

DR. WŁADYSŁAW WOLTER
Profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego

USTALENIA ALTERNATYWNE (ANKIETA)

Obserwowanie poczynań kryminologicznych naszego zachodniego sąsiada należy do najbardziej interesujących i emocjonujących zajęć dla każdego, kto się interesuje problemami walki z przestępstwem. Można nawet powiedzieć, że od czasu wystąpienia Lombrosa nigdy szersza opinia nie zwracała tak bacznej uwagi na reformę prawa karnego, jak to się dzieje obecnie w stosunku do Niemiec, jeśli pominiemy przejściowe śledzenie rewolucyjnych kroków bolszewickich, które jednak z różnych powodów nie spowodowały silniejszych oddźwięków.

Jeżeli jednak nawiązując do reform niemieckich, to nie dlatego, by pisać o tem, o czem się tak wiele mówi, raczej krytykując niż chwając. Lecz dlatego, że byłoby błędem przepuścić kwestje bez porównania mniej ekscytujące, natomiast z punktu widzenia prawniczego bardzo ciekawe, które, choć pozostają w łączności z obecnym kursem kryminalno-politycznym, bynajmniej jednak nie są integralnie powiązane z światopoglądem hitlerowskim i właśnie dlatego nadają się do omówienia i zastanowienia i na naszym podwórku.

Mam na myśli obowiązujący od 1. IX. 1935 § 2b kod. karn. z 1871 r., który brzmi w sposób następujący: „Jeśli pewnem jest, że ktoś działał przeciwko jednemu z kilku przepisów prawa karnego, a możliwem jest tylko alternatywne ustalenie faktycznie, to należy sprawcę ukarać według przepisu przewidującego najłagodniejszą karą”. Przepis ten usankcjonował sławne orzeczenie plenarne z 2. V. 1934 (RGSt 68, 257), które zezwoliło na alternatywne ustalenie: kradzieży albo paserstwa. Do tej chwili alternatywa dopuszczona była jedynie w obrębie „jednego i tego samego przestępstwa”, gdzie więc chodziło np. o różne sposoby popełnienia tego samego przestępstwa. W tej formie zagadnienie ustaleń alternatywnych znane było nauce i jurykaturze polskiej. I tak w roku 1929 pisząc o sądach przysięgłych (Kilka uwag o postępowaniu przed sądem przysięgłych według kodeksu z 1928 r., Czasopismo prawnicze i ekonomiczne) podkreślałem, że „skoro ława może jedynie odpowiedzieć tak lub nie, to jasnem jest, że decydujące dla

oceny prawniczej okoliczności nie mogą być sformułowane alternatywnie, jasnym jest jednak również, że obojętne dla prawniczej subsuncji okoliczności mogą być alternatywnie wymienione" str. 81, 18). Orzeczenie Sądu Rzeszy było rewolucyjnym krokiem naprzód, skoro wyszło ono poza granice ustawowego stanu faktycznego i zezwoliło na ustalenie: albo kradzież albo paserstwo. Nowela podniosła tę innowację do godności normy prawnej. Korzyść, wynikająca z możliwości alternatywnych ustaleń, jest ta, że sędzia w tych przypadkach wobec niemożności ustalenia, które z dwóch przestępstw zostało popełnione, a przy pewności, że jedno z nich zostało popełnione, nie musi uciekać się do znacznie gorszej alternatywy, jaką jest: albo wydanie wyroku uniewinniającego, mimo, że jakieś przestępstwo zostało popełnione, albo wydanie wyroku zasądającego, opartego jednak na nieszczerych ustaleniach faktycznych, wbrew własnemu przekonaniu. Niebezpieczeństwa, jakie pociąga za sobą ustalenie alternatywne, stara się zneutralizować nowela do kodeksu postępowania karnego, która w § 267b nakazuje uzasadniać w wyroku, dlaczego jednoznaczne ustalenie było niemożliwe, aby zapobiec ze strony sędziego przeoczeniu jednej z możliwości popełnienia czynu, oraz nakazuje w sentencji wyroku skazywać tylko z tytułu popełnienia jednego przestępstwa, aby unieвозмоżliwić obciążenie skazanego podejrzeniem popełnienia przestępstwa, pozbawionem realnych podstaw.

W związku z tą ciekawą innowacją cytuje się następujące przykłady, uszeregowane według pewnych założeń:

1. Zachodzi kwestja, czy czyn zarzucony aktem oskarżenia jest kradzieżą lub paserstwem, kradzieżą lub przywłaszczeniem. Jasnym jest bowiem tylko, że sprawca rzecz u niego znalezioną albo ukradł albo nabył jako paser, czyli że w uczciwy sposób w jej posiadanie nie wszedł, lub też, że ją albo ukradł albo sobie przywłaszczył. Nie chodzi tu więc o wątpliwości rozgraniczenia np. kradzieży i przywłaszczenia, znane jurykaturze w szczególności w związku z kwestją posiadania, detencji itp., ale o niemożliwość ustalenia, które z tych dwóch różnych przestępstw zostało popełnione, nie o kwestję zastosowania przepisów ustawy ale o kwestję ustaleń.

Sprawa komplikuje się, o ile chodzi o alternatywę: przestępstwo umyślne lub przestępstwo nieumyślne. Z reguły alternatywa nie wchodzi tu w grę. Jeśli sędzia nie może stwierdzić umyślności, to odpada odrazu ustalenie umyślnego przestępstwa, zaś brak umyślności nie oznacza zarazem nieumyślności, jakby to można sądzić po samej nazwie (umyślność — „nie”umyślność). Nieumyślność, o którą chodzi w prawie karnym, nie jest jedynie brakiem umyśl-

nosci, ale „zarzucalną” nieумыślnością (por. Zarys, I, str. 115), nieумыślnością spowodowaną bezpodstawnym przypuszczeniem, że skutek nie nastąpi, lub nieprzewidywaniem mimo powinności lub możliwości przewidywania (art. 14, § 2). Jednak i tutaj możliwe są wyjątki. Jeśli wprawdzie nie można ustalić jednoznacznie, że czyn popełniony został умыślnie, ale z drugiej strony można ustalić z całą pewnością, że w każdym razie czyn sprawcy nie mógł leżeć poniżej dolnej granicy nieумыślności, to jasną jest rzeczą, że musiał być popełniony albo умыślnie albo nieумыślnie. W związku z tem cytuje się przykład alternatywy: zdrada kraju (Landesverrat) lub nieумыślnie ujawnienie tajemnicy państwowej, jeśli jakiś tajny akt państwowy został ujawniony, co mogło nastąpić tylko albo drogą udzielenia wglądu osobie nieuprawnionej albo drogą nieostrożnego pozostawienia klucza, którym zamykane było dane archiwum.

Z. Ktoś popełnił kilka czynów, przyczem pewnem jest, że jeden z nich jest w każdym razie przestępstwem, nie można jednak ustalić, który z nich jest przestępstwem. Np. córka twierdzi, że utrzymuje stosunki z ojcem. O ile to jest prawdą, to należałoby ją skazać za kazirodztwo, chyba, że jako nieletnia lub niepoczytalna jest nieodpowiedzialna, o ile nie, to należałoby ją skazać za zniesławienie. Znow więc może wejść w grę alternatywne ustalenie. Nie taję, że tutaj alternatywa budzi zastrzeżenia, że ostatecznie rzeczą drugorzędną jest, czy ktoś jest złodziejem czy paserem, ale pozostawienie bez rozstrzygnięcia, czy chodzi o kazirodztwo czy o zniesławienie nie może zadowalać, jeśli się zważy zasadniczą różnicę w kryminalnej zawartości czynu, a w konsekwencji i różnicę, o ile chodzi o tak ważny dzisiaj element subiektywny.

3. Jeden z kilku czynów przełamał jeden przepis ustawy, nie można jednak ustalić, który to uczynił. Np. ktoś w postępowaniu karnem składa zeznanie pod przysięgą a następnie w drugiej instancji lub z okazji wznowienia postępowania składa wręcz odwrotne zeznanie znow pod przysięgą. Jedno z tych dwóch zeznań jest bez wątpienia fałszywe, które, tego ustalić nie można. Motywy do nowego § 2b wyraźnie wyłączają ten przypadek, nie dlatego, by ustawodawca sądził, że kwestja zasądzenia mogłaby tu być wątpiwa, ale dlatego, że wychodzą z założenia, że bez wyraźnego przepisu sędzia może tu wydać wyrok zasądający. Wszak w grę wchodzi tylko jedno przestępstwo. Różnica między zmianą zeznań w czasie przesłuchania przed tą samą władzą, a zmianą zeznań w toku instancyj jest minimalna, a jeśli pominiemy nieinteresującą w związku z ustaleniem przestępności czynu kwestję możliwość nie-

odpowiadania czy (według kod. karn. pol. art. 142b) uwolnienia od kary w razie odwołania, zanim władza rozstrzygnęła sprawę, to skoro sędziemu wolno i bez szczególnego przepisu zasądzić za fałszywe zeznanie złożone np. przed I. instancją sądową, choć nie może on ustalić, czy prawdą jest A czy non-A, niema istotnych przeszkód, dłaczegoby nie mógł tego uczynić, jeśli zeznania składane były w różnych etapach procesowych.

Nie można zaprzeczyć, że możliwość ustaleń alternatywnych może nasuwać zastrzeżenia. Nie chcę i nie mogę ich chwilowo rozwijać. Jeśli o tem piszę, to tylko dlatego, że, chcąc kwestję tę zbadać, nie mogę pominąć materiału faktycznego, którego mi teoretyczne zajęcie dostarczyć nie może. I dlatego też zwracam się tą drogą do miarodajnych czynników naszej praktyki sądowej, aby zechcieli w jakikolwiekby sposób udzielić mi informacji w następującym kierunku:

1. Czy i o ile natknęli się w praktyce z trudnościami, które pragnie rozwiązać nowela niemiecka, wprowadzając alternatywne ustalenia?

2. Jak sobie radzili, nie mając zezwolenia na alternatywne ustalenia?

Dopiero po zdobyciu tego rodzaju materiału faktycznego będzie się można zastanowić nad celowością takiego przepisu i na gruncie polskim oraz nad teoretycznym pogłębieniem tej w każdym razie niecodziennej i znamiennej innowacji.