

# Luigi Garofalo

---

## Pojęcia i żywotność rzymskiego prawa karnego

---

Zeszyty Prawnicze 3/1, 7-41

---

2003

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

LUIGI GAROFALO

Uniwersytet w Padwie

## POJĘCIA I ŻYWOTNOŚĆ RZYMSKIEGO PRAWA KARNEGO\*

1. Prowadzone od kilkudziesięciu lat badania nad rzymskim prawem karnym, a zwłaszcza nad prawem karnym publicznym, wydobywają na jaw albo przedstawiają w nowym świetle zagadnienia dotąd nieznanne lub źle rozumiane<sup>1</sup>. Wyłaniający się z nich obraz jest wprawdzie wciąż niepełny, ale uczeni<sup>2</sup> – dając wyraz rozpowszechnionemu już w nauce przekonaniu – proponują odłożenie do lamusa surowej oceny rzymskiego prawa karnego, sformułowanej przez Theodora Mommsena i Francesca Carrarę. Trudno byłoby dziś znaleźć romanistę skłonного powtórzyć za Mommsenem, że rzymskie „Criminalrecht” było „ganz schlecht” i „zum Theil wirklichen niedertrachtig”<sup>3</sup>.

---

\* Przekład: Jakub Urbanik.

<sup>1</sup> Co wykazuje, jak bardzo dalekowzroczny był w połowie zeszłego wieku G.G. ARCHI, w niezwykle godnym uwagi artykule *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici* (1950), [w:] *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, s. 1432, który pisał: „w podsumowaniu prace prawników rzymskich są bardziej nowoczesne niż pisma romanistów. Rzymskie prawo karne jest nadal kopalnią pomysłów dla tego, kto będzie umiał je wydobyć za pomocą środków odpowiednich dla jej wymagań”.

<sup>2</sup> Por. np. N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana*, Parma 1992, s. 9 i n.; D.A. CENTOLA, *Recenti studi di diritto criminale romano. Spunti e prospettive di ricerca*, «SDHI», 63 (1997), s. 520.

<sup>3</sup> Tak właśnie pisał Mommsen w zuryjskiej pracy z 1852 r. opublikowanej pod tytułem *Die Bedeutung des römischen Rechts*, [w:] TH. MOMMSEN, *Gesammelte Schri-*

Nikt też nie podziela już chyba poglądu Carrary<sup>4</sup> o Rzymianach – olbrzymach prawa prywatnego i karłach prawa karnego<sup>5</sup>.

W zmienionej sytuacji badawczej trzeba się ponownie zastanowić nad związkami między prawem rzymskim a nauką prawa karnego. Jej korzenie sięgają początków ustawodawstwa statutowego, w którym problematyka karna zajmowała poczesne miejsce<sup>6</sup>. Oświecenie, a także szkoły klasyczna, pozytywistyczna i krytyczna (zwana również trzecią szkołą)<sup>7</sup> nadają jej postać, którą rozpoznajemy we współczesnej nauce prawa karnego. W doktrynie długo panował niepodzielany przez mnie pogląd (który jeszcze niedawno miał wybitnego obrońcę<sup>8</sup>, a i obecnie nie brak jego zwolenników<sup>9</sup>), że czytanie „kompilacji justyniańskiej niewiele dało średniowiecznym praw-

---

*fen*, III, Berlin 1907, s. 591 i n. (cytat pochodzi ze s. 595). Ponadto jak pisze T. MASIELLO, *Mommsen e il diritto penale romano*, Bari 1995, s. 75, jego ocena zmieniała się w czasach *Strafrecht* – tytułu opublikowanego w 1899 r. jako dodatek do obszerniejszego traktatu z prawa publicznego; por. C. VENTURINI, *Lo 'Strafrecht' mommseniano ad un secolo di distanza* (1996), [w:] *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, s. 13 – chociaż wielki romanista niemiecki nigdy nie wyróżnił „ideologiczno-formalnej ciągłości między przeszłością a teraźniejszością, podobnej dla tej postulowanej przez Pandektystykę dla rzymskiego prawa majątkowego”; por. także G. CRIFÒ, *Ancora sullo 'Strafrecht' mommseniano*, «SDHI» 62 (1996), s. 535 i n.

<sup>4</sup> Obecnie także w pracy E. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, [w:] *Studi F. Serafini*, Firenze 1892, s. 47, wraz z takim oto komentarzem wybiegającym przed swoje czasy: „ten pogląd Carrary [Rzymianie: giganci prawa cywilnego byli karłami prawa karnego]”, choć zawierający ziarno prawdy, pozbawił rzymskie prawo karne, wedle mnie niesprawiedliwie i przesadnie, jego miejsca w nauce”.

<sup>5</sup> Dochodząc nawet do stwierdzenia, „że jakość rzymskiej refleksji prawniczej pozostaje zawsze niezmienna, niezależnie od tego czy dotyczy sfery cywilistycznej czy karnej”. Por. G. CRIFÒ, *Principi di diritto penale romano*, «Labeo» 19 (1973), s. 372.

<sup>6</sup> Por. F. CALASSO, s.v. *Diritto. Partizioni*. I: *Le basi storiche*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, s. 834.

<sup>7</sup> Por. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano I: Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova 1999, s. 203 i n.

<sup>8</sup> Por. m.in. F. CALASSO, *Diritto. Partizioni*, cit., s. 834.

<sup>9</sup> Por. ostatnio V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*<sup>5</sup>, Napoli 1998, XI i n.

nikom”<sup>10</sup>, którym nie pozostało nic innego, jak uznać *ratio iuris communis* za główny punkt wyjścia rozważań nad karą i przestępstwem<sup>11</sup>.

2. Badania nad oddziaływaniem rzymskiego prawa karnego na prawo średniowieczne można oprzeć na założeniu, że redaktorzy statutów mieli je zawsze na względzie<sup>12</sup>, albowiem „gdzie milczy prawo szczegółowe, tam sięga się do prawa rzymskiego jako prawa powszechnego”, gdyż „prawnicy szukali rozwiązania sporów i wątpliwości w księgach justyniańskich, które również w sprawach karnych były źródłem prawa obowiązującego i powszechnego”<sup>13</sup>. Glosatorzy<sup>14</sup> i ich następcy pogłębiają studium z dziedziny prawa karnego, posługując się prawem rzymskim<sup>15</sup>.

Tak właśnie pracował żyjący na przełomie XIII i XIV w. postglosator Albertus Gandinus, „uważany za ojca europejskiej nauki o przestępstwie”<sup>16</sup>, którą przedstawił w słynnym *Tractatus de malefi-*

---

<sup>10</sup> Por. F. CALASSO, *Diritto. Partizioni*, cit., s. 834.

<sup>11</sup> Por. F. CALASSO, *Diritto. Partizioni*, cit., s. 834.

<sup>12</sup> Por. A. MARONGIU, s.v. *Dolo (dir. interm. pen.)*, [w:] *Enciclopedia del diritto* XIII, Milano 1964, s. 733.

<sup>13</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze 1895, s. 169; por. także V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*<sup>5</sup>, red. P. NUVOLONE – G.D. PISAPIA, I, Torino 1981, s. 71 i n.

<sup>14</sup> Por. H.P. GLÖCKNER, „*Cogitationis poenam nemo patitur*” (*D. 48,19,18*). *Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Frankfurt am Main 1989, s. 6 i n.; H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, I: *Die Glosatoren*, München 1997, s. 445 i n.

<sup>15</sup> Jak pisze A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*<sup>2</sup>, V: *Storia del diritto penale*, reprint Bologna 1968, s. 41 i n.: „Glosatorzy i ich następcy komentowali i nauczali także prawo karne z Digestów i Kodeksu jako żywe i uniwersalne, nie zapominając przy tym o prawie kanonicznym i lokalnym, które oparte było na ustawach cesarzy, statutach oraz wciąż obowiązujących prawach barbarzyńskich. W tym samym czasie nie pomijali również nowych maksym wprowadzonych przez praktykę prawną”. Por. także H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*<sup>3</sup>, Heidelberg 1999, s. 339.

<sup>16</sup> Por. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1979, s. 140.

*ciis*. Podobnie postępują Angelo de' Gambilioni z Arezzo, zmarły w 1451 r.<sup>17</sup>, zwany też Aretinem, Tiberius Decianus, Julius Clarus i Prosper Farinacius, działający dwaj pierwsi w XVI w., a trzeci na przełomie XVI i XVII w.<sup>18</sup> oraz czynni w XVII w. Niemiec Benedikt Carpzov, któremu przypisuje się „Genauigkeit der dogmatischen Begriffe”<sup>19</sup>, i Holender Antonius Matheus<sup>20</sup>, autor znanego komentarza do 47 i 48 księgi Digestów. „Podstawą i punktem wyjścia ich rozważań – pisał Pertile<sup>21</sup> – jest rzymskie prawo karne”<sup>22</sup>. Średniowieczni prawnicy są w nie zapatrzeni<sup>23</sup>, dostosowują je do nowych potrzeb, i – rzecz jasna – popełniają błędy. Słusznie zauważono, że prawo rzymskie, „bardzo przydatne w formułowaniu ogólnych zasad prawa, było również przyczyną pomyłek w konkretnych sprawach – także z powodu błędnej interpretacji źródeł”<sup>24</sup>.

Wpływ rzymskiej jurysprudencji na doktrynę prawa karnego Europy doby prawa powszechnego był znaczny<sup>25</sup>. Na dowód przypomnijmy, co sądzili w drugiej połowie XVIII w. dwaj wybitni myśli-

---

<sup>17</sup> Por. F. CALASSO, *Diritto. Partizioni*, cit., s. 835.

<sup>18</sup> O tych trzech por. A. MARONGIU, *Tiberio Deciani (1509/1582). Lettore di diritto, consulente, criminalista*, «RSDI» 7 (1934), s. 318 i n.

<sup>19</sup> Por. U. WESEL, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, München 1997, s. 387.

<sup>20</sup> Choć z pochodzenia Niemiec, nauczał i tworzył w Niderlandach, por. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., s. 46, przyp. 35.

<sup>21</sup> A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., s. 47.

<sup>22</sup> Por. również N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 10, który do tej listy dołącza także Antoniusa Fabrianusa (Antonio Fabro) (1557-1624), przez lata pełniącego najwyższy urząd sądowy Księstwa Sabaudzkiego. Fabrianus „w *Codex Fabrianus definitionum forensium* – arcydziele doktryny, elegancji i wyrafinowania prawniczego – przedstawił rzymskie prawo karne i procedurę karną (w ks. IX) chociaż w formie zmienionej przez praktykę”.

<sup>23</sup> C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 172.

<sup>24</sup> Podobnie G.F. FALCHI, *Diritto penale romano. I singoli reati*, Padova 1932, s. 10 i n.

<sup>25</sup> Na ten temat por. także E. CANTARELLA, *La causa d'onore dalla 'lex Iulia' al codice Rocco*, [w:] AA.VV., *Testimonium amicitiae*, Milano 1992, s. 80 i n.

ciele doby Oświecenia – Cesare Beccaria i Francesco Maria Pagano<sup>26</sup>. Beccaria pisze: „Pozostałości dawnego prawa narodu zdobywców, spisane go przez władcę panującego przed dwunastoma wiekami w Konstantynopolu, wymieszane z obyczajami Longobardów i opastymi tomami zawilej wykładni prywatnych jurystów, składają się na tradycję, którą znaczna część Europy wciąż nazywa prawem. Można tylko żałować, że dotychczas wszędzie opinia Carpzoza, dawny obyczaj wskazany przez Clarusa i rodzaj tortury wypowiedziany ze złośliwą służalczością przez Farinaciusa uważane są za prawa z zimną krwią stosowane przez tych, którzy powinni z drżeniem decydować o życiu i losie ludzi. Te ustawy, pozostałość po stuleciach największego barbarzyństwa ...”<sup>27</sup>. A Pagano tak charakteryzuje prawo karne Królestwa Obojga Sycylii pod koniec XVIII w.: „Ustawodawstwo karne składa się z bardzo różnych części, a mianowicie: z prawa rzymskiego zgromadzonego w 48 i 49 księdze Digestów oraz w 9 księdze Kodeksu; z zasad prawa kanonicznego; z podzielanych powszechnie poglądów; ze zwyczajów sądowych; z nauki opartej na powadze poprzedników. Tworzy to całość różnorodną i wewnętrznie sprzeczną, niemniej stosowaną prawie przez wszystkich. U nas trzeba jeszcze uwzględnić konstytucje Królestwa, zwody praw królów andegaweńskich, późniejsze pragmatyki królów aragońskich i innych władców, które rozszerzają znacznie rozległą dziedzinę ustawodawstwa karnego”<sup>28</sup>.

Wbrew pozorom, powyższe cytaty nie uzasadniają wniosku o gruntownej niechęci myślicieli Oświecenia do prawa rzymskiego. Owszem, doktryny iluministów „nadają nowe oblicze prawu karnemu, opierając je na zasadach rozumu, w których dostrzegają skutecznego sojusznika w walce o duchowy postęp człowieka ..., a tak-

---

<sup>26</sup> Por. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., s. 206.

<sup>27</sup> Cytowany fragment pochodzi z przedmowy *Do czytelnika* do pierwszego wydania słynnego traktatu *O przestępstwach i karach*, opublikowanego pierwotnie anonimowo w Livorno w 1764 r.

<sup>28</sup> Por. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., s. 237 i n. (gdzie cytowany fragment przytoczony jest *in extenso*), przyp. 121.

że porzucając tradycyjne stanowisko najwybitniejszych karników prawa powszechnego, dla których prawo karne było jedynie instrumentem sprawowania władzy”<sup>29</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że wielu wybitnych orędowników doktryn oświecenia czerpało z dziedzictwa rzymskiego prawa karnego. Należał do nich działający w drugiej połowie XVIII w. Gaetano Filangieri<sup>30</sup>, a także wspomniany już Pagano. Filangieri zawdzięczał prawu rzymskiemu zrozumienie „istoty prawa i zamiłowanie do wielkich systemów. W przeciwieństwie do poprzedników, nie zadowolął się głoszeniem nowych poglądów i druzgocącą krytyką obowiązujących jeszcze przepisów starego prawa, lecz dążył do stworzenia zgodnego z duchem nowych czasów ustawodawstwa, doskonałego nawet w najbardziej szczegółowych regulacjach”. Pewnie właśnie dlatego w *Scienza della legislazione* [Nauce o ustawodawstwie] Filangieri „wyznaje, że przywiązuje największą wagę do mądrości świata antycznego, w której zamierza szukać zasad reformy ustawodawstwa”<sup>31</sup>. Można, więc powiedzieć, że „celem Filangieriego było zbliżenie do prawa rzymskiego, umożliwiające wykorzystanie przegromnej liczby zdarzeń i problemów, omawianych przez starożytnych jurystów. Zajmował się on proporcjonalnością kary do wagi przestępstwa, podziałem przestępstw, uściślał pojęcia poczytalności, zamiaru, okoliczności, jakości, stopnia, przypadku, winy, czynu i zamiaru, zastanawiał się nad odpowiedzialnością nieletnich i nietrzeźwych, dochodząc często do wniosków, których trafność potwierdzają najnowsze kodyfikacje prawa karnego”<sup>32</sup>. Twórczość Pagano, jak zauważa Spirito, wykazują jeszcze ściślejszy związek idei prawa rzymskiego i oświeceniowych<sup>33</sup>. „Pagano odwołuje się stale

---

<sup>29</sup> Przyłączam się tym samym do zdania S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., s. 203 i n.

<sup>30</sup> Por. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., 206.

<sup>31</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*<sup>2</sup>, Torino 1932, s. 49.

<sup>32</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 49 i n.

<sup>33</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 51.

do prawa rzymskiego, w którym szuka rozwiązań poszczególnych problemów. W *Considerazioni sul processo criminale* [Uwagach o procesie karnym] kreśli dzieje postępowania karnego od starożytności do XVIII w. i dochodzi do wniosku, że trzeba brać przykład z Rzymian<sup>34</sup>.

W następnym okresie wpływ rzymskiego prawa karnego na naukę o przestępstwie jest słabszy, ale nie traci całkiem znaczenia. Część dziewiętnastowiecznych kodyfikatorów uważa, że uczeni mogą tylko zaszkodzić prawodawcom w ich staraniach o zredagowanie norm prostych i zrozumiałych<sup>35</sup>. W związku z tym zmniejsza się zainteresowanie „uściślaniem pojęć prawa karnego”, którymi zatem „również w okresie wielkich kodyfikacji XIX w. posługiwano się w brzmieniu nadanym im przez prawników średniowiecznych”<sup>36</sup>, pozostających pod przemożnym wpływem prawa rzymskiego<sup>37</sup>, które pośrednio zachowało swoją pozycję<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 51 i n.

<sup>35</sup> Na ten temat por. szczególnie interesujące rozważania A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, Milano 1975, s. 17 i n.

<sup>36</sup> Podejmując pogląd S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., s. 243.

<sup>37</sup> Jak zauważa I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500. Studi e ricerche*, Napoli 1964, s. 22, wśród dziewiętnastowiecznych penalistów szybko się rozpowszechniało „to absurdałne podejście spuścizny prawników prawa powszechnego. Ich prace są cytowane, poglądy zyskują aprobatę, a mimo to wciąż dąży się do odejścia od tych ‘bóstw’, z przekonania, że należy bezwarunkowo odrzucić wszystko to, co wypracowała ta wcześniejsza doktryna”. A to z powodu popularnego stereotypu, że „przed Rewolucją w materii prawa karnego panowały poglądy, by rzec krótko, barbarzyńskie”.

<sup>38</sup> Jak zauważa chwytliwym wyolbrzymieniem I. MEREU, *La morte come pena*, Milano 1982, s. 14: „Kodeksy Napoleona w materii prawa karnego nie są niczym innym jak powtórzeniem, a w wielu przypadkach nawet pogorszeniem, dawnego średniowiecznego ‘prawa powszechnego’, z pewnymi drugorzędnymi zmianami pomyślanymi by ‘épater le bourgeois’. Są powtórzeniem prawa karnego i procesowego Średniowiecza, które przejęła i przystosowała reformacja katolicka i protestancka. Napoleon tylko systematyzuje, dzieli na artykuły i podmalowuje kryjącą farbą prawo ‘ancien régime’; romantyczny wiek dziewiętnasty dokonuje dzieła restauracji, i tak ‘barokowe Średniowiecze’ raz się narzuciwszy króluje po dziś”.



O wpływie prawa rzymskiego na ustawodawstwo karne epoki nowożytnej nic więcej nie da się chyba powiedzieć. Oczywiście oddziaływało ono również pośrednio. Do niedawna trudno było o prawnika, który na uniwersytecie nie poznałby go dokładnie<sup>39</sup>. Nic więc dziwnego, że po studiach szukał on często właśnie w Digestach wskazówek *de iure condendo*<sup>40</sup>.

Rozważmy zatem, na kilku konkretnych przypadkach, jak w Śrędniowieczu i później korzystano z dorobku rzymskiego prawa karnego. Wcześniej jednak przedstawmy je w największym skrócie.

3. Jak wiadomo, *crimen* nazywano w okresie klasycznym przestępstwo wymierzone w dobra istotne dla społeczności, które były ścigane w drodze procesu karnego i sankcjonowane karą publiczną, godzącą w osobę lub majątek sprawcy. *Delictum* z kolei stanowiło, zwłaszcza w okresie cesarskim, przestępstwo podlegające karze prywatnej, której poszkodowany, żądając zapłaty określonej sumy pieniędzy, dochodził za pomocą skargi w drodze procesu cywilnego<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a proposito della accertà)*, «BIDR» 89 (1986), s. 339 i n., poświadcza nadto „wyeliminowanie z rozpraw i badań historyczno-penalistycznych ostatnich lat odniesień do prawa rzymskiego, na podobieństwo tendencji obecnych w podobnych pracach pod koniec XIX w. i na początku następnego wieku”.

<sup>40</sup> Por., dla przykładu, E. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, cit., s. 48 i n.: kara zesłanie *ad metalla* „była bardziej właściwa dla najgorszych przestępców niż dzisiejsze wynaturzenie odosobnienia w celi, które oglupia osadzonego i nie pozwala na jego reedukację za pomocą zdrowej pracy fizycznej. W dodatku nakłada na szlachetnie urodzonych olbrzymie wydatki na budowę więzień (olbrzymich!) oraz staje się kamieniem obrazy dla uczciwej biedy robotników i chłopów, którzy w swych marnych chatkach zazdroszczą wiktowi i opierunku zapewnionego gratis mordercom i gwałtocielom”, a także pisząc o *actio popularis* „uważam, że należy ją przywrócić jako uzupełnienie kompetencji prokuratury czy to jako skargę dostępną obywatelom *uti singuli*, czy to – co może i miałoby lepsze rezultaty – wprowadzając urząd ‘obrońcy ubogich’, który byłby prawdziwym ludowym trybunem sądowym”.

<sup>41</sup> Por. L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, reprint Padova 1998, s. 18 i n., oraz cyt. tamże literatura w notach 76 i 77; por. także, po-

Nie zamierzam zajmować się w tym miejscu poszczególnymi przestępstwami i odpowiadającymi im karami, wypracowanymi przez wieki funkcjonowania rzymskiego porządku. Nie będę też przedstawiał postępowania procesowego, dostosowującego się do ustroju państwa<sup>42</sup>, a także do zmieniających się poglądów na prawo<sup>43</sup>. Nie jest też celem tego przyczynku przedstawienie historii poszczególnych deliktów i grożących za nie sankcji<sup>44</sup>.

---

śród wielu innych, którzy zabrali głos w dyskusji: M. AMAYA GARCÍA, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid 1993, s. 1 i n.; J.M. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid 1997, s. 26 i n.; R. MENTXAKA, *Algunas consideraciones sobre los 'crimina'*, en *particular contro el Estado, en las etimologías de Isidoro (Et. 5, 26)*, «RHD» 65 (1997), s. 399 i n.; D. TAMM, *Roman Law and European Legal History*, Copenhagen 1997, s. 157 i n.

<sup>42</sup> Świetne opracowanie tych dwóch tematów można znaleźć w pracy B. SANTA-LUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano 1998, książce wyróżniającej się kompletnością przywoływanej bibliografii (której uzupełnienie można znaleźć w notach niniejszego artykułu oraz w następujących pracach: P. CERAMI, *'Accusatores populares', 'delatores', 'indices'. Tipologia dei 'collaboratori di giustizia' nell'antica Roma*, «Annali Palermo» 45.1 [1998], s. 143 i n.; O. LICANDRO, *'In magistratu dainnari'. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino 1999, głównie s. 139 i n.; A. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*<sup>2</sup>, Oxford 1999; TENŽE, *The Constitution of the Roman Republic*, Oxford 1999, głównie s. 147 i n.; C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine [509-149 av. J.-C.]*, Paris 1999; F. BOTTA, *L'iniziativa processuale criminale delle 'personae publicae' nelle fonti giuridiche di età giustiniana*, [w:] AA.VV., *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustiniana tra passato e futuro [Atti Modena 1998]*, Milano 2000, s. 285 i n.; J. ERMANN, *Strafprozeß, öffentliches Interesse und private Strafverfolgung. Untersuchungen zum Strafrecht der römischen Republik*, Köln-Weimar-Wien 2000; C. MASI DORIA, *'Spretum imperium'. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli 2000, szczególnie s. 68 i n.); doskonałe podsumowanie pierwszego zagadnienia wraz z literaturą można znaleźć u F. GNOLI, s.v. *Diritto penale nel diritto romano*, [w:] *Digesto*<sup>4</sup>, disc. pen., IV, reprint Torino 1994, s. 43 i n.

<sup>43</sup> G. PUGLIESE, «SDHI» 6 (1940), s. 418.

<sup>44</sup> Podstawowe informacje na ten temat znaleźć można u A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino 1993, s. 73 i n. oraz s. 514 i n.

Zajmę się natomiast najważniejszymi zasadami, należącymi obecnie do części ogólnej prawa karnego, które z działalności *prudentes* można wydobyć wprost lub pośrednio<sup>45</sup>. Jest bowiem sporo racji w twierdzeniu, że „prawnicy rzymscy znali instytucje, które zaliczamy do części ogólnej, ale nie stworzyli systemu; to samo dotyczy zresztą prawa prywatnego”<sup>46</sup>. Można też w gruncie rzeczy zgodzić się, że „rzymska jurysprudencja wypracowała główne, obowiązujące do dzisiaj, pojęcia prawa karnego, ale nie próbowała z nich stworzyć spójnej teorii prawa”<sup>47</sup>. Jedyną znaną próbę systematyzacji ustawodawstwa podjął Claudius Saturninus – któremu słusznie należy się, mimo wysuwanych czasem zastrzeżeń, miano prawnika<sup>48</sup> – w *Liber singularis de poenis paganorum*, skąd pochodzi słynny fragment zachowany w D. 48,19,16<sup>49</sup>.

Nie zgadzam się zatem z poglądem<sup>50</sup>, że *prudentes* wyodrębnili *crimina* i *delicta* jako nową dziedzinę prawa karnego, której zasady i terminologię zapożyczyli częściowo z prawa prywatnego. Dostrzegam oczywiście podobieństwa i analogie między przepisami dotyczącymi *crimina* i *delicta*<sup>51</sup>, odrzucam jednak pogląd, że *delicta*<sup>52</sup> zo-

---

<sup>45</sup> Ostatnio na temat prawa karnego wypowiedział się M.U. SPERANDIO, ‘*Dolus pro facto*’. *Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli 1998, s. 5, mówiąc o „spoczywającej myśli prawników rzymskich” czy też o kryteriach, wedle których „ci konkretnie działają”, nie dochodząc jednak „do żadnej wyraźnej konceptualizacji”.

<sup>46</sup> C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, s. 26.

<sup>47</sup> G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica in Claudio Saturnino (D. 48,19,16)* (1982), [w:] *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, s. 471

<sup>48</sup> G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica*, cit., s. 451 i n.

<sup>49</sup> Por. G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica*, cit., s. 471; por. też G. SPOSITO, ‘*Quattuor genera... septem modis*’: *le circostanze del reato in D. 48,19,16 (Claudius Saturninus ‘De poenis paganorum’)*, «SDHI» 65 (1999), s. 114 i n.

<sup>50</sup> G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica*, cit., s. 455 i n. oraz s. 470 i n.

<sup>51</sup> G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica*, cit., 457.

stały z czasem oderwane od prawa prywatnego, tworząc wraz z przestępstwami prawa publicznego nową dziedzinę – prawa karnego<sup>53</sup>, która wypracowała własne pojęcia i dogmatykę<sup>54</sup>. Uważna analiza skłania bowiem do wniosku<sup>55</sup>, że „rzymska jurysprudencja nie przyznała autonomii prawu karnemu”<sup>56</sup>. Co prawda juryści zajmowali się chętnie zagadnieniami prawno-karnymi<sup>57</sup>, do których zaliczali niekiedy *delicta*, ale nie dostrzegali potrzeby „wyodrębnienia prawa karnego z rzymskiego *ius*”<sup>58</sup>.

Wróćmy zatem do najważniejszych zasad wypracowanych przez prawników przy okazji rozważań nad przestępstwami prywatnymi, a zwłaszcza nad przestępstwami prawa publicznego, których związki z powstającą w Średniowieczu nauką prawa karnego są niewątpliwie ściślejsze.

<sup>52</sup> O tej kategorii, także w odniesieniu do przestępstw prawa publicznego można przeczytać u B. ALBANESE, s.v. *Illecito (storia)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano 1970, s. 50 i n.

<sup>53</sup> C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 26 i n., przede wszystkim s. 34.

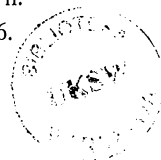
<sup>54</sup> Nie ma związku z problemem właśnie wzmiankowanym nasilające się w czasie pryncypatu zjawisko, „publicyzacji niektórych typów deliktów” (zapożyczam to określenie od M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, s. 617), w wyniku którego niektóre zachowania konstytuowały w tym samym czasie przestępstwo prawa publicznego i prywatnego (dla przykładu por. B. SANTALUCIA, ‘*Crimen furti*’. *La repressione straordinaria del furto nell’età del principato*, [w:] *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. Murga Gener*, Madrid 1994, s. 785 i n.). Zjawisko to stwarzało problem konkurencji odpowiednich sankcji, rozwiązywany w różnoraki sposób, często kumulując je: por. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo 1994, s. 522; P. VOCI, *Azioni penali in concorso tra loro*, «SDHI» 65 (1999), s. 14 i n.

<sup>55</sup> F. GNOLI, *Diritto penale nel diritto romano*, cit., s. 46.

<sup>56</sup> Podobne zdanie prezentuje również, jak się wydaje, L. RODRIGUEZ ALVAREZ, *Nueva aproximación al tema del ‘veneficium’*, «Labeo» 37 (1991), s. 305 i n.

<sup>57</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano 1899, s. 1 i n.; TENZE, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, nadbitka z «*Enc. dir. pen. it.*», reprint Roma 1976, s. 4 i n.; ostatnio R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London-New York 1996, s. 115 i n.

<sup>58</sup> F. GNOLI, *Diritto penale nel diritto romano*, cit., s. 46.



Z całą pewnością nie jest zasługą Rzymian<sup>59</sup> zasada, że norma karna jest zapisana w ustawie<sup>60</sup> i nie ma mocy wstecznej, którą wyraża się obecnie łacińską paremią *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, sformułowaną prawdopodobnie na przełomie XVIII i XIX w. przez niemieckiego prawnika Feuerbacha<sup>61</sup>. Warunki działania rzymskiej jurysprudencji nie sprzyjały wypracowaniu fundamentalnych założeń współczesnego prawa karnego<sup>62</sup>, które są dziełem Oświecenia<sup>63</sup>, czerpiącego zresztą z dorobku Średniowiecza, w tym z rozdziału 39. angielskiej *Magna Charta Libertatum*<sup>64</sup>, wydanej w 1215 r. przez Jana bez Ziemi<sup>65</sup>. W epoce pryncypatu postępowaniem w sprawach karnych rządziły zasady niemożliwe wręcz do pogodzenia z zasadą praworządności i nieretroaktywności ustawy karnej<sup>66</sup>. Określenie przestępstwa nie było przecież zastrzeżone dla tracącej na znaczeniu *lex rogata*<sup>67</sup> ani dla innych źródeł prawa<sup>68</sup>. Zdarzało się zatem, że zachowanie nie uzna-

<sup>59</sup> V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., zwłaszcza s. 132.

<sup>60</sup> Por. P. RESINA, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid 1996, s. 68 i n., przyp. 139; I. NÚÑEZ PAZ, *La mujer romana. Aspectos magico-religiosos y repercusión penal*, «Labeo» 44 (1998), s. 276.

<sup>61</sup> Por. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>14</sup>, red. L. CONTI, Milano 1997, s. 66.

<sup>62</sup> Por. N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 86.

<sup>63</sup> Por. U. EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*<sup>3</sup>, München 1999, s. 261.

<sup>64</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., s. 66.

<sup>65</sup> Aby pokazać, jak błędne pojmowanie tradycji może służyć systemowi politycznemu, warto przypomnieć za V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 71, jak w 1933 r. niemiecki minister sprawiedliwości zauważył w pewnym memoriale „zasada praworządności wynikła z przesadnie przez Rzymian pojmowanego indywidualizmu”.

<sup>66</sup> Co nie oznacza, że nie miały zupełnie zastosowania; por. G. CRIFÒ, *Principi di diritto penale romano*, cit., s. 368 i n.

<sup>67</sup> Por. A. MASI – M. TALAMANCA, *I comizi*, [w:] AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*<sup>2</sup>, Milano 1989, s. 407 i n.

<sup>68</sup> Por. G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato* (1982), [w:] *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1985, s. 666 i n.

wane wprost za niezgodne z prawem stawało się przestępstwem z woli cesarza lub innego organu sądzącego<sup>69</sup>, który mógł zresztą uwzględniać wnioski jurysprudencji<sup>70</sup>. Zresztą ewentualna norma, generalna i abstrakcyjna, która przewidywała dane przestępstwo i odpowiednią sankcję, nie zawsze opisywała je precyzyjnie, tak by nie powstawały dwuznaczności między tym, co dozwolone i niedozwolone oraz wysokością grożącej kary<sup>71</sup>, obowiązujące normy nie zawsze odpowiadały warunkom określoności przestępstwa, oznaczoności kary<sup>72</sup> i zakazu analogii w prawie karnym<sup>73</sup>, przez niektórych uważaną nawet za niezbędną<sup>74</sup>. Dopiero u schyłku okresu klasycznego juryści wypowiedzą się przeciwko zbyt rozległym uprawnieniom dyskrecjonalnym urzędników w postępowaniu kognicyjnym. Do protestujących należeli Ulpian (D. 50,16,131,1) i Paulus (D. 50,16,244), którzy w tych fragmentach dyskutowali problem wymierzania kary<sup>75</sup>.

Klasyczna jurysprudencja nie poświęcała wiele uwagi zagadnieniu kary, chociaż dyskutowano o nim gorąco również w starożyt-

---

<sup>69</sup> Por. L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, cit., s. 47 i n.

<sup>70</sup> Por. R. MENTXAKA, *Ancora sullo 'stellionatus'*, «Labeo» 42 (1996), s. 494 i n.

<sup>71</sup> Por. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 73 i n.

<sup>72</sup> Por. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 73. Opinie Ferriniego w tej materii, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 32, wydają mi się zbyt ostrożne.

<sup>73</sup> Por. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 74, który ponadto zauważa, że niekiedy „przywoływano ‘wolę ustawodawcy’, ‘duch ustawy’”, co w efekcie mogło doprowadzić „do zupełnie innych rezultatów niż pozwalałaby wykładnia rozszerzająca normy karnej”. Z kolei od C. FERRINIEGO, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 40, pochodzi uwaga, poparta przywołanym materiałem źródłowym, że w odniesieniu do deliktów przyjmowano i stosowano analogię i wykładnię rozszerzającą.

<sup>74</sup> Por. np. Mod. D. 48,4,7,3; szerzej P. CERAMI, *'Tormenta pro poena adhibita'*, «Annali Palermo» 41 (1991), s. 13 i przyp. 17.

<sup>75</sup> Por. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 132 i n., który poprawnie przedstawia oryginalny wydźwięk odbywu passusów (tak jak to w odniesieniu do

nym Rzymie<sup>76</sup>. „Nie znajdujemy w naszych źródłach ani jednego fragmentu, w którym omawiano by wprost funkcje kary”, za to wymienia się czasem „racje, które usprawiedliwiają jej wymierzanie” – pisze Ferrini<sup>77</sup>. Niemniej uważna lektura źródeł<sup>78</sup>, a zwłaszcza terminologii, uzasadnia wniosek<sup>79</sup>, że funkcją kary powinna być odpowiednia odpłata, powściągnięcie, czyli prewencja, i poprawa sprawcy<sup>80</sup>, zgodnie z poglądami, które w kołach intelektualnych rozważano znacznie wnikliwiej niż wśród prawników<sup>81</sup>.

W jednym z fragmentów poświęconych funkcjom kary (D. 48,19,20) Paulus<sup>82</sup> daje wyraz zasadzie<sup>83</sup>, która jednak podlega licznym wyjątkom<sup>84</sup>, że kara nie obciąża dziedziców. Co więcej, jurysta wyjaśnia tę regułę dodając, że karę ustanawia się *in emendationem hominum*<sup>85</sup>.

Przejdziemy teraz do dwóch elementów, które, wedle przyjętego nauczania współczesnej karnistyki<sup>86</sup>, określają podstawową struktu-

---

pierwszego zrobił już P. CERAMI, *Tormenta pro poena adhibita*, cit., s. 12 i n.), wykazując przy tej okazji daleko idącą interpolację justyniańską.

<sup>76</sup> Podstawowe odniesienia do problemu można znaleźć w pracy F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., s. 673 i n.

<sup>77</sup> C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 25

<sup>78</sup> Odnośne fragmenty wlicza C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 49 i n.

<sup>79</sup> Por. F.M. DE ROBERTIS, *La fruizione della pena nel diritto romano (1948)*, [w:] *Scritti varii di diritto romano*, III, Bari 1987, s. 15 i n.

<sup>80</sup> Por. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., 49 i n.; por. jednak A. LOVATO, *Legittimazione del reo all'accusa e funzione emendatrice della pena*, «SDHI», 55 (1989), s. 428 i n.

<sup>81</sup> Por. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 138 i n.

<sup>82</sup> Co do autentyczności jego myśli por. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 54, przyp. 32.

<sup>83</sup> Wielokrotnie potwierdzonej w źródłach, por. N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., 85.

<sup>84</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 33 i n.; J.M. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales*, cit., s. 54, i n.

<sup>85</sup> Por. A. LOVATO, *Legittimazione del reo all'accusa*, cit., s. 431.

<sup>86</sup> Por. F. ANTOLISEI, *Manuale del diritto penale*, cit., s. 206 i n.

rę przestępstwa. Daje się je bowiem dostrzec w każdym czynie zabronionym<sup>87</sup>. Przypomnijmy jednak wcześniej, że z uwagi na zagadnienia teoretyczne, dotyczące sprawcy przestępstwa, jurysprudencja rzymska podkreśla różnicę między przestępstwami powszechnymi, które może popełnić każdy, oraz przestępstwami szczególnymi<sup>88</sup>, które mogą być dokonane wyłącznie przez ściśle określone osoby, ze względu na pełnione przez nie funkcje. To rozróżnienie przedstawia Arrius Menander w D. 49,16,2<sup>89</sup>.

Pierwszy z wyżej wymienionych elementów to element przedmiotowy czy też materialny. Jest on uwarunkowany przez postępowanie i zdarzenie oraz ciąg przyczynowo-skutkowy. W odniesieniu do tego elementu, *prudentes* są całkowicie pewni, nie dokonawszy naturalnie żadnej jego systematyzacji czy podziału – czy to z powodu braku takowej refleksji teoretycznej, czy też dla godnego podziwu<sup>90</sup> postrzegania przestępstwa jako fenomenu całkowicie unitarnego i niepodzielnego chociaż niezwykle złożonego<sup>91</sup> – że do zaistnienia przestępstwa nieodzowny jest czyn, który może przyjąć formę działania lub zaniechania<sup>92</sup>. Znaczący wyjątek od tej reguły stanowi zaniechanie, które musi koniecznie polegać na niedokonaniu czynności wymaganej przez prawo w interesie ogółu. Wykluczają tym samym zaangażowanie publicznego i prywatnego prawa karnego, w przypadku gdy „zostaje naruszona nadzwyczajna powin-

---

<sup>87</sup> Co do użyteczności modeli dogmatycznych, właściwych współczesnej doktrynie do przedstawiania opisu rzeczywistości antycznych (także wyłącznie konceptualnych), pod warunkiem, że okoliczności te nie zostały zdeformowane, por. ostatnio L. SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della criminalità organizzata tra diritto romano e categorie moderne. Criteri di impostazione della ricerca* (2001), [w:] *Esperienze giuridiche a confronto. Aspetti del diritto pubblico e privato dell'età romana alle configurazioni moderne*, Napoli 2001, zwłaszcza s. 8 i n.

<sup>88</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale del diritto penale*, cit., s. 172.

<sup>89</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 51; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 130 i s. 141.

<sup>90</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., s. 207

<sup>91</sup> V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 141.

<sup>92</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 54 i n.



ność względem jednego tylko człowieka wywodząca się ze szczególnego węzła obligacyjnego, istniejącego tylko w stosunku do niego samego<sup>93</sup>. Definiowali także zdarzenie, przedstawiając je jako rezultat czy zewnętrzny efekt czynu, przy okazji zmierzyszy się z problematyką ciągu przyczynowo-skutkowego. Czynią to jednak wyłącznie w sposób kazuistyczny i nie przedkładając jednoznacznych rozwiązań<sup>94</sup>. Wydaje się wreszcie, że *prudentes* wyodrębniają postać przestępstwa ciągłego w odróżnieniu od postaci przestępstwa nagłego<sup>95</sup>.

Do problematyki dotyczącej elementu obiektywnego należą, z uwagi na przyjęty przeze mnie kierunek badań, okoliczności wyłączające bezprawność czynu, zwane również kontratypami. Mają one wpływ na podstawowy aspekt przestępstwa, jakim jest bezprawność, w zupełności go wykluczając. I to właśnie *prudentes* określają takie sytuacje, w których wystąpienie określonego zdarzenia, dopełniającego samym sobą przestępstwo, pozbawia go charakteru przestępczego. Nie brak jednak w ich pismach także innego podejścia, które podkreśla występowanie w tej czy innej z tych sytuacji przyczyny odnośnej do elementu subiektywnego, przyczyny wykluczającej wolę winowajczą<sup>96</sup>. Powstają w ten sposób kontratypy obrony koniecznej, stanu wyższej konieczności, zgody pokrzywdzonego, wykonywania prawa, wypełniania polece-

---

<sup>93</sup> C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, cit., s. 30. Por. również dla istotnych uwag w tej materii C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 55.

<sup>94</sup> Przeciwnie N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 54. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit. 142. Wydaje się jednak, że przedstawiona teza jest poprawna przynajmniej w odniesieniu do deliktów, por. w tym duchu, z odniesieniem do wyrządzenia szkody, P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra 'iniuria' e 'damnum corpore datum'*, Padova 2000, s. 28 i n. (wraz ze źródłami i przedstawieniem odnośnej literatury).

<sup>95</sup> To twierdzenie oparte jest przede wszystkim na fragmencie Celsusa w D. 47,2,68(67),2 komentowanym obszernie przez C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 67 i n.

<sup>96</sup> V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 142.

nia przełożonego, jak na przykład *dominus* w stosunku do niewolnika, *paterfamilias* w stosunku do *filiusfamilias*<sup>97</sup>.

Dorobek jurysprudencki istotny jest także w odniesieniu do elementu subiektywnego czy też psychologicznego czynu, dziś często określanego terminem woli sprawczej<sup>98</sup>. Do tego dorobku należy odzielenie od winy umyślnej jej postaci nieumyślnej<sup>99</sup> oraz zdarzenia przypadkowego<sup>100</sup>, jak również wypracowanie figury przestępstwa

<sup>97</sup> C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, cit., s. 72 i n. wraz z obszernym zbiorem tekstów. F. DE MARTINO, *In tema di stato di necessità* (1939) [w:] *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli 1995, s. 369 i n.; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 55. i n.; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit. s. 142 i s. 198. Z kolei A. LA TORRE, *Genesi e metamorfosi della responsabilità civile*, [w:] *Roma e America*, VIII, 1999, s. 79, mówiąc o przestępstwie akwiliańskim zauważa w odniesieniu do fragmentu Ulpiana w D. 9,2,7,4, że „w odniesieniu do zawodów sportowych oraz kontuzji, które sobie mogą wzajemnie zadać sportowcy w czasie ćwiczeń [dzisiaj w naszym prawie pozbawione charakteru przestępczego z uwagi na objęcie ćwiczeń sportowych kontratypem zachowań nieskodyfikowanych, por. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., s. 310 i n.] Rzymianie doskonale wykonywali, że w tej przestrzeni funkcjonuje rodzaj społecznego wyrównania, które eliminuje, przynajmniej w pewnych granicach, bezprawność wyrządzonej szkody”.

<sup>98</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 72 (do którego odsyłam po źródła); L. RODRIGUEZ ALVAREZ, *Nueva aproximación al tema del 'veneficium'*, cit., s. 319 i n.; K. AMIELANZYK, *The Guilt of the Perpetrator*, «Labeo» 46 (2000), s. 82 i n. oraz cyt. tam literaturę.

<sup>99</sup> Por. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, reprint Darmstadt 1990, s. 86 i n.; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 49.

<sup>100</sup> Por. G. POLARA, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato ('delinquitur aut proposito aut impetu aut casu')*, «BIDR» 77 (1974) s. 89 i n. (na s. 137, autor, odnosząc się do terminu *casus*, który pojawia się w fragmencie Marcjana D. 48,19,11,2 – jako przykład wyrafinowanego poziomu abstrakcji godnego uwagi ze względu na intuicyjne rozróżnienie między zamiarem umyślnym i zamiarem nagłym, zaleca rozwagę zauważając, że nie można „z całkowitą pewnością ustalić co jurysta rozumie pod pojęciem *casus*”. Można by go bowiem określić jako „zdarzenie niemożliwe do uniknięcia, które zachodzi bez zaniedbania ze strony sprawcy” lecz także jako pojawienie się winy nieumyślnej).

mimowolnego<sup>101</sup>. Znana była też zasada, która zresztą wydaje się być stosowana jedynie w sposób ograniczony<sup>102</sup>, że kiedy nie występuje zamiar, rozumiany jako świadomość i chęć popełnienia czynu, która przenika czyn dokonany<sup>103</sup>, nie można karać nakładając karę publiczną<sup>104</sup>. Należy również wspomnieć o innej regule stosowanej przy pewnych wykroczeniach pozakontraktowych, jak np. w przypadku deliktów *ex lege Aquilia*<sup>105</sup>, wedle której wina nieumyślna, rozumiana jako lekkomyślność, niedbalstwo czy też niedoświadczenie, jest wystarczająca do nałożenia kary prywatnej<sup>106</sup>. Z tego zaś wywodzi się wniosek, że dla znawców prawa, przynajmniej na poziomie teoretycznej abstrakcji, całkowicie wyraźna była różnica między zamiarem pojmowanym jako uprzednie nastawienie, które skutkuje w akcie woli implikującym świadomość<sup>107</sup> popełnianego czynu, oraz podstępem, który konstytuuje delikt o identycznej nazwie, umożliwiającym wniesienie *actio de dolo*. *Dolus* polega na oszustwie zmierzającym do wprowadzenia w błąd innych przy zawieraniu czynności prawnych i spowo-

---

<sup>101</sup> Por. E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, s. 88; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 51 i n.; M.U. SPERANDIO, '*Dolus pro facto*', cit., s. 156. Wydaje się również, że jurysprudencja rozróżniała zamiar szczególnie od ogólnego: por. B. BONFIGLIO, '*Corruptio servi*', Milano, 1998, s. 69 i n.

<sup>102</sup> A niekiedy wcale nie była odpowiednio potwierdzana, co wynika z pracy D.A. CENTOLA, *Il 'crimen calumniae'*. *Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999, s. 107 i n..

<sup>103</sup> Por. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 75 i n.; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 49 i n.

<sup>104</sup> Część doktryny (por. np. N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 49) wyciąga z niektórych tekstów wniosek, wedle mej opinii zupełnie nieuzasadniony, że *prudentes* z reguły uważali niedbalstwo za wystarczającą przesłankę odpowiedzialności karnej, uznając ją jedynie za okoliczność łagodzącą karę.

<sup>105</sup> Por. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., s. 627.

<sup>106</sup> Por. M. LAURIA, '*Calumnia*' (1933), [w:] *Studii e ricordi*, Napoli 1983, s. 253.

<sup>107</sup> Por. F. CANCELLI, s.v. *Dolo* (*dir. rom. pen.*), [w:] *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, s. 724; M.G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47, 4 del Digesto*, Milano 1994, s. 34.

dowaniu przez to szkody majątkowej<sup>108</sup>. To oczywiście nie wyłącza pojmowania przez jurystów winy umyślnej jako wypadkowej tych dwóch postaci, a przynajmniej odnoszenia się do zamiaru jednocześnie jako do momentu psychologicznego oraz „podstępnej woli w czynie”, czy też działania wyrażającego podstęp (co widać w użyciu wieloznacznego terminu *dolus*)<sup>109</sup>.

Zważywszy na wypracowane pojęcie subiektywnego elementu przestępstwa, jurysprudencja musiała zadać sobie pytanie o istotę błędu, który wystąpiłby po stronie sprawcy w odniesieniu do jednej lub więcej okoliczności faktycznych, wymaganych do zaistnienia przestępstwa. Udzielana odpowiedź jednoznacznie podkreśla<sup>110</sup>, że błąd wyłącza przestępstwo prawa publicznego<sup>111</sup> jak i prywatnego, pod warunkiem że jest to błąd uzasadniony<sup>112</sup>. Dochodzi się także do stwierdzenia, że jeśli błąd dotyczy jednej z okoliczności zaostrzającej odpowiedzialność za przestępstwo, ta ulega zmniejszeniu<sup>113</sup>. Ta sama doktryna prawna uważa za stosowne podnieść, że błąd nie jest

<sup>108</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, cit., s. 41; G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo* (*dir. rom. civ.*), [w:] *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, s. 712 i n.; ważne są również wyniki licznych badań G. MACCOR-MACK nad problematyką *dolus*: ‘*Sciens dolo malo*’, [w:] *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, III, Napoli 1984, s. 1445 i n.; TENŽE, ‘*Dolus*’ in *Republican Law*, «BIDR» 88 (1985), s. 1 i n.; TENŽE, ‘*Dolus*’ in *the Law of the Early Classical Period (Labeo-Celsus)*, «SDHI» 52 (1986), s. 236 i n.; TENŽE, ‘*Dolus*’ in *Decisions of the Mid-classical Jurists (Julian-Marcellus)*, «BIDR» 96-97 (1993-1994), s. 83 i n.,

<sup>109</sup> Por. Ulp. D. 47,20,3,1 (przypadek związany z *crimen stellionatus*) wraz z proponowaną jego interpretacją w moim *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, cit., s. 134, z którą zdaje się zgadzać pospieszna uwaga A. POLLERA, ‘*Annonam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent*’. D. 47,11,6: *note sulla repressione dei crimini annonari*, «Index» 19 (1991), s. 430, przyp. 85.

<sup>110</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 141 i n.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 87 i n.

<sup>111</sup> Por. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., s. 86; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 53; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 148.

<sup>112</sup> Por. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 87 i n.

<sup>113</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 140; TENŽE, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, cit., s. 68.

brany pod uwagę w przypadku, gdy dotyczy okoliczności uważanej za nieistotną dla samego popełnienia czynu (np. w sytuacji, gdy sprawca zadaje szkodę drugiej osobie sądząc, że działa przeciwko innemu podmiotowi)<sup>114</sup>. Jurysprudencja zajmuje się także w tym samym czasie błędem co do prawa<sup>115</sup>, który jest przedstawiany jako nieznaomość, a przynajmniej niedokładne poznanie reguły prawnej<sup>116</sup>, przedstawiając pewne tendencje, które wskazywałyby, że błąd może pozabawić czyn jego charakteru przestępczego<sup>117</sup>, a zatem mieć znaczenie niezgodne z powszechną teorią uznającą go za nieistotny<sup>118</sup>.

Także i podstawowe problemy, które dziś rozważamy w ramach problematyki poczytalności<sup>119</sup> zostały wskazane już przez znawców prawa. Wedle ich poglądu, uznaje się zarówno małoletniego i *furiosus* za nieodpowiedzialnych za dokonany czyn zabroniony. W obydwu tych kategoriach sprawców nie da się wykazać wystąpienia winy umyślnej<sup>120</sup>. Fakt ten zresztą uwidacznia, że juryści rozważają na płaszczyźnie elementu psychologicznego zagadnienia dziś dyskutowane przez część doktryny – nie bez racji – niezależnie od tego problemu<sup>121</sup>. Odnośnie zaś do deliktów, sposób rozumowania jurystów jest wyrażony oraz coraz wyraźniej nakierowany na ideę uwolnienia

<sup>114</sup> Por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., 142 i n.; TENZE, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, cit., 69.

<sup>115</sup> Źródła u C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., 145 i n.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., 88 i n.

<sup>116</sup> O przeciwstawieniu *ignorantia iuris* i *facti* w penalistyce można przeczytać w pracy P. CERAMI, 'Ignorantia iuris', «*Seminarios Computenses de Derecho Romano*» 4 (1992), s. 84 i przyp. 90.

<sup>117</sup> Por. O.F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, London 1995, s. 16.

<sup>118</sup> Por. F. DE MARTINO, *L'ignorantia iuris nel diritto penale romano* (1937), [w:] *Diritto economia e società nel mondo romano*, II, Napoli 1996, s. 8 i n.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 88 i n.; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 53 i n.

<sup>119</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., s. 605 i n.

<sup>120</sup> Przypadek małoletniego fałszerza: Paulus w D. 48,10,22 pr.

<sup>121</sup> Por. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., s. 320 i n. Autor ten, stwierdziwszy, że „tradycyjna i do dziś powszechnie przyjmowana doktryna uznaje, że do

od kary prywatnej *infans*, małoletniego *infantia maior*, który nie byłby *pubertati proximus*, oraz szaleńca<sup>122</sup>.

Jurisprudencja, zwłaszcza ta czynna, zgłębiła także (natychmiast po tym, jak wytworzył się niezwykle giętki system kar)<sup>123</sup> tematykę okoliczności czynu zabronionego, ujmowanych ogólnie jako dodatkowe elementy, które mogą wystąpić obok koniecznych do ukonstytuowania pełnej struktury przestępstwa. Okoliczności te mogą modyfikować karę, zaostrzając ją lub łagodząc<sup>124</sup>. I tak, już od I w. po Chr., w niektórych przypadkach (z biegiem czasu występujących coraz częściej) sprawujący *cognitio* powołani do rozpatrywania spraw na podstawie ustaw o *quaestiones perpetuae*, nakładali – instygowani również przez wskazania cesarskie, które jednak nie ograniczały całkowicie ich władzy dyskrecjonalnej w tej mierze – kary różne od tych przewidzianych przez ustawę. Były to zwykle sankcje coraz surowsze<sup>125</sup>. Nałożona kara warunkowana była zarówno położeniem społecznym sprawcy (czy to wolnego, czy niewolnika, należącego do klasy *honestiores* albo *humiliores*)<sup>126</sup>, jak i wa-

---

zawinienia czynu potrzebna jest poczytalność sprawcy”, postuluje „oddzielenie pojęcie zawinienia od poczytalności”. Uważa on, między innymi, że wina umyślna i nieumyślna niekoniecznie implikują poczytalności sprawcy, której nie należy rozumieć „jako przesłanki czy też elementu zawinienia czynu”, lecz jako „element statusu osobowego sprawcy”.

<sup>122</sup> Na ten temat (wraz ze źródłami) C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, cit., s. 63 i n.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 85 i n.

<sup>123</sup> Por. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, s. 189 i n.

<sup>124</sup> Por. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., s. 431 i n. W oczywisty sposób brak zasady ustawowości kar w rzymskim porządku prawnym odbił się na zupełnie innym sposobie postrzegania sankcji przez współczesnych, niż jest obecny w dzisiejszej doktrynie; por. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena 'pro modo admissi'* (1942), [w:] *Scritti varii di diritto romano*, III, Bari 1987, s. 527 i n.

<sup>125</sup> Por. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa*<sup>5</sup>, Madrid 2000, s. 199.

<sup>126</sup> Por. E. HÖBENREICH, 'Negotiantes' – 'humiliores' in un testo di Ulpiano, «La-beo» 42 (1996), s. 243 i n.

gą czynu, „zależnie od okoliczności subiektywnych i obiektywnych czynu zabronionego, roli odegranej w nim przez sprawcę, wreszcie jego zachowania uprzedniego i następczego w stosunku do czynu karalnego”<sup>127</sup>. Tym bardziej nie dziwi nas fakt, że organy sądzące *extra ordinem* cieszyły się pewną dowolnością w ferowaniu kary stosowanej w przypadku przestępstw objętych ich jurysdykcją. Musiały one przy tym jeszcze bardziej nagiąć się do elastycznych wskazań princepsa, mogąc a nawet musząc brać pod uwagę okoliczności obiektywne i subiektywne czynu<sup>128</sup>. Jeśli chodzi zaś o wymienione okoliczności: można zauważyć dążenie do ich racjonalizacji, po prawdzie tylko częściowo zakończone powodzeniem. Tendencję tę zawdzięczamy temu Saturninusowi, o którym już wspominałem<sup>129</sup>. Jurysta ten jako pierwszy przedstawił czwórpodział czynów zabronionych w obszernym fragmencie zaczerpniętym z *liber singularis de poenis paganorum*, a zawartym w D. 48,19,16. I tak, sposób popełnienia przestępstwa stał się podstawą ich klasyfikacji, jako że czyny zabronione dochodą do skutku przez *facta, dicta, scripta, consilia*. Saturninus stwierdza następnie, że *haec quatuor genera consideranda sunt septem modis*. Sposoby zaś wymienia w następującej kolejności: przyczyna, osoba, miejsce, czas, jakość, ilość, zdarzenie. Mówi zatem o siedmiu sposobach, przedstawiając w ten sposób wyrafinowaną klasyfikację okoliczności, które nie tylko – jak można by oczekiwać – umniejszają lub powiększają powagę zdarzenia karalnego, lecz także je klasyfikują, rozróżniają, a nawet mogą wyłączyć jego bezprawność<sup>130</sup>. Saturninus podkreśla

---

<sup>127</sup> B. SANTALUCIA, s.v. *Pena criminale (dir. rom.)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano 1982, s. 738; por. także L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, cit., s. 27, przyp. 106, gdzie między innymi stwierdziłem, że sztywny system *poenae legitimae* został zupełnie zarzucony już na początku III w. po Chr.

<sup>128</sup> Por. B. SANTALUCIA, *Pena criminale (dir. rom.)*, cit., 737 i n.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., s. 247 i n.

<sup>129</sup> Por. N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 60 i n.

<sup>130</sup> Por. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena 'pro modo admissi'*, cit., s. 534 i n. oraz s. 539 i n.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 27 i n.; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 149.

wreszcie, przedstawiając także przykłady, jak pewne okoliczności czasu i miejsca mogą prowadzić, w przypadku niektórych czynów zabronionych, do zaostrzenia kary zgodnie z wymogami polityki karnej już to prewencyjnej, już to represyjnej<sup>131</sup>. Skłonność Saturninusa do systematyzacji jest oczywista<sup>132</sup>, tak samo jak oczywista jest niedoskonałość jego konstrukcji, która podkreśla niewystarczający zmysł logiczny i krytyczny, jak i nadmiar empirii<sup>133</sup>. I rzeczywiście, zebranie razem tych wszystkich domniemyanych siedmiu okoliczności (by wspomnieć tylko o tym problemie), przy jednoczesnym uznaniu ich za homogeniczne i „funkcjonalnie jednoznaczne”, jest błędne<sup>134</sup>.

Juryści zastanawiają się także (choć bez prób porządkujących) nad karalnością usiłowania<sup>135</sup>. W D. 48,19,18 Ulpian ujmuje w następujący sposób zasadę, że sama chęć popełnienia przestępstwa, zwykłe postanowienie kryminalne, nie podlega karze<sup>136</sup>: *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>137</sup>. W innych tekstach<sup>138</sup> wydaje się rozkwitać przekonanie, że przeciwnie, należy podporządkować sankcji, wcale nie lżejszej od tej przewidzianej za dokonanie jakiegoś przestęp-

<sup>131</sup> Por. G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica*, cit., s. 454 i n. Wyjaśnienia odnośnie do groźby karalnej w artykule A. ADAMO, *Scopelismo e difesa del 'limes'*, «Labeo» 44 (1998), s. 87 i n.

<sup>132</sup> C. CASCIONE, '*Verberabilissime*', «Index» 25 (1997), s. 480 stwierdza krytykując Gebhardta, że Saturninus „usiłował stworzyć ogólną teorię prawa karnego”.

<sup>133</sup> Por. G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica*, cit., s. 462.

<sup>134</sup> Por. G. SPOSITO, '*Quattuor genera... septem modis*', cit., s. 97 i n.

<sup>135</sup> Temu zagadnieniu poświęcona jest nowa monografia M.U. SPERANDIO, '*Dolus pro facto*', cit.

<sup>136</sup> Por. G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico*, cit., s. 693, przyp. 95.

<sup>137</sup> Identyczną zasadę formułuje Paulus w D. 47,2,1,1, odnosząc się do kradzieży: *iride sola cogitatio furti faciendi non facit furem* (por. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 98).

<sup>138</sup> Które znaleźć można u C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 98 i n.



stwa<sup>139</sup>, osobę, która powzięła działania wystarczające do popełnienia przestępstwa, chociażby samo przestępstwo nie doszło do skutku<sup>140</sup>. Pozostaje poza tym niejasne, co jurysprudencja rozumie przez działania wystarczające<sup>141</sup>. Samo jednak przeciwstawienie figury przestępstwa dokonanego i niedokonanego było dość wyraźne<sup>142</sup>.

*Prudentes* zawdzięczamy wreszcie pewne dalej idące badania dziś rozważanych problemów w odniesieniu do problematyki zbiegu przestępstw oraz konkurencji sprawców przestępstwa. Jednak już samo przywołanie tych różnych opinii w materii odciągnęłoby nas od głównego nurtu naszych rozważań<sup>143</sup>.

4. Po przedstawieniu podstawowych konstrukcji teoretycznych ukształtowanych lub przynajmniej zakorzenionych w juryspruden-

<sup>139</sup> Por. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 100; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 65.

<sup>140</sup> Bardziej ostrożnie M.U. SPERANDIO, '*Dolus pro facto*', cit., s. 49, który wyklucza karalność usiłowania „nie do przyjęcia przez system *quaestiones*”. W ramach *cognitio* znaleźlibyśmy natomiast jedynie „pojedyncze przypadki, ścigane z powodu ich wielkiej skandaliczności czy zagrożenia, jakie sprowokowały”. Zupełnie przeciwne zdanie do przedstawionego w tekście ma V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., s. 140 i n. oraz s. 198, wedle którego w okresie klasycznym nie karano karą publiczną usiłowania, z wyjątkiem usiłowania samobójstwa przez *miles*; por. także A. WACKE, *Il suicidio nel diritto romano e nella storia del diritto*, (1982), [w:] *Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, s. 540 i n.; M.R. DE PASCALE, *Sul suicidio del 'miles'*, «Labeo» 31 (1985), s. 57 i n.; M.U. SPERANDIO, '*Dolus pro facto*', cit., s. 43 i n. Należy podkreślić, że również w przypadku deliktów juryści nie nadali znaczenia usiłowaniu: por. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, cit., s. 258 i n.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 102 i n.; R. LAMBERTINI, s.v. *Tentativo (dir. rom.)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, s. 97 i n.

<sup>141</sup> Por. N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 64.

<sup>142</sup> Por. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., s. 100.

<sup>143</sup> Szerzej na ten temat m.in. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., s. 98 i n.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, cit., s. 107 i n. oraz s. 133 i n.; U. BRASIELLO, s.v. *Concorso di persone nel reato (dir. rom.)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, s. 561 i n.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., 111 i n.; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale*, cit., s. 65

cji klasycznej, należy teraz zająć się (oczywiście bez dążenia do kompletności, a jedynie w celu przedstawienia jakichś punktów wyjścia do dalszej, szerszej refleksji) wpływem, który myśl klasyczna wywarła na penalistyce wieków rządzonych przez prawo powszechnie.

Ówczesni uczeni doktorzy stykali się ze zwyczajem oraz prawem stanowionym, ukształtowanym na zasadzie z pewnością nie rzymskiej. Ocena przestępstwa zależna była od oczywistej przewagi elementu obiektywnego<sup>144</sup>. Zasada ta, poświadczona, między innymi, przez Carusa i Farinaciusa<sup>145</sup>, wyrażała się plastycznie w normach znajdujących się w licznych źródłach, a dotyczących zabójstwa. Przepisy te karały jednakowo – tzn. karą główną – śmierć wywołaną umyślnie, jak i tę spowodowaną nieroztropnym zachowaniem bez rozważania jakiegokolwiek uwarunkowania psychologicznego<sup>146</sup>. Takie nastawienie było czasem wyjaśniane przywołaniem przypadków rozważanych w D. 48,8,7, które przez autora fragmentu, Paulusa, były podporządkowane zupełnie innej regule<sup>147</sup>.

Doktorzy, wykształceni przecież na pismach jurysprudencki klasycznej, rozumieli ponadto, że omawiana zasada przeciwstawiała się wynikającej z niej doktrynie. Próbowali zatem, czerpiąc z nauczania tejże doktryny, poprawić konstytuującą ją regułę. Dla przykładu, już Albertus Gandinus twierdził (a później uczynią to jeszcze Bartolus i Baldus), że w przypadku zabójstwa, karanego przez statuty karą śmierci *sic et simpliciter*, sędzia powinien zbadać, czy sprawca działał z winy umyślnej i zmniejszyć karę wtedy, gdyby ta-

---

i n.; G. RIZZELLI, 'Ope consilio dolo malo', «BIDR» 96-97 (1993-1994) [wyd. 1997], s. 293 i n.

<sup>144</sup> Por. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., s. 58 i n.

<sup>145</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 174.

<sup>146</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 174; por. też T. GATTI, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei sec. XII-XVI*, Padova 1933, s. 123.

<sup>147</sup> Por. M. LUCCHESI, 'Si quis occidit occidetur'. *L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova 1999, s. 1 i n., oraz s. 47 i n.

kowa nie wystąpiła<sup>148</sup>. Dodaje również, że w prawie karnym nie można utożsamiać winy umyślnej nawet z niezwykle poważnym zaniedbaniem<sup>149</sup>. Ta wypowiedź pociąga jednak za sobą otwarcie istotnej i delikatnej dyskusji: jak uzasadnić prerogatywę sędziego do zdystansowania się od ustawy nieuwzględniającej zamiaru? Na to pytanie Baldus odpowiedział, że tylko wtedy, gdy zezwala się wyrokującemu interpretować ustawę zgodnie z zasadami *ius commune*, można w nią tchnąć nowego ducha i zachować od nieuniknionego rozkładu<sup>150</sup>. Nawet jeśli praktyka napotykała trudności w natychmiastowym dostosowaniu się do tego zalecenia, ostatecznie zostało ono narzucone, zwłaszcza że popierali je w swych pismach doświadczeni prawnicy tacy, jak Paolo di Castro, Bartolomeo Cipolla i Giason del Maiono<sup>151</sup>.

Wina umyślna stała się wraz z uzupełniającym pojęciem winy nieumyślnej przedmiotem licznych analiz, z chwilą gdy ponownie uznano jej autonomię i znaczenie. Rozważania te zresztą nie przyczyniły się do rozjaśnienia zagmatwanej problematyki elementu subiektywnego w przestępstwie. Farinacius na przykład, choć „uczynił aksjomatem ... zasadę, iż czyn nieumyślny nie powinien być karany, a jeśli już, to karą mniejszą [w każdym razie nie cielesną]<sup>152</sup> niż czyn umyślny”, myli (z powodu błędnego odczytania źródeł klasycznych) „zamiar ... z podstępem, rozumiejąc go jako machinacje zmierzające do wprowadzenia w błąd innych, a nie jako wolną wolę ukierunkowaną na cel, który jest wynikiem przestępstwa”<sup>153</sup>. Ten

---

<sup>148</sup> Por. G. DIURNI, s.v. *Omicidio (dir. interm.)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano 1979, 910 i n.

<sup>149</sup> Por. M. LUCCHESI, ‘*Si quis occidit occidetur*’, cit., s. 57 i n.

<sup>150</sup> Por. LUCCHESI, ‘*Si quis occidit occidetur*’, cit., s. 63, przyp. 43.

<sup>151</sup> Por. LUCCHESI, ‘*Si quis occidit occidetur*’, cit., s. 64 i n.

<sup>152</sup> W podobnym sensie pisał również Clarus: *nemo potest corporaliter puniri nisi dolus in ipso delicto interveniat*; por. G.P. MASSETTO, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)* (1979), [w:] *Saggi di storia del diritto penale lombardo (Sec. XVI-XVIII)*, Milano 1994, s. 54.

<sup>153</sup> Tak C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 175 i n.

sam jurysta, w ślad za poprzednimi znawcami prawa, wyróżnił dwa typy zamiaru: rzeczywisty i domniemany, który podlegać miał zupełnie innym uregulowaniom<sup>154</sup>. Natomiast wina nieumyślna w doktrynie epoki została scharakteryzowana przez „podziały i podpodziały”<sup>155</sup>. W życiu codziennym skutkowało to coraz większą niepewnością wraz ze zwiększającą się arbitralnością decyzji sędziego. Dopiero Anton Matteo, w cytowanym już powyżej komentarzu do ksiąg 47 i 48 Digestów z 1644 r., oczyścił pole dyskusji co do natury winy umyślnej i nieumyślnej ze wszystkich narosłych spekulacji, nie bardzo zresztą logicznych i zadowalających, i zawrócił ją na właściwe tory redefiniując w należyty sposób ich wzajemne relacje<sup>156</sup>.

Widać zatem, że chociaż myśl *prudentes* była stale punktem odniesienia dla jurystów wieków średnich<sup>157</sup>, nie zawsze byli oni w stanie pojąć jej prawdziwą istotę i należycie ją rozwinąć<sup>158</sup>. To im jednak nie przeszkodziło, by myśl klasyczną uczynić podstawą swych rozważań<sup>159</sup>. I tak, Bartolus, pragnąc przedstawić ostateczny przykład w rozumowaniu, foruje opinię – przejętą potem przez Alciatusa i Menochiusa, a także początkowo nawet samego

<sup>154</sup> Por. A. MARONGIU, *Dolo (dir. interm. pen.)*, cit., s. 735.

<sup>155</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 176.

<sup>156</sup> Por. A. MARONGIU, *Dolo (dir. interm. pen.)*, cit., s. 735, który podkreśla, że wyniki badań Anton Matteo nie zostały przejęte przez Beccarię. Beccaria „być może pozbawiony zmysłu prawniczego i nieświadom wysiłków pokoleń, a może stawiając się do nich w opozycji, walczył nie tylko z torturami i karą śmierci, ale także (być może nawet nie zdając sobie sprawy z czym walczy) z rozróżnieniem na przestępstwa z winy umyślnej i nieumyślnej”.

<sup>157</sup> Nie bez przyczyny wykłady na katedrze *criminalia*, ustanowionej po raz pierwszy na Alma Mater bolońskiej w 1509, „polegały na komentowaniu fragmentów ksiąg 47 i 48 Digestów”, jak pisze I. MEREU, ‘*Culpa*’ = *colpevolezza*. *Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi del diritto comune*, Bologna 1972, s. 44.

<sup>158</sup> Co działo się czasami z powodu silnych uwarunkowań ideologicznych, dla penalistów XVI w.; por. I. MEREU, ‘*Culpa*’ = *colpevolezza*, cit., s. 46 i n.

<sup>159</sup> Nawet jeśli stwierdzają oni, że prawo rzymskie nie ma zastosowania w jakimś przypadku, por. także G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*<sup>8</sup>, Torino 1921, s. 712.

Baldusa – o niekaralności wykroczeń czysto werbalnych (takich jak bluźnierstwo i zniewaga), opierając się na etymologii słowa *maleficium* (*male facere*). Jurysta buduje swoją dyskusyjną argumentację na fragmencie Digestów, sławnym tekście Saturninusa, D. 48,19,16<sup>160</sup>. Podobnie doktryna karnistyczna, która od Alberta Gandinusa do Farinaciusa petryfikuje się w wypracowywaniu (zresztą bez jakichś świetnych wyników) figury *crimen stellionatus*,<sup>161</sup> jednego z historycznych poprzedników naszego oszustwa<sup>162</sup>, wciąż odnosiła się do tekstów starożytnych, chociażby je systematycznie falsyfikowała i źle rozumiała. Wykazuje to zresztą, by wspomieć tylko o tym przypadku, pomylenie przez Decianusa *crimen stellionatus* z przestępczym podstępem, wynikłe w oczywisty sposób z błędnego odczytania fragmentu pracy Ulpiana w D. 47,20,3,1<sup>163</sup>. Fakt ten uzasadnia ironię wybitnego osiemnastowiecznego autora, Alberto De Simoni<sup>164</sup>, w odniesieniu do wspomnianego przestępstwa, które określa jako „ten typ czynu przestępczego, do którego uciekają się niedouczeni penaliści, kiedy nie potrafią nazwać w inny sposób zaszłego działania czy zdarzenia o charakterze przestępczym”<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> Por. A. MARONGIU, s.v. *Dei delitti in generale* (*dir. interm.*), [w:] *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, s. 9. W każdym razie argumentacja ta w czasach Clarusa, jak przypomina Marongioui, została już zupełnie odrzucona, przyjęto, „że mówienie jest działaniem” (*qui maledicit, male facit*).

<sup>161</sup> Por. G. DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin-Leipzig, 1931, s. 537 i n.; F. SCHAFFSTEIN, *Das Delikt des Stellionatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin. Eine Studie zur Entstehungsgeschichte des Betrugstatbestandes*, [w:] *Festschrift F. Wieacker*, Göttingen 1978, s. 285 i n.

<sup>162</sup> Por. M. SBRICCOLI, s.v. *Truffa* (*storia*), [w:] *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano 1992, s. 236 i n.

<sup>163</sup> Por. L. GAROFALO, ‘*Stellionatus*’: *storia di una parola*, «Archivio Giuridico» 220 (2000), s. 449, przyp. 107.

<sup>164</sup> Por. G. VANZELLI, *Il primo progetto di codice penale per la Lombardia napoleonica (1801-1802)*, [w:] AA.VV., *Il primo progetto di codice penale per la Lombardia napoleonica (1801-1802)*, Padova 2000, s. 83.

<sup>165</sup> Por. A. DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, II, Como 1784, s. 54. O jego stosunku do rzymskiego prawa karnego, także procesowego, por. E. DEZZA, *Note su*

Szacunek do prawa rzymskiego popychał jurystów prawa powszechnego do odwoływania się do niego także odnośnie do kar, zwłaszcza tych, które mają również funkcję odstrasżającą<sup>166</sup>. W tej perspektywie *doctores* popierali ogólne zaostrzenie sankcji, przekonani, że działanie takie przyczyni się do zniechęcenia do popełniania przestępstwa<sup>167</sup>. Znamienny w tej materii jest pogląd Farinaciusa. Jurysta, wykazawszy za pomocą licznych przykładów zaczerpniętych z dzieł *prudentes*, iż szaleńcy powinni w każdym przypadku zostać wyłączeni od kary<sup>168</sup>, zawęził tę regułę. Prawnik stwierdził, że także niepoczytalni mogliby być podporządkowani sankcji, gdy takie postępowanie będzie użyteczne dla państwa, *in exemplum, cohibendi delicti, favore reipublicae*<sup>169</sup>.

Także utrwalona pośród znawców prawa opinia odnośnie do kary ukuta została na rzymskim przykładzie. Zalecano bowiem ograniczenie jej do sprawcy. Zasada ta była jednak naszpikowana wyjątkami, znacznie szerszymi niż w oryginalnych źródłach, tak iż niezadko sankcja mogła dotknąć zmarłego, „bądź jego pamięć, zwłoki, majątek czy dziedziców”<sup>170</sup>.

Nasi *doctores* znaleźli również cenne wskazówki w materiałach jursprudencji traktujących o okolicznościach przestępstwa. Należy przypomnieć, że tak legislacja, jak i literatura oraz praktyka epoki prawa powszechnego powracają do podkreślania (w przeciwieństwie do poprzedniego trendu) istotności wspomnianych okoliczności.

---

*accusa e inquisizione nella dottrina settecentesca* (1990), [w:] *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano 1992, s. 30 i n.

<sup>166</sup> Por. G. DIURNI, s.v. *Pena criminale (dir. intern.)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano 1982, s. 768 i n.

<sup>167</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 177 i n.

<sup>168</sup> Tak też sądził Clarus. Z drugiej strony zauważa on na przykładzie Mod. D. 48,9,9,2, że wariat *satis furore suo punitur* (por. G.P. MASSETTO, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro [1525-1575]*, cit., s. 54 i przyp. 203).

<sup>169</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 178.

<sup>170</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 229 i n. Co do dziedziców autor ten podkreśla (na s. 231 i n.), że istniała skłonność do żądania od nich zapłaty kar pieniężnych w przypadku gdy kara nie gasła z chwilą śmierci. Ta ten-

A nawet, jak pisze Calisse<sup>171</sup>, „może przesadzono z przyjęciem przeciwnego stanowiska. O ile do tej pory nie miano na względzie wszystkich okoliczności godnych uwzględnienia, zaś te wzięte pod uwagę nie były dokładnie rozpoznawane, o tyle teraz dzieli się włos na czworo. Decyzja, jak należy karać przestępstwo, zostaje uzależniona od rozważenia tego, co nigdy nie powinno mieć żadnego wpływu na popełnione przestępstwo”. Calisse pisze dalej, że powody takiego postępowania są takie jak zazwyczaj: „nie zawsze poprawna interpretacja prac z prawa rzymskiego; brak dokładnego rozróżnienia między prawem a moralnością; i wreszcie zbyt wielka układowość wobec interesów politycznych”. Jakby nie było, juryści wieków średnich, prowadzeni przez myśl klasyków, badają gruntownie problem dotyczący okoliczności popełnienia przestępstwa, który zajmuje istotne miejsce w traktatach z prawa karnego. Farinacius na przykład buduje na bazie fragmentu autorstwa Saturninusa, który już wielokrotnie rozważaliśmy (D. 48,19,16), cały system teoretyczny dotyczący okoliczności wpływających na przestępstwo oraz karę zań wymierzaną. Jurysta nie tylko czyni tekst klasyczny fundamentem rozważań, lecz także podąża za nim w wypracowanej klasyfikacji<sup>172</sup>. Farinacius, tak jak i inni *doctores*, wokół siedmiu okoliczności klasyka gromadzi liczne przypadki, rozróżnienia, poszerzenia, wyjątki, nadając „tej materii – jak również zauważa Calisse<sup>173</sup> – postać niezwykle poszerzoną, co nie owocuje wcale jej skutecznością”. I zaiste, jeśli zdamy sobie sprawę z niebłahych niedoskonałości obecnych już w dziele Saturninusa, możemy sobie wyobrazić, o ile gorsze będą wyniki narzucenia

---

dencja wymagała „uzgodnienia zasad prawa rzymskiego, które wykluczało odpowiedzialność dziedziców za przestępstwa przodka, z regułami prawa kanonicznego, które na takową zezwalały”. Problem został rozwiązany „maksymą, że można było zażądać gwarantów nawiązując do relacji wynikających ze spadku, tam gdzie spadkobiercy nie zabezpieczyli się za pomocą inwentarza”. W każdym razie oczywiście wydaje się pomieszanie między zasadami prawa prywatnego i karnego.

<sup>171</sup> C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 179.

<sup>172</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 179.

<sup>173</sup> C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 180.

na nie konstrukcji autorów traktatów. Znamienne jest to, że błąd co do prawa i co do faktu zostały umieszczone wśród okoliczności łagodzących karę. Są jednak i tacy autorzy, którzy w odniesieniu do pierwszego z nich, przeprowadzając rozróżnienie na prawo boskie, narodów, powszechne i szczególne i „w zależności, które z nich ma zastosowanie, przyzwalają lub odrzucają łagodzący charakter jego niezajomości i błędu”<sup>174</sup>. Wymowne jest także i to, że pośród okoliczności jedynie łagodzących karę pojawiają się sytuacje, które dla *prudentes* całkowicie ją wyłączały, będąc kontratypami przestępstwa i wpływając na jego element subiektywny<sup>175</sup>. Do nich należy przypadek działania wbrew woli, wymuszonego przez rozkaz osoby, której sprawca nie może się przeciwstawić.

Inne z kolei z kontratypów znanych prawnikom rzymskim, przeszły do nauczania doktorów nie tracąc nic z oryginalnej postaci, a nawet stając się punktami wyjścia do dalszego intensywnego rozwoju doktryny (choćby nawet ich systematyzacja pozostała dyskusyjna). Przykładowo można by wspomnieć w tym miejscu o niezwykle ważnym kontratypie obrony koniecznej<sup>176</sup>.

Juryści prawa powszechnego zawdzięczają Rzymianom także rozważania na temat zależności odpowiedzialności karnej od wieku sprawcy<sup>177</sup>.

Rzymskie są również liczne rozróżnienia w systematyzacji przestępstw podporządkowanej odmiennym zasadom<sup>178</sup>. Doktorzy prze-

---

<sup>174</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 182; por. także A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., s. 71 i n.

<sup>175</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 183 i n.

<sup>176</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 184 i n.; H. RÜPING, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*<sup>3</sup>, München 1998, s. 43.

<sup>177</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiana*, cit., s. 194 i n.; por. także G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel 'Tractatus de maleficiis' di Angelo Gambiglioni*, Padova 1976, s. 211 i n.

<sup>178</sup> Omawiając klasyfikację deliktów w szesnasto- i siedemnastowiecznej doktrynie A. MARONGIU, *Dei delitti in generale (dir. interm.)*, cit., s. 10 i n., podnosi, że „ich podstawowa zasada” oparta była na prawie rzymskim, choćby i mocno zmanipulo-



ciwstawiają na przykład przestępstwa publiczne – prywatnym, czyli te ścigane z urzędu lub z oskarżenia popularnego, tym ściganym na wniosek poszkodowanego<sup>179</sup>; kościelne – świeckim i powszechnym, po to, by wskazać na inną właściwość sędziego<sup>180</sup>; zwykłe – szczególnym, te pierwsze z karą nakładaną przez ustawę, te drugie karane w ramach prerogatyw sędziego<sup>181</sup>; hańbiące – niehańbiącym<sup>182</sup>; wyłączające – niewyłączającym, po to, by wskazać te, które podpadały „pod ogólne przepisy ustawy... i pod normy szczegółowe”<sup>183</sup>.

*Doctores* posłużyli się wreszcie rozważaniami *prudentes* w nauce o usiłowaniu<sup>184</sup>, odnośnie do którego rozumują w terminach idealnego podziału *iter criminis*<sup>185</sup>, skłaniając się stopniowo – zwłaszcza w przypadku *conatus homicidii* – do stosowania kary uwzględniają-

---

wanym. Stało się tak dlatego, że prawo statutowe i zwyczajowe właśnie w sferze penalistycznej „zapożyczyło i przepracowało [rzymskie] normy, figury i zasady prawne”.

<sup>179</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 268 i n.; G.P. MASSETTO, *I reati nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)* (1979), [w:] *Saggi di storia del diritto penale lombardo*, cit., s. 63 i n.

<sup>180</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 268.

<sup>181</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 269.

<sup>182</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 269; G.P. MASSETTO, *I reati nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)*, cit., s. 66 i n.

<sup>183</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 269. Odnośnie do innych rozróżnień zaproponowanych przez Clarusa, jak np. między przestępstwami nazwanymi i nienazwanymi, lekkimi i ciężkimi czy też ciężkimi i niezwykle niebezpiecznymi por. G.P. MASSETTO, *I reati nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)*, cit., s. 75 i n.

<sup>184</sup> Por. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 217 i n.; H.P.GLÖCKNER, ‘*Cogitationis poenam nemo patitur*’ (D. 48,19,18), cit., 46 i n. Jak podkreśla M.U. SPERANDIO, ‘*Dolus pro facto*’, cit., s. 223, Albertus Gandinus rozdziela w dwie przeciwstawne grupy źródła rzymskie odnoszące się do usiłowania – pierwsza z nich uwidaczniała zasadę „karalności zbrodniczego zamiaru zmanifestowanego na zewnątrz”, a druga granicę stosowalności tegoż, która przypisana była wyłącznie *maleficia atrociora*.

<sup>185</sup> Por. R. MARTUCCI, s.v. *Tentativo (dir. interm.)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano 1992, s. 101 i n.; M.U. SPERANDIO, ‘*Dolus pro facto*’, cit., s. 222.

cej rzeczywiste wykonanie planu przestępczego<sup>186</sup>. Nie bez znaczenia były też poglądy Rzymian co do zbiegu przestępstw i współsprawców<sup>187</sup>.

Nie trzeba prowadzić dalej tych rozważań, jak sądzę by wykazać to, co wynika z tytułu, który wybrałem dla tej rozprawy. Rozwiązania teoretyczne, przyjęte zwłaszcza dzięki pracy jurysprudencji klastycznej w rzymskim prawie karnym, były w stanie przeżyć swój własny czas. Kończę życzeniem dalszych szerszych i bardziej pogłębionych badań, które tę tezę ostatecznie udowodnią.

#### THE NOTIONS AND VITALITY OF THE ROMAN CRIMINAL LAW

##### Summary

In the recent studies one tends to reevaluate the influence of the Roman criminal law on the later penal doctrine, as well as the achievements of the Roman criminal law itself, rejecting the previous theories presenting it as significantly inferior. It is noticed in this study that the medieval jurists idolized the Roman law, adopted it to the new circumstances, and obviously made mistakes interpreting it. And thus the influence of the Roman jurisprudence on the penal doctrine of the *ius commune* Europe was thoroughly substantial. Notwithstanding the popular opinion also many of

---

<sup>186</sup> Zgodnie z tym, co rzeczywiście zdarzało się w praktyce, a w opozycji do stanowiska bolońskich prawników, którzy postulowali – co zresztą zapewne zaczerpnęli ze źródeł rzymskich – w przypadku zabójstwa, by *pariter puniri*. Należało zatem zrównać sankcję za przestępstwo usiłowane z tą wymierzaną za przestępstwo dokonane, por. M. LUCCHESI, 'Si quis occidit occidetur', cit., s. 83 i n., który odwołuje się do pracy Cavanny o usiłowaniu w prawie średniowiecznym. Należy również wspomnieć za M.U. SPERANDIO, 'Dolus pro facto', cit., s. 232, że dla glosatorów i komentatorów zwykła *cogitatio* będzie podpadać pod karę w przypadku przestępstwa stanu i herezji.

<sup>187</sup> Por. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., s. 86 i n.; C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., s. 210 i n.; A. MARONGIU, s.v. *Concorso di persone nel reato (dir. interm.)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano 1961, s. 564 i n.

the Enlightenment jurists (as, for instance, Gaetano Filangieri and Francesco Mario Pagano) not only knew but also benefited from the Roman criminal law legacy. The doctrine of crime of the successive period was less inspired by the Roman criminal law, which however did not totally lose its significance. It still had some indirect influence, as the nineteenth century codifiers did not stop using the notions of criminal law shaped-up by the mediaeval jurists overwhelmingly impressed by the Roman law.

The main part of the study presents a brief overview of the Roman criminal law, especially of the principal rules constituting today the general part of criminal law, principles which could be directly or indirectly found in the experience of the Roman *prudentes*. It is pointed out that the only Roman lawyer who tried classifying Roman criminal law was Claudius Saturninus (D. 48,19,16). His classification is later discussed in the article as well as some of the *crimina* (public law crimes), observing that the Romans never separated the Roman criminal law from *ius*. On this occasion it is underlined that one of the rules often ascribed to the Romans, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, not only was not their own invention but it was clearly contrary to the criminal law practice in their times (the principle itself being probably formulated only by a German lawyer, Feuerbach). The Romans tried describing the subjective and objective element of the crime as well as presenting various defences available to the culprits (*e.g.*, age, necessity, self-defence, mistake, etc).

In the last part of the paper the possible influence of the Roman criminal law constructions on the Middle Ages is pondered over. The often wrong interpretations of the ancient sources led to some embarrassment and paradoxes. This explains Baldus' famous statement allowing the judge to construe the (Roman) statute according to the principles of the *ius commune*, which would in turn revive the statute and save it from an inevitable decay. The mediaeval lawyers studied and analysed the figures of deliberate misconduct and unintentional negligence (anyway without further effects in clarifying vague issue of the subjective element of the crime). Some of the defences, like the most important figure of self-defence, known and elaborated in the Roman law came to the teachings and studies of the *doctores* in their original shape and significance, sometimes even stimula-

ting further development of the penal doctrine. The mediaeval *ius commune* jurists adopted Roman considerations applying different responsibility regarding the doer's age as well as Roman systematisations of the crimes subordinated to various legal principles. And therefore the *doctores*, following the Roman example, drew a line between public and private crimes, these which were officially prosecuted and those which were brought to court on a basis of a private motion. The jurists distinguished between lay-public and ecclesiastical crimes, between ordinary and peculiar offences, dishonourable and regular wrong-doings. Similarly the mediaeval lawyers took over the Roman considerations about attempt and *iter criminis* as well as concurrence of crimes and offenders.

In conclusion the paper, wishing for a future development of the studies on the subject, summarises that the theoretical solutions and considerations in the Roman criminal law wrought out above by the classical jurisprudence outlived their times and became the source of the doctrinal inspirations in the coming centuries.