

Tortury a kara za nieposłuszeństwo w austriackich procedurach karnych epoki oświecenia

Abstract

Torture and Punishment for Disobedience in the Austrian Penal Procedures during the Period of the Enlightenment

In the introduction to the article, the origins of the inquisition al trial as well as the institution of torture were presented with special emphasis on the role of Pope Innocent III in formulating and systematizing the principles of inquisition al procedure in the canon law. The principles of this procedure were briefly outlined. The German-wide *Constitutio Criminalis Carolina* of 1532 was analyzed in respect of evidence proceedings and the institution of torture. Subsequently, the procedure associated with the use of torture as described in *Constitutio Criminalis Theresiana* of 1768, the last Austrian code of law permitting torture, was presented. The author also compared the resolutions relating to torture and contained in the above-mentioned codes of law. The negative and positive opinions of the representatives of the world of learning as well as men of law, concerning the institution of torture were subsequently presented. The subsequent section of the article deals with the institution of punishment for disobedience as found to the Austrian penal procedures from the years 1788–1803, and more precisely contained in the Criminal Proceedings Ordination of Joseph II of 1788, in the Penal Statute of Western Galicia of 1796 and in Franciscana of 1803, that is in the “Book of Laws relating to Criminal Offences and serious police crimes.” The evolution of the regulations concerning the institution of punishment for disobedience contained in the above-mentioned statutory laws was presented. The author also described the modification of the positive legal evidence theory in the direction of a negative legal evidence theory, introduced within the Criminal Proceedings Ordination of Joseph II. The opinions of lawyers with regard to punishment for disobedience were also discussed. In the final part of the article, the author compares the institution of torture and punishment for disobedience and emphasizes that punishment for disobedience was perceived as a measure serving to maintain proper order in the course of the proceedings, that is, the so called *Ordnungsmittel*. Torture, on the other hand, was defined as *Zwangsmittel*. It was emphasized that torture was an inseparable element of an inquisition al trial and was associated with the legal evidence theory which was mandatory during such trials. Finally, it was pointed out that the vacuum after torture was filled by two measures, namely: punishment for suspicion (*Verdachstrafe*) and punishment for disobedience (*Ungehorsamstrafe*).

Key words: inquisition trial, torture, punishment, *Constitutio Criminalis Carolina*, *Constitutio Criminalis Theresiana*, Criminal Proceedings Ordination, Franciscana, Penal Act of Western Galicia,

Book of Laws relating to criminal offences and serious police crimes, legal evidence theory, punishment for disobedience

Słowa kluczowe: proces inkwizycyjny, tortury, kara, *Constitutio Criminalis Carolina*, *Constitutio Criminalis Theresiana*, Ordynacja karnoprocesowa, Franciszkana, Ustawa karna zachodniogalicyska, Księga ustaw na zbrodnie i ciężkie policyjne przestępstwa, legalna teoria dowodowa, kara za nieposłuszeństwo

1. Wprowadzenie

Instytucje kary za nieposłuszeństwo i tortur są nierozzerwalnie związane z procesem inkwizycyjnym i z obowiązującą w jego ramach legalną teorią dowodową¹. Niniejsze opracowanie ma na celu przybliżenie instytucji kary za nieposłuszeństwo przy uwzględnieniu austriackiego porządku prawnego drugiej połowy XVIII w. i początku XIX w., a także jest próbą komparacji tych instytucji². W ramach niniejszego opracowania zostaną poddane analizie ogólnoniemiecka, podstawowa dla ugruntowania się procesu inkwizycyjnego w Europie, *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r., a także wybrane austriackie kodyfikacje doby oświecenia, takie jak *Constitutio Criminalis Theresiana* z 1768 r., Ordynacja karnoprocesowa Józefa II z 1788 r., Ustawa karna zachodniogalicyska z 1796 r. oraz Franciszkana z 1803 r. W rozwoju europejskiego prawodawstwa przełomowym okresem była bowiem druga połowa XVIII w. oraz XIX w. Nastąpiła wówczas zmiana celów ustawodawstwa i jego jakości. Stworzenie sprawnie funkcjonującego państwa wymagało zapewnienia jednorodności prawa, jego pewności i zgodności. Co więcej, kształtowały się wówczas modele prawa oparte na nowych ideach związanych z humanitaryzmem i demokratyzmem.

Kwestia tortur lub – szerzej – stosowania przemocy w ramach prowadzonego postępowania pozostaje aktualna, a świadczy o tym przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1984 r. „Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania”³. Proces związany z likwidacją przemocy w ramach postępowania karnego, który rozpoczął się w oświeceniu, trwa nadal. W związku z tym aktualnym zagadnieniem pozostaje stosowanie przemocy w postępowaniu karnym po zniesieniu tortur w monarchii habsburskiej, gdy nadal obowiązywały zasady procesu inkwizycyjnego.

Kształtowanie się tego procesu było długotrwałym procesem. Jego geneza sięga starożytności. Dopiero Kościół zaadoptował jednak ten rodzaj postępowania do własnych celów, doprowadzając do jego upowszechnienia⁴. Za osobę, która wywarła największy wpływ na sformułowanie i jednocześnie usystematyzowanie zasad postępowania

¹ Na temat zastosowania tortur w Anglii zob. K. Baran, *Tortury w angielskim procesie karnym*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” (dalej: CPH) 1979, t. 31, z. 2, s. 57–76.

² Zagadnienia prawa karnego materialnego zostały poddane wnikliwej teoretycznoprawnej analizie przez S. Salmonowicza w dysertacji pt. *Pravo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przełomu XVIII/XIX w.*, „Roczniki Towarzystwa Naukowego w Toruniu” 1966, R. 71, z. 3.

³ Dz.U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378.

⁴ Więcej na temat wykorzystywania przez Kościół prawa rzymskiego zob. A. Dębiński, *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin 2007.

inkwizycyjnego w ramach prawa kanonicznego, należy uznać papieża Innocentego III (1161–1216)⁵.

Zgodnie z zasadami określonymi przez bullę *Qualiter et quando*, a także bullę z roku 1212, ukaranie mogło nastąpić tylko w przypadku bezspornego udowodnienia winy. Sędzia przed wszczęciem postępowania sądowego musiał sprawdzić pochodzenie i rzetelność uzyskanych informacji⁶. Oskarżony miał prawo zapoznać się ze zgromadzonymi przeciwko niemu dowodami, na przykład treścią obciążających go zeznań i nazwiskami oskarżycieli. Za Innocentego III nie posługiwano się torturami⁷. Proces pozostawał niesformalizowany, a wszelkie braki pojawiające się w trakcie jego prowadzenia można było poprawić. Poza tym nie toczył się w siedzibie sądu. Sędzia udawał się na miejsce popełnienia przestępstwa. Ciążył na nim obowiązek bezpośredniego zbadania sprawy i zapoznania się z materiałem dowodowym. Nie opracowano wówczas teorii dowodów formalnych⁸. Ważną rolę odgrywało przyznanie się oskarżonego do winy. Jego uzyskanie nie powodowało jednak zaniechania wykonania dalszych czynności przez sędziów, którzy nadal gruntownie badali cały materiał dowodowy występujący w sprawie⁹.

Wskazuje się, że załączki legalnej oceny dowodów, czyli zasady ich prawnej oceny, pojawiły się w procesie kanonicznym wszczynanym z urzędu. W sprawach świeckich z kolei zaczęła się ona rozpowszechniać od XII w. jako reakcja na irracjonalne ordalia¹⁰. Z biegiem czasu coraz większe znaczenie zyskiwało przyznanie się oskarżonego do winy, a w związku z tym przesłuchanie przy jednoczesnym zastosowaniu tortur¹¹. Rozpowszechnienie tortur nastąpiło po 1252 r., gdy papież Innocenty IV (1180/1190–1254) wydał bullę zezwalającą na ich użycie w celu uzyskania przyznania się do winy oskarżonego¹².

⁵ A. Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1864*, Paderborn 2002, s. 48.

⁶ P. Kras, *Ad abolendam diversarum haeresium pravitatem. System inkwizycyjny w średniowiecznej Europie*, Lublin 2006, s. 190, 191.

⁷ A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2008, s. 425–427.

⁸ J. Koredczuk, *Legalna teoria dowodowa i jej wpływ na rozwój inkwizycyjnego procesu karnego* [w:] *Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego*, t. XII, red. J. Malec, J. Matuszewski, W. Witkowski, Kraków–Lublin–Łódź 2009, s. 85.

⁹ W. Abraham, *Proces inkwizycyjny w ustawach Innocentego III i we współczesnej nauce*, „Rozprawy i Sprawozdania z Posiedzeń Wydziału Historyczno-Filozoficznego Akademii Umiejętności” 1887, t. 20, s. 366–403.

¹⁰ Ordalia zostały zniesione w 1215 r. na soborze laterańskim IV. Należy zaznaczyć, że w Anglii jeszcze przed 1215 r. sceptycznie podchodzono do ordaliów i współprzysięgi. Według Asyzy Klarendońskiej i Asyzy z Northampton (XII w.) pomimo pozytywnego wyniku ordaliów czy współprzysięgi oskarżony nie był całkowicie zwolniony z zarzutów, gdy sprawa dotyczyła niektórych poważnych przestępstw, a dodatkowo sąsiedzi oskarżonego wyrazili o nim negatywną opinię jako o człowieku cieszącym się złą sławą. Za: K. Baran, *Tortury...*, s. 62. Zob. także *idem*, *Z dziejów prawa karnego w Anglii. Między Renesansem a Oświeceniem XVI–XVIII w.*, Kraków 1996.

¹¹ J. Koredczuk, *Legalna teoria...*, s. 86.

¹² Zob. więcej na temat procesu inkwizycyjnego: E. Peters, *Inquisition*, Berkeley–Los Angeles 1989.

2. Tortury w *Constitutio Criminalis Carolina* i w *Constitutio Criminalis Theresiana*

Istotne znaczenie dla rozwoju procesu inkwizycyjnego, a także dla sformalizowania procedury związanej ze stosowaniem tortur, miała niemiecka kodyfikacja prawa karnego – *Constitutio Criminalis Carolina* (dalej: CCC) z 1532 r.¹³

CCC¹⁴ przewidywała możliwość przeprowadzenia przesłuchania przy jednoczesnym zastosowaniu tortur, co wiązało się z obowiązującą w jej ramach legalną teorią dowodową. Ta teoria przypisywała poszczególnym dowodom określoną wartość. W CCC środki i zasady dowodowe były wyraźnie ukonstytuowane¹⁵. Obwiniony mógł zostać skazany tylko wtedy, gdy przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu (*eygen bekennen*) lub na podstawie dowodu z zeznań świadków. Za pełny dowód, na podstawie którego mógł być wydany wyrok, uważano zeznanie co najmniej dwóch wiarygodnych świadków. Z przepisów CCC można wywnioskować, że dowód z przyznania się obwinionego miał charakter podstawowy, a dowód z zeznań świadków pełnił jedynie funkcję subsydiarną¹⁶. Przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków pociągało za sobą wzrost kosztów, szczególnie w przypadku świadków zamiejscowych. Z tego powodu została wzmocniona zasada *confessio est regina probationum*, co oznaczało wzrost znaczenia tortur. Na wprowadzenie do CCC legalnej teorii dowodowej wskazują także jej postanowienia zakazujące wydania przez sędziego wyroku skazującego w przypadku dysponowania połowicznym materiałem dowodowym. Zgodnie bowiem z art. 22 należało wówczas poddać podsądnego torturom, a nie przystępować do wyrokowania¹⁷. CCC przewidywała także dowód z poszlak. Sędzia był zobowiązany zbadać wagę występujących w konkretnej sprawie poszlak i dopiero wówczas ocenić, czy stanowią wystarczającą podstawę do przeprowadzenia tortur¹⁸. Otwarty katalog poszlak (art. 18–44 CCC) powodował wzrost uznaniowości sędziowskiej. W literaturze wskazuje się, że teoria dowodu poszlakowego w procesie inkwizycyjnym stanowiła pierwszą próbę analizy zagadnień dowodowych. CCC dała impuls do rozwoju prawa karnego pod kątem pojęciowo-dogmatycznym, a także do rozwoju nauki. Za prekursora nauki prawa karnego jest uznawany Benedykt Carpoz (1595–1666), który analogicznie jak w CCC zamieścił otwarty katalog poszlak w „Praktyce kryminalnej” (*Practica nova imperialis Saxonicae*

¹³ Warto zaznaczyć, że tortury stosowano w krajach niemieckich przed wydaniem CCC, lecz czyniono to w sposób samowolny, a przez to prowadzący do nadużyć. Za: W. Sellert, H. Rüping, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutsche Strafrechtspflege*, Bd. I: *Von den Anfängen bis zur Aufklärung*, Aalen 1989, s. 191, 192. Zob. także: K. Koranyi, *Powszechna historia państwa i prawa*, t. III, Warszawa 1966, s. 360–362. Patrz więcej na temat przepisów CCC w stosunku do wcześniej występującego procesu na ziemiach niemieckich: G. Kleinheyer, *Tradition und Reform in der Constitutio Criminalis Carolina* [w:] *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, hrsg. von P. Landau, F.-Ch. Schroeder, Frankfurt am Main 1984, s. 7–29.

¹⁴ Zob. więcej na temat CCC: F.-Ch. Schroeder, *Kryminalna ordynacja sądowa cesarza Karola V z 1532 roku*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 1992, t. 194, s. 83–101.

¹⁵ Art. 22 w zw. z art. 67 CCC.

¹⁶ A. Ignor, *Geschichte...*, s. 62.

¹⁷ L. Schulz, *Normiertes Misstrauen*, Frankfurt am Main 2001, s. 185.

¹⁸ E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1965, s. 128.

rerum criminalium, 1638 r.). Pozostawił on ocenę poszlak, a w konsekwencji decyzję o przesłuchaniu przy jednoczesnym zastosowaniu tortur, uznaniu sędziego¹⁹.

Zasługą CCC było obwarowanie możliwości przystąpienia do przesłuchania przy jednoczesnym zastosowaniu tortur spełnieniem ustawowo określonych wymogów formalnych. Wymuszone na torturach oraz zaprotokołowane przesłuchanie uznawano za ważne tylko wtedy, gdy przeprowadzono je na podstawie wystarczających dowodów (bezpośrednich lub pośrednich)²⁰. Tortury miały charakter stopniowalny. Na pierwszym etapie przesłuchiowano jedynie pod groźbą ich zastosowania²¹. Następnie dawano pod sądnemu szansę na obalenie podejrzenia przez przedstawienie dowodu przeciwnego, tzw. alibi (*ausfuehrung der unschuldt*), przy czym pomoc powinien mu okazać prowadzący inkwizycję sędziego. Natężenie i zakres zastosowanych tortur zależały wyłącznie od uznania sędziego (*nach ermessung eins guten Vernunfftigen Richters*), a w ich trakcie nie można było zadawać pytań sugerujących (*keine Suggestivfragen*)²². Dla ważności uzyskanego w trakcie przesłuchania przy jednoczesnym zastosowaniu tortur dowodu z przyznania się do winy wymagano jego potwierdzenia²³. W przypadku gdy przyznanie się do winy nie odpowiadało stanowi faktycznemu sprawy, zostały przewidziane kara i wznowienie tortur²⁴. Ta ostatnia czynność następowała także w razie odwołania złożonego przyznania się do winy²⁵.

Dla porównania instytucji kary za nieposłuszeństwo i tortur w monarchii habsburskiej okresu oświecenia istotne jest przybliżenie postanowień zawartych w *Constitutio Criminalis Theresiana* (dalej: CCT) wydanej w 1768 r. za panowania Marii Teresy (1740–1780). CCT regulowała prawo karne materialne i formalne. Była ostatnią austriacką kodyfikacją karną dopuszczającą tortury²⁶.

¹⁹ J. Koredczuk, *Legalna teoria...*, s. 86.

²⁰ Zakaz przeprowadzania tortur bez wystarczającego materiału dowodowego został zawarty w art. 20 CCC. Uzyskane w ten sposób przyznanie się do winy było niewiarygodne i nie mogło stanowić podstawy do wydania wyroku skazującego („so solle doch der nit geglaup, Noch yemannds dar uff verurtheilt werden”).

²¹ A. Dziadzio, D. Malec, *Historia prawa, proces i wymiar sprawiedliwości w świetle źródeł*, Kraków 2000, s. 81.

²² A. Dziadzio, *Powszechna historia...*, s. 131.

²³ Art. 56 CCC.

²⁴ „Item erfindet sich aber obgemelter erkundigung, daß die bekantem vmbstemde nit wahr werem, solch vnwahrheit soll man dem gefangen fürhaltem, jm mit ernstlichen worten darumb straffen, vmd mag jn alßdanm mit peimlicher frag auch zum andern mal angreifen” (art. 55 CCC).

²⁵ Art. 57 CCC.

²⁶ Do momentu wprowadzenia CCT w Austrii istniała cała mozaika przepisów w zakresie prawa karnego materialnego i procesowego. Obowiązywały następujące akty normatywne: Tyrolska Ordynacja Karna z 1499 r., Ordynacja Kryminalna Styrii z 1574 r., Ordynacja Sądowa Karyntii z 1577 r., Ordynacja Sądowa Leopolda I dla Austrii Górnej z 1675 r., Ordynacja Sądowa Ferdynanda III dla Austrii Dolnej z 1656 r., Ordynacja Kryminalna Józefa I z 1707 r. wydana dla Czech, Moraw i Śląska (za: K. Kornay, *Powszechna historia...*, s. 335). Opierały się one na CCC, niejednokrotnie bezpośrednio odwołując się do jej zapisów. Zob. więcej na temat Ordynacji Kryminalnej Józefa I: J. Koredczuk, *Ordynacja Kryminalna Józefa I z 1707 roku. Z dziejów procesu karnego na Śląsku w pierwszej połowie XVIII wieku*, Wrocław 1999.

CCT różniła kilka rodzajów przesłuchań, a mianowicie sumaryczne²⁷, artykułowane²⁸ i przy jednoczesnym zastosowaniu tortur. Zgodnie z CCT tortury zostały zdefiniowane jako zgodny z prawem środek procesowy (*ein rechtliches Zwangsmittel*), służący do nakłonienia przestępcy połowicznie obciążonego zgromadzonym materiałem dowodowym do przyznania się do winy lub, co było również możliwe, do oczyszczenia się z zarzutów²⁹.

Po uprzednim rozpatrzeniu okoliczności sprawy sąd decydował o zastosowaniu tortur podczas przesłuchania. Decydował również o ich rodzaju i stopniu natężenia oraz charakterze zadawanych pytań. Podczas tego rozpoznania sędzia musiał rozważyć, czy dokonano wszystkich czynności w zakresie inkwizycji generalnej i specjalnej oraz czy występowały wystarczające poszlaki uzasadniające zastosowanie tortur³⁰. Kumulatywne spełnienie tych przesłanek umożliwiało przystąpienie do tortur. CCT podobnie jak CCC nie zawierała enumeratywnego katalogu poszlak pozwalających na przystąpienie do omawianego rodzaju przesłuchania³¹. Podobnie jak na podstawie postanowień zawartych w CCC duże znaczenie miało zatem sędziowskie uznanie.

CCT (inaczej niż CCC) wprowadzała ograniczenia podmiotowe w kwestii dopuszczalności tortur. Zasadą było niestosowanie ich wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, niemych oraz głuchych, dzieci poniżej 14. roku życia³², osób powyżej 60. roku życia³³, ludzi chorych, którzy mogliby ich nie przetrwać, kobiet w ciąży lub kobiet w stanie połogu. Ustawa przewidywała też przywileje z uwagi na status społeczny podsądnego, przykładowo doradcy cesarscy, doktorzy, szlachta, a także duchowni co do zasady nie mogli zostać poddani torturom³⁴. W zamian zobligowano ich do złożenia przysięgi oczyszczającej (*juramentum purgatorium*), która stanowiła tzw. tortury duchowe (*tortura spiritualis*)³⁵.

Tortury nie powinny być surowsze niż kara grożąca za badane przestępstwo. Najwyższy ich stopień mógł zostać zastosowany, gdy przestępstwo pociągało za sobą karę śmierci³⁶. Przy pozostałych przestępstwach, zagrożonych ciężką karą na ciele, moż-

²⁷ Przesłuchanie sumaryczne następowało po zatrzymaniu obwinionego. Przystępowano wówczas do czynności mających na celu zgromadzenie jak największej liczby dowodów. Obwiniony i świadkowie byli niezwłocznie przesłuchiwanym w niesformalizowany sposób.

²⁸ Przesłuchanie artykułowane było sformalizowane, następowało według wcześniej przygotowanych *capitula inquisitionis* (art. 31 § 3 CCT).

²⁹ Art. 38 § 1 CCT.

³⁰ Art. 38 § 2 i § 3 CCT.

³¹ Art. 38 § 4 pkt 1 – 4 CCT.

³² Było możliwe jedynie poddanie ich zastraszaniu lub (ostatecznie) okładaniu różgami. Zależało to od rozsądnego uznania sędziego.

³³ Zastosowanie tortur wobec człowieka powyżej 60. roku życia było możliwe, gdy osoba ta znajdowała się w kondycji pozwalającej na uznanie, że zniesie tortury bez uszczerbku na zdrowiu. Decyzja w tym zakresie zależała od arbitralnego uznania sądu.

³⁴ Wyjątek stanowiły sprawy o obrazę majestatu, zdradę kraju i inne najcięższe przestępstwa (art. 38 § 11 CCT). Ustawa nie precyzowała tego katalogu, pozostawiając duże pole dla uznaniowości sędziowskiej. Także przepisy materialnoprawne CCT przewidywały różnice z uwagi na płeć, status społeczny, pochodzenie – zob. więcej na ten temat: L. Pauli, *Poenae propriae. Das Problem der Sonderstrafen in der europäischen Gesetzgebung aus den Jahren 1751–1903*, Warszawa–Kraków 1982, s. 65, 66.

³⁵ J. Wawel-Louis, *Początkowe sądownictwo austriackie w Galicji (1772–1784)*, Lwów 1897, s. 160.

³⁶ Karę śmierci uznawano za karę podstawową, więc przypadki przestępstw, za które została przewidziana, nie były rzadkie.

liwe było zastraszenie ich zastosowaniem. W przypadku drobnych przestępstw zakazano nawet straszenia torturami³⁷. Tego rodzaju ograniczeń w zakresie dopuszczalności stosowania omawianego środka procesowego nie przewidywała CCC.

Zgodnie z postanowieniami CCT i analogicznie do postanowień CCC procedura związana z przeprowadzeniem tortur miała charakter stopniowalny. W pierwszej kolejności należało przystąpić do zastraszenia podsądnego. Mogło ono nastąpić przez groźby werbalne lub groźby wraz z podjęciem przez sędziego czynności zastraszających. Właściwe tortury miały stanowić środek ostateczny³⁸. Zarządzano je przez wydanie wyroku tymczasowego. Mogły zostać przedsięwzięte tylko za pomocą prawnie określonych narzędzi oraz zgodnie z ustalonym porządkiem stopni i sposobem dręczenia. Nie mogły powodować nieodwracalnych szkód na ciele i zdrowiu podsądnego. W celu świadczenia pomocy oraz obserwacji przez cały czas ich trwania wymagano obecności lekarza lub pielęgniarki³⁹. Warto zaznaczyć, że takich ograniczeń nie przewidywała CCC. Zgodnie z CCT sędzia z urzędu badał wszystkie okoliczności zeznane przez podsądnego w trakcie tortur. Gdy złożone przez niego zeznania okazały się fałszywe, ponawiano tortury. Ciekawy przypadek zachodził, gdy przeprowadzono wszystkie zarządzane stopnie tortur – wówczas sąd musiał zasięgnąć pouczenia u sądu wyższej instancji w kwestii ich kontynuacji⁴⁰.

Zeznania złożone podczas tortur, analogicznie jak w CCC, musiały zostać potwierdzone⁴¹. Ratyfikacja złożonych zeznań była więc charakterystyczna dla procedur dopuszczających omawiany środek procesowy⁴².

3. Krytycy i zwolennicy tortur w epoce oświecenia

Negatywne opinie na temat tortur pojawiły się stosunkowo wcześniej. Rezygnacja z tego środka procesowego była jednak wręcz niemożliwa z uwagi na dominującą w ramach postępowania inkwizycyjnego legalną teorię dowodową. Mając na uwadze wcześniejsze uwagi dotyczące CCT, należy stwierdzić, że wzmacnianie władzy monarszej (absolutyzm) i próba podporządkowania sobie wymiaru sprawiedliwości doprowadziły w XVII i XVIII w. do wytworzenia się skomplikowanego i kazuistycznego systemu dowodów formalnych⁴³. Na przykładzie CCT unaocznia się tendencja do zupełnego określenia

³⁷ Art. 38 § 8 CCT.

³⁸ Art. 38 § 9 i § 10 CCT.

³⁹ Pomimo określenia przez ustawodawcę sposobu przeprowadzenia tortur oraz narzędzi służących do ich wykonania w praktyce dochodziło do zastrzeżeń. Szczególnie surowo obchodzono się z rozbójnikami. Za: J. Wawel-Louis, *Początkowe sądownictwo...*, s. 160.

⁴⁰ Art. 38 § 14, § 15, § 24, § 25 i § 26 CCT.

⁴¹ Dwa lub trzy dni po zdarzeniu sędzia wzywał oskarżonego z aresztu i przy osobach obecnych podczas torturowania nakazywał pisarzowi sądowemu odczytanie zeznań oskarżonego. Następnie pytał oskarżonego, czy potwierdza odczytane zeznania (art. 38 § 31 CCT).

⁴² Zob. więcej: M. Moras, *Ordynacja karnoprocusowa Józefa II na tle przemian procesu inkwizycyjnego w monarchii habsburskiej w XVIII wieku* [w:] *Studia z dziejów państwa i prawa polskiego*, t. XIV, red. J. Malec, J. Matuszewski, W. Witkowski, Kraków–Lublin–Łódź 2011, s. 106.

⁴³ J. Koredczuk, *Legalna teoria...*, s. 87.

w sposób wiążący znaczenia i wagi poszczególnych dowodów. CCT napisana w formie podręcznika dla sędziów miała narzucić właściwą ocenę materiału dowodowego⁴⁴. Dowody niepełne, na przykład zeznania jednego świadka, nie mogły być podstawą wyroku skazującego, lecz jedynie podstawą do wszczęcia inkwizycji specjalnej, a w przypadku spełnienia wymogów ustawowych – także do zastosowania tortur.

Racjonalność tortur podważał już Bartłomiej Groicki (ok. 1534–1605). Dokonując przeróbki CCC (1559 r.) pod tytułem „Postępek sądów około karania na gardle”, pisał, że: „[...] niektórzy złoczyńce tak są twardego przyrodzenia, iż na nich nic nie wymęczy, a drudzy zasię są tak miękkiego [...] iż wołą lada co powiedzieć niż okrutne męki cierpieć”⁴⁵.

Przyjmuje się, że negatywnie na temat tortur wypowiadał się Christian Thomasius (1655–1728). Najnowsze badania wskazują jednak, że przypisano mu krytykę, którą wyraził jego uczeń Johann Reiche w dysertacji *De tortura ex foris Christianorum pro-scribenda*. Za autora tej rozprawy uznano Thomasiusa. On sam odniósł się do oceny tortur ostrożnie⁴⁶. W wymienionej powyżej pracy określono je jako środek niesprawiedliwy i niesłuszny. Podważono również przewidzianą przez prawo możliwość odwołania przyznania się złożonego na torturach. Uważano, że po ich przebyciu większość osób wybierze krótką egzekucję, a nie powtórne męki⁴⁷.

Krytyka tortur nabrała na sile w dobie oświecenia (humanitaryzm⁴⁸). Była ona powiązana z podważeniem racjonalności legalnej teorii dowodowej. Ważną rolę w tym zakresie odegrał Cesare Beccaria (1738–1794), który żądał zupełnego zniesienia tortur⁴⁹. Ich derogację wiązał z zasadą domniemania niewinności. Wskazywał na bezcelowość tego środka, porównując go do ordaliów. Krytykował zastosowanie tortur we wszelkich możliwych przypadkach, tzn. przyznania się do winy, wyjaśnienia sprzeczności w zeznaniach, ujawnienia współników czy oczyszczenia się z zarzutu niesławy. Istotne

⁴⁴ Za określeniem CCT jako podręcznika, a nie kodeksu opowiedział się F. Rulf, który podkreślał, że wpływ na taki kształt CCT miał jego główny autor – rektor Uniwersytetu w Wiedniu J.F. Hogler (F. Rulf, *Über den indirekten Vorsatz nach § 1 des St. G. B.*, „Magazin über Rechts- und Staatswissenschaft mit besonderer Rücksicht auf das Österreichische Kaiserreich” 1854, Bd. 9, s. 323). Kompilacyjny i podręcznikowy charakter CCT podkreślał także S. Salmonowicz, *Prawo karne...*, s. 53.

⁴⁵ A. Dziadzio, *Powszechna historia...*, s. 97.

⁴⁶ Ch. Thomasius uznał tortury za środek, którego „nie wypada” stosować w państwach chrześcijańskich. Podawał w wątpliwość, czy taką radę należy udzielić władcom państw chrześcijańskich, gdyż kwestionował ich chęć przeprowadzenia reform („Ob aber so einfach den Regenten der christlichen Staaten der Rat gegeben werden darf, in Nachahmung der Engländer und anderer Voelker die Folter zu beseitigen, das bezweifle ich”) – za: W. Sellert, H. Rüping, *Studien- und Quellenbuch...*, s. 456.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 378, 454–456.

⁴⁸ W Polsce przedstawicielami humanitaryzmu byli Teodor Ostrowski (1750–1802), Sebastian Czochron (1749–1819), Józef Szymanowski (1748–1801) i Tomasz Kuźmirski (druga poł. XVIII w.). Zob. więcej na ten temat, a szczególnie na dokładną analizę poglądów Kuźmirskiego, w: Z. Zdrójkowski, *Tomasz Kuźmirski nieznan. Osiemnastowieczny, polski prawnik humanitarysta i jego pisma na tle współczesnej literatury humanitarnej*, CPH 1955, t. 7, z. 2, s. 142–161.

⁴⁹ Zob. S. Salmonowicz, *Cesare Beccaria und die Strafrechtsreform in Polen im 18. Jahrhundert*, „Comperative Law Review” 1996, vol. 16, s. 91–103; *idem*, *Lektura „Dei delitti e delle pene” Cesarego Beccarii (1738–1793) w dwudziestolecie zgonu autora dzieła*, „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie” 1994, t. 3, s. 45–73. Na temat nurtu humanitarnego i C. Beccarii zob. także: M. Affek, *Związki polsko-włoskie w naukach prawnych (1764–1795). Z dziejów humanitaryzacji prawa karnego w Polsce*, Warszawa 1995.

jest, że nie uzależniał udowodnienia przestępstwa od przyznania się do winy⁵⁰. Beccaria stworzył pojęcie wiarygodności moralnej, określając ją mianem prawdopodobieństwa. W celu skazania podsądnego konieczne było wystąpienie wiarygodności, „[...] jaką kieruje się każdy człowiek w najważniejszych sprawach swego życia”. Dzielać dowody na pełne i niepełne, doszedł do konkluzji, że z dowodów niepełnych może powstać dowód pełny. Takim stwierdzeniem zaakceptował dowód z poszlak jako podstawę do wydania wyroku skazującego⁵¹.

Krytykę tortur wyraził także Jacques Pierre Brissot de Warville (1754–1793), który postulował wprowadzenie swobodnej oceny dowodów, rozważając problematykę wyrokowania na podstawie dowodu z poszlak i presumpcji⁵².

Jako pierwszy o rozróżnieniu prawdy od prawdopodobieństwa nauczał niemiecki uczoney Johann F.S. Boehmer (1704–1772), który stwierdził, że prawda w rozumieniu prawniczym i filozoficznym to dwie różne kwestie. Głosił, iż w prawie może chodzić jedynie o specyficzne, prawne prawdopodobieństwo. Krytykował postępowanie sędziów, którzy dysponując wystarczającymi dowodami, dążyli do matematycznej pewności, zamiast wymaganej pewności moralnej. Według Boehmera przekonanie sędziów, prawodawców oraz uczonych o możliwości swobodnej oceny dowodów okazało się trudnym zadaniem. Dość kurczowo trzymano się legalnej teorii dowodowej oraz reguł i pojęć z nią związanych, ponieważ dawała pewność, że niewinny nie zostanie pozbawiony ochrony⁵³.

W Austrii do przeciwników tortur należał doradca cesarski Joseph von Sonnenfels (1733–1817), którego stanowisko było sprzeczne z obowiązującym od 1768 r. prawem zawartym w CCT. Już w 1763 r. wyraził krytykę tego środka procesowego w publikacji *Angriffe gegen die Folter*, a najsłynniejsze pismo dotyczące tej materii zatytułował *Die Abschaffung der Tortur* (O zniesieniu tortur). Jego publikacja w 1775 r. rozpoczęła ponowną dyskusję na temat tortur i przyczyniła się do ich ostatecznego zniesienia zarządzeniem z 23 grudnia 1775 r.⁵⁴ W wymienionym piśmie Sonnenfels nie przedstawił nowych ani oryginalnych twierdzeń. Zawarł w nim wszystkie argumenty przeciwko torturom. Akcentował przede wszystkim ich niewłaściwy czas stosowania. Mogły bowiem zostać zastosowane, gdy jeszcze nie istniała pewność w zakresie faktycznego popełnienia przestępstwa przez podsądnego. Uważał, że sprawiedliwość wymaga, by pierwszą sankcją występującą wskutek popełnienia przestępstwa była kara⁵⁵.

Mimo tych głosów nadal występowali zwolennicy tortur. Jednym z ostatnich obrońców tej instytucji pozostawał profesor prawa z Tybingi Christian G. Gmelin (1749–1818). W rozprawie *Grundsätze der Gesetzgebung ueber Verbrechen und Strafen* z 1785 r.

⁵⁰ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, przeł. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 100–111.

⁵¹ *Ibidem*, s. 92–96.

⁵² Zob. S. Salmonowicz, *Brissot de Warville jako humanista. Młodość Brissota w służbie ideałów wieku światła* [w:] *idem, Studia historycznoprawne*, Toruń 1995, s. 137.

⁵³ A. Ignor, *Geschichte...*, s. 167–169.

⁵⁴ Maria Teresa pozwoliła na zniesienie tortur, mimo że obawiała się wzrostu przestępczości. Cesarzowa uczyniła to w zaufaniu do prawniczego wykształcenia syna, który został przez nią poproszony o opinię w tej kwestii. Opowiedział się w niej za zniesieniem tortur. Za: D. Beales, *Joseph II. In the shadow of Maria Theresia: 1741–1780*, Cambridge 1987, s. 237.

⁵⁵ W. Ogris, *Joseph II.: Staats- und Rechtsreformen* [w:] *idem, Elemente europäischer Rechtskultur*, Wien–Böhlau 2003, s. 666–668.

opowiedział się za jej utrzymaniem. Także szerzej znany komentator CCC – Johann Ch. v. Quistorp (1737–1795) – w systemie prawa karnego, zatytułowanym *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, nie odrzucił zupełnie tortur⁵⁶. Co więcej, jeszcze w 1820 r. niemiecki prawnik Jakob Tobias Werner opowiedział się za pozostawieniem tortur, ponieważ uważał, iż ich zniesienie spowoduje zmniejszenie celowości wymiaru sprawiedliwości („zum Zwecke der Strafgerechtigkeit nicht auf die Tortur verzichten zu koennen”)⁵⁷.

Warto w tym miejscu przytoczyć argumenty za utrzymaniem tej instytucji użyte przez Gmelina. W pierwszej kolejności powoływał się na tradycję, na fakt jej stosowania przez wieki i właściwego wypełniania przez nią funkcji środka mającego na celu utrzymanie porządku i bezpieczeństwa w państwie. Uważał on, że tortury, będące środkiem służącym poznaniu prawdy materialnej o przestępstwie, są niezbędne do prowadzenia efektywnej polityki kryminalnej. Opowiadał się więc za nimi z punktu widzenia prewencji generalnej, negując tezę, że lepiej uwolnić dwudziestu winnych niż skazać jednego niewinnego. Zaznaczał, że obowiązkiem wymiaru sprawiedliwości jest wykrycie wszystkich ciężkich przestępstw (*groben Verbrechen*), co można osiągnąć, stosując tortury. Jednocześnie nie zgadzał się z twierdzeniem, że mogą one powodować uwolnienie zatwardziałego przestępcy, a ukaranie niewinnego o słabym charakterze, który bojąc się bólu, przyzna się do winy. Uważał, że taką sytuację uniemożliwia legalna teoria dowodowa. Przed przystąpieniem do tortur wymaga ona bowiem istnienia połowicznego dowodu obciążającego podsądnego⁵⁸.

Wielu uczonych, żądając zniesienia tortur, z uwagi na prewencję generalną i na obowiązki państwa polegający na zapewnieniu porządku i bezpieczeństwa dopuszczają ich zastosowanie w celu poznania współsprawców. Sonnenfels w publikacji *O zniesieniu tortur* zezwolił na ich zastosowanie w przypadku przestępcy, któremu udowodniono popełnienie przestępstwa, a tortury miały doprowadzić do wykrycia współsprawców, czyli tzw. *Denunziationsfolter*. Uzasadniał to dobrem wspólnym społeczeństwa, przedkładając je nad sprawiedliwe rozstrzygnięcie pojedynczego przypadku⁵⁹. Wolter (1694–1778) również dopuszczał zastosowanie tortur mających na celu uzyskanie informacji o współsprawcach⁶⁰.

⁵⁶ J.Ch. v. Quistorp, *Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts*, T. II, 5. Aufl., Rostock–Leipzig 1794, § 723, s. 313, 314. http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10395294_00007.html

⁵⁷ A. Koch, *Folterbefuerworter nach Beccaria. Überlegungen zur Geschichte sogenannten Präventionsfolter* [w:] *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, hrsg. von K. Altenhain, N. Willenberg, Göttingen 2011, s. 13, 14.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 14–16.

⁵⁹ Dopuszczenie tortur służących wykryciu współsprawców prawdopodobnie miało zadowolić zwolenników tortur w Austrii. Za: W. Ogris, *Joseph von Sonnenfels und die Entwicklung des österreichischen Strafrechts* [w:] *idem, Elemente...*, s. 666–668.

⁶⁰ A. Koch, *Folterbefuerworter...*, s. 21.

4. Kara za nieposłuszeństwo w austriackich procedurach karnych z lat 1788–1803

Powyższe rozważania ukazują, że instytucja tortur na przełomie XVIII i XIX w. nie była postrzegana wyłącznie negatywnie. Nawet jej zagorzali przeciwnicy dopuszczali w określonych przypadkach stosowanie tego zgodnego z prawem środka przymusu. Nie dziwi więc fakt wprowadzenia w monarchii habsburskiej przez Ordynację karnoprocesową Józefa II z 1788 r. (dalej: Ordynacja) instytucji kary za nieposłuszeństwo pomimo wcześniejszego zniesienia tortur (1776 r.) w duchu reform oświeconego absolutyzmu⁶¹.

Ordynacja uwzględniła niektóre postulaty oświeceniowe, ograniczono bowiem uznaniowość sędziowską, rozdzielono funkcje procesowe, ograniczono formalizm związany z przesłuchaniami artykułowanymi, zniesiono instytucję przysięgi oczyszczającej i położono nacisk na szybkość postępowania. Interesujące jest, że w Ordynacji legislator, wprowadzając przepisy poprawiające byt aresztowanych, uzasadniał to działaniem „ludzkim” (*Menschlichkeit fordert*), a w CCT – chrześcijaństwem (*christlich*).

Nowością przewidzianą przez Ordynację był podział etapów postępowania połączony z podziałem funkcji procesowych. Wskutek podziału postępowania na śledztwo wstępne i postępowanie (śledztwo) sądowe, a także przyporządkowanie prowadzenia tych dwóch etapów innym organom, tzn. odpowiednio organom policyjnym (politycznym)⁶² oraz sądowi, nastąpiła poprawa obiektywności oceny materiału dowodowego na etapie właściwego postępowania sądowego⁶³.

W ramach Ordynacji zmodyfikowano pozytywną legalną teorię dowodową w kierunku negatywnej legalnej teorii dowodowej, co także było związane z zakazem stosowania tortur. Przepisy Ordynacji lukę po torturach zastąpiły możliwością skazania na podstawie pełnoprawnego dowodu ze zbiegu okoliczności. Ocena dowodów okazała się korzystna dla oskarżonego z powodu zastosowania w pewnym zakresie zasady *in dubio pro reo*. Zgodnie z negatywną legalną teorią dowodową interpretowanie materiału dowodowego na korzyść oskarżonego zostało przewidziane przy dowodzie z zeznań świadków. Jeżeli za niewinnością przesłuchiwanego i za jego skazaniem zeznawała taka sama liczba świadków, których zeznania miały taką samą wagę, to korzystniejsza okoliczność była uznawana za prawdziwą. Podobnie rzecz się miała w przypadku dowodu

⁶¹ Zob. więcej na temat zakwalifikowania Marii Teresy i Józefa II do grona władców oświeconego absolutyzmu w: S. Salmonowicz, *Czy istniał oświecony absolutyzm w Europie XVIII wieku?* [w:] *Studia z historii ustroju i prawa. Księga dedykowana Profesorowi Jerzemu Walachowiczowi*, red. H. Olszewski, Poznań 2002, s. 333–346. Reformom przeprowadzonym za panowania Marii Teresy i Józefa II została poświęcona dwutomowa praca pt. *Osterreich in Europa der Aufklärung. Kontinuität und Zäsur in Europa zur Zeit Maria Theresias und Josephs II. Internationales Symposium in Wien 20–23 Oktober 1980*, hrsg. von R.G. Plaschka, Bd. 1–2, Wien 1985, ss. 1102 – zob. opracowanie materiału zawartego w publikacji: S. Salmonowicz, *Z dziejów absolutyzmu oświeconego w Austrii*, CPH 1986, t. 38, z. 2, s. 153–161.

⁶² Pod enigmatycznym pojęciem organów politycznych rozumiano szeroko pojęte urzędy lokalne (*Ortsobrigkeit*), urzędy okręgowe (*Kreisaemter*), gubernie, a nawet kancelarię nadworną (*Hofkanzlei*). Za: G. Ammerer, *Das Ende für Schwert und Galgen?*, Wien 2010, s. 349.

⁶³ Analogiczne postanowienia w późniejszym czasie zawierało nowatorskie ustawodawstwo napoleońskie, a dokładnie kodeks postępowania karnego z 1808 r. – zob. więcej: S. Waltoś, *Napoleoński model procesu karnego a współczesny proces karny w Polsce*, CPH 2005, t. 57, nr 2, s. 151–162.

z poszlak. Na konieczność oceny materiału dowodowego przez sędziego zgodnie z negatywną legalną teorią dowodową wskazywały także postanowienia dotyczące dowodu z dokumentu. Ordynacja przewidywała możliwość wyłączenia dowodu z dokumentu urzędowego w przypadku, gdy podpisującemu go urzędnikowi zarzucano stronniczość lub interesowność.

Analogicznie do uregulowań zawartych w CCC i w CCT Ordynacja określała przesłuchanie podsądnego jako jedną z najważniejszych czynności zmierzających do poznania wszystkich okoliczności badanej sprawy. Warto zaznaczyć, że postanowienia Ordynacji miały ambiwalentny charakter. Zgodnie bowiem z § 106 podsądny podlegał ochronie, ponieważ

[...] pod najsurowszą odpowiedzialnością i karą, nie powinien komisarz zeznanie Inkwizyta w żadnym innym rozumieniu brać, jak tylko w tym, które woli Inkwizyta, i przyrodzonemu słów brzmieniu zgodne jest. Ani też przekładanie fałszywych poszlaków, lub zmyślonych dowodów, albo obietnica ulżenia kary, lub otrzymania łaski, ani jaka groźba, albo też jakakolwiek rzeczywista czynność, naprzeciw Inkwizytowi używane bydyż mają.

Zeznania musiały więc zostać złożone dobrowolnie, ponieważ tylko wtedy były wiarygodne i stanowiły wartościowy dowód⁶⁴. Jednocześnie przesłuchiwany nie miał prawa do zachowania milczenia. Wręcz przeciwnie, w przypadku niewspółpracowania z organami procesowymi groziły mu negatywne konsekwencje. Postępowanie dzieliło się na dwa stadia. W trakcie pierwszego, czyli śledztwa wstępnego, organy policyjne prowadzące ten etap postępowania mogły jedynie zagrozić podejrzanemu natychmiastowym przekazaniem do sądu. Na etapie postępowania sądowego (właściwego śledztwa) było możliwe zastosowanie przez sąd kary za nieposłuszeństwo⁶⁵.

Znajdowała ona zastosowanie wtedy, gdy podsądny udawał chorobę psychiczną w celu uniknięcia udzielania odpowiedzi, uparczywie milczał pomimo przypomnienia mu przez sąd o spoczywającym na nim obowiązku udzielania odpowiedzi, kłamał w oczywisty sposób, czyli wbrew posiadanym przez organy wymiaru sprawiedliwości informacjom. W tym ostatnim przypadku chodziło o podawanie informacji sprzecznych z prawdą, czyli faktami ustalonymi już w trakcie śledztwa, a nie wyłącznie o zaprzeczanie. Fałszywe odpowiedzi miały wydłużyć postępowanie lub wprowadzić w błąd organy prowadzące sprawę⁶⁶.

W pierwszym przypadku wymierzenie kary za nieposłuszeństwo musiało poprzedzić zlecenie przez sędziego oględzin oraz sporządzenie opinii na temat stanu psychicznego podsądnego przez dwóch ekspertów (lekarzy). Biegli mieli w niej określić, czy atak choroby był prawdziwy, czy symulowany. Jeżeli uznali, że szaleństwo u przesłuchiwanego było prawdziwe lub nie potrafili zgodnie z posiadaną przez nich wiedzą wydać jednoznacznej diagnozy, bądź różnili się w swych osądach, informowano o tym fakcie sąd wyższej instancji, który wydawał odpowiednie zarządzenie w sprawie. Jeżeli biegli stwierdzili, że przesłuchiwany udawał, to ostrzegano go o możliwości zastosowania kary za nieposłuszeństwo. Gdy takie ostrzeżenie nie wywarło żadnego wpływu, przy-

⁶⁴ § 43 Ordynacji.

⁶⁵ Rozbicie postępowania karnego na dwa etapy prowadzone przez różne organy stanowiło w Austrii *novum*.

⁶⁶ § 109 i § 110 Ordynacji.

stępowano do wykonania tego środka w postaci bicia różgami (*Stockstreichen*). Karę powtarzano tak długo, jak długo trwała symulacja. Cykle były trzydniowe. Uderzenia następowały po uprzednim ostrzeżeniu. Najpierw należało wykonać tylko 10 uderzeń, a ich liczba mogła wzrastać o pięć aż do trzydziestu⁶⁷.

W przypadku gdy przesłuchiwany nie udzielał odpowiedzi na zadane mu pytania lub próbował przedłużyć postępowanie oraz ukryć prawdę o czynie przez dowiedzione kłamstwo, wówczas przeprowadzano taką samą procedurę stosowania kary za nieposłuszeństwo jak przy symulacji choroby psychicznej. Występowało jednak dodatkowe obostrzenie, bo dopóki podsądny nie udzielał odpowiedzi, dopóty musiał pościć (otrzymywał jedynie chleb i wodę). Podobnie jak w przypadku symulacji karę za nieposłuszeństwo należało wykonywać aż do przerwania milczenia przez przesłuchiwanego⁶⁸.

Postanowienia Ordynacji dotyczące instytucji kary za nieposłuszeństwo zostały powtórzone w Ustawie karnej zachodniogalicyskiej z 1796 r. (dalej: UZG)⁶⁹. Zgodnie z nią przeprowadzano postępowanie dowodowe podczas właściwego postępowania sądowego⁷⁰. Jego przedmiot stanowiły fakty ustalane za pomocą dowodów, które miały pozwolić na rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu. Wówczas było możliwe przesłuchanie oskarżonego i zastosowanie kary za nieposłuszeństwo. Analogicznie określono przypadki zastosowania tego środka, czyli przy symulacji choroby psychicznej, krnąbrnym milczeniu lub udzielaniu fałszywych odpowiedzi w celu wydłużenia postępowania lub oszukania sądu. W UZG wymiar kary za nieposłuszeństwo w ostatnim przypadku został zmieniony na łagodniejszy, ponieważ „[...] kara plag dwudziestu, ani trzech razowego w tygodniu postu, przechodzić nie może [...]”⁷¹. Jednocześnie zgodnie z Ordynacją i UZG, pomimo określenia przez ustawy maksymalnego wymiaru zastosowania kary za nieposłuszeństwo, nie zdefiniowano maksymalnej liczby powtórzeń tego środka. Ordynacja i UZG wyraźnie zaznaczały, że mógł być powtarzany, aż podsądny przestanie symulować chorobę psychiczną („bis der Untersuchte von seiner Verstellung ablaesst”) czy dopóki będzie trwać jego milczenie („so ist derselbe mit Stockstreichen zu bestrafen, und damit so lange, als sein hartnaekiges Schweigen dauert”). Na szczęście dla podsądnych kary za nieposłuszeństwo na podstawie Ordynacji były rzadko stosowane⁷².

Należy zaznaczyć, że powyżej omówiona instytucja kary za nieposłuszeństwo nie została stworzona przez twórców Ordynacji. Już wcześniej obowiązywała zasada, że podsądny, „niegotowy” do składania zeznań, mógł zostać poddany torturom. Milczenie uznawano za przypadek zwłoki i przejaw nieposłuszeństwa. Podsądny zwany był wówczas *contumax*, co zostało w Niemczech przetłumaczone jako *ungehorsam*. Część doktryny uznawała milczenie za przyznanie się do winy. Inni z kolei uważali, że milczenie, nawet bez dysponowania wystarczającymi poszlakami, może spowodować bezpośred-

⁶⁷ § 109 Ordynacji.

⁶⁸ § 110 Ordynacji.

⁶⁹ Zob. więcej na temat genezy UZG: S. Grodziski, S. Salmonowicz, *Ustawa karna zachodniogalicyska z roku 1796. Zarys dziejów i charakterystyka*, CPH 1965, t. 17, nr 2, s. 123–149.

⁷⁰ W niniejszym opracowaniu uwaga jest skoncentrowana na karze stosowanej w związku z przesłuchaniem podsądnego. Występowały także kary dyscyplinujące podsądnego niewłaściwie zachowującego się, a przebywającego w areszcie (§ 351 i § 352 UZG).

⁷¹ § 387 UZG.

⁷² M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison: die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln 2000, s. 81.

nie przystąpienie do tortur. Uzasadniano to tym, że tortury nie stanowiły kary, lecz miały na celu uzyskanie gotowości do składania zeznań⁷³.

Analiza CCC, CCT, Ordynacji i UZG wskazuje, że niektóre przypadki zastosowania tortur i kary za nieposłuszeństwo były z sobą zbieżne. CCC wyraźnie regulowała procedurę występującą w przypadku zeznania nieprawdy. Napominano wówczas podsądnego i wznawiano tortury, czyli karano za składanie fałszywych zeznań w celu wydłużenia postępowania⁷⁴.

Na podstawie przepisów zawartych w CCT zastraszanie zastosowaniem tortur mogło nastąpić w przypadku, gdy podlegający inkwizycji całkowicie lub częściowo nie odpowiadał na stawiane mu pytania, nie ujawniał miejsca położenia *corpus delicti*, choć musiało mu być znane, albo nie udzielił żadnej właściwej i wyraźnej odpowiedzi. Jeżeli taka groźba nie odniosła pożądanego rezultatu, sąd zgłaszał sprawę sądowi wyższej instancji, jednocześnie przekazując zgromadzoną dokumentację sprawy. Następnie oczekiwano wydania pouczenia w kwestii dalszego postępowania z nieposłusznym podsądnym („welchergestalten der hartnaeckige Inquisit zur gemessen Antwortgehung anzustrengen sie”). Analogiczna procedura miała zastosowanie, gdy przesłuchiwany symulował utratę zmysłów lub głuchotę, co zostało potwierdzone przez lekarza⁷⁵.

Regulacja kary za nieposłuszeństwo ewoluowała i już Franciszkaną, czyli „Księga ustaw na zbrodnie i ciężkie policyjne przestępstwa” z 1803 r.⁷⁶, powielając przepisy Ordynacji i UZG, wprowadziła ograniczenie w stosowaniu tego środka. Zgodnie bowiem z Franciszkaną określono maksymalną liczbę uderzeń, co z pewnością było zmianą pozytywną. Procedura związana z zastosowaniem kary za nieposłuszeństwo pozostała stopniowalna. Najpierw należało upomnieć podsądnego. Jeżeli to nie skutkowało, „pierwej przez trzy dni po sobie następujące o wodzie i chlebie trzymany będzie”. Bezskuteczność postu powodowała kolejne upomnienie, a następnie przystąpienie do chłosty. Po „bezowocnym” wykonaniu maksymalnej liczby uderzeń (30) zgłaszano sprawę sądowi wyższej instancji, który był zobowiązany do wydania odpowiedniej decyzji⁷⁷. Dotyczyło to przypadków symulacji choroby psychicznej i uporczywego milczenia. W porównaniu do UZG i Ordynacji wprowadzono dodatkowy przypadek umożliwiający zastosowanie przez sąd kary za nieposłuszeństwo, a mianowicie „kiedy słuchany w czasie inkwizycji natrętnym albo obrażającym sposobem złośliwie się zachowuje”. Analogicznie do postanowień UZG ograniczono możliwość stosowania tego środka procesowego w przypadkach przedstawienia przez podsądnego rażąco fałszywych okoliczności w celu przedłużenia postępowania, kłamania w celu wprowadzenia w błąd sądu wbrew zgromadzonym dowodom, a także we wcześniej wymienionym przypadku nagannego zachowania (wyłącznie Franciszkaną)⁷⁸.

⁷³ *Ibidem*, s. 82.

⁷⁴ Art. 55 CCC.

⁷⁵ Art. 31 § 33 i § 34 CCT.

⁷⁶ Zob. więcej na temat Franciszkaną w: L. Pauli, *Austriacki kodeks karny z 1803 r. w Wolnym Mieście Krakowie*, cz. 1, Kraków 1969; cz. 2, Kraków 1970.

⁷⁷ § 363 i § 364 Franciszkaną.

⁷⁸ § 365 Franciszkaną.

5. Kara za nieposłuszeństwo – opinie

Mając na uwadze wcześniejsze rozważania związane z wprowadzeniem kary za nieposłuszeństwo do austriackiego porządku prawnego, trzeba przybliżyć kwestię stosunku współczesnych do omawianej instytucji. W okresie gdy wydano Ordynację, UZG i Franciszkanę, za powszechną należy uznać krytykę tortur i usuwanie tego terminu z aktów prawnych. Istotne jest więc określenie, w jaki sposób postrzegano karę za nieposłuszeństwo, czy jako surogat tortur, czy może jako zgodny z prawem środek mający na celu zdyscyplinowanie podsądnego, immanentnie związany z procesem inkwizycyjnym i obowiązującą w jego ramach legalną teorią dowodową.

Wybitny bawarski prawnik Paul J.A. Feuerbach (1775–1833) i Cesare Beccaria, pomimo że byli przeciwnikami stosowania tortur, opowiadali się za możliwością ukarania przesłuchiwanego w przypadku uporczywego odmawiania odpowiedzi na pytania⁷⁹. Jednocześnie Feuerbach przestrzegał sędziów przed użyciem podczas przesłuchań środków mogących spowodować częściową lub całkowitą niewiarygodność zeznań. Według niego użycie przymusu mogło nastąpić w przypadkach uporczywego nieodpowiadania na wszystkie lub niektóre pytania, a także gdy oskarżeni zachowywali się niezgodnie z ustawą. Dopuszczał wówczas zastosowanie przymusu wobec krnąbrnego podsądnego w celu złamania jego nieposłuszeństwa. Równocześnie zastrzegał, że rozszerzenie możliwości zastosowania kary za nieposłuszeństwo na inne przypadki implikuje groźne narzędzie w rękach sędziów. Kara za nieposłuszeństwo mogła zostać z łatwością przekształcona w quasi-tortury, obowiązujące jedynie pod inną nazwą („Von der Folter werden unterschieden die Ungehorsamstrafen, welche aber, sobald sie auf andere Faelle ausgedehnt werden, sehr leicht missbraucht werden koennen, um eine Folter unter anderm Namen geltend zu machen”)⁸⁰.

Akceptację dla instytucji kary za nieposłuszeństwo w ograniczonych ustawowo przypadkach głosił również Carl J.A. Mittermaier (1787–1867), jednocześnie krytykując tortury. Zaznaczał jednak, że omawiany środek można stosować jedynie za czyn sprzeczny z powinnościami obywatelskimi. Takie stanowisko było zgodne z postanowieniami Ordynacji, ponieważ udzielenie odpowiedzi na zadane pytania było określane jako obowiązek („die Pflicht dem rechtmæssigen Richter zu antworten”). Mittermaier w celu wykluczenia nadużyć żądał wprowadzenia przez ustawy ograniczeń w zakresie możliwości ich stosowania. Wymagał on dokładnego określenia wymiaru kar i maksymalnej liczby powtórzeń oraz opisanie przypadków, których wystąpienie umożliwiało ich zastosowanie. Szczególnie interesujące jest dokonane przez Mittermeiera rozróżnienie znaczenia słów *das Laeugnen* i *die Luege*. Precyzował on, że środek ten może mieć zastosowanie w przypadku kłamstwa (*die Luege*), a nie wyłącznie wtedy, gdy podsądny zaprzecza (*das Laeugnen*). Ordynacja i UZG posługiwały się słowem *die Luege*, co było zgodne z jego postulatami. Ponadto spełniały wszystkie wymogi, które Mittermaier stawiał

⁷⁹ A. Ignor, *Geschichte...*, s. 163–165.

⁸⁰ A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen rechts*, Giessen 1840, s. 765, § 633, s. 737, § 590.

temu środkowi procesowemu poza (niestety dla podsądnego) określeniem maksymalnej liczby powtórzeń⁸¹.

W późniejszym okresie Mittermeier poddał instytucję kary za nieposłuszeństwo krytyce, uznając ją za bardzo zbliżoną do tortur i mogącą implikować przyznanie się do winy przez podsądnego – „mehr oder minder doch eine Folter enthalten und als Zwang zu einem Gestaendnisse die Nachteile der Folter haben koennen”⁸².

Krytycznie na temat instytucji kary za nieposłuszeństwo wypowiadał się również Heinrich A. Zachariä (1806–1875), profesor prawa w Getyndze. Uważał, że zastosowanie tej instytucji pośrednio implikuje przymus przyznania się do winy („der Gebrauch der Ungehorsamstrafen indirect doch meistens auf einem Zwang zum Gestaendnis hinauslaufen musste”)⁸³.

Także Reinhold Köstlin (1813–1856), niemiecki prawnik, uznał karę za nieposłuszeństwo za surogat tortur. Według niego stosowanie tego środka było wynikiem nieakceptowania podmiotowości podsądnego i przypisanej mu wolności. Uważał, że sędzia mógł użyć tylko takich środków w celu uzyskania dowodu z przyznania się do winy, które nie naruszały podmiotowości podsądnego („der Inquirient ein Gestaendnis zu erlangen eben nur versuchen und nur durch solche Mittel versuchen darf welche die freie Subjektivitaet des Angeschuldigten ungeschraenkt lassen”)⁸⁴.

Reasumując, opinie dotyczące kary za nieposłuszeństwo były podzielone. Część prawników dopuszczała ją, zastrzegając jednak jej stosowanie tylko w wyjątkowych przypadkach i przy spełnieniu wymogów ustawowych. Wielu z nich podkreślało, że nieostrożne wykorzystywanie wspomnianego środka może prowadzić do nadużyć i zrównać je z torturami.

6. Podsumowanie

Komparacja instytucji tortur i kary za nieposłuszeństwo unaocznia kilka istotnych różnic. Celem kary za nieposłuszeństwo nie było uzyskanie przyznania się do winy, lecz wyegzekwowanie odpowiedzi na zadane pytanie, a zatem usunięcie przeszkód pojawiających się w trakcie postępowania. Tortury z kolei miały doprowadzić do uzyskania dowodu umożliwiającego wydanie wyroku. Zastosowanie kary za nieposłuszeństwo nie było obwarowane skomplikowaną oceną poszlak, która powinna zostać dokonana przed przystąpieniem do przesłuchania przy jednoczesnym zastosowaniu tortur. Oznaczało to brak odrębnych katalogów poszlak umożliwiających przystąpienie do wyegzekwowania kary za nieposłuszeństwo. Omawiana instytucja nie miała bowiem na celu zgromadzenia dowodów w sprawie (przyznania się do winy). Kara za nieposłuszeństwo stanowiła środek stosowany za zaszyły czyn, czyli niemożliwe było, w przeciwieństwie do tortur, jego użycie wobec osoby niewinnej. Co więcej, kara za nieposłuszeństwo nie mogła

⁸¹ C.J.A. Mittermeier, *Handbuch...*, T. II, s. 165–178.

⁸² *Idem*, *Das deutsche Strafverfahren*, Bd. I, Heidelberg 1839, s. 401.

⁸³ H.A. Zachariae, *Handbuch des deutschen Strafprocesses*, Bd. II, Göttingen 1868, s. 258.

⁸⁴ R. Köstlin, *Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahren im neunzehnten Jahrhundert*, Tübingen 1849, s. 101.

zostać zastosowana w przypadku zaprzeczania (*das Laeugnen*), a jedynie wtedy, gdy podsądny kłamał (*die Luege*). Granica okazała się jednak bardzo płynna. Wymuszenie bowiem informacji dotyczących miejsca ukrycia skradzionych dóbr oznaczało *de facto* przyznanie się do winy.

Z przepisów Ordynacji (a potem UZG i Franciszkany) można wywnioskować, że ustawodawca nie traktował kary za nieposłuszeństwo jako środka przymusu, co kontrastowało z definicją tortur zawartą w CCT. Zastosowanie tego środka nie zależało od wystąpienia określonych poszlak, a zeznanie złożone w trakcie lub po zastosowaniu tej kary nie musiało być powtórzone. Istotne jest, że brak ratyfikacji złożonego zeznania stanowił *novum* wprowadzone przez Ordynację. Dodatkowo Ordynacja wyraźnie wskazywała, że udzielenie odpowiedzi na zadane przez sędziego pytanie kwalifikowano jako obowiązek, o którym sędzia miał przypomnieć milczącemu podsądnemu („so muss derselbe mit Ernste an die Pflicht dem rechtmaessigen Richter zu antworten, erinnert”).

Konstatując, kara za nieposłuszeństwo była postrzegana jako środek służący utrzymaniu należytego porządku w ramach postępowania, czyli *Ordnungsmittel*. Tortury określano jako *Zwangsmittel*. Ta granica wydaje się niewyraźna. Warto podkreślić, że tortury znajdowały zastosowanie w przypadkach, w których później wykorzystywano instytucję kary za nieposłuszeństwo⁸⁵. Co więcej, już ówczesni dostrzegali tę subtelną różnicę i nazywali omawiany środek procesowy surogatem tortur. Dla przykładu pruski minister sprawiedliwości Albrecht Heinrich von Arnim (1744–1805) już w 1796 r. stwierdził, że każde działanie implikujące ból u podejrzanego w celu nakłonienia go do przyznania się do winy, niezależnie od przyporządkowanej temu działaniu nazwy, jest w zasadzie torturowaniem. Także bawarski kodeks karny z 1813 r. został poddany krytyce przez ówczesnego ministra sprawiedliwości Heinricha Aloisa von Reigersberga (1770–1865). Uznał on bowiem, że instytucja kary za nieposłuszeństwo miała na celu uzyskanie dowodu z przyznania się do winy⁸⁶.

Z pewnością formalne zniesienie tortur okazało się korzystne z uwagi na uświadomienie społeczeństwu negatywnego wpływu tej instytucji na wynik postępowania karnego. Jednocześnie należy zaznaczyć, że wprowadzenie *Ungehorsamstrafen* w Ordynacji, a następnie w UZG i we Franciszkanie, kolidowało ze stwierdzeniem zupełnej dobrowoli zeznań. Innymi słowy, zasada *nemo tenetur se ipsum accusare* nie obowiązywała⁸⁷.

Wcześniejsze rozważania wskazują, że tortury nieodzownie wiązały się z procesem inkwizycyjnym i z obowiązującą w jego ramach legalną teorią dowodową. Pomimo więc oficjalnego zniesienia tortur konieczne wydawało się wprowadzenie innego środka

⁸⁵ A. Koch, *Folterbefruerwörter...*, s. 18.

⁸⁶ N. Willenberg, *Luegen- und Ungehorsamstrafen – eine Fortsetzung der Folter? Physische Gewalt im juristischen Diskurs im 18. Und 19. Jahrhundert* [w:] *idem, Die Geschichte...*, s. 123.

⁸⁷ Obecnie ta zasada jest jedną z podstawowych. Wyrażono ją *expressis verbis* w art. 14 ust. 3 lit. g. Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych: „Każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo, na zasadach pełnej równości, co najmniej do następujących gwarancji: [...] nieprzymuszania do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy”. Została także wyrażona w obecnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego (art. 175 § 1 k.p.k. i art. 74 § 1 k.p.k.). Za: B. Nita, *Konstytucyjne zakorzenienie zasady nemo tenetur se ipsum accusare* [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009.

przymusu i tę funkcję pełniła instytucja kary za nieposłuszeństwo⁸⁸. Ścisłe wiązano zniesienie tortur z wprowadzeniem do procedury karnej instytucji kary za nieposłuszeństwo. Uznawano to jako wręcz pierwotny warunek dla zniesienia tortur⁸⁹. Ordynacja, UZG i Franciszka nadal przewidywały legalną teorię dowodową, pomimo że każda z tych ustaw modyfikowała ją w kierunku swobodnej oceny przez sędziego materiału dowodowego. Wskazuje się, że: „legalna teoria dowodowa miała także zalety: Stanowiła ona bowiem pewną pomoc dla sędziów – swoistą metodykę pracy sędziego, była wypadkową ogólnej mądrości życiowej sędziów i ówczesnego społeczeństwa”⁹⁰.

Zaznacza się, że lukę po torturach miały zastąpić dwie instytucje – kara z podejrzenia (*Verdachtstrafe*) oraz kara za nieposłuszeństwo (*Ungehorsamstrafe*). Tę tezę potwierdzają postanowienia Ordynacji – pierwszej wydanej po zniesieniu tortur w monarchii habsburskiej ustawy regulującej procedurę karną. Do katalogu dowodów o charakterze podstawowym poza dowodem z przyznania się do winy i z zeznań świadków zaliczała dowód ze zbiegu okoliczności (z poszlak). Okoliczności, na podstawie których tworzono dowód z poszlak, zostały enumeratywnie wymienione w Ordynacji. Wpływało to na ograniczenie uznaniowości sędziowskiej. Ustawa bezwzględnie nakazywała złagodzenie kary orzeczonej na podstawie tego dowodu. W celach kontrolnych, a także gwarancyjnych z punktu widzenia pozycji oskarżonego, wyrok opierający się na tym dowodzie podlegał obowiązkowemu przedłożeniu sądowi wyższej instancji, co wiązało się z możliwością złożenia środka odwoławczego, jakim był rekurs. Sięgnięto zatem do instytucji kary z podejrzenia, a także wprowadzono instytucję kary za nieposłuszeństwo⁹¹. Wydaje się, że uczyniono to w obawie przed utratą skuteczności wymiaru sprawiedliwości. W literaturze podkreśla się, że wprowadzenie dowodu z poszlak stanowiło zupełną nowość, a dodatkowo wpłynęło na rozszerzenie swobodnej oceny dowodów przez sędziego w porównaniu z CCT⁹².

Obecnie osądzenie podsądnego bez uzyskania jego zeznania jest możliwe dzięki przyjętej zasadzie swobodnej oceny dowodów, a także dzięki zaawansowanej technice kryminalistycznej, choć i współcześnie niejednokrotnie nadużywa się niekorzystnych dla podsądnego środków (np. wielokrotnego przedłużania tymczasowego aresztowania, które przybiera formę aresztu wydobywczego⁹³).

Wart zaznaczenia jest fakt, że kary za nieposłuszeństwo znajdowały zastosowanie tylko na etapie przesłuchania sądowego. Prawa do sięgania po tego typu środki nie posiadały organy policyjne podczas przesłuchań prowadzonych na etapie śledztwa wstępnego.

⁸⁸ J.H. Langbein, *Torture and the law of proof* [w:] *The phenomenon of torture. Readings and commentary*, ed. W.F. Schulz, published by University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2007, s. 25.

⁸⁹ N. Willenberg, *Luegen- und Ungehorsamstrafen...*, s. 117.

⁹⁰ J. Koredczuk, *Legalna teoria...*, s. 91.

⁹¹ Na temat dowodu z poszlak zob. więcej: C.J. Pratovebera, *Einige Bemerkungen über den Beweis aus dem Zusammentreffen der Umstände (Anzeigen, Indizien) nach den Vorschriften des Österreichischen Gesetzbuches Über Verbrechen* [w:] *Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Erbstaaten*”, Bd. 1, hrsg. von C.J. Pratovebera, Wien 1815, s. 143–168.

⁹² G. Ammerer, *Das Ende...*, s. 359.

⁹³ Zob. sprawa Kauczor przeciwko Polsce (Skarga nr 45219/06) rozpatrywana przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka – wyrok z 3 II 2009 r.

Podsumowując, instytucja kary za nieposłuszeństwo miała wraz z instytucją kary z podejrzenia wypełnić lukę po torturach. Pomimo zupełnego zniesienia tortur w monarchii habsburskiej postępowania karne nie było pozbawione przemocy, ponieważ dopuszczono brutalne metody (chłostę, post) w trakcie postępowania sądowego. Kara za nieposłuszeństwo stanowiła cielesny środek przymusu i *de facto* surogat tortur. Zrezygnowano jednak z terminu „tortury” i poczyniono pierwszy krok w kierunku dogłębnej reformy procedury karnej w celu jej unowocześnienia i wprowadzenia mieszanego procesu karnego.