

Przemysław Kubiak

Czynny żal jako okoliczność łagodząca odpowiedzialność sprawcy w świetle pism jurystów oraz retorów

Studia Prawnoustrojowe nr 27, 11-26

2015

Artykuł został 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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Przemysław Kubiak

Katedra Prawa Rzymskiego

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Czynny żal jako okoliczność łagodząca odpowiedzialność sprawcy w świetle pism jurystów oraz retorów

Czynny żal jako instytucja prawa karnego doczekał się w literaturze przedmiotu zaledwie kilku wzmianek¹. Niewątpliwie główną przyczyną powyższego stanu rzeczy jest dosyć mała liczba źródeł prawnych nawiązujących do tego zagadnienia. Dość powszechnie wiadomo, iż juryści, celowo albo nie, unikali kompleksowego kreowania oraz opisywania instytucji prawnych, szczególnie tych z zakresu prawa karnego. W tym kontekście trudno chyba w ogóle mówić o instytucjach prawnych, a bezpieczniej jest posługiwać się określeniami takimi, jak „rozwiązania prawne”, „zasady” lub „konceptje”. W praktyce bowiem juryści często stosowali bardzo wyrafinowane konstrukcje, znane również współczesnym porządkom prawnym, rzadko kiedy jednak przybierały one postać rozbudowanej i usystematyzowanej teorii.

Niedostatek źródeł prawnych uzupełnić można, sięgając po teksty innego rodzaju. Pośród nich podkreślić należy znaczenie przekazów historycznych oraz filozoficznych, w szczególności zaś retorycznych, pełniących niejednokrotnie funkcję pomocniczą w stosunku do źródeł prawnych. Niekiedy stanowią one wręcz „skarbnicę wiedzy” nie tylko na temat ówczesnych sposobów rozumowania, przekonań lub wartości etycznych bezpośrednio wpływających na system norm prawnych, ale rów-

¹ Zob. T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, s. 98, s. 670 przyp. 3 i s. 1044; H. Koch, *Culpa – paenitentia – venia (und ihre griechischen Entsprechungen) in den Darstellung der römischen delictio bei republikanischen und augusteischen Historikern*, Erlangen 1955, s. 33–36 oraz 40–45; T. Mayer-Maly, *Der rechtsgeschichtliche Gehalt der „Christenbriefe“ von Plinius und Trajan*, SHDI 22/1956, s. 327–328; W. Waldstein, *Zur Beachtlichkeit der tätigen Reue im römischen und im modernen Strafrecht*, [w:] *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit: Festschrift für Hans R. Klecatsky*, Wien 1986, s. 999–1009; A. Riechelmann, *Paenitentia: Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen: Voraussetzungen und Wirkungen einseitiger Willensänderungen*, Frankfurt 2005, s. 138–148 (podobny wniosek tego autora na s. 7). W polskiej literaturze zaznacza jedynie ten problem J. Misztal-Konecka, *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007, s. 100 i n. Skrupulatną analizę społeczno-historyczną roli żalu w starożytności zawiera L. Fulkerson, *No Regrets. Remorse in Classical Antiquity*, Oxford 2013.

niez precyzyjnych informacji o obowiązujących regułach prawnych². W tym sensie są one nieocenionym (współcześnie też chyba nadal niedocenianym przez badaczy prawa rzymskiego³) źródłem informacji na temat praktyki stosowania prawa rzymskiego, poszczególnych rozwiązań, a przede wszystkim uzasadnień teoretycznych, które systematycznie pomijane były przez jurystów w ich komentarzach i opiniach.

Rzymscy prawnicy nie tylko nie wykształcili spójnej koncepcji czynnego żalu (zachowane źródła to jedynie kilka kazuistycznych rozwiązań), lecz także nie stworzyli odrębnej terminologii w tym zakresie. Na określenie sytuacji, gdy dochodziło do zaniechania popełnienia przestępstwa lub prób usunięcia skutków już dokonanego czynu, stosowali najczęściej określenie *paenitentia*⁴. Termin ten jednak odnosił się do czynnego żalu na gruncie prawa karnego, jak również do jednostronnego odstąpienia od zawartej umowy na gruncie prawa cywilnego. Fakt ten potwierdza jedynie, iż czynny żal dla jurystów nie oznaczał odrębnej instytucji prawa karnego, ze ściśle określonymi przesłankami i zakresem zastosowania, a jedynie pewne zachowanie mogące wywołać skutki na gruncie obu tych gałęzi prawa. Fragmenty źródłowe nawiązujące do niego dają zatem raczej przykład pewnego sposobu argumentacji oraz prawniczego rozumowania aniżeli opis koherentnej teorii prawnej. Przez to też zapewne stanowią wyraz społecznych poglądów jurystów na temat roli żalu i skruchy w przypadku wyrządzenia jakiegokolwiek zła.

Jak zostało to ujęte w tytule niniejszego opracowania, przedmiotem analizy będą przede wszystkim pisma jurystów rzymskich. Istnieje kilka konstytucji cesarskich nawiązujących do roli czynnego żalu w ramach prawa karnego, jednak ze

² Przykładem takiego wykorzystania tekstów retorycznych w literaturze polskiej może być E. Loska, *Insidiatorem interfici iure posse. Kontratypy jako sposób obrony w procesie – Pro Milone Cicerona*, „Ze-szyty Prawnicze UKSW” 8.1/2008, s. 71. Zob. też P. Kubiak, *Czyn Patroklosa a rzymskie prawo karne – czyli o przestępstwach popełnionych w afekcie w antycznym Rzymie*, „Studia Prawnicze KUL” (1)57/2014, s. 61–83, czy też idem, *Stan nietrzeźwości jako „afekt” w rzymskim prawie karnym?*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 15.1/2015.

³ Znaczenie pism retorycznych dla poznawania prawa rzymskiego podkreślał już F. Lanfranchi, *Il diritto nie retori romani*, Milano 1938, czy też C. Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, s. 70 oraz A.A. Schiller, *Roman Law: Mechanisms of Development*, Malta 1978, s. 84. O. Robinson namawia jednak do skrupulatnego analizowania tych dzieł z uwagi na to, iż często zawierają one fikcyjne kazusy oraz przykłady retoryczne odbiegające od obowiązującego stanu prawnego, w szczególności różne *Declamationes*. Zob. O. Robinson, *Quintilian (Book III) and his Use of Roman Law*, [w:] O.E. Tellegen-Couperus (red.), *Quintilian and the Law: The Art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven 2003, s. 59–66. Wpływ retoryki na prawo rzymskie, w szczególności w zakresie jej aspektów formalnych i argumentacji, podkreślany jest obecnie przez J. W. Tellegen oraz O. E. Tellegen-Couperus, ostatnio w *Artes urbanae. Roman law and rhetoric*, [w:] P. J. du Plessis (red.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edinburgh 2013, s. 31–50. Zob. też A.R. Emmett, *Hermogenes of Tarsus: Rhetorical Bridge from the Ancient World to the Modern*, [w:] J.T. Gleeson, R.C.A. Higgins (red.), *Rediscovering Rhetoric: Law, Language and the Practice of Persuasion*, Sydney 2008, s. 114–162, szczeg. s. 115 i n.

⁴ Zob. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. v. *paenitentia*; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2001, s. v. *paenitentia*. Por. H. Koch, op. cit., s. 33 i 40. Na temat słów używanych na określenie żalu w starożytnej literaturze zob. L. Fulkerson, op. cit., s. 24 i n.

względu na ich specyfikę, jak również okres ich wydania zostaną one omówione w osobnym artykule⁵. Ma to głównie związek z wzrastającym wpływem chrześcijaństwa na poglądy oraz przekonania starożytnych Rzymian, co niewątpliwie mogło odcisnąć swoje piętno również na kwalifikacji prawnej okazanego żalu. Wymagają one zatem odrębnego oraz szerszego ujęcia, uwzględniającego także koncepcje filozoficzne oraz religijne.

Zachowane przekazy wskazują jedynie na kilka stanów faktycznych, w których czynny żal odgrywał pewną rolę. Pośród nich odnaleźć można kilka fragmentów nawiązujących do deliktów prawa cywilnego, które również zostaną uwzględnione w niniejszej analizie⁶. Takie podejście jest uzasadnione z kilku powodów. Przede wszystkim, jak zostało to wyżej podkreślone, dla jurystów czynny żal nie był instytucją związaną wyłącznie z prawem karnym, lecz zjawiskiem bardziej ogólnym, wywołującym skutki również na gruncie prawa prywatnego w postaci jednostronnego odstąpienia od umowy. Nic nie stoi na przeszkodzie zatem, aby przy ustalaniu jego znaczenia uwzględnić również „przestępstwa” prywatnoprawne. Tym bardziej iż celem niniejszej pracy jest ukazanie pewnego sposobu rozumowania jurystów, przejawiającego się w przypadku wyrządzenia jakiegoś zła (nieważne czy w postaci deliktu, czy przestępstwa), a nie przedstawienie spójnej teorii prawa karnego. Ponadto rozdział między prawem cywilnym a karnym nie był tak wyraźny w antycznym Rzymie, jak ma to miejsce obecnie. Ówczesne delikty prawa cywilnego są współcześnie kwalifikowane jako przestępstwa, uzyskane wnioski w tym zakresie zatem zainteresować mogą także prawników oraz badaczy dzisiejszych rozwiązań prawa karnego.

Do pierwszej grupy okoliczności opisanych w źródłach rzymskich, zawierających wzmianki na temat roli czynnego żalu, zaliczyć można delikty, takie jak kradzież oraz rabunek. Na temat pierwszego z wymienionych wypowiada się Ulpian w swoim komentarzu do edyktu edylów kurulnych, zachowanym fragmentarycznie w *Digestach*.

D. 47.2.66 (*Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul.*): *Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit.*

Jeśli więc ktoś po dokonaniu kradzieży dla własnej korzyści zmieni zdanie i zwróci skradzione dobra właścicielowi, nadal pozostanie złodziejem⁷. Nikt bowiem w przypadku takiego przestępstwa nie przestaje być winnym tylko z powodu zmiany swojego zdania lub żalu. Wydaje się, iż kluczowym elementem przesądzają-

⁵ Należy tu przede wszystkim wskazać na CT. 16.5.41; C. 1.7.3.2-3 (CT. 16.7.4); 9.22.8; 9.23.3-4. Warto w nim uwzględnić również korespondencję Pliniusza oraz Trajana (Plin. *Epist.* 10.96.2; 10.97.1), w której mowa jest o *paenitentia*. Dotyczy ona jednak chrześcijan, z tego względu została też pominięta w niniejszym opracowaniu. Na ten temat, zob. T. Mayer-Mały, op. cit., s. 311–328; W. Waldstein, op. cit., s. 1005; A. Riechelmann, op. cit., s. 146.

⁶ Tak samo postąpili inni autorzy piszący o czynnym żalu (zob. dalsza analiza).

⁷ Analiza tego fragmentu, zob. W. Waldstein, op. cit., s. 1001; A. Riechelmann, op. cit., s. 139.

cym o bezskuteczności prawnej takiego zachowania jest umyślność popełnionego czynu⁸. Ulpian zdaje się to podkreślać w ostatnim zdaniu komentarza, które można potraktować jako swoistą regułę prawną dotyczącą sytuacji tego typu⁹. Nie trzeba chyba dodawać, iż dla Rzymian kwestia winy była fundamentalna dla ustalenia odpowiedzialności danego sprawcy. W omawianym przypadku działa on zaś w sposób świadomy i celowy, nie ma więc wątpliwości co do natężenia jego złej woli. Należy też zaznaczyć, że akt żalu ma miejsce już po dokonaniu przestępstwa, a przed wydaniem wyroku, co utrudnia właściwą ocenę jego motywacji. Nie można bowiem w takiej sytuacji wykluczyć, iż zmiana zachowania przestępcy była wywołana strachem oraz próbą ewentualnego uniknięcia kary, a nie chęcią naprawienia wyrządzonego zła¹⁰. Bez wątplenia z tego też względu w takich sytuacjach czynny żal nie powodował żadnych skutków prawnych. Inną sprawą jest jednak to, że w tym przypadku najwidoczniej nie wszczęto jeszcze postępowania przed sądem, istniała więc mała szansa na oskarżenie złodzieja. Właściciel, który odzyskał utracone dobro, nie będzie bowiem zbyt zdeterminowany do wniesienia skargi, o ile nie wynikły z tego tytułu jakieś dodatkowe szkody lub nieprzyjemności¹¹. Decyzja ta jednak pozostawała w gestii poszkodowanego – pomimo zwrotu rzeczy sprawca pozostawał złodziejem.

Zastanawiające jest, że Ulpian używa identycznego sformułowania, komentując opinie Caeliusa i Cassiusa na temat ucieczki niewolnika¹².

D. 21.1.17.1-2 (*Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul.*): *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit. Cassius quoque scribit fugitivum esse, qui certo proposito dominum relinquit.*

Zdaniem tego pierwszego jurysty o zakwalifikowaniu oddalenia się niewolnika jako ucieczki decyduje jego nastawienie – jeśli nie zamierzał wracać do swojego

⁸ Jednym ze znamion kradzieży było właśnie działanie z chęci zysku: D. 47.2.1.3: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.*

⁹ Na ten temat, zob. P. Kubiak, *Nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit – reguła prawa czy kazuistyczne rozwiązanie?*, materiały pokonferencyjne, Brzeg 2015 [w druku].

¹⁰ Podobny wniosek wysnuwa A. Riechelmann, op. cit., s. 145. L. Fulkerson stwierdza, iż w ogóle kwestia, czy okazywany żal jest szczery, nie liczyła się w opinii starożytnych Rzymian, istotny był jedynie skutek w postaci obniżenia statusu oraz przyznania się do popełnienia błędu – zob. L. Fulkerson, op. cit., s. 7.

¹¹ W. Waldstein powołuje się nawet na możliwość zawarcia porozumienia (*Sühnevergleich*) między poszkodowanym a sprawcą na podstawie D. 2.14.17.1 – zob. W. Waldstein, op. cit., s. 1002. Por. też A. Riechelmann, op. cit., s. 143; P. de Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Oxford 2010, s. 331.

¹² Zob. W. Waldstein, op. cit., s. 1001; A. Riechelmann, op. cit., s. 139. Na temat *fugitivi* zob. W. W. Buckland, *Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, s. 267 i n.; O. Robinson, *Slaves and the Criminal Law*, ZSS 98/1981, s. 219; S. Llewelyn, *P Harris I 62 and the Pursuit of Fugitive Slaves*, ZPE 118/1997, s. 245–246 i podana tam literatura. Z polskich pozycji warto zapoznać się z D. Słapek, *Ucieczki niewolników w okresie republiki... czyli o prestiżu i poszanowaniu prawa rzymskiego*, [w:] A. Dębiński, H. Kowalski, M. Kuryłowicz (red.), *Salus rei publicae suprema lex. Ochrona interesów państwa w prawie karnym starożytnej Grecji i Rzymu*, Lublin 2007, s. 289–309.

właściciela, to nawet gdy powróci do niego po zmianie zdania, zostanie ukarany. Ulpian wyraża w tym miejscu opinię cytowaną już wyżej – nikt w przypadku takiego przestępstwa nie przestanie być winnym tylko z powodu późniejszej skruchy¹³. Również w tej sytuacji czynny żal oraz przywrócenie stanu początkowego nie wpływały na zmianę kwalifikacji prawnej czynu. Konkluzję tę uzupełnia komentarz drugiego z jurystów, który za kluczową przesłankę do uznania niewolnika za *fugitivus* przyjmuje umyślność (*proposito*). Podobnie jak wyżej, zmiana zdania sprawcy czynu następuje już po dokonaniu przestępstwa, pod wpływem późniejszych okoliczności, do których zaliczyć można także obawę przed ukaraniem, a nie realną skruchę¹⁴. Powyższe rozwiązanie wydaje się w pełni uzasadnione, jeśli uwzględni się jego społeczne konsekwencje. Ucieczki niewolników stanowiły ogromny problem dla antycznych Rzymian, surowość i bezwzględność stosowanych środków zaradczych miały zatem na celu skutecznie odstraszać oraz przeciwdziałać podobnym występkom¹⁵. Z pewnego punktu widzenia cytowany kazus jest podobny do poprzedniego – przypomina bowiem kradzież, choć tym razem niewolnik kradnie niejako sam siebie¹⁶. Z tego też względu zapewne Ulpian zastosował analogiczne rozwiązanie, powołując się na zdanie swojego poprzednika.

Z zagadnieniem *fugitivus* łączy się też kolejne źródło nawiązujące do skutków czynnego żalu. Tym razem jednak nie dotyczy ono odpowiedzialności za ucieczkę samych niewolników, ale osób, które by ich ukrywały.

D. 11.4.1.1 (*Ulpianus 1 ad ed.*): *Senatus censuit, ne fugitivi admittantur in saltus neque protegantur a vilicis vel procuratoribus possessorum et multam statuit: his autem, qui intra viginti dies fugitivos vel dominis reddidissent vel apud magistratus exhibuissent, veniam in ante actum dedit: sed et deinceps eodem senatus consulto impunitas datur ei, qui intra praestituta tempora, quam repperit fugitivos in agro suo, domino vel magistratibus tradiderit.*

Ulpian komentuje postanowienia *senatus consultum*, na mocy którego wszyscy zarządcy majątków oraz prowadzący interesy posiadaczy dóbr ukarani będą grzywną, jeśli wpuszczą lub ukryją zbiegłych niewolników na terenie swojej posiadłości. Zostaną jednak ulaskawieni, jeśli w ciągu dwudziestu dni oddadzą zbiegów właścicielom lub dostarczą ich magistraturze. Tak samo potraktowane zostaną osoby, które w przepisany czas wydadzą niewolników znalezionych na swoich majątkach.

¹³ Szczegółowa analiza tego zagadnienia, zob. P. Kubiak, *Nemo enim...*

¹⁴ Czynny żal niewolnika zatem nie wywołuje w tym przypadku żadnego skutku prawnego, pomimo ogólnej zasady, iż w przypadku kobiet oraz osób z niższych warstw społecznych żal był akceptowany społecznie – zob. L. Fulkerson, op. cit., s. 218. Warto dodać, iż w szczególności komedie Plauta pokazują, że właściciele skłonni byli traktować zbiegłych niewolników bardzo łagodnie. Trudno się temu dziwić – nadmierna surowość w tym wypadku godziła bowiem w ich własne interesy. Być może z tego powodu właśnie głos w tej sprawie musieli zabrać juryści, aby przeciwdziałać takiemu „polubownemu” załatwianiu sprawy. Zob. D. Słapek, op. cit., s. 304.

¹⁵ Przynajmniej od okresu pryncypatu. Za Republiki dostrzegalna jest swoista „miałkość” aparatu ścigania zbiegłych niewolników – zob. D. Słapek, op. cit., s. 289.

¹⁶ Zob. D. 47.2.61. Tak też W. W. Buckland, op. cit., s. 31; D. Słapek, op. cit., s. 294.

Na pierwszy rzut oka wydawać się zatem może, iż w opisanej sytuacji chodzi po prostu o czynny żal po dokonaniu przestępstwa kradzieży niewolnika (tak kwalifikowane było przywłaszczenie sobie *fugitivus*¹⁷). Sprawa jest jednak bardziej skomplikowana. Ucieczki niewolników były dosyć częstym, a z pewnością bardzo niebezpiecznym zjawiskiem dla właścicieli ziemskich. W związku z tym liczba regulacji prawnych, w zdecydowanej większości o charakterze administracyjnym, była również znaczna. Jednym ze sposobów walki z tym problemem społecznym było właśnie powierzenie przedstawicielom władz lokalnych pewnych prerogatyw umożliwiających im poszukiwanie i odzyskiwanie zbiegów¹⁸. Dodatkowo zobowiązano wszystkich obywateli do wskazywania miejsca pobytu takich niewolników oraz do wydawania ich władzy publicznej lub właścicielowi. W powyższym *senatus consultum* nie chodzi zatem o okazanie żalu przez ewentualnych sprawców kradzieży, lecz o zmobilizowanie i zmuszenie wszystkich do „współpracy” przy ograniczaniu rozmiaru tego niebezpiecznego procederu społecznego. Opisane rozwiązanie nie dotyczy dobrowolnej próby naprawienia wyrządzonego zła, lecz nacisków ze strony władz służących wyłapaniu zbiegłych niewolników. Jest to tym bardziej prawdopodobne, iż nie chodzi wyłącznie o czyny umyślne (świadome ukrywanie niewolnika), ale też o nieświadome udzielenie schronienia zbiegowi lub po prostu wykrycie go na swojej posiadłości (o obu sytuacjach jest mowa w powyższym fragmencie). W drugim przypadku zatem nie dochodzi w ogóle do popełnienia przestępstwa. Taki zarządca zachowuje się praworzadnie i zapobiega ewentualnemu dokonaniu czynu niedozwolonego – spełnia swój obywatelski obowiązek. Czynny żal jest więc swego rodzaju przesłanką niekaralności w tym wypadku. Powyższa regulacja zaś, jak też szereg innych dotyczących *fugitivi*, ma charakter bardziej administracyjny aniżeli karny. Warto odnotować, iż niekiedy ze względu na interes państwa lub ogółu obywateli korzystano z rozwiązań zbliżonych do koncepcji czynnego żalu¹⁹. Wydaje się jednak, iż specyfika opisanej sytuacji pozwala uznać ją za wyjątkową w tym zakresie. Czynny żal bowiem jest niejako wymuszany przez przedstawicieli władzy, ma zatem charakter warunku – jeśli się nie dostosujesz, to zostaniesz ukarany.

W powyższym źródle kwestia szczerości żalu oraz motywacji sprawy w ogóle nie jest poruszana²⁰. Podobnie we wcześniejszych cytowanych fragmentach odnaleźć można uwagi dotyczące przyczyn podejmowanego zachowania, wskazujące raczej na wolę uniknięcia kary aniżeli chęć poprawy i naprawienia wyrządzonej szkody. W sposób wyraźny wątpliwość tę wyraża Gajus, komentując skutki prawne czynnego żalu w przypadku dokonania rabunku²¹.

¹⁷ Zob. W. W. Buckland, op. cit., s. 269 w związku z D. 47.2.52.12. Z pewnością nie było to *plagium* – zob. D. 48.15.6. Por. też D. 11.4.1pr. w kontekście ukrywania niewolnika.

¹⁸ Ibidem, s. 268; S. Llewelyn, op. cit., s. 245–246.

¹⁹ Inaczej W. Waldstein, op. cit., s. 1006–1007. Dla tego autora bowiem powyższy kazus stanowi potwierdzenie, iż w ramach prawa rzymskiego czynny żal wywoływał niekiedy skutki prawne.

²⁰ Por. przyp. 7.

²¹ Zob. ibidem, s. 1000; A. Riechelmann, op. cit., s. 142.

D. 47.8.5 (*Gaius 21 ad ed. provinc.*): *Non prodest ei qui vi rapuit ad evitandam poenam, si ante iudicium restituat rem quam rapuit.*

Fakt zwrócenia przez rabusia tego, co zrabował siłą, w żaden sposób nie polepszy jego sytuacji, tym bardziej że istnieje domniemanie, iż uczynił to, aby uniknąć kary. Warto chyba podkreślić brak znaczenia prawnego żalu, pomimo dosyć aktywnego zachowania ze strony sprawcy. Nie chodzi bowiem w tym wypadku wyłącznie o przeproszenie ofiary lub zwykłe okazanie skruchy, ale o przywrócenia stanu poprzedniego²². Uzasadnieniem takiej opinii Gajusa jest z pewnością charakter popełnionego czynu, a więc kwalifikowanej kradzieży z użyciem siły, czyli przestępstwa umyślnego. Uwzględniając jednak wnioski wynikające z wcześniejszych źródeł, należy podkreślić, iż decydującą rolę odgrywa tu nie tyle gwałtowny sposób popełnienia czynu, ile nastawienie sprawcy (umyślność)²³. Doniosłe znaczenie ma również moment naprawienia szkody – po dokonaniu czynu, a przed wydaniem wyroku. Najczęściej bowiem, co zaakcentował jurysta wprost w treści swojego komentarza, motywacją takiej osoby nie jest szczery żal, a jedynie desperacka próba uniknięcia odpowiedzialności (*ad evitandam poenam*).

Istnieje jeszcze jedno źródło prawne, o którym warto wspomnieć w tym miejscu. Opisany w nim stan faktyczny również nawiązuje wprost do czynnego żalu wyrażonego po popełnieniu czynu. Kazus ten jednak nie dotyczy już przestępstwa prywatnoprawnego, ale dezercji, czyli jednego z najpoważniejszych przestępstw rzymskiego prawa wojskowego²⁴.

D. 49.16.3.9 (*Modestinus 4 de poen.*): *Si plures simul primo deseruerint, deinde intra certum tempus reversi sint, gradu pulsī in diversa loca distribuendi sunt. Sed tironibus parcendum est: qui si iterato hoc admiserint, poena competenti adficiuntur*

Zdaniem Modestyna, jeśli kilka osób zdezerteruje wspólnie po raz pierwszy, a potem po jakimś czasie powróci, to po degradacji stopnia powinni być rozesłani do różnych miejsc w celu dalszego pełnienia służby (przypuszczalnie po to, aby sytuacja się nie powtórzyła). Zaleca jednak pewną wyrozumiałość w stosunku do rekrutów (*tirones*) – ci powinni zostać bezkarni. Dopiero w przypadku powtórnej dezercji zostanie im wymierzona odpowiednia kara.

Powyższe źródło sprawia pewne trudności interpretacyjne ze względu na bogactwo elementów stanu faktycznego wpływających na wymiar kary względem sprawców czynu, zarówno o charakterze zaostrzającym, jak i łagodzącym jego kwalifikację prawną. Jest w nim bowiem mowa o kilku osobach (*plures*), które wspólnie

²² Powstaje pytanie, na ile w ogóle Rzymianie postrzegali żal w ten sposób. L. Fulkerson (op. cit., s. 6 i n.) sugeruje, że dla nich żal był przede wszystkim przyznaniem się do wcześniej popełnionego błędu, a nie wyrazem chęci poprawy. Tłumaczyć to może sposób, w jaki czynny żal jest ujmowany w źródłach prawnych – nie bada się w ogóle motywacji sprawcy oraz szczerości okazywanej skruchy.

²³ Również W. Waldstein (op. cit., s. 1001) zaznacza, iż istniały też inne postaci rabunku, bez użycia siły, do których stosowałyby się tę samą zasadę.

²⁴ Wspomina o nim jedynie A. Riechelmann, op. cit., s. 142. Na temat dezercji zob. G. Kuleczka, *Studia nad rzymskim wojskowym prawem karnym*, Poznań 1974, s. 63 oraz 84–87.

(*simul*) po raz pierwszy (*primo*) dopuszczają się dezercji i w określonym czasie (*tempus*) wracają z własnej woli do jednostki. Już takie nawarstwienie okoliczności utrudnia znacznie ewaluację wymierzonej im kary, a z pewnością wpływały one na zakres odpowiedzialności sprawców²⁵. Bez wątplenia można jednak stwierdzić, że dobrowolność powrotu w określonym czasie zaliczyć można do elementów powodujących łagodniejsze potraktowanie dezercera²⁶. Co więcej, okoliczność ta stanowiła kluczowy fakt odróżniający *emansores* od *desertores*²⁷. Pewne jest zatem, iż na gruncie omawianego przypadku, jak również innych związanych z dezercją, czynny żal wywoływał skutki prawne. Mniejsze znaczenie dla prowadzonych rozważań ma ostatnie zdanie opinii Modesty, odnoszące się do nowych rekrutów. Ich bezkarność bowiem wynika przede wszystkim z ich statusu, a w związku z tym z większej tolerancji w stosunku do ich błędów oraz występków²⁸.

Wydaje się, iż w ramach prawa rzymskiego regułą było wyrażone przez Ulpiana zdanie: *nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit*²⁹. Oczywiście w odniesieniu do czynnego żalu w postaci prób naprawienia wyrządzonej szkody. Najistotniejsze zaprezentowane odstępstwo od tej reguły odnaleźć można w źródłach poświęconych prawu wojskowemu. Odmiennosc tej regulacji, specyficzne warunki, jakie panowały w armii rzymskiej, jak również interesy wpływające na rozwiązania prawne w ramach tej gałęzi prawa sugerują jednak konieczność podjęcia osobnych badań w tym zakresie³⁰. Pomijając ten ważny wyjątek, można stwierdzić, iż we wszystkich pozostałych omawianych sytuacjach nawet pełne przywrócenie stanu poprzedniego lub zapobieżenie pojawieniu się skutków popełnionego przestępstwa nie dawało żadnej gwarancji na uniknięcie lub chociażby złagodzenie odpowiedzialności sprawcy³¹. Najwyraźniej dla jurystów decydującym aspektem sprawy było nastawienie sprawcy (umyślność) oraz fakt, iż czyn został już popełniony. Powyższy wniosek można uznać za uzasadniony, należy jednak pamiętać, iż

²⁵ D. 49.16.5: *Non omnes desertores similiter puniendi sunt, sed habetur et ordinis stipendiorum ratio, gradus militiae vel loci, muneris deserti et anteaetae vitae: sed et numerus, si solus vel cum altero vel cum pluribus deseruit, aliudve quid crimen desertioni adiunxerit: item temporis, quo in desertione fuerit: et eorum, quae postea gesta fuerint. sed et si fuerit ultro reversus, non cum necessitudine, non erit eiusdem sortis.*

²⁶ Por. cytowany wyżej D. 49.16.5: *...item temporis, quo in desertione fuerit.* Zob. też D. 49.16.5.4. Por. art. 340 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr. 88, poz. 553 ze zm.).

²⁷ Zob. D. 49.16.3.2-3. Por. G. Kuleczka, op. cit., s. 87–88.

²⁸ Por. D. 48.3.14pr.; 49.16.4.15; 49.16.14.1. Zob. G. Kuleczka, op. cit., s. 87–88.

²⁹ Tak T. Mommsen, op. cit., s. 1044; A. Riechelmann, op. cit., s. 148; T. Mayer-Maly, op. cit., s. 315 przyp. 27; P. Kubiak, *Nemo enim...*. Inaczej W. Waldstein, op. cit., s. 1008.

³⁰ Dodatkowo, co wynika z analiz podjętych przez L. Fulkerson (op. cit., s. 161–185), czynny żal stanowił specyficzny element manipulacji społecznej oraz wykorzystywania emocji żołnierzy rzymskich.

³¹ Należy pamiętać o dość wyjątkowej sytuacji ułaskawiania osób, które w ciągu 20 dni oddały niewolnika właścicielowi. Jak już podkreślono, pomimo iż mechanizm ten przypomina czynny żal, inicjatywa podjęcia takiego zachowania ma charakter zewnętrzny – to naciski władz, a nie dobrowolne wyrażenie skruchy i chęci poprawy.

sformułowany on został jedynie na podstawie tych kilku źródeł, które na dodatek dotyczą wyłącznie przestępstw przeciwko mieniu³².

Z powodu braku innych źródeł prawnych trudno odnieść się do pozostałych czynów umyślnych, choć możliwe jest rozważenie kilku hipotez. Brak wzmianek o bezskuteczności czynnego żalu w pismach jurystów świadczyć może bowiem o pewnej oczywistości takiego faktu lub przynajmniej o braku związanych z tym problemów prawnych. Jeśli bowiem przyjąć, iż dla antycznych Rzymian ewidentne było, iż w przypadku umyślnie wyrządzonego zła żaden żal nie spowoduje uwolnienia od odpowiedzialności, to nie potrzeby komentowania takich sytuacji. Weryfikację takiego założenia stanowią mogą zaprezentowane niżej wyniki badań społecznej opinii na temat roli żalu w starożytności³³.

Dodatkowo warto zauważyć, iż w antycznym Rzymie jedynie w przypadku nielicznych przestępstw możliwe było w ogóle przywrócenie stanu początkowego. Spośród nich najwidoczniej w stosunku do omawianych wyżej stanów faktycznych (przestępstw przeciwko mieniu) zrodziły się wątpliwości odnośnie do znaczenia prawnego żalu i prób naprawienia szkody. Istotne, iż są to delikty, a więc czyny, które przede wszystkim godzą w interes jednostki. Być może właśnie ten element wywołał pewne wątpliwości, które musiały zostać rozwiane przez jurystów, autorytarnie wskazujących właściwą drogę postępowania oraz kwalifikacji prawnej aktów tego typu³⁴. Godne podkreślenia jest, że wymienione przestępstwa przeciwko mieniu stoją niejako na granicy pomiędzy prawem publicznym a prawem prywatnym. Z jednej strony bowiem skutkują osobistą szkodą, która może być naprawiona działaniem sprawcy, z drugiej zaś naruszają interes publiczny, który wymaga ukarania przestępcy³⁵. Opinia jurystów, potwierdzająca bezskuteczność czynnego żalu, wyraźnie wskazuje na prymat interesu państwa w tym zakresie. Nawet w przypadku zaspokojenia poszkodowanego, sprawca naruszający porządek społeczny musi ponieść tego konsekwencje.

Odnosząc się do powyższej hipotezy, warto zwrócić uwagę na badania dotyczące społecznej roli żalu w społeczeństwie antycznego Rzymu. Z analiz przeprowadzonych przez Laurel Fulkerson wynika kilka dosyć zaskakujących wniosków³⁶.

³² W ten sposób można zakwalifikować również ucieczkę niewolnika. Jak wyżej zaznaczono, niewolnik kradnie niejako sam siebie. Regulacja ta zatem odbiega od rozwiązań przyjętych w polskim prawie karnym w odniesieniu do naprawienia szkody wyrządzonej przy przestępstwach przeciwko mieniu (zob. art. 295 k.k.).

³³ Oczywiście taką przyczynę może też stanowić selekcja dokonana przy kompilowaniu *Digestów*, jest to chyba jednak mniej prawdopodobne (zob. dalsza analiza).

³⁴ Jak zostało to zasygnalizowane, we wszystkich omawianych kazusach, także w przypadku ucieczki niewolnika, właściciel rzeczy miał możliwość porozumienia się ze sprawcą, który uniknąłby w ten sposób kary. Juryści zatem musieli jednoznacznie wskazać, iż nadal zasługuje on na wymierzenie kary ze względu na interes publiczny. Wątpliwości tego typu nie powstawały oczywiście w przypadku *crimina publica*, stąd też być może brak przekazów na ich temat.

³⁵ Zob. W. Waldstein, op. cit., s. 1001.

³⁶ Zob. L. Fulkerson, op. cit., s. 213–219.

Przede wszystkim antyczni Rzymianie inaczej postrzegali znaczenie żalu. Poza nielicznymi wyjątkami nie był on wiązany z poprawą, wolą pozytywnej zmiany swojego zachowania, lecz z przyznaniem się do błędu oraz z potwierdzeniem, iż w ogóle nie powinno się zachować w dany sposób. Zmiana zdania oznaczała w ich mniemaniu nie tylko swoiste przyznanie się do winy, ale również okazanie pewnej słabości w chwili popełniania czynu. Dla Rzymian bowiem cnotą była konsekwencja oraz spójność zachowań – żal podkreślał więc nie tylko fakt popełnienia błędu, ale również pewną istotną wadę charakteru, a do tego bez wątpienia ciężko było się przyznać³⁷. Nie dziwi zatem konkluzja, iż rzymska arystokracja oraz przedstawiciele wyższych sfer nie okazywały żalu na forum publicznym, lecz ignorowały popełniony błąd, uzasadniały go, zbijały itp. Co do zasady również osoby dojrzałe zachowywały się w ten sposób w sytuacjach prywatnych, a zmiana zdania lub skrucza były akceptowane jedynie u osób z niższych warstw społecznych, kobiet oraz u ludzi młodych jako element kształtowania się ich charakteru. Zdaniem Rzymian mądry ludzie nie żałują swoich czynów – od razu postępują właściwie. Z tego powodu też okazywanie żalu było niezbędnym elementem skruchy jedynie w przypadku działań podjętych w gniewie lub pod wpływem błędu lub nieświadomości. Przedstawiony pogląd dominował z pewnością do czasów triumfów chrześcijaństwa, zmiana tego paradygmatu jednak zachodziła bardzo powoli i najprawdopodobniej do przełomu w światopoglądzie doszło dopiero pod koniec IV wieku n.e.³⁸ Znając wnioski płynące z prowadzonych badań, trudno się dziwić, iż w podobny sposób juryści postrzegali rolę czynnego żalu. Nie stanowił on zatem przesłanki chęci poprawy u sprawcy, lecz raczej przyznanie się do winy oraz wyrządzonego zła. Tym bardziej iż przestępca zmieniał sposób swojego zachowania, co negatywnie wpływało na ocenę jego charakteru.

Przytoczone źródła pokazują, że okazanie skruchy po dokonaniu przestępstwa umyślnego nie było brane pod uwagę przez sędziów przy ustalaniu odpowiedzialności sprawcy. Inaczej jednak kwalifikowana była przez nich sytuacja, gdy dochodziło do czynnego żalu w postaci dobrowolnego zaniechania popełnienia czynu³⁹. W tym wypadku bowiem, głównie ze względu na moment podjęcia działań, a więc przed dokonaniem przestępstwa, sprawca mógł liczyć na darowanie kary. Sędzia mógł tak orzec z pewnością w odniesieniu do fałszerzy monet w antycznym Rzymie⁴⁰.

D. 48.10.19pr. (*Paulus 5 sent.*): *Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio iustae paenitentiae absolvuntur.*

³⁷ Tym bardziej iż – jak wynika z analizy tekstów źródłowych – Rzymianie nie odróżniali od siebie tak wyraźnie zachowania oraz cech charakteru. Zmiana zachowania zatem traktowana była bardziej poważnie i wywoływała poważniejsze konsekwencje – zob. *ibidem*, s. 188–189. Wyjaśnia to więc doskonale, czemu za cnotę uważano konsekwencję w działaniu.

³⁸ *Ibidem*, s. 213.

³⁹ Odstąpienie od popełnienia czynu mogło mieć miejsce na etapie przygotowania lub usiłowania – por. art. 15 oraz art. 17 k.k.

⁴⁰ Zob. T. Mommsen, *op. cit.*, s. 670; W. Waldstein, *op. cit.*, s. 1000; A. Riechelmann, *op. cit.*, s. 144.

Kto bił fałszywe monety, lecz zaniechał ich całkowitego ukończenia, mógł być zatem uwolniony z powodu słusznego żalu. W tym wypadku *iusta paenitentia* polegała przede wszystkim na tym, że sprawca nie ukończył produkcji sfalszowanych pieniędzy, a więc skutecznie odstąpił od popełnienia tego przestępstwa. Widać więc wyraźnie, iż nawet pomimo znacznego natężenia złej woli przestępcy (przestępstwo umyślne) oraz ciężaru czynu (fałszerstwo monet karane było nawet śmiercią⁴¹), czynny żal w tej postaci powodował niewinnienie sprawcy.

Zastanawiać może fakt, iż powyższe źródło jest jedynym zachowanym fragmentem przewidującym skutki prawne czynnego żalu w postaci odstąpienia od dokonania czynu. Nasuwa się bowiem oczywiste pytanie, pomijając w tym momencie kwestie ewentualnych interpolacji, z jakiego powodu przestępstwo to zostało potraktowane tak odmiennie i wyjątkowo. Z pewnością nie chodzi o niewielki ciężar popełnionego czynu, należał on bowiem do bardzo surowo karanych, godził bowiem w interes państwa oraz godność cesarza. Brak wzmianek o skuteczności czynnego żalu w innych przypadkach badacze tłumaczą najczęściej niekaralnością usiłowania⁴². Taka sytuacja bowiem wyklucza potrzebę formułowania dodatkowych regulacji w tym zakresie – czyn niedokonany był po prostu niekaralny. Tym bardziej iż z chwilą odstąpienia od jego popełnienia, zanim wystąpią jakiegokolwiek jego skutki, zmienia się nastawienie sprawcy – nie chce on już popełnić przestępstwa. Trudno mu więc przypisać winę na tym etapie. W mniemaniu jurystów nie było więc pewnie potrzeby komentowania sytuacji tego typu. Fałszerstwo monet jednak posiada pewne cechy charakterystyczne, odróżniające je od pozostałych przestępstw – długość trwania oraz pewne widoczne jego efekty już na etapie przygotowania. Czyn ten zatem nie tylko może dość znacznie rozciągać się w czasie, ale też przez cały ten okres sprawca dokonuje pewnych czynności zmierzających do ostatecznego ukończenia fałszerstwa – gromadzi materiały, odpowiednie narzędzia, przystępuje do wstępnej obróbki, formuje monety itp. Ten fakt mógł wywołać pewne wątpliwości co do kwalifikacji prawnej takich czynności. Z jednej strony bowiem przestępstwo nie zostało jeszcze dokonane, z drugiej zaś sprawca podjął już pewne działania oraz uzyskał ich fizyczne rezultaty. Dopóki jednak nie ukończył swojego „dzieła”, w opinii Paulusa pozostawał bezkarny. Tych cech pozbawione były co do zasady pozostałe przestępstwa antycznego Rzymu – ich skutek następował niejako od razu, bez pośrednich oraz dostrzegalnych efektów czynności sprawcy.

⁴¹ D. 48.10.1.13: *Poena falsi vel quasi falsi deportatio est et omnium bonorum publicatio: et si servus eorum quid admiserit, ultimo supplicio adfici iubetur* D. 48.10.8: *Quicumque nummos aureos partim raserint, partim tinxerint vel finxerint: si quidem liberi sunt, ad bestias dari, si servi, summo supplicio adfici debent*.

⁴² A. Riechelmann, op. cit., s. 148. W przypadku pewnych przestępstw, szczególnie w późniejszym okresie tworzenia prawa rzymskiego, usiłowanie było karalne – zob. M. Dyjakowska, *Cogitationis poenam nemo patitur – karalność zamiaru i usiłowania w rzymskim prawie karnym*, [w:] B. Sitek, K. Naumowicz, K. Zaworska (red.), *Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim*, Olsztyn 2012, s. 31–44.

Inaczej prezentuje się kwestia skutków czynnego żalu na gruncie przestępstw nieumyślnych, popełnionych na skutek błędu. W tym wypadku staje się on niejako koniecznym warunkiem niekaralności sprawcy. Uświadamiając sobie pomyłkę, winowajca powinien naprawić wyrządzone zło i odwrócić skutki swojego działania. Juryści doszli do takiego rozwiązania, komentując sankcje karne za przestępstwo *incestum*.

Coll. 6.6.1 (*Papinianus de adulteris*): *Qui sororis filiam uxorem duxerat per errorem, antequam praeveniretur a delatore, diremit coitum: quaero an adhuc possit accusari? Respondit: ei qui coitu sororis filiae bona fide abstinuit, poenam remitti palam est, quia qui errore cognito diremit coitum, creditur eius voluntatis fuisse, ut, si scisset se in eo necessitudinis gradu positum, non fuisset tale matrimonium copulaturus.*

Papinian otrzymał najprawdopodobniej pytanie, czy jeśli ktoś wziął sobie za żonę córkę swojej siostry, działając w błędzie (*per errorem*) i zanim na niego doniesiono, zerwał ten związek, to czy może być postawiony w stan oskarżenia. Udzielając negatywnej odpowiedzi, podkreślił, iż powinno mu się darować karę, gdyż po odkryciu swojego błędu w dobrej wierze i z własnej woli zerwał taką relację⁴³. Jeśli wiedziałby bowiem o tym fakcie od początku, to nie zawarłby w ogóle takiego małżeństwa. Najwyraźniej zatem w przypadku popełnienia przestępstwa pod wpływem błędu niezbędną przesłanką uniknięcia odpowiedzialności karnej było okazanie czynnego żalu, a więc skuteczne usunięcie skutków swojego czynu⁴⁴. Rozwiązanie takie jest również zgodne z ustaleniami poczynionymi przez Laurel Fulkerson – sprawca może w tym wypadku okazać żal, gdyż nie przyznaje się do zawinonego działania, lecz do zwykłej pomyłki. Takie działanie nie umniejsza jego statusu ani nie wpływa negatywnie na społeczną ocenę jego charakteru. Wręcz przeciwnie – jest ono pożądane i konieczne do uchylecia się od odpowiedzialności karnej. Trudno orzec z braku źródeł, jak wyglądało stanowisko jurystów w innych przypadkach przestępstw popełnionych pod wpływem błędu. Biorąc jednak pod uwagę przedstawiony tok rozumowania, można chyba bez większego ryzyka przyjąć, iż ich opinia byłaby podobna do zaprezentowanej. Oczywiście w sytuacjach, gdzie możliwe było przywrócenie stanu poprzedniego.

Powyższe wnioski warto skonfrontować z informacjami zawartymi w pismach retorycznych. Prace te, niejednokrotnie o charakterze podręcznikowym (w szczegól-

⁴³ Podobnie Coll. 6.5.1 Diocletianus: *His, qui incestas nuptias per errorem contrahunt, ne poenis subiciantur, ita demum clementia principum subvenit, si postea quam errorem suum rescierint, ilico nefarias nuptias diremerint*. Por. też D. 48.5.39.6 oraz C. 5.5.4.1-2.

⁴⁴ Por. J. Misztal-Konecka, op. cit., s. 100. Ten sam sposób rozumowania opisany został wyżej w odniesieniu do osób, które znalazły w swoich posiadłościach zbiegłych niewolników. Trudno znaleźć odzwierciedlenie tej argumentacji w rzymskich źródłach retorycznych. Dokładnie taką koncepcję opisuje jednak Arystoteles w swojej *Etyce Nikomachejskiej* (1110 b 18): „Co się tyczy czynów dokonywanych skutkiem nieświadomości, to żaden z nich nie jest od woli zależny, niezależne zaś od niej są tylko te, które wywołują żal i skrucę; bo jeśli ktoś uczyniwszy coś skutkiem nieświadomości, nie odczuwa wcale żalu z powodu swego postępkę, to nie uczynił wprawdzie tego, z czego sobie nie zdawał sprawy, zgodnie ze swą wolą, ale nie czynił znowuż tego wbrew swej woli, skoro go to przecież nie martwi” (tłum. D. Gromska).

ności dalej powoływana *Rhetorica ad Herennium*), stanowiły często zbiór praktycznych porad oraz wytycznych skierowanych do obrońców lub oskarżycieli, w jaki sposób najskuteczniej pełnić swoją funkcję przed sądem. Oprócz oczywistych uwag z zakresu retoryki *sensu stricto*, dotyczących na przykład argumentacji oraz sposobów wpływania na emocje sędziów, odnaleźć w nich można również odniesienia do konkretnych okoliczności lub „instytucji” prawnych, których powołanie wpływało na ocenę zakresu odpowiedzialności oskarżonego. W tym kontekście zatem stanowić mogą niezmiernie wartościowe źródło informacji na temat rozwiązań stosowanych w rzymskim prawie karnym. Z dużym prawdopodobieństwem bowiem przyjąć można, iż autorzy tych podręczników przekazywali najskuteczniejsze metody obrony oskarżonego, zgodne z obowiązującym stanem prawnym⁴⁵.

Na początku warto ustalić, czy na podstawie świadectwa pism retorycznych w ogóle dopuszczalne było powołanie się przed sądem na czynny żal sprawcy. Okazuje się, że zgodnie z treścią *Rhetorica ad Herennium*, istniała taka ewentualność. Obrońca mógł zaakcentować przejawy skruchy oskarżonego oraz jego wolę naprawienia szkody podczas prezentowania dowodów służących złagodzeniu grożącej mu kary (*rationes constitutionis*). Pośród takich okoliczności bowiem, jak motywacja sprawcy i wcześniejszy tryb jego życia, sposób popełnienia przestępstwa oraz poszlak innego rodzaju, mógł on również podkreślić kwestię zachowania się sprawcy po popełnieniu czynu zabronionego (*consecutio*)⁴⁶.

Rhet. Her. 2.8: Consecutio est, cum quaeritur, quae signa nocentis et innocentis consequi soleant. Accusator dicet, si poterit, adversarium, cum ad eum ventum sit, erubuisse, expalluisse, titubasse, inconstanter locutum esse, concidisse, pollicitum esse aliquid; quae signa conscientiae sint. Si reus horum nihil fecerit, accusator dicet eum usque adeo praemeditatum fuisse, quid sibi esset usu venturum, ut confidentissime resisteret et responderet; quae signa confidentiae, non innocentiae sint. Defensor, si pertimuerit, magnitudine periculi, non conscientia peccati se commotum esse dicet; si non pertimuerit, fretum innocentia negabit esse commotum.

Zachowanie się sprawcy po popełnieniu czynu można zatem uznać za swego rodzaju wskazówkę na temat stopnia jego zawinienia bądź też niewinności. Autor *Rhetorica ad Herennium* zaliczył do faktów mających ujawnić motywację oskarżonego takie jego zachowania, jak czerwienie się, okazywanie wstydu, bladnięcie, jękanie, zasłabnięcie oraz różnego rodzaju obietnice czynione względem ofiary przestępstwa. Przy czym, zgodnie z tokiem jego narracji, powyższe zachowania mogą być podkreślone zarówno przez obrońcę, jak i oskarżyciela – przez każdego z nich stosownie do zamierzonego celu. Oskarżyciel będzie więc próbował wykazać, iż potwierdzają one winę sprawcy, brak takich oznak natomiast uzna za przejaw premedytacji złoczyńcy. Podobnie odpowiedzi pewnego siebie oskarżonego mogą być zinterpretowane przez obrońcę jako dowody jego niewinności, przez oskarży-

⁴⁵ Uwagi na temat znajomości prawa przez retorów – zob. O.E. Tellegen-Couperus, *Quintilian and Roman Law*, RIDA 47/2000, s. 167–177 oraz J. W. Tellegen, *Law and Rhetoric in the causa Curiana*, OIR: “Journal of Ancient Law Studies” 6/2000, s. 171–203.

⁴⁶ J. Sondel, *op. cit.*, s. v. *consecutio*.

ciela zaś jako przejawy potwierdzające jego winę. Stosując więc zaprezentowaną w tym miejscu argumentację, z powodzeniem można chyba przyjąć, iż również próby naprawienia wyrządzonego zła w postaci czynnego żalu mogą być wykorzystywane przez obronę jako fakty przemawiające na korzyść oskarżonego. Być może to miał na myśli autor, odnosząc się do obietnic składanych ofierze przestępstwa. Tym bardziej jeśli faktycznie uda się sprawcy w ten sposób w pełni naprawić poczynione szkody. Nie ma wątpliwości jednak, że ten fakt może stanowić również skuteczne narzędzie w rękach zręcznego oskarżyciela, podnoszącego tę okoliczność jako dowód winy oskarżonego.

W tym miejscu warto zadać sobie pytanie, czyja argumentacja, obrońcy czy oskarżonego, zyskiwała sobie większą przychylność sędziów. Źródła prawne dosyć jednoznacznie sugerują tego drugiego – w przypadku przestępstw umyślnych żal traktowany był raczej jako potwierdzenie winy aniżeli okoliczność łagodząca wymiar kary. Potwierdzenie tego sposobu myślenia odnaleźć można w pierwszej księdze *Rhetorica ad Herennium*. Opisane są w niej rozmaite sposoby obrony oskarżonego, do których zaliczona została również *concessio*, a więc przyznanie się do popełnienia czynu⁴⁷. Może ona jednak przyjąć dwojaką postać: przyznanie się do popełnienia czynu z jednoczesnym powołaniem się na brak winy (*purgatio*) albo przyznanie się do zawinionego działania z jednoczesną prośbą o darowanie kary (*deprecatio*). W tym drugim przypadku zatem oskarżony nie tylko przyznawał się do popełnienia czynu, ale również do działania w sposób umyślny, mimo to jednak wnosił o uwolnienie od kary. Samo to zachowanie mogło więc stanowić swoisty akt skruchy oraz wyraz woli przeproszenia za dokonane przestępstwo. Sędzia analizujący ewentualną prośbę tego rodzaju badał oczywiście całokształt sytuacji osobistej sprawcy⁴⁸. Dopiero w wyniku takiej oceny decydował o losach oskarżonego.

Rhet. Her. 1.24: *Deprecatio est, cum et peccasse se et consulto fecisse confitetur, et tamen postulat, ut sui misereantur Hoc in iudicio fere non potest usu venire, nisi quando pro eo dicimus, cuius multa recte facta extant, hoc modo: in loco communi per amplificationem iniciemus: "quodsi hoc fecisset, tamen ei pro pristinis beneficiis ignosci conveniret, verum nihil postulat ignosci". Ergo in iudicium non venit: at in senatum, ad imperatorem et in consilium talis causa potest venire.*

Jak zostało to zaznaczone wyżej, *deprecatio* stanowiła przyznanie się zarówno do popełniania czynu, jak i winy umyślnej oraz prośbę o ułaskawienie. Autor *Rhetorica ad Herennium* podkreśla jednak wyraźnie, iż wnioski tego rodzaju były rzadko-

⁴⁷ *Rhet. Her.* 2.16: *Concessio est per quam nobis ignosci postulamus. Ea dividitur in purgationem et deprecationem. Purgatio est cum consulto a nobis factum negamus. Ea dividitur in necessitudinem, fortunam, imprudentiam...* Zob. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2001, s.v. *concessio* – darowanie winy, uznanie winy z prośbą o przebaczenie. W cytowanym fragmencie termin *concessio* ma trochę szersze znaczenie, a przez uznanie winy z prośbą o przebaczenie należałoby rozumieć *deprecatio* – zob. ibidem, s.v. *deprecatio, purgatio*. Na temat *purgatio* oraz *concessio* zob. P. Kubiak, *Czyn Patroklosa...*, s. 77.

⁴⁸ Szerzej na ten temat, zob. *Rhet. Her.* 2.25-26.

ścią w sądach zwyczajnych, zdarzały się częściej w innego rodzaju postępowaniach, np. przed senatem lub cesarzem. Sytuacje te z pewnością nie należały do częstych. Nie powinno to jednak dziwić, mowa jest bowiem w tym wypadku o przestępstwach umyślnych, a więc dokonanych celowo i świadomie⁴⁹. Wyjątkowo jednak próśby tego typu mogły być uwzględnione przez sędziego, gdy oskarżony miał liczne zasługi i prowadził praworządny tryb życia (*cuius multa recte facta*), a popełniony czyn był prawdopodobnie pierwszym tego rodzaju. Zakładać można jedynie, że sprawca, w celu wzmocnienia niejako siły wyrażanego żalu, niejednokrotnie próbował naprawić wyrządzoną szkodę oraz odwrócić skutki swego działania, aby tym samym wpłynąć na decyzję sędziego. Mimo to czynny żal co do zasady nie był brany przez niego pod uwagę.

Z przeprowadzonej analizy wynika, iż choć juryści rzymscy nie stworzyli usystematyzowanej instytucji czynnego żalu, to znali i stosowali rozwiązania prawne oparte na tym sposobie rozumowania. Co więcej, uzupełniające się wnioski wynikające z pism retorycznych oraz prawniczych wskazują, iż w przypadku popełnienia przestępstwa umyślnego nie odgrywał on prawie żadnej roli przy łagodzeniu odpowiedzialności sprawcy. Takie konkluzje wynikają z cytowanych wyżej fragmentów *Digestów* dotyczących przestępstw przeciwko mieniu, można jednak z powodzeniem przyjąć, iż odnosiły się także do pozostałych czynów zabronionych. Zgodnie ze społeczną opinią na temat znaczenia żalu, takie zachowanie przestępcy potwierdzało przede wszystkim fakt, iż dokonał on czynu umyślnie i świadomie⁵⁰. Ponadto zmiana zdania w tym momencie rzutowała na całościową ewaluację jego charakteru oraz postępowania.

Inaczej kwestia ta kształtowała się w przypadku dobrowolnego zaniechania popełnienia przestępstwa. Z uwagi na generalny brak karalności przygotowania oraz usiłowania w rzymskim prawie karnym, zachował się jedynie jeden przypadek potwierdzający skuteczność czynnego żalu w tej postaci, a dotyczył on fałszerstwa monet. Najprawdopodobniej powstała pewna wątpliwość, jak potraktować sytuację, gdy przestępca nie dokonał jeszcze czynu, był na etapie przygotowań, ale jednocześnie zaistniały już rezultaty jego działań. Z dość oczywistych względów czynny żal mógł być też uwzględniony w przypadku przestępstw nieumyślnych – nieświadomie zawarte małżeństwo z córką siostry nie wywoływało negatywnych konsekwencji na gruncie prawa karnego, jeśli zostało dobrowolnie zerwane. Juryści podobnie też traktowali pewnie inne, analogiczne sytuacje, o ile oczywiście możliwe było przy-

⁴⁹ W prawie rzymskim umyślność czynu obejmowała zarówno element świadomości (*sciens*), jak i woli (*dolus malus*) – zob. J. Misztal-Konecka, *Incestum...*, s. 98; K. Amiełańczyk, *Crimina...*, s. 127 i n. Zob. też G.D. McCormack, „*Sciens dolo malo*”, [w:] *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, Napoli 1983, s. 1448 i n.; idem, *Dolus in Republican Law*, BIDR 27/1985, s. 1–38; L. Winkel, „*Sciens dolo malo*” et „*ope consiliove*”: *acêtres de conception modernes?*, [w:] *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, s. 571–585.

⁵⁰ Warto pamiętać, iż powyższy paradygmat uległ zapewne zmianie w IV wieku n.e. na skutek wpływów chrześcijaństwa. Do wyjątków od tej zasady zaliczyć też można regulacje prawa wojskowego dotyczące dezercji i karania żołnierzy. Obie kwestie wymagają jednak dalszych analiz.

wrócenie stanu początkowego⁵¹. W tych wypadkach czynny żal stanowił niejako warunek konieczny bezkarności za dokonany czyn – sprawca musiał odwrócić skutki swoich działań, aby być uwolnionym od odpowiedzialności.

Summary

Active remorse as a mitigating circumstance in the light of juristic and rhetorical sources

Key words: Roman law, criminal law, active remorse, mitigation of penalty, exonerative circumstances.

Roman jurists did not create systematized institutions of Roman criminal law. However, they knew and used solutions known to modern legal systems. One of them is active remorse. There are only few legal sources concerning the matter, but historical and rhetorical texts can be very supportive in that area. According to jurists' writings, active remorse did not cause any effects in case of perpetration of intentional crimes, with some exceptions in the field of Roman military law. Also in later times, this rule could be changed as a result of influence of Christianity on Roman society. However, active remorse produced legal results in the event of abandonment of perpetration (*falsum*), as well as in case of unintentional crimes (*incestum*). Moreover, in handbooks of Roman rhetoric, such as *Rhetorica ad Herennium*, there are few instructions of how to defend or accuse criminals in most efficient way. Among them, there are some hints concerning the role of remorse in different parts of defendant's speech, like *deprecatio* or *consecutio*, which are in accordance with jurists' opinions.

⁵¹ Brak jednak innych źródeł potwierdzających to założenie, poza cytowaną wyżej regulacją dotyczącą oddawania zbiegłych niewolników znalezionych w swoich majątkach.