, mocą której zakazuje się nosić przy sobie broń. Rzymska *lex Cornelia de siccariis* zabraniała *cum telo ambulare*. W karze za to przestępstwo tkwił środek zabezpieczający przed zabiciem człowieka. Była to oczywiście postać zabezpieczenia odpowiadająca prymitywnej technice kodyfikacyjnej.

2. Natomiast wyraźny charakter środka zabezpieczającego ma instytucja wprowadzona w r. 1532 w konstytucji Karola V (art. 176): Człowiek odgrażający się pod adresem innego, grożący mu pozbawieniem życia albo podpaleniem ma obowiązek złożenia kaucji zabezpieczającej. Wysokość tej kaucji oznacza sąd. Dopóki kaucji tej

dany osobnik nie złożył, ma pozostawać w areszcie na koszt zagrożonego, a jeżeli zagrożony nie posiada odpowiednich środków materialnych, na koszt państwa. Tak kaucja, jak areszt, mają tu charakter środka zabezpieczającego, stosowanego przed dokonaniem grożącego czynu karygodnego. Przepis ten cieszył się nie tylko uznaniem teorii współczesnej (Carpzov, Boehmer), ale także cieszył się szerokim stosowaniem w praktyce⁴.

3. Konserwatywna Anglia, która przy wielkim poszanowaniu praw obywatela potrafi stosować przepisy karne, sięgające wieku XIII stosuje między innymi system składania kaucji dla zabezpieczenia spokoju publicznego (*peace*) albo dla uzyskania gwarancji dobrego prowadzenia się (*good behaviour*). Potrzeba i wysokość kaucji zależą od uznania sądu. Jeżeli dany osobnik nie złoży kaucji we właściwym czasie, to stosuje się do niego areszt egzekucyjny, którego zadaniem jest wymuszenie kaucji. Areszt ten nie może przekraczać sześciu miesięcy, a w wyjątkowych wypadkach jednego roku (jeżeli podejrzenie o możliwość spełnienia przestępstwa opiera się na fakcie dokonania już innego czynu karygodnego)⁵. Jasną jest rzeczą, że w tym środku egzekucyjnym tkwi środek zabezpieczający, gdyż tak kaucja jak jej surogat (areszt) zmierza do tego, by wstrzymać skazanego od popełnienia czynu, który z jego strony grozi. Nie musi to być nawet czyn o charakterze kryminalnym, może grozić wykroczenie o charakterze policyjnym.

4. Najbardziej klasycznym przykładem środka zabezpieczającego przed dokonaniem czynu był ostracyzm stosowany w Atenach i kilku innych miastach Grecji⁶; polegał on na wydaleniu z państwa jednostek wskazanych przez głosowanie powszechne. Ostracyzm nie był środkiem karnym, treścią jego było administracyjne usunięcie danej jednostki z granic państwa bez, naruszenia jakichkolwiek jej praw i bez ujmy dla dobrego jej imienia⁷. Był to środek czysto zabezpieczający wobec ewentualnie grożącego przestępstwa politycznego, możliwego zamachu stanu, możliwej gwałtownej zmiany ustroju itp. Któż nie pamięta opowiadania Corneliusa Neposa o scenie ze zgromadzenia ludowego, na którym jeden z obywateli wypisuje na skorupce nazwisko Arystydesa. Zapytany, dlaczego to czyni, oświadcza, że nie podoba mu się człowiek, o którego prawości zbyt wiele się mówi i który zyskał przydomek „Sprawiedliwego”.

⁴ Wpływ na późniejszą praktykę — por. Lenz, *Die anglo-amerikanische Reformbewegung im Strafrecht*, s. 269 i nast. (Die sichernden Massnahmen in der deutschen Praxis).

⁵ Harris, *Principles of the criminal law VIII w.*, s. 280–285; Stephen, *Digest VI w.*, s. 18.

⁶ Argos, Milt, Megara, Syrakuzy

⁷ Gereke-Norden, *Einleitung in die Altertumswissenschaft II*. Aufl. HI. s. 26. Glot z Hist. Ancienne II. t. I. s. 478.

W przekonaniu owego obywatela Arystydes zagrażał republikańskiej równości i mógł być odegrać rolę niepożądaną dla ustroju skrajnie demokratycznego.

5. Jeżeli zestawimy przepisy kodyfikacji Karola V z okresu monarchii absolutnej z instytucją prawną greckiego ostracyzmu, która była wynikiem najskrajniejszej demokracji, to przyjdziemy do przekonania, że środek zabezpieczający społeczeństwo przed groźącym przestępstwem nie jest emanacją tego lub innego ustroju państwowego, lecz jest tylko postacią radykalnej obrony społeczeństwa przed możliwością spełnienia czynu karygodnego.

Środek zabezpieczający przed popełnieniem groźącego przestępstwa jest w zasadzie instytucją politycznie bezbarwną, nadawać się jednak może do nadużycia, a to tym więcej, że przy jego stosowaniu opieramy się tylko na podejrzeniach popartych pewnymi poszlakami. Stosowanie tego środka zabezpieczającego musi być zatem otoczone szczególnymi kautelami, wykluczającymi możliwość samowoli.

W miastach greckich o konieczności zastosowania ostracyzmu rozstrzygał ogół ludności sposobem powszechnego głosowania.

Od czasów Karola V w Niemczech o stosowaniu aresztu zabezpieczającego w wypadku niezłożenia kaucji rozstrzygali sędziowie mianowani przez monarchę absolutnego.

W Anglii o obowiązku złożenia kaucji i o jej wysokości jak również o areszcie (kaucję zastępującym) rozstrzygają sędziowie niezawisli.

Może także rozstrzygać władza administracyjna przez nikogo niekontrolowana, jak to się działo w carskiej Rosji przy stosowaniu wysiedlenia porządkiem administracyjnym. To był także środek zabezpieczający⁸.

6. Sprawa ograniczenia wolności osobistej i przymusu (tkwiącego w każdym środku zabezpieczającym) nie może być przedmiotem dyskusji⁹. Przymus jest cechą organizacji państwowej.

⁸ Według Okolskiego (*Wykład prawa administracyjnego w Królestwie Polskiem*, Tom II, str. 336 i nast.) jednym ze środków nadzoru nad podejrzanyimi osobami było transportowanie ich do miejsc zamieszkania lub miejsc wskazanych przez władze policyjne (s. 338). Zwrócić należy uwagę na przepisy z 24. IX. 1881 roku o środkach zapewnienia porządku państwowego i bezpieczeństwa publicznego (s. 339). Przepisy te określiły formy, jakie winny być przestzegane przy wysyłaniu w porządku administracyjnym osób podejrzanych z miejsca ich zamieszkania do innych miejscowości cesarstwa (s. 340).

⁹ Inaczej oczywiście przedstawia się kwestia, czy można używać środków zabezpieczających jako czynnika, który nie ma nic wspólnego z samym wymiarem kary, pojętej jako czysta odpłata.

Znany filozof Immanuel Kant znał jedną odpowiedź na przestępstwo, tj. karę, widział w karze czystą odpłatę, a zatem akt owej stylizowanej zemsty społecznej, uważał, że nie należy do kary dodawać jakiegokolwiek celowości. Wymiar kary miał mieć podobieństwo do egzekucji odszkodowania, należnego z powodu wyjądzonej szkody. Według Kanta przestępca to jest po prostu obywatel, któ-

Państwo według Kelsena jest organizacją przymusu (Zwangordnung¹⁰). Przede wszystkim prawo administracyjne operuje ewentualnością stosowania przymusu. Nikt nie zastanawia się nad prawami obywatela tam, gdzie chodzi o przymus szczepienia ospy lub o kwarantannę z powodu obawy zawleczenia choroby zakaźnej. Jeżeli sprawa sterylizacji budzi wątpliwości, to nie z powodu przymusu, a z innych względów¹¹. Przy problemie zabezpieczenia społeczeństwa przed przyszłym przestępstwem nie chodzi o to, czy państwo ma prawo stosowania przymusu, a chodzi o kautele [ostrożność] przed nie dość uzasadnionym stosowaniem danego zabiegu w danym wypadku. Tylko w tej perspektywie oceniać należy instytucję aresztu ochronnego (*Schutzhaft*) wprowadzoną w Niemczech w r. 1933 „dla ochrony narodu i państwa”, „dla odparcia aktów komunistycznych państwu zagrażających” (areszt ten nosi także nazwę aresztu ochronnego ze względów politycznych¹². W tej perspektywie również oceniać należy polski system internowania osobników, z których strony grozi możliwe „naruszenie bezpieczeństwa, spokoju i porządku publicznego” Rozp. Prez. 17. VI. 1934 Dz. U P. poz. 473.

ry pogwałcił ustawę. Kant z góry się zastrzegł, iż osiągnięcie przez społeczeństwo jakiegokolwiek celu narusza godność ludzką przestępcy, a przestępca jest człowiekiem. Jasną jest rzeczą, że tak rzucone hasło godności człowieka, czy praw obywatela sprzeciwiać się musi wszelkim środkom zabezpieczającym, ale sprzeciwiać się musi także karom dodatkowym, które tradycyjnie pozbawiają przestępcę pewnej ilości uprawnień, sprzeciwiać się musi także jakimkolwiek racjonalnemu systemowi wykonania kary pozbawienia wolności (gdź zmierza do celu regeneracji duchowej), sprzeciwiać się musi nawet myśli zabezpieczenia sądowni osoby przestępcy przed wydaniem wyroku ze względu na możliwość ucieczki, sprzeciwiać się musi także myśli pozbawienia go wolności prewencyjnego ze względu na możliwość nakłonienia świadków do fałszywych zeznań.

¹⁰ *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, s. 82 i nast.

¹¹ Wirszubski, *Ubezpieczenie przymusowe jako środek walki z przestępczością*. Rocznik prawniczy wileński 1935; Nowosielski, *Problem sterylizacji*, Czasopismo Sędziowskie 1935. 1

¹² *Notverordnung des R. Pr. zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933* (R. G. Bl. I. 83) § 1. Die Artikel 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 der Verfassung... werden... ausser Kraft gesetzt. Es sind daher... Beschränkungen der persönlichen Freiheit... zulässig.

Runderlass des M. d. I. betr. Durchführung der Vdg. zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933. R. G. Bl. I. S. 83 (vom 3. März 1933) (M. Bl. für Preussische innere Verwaltung I. 233): I. § 1. der VO besetigt... auch alle sonstigen für das Tätigwerden der Polizei auf den angeführten Gebieten gezogenen Reichs- und Landesgesetzlichen Schranken, soweit es zur Erreichung des mit der VO erstrebten Zieles zweckmässig und erforderlich ist.

Anordnung von Schutzhaftmassnahmen. Allgemeine Verfügung des Preussischen Justizministers vom 15 März 1934 (I 3540) (Deutsche Justiz S. 341) podaje tekst zarządzenia Prezydenta Ministrów pruskiego z 11. III. 1934 w sprawie tajnej policji państwowej i środków ochronnych: Die bisher für die Anordnung der Schutzhaft aus politischen Gründen geltenden Zuständigkeitsvorschriften werden aufgehoben.

Wird die Schutzhaft als provisorische Massnahme wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung angeordnet, so ist unverzüglich die Entscheidung des Gerichts über die Verhängung der gerichtlichen Untersuchungshaft herbeizuführen und im Falle der Ablehnung eines richterlichen Haftbefehls auch die polizeiliche Massnahme ausser Kraft zu setzen, *sofern nicht ausnahmsweise ihre Aufrechterhaltung aus anderen Gründen begründet erscheint*.

IV.

1. Rozbudowanie ideologii zabezpieczenia przed przestępstwem może iść dalej. Już pod koniec w. XIX. szkoła antropologiczna prawa karnego we Włoszech wypracowała program dla przyszłego kodeksu karnego, oparty o determinizm z jednej strony, a o myśl zastąpienia kary aktem społecznej obrony z drugiej strony. W miejsce kary wstąpić miały jej surogaty.

Równocześnie pewna grupa socjologów reprezentująca kierunek t. zw. organiczny porównuje społeczeństwo jako całość do organizmu zwierzęcego. Stosując to porównanie do zjawisk z dziedziny przestępczości musielibyśmy konsekwentnie nazwać je chorobowymi zjawiskami społecznego organizmu. Jeżeli przestępstwo jest zjawiskiem chorobowym, to logicznie biorąc, odpowiedź społeczeństwa na przestępstwo należeć winna zawsze do grupy środków leczniczych, których zadaniem jest wyleczenie organizmu z choroby przestępczości. Chodziłoby o to, by przestępstwo się nie powtórzyło, by go nie dokonał w przyszłości ani ten sam, ani inny człowiek. Skoro tak, to w miejsce kary stosować należy tylko środki społecznej terapii (karę zastępujące). Wnioski te wynikające z założenia szkoły organicznej, odpowiadają ujęciu przestępstwa dokonanemu przed wiekami przez szkołę filozoficzną sofistów, a zwłaszcza Protagorasa. Wnioski te pokrywają się też w zupełności ze stanowiskiem szkoły antropologicznej włoskiej, która nie chce operować pojęciem kary, lecz pojęciem „sankcji społecznej ochrony”. Praktyczny wyraz temu stanowisku dał projekt włoskiej komisji kodyfikacyjnej z r. 1921, będący dziełem Henryka Ferriego i jego uczniów.

Projekt ten nie stał się ustawą.

2. Ideologia szkoły antropologicznej nie doczekała się realizacji w społeczeństwie włoskim, uzyskała jednak pełne uznanie w Rosji Sowieckiej, która swój kodeks karny opiera na usunięciu kary i na zastąpieniu jej środkami ochrony społecznej. W konsekwencji nie ma tam kary śmierci, jest natomiast „rozstrzelanie jako wyjątkowy środek ochrony państwa ludzi pracy”. Pomiędzy środkami ochrony społecznej obok pozbawienia wolności wielką rolę odgrywa tam wydalenie. Wobec tego zasadniczego ujęcia sposobu walki z przestępczością stwierdzić należy, iż kodeks sowiecki nie znajdujący miejsca dla kary, a znajdujący tylko środki ochronne nie jest wcale kodeksem karnym, lecz jest kodeksem środków zabezpieczających społeczeństwo przed przestępcą.

V.

1. Przejście kodeksu z płaszczyzny odpłaty jako zjawiska psychologii zbiorowej (zawierającego dolegliwość dla przestępcy) na płaszczyznę czystej ochrony społecznej, prowadzi do dalszych konsekwencji, a mianowicie do rewizji dotychczasowych dogmatów kryminalistycznych. Całe generacje prawników XIX i XX w. wychowywały się na pewnego rodzaju dekalogu kryminalistycznym, którego pierwszym przykazaniem było: *nullum crimen sine lege anteriori (praevia)*, a drugim przykazaniem było: *nulla poena sine lege*. Treść tych dwóch przykazań ujął przed kilkudziesięciu laty niemiecki profesor Liszt w formule: Kodeks karny to jest magna charta przestępcy. Tak jak obywatele angielscy uzyskali od króla Jana Bez Ziemi szereg gwarancji swobodnego bytu, tak obywatel państwa nowożytnego otrzymuje w kodeksie karnym zapewnienie, że nie spotka go kara za nic innego, jak tylko za to, co jest przewidziane w kodeksie karnym i żadna inna kara, jak tylko ta, którą ustawodawca przewidział dla danego przestępstwa.

Oczywiście dogmaty te wiążą się ściśle z zasadniczą podstawą dotychczasowego prawa karnego, to jest z myślą, że kara jest odpłatą (*malum passionis propter malum actionis*). Z chwilą, gdy ustawodawca przechodzi na płaszczyznę czystej ochrony społecznej, dogmaty te są dla niego przeszkodą krępującą swobodę ruchów. Zjawia się przede wszystkim problem, który dotychczas uchodził za rozwiązany definitywnie, problem tzw. analogii w prawie karnym. Teoria owej *magna charta* zabraniała kategorycznie wychodzenia poza ścisłą interpretację tekstu obowiązującej ustawy: za przestępstwo wolno było uznać tylko to, co ustawa ściśle jako przestępstwo określała. Zasady tej trzymała się judykatura trybunału Rzeszy w Niemczech np. korzystania z cudzego przewodu elektrycznego i zaboru prądu. Trybunał Rzeszy nie uznawał za kradzież, bo kodeks karny za kradzież uważa zabór cudzej rzeczy ruchomej, podczas gdy prąd nie jest rzeczą, tylko energią. Trzeba było nowelizacji kodeksu niemieckiego w r. 1930 (ustawy o zaborze pracy elektrycznej), ażeby ustalić karygodność zaboru prądu. Za punkt wyjścia dla tego stanowiska służyło prawo obywatela, który domagał się, aby go nie karać za czyn, który nie jest ściśle przewidziany w kodeksie karnym. Jeżeli staniemy na stanowisku „ochrony społecznej”, to na problem ten możemy spoglądać z innego punktu widzenia, ścisłość interpretacji może wydać się zawadą dla sprężystej akcji przeciw przestępczości.

2. Było to do przewidzenia, że kodeks sowiecki z r. 1927 stanąwszy na stanowisku, iż kodeks karny jest kodeksem ochrony społecznej, stosować będzie bardzo ekstensywną interpretację ustawy, nie cofającą

się przede wszystkim przed wprowadzeniem tzw. analogi. Według art. 16 kodeksu sowieckiego działanie społecznie niebezpieczne, choć nie przewidziane w kodeksie, jest mimo to karygodne. Stwierdziwszy społeczne niebezpieczeństwo zastosować należy te artykuły kodeksu, które przewidują przestępstwo najbardziej podobne co do rodzaju. Sędzia w Sowieciech na przód stwierdza, że działanie jest w ogóle społecznie niebezpieczne, a polem wyszukuje jakiś artykuł, który mniej więcej jest zbliżony do danego wypadku. Stanowisku temu z punktu widzenia sowieckiego nie można odmówić logicznego uzasadnienia. Można oczywiście kwestionować zasadniczy punkt wyjścia, a mianowicie usunięcie z kodeksu karnego kary, która jest funkcją społeczną i wynikową psychologii zbiorowej. Można kwestionować, czy przemalowanie szyldu i wprowadzenie ochrony społecznej w miejsce kary nie jest tylko aktem doktryneryzmu, niezgodnego ze socjologicznymi podstawami życia zbiorowego. Z chwilą jednak, gdy ustawodawstwo formalnie odrzuca karę, przekreśla funkcję społeczną wyrządzającą dolegliwość sprawcy przestępstwa, logiczne jest, iż czynnikom zajęтым przy stosowaniu ochrony społecznej (wstępującej, w miejsce wymiaru sprawiedliwości karnej), rozwiązuje się ręce. Kodeks sowiecki nie jest kodeksem karnym, lecz kodeksem ochrony społecznej, nie zna pojęcia kary, tylko środki ochrony społecznej. Na tym tle art. 16 nabiera swoistego znaczenia, rzucającego światło na całą strukturę kodeksu: po prostu przepisy części szczególnej podające znamiona czynów karygodnych są tylko przykładowymi wskazówkami dla sędziego, wyjaśniającemu, co według intencji ustawodawcy uważać należy za „społecznie szkodliwe”¹³.

3. Pomysł naruszenia zasady ścisłego stosowania ustawy karnej natrafił na oddźwięk w innym jeszcze społeczeństwie, społeczeństwie, które nic nie ma wspólnego z ideologią szkoły antropologicznej włoskiej, a mianowicie w społeczeństwie niemieckim. Zdumiewające jest, że dla myśli pogwałcenia zasady *nullum crimen sine lege anteriori* podatne okazało się to społeczeństwo, które we w. XIX. przyczyniło się do sformułowania zasady, że kodeks karny, to jest *magna charta* przestępcy.

Oto nowela niemiecka z 28. VI. 1935 wprowadza przepis: „ulega karze kto popełnia a) czyn uznany za karygodny przez ustawę, albo też b) czyn, który zasługuje na ukaranie, gdyż wymaga tego podstawowa myśl ustawy karnej i zdrowe wyczucie ludności (*Volksempfinden*). Jeżeli żadna ustawa karna nie znajduje zastosowania do danego czynu, to karę wymierzyć należy z tej ustawy, która zawiera

¹³ Pod tym względem k. k. Sowiecki jest bardziej „pryncypialny” od projektu włoskiego z r. 1921, który podtrzymuje zasadę *nullum crimen sine lege*.

myśl podstawową (*Grundgedanke*) najlepiej odpowiadającą danemu wypadkowi”. Wprowadzenie tej zasady do prawa niemieckiego jest sensacją dlatego, iż społeczeństwo niemieckie wychowane na filozofii Kanta i Hegla broniło się zaciekle przed wprowadzeniem jakiegokolwiek przymieszki celowości do kary pojętej jako odpłata czysta.

Twierdził ktoś, że nowela niemiecka wprowadza stosowanie analogii tło prawa karnego¹⁴. Powstaje pytanie, czy jest to tylko analogia, czy też nie jest to coś więcej. Analogia zachodzi wtedy, gdy czynnikom zajęтым przy wymiarze sprawiedliwości samorzutnie nasuwa się chęć stosowania pewnego oznaczonego przepisu ustawowego, którego brzmienie stanowi jednak formalną przeszkodę do uwzględnienia.

Kodeks karny austriacki (1852) zna taką analogię w dziedzinie sankcji karnej: § 525 wspomina o *eheliche Untreue* jako samoistnym przestępstwie prywatno-skargowym, ale nie podaje sankcji karnej. Stosuje się wobec tego karę z § 502 (cudzołóstwo) ze względu na podobieństwo stanu faktycznego. Według noweli niemieckiej z r. 1935 zachodzi sytuacja odmienna – zatrzymując powyższy przykład sędzieja niemiecki miałby prawo uznać, że niewierność małżeńska poza cudzołóstwem jest także przestępstwem, choćby ustawa nie zawierała § 525 i wtedy dopiero zastąpiwszy ustawodawcę zastosuje karę ze zbliżonego § 502 k. k.

W ten sposób pojmuje analogię kodeks duński z r. 1930, art. 1. [Pod przepis ustawy podpada tylko taki czyn, którego karygodność przewiduje ustawa duńska, albo też działanie zupełnie podobne (*entièrement assimilable*) do takiego czynu]. Dalej idzie nowela niemiecka, która odwołuje się tylko do myśli podstawowej kodeksu, do wycucia prawnego ludności i która pragnie tworzenia prawa pod pretekstem stosowania ustawy karnej obowiązującej. Słusznie zupełnie Kohlrausch zauważył, że przepis ten noweli przedstawia doniosłość niesłychaną, niedającą się jeszcze ocenić¹⁵.

Zasada noweli wprowadzona w r. 1935 do prawa niemieckiego opartego nadal na zasadzie odpłaty ma znaczenie inne, aniżeli stanowisko kodeksu sowieckiego. To nie jest stanowisko celowego zwiększenia swobody ruchów sędziego, wynikające z zasady ochrony społecznej, to nie jest stwierdzenie, że kodeks karny zawiera tylko przykłady orientacyjne dla sędziego. Nowela niemiecka uważała za wskazane nadać swoim przepisom pewną znamionną nazwę. W tekście noweli spotykamy się z intytucją niezmiernie charakterystyczną: „Tworzenie prawa przez odpowiednie stosowanie ustawy” (*Rechtschöpfung durch entsprechende Anwendung des*

¹⁴ Wolter „Czy uchylić zakaz analogii w prawie karnym” (Czasopismo Prawn. i Ekonom. XXX s. 40–76)

¹⁵ Z. f. d. ges. Str. RW. t. 55, s. 384 i nast.

Strafgesetzes). Ustawa pozostaje nadal nienaruszoną ze wszystkimi cechami ustawy, jest źródłem bezwzględnie obowiązującym sędziego nie jako zbiór przykładów, lecz jako zbiór ściśle obowiązujących przepisów. Sędzia jednak może tworzyć obok ustawy nowe prawo, wprowadzając nowe przepisy pod pozorem stosowania dawnej ustawy. Wszystko to jednak dziać się ma nie w imię nieuchwytniej ochrony społecznej, lecz w imię wymiaru sprawiedliwości, opartego o karę jako odpłatę.

4. Pierwszą funkcją sędziego niemieckiego ma być obecnie w braku wyraźnego przepisu wyszukanie „myśli podstawowej” kodeksu karnego, drugą funkcją wybadanie „zdrowego wycucia społecznego”. Jedno i drugie zmierza do jednego celu, a mianowicie do stwierdzenia, czy dany czyn zasługuje na karę. Myśl podstawowa każdego kodeksu karnego jest prosta i jasna: należy karać za czyny społecznie szkodliwe. O tym, czy ten czyn jest społecznie szkodliwym, ma sędziemu niemieckiego pouczyć zdrowe wycucie społeczne. Dotychczas można było z tern wycuciem się zapoznać w drodze parlamentarnego ustawodawstwa; droga ta jest w Niemczech obecnych prawie zamknięta. Nowela nie przewiduje plebiscytu, a zatem zdrowe wycucie społeczne ma wybadać sędzia sam w drodze, jaką uzna za odpowiednią. Drogę tę znamy. Wszak była epoka w dziejach ludzkości, kiedy sędziemu pozwalano w wypadkach wątpliwych sięgać do „prawa natury”, a wtedy sędzia albo sięgał do jakiegoś popularnego traktatu o prawie natury albo też rozstrzygał sprawę według własnego poczucia prawnego, będącego wynikiową wychowania i otoczenia.

5. Prawo karne, które tworzyć będzie w przyszłości sędzia niemiecki swoimi wyrokami, względnie tworzyć będzie trybunał Rzeszy swoimi rozstrzygnięciami, stanowić będzie znany typ prawa opartego o prejudykaty. Takie prawo nosi pospolicie nazwę prawa zwyczajowego. Prawo zwyczajowe karne uchodziło dotychczas za przeżytek, utrzymujący się jeszcze w niektórych kantonach szwajcarskich z powodu, iż Szwajcaria nie może dojść do unifikacji prawa karnego. Prawo zwyczajowe utrzymuje się także w Anglii, znanej ze swego konserwatyzmu. Wprowadzenie prawa zwyczajowego karnego do systemu prawa niemieckiego, nie jest zatem zjawiskiem rewolucyjnego postępu, lecz aktem ruchu wstecznego¹⁶. Wprowadzenie prawa zwyczajowego robi wrażenie, jak gdyby chodziło tu

¹⁶ W historii prawa karnego niemieckiego spotkać można analogiczne zjawiska ruchu wstecznego, wystarczy przytoczyć charakterystyczny ustęp z podręcznika Liszt-Schmidt 26 wyd., s. 45. *Mit dem Zerfalle der fränkischen Monarchie beginnt eine allgemeine rückläufige Bewegung... es ist die Zeit der Herrschaft des Gewohnheitsrechte», aus der Rechtsüberzeugung des Volkes geschöpft und in der Rechtweisung der Schöffen sich offenbarend.*

o to, by przyspieszyć reakcję karną na czyn społecznie szkodliwy¹⁷. Zamiast czekać na nowelizację kodeksu karnego lub ustawy karnej specjalnej, by uzyskać możliwość ukarania danej jednostki, prawo zwyczajowe oddaje sędziemu władzę tworzenia przepisu karnego i wprowadzenia sankcji karnej tam, gdzie nie było jej dotychczas. Teoretycznie biorąc między zasadą kodeksu ochronnego (przyjętą w Sowietach), a prawem zwyczajowym (wprowadzonym w Niemczech) zachodzi różnica zasadnicza. Praktycznie jednak dla obywatela rezultat jest ten sam, gdyż nie wie, za co jutro spotkać go może kara.

Nowela do kodeksu niemieckiego znalazła oddźwięk w ustawodawstwie gdańskim, gdzie nowelą z 29. VIII. 1935 wprowadzono do kodeksu karnego nowe brzmienie § 2 identyczne z brzmieniem noweli niemieckiej. O noweli gdańskiej wypowiedział się Trybunał sprawiedliwości międzynarodowej w Hadze, orzekając, że jest sprzeczną z Konstytucją gdańską ze względu na zawarte w Konstytucji gwarancje wolności obywatela¹⁸.

VI.

1. Rozszerzenie możliwości karania w kierunku czynów podobnych do czynów wyraźnie zagrożonych karą, chociażby podobieństwo to było bardzo powierzchowne, jest oczywistym naruszeniem ścisłych granic obowiązywania ustawy karnej. Z chwilą, kiedy się uczyni ten krok, nasuwa się myśl, czyby nie zrobić jeszcze kroku dalszego, czyby nie wprowadzić możliwości stosowania nowej ustawy karnej do czynów, które nie były karygodnymi w chwili ich popełnienia. Chodzi o to, czy jest rzeczą możliwą wprowadzić tzw. wsteczną moc ustawy karnej. Tutaj nie potrzebuje zachodzić żadne podobieństwo, po prostu czyn, który był bezkarny wczoraj, skutkiem wydania nowej ustawy staje się karygodnym jutro. Jeżeli ktoś dopuścił się danego czynu wczoraj, a czyn ten będzie karygodny dopiero jutro, to według dotychczas w Europie przyjętych zasad, nie ma mowy o zasądzeniu. Oto dlaczego do zasady *nullum crimen sine lege* dodawano z ostrożności przymiotnik *anteriori* lub *praevia*. Inaczej na tę kwestję zapatruje się kodeks sowiecki. Spotykamy tam przepis: „W stosunku do osób pociągniętych do odpowiedzialności karnej za czynne działanie i czynną walkę z klasą

¹⁷ Występuje ta myśl plastycznie w nowych przepisach proceduralnych (z 28. VI. 1935) § 170 a: hat die Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob auf die Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch entsprechende Anwendung dieses Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann, podobnie par.- 267 a „hat das Gericht zu prüfen, ob...“.

¹⁸ Avis consultatif du 4 Décembre 1935 de la Cour permanente de justice internationale. Publications de la Cour permanente Serie A/B No 65 Compatibilite de certains Décrets — Lois Dantzikois avec la Constitution de la ville libre.

robotniczą i z ruchem rewolucyjnym, wykazane na odpowiedzialnych lub poufnych stanowiskach w czasie ustroju carskiego lub na służbie rządów kontrrewolucyjnych w okresie wojny domowej, zastosowanie przedawnienia i sprawę zamiany rozstrzelania pozostawia się do uznania sądu” (art. 14 uwaga).

2. Jasne jest, że kodeks sowiecki pozwala pociągać do odpowiedzialności za czyny, które nie tylko w chwili popełnienia nie tylko nie były karygodnymi, ale które nawet mogły wynikać z obowiązków urzędowych danego osobnika. Kodeks sowiecki nie tylko pozwala za te czyny stosować ochronę społeczną, ale nawet pozostawia do rozstrzygnięcia sądu, czy w wypadku takim można zastosować przepisy o przedawnieniu¹⁹. Przepis kodeksu sowieckiego można by tłumaczyć swoistymi warunkami życia państwowego Rosji Sowieckiej i zasadniczym stanowiskiem kodeksu, szczególnie jednak posmaku nabiera ta sprawa na tle ustawodawstwa niemieckiego.

3. W Niemczech w drodze ustawowej dokonano już przełamania zasady *nulla poena sine lege*, a mianowicie: ustawa o karze śmierci z 29. III. 1933 (R. G. B. 1. I. 151) zwana *lex van der Lubbe* nadała rozporządzeniu z konieczności z 28 lutego 1933 moc wsteczną aż do 31 stycznia 1933. Uczyniono to w tym celu, ażeby ulegalizować pogwałcenie zasady *nulla poena sine lege*, chodziło mianowicie o to, ażeby sprawca czynu dokonanego w czasie między 31 stycznia 1933 a 28 lutego 1933 mógł ponieść karę śmierci, która mu nie groziła w chwili popełnienia czynu. Jeżeli pogwałcenie zasady *nulla poena sine lege* jest w Niemczech faktem dokonany w drodze nadania ustawie karnej mocy wstecznej, to pogwałcenie zasady *nullum crimen sine lege* na tej samej drodze jest bardzo prawdopodobne²⁰. Oto memoriał pruskiego Ministerstwa sprawiedliwości, dotyczący projektu nowego kodeksu karnego niemieckiego powołuje (jako przykład do naśladowania) uzasadnienie austriackiej ustawy z 1. XII. 1931 o karach za nierzetelność (*Untreue*). Chodzi tam o obronę tezy, iż istnieje możliwość stosowania ustawy karnej nowej do czynu dawniej bezkarnego, jeżeli tylko czyn ten sprzeciwiał się poglądom moralnym i prawnym istniejącym już w chwili jego spełnienia, chociażby nie były ujęte w przepis prawa karnego²¹. Jasne jest, że wprowadzenie

¹⁹ Pod względem „pryncypialności” znowu wychodzi k. k. sowiecki poza ramy projektu włoskiego z r. 1921, który moc wsteczną ogranicza do „sankcji” i to o ile przepis nowy jest korzystniejszy dla oskarżonego (più favorevole all'imputato art. 1 ust. 2).

²⁰ W literaturze niemieckiej powiał prąd nowy domagający się ogólnego ograniczenia zasady *nullum crimen sine lege*, por. np. Siegert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate* 1934 s. 21.

²¹ Sprawozdanie niemieckiej Komisji kodyfikacyjnej dla prawa karnego z r. 1934 ma pewne zastzeżenia co do mocy wstecznej ustawy karnej, a to ze względu na trudność stwierdzenia, czy w okresie popełnienia czynu karygodnego panowały takie, czy też inne poglądy moralne i prawne. *Das kommende deutsche Strafrecht*. 1934, s. 136.

ogólnej zasady „ustawa karna działa wstecz” musiałoby doprowadzić do karania za czyny, które w chwili popełnienia nie były zagrożone karą; wprowadzenie tej zasady dołączone do prawa karnego zwyczajowego uczyniłoby prawa obywatela czysto iluzorycznymi. Czy nadmierne rozszerzenie władzy dyskrejonalnej sędziego jest konsekwencją ideologii ochrony społecznej, czy następuje w postaci mocy wstecznej ustawy karnej, dla obywatela wynik jest ten sam, nazywa się — niepewnością jutra.

Ruch wsteczny w ewolucji niemieckiego prawa karnego znaczący sposób najbardziej jaskrawy w fakcie pozbawienia życia szeregu obywateli 30 czerwca i 1 i 2 lipca 1934 przez najwybitniejszych przedstawicieli państwowej władzy bez formalnego sądu i wyroku. Ustawa z dnia 3 lipca stwierdza: *Die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30 Juni, 1 und 2 Juli 1934 vollzogenen Massnahmen sind als Staatsnotwehr rechens.*

Ulegalizowanie to (faktu dokonanego) niewłaściwie używa formuły o obronie koniecznej organizmu państwowego. To, czego dokonano 30 czerwca, 1 i 2 lipca 1934 było postacią reakcji karzącej ze strony grupy społecznej względnie ze strony czynników grupę społeczną reprezentujących. Z tą formą reakcji społecznej spotykamy się albo na najniższym stopniu kultury²² albo w okresie rewolucyjnym: społeczeństwo reaguje na czyn społecznie szkodliwy samorzutnie.

Stwierdzenie (następowe) w dzienniku ustaw, że czyn (reakcja karna) był legalnym, jest zbędne, dla socjologa jest pewne, że czyn formalnie zbrodniczy jest legalnym (jako reakcja społeczna), jeżeli społeczeństwo nie znajduje dlań słów skutecznego potępienia. Jest to po prostu prymityw w zakresie wymiaru sprawiedliwości. Legalizacja nastąpiła ze strony *Reichsregierung* (*hat das folgende Gesetz beschlossen*), a zatem tych samych ludzi, którzy dokonali egzekucji.

VII.

1. Nasuwa się pytanie, gdzie szukać źródła tego ruchu wstecznego w pojęciach zasadniczych prawa karnego. Prawo karne jest jak gdyby fotografią ustroju politycznego i stosunków społecznych, panujących w danej chwili w danym społeczeństwie. Jest to po prostu dokładny negatyw fotograficzny odbijający rzeczywistość (w odmiennym tylko układzie światłocienia). Wychodząc z tego założenia socjolog wzięwszy prawo karne za punkt wyjścia musi stwierdzić, że zaszły w Europie doby obecnej

²² Por. Makarewicz, *Einführung in d. Philos. des Strafrecht*, s. 238. Według Hollub'a nacelnik plemienia Ma-Atabele ma specjalistów (Königsdolche), którzy w nocy zabijają jednostki uznane za szkodliwe.

jakieś zmiany w zasadniczej ideologii dotyczącej wzajemnego stosunku obywatela i państwa. Jeżeli obywatel może ponosić karę za czyn, który nie był karą zagrożony w chwili popełnienia, to widocznie sprawa pewności jutra tego obywatela nie jest sprawą istotną i nie może stać się osią struktury państwowej. Jeżeli dziś prawnik, zobaczywszy w negatywie fotograficznym znak ostrzegawczy zmiany kursu, rozglądnie się naokoło siebie, to spostrzeże, że w niektórych państwach europejskich życie społeczne zaczyna płynąć innym, niż dotychczas korytem. Mówi się często o przeciwstawieniu państwa totalnego i państwa liberalnego. Można by użyć wyrażen bardziej plastycznych i mówić o państwie zwartym w przeciwieństwie do państwa wolnościowego.

Wiek XX przyniósł Europie kontynentalnej rewolucję w poglądach na cel państwa, państwo przestało być owym złem koniecznym, zapewniającym obywatelowi maksimum dobrobytu i bezpieczeństwa, stało się celem samo dla siebie, a obywatel stał się tylko środkiem prowadzącym do osiągnięcia celu najwyższego, którym jest rozkwit państwowej potęgi.

2. W tym naświetleniu prawa obywatela stały się *une quantité négligeable*²³. Czy to jest zjawisko patologiczne i czy jest to zjawisko

²³ Charakterystyczne jest, iż najnowsze prawo niemieckie z całą świadomością dla umożliwienia wprowadzenia obozów koncentracyjnych według rozporządzeń z r. 1933 i 1934 wypowiedziało we formie rozporządzenia z konieczności z 28. II. 1933 z 28. II. 1933 zasadę, iż prawa obywatelskie ulegają zawieszeniu, a odpowiednie artykuły konstytucji tracą moc prawa (*werden ausser Kraft gesetzt*). Wynika stąd, że ukrócenie praw obywatelskich przez państwo jest aktem pełnej świadomości ustawodawcy.

„Stan wyjątkowy” tego rodzaju wprowadzają także inne konstytucje (np. konstytucja polska z r. 1921 art. 124 i Konst. z r. 1935 art. 78, por. także art 6 rozp. Prez. z 16. III. 1928 poz. 307 o stanie wyjątkowym). Prawo Polskie wprowadza jednak zawieszenie konstytucji tylko warunkowo, a mianowicie społeczeństwo reprezentowane w ciałach ustawodawczych ma takie zarządzenie zatwierdzić. Wynika stąd, że wbrew woli całego społeczeństwa (względnie jego znacznej części) nie może przyjść do ukrócenia praw obywatelskich. W Niemczech jest inaczej: wprawdzie konstytucja z 11. VIII. 1919 (art. 48, II, III) przewiduje możliwość uchylecia takiego rozporządzenia z konieczności przez ciała ustawodawcze (Reichstag), ale przepis ten wobec zmian ustrojowych z lat ostatnich stał się czysto papierowym, gdyż ciałem ustawodawczym obok Reichstag u jest obecnie (art. 2 ust. z 24. III. 1933 R. G. Bl. I 141) także rząd, który w dodatku nie jest krępowany w zakresie swego ustawodawstwa postanowieniami konstytucji. Reichstag natomiast może funkcjonować tylko o tyle, o ile rząd uzna to za wskazane i potrzebne, wobec tego Reichstag może nie przyjść do głosu przez dłuższy czas, a tem samem nie mieć możności uchylecia rozporządzenia z konieczności. W tych warunkach przepis konstytucji nie ma praktycznego znaczenia, a o samej konstytucji oficjalni znawcy stosunków wypowiadają się krótko: *Die Reichverfassung hat den Charakter des Staatsgrundgesetzes verloren* (por. Meissner-Kaisenberg, *Staats- und Verwaltungsrecht*, 1935, s. 105). W tych warunkach „rozporządzenie z konieczności” wydane przez rząd obowiązuje stosownie do uznania rządu u bez kontroli ciała ustawodawczego, wobec czego ograniczenie wolności obywatela u drodze stanu wyjątkowego może być długotrwałe. Dodajmy do tego, że zastrzeżenia o kontroli sądu nad zarządzeniem aresztu nie mają poważniejszego znaczenia. Wprawdzie sąd ma prawo odmówienia nakazu aresztowania, skutkiem czego policyjne przyzrywanie traci podstawę prawną i winno się natychmiast zakończyć uwolnieniem aresztowanego, niemniej samo rozporządzenie z r. 1934 zastępuje się, iż tego rodzaju przyzrywanie mimo odmówienia przez sąd nakazu aresztowania pozostaje w mocy jeżeli inne powody (bliżej nieokreślone) to uzasadniają por. wyżej s. 126, przyp. 12.

przemijające? Oto jest pytanie. Mimo woli przypomina się doktryna włoskiego filozofa żyjącego na przełomie XVII i XVIII w. Jana Baptysty Vico, który w książce swojej „Nowa Wiedza” podaje linie cyklicznego rozwoju państwowej struktury. Według jego tezy ludzkość przechodzi stale od jednej postaci struktury państwowej do drugiej na to, ażeby w końcu powrócić do punktu wyjścia. Po wieku panowania pomazańców Bożych, (których Vico nazywa „wiekiem bogów”) następuje wiek panowania „bohaterów”, a potem wiek panowania „ludzi”. Gdy w tym okresie stosunki się zepsują, ludzkość powraca do punktu wyjścia. Spostrzeżenia Vica nie są pozbawione pewnej trafności, choćby samego sposobu ugrupowania zasadniczych typów ludzkiego współżycia nie brać dosłownie według jego recepty. Faktem jest, że ludzkość oscyluje pomiędzy bezgraniczną niemal swobodą obywatela, czemu najlepiej odpowiada republikańska forma rządów, wykonywana przez oligarchię parlamentarną, a zupełnym skrzepowaniem obywatela, czemu odpowiada postać monarchii absolutnej lub jakiegokolwiek dyktatury. Część społeczeństw europejskich po wielkiej wojnie i po obaleniu monarchii zakosztowawszy na krótki czas swobód republikańskich, przeszła szybko do okresu dyktatury, wykonywanej w imię silnego i zwartego państwa. To, na co zwraca uwagę negatyw fotograficzny, jakim jest prawo karne, odpowiada w zupełności dokonany przemianom. Chwila obecna robi wrażenie powrotu do form społecznego współżycia z epoki dawno zamierzchłej. Ludzkość zdaje się rezygnować ze zdobyczy obywatela okupionych potokami krwi w epoce politycznych przewrotów z końca XVIII w. i z połowy w. XIX. Walczyła ona wówczas o prawa człowieka, o wolność obywatela²⁴. „Wolność” oznaczała nie tylko zwolnienie z kajdan monarchii absolutnej, ale także rozluźnienie więzów państwowych w ogóle. Dziś mówi się z pogardą o doktrynie społecznej, hołdującej tym ideałom, mówi się o nich jak o wymyśle zniewieściałych groszorobów, natomiast ideałem staje się państwo zwarte, które (według recepty Hobbesa) jak Lewiatan pochłania wszystko. Okoliczność, że miejsce monarchów absolutnych zajęły wybitne jednostki, które każą się nazywać „wodzami narodu”, nic na rzeczy nie zmienia. Według doktryny Hobbesa państwo przychodzi do skutku przez umowę społeczną, która obok myśli zjednoczenia (*pactum unionis*) zawiera także myśl poddania się pod silną władzę (*pactum subiectionis*). Jesteśmy świadkami, jak w kilku państwach europejskich znaczna część ludności z entuzjazmem podtrzymuje wszechwładzę swoich przywódców, jak wynikami powszechnego głosowania wzmacnia istniejący sposób rządzenia

²⁴ Wielka rewolucja francuska przyniosła w znanej Declaration des droits de l'homme et du citoyen z 26. VIII. 1789 (art. 6) zasadę podstawową: *Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement.*

wszewładnej jednostki. Psychologicznie tłumaczy się to zjawisko pozostałościami wielkiej wojny, istnieje jak gdyby przyzwyczajenie do życia w obozach warownych, jakimi były społeczeństwa wojnę prowadzące²⁵, tłumaczy się to stosunkami gospodarczymi, które słusznie, czy niesłusznie, wywołały hasła planowej gospodarki, samowystarczalności gospodarczej i kulturalnej. Społeczeństwa żyjące w nastroju pogotowia wojennego, w ciągłej obawie przed szpiegami rzeczywistymi lub domniemanymi, albo też przed szkodnikami innego typu przyjmują filozoficznie ograniczenia swobód obywatelskich, nie protestują wobec naruszenia dogmatów prawa karnego z w. XIX., z łatwością godzą się na wszystkie środki zabezpieczające, nawet na te, które występują przed dokonaniem czynu karygodnego. Zasada, że prawo karne jest *magna charta* obywatela w tych społeczeństwach zorganizowanych w państwo zwarte, już nie obowiązuje.

3. Jest to nawrót do bardzo znanego okresu w dziejach ludzkości, jest to nawrót do zasad panujących w Europie aż do XIX w. a przyjętych powszechnie w Azji do początków w. XX, co więcej, przyjętych przez antyczne prawo rzymskie. Prawo rzymskie znało moc wsteczną ustaw karnych i co ważniejsze, sądy rzymskie uważały wypadki przewidziane w źródłach ustawowych tylko za przykłady²⁶. Dla stworzenia prawa przez orzecznictwo droga była na oścież otwartą. Owa *Rechtschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze*, o której wspomina nowela niemiecka z r. 1935, była przecież podstawową zasadą prawa karnego rzymskiego. Te zapatrywania prawne (według znawców prawa rzymskiego) tłumaczą się rzymskim ujęciem stosunku jednostki do społeczeństwa, ujęciem, które da się sformułować krótko: jednostka wobec społeczeństwa nie ma żadnych praw²⁷. Dziwne robi wrażenie, jeżeli w r. 1936 odczytujemy w literaturze niemieckiej z początku XX. w. (sprzed wojny) wywody zawierające ubolewanie z powodu faktu, iż największy pod względem rozwoju prawnego naród na kuli ziemskiej w okresie politycznego rozkwitu nie uznawał zasady wykluczenia mocy wstecznej ustawy²⁸.

²⁵ Dobrą charakterystykę społeczeństwa powojennego podaje Wereszczyński, *Państwo antyczne*, wyd. II, s. 177 i nast.

²⁶ ... Si non tale sit delictum quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum in legis vindicandum est (L. 7, § 3 D. ad leg. lul. maj. 48. 4.) por. ... omissae sunt, sententi a tamen legis continentur (L. 3 D. ad leg. Pomp. de parricidiis 48. 9)

²⁷ Die in der Tat ungeheure Unbestimmtheit des alten Staats-Verbrechens beruht auf der spezifisch römischen Auffassung des Verhältnisses des Einzelnen zum Gemeinwesen. Nach dieser Auffassung hat der Einzelne dem Gemeinwesen gegenüber kein wirkliches Recht, (v. Bar, Gesch. d. Str. R. str. 13). por. także Wereszczyński, *Państwo antyczne*, s. 68.

²⁸ Denn was Cicero einst in seiner zweiten Rede gegen Verres äusserte, dass das neue Strafgesetz auf frühere Handlungen für anwendbar erklärt werde, falls nur die Handlung eine res sua sponte scelerata ac nefaria sei, dass jedoch für des Privatrecht die Nichrückwirkung der Gesetze als aus-

Wszak dziś we współczesnych Niemczech dzieje się to samo, co w antycznym Rzymie²⁹.

Rzymska zasada *salus rei publicae suprema lex esto* wstąpiła w miejsce francuskiego hasła z XIX. w. *laissez faire, laissez aller*, skrępowaniu życia gospodarczego przez daleko idącą interwencję czynnika państwowego, ograniczeniu swobody umów, wystąpieniu państwa jako przedsiębiorcy przemysłowego lub handlowego, odpowiadać musi nie samo ograniczenie inicjatywy prywatnej, ale także uznanie jednostki za pionka tylko na szachownicy interesów państwowych. Usuwa się na bok wszystko to, co krępuje sprawność maszyny państwowej, a nie to (jak dawniej), co krępuje sprawność inicjatywy prywatnej. Takie są ideały ludzkości w części państw europejskich w obecnej chwili, a prawo karne ze swoimi przemianami, jest tylko ich wykładnikiem³⁰.

VIII.

1. Jeżeli zapytamy o to, jaki obraz socjologiczny daje nam prawo karne polskie, tworzące fotograficzny negatyw stosunków społecznych, to wypada stwierdzić następujące fakty:

a) Środki zabezpieczające przewidziane w ustawodawstwie polskim stoją pod najściślejszą kontrolą sądową. Według Konstytucji z r. 1935 (art. 68) nikt nie może być zatrzymany bez nakazu sądu dłużej niż 48 godzin. Odnosi się to do środków zabezpieczających procesowych, odnosi się to również do właściwych środków zabezpieczających, chroniących społeczeństwo przed popełnieniem nowego czynu. Kodeks karny myśl kontroli sądowej nad środkami zabezpieczającymi na każdym kroku podkreśla: Sąd zarządza umieszczenie w zakładzie zabezpieczającym (tego czy innego rodzaju), sąd także rozstrzyga o zwolnieniu zamkniętego lub też o dalszym trwaniu zamknięcia.

b) Kodeks polski podtrzymuje w całej rozciągłości zasadę *nullum crimen sine lege poenali anteriori* (art. 1). Zasada ta doznała silnego poparcia przez Konstytucję z r. 1935 (art. 86, ust. 4): „nikt nie może być ... karany za czyn niezabroniony przez prawo przed jego popełnieniem”.

nahmslose Regel gelte, entsprach durchaus der Wirklichkeit, wie S e e g e r an zahlreichen Gesetzen der römischen Republik überzeugend nachgewiesen hat. Die öffentlichrechtlichen Strafgesetze aus der Zeit der Republik haben sich in der Regel unbedingte rückwirkende Kraft zugeschrieben, sei es dass zur Zeit der Tat keine Strafe, sei es eine härtere oder mildere Strafe angedroht war. T r a e g e r : Zeitliche Herrschaft des Str. G. Vergi. Darst. des Deutschen und Ausl. Strafrechts. Allg. Teil VI. 341).

²⁹ Podobieństwo państwa Hitlerowskiego do państwa antycznego w innych kierunkach, por. Wereszczyński, *Państwo antyczne*, II., s. 189 i nast.

³⁰ Wolter, *Czy uchylić zakaz analogii w prawie karnem* (Czasop. prawn.-ekonom., XXX, s. 40–76) poświęcił sporo miejsca na „racjonalistyczne dociekania na temat zakazu analogii? Czy to jest kwestia nadająca się do dociekań „racjonalistycznych”?

2. Z chwilą, gdy Konstytucja wypowiada zakaz karania za czyn, który nie był zabroniony przez prawo przed jego popełnieniem, wykluczona jest jakakolwiek postać interpretacji rozszerzającej. Nie można zastanawiać się nad tym, czy czyn jest społecznie szkodliwy, a potem wyszukiwać sankcję karną z przepisu najbardziej zbliżonego do danego wypadku, nie można stosować analogii w ścisłym tego słowa znaczeniu, a zatem w wypadku, gdy stan faktyczny czynu jest rażąco podobny do przewidzianego w ustawie karnej, nie jest jednak identyczny. Konstytucja nakłada na sędziego obowiązek stosowania ustawy karnej możliwie ściśle. Czyn podobny tylko do zabronionego nie jest zabroniony.

3. Kodeks karny (art. 2) mówi wprawdzie formalnie o mocy wstecznej ustawy karnej, lecz czyni to w interesie sprawcy: zastrzega się, że należy zastosować ustawę dawną, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy. Wynika stąd a) że nie można być karanym za czyn, który nie był uznany za przestępstwo przez ustawę obowiązującą w chwili popełnienia czynu, ponadto b) że nie można być ukaranym według przepisów nowej ustawy, jeżeli sankcje karne ustawy obowiązującej w chwili popełnienia czynu karygodnego, na ogół biorąc, były dla sprawcy korzystniejsze.

Wynika stąd zatem, że kodeks karny w Polsce nie zawiera tylko przykładowych wskazań dla sędziego na temat, co sprzeciwia się interesowi społecznemu i co jest społecznie szkodliwe, lecz podaje w sposób jak najbardziej wyczerpujący te wypadki, w których może przyjść do reakcji karnej ze strony społeczeństwa. Wynika stąd także, że nie można w Polsce skazać za dany czyn na karę śmierci, jeżeli w chwili popełnienia przestępstwa groziła tylko kara pozbawienia wolności, chociażby w kilka dni później ukażała się ustawa rozciągająca karę śmierci także na dane przestępstwo.

Prawo karne polskie nie jest prawem „ochrony społecznej” pozostawionej do swobodnego stosowania przez sędziego, lecz jest *magna charta* obywatela. Prawo karne polskie nie dopuszcza też do powstania prawa zwyczajowego, opartego na prejudykacie, na swobodnym tworzeniu prawa przez sądownictwo. Poza prawem pisanym nie ma w Polsce innego źródła prawa karnego.

4. Jeżeli mamy stworzyć syntezę stosunku obywatela do Państwa na tle prawa karnego, to stwierdzić wypada, iż mimo wyraźnej tendencji dzisiejszego społeczeństwa do tworzenia państwa zwartego pod względem militarnym, politycznym i gospodarczym, pomimo tendencji nowej Konstytucji Polskiej do wzmocnienia czynnika wła-

dzy państwowej, pomimo niewątpliwego kultu „bohaterów” i „wodzów narodu”, prawo polskie nie naruszyło zasad przekazanych przez ruchy wolnościowe z końca XVIII, i z połowy XIX. w. Ustawodawstwo polskie nie naruszyło praw obywatela. Tradycyjne umiłowanie wolności indywidualnej jest zbyt silne w szerokich masach polskiego społeczeństwa, by do tego przyjść mogło.

Pierwotna publikacja: „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1936, s. 95-118.

Za zgodę na przedruk dziękujemy Pani dr. Jolancie Olbrycht-Roguskiej