

UNIWERSYTET WROCŁAWSKI
Biblioteka Wydziału Prawa

28245



Dr. KAZIMIERZ MOSING
aplikant sądowy.

Wymiar kary w polskim kodeksie karnym



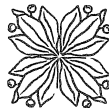
WE LWOWIE

Drukiem Pierwszej Związkowej Drukarni we Lwowie, ul. Lindęgo 4.

1932.

Mr. KAZIMIERZ MOSING
aplikant sądowy

Wymiar kary
w polskim kodeksie karnym



WE LWOWIE

Drukiem Pierwszej Związkowej Drukarni we Lwowie, ul. Lindęgo 4

1 9 3 2.



28245



1180080173

PAd

Mr. KAZIMIERZ MOSING
aplikant sądowy

Wymiar kary w polskim kodeksie karnym.

I.

Określić „malum possionis propter malum actionis“, — znaleźć stosunek między szkodą społeczną wzgl. winą sprawcy a dolegliwością polegającą na ukróceniu jego wolności lub majątku, lub wreszcie ocenić, czy i kiedy odpłata w formie ofiary z życia sprawcy jest potrzebna, — to treść i zadanie ustawowego względnie sędziowskiego wymiaru kary.

Pytanie, jak karać przestępcę — wysuwa się niemal na czoło problemów prawa karnego.

Uwzględnwszy rozwój historyczny w odniesieniu do tego zagadnienia, przekonać się można, iż w poglądach na tę kwestję nie ma czegoś niezmiennego, — lecz przeciwnie — śledzić można ciągłą, biegnącą w czasie towarzyszącą, ewolucję.

Droga tego postępu myślowego wiedzie od skrajnego obiektywizmu przy ocenie przestępstwa, od patrzenia przy wymiarze kary jedynie na wielkość skutku przestępnego, — ku czynnikowi zawinienia po stronie sprawcy, ku subiektywizmowi w głąb psyche sprawcy wchodzącemu, — jako istotnemu momentowi dla sprawiedliwej odpłaty

Stąd to innym był klucz do rozwiązania naszego zagadnienia dla społeczeństw pierwotnych, a inaczej znów będzie się on przedstawiał na stopniowo coraz wyższym poziomie kultury społecznej.

Spółczenstwa pierwotne kierowały się w zakresie swej funkcji wymierzania kary jedynym i zasadniczym motorem, jakim był dla nich instynkt mściwości społecznej, czyli naturalna potrzeba bezwzględnej, — a później

pod wpływem talionu ¹⁾ bardziej z wielkością skutku przestępnego licząc się odpłaty. Z chwilą gdy potrzebie zemsty stało się zadość, gdy grupa przez ofiarę z życia winowajcy lub przez odcięcie sprawcy odpowiedniego członka ciała zaspokoiła swą żądzę zemsty, uznawano karę za wystarczającą ²⁾. Wraz z postępowaniem społeczeństwa obserwować się dają stopniowe odchylenia od odpłaty żywiołowej ku sprawiedliwej, podyktowanej spokojem i przedmiotową refleksją. Zaczyna się zwracać uwagę na przedmiot odpłaty, — przestaje już być obojętnym podmiot przestępstwa, lecz zarysowuje się stosunek między nim a odpłatą ³⁾.

Ten zwrot nastawiania społecznego idący od czystego obiektywizmu w wymiarze kary, od roli sędziego mniej lub więcej zmechanizowanej ku rodzącej się potrzebie indywidualizacji kary i ku zwiększeniu w tym względzie władzy dyskrecjonalnej sędziego, — powoli zaczyna znajdować swój wyraz w ustawodawstwach.

Przedewszystkiem odnośnie do kary śmierci, tego środka najbardziej związanego z afektem społecznym, — a niepozwalającego sędziemu z natury rzeczy na żadną indywidualizację potrzebną w miarę okoliczności zachodzących po stronie sprawcy, — daje się zauważyć w ustawodawstwach nowożytnych wybitna tendencja bądźto ograniczania zastosowania tej radykalnej sankcji do przestępstw najcięższych, jak zdrada stanu, uśmiercenie jednostki ludzkiej, — bądźto dawania sędziemu możności ewentualnego zastosowania innego środka karnego (w formie zagrożenia alternatywnego lub przewidzianej w części ogólnej możliwości odstąpienia od kary śmierci w razie zachodzących okoliczności łagodzących ⁴⁾), wreszcie nie brak ustawodawstw, które zupełnie zrezygnowały z tego środka karnego ⁵⁾.

Pozatem — ustawy, które zwykły z apodyktyczną ścisłością określać i teoretycznie wymierzać stopień dolegliwości należytą sprawcy za zło przez niego zawinione, ustawy wymagające od sędziego jedynie umiejętności należytego włączania konkretnych wypadków przestępstw pod skamieniałe, z góry już ustalone sankcje karne ⁶⁾, — a temsamem czyniące równocześnie samego sprawcę z jego indywidualną osobowością, charakterem, przeszłością życia, pobudkami czynu dla oka sędziego zgoła niewidocznym, — zmieniają z wolna swe oblicze.

Niemожność opanowania z góry drogą ustawową wszystkich sytuacji życiowych tak dalece, ażeby ustawowa sankcja karna stosowana do prze-

¹⁾ Starożytna zasada talionu — to przykazanie odpłaty nie bezwzględnej, lecz ściśle do wielkości zła przez sprawcę spowodowanego przystosowanej (oko za oko, ząb za ząb). Zauważa to G a r a u d: *Traité du droit penal* I, str. 108: *Le talion à l'instinct de la vengeance une mesure et un but.*

²⁾ Por. M a k a r e w i c z: *Einführung in die Philosophie des Strafrechts* 1906, str. 214 do 272.

M a k a r e w i c z: *Prawo karne*, 1924, str. 274.

³⁾ D w o r z a k: *Problemy z przebudowy kary*. 1926, str. 3.

⁴⁾ M a k a r e w i c z: *Prawo karne*, 1924, str. 238.

⁵⁾ N. p. kodeks karny norweski 1902, ponadto zob u M a k a r e w i c z a str. 238.

⁶⁾ Takie typowe wypadki absolutnego wymiaru kary niedającego sędziemu pola do własnego przekonania, zachodzące naturalnie poza karą śmierci i dożywotniego więzienia, przedstawia ust. karna austr. w § 392 (areszt jednodobny), § 379 (areszt 3-miesięczny ścisły), § 321 (grzywna 5 wzgl. 10 guldenów), § 221 (grzywna 100 guldenów).

stępcy w każdym wypadku popełnienia czynu krygodnego nie mogła budzić w konkretnym wypadku żadnych zastrzeżeń co do trafności jej rodzaju lub stopnia jej natężenia, — staje się zrozumiałą. Co za tem idzie, konieczność rozszerzenia roli sędziego do spełniania właściwej mu funkcji, to jest nie tyle wykonywania już ustawowo ustalonych sankcyj karnych, ile raczej wymierzania każdorazowej dolegliwości w ramach szeroko rozpiętych granic ustawowych, — przestaje budzić wątpliwości.

Znikają więc z ustawodawstw absolutne wymiary kary, mające pre tensję do bezwzględnie sprawiedliwych, bo niezarażonych ewent. samowolą sędziego, — a zarysowuje się tendencja operowania wymiarami względnie oznaczonymi, a to po to, by właśnie w jaknajszerszem polu ustawowego wymiaru kary dać miejsce potrzebnej, życia bliżej stojącej inicjatywie sędziego.

Lecz idźmy dalej. Społeczeństwo nabrawszy raz pełnego zaufania do sędziego, poznawszy jego zbawienną rolę w wymiarze kary, — zaczyna coraz lepiej rozumieć niemilknące wołanie, potężne hasło nauki prawa karnego: *indywidualizacja kary*¹⁾.

Niewystarczającym okazuje się danie sędziemu możności operowania choćby w dość szerokich granicach ustawowego wymiaru, — jako niewystarczające przedstawia się dalej nawet dość niskie minimum natężenia środka karnego, do poziomu którego sędzia zawsze przy wymiarze konkretnej represji zejść może. Postulat indywidualnego traktowania sprawy w miarę indywidualnych okoliczności jego osoby dotyczących, znajduje jeszcze lepsze uwzględnienie. Oto pojawiają się ustawodawstwa, które dają sędziemu możliwość alternatywnego stosowania środków karnych, pozwalają mu na aplikowanie w pewnych wypadkach kary śmierci, dożywotniego lub terminem określonego więzienia, więzienia lub aresztu, wreszcie aresztu lub grzywny. To pełnomocnictwo ustawy dane sędziemu wynika ze zrozumienia zadań, jakie każdy z tych środków karnych spełnić winien. Kara śmierci i dożywotniego więzienia ma cel bezwzględnego odstraszenia powszechnego (prewencja generalna), więzienie ma spełnić rolę poprawy, areszt służy tylko dla celów odstraszenia sprawcy, grzywnę zaś za wskazaną przyjąć należy jako represję przestępstw płynących z chęci zysku (poza tem w wypadkach winy nieumyślnej i przestępstw porządkowych). Potrzebę wprowadzenia w konkretnym wypadku tego lub innego celu — zależnie od indywidualności sprawy, całości jego charakteru i pobudek czynu, — ustawa w sposób generalny ustalić nie jest w stanie.

Atoli ten, spowodowany nauką i praktyką prawa karnego, pęd ku indywidualizacji kary nie mógł nie wpłynąć i na oblicze tych ustaw, które nie zdołały jeszcze z całą konsekwencją porzucić ciasnych granic ustawowego wymiaru kary, które zawahały się jeszcze dać sędziemu *plein pouvoir*, chociażby tylko odnośnie do pewnych przestępstw, — w kierunku alternatywnego stosowania środków karnych. By nie pozostawiać sędziego w przymusowym położeniu ferowania wyroków nieodpowiadających jego przekonaniu, — zwłaszcza wtedy, gdy po stronie sprawy zajdą n. p. szczególne

¹⁾ R. Saleilles: *L'individualisation de la peine*. Paris 1898.

²⁾ System zagrożenia alternatywnymi środkami karnymi odnośnie do pewnych przestępstw spotyka się zwłaszcza w znacznej mierze w kodeksie k norweskim 1902.

okoliczności łagodzące, pozwalające w dodatku rokować na jego poprawę, — i te ustawy musiały pójść przynajmniej na kompromis. Jako remedjum na paraliżujący swobodę sędziego wąski ustawowy wymiar kary n. p. od 6 miesięcy do 1 roku lub od 5 do 10 lat więzienia, — wprowadzają te ustawy, — a to w wypadkach zajścia szczególnych mniej lub więcej kazuistycznie ustawowo ustalonych sytuacji — instytucję n a d z w y c z a j n e g o ł a g o d z e n i a k a r y. Występuje ona w dwóch formach: bądź jako możność dana sędziemu zajścia nawet niżej minimum zasadniczego (zazwyczaj w części ogólnej ustaw karnych ustalonego) okresu trwania danego środka karnego, bądźto jako możność zastosowania innej łagodniejszej represji¹⁾. Jako remedjum zaś na paraliżujące swobodę sędziego jedynie jednorodza-jowe, t. j. jednym środkiem karnym zagrożenie, wprowadzają te ustawy również dla pewnych wypadków instytucję z a m i a n y k a r y²⁾.

Chociaż obie te instytucje t. j. nadzwyczajne łagodzenie kary i zamiana kary są jedynie koniecznością dla ustaw podających przy każdym z przestępstw pewne konkretne minimum trwania kary wzgl. jeden rodzaj kary, to jednak nowsze ustawodawstwa idąc po linii jaknajwiększego rozszerzania atrybucyj sędziowskich, dla umożliwienia sędziemu jaknajsubtelniejszego uwzględnienia najrozmaitszych sytuacji życiowych, — obok szeroko rozpiętych granic ustawowego wymiaru kary (przyczem co do minimum jej trwania odsyłając najczęściej do części ogólnej), obok zagrożeń alternatywnych odnośnie do poważnej ilości przestępstw, — nie rezygnują jeszcze zwłaszcza z instytucji nadzwyczajnego łagodzenia kary. Dla podkreślenia specjalnych sytuacji wyjątkowych wymagających odrębnego ustosunkowania się do nich sędziego, — nawet „najliberalniejsze“ ustawodawstwa posłannictwa tej instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary nie przestają doceniać³⁾.

II.

Zasada indywidualizacji kary wciskająca się z coraz większą siłą do ustawodawstw nowożytnych wycisnęła też na obliczu polskiego kodeksu karnego bardzo wyraźne piętno. Twórcy kodeksu karnego dobrze zdawali sobie sprawę z niejednolitości życia, w szczególności na tym odcinku, na którym prawo karne musi przyjść do głosu. Daleką od nich też była ambicja, by z góry ustanowioną sankcją, jaknajmniej wysiłku w jej stosowaniu od sędziego wymagającą, — załatwić niełatwe zagadnienie sprawiedliwej odpłaty.

Większość stanów faktycznych przestępstw w kodeksie karnym określonych kończy ustęp „podlega karze więzienia d o l a t...“ (2, 3, 5, 10), —

¹⁾ Por. przepisy § 54 i 266 ust. k. austr., które zastosowanie instytucji nadzwyczajnego łagodzenia kary (w obu formach) warunkują zbiegiem okoliczności łagodzących i to takich, które pozwalają przypuszczać poprawę sprawcy.

²⁾ Por. przepisy § 55 i 260 b) ust. k. austr., które instytucję zmiany kary w formie skrócenia kary pozbawienia wolności a zato jej zaostrenia, — wprowadzają w uwzględnieniu stanu zarobkowania skazańca i jego niewinnej rodziny.

³⁾ M a k a r e w i c z: Prawo karne str. 278 podaje: „kodeks norweski, który często używa alternatyw co do środków karnych n. p. grzywna, utrata urzędu, więzienie do 6 miesięcy (§ 112), mimo to przewiduje (prawdopodobnie dla cięższych przestępstw, przy których wyznacza minimum ustawowe: „więzienie nie niżej 2 lat“ n. p. § 10) możność zejścia niżej minimum i możność zastosowania innego rodzaju kary § 56. w przypadkach zbliżonych do niepoczytalności jak afekt, excessus defensionis, zaburzenie psychiczne, wyższa konieczność, ponadto przy usiłowaniu, w błędzie, udziale, czynnym zalu“.

w tych wszystkich więc wypadkach kodyfikator nie idzie dalej poza wskazanie sędziemu *maximum malum passionis*, jakie dane przestępstwo na swego autora sprowadzić może. Czy korzystać z tej najwyższej sankcji karnej przewidzianej dla danego przestępstwa, czy szukając najniższej granicy ustawowego wymiaru i znajdując ją ustaloną w art. 39 § 1¹⁾ — wymierzyć tylko 6 miesięcy więzienia, czy też wyjść ponad ten minimalny okres trwania kary i o ile, — oto wątpliwości sędziego, których kodeks nie rozwiązuje.

Nie prościej dla sędziowskiego wymiaru przedstawia się sytuacja odnośnie do tych stosunkowo nielicznych w kodeksie karnym przestępstw, — będących zamachem na te dobra, których całość i nienaruszalność ustawodawca pragnie za cenę zagrożenia szczególnie surową karą bezwzględnie zapewnić.

Będą tu wchodzić przestępstwa z zakresu zbrodni stanu²⁾, kilka przestępstw przeciw interesom zewnętrznym państwa i stosunkom międzynarodowym³⁾, nadto przestępstwo przeciwko porządkowi publicznemu⁴⁾, z zakresu fałszerstwa monet⁵⁾, wreszcie zbrodnie takie jak: dopuszczenie się nierządu z chęci zysku względem osób najbliższej rodziny (żona, dziecko, pasierb, wnuk) osoby oddanej w opiekę, wychowanie wzgl. nadzór, nieletniego poniżej lat 21⁶⁾, zabójstwo⁷⁾ i działanie w przedsiębiorstwie handlu niewolnikami⁸⁾.

W tych wyżej wymienionych przestępstwach ustawodawca decyduje się na przesunięcie dolnej granicy ustawowego wymiaru kary z części ogólnej kodeksu karnego do szczególnej; kończąc każdy z tych przepisów słowami „podlega karze od lat...” ustala on *minimum malum passionis* na okres 2, 3, lub 10 lat, równocześnie przewidując, chociaż fakultatywnie, w kilku powyższych wypadkach sankcje najradykałniejsze, jaką jest kara dożywotniego więzienia i kara śmierci⁹⁾. I tutaj również nie brak wątpliwości — czy bardziej zbliżyć się ku górnej granicy ustawowego wymiaru kary, której maksymalną wysokość znajdujemy w części ogólnej w art. 39 § 1, czy więc zbliżyć się do lat 15, a wzgl. sięgnąć po ostateczną represję karną, jaką jest dożywotnie więzienie lub kara śmierci, czy też powinnością sędziego jest raczej zdała trzymać się od tych możliwości, danych mu do dyspozycji, a stosować jedynie tę najniższą karę, jaka z zagrożenia poszczególnych przestępstw wynika.

Lecz jeżeli szerokie ramy ustawowego wymiaru kary dotąd poznane są równoznaczne ze „swobodą sędziego“, to tę „swobodę“ odkryjemy jeszcze w innych miejscach kodeksu karnego. Wglądnąwszy do rozdziału o zbrod-

¹⁾ Zob. art. 39 § 1 „kara więzienia trwa najmniej 6 miesięcy...”.

²⁾ Zob. art. 93 § 1 i 2, art. 94 § 1 i 2, art. 95, 98.

³⁾ Zob. art. 99, 100 § 1, art. 101 § 1 i 2, art. 102, 105 § 2, art. 106.

⁴⁾ Zob. art. 167 § 2.

⁵⁾ Zob. art. 175 § .

⁶⁾ Zob. art. 212.

⁷⁾ Zob. art. 225 § 1.

⁸⁾ Zob. art. 249.

⁹⁾ Kara śmierci przewidziana jest fakultatywnie w art. 93 § 1, 94 § 1, 101 § 2, 102 i 225 § 1.

Kara dożywotniego więzienia przewidziana jest również fakultatywnie w art. 93 § 1 i 2, 94 § 1 i 2, 100 § 1, 101 § 2, 102, 106, 225 § 1.

niach stanu i zapoznawszy się z zawartymi tam sankcjami karnymi, nie trudno jest się przekonać, iż specjalny charakter tych przestępstw przedstawiających szczególne niebezpieczeństwo społeczne, ustawodawca starał się bardzo silnie podkreślić.

Czynnik prewencji generalnej na tym odcinku represji karnej, jak w każdym ustawodawstwie, tak i w polskim kodeksie karnym wysuwa się na pierwszy plan. Mimo to jednak, — jeżeli wolno mi się cofnąć do projektu kodeksu karnego w jego ostatnim obrazie w redakcji przyjętej w III. czytaniu przez Sekcję prawa karnego Kom. Kod., — już w tym projekcie znaleźć można jeden przepis, w ramy rozdziału o zbrodniach stanu wchodzący, z którego uwidacznia się, iż wymieniony czynnik prewencji generalnej przy ustalaniu ustawowego wymiaru kary odnośnie do jednej ze zbrodni stanu w tym właśnie przepisie się mieszczącej, — nie mógł być jedynie decydujący. W art. 91 § 1 tegoż projektu czytamy: „Kto w celu spełnienia według oznaczonego planu zbrodni wymienionej w art. 89 i 90 wchodzi w porozumienie z innymi osobami, — ulega karze więzienia do lat 5-ciu lub a r e s z t u na czas niekrótszy od roku“. Obecność kary aresztu, chociaż zagrożonego fakultatywnie i o dość poważnym minimum trwania, — w rozdziale o zbrodniach stanu od razu nas uderza. Skoro jednak uwzględnimy, po czym się poznaje ten t. zw. s p i s e k w powyższym artykule określony, a w szczególności przekonamy się, że do zaistnienia tego przestępstwa nie potrzeba momentu przystąpienia do realizacji czyli do działania, ani też nie potrzeba chociażby w czynnościach przygotowawczych uzewnętrznionej objektivizacji skutku, — że atoli jedynym probierzem anonsującym, iż mamy do czynienia z wyraźnym niedwuznacznym postanowieniem przestępnym rozwinięcia działania antypaństwowego, — jest f a k t j e d n o m y ś l n o ś c i kilku osób (bo to tylko znaczy: „wchodzi w porozumienie z innymi osobami“) w stosunku do zamierzonego przestępstwa, — jest jedynie zjawisko jednorodności zaistniałej w gronie chociażby trzech osób¹⁾, — to zrozumiemy projektodawcę, iż miał pewne wątpliwości co do tego, czy myśl bezwzględnego odstraszenia chociażby przez zagrożenie najcięższą karą — przy ustalaniu wymiaru kary odnośnie do tej zbrodni stanu może znaleźć swój wyraz. Czy sędzia stojąc w obliczu przestępnego porozumienia zawsze będzie miał pewność zaistnienia postanowienia przestępnego, zwłaszcza, — gdy to porozumienie nie będzie zdradzało swej absolutnej powagi? Czy można więc wiązać sędziego imperatywem ustawodawczym, iż w każdym wypadku przestępnego porozumienia t. j. spisku mniej lub więcej poważnego, jedyną odpowiedzią z jego strony ma być więzienie, — czy też nie stosowniej będzie w przewidywaniu niemałych wątpliwości, jakie przed sędzią przy inkryminowaniu tego przestępstwa staną, dać mu z góry upoważnienie na ewentualny wybór lżejszego środka karnego, jakim jest areszt? Projekt polski, jak widzieliśmy z wyżej cytowanego artykułu, poszedł za tą drugą ewentualnością. Ministerstwo Sprawiedliwości przy rozprawie nad istotą tego przestępstwa i przy ustalaniu sankcji za to przestępstwo należnej, nie miało wyżej poruszonych wątpliwości, — a przynajmniej to jest pewnym, iż nie chciało w tym rozdziale pełnym powagi i surowości, gdzie dwukrotnie zjawia

¹⁾ Projekt mówi o porozumieniu z innymi osobami, a więc tych innych osób może być i dwoje.

się kara śmierci, żadną miarą tolerować kary aresztu. Artykuł 97 § 1 kodeksu karnego odpowiadający swą treścią w zupełności art. 91 § 1 proj. kod. kar. taką dostaje końcową sankcję „podlega karze więzienia“. A więc nie ma fakultatywnego aresztu, ale nie ma też i „więzienia do lat 5“, w projekcie w art. 91 § 1 się znajdującego, — a zamiast tego wszystkiego lapidarna sankcja „podlega karze więzienia“. Czyżby to koncesja ustawodawcy na rzecz sędziego? — Odebrano ostatniemu pełnomocnictwo ewent. użytku kary in minus t. j. aresztu, a w zamian za to otworzono przed nim wrota in maius do szczytów kary więzienia. Niewątpliwie zamiana pełnomocnictw o bardzo specyficznym charakterze! Niemniej jednak w swoim rezultacie zjawisko to stanowi pewne dalsze signum zaufania ustawodawcy na rzecz sędziego. W ślad za szeroko napiętymi granicami ustawowego wymiaru kary, za sankcjami ograniczającymi się odnośnie do poszczególnych przestępstw z części szczególnej — tylko do ustalenia „od lat...“ lub „do lat...“ — ilu ma trwać kara więzienia, a więc określającymi tylko dołną lub tylko górną granicę ustawowego wymiaru kary przy uwzględnieniu, iż uzupełnieniem odpowiednich granic ustawowych służy zasadniczo i odnośnie do wszystkich przestępstw zagrożonych karą więzienia art. 39 § 1 z części ogólnej, — kroczy sankcja nie poza nakazem „więzienia“ nieustalająca. W ślad za dyspozycją w określaniu czasu trwania kary więzienia, a mianowicie w zakresie od 6 miesięcy do lat 2, 3, 5, 10, a następnie od lat 2, 3, 5, 10 do lat 15, — zjawia się dalsza „swoboda“ sędziego dysponowania bezwzględnie okresem trwania więzienia, rozumie się w ramach częścią ogólną art. 39 § 1 określonych t. j. od 6 miesięcy do lat 15. Co więcej, takich signów zaufania jak to ostatnie zjawia się kilka w kodeksie karnym. Ustawodawca zdecydowawszy się raz na pozostawienie sędziemu troski o rozwiązanie zagadnienia, czy potrzeba kary więzienia 6 miesięcy czy może 15 lat trwającej, jeszcze w 5-iu innych artykułach poszedł na drogę tego eksperymentu. — Przedewszystkiem w art. 104 kod. kar., mającym być wyrazem tego, jak bardzo dotkliwym i osłabiającym odporność psychiczną społeczeństwa, a to w czasie wojny lub w okresie grożącej wojny, — może być wywoływanie pewnych szkodliwie na opinię publiczną oddziaływających nastrojów, — chce ustawodawca bezwzględnie zapobiec tym szkodliwym skutkom i stąd to nie zaniedbuje stwierdzić, iż odpowiedzialność na działanie w celu stworzenia tej niebezpiecznej atmosfery będzie zawsze kara więzienia trwająca tak długo, jak długo sędziemu wyda się to potrzebnem.

Temi samymi lapidarnymi słowami „podlega karze więzienia“ żadnej dalszej wskazówki, nic więcej sędziemu nie dającymi, kończy się treść kilku delictów należących do grupy przestępstw polegających na spowodowaniu powszechnego niebezpieczeństwa tak dla większej ilości bliżej nieoznaczonych jednostek ludzkich, jak również dla większej ilości bliżej nieokreślonych przedmiotów majątkowych. Będą tu należeć działania mające na celu spowodowanie takich niebezpieczeństw, jak pożaru, zalewu, zawalenia się budowli oraz katastrofy w komunikacji lądowej, wodnej lub powietrznej¹⁾). Do tej grupy wejdą nadto wszelkie sytuacje niebezpieczne wynikające z używania materiałów wybuchowych²⁾, a wreszcie do zakresu

¹⁾ Zob. art. 215 § 1.

²⁾ Zob. art. 216 § 1.

tych jedynie więzieniem karalnych przestępstw sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego zaliczyć wypada uszkodzenie lub nadużycie urządzeń użyteczności publicznej¹⁾, rozszerzanie lub udaremnianie tłumienia zarazy ludzkiej, zwierzęcej lub roślinnej²⁾, a w końcu inne, — klauzulą generalną „działań wśród okoliczności szczególnie niebezpiecznych“ ujęte, — bezprawne działania ten zamiar sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego realizujące³⁾. Jako delictum o zagrożeniu tego samego charakteru zjawia się jeszcze w rozdziale przestępstw przeciwko mieniu t. zw. *r a b u n e k*, t. j. środkami gwałtu realizujący się zabór cudzej rzeczy ruchomej w celu jej przywłaszczenia⁴⁾. — To zjawisko kary więzienia bez dodatków — również i odnośnie do owych wyżej wymienionych przestępstw zjawia się dopiero drogą skuteczniejszych przez Ministerstwo Sprawiedliwości poprawek w projekcie Kom. Kod. Poprawka ta wchodzi w 4-ru pierwszych wypadkach t. j. w art. 104, 215 § 1, 216 § 1 i 217 § 1 w miejsce kary więzienia do lat 10⁵⁾, w ostatniem zaś przestępstwie z art. 259 w miejsce kary więzienia do lat 15⁶⁾. O ile idzie o zmianę karę więzienia „do lat 15“ na samo „kara więzienia“, to jest to wobec ustalenia art. 39 § 1, iż kara więzienia maksymalnie może trwać lat 15, — jedynie zmianą formy, jedynie bardziej prostem wyrażeniem się ustawodawcy bez naruszenia treści już przez projekt ustalonej sankcji. Dlaczego jednak zmiana „kary więzienia do lat 10“ na samo „więzienie“ dotknęła tylko co wymienione 4 wypadki, dlaczego jedynie albo właśnie przy tych do 10 lat więzienia zagrożonych przestępstwach⁷⁾ Ministerstwo Sprawiedliwości powzięło decyzję do dania sędziemu możności aplikowania kary więzienia z czasokresem trwania jeszcze o 5 lat wyższym, to wobec braku motywów pozostaje tajemnicą.

Po przedstawieniu stanowiska ustawodawcy odnośnie do decyzji sędziowskiej rozstrzygającej o tem, jak długo ma trwać kara więzienia, nie od rzeczy będzie zapoznać się, jak przedstawia się ta sprawa odnośnie do pozostałych lżejszych środków karnych t. j. odnośnie do aresztu i grzywny.

„Kara aresztu trwa najmniej tydzień, najwięcej 5 lat“. Tak brzmi art. 40 § 1. Zasada ta mająca swe miejsce w części ogólnej kodeksu, podobnie jak zasada ustawowego wymiaru kry więzienia z art. 39 § 1, nie pozostaje bez swego praktycznego dla sędziowskiego wymiaru kary znaczenia. Ustawodawca wiążąc z poszczególnymi przestępstwami sankcję aresztu — i to bądź samoistnie, bądź też alternatywnie obok kary więzienia lub też obok kary grzywny, ustala równocześnie najczęściej m a k s y m a l n ą wysokość tego środka karnego. Areszt do 6 miesięcy, roku, 2 lub 3 lat — to zasadnicze maksymalne nasilenie tego środka karnego w części szczególnej kodeksu karnego spotykane.

¹⁾ Zob. art. 217 § 1 *a*).

²⁾ Zob. art. 217 § 1 *b*).

³⁾ Zob. art. 217 § 1 *c*).

⁴⁾ Zob. art. 259.

⁵⁾ Zob. art. 99 § 2, 213 § 1, 214 § 1 i 215 § 1 Proj. kod. kar. przyjęt. w III czytaniu Kom. Kod.

⁶⁾ Zob. art. 255 tegoż Projektu.

⁷⁾ Liczba przestępstw zagrożonych karą więzienia do lat 10 w kod. kar. jest dosyć wielka; por. art. 96, 105 § 1, 107, 108, 109, 111 § 1, 114, 125 § 1, 126, 154 § 2, 166 § 2, 167 § 1, 177, 203, 204 § 1, 211, 225 § 2, 230 § 2, 234, 235 § 1, 248 § 2, 258, 260, 261, 286 § 2, 289 § 2 i 290 § 2.

Tak więc jak przy karze więzienia, resztę poza ową wytyczną odnośnie do górnej granicy wymiaru kary aresztu sędzia dorabia sam. Czy opierając się na zasadzie z art. 40 § 1 wymierzy on tydzień aresztu, — czy sięgnie do odpowiednich podyktowanych w części szczególnej maximów, — w to ustawa nie wchodzi.

Analogji do sankcji „więzienie od lat...” odnośnie do kary aresztu w kodeksie karnym nie stwierdzamy. Jakichś wypadków szczególniejszego znaczenia, w którychby ustawodawca był zmuszony odebrać sędziemu możliwość zrobienia użytku z najniższego ustawowego wymiaru kary aresztu, t. j. z wymiaru aresztu tydzień trwającego, — w kodeksie karnym nie znajdujemy.

Lecz co innego da się zauważyć, — w przeciwstawieniu do sankcji więzienia, gdzie ustawodawca bardzo nieśmiało li tylko w kilku poruszonych wyraźnie wypadkach usunął z części szczególnej wszelkie krępujące sędziego więzy co do okresu trwania kary, poprzestając tylko na ograniczeniach w tym kierunku z części ogólnej z art. 39 § 1 wynikających, — „swobód” tych odnośnie do kary aresztu, czyli zagrożenia karą aresztu bez dodatków, w kodeksie mamy bardzo wiele. Że odnośnie do sankcji aresztu można oddać sędziemu do dyspozycji całą treść art. 40 § 1, że można mu zaufać w tem, jak będzie się obracał w granicach od tygodnia do 5 lat aresztu, o tych dowodach zaufania z ust ustawodawcy słyszymy w bardzo wielu artykułach¹⁾.

Pozostaje nam jeszcze do omówienia, jak się przedstawiać będzie inicjatywa sędziego przy wymiarze kary grzywny.

„Grzywnę wymierzyć można w wysokości od 5 zł. do 200.000 zł.” tak brzmi art 42 § 1²⁾. Zasada generalna ustalająca maximum i minimum tego środka karnego, znajduje się w jednym rozdziale części ogólnej obok innych zasad generalnych regulujących ustawowy wymiar kary odnośnie do już poznanych środków karnych.

Lecz praktyczna doniosłość tych zasad przy wymiarze sędziowskim kary nie jest jednaka. Zasady generalne z części ogólnej odnośnie trwania kary aresztu, a zwłaszcza więzienia znajdują tylko wyjątkowo pełne i jedyne uwzględnienie przy ustalaniu sędziowskiego wymiaru kary, — a zachodzi to wtedy, gdy z części szczególnej, z zagrożeń poszczególnych przestępstw nie wynika żadne bardziej skonkretyzowane wskazanie ustawowe ponad to, iż sprawca „podlega karze więzienia” lub „podlega karze aresztu”.

Tymczasem o ile idzie o grzywnę, to zasada generalna regulująca jej maksymalną i minimalną wysokość — wyrażona w art. 42 § 1 kod. kar. zajmuje przy wymiarze tego środka karnego przez sędziego stanowisko niepodzielne. Ustawodawca bowiem wprowadzając do kodeksu karnego, i to na wielką skalę sankcję grzywny, w żadnym wypadku nie kusi się o jakieś wskazania bardziej konkretne co do wysokości tej grzywny, — byleby nie była ona niższą od 5 zł. a wyższą od 200.000 zł.³⁾.

¹⁾ Por. art. 103, 105 § 4, 115, 118, 119, 120, 140, 143, 144, 145 § 1, 148 § 1, 154 § 1, 164 § 2, 165 § 2, 195, 223, 224, 227, 238, 244, 262 § 2, 266, 268, 271.

²⁾ Projekt Kom. Kod. wyrażał się pod tym względem mniej fiskalnie „grzywnę wymierzyć można do wysokości 100.000 zł. w złocie” (art. 39 § 1).

³⁾ Jeszcze w Proj. kod. kar. napotykałyśmy dwukrotnie niby zabląkane, bardziej skonkretyzowane sankcje „grzywny do 5.000 zł.” (art. 125 i 138 Proj. kod. kar.) — lecz i te ostatnie z oblicza kodeksu karnego znikają

W powyższem przejawia się niemałe zrozumienie tego nauką i praktyką podyktowanego stanowiska, iż warunkiem skuteczności tej represji karnej, jaką jest grzywna, — warunkiem tego, by nie była ona tylko dolegliwością teoretyczną — w szczególności w tym wypadku, gdy chodzi o stosowanie jej do osób posiadających, — jest odpowiedni stosunek jej wysokości nie tylko do winy sprawcy, ale i do jego pozycji majątkowej. Słuszne to przekonanie niedwuznacznie odkrywa ustawodawca sędziemu wypowiadając się w art. 56: „Przy wymiarze grzywny Sąd uwzględnia stosunki majątkowe sprawcy“.

Ten może niedość jeszcze wyczerpujący rzut oka na wyżej przedstawiony zakres sędziowskiego prawa karania dał nam przecież już możliwość poznania charakteru cechującego w tym względzie nasz kodeks karny. A jednak szukamy czegoś więcej, — nie możemy zabić w sobie nasuwających się wątpliwości i zagłuszyć żądz ich zaspokojenia. Czyżby ta „swoboda“ w wymiarze dolegliwości za przestępstwo, zgotowana dla sędziego przez ustawodawcę, miała być tylko swobodą przedstawiającą cel sam w sobie, przechodzącą z jednej strony w samowolę, z drugiej zaś powodującą wieczną bez zaspokojenia pozostającą niepewność? Wyrzywa się potrzeba odpowiedzi na jedno pytanie: jak korzystać z tej „swobody“? Żądamy pewnego ustawowego drogowskazu, szukamy chociażby takiej podpory dla sędziego, jaką przedstawiają często w ustawodawstwach spotykane, najczęściej jedynie przykładowo wyliczone t. zw. okoliczności łagodzące i obciążające ułatwiające ustalenie wymiaru sędziowskiego. Zwłaszcza sędzia wychowany na terenie dotąd obowiązującej ustawy kar. austr., obracający się więc z jednej strony w dość sztywnych z góry ustalonych wymiarach ustawowych, z drugiej zaś strony niepozabawiony specjalnych wskazówek ustawowych co do oceny okoliczności obciążających i łagodzących i ich znaczenia przy wymiarze kary¹⁾, — nie znajdując analogji w tym względzie w kodeksie karnym polskim mógłby mieć pokaźne wątpliwości.

Stąd to ustawodawca, chociaż twardo stanął na stanowisku, iż w s p ó ł n i c j a t y w a s ę d z i e g o, — w ramach dość szerokiego ustawowego wymiaru, przy dość niskiem do dyspozycji sędziego pozostającym minimum, — jest warunkiem sprawiedliwej i celowej odpłaty, niemniej jednak już z góry, już u wstępu rozdziału o wymiarze kary, nie zaniedbuje tego, by drogą krótkich lecz bardzo zasadniczych wskazań przygotować sędziego do tej roli, jaką na tle przepisów kodeksu kar. będzie miał do spełnienia.

„Sąd wymierza karę według swego uznania, zwracając uwagę przede wszystkim na pobudki oraz sposób działania sprawcy i jego stosunek do pokrzywdzonego, na stopień rozwoju umysłowego i charakter sprawcy, na jego dotychczasowe życie, tudzież na jego zachowanie się po spełnieniu przestępstwa“. Tak brzmi art. 54 kod. kar.

Sędzia wymierza więc karę według swego uznania, — pod tym względem kodeks nie daje mu żadnych skrepowań, — odpada obowiązek spotykany w niektórych ustawodawstwach przytaczania w wyroku i omawiania,

¹⁾ Dla przykładu wspomnę o treści § 48 u. k. austr.: „Na okoliczności obciążające należy mieć wzgląd tylko wtedy, kiedy im nie przeciwstawiają się okoliczności łagodzące; tak samo na okoliczności łagodzące, kiedy im nie przeciwstawiają się okoliczności obciążające. W miarę tego, czy jedno czy drugie przeważają, należy zastosować obstrzeżenie lub złagodzenie kary“.

oraz rachunkowego uwzględniania różnych ustawowo określonych okoliczności łagodzących i obciążających¹⁾. Jedyny obowiązek, jaki z tego artykułu 54, określającego istotę sędziowskiego prawa karania, wynika, — to zbadanie wszechstronne okoliczności indywidualnych danego wypadku, a więc n. p. rozpatrzenie przez sędziego sposobu działania sprawcy oraz jego stosunku do pokrzywdzonego²⁾, a pozatem także i p r z e d e w s z y s t k i e m najdokładniejsze poznanie wszystkich indywidualnych właściwości sprawcy. Za najistotniejsze zaś dla poznania indywidualności sprawcy uważa kodeks znajomość takich momentów, jak pobudki czynu, stopień rozwoju umysłowego sprawcy, jego charakter, dotychczasowe życie, oraz zachowanie się po spełnieniu przestępstwa.

Ten drogowskaz z art. 54 musi wziąć sędzia pod uwagę, zanim wyjedzie na morze możliwości związanych z sędziowskim prawem karania.

Z tem, chociaż krótkiem lecz niemniej głębokiem memento, zamykającym treść ducha nowoczesnego kodeksu karnego, — ducha, któremu na imię: i n d y w i d u a l i z a c j a k a r y w r ę k u s ę d z i e g o, — ustawodawca z całym spokojem i zaufaniem wprowadza sędziego w ramy ustawowego wymiaru kary³⁾.

III.

Z chwilą gdy raz nauka i doświadczenie praktyki stwierdziły zgodnie i bez wątpliwości, iż sprawiedliwa odpłata nie wyrasta ze z góry przemysłanej, chociażby najlepszej i najsubtelniejszej intuicji ustawodawcy, lecz z razem z nią zharmonizowanej współinicjatywy sędziego, wówczas to za ciasno zaczyna być sędziemu nawet w polu szerokiego ustawowego wymiaru, chociażby możliwie najniższe minimum trwania danego środka karnego uwzględniającego.

Dla dania sędziemu możności pełnego uwzględnienia indywidualności sprawcy nie wystarcza dać mu możność karania za dane przestępstwo więzieniem i tylko więzieniem, lub aresztem, i tylko aresztem. Jak już w pierwszym rozdziale poruszyłem, — więzienie i areszt to środki wcale nie pokrywające się; więzienie — to instytucja poprawy, środek reformacji moralnej przestępcy mający go sprowadzić z drogi, na jaką wszedł dopuszczając się czynu karygodnego; areszt — to tylko środek koercytywny, służący jedynie do odstraszenia sprawcy, a niełączący się wcale z jakimikolwiek oddziaływaniami poprawczemi.

Czy więc ustawodawca kusząc się o sankcję absolutną — wyrażającą się w jednorodnym środku karnym nie przecenia swych sił? Czy potrafi on ex re, z natury samego czynu karygodnego wydedukować celową dla każdej indywidualności, dla każdego wypadku jednorodną represję karną? Czy też stosowniej nie rozstrzygać tak absolutnie o tem, o czem jedynie sędzia jako najbliższy wypadku i sprawcy stojący, najlepiej orzec może.

¹⁾ Por. Proj. kod. kar. uzasadnienie części og. T. V. Z. 3, str. 65.

²⁾ Sposób działania sprawcy oraz jego stosunek do pokrzywdzonego nie uznał projekt Kom. Kod. jako momenta najistotniejsze, — dlatego brak ich jest w art. 51 Proj. kod. kar.

³⁾ Dalsze wskazanie już bardziej szczegółowe wiążące sędziego przy wymiarze grzywny mieści się w art. 56 k. k. już wyżej cytowanym, a podkreślającym ważność znajomości stosunków majątkowych sprawcy przy stosowaniu tego środka karnego.

Takie refleksje przechodzi i polski kodyfikator, i on bowiem widzi zasadniczą różnicę w charakterze obu środków karnych pozbawienia wolności.

Ten zgoła odmienny charakter kary więzienia od aresztu może nie jest wypowiedziany *expressis verbis* w kodeksie karnym, atoli przecież można się go bardzo łatwo dopatrzeć.

Wedle art. 39 § 2, więzień ma obowiązek pracy według wskazań zarządu zakładu karnego, — wedle art. 40 § 2 zaś — aresztant ma obowiązek zająć się pracą według własnego wyboru, a tylko, jeżeli praca wybrana narusza wewnętrzny porządek zakładu, lub aresztant żadną miarą pracą zająć się nie chce, zarząd zakładu wyznacza mu pracę odpowiednią. Kodeks odróżnia więc pracę przymusową skazanych na więzienie od tejże pracy skazanych na areszt. W pierwszym wypadku poprawczy charakter kary wymaga, by praca była jednym z środków celowej poprawy, a więc o wyborze pracy i jej charakterze decyduje cały system penitencjalny w rękach władzy kierującej wykonaniem kary spoczywający. Inaczej rzecz się ma z pracą aresztanta, — aresztant nie jest przedmiotem traktowania pod kątem widzenia poprawczym. Odnośnie do niego przymus pracy wynika jedynie z potrzeby zajęcia jakąś racjonalną czynnością ludzi pozbawionych wolności. Swoboda wyboru czynności przez aresztanta w zasadzie nie może doznawać ograniczenia, chyba, że wymagają tego przepisy porządkowe zakładu karnego.

W wyniku tych refleksyj do jakiej więc decyzji dochodzi kodyfikator polski ?

Rozumie się, że duch indywidualizacji kary, którego wpływowi dał się on w bardzo silnym stopniu opanować, nie mógł być bez znaczenia i w rozważeniu nad tem, czy w uwzględnieniu niepokrywających się, lecz odrębnych posłannictw obu środków pozbawienia wolności dać sędziemu tylko jeden środek t. j. więzienie albo areszt, czy też oba: więzienie i areszt — do alternatywnego zastosowania.

Lecz zanim do przedstawienia obrazu alternatywnego stosunku więzienia do aresztu przejdziemy, zaznaczyć wypada, że indywidualizacja kary, a co za tem idzie tendencja możliwie najmniejszego krępowania sędziego przejawia się w kodeksie karnym już i tam, gdzie potrzeba prewencji generalnej żąda najbardziej odstrasżających sankcyj, jaką jest w pierwszym rzędzie kara śmierci, a następnie dożywotnie więzienie.

Nawet w tych wypadkach najcięższych *criminów* — bądź wstrząsających podwalinami życia państwowego (zbrodnie stanu¹⁾ i przestępstwa przeciw interesom zewnętrznym Państwa²⁾), bądź to polegających na uśmierceniu jednostki ludzkiej³⁾, — a zagrożonych karą śmierci lub dożywotniego więzienia, ustawodawca nie chce sędziemu odbierać pełni praw, wzgl. obowiązków wiążących się z kazdorazowym wymiarem przez niego represji karnej, — nie chce, by zamilczał art. 54 głośno o indywidualizację kary wołający. Stąd to do zagrożenia alternatywnego karą śmierci lub

¹⁾ Zob art 93 § 1, 94 § 1

²⁾ Zob art 101 § 2 i 102

³⁾ Zob art 225 § 1

dożywotniego więzienia dodaje on jeszcze więzienie od lat 10, wzgl. w jednym wypadku — a to zabójstwa z art. 225 § 1 — od lat 5.

Z zagrożeniem samego dożywotniego więzienia łączy się również zawsze jaka druga ewentualność kara więzienia od lat 10¹⁾, a w jednym wypadku od lat 5²⁾.

A poza temi wypadkami najcięższych zbrodni, czy kodeks wszędzie posunął się do dania sędziemu alternatywy w wyborze środków karnych?

Wiadomą jest rzeczą, że najlepsza myśl nie od razu da się z całą konsekwencją przeprowadzić. Dlatego to niechaj nas nie dziwi niejednolitość obrazu pod tym względem naszego kodeksu.

Obok szeroko już rozsianych po naszym kodeksie zagrożeń alternatywnych karą więzienia albo aresztu³⁾, znajdujemy też wielką liczbę przestępstw, za popełnienie których ustawodawca — nie zdradzając braku sił, lecz przeciwnie dowodząc, że jest z góry w absolutnej pewności co do tego, jakiego traktowania, t. j. czy poprawczego czy koercytywnego, odstraszaającego autorzy tych przestępstw bez względu na indywidualne okoliczności wymagać będą, — wymierza tylko więzienie⁴⁾.

Mimo więc, że ustawodawca nie daje sędziemu w sposób generalny prawa wyboru środków pozbawienia wolności t. j. aresztu lub więzienia, to jednak rzut oka na ilość alternatyw tego rodzaju przekonuje nas o zrozumieniu ważności tego postulatu nowoczesnej nauki prawa karnego i ewolucji ustawodawstw w tym kierunku idącej.

Lecz nie na tem wyczerpalibyśmy zagadnienie alternatywy środków pozbawienia wolności. Kodeks mimo, że już jasno wypowiedział w art. 54 całe swe stanowisko wiążące się ze sztuką sędziowskiego wymiaru kary, to jednak wprowadzając na wielką skalę instytucję wyboru środków karnych, nie omieszkał dać sędziemu na ten odcinek „swobody“ sędziowskiej odnoszącego się wyjaśnienia. W rozdziale o wymiarze kary, w art. 57 § 1 czytamy: „Jeżeli ustawa daje sądowi możliwość wyboru między karą więzienia a karą aresztu, nie można wymierzyć kary aresztu, jeżeli przestępstwo wynikało z niskich pobudek“. Przepis powyższy więc wyraża zasadę będącą dalszym ciągiem, a raczej dopowiedzeniem art. 54; — już bowiem w art. 54 jest mowa o pobudkach czynu karygodnego, jako o koniecznym momencie mającym mieć szczególne uwzględnienie przy wymiarze kary.

Kodeks nie precyzuje, co rozumie pod niskimi pobudkami; jedynie pośrednio z art. 47, regulującego utratę praw publicznych i obywatelskich

¹⁾ Zob. art. 93 § 2, 94 § 2, 100 § 1.

²⁾ Zob. art. 106

³⁾ Zob. art. 100 § 2, 103, 111 § 2, 115, 117, 118, 119, 120, 129, 130, 132, 136, 138, 140, 143, 144, 146, 147, 148, 150 § 2 i 3, 151 § 1, 152, 153, 154 § 1, 155 § 1, 156, 157, 164 § 1 i 2, 165, § 1, 2, 181, 182, 189, 191, 192, 193, 195, 201 § 1 i 2, 202, 222 § 1 i 2, 223, 224, 227, 236 § 2, 237 § 1, 238 § 1, 244, 245 § 1, 247, 250, 251, 254 § 1, 262 § 1 i 2, 263 § 1, 266, 268, 271, 282, 283 § 1 i 2, 284,

⁴⁾ Zob. art. 95, 96, 97 § 1, 98, 99, 101 § 1, 104 § 1, 105 § 1 i 2, 107—110, 111 § 1, 113 § 1, 114, 116, 121—123, 125 § 1, 2, 126, 131, 133, 137, 149, 154 § 2, 155 § 2, 163, 166 § 1 i 2, 167 § 1 i 2, 171—173, 175—177, 179, 180 § 1, 183—185, 187, 188, 190 § 1 i 2, 194, 197, 198 § 1, 199, 200, 203, 204 § 1, 205 § 1, 206—209, 215 § 1, 216 § 1, 217 § 1, 218, 219 § 1, 221, 225 § 2, 226, 228, 229, 230 § 1 i 2, 232, 234, 235 § 1 i 2, 236 § 1, 240, 241, 242 § 1 i 2, 243 § 1, 246, 248 § 1 i 2, 249, 257 § 1, 258—261, 263 § 3, 264 § 1, 267, 269, 270 § 2, 274, 275, 276, 279, 281, 286 § 1 i 2, 287 § 1 i 2, 289, § 1 i 2, 290 § 1 i 2.

praw honorowych w razie zasądzenia, — a w szczególności z zakończenia § 2 tego artykułu, ze słów „...przestępstwo popełnione z chęci zysku lub z innych niskich pobudek“ — można wnosić, iż chęć zysku będzie przynajmniej jedną, a może jedną z najpoważniejszych niskich pobudek.

Co jeszcze obejmie zakres niskich pobudek, to już rzecz wyuczucia sędziowskiego. Ogólnie biorąc sędzę, że zmieścić w pojęciu tem należy te motywa wewnętrzne odkryć się w psyche sprawcy dające, które nadając zamierzeniu przestępnemu pewnego powabu zachęcającego sprawcę do aktywności zamiar ten realizującej, — pozostają równocześnie w oczywistym ideowym niestosunku do wielkości zła przez impuls owej pobudki powstać mającego.

Nie da się na przykład nie zauważyć różnic psychologicznych zachodzących po stronie podmiotu przestępstwa w wypadku zabójstwa z zemsty, z zazdrości, lub też w nadziei zdobycia majątku po ofierze pozostającego, — w stosunku do zabójstwa na żądanie denata w celu ukrócenia jego nadmiernych cierpień fizycznych; różnicę w charakterze powyższych przestępstw podkreśla już sam kodeks¹⁾, przewidując możliwość zastosowania w drugim wypadku naszego przykładu nawet kary aresztu. Oczywiście jednak, że ta kara aresztu po myśli naszego pouczenia z art. 57 § 1 będzie mogła być tylko wtedy aktualną, gdy sędzia nie będzie miał wątpliwości, iż zabójstwo to wyrosło z zła motywów altruistycznych, bez najmniejszej domieszki jakiejś pobudki niskiej, egoistycznej.

Jakie jest nastawienie psychologiczne sprawcy u progu zamierzonego przez niego czynu przestępnego, jakie pobudki i motywa popchnęły go na drogę bezprawia, — zbadanie tych okoliczności kodeks przekazuje sędziemu, jako że nie są one decydujące dla ustawowej klasyfikacji przestępstw, lecz wedle art. 54 wpływ swój mają wywierać jedynie na wymiar sędziowskiej kary.

Swą rolę ogranicza ustawodawca tylko do jasnego określenia samej akcji przestępnej (i to w zasadzie umyślnej, chyba, że charakter nieumyślny działania ustawodawca wyraźnie podkreśla), jej kierunku z podkreśleniem przeważnie w napisie poszczególnych rozdziałów i to w sposób wyraźny²⁾, lub pośrednio³⁾, jakie dobro staje się w zawartych dotyczącym rozdziale przestępstwach przedmiotem ataku i naruszenia ze strony sprawcy.

Kodeks polski zestawiając chęć zysku z innymi niskimi pobudkami nie zna, jak to można spotkać w innych ustawodawstwach, pewnej kategorii przestępstw, nazwanej przestępstwami z chęci zysku; — o ile więc tam tylko kradzież, sprzeniewierzenie lub oszustwo uchodzą za przestępstwa par excellence z chęci zysku, o tyle więc wedle kodeksu polskiego być niemi

¹⁾ Art 225 § 1 „kto zabija człowieka, podlega karze więzienia na czas niekrótszy od lat 5 lub dożywotnio albo karze śmierci“ Art. 227 „kto zabija człowieka na jego żądanie i pod wpływem współzucia dla niego, podlega karze więzienia do lat 5 lub aresztu“.

²⁾ Por „przestępstwa przeciw interesom zewnętrznym Państwa i stosunkom międzynarodowym“ (Rozdz. 18), „przestępstwa przeciwko zrzeczeniom prawa publicznego“ (Rozdz. 19), „przeciwko głosowaniu w sprawach publicznych“ (Rozdz 20), „przeciwko władzom i urzędowi“ (Rozdz 21) i t. p.

³⁾ Por. „zbrodnie stanu“ (Rozdz 17), „fałszywe zeznania“ (Rozdz 22), „uwolnienie pozbawionego wolności“ (Rozdz. 24) i t. p.

nie muszą, a mogą nimi być o tyle, o ile to znamię niskiej pobudki, a w szczególności chęci zysku może mieć i n. p. szpiegostwo lub zabójstwo.

Ten słuszny rozdział kwestji zamiaru (celu, dolus) działalności sprawcy, obchodzącego ustawodawcę, — od odrębnej zupełnie dziedziny motywów pobudki, — stanowiącej niejako *spiritus movens* całej zamierzonej akcji przestępnej interesować mającej jedynie sędziego, — znajduje bardzo silne u fundamencie w a nie w kodeksie karnym. Jedynie w trzech wypadkach dał się ustawodawca jakgdyby mimowiednie wytrącić ze swej roli i wciągnąwszy moment pobudki działania do stanu faktycznego przestępstwa wszedł na teren sędziemu przeznaczanego widnokregu.

Ten wyłom od zasady zrobił ustawodawca dla tej pobudki, która najwięcej nie daje mu spokoju, na istnienie której zdradza on największą wrażliwość. Tą pobudką jest chęć zysku, — pojawia się ona w treści art. 207 i 208, oraz w art. 283 § 1.

Artykuł 207 brzmi: „kto z chęci zysku ofiarowuje się osobie tej samej płci do czynu nierządnego,...“. W wypadku tym sama akcja, jaką rozwinął sprawca w formie ofiarowywania się osobie tej samej płci do czynu nierządnego, czyli krótko mówiąc sam nierząd przeciw naturze zwany *homoseksualizmem*, — w uwzględnieniu psychicznego podłoża anormalności z reguły w takich wypadkach zachodzącej, — nie daje zdaniem ustawodawcy podstaw do karalności. Skoro jednak nie zabraknie sędziemu pewności, iż w tem ofiarowywaniu się do anormalnego zaspokojenia tkwić będzie równocześnie coś z prostytucji, to jest, że akcję tę podsycać będzie jedynie chęć zysku nie trudno do zdobycia, — bo z cudzego zboczenia, — się nadającego, wówczas to z nakazu ustawodawczego całe to — *nie winne* — działanie urasta do rzędu przestępstwa.

Z tych samych przyczyn, t. j. o ile nie brak znamion chęci zysku, staje się przestępstwem zasadniczo bezkarne ułatwianie cudzego nierządu zw. *kuplerstwem*. Tak bowiem mówi o tem art. 208 „kto z chęci zysku ułatwia cudzy nierząd...“. Sankcja w obu tych wypadkach opiewająca jedynie na więzienie do lat 5, a nie przewidująca alternatywy aresztu, już sama aktualizuje właściwy postulat ustawodawcy z art. 57 § 1, nie pozwalający na stosowanie aresztu w wypadku przestępstw z niskich pobudek. Nie uwzględnia tych linii przewodnich kodyfikatora i razi nas nieznaną projektodawcy, lecz dopiero w drodze poprawki ministerjalnej w kod. kar. umieszczony przepis art. 283 § 1. Podkreśla on z jednej strony niepotrzebnie w samym stanie faktycznym przestępstwa pobudkę karygodnego działania, a to chęć zysku: „kto podstępnie lub z chęci zysku udaremnia przetarg publiczny...“, — z drugiej zaś strony wbrew art. 57 § 1 daje sędziemu, nawet w razie stwierdzenia tej niskiej pobudki t. j. chęci zysku, możliwość stosowania kary aresztu.

Lecz nie tylko o b o w i ą z e k n e g a t y w n y nakłada kodeks na sędziego w razie stwierdzenia źródła przestępstwa z niskich pobudek wyrosłego. Szczególna niechęć ustawodawcy do pobudki tego rodzaju, jaką jest chęć zysku, prowadzi dalej.

W art. 42 § 2 czytamy „jeżeli przestępstwo popełniono z chęci zysku, sąd o b o k kary pozbawienia wolności, przepisanej w ustawie, wymierza grzywnę, chyba że skazanie na grzywnę nie byłoby celowe“.

W razie więc stwierdzenia chęci zysku jako pobudki będącej punktem wyjścia całej działalności przestępnej sprawcy, powstaje o b o w i ą z e k p o z y t y w n y dla sędziego, ma on mianowicie każdą karę pozbawienia wolności uzupełnić grzywną.

Przepis ten o kumulacji dwóch środków karnych t. j. kary pozbawienia wolności i grzywny, w razie popełnienia przestępstwa z niskich pobudek, — przechodzi pewne charakterystyczne fazy. W redakcji przyjętej w II. czytaniu przez Kom. Kod., w art. 39 projektodawca ustala „...sąd może obok kary pozbawienia wolności przepisanej w ustawie wymierzyć grzywnę do 100.000 zł. w złocie“. Jest to więc nic więcej, jak tylko pełnomocnictwo, z którego sędzia może, lecz nie musi korzystać. W redakcji przyjętej w III. czytaniu przez Kom. Kod. w art. 39 § 2 znajdujemy już wyraźny imperatyw „...sąd obok kary pozbawienia wolności przepisanej w ustawie, wymierza grzywnę“. Do ostatecznego zaś obrazu kodeksu karnego dostał się ten sam imperatyw kumulacji środków karnych, jednakże drogą poprawki ministerjalnej zaopatrzonej pewną klauzulą, a mianowicie „...chyba że skazanie na grzywnę nie byłoby celowe“. Podczas gdy więc projektodawca od fakultatywnego pełnomocnictwa posunął się do nakazu sędziego wiążącego, przytem w drugiej swej decyzji nie dał miejsca takiej możliwości, gdzieby w razie stwierdzenia istnienia pobudki z chęci zysku, kara pieniężna czyli dolegliwość na majątku mogła być niecelową, — to kodeks w swej obowiązującej redakcji, chociaż oświadczył się za daniem sędziemu w y r a ż n e g o w i ą z ą c e g o i m p e r a t y w u, kiedy ma obok kary pozbawienia wolności stosować grzywnę, — niemniej jednak nie zataił tej wątpliwości, czyby skazanie na grzywnę musiało być zawsze celowem.

Kiedy skazanie na grzywnę obok kary pozbawienia wolności, m i m o pobudek chęci zysku nie miałyby być celowem, o tem ma sędzia rozstrzygnąć.

Przyuszczam, że przekonanie sędziowskie o „n i e c e l o w o ś c i s k a z a n i a n a g r z y w n ę“ nie może być wynikiem czego innego, jak tylko odzwierciedlenia całej osobowości sprawcy z uwzględnieniem wszystkich jego rysów subiektywnych, indywidualnych. Nie mieści zaś się w tem pojęciu ewent. nieściągalność grzywny lub grożąca ruina w razie jej ściągnięcia, o czem mówi art. 43. Remedjum bowiem na te, już bardziej poza indywidualnością sprawcy leżące, bardziej obiektywne niż subiektywne okoliczności, znajduje kodeks nie w automatycznym przesunięciu grzywny na areszt, lecz w w y k o n y w a n i u p r a c y n a r a c h u n e k g r z y w n y. Tylko w razie niemożliwości wykonania pracy przez skazanego, jako ultimatum refugium stosuje się areszt wzgl. więzienie zastępcze z tem, że i wykonania tej kary zastępczej można zaniechać, jeżeli skazany jest niezdolny do pracy.

Atoli w kilku wypadkach ustawodawca sam przesądza kwestję ewent. niecelowości wymiaru grzywny łącznie z karą pozbawienia wolności.

Musi być celową ta podwójna dolegliwość w wypadkach: *a*) p r z e k u p s t w a, polegającego na udzielaniu urzędnikowi bądź bezpośrednio, bądź przez pośrednika korzyści materialnej lub też osobistej — bez względu na to, czy to wynagrodzenie urzędnika ma miejsce przed naruszeniem jego obowiązku służbowego, czy też *ex post*¹⁾, *b*) p a s e r s t w a, czyli wpro-

¹⁾ Zob art 134 i 135

wadzenia w obrot prawny przedmiotów uzyskanych zapomocą przestępstwa¹⁾, c) nakłaniania innej osoby do zawodowego oddawania się nierządowi²⁾, d) wywozenia za granicę innej osoby w zamiarze przeznaczenia jej do zawodowego uprawniania nierządu³⁾, e) dopuszczenia się jednego z czynów nierządnych (ułatwia nierząd, bądź czerpie z niego zyski, bądź nakłania do zawodowego oddawania się nierządowi, bądź wreszcie wywozi z kraju w tym celu) w stosunku do własnej żony, dziecka, pasierba, osoby oddanej pod nadzór w opiekę lub na wychowanie, albo też w stosunku do nieletniego poniżej lat 21⁴⁾, a wreszcie w wypadku f) jednego sui generis przestępstwa na szkodę wierzycieli względnie dłużnika, polegającego na podstępem lub z chęci zysku udaremnianiu przetargu publicznego, na przyczynianiu się bądź do odsunięcia innej osoby od udziału w przetargu, bądź do obniżenia ceny sprzedanej licytowanego mienia, względnie polegającego jedynie na wejściu w porozumienie z inną osobą, by drogą powyższych działań wyrządzić szkodę majątkową wierzycielowi lub dłużnikowi⁵⁾.

W tych wszystkich więc wypadkach za ewent. niecelowość grzywny bierze odpowiedzialność sam ustawodawca, on to z góry poleca sędziemu na stosowanie kary więzienia i grzywny⁶⁾

Po omówieniu okoliczności, z którymi sędzia szczególnie winien się liczyć mając do wyboru między karą więzienia a karą aresztu, przejdźmy z kolei na następny odcinek zagrożenia alternatywnego, t. j. aresztu albo grzywny.

Nadzieje, jakie ustawodawca, zgodnie z tendencją panującą w współczesnych systemach karnych, pokłada w karze pieniężnej występującej łącznie z karą pozbawienia wolności (więzienie lub areszt i grzywna), uwidacznia nam kodeks również i w tym wypadku, gdy obok sankcji aresztu równolegle stojąca grzywna dopiero z mocy wyboru sędziowskiego stać się ma aktualną.

Pełnomocnictwo sędziowskie na wybór kary aresztu lub grzywny zdołaby sobie w kodeksie karnym, podobnie jak zjawisko alternatywy środków pozbawienia wolności, dość poważny teren dla swej realizacji. Dość wielka ilość delictów otrzymuje dwurodzajowe zagrożenie aresztu lub grzywny⁷⁾. Co więcej przestępstwa, za które ustawodawca wyznaczył jedynie (jednorodząją) karę aresztu, znalazły się już w poważnej mniejszości. Kilkanaście przestępstw, a to bądź wynikające z winy nieumyślnej⁸⁾, bądź oddające pewne przewinienia, chociaż represji poprawczej bezwarunkowo niewymagające, a jednak dla represji majątkowej w każdym wypadku za

¹⁾ Zob art 160 ²⁾ Zob art 210 ³⁾ Zob art 211 ⁴⁾ Zob art 212 ⁵⁾ Zob art 283 § 1 i 2

⁶⁾ Nakaz ustawodawcy stosowania kary aresztu i grzywny łączy się z przestępstwem zniewagi (art 255), z przestępstwami „na szkodę wierzycieli“ z art 283 § 1 i 2, a wreszcie z publicznym rozpowszechnianiem fałszywych wiadomości, mogących wywołać niepokój publiczny (art 170)

⁷⁾ Zob art 104 § 2, 124, 127, 128, 139, 145 § 1, 150 § 1, 159 § 1 i 2, 161, 169, 178, 196, 215 § 2, 216 § 2, 217 § 2, 237 § 2, 239 § 1, 242 § 3, 252 § 1, 253 § 1 i 2, 256 § 1, 262 § 3, 265, 270 § 1, 272 § 1, 280

⁸⁾ Zob art 105 § 4, 151 § 2, 243 § 2, 286 § 3, 289 § 3

poważne, — nie rzadko o zabarwieniu porządkowym¹⁾, — są jedynymi, których dotyka kara aresztu bez alternatywy w kierunku kary majątkowej idącej.

Lecz jaka ma być orientacja sędziowska u progu dalszego odcinka ustawowego alternatywnego zagrożenia?

Na to pytanie odpowiedzią służy art. 57 § 2. Brzmi on: „jeżeli ustawa daje sądowi możliwość wyboru między karą pozbawienia wolności a grzywną, sąd wymierza karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy skazanie na grzywnę nie byłoby celowe“.

Treść więc tego przepisu, to — na wadze między karą aresztu a grzywną zawieszę, — na szalce grzywny położony ciężarek. Atoli to na doświadczeniu nauki i praktyki oparte stanowisko ustawodawcy nie ma powodować jakiegoś uproszczenia lub mechanizacji roli sędziego. Ta stanowcza ekspresja art. 57 § 2, na pozór sama załatwiająca problem wyboru sędziowskiego w konkretnym wypadku aresztu lub grzywny, w istocie jest tylko mocnym podkreśleniem tego, iż każdorazowa decyzja sędziowska dająca wyraz tej tendencji ustawodawcy sprzyjającej grzywnie, tem szczególnie wymaga uprzedniej konfrontacji z okolicznościami z art. 54 kod. kar. wynikającymi, — a które uwzględnić przy każdym określaniu wymiaru kary zaniedbać sędziemu nie wolno.

Czy więc zgodnie z zasadniczą opinio legis, celową będzie w świetle ustaleń treścią art. 54 podyktowanych kara grzywny, czy też zajdzie w konkretnym wypadku to: „wtedy, gdy skazanie na grzywnę nie byłoby celowe“, na te pytania odpowiedź sędziego otrzyma jedynie od siebie.

IV.

W rozdziałach poprzednich mowa była jedynie o zasadniczych ramach sędziowskiej władzy wymiaru kary.

Atoli kodyfikator polski, dla którego ideałem była lex pozwalająca sędziemu na szerokie uwzględnienie celowości każdej represji karnej, — dająca mu więc możliwość niezapominania o tem, iż decyduje on nie tylko o podmiocie przestępstwa, ale też nie mniej i o przedmiocie kary, — nie mógł wykluczyć z góry możliwości zaistnienia takich wyjątkowych sytuacji przestępstwa towarzyszących, gdzieby zasadnicze ramy sędziowskiej władzy, z przepisów części ogólnej i szczególnej wpływające, okazać się mogły niewystarczającymi. Stąd to musiał on się liczyć z potrzebą pewnego wyłomu w zasadniczym, chociaż nie wąskim, ustawowym wymiarze kary — a to na ten wypadek, gdy nieprzeciętna, o specjalnych okolicznościach sytuacja przestępstwa będzie wymagała szczególnie subtelnego dopasowania do niej sędziowskiego wymiaru.

Wiadomo, że ustawodawstwa obce, chcąc uniknąć, — powodowanego wyjątkową sytuacją przestępstwa, — zamachu na słuszne i przekonaniu odpowiadające uznanie sędziego przy wymiarze kary, znajdują dwa środki ratunku, — a to nadzwyczajne łagodzenie kary i zamianę kary.

Pierwszej z tych instytucyj nie brak i w naszym ustawodawstwie karnem.

¹⁾ Zob art 112 § 1, 162, 168, 174, 213, 214 § 1 i 2, 231, 273, 277, 288

O ile idzie o poznanie nadzwyczajnego łagodzenia kary i założeń kodyfikatora polskiego przy regulowaniu tej instytucji, to w tym względzie decydujący głos ma art. 59 kod. kar.

Artykuł ten — będąc z jednej strony jedynie tylko upoważnieniem dla sędziego do ewentualnego korzystania z tego nadzwyczajnego wyłomu w zasadniczym ustawowym wymiarze kary, nie sięgającym dalej ponad to, iż „sąd może stosować nadzwyczajne łagodzenie kary“. — z drugiej strony w kwestji, jak ma wyglądać to nadzwyczajne łagodzenie kary, w szczególności jakiego kierunku i granic trzymać się musi, a wreszcie w jakich wypadkach działanie tej instytucji może być aktualnem, jest on wyrazem pewnego rodzaju absolutyzmu ustawodawczego.

Od tych momentów absolutnych, a w szczególności od omówienia form nadzwyczajnego łagodzenia kary, pragnę rozpocząć analizę naszej instytucji.

Już z dotychczasowego poznania ustawowego wymiaru kary wiadomem jest, iż kodeks polski nie sprzyja karom krótkotrwałym. W szczególności zgodnie z nauką prawa karnego i z postulatami polityki kryminalnej uchodzi za pewnik w naszym kodeksie, że nie spełni swego celu poprawczego więzienie krótsze od 6 miesięcy, — że nie będzie odstraszeniem dla sprawcy areszt krótszy od tygodnia.

Tą linią przewodnią się kierując, kodyfikator nie mógł żadną miarą wyrazić swej zgody na to, by nie tylko o potrzebie, ale i o sposobie nadzwyczajnego łagodzenia kary decydować miał wyłącznie sędzia; — wszak ten ostatni kierunek inicjatywy sędziowskiej mógłby w pewnym wypadku spowodować sędziowski wymiar kary na tory wręcz przeciwne od tych, na których ustawodawca oparł zasadniczy ustawowy wymiar kary. A więc koniecznością było z góry zastrzec się przeciw takim sposobom nadzwyczajnego łagodzenia kary, jakie zna np. ustawa karna austriacka i jakie określa — odnośnie do kary więzienia — w słowach: „można... skrócić ustawowy okres kary nawet poniżej 6 - ciu miesięcy“ (§ 54), — odnośnie zaś do kary aresztu — w słowach: „można... zejść z karą ustawową poniżej na najmniejszego wymiaru“ (§ 266). Nawet w tych wyjątkowych wypadkach, uzasadnić mogących łagodniejsze od zasadniczego traktowanie sprawcy nie wolno sędziemu odstąpić od zasadniczych, w części ogólnej kodeksu karnego ustalonych minimów natężenia środków karnych. Zamiast schodzić poniżej 6 miesięcy więzienia, kodeks karny rezygnuje z więzienia wogóle, — zamiast aplikować areszt niżej tygodnia, kodeks karny rezygnuje z aresztu wogóle. W tych obu więc wypadkach tylko złagodzenie jakościowe środka karnego, tylko przejście z więzienia na areszt, z aresztu na grzywnę, — zapewnia sędziemu możliwość uwzględnienia wyjątkowych sytuacji przestępstwa.

Zaufanie ustawodawcy do tej formy nadzwyczajnego łagodzenia kary, jaką przedstawia prawo wyboru innego lżejszego środka karnego, w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej było pełne i nie dopuszczało żadnego wyjątku. W szczególności każda kara więzienia nawet najsurowszego, — z wyjątkiem dożywotniego, — w drodze nadzwyczajnego złagodzenia mogła się stać jedynie karą aresztu¹⁾. To kategoryczne stanowisko pro-

¹⁾ Zob Proj Kom. Kodyf. art 56 § 1.

jektu nie pozostało nadal w obowiązującym kodeksie karnym jedynym regulatywem, aktualnym w każdym wypadku sędziowskiego nadzwyczajnego łagodzenia kary.

Do kodeksowego artykułu 59 § 1 dostają się obie formy spotykane w obcych ustawodawstwach, — a to nie tylko złagodzenie jakości (rodzaju), lecz również i złagodzenie nasilenia (długości trwania) środka karnego. Lecz podczas gdy pierwsza forma t. j. wybór łżejszego środka karnego zdobywa pozycję dominującą, może bowiem znaleźć *z a s t o s o w a n i e* powszechne, a więc w każdym wypadku nadzwyczajnego łagodzenia kary (art. 59 § 1 p. *a, b, c, d*), — to o drugiej formie t. j. o zmniejszeniu zasadniczego minimum natężenia środka karnego tylko *j e d e n r a z* w kodeksie jest mowa (art. 59 § 1 p. *b*).

Całkowicie zgodnie z projektem przewiduje art. 59 § 1 p. *a* możliwość nadzwyczajnego łagodzenia kary w formie zamiany kary śmierci lub dożywotniego więzienia na więzienie powyżej lat 5. Zupełnie inny charakter więzienia terminowego od tegoż dożywotniego — każe nawet w tem zastępstwie kary dożywotniego więzienia przez więzienie trwające powyżej lat 5, widzieć *n i e j e d y n i e k r ó t s z y*, lecz *o d r ę b n y j a k o ś c i o w o* typ pozbawienia wolności.

Również tylko różnicę w charakterze środków karnych przynosi nadzwyczajne złagodzenie kary aresztu; ten środek bowiem po myśli art. 59 § 1 p. *d* zastąpić można nie karą niższą od zasadniczego minimum ustawowego, — to jest nie aresztem o czasokresie trwania krótszym od tygodnia, — lecz *j e d y n i e* grzywną.

Pewne odchylenie w stosunku do projektu spotykamy dopiero przy nadzwyczajnem łagodzeniu kary więzienia. Nie odbiega nasz kodeks od stanowiska zajętego przez projektodawcę, lecz akceptuje jego zdanie w zupełności — jedynie w tym wypadku, gdzie potrzeba nadzwyczajnego łagodzenia dotyczyłyby miała kary więzienia *d o l a t 5*. Karą więzienia nieprzekraczającego lat 5 (czyli *d o l a t 5*) będzie wedle naszego kodeksu *k a ż d a* kara więzienia za przestępstwo, którego sankcją ustawową jest więzienie nie dłuższe od lat 5, — a więc „do lat“ 2, 3, 5. Te ostatnie zagrożenia ustawowe, dotykające dolnem swem ramieniem zasadniczego minimum ustawowego więzienia, to jest 6-ciu miesięcy, — nie dopuszczają z racyj wyżej poruszonych do dalszego łagodzenia in minus czasokresu trwania tego środka pozbawienia wolności. Słusznie więc dozwala art. 59 § 1 p. *c* sędziemu na nadzwyczajne łagodzenie kary jedynie „przez wymierzenie *a r e s z t u* zamiast kary więzienia do lat 5“.

Lecz nie tylko kara więzienia z powyższego ustawowego wymiaru wyróżść mogąca, — jedynie na areszt będzie mogła być złagodzoną. Ten kierunek nadzwyczajnego łagodzenia kary będzie również wówczas jedynym przedmiotem dyspozycji sędziego, ilekroć zasadniczy sędziowski wymiar kary miałby wynikać z ustawowej sankcji więzienia „do lat 10“ lub „więzienia“ bez dodatków (to jest do lat 15). Zgoła obojętnem jest czy sędzia orzekając o przestępstwie zagrożonem więzieniem od 6 miesięcy do lat 10 lub 15, — wypośrodkuje malum passionis na więzienie poniżej lat 5, czy też powyżej. Sposobem bowiem nadzwyczajnego łagodzenia tak pierwszego wymiaru kary (wedle art. 59 § 1 p. *c*), jakoteż i drugiego (wedle art. 59 § 1 p. *b*) będzie

zawsze jedynie zamiana na areszt. — Mówi wprawdzie art. 59 § 1 p. b również i o drugiej formie nadzwyczajnego łagodzenia kary, a to o wymiarze więzienia do lat 5 zamiast kary więzienia powyżej lat 5, — lecz tego złagodzenia nasilenia (czasokresu trwania) środka karnego — w stosunku do tych wypadków, gdzie już z samego ustawowego wymiaru (więzienie do lat 10 wzgl. 15), zejście poniżej 5 lat więzienia (rozumie się nie dalej niż do 6 miesięcy) jest możliwe, — nie można uważać za przejaw naszej nadzwyczajnej instytucji.

Jak więc z powyższego przedstawienia wynika, przekonanie ustawodawcy o bezwzględnej niecelowości więzienia krótkotrwałego, to jest niższego od zasadniczego minimum 6-ciu miesięcy, a w szczególności o dodatniej wartości nadzwyczajnego łagodzenia kary w formie zamiany więzienia na areszt, znalazło odnośnie do przestępstw o zagrożeniu ustawowem, opiewającym na więzienie „do lat“ 2, 3, 5, — a wreszcie „do lat“ 10 lub 15, — pełnię wyrazu.

Tam bowiem, gdzie pozbawienie wolności, a mianowicie więzienie, nawet przez okres 6-ciu miesięczny, miałyby być — zdaniem sędziego — za dotkliwym w stosunku do ustaleń z art. 54 kod. kar., sprawcę i jego winę bliżej charakteryzujących, — gdzie więc sędzia postanowi skorzystać z danego mu prawa stosowania „w przypadkach wskazanych w ustawie“ nadzwyczajnego łagodzenia kary, — więzienie, jako środek jedynie poprawczy, a niemogący być nim w warunkach zbyt krótkiego, to jest niższego od 6-ciu miesięcy, okresu jego trwania, niejako z natury swej ustąpić musi aresztowi.

Atoli nie analogicznie przedstawia się nadzwyczajne łagodzenie odnośnie do kary więzienia wyższej od lat 5, w szczególności w tym wypadku, jeżeli ten wymiar sędziowski miałby być wynikiem ustawowego zagrożenia więzieniem „od lat“ 5 wzgl. 10, jakoteż „od lat“ 2 wzgl. 3.

Bezwzględna racja wymierzania w wypadku nadzwyczajnego łagodzenia kary, nie więzienia krótszego od 6 miesięcy, lecz raczej aresztu, — tutaj traci swą aktualność. Wszak przy zagrożeniu ustawowem więzienia „od lat“ 2, 3, 5 lub 10, dolną granicę stanowi już nie okres 6 miesięczny tego środka pozbawienia wolności lecz znaczenie wyższe, a nawet w ostatnim wypadku 10 lat osiągające minimum.

Zachodzi więc wątpliwość, czy słusznem jest zamykać przed sędzią ten obszar przed okresem lat 2, 3, 5, 10 do 6 miesięcy więzienia wstecz leżący, — czy ustawodawca usuwając ten dosyć poważny teren różnych nasileni czasokresu trwania tego środka karnego nie przesądza z góry tego, iż żaden z czasokresów trwania kary więzienia na przestrzeni od 6 miesięcy do lat 2, 3, 5, a nawet 10 nie będzie odpowiednikiem tego przekonania sędziowskiego, które przy każdym wymiarze kary, nawet w wypadku jej nadzwyczajnego łagodzenia, ma mieć niesłabnące znaczenie.

Wyżej naprowadzone wątpliwości, — aczkolwiek może nie błahe, — nie zdołały podważyć raz zajętego stanowiska projektu, iż jedynie zamiana na areszt może być sposobem nadzwyczajnego łagodzenia kary więzienia.

Dopiero w obowiązującym kodeksie karnym, w art. 59 § 1 p. b znajdujemy upoważnienie ustawodawcy do stosowania nadzwyczajnego łagodzenia kary „przez wymierzenie więzienia do lat 5 lub aresztu zamiast kary więzienia powyżej lat 5“. Dopiero więc poprawka ministerjalna wprowadza dwutorowość w sposobie traktowania tych przestępstw, któ-

rych zasadniczą represją byłaby kara więzienia wyższa od lat 5. Sędzia więc nie stracił raz danego mu przez projektodawcę upoważnienia, — będzie on mógł i wedle ustalenia kodeksowego w każdym wypadku nadzwyczajnego łagodzenia kary w miejsce więzienia choćby najcięższego, — z zagrożenia ustawowego „od lat 10“ wyniknąć mającego, — stosować areszt; — lecz nadto uzyskał on jeszcze fakultatywną moc dysponowania drugim sposobem nadzwyczajnego łagodzenia kary, polegającym na wymiarze, — w miejsce więzienia dłuższego od lat 5, — również kary więzienia, lecz o czasokresie krótszym od lat 5, a więc mieszczącym się w skali różnych stopni trwania tego środka pozbawienia wolności, od lat 5 do 6-ciu miesięcy w dół.

W ten sposób wyczerpaliliśmy kwestję sposobu stosowania nadzwyczajnego łagodzenia kary.

Obecnie przejść by należało do zapoznania się z temi wypadkami, gdzie mimo całej skrupulatności ustawodawcy w sposobie ustalania ustawowych wymiarów kary, — summum ius może się stać summa iniuria. Wedle art. 59 sytuacje takie, gdzie zasadniczy wymiar kary może być nie wystarczającym, są jedynie aktualne „w przypadkach w ustawie wskazanych“.

O ile idzie o część ogólną, to tutaj do tych przypadków, które mogą uzasadnić potrzebę nadzwyczajnego łagodzenia kary, — zaliczyć wypadki: częściową anormalność psychiczną, usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu, przekroczenie obrony koniecznej, przekroczenie wyższej konieczności, usiłowanie nieudolne, podżeganie i pomocnictwo w wypadku, gdy nawet przestępstwa nie usiłowano dokonać, a wreszcie sytuacja podżegacza lub pomocnika w wypadku, gdy ci starali się zapobiec skutkom swego działania.

Przypadkami zaś, które już nie tylko mogą być podstawą do nadzwyczajnego łagodzenia kary, lecz, które ex lege muszą się łączyć z tą wyjątkową instytucją, — to sytuacja nieletniego sprawcy w wypadku zaistnienia warunków z art. 76 § 1 lub 77. Mimo, iż w obu tych wypadkach czynu karygodnego dopuścił się sprawca w wieku po ukończeniu 13 lat, a przed ukończeniem 17 lat, — spotyka go zamiast zakładu poprawczego, kara zwyczajna za dotyczące przestępstwo przewidziana, lecz jedynie przy zastosowaniu nadzwyczajnego łagodzenia kary.

Tyle ogólnie o przejawach nadzwyczajnego łagodzenia kary w części ogólnej kodeksu. Lecz teraz zapoznajmy się z bliższą krytyką wyliczonych już przypadków.

„Jeżeli w chwili popełnienia przestępstwa zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary“, — tak brzmi art. 18 § 1 traktujący o t. zw. częściowej anormalności psychicznej. Osoba w takim stanie się znajdująca nie jest nieodpowiedzialną za swe czyny karygodne, nie jest wątpliwą jej poczytalność; — a jednak silne obniżenie poziomu intelektualnego wzgl. swobody kierowania postępowaniem, — bez względu na to, czy zjawisko to miałoby być trwałem, czy też byłoby chwilowem zaburzeniem czynności psychicznych wywołane, — stanowić może podstawę do zmniejszonej odpowiedzialności. Stany tego rodzaju, o ile nie są wynikiem umyślnego działania sprawcy, a w szczególności jego zawinionego odurzenia (np. alkoholicznego), przedsięwziętego ze swia-

domością ewent. sprowadzenia tegoż wyniku psychicznego¹⁾, chociażby bez zamiaru dokonania przestępstwa, — wymagają nawet w wypadkach najcięższych przestępstw, specjalnych łagodniejszych represyj karnych.

Obok żywotnego problemu częściowej anormalności, wysuwa się drugie zagadnienie, mocno ustawodawcę przy ustalaniu zasad odpowiedzialności niepokojące, a mianowicie *nieznajomość prawa*. Reguła ustawowa „nieznajomością prawa nikt się tłumaczyć nie może“, jako presumpcja bezwzględnej jego znajomości, tak często i przez tyle ustawodawstw, nie wyłączając ustawy karnej austr. poczytywana za konieczną, okazuje się być jedynie wygodnym oportunistycznym, nie dającym zupełnie podstaw do stwierdzenia tego, iż sprawca rzeczywiście był świadom bezprawności swego czynu. Tylko ta świadomość bezprawności może być probierzem słuszności i sprawiedliwości, tylko świadoma wola jednostki przepis przekraczającej, uzasadnić może pełną karną odpowiedzialność.

Miał tejs absolutnej fikcji ustawowej, ustawodawstwa nowożytnie zajmują się już tylko usprawiedliwioną nieświadomością bezprawności czynu. Ta tendencja przedostaje się i do kodeksu polskiego. „Sąd może uwzględnić usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu, jako podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary“, — mówi art. 20 § 2. Tylko więc, o ile sprawcy samemu uda się przeprowadzić dowód nieświadomości bezprawności swego postępowania i nieświadomość tę jako niezawinioną usprawiedliwi, — tylko wówczas to dostanie się on w sferę możliwych, lecz niekoniecznych względów sędziowskich, w nadzwyczajnie złagodzonej wymiarze kary się przejawiających.

Następne sytuacje, o których wyjątkowym charakterze decyduje ustawodawca podobnie jak w poprzednich dwóch wypadkach w ramach zasad odpowiedzialności, to *przekroczenie obrony koniecznej*²⁾ i *przekroczenie wyższej konieczności*³⁾. W wypadku pierwszym, t. j. *excessus defensionis* ustawodawca biorąc z góry pod uwagę możliwość afektu po stronie sprawcy, faworyzuje w sposób niedwuznaczny osobę, która stojąc w obronie prawa swego lub innej osoby, — wyszła poza granice wynikające z istoty obrony koniecznej, — nawet chociażby nie miała możności tłumaczenia się wyjątkowym nastrojem psychicznym. Z definicji obrony koniecznej (art. 21 § 1) wynika, że przekroczeniem tej instytucji legalnego odparcia bezprawnego napadu będzie wyjście poza granice rzeczywistej konieczności, dalej ewent. akcja obronna napad wyprzedzająca, a wreszcie działanie zaatakowanego, mające miejsce po napadzie (w pościgu) i jako takie przechodzące raczej w akt zemsty. Działalność w obronie prawa, czyli punkt wyjścia legalny usprawiedliwia każdy z tych wypadków *excessus defensionis*; — przeto i tutaj możność dana sędziemu ewentualnego stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary — znajduje pełne uzasadnienie.

¹⁾ A więc nie są w łasce ustawodawcy przestępstwa tak zwane alkoholiczne, t. j. dokonywane w stanie alkoholcznego podniecenia, czy odurzenia. Sprawca, który używa napojów wysokowych lub wszelkich innych toksyn działa na własną pełną odpowiedzialność, i w wypadku popełnienia przestępstwa w tym stanie odurzenia, nie może liczyć na nadzwyczajne złagodzenie kary. Wynika to z treści art. 18 § 2: „Przepisu § 1, (to jest mówiącego o nadzwyczajnem złagodzeniu kary) nie stosuje się, gdy ograniczenie zdolności jest skutkiem odurzenia wynikającego z winy sprawcy“.

²⁾ Zob. art. 21 § 2.

³⁾ Zob. art. 22 § 4.

Tendencja ustawodawstw nowożytnych faworyzowania *excessus defensionis* dostaje się też do wypadku przekroczenia granic wyższej konieczności¹⁾. O przekroczeniu tem może być mowa tam, gdzie nie ma tej konieczności poświęcenia dóbr prawnych osoby trzeciej, gdy więc nie jest ono jedynym sposobem wydobywania się z trudnej sytuacji, względnie gdzie brak tej proporcjonalności dóbr pozwalającej, — w razie potrzeby uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa, — na poświęcenie dobra niższego rzędu (np. mienie) dla ratowania dobra wyższego (np. zdrowie, życie). Tylko bowiem na tego rodzaju akcję ratowniczą, to jest subsydjarną i odpowiadającą zasadzie proporcjonalności dóbr pozwala kodeks polski²⁾. Niemniej jednak i przekroczenie tych istotnych wymogów, koniecznych dla legalności tak radykalnej akcji obronnej swego lub cudzego dobra, jako że mogące wypływać z wyjątkowego stanu psychicznego sprawcy, może się spotkać z mniej surową odpłatą ze strony sędziego. I tutaj spotykamy moc sędziowską stosowania w razie uznania nadzwyczajnego łagodzenia kary.

Za wypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie sędziego w ramach instytucji nadzwyczajnego łagodzenia kary, uważa kodeks też usiłowanie nieudolne ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim zamierzonego przestępstwa, jakoteż ze względu na użycie środka nienadającego się do wywołania zamierzonego skutku przestępnego³⁾.

W wypadku usiłowania nieudolnego sprawca przejawiał w swej działalności swój zamiar przestępny, co więcej, działanie swe ukończył, — a jedynie z przyczyn niezależnych od niego nie uwięził dzieła swego skutkiem. Ten brak skutku przestępnego obojętny dla patrzenia subiektywistycznego, uwzględniającego w pierwszym rzędzie zamiar wywołania tegoż skutku, — nie przedstawia się tak prosto dla wszystkich ustawodawstw.

Inne będzie on miał znaczenie w tych ustawodawstwach, które liczą się jedynie z pewną już wyrządzoną, niejako naocznie stwierdzić się dającą, szkodą społeczną. W tych to kodyfikacjach, jeszcze mniej lub więcej pod panowaniem obiektywizmu, jako zasady odpowiedzialności karnej się znajdujących, — te wypadki usiłowania nieudolnego, jako bez zabarwienia w pełni przestępnego przedstawiające się sytuacje, powodują albo zupełne wstrzymanie karzącej dłoni⁴⁾, albo też zgodę ustawodawcy na jej interwencję, lecz możliwie w granicach szczególnie łagodniejszych od zasadniczego wymiaru.

Na tej drugiej drodze znalazł się kodeks polski. Nie oparł on się w sposób stanowczy na właściwej podstawie, uzasadniającej karalność każdego przestępnego usiłowania, — a więc też i nieudolnego. Nie wziął on sobie mianowicie za punkt wyjścia — intencji przestępnej, już dostatecznie

¹⁾ Stan wyższej koniecznej, jako działanie przy uchyłaniu niebezpieczeństwa oddaje art. 22 § 1: „Nie podlega karze, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa, grożącego dobru własnemu lub cudzemu, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć“.

²⁾ Zob. art. 22 § 3

³⁾ Zob. art. 23 § 2. — Lecz nie odpowiada za usiłowanie wogóle ten, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania (art. 23 § 3).

⁴⁾ Takie jest stanowisko ust. kar. austr. (§ 8), wynikające tacite z wymogu koniecznego do zaistnienia usiłowania („...czyn do rzeczywistego dokonania zbrodni wiodący“) Judykatura również stoi na stanowisku bezkarności usiłowania nieudolnego (por. orz. z r. 1880 Nr. 297 i z r. 1902 Nr. 2729).

przejawionej w działaniu sprawcy — chociaż nieudolnym, — ani też nie zwrócił uwagi jedynie na moment subiektywnego zawinienia sprawcy, który w istocie swej nie różni się od tegoż momentu w wypadku dokonania lub usiłowania udolnego (ze względu na stosowny wybór środka, lub na przedmiot przestępstwa) zamierzonego przestępstwa.

Dlatego to, podczas gdy projekt z całą konsekwencją postawił na jednej płaszczyźnie obok przestępstwa dokonanego każde usiłowanie, tak udolne, jakoteż i nieudolne, — przyjmując równocześnie dla każdego z tych typów zasadę karalności „w granicach przewidzianych dla danego przestępstwa“, — jako bezwyjątkową¹⁾, kodeks obowiązujący wprawdzie utrzymał w art. 24 § 1 stanowisko projektodawcy, iż usiłowanie przestępstwa może być uwzględnione jedynie w zakresie swobody sędziowskiej, wynikającej z granic zasadniczego ustawowego wymiaru kary, — to jednak zaraz w § 2 tego artykułu dopuszcza on do pewnego ustępstwa na rzecz usiłowania nieudolnego, z którym bodaj fakultatywnie łączy niższą od zasadniczej karalność w formie nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Nie inny moment, jak tylko brak skutku przestępnego, wstrzymać może również wymiar kary odnośnie do podżegacza lub pomocnika w wypadku, gdy przestępstwa jeszcze nie usiłowano dokonać. Skoro sprawca główny nawet nie usiłował być dokonać przestępstwa, gdy więc nawet nie reagował na podszepty i obietnice podżegacza lub pomocnika, ustawodawca bonifikuje tak podżegacza, jak i pomocnika, chociaż żaden z nich nie starał się o niwelację swe roli już odegranej, chociaż nie zmniejszyli obaj swej winy, raz w akcji zewnętrznej niedwuznacznie odkrytej. Upodobnić zupełnie, lub chociaż częściowo chce tutaj kodeks los podżegacza i pomocnika do losu głównego sprawcy, i dlatego, — wbrew zasadzie z art. 28, stwierdzającej niedwuznacznie, iż za kryterjum odpowiedzialności podżegacza i pomocnika służyć mają jedynie granice zamiaru każdego z nich, bez względu na odpowiedzialność sprawcy głównego, — godzi się on na ewentualną decyzję sędziowską, sprowadzającą nadzwyczajne złagodzenie kary, lub też nawet na możliwość odstąpienia sędziego od kary (art. 29 § 2)²⁾.

W innym zupełnie świetle występuje nadzwyczajne złagodzenie kary w wypadku art. 30 § 2. Tutaj ustawodawca premjuje słusznie podżegacza względnie pomocnika, jeżeli oni to własną kontrakcją starali się zapobiec niepożądanym „skutkom swego działania“, — jeżeli pragnąc zneutralizować wpływ swej akcji poprzedniej, starali się odwieść sprawcę głównego od rozwinięcia działania karygodnego — mimo, iż im to się już nie udało. Akcję zapobiegawczą podżegacza i pomocnika uważać należy już wtedy za nieudaną, gdy sprawca główny zdołał posunąć swą działalność chociażby tylko do stadium karygodnego usiłowania³⁾.

¹⁾ Zob. art. 22 Proj. Kom. Kod.

²⁾ Papierkowski w swej rozprawce: „Udział w przestępstwie wedle projektu polskiego kodeksu karnego“, Przegląd prawa i adm. R. 57, Nr. III, 1932, kwart. II, str. 191 i nast wskazuje na ten przepis, jako na ślad przebrzmiewającej już zasady akcesoryjności, czyli zależności winy podżegacza lub pomocnika od zabarwienia przez sprawcę głównego nadanego

³⁾ A contrario więc, — zgodnie z Papierkowskim (cyt. wyz. rozpraw) przyjmując, iż o zapobieżeniu „skutkom swego działania“ przez podżegacza wzgl pomocnika tylko wtedy może być mowa, gdy nawet do usiłowania po stronie sprawcy głównego nie doszło, i tylko wówczas może mieć miejsce zupełna nieodpowiedzialność podżegacza i pomocnika, jak to przewiduje art 30 § 1.

Pewną obligatoryjność w stosowaniu instytucji nadzwyczajnego łagodzenia kary przynosi nam art. 76 § 1, — stanowczo zaś wiąże sędziego w tym zakresie art. 77.

Skoro sędzia nabierze przekonania, iż niecelowem jest już umieszczenie w zakładzie poprawczym nieletniego, który — po ukończeniu 13 lat, a przed ukończeniem 17 lat z rozeznaniem czyn karygodny popełniwszy, — z postępowaniem karnem zetknął się dopiero po ukończonym 17-tym roku życia, to wedle art. 76 § 1 w miejsce kary swoistej, jaką przedstawia zakład poprawczy, wstąpić ma kara zasadnicza, za czyn przestępczy w kodeksie przewidziana, lecz jedynie w formie nadzwyczajnego złagodzenia.

Kodyfikator chroniąc nieletniego od zetknięcia się z dorosłym światem przestępnym, nie chce iść za daleko. Dlatego to gotów on jest zrezygnować z zakładu poprawczego wówczas, gdy nieletni już dorastający (po ukończeniu 17 lat) — mimo, że odpowiadać będzie za czyn popełniony przed rokiem 17-tym, — nie będzie już zdaniem sędziego wymagał specjalnej terapii wychowawczej, — a co więcej, jeżeli zajdzie niemałe prawdopodobieństwo, iż wpływ jego na młodocianych sprawców będzie niepożądany, a nawet szkodliwy.

Już więc nie tyle zasadniczy, z art. 54 wynikający horyzont patrzenia jest przy rozstrzyganiu kwestji ewentualnego zaniechania zakładu poprawczego potrzebny sędziemu, ile raczej owe specjalne w zględy wyżej naprowadzone — stają się tutaj decydującymi. Jeśli więc z tych przesłanek wyłoni się decyzja sędziowska, iż umieszczenie w zakładzie poprawczym nieletniego wyżej lat 17-tu „nie byłoby już celowe“, — to wówczas nie tylko może, lecz musi nadzwyczajne złagodzenie kary mieć miejsce.

Ustaje natomiast potrzeba wypowiedzania się sędziego o ewent. już niecelowości zakładu poprawczego wówczas, gdy skazany na umieszczenie w zakładzie poprawczym, do ukończenia 20 roku życia do tegoż zakładu się nie dostał¹⁾. Wystarcza już wtedy ustawodawcy presumpcja iuris et de iure niecelowości wprowadzenia — do zakładu przeznaczanego dla nieletnich, którzy już w wieku od lat 13 do 17 na drodze bezprawia się znaleźli, — osobników o wieku znacznie od przeciętnej odbiegającym, — a to chociażby dlatego tylko, iż pobyt tychże w zakładzie rozpoczął po ukończonym 20-tym roku życia, a jedynie do ukończenia 21. roku życia możliwy (art. 72), byłby stanowczo za krótkim dla możliwości przeprowadzenia jakiejś planowej i owocnej nad nimi pracy. W tem to leży, mojem zdaniem, ratio legis art. 78, wedle którego nie wykonanie wyroku skazującego na umieszczenie w zakładzie poprawczym, lecz nowy wymiar kary, wynikający z ustawowej sankcji z konkretnem przestępstwem się łączącej, — bezwarunkowo musi mieć miejsce.

Atoli jednak podobnie jak w wypadku z art. 76 § 1, tak i w tym ostatnim z art. 78, — pewnej względności wymaga nieletni sprawca, skoro mu odmówiono miejsca w szeregach „wychowañców“²⁾. Z tym postulatem ustawodawca się liczy; — nie odmawia on bowiem tej względności nieletniemu sprawcy, skoro zasadniczo w rękach sędziego spoczywająca możliwość sto-

¹⁾ Będzie to mogło mieć miejsce w wypadku udzielenia nieletniemu okresu próby, czyli zawieszenia umieszczenia go w zakładzie poprawczym — wedle art. 73.

²⁾ Tem mianem „wychowañcy“ cieszyć się może każdy nieletni, umieszczony w zakładzie poprawczym, — jak to wynika z art. 75 i 78.

sowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, w tych obu wypadkach urasta do rzędu nakazu bezwzględnie sędziego wiążącego.

W ten sposób omówione by zostały wszystkie sytuacje, podyktowane częścią ogólną kodeksu karnego, które usprawiedliwiać mogą łagodniejsze traktowanie przestępcy¹.

Również i w części szczególnej przesunie się przed nami kilka wypadków, które ustawodawca uznał za nadzwyczajne, — mogące wymagać wyłomu w zasadniczym ustawowym wymiarze kary.

Bardzo stanowczo żąda ustawodawca od zeznającego w celach dowodowych prawdziwości jego zeznań. — i to wówczas, gdy je składa przed sądem, jakoteż i wtedy, gdy przed innymi władzami administracyjnymi²). O ile jednakowoż nie prawdziwe twierdzenia dotyczyłyby tylko okoliczności nieistotnych, niemogących mieć wpływu na sprawę, — lub, o ileby ze strony sprawcy nastąpiło odwołanie, względnie sprostowanie fałszywych zeznań, zanim na ich podstawie zapadłoby rozstrzygnięcie jakiejś władzy, — na ten wypadek ustawodawca stwierdza bez wątpliwości, iż „...sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary...“³).

Podobnie jak odwołanie na czas fałszywych zeznań, tak każda paraliżująca akcja winnego, odwracająca w całości lub części grożące powszechne niebezpieczeństwo, wynikłe z poprzedniego jego działania umyślnego lub nieumyślnego, z jego czynności przygotowawczych lub też z jego w przestępnym celu akcji porozumiewawczej z innymi osobami, — uzasadnić może nadzwyczajne złagodzenie kary⁴).

Względ, iż sprawca w pierwszym wypadku własnym działaniem zdołał ochronić wymiar sprawiedliwości lub inne rozstrzygnięcie władzy od błędów mogących spowodować nieprzewidziane skutki, — w drugim zaś, iż zdołał jeszcze czynnie przeciwstawić się niechybnie powstać mogącej katastrofie, — czyli słowem czynny żał po stronie sprawcy zmierzający do odwrócenia złych skutków, już z jego poprzedniego antyspołecznego działania wynikłych, — jest podstawą premii ustawodawcy w postaci nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Również kradzież⁵) i oszustwo⁶) rozzerwać mogą ramy zasadniczego ustawowego wymiaru kary i wyprowadzić sprawcę na teren nadzwyczajnego jej złagodzenia, o ile tylko przestępstwa te charakteryzować będzie „mniej szkodliwa“.

¹) Zauważyć wypada, że zakres tych z części ogólnej wpływających przypadków, uzasadniających stosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary — w stosunku do Projektu Kom. Kod cokolwiek się skurczył. Nie znajdujemy w kodeksie karnym przepisu odpowiadającego treścią art. 16 § 4 proj., a przynoszącego w każdym wypadku popełnienia przestępstwa zagrożonego karą śmierci lub dożywotniego więzienia każdemu sprawcy w wieku niżej lat 21 lub wyżej lat 70 w chwili czynu będącemu, bezpośrednio z ustawy wpływające, obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary.

²) Zob. art. 140 § 1.

³) Zob. art. 142 a, b.

⁴) Zob. art. 220.

⁵) Zob. art. 257 § 2.

⁶) Zob. art. 264 § 2.

Kodeks nie precyzuje tego, co rozumie pod mniejszą wagą. Projekt Kom. Kodyfik. używa również tego wyrażenia: „wypadki mniejszej wagi“, i to tak samo w stosunku do kradzieży, jak i do oszustwa. Z uzasadnienia projektu wiemy, iż „mniejsza waga“ miała załatwiać kwestję proceduralną. Nie wartość przedmiotu szkody, lecz okoliczności mniej lub więcej komplikujące przestępstwo, mniejsza lub większa doniosłość jego skutków, — słowem indywidualizacja wypadku i charakteru sprawy, a nie ustawowa schematyzacja miała być podstawą decyzji prokuratora odnośnie kompetencji sądu grodzkiego lub okręgowego, dla danej sprawy wskazanej¹⁾. W szczególności „mniejsza waga“ jako wyraz tej analizy prokuratorskiej, uzdalniać miała każdy wypadek kradzieży lub oszustwa do przekazania go sądowi grodzkiemu. Lecz wedle art. 15 § 1 kodeksu postępowania karnego, sąd grodzki rozpoznaje sprawy o przestępstwo, za które ustawa przepisuje karę pozbawienia wolności do dwóch lat, — wedle projektu zaś zasadnicza sankcja ustawowa za kradzież (art. 254 § 1) i oszustwo (art. 261 § 1) to więzienie do lat 5. Obie więc zasady proceduralna, regulująca kompetencję sądową i projektowa, regulująca wymiar ustawowy kary, — wzajemnie się wykluczające, stanęły naprzeciw siebie szukając płaszczyzny porozumienia. Jako konieczny modus pogodzenia obu tych zasad, wprowadził projekt kompromisową regułę trzecią: „w wypadkach mniejszej wagi sprawca ulega karze do lat 2“ (art. 254 § 2 i 261 § 2).

Jak widzimy więc „mniejsza waga“, mająca być wedle intencji projektowej jedynie znamieniem wypadków kradzieży i oszustwa, do orzecznictwa sądu niższego się nadających, urasta faktycznie do podstawy dla obligatoryjnego niższego ustawowego wymiaru kary. Niemniej jednak treść tej, z momentów natury formalnej wyrosłej, dla celów ekonomii procesowej potrzebnej okoliczności, pozostaje bez zmiany. Nadal będzie ona tkwić w stronie zewnętrznej sprawy, w jej prostym, nieskomplikowanym, nie doniosłym w skutkach charakterze.

Lecz przejdźmy do kodeksu obowiązującego. Czy „mniejsza waga“ i w kodeksie występująca tę samą rolę ma do spełnienia, a względnie czy treść jej w kodeksie odpowiada tejże treści z projektu?

Drogą znowelizowanego — przepisami wprowadzającymi kodeks karny¹⁾ — artykułu 15 § 2 kodeksu postępowania karnego, odstąpiono od zagrożenia, ustawowego, jako jedynie dotąd o kompetencji sądowej decydującego momentu, — a wrócono — odnośnie do nielicznych przestępstw, a w tem odnośnie do kradzieży i oszustwa — do wartości mienia, jako do starego probierza o właściwości sądu niższego lub wyższego stanowić mającego. Tem samem mniejsza waga traci swoją w projekcie konieczną rację istnienia; już bowiem nie okoliczność ta, jako wyraz indywidualizacji wypadku, — zespolona z obligatoryjnym niższym ustawowym wymiarem kary (do 2 lat więzienia lub do 2 lat aresztu), — lecz wartość mienia będącego przedmiotem przestępstwa, nie przenosząca tysiąca złotych, decyduje o właściwości sądu grodzkiego. Słowem kodeks nasz wyzwala się dzięki nowelizacji art. 15 § 2 kod. post. karn. z pod wszelkich więzów natury

¹⁾ Projekt kodeksu karnego — Uzasadnienie części szczególnej. T. V. Z. 4 1930, str 219

²⁾ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 (Dz. U. Rz. P. Nr 60, poz 573), art 17 p 1

procesowej i staje znowu przed karą do 5 lat więzienia, jako sankcją zasadniczą, z każdą kradzieżą (art. 257 § 1) i z każdym oszustwem (art. 264 § 1), bez względu na forum sądowe się łącząca.

Lecz oto w § 2 obu wspomnianych artykułów, — niby powrotna fala ponownie zjawia się „mniejsza waga“. Mimo, iż brak już jej tej podstawy, jaką znajdowała w projekcie, mimo, że względy procesowe, powodujące konieczność jej istnienia, przestały być nadal aktualne, nie rezygnuje ona z dalszego bytu w kodeksie karnym. Sprowadzając w projekcie obligatoryjny niższy ustawowy wymiar kary, — wszedłszy do kodeksu, pragnie ona bodaj fakultatywnie, — w granicach nadzwyczajnego złagodzenia kary zapewnić sprawcy kradzieży lub oszustwa, łagodniejsze jego traktowanie.

Atoli treść tej mniejszej wagi przez projektodawcę dla celów procesowych pomyślana, dla interpretacji tejże okoliczności w kodeksie staje się zupełnie bezprzedmiotową. Nie znalazłoby się uzasadnienie na tle zasad naszego kodeksu dla łagodniejszego traktowania tych wypadków, które wedle projektu mogły przedstawiać mniejszą wagę. Dlatego też wykładnię, przyzwalającą na korzystanie z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, z natury swej przeznaczoną dla głębszych przyczyn, dla rzeczywiście nadzwyczajnych wypadków, — w tym celu, by tą drogą dać wyraz jedynie temu, że sprawa jest mniej skomplikowana, że przedmiot szkody jest małej wartości, lub też nawet, że wogóle skutki przestępstwa są mniej doniosłe, — uważałbym za bezwarunkowo niedopuszczalną.

Kodeksowa „mniejsza waga“, jako jeden z przypadków wskazanych w ustawie, w których sąd może stosować nadzwyczajne złagodzenie kary, posiadać musi treść i znaczenie głębsze. Tylko o tyle stanowi ona pewną specjalność, że podczas gdy w innych przypadkach nadzwyczajnego złagodzenia kary, sędzia poza oceną potrzeby korzystania z tej instytucji, a następnie w razie skorzystania z tejże, poza odpowiedniemi wypośrodkowaniem stopnia dolegliwości, z nowego złagodzonego wymiaru ustawowego wyniknąć mogącej, dalej ze swoją inicjatywą nie wychodzi, — to „mniejsza waga“, której treść niesprecyzowana dokładnie w kodeksie, potrzebuje rozszerzenia inicjatywy sędziowskiej i w tym ostatnim kierunku. Aktualizuje się pytanie, jakiego klucza użyć sędziemu dla ułatwienia mu odpowiedzi na zagadnienie, jaką musi być kradzież, względnie oszustwo, by stać się przypadkiem mniejszej wagi. Rozumie się tylko tego, jakim otwierać się będzie codzienne zagadnienie wymiaru sędziowskiego: — a tym kluczem zaś, tą jedyną wytyczną, zawsze dla sędziego aktualną, są — jak już wiemy — wskazania z art. 54. Pobudki, stopień rozwoju umysłowego, charakter sprawcy, dotychczasowe jego życie, zachowanie się po spełnieniu przestępstwa i t. d., — to kanony, bez uwzględnienia których nie ma sprawiedliwości po stronie sędziego. Stąd więc nie wzgląd na interes poszkodowanego, względnie na wartość przedmiotu szkody, lecz raczej na głębokiem i subtelnem poznaniu momentów o indywidualność sprawcy zahaczających oparte, przekonanie sędziowskie o mniejszej z punktu widzenia ogólnospołecznego dyskwalifikacji moralnej sprawcy, winno znaleźć swój wyraz w przekonaniu tegoż sędziego o mniejszej wadze konkretnego wypadku kradzieży lub oszustwa.

Lecz nie tylko odnośnie do tych dwóch przestępstw „mniejsza waga“ posiada swą aktualność; wedle art. 263 § 2 przynieść ona może nadzwyczajne złagodzenie kary i temu, „kto cudze mienie uszkadza albo czyni niezdatnem do użytku“. Tutaj więc również stosowną będzie ta interpretacja, jaką przyjęliśmy wyżej do wypadku kradzieży i oszustwa.

Jako ostatni w ustawie wskazany przypadek, gdzie wolno jest sędziemu odstąpić od zasadniczego wymiaru ustawowego, to przywłaszczenie w warunkach z art. 262 § 4; i tutaj „sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary..., jeżeli sprawca z nędzy przywłaszczył sobie celem użycia małej wartości przedmiot pierwszej potrzeby“¹⁾.

Ujmując całokształt poznanych wyżej wypadków, w których nadzwyczajne złagodzenie kary może mieć miejsce, stwierdzić możemy, iż omawiana instytucja nie jest w naszym kodeksie wynikiem tych potrzeb, dla których konieczną ona była np. w ustawie karnej austriackiej. Zbieg okoliczności łagodzących zaistniałych po stronie sprawcy, jako warunkujący i usprawiedliwiający ów wyłom w ustawowym wymiarze kary wedle ustawy karnej austriackiej, — w naszym kodeksie nie wymagałby specjalnej instytucji. Uwzględnieniu bowiem wszystkich okoliczności, tak łagodzących jak i obciążających, charakteryzujących sprawcę przestępstwa, już sam sędzia w zakresie swej zasadniczej potencji uczynić zadość jest w możności, skoro nie brak mu do dyspozycji szerokich ram ustawowego wymiaru kary, skoro zasada wyboru wśród alternatywnie zagrożonych środków karnych tak nie małe zastosowanie znalazła w kodeksie.

Z tych to również przyczyn nie wprowadza ustawodawca do naszego prawa instytucji zamiany kary, która występując w innych ustawodawstwach, dla których zagrożenie jednorodnjawne (t. j. jednym środkiem karnym) stanowi regułę, — nie z innych momentów, jak tylko z uwzględnienia okoliczności łagodzących, sprawcę dotyczących, czerpie swą rację bytu.

A więc instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary, odbiegając od swej tradycji, jest czemś innem w polskim kodeksie karnym. W „przypadkach“ z części ogólnej ma ona za zadanie mocniej podkreślić, silniej zwrócić uwagę sędziego na pewne stany po stronie sprawcy zachodzące, które jakkolwiek nie wykluczają jego odpowiedzialności, to jednak o fundamenta tejsze zahaczają dosyć silnie (częściowa anormalność psychiczna, usprawiedliwiona nieświadomość bezprawności czynu, *excessus defensionis* i t. d.). W „przypadkach“ z części szczególnej natomiast widzimy w naszej instytucji pewien przejaw oportunistycznego, skłonnego do zaniechania przynajmniej zasadniczej represji karnej tam, gdzie czyn chociaż bezprawny, niekorzyści społecznej nie przynosi (nieprawdziwe zeznania co do okoliczności niemogącej mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy, odwołanie fałszywych zeznań, odwrócenie grożącego niebezpieczeństwa powszechnego i t. d.).

Jak więc widać, jedynie środek nadzwyczajny z przeznaczeniem dla nadzwyczajnych wypadków, a nie instrument

¹⁾ Tylko odnośnie do kradzieży i sprzeniewierzenia przewidywał projekt nadzwyczajne złagodzenie kary, a to „jeżeli sprawca zabrał (względnie przywłaszczył sobie) celem niezwłocznego spożycia przedmiot małej wartości“ (art. 254 § 4 i 259 § 5). Nadzwyczajne złagodzenie kary odnośnie do oszustwa i uszkodzenia cudzego mienia jest nowością.

pobłażliwości lub niepowołanej litości sędziowskiej przedstawiać ma nasza instytucja. Temu zamierzeniu ustawodawczemu służy więc z jednej strony wyczerpująca enumeracja przypadków, usprawiedliwiających nadzwyczajne łagodzenie kary, z drugiej zaś bezwzględnie nakreślony sposób korzystania z tej instytucji. Niemniej jednak oba te absolutne momenta nie podważają założenia fundamentalnego naszego kodeksu, a mianowicie zasady współinicjatywy sędziego w wymiarze kary. Jak już to wynikało z dotychczasowego mego przedstawienia, otwartą jest w kodeksie kwestja, czy wskazane w ustawie przypadki i sędziemu przedstawiają się w swym konkretnym obrazie jako bardzo szczególne, względnie jako niedorośle do zasadniczego ustawowego wymiaru kary. Podobnie więc, jak w całym dotąd poznanym zakresie sędziowskiej władzy wymierzania kary, tak też i w tym ostatnim kierunku, gdzie idzie o dopowiedzenie, kiedy to „sąd może stosować nadzwyczajne łagodzenie kary“, poza jednym jedynym punktem orientacyjnym, a jest nim art. 54, — bliższego wskazania kodeks sędziemu nie daje¹⁾.

Również absolutyzm ustawodawczy ustalający kierunek i sposób nadzwyczajnego łagodzenia kary, zostawia wielką sferę dla uznania sędziowskiego. Niższy od zasadniczego wymiar ustawy z art. 59 § 1, jak więzienie powyżej lat 5 (p. a.), więzienie do lat 5 lub areszt (p. b.), sam areszt (p. c.), a wreszcie grzywna (p. d.), niemniejszej współinicjatywy sędziowskiej wymaga, jak zasadnicza w części szczególnej ustalona sankcja.

Jedno jedynie zastrzeżenie. To co hamuje sędziego przy wymiarze kary na tle zasadniczej sankcji karnej, to ściśleńia również jego swobodę przy wymiarze kary nadzwyczajnie złagodzonej. Wiemy, że wedle art. 57 § 1 niska pobudka, jako stwierdzony motyw przestępstwa, wyklucza stosowanie aresztu. Reguła ta, odnosząca się tylko do zasadniczego ustawowego wymiaru kary, spoczywającego na zagrożeniu alternatywnem („Jeżeli ustawa daje sądowi możliwość wyboru między karą więzienia a karą aresztu“), — musiałaby się jednak okazać iluzoryczną wówczas, gdy aktualnem by było stosowanie nadzwyczajnego łagodzenia kary. Wśród alternatywy więzienia i aresztu konieczne więzienie, przecież w drodze nadzwyczajnego łagodzenia kary staćby się mogło aresztem (art. 59 § 1 b, c). Co więcej, również i przestępstwu, zagrożonemu samem więzieniem, nic by nie staowało na przeszkodzie, by, mimo niskich pobudek jego autora, spotkało się w przypadkach nadzwyczajnego łagodzenia kary z represją łagodniejszą, to jest z aresztem (art. 59 § 1 b, c).

Tym możliwym, a niepożądanym konsekwencjom, ustawodawca przeciwstawił się bardzo stanowczo. „Kary aresztu nie można stosować zamiast więzienia, jeżeli przestępstwo wynikało z niskich pobudek“, — mówi art. 59 § 2. Aktualność tego przepisu będzie zachodzić przedewszystkiem wobec przestępstw zagrożonych samem więzieniem. A więc więzienie powyżej lat 5 będzie mogło być w wypadku przestępstwa z niskich pobudek złagodzone jedynie na więzienie do lat 5 (art. 59 § 1 b); — więzienie zaś do lat 5 straci możliwość nadzwyczajnego złagodzenia wogóle wobec wykluczenia jedyne go na to sposobu, to jest zamiany na areszt (art. 59 § 1 c).

¹⁾ Pewne odchylenie od tej reguły przedstawiają tylko wypadki nadzwyczajnego łagodzenia kary z art. 76 § 1 i 77, — których analizę wyżej podałem.

Pewną wątpliwość mógłby nastęrczać art. 59 § 2 w stosunku do przestępstw zagrożonych alternatywnie, a to więzieniem lub aresztem. Przepis ten nie wyklucza bowiem tej możliwości, że w wypadku popełnienia z niskich pobudek przestępstwa, zagrożonego alternatywnie więzieniem lub aresztem, sędzia nie mogąc złagodzić więzienia na areszt, wybierze areszt, a przez zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary zamiast aresztu wymierzy grzywnę (art. 59 § 1 *d*). Łatwo zeszlibyśmy na takie niebezpieczne manowce, chcąc traktować art. 59 § 2 w oderwaniu, jako przepis sam dla siebie, bez uwzględnienia koniecznej dla niego podstawy. Sędzia stosując nadzwyczajne złagodzenie kary odnośnie do przestępstw, za popełnienie których przewidziany jest wymiar jednego z dwóch alternatywnie zagrożonych środków karnych, musi sobie zdać w pierw sprawę z tego, jaki wymiar i którego z tych środków uzna w konkretnym wypadku przed zastosowaniem nadzwyczajnego złagodzenia kary za odpowiedni. Wszak art. 54 i następane wyraźnie mówią o wymiarze kary, a dopiero art. 59 § 1 ust. 1 wprowadza wyrażenie stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, — a więc tej kary, która jako zasadnicza w pierw musi być wymierzona. Dopiero w dalszym ciągu kresząc kierunek i granice tego stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, mówi art. 59 § 1 o wymierzeniu kary nowej łagodniejszej, zamiast dawnej zasadniczej, będącej przedmiotem nadzwyczajnego złagodzenia. Skoro więc tylko wymierzona uprzednio kara może być przedmiotem stosowania do niej nadzwyczajnego złagodzenia, to w wypadku popełnienia z niskich pobudek przestępstwa, zagrożonego alternatywnie więzieniem lub aresztem, aktualnym będzie dla sędziego nie tylko art. 59 § 2, regulujący sposób stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary więzienia, jeżeli przestępstwo wynikło z niskich pobudek, — ale przede wszystkim art. 57 § 2. Ten ostatni przepis zadecyduje o tem, że w przypadku popełnienia przestępstwa z chęci zysku, po wykluczeniu kary aresztu, jedynie więzienie o czasokresie, maksymalnym względnie minimalnym granicom z części szczególnej odpowiadającym, może być tą karą, do której nadzwyczajne złagodzenie z uwzględnieniem art. 59 § 2 będzie mogło mieć zastosowanie.

A więc tak do przestępstw o zagrożeniu (jednorodzajowem) samem więzieniem, jakoteż do przestępstw o zagrożeniu alternatywnem to jest więzieniem lub aresztem, przepis art. 59 § 2 będzie miał pełne zastosowanie, jeżeli tylko przestępstwa te wynikną z niskich pobudek, a równocześnie o nadzwyczajnem złagodzeniu kary będzie mogła być mowa.

Zrozumiałą jednak jest rzeczą, że taka interpretacja art. 59 § 2 w szczególności łącznie z art. 57 § 2 ścięśni w praktyce, może nawet bardzo, możliwość stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary; skoro się uwzględni, iż niska pobudka, jak na przykład chęć zysku, zachodzi przy przestępstwach nader często, to nie ma wątpliwości co do tego, iż przestępstwa o zagrożeniu więzieniem do lat 5 bądź wyłącznie, bądź alternatywnie z aresztem, — stracą w znacznej ilości wypadków możliwość stosowania do nich nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Lecz ta okoliczność nie może być argumentem przemawiającym przeciwko słuszności naszej interpretacji, lecz jest ona jedynie dowodem na to, że nie brak było ustawodawcy podstaw do tego przekonania, iż niska po-

budka, jako spiritus movens akcji przestępnej usankcjonowanej obydwoma środkami pozbawienia wolności, wymaga koniecznie represji pod kątem widzenia poprawczym, a więc więzienia a nie aresztu.

V.

Założenie kodeksu, że pewne przez ustawodawcę przewidziane nadzwyczajne sytuacje przestępstwu towarzyszące zasługiwać mogą na szczególnie łagodne ustosunkowanie się do nich sędziego, nie jedynie w instytucji nadzwyczajnego łagodzenia kary się odzwierciedla. Dalszy etap rozwoju zasady celowej indywidualizacji kary w naszym kodeksie stanowią te wypadki, w których sędzia władny jest w razie uznania *na wet z wymiaru kary zrezygnować*.

O ile idzie o część ogólną kodeksu karnego, to w rzędzie tych wypadków, gdzie sędzia może „do kary uwolnić“, znajdujemy: przekroczenie obrony koniecznej i sytuację podżegacza wzgl. pomocnika, jeżeli przestępstwa nie usiłowano dokonać¹⁾.

Jak nam wiadomo, obie te sytuacje mogą już uzasadnić stosowanie nadzwyczajnego łagodzenia kary; skoro jednak i ten wyjątkowy środek wyda się niewystarczającym, w szczególności przy uwzględnieniu bądź stanu psychicznego sprawcy w chwili przekroczenia obrony koniecznej, bądź widocznie mało poważnej działalności podżegacza lub pomocnika, skoro sprawca główny nawet nie usiłował dokonać przestępstwa, wówczas to funkcja sędziowska ograniczy się tylko do ustalenia popełnienia czynu zarzuconego, a od wymierzenia kary się wstrzyma.

Nie ma ałoli sędzia prawa uwolnienia od kary przestępcę o częściowej anormalności psychicznej, — nie może on w tym wypadku zmniejszonej odpowiedzialności sięgnąć dalej, jak tylko do nadzwyczajnego złagodzenia kary. A jednak wedle art. 80 § 2 i w tym wypadku popełnienia przestępstwa przez sprawcę „mającego zmniejszoną zdolność rozpoznawania lub kierowania postępowaniem“, może sędzia odbiec od zasady odpłaty i orzeczonej już kary, której wykonanie dopiero po zwolnieniu przestępcy z zakładu leczniczego stało się aktualnem, bezwarunkowo lub warunkowo (przy zastosowaniu art. 61) *za niechęć*, — jeżeli tylko to postanowienie wyda mu się ze względu na stan psychiczny skazanego wskazanem i odpowiedniem.

Co do części szczególnej, to również te wypadki czynnego żalu, względnie wypadki braku niekorzyści społecznej, — a to odwołanie fałszywych zeznań, działania odwracające częściowo lub w całości poprzednio wywołane niebezpieczeństwo, oraz nieprawdziwe zeznania dotyczące nieistotnych, dla sprawy bez wagi okoliczności, — które mogą być podstawą nadzwyczajnego złagodzenia kary, mogą też zupełnie wytrącić sędziemu miecz karzący z ręki. Oportunizm społeczny, który raz naruszył ramy zasadniczego ustawowego wymiaru kary, nie zawahał się przed dalszym krokiem, to jest przed stworzeniem możliwości sędziowskiego uwolnienia od kary w tych wymienionych wypadkach.

¹⁾ Możliwość uwolnienia od kary podżegacza i pomocnika, jeżeli sprawca główny przestępstwa nawet nie usiłował dokonać (art. 29 § 2), jeszcze bardziej pogłębia zasadę akcesoryjności winy osób około sprawcy głównego się grupujących, — na którą już w poprzednim rozdziale uwagę zwróciłem.

Lecz nie brak w naszym kodeksie i takich sytuacji, co do których sędzia uważając wymiar kary w granicach zasadniczego zagrożenia ustawowego za nieodpowiedni, nie będzie równocześnie zdaniem ustawodawcy potrzebował środka nawet znacznie łagodzącego zasadniczą sankcję karną, a mianowicie nadzwyczajnego łagodzenia kary, — albowiem jedynie w uwolnieniu sprawcy od kary wogóle, znajdzie pełnię swego przekonania.

Może nie potrzebować żadnej represji karnej sprawca udzielający osobie bliskiej¹⁾ pomocy utrudniającej lub udarniającej postępowanie karne (kto sprawcę ukrywa, zacierając ślady przestępstwa i t. d.)²⁾, jeżeli ów czyn karygodny niczego innego nie jest wynikiem, jak tylko przemożnej siły węzłów nierzadko w stosunkach między poszczególnymi ludźmi spotykanych. — Może być niepotrzebną jakakolwiek represja karna przeciw temu, kto bądź uderzył człowieka lub w inny sposób naruszył jego nietykalność cielesną³⁾, bądź też obrazą naruszył jego poczucie godności osobistej⁴⁾, — jeżeli czyny te okażą się tylko spontaniczną z afektu wyrosłą reakcją, — odpowiedzią na prowokację, czyli na wyzywające zachowanie się pokrzywdzonego⁵⁾.

W tych wszystkich więc wypadkach, o ile nie intencja złowroga, lecz siła emocyj indywidualnych sprawcy, która zdołała zmajoryzować groźbę represji karnej, stanie się podstawą do zaistnienia przestępstwa, — wówczas to nawet kara przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia nie będzie miała racji, — wówczas to sędzia stwierdziwszy po stronie sprawcy ten stan czyn karygodny usprawiedliwiający, będzie mógł kary nie wymierzyć.

Atoli nie tylko pokrzywdzonemu w następstwie własnej prowokacji, — oskarżającemu sprawcę o dopuszczenie się na nim bezprawnego czynu z art. 239 § 1 lub też z art. 256 § 1, może sąd odmówić pełnej satysfakcji, stwierdzając winę, lecz uwalniając od kary oskarżonego. Sędzia może również nie wymierzyć kary oskarżonemu o czyn z art. 239 § 1 lub 256 § 1 także w braku prowokacji ze strony pokrzywdzonego, — o ile tylko bądź ze skargi wzajemnej oskarżonego, bądźto z przewodu sądowego wyniknie, iż pokrzywdzony (oskarżyciel) nie cofnął się przed aktem retorsji, lecz przeciwnie — na uderzenie lub inne naruszenie nietykalności cielesnej, a wreszcie na obrazę godności osobistej samowładnie czynem tego samego rodzaju odpowiedział (art. 239 § 2, 256 § 2).

To ostatnie prawo sędziowskie prowadzące do ewentualnego, przy uwzględnieniu całości zajścia zaniechania wymiaru kary, jest tylko konsekwencją tego stanowiska kodeksu, iż ściganie takich czynów karygodnych,

¹⁾ Art. 91 § 2 „bliski jest to osoba, która z tytułu pokrewieństwa, powinowactwa, przyjaźni lub obowiązku wdzięczności, ma prawo liczyć na szczególne względy danej jednostki“.

²⁾ Zob. art. 148 § 1 i 3.

³⁾ Zob. art. 239 § 1 i 2.

⁴⁾ Zob. art. 256 § 1 i 2.

⁵⁾ Pod pojęcie wyzywającego zachowania się pokrzywdzonego wchodzić będzie tak uszkodzenie cielesne lub zniewaga, jakoteż jakiegokolwiek inne niewłaściwe zachowanie się.

jak uderzenia lub inne naruszenia nietykalności cielesnej z jednej strony, a obraza godności osobistej z drugiej strony, następuje z oskarżenia prywatnego¹⁾. Państwowe prawo karania, które powstało z chwilą, gdy pokrzywdzony zażądał drogą sądową zadośćuczynienia, może z mocy sędziowskiej zgasnąć, o ile okaże się, że pokrzywdzony już sam sobie sprawiedliwość wymierzył.

Fakultatywne uwolnienie od kary przynosi nam dalej przepis art. 238 § 2, a to w stosunku do sekundantów. Skoro tylko pojedynek otrzyma charakter przestępstwa („kto w pojedynku zabił człowieka albo zadał mu uszko d z e n i e c i a ł a”), sekundanci stają się winnymi pomocnictwa (art. 27) i odpowiadają na równi ze sprawcą głównym. Ani sprawca główny ani pomocnicy, to jest sekundanci nie będą się mogli powoływać na to, że zamiarem swoim nie objęli tego skutku, nadającego zasadniczo „legalnemu“²⁾ pojedynkowi znamion przestępstwa. Zmierzając swoją akcją główną lub pomocniczą do pewnej zmiany w świecie zewnętrznym, powodując bezpośrednio lub pośrednio akt walki czyli pojedynek, — chociaż nie pragną oni tego, by ta zamierzona zmiana w świecie zewnętrznym otrzymała cechy przestępstwa, by doszło do zabicia wzgl. do uszkodzenia ciała jednej ze stron pojedynkujących się, — to jednak z natury rzeczy możliwość tych skutków muszą przewidywać i na ich ewentualne zajście się godzić³⁾. Mimo jednak jednej podstawy dla odpowiedzialności tak sprawcy głównego przestępstwa z art. 238 § 1 jakoteż i pomocnika do tegoż przestępstwa, konsekwencje karne tychże spotkać mogące nie muszą być jednakie. Podczas gdy tego, „kto zabija człowieka w pojedynku lub zadaje mu uszkodzenie ciała“, musi spotkać jedna z alternatywnie w art. 238 § 1 przewidzianych represyj, — to sekundanta można przy uwzględnieniu jego indywidualności, charakteru etc. zupełnie od kary uwolnić.

Pewnego rodzaju rezygnację z kary przedstawia nam również art. 71. Wedle tego przepisu i nieletniego sprawcę można uwolnić od kary swoistej, jaką przedstawia zakład poprawczy, — skoro przy uwzględnieniu okoliczności czynu, charakteru tegoż nieletniego oraz warunków jego życia i otoczenia, korzystniejszym wyda się sędziemu zastosowanie do niego jedynie środków wychowawczych, aniżeli zbliżanie go do

¹⁾ Zob. art. 239 § 3 i 256 § 3.

²⁾ Legalność pojedynku bierze dopiero swój początek w obowiązującym kodeksie karnym. Projekt Kom. Kodyf. nie poruszając zupełnie kwestji pojedynku, stwarzał tem samem podstawę do tego, iż tak zabicie jak i uszkodzenie ciała w pojedynku stawało się nie faworyzowanym o mniejszej karygodności (jak to jest w kodeksie) przestępstwem, lecz pociągał za sobą sankcje zasadniczo za te czyny przewidziane.

Sam zaś pojedynek również mógł stanowić w projekcie przestępstwo, — a to jako narazanie życia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo (art. 239 § 1 proj.).

Chociaż i kodeks zna to ostatnie przestępstwo w art. 242 § 1 („kto naraża życie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo“), to jednak — wobec wprowadzenia drogą poprawki ministerjalnej do kodeksu osobnego artykułu traktującego o pojedynku (art. 238) i wobec wyraźnego przesunięcia momentu dla karalności istotnego z aktu walki, czyli pojedynku, jako takiego na ewent. wyniki tegoż (uśmiercenie, uszkodzenie ciała), — znaczenie tego artykułu 242 § 1, dla uzasadnienia karalności już samego tylko pojedynku, z trudnością dałoby się utrzymać.

³⁾ Jest swoista postać złego zamiaru, a mianowicie dolus eventualis, — dla którego podstawę w naszym kodeksie stanowi art. 14 § 1.

młodocianego o bardziej już zepsutej naturze świata przestępnego, znajdującego umieszczenie w zakładzie poprawczym.

Wreszcie na akt sędziowskiego darowania kary może zasługiwać i ten, kto z nędzy zabrał¹⁾ lub przywłaszczył²⁾ sobie celem użycia przedmiot małej wartości pierwszej potrzeby.

Już w jednym z poprzednich rozdziałów zwróciłem uwagę na to, iż kodeks nasz zna pewne momenta, które niejako pobudzają miłosercie społeczną, a które ustawodawca ujmuje mianem niskich pobudek. Poznaliśmy również tamże pewne wypadki, gdzie pobudka czynu przestępnego przejawiająca się w chęci zysku, zasadniczo w rzędzie innych pobudek sędziemu do uwzględnienia przy wymiarze kary przekazana, — wyłamuje się z kregu jedynie sędziowskiego zainteresowania, a pragnąc nadać ton całemu działaniu sprawy, chcąc na niem wybić z n a m i ę p r z e s t ę p s t w a, powolna w ręku ustawodawcy daje się zamknąć w samej treści przez niego ustalonego przestępstwa³⁾. Lecz jest i odwrotna strona tego zjawiska. Podobnie, jak chęć zysku w kilku wyżej omówionych wypadkach, tak również i n ę d z a, jako pobudka czynu przestępnego zasadniczo z szranków innych pobudek niewychodząca i jako taka jedynie w zakresie sędziowskiej roli karania mogąca być uwzględniona, w wypadku kradzieży i przywłaszczenia nie zadowala się swem miejscem.

Kradzież przedmiotu małej wartości pierwszej potrzeby celem użycia, o ile będzie równocześnie przypadkiem mniejszej wagi, może mieć co najwyżej podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Jeżeli jednak tę samą kradzież zabarwi „nędza“, gdy nie będzie wątpliwem, iż ona to popchnęła sprawcę na drogę tego przestępstwa przeciwko mieniu, to czyn ten w zasadzie karę do lat 5 więzienia powodujący, może stracić znamię karygodności.

Także i w drugim przestępstwie przeciw mieniu, a mianowicie w wypadku, gdy sprawca przywłaszczył sobie celem użycia przedmiot małej wartości pierwszej potrzeby, n ę d z a jako pobudka tego czynu bezprawnego ma niemałe znaczenie. Obok alternatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary, i tutaj wywołać ona może zupełne uwolnienie od kary.

Jak więc z powyższego przedstawienia widzimy, wypadki ewentualnej rezygnacji z kar, chociaż nie są wynikiem jakiejś specjalnej instytucji, chociaż brak im w części ogólnej kodeksu karnego jakiejś generalnej podstawy, — faktycznie w kodeksie naszym miejsce znalazły.

Lecz tak sędziowskie uwolnienie od kary, jak również nadzwyczajne złagodzenie kary, — zawsze jedynie fakultatywnie przez kodeks przewidziane, na zaufania godnem przekonaniu sędziego spoczywające, — tylko wówczas spełnią swą rolę myślą ustawodawcy im naznaczoną, gdy będą służyć nie dla osłabienia zasady odpłaty społecznej, koniecznej dla utrzymania prawnego poczucia dobra i zła w społeczeństwie, lecz jedynie i wyłącznie dla zbliżenia się ku i d e a ł o w i i n d y w i d u a l i z a c j i w t r a k t o w a n i u p r z e s t ę p c y.

¹⁾ Zob. art. 257 § 2.

²⁾ Zob. art. 262 § 4.

³⁾ Zob. przepisy art. 207, 208 i 283 § 1. — o których w rozdziale III-cim bliżej traktuję

VI.

By w całości wyczerpać zagadnienie wymiaru kary w naszym kodeksie, należy jeszcze zająć się i temi wypadkami, gdzie z mocy prawa wolno jest sędziemu wyjść ponad górną granicę ustawowej sankcji, czyli gdzie maximum malum passionis przez ustawodawcę za przestępstwo przewidziane może się okazać niewystarczającym.

Podwaliny pod tego rodzaju zjawisko nadzwyczajnego podwyższenia kary, kładzie art. 60 § 1. Z faktem, iż jeszcze 5 lat skończonych nie dzieli momentu popełnienia nowego przestępstwa od ostatniego odbycia kary w kraju lub zagranicą, w całości lub przynajmniej w trzeciej części, względnie od uwolnienia z zakładu zabezpieczającego¹⁾, a przytem iż to nowe przestępstwo nie odbiega od ostatniego bądź pod względem podłoża psychicznego („z tych samych pobudek“), bądźto pod względem przynależności grupowej („należące do tego samego rodzaju“), — kodeks nasz liczy się bardzo poważnie. Powrót do przestępstwa po niedawnem odcierpieniu kary za przestępstwo poprzednie manifestuje w każdym wypadku, iż sędziowski wymiar kary, zasadniczych ram przez ustawodawcę nakreślonych się trzymający, nie wywarł na przestępcy pożądanego wpływu ani pod względem poprawczym, ani pod względem odstrasającym.

Sędzia więc stojąc w obliczu recydywy, winien szczególniejszą uwagę poświęcić temu niepokojącemu zjawisku społecznemu, musi on niejako wejść w istotę nieskuteczności raz już do recydywisty zastosowanego środka karnego; — a gdy na podstawie sumiennej analizy wypadku przekona się, iż ustawowa sankcja karna, a w szczególności nawet jej maksymalne nasilenie są za słabe, by skutecznie poprawczo względnie odstrasząco oddziaływać na naturę indywidualną sprawcy, wówczas to wolno mu będzie odpowiednio karę podwyższyć.

Lecz podobnie jak przy nadzwyczajnem złagodzeniu kary, tak i w wypadku jej podwyższenia, tylko stanowienie o potrzebie korzystania z pełnomocnictwa ustawowego pozostawia kodeks sędziemu. Sam kierunek zaś i granice tak pierwszego wyłomu w zasadniczym ustawowym wymiarze kary, reprezentowanego przez nadzwyczajne złagodzenie kary, jakoteż i drugiego, jakim jest podwyższenie ustawowej sankcji karnej, — pozostają w rękach ustawodawcy.

Dopuszczalnym więc kierunkiem działania sędziego w wypadku recydywy będzie podwyższenie maximum wymiaru kary przewidzianego ustawowo dla danego przestępstwa. Granicą zaś tego podwyższenia będzie z jednej strony nowe maximum natężenia danego środka karnego, wyższe o połowę od najwyższego zasadniczego w części szczególnej za dane przestępstwo przepisane wymiaru kary, z drugiej zaś strony maximum ustawowe generalnie dla danego środka karnego w części ogólnej ustalone (15 lat więzienia, 5 lat aresztu)²⁾.

¹⁾ Wypadek ten będzie aktualny, o ile środek zabezpieczający będzie miał miejsce po ewentualnem (art 82), lub po bezwzględnem (art 83 § 1, 84 § 1) odbyciu wymierzonej kary

²⁾ Wobec tego, że „grzywna“ w części szczególnej przewidziana, zawsze osiąga maximum ustawowe w części ogólnej (art 42 § 1) ustalone, — podwyższenie kary odnośnie do niej nie może być aktualne

Podwyższenia, a raczej zaostrzenia kary w formie wyboru innego surowszego środka pozbawienia wolności, jak na przykład zamiast aresztu więzienia, lub zamiast więzienia terminowego — więzienia dożywotniego, czyli analogji do dominującego sposobu nadzwyczajnego łagodzenia kary w formie wyboru innego łagodniejszego środka karnego, w przepisie art. 60 § 1 nie znajdujemy. Stąd więc przestępstwo zagrożone samą karą aresztu, również i w wypadku recydywy nie przestanie się łączyć z tymże samym środkiem pozbawienia wolności, — a jedynie w długości trwania tegoż środka w stosunku do zasadniczej sankcji, zająć będzie mogła różnica.

Inaczej jednak będzie się rzecz przedstawiać wówczas, gdy areszt nie jedyną, lecz alternatywnie obok więzienia do wyboru sędziemu pozostawioną będzie sankcją; wówczas to bowiem recydywa idąc śladem niskich pobudek, również jak te ostatnie żądać będzie od sędziego jednego jedynie możliwego wymiaru środka karnego, to jest wymiaru więzienia (art. 60 § 1 zd. ost.). Analogja więc art. 57 § 1 z art. 60 § 1 zd. ost., czyli podobieństwo w traktowaniu recydywy w stosunku do niskich pobudek przedstawia się jasno i nie potrzebuje bliższego wyjaśnienia.

A jednak mimo, że presumowana przez ustawodawcę nie celowość kary aresztu stanowi w obu wypadkach (niskie pobudki, recydywa) przestępstwu towarzyszących wspólny punkt wyjścia, uzasadniający potrzebę ściśnienia swobody wyboru sędziowskiego do jednego środka pozbawienia wolności, a to do więzienia, — to przecież większa niejako bezwzględność ustawodawcy dla „niskich pobudek“, oraz głębsza jego konsekwencja w traktowaniu tychże przy całym wymiarze kary, nadaje tem samem niskim pobudkom mocniejszą pozycję, aniżeli recydywie.

Podczas gdy bowiem niskie pobudki, wykluczwszy ustawowo możliwość stosowania aresztu w wypadku wyboru między karą więzienia a karą aresztu, dostają się dalej do ram obejmujących instytucję nadzwyczajnego łagodzenia kary i tam również zatamowują swobodę sędziowską na niekorzyść aresztu (art. 59 § 2), — to recydywa poza swój macierzysty art. 60 nie wychodzi i stąd też do zakresu art. 59, o nadzwyczajnem łagodzeniu kary traktującym, się nie dostaje.

Dlatego więc, podczas gdy każda niska pobudka, jako motyw przestępstwa uniemożliwia stosowanie nadzwyczajnego łagodzenia kary przez wymierzenie aresztu zamiast więzienia, — to przeciwnie wymierzeniu aresztu zamiast więzienia, jako jednej z form nadzwyczajnego łagodzenia kary, fakt recydywy jako taki nie przeszkadza, chyba że aktualnym będzie powrót do takiego przestępstwa, którego źródłem powstania jest niska pobudka. Inną jednak jest rzeczą, że sam fakt recydywy może mieć niemałe znaczenie dla decyzji sędziowskiej, czy wogóle w tym wypadku z nadzwyczajnego łagodzenia kary korzystać¹⁾.

Reguła dotycząca podwyższenia w wypadku powrotu do przestępstwa posiada pełną swą aktualność również i do takiego osobnika, który przez dłuższy czas działalność swoją przestępną traktował z a w o d o, czyli jako

¹⁾ W szczególności kradzież lub oszustwo w wypadku recydywy nie łatwo będą mogły przedstawiać mniejszą wagę, — a tem samem nie łatwo otrzymają na tym tytule opartą podstawę do nadzwyczajnego łagodzenia kary

podstawę do utrzymania („przestępca zawodowy“), lub też z prostego przyzyczenia („przestępca z nawyknięcia“), — chociażby jeszcze karany nie był¹⁾.

Podstawę do zwiększonej odpowiedzialności daje zdaniem ustawodawcy również i urzędnik, który „dopuścił się jakiegokolwiek przestępstwa podczas urzędowania lub w związku z urzędowaniem“ (art. 291). I w tym wypadku będzie mógł sędzia o połowę podwyższyć maximum ustawowego wymiaru kary, przepisanego za dane przestępstwo. O tym zaś warunku, by nowe maximum nie było wyższe od maximum ustawowego generalnie dla danego środka karnego w części ogólnej przewidzianego, przy przestępstwie urzędniczym nie ma mowy. Jeśli więc mimo istnienia przepisów części ogólnej (art. 39 § 1, 40 § 1 i 42 § 1), które niewątpliwie ustalają najwyższe granice naszych środków karnych, a tem samem oznaczają ramy, poza które wymiar sędziowski wyjść nie może, ustawodawca nie uważał za zbyt cenne wypowiedzieć się przy regulowaniu sposobu podwyższania kary w wypadku recydywy (art. 60 § 1), w tej samej kwestji nie przekraczalności „ustawowej granicy danego rodzaju kary“, — to a contrario brak wzmianki pod tym względem w art. 291, daje mojem zdaniem podstawę dla wymiaru sędziowskiego w tych granicach, o jakich mówi art. 291, bez względu na granice z części ogólnej wynikające.

Jeżeli zgodzimy się na to, że ustawodawca stwarzając upoważnienie dla sędziego, iż tenże „może wymierzyć karę wyższą o połowę od najwyższego wymiaru kary, przepisanego za dane przestępstwo“, nie chciał go w wypadku tego przestępstwa urzędniczego krępować z adneminimem i warunkami, — to wówczas i grzywna tak alternatywnie jakoteż kumulatywnie obok środków pozbawienia wolności stojąca, a nie mogąca być przedmiotem podwyższenia w wypadku recydywy, — na zasadzie art. 291 będzie mogła być podwyższona, jak każda inna kara.

Ograniczenia zaś sędziego przy wyborze między karą więzienia a karą aresztu, aktualnego w wypadku recydywy, odnośnie do przestępstwa urzędniczego ustawodawca nie wprowadza.

Jak więc widzimy, te cztery wypadki, kazdemu przestępstwu towarzyszyć mogące, a to: recydywa, przestępstwo zawodowe, nałogowe i wreszcie kwalifikowane przestępstwo urzędnicze z art. 291 — zasługują na szczególne potępienie społeczne; zasadnicze ramy ustawowego wymiaru kary, a w szczególności jego niewzruszalna dotąd granica górna, — dla tych wypadków musiały ulec naruszeniu.

Jeżeli jednak uwzględnimy, że ustawodawca w żadnym z tych wypadków nie podwyższył minimum ustawowego wymiaru czyli dolnej granicy kary przewidzianej dla danego przestępstwa, a podwyższając zaś maximum tegoż ustawowego wymiaru ograniczył się jedynie do upoważnienia, iż „sąd może wymierzyć karę wyższą...“, to zgodzimy się na to, że i w tych sytuacjach podwyższenie kary usprawiedliwić mogących, z a s a d a w s p ó ł - i n i c j a t y w y sędziego przy wymiarze kary nie znalazła wyjątku.

¹⁾ Zob art 60 § 2



1180080173

PAd

