

DR. JULIUSZ MAKAREWICZ

Profesor Uniwersytetu Lwowskiego

REALIZM W PRAWIE KARNYM

Redakcja „Ruchu” zwróciła się do mnie z życzeniem, by napisać recenzję książki prof. Woltera: *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna. T. 1*¹⁾. Zasadniczo piszę recenzje niechętnie, jest to wyrokowanie o książce, które wymaga równej sumienności, jak ferowanie wyroku o człowieku, wymaga czasu i pracy. Książką prof. Woltera postanowiłem się zająć ze względów zasadniczych, jest ona dla mnie zjawiskiem symbolicznym i niepokojącym, wydało mi się, że jest moim obowiązkiem zwrócić uwagę na niebezpieczeństwo, grożące ze strony możliwej inwazji pewnego typu nauki niemieckiej. Obawy moje nie były płonne, w czasie pisania recenzji pojawił się spory tom, pochodzący od prof. Glasera (Wilno): *Polskie prawo karne w zarysie* (Kraków 1933). Prof. Glaser postanowił dać podręcznik nowego polskiego prawa karnego, i to jak najprędzej; z właściwą sobie praktycznością wpadł na doskonały pomysł: wziąć gotową „naukę o przestępstwie” Belinga i doszyć do niej przepisy kodeksowe. Skoro Boy za przyswojenie literaturze polskiej arcydzieł francuskich dostał legję honorową, dlaczegóżby przyswajanie książek niemieckich (choćby w tej formie) nie uznać za czyn obywatelski? Zapewne, ale w tern właśnie tkwi niebezpieczeństwo: oto dwu młodych profesorów, zamiast dawać coś z siebie, występuje w szranki w barwach obcej nauki. Kwestja samodzielności, to sprawa prywatna, sprawa staje się publiczną z chwilą, gdy mamy odpowiedzieć na pytanie, czy ten obcy import jest dla Polski pożądany. Nie chodzi tu wcale o nacjonalizm, w nauce niemieckiej jest wiele rzeczy cennych, z których korzystać należy, chodzi o metody nauczania prawa karnego tak, jak się to odbywa w większości uniwersytetów niemieckich i w większości podręczników niemieckich. Prof. Wolter wprost mówi o metodzie toeretyczno-poznawczej i otrząsa się na myśl „realizmu” w prawie karnym. Tak stoi problem: czy należy pracować metodą wskazującą, czym jest przestępstwo i kara w rzeczy-

¹⁾ Wolter Wł., prof., dr.: *Zarys systemu prawa karnego. Cz. ogólna T. 1.* Kraków 1933.

wistości, jakie jest ustosunkowanie się do nich społeczeństwa wogóle, a danego społeczeństwa, dla którego opracowuje się ustawę karną, wychowuje się sędziów i prokuratorów — w szczególności, czy też przejść nad tem do porządku dziennego i tworzyć w gabinecie uczonego pojęcia własne, lub modelować zaczerpnięte od innych i następnie narzucać społeczeństwu jako ostatnie słowo nauki. Twierdzę, że społeczeństwo anglosaskie, zadziwiające bogactwem inicjatywy na polu rozwoju metod walki z przestępstwem, ma dlatego swobodę myśli, bo nie ma nauki prawa karnego w rozumieniu prof. Woltera i prof. Glasera. Jakakolwiek nowa myśl napotyka w Niemczech na odpór, bo to sprzeciwia się dogmatom wysmażonym w mózgu Bindinga lub innego Birkmeyera. Znana jest historia kampanji niemieckiej przeciw warunkowemu zawieszeniu wykonania kary. Kiedy przybył do Niemiec żywy człowiek — Liszt (z węgierską krwią w żyłach) i próbował wprowadzić nieco świeżego powietrza do dusznych pracowni naukowych, to zrobiono z niego rewolucjonistę i nieuka. Dopiero oparcie się o świat pozaniemiecki, stworzenie międzynarodowego zrzeszenia (IKV) uratowało go od zakrakania.

Co to jest metoda teoretyczno-poznawcza? Jest to niezmiernie logiczne (bywają także wyjątki) wyciąganie wniosków z założeń dowolnych. Stammler taką metodą napisał „naukę o słusznym prawie”, która jest poprostu nowem wydaniem dawnego prawa natury. Metoda historyczna, choć stworzył ją Savigny właśnie dla Niemiec, nie ma w Niemczech wpływu na naukę prawa karnego, metoda prawnoporównawcza, choć był jej pionierem Kohler, nie ma wstępu do niemieckich gabinetów kryminalistycznych. Nauka o realjach przestępstwa, choć stworzył ją Hans Gross, pozostała specjalnością głównie austriacką i Kopciuszkiem. Cóż to wszystko wobec wiedzy o zielonych koniach. Niema takich? Tem gorzej dla koni.

Może uwagi o książce prof. Woltera pozwolą mi wyjaśnić praktyczne znaczenie niebezpieczeństwa importu tej metody naukowej.

Oto pierwszy podręcznik polskiego prawa karnego; komentarzy kodeksu z r. 1932 jest już kilka, podręcznik prof. Woltera jest pierwszym. Ze słowa wstępnego wynika, że głównym motywem do wydania był wzgląd na młodzież uniwersytecką, która trudno się uczy z ustawy lub z komentarza.

Książkę prof. Woltera brałem do ręki z pewną obawą: znam jego naukową indywidualność z mniejszych rozpraw, znam dzieje jego naukowego rozwoju, to przedstawiciel kierunku, który jako uczeń Krzymuskiego przerobić musiałem, ale dla którego serca nie miałem nigdy.

Jeszcze przed osiągnięciem fizycznej pełnoletności wyemigrowałem z tej duchowej krainy, w której tworzy się pojęcie działania im Keclitssinne, a pojęcie działania w rozumieniu życia codziennego nazywa się ein Afterbegriff, z krainy, w której ojciec mający stosunek płciowy z córką poniżej granicy wieku popełnia dwa działania i wywołuje dwa skutki, z krainy, w której zaniechanie może być przyczynowem, a związek przyczynowy w rozumieniu przyrodników poddaje się operacji, obcina się jak psu ogon i uszy i nadaje się nazwę przyczynowości adekwatnej, mającej służyć dla użytku prawa.

Lektura „Zarysu” w pewnej części mnie uspokoiła: prof. Wolter, choć wierny swoim mistrzom, ma zrozumienie, że można także i n a c z e j myśleć, pisać i kodyfikować. Za wiele nadzwyczajności działo się w jego oczach (projekt Ferriego, kodeks sowiecki), by nie nabrać pewnego liberalizmu.

Trudno oczywiście żądać za wiele, trudno się dziwić, jeżeli z goryczą wypomina kodeksowi polskiemu, że odrzucił usiłowanie przy przestępstwie, opartem na zaniechaniu: „winę tu ponosi zbyt- ni realizm przy ujęciu zagadnienia czynu” (str. 201). Takie wy- rażne wybuchy są rzadkością u prof. Woltera.

Ustosunkowanie się prof. W. do polskiego kodeksu karnego przypomina naogół dystygnowanego człowieka, który podróżuje zagranicą, obserwuje, uśmiecha się ale nie krytykuje ostro, bo nie wy- pada, tylko wyjaśnia, jak to jest w jego ojczyźnie, na kulturalnym zachodzie. „U nas inaczej”.

Czy nie jest dowodem uprzejmości ze strony prof. Woltera, jeżeli wykazując domniemaną sprzeczność między art. 14 § 1 (isto- ta złego zamiaru) a art. 20 § 2 (usprawiedliwiona nieświadomość bezprawności czynu) zauważa (str. 98): „O tyle też przepisy art. 14 § 1 i art. 20 § 1 (ma być § 2) nie są w zupełności s h a r m o - n i z o w a n e”. Kto inny powiedziałby: błąd kodyfikacyjny, anty- nornja, prof. Wolter stwierdza brak — s h a r m o n i z o w a n i a. Mimo wytwornej formy zarzut jest ciężki. Sprawa tłumaczy się brakiem wiary w zdolność logicznego myślenia po stronie ustawodawcy. Zły zamiar k. k. polskiego charakteryzuje się tem, że obejmuje poję- ciowo świadomość przestępności działania. Wobec tego, gdy za- chodzi usprawiedliwiona, czy też nieusprawiedliwiona nieświadomość przestępności nie ma złego zamiaru, poprostu go nie ma, czyn nie jest umyślnym. (Tu było miejsce po stwierdzeniu, na str. 97, tego stanowiska kodeksu na uwagę, że sprawa ta w literaturze nie- mieckiej jest sporną, że projekt k. k. niemieckiego z r. 1930 wy- dziela świadomość bezprawności z pojęcia złego zamiaru, por. § 17 i 20). Skoro tak, to przepis art. 20 § 2 nie może stosować się

do złego zamiaru, może mieć zastosowanie tylko do winy nieumyślnej, która polegać może właśnie na tem, że sprawca przestępności działania nie przewiduje, choć może lub powinien przewidzieć (art. 14 § 2). Dlaczego nie próbować interpretacji logicznej, lecz zgóry przypuszczać brak — „sharmonizowania”?

Ogromnie charakterystycznym jest stanowisko prof. Woltera wobec sformułowania nieumyślności w kodeksie karnym (art. 14 § 2). Kodeks przepisuje, że przestępstwo nieumyślne (wina nieumyślna) zachodzi wtedy, gdy albo sprawca możliwość skutku przestępnego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie, albo też, gdy skutku przestępnego lub przestępności działania nie przewiduje, choć może lub powinien przewidzieć. Autor zapytuje, dlaczego „przy świadomej nieumyślności k. k. wspomina jedynie o skutku przestępnym, ale nie o przestępności działania” (str. 116)? Autor nawiązując do mego przykładu szansonistki, która odśpiewuje piosenkę, nie będąc pewną, czy piosenka nie stoi pod ochroną prawa autorskiego, zapytuje: skoro można w takim wypadku przyjąć dolus eventualis, dlaczego nie można przyjąć nieumyślności w wypadku, gdy sprawca wprawdzie liczy się z możliwością naruszenia prawa autorskiego, ale tego nie chce nawet w typie zamiaru ewentualnego? Zapytam prof. Woltera, czy panienka, która wie, że „z każdego karesu wyniknąć mogą rzeczy złe i zdrożne, o których już książki piszą nabożne” nie chce popełnić grzechu, ale idzie do kawalerskiego mieszkanka, czy taka panienka działa cum dolo eventuali, czy też nieumyślnie. Szansonistka, bojąc się, czy nie narusza prawa autorskiego (przyjmując możliwość naruszenia tegoż) działa zawsze w zamiarze ewentualnym a nigdy „nieumyślnie”. Oto dlaczego k. k. art. 14 § 2 nie wstawił wyrazów: „lub przestępności działania” w związku z przewidywaniem (lekkomyślnością) pomimo, że znajdują się w ustępie dotyczącym niedbalstwa. Prof. Wolter jest jednak przeciwnikiem lojalnym, wypowiedziawszy już swą opinię, dwukrotnie ją sam podważa (str. 117) mówiąc raz: „nie przesadzając naturalnie, czy powinno istnieć takie przestępstwo, t e o r e t y c z n a możliwość nie wydaje się być wykluczona”, mówiąc drugi raz: „przyznać tylko trzeba, że wypadki świadomej nieumyślności odnośnie do cech są dość nierealne”. Kodyfikator nie zajmuje się rzeczami nierealnymi, jak wiadomo. Binding odpowiedziałby: um so bedauerlicher fur diese Tatsachen, prof. Wolter daje do poznania, że gotów wybaczyć kodyfikatorowi liczenie się z rzeczywistością życiową.

Jakżeż cennem jest westchnienie na str. 11: „Dla tych mozolnych badań ściśle prawniczo-metodologicznych a uzasadnionych właśnie „prawnym” charakterem prawa karnego, Ferri zapatrzony w innym kierunku, nie okazał właściwego zrozumienia”.

Prof. Wolter jest zwolennikiem igraszek dialektycznych, w logicznym rozumowaniu schodzi jednak na manowce. Fanatycznego zwolennika ścisłości razi zwrot użyty w polskim k. k. (art. 36) „jeżeli czyn zagrożony karą podpada pod kilka przepisów ustawy”. Autor twierdzi (str. 247): „dopiero przez podpadnięcie pod kilka przepisów ustawy czyn może przedstawić się jako zagrożony karą”. Prof. Wolter jest właśnie nieściśły: czyn przedstawi się jako zagrożony karą już wtedy, gdy jedna tylko ustawa czyn taki uznaje za karygodny i to jest regułą. Może się okazać niebawem, że czyn przez jedną ustawę uznany za karygodny, podpada także pod inną, wtedy kiedy to się okaże, dany czyn jest już zagrożony karą przez ustawę pierwszą: zwrot użyty przez kodeks jest skrótem tylko, jawnym dla każdego.

W łamańcach dialektycznych popełnia prof. Wolter czasem wolty obliczone na bezkrytycznego czytelnika. Przykładem tego jest ustosunkowanie się do dolus eventualis (str. 10). Sprawca dąży do przestępstwa sprowadzenia powszechnego niebezpieczeństwa przez podpalenie, motyw: chęć zeinkasowania odszkodowania, gdyż dany obiekt jest ubezpieczony. Sprawca liczy się z możliwością śmierci ludzkiej i na to się zgóry godzi. Jest to zatem chęć wywołania tej śmierci na wypadek, gdyby miała być nieuniknioną. Na to prof. Wolter: „Jeżeli sprawca chce dany skutek tylko na wypadek gdyby miał nastąpić, to równocześnie nie chce skutku na wypadek, gdyby miał nie nastąpić, czyli sprawca chce i nie chce danego skutku”. Autorowi sprawa widocznie żywiołową przyjemność stwierdzenie jakiejś wewnętrznej sprzeczności, podczas gdy to z jego strony tylko dialektyczna wolta. Tą drogą idąc możemy stwierdzić, że sprawca nie chce nawet pożaru, bo to, na czym mu naprawdę zależy, to jest zdobycie pieniędzy, on wolałby uniknąć i widoku ognia i wszelkich innych konsekwencji. Znany jest wypadek samookaleczenia się ubezpieczonego na wypadek niezdolności do pracy. Czy można twierdzić, że on chciał odciąć sobie rękę — w tym sensie jak to przyjmuje prof. Wolter? On w najwyższym stopniu nad sobą ubolewał, że nie ma innego sposobu i do przyjsia do pieniędzy, a więc „chciał i nie chciał”. Tak zatem nie tylko przy dolus eventualis, ale nawet przy dolus, directus (samookaleczenie było częścią oszukańczego działania) można dopatrzeć się sprzeczności, jeżeli mieszać się będzie nastroje woli wymagane

przez ustawę dla uznania działania za umyślne z nastrojami ubocznymi, interesującymi co najwyżej dla wymiaru kary. Dla ćwiczeń seminaryjnych polecam wypadek włamywacza, który nie chce „mrokiej roboty”, towarzysze przyrzekają mu, że tylko w ostateczności uduszą ofiarę, wobec tego staje przed domem na czatach, drżąc na myśl, że do ostateczności może przyjść. Prokurator oskarża go o pomocnictwo do umyślnego uśmiercenia i twierdzi, że ów pomocnik „chciał” tej śmierci. (Chciał czy nie chciał?).

Zdarzają się w książce prof. Woltera twierdzenia zupełnie niepożądane — w podręczniku. Zaliczam do nich stworzenie nowej grupy przestępstw: przestępstwa „ścigane na zarządzenie władzy*” (str. 45). Autor zalicza tutaj przestępstwa, popełnione przez, cudzoziemca zagranicą, nie należące ani do grupy *delicta iuris gentium*, ani nie skierowane przeciw Państwu Polskiemu i t. p. (art. 8), ani przeciw dobrom lub interesom państwa, obywatela polskiego, polskiej osoby prawniczej (art. 5). Kodeks przewiduje ściganie (o ile nie nastąpiła ekstradycja) tylko na zarządzenie Ministra Sprawiedliwości. Można mówić o przestępstwach ściganych z upoważnienia, bo ustawa zgóry oznacza, jakie to są te przestępstwa, przy każdym z nich wyraźnie o tem wspomina tak, jak przy przestępstwach, ściganych na wniosek lub ze skargi prywatnej. Można je dokładnie wyliczyć. Inaczej przy owem zarządzeniu Ministra, wszak z małemi wyjątkami (art. 5, 8, 9) należą tu przestępstwa z całego kodeksu. Zarządzenie ministra nie tworzy osobnej grupy przestępstw, a stanowi tylko czysto procesowy warunek ścigania. Art. 10 § 2 jest kodyfikacją zasady oportunistu.

Prof. Wolter cytuje literaturę niemiecką bardzo obficie, zgadza się lub nie zgadza, polemizuje lub powołuje na poparcie własnych poglądów, nie dzieje się to systematycznie, a raczej na wrywki, ale czuć, że literatura ta szczególnie mu odpowiada. Oczywiście są różne upodobania, radziłbym mu jednak większy niż dotąd krytycyzm. Dam jeden tylko przykład, do czego się dochodzi, przejmując gotowe konstrukcje niemieckie.

Na str. 135 pod nagłówkiem: „pomoc konieczna przy obronie koniecznej”, czytamy: „Z obroną konieczną łączy się kwestja p----- koniecznej. Pomoc konieczna może wystąpić bez obrony ze strony napadniętego, może łączyć się z obroną, przybierając kształty współsprawstwa, może wreszcie mieć charakter pomocniczy. Wtedy jednak jest to raczej pomoc do obrony (jak możliwe jest nakłanianie, podżeganie do obrony), a nie samoistna pomoc konieczna”.

Jakie to cudowne: pomoc konieczna przy obronie koniecznej i pomoc konieczna do obrony koniecznej, pomoc konieczna samoistna i niesamoistna.

A wszystko to jest fałszywe w założeniu: obrona konieczna jest nie tylko ustawową okolicznością, wykluczającą przedmiotową bezprawność czynu (co autor przyznaje na str. 129), ale jest instytucją prawa wogóle, instytucją nadającą każdemu prawo występowania defensywnie wobec grożącego bezprawia ze strony napastnika. Obrona jest spadkobierczynią prywatnego prawa zemsty, ograniczoną szeregiem warunków, przeniesioną z płaszczyzny egoistycznych interesów w dziedzinę ochrony prawa, powiązaną poprzez tradycje średniowiecznego rycerstwa z ideałami obrony słabszego. Kto działa w obronie koniecznej działa nie tylko w ochronie własnych interesów, ale także w obronie prawa, jako porządku społecznego. W instytucji tej jest miejsce nawet na Donkichoterję obrony ludzi zupełnie obcych. W tych warunkach każdy działający w obronie prawa występuje równorzędnie, każdy jest jednostką główną, samodzielną, okoliczność, że broni się własnego czy cudzego dobra przed naruszeniem jest rzeczą drugorzędną. Nie ma pomocy koniecznej do obrony koniecznej, jest tylko obrona konieczna. Ale prof. Wolter może na swoje usprawiedliwienie przytoczyć literaturę niemiecką, oczywiście. Oetker w swojej rozprawie, drukowanej w *Vergleichende Darstellung Allg. T. t. II*, str. 290 dochodzi przy tej konstrukcji do następującej konsekwencji: jeżeli osoba broniona wyprasza sobie obronę, to broniący jej może odpowiadać za *excessus defensionis*: *Notwehr (Nothilfe) Exzess*. Jeżeli np. ktoś natknie się na scenę znęcania się alfonsa nad kochanką, zechce przerwać tę brutalną scenę, kobieta zawoła: „niech mnie pan nie broni, bo on potem mnie zabije”, filantrop nie da się zniechęcić, alfonsa silnym uderzeniem czyni niezdolnym do akcji, to według Oetkera może zachodzić kwestja odpowiedzialności karnej za przekroczenie granic obrony. Oczywiście, bo to nie jest samoistna *Notwehr*, tylko pochodna *Nothilfe*. Logiczny wniosek z fałszywego założenia. Prof. Wolter także mówi o pomocy do obrony, o podżeganiu do obrony, tak jak gdyby obrona była zasadniczo czynem karygodnym, a wyjątkowo tylko bezkarnym.

Według tego postawienia kwestji, kto woła o ratunek pod adresem przechodnia, ten „podżega” do pomocy koniecznej przy obronie koniecznej, a może „podżega” do pomocy koniecznej do obrony koniecznej.

W ten sposób w zupełności zaciera się punkt wyjścia, według którego obrona własna czy obrona innego jest aktem prawnym.

Z uczuciem ulgi czytam na kartach podręcznika Garraud lub komentarza Garcon o „obronie osób trzecich”, tam niema mowy o pomocy koniecznej przy obronie koniecznej, tylko poprostu o dé

fense d'autrui. Może tam niema „głębi myśli”, ale jest jasne i trafne ujęcie kwestji.

We wielkiej Encyklopedji prawa karnego włoskiego pod redakcją Pessiny dwu profesorów włoskich zastanawia się nad sytuacją nazwaną przez Niemców Nothilfe, żaden z nich, ani Nocito (t. V. 368) ani Civoli (t. V. str. 150) nie wpadł na to, by s/ukać jakiejś płaszczyzny wspólnej z pomocnictwem. Civoli mówi pięknie *non ii fatto di difendere im interesse proprio*, ma *ijuello di difendere un interesse legittimo e il fondainento di tale diritto (diritto di difesa)*. Prof. Wolter oczywiście zarzucić może brak pogłębienia — niemieckiego.

Kto chce się przebić przez dżunglę niemieckich teoryj i konstrukcyj prawnych musi wziąć ze sobą na drogę duży zapas zdrowego rozsądku, bo inaczej się zgubi.

Sprawa „pomocy koniecznej” nie wyczerpuje się u prof. Woltera samem tylko działaniem w obronie trzeciej osoby przed bezprawnym napadem. Autor zajmuje się sprawą pomocy koniecznej także przy wyższej konieczności (str. 189), twierdząc: „Jak przy obronie koniecznej tak i przy wyższej konieczności k. k. wprowadza „pomoc konieczną” czyli działanie dla uchylenia niebezpieczeństwa, grożącego bezpośrednio dobru „cudzemu”, rozszerzenie pomocy koniecznej na każdą trzecią osobę kłóci się do pewnego stopnia z pojęciem wyższej konieczności jako działaniem pod naciskiem psychicznym. Podstawą więc usprawiedliwienia musi być ta okoliczność, że osoba trzecia działała pod pewnym naciskiem”. Autor ma słuszość twierdząc, że k. k. polski zna pojęcie pomocy koniecznej, ale tylko w wypadku ratowania trzeciej osoby z niebezpieczeństwa (co prof. W. nazywa pomocą konieczną przy wyższej konieczności), nie zna zaś, jak wyżej zaznaczyłem, żadnej pomocy koniecznej przy obronie koniecznej. Niemniej kodeks polski nie sprowadza pomocy koniecznej do wspólnego mianownika z wyższą koniecznością. Chociaż kodeks w art. 22 § 1 mówi o ratowaniu dobra „własnego lub cudzego”, nie wynika stąd, że podstawa bezkarności jest identyczna. Jasneru jest, że dla uzasadnienia bezkarności „pomocy koniecznej” szukać należy zupełnie innego uzasadnienia niż dla bezkarności wyższej konieczności, przy której czynnik psychiczny (por. judykaturę austriacką co do t. zw. przymusu nieodpornego), odgrywa rolę decydującą. Czynnikiem uzasadniającym bezkarność pomocy koniecznej jest wzgląd na t. zw. solidaryzm społeczny, któremu kodeks hołduje aż do tego stopnia, że zaniedbanie udzielenia pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośredniem niebezpieczeństwem dla życia, uznaje za swoiste przestępstwo (poi. art. 247).

Dlaczego prof. Wolter nie szukał tego uzasadnienia? Dlatego, że w dalszym ciągu zapatrzony w konstrukcję „pomocy koniecznej” jako rodzaju pomocnictwa, uważał, iż to, co ekskulpuje sprawcę głównego, musi ekskulpować pomocnika. Stąd dalej wynikły wątpliwości, a w końcu ograniczenie pomocy koniecznej do wypadków, w których ów pomocnik działa także pod wpływem psychicznym. Domyśleć się łatwo, że chodziłoby tu o wypadki działania dla ratowania osoby „bliskiej”.

Geneza tego poglądu jest znowu niemiecka. Kodeks niemiecki zna pomoc konieczną tylko w stosunku do osób bliskich. Wyrażnie to postanawia § 54 (des Täters oder eines Angehörigen). Zauważyć należy, że od tego ciasnego stanowiska odstąpił już projekt niemiecki (por. § 25 ex 1930) (von sich oder einem anderen).

Autor, czerpiąc z pojęć niemieckich i źródeł niemieckich, stanął wobec pewnej trudności terminologicznej, oto język niemiecki zna obok Notwehr (obrona konieczna) i Notstand (wyższa konieczność), jeszcze pojęcie Notrecht: (prawo działania przeciw obcej własności z § 228 i 904 ust. cywilnej).

Dla pojęcia Notrecht znalazłby się w języku polskim odpowiednik w wyrazie: „samopomoc”. Prof. Wolter wolał stworzyć wyraz inny: prawo wyższej konieczności (por. str. 142—143) w odróżnieniu od stanu wyższej konieczności. Czy przykłady z kodeksu polskiego, powołane na str. 143—154 „Zarysu” tu właśnie należą, to sprawa, która wymagałaby monograficznego opracowania²). Pewnem jest, że używanie pojęcia „prawa” wyższej konieczności obok „stanu” wyższej konieczności doprowadzić może do nieporozumień, czego przykładem niech będzie cytat z książki (str. 190). „Inaczej przedstawia się sprawa przy prawie wyższej konieczności. Z tą bowiem chwilą czynność jest prawnie dozwolona, wobec czego każda trzecia osoba spełnia również czynność prawnie dozwoloną. Ponieważ czynność działającego w stanie wyższej konieczności nie przestaje być czynnością przestępną...” Jednym tchem? raz czynność (przy wyższej konieczności) jest prawnie dozwoloną, drugi raz nie przestaje być przestępną. Przypuszczam, że młodocianemu czytelnikowi (młodzież akademicka) spra-

²) Stworzenie pojęcia prawa wyższej konieczności dla wyjaśnienia, że lekarz wniecający poronienie w dozwolonych wypadkach działa — prawnie, nie jest pomysłem szczęśliwym. Koncepcja wyższej konieczności w umyśle prawnika wiąże się z obrazem psychicznego przebiegu o nieodpornej sile. Jakież to kategorie przymusu zaistnieją dla lekarza, gdy się dowie, że ciąża jest wynikiem zgwałcenia? Ciężarna może się znajdować w położeniu przykrem, ale lekarz? Wszak chodzi tu przede wszystkim o lekarza, który przedsięwzie zabieg.

wi ból głowy — to zestawienie. Faktycznie sprzeczności niema, ale trzeba pamiętać, że autor odióżnia „prawo” wyższej konieczności od „stanu” wyższej konieczności. Prawo (str. 143 i nast.) omawia autor pod nieprawdopodobnym tytułem: „kolizja interesów” a stan wyższej konieczności (str. 186 i nast.), p. t. „Anormalność sytuacji”.

Śmiem twierdzić, że „Zarys systemu” jako podręcznik dla młodzieży jest za trudny. Zajmuje się szeregiem kwestyj otwartych, wysuwa wątpliwości, które dla autora są także wątpliwościami. Na stronicy 127-128 znajduje się zdanie: „przyznać jednak trzeba, że kwestje te są nader wątpliwe”. Takie kwestje nie nadają się do podręcznika dla słuchaczy. Mniemam, że autorowi (może podświadomie) przyświecała głównie myśl napisania podręcznika w typie niemieckiego Handbuch, wskazywałby na to szeroki rozmach, z jakim materiały potraktowano: pierwszy tom (stronic 270 tekstu) nie wyczerpuje nawet części ogólnej; kara i środki zabezpieczające znajdują się w tomie drugim; niektóre działy, szczególnie autora zajmujące, mają charakter monografii z polemiką w tekście (zamiast przypisków).

Naogół książka prof. Woltera jest mimo wszystko zjawiskiem pomyślnym, autor szuka swoich dróg, przypomina tych malarzy polskich, którzy kombinują staroświecki wdzięk prerafaelitów z całkiem nowożytnym kubizmem. Na książce odbił się nadmiar temperamentu i zamierzeń, obok wykładu obowiązującego prawa karnego jest tam polemika z kodeksem, któremu by autor nieraz pragnął nadać inny kierunek, jest rozpęd w kierunku wielkiego, teoretycznego podręcznika. Lepiejby było, gdyby te trzy różne kierunki od siebie oddzielić, uwagi krytyczne nad kodeksem ogłosić w czasopiśmie, wydać zwięzły podręcznik dla młodzieży, a osobno wielotomowy system. To, co jest, to nie jest ani podręcznik, ani zarys systemu tylko kombinacja różnych poczynąń.

Książka prof. Woltera budzi pewne refleksje natury ogólnej. Niewątpliwie autor zalicza się do szkoły klasyków czy neoklasyków (por. str. 11), niewątpliwie zmierza „do pewnego filozoficznego pogłębiania zarówno w stronę teoretyczno-poznawczą, jak i teoretyczno-aksjologiczną (metoda normatywna, Niemcy)”, niewątpliwie prof. Wolter słuchaczom swym bliżej wyjaśni, co te piękne wyrazy oznaczają, niewątpliwie wolno każdemu używać metod badania i przedstawiania myśli, jakie uzna za stosowne. O niektórych profesorach prawa karnego mawiano: „oto jest kryminalista, który nigdy w życiu nie widział żywego złodzieja”. Czy prof. W. widział go — nie wiem. Pewnem jest, że dla napisania swej książki widzieć go nie potrzebował. Ta metoda przechodzi do porządku

dziennego nad przestępcą-człowiekiem, a nawet nad przestępstwem, tak, jak się przedstawia W życiu, jako wytwór ustosunkowania się jednostki do porządku społecznego. Dla tej metody nie są potrzebne badania historyczne i porównawcze, bo ta metoda nie chce wiedzieć, jak przestępstwo przejawia się w życiu, ona ma swój pogląd na to, co to jest przestępstwo, pogląd lepszy, ona wie zgóry jak ma wyglądać obrona konieczna lub usiłowanie niezależnie od fluktuacji poglądów świata otaczającego. Szkoła ta jest w tem szczęśliwym położeniu, że ma w sobie wszelkie potrzebne kryteria do oceny obowiązującego ustawodawstwa. Jest w tem podświadomy wpływ metody dawnego prawa natury.

Psychologicznie jest dla mnie zagadką sam prof. Wolter. Na str. 5 wypisał szereg trafnych uwag (nie sądzę, by to były tylko cytaty obcych myśli): „kodeks karny nie jest dzisiaj kodeksem li tylko kar”, „samo stosowanie kary nie przedstawia się już dzisiaj, jako par excellence wymiar sprawiedliwości”, „przesiąkanie samego wymiaru sprawiedliwości coraz bardziej względami na dobro ogółu przedstawia się jako powolne zacieranie granic między prawem karnem sądowym jako prawem wymiaru sprawiedliwości, a prawem administracyjnym jako prawem, którego zadaniem jest dbać o pomyślność socjalną”. Piękne słowa, chociaż podane jako cytat z Wolfa, ale bez protestu, a więc chyba z wyraźną zgodą prof. Woltera. Skoro prawo karne idzie w kierunku elastyczności prawa administracyjnego, jakie znaczenie praktyczne ma rozszczepianie włoska na części (tylko Niemcy mają na to termin techniczny „Haarspalterei”? Za czasów Bindinga, kiedy panowała zasada najściślejszego wymiaru kary na zasadzie sprawiedliwej opłaty, kiedy panowała matematyka kryminalistyczna, pogłębiona zasada indywidualizacji kary, wszystko to było w porządku. Wszak w tym okresie Niemcy odrzucali a limine myśl wprowadzenia warunkowego zawieszenia wykonania kary, jako myśl podkopującą podwaliny prawa karnego, oparte o filozofję Kanta i Hegla, ale dziś? Dziś projekt kodeksu karnego niemiecki z r. 1930 poświęca osobny rozdział instytucji zwanej „Bedingter Straferlass” (§ 40 do 41). Dziś nie ma projektu kodeksu karnego lub nowej ustawy, by nie było środków zabezpieczających, dziś punkt ciężkości prawa karnego przesuwają się z kary na środki zabezpieczające. Dziś w Stanach Zjednoczonych kara skutkiem wprowadzenia na wielką skalę typu wyroków nieoznaczonych, zatraciła swój charakter odpłaty, a stała się jakimś środkiem dostosowywania sprawcy do życia społecznego w czasie zamknięcia, wszak trwanie zamknięcia zależy nie od wielkości przestępstwa, ale od zachowania się sprawcy w więzieniu czy w Reformatory. Dziś jakąż rolę ma odgrywać owo pogłębianie filo-

zoficzne „w stronę teoretyczną-poznawczą i teoretyczno-aksjologiczną”?

Typ dialektycznych żonglerów w kryminalistyce jest specjalnością niemiecką. Świat anglo-saski, który od czasów Howarda, posuwa prawo karne naprzód, świat, który wytworzył systemy penitencjarne, warunkowe zawieszenie wykonania kary, sądy i odrębne prawo karne dla nieletnich, środki zabezpieczające, specjalne zakłady karne dla przestępców o zmniejszanej odpowiedzialności, reformatoria i t. p., ten świat dziwnie obchodzi się bez „pogłębiania” nauki prawa karnego metodą teoretyczno-poznawczą, za którą kryje się skrajna arbitralność i lekceważenie rzeczywistego życia. Anglja najlepiej dotąd rozwiązała praktycznie problem walki z przestępczością, zmniejszyła natężenie przestępczości, a *Stephen's Digest of the criminal law* niczem nie jest podobny do kontynentalnych podręczników nawet francuskich.

Pozostaje kwestja naukowa. Kontynent chlubi się wysokim poziomem nauki prawa karnego, ale na kontynencie naukę tę rozbudowano dziś tak, że metoda teoretyczno-poznawcza nie jest jedyną. Przybudówki o charakterze nauk pomocniczych przysłaniają staroświecki budynek. Metoda socjologiczna, historyczno-porównawcza, pozwala nam patrzeć na przestępstwo bądź to w perspektywie ogólnego życia społecznego z patologiczną naroślą kryminalną, bądź w perspektywie ewolucyjnej rozwoju społecznych (nie indywidualnych) poglądów na przestępstwo i reakcję społeczną. Są instytuty niemieckich profesorów, którzy wchodząc w ślady Hansa Grossa zajmują się realjami przestępstwa. Dlatego prof. Wolter, który to wszystko wie, przesadza na grunt polski to, co jest najmniej dla gleby polskiej stosowne, najmniej dla budującego się państwa pożyteczne, to jego tajemnica.

Nie chcę twierdzić, by rozwiązywanie dialektycznych łamigłówek nie miało znaczenia pedagogicznego; metoda ta jest co prawda może dziwna w chwili, gdy świat oczekuje od nauki odpowiedzi, co należy czynić, by wstrzymać falę przestępstwa zawodowego, zwłaszcza zorganizowanego, by stawić czoło przestępczości nieletnich i degeneratów, ale niewątpliwie dla prawnika ćwiczenia gimnastyczne w zakresie pojęć prawnych, choćby były zupełnie dowolne i z życiem niezgodne, ma swoje znaczenie. W takim razie jednak przesunęmy całą tę sprawę konstrukcji „pomocy koniecznej do obrony koniecznej”, sprawę czy sprawca przy *dolus eventualis* chce warunkowo a w takim razie nie chce, do ćwiczeń seminaryjnych dialektyki prawniczej przy katedrze teorii prawa. Tam będzie można zastanawiać się także nad przyczynowością zaniechania, tworzyć sztuczne pojęcia działania i t. p.