

IUS.indd 1 2006-02-06 10:40:34

REDAKCJA

Dr Janusz Kochanowski (redaktor naczelny) – Rzecznik Praw Obywatelskich
Prof. Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński
Prof. Jerzy Zajadło – Uniwersytet Gdański
Dr Michał Królikowski (sekretarz redakcji) – Uniwersytet Warszawski
Marek Lasocki (sekretarz redakcji) – Uniwersytet Warszawski

KOLEGIUM POLSKIE

Dr Adam Czarnota – Uniwersytet Południowej Nowej Walii w Sydney
Prof. Tomasz Gizbert-Studnicki – Uniwersytet Jagielloński
Prof. Andrzej Kojder – Uniwersytet Warszawski
Prof. Zdzisław Krasnodębski – Uniwersytet w Bremie
Prof. Lech Morawski – Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika w Toruniu, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
Mec. Marek Antoni Nowicki – Prezes Helsinskiej Fundacji Praw Człowieka
Prof. Wojciech Sadurski – Europejski Instytut Uniwersytecki we Florencji
Prof. Marek Safjan – Prezes Trybunału Konstytucyjnego, Uniwersytet Warszawski
Dr Wiesław Staśkiewicz – Biuro Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu, Uniwersytet Warszawski
Prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
Prof. Mirosław Wyrzykowski – Sędzia Trybunału Konstytucyjnego, Uniwersytet Warszawski
Prof. Marek Zirk-Sadowski – Sędzia Naczelnego Sądu Administracyjnego, Uniwersytet Łódzki

KOLEGIUM ZAGRANICZNE

Prof. Deryck Beyleveld – Uniwersytet w Sheffield
Prof. Jo Carby-Hall – Uniwersytet w Hull
Prof. Masaji Chiba – Uniwersytet Metropolitan w Tokio
Prof. Mark A. Cohen – Uniwersytet Vanderbilt
Prof. Meir Dan-Cohen – Uniwersytet w Berkeley
Prof. R. Antony Duff – Uniwersytet w Stirling
Prof. John Finnis – Uniwersytet w Oksfordzie
Prof. George P. Fletcher – Uniwersytet Columbia w Nowym Jorku
Peter Glazebrook – Uniwersytet w Cambridge
Prof. Jürgen Habermas – Uniwersytet im. J. W. Goethego we Frankfurcie nad Menem
Prof. Joachim Herrmann – Uniwersytet w Pittsburgu
Prof. Andrew von Hirsch – Instytut Kryminologii im. L. Radzinowicza w Cambridge
Prof. Martin Krygier – Uniwersytet Południowej Nowej Walii w Sydney
Dr Harvey W. Kushner – Uniwersytet Long Island w Nowym Jorku
Prof. David Lyons – Uniwersytet w Bostonie
Prof. Sir Neil MacCormick – Uniwersytet w Edynburgu
Sir Peter North – Uniwersytet w Oksfordzie
Lord Norton of Louth – Uniwersytet w Hull
Prof. Joseph Raz – Uniwersytet w Oksfordzie
Niels von Redecker – Institut für Ostrecht w Monachium
Sir Christopher Staughton – Londyn
Prof. Ruti G. Teitel – New York Law School
Prof. Gunther Teubner – Uniwersytet im. J. W. Goethego we Frankfurcie nad Menem
Prof. Thomas Weigend – Uniwersytet w Kolonii



IUS ET LEX

Nr (IV) 1/2006

IUS.indd 3 2006-02-06 10:41:25









SPIS TREŚCI

Janusz Kochanowski *Powrót kary sprawiedliwej* 9

ROZPRAWY **17**

R. Antony Duff *Karanie obywateli* 19

Andrew von Hirsch *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retrybutywizmie* 45

Sue Rex *Proporcjonalność i resocjalizacja. Szanse na pojednanie* 85

Michał Królikowski *Sprawiedliwość retrybutywna wobec sprawiedliwości naprawczej* 107

Andrew Ashworth *Kryteria ustalenia proporcjonalności wyroku* 131

Tatjana Hörnle *Zasada proporcjonalności w niemieckiej teorii kary* 149

Tapio Lappi-Seppälä *Zasada proporcjonalności w systemie karnym Finlandii* 165

Janusz Kochanowski *10 zasad odpowiedzialności karnej* 193

PRZEDRUKI **197**

Herbert Morris *Osoby a kara* 199

Joel Feinberg *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej* 215

WOKÓŁ SPRAW POLSKICH **229**

Andrzej Siemaszko *Przestępczość w Polsce na przełomie wieków* 231

Paweł Moczydłowski *Więziennictwo zmierza do kryzysu* 269

ROZPRAWY O IUS ET LEX **287**

Bartosz Wojciechowski *Hegla filozofia kary* 289

Maciej Chmieliński *Kanta filozofia kary* 309

RECENZJE **323**

Wojciech Sadurski *Rawls i granice liberalizmu* 325

Daniel Wincenty *Przestępczość jako wyzwanie dla współczesnego społeczeństwa zachodniego* 353

BIBLIOGRAFIA **364**

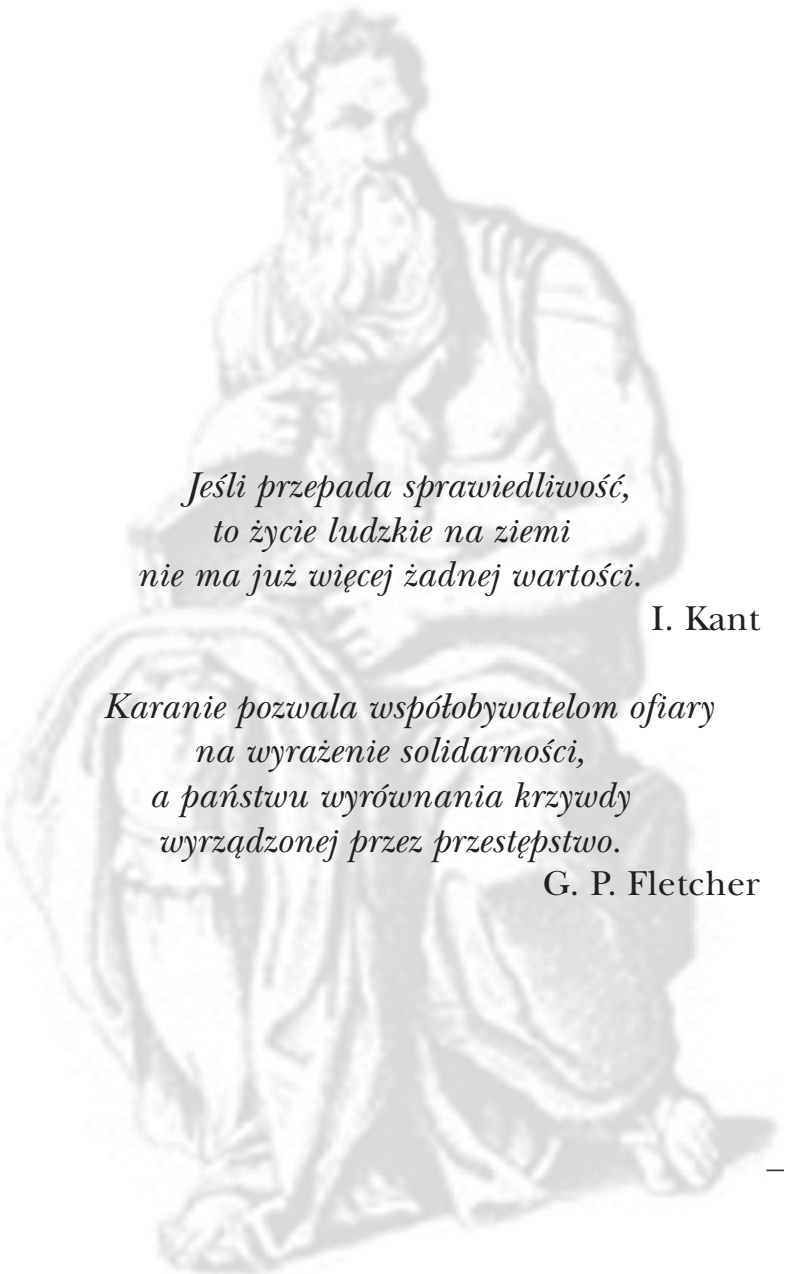
O FUNDACJI **380**

IUS.indd 5 2006-02-06 10:42:05









Jeśli przepada sprawiedliwość,
to życie ludzkie na ziemi
nie ma już więcej żadnej wartości.

I. Kant

Karanie pozwala współobywatelom ofiary
na wyrażenie solidarności,
a państwu wyrównania krzywdy
wyrządzonej przez przestępstwo.

G. P. Fletcher

IUS.indd 7 2006-02-06 10:42:07









Społeczeństwo, które źle rozumie swoje kary, źle rozumie swoje wolności. Społeczeństwo, które nie wierzy już w znaczenie kar, nie wierzy również w wartość wolności. Musimy przemyśleć nasze kary, mając na uwadze wolność.

Alain Peyrefitte

POWRÓT KARY SPRAWIEDLIWEJ

Zacznijmy od podstawowego pytania: czy mamy w ogóle prawo karania, pod jakimi warunkami, w jakim stopniu i w jaki sposób? Zaletą tego rodzaju prostych pytań – w tym wypadku powtórzonych za H. Morrisem[1] *– jest uzmysłowienie sobie, że odpowiedź na nie wcale nie musi być równie prosta i jednoznaczna.*

Może się ona wyrażać w twierdzeniu, że wystarczającym uzasadnieniem kary jest wyrządzone zło lub przeciwnie, że jest nim potrzeba prewencji, czyli powstrzymania przed jego powtórzeniem w przyszłości. Można też obstawać przy tym, że nie mamy do karania żadnego prawa, gdyż nie jest ono w stanie odwrócić tego, co się już stało, a jedynie potęguje zaistniałe zło, przez dodanie do niego nowego.

Stajemy w ten sposób przed trzema głównymi nurtami w odpowiedzialności karnej. Jednym, opartym na sprawiedliwościow ym jej rozumieniu, wyznaczonym przez czyn i winę sprawcy, za które wymierzana jest mu proporcjonalna do popełnionego przestępstwa kara. Drugim, podejściem utylitarnym, które zwraca uwagę, że przedmiotem kary jest nie czyn, lecz człowiek, jej podstawą nie tyle wina, co stan niebezpieczeństwa sprawcy, wyznaczane przez możliwe z jego strony zagrożenie w przyszłości. Przy tego rodzaju nastawieniu pojęcie proporcjonalnej do czynu i winy kary przestaje mieć swój sens i zostaje zastąpione środkami zabezpieczającymi, dostosowanymi do potencjalnego niebezpieczeństwa ze strony sprawcy[2]*. Jeszcze inaczej przedstawia się to w przypadku trzeciej z możliwych odpowiedzi – negującej sens kary i prawo do jej wymierzania, co stanowi punkt wyjścia współczesnego abolicjonizmu. Najbardziej znaną z jego postaci jest tzw. sprawiedliwość naprawcza. Niektórzy przedstawiciele tego kierunku posuwają się tak daleko, że negują samo istnienie*

[1] Patrz H. Morris, *Osoby a kara*, w niniejszym tomie, s. 199 i nast.

[2] Stanowiąca podstawę klasycznej teorii prawa karnego triada: czyn – wina – kara zostaje zastąpiona inną: człowiek – stan niebezpieczeństwa – środek zabezpieczający, prowadząc do całkowicie odmiennego rozumienia odpowiedzialności karnej.

IUS.indd 9 2006-02-06 10:42:08

przestępstwa[3]*. W jego miejscu widzą wymagający rozwiązania konflikt, czemu ma służyć dyskurs lub mediacja, a celem ma być naprawa i pojednanie*[4]*.*

Niezależnie od tego, na ile te odmienne sposoby widzenia odpowiedzialności karnej są sobie przeciwstawne, a na ile komplementarne, każde z nich zwraca uwagę na jeden z trzech węzłowych problemów odpowiedzialności – na popełniony czyn, osobę sprawcy oraz potrzebę innego rodzaju, niż tylko pasywną odpowiedzialność za wyrządzone zło.

Historycznie rzecz biorąc można przyjąć, że punktem wyjścia rozwoju koncepcji odpowiedzialności było klasyczne rozumienie sensu kary i odpowiedzialności, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę chronologię teoretycznego opracowania każdego z tych nurtów w nowożytnej teorii prawa karnego. Kolejny etap, od końca XIX wieku do drugiej połowy wieku XX, stanowiło prewencyjne rozumienie kary. Na kontynencie miało ono swoje uzasadnienie w socjologicznej szkole prawa karnego oraz w pozytywizmie filozoficznym[5]*, a w krajach anglosaskich – w filozofii utylitarnej, której wiodącym przedstawicielem był J. Bentham. Odstraszenie, kontrola społeczna, rehabilitacja i terapia stanowiły jedyne racjonalne – jak uważano – uzasadnienie sensu kary. Ostatnim i stosunkowo nowym jest ruch abolicjonistyczny, który chciałby być czymś w rodzaju końca historii ewolucji odpowiedzialności karnej, prowadzącej do jej zaniku.*

Daje się zauważyć też między nimi kolejność logiczną, gdyż klasyczna koncepcja kary stanowi rodzaj racjonalizacji pierwotnej reakcji karnej, której istnienie (i powstanie) jest oczywiście niezależne od naszej inwencji czy refleksji teoretycznej. Parafrazując słowa J. F. Stephena można powiedzieć, że prawna odpowiedzialność karna ma się tak do pierwotnego mechanizmu przestępstwa i kary, jak małżeństwo do pożądania seksualnego[6]*. Nie tworzy go, lecz reguluje. Utylitaryzm stara się z kolei modelować odpowiedzialność karną tak, aby osiągnąć zamierzone cele społeczne, w szczególności zapobieżenia i zwalczania przestępczości. Wprowadzając do odpowiedzialności instytucje przedtem nie uwzględniane – jak chociażby probacje czy wspomniane środki zabezpieczające. Natomiast abolicjonizm traktowany tak konfrontacyjnie, jak chcą tego jego reprezentatywni zwolennicy, stanowi element finalny rozkładu systemu odpowiedzialności karnej. Rozumiany bardziej konstruktywnie staje się czynnikiem*

[3] N. Christie, *Conflicts as Propety*, „The Bristish Journal of Criminology" XVII, 1977, nr 1; tenże, *Crime Control as Industry: Towards Gulags: Western Style*, London-New York 2000.

[4] W miejsce poprzednich stawia inną triadę: konflikt – dyskurs i mediacja – naprawa i pojednanie.

[5] Miało ono swój początek u Cesare Beccarii we Włoszech, Montesquieu i Voltaire'a we Francji oraz P. J. A. von Feuerbacha w Niemczech.

[6] Tenże, *General View of the Criminal Law of England*, London 1863, s. 99.

twórczego niepokoju, każąc na nowo przemyśleć podstawowe pojęcia, takie jak przestępstwo, kara oraz granice uprawnionej interwencji państwa. Sformułowanie postawionego na wstępie za H. Morrisem pytania o prawo do karania, czyli jak gdyby oczekującego usprawiedliwienia kary, jest refleksem tego rodzaju zastrzeżeń czy wątpliwości.

Niezależnie od kolejności, zarówno historycznej i logicznej, między przywołanymi podejściami do rozumienia kary i odpowiedzialności, występują one względem siebie równoloegle i wywierają wpływ na konkretny system prawny, w którym – zależnie od klimatu filozoficznego i społecznego – jedno z nich wysuwa się na plan pierwszy. Jeśli więc pod koniec XIX wieku klasyczne pojmowanie odpowiedzialności poddało się wpływowi myślenia prewencyjnego, tak sto lat później, w zupełnie zmienionych warunkach – dochodzi do procesu odwrotnego. Mam tu na myśli odejście od czysto utylitarnego rozumienia kary i powrotu do retrybutywizmu, którego odrodzenie można było odnotować w latach 60. i 70. w Stanach Zjednoczonych, a następnie w kilku innych krajach. Zostało ono spowodowane kilkoma czynnikami. W pierwszym rzędzie złymi doświadczeniami prewencyjno-resocjalizacyjnego modelu odpowiedzialności karnej, zwłaszcza w swoim krańcowym, ale i zarazem najbardziej konsekwentnym ujęciu, prowadzącym do wyroków nieoznaczonych. Dowodziły tego badania empiryczne opublikowane przez Roberta Martisona w roku 1974 w pracy zatytułowanej: „Nothing Works?" [7]*. Autor ten przebadał ponad 200 różnych programów resocjalizacyjnych, stwierdzając w konkluzji, że właściwie żaden z nich nie spełnił pokładanych nadziei. Powrotność do przestępstwa okazała się być niezależna od stosowanych programów resocjalizacyjnych.*

Na porzucenie idei resocjalizacyjnych wpłynął również odmienny klimat filozoficzny, czego wyrazem było odejście od instrumentalnego traktowania sprawcy na rzecz dostrzeżenia w nim odpowiedzialnego podmiotu moralnego, gdyż godność człowieka i obywatela wymaga sprawiedliwej, proporcjonalnej do winy i przewidywalnej kary. Było to, jak się wydaje, związane ze zwiększeniem znaczenia praw człowieka, wśród których właśnie godność człowieka zajmuje centralne miejsce. Nie bez wpływu pozostawała rosnąca popularności koncepcji społeczeństwa obywatelskiego oraz państwa prawa. Katalizatorem tych przewartościowań oraz rozwoju badań empirycznych i nauki prawa karnego był gwałtowny wzrost przestępczości. Wydatki na walkę z przestępczością były w pewnym okresie w Stanach Zjednoczonych porównywalne z wydatkami na zbrojenia.

Zamieszczony w tym zbiorze i powoływany już artykuł Herberta Morrisa pt. „Osoby a kara" (1968) jest charakterystycznym przykładem zmieniającego się

[7] „Public Interest" 1974, nr 35. Podobnie R. G. Hood, R. Sparks [w] *Key Issues in Criminology*, London 1970.

wówczas wspomnianego klimatu filozoficznego. Jak możemy w nim przeczytać, kara jest prawem przyrodzonym i niezbywalnym, a jej zakwestionowanie oznacza podważenie wszelkich praw i obowiązków moralnych. Prawdziwie przełomowe znaczenie miał jednak raport Andrew von Hirscha pt. „Doing Justice" (1976) [8] *oraz wcześniejszy (1971) raport American Friends Service Committee pt. „Struggle for Justice". Ten ostatni zapoczątkował nie tylko intelektualny, ale również społeczny ruch na rzecz kary sprawiedliwej i proporcjonalnej. Zasada proporcjonalności leżąca u podstaw retrybutywnego rozumienia odpowiedzialności sprawiła, że pojęcie sprawiedliwości stało się na powrót kluczowe w teorii wymiaru kary. Podobnie jak w klasycznym retybutywizmie, wymóg proporcjonalnej i sprawiedliwej kary stawiany jest przed dążeniem do traktowania jej jako środka do zwalczania i zapobiegania przestępstwom. Z tego względu reakcja karna powinna traktować skazanego oraz potencjalnych przestępców jako podmioty moralne – posiadające zdolność ocen etycznych, dotyczących dobrych i złych stron swoich czynów oraz dostosowania swojego zachowania do obowiązujących norm. Dowolność sędziowska w wyborze celów realizowana za pomocą wymierzanych sankcji powinna być ograniczona, podobnie jak ingerencja państwa w życie skazanych przestępców.*

Nie można nie zauważyć, że jakkolwiek współczesny retrybutywizm oznacza powrót do podstawowych założeń szkoły klasycznej, to oczywiście w zmienionych politycznych i społecznych warunkach posługuje się on zupełnie innymi kategoriami – demokracji i państwa prawa, liberalizmu komunitarnego, godności i wolności człowieka jako przyrodzonych i niezbywalnych prawa jednostki. Dzieli go od Kanta całe doświadczenie współczesnej filozofii.

Od czasu wymienionych wyżej prac Herberta Morrisa i Andrew von Hirscha swój wkład do współczesnego retrybutywizmu wniosło wielu znaczących teoretyków amerykańskich, brytyjskich, niemieckich i skandynawskich, m.in. Andrew Ashworth, Antony E. Bottoms, R. Antony Duff, Wolfgang Frisch, Tatjana Hörnle, Joel Feinberg, Nils Jareborg, Hans-Jörg Albrecht, Bernd Schünemann. Ich prace miały wpływ nie tylko na praktykę wymiaru kary, ale również reformę systemów odpowiedzialności karnej w niektórych stanach amerykańskich, jak Oregon i Minnesota oraz niektórych krajach Europy Zachodniej, w szczególności w Finlandii i Szwecji. Kilku z nich gościliśmy w 2002 roku na naszej konferencji poświęconej odpowiedzialności karnej w systemach liberalnych demokracji[9]*, a obecnie mamy okazję zaprezentowania polskiemu czytelnikowi, który może przekonać się o zupełnie innym sposobie rozumienia odpowiedzialności, a także pisania na jej temat.*

---

[8] M. Królikowski, T. Krawczyk, *Raport o raporcie. Rzecz o poszukiwaniu kary sprawiedliwej*, „Studia Iuridica" XXIX, 2001, s. 117–137.

[9] Materiały tej konferencji można znaleźć na stronach internetowych www.iusetlex.pl

IUS.indd 12 2006-02-06 10:42:12

Jakkolwiek na kontynencie europejskim istnieje jeszcze zwyczaj dystansowania się do retrybutywizmu jako zbyt prostego, żeby nie powiedzieć nieracjonalnego i społecznie bezużytecznego, sposobu pojmowania funkcji kary, to wydaje się, że istnieją już przesłanki do zmiany tego stanowiska. Renesans retrybutywizmu w Stanach Zjednoczonych oparty został głównie na zmianie relacji do sprawcy jako podmiotu odpowiedzialności, uznaniu godności człowieka i równości jako naczelnej zasady prawa, która nie pozwala traktować go jako środek, ale cel sam w sobie, wymagając równej kary za to samo oraz równego traktowania sprawcy i ofiary. W tym sensie renesans retrybutywizmu oznacza powrót do filozofii Kanta.

Tego rodzaju uznanie godności człowieka i równości wobec prawa jest obecnie zapisane we wszystkich podstawowych aktach europejskich, takich jak przyjęta w roku 2000 Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (art. 1), w Traktacie ustanawiającym konstytucję dla Europy (art. II-61) czy wreszcie – co z naszej perspektywy jest nie mniej istotne – Konstytucji RP z 1997 roku (art. 30). Trudno przypuścić, aby pozostały one bez wpływu na tak ważny społecznie segment życia społecznego, jakim jest prawo i odpowiedzialność karna.

Symptomem zapoczątkowanego powrotu jest popularność koncepcji tzw. pozytywnej prewencji generalnej[10]*, według której celem kary jest umocnienie obowiązujących norm w świadomości społecznej i która jest niczym innym jak odmianą heglowskiej koncepcji zaprzeczenia zła i potwierdzenia dobra przez sankcję. Jest nim także rosnąca rola, jaką przyznaje się ofierze przestępstwa. Jeśli rzeczywiście chce się traktować ją poważnie, wówczas trzeba wziąć pod uwagę, że ofiara domaga się przede wszystkim sprawiedliwości, przez którą rozumie ona nic innego jak właśnie sprawiedliwość retrybutywną. Świadectwem tego rodzaju tendencji wydaje się być wreszcie zapis art. II-109 Traktatu ustanawiającego konstytucję dla Europy, który zakazuje karania nieproporcjonalnego w stosunku do ciężaru popełnionego czynu, oraz regulacja w europejskim Corpus Iuris, czyli projekcie kodeksu, zawierającego przepisy chroniące interesy finansowe Unii Europejskiej, gdzie deklaruje się zasadę proporcjonalności jako podstawę wymiaru kar i środków karnych.*

Wzrost przestępczości w wielu krajach, w szczególności postkomunistycznych, oraz rażąca zawodność wymiaru sprawiedliwości stawia zadanie rewizji dotychczasowych utartych poglądów i zużytych schematów. Jak zawsze w takich przypadkach, skłania do powrotu do źródeł, podstawowej zasady porządku rzeczy[11]*, stanowiącej rodzaj prawa naturalnego lub wynalazku człowieka podobnego do tego jak wynalezienie koła. Jest nią imperatyw: zło powinno zostać*

[10] C. Roxin, *Strafrecht, Allgemainer*, 1997, s. 740–745; B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive Generalpraevention*, Berlin 1998.

[11] Patrz M. Królikowski, *Sprawiedliwość retrybutywna wobec sprawiedliwości naprawczej*, w niniejszym tomie, s. 107.

ukarane, a dobro nagrodzone. Zadaniem sprawiedliwej i proporcjonalnej do przestępstwa kary jest przywrócenie wiary w prawomocność naruszonych przez przestępstwo reguł ('sprawiedliwość retrybutywna')[12]*. Następnie jest wyrównanie wyrządzonej krzywdy tak, aby ten, kto dopuścił się przestępstwa i pogwałcił prawo, nie odnosił korzyści kosztem tych, którzy go przestrzegają ('sprawiedliwość dystrybutywna'). I wreszcie, zabezpieczenie sprawcy przed popełnieniem nowego przestępstwa, przynajmniej w okresie odbywania przez niego kary pozbawienia wolności lub trwania środka zabezpieczającego.*

Przeciwdziałanie jej przez prewencję indywidualną lub generalną jest oczywiście ważnym celem, ale w istocie podporządkowanym wymierzaniu kary sprawiedliwej, której zadaniem jest przywrócenie ładu moralnego i odbudowa kapitału społecznego. Społeczeństwo nie może funkcjonować bez przewidywalnego przestrzegania ustalonych zasad, których naruszenie pociąga za sobą sankcję – o czym najłatwiej przypominamy sobie wówczas, kiedy porządek społeczny ulega zachwianiu.

* * *

Założeniem każdego z tomów „Ius et Lex", o czym warto przypomnieć, jest podejmowanie tematów, które w polskiej literaturze prawniczej nie są dostatecznie znane, albo też są ignorowane, a w naszej ocenie wymagają zwiększonej uwagi. Stąd wybór poprzednich zagadnień, takich jak fundamentalna dla prawa relacja 'ius' do 'lex', czy odpowiedzialność za zbrodnie minionych systemów, które były przedmiotem dwóch pierwszych numerów. Z tych samych względów obecny numer poświęcony został zagadnieniom współczesnego retrybutywizmu. Zamęt aksjologiczny i chaos legislacyjny, jakiego świadectwem jest zarówno kodeks karny z 1997 roku, jak również liczne fragmentaryczne jego nowelizacje, stawia przed nami zadanie przemyślenia na nowo podstaw odpowiedzialności karnej i ich zaproponowanie. Prezentowane tutaj znakomite rozprawy na temat sprawiedliwej – proporcjonalnej do winy – przewidywalnej kary, jako podstawowego założenia retrybutywizmu, powinny dać ku temu okazje. Propagowanie powrotu do sprawiedliwościowego uzasadnienia kary uważamy za jedno z węzłowych zadań naszej fundacji[13]*.*

Sięganie po tematy nowe i mało u nas znane sprawia, że kolejne numery naszego magazynu ukazują się nie częściej niż raz w roku. W roku 2004 nie udało nam się opublikować przygotowywanego od dłuższego czasu, prezento-

[12] H. Morris, *Osoby a kara, op. cit.*

[13] Patrz informacje o monografii sekretarza redakcji Michała Królikowskiego – tenże, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005 na str. 424.

wanego obecnie numeru o retrybutywizmie. Natomiast w roku 2005 opublikowaliśmy specjalny numer pt. „O naprawie Rzeczypospolitej". Następny, w roku 2006, zostanie poświęcony ekonomicznemu podejściu do przestępczości.

Jak zawsze nasze publikacje zależą od wspaniałomyślności sponsorów. W tym przypadku jest nim Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, działający przy Ministerstwie Sprawiedliwości. Chciałbym w związku z tym złożyć podziękowanie zasłużonemu dyrektorowi tego Instytutu prof. Andrzejowi Siemaszce oraz mec. Andrzejowi Kalwasowi, b. ministrowi sprawiedliwości, za poparcie udzielone tej publikacji.

Janusz Kochanowski
Redaktor Naczelny „Ius et Lex"









ROZPRAWY

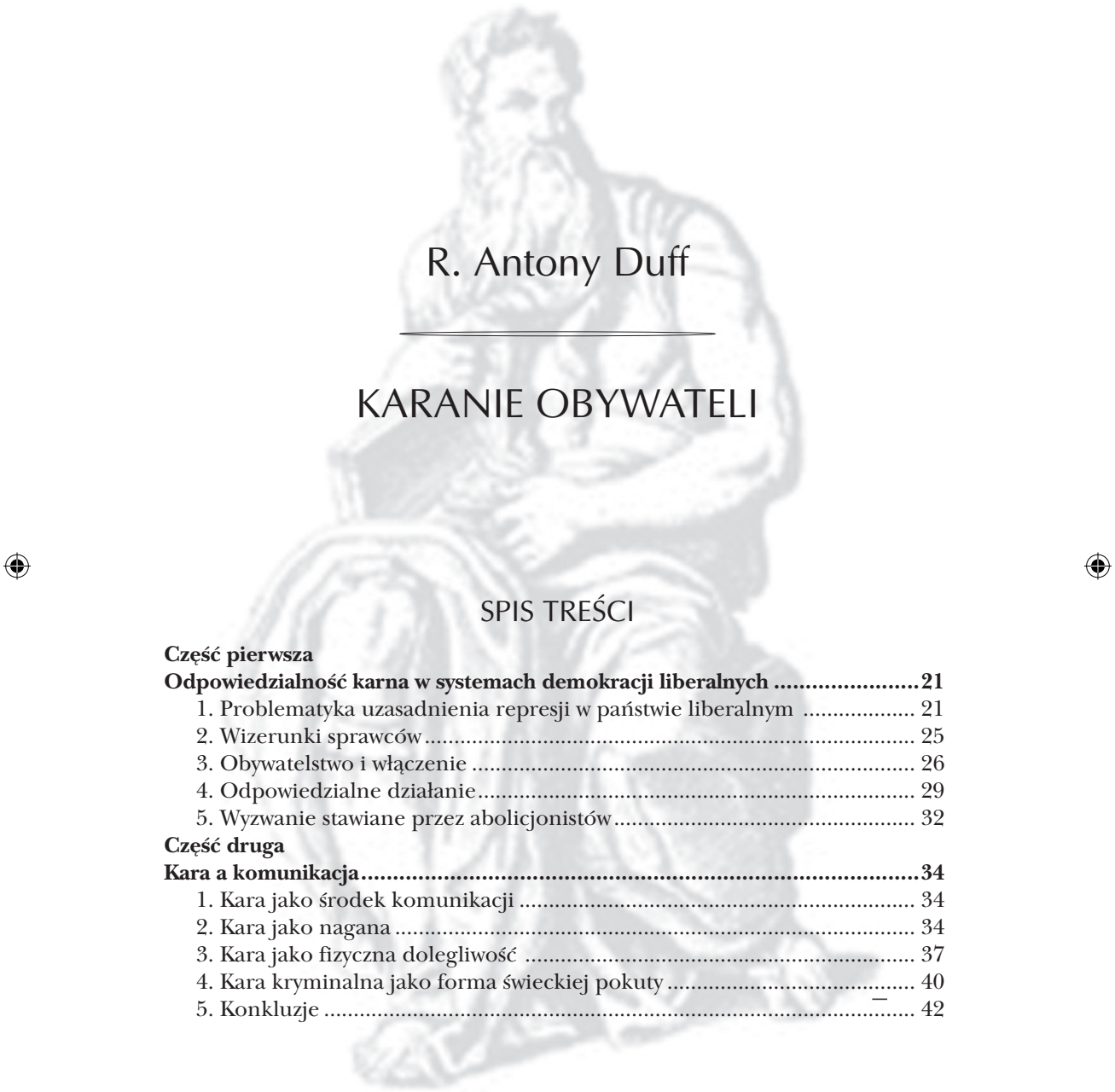
IUS.indd 17 2006-02-06 10:42:13











R. Antony Duff

KARANIE OBYWATELI

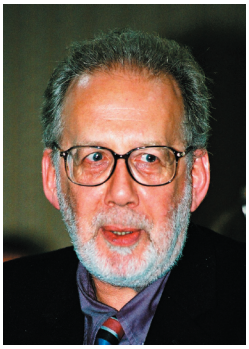
SPIS TREŚCI

Część pierwsza
Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnych 21
1. Problematyka uzasadnienia represji w państwie liberalnym 21
2. Wizerunki sprawców 25
3. Obywatelstwo i włączenie 26
4. Odpowiedzialne działanie 29
5. Wyzwanie stawiane przez abolicjonistów 32

Część druga
Kara a komunikacja 34
1. Kara jako środek komunikacji 34
2. Kara jako nagana 34
3. Kara jako fizyczna dolegliwość 37
4. Kara kryminalna jako forma świeckiej pokuty 40
5. Konkluzje 42

Tłumaczenie: Lubomir Schreiber

IUS.indd 19 2006-02-06 10:42:13



R. ANTONY DUFF

Ukończył Uniwersytet w Oksfordzie, *visiting fellow* na Uniwersytecie Waszyngtona w Seatle. Wykłada filozofię na Uniwersytecie w Stirling od 1970 roku. Otrzymał *British Academy Research Readership* w latach 1989–1991 oraz *Leverhulme Major Research Fellowship* na czas 2002–2005 dla celów pracy nad projektem badawczym dotyczącym struktur odpowiedzialności karnej. Członek *Royal Society* w Edynburgu oraz kolegium zagranicznego „Ius et Lex". Zajmuje się filozofią prawa karnego. Opublikował m.in. książki: *Trials and Punishments*; *Criminal Attempts*; *Punishment, Communication and Community*.

IUS.indd 20 2006-02-06 10:42:25

WPROWADZENIE

Artykuł składa się z dwóch części. W pierwszej autor omawia zagadnienia dotyczące możliwej roli i znaczenia kary w liberalno-demokratycznym systemie politycznym. Przede wszystkim koncentruje się na pytaniu, czy system karny w kontekście demokratycznym zdolny jest traktować przestępców jako obywateli, lub jako racjonalne podmioty moralne, zachowujące prawo do naszego szacunku i troski. W drugiej Antony Duff sugeruje, że najlepszą – o ile nie jedyną – drogą do znalezienia właściwych odpowiedzi jest takie podejście retrybutywne, gdzie karanie pojmuje się jako proces komunikacyjny między społecznością a przestępcą (i ofiarą), w który państwo angażuje swoich obywateli.

CZĘŚĆ PIERWSZA
ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA W SYSTEMACH DEMOKRACJI LIBERALNYCH

1. PROBLEMATYKA UZASADNIENIA REPRESJI W PAŃSTWIE LIBERALNYM

Zastosowanie wobec jednostki środków represji[1] jest uważane za moralnie problematyczne, szczególnie w państwach pretendujących do miana demokracji liberalnych. Potrzeba zapytać, czym tak naprawdę może być kara kryminalna, co może ona oznaczać i jak może być usprawiedliwiana w tym systemie. Jeśli przy tym wziąć pod uwagę właściwe tej demokracji wartości, udzielenie odpowiedzi okaże się bardzo trudne.

Można rozpocząć od pytania o to, w jaki sposób państwo demokracji liberalnej ma karać swoich obywateli, rozważając uzasadnienie istnienia samej kary, jak i jej wymiaru. Jednak pytanie o to, co państwo może w sposób usprawiedliwiony czynić, skutkuje pominięciem bardziej złożonych zagadnień dotyczących kary w demokracji liberalnej. Państwo bowiem w takim systemie jest postrzegane jako przedstawiciel swoich

[1] Zob. np. D. Scheid, *Note on Defining Punishment*, „Canadian Journal of Philosophy", 1990, nr 10, s. 453.

IUS.indd 21 2006-02-06 10:42:26

obywateli, to jest każdego z nas. Nasze pytanie powinno zatem brzmieć: „Jak należy karać naszych współobywateli?" a nawet, dostrzegając silne więzi społeczne: „Jak należy karać naszych bliźnich?", by w końcu dojść do pytania: „Jak możemy karać samych siebie?".

Zadając powyższe pytania podejmujemy próbę uzasadnienia kompetencji państwa do wymierzania kary względem swoich obywateli, co oznacza w konsekwencji uzasadnienie prawa jednej grupy obywateli do karania innej grupy. Ponadto, należy zbadać inny aspekt tego zagadnienia, a mianowicie, czy kara kryminalna przewiduje traktowanie karanych konsekwentnie jako obywateli[2]. Czy możemy przy wymiarze kary traktować przestępców – używając tu pojęcia imperatywu praktycznego Kanta – jako „cel sam w sobie", czyli innymi słowy jako odpowiedzialnych, kierujących się zasadami moralnymi członków społeczeństwa, zasługujących przez to na uznanie ich racjonalnego człowieczeństwa[3]. Ponadto wypada zapytać, czy należy osobom karanym okazywać szacunek i traktować je jak naszych współobywateli. Jak zatem można zauważyć, pytanie o spójność obu instytucji – kary kryminalnej i statusu obywatela – może zostać postawione w różnoraki sposób.

W swoich opracowaniach stoję na stanowisku, że nawet jeśli dana osoba popełniła czyn zabroniony, zastosowanie kary powinno w pewnym stopniu uwzględniać jej status obywatela. Niektórzy teoretycy jednak dowodzą, że popełniając czyn zabroniony sprawca wyzbywa się swoich praw, zatraca poczucie moralne, które w normalnych okolicznościach pozwalają zaliczać go do grupy obywateli[4]. Według nich osoba niewinna ma prawo do obrony przed nieuzasadnionymi oskarżeniami i niesprawiedliwymi karami (tak samo jak przed byciem ofiarą czynu zabronionego), należy wobec tego stworzyć taki system sprawiedliwości karnej, który zapewni realizację tego prawa. Osoba winna, przez dobrowolne popełnienie czynu zabronionego, wyzbywa się swoich praw obywatelskich i nie obowiązują wobec niej zasady odnoszące się do reszty obywateli. Powinniśmy oczywiście

[2] W tym artykule skupiam się na krajowych systemach prawa karnego, zajmujących się czynami popełnionymi przez i przeciwko obywatelom, czy też przez i przeciwko gościom-obywatelom innych państw, którzy są jednak traktowani wobec państwa–miejsca popełnienia czynu zabronionego w taki sam sposób. Nie mogę zająć się tu kwestiami międzynarodowego prawa karnego, jak również sprawą powstałego przed kilku laty Międzynarodowego Trybunału Karnego. Podejście międzynarodowe wymagałoby traktowania sprawcy jako odpowiedzialnego nie tylko wobec współobywateli, ale wobec całej ludzkości.

[3] [*rational humanity* – przyp. tłum.]

[4] Zob. np. A. H. Goldman, *Toward a New Theory of Punishment*, „Law and Philosophy" 1982, nr 1, s. 57.; C. W. Morris, *Punishment and Loss of Moral Standing*, „Canadian Journal of Philosophy" 1991, nr 21, s. 53. Głosy krytyczne można znaleźć w: R. A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford 2001, s. 14–16.

IUS.indd 22 2006-02-06 10:42:27

traktować ją w sposób humanitarny, ze względu na zasadę poszanowania godności osoby ludzkiej. Należy również umożliwić jej odzyskanie praw obywatelskich, jednak wszystko to nie oznacza uznania jej praw i położenia jako obywatela. Wątpliwości przy tym wywołuje pytanie, czy również w przypadku powtarzających się, lub ciężkich przestępstw status sprawcy jako obywatela powinien zostać zachowany. Dość popularne jest przy tym stanowisko, że przez samo popełnienie czynu zabronionego sprawca sam wyklucza się ze społeczeństwa. Otwarte pozostają oczywiście również inne kwestie, których niestety poruszyć tu nie mogę, jak pytanie o reakcję społeczną na zamachy terrorystyczne, których sprawcy otwarcie wypierają się przynależności do określonego państwa czy też narodu. Wydaje się, że jedynie bardzo płytka odmiana liberalizmu byłaby w stanie bez wahania pozbawiać sprawców ich statusu obywateli. Pożądane okazuje się bowiem takie rozwiązanie, w którym większość czynów zabronionych nie będzie postrzegana jako wykroczenie poza dopuszczalną dla obywatela granicę, co w konsekwencji prowadzi do pozbawienia sprawcy statusu obywatela, a wręcz przeciwnie, należy dążyć do tego, aby w takiej sytuacji nie pozbawiano sprawcy praw należnych mu w powiązaniu z tym statusem. Niestety, ramy tego artykułu nie pozwalają mi na rozwinięcie tego wątku. Dzięki niemu można jednak uzasadnić zdumiewający rozwój niektórych teorii kary w końcu dwudziestego wieku.

Od połowy ubiegłego stulecia utylitarystyczny sposób rozumienia funkcji kary wydawał się triumfować. Idee retrybutywne uważano wówczas za prymitywne i mściwe, dla których nie było miejsca w racjonalnym systemie karnym. W kręgu tych teorii karę uzasadniano tym, że przywracała równowagę zaburzoną przez przestępstwo, była niejako konsekwencją przestępstwa. Oczywiście, podejście czysto utylitarystyczne spotykało się z krytyką. Niektórzy przedstawiciele nauki prawa karnego argumentowali bowiem, że istnieje niebezpieczeństwo ukarania nawet niewinnego obywatela, aby dzięki karze osiągnąć pewien cel społeczny – w tym przypadku odstraszenia innych obywateli od popełnienia danego rodzaju czynów. Dyskusja ta zainicjowała sformułowanie teorii kary, którą można nazwać ograniczonym utylitaryzmem. Jednakże samą karę uzasadniano w dalszym ciągu jako instytucję realizującą określony cel społeczny, polegający na ograniczeniu liczby przestępstw. Dążenie do realizacji tego celu było wszak w tym wypadku szczęśliwie ograniczane przez niedopuszczalność karania osób niewinnych, czy też redukcję nad wyraz surowej kary wymierzonej wobec sprawców, którym udowodniono określoną winę[5]. Winni popełnienia czynu zabronionego nie powinni

[5] Zob. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1968; D. Scheid, *Constructing a Theory of Punishment*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence" 1997, nr 10, s. 441.

być karani nieproporcjonalnie do czynu, wymiar kary powinien tu zależeć z jednej strony od wymogów humanitaryzmu, a z drugiej zaś od założeń efektywności wymiaru sprawiedliwości. Kara wymierzona w tych granicach będzie zawsze usprawiedliwiona ze względu na cele systemu jej wymiaru.

Odrodzenie się teorii retrybutywnej w ostatnich dekadach dwudziestego wieku miało donośne znaczenie dla dyskusji nad teorią kary. Odrodzenie to było po części spowodowane uznaniem znaczenia moralnej oceny sprawcy przy skazaniu. Być może inspiracją dla tego stanowiska, jak też wielu innych historycznych już kierunków myśli, było kantowskie rozumienie moralności. Możemy odnaleźć to na przykład w myśli J. G. Murphy'ego, który uważał, że teorie odstraszania usprawiedliwia się mając na uwadze osobę skazanego jako środek, a nie jako cel polityki karnej[6]. Myślenie innych przedstawicieli retrybutywizmu, choć nie cytują oni Kanta, jest również nacechowane nauką tego niemieckiego filozofa, szczególnie kiedy charakteryzują karę jako instytucję, która szanuje autonomię racjonalnej jednostki. W swoich rozważaniach oponują oni na przykład przeciwko pojmowaniu kary jako środka do zmiany przyzwyczajeń i zachowań skazanych, traktujących ich przy tym jako przedmioty, obiekty przeznaczone do ponownego ukształtowania, a nie jako obdarzone rozumem i kierujące się zasadami moralnymi jednostki[7]. Przy czym system kar oparty na odstraszaniu traktuje tak jednostki karane, jak i te, które owe kary mają odstraszyć – jak „zwierzęta, czyli niezgodnie z wolnością i szacunkiem przynależnym" im jako istotom obdarzonym poczuciem moralnym[8].

Problemem, który nabiera szczególnego znaczenia w systemie demokracji liberalnej, jest właściwe rozumienie instytucji kary, tj. czym kara jest i jak może być uzasadniona. Wiąże się to z pytaniem, czy wymiar kary powinien uwzględniać status sprawcy jako obywatela – jednostkę kierującą się zasadami moralnymi, której należy się odpowiedni szacunek i troska.

Co właściwie, na gruncie ustroju liberalnego, oznacza traktowanie sprawców jako obywateli lub jako jednostki obdarzone poczuciem moralnym? Odpowiedź można uzyskać przyglądając się niektórym sposobom,

---

[6] J. G. Murphy, *Marxism and Retribution*, „Philosophy and Public Affairs" 1973, nr 2, s. 217.

[7] Zob. np. C. S. Lewis, *The Humanitarian Theory of Punishment* [w] W. Sellars, J. Hospers (red.), *Readings in Ethical Theory*, Nowy Jork 1970, s. 646; H. Morris, *Persons and Punishment*, „The Monist" 1968, nr 52, s. 475.

[8] Zaczerpnięte z: G. W. F. Hegel, *The Philosophy of Right*, przeł. T. M. Knox, Oxford 1942, s. 246; zob. R. A. Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge 1986, s. 178–186; A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford 1993, s. 11.

IUS.indd 24 2006-02-06 10:42:28

tak retorycznym, jak i praktycznym, przedstawiania sprawców w teorii kary – sposobom, które dalekie były od traktowania sprawcy jako współobywatela.

2. WIZERUNKI SPRAWCÓW

Teoretycy pozostający pod wpływem idei i ambicji psychiatrycznych zdają się postrzegać sprawców nie jako winowajców zasługujących na odpowiednie potępienie i karę, ale raczej jako jednostki chore, niestabilne i nieprzystosowane do życia w społeczeństwie, jako takie wymagające opieki lekarskiej[9]. Obecnie naukowo udowodniony jest fakt, że wielu sprawców czynów zabronionych cierpi na różnego rodzaju zaburzenia psychiczne, przez co przynajmniej niektóre z ich czynów należy raczej przypisać stanowi zdrowia aniżeli świadomemu działaniu. Jednakże twierdzenie, że u wszystkich sprawców czynów zabronionych występują zaburzenia umysłowe, będące przyczyną ich niezgodnego z prawem zachowania się, czy też w ogóle postrzeganie wszystkich przestępstw jako symptomu choroby psychicznej zamiast jako zła, za które sprawca powinien odpowiadać, prowadzi wprost do zaprzeczenia traktowaniu sprawców jako jednostek zdolnych kierować swym postępowaniem. Co ciekawe, sami sprawcy często traktują takie zaszeregowanie jako zniewagę.

„Terapeutyczne" spojrzenie na sprawców, jak na osoby raczej chore niż złe, może przynajmniej próbować wyrażać autentyczną troskę o nich samych (podobnie jak być może silniejszą troskę o tych, których należało przed nimi chronić). Innym, przeważającym wizerunkom sprawców daleko nawet do takiej próby. Dla przykładu, przyzwyczajeni już jesteśmy do przygnębiających pojęć typu „wojna z przestępczością", czy też „wojna z przestępcami", które ukazują ich jako wrogów (państwa lub społeczeństwa), czyli tych przed którymi „my" – postępujący w sposób zgodny z prawem, niewinni obywatele – musimy być chronieni, przy użyciu wszelkich dostępnych acz humanitarnych sposobów. Taki wizerunek przestępcy wyraźnie zaprzecza uznaniu traktowania ich jako naszych współobywateli[10]. Retoryka wypowiedzi polityków lub środków masowego przekazu często przedstawia sprawców czynów zabronionych jako budzące nasze uzasadnione obawy, niebezpieczne bestie, przed którymi ochronić możemy się jedynie za pomocą odstraszania (np. przez groźby), czy też po prostu pozbawiając je wolności. Należy tu dodać, że w taki sposób przedstawia się jedynie niektórych sprawców. Innych, tych

[9] Popularny przykład tej tendencji – zob. K. Menninger, *The Crime of Punishment*, New York 1968.

[10] Zob. L. Hulsman, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, „Contemporary Crises" 1986, nr 10, s. 63.

dopuszczających się przestępstw, które zwykle popełniają „tacy jak my", czyli przestępstw drogowych, skarbowych, czy też gospodarczych – nie traktuje się w ten sposób.

Takie wizerunki sprawców często pośrednio albo bezpośrednio odzwierciedlane są w teorii i praktyce kary. Ci, co propagują tzw. selektywne pozbawianie wolności[11], dążą do „zarządzania ryzykiem" przez wyselekcjonowanie sprawców bardziej podatnych do powrotu do przestępstwa w przyszłości i żądają stosowania wobec nich kary prewencyjnego, dłuższego pozbawienia wolności. Takie podejście prowadzi w kierunku „sprawiedliwości asekuracyjnej", uzasadniającej stosowanie środków prewencyjnych opartych na charakterystyce sprawcy i współczynnikach możliwości ponownego popełnienia czynu zabronionego[12]. Powoduje to, że sprawca jest traktowany jako członek potencjalnie niebezpiecznej grupy, którą należy poddać kontroli. Przejawia się to również w wymierzaniu surowszych kar za określone typy przestępstw, mających na celu powstrzymać sprawców rzeczywistych lub potencjalnych przed ich popełnieniem. Sprawcy ci są przedstawiani nie jako nasi współobywatele lub jednostki, z którymi możemy podjąć pewien dialog moralny, lecz jako zagrażający nam obcy, wyjęci spod prawa banici, przed którymi musimy zamknąć bramy społeczeństwa.

Kara zawsze wiąże się z jakąś uciążliwością a nawet bólem. Czy można zatem karząc traktować jednocześnie sprawców jako naszych współobywateli, jako jednostki obdarzone poczuciem moralnym? Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy zastanowić się, co oznacza traktowanie sprawcy jak obywatela bądź jednostkę obdarzoną poczuciem moralnym.

3. OBYWATELSTWO I WŁĄCZENIE

Istnieją oczywiście różne rodzaje liberalizmu, oferujące wiele poglądów na rozumienie pojęcia obywatel we współczesnym państwie liberalnym. W szczególności należy rozróżnić tradycyjne wersje liberalizmu ściśle indywidualistycznego – odwołującego się do teorii umowy[13],

[11] [tzw. *selective incapacitation* – przyp. tłum.]

[12] Przykłady selektywnego ubezwłasnowolniania – zob. np. P. W. Greenwood, A. Abrahamse, *Selective Incapacitation*, Santa Monica 1982; J. Q. Wilson, *Thinking about Crime*, New York 1983, roz. VIII; dyskusja krytyczna – zob. np. N. Lacey, *Dangerousness and Criminal Justice*, „Current Legal Problems" 1983, nr 36, s. 31; M. Tonry, *Selective Incapacitation: The Debate over Its Ethics* [w] A. von Hirsch, A. J. Ashworth (red.), *Principled Sentencing*, Boston 1998, s. 128; A. von Hirsch, *Selective Incapacitation: Some Doubts* [w] A. von Hirsch, A. J. Ashworth, *ibidem*, s. 121. Literatura dotycząca problemu sprawiedliwości asekuracyjnej – zob. M. Feeley, J. Simon, *The New Penology: Notes of the Emerging Strategy for Corrections and Its Implications*, „Criminology" 1992, nr 30, s. 49; oraz tychże, *Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law* [w] D. Nelken (red.), *The Futures of Criminology*, London 1994.

wyjaśniającej powody, dla których jednostki łączą się w organizmy polityczne – od liberalizmu społecznego, który w ramach podstawowych zasad społeczeństwa politycznego poszukuje uzasadnienia dla takich wartości, jak autonomia jednostki, wolność, pluralizm. Społeczeństwo to przy tym nie jest definiowane przez *quasi*-kontraktowe określenie zakresu wolności poszczególnych jednostek, ale jako wzajemne uznanie przez jego członków danej, wspólnej drogi życiowej[14]. Można wszakże wyróżnić kilka centralnych, możliwych do przyjęcia elementów koncepcji liberalnej[15].

Rozważania najlepiej zacząć przez przeciwstawienie obywateli poddanym[16]. Poddani są związani prawami wydanymi przez władcę–suwerena, prawa te są kierowane do nich jako rozkazy. Rozkaz: „Zrób to lub tamto!" – jest paradygmatem dla prawa stanowionego przez tegoż władcę. Za niepodporządkowanie się rozkazowi grożą jednostce dolegliwe sankcje. Taki jest mniej więcej pozytywistyczny sposób postrzegania prawa, które kierowane jest do poddanych, a nie do obywateli. Obywatele są również związani prawem i normatywnymi żądaniami państwa–suwerena, nie jest to jednak związanie tego rodzaju, jakiemu podlegają poddani. Dla kontrastu, obywatele są związani prawem, które sami ustanowili przez swoich reprezentantów. Jest to wobec tego ich prawo, które oni uznają za prawo im wspólne (parafrazując angielski termin *common law*), które przemawia do nich językiem nie obcego im władcy–suwerena, lecz językiem ich własnych, z założenia wspólnych wartości politycznych[17]. Innymi słowy, wymagania stawiane przez prawo nie są rozkazami władcy–suwerena, grożącymi sankcjami każdemu, kto będzie się im sprzeciwiać, ale są normatywnym wyrazem wartości, w których realizację każdy z obywateli przynależących do danego państwa powinien być zaangażowany.

Powyższe rozróżnienie powinno trochę wyostrzyć zakres pytania o karę. Łatwo jest zauważyć, w jaki sposób władca–suweren karze swoich poddanych. Kara może służyć, co wydaje się oczywiste, jako groźba wymuszająca posłuch wśród opornych, choć bez wątpienia może ona być również użyta jako środek ubezwłasnowolnienia osób niebezpiecznych, czy też stanowić zemstę za nieposłuszną postawę. Określona kara będzie zawsze miała swoje uzasadnienie w takiej, a nie innej woli suwerena. Na-

[13] [*contractualist theories* – przyp. tłum.]

[14] Zob. R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, roz. 2, 3.1.

[15] Jako osobiście zaangażowany po stronie teorii komunitarystycznych, opiszę to zagadnienie w pojęciach właściwych dla tego rodzaju liberalizmu. Jednakże pojęcia te dają się także przełożyć na grunt koncepcji indywidualistycznej.

[16] [*subject* – przyp. tłum.]

[17] O tej idei – zob. G. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford 1986, roz. 1–2; R. Cotterrell, *Law's Community*, Oxford 1995, roz. 11.

tomiast w przypadku systemu państwa liberalnego, w którym obywatele podlegają prawu wspólnemu, legitymizacja zastosowania kary wydaje się daleko bardziej problematyczna. Czy nie spotkamy się tutaj nieuchronnie z podległością obywateli innym podmiotom, które będą uprawione wymierzyć karę, a co za tym idzie, czy sytuacja obywatela nie będzie tożsama w tym zakresie z uprzednio opisaną sytuacją poddanego?

Ukazanie kontrastu między obywatelskim włączeniem[18] a obywatelskim wyłączeniem[19] pozwoli być może jeszcze wyraźniej zarysować opisywany tu problem[20].

Obywatelskie włączenie to bycie uznanym i traktowanym jak członek danej społeczności politycznej. Włączenie to zawiera w sobie sferę polityczną – bycie zdolnym i nawet zachęcanym do udziału w procesach prawotwórczych i strukturach politycznych państwa. Poza tym rozróżniamy też sferę materialną, przez co należy rozumieć partycypację w korzyściach i możliwościach wzbogacenia się dostępnych w danej organizacji państwowej. Do tego dochodzi jeszcze trzecia, normatywna sfera, zapewniająca ochronę ze strony prawa i państwa, gwarantująca traktowanie danej jednostki jako współobywatela. Obywatelskie wyłączenie można zdefiniować jako brak włączenia w społeczeństwo w przynajmniej jednej z wyżej wymienionych sfer. Tak więc jednostka może cierpieć obywatelską niesprawiedliwość, kiedy została wykluczona z udziału w politycznym życiu państwa lub zamknięto dla niej swobodny dostęp do korzyści, jakie daje organizacja państwowa, również gdy nie jest traktowana wobec prawa na równi z innymi współobywatelami. Tylko bowiem jeśli zapewnione są te trzy sposoby partycypacji, możemy mówić o jednostce jako o obywatelu.

Obecnie jest oczywiste, że kara kryminalna może być, i często jest, potężnym środkiem wyłączenia jednostki ze społeczeństwa. Najbardziej dramatycznym przykładem jest kara pozbawienia wolności, fizycznie wykluczająca więźnia z normalnego życia społecznego, przez co kara ta pokazuje, że dla skazanego nie ma miejsca w społeczeństwie. Znaleźć tu zapewne można wpływ zasady mówiącej: *Three strikes and you're out*. Wyłączenie związane z karą pozbawienia wolności jest tym bardziej oczywiste, jeśli będziemy mieć do czynienia z tzw. „śmiercią cywilną", która wyraża się w formalnym pozbawieniu skazanego prawa udziału w życiu poli-

[18] [*civic inclusion* – przyp. tłum.]

[19] [*civic exclusion* – przyp. tłum.]

[20] Idee włączenia, jako centralne dobro społeczne i polityczne, zyskały w Wielkiej Brytanii na popularności w ciągu ostatniej dekady. Istnieje pokusa, aby je odrzucić jako zbyt retoryczne, ale uważam, że nie będzie to słuszne. Włączenie jest kluczowym pojęciem dla obywatelstwa, a pustkę retorycznej argumentacji możemy wypełnić pokazując jego praktyczne aspekty.

IUS.indd 28 2006-02-06 10:42:30

tycznym[21]. Inne rodzaje kar również mają tę cechę – można powiedzieć pewien efekt uboczny – że niejako znakują sprawcę jako obcego, skutecznie zamykając mu drogę do powtórnej partycypacji w społeczeństwie. Co więcej, często przedstawia się karę, jako mechanizm wykluczający sprawcę ze społeczeństwa. Jeśli bowiem uzasadnia się karę jako środek służący ubezwłasnowolnieniu przestępców, poprzez to otwiera się drogę do nadania jej funkcji również wykluczającej. Przy okazji, jak już stwierdzono, przedstawia się sprawców jako groźne bestie, których miejsce jest w klatce, a nie na wolności, bestie, które nigdy nie będą traktowane jak współobywatele, z którymi możemy koegzystować i którym należy się szacunek. Jeśli takie zachowanie jest uzasadniane jedynie odstraszaniem, należy postrzegać je jako technikę kontroli adresowaną pod kierunkiem potencjalnych sprawców. Językiem przekazu nie jest tu język wartości wspólnych danemu społeczeństwu, ale mieszanina brutalnych gróźb i chęć samoobrony, przez co we wspomnianej już sferze normatywnej traktuje się potencjalnych sprawców raczej jako obcych niż członków danej wspólnoty politycznej.

W ten sposób kara jest faktycznie czynnikiem wyłączającym ze społeczeństwa, biorąc pod uwagę tak jej efekty, jak również znaczenie. Dopóki ma ona tę cechę, dopóty wydaje się niezdolna uznawać sprawcę za współobywatela. Oczywistym jest bowiem, że jeśli wykluczamy kogoś od udziału we wspólnocie politycznej, zaprzeczamy raczej niż uznajemy jego status obywatela. Rozstrzygającym wobec tego jest pytanie, czy kara musi wiązać się z wykluczeniem. Jeśli tak jest, wtedy można to usprawiedliwić jedynie tym, że ci, którzy dopuścili się czynu zabronionego, tym samym utracili swoje prawa obywatelskie. Proponuję, abyśmy zaprzeczyli takiemu twierdzeniu. Szukając argumentów przeciwnych, warto spróbować przedstawiać karę raczej jako środek włączający sprawcę do społeczeństwa niż z niego wyłączający, przez co można go traktować jako współobywatela. Prawdziwym wyzwaniem dla liberalnych teoretyków prawa jest uzasadnienie istnienia kary w ten właśnie sposób.

4. ODPOWIEDZIALNE DZIAŁANIE

Obywatel państwa liberalnego to odpowiedzialna, kierującą się zasadami moralnymi jednostka, i tak też ma być on traktowany przez innych. Oczywiście nie dotyczy to wszystkich członków danej wspólnoty politycznej. Niektórzy z nich mogą być ze względu na swój zbyt młody wiek bądź zaburzenia zdrowia psychicznego pozbawieni pierwszej lub drugiej cechy. Braki te jednakże nie mają wpływu na uczestnictwo we

[21] O karze pozbawienia wolności i „śmierci cywilnej" – zob. np. L. Wacquant, *Deadly Symbiosis*, „Punishment and Society" 2001, nr 3, s. 119–120.

wspólnocie. Mają oni bowiem, tak jak pełnoprawni obywatele, prawo do troski i ochrony państwa, jak również partycypują w dobrach dostępnych w społeczeństwie. Sam zaś ich status obywateli jest ograniczony na skutek niezdolności do racjonalnego uczestniczenia w zarządzaniu sprawami tak swoimi jak i całej społeczności. Wracając do tematu, można poświęcić wiele czasu i napisać tomy rozpraw filozoficznych, aby wyjaśnić pojęcie odpowiedzialnej, kierującej się zasadami moralnymi jednostki[22]. Dla potrzeb tego artykułu zasygnalizowane tu zostaną jedynie niektóre cech właściwe takiej jednostce, odnoszące się wprost do naszych rozważań.

Odpowiedzialną za swe postępowanie i kierującą się zasadami moralnymi jednostkę cechuje praktyczny racjonalizm. Oznacza to, że jednostka ta jest zdolna zarówno rozważyć pojęcie dobra – w sensie tego, jak należy żyć i postępować – jak również zastosować rezultaty takich rozważań w stosunku do samej siebie. Rozpoznaje ona motywy swego działania, zaliczając do nich między innymi przestrzeganie prawa oraz zasad moralnych i jest przez nie kształtowana. Używając znowu terminologii Kanta, jest ona autonomiczną jednostką, która jest w stanie myśleć i działać samodzielnie[23]. Konsekwencją powyższych cech jest właśnie możliwość partycypacji w podejmowaniu decyzji w kwestiach politycznych i moralnych, pojawiających się w danej społeczności. Co za tym dalej idzie, jednostka ta jest zdolna do rozpoznania, zaakceptowania i reakcji na wyrażane przez prawo wartości charakteryzujące daną społeczność. W takim wypadku traktowanie jednostki jako odpowiedzialnej za swe postępowanie i kierującej się zasadami moralnymi jest przejawem szacunku oraz także odpowiedzią na prezentowaną przez nią racjonalną postawę. Wyrażony zostaje w ten sposób respekt wobec człowieka jako kantowskiego celu samego w sobie, człowieka, który w terminologii komunitarystycznej dopuszczony jest do współudziału w wartościach danej wspólnoty. Przejawia się to przede wszystkim w tym, że z jednej strony wartości te wiążą jednostkę, z drugiej zaś zapewniają jej skuteczną ochronę.

Trzy ważne aspekty takiego postrzegania jednostki wydają się tu warte odnotowania. Po pierwsze, nie wolno nam poszukiwać jedynie sposobów do zmanipulowania (na przykład przez podstęp) lub zmuszenia współobywatela do pożądanego zachowania. Takie metody będą w prostej linii skutkować zaprzeczeniem zdolności jednostki do rozpoznania odpowiedzialności za swe postępowanie. Po drugie, możemy

[22] [*responsible moral agent* – przyp. tłum.]

[23] Pogłębioną analizę autonomii jednostki można znaleźć w: J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, s. 369–429; G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge 1988; G. Sher, *Beyond Neutralisty*, Cambridge 1997, roz. 2–3.

IUS.indd 30 2006-02-06 10:42:31

odpowiednio wpłynąć na zachowanie współobywateli, spowodować, że odstąpią od pewnego działania. Należy zdać sobie sprawę, że szacunek dla autonomii czyjegoś postępowania nie jest wartością absolutną i nie wyklucza, kiedy wystąpi rzeczywiście taka potrzeba, wpłynięcia na daną jednostkę w celu zmiany sposobu jej działania[24]. Po trzecie, szacunek dla jednostki zdolnej odpowiadać za swe postępowanie nie pozostaje w sprzeczności z krytyką, czy też potępianiem jej za zło, którego się dopuściła. Jeżeli więc wziąć na poważnie wartości kierujące naszym postępowaniem, musimy być gotowi do udzielenia nagany w przypadku ich naruszenia (jeżeli zaś sami jesteśmy sprawcami naruszenia, musimy być gotowi zaakceptować krytykę kierowaną przez innych w naszym kierunku). Zignorowanie takiego naruszenia oznaczać będzie zdradę tych wartości, a także brak szacunku dla jednostki. Nie oznacza to, że wszyscy wścibsko powinniśmy poszukiwać zła, które należy potępić. Niezależnie od faktu, że powinniśmy więcej uwagi poświęcać belkom w naszych własnych oczach niż drzazgom w oczach innych[25], musimy umieć odróżnić prywatne aspekty życia naszych współobywateli – które w żadnym wypadku nie powinny nas interesować – od aspektów życia publicznego, których kontrola leży w naszym interesie. Musimy po prostu być przygotowani na rozliczenie i odpowiednią naganę złego postępowania innych ludzi, kiedy pozostaje to w sferze ich życia publicznego.

System prawa karnego może na różne sposoby traktować obywateli jako odpowiedzialne za swoje postępowanie i kierujące się zasadami moralnymi jednostki, nie wyłączając ich w ten sposób ze społeczeństwa. Jak już zauważono wcześniej, system ten nie musi zwracać się doń w rozkazującym tonie władcy–suwerena, lecz może operować odpowiednimi terminami normatywnymi, odzwierciedlającymi wartości doniosłe dla danej wspólnoty. W ten sposób prawo karne może być rozumiane nie jako seria brutalnych nakazów typu: „Zrób to lub tamto!", ale raczej jako określenie granic dla zła wyrządzanego społeczeństwu, tj. dla łamania podstawowych dla niego zasad. Kiedy bowiem prawo definiuje kradzież, gwałt, czy unikanie płacenia podatków jako przestępstwa, wyraża tym samym negatywną ocenę takiego postępowania jako publicznego zła i przez to apeluje do obywateli, aby zło to rozpoznawali i nie

[24] Nie znaczy to, że każde użycie siły i przemocy wobec innej osoby jest zaprzeczeniem szacunku dla jej autonomii. Uzasadnione jest na przykład, użycie przemocy w obronie przed atakiem innej osoby. Zob. R. A. Duff, *Trials…*, *op. cit.*, s. 227; tenże, R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 16–18. Ogólną dyskusję na temat samoobrony można znaleźć u: S. Uniacke, *Permissible Killing*, Cambridge 1994.

[25] Por. *Ewangelia wg św. Mateusza*, roz. 7, w. 1–5.

naśladowali go[26]. Prawo wobec tego, pokazując wspólne wszystkim wartości, zwraca się do obywateli jako do zdolnych odpowiadać za własne czyny i kierujących się zasadami moralnymi jednostek. Podobnie rzecz ma się w idealnym procesie karnym, w którym oskarżony jest wzywany do odpowiedzi na stawiane mu zarzuty, jeśli zaś te się potwierdzą, na podstawie ich oceny następuje skazanie. W takim procesie oskarżony jest traktowany jako obywatel, członek normatywnie określonej wspólnoty politycznej, będący w stanie odpowiedzieć za zło, którego się dopuścił[27].

Ale co z karą kryminalną? Nawet jeśli tak prawo karne, jak i praktyka sądów karnych uznają daną jednostkę jako odpowiedzialną za swoje postępowanie, jako związaną i chronioną przez wartości właściwe danej wspólnocie, to czy przy zastosowaniu kary ten wizerunek daje się obronić? Istota kary bowiem wydaje się mieć w założeniu traktowanie osoby karanej jako pacjenta, czy też raczej jako przedmiot niż podmiot. Jest ona bowiem wymierzana sprawcy przez innych, jego rola sprowadza się do pasywnego odbioru – lub raczej – do jej tolerowania. Czy można w takim przypadku traktować jednostki karane jak obywateli?

5. WYZWANIE STAWIANE PRZEZ ABOLICJONISTÓW

Do tej pory starałem się wyjaśnić i pokazać prawdziwe znaczenie pytania o karę kryminalną w idealnej, liberalnej wspólnocie politycznej. Kiedy już poznaliśmy, co oznacza być traktowanym jak obywatel, musimy zdać sobie sprawę z trudności związanych z zagadnieniem kary kryminalnej w takim państwie. Chcąc usprawiedliwić system kar musimy albo przyjąć, że przestępcy z chwilą popełniania przestępstwa tracą swój status obywatela, albo, że stosując karę można traktować ich w dalszym ciągu jako członków normatywnej wspólnoty społecznej. Podążmy zatem za owym drugim podejściem.

Niektórzy mogą twierdzić, że w społeczeństwie liberalnym nie jesteśmy w stanie znaleźć odpowiedniego uzasadnienia dla kar, dlatego powinno się je znieść[28]. Kara, jak będą argumentować abolicjoniści, jest z natury

[26] Ze względu na ramy tego artykułu jestem zmuszony jedynie wspomnieć o kontrowersyjnym, acz kluczowym rozróżnieniu pomiędzy *mala in se* oraz *mala prohibita*, tj. pomiędzy czynami, które są zabronione niezależnie od aktualnie obowiązujących norm prawa karnego, a tych zabronionych właśnie dlatego, że swoimi znamionami wypełniają hipotezę normy karnej. Zob. R. A. Duff, *Crime, Prohibition and Punishment*, „Journal of Applied Philosophy", 2002, nr 19, s. 97.

[27] Zob. R. A. Duff, *Trials…*, *op. cit.*, roz. 4.

[28] Dla ogarnięcia szerokiego zakresu tego problemu – zob. m in. T. Mathiesen, *The Politics of Abolition*, New York 1974; H. Bianchi, R. von Swaaningen (red.), *Abolitionism: Towards a Non-Repressive Approach to Crime*, Amsterdam 1986; L. Hul-

opresyjnym, niedobrowolnym i niszczącym wyrządzaniem krzywdy, która nie służy ani idei sprawiedliwości, ani dobru człowieka. Należy zatem, według nich, zamiast ją ulepszać, dążyć do obycia się bez niej. Nie oznacza to oczywiście, że nie powinniśmy nic robić z przestępczością, ale na początku trzeba przeanalizować całą koncepcję przestępstwa. Zamiast stosować proste rozwiązanie – za popełnienie przestępstwa wymierzać karę – powinniśmy pomyśleć o konfliktach i problemach, które trzeba rozwiązać. Po drugie powinniśmy poszukiwać sprawiedliwości restytucyjnej, a nie retrybutywnej[29], wprowadzać procedury, takie jak na przykład mediacja, które, dzięki zaangażowaniu w konflikt między sprawcą a ofiarą, pomogą naprawić wyrządzoną krzywdę[30].

Stanowisko abolicjonistów nie często jest przedmiotem dyskusji filozoficznych czy też politycznych. Model sprawiedliwości restytucyjnej jest już jednak stosowany w przypadku niektórych przestępstw i wobec szczególnego typu sprawców, jak np. osoby młodociane. Podczas wspomnianych dyskusji dochodzi się jednak często do wniosku, że kara może być usprawiedliwiana, a zadaniem normatywnej teorii kary jest wyjaśnienie tego właśnie uzasadnienia. Jednakże idee abolicjonistyczne stanowią poważne wyzwanie dla ortodoksyjnych teoretyków kary, wyzwanie, którego nie można po prostu zignorować. Musimy tym dobitniej postawić pytanie nie tylko o sposób usprawiedliwienia dla kary, ale o to, czy w ogóle może być ona w społeczeństwie liberalnym usprawiedliwiana. Próba znalezienia odpowiedzi, która sprawdzi się w praktyce, jest jednak, jak wykazano, bardzo trudna. Może się też okazać, że nawet najlepsze rozwiązanie nie będzie przejrzyste.

Dlatego zanim spróbujemy odpowiedzieć na to pytanie, powinienem wskazać jeszcze jeden z jego aspektów, przez które wydaje się ono bardziej naglące. Żyjemy w społeczeństwach, gdzie strach przed przestępczością często prowadzi do przesady i skłonności do wyolbrzymiania rzeczywistych wskaźników. Wypuszczona przez media wiadomość o ogólnym wzroście przestępczości lub o zwiększeniu się częstotliwości występowania poszczególnych typów przestępstw powoduje rozbudzenie naszych obaw i złości – w następstwie oczekujemy, że coś wyra nego zostanie w tej materii zrobione. W czasie takiej właśnie paniki bardzo łatwo jest potraktować prze-

---

sman, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, „Contemporary Crises" 1986, nr 10, s. 63; N. Christie, *Limits to Pain*, Oxford 1981; H. Bianchi, *Justice as Sanctuary*, Bloomington 1994; W. de Haan, *The Politics of Redress*, London 1990. Dyskusja krytyczna – zob. R. A. Duff, *Penal Communications* [w] M. Tonry (red.), *Crime and Justice: a Review of Research*, Chicago 1996, t. 20, s. 67–87.

[29] Szerzej na ten temat M. Królikowski, *Sprawiedliwość retrybutywna wobec sprawiedliwości naprawczej* (w niniejszym tomie).

[30] Zob. G. Johnstone, *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*, Devon 2002; A. von Hirsch i in. (red.), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Portland 2002.

IUS.indd 33 2006-02-06 10:42:32

stępców jako obcych, przed którymi „my" musimy się bronić. Taka sytuacja jest aż nazbyt kusząca dla polityków i tych, do których się zwrócimy, aby coś w tej sprawie uczynili. Prowadzi to w prostej linii do pośredniego, niekiedy również bezpośredniego, pozbawienia przestępców statusu współobywateli. W takim to wypadku, wyzwanie do pogodzenia idei liberalnych z systemem kar jawi się jako najbardziej wyraziste.

W części drugiej tego artykułu zaprezentuję teorię kary, która okazuje się być ściśle zgodna z postulatem traktowania sprawców jako naszych współobywateli. Aby wywód był kompletny, postaram się także wykazać, że inne teorie kary, w tym teorie utylitarne, nie są w stanie pogodzić karania z wartościami społeczności liberalnych[31].

CZĘŚĆ DRUGA
KARA A KOMUNIKACJA

1. KARA JAKO ŚRODEK KOMUNIKACJI

Jeden z nabierających coraz większego znaczenia wątków we współczesnej dyskusji nad teorią kary mówi o karze jako komunikacie czy środku wyrazu. Wątek ten zajmuje się nie tylko efektami kary, ale również jej znaczeniem oraz tym, co i komu ona przekazuje. Próba zrozumienia roli, jaką aktualnie kara odgrywa w społeczeństwie, jest oczywiście ważnym zadaniem dla socjologii i psychologii kary. Niemniej może być także znacząca dla normatywnej teorii kary, przez wykazanie, czy i jak kara może być uzasadniana[32].

2. KARA JAKO NAGANA

Kara może przekazywać różne komunikaty, zależnie od stopnia swej dolegliwości. Tak na przykład inny komunikat będzie wyrażać kara pozbawienia wolności a inny nakaz służby społecznej[33]. Teoretycy prawa karnego powinni przykładać większą wagę do zbadania ścisłego znacze-

[31] Ramy tego opracowania pozwalają jednak na pobieżne tylko przedstawienie stanowiska reprezentantów innych teorii kary. W sposób szczegółowy zostało to przedstawione w: R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.* Dla analizy przybierającego na sile problemu przestępstw gospodarczych – zob. C. Wells, *Corporations and Criminal Liability*, Oxford 2001.

[32] Zob. J. Feinberg, *The Expressive Function of Punishment* [w] tegoż, *Doing and Deserving*, Princeton 1970 (zob. przedruk w niniejszym tomie); A. J. Skillen, *How to Say Things with Walls*, „Philosophy" 1980, nr 55, s. 509; I. Primoratz, *Punishment as Language*, „Philosophy" 1989, nr 64, s. 187; a także R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 79–80.

[33] [*Community Service Order* – przyp. tłum.]

nia poszczególnych rodzajów kar, współcześnie upraszcza się bowiem to zagadnienie i często przyjmuje, że wystarczy, aby kara komunikowała po prostu karę.

Dla zrozumienia komunikatu wyrażanego przez karę, podstawowymi są pojęcia nagany i potępienia. Przez ukaranie jednostki udzielamy jej nagany lub potępiamy za wyrządzone zło. W tym przejawia się też zasadnicza różnica między grzywną a podatkiem, między określonym czasem pobytu w więzieniu a kwarantanną, czy też nakazem służby społecznej a podjęciem bezpłatnej pracy na rzecz społeczeństwa w imię wykonania obywatelskiego obowiązku. W każdym pierwszym z tych przypadków kara komunikuje naganę bądź potępienie, podczas gdy w drugim tego nie znajdziemy[34]. Nagana jest wyrażana sprawcy bezpośrednio poprzez karę. Kara ta przez cały czas jej wykonania stanowi dla niego informację, że dopuścił się zła, które spowodowało, że wobec swoich współobywateli zasłużył na naganę. Jednakże przy tej okazji kara stanowi także ważny komunikat dla ofiary przestępstwa i dla osób postronnych. Komunikat ten mówi im, że „my" – społeczeństwo – traktujemy krzywdę wyrządzoną ofierze jako zło, manifestując przy tym nasze publiczne zaangażowanie w ochronę wartości, które zostały naruszone.

Taki wymiar pojmowania kary może odgrywać różną rolę w poszczególnych normatywnych teoriach kary. Dla przykładu utylitaryści szukający uzasadnienia kary w wykazaniu, że jest ona skutecznym środkiem zapobieżenia przestępczości i przez to służy dobru społecznemu, zgodzą się na zastosowanie nagany, jeśli okaże się, że jest ona techniką użyteczną. Jeżeli chce się bowiem odwieść ludzi od pewnego rodzaju zachowań, lepiej jest pogrozić im przekonywającą naganą niż jedynie rozważnymi środkami odstraszającymi. Oznacza to odwołanie się nie tylko do ich dosłownie rozumianego interesu, ale również do poczucia wstydu[35]. Nagana taka w wielu przypadkach jest w stanie wywołać u sprawcy potrzebę samokrytyki czy też wyrzuty sumienia. Występują tu wobec tego dwa połączone rodzaje dolegliwości, na które sprawca zasłużył – pierwsze wywołane przez krytykę i drugie, którego powodem są wyrzuty sumienia. Kara zaś, wyrażająca naganę, jest postrzegana jako instytucja służąca wywoływaniu takiej dolegliwości[36].

---

[34] Różnica między karą finansową a opodatkowaniem jest widoczna nawet jeśli podatku użyto właśnie po to, aby zniechęcić obywateli do prowadzenia danej działalności. Komunikat wyrażony przez karę oznacza, że postępowanie sprawcy było złe, podczas gdy przy podatku działanie będzie bezprawne dopiero jeśli zaniechamy jego zapłaty.

[35] Zob. J. Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge 1989; J. Braithwaite, P. Pettit, *Not Just Deserts*, Oxford 1990, s. 87–92.

[36] Zob. R. A. Duff, *Trials…*, *op. cit.*, roz. 2; tenże, *Penal…*, *op. cit.*, s. 20–25; A. von Hirsch, A. J. Ashworth, *Not Not Just Deserts: A Response to Braithwaite and Pettit*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1992, nr 12, s. 83.

IUS.indd 35 2006-02-06 10:42:33

Można powiedzieć, że w poprzednim akapicie wykazane zostało, że to dobrze, aby sprawca cierpiał zarówno z powodu nagany, jak też z powodu wyrzutów sumienia. Jednakże w żadnym wypadku nie wyraża to powszechnego prawa czy też obowiązku do zadawania takiego cierpienia, jest to bowiem sfera władztwa państwowego[37]. Wyjaśnienie tego stanu rzeczy leży w założeniach systemu prawa karnego, wedle których popełnienie czynu zabronionego ustawą karną jest naruszeniem porządku publicznego. Jedynie państwo, jako gwarant określających porządek publiczny wartości, ma legitymację do ścigania i karania sprawców[38]. Przez karę zostanie wyrażona zatem publiczna reakcja na zło i nastąpi potępienie sprawcy. Potępienie oznaczać będzie szacunek dla krzywd doznanych przez ofiarę, dla wartości, które zostały naruszone, jak też państwa jako takiego. Informacja komunikowana przez karę ukaże też społeczeństwu, że państwo gotowe jest w każdej chwili odpowiedzieć na próby zakłócenia porządku publicznego. Z drugiej strony, jeżeli sprawca ma być traktowany jak obywatel w pełnym tego słowa znaczeniu, powinien być przygotowany na to, że jego niezgodne z prawem zachowanie spotka się odpowiednią krytyką. Prawo karne jako system norm definiujących naruszenie porządku publicznego z jednej strony oraz proces karny, na którym wzywa się obywateli do odpowiedzialności za zło, którego się dopuścili z drugiej – stanowią odpowiednie formy instytucjonalne, zdolne wyrazić wartości, na których opiera się państwo. Kara jako metoda stanowczego zakomunikowania nagany wobec sprawcy zdaje się w takim wypadku doskonale wpisywać w owe struktury. Przez to jest jeszcze potężniejszym środkiem służącym potępieniu czynów zabronionych niż może się to wydawać.

Przedstawienie i uzasadnienie kary jako metody komunikowania nagany, na którą sprawca zasłużył, wykazuje, że jest ona zgodna z ideałami społeczeństwa liberalnego. Kara jako nagana przemawia do sprawcy nie jak do poddanego, ale jak do obywatela, członka wspólnoty politycznej. Zwraca się ona do niego nie w języku przymusu, ale w języku wartości danej społeczności, które jako obywatel sprawca powinien był rozpoznać i uszanować. Krzywda wyrządzona przez sprawcę bowiem nie powoduje zemsty, ale jest przedstawiona jako zło wyrządzone współobywatelom, o których sprawca miał się troszczyć, a których zasady dotyczą także jego. Co bardzo istotne, kara w tym przypadku nie będzie wykluczać sprawcy ze wspólnoty, wręcz przeciwnie, jest tak specjalnie skonstruowana, aby dalej traktować sprawcę

[37] Rozróżnienie między ukazywaniem kary jako pożytecznej a obowiązkiem i prawem państwa do jej wymierzania – zob. J. G. Murphy, *Marxism and Retribution*, *op. cit.*, s. 217 in.

[38] Zob. S. E. Marshall, R. A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence" 1998, nr 11, s. 7.

jak członka społeczności, związanego i chronionego przez jej zasady. Aby bowiem nagana przyniosła oczekiwany skutek, należy przedstawiać sprawcę jako uczestnika normalnego życia swoich współobywateli.

Co więcej, kara jako nagana traktuje karanych jak odpowiedzialne, kierujące się zasadami moralnymi jednostki, dzięki czemu możemy przyjąć, że potencjalnie będą oni w stanie zrozumieć komunikat wyrażany przez karę[39]. Stanowi to także dodatkowe zabezpieczenie przed powrotem sprawcy do przestępstwa w przyszłości, jak również dogodny punkt wyjścia do próby zmiany jego przyszłego zachowania. Kara jako nagana nie ma jednak na celu przymusić czy zmanipulować sprawcę, tak by nie zbaczał już po raz kolejny na złą drogę.

W końcu należy zauważyć, że aby komunikat niesiony przez karę mógł zostać zauważony, między sprawcą a społeczeństwem musi istnieć jakaś płaszczyzna porozumienia. Przede wszystkim jednak zakłada to, że karany nie jest zwykłym odbiorcą, ale oczekuje się od niego również odpowiedzi na ten komunikat. Bardzo ważne jest w tej sytuacji, aby zaakceptował on naganę jako uzasadnioną, aby uznał sam przed sobą, że wyrządził krzywdę, której teraz powinien żałować, no i wreszcie, żeby świadomie podjął decyzję odstąpienia od dalszego popełniania czynów zabronionych.

Pozostaje jeszcze na końcu zasadnicze pytanie o słuszność prób uzasadnienia kary jako doniosłej w procesie komunikowania nagany. Czy kara jest bowiem jedynym środkiem wyrażania nagany?

3. KARA JAKO FIZYCZNA DOLEGLIWOŚĆ

Oczywiście wszyscy zgodzimy się z tezą, że potrzebna jest nam instytucja, której głównym zadaniem będzie komunikowanie sprawcom zasłużonej nagany. Istnieje wiele sposobów jej formalnej i autorytatywnej komunikacji. Można to zrobić przez oświadczenie ustne, które może przybrać postać na przykład odpowiedniej przemowy sędziego, wygłoszonej przy czy też zaraz po skazaniu. Można także zorganizować formalne spotkanie, na którym inni członkowie społeczeństwa będą mieli okazję wyrazić swoją dezaprobatę dla czynu sprawcy. Można posłużyć się również jakąkolwiek inną publiczną formą wyrazu. Do formy przekazu ustnego dochodzi możliwość zastosowania czysto symbolicznych kar, mających przypominać sprawcy o popełnionym przez niego złu, a które będą uciążliwe lub bolesne jedynie, gdy sprawca rozpoznaje ich mający potępiać charakter. Wyobraźmy sobie na przykład system,

[39] Wydaje się pożądanym wyszczególnienie kilku aspektów odpowiedzialności w tym kontekście. Przez naganę zachowania sprawcy stwierdzamy, że jest on odpowiedzialny za zło przez siebie popełnione i że jednostce rozumującej racjonalnie zło to nie może zostać po prostu wybaczone.

w którym złodzieje przez odpowiedni okres czasu na lustrze w łazience musieliby mieć przyklejoną karteczkę z napisem „Jestem złodziejem", czy też w którym winni przemocy fizycznej w widocznym dla siebie miejscu umieszczaliby zdjęcia swoich ofiar. Jednakże obecne systemy prawa karnego wychodzą o wiele dalej poza system oświadczeń werbalnych czy kar symbolicznych. Ich centralną instytucją jest kara polegająca na formie fizycznej dolegliwości[40], która jest uciążliwa lub bolesna, niezależnie od samego znaczenia nagany[41]. W systemach tych pozbawia się sprawcę wolności przez zamknięcie w więzieniu, pozbawia się go także pieniędzy przez karę grzywny, czy wypłatę odszkodowań, wreszcie pozbawia się ich również własnego czasu przez przymus odpracowania nakazu społecznego. Dla sprawców, którzy pozostaną głusi na naganę przekazywaną wraz z karą, będzie ona stanowić jedynie uciążliwe, bezduszne posługiwanie się kilkoma formami dolegliwości fizycznej.

Gdyby nawet zaakceptować fakt, że przez taką formę karania jesteśmy w stanie przekazać sprawcy zasłużoną naganę, pozostaje w dalszym ciągu pytanie o powód, dla którego powinniśmy wybierać ten właśnie – zamiast innego, łagodniejszego – sposób komunikacji. Jeśli bowiem naszym celem jest wyrażenie nagany, dlaczego nie powinniśmy poprzestać jedynie na oświadczeniu ustnym czy karze czysto symbolicznej?

Na pierwszy rzut oka wydaje się, że istnieją dwa sposoby odpowiedzi na powyższe pytanie. Centralnym punktem pierwszej z prób odpowiedzi jest uznanie faktu, że potrzeba wyrażenia nagany czy potrzeba zaangażowania sprawcy w swego rodzaju normatywny dialog, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla „ostrego traktowania". Aby je odnaleźć, musimy przez teorie retrybutywne spojrzeć w stronę rozważań utylitarystycznych, kierujących się efektywnością prewencji karnej. Dostrzegamy przy tym, że prawo zwraca się do obywateli normatywnym językiem wspólnych wartości, na których opiera się społeczeństwo, przez ten właśnie przekaz następuje potępienie złych zachowań. Musimy jednakże zdać sobie sprawę z tego, że nie każdy obywatel będzie w stanie postępować zgodnie z prawem, kierując się jedynie normatywnymi wartościami. Może się okazać, że ani autorytet prawa karnego, ani wizja skazania i potępienia nie będą w stanie ustrzec obywatela przed zachowaniem przestępczym. Jeśli nie zostaną przedsięwzięte odpowiednio silniejsze środki mające przeciwdziałać popełnianiu przez tych obywateli czynów zabronionych, przyszłe ofiary jak i całe społeczeństwo mogą znaleźć się w ogromnym

[40] [*penal hard treatment* – przyp. tłum.]

[41] Zob. J. Feinberg, *The Expressive…*, *op. cit.* Określenie *penal hard treatment* może być mylące, sugerując środki szczególnie opresyjne lub dolegliwe, takie jak np. kara pozbawienia wolności. Jednakże w zakres pojęciowy tego określenia wchodzi każda kara, której dolegliwość jest kalkulowana niezależnie od siły przekazu nagany.

IUS.indd 38 2006-02-06 10:42:35

niebezpieczeństwie. Mając powyższe na uwadze, powinniśmy komunikować zasłużoną naganę przez zastosowanie „ostrego traktowania", jako środka odstraszającego obywateli, niepodatnych na argumentację za pomocą wartości, od popełnienia czynu zabronionego. W takim bowiem wypadku prawo musi przemawiać do sumienia obywateli w języku ich własnego interesu – języku który zrozumieją, i który ich przekona[42].

Z tego punktu widzenia kara jest po części usprawiedliwiona jako środek komunikacji nagany, a po części jako środek odstraszania. Rozwiązanie takie wydaje się zarówno ze względów pragmatycznych, jak i moralnych, możliwe do przyjęcia. W dalszym ciągu bowiem prawo karne zwraca się do obywateli jako odpowiedzialnych, kierujących się zasadami moralnymi jednostek – członków danej społeczności normatywnej. Prawo uświadamia im zło, którego się dopuścili, i potępia ich za nie. Z drugiej jednak strony prawo karne bierze pod uwagę również tych obywateli, którzy pomimo opisanych wyżej przymiotów nie są w stanie rozpoznać wartości właściwych danemu społeczeństwu i podążać za nimi, czyli tych, wobec których nie wystarczy jedynie normatywna perswazja. Znamiennym jest jednak, że nawet w próbie odstraszania ich od zachowań niezgodnych z prawem, obywatele ci ciągle traktowani są jako jednostki racjonalne. Próba taka polega bowiem na przedstawieniu im kilku dobrych argumentów, w tym również moralnych, świadczących o tym, że „opłaca się" żyć zgodnie z prawem. Zastosowanie argumentów jedynie racjonalnych prowadziłoby do zaprzeczenia zdolności człowieka do kierowania się również zasadami moralnymi. Prawo jednak musi postrzegać nas takimi, jacy jesteśmy w rzeczywistości, a nie jako pewien byt idealny. Oznacza to, że często musi się odwoływać do środków o wiele silniejszych od moralnych wezwań do podporządkowania naszego zachowania podstawowym zasadom postępowania właściwym człowiekowi.

Jeżeli chcemy usprawiedliwić system kar, który przewidywać będzie zastosowanie „ostrego traktowania", musimy skonstruować go według powyższych wskazówek. Uważam jednak, że nawet takie usprawiedliwienie nie jest w pełni satysfakcjonujące. W efekcie bowiem przez zastosowanie cięższych kar jako środka mającego odstraszyć innych przekazujemy skazanym komunikat typu: „Nie możemy już dłużej zwracać się do ciebie jak do współobywatela, ale odtąd traktować cię będziemy jak istotę niemoralną, która jest w stanie zrozumieć jedynie groźby i reagować po prostu w obronie swojego własnego interesu". Takie rozwiązanie będzie jednak dopóty usprawiedliwione, dopóki będzie rozwiązaniem najlepiej służącym do zagwarantowania ładu i bezpieczeństwa społecznego, od

[42] Zob. np. J. Feinberg, *The Expressive…*, *op. cit.*; A. von Hirsch, *Past or Future Crimes*, Manchester 1985, roz. 5; B. M. Baker, *Consequentialism, Punishment and Autonomy* [w] W. Cragg (red.), *Retributivism and Its Critics*, Stuttgart 1992.

których to zależy istnienie demokracji liberalnej. Nie można jednak oprzeć się pokusie, że system karny jako taki nie odzwierciedla w pełni ideałów demokracji, nie traktuje on bowiem tych, karanych najsurowiej, jak pełnoprawnych członków społeczeństwa[43].

Andrew von Hirsch i Uma Narayan zaproponowali wyszukane rozwinięcie tego podejścia, które zakłada użycie dolegliwości fizycznej tylko jako ograniczonego, racjonalnego dodatku do głosu moralnego wyrażanego przez prawo – jako rozważnego bodźca, który dodaje znaczenia głosowi moralnemu, ale go nie zagłusza[44].

4. KARA KRYMINALNA JAKO FORMA ŚWIECKIEJ POKUTY

Druga z prób odpowiedzi na pytanie o usprawiedliwienie dolegliwości fizycznej jest oparta na założeniu, że kara sama w sobie może przekazywać komunikat. Oznacza to, że odpowiednie wyskalowanie rodzajów surowości może bardziej adekwatnie przekazywać komunikat niż środki werbalne czy też kary symboliczne.

W tym sensie zwraca się uwagę bardziej na cele procesu komunikowania, niż na naganę. Proces ten zakłada pewien dyskurs między społeczeństwem a sprawcą, przy czym sugeruje się, że dolegliwość fizyczna jest kluczowym elementem dla wzajemnej komunikacji[45].

Po pierwsze zatem, założeniem komunikowania sprawcy nagany nie jest jedynie to, że zostanie ona przez niego wysłuchana, ale zmuszenie go do udziału w dialogu, w nadziei, że doprowadzi go to do żalu za swój czyn i poprawę w przyszłości. Dlatego też jedynie werbalny czy też czysto symboliczny komunikat wydaje się być nieadekwatny do osiągnięcia tego celu, gdyż może być albo zignorowany, albo zapomniany. Próby zatarcia swego złego postępowania czy też nieprzykładanie doń należytej wagi leżą bowiem w naturze człowieka. Jedną z funkcji dolegliwości fizycznej jest właśnie zminimalizowanie ryzyka zignorowania komunikatu przez sprawcę. Surowsza kara ma pomóc mu w ciągłym skupianiu jego uwagi na czynie zabronionym i jego następstwach, a przez to sprowokować go do zrozumienia wyrządzonej krzywdy i odpowiedniego wyrażenia żalu.

[43] Zob. R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 82–85, oraz s. 125–129.

[44] Zob. A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, roz. 2, tenże, *Punishment, Penance and the State*, M. Matravers (red.), *Punishment and Political Theory*, Oxford-Portland 1999; U. Narayan, *Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1993, nr 13, s. 166; A. E. Bottoms, *Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment* [w] A. J. Ashworth, M. Wasik (red.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford 1998; R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 86–88.

[45] Zob. R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, roz. 3–5.

IUS.indd 40 2006-02-06 10:42:36

Po drugie, postawa i sytuacja, w której znalazł się sprawca, również mogą zawierać pewien przekaz dla społeczeństwa i dla ofiary przestępstwa. Sprawca bowiem powinien w miarę swoich możliwości zrekompensować im poniesione krzywdy. Nie chodzi przy tym o rekompensatę w sensie przyjętym w nauce prawa cywilnego, ale raczej o to co w nauce prawa karnego nazywane jest rekompensatą moralną. Główną rolę odgrywa tu zadośćuczynienie i przeproszenie.

Wszystko opiera się na konstrukcji stanowiącej, że jeśli tobie w czymś zawiniłem, jestem zobligowany do zadośćuczynienia, tj. do podjęcia próby naprawy danego zła, na wszelkie możliwe sposoby. Zadośćuczynienie wyraża w tej chwili żal za zło, którego się dopuściłem. Z jednej strony uznaje ono krzywdę jako spowodowaną przeze mnie, ale z drugiej – przez żal – wyrzeka się jej. Implikuje również przyrzeczenie unikania postępowania w taki sposób w przyszłości i wyraża moje pragnienie poszukiwania przebaczenia oraz pojednania z tym, któremu zawiniłem.

Współcześnie w sprawach przewinień moralnych słowne zadośćuczynienie wystarcza, nic więcej nie jest albo nie powinno być oczekiwane. W sprawach bardziej poważnych, gdzie za przekazem werbalnym nie podąża odpowiedni ładunek moralnego zadośćuczynienia – co dzieje się niestety przy okazji dewaluacji pojęć i wartości – słowa mogą nie wystarczać. Jeśli zadośćuczynienie ma odzwierciedlać rozmiar krzywdy, okazując ofierze należny szacunek, a przy tym wyrażać właściwą postawę sprawcy, wydaje się że powinno być one wyrażone w innej, niż tylko werbalna, formie. Forma ta powinna pokazywać, że sprawca zobowiązuje się do wykonania czegoś uciążliwego, czegoś na korzyść tak ofiary jak i szerszej społeczności, co przybierze kształt pokutnego cierpienia. Przesłanką niezbędną do realizacji celu, jakim jest zadośćuczynienie, będzie więc pewna jego uciążliwość. Słowa, które dziś prawie nic nie kosztują, czyn podejmowany bez wyrzeczeń – nie są adekwatnymi środkami realizacji tego celu.

Wobec tego, jak widzimy, drugim komunikacyjnym aspektem kary jest wyrażenie przez sprawcę zadośćuczynienia tym, którym wyrządził on krzywdę. Surowsza kara nadaje zadośćuczynieniu rzeczywisty, materialny wymiar i przez to ma większą siłę moralnego oddziaływania. Wiadomo nam wszakże, że często tak zadośćuczynienie, jak i żal za popełnione czyny nie są szczere. Kara kryminalna jest jednak instytucją zdolną wymusić czy też nakazać zadośćuczynienie. Od sprawcy wprost wymaga się zadośćuczynienia, nawet jeśli ma być tylko nic nie znaczącym gestem.

Można w tym miejscu zarzucić takim rozwiązaniom, że wymuszone zadośćuczynienie traci na swej realnej wartości oraz że powyższe praktyki wydają się być sprzeczne z szacunkiem dla autonomii i prywatności sumienia – czyli tak cenionej przecież w państwie liberalnym wartości. Jeśli chodzi o pierwszy z tych zarzutów, w zadośćuczynieniu, co do którego

IUS.indd 41 2006-02-06 10:42:36

szczerości nie jesteśmy pewni, należy zawsze dostrzegać jakąś wartość. Na pewno nie pozostawia ono sprawcy wątpliwości, jak powinien się zachować (tu: szczerze zadośćuczynić), ofiara zaś otrzymuje komunikat, że jej cierpienie zostało potraktowane poważnie. Przy drugim z zarzutów należy przede wszystkim stwierdzić, że tym, czego wymaga się od sprawcy, nie jest wyrażenie rzeczywistego żalu (ten bowiem nie może być wymuszony), tylko poddanie się pewnemu rytuałowi zadośćuczynienia i moralnego wynagrodzenia krzywd. Takie właśnie podejście jest spowodowane szacunkiem dla autonomii i prywatności sprawcy, oraz stanowi w dalszym ciągu raczej próbę racjonalnego dialogu niż manipulacji. Przez wymóg poddania się pewnym dolegliwym rodzajom „ostrego traktowania" dokonuje się właściwej naprawy krzywd, które sprawca wyrządził. Istnieje przy tym cały czas nadzieja, że naprawi je on z własnej inicjatywy. Zostawia się jemu, szanując jego status obywatela, wolny wybór w zakresie dokonania zadośćuczynienia z własnej woli, czy bycia do tego niejako przymuszonym.

Z tego punktu widzenia kara kryminalna może być postrzegana jako rodzaj świeckiej pokuty, jest bowiem dolegliwością, którą sprawca musi zaakceptować i podjąć. Dolegliwość ta powinna u niego spowodować, pogłębić czy też potwierdzić żal za czyn, którego się dopuścił oraz jednocześnie zakomunikować sprawcy, ofierze i współobywatelom skruszone pragnienie zadośćuczynienia wyrządzonych krzywd[46].

5. KONKLUZJE

Wydaję się, że należy wskazać również sposób, w jaki powyższa teoria kary może być zastosowana w praktyce. Jakie przełożenie ma ona tak naprawdę na procedurę karną, a jakie na rodzaje kar, w jaki sposób postrzega społeczność obywateli oraz czy jest zgodna z liberalnymi wartościami szanującymi indywidualną wolność i autonomię członka tej społeczności. Te pytania wymagają jeszcze odpowiedzi.

Niestety, ze względu na określone ramy tego artykułu nie jestem teraz w stanie tego uczynić. Część problemów została wszak poruszona – przede wszystkim trudne, ale ważne pytanie o zgodność kary kryminalnej z wartościami państwa demokracji liberalnej. Poza tym poruszony też został problem usprawiedliwienia użycia surowszych kar z jednej strony jako środka komunikacji zasłużonej nagany, z drugiej zaś jako czynnika odstraszającego innych od popełnienia podobnych czynów. Podjąłem również próbę nadania sensu wcześniejszemu podejściu, mówiącemu, że tym czego wymaga sprawiedliwość, nie jest sama nagana sprawcy, ale

[46] Zob. np. H. Morris, *A Paternalistic Theory of Punishment*, „American Philosophical Quarterly" 1981, nr 18, s. 263; J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, „Philosophy and Public Affairs" 1984, nr 13, s. 208.

nagana przekazana w sposób odpowiednio dolegliwy. Podejście to nie należy do czysto retrybutywnych, ponieważ uzasadnia karę jako środek gwarantujący skruchę, poprawę zachowania i pojednanie. Z drugiej strony wykazuje jednak kilka cech właściwych ideom retrybutywnym, szczególnie przez wykazanie, że drogą do osiągnięcia powyższych celów jest traktowanie sprawców jako naszych współobywateli, jednostki odpowiedzialne i kierujące się zasadami moralnymi. Dlatego też uważam, że tzw. nowy retrybutywizm, a nie utylitaryzm, budzi większe nadzieje na wypracowanie moralnie akceptowalnej teorii kary, na podstawie której nastąpi ukształtowanie odpowiedniej praktyki jej wymiaru.

ABSTRACT

This paper falls into two parts. In first part Antony Duff concentrates on some of the questions about the possible role and meaning of criminal punishment in a liberal democratic political system. His main interests express in question: how can it treat offenders as citizens, or as responsible moral agents who retain their claim to our respect and concern? In second part, he suggests that the best – if not the only – way to approach adequate answers to those questions lies in a retributive account of punishment as a bilateral communicative enterprise amongst offender and polity (and victim) in which a polity engages its citizens.

IUS.indd 43 2006-02-06 10:42:37







Andrew von Hirsch

UZASADNIENIE ISTNIENIA I WYMIARU KARY WE WSPÓŁCZESNYM RETRYBUTYWIZMIE

SPIS TREŚCI

Część pierwsza
Współczesny retrybutywizm 47
1. Idea kary zasłużonej 47
2. Geneza Współczesnego retrybutywizmu 48

Część druga
Dlaczego sankcje karne powinny istnieć? 51
1. Wstęp 51
2. Uzasadnienia „absolutne" i związane z nimi problemy 52
3. Uzasadnienia „relatywne" i związane z nimi problemy 54
4. Potępienie przez karę i jego uzasadnienie 58
5. „Dolegliwość" kary i jej uzasadnienie 63
6. Traktowanie jednostki jako podmiotu moralnego 68
7. Przełamać dychotomię 70

Część trzecia
Zasada proporcjonalności, potępienie moralne a zasady wymiaru kary 72
1. Zapewnienie proporcjonalności wyrokowania 72
2. Uzasadnienie dla proporcjonalności 74
3. Proporcjonalność jako zasada limitująca czy determinująca? 75
4. Ciężar przestępstwa i dolegliwość kary 77
5. Rola powrotu do przestępstwa 78
6. Czy dążyć do celów prewencyjnych? 79
7. Kara zasłużona a dolegliwość kar 81
8. Kara zasłużona a demoralizacja 81

Tłumaczenie: Adam Erdman (cz. 2), Lubomir Schreiber (cz.1, 3)

IUS.indd 45 2006-02-06 10:42:38



ANDREW VON HIRSCH

Urodzony w 1934 roku w Szwajcarii. Ukończył Uniwersytet Harvarda i tam doktoryzował się, otrzymał doktorat honoris causa Uniwersytetu Uppsala. W 1999 roku otrzymał stopień LLD na Uniwersytecie w Cambridge.

Honorary Professor of Penal Theory and Penal Law na Uniwersytecie w Cambridge oraz członek Instytutu Kryminologii na tym Uniwersytecie. Dyrektor *Centre for Penal Theory and Penal Ethics* w tymże Instytucie. Wykłada również na Uniwersytecie Uppsala w Szwecji. Członek kolegium zagranicznego „Ius et Lex".

Autor prac dotyczących filozofii kary, zasad funkcjonowania systemu karnego oraz etyki prewencji generalnej. Opublikował między innymi książki: *Doing Justice*; *Past or Future Crimes*; *Censure and Sanctions*; *Criminal Deterrence and Sentence Severity* oraz *Proportionalitet och Straffbestamning*.

IUS.indd 46 2006-02-06 10:42:39

WPROWADZENIE

W prezentowanym artykule, podzielonym na trzy części, Andrew von Hirsch, omawia w pierwszej kolejności początki tzw. współczesnego retrybutywizmu w filozofii i teorii kary. Następnie sięga do rozwiniętego w swoich wcześniejszych pracach ścisłego rozróżnienia pomiędzy ogólnym uzasadnieniem kary oraz uzasadnieniem wymiaru kary w konkretnej sprawie. Prezentuje szeroką argumentację na rzecz przełamania podziału uzasadnień istnienia kary kryminalnej na to, co relatywne, i to, co absolutne. Podział ów – zdaniem autora – zablokował dyskusję nad sensem kary, prowadząc do uzasadnień bądź czysto prewencyjnych, ignorujących niepodważalną co do zasady etykę zasłużenia kary i zwracanie się do jednostki jak do podmiotu moralnego, bądź czysto deontologicznych, ignorujących zapobieganie przestępczości, stanowiące przecież rację bytu prawa karnego.

Autor poddaje analizie rolę państwa w komunikacji moralnej oraz zdolność człowieka do rozumienia argumentacji moralnej i argumentacji odwołującej się do jego interesu. W końcu, rozwija te zagadnienia zaproponowanej przez siebie teorii kary, które mają zasadnicze znaczenie dla zagwarantowania proporcjonalności w sprawach karnych.

CZĘŚĆ PIERWSZA
WSPÓŁCZESNY RETRYBUTYWIZM

1. IDEA KARY ZASŁUŻONEJ

Niniejsze wydanie „Ius et Lex" jest poświęcone teorii kary, popularnej w wielu krajach Europy Zachodniej. Zaleca ona, by decyzja o wymiarze kary uzależniona była od stopnia bezprawności czynu. Podejście to określa się czasami – szczególnie podczas dyskusji anglojęzycznych – jako *desert rationale* lub *desert model* (zasługa, idea zasłużenia na karę). Pojęcie „zasługa" oznacza dosłownie treść tego, na co się zasłużyło, przy czym można podać wiele przyczyn, dla których przestępcy zasługują na karę. Omówiona w niniejszym numerze „Ius et Lex" koncepcja jest podejściem nowatorskim, posługującym się innym niż tradycyjne uzasadnieniem kary i jej wymiaru.

Na ideę kary zasłużonej składają się dwa elementy: zasada proporcjonalności, zgodnie z którą kara powinna odpowiadać ciężarowi czynu sprawcy, oraz proponowana podstawa teoretyczna dla takiej relacji. Mówi ona, że podstawową rolą kary jest komunikowanie potępienia lub uznania winy osobie, uważanej za podmiot moralny.

2. GENEZA WSPÓŁCZESNEGO RETRYBUTYWIZMU

Podwaliny niniejszej koncepcji znajdują się w powstałej po II wojnie światowej literaturze analitycznej filozofii moralnej. Poddano wówczas uzasadnionej krytyce czysto instrumentalne rozważanie kwestii społeczno-karnych, wykazując, że może prowadzić to do poświęcania praw jednostek na rzecz interesów większości. Również w ogólnej literaturze filozoficznej pojawiły się rozważania nad pojęciem zasługi, wskazujące na to, że stanowi ono integralną część codziennych osądów moralnych.

Ruch na rzecz koncepcji proporcjonalności kary został zapoczątkowany w 1971 roku publikacją raportu *American Friends Service Committee*, sponsorowanego przez Kwakrów, zatytułowanego *Struggle for Justice*[1]. Raport ten zalecał stosowanie kar umiarkowanych i proporcjonalnych, a sprzeciwiał się rozstrzyganiu o surowości kary ze względów prewencyjnych lub resocjalizacyjnych. Raport ten nie odnosił się wyraźnie do pojęcia zasługi jako podstawy swoich propozycji; pojawiło się to w publikacjach późniejszych, między innymi autorstwa australijskiego filozofa Johna Kleiniga pt. *Punishment and Desert* (1973) oraz mojej własnej *Doing Justice* (1976). Od tamtego czasu do literatury tej wniosło wkład wielu znaczących teoretyków skandynawskich, brytyjskich i niemieckich, między innymi: Andrew Ashworth, Nils Jareborg, Antony E. Bottoms, Antony Duff, Bernd Schünemann, Wolfgang Frisch, Tatjana Hörnle i Hans-Jörg Albrecht. W Polsce zagadnienie to porusza najpełniej Michał Królikowski, a ważne wątki tego podejścia znajdują się w pracach Janusza Kochanowskiego i Krzysztofa Krajewskiego.

Od lat siedemdziesiątych coraz silniej przebija się pogląd, że idea kary zasłużonej powinna być traktowana jako podstawowa zasada systemu sprawiedliwości karnej. Przez lata wpłynęła ona poważnie na akademicką debatę penologiczną; miała również wpływ na próby reform systemu wymiaru kary w niektórych krajach Europy Zachodniej, w szczególności w Finlandii i Szwecji, oraz w dwóch amerykańskich stanach: Oregon i Minnesota.

W debatach tych próbowano odpowiedzieć na dwa, tradycyjnie kierowane pod adresem koncepcji retrybutywnych, zarzuty. Jednym z nich było stwierdzenie, że koncepcja kary zasłużonej jest w pewnym stopniu niezrozumiała, gdyż opiera się na „metafizycznych" pojęciach odpłacania

[1] [*Walka a sprawiedliwość* – przyp. tłum.]

złem za zło. W odpowiedzi na to teoretycy retrybutywizmu przedstawili prostsze wyjaśnienie, opierające się na logice codziennego dyskursu etycznego. Zwrócono przy tym uwagę na to, że kara ze swej natury stanowi instytucję obciążania winą. Różnica pomiędzy sankcją karną a cywilną polega w konsekwencji głównie na tym, że ta pierwsza niesie ze sobą potępienie dla czynu sprawcy. Sprawiedliwość wymaga, by kary były wymierzane odpowiednio do stopnia winy. Surowość kary (a przez to intensywność potępienia wobec sprawcy) powinna zatem być odpowiednia do karygodności przestępstwa. Kary nieproporcjonalne lub nieporównywalne względem siebie są niesprawiedliwe nie dlatego, że nie odpłacają cierpieniem za cierpienie, ale dlatego, że traktują przestępców jako mniej lub bardziej godnych potępienia, niż mogłoby to wynikać ze relacji naganności popełnionych przez nich czynów.

Kolejny zarzut odnosił się do rzekomej surowości kary w ujęciu retrybutywnym; sprowadzenia jej do zasady „oko za oko". Teoretycy retrybutywizmu odpowiadali na to, że perspektywa zasługi nie zobowiązuje do poddania cierpieniu równemu wyrządzonej szkodzie. Zamiast tego konieczna jest kara proporcjonalna do ciężaru czynu przestępnego. Kary proporcjonalne mogą być nakładane bez podwyższania dominujących poziomów surowości, o ile tylko kary odzwierciedlają relację między ciężarami przestępstw.

Zaletą zasady proporcjonalności jest to, że daje ona praktyczne wskazówki odnoszące się do doboru kary. Tradycyjne, prewencyjnie zorientowane, podejścia dostarczały niewielu takich wytycznych. Na przykład, szwedzki kodeks karny sprzed 1989 roku stanowił, że karę orzekać w wysokości, w której domaga się tego prewencja generalna pozytywna i względy resocjalizacji. Jednakże niejasne było, jaki sposób rozstrzygania o wymiarze kary sądy miały, na podstawie tych celów, zastosować, biorąc w szczególności pod uwagę brak skutecznych środków oddziaływania oraz nieokreślony związek pomiędzy ogólnym przestrzeganiem prawa a wyrokiem odnoszącym się do konkretnej sprawy.

Teoria wymiaru kary, opierająca się na koncepcji proporcjonalności, jest w stanie dostarczyć dużo więcej wskazówek: może ona wskazać, które cechy przestępstwa lub przestępcy należy przy rozstrzyganiu wymiaru kary brać pod uwagę w pierwszym rzędzie, jaka powinna być ich względna hierarchia ważności i dlaczego. Wskazuje na ciężar przestępstwa jako podstawowy czynnik w doborze wyroku. Proponuje zasady klasyfikacji i porównywania przestępstw, wskazuje, jakie znaczenie należy przywiązywać do poprzednich wyroków; oraz podaje zasady przeprowadzania oceny względnego ciężaru przestępstw.

Kolejną zaletą podejścia proporcjonalnego jest odniesienie do sensu sprawiedliwości. Tradycyjne, prewencyjnie zorientowane teorie kary – nawet jeśli rzekomo humanitarne – zawsze koncentrowały się na kwestiach

instrumentalnych. Właściwym pytaniem jest dla nich to, w jaki sposób strategia wymiaru kary może w lepszy sposób ochronić *nas* przed złem ze strony *ich*, przestępców. Takie instrumentalne postrzeganie spraw niesie ze sobą groźbę niesprawiedliwości. Skoro celem jest zapobieganie przestępczości, to dlaczego nie wykorzystać wszelkich środków służących osiągnięciu tego celu? Nawet w szczytowym okresie rozwoju resocjalizacyjnych koncepcji prawa karnego zagrożenie to było obecne, czego dowodem było stosowanie ograniczenia wolności na czas nieokreślony w celu przeprowadzenia skutecznej resocjalizacji. Gdy cele prewencji ulegają przekształceniu z resocjalizacji w odstraszanie i izolację, potencjalna opresyjność prewencyjnie zorientowanego wymiaru kary staje się jeszcze bardziej widoczna.

Zasada proporcjonalności kary sprawia, że pojęcie sprawiedliwości staje się kluczowe dla teorii wymiaru kary. Proporcjonalność wyroku opiera się na założeniu, że potępienie wyrażane przez sankcję powinno sprawiedliwie odzwierciedlać stopień bezprawności (to znaczy stopień szkody i winy) popełnionego czynu. Taki punkt widzenia pozwala uporać się z konfliktem, zawierającym się w kwestii, czy polityka karna powinna sprzyjać interesom społecznym, czy interesom przestępców. Interes społeczny wyrażony jest przez uznanie faktu, że typowe przestępstwa (np. związane z przemocą i oszustwem) są złem, którego popełnienie podlega potępieniu przez zastosowanie sankcji karnej. Interesy jednostkowe chronione są przez prawo do ukarania, które nie będzie surowsze niż stopień ciężaru czynu, nawet jeśli surowsza kara odniosłaby większy skutek prewencyjny.

Niektórzy krytycy określali proporcjonalność w karaniu jako powrót do zasady talionu. Zdecydowanie tak nie jest. Idea kary zasłużonej opiera się raczej na zasadzie proporcji niż równowartości. Kary nie muszą powodować takiego samego cierpienia w sensie materialnym, jak krzywdy wyrządzone ofiarom w drodze przestępstwa. Dopuszczalne jest znaczne obniżenie ogólnego poziomu kar (w gruncie rzeczy jest ono pożądane), o ile kary są stopniowane zgodnie z hierarchią powagi przestępstw.

Podstawą zasady proporcjonalności są pewne założenia etyczne. Założenia te, oczywiście, nie decydują o teorii (co należy uważać za jedną z jej zalet), ale wpływają na jej ogólne brzmienie. Po pierwsze, zakłada się, że wymóg sprawiedliwości powinien wymusić ograniczenie usilnego dążenia do zapobiegania przestępczości. To założenie stanowi odejście od tradycyjnych poglądów. Uważano, że wymóg sprawiedliwości zostaje w dużej mierze zaspokojony, gdy przestępca zostanie sprawiedliwie osądzony i skazany. Następnie skoncentrowano się na zapobieganiu przestępczości. Choć istnieją uzasadnione kontrowersje odnośnie do tego, czego domaga się sprawiedliwość, to założenie pierwszeństwa sprawiedliwości zmienia centrum zainteresowania teorii karania. Na tej

IUS.indd 50 2006-02-06 10:42:42

podstawie nie da się bronić koncepcji wymiaru kary, która jest uzasadniona przez wykazanie jej użyteczności prewencyjnej. Podstawę zasady proporcjonalności stanowi fakt, że jest ona sprawiedliwą metodą rozstrzygania o wysokości kary.

Po drugie, zakłada się, że reakcja karna powinna przyjmować formę zapewniającą traktowanie skazanego przestępcy oraz potencjalnych przestępców jako tzw. podmioty moralne – to znaczy jako osoby zdolne do prowadzenia rozważań etycznych, dotyczących dobrych i złych stron ich czynów. Zawierające się w niniejszej teorii akcentowanie roli potępienia, jako podstawy wymogów związanych z zachowaniem proporcjonalności, bierze się z założenia, że rolą kary jest odwołanie się do rozumienia sprawcy odnośnie do tego, co jest dobre, a co złe, oraz umożliwienie mu zareagowania w sposób, jakiego można oczekiwać od podmiotu zdolnego do oceny moralnej własnych czynów.

Po trzecie, przyjmuje się, że państwo powinno zachowywać powściągliwość w kwestii ingerencji w życie skazanych przestępców. Podczas tworzenia podstaw polityki karania na państwie spoczywa ciężar dowodu, dlaczego wymaga się pewnych określonych poziomów surowości kar, a nie niższych. Surowe sankcje karne, takie jak pozbawienie wolności, powinny w szczególności zostać obarczone taką koniecznością uzasadnienia.

W końcu, postuluje się, by polityka karania kierowała się zasadą legalizmu. Regulacje prawne i precedensy decydujące o wyborze wysokości i rodzaju reakcji karnej powinny określać, jakie zasady należy stosować przy dokonywaniu takiego wyboru. Niniejsze zasady prawne mogą zostać podane w sposób ogólny, pozostawiać miejsce na interpretację oraz rozsądny margines dowolności w poszczególnych przypadkach. Niemniej, koncepcje orzecznictwa, które wyłącznie lub głównie opierają się na zasadach dowolności, pozostawiające orzekającemu sędziemu decyzję co do wyboru celów, jakie chce osiągnąć i rodzaju nakładanej sankcji, nie mają prawa bytu w państwie prawa.

CZĘŚĆ DRUGA
DLACZEGO SANKCJE KARNE POWINNY ISTNIEĆ?

1. WSTĘP

W europejskich, zwłaszcza niemieckich, teoriach nauki o karze zwykło się odróżniać „relatywne" i „absolutne" uzasadnienia kary za przestępstwo. Uzasadnienia relatywne mają charakter utylitarny i odwołują się z zasady do różnych postaci prewencji. Rehabilitacja, odstraszenie i izolacja są uzasadnieniami „relatywnymi", jako że ich ce-

lem jest prewencja. Takie cele „relatywne" są niekiedy postrzegane jako jedyne, które można przyjąć w nowoczesnym państwie – zadaniem tegoż powinno być bowiem zapewnienie przyzwoitego poziomu życia jego obywatelom. W przeciwieństwie do uzasadnień „relatywnych", uzasadnienia „absolutne" są nieutylitarne, deontologiczne. Bardziej tradycyjne z tych twierdzeń są wysoce abstrakcyjne i uniwersalistyczne – historycznie były identyfikowane z takimi spostrzeżeniami jak to, że zło popełnione wymaga zadania bólu sprawcy.

Ta dychotomia pomiędzy tym, co relatywne, a absolutem zahamowała myślenie o uzasadnieniu kary. Prowadziła do uzasadnień czysto prewencyjnych (ignorując krytyczny wymiar etyczny) bądź czysto deontologicznych (ignorując w tym przypadku bardzo ważną funkcję prawa karnego, jako hamulca zachowań przestępczych)[2].

W niniejszym eseju będę argumentował, że do przyjęcia jest jedynie taka teoria uzasadniająca istnienie kary kryminalnej, która wyłamie się poza podział na „względne" i „absolutne". Winna ona być częściowo oparta na wymaganiach normatywnych i bezwzględnych, a częściowo na wymaganiach dotyczących skutków. Takie argumentowanie musi w szczególności zawierać element deontologiczny, pozostający w związku z tym, na ile przestępcę traktuje się jako podmiot zdolny do dyskursu moralnego; jednak musi również podlegać rozważeniu pod kątem skutków prewencyjnych – tak by instytucja kary kryminalnej mogła zostać zniesiona, gdy przestanie być potrzebna jako sposób na zapobieganie przestępczości. Tego typu wyjaśnienie, które stara się połączyć potępienie moralne przez karę z prewencją, znajduje się na tych stronach[3].

2. UZASADNIENIA „ABSOLUTNE" I ZWIĄZANE Z NIMI PROBLEMY

W literaturze znajdujemy wiele różnych czysto retrybutywnych teorii kary, chociaż mają one dziś stosunkowo niewielu zwolenników. Jedna z nich, nazywana przez Niemców *Vergeltung*, mówi, że czynienie zła nakłada

[2] Wyjaśnienie istnienia sankcji kryminalnej jest tylko częścią teorii karnej – inne odnoszą się do zasad odpowiedzialności karnej, przedłożonych w nauce o przestępstwie. Niektórzy współcześni niemieccy jak również angielscy teoretycy karni przyjęli uzasadnienie „relatywne" istnienia sankcji kryminalnej, ale teorie mieszane w zakresie zasad odpowiedzialności (dotyczące np. ograniczeń odpowiedzialności karnej w nauce o przestępstwie), które zawierają elementy deontologiczne. Niemniej podział na „absolutne" i „relatywne" nadal (zwłaszcza w Niemczech) wpływa na dyskusje o tym, dlaczego instytucja kary w ogóle powinna istnieć.

[3] Podstawowe kwestie tego poglądu zostały rozwinięte u A. von Hirscha: tenże, *Censure and sanctions*, 1993, roz. 2. Niniejsze wyjaśnienie zawiera jednak szersze rozważania na temat wielu kwestii, m.in. roli państwa i kwestii podmiotowości moralnej.

obowiązek moralny ukarania sprawcy cierpieniem lub że sprawcy należy „odpłacić" za uczynione zło. Istnieje jeszcze teoria symetrii sprawiedliwości dystrybutywnej i retrybutywnej: ktoś, kto gnębi drugiego, korzystając z tego, że podlega on samokontroli podporządkowując się prawu, zyskuje nieuzasadnioną korzyść – kara ma wówczas za zadanie tak oddziaływać na sprawcę zła, by zniwelować oczywistą niesprawiedliwość[4], jaką powoduje wcześniejsza przewaga sprawcy. Niektórzy mają na względzie potwierdzenie porządku prawnego – z ich punktu widzenia przestępstwo stanowi wyzwanie dla porządku prawnego, a kara jego umocnienie[5]. Te racje napotykają na wiele podobnych trudności.

Jedną z ich wad stanowi niejasność – brak czytelnych, zrozumiałych argumentów za tym, dlaczego kara jest czymś zasłużonym. Niektóre tradycyjne teorie retrybutywizmu w ogóle nie dają wytłumaczenia, pozostawiając to intuicji. W innych z kolei wyjaśnienie zdaje się być wielce metaforyczne. Kara stanowi „odwzajemnienie", „odpłaca" za zło, ale nie jest jasne, jak i dlaczego to robi; kara „odczynia" niesprawiedliwą przewagę uzyskaną przez sprawcę zła, ale modalność tego odczyniania pozostaje niewyjaśniona[6].

Inną trudność stanowi to, że takie teorie sugerują, że „coś" należy zrobić przestępcy, ale nie wyjaśniają, dlaczego to „coś" powinno przyjąć formę kary. Dlaczego, na przykład, umacnianie porządku prawnego powinno pociągać za sobą karanie przestępcy (z charakterystycznym, konotowanym przez tę odpowiedź potępieniem moralnym), a nie nakładanie jakiejś innej, bardziej neutralnej sankcji[7]?

Jeszcze inny problem stanowi to, że teorie te rzadko dają właściwe uzasadnienie zaangażowania państwa w sprawę kary. W społeczeństwie liberalnym państwo nie powinno mieć ogólnej powinności podtrzymywania porządku moralnego, lecz raczej dokładnie sprecyzowane zadania, jak zapobieganie czyjejś krzywdzie i chronienie dóbr zapewniających obywatelom godziwą egzystencję. Te jednakże kwestie (przynajmniej częściowo) mają charakter utylitarny, a celem tradycyjnego retrybutywizmu jest wykluczenie ich z uzasadnienia kary. Jaką więc funkcję – która jest funkcją odpowiednią dla państwa w wolnym społeczeństwie – ma realizować kara?

Ostatnią wadą jest żądanie uniwersalizacji ze strony tradycyjnego retrybutywizmu. Jeśli na przykład kara służy naprawieniu uszczerbku, jakiego doznał porządek prawny, to wydaje się to być pożądane w każdym

[4] Patrz: J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, s. 263–264.
[5] Patrz: B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive Generalpraevention*, Heidelberg 1998, s. 125, 139.
[6] Krytyka teorii „niesprawiedliwej przewagi": R. A. Duff, *Trials and Punishment*, Oxford 1987, roz. 8; A. von Hirsch *Censure..., op. cit.*, s. 7–8.
[7] B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive..., op. cit.*, s. 83, 86.

społeczeństwie posiadającym porządek prawny. Przypuśćmy jednak, że jakieś społeczeństwo stawałoby się na tyle spokojnym, by agresja była czymś rzadkim. Kara kryminalna – z cierpieniem, jakie nakłada i z ogromnymi możliwościami nadużyć – nie byłaby już dłużej potrzebna, by utrzymać ludzkie zachowania w granicach możliwych do zaakceptowania. Czy społeczeństwo takie byłoby dalej zobligowane do zachowania tej instytucji, by radzić sobie ze sporadycznymi szkodliwymi czynami? Będę się starał wykazać, że odpowiedź powinna być przecząca, aczkolwiek wymaga przynajmniej częściowo rozważań dotyczących skutków. Gdyby zlekceważyć możliwe skutki, odpowiedź musiałaby być pod każdym względem twierdząca – tak jak Kant argumentował na przykładzie swej słynnej hipotetycznej wyspy. Teorię, która uznaje taką kwestię za bezdyskusyjną, niezależną od czasu i miejsca, należy uznać za niestosowną.

3. UZASADNIENIA „RELATYWNE" I ZWIĄZANE Z NIMI PROBLEMY

Rozważmy następnie różne „relatywne" (czyli prewencyjne) uzasadnienia przywoływane w anglojęzycznych i niemieckich pracach poświęconych teorii kary. Zalicza się do nich uzasadnienie Benthama, oparte na pojmowaniu kary jako środka odstraszającego od popełniania przestępstw, jego współczesną (jak też bardziej zróżnicowaną) wersję rozwiniętą przez angielskiego filozofa prawa H. L. A. Harta, w końcu niemiecką teorię *Integrationspraevention*. Takie teorie opierają się, bezpośrednio lub pośrednio, na koncepcji, zgodnie z którą zapobieganie przestępstwom jest jedyną podstawą kary kryminalnej. I dlatego, moim zdaniem, zawodzą.

A. PREWENCJA GENERALNA NEGATYWNA – MODEL BENTHAMA

Utylitarna koncepcja kary, pochodząca od Jeremy'ego Benthama, opiera się bezpośrednio na prewencji generalnej negatywnej – to jest na generalnym odstraszaniu – jako podstawie kary. Instytucja kary kryminalnej powstała w celu odstraszenia potencjalnych przestępców od popełniania przestępstw. Wymiar kary ma więc być określany przez porównanie korzyści płynących ze stosowania środków odstraszających z ceną wymierzania kary, w sensie ludzkim i finansowym[8].

Niedostatki tego modelu dokładnie opisuje niemiecka literatura z zakresu teorii kary, od niedawna także literatura anglojęzyczna. Główne zastrzeżenie jest takie, że teoria ta nie wskazuje dokładnie granic etycznych

[8] J. Bentham, *Principles of Moral and Legislation*, Oxford 1789, roz. 14.

dotyczących tego, kogo i jak surowo karać[9]. Odpowiedzialność karna obiektywna i dysproporcjonalność kar byłyby dopuszczalne do granic ich przydatności ogólnospołecznej. Innym, również znanym, zastrzeżeniem jest to, że zgodnie z tą teorią, kara nie oznacza zwrócenia się do sprawcy jako podmiotu moralnego; ma on cierpieć po prostu po to, by inni poczuli się zmuszeni do większego posłuszeństwa względem prawa.

H. L. A. Hart próbował sformułować odpowiedź na pierwsze z zastrzeżeń (niestety na drugie już nie), czyli na brak ram etycznych. Opieranie się na prewencji jako powodzie istnienia kary kryminalnej ciągle pozostawia miejsce, zapewnia Hart, na nieutylitarne ramy wymierzania kary – tak długo, jak to ostatnie znajduje niezależne uzasadnienie[10].

Hart proponuje takie niezależne uzasadnienie dla ważnego ograniczenia w nauce o przestępstwie: ograniczenie odpowiedzialności karnej wyłącznie do zachowania z winy sprawcy. Jego rozumowanie jest oparte na prymacie możności wyboru. W wolnym społeczeństwie obywatele – decydując się na przestrzeganie prawa – powinni mieć pełną możliwość uniknięcia sankcji prawa karnego. Mogą oni to osiągnąć jedynie wówczas, gdy pociągnięcie do odpowiedzialności karnej wymaga winy, ponieważ w innym przypadku nawet przypadkowe naruszenie prawa mogłoby je powodować[11]. Niemiecki teoretyk prawa karnego, Claus Roxin wysuwa podobne argumenty odnośnie do wymogów dotyczących winy w nauce o przestępstwie[12].

Jednakże to dowodzenie traci na sile przekonywania, gdy przeniesiemy się z nauki o przestępstwie do zasad wymiaru kary i weźmiemy pod uwagę ich najważniejsze ograniczenie sprawiedliwościowe – zasadę proporcjonalności – zgodnie z którą surowość kar powinna być proporcjonalna do ciężarów przestępstw. Ta zasada nie może być oparta na idei sprawiedliwej możliwości uniknięcia sankcji nałożonych przez prawo karne, ponieważ dotyczy wymiaru kary nałożonej na osoby, które, decydując się na pogwałcenie prawa, dobrowolnie naraziły się na konsekwencje związane z odpowiedzialnością karną[13].

B. PREWENCJA GENERALNA POZYTYWNA

Niemieccy teoretycy prawa karnego skłaniali się przez ostatnie dekady ku innemu rodzajowi teorii prewencji – mianowicie prewencji generalnej pozytywnej. Ten pogląd, w swojej być może najbardziej znaczącej

[9] H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1968, roz. 1.
[10] *Ibidem.*
[11] H. L. A. Hart, *Punishment..., op.cit.*, roz. 7.
[12] C. Roxin, *Strafrecht: Algemeiner Teil*, 3. Aufl., Berlin 1997, 740–745
[13] R. A. Duff, A. von Hirsch, „Cambridge Law Journal" 1997, nr 56, s. 103.

IUS.indd 55 2006-02-06 10:42:44

wersji *Integrationspraevention*, kładł nacisk na ten cel kary, który oznacza wzmocnienie norm wewnątrzspołecznych przeciwnych zachowaniom agresywnym. Kara kryminalna, przez swoje cechy potępienia moralnego, symbolizuje społeczną dezaprobatę dla takich zachowań i w ten sposób pomaga potwierdzić, wzmocnić i ustabilizować między obywatelami takie normy moralne, które ograniczają zachowania przestępcze[14].

Wskazuje się, że ta funkcja umacniania norm wspiera wymogi zawinienia, jakie stawia nauka o przestępstwie, i wymóg proporcjonalności kary wymierzanej przez sąd. System karny, jak się zapewnia, będzie postrzegany jako bardziej sprawiedliwy, jeśli do odpowiedzialności karnej będzie wymagał winy, a przy wymiarze kar – przestrzegał wymogu proporcjonalności; a kiedy będzie tak postrzegany, wzmocni samokontrolę obywateli i ich szacunek dla prawa. Odpowiedzialność obiektywna i kary nieproporcjonalne, jak się uważa, stwarzają ryzyko, że prawo nie będzie przestrzegane, a przez to osłabione zostanie oddziaływanie moralne systemu karnego[15].

To wnioskowanie w rzeczy samej opiera się na idei prewencji. Zakłada, że gdy ktoś karze sprawiedliwie i proporcjonalnie, to dzięki temu umacnia skrupuły moralne obywateli, jeśli chodzi o naruszanie prawa, co w rezultacie ułatwi prawu odgrywanie roli związanej z ograniczaniem przestępczości. Przychodzi na myśl jedno pytanie: skąd ta pewność? Podczas gdy można założyć, że kara ma przynajmniej jakiś skutek, jeśli chodzi o przeciwdziałanie przestępczości, o tyle niewiele mamy danych na temat tego, w jakim stopniu wynika to ze zmiany nastawienia do kwestii przestrzegania prawa, a na ile jest to bezpośrednim skutkiem odstraszania[16]. Skoro tak mało wiemy o tym, jak i do jakiego stopnia kara wzmaga wewnętrzne samoograniczenie – jest to wątła podstawa dla ograniczeń moralnych prawa karnego.

Nawet gdyby były dostępne lepsze dowody skutków prewencji generalnej pozytywnej, to związek między tymi efektami a ograniczeniami etycznymi prawa karnego pozostałby słaby. Teoria wskazuje na to, że odpowiedzialność karna bez winy lub sankcje niewspółmierne do winy prawdopodobnie „rozczarowałyby" obywateli oczekujących sprawiedliwości i osłabiły ich zahamowania przed zachowaniami przestępczymi. Ale, jak zaznaczył Wolfgang Frisch[17], niewiele przemawia za tym, by wierzyć, że obywatele w ogóle interesują się czymś takim, jak zasady

---

[14] C. Roxin, *Strafrecht...*, *op. cit.*; B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit.*, s. 1

[15] H. L. A. Hart, *Punishment...*, *op. cit.*, s.25.

[16] Szerzej B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit.*, s. 17.

[17] B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit.*, s. 125, 139.

IUS.indd 56 2006-02-06 10:42:45

dotyczące winy w prawie karnym lub proporcjonalność kary; a gdyby nawet, to że byliby na tyle świadomi specyfiki doktryn prawa karnego, by wpłynęło to na ich skrupuły moralne. W rzeczy samej, niektóre podstawowe wymogi dotyczące winy w prawie karnym, takie jak zwolnienie z odpowiedzialności karnej osób wykazujących poważne ograniczenia zdolności umysłowej, zdają się bardziej pozbawiać nadziei zwykłych obywateli niż rozpraszać ich wątpliwości.

Takie odwołania do prewencji generalnej pozytywnej nie mogą także liczyć na nasze poczucie, że wymogi dotyczące winy sprawcy i proporcjonalności kary nie są zasadami racjonalnymi, ale etycznymi. Czujemy, że coś jest złego, nie tylko nieefektywnego, jeśli chodzi o długofalowe cele zapobiegania przestępczości, w karaniu po prostu zachowań niezawinionych lub w karaniu nieproporcjonalnym. Tego poczucia, że coś jest złe, nie można wytłumaczyć jedynie za pomocą argumentu, że takie rozwiązania zmniejszą skłonność do przestrzegania prawa.

Czy mogłoby więc być jakieś lepsze, nieutylitarne wyjaśnienie wymogu sprawiedliwości prawa, które byłoby zgodne z teoriami prewencji generalnej pozytywnej? Takie wyjaśnienie może znaleźć się w implikacjach potępiających kary. Jedną z prymarnych właściwości definiujących karę jest potępienie moralne[18]. Prewencja generalna pozytywna, może paść argument, tłumaczy, dlaczego odpowiedź na agresywne zachowanie powinno powodować moralne potępienie przez karę: otóż moralne potępienie pomaga obywatelom wzmocnić poczucie zła tkwiącego w danym zachowaniu, a przez to także skłonność do przestrzegania prawa. Ale gdy raz taka sankcja moralnego potępienia zostanie ustanowiona (choćby dla powodów prewencji generalnej pozytywnej), to stanie się kwestią sprawiedliwości (a nie jedynie prewencji), że kary będą wymierzane zgodnie z implikacjami potępienia moralnego. Kiedy zlekceważy się wymóg winy lub proporcjonalności kary, przestępcy niesprawiedliwie spotkają się, za sprawą nałożonych na nich kar, z wyrzutem za zachowanie pozbawione winy bądź potępieniem niewspółmiernym do winy wynikającej z zachowania.

Argument ten jest podobny do tego, którego można by użyć w odniesieniu do ocen szkolnych. Jeśli ktoś zapyta, dlaczego szkoła powinna oceniać uczniów za ich pracę, odpowiedź mogłaby mieć charakter następnika: ponieważ oceny zachęcają uczniów do większej aktywności. Jednakże, jeśli ktoś zapyta dlaczego, skoro taki system został ustanowiony, dobrzy uczniowie są uprawnieni do tego, by otrzymywać dobre stopnie (nawet jeśli od czasu do czasu dawanie im gorszych stopni może ich zmusić do cięższej pracy), to odpowiedź powinna być retrospektywna

[18] R. Wasserstrom, *Philosophy and Social Issues*, Notre Dame 1980, s. 112.

i wiązać się z zasługą. Ponieważ dobre stopnie symbolizują aprobatę dla dobrego wypełniania obowiązków, to nie byłoby sprawiedliwie odmówić takich stopni tym, którzy dobrze wywiązują się z powinności.

Takie wyjaśnienie jednakże nie może się odnosić do innego podstawowego zastrzeżenia, a mianowicie takiego, że teoria ta nie traktuje przestępcy jako podmiotu moralnego. *Integrationspravention* stara się przedstawić potępienie moralne przez karę (które mogłoby być wówczas wykorzystane na poparcie wymogu winy) jako bodziec do przestrzegania prawa, z którego się korzysta, ponieważ obywatele według założenia staną się bardziej ulegli w wyniku stosowania sankcji odwołujących się do moralności, a nie do groźby. Potępienie moralne przez karę – rzekomo posługując się kategoriami zasług i angażując się w kwestię zdolności przestępcy oceniania właściwości lub niewłaściwości własnych działań – w rzeczywistości otrzymuje uzasadnienie instrumentalne, związane z rozważanym wpływem na zachowanie innych w przyszłości. W ten sposób przestępca nie jest poważnie brany pod uwagę jako podmiot moralny, ponieważ teoria ta nie stwierdza bynajmniej, że potępienie moralne przez karę ma rzeczywiście podstawy moralne.

4. POTĘPIENIE PRZEZ KARĘ I JEGO UZASADNIENIE

Karanie oznacza powodowanie deprywacji („dolegliwość") w sposób, który wyraża potępienie moralne. Dlatego rozpoznanie istoty kary wymaga rozważenia, jak każdy z tych dwóch elementów – potępienie moralne i dolegliwość – należy uzasadnić, a następnie sprawdzenia, jak mogłyby one zostać połączone w teorię kary. Zacznijmy od potępienia przez karę, ponieważ ten element, moim zdaniem, odgrywa rolę kluczową.

Wyjaśnienia instytucji kary kryminalnej, oparte na idei wyrażania przez nią potępienia moralnego, skupiają się na tych aspektach owej instytucji, które dotyczą wyrzutu za dane zachowanie („reprobacja"). Sankcja karna w oczywisty sposób wyraża potępienie moralne. Karanie kogoś składa się z ukarania kogoś przez deprywację, ponieważ prawdopodobnie wyrządził zło, w sposób odzwierciedlający dezaprobatę czynu danej osoby. Traktowanie przestępcy jako sprawcy zła jest kluczowe dla idei kary[19]. Różnica między podatkiem a grzywną nie polega na rodzaju poniesionej straty materialnej (w obu przypadkach są to pieniądze), ale na tym, że grzywna wyraża potępienie przestępcy, podczas gdy podatek nie.

A. FUNKCJE MORALNE POTĘPIENIA PRZEZ KARĘ

Oczywiste jest, że kara oznacza wyrzut, potępienie. Ale dlaczego przygana *powinna* stanowić odpowiedź na zachowanie budzące zainte-

[19] R. Wasserstrom, *Philosophy..., op.cit.*, s. 112.

resowanie prawa karnego? Jeśli nie odpowie się na to pytanie, to kara wymierzona przez sąd mogłaby zostać zastąpiona inną instytucją, nieimplikującą potępienia moralnego – odpowiedzią pokrewną podatkowi, ustanowionemu tak, by odstraszać od pewnych zachowań.

Filozof z Oksfordu, P. F. Strawson, podaje proste wyjaśnienie[20]. Zdolność odpowiadania na czynienie zła wyrzutem lub potępieniem moralnym – mówi Strawson – jest po prostu częścią moralności, która sprawia, że ludzie pozostają odpowiedzialni za swoje zachowanie. Kiedy jakaś osoba postępuje w sposób niewłaściwy, to spotyka się z oceną krytyczną, jako że jej zachowanie jest naganne. Na potępienie moralne przez karę składa się wyrażony osąd oraz towarzyszące mu uczucie dezaprobaty. Od wyrażenia przygany można by się powstrzymać tylko wtedy, gdyby zaistniały wyjątkowe powody ku temu, by nie konfrontować jej ze sprawcą – np. w razie wątpliwości co do jego zdolności dokonywania wyboru.

Skoro wyjaśnienie Strawsona jako takie wydaje się poprawne (ponieważ przygana w istocie zdaje się być częścią mechanizmu sprawiającego, że ludzie są odpowiedzialni za swoje czyny), to powinno być możliwe sprecyzowanie pewnych pozytywnych funkcji moralnych przygany. Po pierwsze, potępienie moralne przez karę bierze pod uwagę ofiarę. Ta bowiem doznała nie tylko uszczerbku, ale również krzywdy w wyniku czyjegoś karygodnego czynu. I nie wystarczy stwierdzić, że krzywda została wyrządzona lub wyrazić współczucie (co byłoby stosowne w sytuacji, gdy ktoś został ranny w wyniku zwykłej katastrofy[21]). Potępienie moralne przez karę, kierując dezaprobatę pod adresem winnego, przyznaje, że ofiara doznała uszczerbku z czyjejś winy.

Po drugie, co istotniejsze, potępienie moralne przez karę otwiera drogę do moralnego komunikowania się ze sprawcą czynu. Jest on adresatem pewnego krytycznego przesłania normatywnego, dotyczącego jego zachowania, a dokładnie tego, że w sposób zawiniony skrzywdził kogoś i że jest za to potępiany. Przesłanie takie jest równoważne z uznaniem sprawcy za podmiot moralny: konfrontuje się go z przyganą za dokonane zło, a celem tego nie jest żadna inna korzyść społeczna, jaką mogłoby przynieść potępienie moralne przez karę[22].

Kiedy przestępca podlega w ten sposób potępieniu moralnemu przez karę, to oczekuje się, że nastąpi jakaś odpowiedź moralna z jego strony – np. skrucha, przyznanie się do tego, że uczynił zło lub wysiłek

---

[20] P. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, Oxford 1974, s. 1.

[21] Norweski kryminolog Nils Christie sugerował taką odpowiedź: N. Christie, *Limits to Pain*, Oxford 1981, roz. 10 i 11. Krytyka jego poglądu: A. von Hirsch, „Crime and Delinquency" 1982, nr 28, s. 315.

[22] Szersze omówienie: A. von Hirsch, *Censure..., op. cit.*, roz. 2.

zmierzający do zwiększenia samokontroli. Reakcja sprowadzająca się do obojętności byłaby, jeśli moralne potępienie przez karę jest uzasadnione w powyższym kształcie, odpowiedzią niewłaściwą. Przygana wyrażona przez sankcję służy jednakże jedynie temu, by dać sprawcy sposobność do udzielenia takiej odpowiedzi i powinno się jemu pozostawić decyzję, czy z takiej możliwości skorzysta. Nie wysuwam teorii pokuty, zgodnie z którą odpowiedź miałaby przyjąć jakąś specjalną formę, aby ujawnić uczucia sprawcy – czy byłby to wstyd, żal, skrucha czy coś innego[23]. Wówczas, moim zdaniem, nie byłoby potrzeby odmierzać odpowiedzi, jaką jest moralne potępienie, stosownie do spodziewanej umiejętności odbioru tego przesłania przez sprawcę.

Następne wyjaśnienie tłumaczy, dlaczego agresywne zachowanie nie powinno spotykać się z sankcjami neutralnymi moralnie, które nie wyrażają przygany. Takie sankcje – nawet jeśli w sposób nie mniej skuteczny zniechęcałyby do niewłaściwych zachowań – odmawiałyby sprawcy statusu podmiotu zdolnego do pojmowania w kategoriach moralnych. Sankcja neutralna oznaczałaby potraktowanie przestępców lub potencjalnych przestępców raczej w sposób, w jaki bestie mogą zostać potraktowane w cyrku – jak stworzenia, które należy trzymać w ryzach, zastraszać i uczyć uległości. Sankcja potępiająca traktuje sprawcę jako osobę, która jest zdolna do zrozumienia takiego przesłania.

To wyjaśnienie jest przy tym mniej niejasne niż tradycyjne teorie retrybutywne. Moralne potępienie lub przygana wiąże się na co dzień z osądami moralnymi, używanymi w wielu dziedzinach życia społecznego – kara orzekana przez sąd jest tylko jednym z tego przejawów. Przesłanie przekazane przez karę (że jego zachowanie jest złem), nie jest osądem trudnym do wyjaśnienia wtedy, gdy dla przykładu sprawca umyślnie wyrządził krzywdę. Sankcja konfrontuje sprawcę z przyganą – która jest zrozumiała z powodów wyżej wspomnianych. Skoro przygana jest pojęciem zorientowanym na zasługę, to jest ona częścią normalnego dyskursu moralnego i nie pociąga za sobą niejasnych metafor, takich jak „prostowanie" moralnej równowagi lub „przywracanie" porządku prawno-moralnego, które często się spotyka w literaturze poświęconej retrybutywizmowi.

---

[23] Taką teorię sekularyzowanej pokuty wysunął brytyjski filozof Anthony Duff. Według niego dolegliwość kary jest uzasadniona jako środek pozwalający przestępcy zrozumieć zło tkwiące w jego uczynkach i okazać skruchę, a także jako mechanizm, dzięki któremu może on „wybrnąć" i okazać skruchę grzesznika. R.A. Duff, *Trials and punishments*, Oxford 1986, roz. 9; B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit.*, s. 181. Krytyka takiej wizji pokuty (zwłaszcza jej funkcji w liberalnym państwie): A. von Hirsch, *Censure...*, *op. cit.*, roz. 8; tenże [w] M. Matravers (red.), *Punishment and Political Theory*, Oxford 1999, s. 69.

IUS.indd 60 2006-02-06 10:42:47

Potępienie moralne przez karę odgrywa jeszcze jedną rolę: zwraca się do osób trzecich – to znaczy do opinii publicznej. W odróżnieniu od winy w zwyczajowym kontekście, kara kryminalna z założenia stanowi informację, że zachowania należące do pewnych określonych kategorii są karalne. Ponieważ sankcja wyraża zarzut, to zawiera się w niej przesłanie, że dane zachowanie jest karygodne. Nie jest to koniecznie przejaw edukacji o naganności pewnych zachowań, jako że adresaci przesłania (przynajmniej wielu z nich) są tego świadomi. Potępienie moralne, zawarte w przypisanej sankcji, ma raczej odwoływać się do ludzkiego poczucia, że w danym zachowaniu tkwi zło, jako powód do jego zaniechania.

Przesłania normatywnego wyrażonego w przepisach karnych nie można jednak zredukować, jak zapewniają obrońcy *Integrationspraevention*, do zwykłego bodźca do przestrzegania prawa, którego się używa, ponieważ społeczeństwo może być bardziej wrażliwe na odwoływanie się do moralności niż podatne na groźby[24]. Moim zdaniem, potępienie moralne wyrażone przez karę jest legitymizowane przez fakt, że jest ono właściwym etycznie sposobem zwracania się do sprawcy, postrzeganego jako podmiot zdolny do dyskursu moralnego. Przesłanie wyrażające dezaprobatę zakazanego zachowania, zawarte w przepisach karnych i skierowane pod adresem ogółu, podobnie wywodzi swoje prawne uzasadnienie z faktu, że jest sposobem właściwym etycznie zwracania się do osób z szerszej publiczności, również uznawanych za podmioty moralne. Każdy efekt z zakresu prewencji generalnej pozytywnej, jaki ma takie przesłanie, towarzyszyłby jedynie takim żądaniom normatywnym[25].

Przesłanie normatywne potępienia moralnego nie ogranicza się także do dezaprobaty pod adresem osoby, która pogwałciła prawo[26]; jest ono wymierzone w istotę zła, jakie spowodowało dane zachowanie. Na przykład, potępienie moralne należne za gwałt powinno być adekwatne do rozmiaru zła tkwiącego w umyślnie wyrządzonej krzywdzie, a nie tylko odwoływać się do faktu, że dokonano czynu zabronionego.

Taki punkt widzenia oparty na potępieniu moralnym zakłada, że zachowanie przestępcze jest w pewnym sensie złem i daje podstawy do przygany. Zakres zakazów prawa karnego jest obecnie szeroki i obejmuje postępowanie, którego jak się wydaje nie można ukarać w żaden zadowalający sposób. Koncepcja oparta na potępieniu moralnym nie musi bronić wszystkich takich zakazów. Wystarczy dla tej teorii, jeśli najcięższe zachowania, będące głównym przedmiotem zainteresowa-

---

[24] Zob. B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit.*, s. 83, 86.
[25] Szerzej: B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit.*, s. 109.
[26] Taka wizja moralnego potępienia przez karę: B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit.*, s. 109.

nia prawa karnego, mogą być uznane za naganne w sposób prawnie legitymowany, ponieważ, na przykład, oznaczają zawinioną krzywdę wyrządzoną drugiemu (przemoc lub kradzież), stworzeniem nieusprawiedliwionego ryzyka spowodowania czyjejś krzywdy (jazda po pijanemu) lub uciekanie przed wypełnianiem ważnych obowiązków powszechnych (unikanie płacenia podatków). W istocie, traktowanie prawa karnego jako nierozerwalnie związanego z moralnym potępieniem tworzy „ostrze krytyki": dostarcza powodu dekryminalizacji postępowania, którego w sposób racjonalny nie można uznać za takie, które pociąga za sobą jakieś zło[27].

C. WSPARCIE DLA WYMOGÓW WINY I PROPORCJONALNOŚCI

Przyznanie potępieniu moralnemu centralnej roli oznacza wzmocnienie wymogów sprawiedliwości prawa karnego. Wymóg winy w nauce o przestępstwie i wymóg surowości wymierzanych kar, by utrzymać racjonalny stosunek do zarzucalności postępowania w regulacji o wymiarze kary, może być teraz wywodzony bezpośrednio z aspektów obwiniających kary kryminalnej. Rozważmy podstawowy wymóg dotyczący winy w nauce o przestępstwie: mianowicie ten, że postępowanie musi się wiązać z zamiarem, a w niektórych przypadkach – formą winy nieumyślnej. Nie ma potrzeby odwoływać się do trudnych do potwierdzenia argumentów, że takie wymogi pomogą zwiększyć uległość przeciętnego obywatela. Argumentacja opiera się na znacznie prostszym toku rozumowania – kara nie tylko pociąga za sobą (z przyczyn normatywnych), ale wręcz powinna oznaczać przyganę; nie powinno zaś się spotykać z przyganą to, że sprawca działa bez winy[28]. To samo tyczy się wyłączenia odpowiedzialności karnej, na przykład usprawiedliwienia obrony koniecznej. Uzasadnienie ostatniego rodzaju usprawiedliwienia leży nie w braku działania prewencyjnego kary wymierzonej w takim przypadku, ale raczej w fakcie, że przestępcy nie można w sposób racjonalny czynić wyrzutu za jego krzywdzący czyn, kiedy uległość doprowadziłaby do tragicznych skutków dla niego samego[29]. Podobnie, argumenty wspierające teorię potępienia moralnego dostarczają uzasadnienia dla zasady proporcjonalności kary. Surowość sankcji implikuje ogrom potępienia moralnego, jakie spotyka przestępcę i jego postępowanie, tak że surowsza kara pociąga za sobą odpowiednio większy zarzut. Ze względu na związek pomiędzy surowością sankcji i wynikającym z niej potępieniem moralnym, a nie na możliwość uzyskania efektu w postaci wpływu na to, jak obywatele przestrzegają

[27] Zob. D. Husak, *Drugs and Rights*, New York 1992.
[28] Szerzej B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive..., op. cit.,* s. 94.
[29] *Ibidem.*

prawa – kary powinny być tak uszeregowane, by odzwierciedlały ciężar popełnianych przestępstw[30].

5. „DOLEGLIWOŚĆ" KARY I JEJ UZASADNIENIE

Kara wyraża moralne potępienie, ale nie ogranicza się wyłącznie do niego. Moralne potępienie przez karę wyraża się deprywacją, jaka spotkała przestępcę. Dlatego koniecznie trzeba rozważyć, jak ten nieodłączny element – dolegliwość – może być uzasadniony. Rozważenie kwestii dolegliwości, jak mniemam, wymaga odwołania się do względów prewencyjnych, co oznacza, że konieczne będzie stwierdzenie, jak takie kwestie prewencyjne mają się do roli kary związanej z potępieniem moralnym.

A. CZY DEPRYWACJA MOŻE WYNIKAĆ Z POTĘPIENIA MORALNEGO?

Nie pozbawiona sensu byłaby próba wywiedzenia deprywacji, jaką oznacza kara, z samego potępienia moralnego. John Kleinig, filozof australijski zajmujący się moralnością, argumentuje, że potępienie moralne (przynajmniej w niektórych społecznych aspektach) nie może zostać odpowiednio wyrażone w sposób czysto werbalny lub symboliczny – dolegliwość jest potrzebna, by okazać, jak poważnie traktuje się dezaprobatę. Na przykład uniwersytet nie okazuje niezadowolenia z poważnego uchybienia swojego pracownika naukowego przez zwykłe słowne upomnienie; by wyrazić dezaprobatę w sposób adekwatny, podejmuje się decyzję o zmniejszeniu przywilejów przysługujących takiej osobie[31]. Podobnie, państwo nie powinno odpowiadać na agresywne zachowanie jedynie za pomocą słów czy symbolicznych dowodów dezaprobaty; by potępienie moralne było wiarygodne, trzeba ukarania przestępcy faktyczną deprywacją.

W nowoczesnych społeczeństwach zachodnich takie argumentowanie jest do przyjęcia. Trudno byłoby wyobrazić sobie czysto werbalną lub symboliczną odpowiedź na akt agresji, która mogłaby odpowiednio wyrazić należną dezaprobatę – w naszych społeczeństwach nie ma króla, dostojnika kościelnego lub jakiejś innej figury czy instytucji, której zarzut byłby odpowiedzią wystarczająco przekonywającą.

Niemniej, to wyjaśnienie, wyabstrahowane, ma lukę w swojej argumentacji. Nawet jeśli zakomunikowanie potępienia moralnego oznacza samo

[30] Szersze omówienie tego, jak moralne potępienie przez karę wspiera zasadę proporcjonalności kary: A. von Hirsch, *Censure..., op. cit.*, s. 15; A. Bottoms [w] A. Ashworth, M. Wasik (red.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford 1998, s. 53, 77; T. Hoernle, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin 1999, s. 153.
[31] J. Kleinig, „Israel Law Review" 1992, nr 24, s. 401.

w sobie traktowanie adresatów jako podmioty moralne, którym należą się pewne względy, to tak samo powinno być ze sposobem, w jaki potępienie moralne jest wyrażone. Podając prosty przykład: wyobraźmy sobie, że A czyni zło i B chce upomnieć A. Przypuśćmy, iż wydaje się, że A zamierza ignorować zwykłe upomnienie słowne, tak więc B – by przyciągnąć uwagę A i nadać upomnieniu bardziej dramatyczną formę – wyraża dezaprobatę krzycząc i uderzając A. Nawet jeśli upomnienie A stanowi traktowanie B w sposób nacechowany respektem, można by zgłosić sprzeciw, że sposób upominania jest daleki od pełnego szacunku. I nie wystarczy zapewnienie, że krzyk i bicie czyni upomnienie bardziej „wiarygodnym"; bo nawet gdyby tak było, to sposób jego wyrażenia wymaga uzasadnienia, a „wiarygodność" nie jest wystarczającym wyjaśnieniem.

Kleinig, dążąc do uzasadnienia sankcji kryminalnej, przeoczył w swoim uzasadnieniu także istotną rolę sankcji jako środka odstraszającego od zachowań przestępczych. Kiedy państwo uznaje zakaz pewnego zachowania pod groźbą sankcji kryminalnej, to wyraża groźbę, wynikającą z przyjętego prawa: dane zachowanie jest zabronione, a pogwałcenie prawa spowoduje nałożenie określonej sankcji. Groźbę tę przewidziano po to, by zniechęcić społeczeństwo do postępowania, które zostało zakazane.

Mówiąc o „środkach odstraszających" przenosimy się z powrotem do roli prewencji generalnej negatywnej z punktu widzenia kary. Niemieccy teoretycy mieli rację odrzucając czysto odstraszające teorie kary, jako że nie traktowały one sprawcy lub potencjalnych sprawców jako podmioty moralne. Pozostaje ciągle możliwość, by prawne środki odstraszające znalazły się w strukturach potępienia moralnego.

B. DOLEGLIWOŚĆ JAKO ELEMENT PREWENCYJNY W STRUKTURZE POTĘPIENIA MORALNEGO

Jest to mój pogląd, że dolegliwość – deprywacja, jaką zostaje ukarany przestępca – pełni funkcję prewencyjną: dostarcza racjonalnego powodu do zaniechania czynów przestępczych, który wiąże się z normatywnym powodem, wyrażonym przez potępienie moralne przez karę[32]. Prawo karne, za pomocą potępienia moralnego, zawartego w przepisanych sankcjach, oznajmia, że dane postępowanie jest złe – dla podmiotu moralnego jest to podstawa do zaniechania takiego postępowania. Podmiot moralny może jednak (biorąc pod uwagę ludzką zawodność) ulegać pokusie. Powodem, dlaczego jako nośnik potępienia moralnego wykorzystywana jest dolegliwość zawarta w karze (a nie czysto symboliczne środki), jest to, że takie traktowanie może mu na przyszłość dostarczyć powodu racjonalnego, niejako oportunistycznego, przemawiającego za

[32] A. von Hirsch, *Censure.., op. cit.,* s. 14.

tym, by oprzeć się pokusie. Podmiot, który przyjął przesłanie, wynikające z sankcji, że nie powinien popełniać przestępstw, i który zna swoją podatność na pokusę, mógłby woleć przyjąć odpowiedź, jaką jest potępienie moralne, która dostarcza takiego racjonalnego środka odstraszającego, w charakterze pomocy, pozwalającej postępować zgodnie z tym, co on sam uznaje za właściwe.

Pewna koncepcja dotycząca natury człowieka i przyczyn jego działania leży u podstaw tego wyjaśnienia. Zakłada się, że ludzie nie są ani aniołami i nie wystarczają dla nich czysto normatywne argumenty, ani bydlętami, którymi można powodować jedynie przy użyciu gróźb. Ludzie są stworzeniami moralnymi, ale zawodnymi – zdolnymi do kierowania się względami normatywnymi, jednak podlegającymi pokusie. Charakter człowieka, będącego podmiotem moralnym, czyni go zdolnym do uwzględnienia przesłania, jakim jest potępienie moralne, wyrażane przez sankcję o treści, że dane postępowanie jest karygodne. Biorąc jednakże pod uwagę ludzką zawodność, łatwiej jest oprzeć się pokusie popełniania przestępstw, jeśli potępienie moralne jest wyrażone w sposób, który działa także jako środek odstraszający od takiego postępowania. Ale dostarczanie takiego środka odstraszającego nie czyni sankcji jedynie środkiem przymusu: nie czyni lęku przed nieprzyjemnymi konsekwencjami jedyną podstawą uległości. Możliwa jest, biorąc pod uwagę taki obraz natury ludzkiej, odpowiedź, która dostarcza zarówno moralnych, jak i racjonalnych powodów do zaniechania.

Prewencja, z uwagi na to, o czym dotąd mówiłem, nie może funkcjonować samodzielnie. Jeśli sankcja stanowi przyganę, to sposób jej wyartykułowania może natomiast przyjąć formę, która będzie służyć także jako racjonalny środek odstraszający, pozwalający przezwyciężyć pokusę. Ale jeśli powoduje jedynie dolegliwość, to pozostaje środkiem przymusu. Przecież, osoba przekonana moralnie do określonego zachowania mogłaby stwierdzić, że nawet neutralna, nienacechowana potępieniem sankcja powoduje, że łatwiej jest oprzeć się pokusie i w ten sposób spełnić obowiązek moralny, który ta osoba sama uznaje. Sama sankcja nie respektowałaby jednakże podmiotowości owej osoby, gdyby została sformułowana jako czysta groźba. Bez względu na powody uległości sprawcy, prawodawca traktowałby go jak stworzenie, które należy kontrolować, a nie jak kogoś, na kogo czyny mają wpływ względy normatywne.

W strukturze proponowanego uzasadnienia kary potępienie moralne odgrywa kluczową rolę. Odpowiedź potępiająca na krzywdzące postępowanie mogłaby zostać wyrażona zarówno w sposób czysto (lub przede wszystkim) symboliczny, jak i w sposób, który wyraża reprobację przez ukaranie dolegliwością. Sankcja kryminalna jest odpowiedzią tego drugiego rodzaju. Góruje ona nad odpowiedzią czysto symboliczną ze względu na dodatkową

rolę jako środka odstraszającego. Funkcja prewencyjna ma swoje *locus standii* tylko w strukturach instytucji potępienia moralnego.

Potępienie moralne i dolegliwość splatają się w ten sposób w strukturze kary. Miary prawnokarne sprawiają, że określony rodzaj postępowania należy ukarać pewnymi poważnymi konsekwencjami. Na te konsekwencje składa się dolegliwość oraz moralne potępienie. Przeplatanie się przygany, jaka wynika z kary, i dolegliwości jest bardzo ważne z punktu widzenia uzasadnienia zasady proporcjonalności kary wymierzanej.

Niedostatki tradycyjnych retrybutywnych teorii kary, o których wspomniałem wcześniej, spowodowały, że nie udało się im wskazać podstaw roli, jaką w karaniu odgrywa państwo. Względy prewencyjne uzasadnienia zaproponowanego przeze mnie sprawiają, że łatwiej wytłumaczyć rolę państwa. Zakładam, że jedną z najważniejszych zadań państwa jest chronienie obywateli przed zagrożeniem dla ich interesów zyciowych[33]. Ta misja usprawiedliwia fakt, że państwo zabrania tych zachowań, które stały się przedmiotem regulacji zawartych w prawie karnym. Kara, według mnie, stanowi podobną obronę, dostarczając środka odstraszającego od takich krzywdzących zachowań. Jednakże ważnym obowiązkiem państwa jest również to, by spełniało ono swoje główne funkcje – włączając w to chronienie obywateli – w sposób pełen respektu. Kara wyrażająca obwinienie traktuje przestępców i potencjalnych przestępców z respektem, w sposób, w jaki nie czyniłaby tego czysto „neutralna" sankcja, z przyczyn przedstawionych powyżej. Zwraca się ona bowiem do takich osób jak do podmiotów zdolnych do dyskursu moralnego.

To mające dwa rozgałęzienia uzasadnienie pozwoliłoby obalić instytucję kary, gdyby nie była już ona potrzebna dla celów prewencyjnych. Wyobraźmy sobie społeczeństwo, w którym warunki socjalne i ekonomiczne osiągnęły taki poziom, że agresywne zachowanie stało się bardzo rzadkie. Sankcja kryminalna – ze swoim arsenałem sądów, zakładów poprawczych i sankcji – nie byłaby więcej potrzebna, by utrzymać takie zachowania w granicach możliwych do przyjęcia. Czy społeczeństwo takie nadal byłoby zobligowane do zachowania instytucji kary ze względu na sporadyczne akty agresji? Wydaje mi się, że nie. Społeczeństwo mogłoby chcieć zachować pewne oficjalne formy wyrażania potępienia moralnego, by dać świadectwo dezaprobaty adekwatnej do takich aktów, ale, po wyeliminowaniu potrzeby zapobiegania przestępstwu, nie byłaby dłużej potrzebna taka ambitna, niepożądana i kłopotliwa instytucja jak kara kryminalna[34].

---

[33] Zob. także B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit*, s. 54; A. von Hirsch [w] M. Matravers, *Punishment and Political…, op. cit.*

[34] Szerzej zob. A. von Hirsch [w] M. Matravers, *Punishment and Political…, op. cit.,* s. 73.

C. WPŁYW NA GRANICE SPRAWIEDLIWOŚCIOWE PRAWA KARNEGO

Główną wadą wyjaśnień kary, opartych wyłącznie na instytucji prewencji, jest to, że nie dają one czytelnych argumentów przemawiających za ograniczeniami sprawiedliwościowymi odpowiedzialności karnej lub wysokości wyroku, opartymi na instytucji winy. Odpowiedzialność karna bez winy lub wyroki nieproporcjonalne byłyby dopuszczalne, ale do granic wyznaczonych przez cele prewencyjne systemu karnego. Ważną zaletą wyjaśnienia zgodnego z koncepcją potępienia moralnego, jak zauważyliśmy, jest to, że bezpośrednio, w sposób ujęty w zasady wspiera te ograniczenia.

Teraz jednakże rozważamy wyjaśnienie mieszane, obejmujące aspekty prewencyjne, jak również potępienie moralne. Czy to wprowadzenie aspektu prewencyjnego kreuje konia trojańskiego – zezwala na przekroczenie granic winy, by lepiej wspierać prewencję?

Problem mógłby powstać, gdyby potępienie moralne i prewencja były uzasadniane samodzielnie na różnych płaszczyznach prawa karnego. Załóżmy, na przykład, że ktoś chciałby twierdzić, że wyrok skazujący reprezentuje potępienie moralne przestępcy, a wymierzona kara odgrywa tylko rolę prewencyjną. Wówczas decyzja dotycząca surowości kary mogłaby zostać podjęta na podstawach prewencyjnych. Taki model nie mógłby zostać jednak zaakceptowany zgodnie z argumentacją, którą przedstawiłem wyżej: gdyby kara miała działać czysto prewencyjnie, zamiast wyrażać potępienie moralne postępowania przestępcy, to taka osobna odpowiedź niepotępiająca znalazłaby się poza uzasadnieniem kary, które zaproponowałem. Nie mówilibyśmy więcej o odpowiedzi wyrażającej potępienie moralne, która, ze względów prewencyjnych, wyrażałaby dezaprobatę raczej przez deprywację materialną, a nie przez środki czysto symboliczne. Zamiast tego, deprywacja, jaką zostałby ukarany przestępca, służyłaby jedynie celom prewencyjnym i nie wyrażałaby reprobacji. Oznaczałoby to „kontrolowanie zwierzęcia" zamiast traktowania sprawcy jako podmiotu moralnego.

Kluczową kwestią dla zaproponowanej przeze mnie argumentacji „mieszanej" jest powiązanie takich poprzednio opisanych właściwości kary, jak reprobacja i dolegliwość. To zagrożenie deprywacją przewidziane w prawie karnym, nie zaś wyrok skazujący, wyraża potępienie moralne i służy jako racjonalny środek odstraszający. Ukaranie przestępcy deprywacją oznacza obarczenie go winą, co jest uzasadnione jedynie wówczas, jeśli jego zachowanie było zawinione – dlatego wymogi dotyczące winy, jakie stawia prawo karne materialne, powinny być przestrzegane. Różnicowanie stopnia deprywacji karnej wyraża zmienną stopnia wyrażanego

potępienia moralnego i jest usprawiedliwione jedynie wtedy, gdy odpowiada stopniowi karygodności (tj. ciężarowi) przestępstwa – oto dlaczego wymóg proporcjonalności wyroku powinien być przestrzegany. Gdy zrozumie się doniosłość tych powiązań, nie trzeba będzie się obawiać wspomnianego konia trojańskiego.

6. TRAKTOWANIE JEDNOSTKI JAKO PODMIOTU MORALNEGO

Najważniejsze zastrzeżenie dotyczące teorii czysto prewencyjnych, jak wcześniej zauważyliśmy, dotyczyło nieumiejętności traktowania karanego przestępcy jako podmiotu moralnego. Niniejsze wyjaśnienie potępienia moralnego przez karę zamierza tego uniknąć. Sprawca jest konfrontowany z dezaprobatą za swoje świadome czyny; w ten sposób daje mu się sposobność udzielenia odpowiedzi w sposób właściwy dla podmiotu moralnego – na przykład przez uznanie własnego czynu za zły. Sprawca spotyka się z tym, że wini się go za jego czyny, które zostają uznane za karygodne; a nie dlatego, jak zwolennicy *Integrationspraevention* podnoszą, że w końcu skłoniłoby to innych do większego przestrzegania prawa[35].

Potępienie moralne przez karę, tworząc w ten sposób komunikację moralną z podmiotem, ma charakter autorytatywny. Co powoduje, że danego postępowania nie można zaakceptować; jakie procedury wykorzystuje się, by określić winę; jakie wyłączenie odpowiedzialności karnej i złagodzenia kary jest dopuszczalne – wszystko to zostaje określone w sposób autorytatywny (przez państwo), a nie przez wolną wymianę argumentów pomiędzy instytucją potępiającą i podmiotem. Dyskurs taki nie mieści się więc w ramach Habermasowskiego dyskursu wolnego od dominacji (*herrschaftsfrei Diskurs*)[36].

Autorytatywność jest cechą charakteryzującą wiele instytucji społecznych, które mają do czynienia z całą gamą zachowań, od akceptowalnych

---

[35] Patrz szerzej: B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op.cit.*, s. 91–99. Potępienie moralne, w tym znaczeniu, ma oznaczać *denucjację*, która służy wyrażeniu nastawienia opinii publicznej względem przestępstw i przestępców. Teorie denuncjacyjne mogą traktować przestępcę jako zwykły kanał informacyjny, pozwalający opinii publicznej wyrazić wstręt do przestępstwa i przestępców, i być sprzeczne z wymogami sprawiedliwościowymi. Jeden z amerykańskich teoretyków karnych, przyjmując tę ostatnią możliwość, argumentował za złagodzeniem kar, które by całkowicie nie spełniały wymogów proporcjonalności kary.

[36] Ten pogląd – że komunikacja karna nie może być *herrschaftsfrei* – została rozwinięta u J. Hassemera w: tenże, *Einfuehrung in die Grundlagen des Strafrechts*, Berlin 1981, s. 121.

IUS.indd 68 2006-02-06 10:42:59

po te nie do przyjęcia. Kiedy na przykład uniwersytet upomina swego pracownika naukowego za niewłaściwe zachowanie, to mamy do czynienia z autorytatywną oceną tego, jaki rodzaj zachowania jest nie do przyjęcia; nie pozostawia to miejsca na wolną dyskusję pomiędzy władzami uniwersytetu i oskarżaną osobą[37]. Taki poziom autorytatywności jest niezbędny, jeśli mają istnieć stałe i przewidywalne normy postępowania-reakcji na dane zachowanie.

Autorytatywność nie wyklucza jednakże potępienia moralnego przez karę jako sposobu moralnej komunikacji. Skąd czerpać argumenty na to, że dane postępowanie jest złe; kiedy, w rozsądnych granicach, dopuszczalne jest żądanie wyłączenia lub złagodzenia odpowiedzialności karnej i kiedy celem komunikowania się przez karę jest wyrażenie dezaprobaty w formie, która zachęca sprawcę do rozważenia własnego postępowania. Pytania takie oznaczają traktowanie sprawcy jako osoby, której czynami powinny kierować powody moralne.

Zaproponowane uzasadnienie dolegliwości jest częściowo prewencyjne, opiera się jednak na koncepcji środka odstraszającego, wymierzonego w określony typ zachowań. Uzasadnienie kary, które opiera się wyłącznie na odstraszaniu, nie pozostawia możliwości traktowania adresata jako podmiotu moralnego, jak to wskazywano wcześniej. Czy takie ograniczone wprowadzenie elementu prewencyjnego, nawet w strukturach potępienia moralnego, napotyka podobne zastrzeżenia?

Odpowiedź zależy od tego, jak wąsko pojmuje się podmiotowość moralną. Z tradycyjnego, kantowskiego punktu widzenia, podmiot racjonalny działa jako taki jedynie wówczas, jeśli argumenty, z jakimi się spotyka, i jego rozumowanie mają charakter wyłącznie moralny. Wprowadzenie jakichkolwiek względów racjonalnych (obojętnie czy w formie środków zachęcających, czy odstraszających) sprawiłoby, że odwoływanie się do sprawcy straciłoby charakter moralny, i jako takie byłoby nie do przyjęcia. Jednakże ten idealistyczny ogląd człowieka nie jest użyteczny, kiedy rozważa się, jak prawo karne powinno traktować zawodne istoty ludzkie, które składają się na społeczeństwo.

Alternatywny, bardziej współczesny pogląd o podmiotowości moralnej został zrelacjonowany wcześniej, w moim wyjaśnieniu roli dolegliwości w karze. Moim zdaniem, wymaganie przez państwo określonego zachowania prowadzi do traktowania jednostki jako podmiotu moralnego wówczas, gdy proponuje jej normatywne przesłanki do działania, nawet, jeśli nie są one jedyne. Schemat podporządkowany odstraszaniu nie odpowiada temu standardowi – jednostka zostaje poinformowana, że dobrze by było, gdyby przestrzegała prawa lub

[37] Patrz: B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive...*, *op. cit.*, s. 94.

poniosła konsekwencje, ale nie spotyka się ona z twierdzeniem moralnym, że jest zobowiązana do tego się zastosować. Natomiast zgodnie z zaproponowanym przeze mnie wyjaśnieniem, jednostce zapewnia się takie podstawy – za sprawą potępienia zawartego w karze zapoznaje się ona z przesłaniem, którego nadawcą jest autorytatywny organ, a z którego wynika, że dane postępowanie jest karygodne i powinno się go unikać. Idąc dalej, nie jest to jedyny wysuwany powód – odpowiedź, jaką stanowi potępienie, zawiera się w dolegliwości, która służy jako środek odstraszający przeciwko pokusie pewnego postępowania bez względu na tkwiące w nim zło. Ale jeśli zaakceptuje się wyobrażenie istot ludzkich, jakie zostało zaproponowane – podmiotów zdolnych do działania zgodnego z podstawami moralnymi, ale jako że zawodnych, potrzebujących pewnej pomocy, by oprzeć się pokusie – to nadal pozostaje szansa poważnego podejścia do kwestii podmiotowości moralnej.

Należy zauważyć, że mówię tutaj o tym, dlaczego prewencja mogłaby z założenia być uzasadnionym prawnie argumentem przemawiającym za istnieniem kary. Rozważyć należy jednak także kwestię generalnej ciężkości systemu kar. Jeśli ogólnie rzecz biorąc, poziom kar podnosi się do wystarczająco wysokiego poziomu, to przesłanki normatywne zaniechania, jakie płyną z potępienia moralnego przez karę, mogłyby zostać „przytłoczone" przez ogrom zagrożenia wynikającego z działań odstraszających i przez to stracić znaczenie z praktycznego punktu widzenia. Jeśli minimalna choćby rozwaga może skłonić do uległości, to jaką różnicę mogłoby robić normatywne przesłanie płynące z sankcji? Pozwala starać się, jak to pragnąłem wykazać gdzie indziej[38], o zachowanie na względnie umiarkowanym poziomie stopnia punitywności systemu karnego.

7. PRZEŁAMAĆ DYCHOTOMIĘ

Dychotomia „absolutnego" i „relatywnego" utrudnia analizę uzasadnienia kary kryminalnej, gdyż wymaga, by wyjaśnienie kary było albo całkowicie prewencyjne, albo całkowicie deontologiczne i retrybutywne. Żadne z tych wyjaśnień samo w sobie nie może być satysfakcjonujące. Wyjaśnienia czysto prewencyjne nie są w stanie w wystarczającym stopniu uzasadnić ograniczeń dotyczących winy w prawie karnym materialnym i wymogu proporcjonalności kary. Ponadto dostarczają one czysto instrumentalnego wyjaśnienia powodów do posłuszeństwa wobec prawa, które to wyjaśnienie nie traktuje sprawcy jako podmiotu zdolnego do dyskursu moralnego. Wyjaśnienia czysto retrybutywne w sposób nie dość jasny uzasadniają deprywację (dolegliwość) jako element kary, a także nie

[38] A. von Hirsch, *Censure…, op. cit.*, roz. 5.

są w stanie odpowiednio wyjaśnić roli państwa. Nie jest wykluczone, że większa pomysłowość w konstruowaniu teorii pozwoliłaby przezwyciężyć te trudności, choć wydaje się to mało prawdopodobne.

Instytucja kary kryminalnej obejmuje więc element prewencyjny i nieprewencyjny (normatywny). Jeden z jej elementów – potępienie moralne przestępcy za jego zachowanie – wiąże się z odwołaniem się do jego moralności, które nie może zostać tak po prostu zredukowane do zwykłego środka odstraszającego. Jednakże kara kryminalna ma i inne cechy – jako zakaz zapobiegający pogwałceniu prawa w przyszłości i ze względu na sposób, w jaki grozi pewnymi nieprzyjemnymi konsekwencjami, które niewątpliwie zdają się mieć coś wspólnego z prewencją. Dlatego najwłaściwszym tropem wydaje się ten, który prowadzi do wyjaśnienia „mieszanego", zawierającego elementy zarówno prewencyjne, jak i nieprewencyjne.

W przedstawionej analizie potępienia moralnego przez karę, uznałem tę odpowiedź z założenia (choć nie wyłącznie) za deontologiczną – jako apel normatywny, skierowany do sprawcy uznawanego za osobę zdolną do dyskursu moralnego. Ten element związany z potępieniem wspiera ograniczenia sprawiedliwościowe dotyczące winy w nauce o przestępstwie i przy wymiarze kary, włączając zasadę proporcjonalności kary. Zasugerowałem, by dolegliwość (deprywacja) odgrywała w karze kryminalnej rolę racjonalnego środka odstraszającego, przeciwdziałającego łamaniu prawa i funkcjonującego w ramach struktury potępienia moralnego przez karę. Powód istnienia takiego środka odstraszającego – zamiast wyłącznie symbolicznego potępienia jako odpowiedzi – jest prewencyjny: został on pomyślany po to, jak sądzę, by wspierać istoty ludzie (jako podmioty moralne, ale zawodne) w opieraniu się pokusom łamania prawa[39]. Starałem się wyjaśnić, dlaczego przeznaczenie dla dolegliwości tak ograniczonej roli prewencyjnej ciągle pozwala zachować sprawiedli-

[39] Moje wyjaśnienie powoduje zmianę tego, jak pojmowana jest prewencja. Dotychczas prewencja generalna była także „negatywna" (postrzegana jako zachęta dla potencjalnych przestępców do podporządkowania się prawu) lub „pozytywna" (odwołująca się do moralnych odczuć obywateli, ale w celu zapewnienia większej uległości). Moim zdaniem, element prewencji „negatywnej" wprowadza środek odstraszający od popełniania przestępstw – jeden z wielu sposobów zachęcania i zniechęcania, z jakimi rozumne istoty ludzkie mają do czynienia w codziennym życiu. Ten środek odstraszający nie odwołuje się tylko do lęku, ale jest ściśle związany z odwołaniem normatywnym zawartym w potępieniu moralnym przez karę. Mój pogląd także zawiera element prewencji generalnej pozytywnej – w moralnym odwołaniu się do zaniechania przestępstwa, które wynika z traktowania zachowania przestępczego jako karygodnego; ale takie odwołanie się jest legitymizowane jedynie przez osąd moralny, z którego wynika, że przygana jest właściwie nałożona na czyny przestępne.

IUS.indd 71 2006-02-06 10:43:03

wościowe ograniczenia kary, takie jak wymóg winy i proporcjonalności kary. Próbowałem również pokazać, dlaczego wprowadzenie elementu prewencyjnego nie stoi w sprzeczności z odpowiedzią jako odwołaniem się do podmiotowości moralnej sprawcy.

Przedstawione uzasadnienie ma służyć jako pewna podstawa do dyskusji. Może okazać się, że krytycy znajdą luki lub niespójność w tym argumentowaniu; niektóre partie wyjaśnienia z pewnością proszą się o szerszą, pełniejszą analizę – na przykład zasadność zaproponowanej koncepcji moralnej komunikacji, zamiast tradycyjnej, bardziej surowej koncepcji Kanta.

Dyskutując o tych kwestiach, winniśmy pamiętać o interakcji względów moralnych i pragmatycznych. Instytucje karne wymagają uzasadnień moralnych, a nie jedynie instrumentalnych. Ale argumenty te powinny odnosić się do kary postrzeganej jako instytucja społeczna, zmuszająca do wykorzystania siły państwa, które musi mieć jakieś cele pragmatyczne związane z dobrem i pomyślnością obywateli.

CZĘŚĆ TRZECIA
ZASADA PROPORCJONALNOŚCI, POTĘPIENIE MORALNE A ZASADY WYMIARU KARY

1. ZAPEWNIENIE PROPORCJONALNOŚCI WYROKOWANIA

W tej części pracy będę się starał zaprezentować te konsekwencje omówionej teorii karania, która uznaje proporcjonalność – związanej z ciężarem naruszonych przez sprawcę dóbr chronionych prawem – dla stworzenia wiodącej dyrektywę przy ustalaniu dolegliwości kary. Od połowy lat siedemdziesiątych począwszy, wielu teoretyków argumentowało, że kara zasłużona, daleka od bycia nieprzejrzystą bądź reakcyjną, jest fundamentalną zasadą wymiaru sprawiedliwości. Raz poruszona, idea wyroku proporcjonalnego szybko nabrała znaczenia w akademickiej dyskusji penologicznej[40] i wpłynęła na próby reformy wymiaru kary w sądownictwie stanów Oregon i Minnesota w Stanach

[40] Zob. J. Kleinig, *Punishment and Desert*, Haga 1973; N. Jareborg, A. von Hirsch, *Straff och proportionalitet*, „Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab" 1987, nr 74, s. 56; A. von Hirsch, N. Jareborg, *Gauging Criminal Harm: A Living Standard Analysis*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1991, nr 11; A. Ashworth, *Criminal Justice and Deserved Sentences*, „Criminal Law Review" 1989, nr 340; A. E. Bottoms, *The Concept of Intermediate Sanctions and its Relevance for the Probation Service* [w] E. Shaw, K. Haines (red.), *The Criminal Justice System: A Central Role for the Probation*

Zjednoczonych Ameryki, w Anglii (od 1991 roku) i w krajach skandynawskich – Finlandii i Szwecji[41].

W rozwijającym się piśmiennictwie dotyczącym teorii kary zasłużonej podnoszono – jak wskazywałem – dwa zarzuty, które tradycyjnie były kierowane pod adresem teorii odwetowych (retrybutywnych). Pierwszy odnosił się do tego, że teoria kary zasłużonej była w jakiś sposób niezrozumiała, opierała się bowiem na metafizycznych odczuciach, odpłacając złem za zło (*Vergeltung*) lub tym podobnych. Teoretycy kary zasłużonej przygotowali alternatywne wyjaśnienie, oparte na bliskiej każdemu z nas logice powszedniego dyskursu etycznego. Kara, jak wskazywali, to instytucja potępiania[42]. Różnica pomiędzy sankcją karną a cywilną polega generalnie na tym, że ta pierwsza komunikuje sprawcy potępienie lub naganę. Sprawiedliwość wymaga, aby kary były wymierzane zgodnie z ich potępiającym znaczeniem. Dolegliwość kary, a tym samym potencjał potępienia dotykający sprawcę, powinien być zgodny ze stopniem naganności jego postępowania. Nieproporcjonalne lub niewspółmierne kary są niesprawiedliwe nie dlatego, że nie odpłacają cierpieniem za cierpienie, ale dlatego, że traktują sprawców jako odpowiednio mniej lub bardziej wartych potępienia, zamiast ściśle uzasadniać naganność ich czynu.

Drugi zarzut dotyczył pozornej surowości kary retrybutywnej, wymierzanej zgodnie z prawem taliony. Teoretycy stwierdzili, że kara zasłużona nie wymaga cierpienia równego wyrządzonej krzywdzie. Zamiast tego wymaga się, aby kara była proporcjonalna do wagi popełnionego czynu. Taka kara może być wymierzona bez podnoszenia (jak również obniżania) ogólnie panujących standardów surowości[43], tak długo jak będzie ona stosowana w odniesieniu do ciężaru czynu.

Service, Cambridge 1989; tenże, *Five puzzles in von Hirsch's theory* [w] A. Ashworth, M. Wasik (red.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Cambridge 1998, roz. 3; R. A. Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge 1986; tenże, *Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment,* „Crime and Justice: A Review of Research" XX, 1996, s. 1–97; B. Schünemann, *Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung* [w] K. Cornils, A. Eser (red.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg 1987; T. Hoernle, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin 1999; pewna liczba opracowań poświęconych teorii kary zasłużonej jest również zgromadzona w pracy A. Ashworth, M. Wasik *Fundamentals…*, *op. cit.*

[41] Zob. A. von Hirsch, *Proportionality and Parsimony in American Sentencing Guidelines: The Minnesota and Oregon Standards* [w] C. M. V. Clarkson, R. Morgan, *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford 1995, s. 149–198; N. Jareborg, *The Swedish Sentencing reform* [w] C. M. V. Clarkson, R. Morgan, *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford 1995; A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, London 2000.

[42] [*blaming institution* – przyp. tłum.]

[43] [*severity levels* – przyp. tłum.]

2. UZASADNIENIE DLA PROPORCJONALNOŚCI

W ścisłym znaczeniu proporcjonalność zawsze odgrywała rolę w polityce wymiaru kary. Orzeczenia sądu rażąco przekraczające wagę czynu są uważane za niesprawiedliwe. Ustawowa górna granica zagrożenia karą odzwierciedla to rozumowanie i ma także swój wymiar konstytucyjny – niektóre wyroki przejęły konstytucyjną zaporę przeciwko przesadnym karom[44]. Nadaje to pojęciu proporcjonalności jedynie zewnętrzną, ograniczoną rolę niedopuszczania do wymierzania drakońskich sankcji za mniej znaczące przestępstwa.

Charakterystyczne dla współczesnej teorii kary zasłużonej jest to, że pojęcie proporcjonalności z peryferyjnego stało się centralnym terminem przy decydowaniu o dolegliwości kary. Według tej teorii bowiem, główną podstawą dla określenia wysokości kary powinna być zasada proporcjonalności – wymagająca, aby dolegliwość kary była proporcjonalna do ciężaru popełnionego przez sprawcę czynu.

Koncepcja proporcjonalności, do której się tutaj odwołuję, jest różna od idei proporcjonalności, którą możemy odnaleźć w jurysprudencji humanitarnej. Ta ostatnia bowiem jest zorientowana przyszłościowo (perpektywicznie) i zainteresowana zastosowaniem odpowiednich środków do osiągnięcia celu – a zatem interwencja jest uważana za nieproporcjonalną wtedy, kiedy użyto wyjątkowo uciążliwych bądź niepożądanych środków do osiągnięcia celów o stosunkowo małym znaczeniu[45]. Proporcjonalność w teorii wymiaru kary odnosi się nie do tych perspektywicznych relacji typu „środek–cel", ale działa retrospektywnie, co dotyczy relacji pomiędzy dolegliwością kary, a ciężarem przestępstwa, za które sprawca został skazany.

Co jest podstawą dla tej retrospektywnej zasady proporcjonalności? Wyjaśnienie stanowi dopiero co przywoływana nagana. Jeśli kara zawiera naganę, to stopień narzuconej dolegliwości będzie komunikatem, jak bardzo czyn został potępiony. Jeśli przestępstwo X jest karane bardziej surowo niż przestępstwo Y, oznacza to większą dezaprobatę dla przestępstwa X. W konsekwencji, kary powinny być wymierzane w wysokości zgodnej z ich potępiającym komunikatem. Kiedy kary są uporządkowane pod względem surowości zgodnie z ciężarem sprawstwa, przekazywana przy tym dezaprobata będzie odpowiadała wadze czynu. Kiedy kary wymierzane są w inny sposób, nie jest to jedynie nieefektywne (kto wie, to może czasami działać – przyp. autora), ale niesprawiedliwe – nagana będzie niewspółmierna do wagi czynu[46].

---

[44] Na przykład niemiecki trybunał konstytucyjny stwierdził, że taki zakaz zapisany jest w niemieckiej konstytucji.

[45] Zob. I. Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, Uppsala 1998, s. 83–84.

[46] Pełniej jest to przedstawione [w] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, 15–17.

Lekceważąc zasadę proporcjonalności wyrzekamy się tego co słuszne, nawet gdy jest to dokonywane w celach prewencji karnej. Przypuśćmy, że sprawcy A i B popełnili czyn zabroniony mniej więcej tej samej wagi. Przypuśćmy, że sprawca B wykazuje silniejsze skłonności do powrotu do przestępstwa w przyszłości i z tego powodu dostaje dłuższy wyrok. Mimo możliwego karnoprewencyjnego pożytku z takiego wyroku, sprzeciw wywołuje fakt, że sprawca B z powodu bardziej dolegliwej kary, jest traktowany jako zasługujący na większe potępienie niż sprawca A.

3. PROPORCJONALNOŚĆ JAKO ZASADA LIMITUJĄCA CZY DETERMINUJĄCA?

Jeśli zasada proporcjonalności jest taka ważna, to czy wobec tego jest ona zasadą determinującą wymiar kary, czy zaledwie limitująca jej rozmiar? Kiedy nasze poczucie sprawiedliwości mówi nam, że przestępcy powinni być karani według ciężarów ich czynów, nie wydaje się, abyśmy mieli tu na myśli określoną dokładnie dolegliwość związaną z naszym osądem według teorii kary zasłużonej. Uzbrojeni rabusie popełnili poważne przestępstwo, zasłużywszy przez to na surową karę, ale nie jest oczywiste, że powinny to być dwa, może trzy lata, albo inny krótszy lub dłuższy okres pozbawienia wolności.

Jedną z reakcji na ten problem było dowiedzenie, że kara zasłużona to nic innego, jak po prostu owa zasada limitująca[47], która nie mówi nam, na jaką karę zasługują rabusie, ale podaje jedynie szerokie granice, poza którymi ich kara będzie niezasłużona. Wewnątrz takich granic wyrok może być oparty na innych podstawach (na przykład na podstawie indywidualnych predyspozycji sprawcy do powrotu do przestępstwa w przyszłości). Takie podejście może jednakże wskazywać, że osoby, które dopuściły się podobnych przestępstw mogą otrzymać całkiem odmienne kary. Jeśli kara – co stanowi jej główną właściwość – ma wyrażać naganę, moralnie problematyczne staje się to, w jaki sposób uwidocznić różne stopnie dolegliwości i w związku z tym różny stopień potępienia, przy porównywalnym stopniu naruszenia prawa.

Możliwą do wyobrażenia, wręcz przeciwną, choć mało wiarygodną odpowiedzią, byłoby stanowisko heroicznego intuicjonalisty, mówiącego, że jeśli się wystarczająco zastanowić, to dostrzeże się zasłużoną wysokość kary. Dzięki temu stwierdzimy, że rabuś zazwyczaj zasługuje na tyle a tyle miesięcy lub lat pozbawienia wolności i tak dalej. Nasza intuicja jednakże z trudem może zostać uznana za aż tak precyzyjną.

[47] Takie spojrzenie jest utożsamiane z pracami Norvala Morrisa; zob. N. Morris, *Punishment, Desert, and Rehabilitation*, Washington 1976; tenże, *Madness and Its Criminal Law*, Chicago 1982, roz. 5.

Wyjściem z tego oczywistego dylematu jest uświadomienie sobie kluczowej różnicy, jaka istnieje pomiędzy porównawczym rankingiem kar, a ich ogólnym znaczeniem i umiejscowieniem na konkretnym miejscu w tym rankingu. Proporcjonalność kar wymierzanych[48] daje nam godną uwagi wskazówkę – osoby skazane za podobne czyny powinny otrzymywać kary o porównywalnej dolegliwości (przestrzegając w konkretnych przypadkach warunków łagodzących bądź zaostrzających odpowiedzialność, modyfikowanych przez szczególne znaczenie naruszonego dobra bądź stopień winy). Z drugiej strony proporcjonalność ta wskazuje, że osoby skazane za przestępstwa o różnej wadze karnej powinny otrzymać kary o odpowiadającym im stopniu uciążliwości. Te wymogi proporcjonalności odnoszonej do wymiaru kary nie są czczymi ograniczeniami i są łamane, gdy jednakowo naganne czyny są karane nierówno[49].

Teoria kary zasłużonej nie daje tylu wskazówek odnośnie ogólnych wymiarów i fundamentów skali kar. Dzieje się tak, ponieważ nagana wyrażona przy okazji karnej deprawacji jest w pewnym stopniu tego konwencją. Istnienie struktury kar zdolnej odzwierciedlić stosunkowy ciężar przestępstw, zmieniającej w sposób częściowy (*pro rata*) ich ogólny wymiar, może wskazywać na przemiany w tej konwencji.

Takie rozróżnienie pomaga rozwiązać dopiero co wspomniany dylemat. Polem manewru, gdzie teoria kary zasłużonej pozwala na modyfikacje systemu stopni dolegliwości kar, jest tzw. poziom represji[50] – wyjaśniający, dlaczego nie możemy znaleźć jednej właściwie dopasowanej kary za dane przestępstwo. Czy to, że liczba X miesięcy, Y miesięcy, albo coś pomiędzy tym, jest odpowiednią karą za typowy rozbój z użyciem broni zależy od fundamentów, na jakich opiera się struktura karna, i od tego, jakie kary są wymierzane za inne czyny zabronione. Kiedy owe fundamenty są bezsporne, stosuje się bardziej restryktywne wymagania proporcjonalności porządkującej. To wyjaśnia, dlaczego niewłaściwym byłoby skazywanie niektórych rabusiów na krótkie kary pozbawienia wolności, innych zaś na długie, jedynie na podstawie przewidywań dotyczących zachowania się sprawcy w przyszłości, nie odzwierciedlających wagi czynu zabronionego.

Czy to rozwiązanie nie zostawia zbyt szeroko otwartej kwestii fundamentów skali kar? Czy nie może ono przewidywać surowszej skali kar, o ile nie przyzwala na stosowanie kar drakońskich za oczywiście błahe czyny? Według mnie stosowanie wysokich poziomów dolegliwości jest niezgodne z moralnymi funkcjami nagany karnej. Sankcja karna, przez swoje potępiające

[48] [*ordinal* – przyp. tłum.]
[49] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, s. 17–19.
[50] [*repressionsniveau* – przyp. tłum.]

właściwości, stanowi normatywne uzasadnienie zaniechania popełnienia przestępstwa przez ludzi obdarzonych tzw. pierwiastkiem moralnym. Wskazuje ona bowiem, że określone postępowanie jest złe i należy się przed nim powstrzymać. Stworzenie stanu rzeczywiście uciążliwego dla sprawcy – co ma miejsce przez zastosowanie sankcji karnej – może być postrzegane jako zapewniające dodatkowy bodziec zniechęcający. Może to bowiem sprzyjać – biorąc pod uwagę ludzką omylność i wrodzoną pokusę do popełnienia przestępstwa – podporządkowaniu się prawu[51]. Jednakże im bardziej podwyższy się ogólną surowość kar, tym mniej wyraźne będzie, wspomagane przez naganę, normatywne uzasadnienie dla zaniechania popełnienia czynu zabronionego, a przeważającym stanie się system polegający na zwyczajnym zastraszaniu (co Hegel wyraźnie określił jako kij, który może być podniesiony na psa – przyp. autora). Taki argument przemawia za utrzymywaniem kar na umiarkowanym poziomie[52].

4. CIĘŻAR PRZESTĘPSTWA I DOLEGLIWOŚĆ KARY

Porządkujące wymagania proporcjonalności przewidują możliwość stopniowania przestępstw zgodnie z ich wagą. Ciężar przestępstwa składa się z dwóch zasadniczych elementów: stopnia szkodliwości czynu i stopnia winy sprawcy. Prawo karne materialne może w tym przypadku być przydatne, bowiem jego teorie winy zachowują pewne analogie do wymiaru kary. Odróżnia ono sprawstwo umyślne (na przykład celowe, lekkomyślne) od niezachowania należytej staranności. Wymiar kary mógłby czynić pełniejszy użytek z takich jak powyższe rozróżnień (choć trzeba je przedstawić bardziej szczegółowo).

Problem z krzywdą wyrządzoną przez sprawcę polega na porównaniu stopnia szkodliwości czynów naruszających odmienne dobra – porównując na przykład zabór mienia z naruszeniem prywatności. Przydatnym okazać się tutaj może szerokie pojęcie jakości życia – naruszenie różnych dóbr można porównać zgodnie z rozmiarem, w jakim zwyczajowo oddziałują one na standard życia[53] ofiary – rozumiany w szerszym tego słowa znaczeniu, włączając w to zarówno byt ekonomiczny, jak i pozaekonomiczny[54]. Taką analizę uwypukla choćby zestawienie kradzieży z włamaniem i napadu – mogą one dotykać rozmaitych interesów (dóbr), ale

[51] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, s. 9–15; tenże, *Why Criminal…*, *op. cit.*

[52] Zob. A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, roz. 5.

[53] [*standard of living* – przyp. tłum.]

[54] Analiza standardu życia dotycząca szkody zwiazanej z przestępstwem została rozwinięta [w] A. von Hirsch, N. Jareborg, *Gauging…*, *op. cit.*; analiza ta nawiązuje do koncepcji standardu życia opracowanej przez filozofa i ekonomistę Amartya Sena, zob. A. Sen, *The Standard of Living*, Cambridge 1987.

mimo to mogą być porównywane w kwestii oddziaływania na standard jakości życia ofiary[55].

Pojęcie standardu życia może być również przydatne w porównywaniu dolegliwości poszczególnych kar. Dolegliwość ta może być ważona nie w zależności od indywidualnej wrażliwości sprawcy, ale raczej z uwzględnieniem tego, w jakim stopniu rozmaite kary wpływają na typową jakość jego życia[56].

5. ROLA POWROTU DO PRZESTĘPSTWA

Kolejnym problemem, który zaniepokoił teoretyków kary zasłużonej była rola powrotu do przestępstwa. Większość systemów karnych dostosowuje dolegliwość sankcji do tego, aby uwzględniała również kryminalną przeszłość sprawcy. Jednakże jaką dokładnie wagę przykładać do wcześniejszej karalności i dlaczego to robić? Kwestie te budzą sporo wątpliwości. Uzasadnienie przewidujące zasadniczy nacisk położy na wcześniejsze aresztowania i skazania, jako czynniki w przeważającej mierze powiązane z możliwością popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego w przyszłości[57]. Dla kontrastu, teoria kary zasłużonej zainteresuje się przede wszystkim wagą teraźniejszego sprawstwa, co pozostaje najbardziej istotną różnicą między teoriami opartymi na przewidywaniu kolejnych sprawstw a teoriami opartymi na schematach kary zasłużonej. Pozostaje pytanie, czy karalności sprawcy przypisywać jakiekolwiek znaczenie, a jeśli tak, to jakie?.

Niektórzy teoretycy kary zasłużonej, łącznie ze mną, argumentowali za nieznaczną zmianą tej teorii, aby uwzględniała również wcześniejsze sprawstwa w taki sposób, że sprawca dotychczas nie karany, bądź karany w znikomym stopniu, byłby traktowany lepiej przy decydowaniu o wysokości kary, otrzymywałby swoisty upust[58]. Przez zastosowanie obniżonej kary wobec sprawcy dotychczas nie karanego, otrzymuje on naganę za popełniony czyn zabroniony, a ponadto zostaje mu zakomunikowana pewne współczucie i tolerancja dla ludzkiej słabości, która mogła go

---

[55] Wspomniana metoda analizy została usystematyzowana [w] A. von Hirsch, N. Jareborg, *Gauging…*, *op. cit.*; A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, roz. 4; A. von Hirsch, A. Ashworth, *Principled Sentencing*, Oxford 1998, s. 220–232.

[56] Zob. A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, s. 33–35.

[57] Zob. *Panel on Research on Criminal Careers – Report* [w] A. Blumstein, J. Cohen, J. Roth, C. Visher (red.), *Criminal Careers and 'Career Criminals'*, Washington D.C. 1986, t. 1; A. von Hirsch, *Past…*, *op. cit.*, roz. 11.

[58] Zob. A. Ashworth, *Sentencing…*, *op. cit.*, roz. 6; M. Wasik, *Guidelines, guidance and criminal record* [w] M. Wasik, K. Pease (red.), *Sentencing Reform: Guidance or Guidelines?*, Manchester 1987.

IUS.indd 78 2006-02-06 10:43:14

doprowadzić do takiego odstępstwa od norm postępowania[59]. Jednakże, przy powrocie do przestępstwa to złagodzenie ulega redukcji i ostatecznie w ogóle nie wchodzi w grę. Takie spojrzenie pozwala na ograniczone zmiany w wysokości kary, uwzględniające wcześniejsze skazania, jednak podstawowy nacisk położony zostanie na wadze teraźniejszego sprawstwa.

6. CZY DĄŻYĆ DO CELÓW PREWENCYJNYCH?

Teoria kary zasłużonej ustanawia priorytety pośród celów wymiaru kary – przyjmuje ona, że ważniejsze jest proporcjonalne nakładanie sankcji niż szukanie innych celów, jak na przykład unieszkodliwianie osób uważanych za niebezpieczne dla otoczenia. Wywołuje to zrozumiałe zakłopotanie – dlaczego nie można szukać proporcjonalności i jednocześnie dążyć do spełnienia innych celów, takich jak resocjalizacja, unieszkodliwianie czy odstraszanie?

W pewnym zakresie model kary zasłużonej pozwala na rozważenie innych celów – jest to mianowicie do pewnego stopnia spójne z proporcjonalnym nakładaniem kar. A zatem, jeśli istnieje wybór pomiędzy dwiema karami wolnościowymi o mniej więcej równoważnej dolegliwości, zasada proporcjonalności nie jest naruszana, gdy uznamy, że jedna z kar będzie, powiedzmy, lepiej spełniać swoją funkcję resocjalizacyjną. Tak więc teoretycy kary zasłużonej wyszli naprzeciw schematom wykorzystywania pośrednich, wolnościowych kar. Te sankcje będą uszeregowane pod względem wagi przestępstwa, ale kary o wyjątkowej uciążliwości mogą być zastępowane przez inne, jeśli względy resocjalizacyjne lub niskie prawdopodobieństwo powrotu sprawcy do przestępstwa za tym przemawiają[60]. Mimo to model kary zasłużonej wymaga jednego ograniczenia – podrzędne cele mogą być uwzględnione tylko wtedy, gdy nie modyfikuje to w zasadniczy sposób porównawczej surowości kar. Ukaranie osób uważanych za szczególnie niebezpieczne dodatkową, wyższą karą pozbawienia wolności narusza wymogi modelu. Powstaje pytanie, do jakiego zakresu modelowe ograniczenia mogą być rozluźnione, aby pozwalać na stosowanie takiej powiększonej skali?

Jedną z możliwości – czasem określaną jako zmodyfikowany schemat kary zasłużonej – będzie złagodzenie wymogów do pewnego stopnia. Proporcjonalność będzie przede wszystkim determinować względny poziom kar, ale będzie też miejsce na nieznaczne odchylenia od wyroku orzekającego karę zasłużoną. Jeśli jednak nawet niewielkie odejście od

[59] Teoria ta jest szerzej zarysowana [w] A. von Hirsch, A. Ashworth, *Principled…*, *op. cit.*, s. 233–240.
[60] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, roz. 7.

zasady wymagać będzie ustępstw kosztem słuszności, zakres tych ustępstw zależy od odchyleń od wymogów kary zasłużonej. Ograniczone odchylenia prawdopodobnie pozwolą egzekwować również podrzędne cele bez czynienia wielkiej niesprawiedliwości[61].

Nawet takie zmodyfikowane podejście w dalszym ciągu czyni karę zasłużoną pierwszorzędnym czynnikiem determinującym przy orzekaniu kar, ale dodatkowo zwraca uwagę na podrzędne cele. Jednakże powyższy schemat wymaga pewnych ograniczeń. Można określić jakieś pole manewru, na przykład dopasowując karę wolnościową do oczywistych potrzeb resocjalizacji sprawcy, choć nie w nieograniczonym zakresie.

Czy należy przywiązywać większą wagę do rozważań wykraczających poza teorię kary zasłużonej? Według zmodyfikowanego uzasadnienia dominować będzie albo kara zasłużona albo coś zgoła innego. Jeśli w typowej sprawie waga przestępstwa jest podstawowym czynnikiem determinującym, to system wymaga dominacji kary zasłużonej. Jeśli nacisk kładzie się na inne (powiedzmy karno-prewencyjne) powody, tworzy to system zdominowany przez te powody. To na nowo wprowadza znane problemy schematów wymiaru kary prezentowane przez konsekwencjonalistów – jak na przykład te odnoszące się do niesłusznego rezultatu bądź wskazujące na niezadowalająco usystematyzowaną wiedzę o efektach prewencyjnych[62].

Przy ocenie tych alternatyw, należy zdawać sobie sprawę, że nawet wyrok oparty na czystej teorii kary zasłużonej przynosi korzyści prewencyjne – niezależnie od groźby i efektów unieszkodliwiających, jakie niesie ze sobą kara pozbawienia wolności, wymierzana za poważniejsze przestępstwa. Odejście od proporcjonalności na rzecz prewencji karnej będzie nie tylko wskazywać, że prewencyjne efekty są możliwe do osiągnięcia (teoria kary zasłużonej też pozwala na osiągnięcie takich efektów), ale że to odejście pozwoli na osiągnięcie lepszych[63] efektów prewencyjnych – co już nie tak łatwo osiągnąć. Także i tutaj możliwa jest konfrontacja na linii słuszność–efektywność, bowiem wskaźniki przestępczości są raczej niewrażliwe na niewielkie fluktuacje w sankcjach. Nieznaczne odchylenia od zasady proporcjonalności wywierają relatywnie mały wpływ, duże odchylenia mogą oczywiście działać lepiej, ale powodują one najwięcej problemów na gruncie wymiaru sprawiedliwości.

---

[61] Zob. A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, s. 54–56.

[62] O ograniczeniach naszej wiedzy o karnoprewencyjnych efektach polityki karnej zob. A. von Hirsch, A. Ashworth, *Principled…*, *op. cit.*, roz. 1–3.

[63] [*enhanced* – przyp. tłum.]

IUS.indd 80 2006-02-06 10:43:18

7. KARA ZASŁUŻONA A DOLEGLIWOŚĆ KAR

Czy kara zasłużona prowadzi do srogich albo nadmiernie surowych kar? Kiedy pojawiła się teoria kary zasłużonej, szybko uzyskała szeroki rozgłos. Ówcześnie stosowane w sądownictwie poziomy kar wykazywały tendencję wzrostową i część krytyków argumentowała, że teoria ta musi być po części odpowiedzialna za ten wzrost[64]. Jednakże, sama w sobie, teoria kary zasłużonej nie wymaga surowszych kar – a nawet, co zostało odnotowane już wcześniej, pozwala ona na znaczną redukcję wymiaru kary[65]. Co więcej, schematy reformy karnej, wyraźnie bazujące na teorii kary zasłużonej, nie wydają się być surowszymi – wytyczne wymiaru sprawiedliwości stanów Minnesota i Oregon na przykład zalecają stosowanie kar, które znajdują się grubo poniżej przeważającej normy w Stanach Zjednoczonych[66]. Europejskie standardy wymiaru kary, zorientowane na zasadę proporcjonalności, takie jak te w Finlandii i Szwecji, są podobnie połączone z umiarkowaniem w stosowaniu kar dolegliwych[67]. Środki, które często wyraźnie odwołują się do surowych sankcji, wykazują tendencję do wykorzystywania kryteriów niezgodnych z zasadą proporcjonalności. Dochodzi na przykład do tego, że w niektórych przypadkach istnieje ustawowy obowiązek surowszego traktowania sprawców poszczególnych czynów zabronionych, bez względu na wagę czynu albo wysokość kar nakładanych za inne rodzaje sprawstw[68].

8. KARA ZASŁUŻONA A DEMORALIZACJA

Wielu sprawców żyje w surowych warunkach społecznych, które ograniczają możliwość postępowania w trwałej zgodzie z prawem. Czy takie osoby powinny być karane inaczej? Prawo karne jest słabym instrumentem w naprawianiu społecznych problemów – to raczej polityka socjalna a nie kryminalna jest właściwym środkiem zaradczym przeciwko społecznej demoralizacji. Jednakże kiedy polityka socjalna zawodzi w redukcji ubóstwa i demoralizacji, jak powinno się karać tych zdeprawowanych sprawców[69]?

---

[64] N. Christie, *Crime Control as Industry*, London 1993, s. 60.
[65] Zob. szerzej A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, roz. 5.
[66] A. von Hirsch, *Proportionality…*, *op. cit.*
[67] N. Jareborg, *The Swedish…*, *op. cit.*
[68] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, roz. 10; A. von Hirsch, A. Ashworth, *Principled…*, *op. cit.*, roz. 9.
[69] Po raz pierwszy zostało to podniesione przez amerykańskiego filozofa Jeffrie'a Murphy'ego; zob. J. Murphy, *Marxism and retribution*, „Philosophy and Public Affairs" 1973, nr 2, s. 217–243.

Wykazano, że teoria kary zasłużonej przynajmniej nie pozwala zwiększać wymiaru kary na osobach zdemoralizowanych – gdy tymczasem czyni to utylitaryzm w zakresie, w jakim społeczna deprawacja jest znakiem większej skłonności do popełniania czynów zabronionych[70]. Pozostaje tymczasem otwarte pytanie, czy takie osoby nie zasługują na zredukowanie kary. Oczywiście redukcje takie mogłyby zostać zagwarantowane na podstawie obniżonej winy sprawcy – przez pryzmat olbrzymich przeszkód, jakie taka osoba napotykała w prowadzeniu życia zgodnego z prawem[71]. Uznając takie złagodzenie można by wywołać wiele praktycznych i politycznych problemów, przez co wprowadzenie takiego rozwiązania w sądownictwie większości państw jest mało prawdopodobne[72].

ABSTRACT

The author presents the beginnings of contemporary retributivism in penal thinking and a sharp distinction between 'relative' and 'absolute justifications for the criminal sanction which has been customarily drawn by Continental penal theories. 'Relative' justifications are consequentialist in character, and concern themselves ultimately with crime prevention. 'Absolute' justifications are those of a non-consequentialist, deontological kind.

This dichotomy between relative and absolute has impeded thinking about the justification for punishment. It has tended to lead to accounts that either are purely preventative (and hence ignore critical ethical dimensions), or else that are purely deontological (and hence ignore the criminal law's manifest function as a disincentive to criminal behaviour). Andrew von Hirsch argues that a workable theory of why the criminal sanction should exist must break out of this relative/absolute distinction, in that it needs to rest in part on normative, non-consequentialist claims, and in part on claims about consequences. In particular, such an account must contain a deontological element, concerned with how the offender is addressed as an agent capable of moral deliberation; and must nevertheless be concerned with preventive effects as well – so that the institution of the criminal sanction could be abolished were it no longer needed to prevent crime.

According to the author's assessment, in discussing such issues, we need to be mindful of the interaction of moral and pragmatic concerns and need to address the punishment problems as questions about social institution involving the exercise of state power that must have some pragmatic goals concerning the welfare of citizens.

[70] A. von Hirsch, *Doing…*, *op. cit.*, roz. 17.
[71] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, s. 106–108; tenże, *Why …*, *op. cit.*
[72] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, s. 108; tenże, *Why …*, *op. cit.*, s. 328–331.

IUS.indd 82 2006-02-06 10:43:21

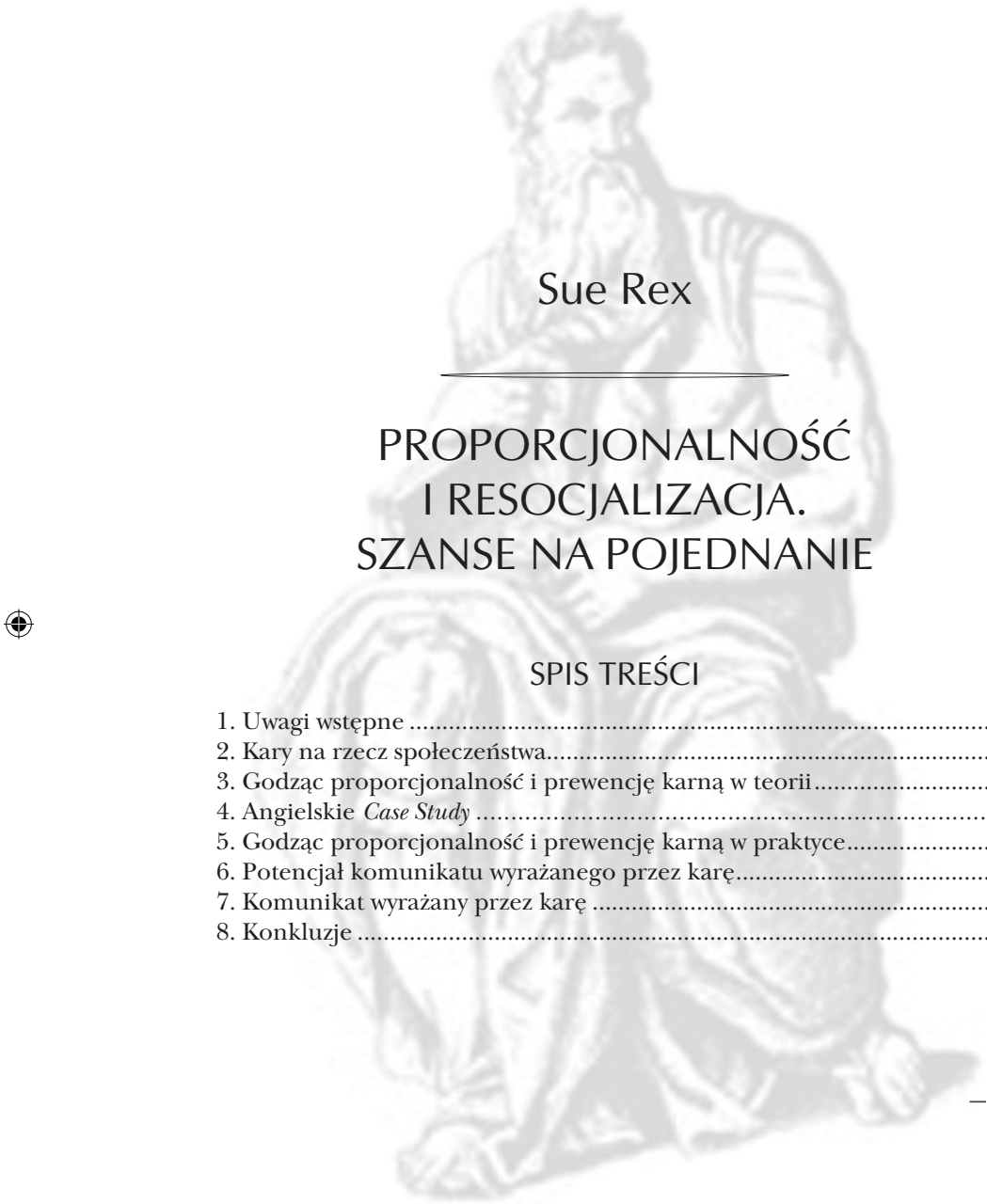
The author provides an overview of a theory of criminal sanctioning that emphasizes proportionality – the degree of seriousness of the criminal offence – in deciding the severity of the offender's sentence. He analyses how punishment can express the sense of wrongdoing and blameworthiness of actor's deeds and how this expression can be guided by the principle of proportionality. He asks about the sense of the principle of proportionality: whether it has limiting or determining character, both as cardinal and ordinal proportionality. Finally, he pursues the problems of limits of the principle of proportionality. In conclusion, it is pointed out that desert theory and proportionality in sentencing do not need to cause any harsher form of criminal justice system.

IUS.indd 83 2006-02-06 10:43:21









Sue Rex

PROPORCJONALNOŚĆ I RESOCJALIZACJA. SZANSE NA POJEDNANIE

SPIS TREŚCI

1. Uwagi wstępne 87
2. Kary na rzecz społeczeństwa 88
3. Godząc proporcjonalność i prewencję karną w teorii 89
4. Angielskie *Case Study* 93
5. Godząc proporcjonalność i prewencję karną w praktyce 95
6. Potencjał komunikatu wyrażanego przez karę 98
7. Komunikat wyrażany przez karę 100
8. Konkluzje 104

Tłumaczenie: Lubomir Schreiber

IUS.indd 85 2006-02-06 10:43:23



SUE REX

Doktor nauk prawnych, pracowała jako *Senior Research Associate* w Instytucie Kryminologii na Uniwersytecie w Cambridge. Obecnie *Senior Policy Analyst* w brytyjskim Home Office. Współredagowała m.in. książki *Community Penalties: Change and Challenges*; *Reform and Punishment: The Future of Sentencing*; *Alternatives to Prison: Option for an Insecure Society*.

WPROWADZENIE

Autorka odnosi się do przeciwstawienia retrybutywnych i utylitarnych teorii kary badając, czy możliwe jest prowadzenie postępowania resocjalizacyjnego przy zagwarantowaniu racjonalnej relacji pomiędzy ciężarem czynu a dolegliwością kary. Szczególną uwagę przywiązuje ona do kar na rzecz społeczeństwa, dla których – jej zdaniem – potrzeba pogodzenia resocjalizacji ze słuszną karą jest wyjątkowo pilna.

Zdaniem Sue Rex osiągnięcie proporcjonalnej kary społecznej jest technicznie możliwe, a przeprowadzone badania empiryczne wskazują na silne poparcie dla proporcjonalności, połączone jednakże z nieco zindywidualizowanym podejściem do wymiaru kary.

1. UWAGI WSTĘPNE

Tradycyjnie już zarysowany jest kontrast pomiędzy retrybutywnymi a utylitarnymi teoriami kary, tj. pomiędzy podejściem, które wymaga odpowiedzi na czyn zabroniony, a takim, które oczekuje zmniejszenia przestępczości przez odstraszanie, unieszkodliwianie i resocjalizację. Celem tej pracy jest przyjrzenie się tej dychotomii i sprawdzenie, czy możliwe jest prowadzenie postępowania resocjalizacyjnego przy utrzymaniu racjonalnej relacji pomiędzy ciężarem czynu a dolegliwością kary (np. zasady proporcjonalności). Osiągnięto to przez zbadanie dwóch teorii kary – teorii kary autorstwa Andrew von Hirscha[1] i komunikacyjnej teorii kary autorstwa Antony'ego Duffa[2] oraz ich przyrównanie do doświadczeń i wyobrażeń na temat kary w Wielkiej Brytanii.

W jaki sposób połączyć atrakcyjność zapobieżenia dalszym przestępstwom z proporcjonalnym podejściem do wymiaru kary – na ten temat wiele zostało już napisane. Jakkolwiek, ważną kwestią – ciągle poruszaną przez teoretyków prawa karnego – jest zakres, do którego proporcjonalność powinna ograniczać wymiar kary zastosowany, aby powstrzymać jednostkę przed ponownym popełnieniem przestępstwa. Kwestia ta stała się ważna – a nawet pilna – w świetle powrotu zainteresowania tematem resocjalizacji w Wielkiej Brytanii, co jest rezultatem wzięcia pod uwagę koncepcji wysuniętej przez Ruch pt. *What Works*, wskazującej, że pewne

[1] A. von Hirsch, *Censure and Sanctions,* Cambridge 1993.
[2] R. A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2000.

IUS.indd 87 2006-02-06 10:43:29

sposoby postępowania ze sprawcami mogą zaowocować zredukowaniem ich skłonności do ponownego popełnienia przestępstwa w przyszłości. Zjawisko społeczne, które stało się znane jako „Ruch *What Works*", nadało ogromnego impetu dla konstruktywnej pracy nad postawą społeczną sprawców w Wielkiej Brytanii. Niestety, okazało się jednak, że entuzjazm dla tej inicjatywy przysłonił rozważania nad karaniem jednostki, uwzględniającym stosunek sprawcy do czynu.

2. KARY NA RZECZ SPOŁECZEŃSTWA

W tej pracy zajmę się szczególnie tym, co wiąże się z zagadnieniem kar na rzecz społeczeństwa, dla których potrzeba pogodzenia resocjalizacji ze słuszną karą jest wyjątkowo pilna[3]. W Wielkiej Brytanii rozwiązania oparte na pojęciu kary na rzecz społeczności ewoluowały w rozmaitych kierunkach, poczynając od upadku ideału resocjalizacji w latach siedemdziesiątych[4], przez „teorię leczenia" lub „karną doktrynę państwa opiekuńczego"[5], do „rozwiązań alternatywnych dla kary pozbawienia wolności" lub „karaniu w społeczeństwie"[6], a ostatnio do „publicznego protekcjonizmu"[7]. Jedynym niewzruszonym tematem w ostatniej historii kar na rzecz społeczeństwa było to, co A. Worrall opisał jako ich podrzędny stosunek do kar pozbawienia wolności[8]. Przynajmniej w części było to spowodowane znacznym zamieszaniem wokół celów różnych społecznych regulacji i tego, jak powinny być one stosowane, co przyczyniało się do postrzegania pozbawienia wolności jako jedynej posiadającej realne znaczenie kary[9].

---

[3] Przez pojęcie „kary społeczne" rozumiem kary wolnościowe, osobiście uciążliwe dla sprawcy, jak na przykład środki związane z poddaniem sprawcy próbie (warunkowe zawieszenie wykonania kary na okres próby) albo obowiązek wykonywania określonej pracy.

[4] F. A. Allen, *Decline of the Rehabilitation Ideal: Penal Policy and Social Purpose*, New Haven 1981.

[5] [*penal-welfarism* – przyp. tłum.]

[6] [*punishment in the community* – przyp. tłum.]

[7] [*public protectionism* – przyp. tłum.]; szersza dyskusja zob. A. E. Bottoms, L. Gelsthorpe, S. Rex, *Wstęp* [w] A. E. Bottoms, L. Gelsthorpe i S. Rex (red.), *Community Penalties: Change and Challenges*, Cullompton 2001.

[8] A. Worrall, *Punishment in the Community: The Future of Criminal Justice*, London 1997.

[9] Chociaż istnieją również inne ważne czynniki, takie jak, dostrzegalne przed rokiem 1993, niezaprzeczalnie surowsze nastawienie społeczeństwa Wielkiej Brytanii do sprawców przestępstw, jak to analizują: M. Nellis, *Community Penalties in Historical Perspective* [w] A. E. Bottoms, L. Gelsthorpe, S. Rex (red.), *Community…*, *op. cit.*; D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford 2001.

IUS.indd 88 2006-02-06 10:43:32

Mając powyższe na uwadze, ogromnie zaskakuje fakt, że obserwowany jeszcze w latach siedemdziesiątych wzrost zainteresowania sankcjami opartymi na pojęciu kary społecznej, nagle się załamał. Miało to wpływ na stosowanie kary pozbawienia wolności, czego potwierdzeniem jest zwiększenie populacji więziennej do ponad siedemdziesięciu jeden tysięcy osadzonych w czerwcu 2002 roku[10]. Na pierwszy rzut oka stosowanie kar społecznych miało w latach dziewięćdziesiątych tendencje zwyżkowe – w 2000 roku dziewięćdziesiąt osiem tysięcy sprawców poważnych przestępstw zostało skazanych na kary społeczne, co należy przyrównać do liczby siedemdziesięciu dwóch tysięcy sprawców, skazanych na kary tego samego typu w 1990 roku. Jednak bliższa analiza tendencji wymiaru kary odsłania przed nami nieco inny obraz. Otóż w ciągu minionej dekady spadł odsetek środków związanych z poddaniem sprawcy próbie oraz pracą społeczną, wymierzonych za porównywalnie poważniejsze czyny karalne[11], przy czym niższy odsetek skazanych na kary społeczne osiąga teraz poprzednie notowania[12]. Według mnie – jeśli chcemy zmniejszyć nasze przywiązanie do kary pozbawienia wolności i zmienić obowiązujący trend wymiaru kary – powinniśmy przemyśleć wpływ, jaki kary społeczne mają na realizację założeń społecznej polityki karnej. Poszerzę tę ideę w pozostałej części mojej pracy, zaczynając od dyskusji nad kwestiami teoretycznymi.

3. GODZĄC PROPORCJONALNOŚĆ I PREWENCJĘ KARNĄ W TEORII

Wśród wielu współczesnych teorii karnych, jedna przypomina podejście hybrydyczne, stanowiące kombinację elementów zarówno teorii dystrybutywnej, jak i retrybutywnej (ostatnio rozwinięta najpełniej przez von Hirscha jako teoria kary zasłużonej)[13]. Nawet utylitaryści

[10] Zob. badania: Home Office 2002, *Perceptions of the National Probation Service*, The Stationery Office, London 2002; a także: wprowadzonych w latach siedemdziesiątych i dziewięćdziesiątych The *Community Service Order* dotyczącego specjalnych warunków probacji oraz *The Suspended Sentence Supervision Order*; a także: wprowadzonych w latach dziewięćdziesiątych *The Combination Order*, *Curfew Order* oraz *Drug Treatment and Testing Order*.

[11] Zob. *Criminal Statistics England and Wales 2000*. Udział nakazów probacyjnych w ogólnym wykazie kar wynosił 72% w 1990 roku i 66% w roku 2000; dla pracy społecznej proporcje te wynosiły odpowiednio 69% i 60%.

[12] Zgodnie z *Probation Statistics England and Wales 2000*, w roku 2000 25% spośród sprawców, wobec których zastosowano probację, nie miało wcześniejszej przeszłości kryminalnej, co należy porównać do 12% w roku 1990; dla pracy społecznej było to odpowiednio 47% i 14%.

[13] A. von Hirsch, *Doing Justice,* Cambridge 1976; tenże, *Past or Future Crimes,* Cambridge 1986; tenże, *Censure…, op. cit.*

IUS.indd 89 2006-02-06 10:43:34

(nawiązując do Benthama) – jakkolwiek cele zwolenników teorii dystrybutywnej będą dla nich zawsze najważniejsze – przyswoili sobie niejako pojęcie „negatywnego retrybutywizmu", sugerując że ciężar czynu w istotnie relewantny sposób wpływa na wysokość kary. Może to być po trosze uzasadnione chęcią jej ograniczenia[14]. Jak wskazuje A. Bottoms, „żadna nowoczesna wersja teorii zasłużonej kary nie jest w stanie w pełni wykluczyć korzystania z wymiaru kary w sposób instrumentalny", co pozwala na poważne rozbieżności przy jego interpretacji[15]. Tym, co łączy teorię kary von Hirscha i komunikacyjną teorię kary Duffa, jest próba połączenia proporcjonalności z prewencją karną[16]. Poniżej postaram się wykazać, że istnieją istotne różnice w sposobie zrównoważenia tych dwóch elementów.

Omówienie teorii Andrew von Hirscha jako pierwszej, może zespolić „potępienie moralne wyrażane przez karę" i „prewencję karną" w jej „założeniach celowościowych[17]", ale von Hirsch mówi jasno, że proporcjonalność (jako przejaw potępienia – przyp. mój, S. R.) pozostaje najważniejsza. Prewencyjna funkcja sankcji karnej działa tylko jako wyrażenie potępienia, „wspomagając racjonalną podstawę, do której jest przywiązana i uzupełniając rację normatywną (zaprzestanie sprawstwa) komunikowaną przez naganę karną"[18]. Właśnie dlatego, że podstawową funkcją sankcji karnej jest wyrażanie dezaprobaty lub czynienie zarzutów, przy założeniu, że normatywne przesłanie ma wywrzeć trwały skutek, surowość tej sankcji musi być odzwierciedleniem stopnia winy, jaki zaobserwowaliśmy przy popełnieniu przestępstwa. Jeśli pozwoli się zbytnio uwydatnić to prewencyjne przesłanie, przyczyni się to do traktowania sprawców nie jak podmiotów moralnych, ale jak „tygrysy w cyrku", które reagują jedynie na groźby[19]. Oznacza to, że kiedy dochodzi do podejmowania decyzji o wymiarze kary, proporcjonalność powinna decydować o surowości wyroku, a sprawcy powinni być karani w zależności od ciężaru czynu oraz stopnia winy (proporcjonalność relatywna). Innymi słowy ci, którzy są winni w podobnym stopniu, powinni dostawać kary o po-

---

[14] A. von Hirsch, A. Ashworth, *Principled Sentencing*, Cambridge 1998; R. A. Duff, *Punishment…, op. cit.*

[15] A. E. Bottoms, *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing* [w] C. Clarkson, R. Morgan (red.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford 1995, s. 22.

[16] R. A. Duff, *Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment*, „Crime and Justice" 1996 r., nr 20, s. 1–97; tenże, *Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1998, nr 18, s. 189–206; tenże, *Punishment…, op. cit.*

[17] [*General Justifying Aim* – przyp. tłum.]

[18] A. von Hirsch, *Censure…, op. cit.*, s. 13.

[19] *Ibidem*, s. 11.

dobnej surowości. Schemat von Hirscha jest przez to nie tyle hybrydą, jak przystosowaniem prewencji karnej do ram teorii kary zasłużonej.

Powyższe podejście można przyrównać do tego, które zostało rozwinięte przez Antony'ego Duffa. Prezentowana przez niego teoria komunikacyjna domaga się, aby wykroczyć poza kompromis pomiędzy retrybutywnym a utylitarnym rozumieniem kary w kierunku bardziej zintegrowanego podejścia, które będzie traktować sprawcę jako część społeczeństwa (jak czyni to von Hirsch), a równocześnie spełni cele prewencyjne. Duff przypisuje karze dalekosiężny cel – przemianę sprawcy przez moralną perswazję. Aby to osiągnąć, materialne formy kary powinny być wewnętrznie odpowiednie do zamierzenia, którym jest zmuszenie sprawcy do rozpoznania krzywdzącego charakteru jego czynu i tego, że musi się poprawić. Kara jest także retrybutywna w tym sensie, że komunikuje potępienie i naganę, co domaga się racjonalnej relacji pomiędzy dolegliwością kary a relatywną wagą czynu zabronionego. Nie jest to czysto ekspresyjny komunikat, ale taki, który odwołuje się do sprawcy posiadającego wyczulone racjonalne poczucie tego co jest moralnie dobre, a co złe. Duff definiuje karę jako świecką pokutę, uzasadnianą jako część moralnego procesu komunikacyjnego, nakierowanego na nakłonienie sprawców do wyrażenia żalu za swoje czyny, na zakomunikowanie innym ich reparacyjnych przeprosin oraz na podjęcie się naprawy ich przyszłego postępowania.

Andrew von Hirsch zwrócił uwagę, że jego teoria zasłużonej kary dzieli z ideą Duffa pojęcie określane jako perspektywa komunikacyjna. Bardzo istotna różnica leży jednakże w sposobie rozumienia przez nich natury komunikatu kary. Nagana jako kara jest charakterystyczna dla teorii kary zasłużonej, tym samym „daje jednostce możliwość odpowiedzi w sposób typowy dla jej rozwoju moralnego – rozpoznania krzywdzącego charakteru swojego działania, odczuwania wyrzutów sumienia, poczynienia wysiłków w celu niedopuszczenia do podobnego czynu w przyszłości – albo przytoczenia powodów, mówiących dlaczego takie postępowanie nie było właściwie złe"[20]. Mówiąc w skrócie, von Hirsch wątpi, czy państwo jest uprawnione do powodowania świeckiej pokuty, przewidywanej przez A. Duffa. Argumentuje on, że co prawda, można nakierować wysiłki na uzdrawianie, ale jest to raczej „dodatkowo dozwolona działalność" niż fundamentalna część uzasadnienia kary[21].

---

[20] A. von Hirsch, *Punishment, Penance and the State* [w] M. Matravers (red.), *Punishment and Political Theory*, Oxford 1999, s. 69.

[21] Teraz von Hirsch poszedł dalej sugerując, że „niektórych rodzajów reakcji moralnych można się spodziewać [ze strony sprawcy – przyp. mój, S.R.]. Obojętność, jeśli tylko nagana jest usprawiedliwiona, jest sama w sobie powodem do krytyki [sprawcy – przyp. mój, S.R.]". Zob. A. von Hirsch, *Censure…, op. cit.*, s. 10; tenże, *Punishment…, op. cit.*, s. 78.

IUS.indd 91 2006-02-06 10:43:36

Inną sferą rozbieżności między tymi dwoma teoretykami jest rola, jaką pełni proporcjonalność. Duff twierdzi, że „komunikacyjny system kar powinien być ukształtowany przez negatywną zasadę proporcjonalności”[22], tak jak przyjęli to Morris i Tonry[23]. Takie stanowisko zakazuje wymierzania kar nieproporcjonalnych, ale z drugiej strony nie wymaga od wymiaru sprawiedliwości, aby stosować kary, które będą ściśle proporcjonalne w pozytywnym tego słowa znaczeniu. W granicach mniejszych lub większych limitów ustanowionych jako zapora przeciwko nieproporcjonalnie surowym, bądź nieproporcjonalnie łagodnym wyrokom, również inne czynniki będą decydować o rzeczywistym wymiarze kary. Duff jednakże nie popiera proporcjonalności, która „ledwo ustanawia takie ograniczenia w naszym dążeniu do celów, dla osiągnięcia których proporcjonalność nie gra żadnej roli”[24]. Jego celem jest ustanowienie silnych ograniczeń dla wymiaru kary, aby pozostawić sędziów jedynie z niewielkim zakresem możliwych rozwiązań, z których trzeba będzie wybrać to najtrafniej zdolne „komunikować stosowne zrozumienie dla konkretnego przestępstwa i jego implikacji”[25]. Osiągnięcie tego zrozumienia – twierdzi Duff – jest powstrzymywane przez żądania uszeregowania wszystkich przestępstw na jednej skali według ich wagi, tak jak chce tego pozytywna zasada proporcjonalności proponowana przez von Hirscha.

Wracając do interpretacji wskazanych przez Bottomsa[26], bez przywiązywania szczególnej wagi do tego, jak proporcjonalność w praktyce wpływa na wymiar kary, możemy zauważyć, że w efekcie może się ona stać podrzędna dla rozważań konsekwencjonalistów (co będę starała się pokazać poniżej przez omówienie angielskich doświadczeń ze stosowaniem teorii zasłużonej kary przy karach komunikacyjnych – przyp. mój, S. R.). Chociaż Duff może uważać proporcjonalność za wbudowaną w jego schemat, będzie ona odgrywać mniejszą rolę, jeśli nie realizuje się jej jako zasady pozytywnej. Przy okazji doświadczeń brytyjskich podniesiono pytanie, czy można otrzymać hybrydowy model, utrzymujący równowagę pomiędzy dwoma celami wymiaru kary (zasłużona kara i prewencja karna). Von Hirsch również stawia pytanie, jak wiele można osiągnąć w warunkach unieszkodliwienia bądź resocjalizacji, jeśli chce się utrzymać racjonalne relacje pomiędzy wagą czynu zabronionego a dolegliwością kary[27]. Z drugiej strony, jeśli dopuszcza się duże odchylenia od proporcjonalności, czy można ciągle przyjmować ten schemat jako oparty w jakikolwiek sposób na zasłużonej karze?

[22] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 139.
[23] N. Morris, M. Tonry, *Between Prison and Probation*, Oxford 1990.
[24] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 142.
[25] *Ibidem*, s. 143.
[26] A. E. Bottoms, *The Philosophy…*, *op. cit.*
[27] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*

4. ANGIELSKIE *CASE STUDY*

Próba zaadoptowania modelu hybrydowego w jego relacji do kar komunikacyjnych, została podjęta w 1991 roku w *English Criminal Justice Act 1991*. Miała ona na celu wprowadzenie zasady proporcjonalności, przy jednoczesnym dążeniu do celów utylitarnych. W czasie pisania tej pracy (2003), ustawowe przepisy owej ustawy z 1991 roku odnoszące się do kar komunikacyjnych pozostawały w mocy. Jednak w strukturze opracowanej na podstawie teorii kary zasłużonej można się spodziewać pewnych reform na bazie projektu ustawy o karnym wymiarze sprawiedliwości (*Criminal Justice Bill*), właśnie opracowywanym w Parlamencie[28]. Pierwszym ustawowym zastrzeżeniem, które wprowadza projekt, odnoszącym się do sądu wymierzającego karę, jest negatywna zasada proporcjonalności, która mówi, że sankcja nałożona za dokonanie czynu zabronionego nie powinna być niezasłużona. Użycie kar komunikacyjnych jest zatem ograniczone do tych o przeciętnej dolegliwości[29]. Jednakże ustawa wychodzi poza niedopuszczenie do ukarania, gdy jest to niezasłużone. Zdecydowawszy, że czyn pozostaje w granicach określonej grupy kar komunikacyjnych, sąd orzekający karę musi spełnić kryteria zawarte w sekcji 6(2). To wymaga od sędziego, bądź sędziego pokoju, aby wybrał nakaz społeczny[30], który będzie *najbardziej odpowiedni* dla sprawcy (na przykład zastosowanie środków związanych z poddaniem sprawcy próbie, jeśli przyczyni się to do jego resocjalizacji). Jednocześnie

[28] Zgodnie z Memorandum Objaśniającym (*Explanatory Memorandum*), opublikowanym na stronie internetowej – www.publications.parliament.uk, projekt ustawy dąży do ustanowienia takich ram dla wymiaru kary, które byłyby jaśniejsze i bardziej elastyczne stosunku do dotychczasowych, przy uznaniu celów wymiaru kary, tj, karania, redukcji przestępczości, ochrony porządku publicznego i reparacji. Wielorakie rodzaje nakazów społecznych zostaną zastąpione przez pojedynczy nakaz społeczny, z pewnym zakresem możliwych wymagań. Wprowadzonych zostanie również kilka pośrednich sankcji, włączając w to okresowe kary pozbawienia wolności i zreformowane warunkowe zawieszenie wykonania kary, przy których sprawca będzie musiał spełnić kilka wymagań nałożonych przez sąd. Przepisy te złożono jako propozycje w *Home Office Consultation Paper*, szerzej znane są pod nazwą Raportu Hallidaya. [Mimo intensywnych debat nie doszło jak dotąd do zniesienia zasady proporcjonalności w kształcie pierwotnie przyjętym przez *Criminal Justice Act 1991* – przyp. red.].

[29] Zespół kar społecznych zawiera się w wymaganiach, stawianych wobec czynu, który powinien być „wystarczająco poważny", aby dać podstawę do wymierzenia kary społecznej – zob. przepisy sekcji 6 (1) – a z drugiej strony do wymierzenia kary pozbawienia wolności, jeśli czyn jest już „na tyle poważny", że żadna inna kara nie byłaby usprawiedliwiona.

[30] [*community order* – przyp. tłum.]

ograniczenia wolności związane z karą powinny być współmierne do wagi czynu zabronionego. Zamiarem ustawodawcy wobec tego wydaje się to, aby kara zasłużona determinowała wysokość i odpowiednią formę sankcji (na przykład czy ma być ona resocjalizacyjna, czy reparacyjna).

Model zaproponowany przez Wasika i von Hirscha[31] wydaje się być inspiracją dla przepisów sekcji 6 ustawy z 1991 roku. Zgodnie z ich hipotezą, mówiącą że zasłużona kara nie nadaje dolegliwości kary jakiejś szczególnej formy, Wasik i von Hirsch pozwoliliby, aby jednakowo „zasłużona" kara została zamieniona na standardową sankcję, jeśli przyniosło by to większe efekty ze względu na powstrzymanie sprawcy od powrotu do przestępstwa w przyszłości. Tak czy inaczej – czy wprowadzenie surowych wymagań zasłużonej kary było intencją ustawodawcy, czy też nie – pewne tendencje wymiaru kary, bezpośrednio wynikające z ustawy, sugerowały, że nie zostało to osiągnięte w praktyce[32]. Taki rezultat jest w dużej mierze przypisywany nieodpowiedniemu zdefiniowaniu istotnych pojęć ustawowych, tj. „tak poważne" bądź „wystarczająco poważne" – zarówno w samej ustawie, jak również w wytycznych dla sądów, mówiących o tym, jak przepisy ustawy powinny być interpretowane i stosowane w indywidualnych przypadkach. Niedostatek wskazówek dotyczących wagi czynu jest powiększany przez brak ustawowego wsparcia, w określeniu kiedy priorytetem ma być proporcjonalność, a kiedy celowość[33]. Zarówno dla indywidualnych sprawców, jak i wymiaru sprawiedliwości nie są to czysto akademickie bądź formalne rozważania. Czy sprawca powinien otrzymać nakaz – wymagający od niego uczestnictwa w programie, który może pomóc mu walczyć z zachowaniem leżącym u podstaw jego sprawstwa – kiedy sprawiedliwość wymaga od niego krótkoterminowej służby społecznej? W innej sprawie znowu, czy sprawca powinien otrzymać karę dwunastu miesięcy pozbawienia wolności, co jest zasłużone, ale uniemożliwi mu udział w programie resocjalizacyjnym?

Pomimo całego sceptycyzmu dotyczącego modeli mieszanych, von Hirsch będzie nadal popierać wprowadzenie dalekosiężnego hybrydowego modelu odnośnie do alternatyw wolnościowych, ze skromnym złagodzeniem zasady proporcjonalności – co pozwoliłoby na zamianę pomiędzy sankcjami. Dodatkowo według niego należałoby ustanowić nieco surowsze kary grożące za złamanie nakazów społecznych[34]. Stanowi to rodzaj pragmatycznego kompromisu będącego podstawą sekcji 6 ustawy z 1991 roku.

---

[31] M. Wasik, A. von Hirsch, *Non-Custodial Penalties and The Principles of Desert*, „Criminal Law Review" 1988, s. 555–571.

[32] S. Rex, *Applying Desert Principles to Community Sentences: Lessons from Two Criminal Justice Acts*, „Criminal Law Review" 1998, s. 381–391.

[33] [*suitability* – przyp. tłum.]

[34] A. von Hirsch, *Censure…, op. cit.*

Niestety, brak jasności odnośnie do tego, czy rezultat tego kompromisu jest schematem wykonalnym. W praktyce, napięcia pomiędzy celami resocjalizacji i zasłużonej kary – tj. pomiędzy tym, co może odwodzić sprawcę od powrotu do przestępstwa w przyszłości i co jest uzasadnione wagą czynu – zostały ujawnione przez doświadczenia związane z implementacją ustawy z 1991 roku. Konsekwencje były takie, że jedne rozważania przyćmiły inne, w wyniku czego nie osiągnięto równowagi pomiędzy tymi dwoma celami. Pierwotnie, gdy w październiku 1992 roku wprowadzano nową ustawę, zwracano uwagę na zasłużoną karę i cierpiały na tym sankcje resocjalizacyjne, takie jak na przykład probacja. Kiedy w połowie lat dziewięćdziesiątych zaczęto kłaść nacisk na publiczny protekcjonizm, priorytety przesunęły się na zapobieżenie przyszłym przestępstwom, z uszczerbkiem dla proporcjonalności. W rezultacie nie tylko kara pracy na rzecz społeczności (jako tradycyjnie już sankcja retrybutywna) straciła na znaczeniu, ale okazało się, że kary te były wymierzane za czyny mniejszej wagi.

5. GODZĄC PROPORCJONALNOŚĆ I PREWENCJĘ KARNĄ W PRAKTYCE

W świetle doświadczeń związanych z ustawą z 1991 roku powstało pytanie, czy możliwa jest redukcja przestępczości w ramach proporcjonalności. Istnieją rozmaite aspekty tego pytania, które wymagają rozważenia. Jednym z nich – aspektem natury czysto praktycznej – jest to, czy zasada proporcjonalności może być zastosowana do rozwiązań opartych na teoriach społecznych w jakikolwiek mający znaczenie sposób. Innymi słowy, jak wyrazić różnorakie nakazy społeczne w terminologii „ograniczenia wolności", aby mogły one być mierzone i porównywane ze sobą i z karami pozbawienia wolności? Kolejny aspekt, tym razem bardziej filozoficzny, wynika z faktu, że do pewnego stopnia resocjalizacja i retrybucja nie dają się pogodzić.

Aby zmierzyć się z praktycznym pytaniem o możliwość oszacowania dolegliwości nakazów pracy na cele społeczne, należy rozpatrzyć poprzednią kwestię – czy dolegliwość daje się w ogóle obiektywnie mierzyć. Na tym polu zarysowują się rozmaite stanowiska. Bezskuteczność prób znalezienia obiektywnego miernika, często służy za argument przeciwko pozytywnej zasadzie proporcjonalności, przyjętej przez von Hirscha. Morris i Tonry na przykład argumentują, że „przy wymiarze kary, […] przed sądem staje nie określony rodzajowo człowiek, ale niezliczone indywidualności"[35]. Większość z nich zatem, będzie prawdopodobnie popierać stosowanie niezasłużonej, mało uciążliwej sankcji, która wydaje

[35] N. Morris, M. Tonry, *Between…*, *op. cit.*, s. 94.

się być odpowiednią do osiągnięcia pożądanego efektu (tj. zapobiegawczy, resocjalizacyjny czy unieszkodliwiający).

Walker wyraźnie kwestionuje podejście „równowagi wpływu" zorientowanego na teorię zasłużonej kary, wskazując, że podobnie winni sprawcy doświadczają tej samej ilości cierpienia, przy różnicach w swojej ludzkiej wrażliwości (albo w sposobie doświadczania cierpienia)[36]. Von Hirsch replikuje, że obiektywne wartości mogą być umieszczone ponad wolnością wyboru sankcji, którą zastosuje się do sprawcy, a sama dolegliwość nie jest tylko sprawą zmiennych subiektywnych doznań[37]. Przyjmując idee rozwinięte przez niego we współpracy z Nilsem Jareborgiem za punkt wyjścia do oceny względnej wagi poszczególnych przestępstw, sugeruje, że najbardziej do uszeregowania poszczególnych kar pod względem surowości nadaje się analiza standardu życia[38]. Jako podstawę do badania wpływu różnych kar na jakość życia danej osoby należy wziąć pod uwagę takie oczywiste dobra, jak wolność przemieszczania się i prywatność.

Ciężko jest porównać nakaz pracy społecznej (nieodpłatna praca na rzecz lokalnej społeczności – przyp. mój, S.R.) z innymi rodzajami restrykcji stosowanymi przy probacji (nadzór społeczny), gdzie to raczej sama osoba, a nie jej czyny podlegają nadzorowi. Nakaz probacyjny trwający jeden rok, mierzony w wymiarze godzin kontaktowych (obowiązkowa obecność na zarządzenie urzędnika probacyjnego), zawiera przeciętnie 21 godzin formalnego ograniczenia wolności[39]. W żaden sposób nie zrównuje się to z nawet minimalnym nakazem świadczenia pracy społecznej (40 godzin zwyczajowo odbywanych w przeciągu 6 tygodni). Inne źródła zwracają uwagę, że fizyczne ograniczenia, takie jak rzeczywista liczba godzin kontaktowych, pozostają daleko od pojęcia słuszności, przy założeniu że podlegający próbie mogą w tym czasie doświadczać zmian sposobu życia, spowodowanych przez powstrzymywanie się od spożywania alkoholu bądź używania narkotyków, albo po prostu przez powstrzymywanie się przed agresywnymi reakcjami w konkretnych sytuacjach życiowych[40]. Czy jednak takie różnice są mierzalne?

---

[36] N. Walker, *Legislating the Transcendental: von Hirsch's Proportionality*, „Cambridge Law Journal" 1992, nr 51, s. 530–537.

[37] A. von Hirsch, *Censure…, op. cit.*

[38] A. von Hirsch, N. Jareborg, *Gauging Criminal Harm: A Living Standard Analysis*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1991, nr 11, s. 1–38.

[39] Zostało to obliczone przez „English probation service" w świetle implementacji ustawy z 1991 roku, co też omawia: S. Rex, *Perceptions of Probation in a Context of „Just Deserts" – Ph. D. thesis*, Cambridge 1997.

[40] S. Rex, *Perceptions…*, *op. cit.*, cytowany przez: A. E. Bottoms, *Five puzzles in von Hirsch's theory* [w] A. Ashworth, M. Wasik (red.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Cambridge 1998.

IUS.indd 96 2006-02-06 10:43:42

M. Schiff wypracował podejście oparte na pojęciu interesu, służące oszacowaniu różnych sankcji pośrednich (tych pomiędzy więzieniem a probacją) w Stanach Zjednoczonych[41]. Rex i von Hirsch zaproponowali kilka modyfikacji tego podejścia, tak aby przystosować je do ograniczeń natury psychologicznej i ubytków prywatności związanych z nadzorem probacyjnym[42]. To może stanowić praktyczny punkt wyjścia do wypracowania standardowej skali, pomocnej przy oszacowywaniu surowości różnorakich nakazów społecznych. Zadanie takie mogłoby zostać przydzielone Radzie Dyrektyw Wymiaru Kary[43], której utworzenie jest planowane w aktualnym projekcie ustawy o wymiarze sprawiedliwości karnej. Ale nawet zmodyfikowane podejście nie zajmuje się pytaniami czy, w jakim zakresie, pod jakimi warunkami proporcjonalność powinna dominować nad prewencją karną przy decydowaniu o wymiarze kary. Zawierają się tu zarówno względy normatywne, jak i praktyczne.

Na poziomie bardziej filozoficznym Raynor dostrzega zasadniczą niezgodność pomiędzy patrzącym wstecz retrybutywizmem a spoglądającym naprzód utylitaryzmem[44]. Rzecznicy tzw. nowej resocjalizacji, włącznie z Raynorem, zainspirowani przez pragnienie odróżnienia nowych technik od modelu resocjalizacji, tak zupełnie zdyskredytowanego w latach siedemdziesiątych, poszukiwali syntezy pomiędzy tymi dwoma celami karnymi. W teorii argumentowano, że cele resocjalizacyjne powinny być osiągane w wyrokach proporcjonalnych do ciężaru czynu[45]. W odniesieniu do praktyki Raynor i Vanstone próbowali zilustrować w jaki sposób programy resocjalizacyjne, nakierowane na zapobieganie powrotowi sprawcy do przestępstwa, ukazywały respekt dla ludzkiego czynnika moralnego – oraz ich racjonalność – której tak domagali się teoretycy zasłużonej kary[46]. Autorzy sugerują, że nadszedł czas, aby zmodyfikować umowny paradygmat „nieresocjalizacji" wysunięty przez Bottomsa i McWilliamsa jako antyteza dla paternalistycznej resocjalizacji, w taki sposób, aby zadania negocjowane między urzędnikiem probacyjnym a sprawcą były nakierowane na redukcję prawdopodobieństwa wystąpie-

---

[41] M. F. Schiff, *Gauging the Intensity of Criminal Sanctions: Developing the Criminal Justice Severity Scale*, „Criminal Justice Review" 1998, nr 22, s. 175–206.

[42] S. Rex, A. von Hirsch, *Community orders and the assessment of punishment severity*, „Federal Sentencing Reporter" 1998, nr 10, s. 278.

[43] [*Sentencing Guidelines Council* – przyp. tłum.]

[44] P. Raynor, *Some observations on rehabilitation and justice*, „Howard Journal of Criminal Justice" 1997, nr 36, s. 248–262.

[45] *Ibidem*; B. Hudson, *Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act*, „Crime Law and Social Change" 1995, nr 22, s. 59–78.

[46] P. Raynor, M. Vanstone, *Probation Practice, Effectiveness, and the Non-Treatment Paradigm*, „British Journal of Social Work" 1994, nr 24, s. 387–404.

IUS.indd 97 2006-02-06 10:43:43

nia ponownego sprawstwa[47]. Rex poddała rewizji programy zachowań prowadzących do popełnienia przestępstwa, które były opracowywane od początku lat dziewięćdziesiątych. Programy te polegały na uczeniu (wnioskowania, samodeterminacji) sprawców umiejętności poznawczych, które miały im pomóc rozeznać konsekwencje ich sprawstwa i znaleźć inne drogi reakcji na swoją sytuację. Działo się to w czasach, kiedy publiczny protekcjonizm przyćmił proporcjonalność przy wymiarze kary. Jedną z konsekwencji takiego stanu rzeczy było rosnące zaufanie do idei „ryzyka ponownego sprawstwa", prowadzącej do oceny postępowania sprawcy w sposób, mogący przynieść niepokojące skutki dla wymiaru sprawiedliwości[48].

6. POTENCJAŁ KOMUNIKATU WYRAŻANEGO PRZEZ KARĘ

W dalszym ciągu pozostaje pytanie, czy możliwa jest zmiana publicznej świadomości w Wielkiej Brytanii, aby odejść od przekonania, że tylko przez zastosowanie kary pozbawienia wolności można właściwie ukarać sprawców i ochronić porządek publiczny[49]. Częściowa odpowiedź leży w wypracowaniu pełniejszego zrozumienia dla kar społecznych i tego, jak przyczyniają się one do realizacji społecznych celów karnych, przez wzmocnienie zaufania do nich jako do konstruktywnej reakcji na przestępstwo. Duff starał się to wyrazić przez przeprowadzenie badań w kierunku oceny probacji i pracy społecznej jako promotorów procesów komunikacyjnych[50]. Jego zdaniem sankcje, które pozwalają sprawcy na pozostanie w społeczeństwie, są lepiej przystosowane do pełnienia roli kar komunikacyjnych niż pozbawienie wolności, które wyklucza sprawcę na pewien czas z normalnego życia.

Według Duffa probacja przypomina sprawcy, że czyn przezeń popełniony rzuca cień wątpliwości na jego zaangażowanie w wartości społeczne i grozi podkopaniem wzajemnego zaufania, na którym opiera się społeczeństwo. Programy, w których sprawca musi uczestniczyć w spełnieniu jednego z warunków probacji, mają na celu uczynienie przykrym charakteru i konsekwencji sprawstwa, które jest tam oceniane jako publiczne zło. Dodatkowo przekonuje się sprawcę, że musi on (i chce) zmienić

[47] A. E. Bottoms, W. McWilliams, *A Non-Treatment Paradigm for Probation Practice*, „British Journal of Social Work" 1979, nr 9, s. 159–202.
[48] P. Raynor, *Community Penalties and Social Integration: „Community" as Solution and as Problem* [w] A. E. Bottoms, L. Gelsthorpe, S. Rex (red.), *Community…*, *op. cit.*
[49] Z formalnego punktu widzenia, Anglia, Walia, Szkocja i Irlandia Północna mają oddzielne sądownictwa karne.
[50] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*

swoje postępowanie w przyszłości. Dalej Duff sugeruje, że restytucyjny charakter probacji powinien być w dalszym ciągu rozwijany, włączając w to mediację między ofiarą a sprawcą, aby umożliwić temu ostatniemu „zakomunikowanie szerszym kręgom społeczeństwa, jak również ofierze, jego pełne skruchy rozpoznanie zła, które uczynił”[51].

Duff twierdzi, że nakaz pracy społecznej ma również silny potencjał komunikacyjny[52]. Jako publiczna reparacja, praca społeczna pozwala sprawcy wyrazić jego zrozumienie dla tego, co zrobił, oraz okazać jego odnowione zaangażowanie w społeczeństwo, co idzie w parze ze skruszonym zadośćuczynieniem. Uznając pracę społeczną za najbardziej rzucającą się w oczy karę restytucyjną Raynor sugeruje, aby ów reparacyjny element był inkorporowany do każdej kary społecznej. Przy wyborze pracy dla sprawców można zaangażować ofiary, przez co „zademonstruje się, że resocjalizacja jest sama w sobie restytucyjna i przynosi korzyści zarówno społeczeństwu, jak i sprawcy”[53].

Duff oferuje swoje oszacowanie jako ideał, który na dobrą sprawę nie jest zgodny z procesami zachodzącymi w praktyce karnego wymiaru sprawiedliwości[54]. Jednakże ważnym wydaje się zbadanie jego możliwego wdrożenia, aby ocenić jak kary publiczne są bądź mogłyby być wymierzane w praktyce. Jest to również przydatne do analizy rozwoju różnych idei na szczeblu teoretycznym oraz ich relacji do doświadczeń i odczuć ludzi w nie zaangażowanych w procesie decyzyjnym karnego wymiaru sprawiedliwości. W tym celu przeprowadziłam wywiady i użyłam ankiet, aby zapytać sędziów, ofiary przestępstw, urzędników probacyjnych i sprawców, co rozumieją pod pojęciem kary jako komunikatu, jak postrzegają sprawców odpowiadających na ten komunikat oraz jak oceniają wkład nakazów społecznych w proces komunikacji[55]. Poniżej użyłam pozyskane w ten sposób dane do zbadania różnych aspektów teoretycznej dyskusji.

[51] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 104.

[52] *Ibidem.*

[53] P. Raynor, *Community…*, *op. cit.*, s. 197.

[54] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*

[55] Badanie było przeprowadzone przy współudziale *Economic and Social Research Council*. Przeprowadzono 63 wywiady: 22 z sędziami pokoju, 18 z urzędnikami probacyjnymi, 13 ze sprawcami oraz 10 z ofiarami. Spostrzeżenia poczyniony podczas wywiadów posłużyły do skonstruowania kwestionariusza wypełnionego przez 385 sędziów pokoju, 132 urzędników probacyjnych, 143 sprawców i 111 ofiar (co daje łącznie 771 respondentów). W czasie pisania tego artykułu dalej pracowałam nad kwestionariuszami, przeprowadzając wywiady z wybranymi respondentami, aby bardziej szczegółowo zbadać ich poglądy. Wszystkie wywiady zostały zapisane i zbadane przy użyciu programu komputerowego „NUD.IST”, służącego do jakościowej analizy danych. Kwestionariusze zostały zanalizowane przy użyciu systemu SPSS.

IUS.indd 99 2006-02-06 10:43:45

Zacznę od celów kary i roli, jaką odgrywa proporcjonalność. Później przyjrzę się naturze komunikatu wyrażanego przez karę i odpowiedzi spodziewanej od sprawcy, omawiając szczególnie kary społeczne jako narzędzie tego dialogu.

7. KOMUNIKAT WYRAŻANY PRZEZ KARĘ

Odnosząc się do celów kary, potrzeba zapobieżenia powrotowi do przestępstwa przez zastosowanie sankcji była najważniejsza dla większości respondentów. Wydawali się oni wierzyć w to, że kara powinna służyć celom społecznym, usytuowanym powyżej retrybutywnego celu – zwykłego zaznaczenia faktu, że ktoś popełnił czyn zabroniony. Jednakże nie może to być zrównane z pozycją czysto utylitarną. Silne elementy retrybutywnego myślenia były bardzo widoczne – poczucie sprawiedliwości i aprobaty dla zasady proporcjonalności oraz niemal uniwersalne postrzeganie kary jako wyrazu nagany. Trudno jest wyswobodzić podejście retrybutywne od naleciałości utylitarnego myślenia, które wyszło na jaw przy okazji wywiadów i wydaje się wspierać zarówno normatywne, jak i celowościowe uzasadnienie kary.

Zespół czasem pozornie sprzecznych zapatrywań dotyczących proporcjonalności odzwierciedla trudności akademickich rozważań nad pytaniem, jak ściśle wymiar kary powinien być ograniczany przez odniesienie się do ciężaru sprawstwa. Zapewnienie harmonii pomiędzy dolegliwością kary i wagą przestępstwa postrzegane było jako trudne do osiągnięcia w praktyce. Istniało jednak pragnienie dostosowania kary do jednostki, tj. warunków i wpływu, jaki kara prawdopodobnie mogła wywierać, a także do samego przestępstwa. Ludzie byli nie tylko sceptyczni odnośnie do pragmatyzmu dążenia do precyzji w łączeniu surowości kary z wagą przestępstw, ale wyrażali również niejako zindywidualizowane podejście do wymiaru kary. Dla niektórych materialna sprawiedliwość wymagała bliższego zrozumienia sprawcy i warunków, w jakich popełnił on czyn zabroniony.

W odniesieniu do teoretycznych stanowisk, opisanych powyżej, poglądy komunikowane w wywiadzie mogły być interpretowane jako najbliższe tzw. ograniczonemu retrybutywizmowi, przyzwalającemu na adekwatną elastyczność dla dostosowania wyroku do indywidualnych warunków sprawcy[56]. Istniało również przekonanie, że praca społeczna mogła mieć większy wpływ na ludzi pracujących, a także pewnego rodzaju przeczucie, że na skutek ukarania niektóre jednostki mogą bardziej, emocjonalnie i psychologicznie, cierpieć. W dodatku, aby uniknąć „stawiania sprawców na nogi, by później upadli"[57] oraz zapewnić, że kara będzie składać się

[56] N. Morris, M. Tonry, *Between…*, *op. cit.*; N. Walker, *Legislating…*, *op. cit.*
[57] [*setting offenders up to fail* – przyp. tłum.]

z tego i tylko z tego, co jest potrzebne, aby odwrócić sprawcę od powrotu do przestępstwa, biorący udział w wywiadzie zdawali się mieć świadomość innych (np. prewencyjnych) względów, mogących odrzucać zasadę proporcjonalności. Tymczasowo można to postrzegać jako poszukiwanie bardziej odpowiedniego układu[58], niż ten możliwy do osiągnięcia przy trzymaniu się formalnych wymogów proporcjonalności[59].

Wstępna analiza kwestionariusza odpowiedzi wykazuje oczywiste poparcie dla zasady proporcjonalności. Aż 68% respondentów zdecydowanie zgodziło się z tym, że „sąd powinien dążyć do zestawienia kary z tym, jak poważne było przestępstwo", a tylko 17% poparło tezę, że „wszystkie przestępstwa różnią się od siebie i nie możemy porównywać tego, jak bardzo są poważne" (45% nie zgodziło się z tym stanowiskiem). Z drugiej strony, tylko 21% zdecydowanie zgodziło się z tym, że „nie jest sprawiedliwe, aby powiedzmy, za drobną kradzież otrzymywać większą karę niż za poważną kradzież". Powodem tego może być dostrzegalna doniosłość czynników odnoszących się do sprawcy, na które zwraca się uwagę przy szacowaniu dolegliwości kary. I tak 40% pytanych zgodziło się z poddawaniem ocenie również środowiska sprawcy, 39% z badaniem wpływu kary na sprawcę i aż 65% na wzięcie pod uwagę również poprzedniej przeszłości kryminalnej sprawcy. Mam nadzieję na bliższe przyjrzenie się relacjom między tymi czynnikami i dalszą analizę przy okazji następnych wywiadów.

Uzyskanie reakcji sprawcy na sankcję wydaje się być dla respondentów zasadniczą kwestią przy postrzeganiu celów kary. Natura komunikatu wyrażanego przez karę i to, jak sprawca powinien na ów komunikat odpowiedzieć przywodzi na myśl tzw. dialektyczną naganę obronną[60]. Komunikat związany z karą, jak się spodziewano, sprawi, że przestępca poczuje się odpowiedzialny za swój zły czyn, że rozpozna wyrządzoną przez siebie krzywdę i z przyzna, że kara była uzasadniona. W rzeczy samej, oczekiwania wydają się zawsze wykraczać poza zwykłą akceptację przez sprawcę słuszności nagany – jest on zachęcany do przedsięwzięcia pozytywnych kroków w celu zadośćuczynienia albo postępowania we właściwy sposób przez odpowiednią motywację bądź edukację. Zastraszenie również pełni pewną rolę w tym procesie – szczególnie w opinii sędziów. Zgodnie bowiem

[58] [*substantially apt* – przyp. tłum.]

[59] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 143.

[60] Bottoms zauważa, że ma to miejsce w kontekście zindywidualizowanego dialogu ze sprawcą, rozpatrującym się z jego punkt widzenia i poszukującym powodów, dzięki którym uznałby on niekorzystną dla siebie decyzję za słuszną. Podejście to wykazuje się zindywidualizowanym spojrzeniem na sprawcę i większym zorientowaniem na jego przyszłe postępowanie, niż ma to miejsce w szacunkach von Hirscha, przy zupełnym braku bezpośredniej próby wywołania skruchy, rozpatrywanej przez Duffa. Zob. A. E. Bottoms, *Five Puzzles…*, *op. cit.*

IUS.indd 101 2006-02-06 10:43:49

z postawą i postrzeganiem sprawców jako autonomicznych, działających racjonalnie ludzi, zauważono, że są oni skłonni podejmować decyzje mające służyć ich poprawie, należy jednak pamiętać, że nie wolno im tego narzucać. Spowodowałoby to traktowanie sprawców jak tygrysy w cyrku albo takie czy inne manipulowanie ich zachowaniem[61].

Wyrzuty sumienia, skrucha oraz reparacyjne zadośćuczynienie odgrywają duże znaczenie w relacjach międzyludzkich[62]. Jednakże zauważany jest pewien dyskomfort i niesatysfakcjonująca natura owych wewnętrznych procesów, jakie mają miejsce w granicach regulacji karnego wymiaru sprawiedliwości[63]. To obraca się przeciwko ustanowieniu ich centralnymi celami kary (nawet w pojęciu idealistycznym). Moi respondenci podzielają wątpliwości prezentowane przez von Hirscha, dotyczące legitymacji państwa do wymierzania świeckiej pokuty[64]. Jakkolwiek będzie im się również trudno zgodzić z von Hirschem, że wysiłki mające zachęcić sprawców do poprawy (albo do uzyskania pozytywnej reakcji) są jedynie „dodatkowymi czynnościami dozwolonymi", nie stanowiąc części uzasadnienia dla konkretnej kary. Na podstawie kwestionariuszy odpowiedzi podejmuję próby ustalenia, jakiej reakcji respondenci oczekują od sprawcy.

Kary społeczne zajmują ważne miejsce przy wyjaśnianiu sposobu, w jaki komunikaty przekazywane przez karę mogą antycypować pozytywną reakcję sprawcy. Dla przykładu, praca społeczna była postrzegana jako czynnik aktywizujący sprawcę do zadośćuczynienia przez oddanie czegoś społeczeństwu, aczkolwiek takie rozumienie tego aspektu nakazu nie wydaje się iść tak daleko jak skruszona reparacja, nawet w tym symbolicznym sensie wskazywany przez Duffa[65]. Z drugiej strony praca społeczna została opisana w wywiadzie jako posiadająca globalne i integracyjne zalety, nie przewidziane przez Duffa, podkreślającego bardziej jej aspekty potępiające, mające „skupić uwagę sprawcy na popełnionym przez niego

[61] A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*.

[62] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*

[63] Jedna z ofiar słusznie zauważyła, że prawdziwe wyrzuty sumienia powodują tak głębokie poczucie wstydu, że aż trudne do opisania. To tak jakby jakaś osoba pojawiła się na przyjęciu tak pijana, że na drugi dzień nie jest w stanie żadnemu z jego uczestników spojrzeć prosto w oczy. O żalu ktoś inny powiedział, że znajduje on swój wyraz w „odbieraniu sobie pewnej rzeczy i oddawaniu jej innym – to taki rodzaj zmiany. Podczas gdy wyrzuty sumienia mogą świadczyć o tym, że ciągle tkwisz w odczuwaniu żalu do samego siebie. Nie jestem w stanie wymyślić ani jednego słowa, które nie miałoby religijnych konotacji".

[64] A. von Hirsch, *Punishment…*, *op. cit.*

[65] Duff kwestionuje twierdzenie, że bez wyjaśnienia, czy sprawca postrzega pracę jako skruszoną reparację, inni „powinni zaakceptować to, że przez wykonanie [pracy społecznej – przyp. autorki] przeprosił on w satysfakcjonujący sposób za swój czyn". Zob. R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 105.

przestępstwie, a także na jego następstwach”[66]. Zgodnie ze zdaniem osób, z którymi przeprowadziłam wywiady, praca społeczna umożliwia sprawcy dostrzeżenie faktu, że właśnie wniósł jakiś wkład do społeczeństwa, a także zyskanie poczucia osiągnięcia bądź ugruntowania osiągniętego wcześniej szacunku do własnej osoby[67]. Kontakt z osobami, które skorzystały z ich pracy (jak na przykład starsi bądź niepełnosprawni), był widziany jako potencjał zdolny rozwinąć świadomość sprawców w kierunku zrozumienia wpływu, jaki popełnione przez nich przestępstwa miały na zachowania innych ludzi. Urzędnicy nadzorujący pracę społeczną mieli możliwość wsparcia tego procesu – możliwość ta została opisana przez McIvor, jako wynik jej badań nad pracą społeczną w Szkocji[68].

Przy rozważaniu nadzoru probacyjnego, urzędnicy probacyjni dostrzegali swoją rolę w pomocy sprawcom w zrozumieniu całego zła związanego z ich postępowaniem (według słów Duffa – w zrozumieniu jego natury i wynikających z niego konsekwencji jako publicznego zła[69]). Sprawcy natomiast opisywali to jako moralnie bardziej neutralny proces, podczas którego otrzymują rady i pomoc w podejmowaniu decyzji. W nawiązaniu do obecnej mody na programy probacyjne, dążące do „stawiania czoła zachowaniom prowadzącym do przestępstwa”, urzędnicy probacyjni jasno widzieli swoje zadanie w zachęcaniu sprawców do przyjęcia odpowiedzialności, zarówno za sam czyn zabroniony, jak i za sposób postępowania, z którego czyn ów wynikał. Uświadomili sobie oni także związek pomiędzy doświadczaniem wyrzutów sumienia a decyzją na zaniechanie popełniania przestępstw w przyszłości, dostrzegając przy tym swoją rolę przy pomaganiu w stymulacji nieodzownego procesu samokontroli. Dla sprawców nadzór probacyjny stanowił pomoc w uświadomieniu sobie doniosłości krzywd spowodowanych przez ich czyn, przy czym sporo uwagi przykładali oni do rozwoju ich własnego poczucia odpowiedzialności – odczuwanie wyrzutów sumienia zaś postrzegali jako raczej naturalny proces. Postawa prezentowana przez sprawców, z którymi przeprowadziłam wywiad wydawała się być bardziej wyrazem postrzegania probacji jako dążącej do osiągnięcia ich skruszonego zrozumienia dla złych uczynków, a co za tym idzie do okazania żalu. Mogli jednak widzieć w nadzorze probacyjnym próbę pomocy w rozwoju lepszego zrozumienia samych czynów oraz ich konsekwencji i idąc dalej – w zaangażowaniu ich w proces zmian i poprawy.

---

[66] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 106.

[67] H. Toch, *Altruistic Activity as Correctional Treatment*, „International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology” 2000, nr 44, s. 270–278.

[68] G. McIvor, *Sentenced to Serve*, Avebury 1992; tenże, *Pro-Social Modelling and Legitimacy: Lessons from a Study of Community Service* [w] S. Rex, A. Matravers (red.), *Pro-Social Modelling and Legitimacy: The Clarke Hall Day Conference*, Cambridge 1998.

[69] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*

8. KONKLUZJE

W tej pracy przyjrzałam się rozmaitym aspektom tego, jak zalety zapobieżenia dalszym przestępstwom w przyszłości mogą być połączone ze słusznie proporcjonalnym podejściem do karania przestępców. Wskazałam, że potrzeba zrównoważenia tych dwóch celów jest szczególnie ważna dla kar społecznych. Częściowo jest to spowodowane przez stopień zamieszania istniejącego wokół dążeń i odpowiedniego używania kar społecznych, co pozwoliło karze pozbawienia wolności „bujnie się rozwinąć" – jak też miało to miejsce podczas niewątpliwie punitywnych czasów w brytyjskim wymiarze sprawiedliwości karnej[70]. Częściowo jednakże wyrosło to z inicjatywy tzw. Ruchu *What Works*, który być może wniósł świeży powiew w interwencje dążące do zapobieżenia powrotowi do przestępstwa, ale jednocześnie zaniedbał rozważenia kwestii, stanowiącej, że takie interwencje wymagają również uzasadnienia przez odniesienie się do popełnionego czynu zabronionego.

Są to oznaki tego, że osiągnięcie proporcjonalnej kary społecznej jest technicznie możliwe, wydaje się jednak, że należy więcej pracy poświęcić zbadaniu i przypisaniu powyższych wartości do ich różnorodnych wymiarów. Nie wskazuje to jednak jak dalece proporcjonalność powinna ograniczać dążenia do osiągnięcia celów prewencyjnych. Odpowiedź trzeba wypracować w dyskusji akademickiej. Wskazówki Duffa, te dotyczące kar społecznych jako promujących konstruktywną odpowiedź na przestępstwo, jak również te dotyczące przestępców, jako doświadczenie bycia ukaranym, wydają się nieść istotną zapowiedź przemian, które pomogą nam osiągnąć większy szacunek do tego, w jaki sposób kary mogą przyczynić się do zaspokojenia celów społecznych[71]. Jednakże w swojej teorii wykorzystuje on rolę proporcjonalności w sposób niewystarczający. Można to wyjaśnić, podobnie jak inne aspekty jego teorii, przez znaczne zrozumienie „przyziemnych" doświadczeń i spostrzeżeń. Wywiady i kwestionariusze pytań, które przeprowadziłam, wskazują na silne poparcie dla proporcjonalności, połączone jednakże z nieco zindywidualizowanym podejściem do wymiaru kary. Równowaga i interakcje, pomiędzy tymi dwoma elementami wymagają dalszych badań, które zamierzam przeprowadzić, analizując bardziej szczegółowe kwestionariusze i wywiady uzupełniające.

---

[70] Zob. S. Rex, *Re-Inventing Community Penalties: The Role of Communication* [w] S. Rex, M. Tonry (red.) *Reform and Punishment: The Future of Sentencing*, Cullompton 2002.

[71] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*

ABSTRACT

Sue Rex tries to look beyond the dichotomy between retributive and consequentialist penal theories, that is between an approach that looks backwards to the offence for which it exacts retribution and one that looks forward to crime reduction pursued through deterrence, incapacitation and rehabilitation, to examine whether it is possible to pursue rehabilitation whilst maintaining a reasonable relationship between the gravity of the offence and the severity of the punishment (i.e. proportionality). Her interest lies particularly with the implications of this question for community penalties, for which the need to reconcile rehabilitation with desert is especially pressing.

In her opinion, there are indications that achieving proportionate community sentences is technically possible, and the empirical researches indicate a strong endorsement of proportionality, but combined with a somewhat individualised approach to sentencing

IUS.indd 105 2006-02-06 10:43:54









Michał Królikowski

SPRAWIEDLIWOŚĆ RETRYBUTYWNA WOBEC SPRAWIEDLIWOŚCI NAPRAWCZEJ

SPIS TREŚCI

1. Wstęp 109
2. Istota sprawiedliwości retrybutywnej 110
3. Geneza i charakter ruchu abolicjonistycznego 113
4. Rozbieżności w ruchu abolicjonistycznym 115
5. Romantyczne złudzenia klasyków abolicjonizmu 119
6. Zakwestionowanie legitymacji procedur wymiary sprawiedliwości 120
7. Sprawiedliwość naprawcza wobec sprawiedliwości retrybutywnej 123
8. Konkluzje 127

IUS.indd 107 2006-02-06 10:43:56



MICHAŁ KRÓLIKOWSKI

Urodzony w 1977 roku. Ukończył Wydział Prawa i Administracji UW, program z zakresu filozofii prawa i sprawiedliwości karnej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Sheffield oraz program Centrum Prawa Amerykańskiego Uniwersytetu Warszawskiego i Uniwersytetu Stanu Floryda USA. Adiunkt w Instytucie Prawa Karnego Uniwersytetu Warszawskiego. *Visiting fellow* w Cardiff Law School (2004, 2005). Sekretarz redakcji „Ius et Lex".

Opublikował m.in. *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności.*

IUS.indd 108 2006-02-06 10:43:57

WPROWADZENIE

Autor analizuje znaczenie i treść wyzwania nurtów abolicjonistycznych w filozofii społecznej i teorii karnej, które podważają podstawy sprawiedliwości karnej, w szczególności sprawiedliwości retrybutywnej: podważenie pojęcie przestępstwa jako zła publicznego, zweryfikowanie pojęcia odpowiedzialności i postulat osłabienia reakcji państwa na zdarzenia z dziedziny życia społecznego. Szczególną uwagę autor przywiązuje do tych postulatów, które mówią o urzeczywistnianiu sprawiedliwości naprawczej.

Autor dochodzi do konkluzji, że wyzwanie abolicjonistów należy postrzegać nie jako wskazywanie na potrzebę stworzenia alternatyw dla kar kryminalnych, ale alternatywnych metod, rodzajów i sposobów karania, które osadzone w sprawiedliwościowym modelu prawa karnego – będą funkcjonowały również w wymiarze restytucyjnym.

1. WSTĘP

Podstawowe pojęcia sprawiedliwości retrybutywnej – „wina", „odpowiedzialność" i sama „sprawiedliwość" – zostały ukształtowane w określonym kontekście kulturowym i filozoficznym, w nim też podlegały ewolucji i dostosowywaniu do nowych realiów społecznych i kanonów myślowych. W ten sam sposób zostały również niemal całkowicie zanegowane przez powstałe w innym kontekście kierunki myśli i sposoby pojmowania świata. Wiele z tych debat zachowało wciąż aktualność – nawet jeśli ich początki sięgają XIX w. – pozostawiając po sobie spuściznę w postaci zastałych konstrukcji. Część z nich toczy się wciąż na naszych oczach, bowiem pytania o sprawiedliwość, o potrzebę pogłębienia pojęcia winy, o status człowieka, są stale ponawiane i mogą świadczyć o dojrzałości kultury etycznej danej społeczności.

Jedno z tych wyzwań, negujących sens i kategorie sprawiedliwości retrybutywnej, pochodzi z kręgu myśli abolicjonistycznej, które podważa pojęcie przestępstwa jako zła publicznego, weryfikuje pojęcie odpowiedzialności i postuluje osłabienie reakcji państwa na zdarzenia z dziedziny życia społecznego. Wymaga on od filozofów i teoretyków kary i prawa karnego usprawiedliwienia istnienia i stosowania kary kryminalnej, co już samo w sobie jest w pewnym sensie istotnym ustępstwem. Szczególna

IUS.indd 109 2006-02-06 10:43:59

uwaga należy się tym nurtom wyrosłym z kręgu abolicjonizmu, które postulują urzeczywistnienie sprawiedliwości naprawczej, co rodzi obawę o możliwe nadużycie samej idei sprawiedliwości oraz jej wypaczenie w praktyce reagowania na zachowania naganne.

Analiza tych wyzwań i próba odpowiedzi, które można na nie sformułować z retrybutywnego punktu widzenia jest konieczna do tego, by zweryfikować podstawy sprawiedliwości retrybutywnej i zasadności tezy, że proporcjonalność kar i przestępstw jest procedurą etyczną właściwą dla współczesnych systemów karnych.

2. ISTOTA SPRAWIEDLIWOŚCI RETRYBUTYWNEJ

Aby zachować sens kary kryminalnej, nie można jej oddzielić od samej odpowiedzialności. Jak już zauważono, treść odpowiedzialności może być odkrywana jedynie wewnątrz naturalnych praktyk społecznych, w których definiujemy ją, przyjmujemy lub zaprzeczamy odpowiedzialności związanej z danym zachowaniem, praktyk, za pomocą których czynimy siebie odpowiedzialnymi lub wymagamy odpowiedzialności od innych. W tak uformowanym poszukiwaniu sensu odpowiedzialności nie można wypracować jej pojęcia legalnego, raczej – co dla niniejszych rozważań jest znacznie bardziej cenne – odkryć pewne naturalne prawidłowości, które dla odpowiedzialności karnej (lub moralnej) mają zasadnicze znaczenie. Wśród tych prawidłowości należy wskazać na wymiar retrospektywny odpowiedzialności – tj. że stanowi ona wyraz powiązania podmiotu z jego zachowaniem, jak również wymiar relacyjny – tj. że funkcjonuje ona jako odpowiedź podmiotu na jego zachowanie, która może być kierowana do kogoś jeszcze niż tylko do tego samego podmiotu, jak również, że może ona powodować (również w sposób zamierzony) pewne zmiany w przyszłości[1]. Pozwala to dostrzegać w związkach między zdarzeniami w życiu społecznym (zwłaszcza w jego normatywnym wymiarze) nie tylko prawidłowości logiczne, ale również prawidłowości etyczne. Dopiero w tym świetle ujawnia się właściwa treść wypowiedzi J. Kochanowskiego, który pisze, że „szkoda wyrządzona w jakimkolwiek porządku społecznym zawsze wymagała sankcji, jako gwarancji ładu, bezpieczeństwa i więzi społecznej, sankcji, która jest środkiem przywracającym zaufanie i autorytet dla naruszonych przez przestępstwo reguł. Na przestrzeni czasu zmieniają się dobra [...] i bronione interesy, ale potrzeba kary za wyrządzone zło (nagrody za dobro) stale występuje”[2]. Sens tej wypowiedzi łatwo może ulec rozprosze-

[1] J. Lucas, *On Responsibility*, Oxford 1993; R. A. Duff, *Who is Responsible, for What, to Whom* [w] *Materiały 21 Światowego Kongresu IVR*, Lund 2003.

[2] J. Kochanowski, *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1985, s. 11.

niu, gdyż współczesne nam metody rozumowania są zdominowane przez argumenty o charakterze logicznym, racjonalnym, czasem nawet instrumentalnym. Gdyby jednak przypatrzeć się ludzkiej interpretacji świata na przestrzeni wieków, to przynajmniej do czasów greckich filozofów natury, takich jak Demokryt z Abdery, Leukippos, Epikur, których ideom można przypisać początki rozumowania kauzalnego w świecie nauki – większość zdarzeń z życia przyrody i społeczeństwa była pojmowana według kryteriów retrybutywnych, według których jedno wydarzenie przyciąga drugie na zasadzie wewnętrznej wzajemności, właściwej dla natury świata[3]. Wyczucie, że kryteria retrybutywne stanowiły podstawową zasadę porządku rzeczy prowadziło również do takiej interpretacji zdarzeń, że równowaga między dobrem a nagrodą, szkodą a karą była rozumiana jako wyraz sprawiedliwości. Powstaje pytanie, czy to pojmowanie relacji zdarzeń jako wyrazu sprawiedliwości jest kwestią „jakiegoś obiektywnego prawidła, [czy też] kwestią tego, co w odczuciu społecznym przedstawia się i przyjmuje jako [konieczną prawidłowość], a zatem kategorię historycznie zmienną i zależną od sposobu myślenia oraz rozumienia świata przez człowieka"[4], którego dynamikę można śledzić dopiero po przyjęciu celowo odległej perspektywy badania rozwoju myśli. Ale można to zagadnienie równie dobrze przedstawić nieco inaczej i zapytać, do którego momentu dynamika rozwoju myśli człowieka pozwala lepiej odkryć, opisać i urzeczywistnić pewne obiektywne prawidła (jeśli one oczywiście istnieją), a od którego staje się początkiem wypaczania sensu pojęć podstawowych dla egzystencji człowieka i tworzonych zbiorowości. Te dwie perspektywy myślowe pozwalają odmiennie przyjrzeć procesowi ustępowania logiki retrybutywnej z rozumowania ludzkiego właściwego dla następujących po sobie wiekach.

Przemianie kryteriów retrybutywnych w myślowe kryteria kauzalne towarzyszyły dwie tendencje. Pierwszą z nich była generalizacja postrzegania zjawisk przyrody, a zatem porzucenie interpretacji wydarzeń jako wyjątkowego ciągu związanego z błędami, zasługami lub przeznaczeniem konkretnego człowieka. Drugą stanowiła postępująca obiektywizacja obserwacji intelektualnej, oznaczająca odejście od socjocentrycznego obserwowania prawidłowości natury[5]. Jak twierdzi H. Kelsen: „jeśli porządek natury jest interpretowany według kryteriów retrybutywnych, to ten sposób postrzegania rozszerza się na normatywnie opisywany porządek prawny – archetypiczne wyobrażenie absolutnie sprawiedliwych zasad postępowania w społeczeństwie, który w rzeczywistości możemy tylko nieudolnie próbować naśladować. Dopiero wraz z emancypacją myślenia

[3] H. Kelsen, *The Emergence of the Causal Law from the Principle of Retribution*, „The Journal of Unified Science" VIII, 1939, s. 69–130.
[4] J. Kochanowski, *Subiektywne…*, *op. cit.*, s. 20.
[5] H. Kelsen, *The Emergence…*, *op. cit.*, s. 121.

kauzalnego od retrybutywnego, prawa natury od norm społecznych, natury od społeczeństwa – powstają dwa osobne reżimy, poddane całkiem odmiennym prawidłowościom. Idea prawa natury, tj. przejaw jakichś naturalnie właściwych prawideł rządzących ludźmi, staje się w wyniku tego procesu niemożliwością, wręcz absurdem"[6].

Abstrahując od pozytywistycznego ładunku myśli przytoczonego autora, należy uznać, że opisywane przez niego prawidłowości w zasadzie mogłyby całkowicie odpowiadać prawdzie o relacjach społecznych. Mogłyby wówczas, gdyby ludzkie rozumowanie kauzalne objęło każdą dziedzinę ludzkiej myśli. Co więcej – powinny, gdyby ludzkie myślenie kauzalne objęło każdą dziedzinę rozumu[7]. Tę zależność podkreślał szkocki filozof Dawid Hume, który w swojej inspirującej dla dalszego rozwoju myśli filozoficznej definicji związku koniecznego między przyczyną a skutkiem określił przyczynę jako „rzecz poprzedzając rzecz następną, której pojawienie się zawsze przywołuje na myśl tę poprzednią"[8], a zatem opowiadając się za istnieniem pewnego wewnętrznego związku między określonymi zdarzeniami, wynikającego ze sposobu przeżywania świata przez ludzi. Myśl tę podjął i rozszerzył Immanuel Kant twierdząc, że neutralna obserwacja zjawisk nie jest zdolna do wytłumaczenia w pełni związku między zdarzeniami, że świadomość konieczności związku między pewnymi faktami jest dla nas wszystkich naturalna, uprzednia wobec zdobywanej wiedzy[9]. Należy dodać, że logika retrybutywna jest do pewnego stopnia wyrazem przekonań religijnych, w tym również chrześcijańskich, stając się wyraźną częścią – lepiej rzec: depozytem – naszej kultury[10]. (Jednakże niezależnie od teologicznego pogłębienia i rozwinięcia, funkcjonuje ona w poglądach niektórych grup społecznych w uproszczonej formie, często w sposób zupełnie nieuprawniony redukowanej do chęci zemsty, jako taka budząc tym samym zrozumiały intelektualny opór teoretyków prawa karnego).

[6] *Ibidem*, s. 122–123.

[7] J. Kochanowski wskazuje zarówno na niemożliwość zrealizowania tego postulatu, wynikającą z natury rzeczy, pisząc: „Internalizacja wartości prowadzi właśnie do jej uintencjonalnienia, gdyż człowiek, który w swoich działaniach odwołuje się do uznawanych za własne wartości, musi ich rezultaty oceniać siłą rzeczy według intencji, a nie skutków, podobnie także musi oceniać działania innych ludzi" – zob. J. Kochanowski, *Subiektywne…*, *op. cit.*, s. 104 *in fine*.

[8] D. Hume, *Enquiry Concerning Human Understanding* [w] L. A. Selby-Bigge (red.), *Enquiries concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, Oxford 1975, s. 77 – cyt. za W. E. Morris, *David Hume* [w] E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford 2003.

[9] Analizę argumentów Hume'a i Kanta w zakresie pojęcia związku przyczynowego przedstawia H. Kelsen, *The Emergence…*, *op. cit.*, s. 111.

[10] G. W. Trompf, *Early Christian Historiography: Narratives of Retributive Justice*, London 2000, s. 5; por. J. H. H. Weiler, *Chrześcijańska Europa*, Warszawa 2004, s. 111–136.

IUS.indd 112 2006-02-06 10:44:08

Mówiąc w poniższych rozważaniach o podstawach i zasadach sprawiedliwości retrybutywnej mieć będę na myśli jej – jak mniemam – prawidłowy sens, a mianowicie twierdzenie, że istnieje etycznie słuszna potrzeba wyrównania, w której kara jest właściwą reakcją na wyrządzoną szkodę. A zatem, związek między czynem a reakcją ujemną będę postrzegał jako wewnętrzny wobec tych dwóch wydarzeń, wiążący je w sposób naturalny i konieczny. Prawidłowy kształt tej relacji może być również wspierany przez odwołanie się do zewnętrznych względem tego związku kryteriów sprawiedliwości, takich jak idea równości między ludźmi.

3. GENEZA I CHARAKTER RUCHU ABOLICJONISTYCZNEGO

Ruch abolicjonistyczny, stanowiący początkowo kontynuację i rozwinięcie kryminologii radykalnej[11] w odniesieniu do instytucji kary, później rozrosły do szerszego kierunku filozoficznego i politycznego, podważającego pojęcia przestępstwa jako zła publicznego, odpowiedzialności i postulującego osłabienie reakcji państwa w ogóle na zdarzenia z dziedziny życia społecznego – stanowi poważne wyzwanie dla teorii kary i prawa karnego. Tym bardziej to wyzwanie jest skierowane w stronę obrońców poglądu o istnieniu etycznej relacji między przestępstwem a karą. Bez przesady można nawet powiedzieć, że wymaga on od filozofów i teoretyków kary i prawa karnego usprawiedliwienia istnienia i stosowania kary kryminalnej. Z jednej strony, postrzegając tę sytuację ze strony pozycji sięgających do podstawowych założeń sprawiedliwości retrybutywnej – podjęcie tego wątku już samo w sobie jest w pewnym sensie istotnym ustępstwem. Zasadniczo kara zawsze była oczywistością, naturalną reakcją na zaszłe zło i dzięki temu charakterowi odpowiedzi nabierała sensu[12]. Można jednakże dostrzec w tej sytuacji również szansę na „oczyszczenie" teorii kary z funkcjonujących mitów i zastałych uproszczeń, wyjaśnienie tych założeń, które – choć prawidłowe – są bez stosownego pogłębienia przyjmowane jako oczywiste, jak też dokonanie koniecznych przeformułowań.

W sposób przełomowy wyzwanie to rzucił skandynawski kryminolog Nils Christie w roku 1977, oskarżając prawo karne i prawników o kradzież konfliktu z jego naturalnego kontekstu społecznego[13]. W tym osławio-

[11] Tak: M. Płatek, *Ruch Abolicjonistyczny w Skandynawii – teraźniejszość czy wizja przyszłości*, „Studia Iuridica" XX, 1991, s. 83–95; L. Falandysz, *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986, s. 72–76, 176–192

[12] B. Wróblewski, *Penologia*, t. I, Wilno 1926, s. 15.

[13] N. Christie, *Conflicts as Property*, „The British Journal of Criminology" XVII, 1977, nr 1, s. 1–15.

nym twierdzeniu zawarł on negatywną ocenę działania systemu karnego w odniesieniu do poszczególnych przestępstw. Wspomniany autor zwraca uwagę na towarzyszący opisywanym nieprawidłowościom działania systemu sprawiedliwości karnej fakt zaniku we współczesnych zindustrializowanych społeczeństwach zachodnich naturalnych społeczności lokalnych, dla których popełnione przestępstwo nie jest jedynie elementem szerszej statystyki, ale wyrazem sprzeczności odnoszących się do norm postępowania i interesów podzielanych przez członków społeczności. Jego zdaniem, w wyniku działania sformalizowanych instytucjonalnie i normatywnie systemów wymierzania sprawiedliwości karnej, konflikty zostały odebrane ich stronom i społecznościom lokalnym – osobom w sposób naturalny zainteresowanym ich rozstrzygnięciem – i w konsekwencji zostały ukryte lub stały się własnością innych osób, najczęściej profesjonalistów. Tymczasem, „konflikty *powinny* być właściwie wykorzystane, nie zaś pozostawione same sobie. I to wykorzystane w taki sposób, który jest użyteczny dla jego uczestników. Konflikt *może* bowiem wyrządzić szkodę zarówno jednostkom, jak i systemom społecznym" (kursywa w oryginale)[14]. Jednakże, podnosi Chrisite, we współczesnej teorii i polityce karnej uwaga należna konfliktom jednostek i grup społecznych została odwrócona w wyniku nadmiernego zainteresowania subiektywizmem niebezpieczeństwa, osobowością i prywatną historią sprawcy, jak również w związku z przeoczeniem roli i osoby ofiary przestępstwa w tradycyjnym procesie karnym. W późniejszych swych pracach, przyłączając się do wielu kryminologów i socjologów obserwujących przemiany w praktyce systemów karnych zachodzące na przełomie granicy XX i XXI wieku, określane przez nich jako postmodernizm lub zarządzanie społeczeństwem ryzyka, Christie wskazuje na rozwijającą się kulturę kontroli społecznej jako kolejną przyczynę zgubienia – czy wręcz pogłębiającego się zagubienia – przez teorię prawa karnego i filozofię kary z ich widnokręgu problemu konfliktu między jednostkami lub grupami społecznymi jako prawdziwego wymiaru tzw. przestępczości[15]. Tymczasem rozumienie zdarzeń określanych tradycyjnie mianem przestępstw jako konfliktów niesie ze sobą potencjał aktywności i uczestnictwa jednostek dla stwarzania sprawiedliwszego społeczeństwa, jak również wypracowywania wyraźniejszego kształtu i treści norm regulujących zachowania społeczne[16]. Współczesny system karny zaś bezzasadnie przyznał sobie prawo decydowania za strony konfliktu, co jest dla nich dobre, pozbawiając proces wymierzania sprawiedliwości i stosowane kary jakiegokolwiek konstruktywnego społecznie sensu.

[14] *Ibidem*, s. 1.

[15] N. Christie, *Crime Control as Industry: Towards Gulags: Western Style*, London–New York 2000.

[16] N. Christie, *Conflicts as Property*, *op. cit.*, s. 7–8.

Trudno jest wskazać, na ile kryminologia radykalna rozpoczęła współczesny ruch abolicjonistyczny, a na ile sama wyrosła z takiegoż klimatu intelektualnego i rozwijających się poglądów na regulację prawną coraz bardziej skomplikowanych społeczeństw drugiej połowy XX wieku. Zwrócić uwagę należy przy tym na fakt, że kształtowaniu i niekiedy umacnianiu się tych poglądów towarzyszy niezmiennie w rzeczywistości „postępująca funkcjonalna i społeczna dyferencjacja systemów społecznych, a także rosnący stopień ich organizacji oraz złożoności stosunków między- i wewnątrzsystemowych, co prowadzi do radykalnej zmiany konfliktów społecznych. Miejsce konfliktów dwubiegunowych i indywidualnych zajmują coraz częściej konflikty wielobiegunowe i kolektywne", w których uczestniczy wiele różnych podmiotów, częściowo o podobnych a częściowo różnych interesach[17]. Z pewnością również z tego powodu, od pewnego momentu obserwujemy coraz większą złożoność samego ruchu abolicjonistycznego, wielość poglądów i prądów intelektualnych. Najwyraźniej ujawnia się to przy próbie uporządkowania poglądów abolicjonistów w zakresie trzech następujących zagadnień: czego dotyczyć ma abolicja, dlaczego ma ona mieć miejsce, oraz co ma zastąpić określone instytucje społeczne[18]. Krótki przegląd tych stanowisk, który przedstawiam poniżej, ma stanowić tło dla bardziej szczegółowego opisu najistotniejszego dla krytyki retrybutywizmu nurtu tzw. sprawiedliwości naprawczej (*restorative justice*). Podobną rolę ma spełnić polemika z pewnymi spostrzeżeniami ruchu abolicjonistów, którym trudno po prostu przyznać rację. Dzięki temu, w sposób wyraźny powinny być widoczne prawdziwie istotne twierdzenia i zastrzeżenia formułowane przez przedstawicieli tej odmiany ruchu abolicjonistycznego, w której równą uwagę przykłada się zarówno do procesu naprawiania skutków przestępstwa, jak i do pojęcia sprawiedliwości.

4. ROZBIEŻNOŚCI W RUCHU ABOLICJONISTYCZNYM

Największe rozbieżności pojawiają się przy odpowiedzi na najbardziej zasadnicze pytanie: Co ma być przedmiotem abolicji? Niektórzy odnoszą się jedynie do stosowania kar izolacyjnych jako szczególnie nieodpowiedniej metody karania, inni – do całej instytucji kary. Ci pierwsi, tacy jak Thomas Mathiesen, kolejny wybitny przedstawiciel skandynawskiej myśli kryminologicznej i filozoficznej, wskazują, że więzienie niesie ze sobą określony system widzenia człowieka – jako człowieka pozba-

[17] L. Morawski, *Czy sądy powinny być stolicami prawa?* [w] *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 225–237.
[18] R. A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001, s. 30–34.

wionego indywidualności i samodzielności, skazanego na kontrolowaną bierność i sterowność z zewnątrz. W konsekwencji, wraz z rozrastaniem się systemu penitencjarnego dochodzi do obniżenia wartości wolności, jak też do procesu zniewolenia społeczeństwa. Obserwowana niezwykła popularność kar izolacyjnych wynika przede wszystkim z ich użyteczności dla celów sprawowania władztwa państwa, wzmacniania mechanizmów i kultury kontroli. Zdaniem Mathiesena, kara więzienia jako jedyna spełnia jednocześnie aż cztery ważne funkcje: oczyszcza społeczeństwo z elementu nieproduktywnego, obezwładnia go, odwraca uwagę od poważniejszych problemów i afer, skupiając ją na drobnych przestępcach, którzy zazwyczaj trafiają do więzienia, w końcu decyduje o naznaczeniu społecznym, tworząc w opozycji od reszty „porządnego" społeczeństwa grupy „z marginesu"[19].

Najbardziej radykalni przedstawiciele ruchu abolicjonistycznego, jak już zostało to zasygnalizowane, opowiadają się za zniesieniem kary kryminalnej jako takiej. Twierdzą oni, tak jak reprezentatywnie podnosi to jeden z największych autorytetów tego kierunku, australijski filozof John Braithwaithe, że „program przeciwdziałania przestępczości związany z reakcją karną nigdy nie osiągnął swoich celów, a jedynie stale pogłębia podziały społeczne. Świadomość tej prawidłowości pozwala zrozumieć wiele najgłębiej zakorzenionych przejawów zła współczesnego życia – wojnę, terroryzm, kształt instytucji systemu (braku) sprawiedliwości, takich jak więziennictwo, poniżanie, przekreślanie szans życiowych"[20]. Można przy tym wskazać tu dwie odmiany tej myśli krytycznej. Poglądy o charakterze absolutnym wiążą się ze stanowiskiem, że żadna kara nie może być nigdy uzasadniona w żadnym społeczeństwie[21]. Stanowisko zrelatywizowane prowadzi natomiast to twierdzenia, że pewien system kar – znacząco odmienny od naszego – może być uzasadniony w społeczeństwach w istotny sposób różniących się od naszych społeczeństw[22].

Z reguły, abolicjoniści nigdy nie mówią o samej li tylko karze. Zniesienie kary ma pociągnąć radykalną transformację wszystkich społecznych instytucji i praktyk, z którymi kara jest związana (takimi jak prawo karne w całości, instytucje policji i sądów sprawowanych przez profesjonalnych

---

[19] T. Mathiesen, *The Politics of Abolition*, New York 1974; tenże, *Prison on Trial: A Critical Assessment*, London 1990; pożyteczne omówienie poglądów tegoż autora i jego pozostałych prac w M. Płatek, *Ruch abolicjonistyczny…*, *op. cit.*

[20] J. Braithwaite, *Principles of Restorative Justice* [w] A. von Hirsch, J. V. Roberst, A. Bottoms (red.), *Restorative Justice and Criminal Law: Competing or Reconcilable Paradigm*, Oxford 2003, s. 1.

[21] Zob np. A. J. Coates, *The Ethics of War*, Manchester 1997, s. 77–87.

[22] Zob. np. J. G. Murphy, *Marxism and Retribution*, „Philosophy and Public Affairs" 1973, nr 2, s. 217–243.

prawników itp.) oraz szerszych instytucji społecznych. W zakresie tego ostatniego twierdzenia, wskazuje się na konieczność aktywnego wspierania reintegracji społecznej na drodze promowania metod alternatywnego rozstrzygania konfliktów, które uwzględniają orientację prospektywną, skoro nie chodzi w nich tylko o ustalenie, kto zawinił w przeszłości, ale o to, by zapewnić właściwe stosunki i kooperację w przyszłości.

Warto podkreślić, że przy wykazywaniu, dlaczego abolicja ma mieć miejsce, ciężar dowodu zostaje niejako przerzucony przez jej zwolenników na drugą stronę sporu. W końcu, karanie jest stosowaniem praktyk w niemal każdym innym przypadku uznawanych powszechnie za niedopuszczalne z powodu ich fizycznej i psychicznej dolegliwości, bezsprzecznego charakteru interwencji w autonomię jednostek. Christie mówi nawet, że karanie instytucjonalne jest przedsiębiorstwem rozdzielania zamierzonego bólu[23]. Z tego też powodu, konieczne jest przekonywające uzasadnienie takiego postępowania. Zwolennicy tego kierunku przyłączają się do krytyki utylitarnych metod uzasadniania instytucji i stosowania kary, przy czym ich krytyka obejmuje zarówno wskazywanie na brak efektywności w realizowaniu założonych celów, jak również podważanie zasadności samych celów utylitarnych stawianych przed omawianą instytucją, takich jak zapewnienie postępowania zgodnego z prawem, konformistyczna integracja z istniejącą strukturą normatywną w wyniku zabiegów resocjalizacyjnych lub prewencyjnych, czy w końcu odseparowywanie osób poddanych dewiacji. Z drugiej strony, bliska jest im również krytyka podstawowych założeń retrybutywnych, podnoszona przez środowiska o poglądach utylitarnych. Zwłaszcza ta, która w różny sposób odnosi się do zarzucanego braku moralności cierpienia za czyn sprawcy. W ten sposób, odrzucając obie argumentacje, abolicjoniści dochodzą do twierdzenia o niedostatecznej legitymizacji współczesnych państw i społeczeństw do utrzymywania instytucji i stosowania kary kryminalnej. Dla ścisłości warto jedynie podkreślić, że jeśli kara mogłaby zostać utrzymana, to jedynie z tych powodów, że okaże się ona do pewnego momentu najbardziej skutecznym sposobem przeciwdziałania niesprawiedliwości; skuteczniejszym niż postępowania naprawcze i pojednawcze, które – jak będzie można zobaczyć w późniejszych rozważaniach – wymagają spełnienia pewnych warunków wstępnych, takich jak realne istnienie wspólnoty normatywnej, prawidłowe funkcjonowanie procedury przeprosin, zadośćuczynienia i wybaczenia. Natomiast w żadnym razie nie można bronić istnienia lub stosowania sankcji karnych w ten sposób, że są one w jakimkolwiek sensie „właściwą", „naturalną", czy też „deontologicz-

[23] N. Christie, *Crime Control as Industry…*, *op. cit.*, *passim.*

IUS.indd 117 2006-02-06 10:44:16

nie zasadną" reakcją na zachowanie sprawcy[24]. Co więcej, w obecnym kształcie karanie podważa demokratyczne, egalitarystyczne i twórcze metody rozwiązywania konfliktów społecznych, zawiera element moralizmu niedopuszczalny w przypadku braku konsensusu moralnego w dzisiejszych społeczeństwach, jak również odrywa rozwiązanie od jego kontekstu – „kradnie konflikt" – przez co traktuje ludzi nie jako osoby funkcjonujące w określonym kontekście sytuacyjnym, ale jako osoby „abstrakcyjne", a zatem nieprawdziwe.

Jak można było już dostrzec, ostrze krytyki jest przyłożone do niezwykle szerokiej kategorii instytucji i praktyk współczesnych społeczeństw. W sposób zasadniczy jest ona jednakże skierowana wobec systemu prawa karnego jako organizacji, pojęcia przestępstwa i kary. Winien zatem jestem uzupełnienie dotyczące tej ostatniej kwestii. Zamiast o przestępstwie należy mówić o konflikcie (między przestępcą, ofiarą lub ew. społecznością lokalną) lub po prostu kłopocie związanym z niemożnością uzgodnienia interesów czy poglądów dotyczących stosownego postępowania i w ten sposób dostrzegać prawdziwą treść zdarzeń, które zwykliśmy nazywać przestępstwami. Pojęcie przestępstwa jest również wadliwe współcześnie i z tego powodu, że ujmowane jako kategoria zła publicznego traci coraz bardziej swą rację bytu. Dzieje się to wskutek kurczenia się w dzisiejszych społeczeństwach zasięgu zgody na to, co jest dobre a co złe, postępującego pluralizmu prawd etycznych i wzrostu autonomii jednostek, jak również związanych z tym roszczeń normatywnych, oraz przemiany form uzasadniania kryminalizacji określonych czynów przez odchodzenie od odwoływania się do wspólnotowego rozpoznania zła w określonym postępowaniu do argumentacji instrumentalno-racjonalnej[25]. W takiej sytuacji tym bardziej trudno jest utrzymywać pogląd o tym, że pomiędzy przestępstwem rozumianym jako szkoda w pewnym sensie zawsze etyczna a karą istnieje jakakolwiek wewnętrzna relacja, którą dało by się opisać jako twierdzenie „przestępstwo domaga się ukarania".

W obliczu tych wszystkich zastrzeżeń i wątpliwości, zamiast kary konieczne jest poszukiwanie sposobów naprawienia realnie istniejącej szkody, rozpoznanie przez sprawcę emocji związanych z doznaną przez ofiarę krzywdą i zmierzenie się w ten sposób z konsekwencjami własnego czynu, w końcu – odbudowywanie relacji z drugim i ze społecznością lokalną. Wszystkie te procesy naprawcze o różnym charakterze mają za zadanie zasadniczo „doprowadzić do przywrócenia do bezpiecznej społeczności ofiar i sprawców, którym udaje się rozwiązać dzielący ich konflikt"[26].

[24] Jak się wydaje, argumentację o tej treści rozwija J. Braithwaite, *Principles of…*, *op. cit.*, s. 2–5.
[25] L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 117–119.
[26] T. F. Marshall, *Restorative Justice: An Overview*, London 1999, s. 5.

5. ROMANTYCZNE ZŁUDZENIA KLASYKÓW ABOLICJONIZMU

Na potwierdzenie słuszności swoich spostrzeżeń, przedstawiciele ruchu abolicjonistycznego po wielokroć odwoływali się do praktyk społeczeństw pierwotnych lub niesformalizowanych, które w sposób zasadniczo odmienny od naszych radziły sobie z problemem zachowania naruszającego określonego reguły postępowania. Niejednokrotnie, to właśnie te społeczeństwa i ich tradycje stanowiły inspirację dla rozwoju myśli dopatrującej się w postępowaniu naprawczym właściwego modelu reagowania na niewłaściwe zachowanie i kształtowania relacji społecznych[27]. Wspomniany John Braithwaite w imponującym studium przeglądowym stawia tezę, że procedury naprawcze były dominującym modelem sprawiedliwości karnej w historii ludzkości na całym świecie[28], wskazując jednocześnie, że jedną z przyczyn tego stanu jest prawidłowość, jakoby idea zadośćuczynienia za zło miała wówczas znacznie szerszą walutę, a jej podstawowym cennikiem było wprowadzanie pokoju między poróżnionymi stronami konfliktu. W rzeczywistości jednak, praktyki społeczeństw pierwotnych wykazywały daleko idącą różnorodność w omawianej materii niż zakładają to zazwyczaj w swych pracach zwolennicy postępowania naprawczego: „W niektórych społeczeństwach uznaje się, że spory *powinny* być rozwiązane przez raczej rozmowę niż walkę, ostracyzm lub magię. Gdzie indziej nie przykłada się specjalnego znaczenia do rozmawiania, ale dopuszcza się tę praktykę wraz z innymi metodami radzenia sobie z konfliktami społecznymi. Jeszcze w innym miejscu, sprawą honoru jest przyjęcie na siebie pewnej kary fizycznej za niektóre wywołane szkody, zaś wszelkie próby pojednawcze są pojmowane jako oznaka słabości" (kursywa w oryginale)[29]. Należy jednocześnie podkre-

[27] Nils Christie we wspomnianym artykule programowych dla całego ruchu używa jako przykładu społeczności małej wioski w prowincji Tanzanii o nazwie Arusha. Jim Consedine w pracy *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego*, Warszawa 2004, analizuje praktyki społeczeństw Moarysów, Aborygenów, Samoa, tradycje celtyckie lub afrykańskie. Takie przykłady piśmiennictwa można by mnożyć bez trudu. Nie powinno zatem dziwić to, że ruch działań naprawczych jest najsilniej reprezentowany i urzeczywistniany w Nowej Zelandii i okolicznych wyspach czy w Ruandzie, gdzie nawiązuje on do tradycji tzw. sprawiedliwości ubogich (pojęcie oryginalne *gacaca* pochodzi z języka *kinyarwanda*) – zob. J-M. Simon, *Przemoc popierana przez państwo. Odpowiedzialność karna a pojednanie*, „Ius et Lex" II, 2003, s. 160–173, zwł. s. 168.

[28] J. Braithwaite, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, „Crime and Justice: A Review of Research" XXV, 1999, s. 1–127.

[29] S. Roberts, *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*, Middlesex 1979, s. 116 – cyt. za A. Bottoms, *Some Sociological Reflections on Restorative Justice* [w] A. von Hirsch, J. V. Roberst, A. Bottoms (red.), *Restorative Justice and Criminal Law…*, *op. cit.*, s. 88.

ślić, że nawet przy uznaniu postępowania pojednawczego lub naprawczego jako podstawowej formy radzenia sobie z wyrządzoną szkodą, obserwowano wielokrotnie wysoki stopień nacisku społecznego, na tyle istotnego, że strony mogły być przymuszane do podjęcia, wypracowania lub zaakceptowania zaproponowanego rozwiązania w wyniku presji otoczenia lub groźby sankcji związanej z odmową poddania się tej formie postępowania[30]. Tym bardziej to istotne, że społeczeństwa te były o wiele mocniej wspólnotowo zorientowane niż zazwyczaj biorą to pod uwagę zwolennicy postępowania naprawczego, podkreślający przede wszystkim znaczenie rozwiązania konfliktu między ofiarą i sprawcą szkody w kontekście umacniania i zapewniania bezpieczeństwa społeczności lokalnej[31]. W ten sposób doszło do tego, że przedstawiciele tego nurtu, koncentrując się głównie na konsensualnym i pojednawczym charakterze praktyk społeczeństw pierwotnych, zignorowali zasadniczą rolę przymusu i władzy, związanej z kontekstem istoty wspólnot pierwotnych. A przez to „wpadli w pułapkę romantycznego idealizowania form wypracowywania rozwiązań prawnych i *quasi*-prawnych w niefeudalnych społeczeństwach przedkapitalistycznych (ale nie feudalnych)"[32]. Tymczasem, rozpowszechnienie praktyk naprawczych w społeczeństwach pierwotnych było powiązane z pewnymi cechami tych wspólnot, które dziś nie są ani dominujące, ani niekiedy w ogóle obecne w postmodernistycznych i zurbanizowanych społeczeństwach. Stąd też droga od omówionych spostrzeżeń zwolenników postępowania naprawczego do formułowanych przez nich twierdzeń o charakterze normatywnym odnoszących się do dnia dzisiejszego nie jest ani prosta, ani tym bardziej oczywista.

6. ZAKWESTIONOWANIE LEGITYMACJI PROCEDUR WYMIARY SPRAWIEDLIWOŚCI

Istnieje jednak również kilka powodów, by nie odwracać w tak łatwy sposób uwagi od tego, co proponują zwolennicy postępowania naprawczego[33]. Przede wszystkim, ich tezy można postrzegać nie tylko jako przejaw ogólniejszego nurtu zwiększonej troski o ofiarę przestępstwa i zagwarantowania jej rzeczywiście istotnej roli w procesie karnym, ale refleks istotnej zmiany normatywnej dzisiejszych społeczeństw. Już E. Durkheim podkreślał, że możliwa jest taka przemiana społeczna, w której przestęp-

[30] S. E. Merry, *The Social Organisation of Mediation in Nonindustrial Societies: Implications for Informel Community Justice in America* [w] R. L. Abel (red.), *The Politics of Informal Justice*, New York 1982, s. 28 i n.

[31] Tak np. N. Christie, *Conflicts as Property…*, *op. cit.*, który utrzymuje, że istnienie sądów sąsiedzkich będzie miało twórczy wpływ na odrodzenie społeczności lokalnych.

[32] S. E. Merry, *The Social Organisation…*, *op. cit.*, s. 20.

[33] Por. L. Gardocki, *Zagadnienia…*, *op. cit.*, s. 95–96.

stwo będzie postrzegane nie tyle jako naruszenie jakiejś abstrakcyjnej zasady moralnej, ale bardziej jako szkoda wyrządzona konkretnej osobie, której tłem jest co prawda zbiór zasad i norm postępowania, jednakże bardziej zależny od jednostkowego światopoglądu, co dawniej[34]. Z tego ostatniego powodu postępowanie naprawcze jest atrakcyjną polityką społeczną, gdyż daje nadzieję na wypracowywanie norm postępowania w płynnym moralnie społeczeństwie (to też do pewnego stopnia tłumaczy fakt, że najszerzej formy postępowania naprawczego są stosowane wobec nieletnich, jako opozycja do tradycyjnych środków wychowawczych).

Drugim istotnym elementem jest kwestionowana legitymacja współczesnych procedur sądowych i argumentacji prawniczych towarzyszących formalnym rozstrzygnięciom. Można dziś mówić przede wszystkim o tym, że dogmatyka i praktyka sądowa w dużej mierze opiera się na coraz bardziej rozbudowywanej argumentacji, która rozmija się z pozostającymi gdzieś w odległej perspektywie przemianami struktur społecznych. Dzieje się tak zwłaszcza dlatego, że argumentacja ta, podobnie zresztą jak rozstrzygnięcia prawne, w coraz mniejszym stopniu opiera się na normach społecznych i zasadach przyjmowanych zwyczajowo. W konsekwencji rozrasta się rozdźwięk pomiędzy tym, czego wymaga satysfakcjonujące rozwiązanie konkretnego konfliktu, a tym, co funkcjonuje w danym systemie jako reguły prawne[35]. W tym kontekście, atuty postępowania naprawczego, w istotny sposób odformalizowanego, zorientowanego na odpowiedzialne uczestnictwo i satysfakcję wypracowanego rozwiązania dla stron, otwartego na argumentację związaną z ich rzeczywistymi poglądami – wydają się być nie do przecenienia.

Z kilku jednak powodów formy postępowania naprawczego w zakresie prawa karnego budzą poważne zastrzeżenia. Przede wszystkim w zakresie tej propozycji alternatywy wobec tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości karnej brak jest jasno sprecyzowanych czy wręcz czytelnie określonych celów. Mowa jest bowiem najczęściej o przywróceniu utraconego statusu ofierze, rozpoznaniu przez sprawcę wyrządzonego zła, uzdrowieniu konfliktowej sytuacji między ofiarą a sprawcą szkody, naprawieniu nadwyrężonego poczucia zaufania w społeczności, zabezpieczeniu społeczności przed dalszym postępowaniem szkodliwym, w końcu – o obniżeniu poczucia zagrożenia przestępczością[36]. Nie tylko wielość wskazanych zadań, przed którymi staje postępowanie naprawcze stanowi problem. Trudności wynikają zasadniczo z niejednoznacznego ich sformułowa-

[34] E. Durkheim, *Deus Lois de l'Evolution Penale'*, „L'Année Sociologique" IV, 1901, s. 65–95; angielskie tłumaczenie pt. *The Evolution of Punishment* [w] S. Lukes, A. Scull (red.), *Durkheim and the Law*, Oxford 1983.

[35] G. Teubner, *Sprawiedliwość alienująca*, „Ius et Lex" I, 2002, s. 107–132 i podana tam literatura dotycząca sygnalizowanego problemu.

nia, w związku z czym nie jest do końca jasne, co i w jaki sposób może być naprawiane. Gdy mowa jest np. o naprawieniu wyrządzonej szkody, nie jest sprecyzowany w żaden konsekwentny sposób rodzaj i charakter szkody, o której mowa. Może być to przecież postać szkody materialnej, która z reguły daje się w pełni naprawić. Pojęcie szkody występuje jednak niezależnie od przestępnego charakteru zachowania, które je powoduje. Podobnie szkoda co do zasady może być naprawiona przez dowolną osobę. Poza tym pojęcie szkody jest ujmowane przez zwolenników postępowania naprawczego zazwyczaj bardzo szeroko, dotycząc wszelkich form uszczerbku wyrządzonego ofierze, jej otoczeniu, porządkowi społecznemu lub prawidłowościom funkcjonowania społeczności, pewności prawa itp.[37]. Tymczasem to, co nas interesuje przy zagadnieniu sprawiedliwości karnej, to m.in. krzywda wyrządzona ofierze i wspólnocie – czyli szkoda istotowo związana z przestępstwem, w tym również jej wymiar ocenny[38]. Nawet jeśli porzucimy pojęcie przestępstwa na rzecz pojęcia konfliktu lub kłopotu – tak jak to czynią zwolennicy postępowania naprawczego – trudno jest jak sądzę zanegować wspomnianą wyjątkowość szkody o znaczeniu prawnokarnym, bowiem wówczas należałoby stwierdzić, że satysfakcjonujące rozwiązanie wypracowane w drodze postępowania pojednawczego może przewidywać naprawienie szkody przez inną osobę niż sprawca, co przeczy podstawowej relacji odpowiedzialności[39].

Inne problemy w teorii postępowania naprawczego powoduje brak sprecyzowanych i dostatecznie opisanych metod, które mogą być stosowane współcześnie (wśród nielicznych przykładów mowa jest o tzw. konferencjach pojednawczych, kołach naprawczych[40], jednakże metody te są opisywane kazuistycznie i najczęściej w kontekście danej wspólnoty kulturowej). Procedura postępowania naprawczego cechuje się oddaniem niezwykle szerokiej władzy dyskrecjonalnej w ręce prowadzącego to postępowanie, które to rozwiązanie, zwłaszcza przy braku większych gwarancji proceduralnych – budzi obawy o możliwość wykorzystania tej swobody postępowania dla redukcji odpowiedzialności i poddania

[36] A. von Hirsch, A. Ashworth, C. Shearing, *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice* [w] A. von Hirsch, J. V. Roberst, A. Bottoms (red.), *Restorative Justice and Criminal Law…*, *op. cit.*, s. 22–24.

[37] L. Walgrave, *Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain* [w] A. von Hirsch, J. V. Roberst, A. Bottoms (red.), *Restorative Justice and Criminal Law…*, *op. cit.*, s. 61.

[38] R. A. Duff, *Harms and Wrongs*, „Buffalo Criminal Law Review" V, 2002, s. 13–45.

[39] Mam na myśli relację sprawstwa, dla odpowiedzialności podstawową, obok kategorii podmiotu zdolnego ponosić odpowiedzialność – zob. J. Kochanowski, *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1985, *passim.*

[40] J. Consedine, *Sprawiedliwość…*, *op. cit.*, 176 i n.

pod negocjacje samego rozumienia sytuacji, w której strona(y) będzie odczuwać satysfakcję w wypracowanego rozwiązania.

Ostatecznie, również w świetle ostatnich uwag, niezwykle problematyczne okazują się kryteria ewaluacji postępowania naprawczego. Podobnie jak w przypadku zagadnienia celów tego postępowania i tu mamy do czynienia z dość różnorodnym zbiorem proponowanych odniesień do oceny jego sukcesu. Wśród nich wybija się na plan pierwszy wspomniana już kategoria rozwiązania satysfakcjonującego strony.

7. SPRAWIEDLIWOŚĆ NAPRAWCZA WOBEC SPRAWIEDLIWOŚCI RETRYBUTYWNEJ

Z tym ostatnim pojęciem – satysfakcji stron w wyniku wypracowanego w drodze postępowania naprawczego rozwiązania – wiąże się już znacznie szersza problematyka dotycząca pojęcia tzw. sprawiedliwości naprawczej. Wszystko bowiem, co zostało powiedziane o postępowaniu naprawczym jest według wielu autorów opowieścią właśnie o sprawiedliwości naprawczej. Decyzja, by jak dotąd unikać tego pojęcia, była jednakże zamierzona. Powstaje bowiem pytanie, czy mówiąc o sprawiedliwości naprawczej, operujemy pojęciem o charakterze proceduralnym czy materialnym. Można bowiem podnosić, że już samo zagwarantowanie odpowiedniej procedury zbiorowego rozwiązywania konfliktu przez wszystkie jego strony wyczerpuje to pojęcie, czyni zadość wymogom sprawiedliwości. Innymi słowy, nie jest ważny wynik i jego stosunek do jakichkolwiek istniejących norm i wartości, o ile strony uznają wypracowane rozwiązanie za satysfakcjonujące, tj. czyniące zadość temu, co ich zdaniem powinno być konsekwencją wyrządzonej szkody. Niektórzy teoretycy koncentrują się jednak przede wszystkim na wyniku postępowania naprawczego i jeśli poddają ją ocenie aksjologicznej, to mówią o naprawianiu pewnych relacji społecznych (przywróceniu utraconej własności, poczuciu bezpieczeństwa itp.) lub ugruntowywaniu wartości (godności, procedur demokratycznych itp.) – wszystko jednak na podstawie „poczucia, że sprawiedliwości stało się zadość”[41]. Tak ujęte pojęcie sprawiedliwości naprawczej nie wytrzymuje krytyki. O jakiej sprawiedliwości jest tu bowiem mowa, skoro ostatecznie zostaje ona zrównana z satysfakcją jednostki, poddana partykularyzmom, oderwana od jakichkolwiek bardziej generalnych norm i prawd? Czy można zgodzić się na to, że system sprawiedliwości (naprawczej) w zakresie reagowania na wydarzenia krzywdzące jednostkę pomija jakiekolwiek abstrakcyjne normy, zwłaszcza te o charakterze gwarancyjnym, których znaczenie wydaje się być tym bardziej istotne, że proces naprawczy jest istotnie

[41] J. Braithwaite, *Restorative Justice…*, *op. cit.*, s. 9.

odformalizowany i poddany dyskrecjonalnej władzy stron i sędziego. W moim przekonaniu, mianem sprawiedliwości naprawczej można określić jedynie takie systemy myśli lub postępowania, które przykładają przynajmniej równą uwagę do każdego z dwóch członów tej nazwy, jeśli nawet nie większą do pojęcia sprawiedliwości. Właściwą definicją byłoby wówczas stwierdzenie, że sprawiedliwość naprawcza jest „formą działania zorientowanego zasadniczo na wprowadzenie sprawiedliwości przez naprawienie szkody spowodowanej przez przestępstwo”[42]. Wcześniej omówione sposoby definiowania sprawiedliwości naprawczej, w świetle podniesionych zastrzeżeń, nadają się jedynie jako opis „postępowania naprawczego” lub „rozwiązania wypracowanego w ramach postępowania naprawczego”, które to pojęcie nie rości sobie pretensji do miana odmiany pojęcia sprawiedliwości.

Warto zwrócić uwagę na dwa zagadnienia związane z zaproponowaną definicją sprawiedliwości naprawczej. Po pierwsze, mowa jest w niej o kategorii przestępstwa jako wydarzeniu o charakterze publicznym a nie jedynie prywatnym. A zatem, o wydarzeniu nawiązującym do bardziej wspólnotowego postrzegania powstałej szkody, związanego z taką treścią norm, która nie jest jednoznaczna z ich indywidualnym postrzeganiem, jak też z bardziej złożonym pojmowaniem samej szkody niż tylko jako krzywdy wyrządzonej jednostce lub społeczności lokalnej. Po drugie, naprawienie szkody stanowi cel działania, który musi być odczytany zawsze w kontekście pojęcia sprawiedliwości, z czego wynikają określone ograniczenia jakościowe dotyczące sposobu naprawienia szkody i wymóg konieczności podjęcia działania zmierzającego do tego efektu. Co prawda, nawet jeśli „rodzaj i rozmiar obowiązku nałożonego na sprawcę jest określony stosownie do potrzeb **rozsądnego wyrównania**, zaś nie stosownie do potrzeb odpowiedniego traktowania, a zwłaszcza proporcjonalności kary”[43] (podkreślenie moje – M.K.), to przecież samo pojęcie „rozsądku” danego rozwiązania odwołuje się do epistemologicznego sposobu pojmowania sprawiedliwości[44]. W tym świetle, działalność władzy publicznej podejmowana w związku z popełnieniem przestępstwa – w tym również stosowanie sankcji karnych – jest rozumiana jako środek zmierzający do oddania sprawiedliwości ofierze, wyrównania doznanej krzywdy i powstałej szkody, wyrażający potępienie naruszenia norm, skierowany w tym sensie również do szerszej społeczności[45].

[42] G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and Outline for Systemie Reform* [w] tychże (red.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, New York 1999, s. 45–74, zwł. s. 48.

[43] L. Walgrave, *Imposing Restoration…*, *op. cit.*, s. 62.

[44] Tak jak się wydaje J. Kochanowski, *Standard rozsądnego człowieka w prawie karnym*, „Studia Iuridica” XX, 1991, s. 125–135

Trzeba zwrócić uwagę, że powszechnie stosowane rodzaje kary kryminalnej, takie jak kara pozbawienia wolności, ograniczenia wolności, niepowiązana z właściwie dobranymi czynnościami na rzecz społeczności lokalnej lub mniejszej wspólnoty, czy nawet grzywna – mogą powodować pewne ograniczenia dla realizacji sprawiedliwości naprawczej. Wskazuje się bowiem na fakt, że wstrzymują one zazwyczaj spontaniczne wysiłki sprawcy na rzecz wyrównania lub kompensacji, z reguły nie są w stanie przekazać dostatecznie jasnego przesłania potępienia wobec wszystkich osób zaangażowanych w przestępstwo, jak również przewidziana w nich ustawowo forma dolegliwości nie jest jedyną metodą wyrażenia stopnia winy sprawcy, a z pewnością najbardziej dolegliwą. W tym miejscu dotykamy najpoważniejszego zastrzeżenia kierowanego pod adresem retrybutywizmu przez przedstawicieli sprawiedliwości naprawczej, który chciałbym teraz w pełni rozwinąć. W systemach sprawiedliwości retrybutywnej dolegliwość (surowość) kary była tradycyjnie używana jako element porównania do ciężaru przestępstwa – odpowiednio zwiększana lub zmniejszana prowadziła w zasądzaniu do zapewnienia proporcjonalności kar i przestępstw. W procedurach sprawiedliwości naprawczej poszukujemy natomiast odpowiedniej relacji między naturą i ciężarem wyrządzonej szkody a wysiłkami mającymi na celu jej wyrównanie. Nie znaczy to, że fakt dolegliwości działań, których wymaga wyrównanie, jest bez znaczenia, ale głównie bierze się ją pod uwagę jako ewentualny czynnik, który może wpływać na zmniejszenie ciężaru obowiązku nałożonego na sprawcę[46]. Taka relacja między argumentacją związaną z koniecznością wyrównania szkody i argumentacją przemawiającą na rzecz konkretnej dolegliwości wymuszonego obowiązku jest związana z przekonaniem, że nad wymierzaniem dolegliwości związanej z wyrządzonym wcześniej złem przeważa pod względem etycznym obowiązek wyrównania[47].

W ten sposób przybliżyliśmy się do istoty zastrzeżenia formułowanego przez przedstawicieli sprawiedliwości naprawczej. Apriorycznie przyjęte twierdzenie, jakoby przestępstwo musiało być ukarane, jest możliwe do podważenia etycznie i pod względem instrumentalnym niezwykle nieefektywne[48]. Potępienie społeczne może być wyrażane przez inne formy i kanały komunikacji społecznej. Ponieważ celowe wymierzanie bólu rodzi wątpli-

[45] L. Walgrave, *Imposing Restoration…*, *op. cit.*, s. 61.

[46] Tak np. J. Dignan, *Towards a Systemic Model of Restorative Justice* [w] A. von Hirsch, J. V. Roberst, A. Bottoms (red.), *Restorative Justice and Criminal Law…*, *op. cit.*, s. 143–148.

[47] L. Walgrave, *Imposing Restoration…*, *op. cit.*, s. 64.

[48] L. Walgrave, *On Restoration and Punishment: Favorable Similarities and Fortunate Differences* [w] A. Morris, G. Maxwell (red.), *Restorative Justice for Juveniles*, Oxford 2001, s. 17–37.

IUS.indd 125 2006-02-06 10:44:27

wości, alternatywne metody odpowiedzi na winę sprawcy powinny zyskać pierwszeństwo. To stanowisko mogłoby być zweryfikowane wówczas, gdyby okazało się, że kara kryminalna byłaby jedyną albo najbardziej efektywną metodą obniżania stopnia wiktymizacji. Tak apriorycznie przyjęty i zbudowany system sprawiedliwości karnej jest formą sprawiedliwości nakładanej odgórnie, związanej ze sprawiedliwością zasad a nie sprawiedliwością społeczną, opartej na wdrażanej idei rządów prawa w sposób oderwany od społecznego kontekstu możliwych rozwiązań problemu[49]. Pierwszeństwo dane rozwiązaniom nakierowanym na realne wyrównanie szkody spowodowanej przestępstwem jest tymczasem związane raczej z rzeczywistością społeczną niż abstrakcyjnym porządkiem moralnym lub prawnym jakiegokolwiek rodzaju. Sprawiedliwość naprawcza nie wyczerpuje się jednak jedynie w przyjęciu określonego rodzaju wypracowywania i wprowadzania sprawiedliwych rozwiązań w społeczeństwie. Jest ona postrzegana – jak czyni to reprezentatywnie L. Walgrave – jako ideał sprawiedliwości w utopijnym społeczeństwie, w którym autonomia jednostki i solidarność są postrzegane jako wzajemnie wspierające się zasady organizacji życia społecznego[50]. Wytycznymi zachowań w takim społeczeństwie miałyby być: respekt, solidarność i działanie odpowiedzialne (również w sensie przyjmowania odpowiedzialności za swoje zachowanie[51]). Respekt wyraża uznanie wewnętrznej wartości każdego człowieka, związane z tym, że poszanowanie godności człowieka jest podstawowym obowiązkiem, na którym powinny opierać się wszystkie instytucje społeczne. Solidarność jest bardziej szczegółową dyrektywą postępowania niż wspomniany respekt, zakłada bowiem określoną, programową formę obywatelstwa i wzajemności. W końcu, odpowiedzialność jest formą odpowiadania przez każdego w sposób wolny na obowiązki utworzone przez warunki życia społecznego, zwłaszcza tego, którego funkcjonowanie poddane jest idei solidarności.

Warto zwrócić jeszcze w tym miejscu uwagę na pojęcie pasywnej i aktywnej formy odpowiedzialności – pasywna oznacza skonfrontowanie sprawcy z jego czynem przez innych; aktywna jest konsekwencją świadomości relacji zachodzącej między dokonywanymi wyborami a swoją osobą i przybiera postać zachowania z tym zgodnego[52]. W tym kontekście można utrzymywać, że obecnie sprawiedliwość – zwłaszcza sprawiedliwość rozdziału dóbr i wymiaru kar – jest oddzielną regułą etyczną tylko z tego

[49] L. Walgrave, *Imposing Restoration…*, *op. cit.*, s. 66 i n.
[50] *Ibidem*, s. 69 i n.
[51] R. Ingarden, *Książeczka o człowieku*, Kraków 1987.
[52] J. Braithwaite, D. Roche, *Responsibility and Restorative Justice* [w] G. Bazemore, M. Schiff (red.), *Restorative Community Justice: Repairing Harm and Transforming Communities*, Cincinnati 2001, s. 63–84.

powodu, że takie wartości, jak respekt, solidarność i odpowiedzialność – nie są wystarczająco realizowane w życiu społecznym i indywidualnym[53]. Innymi słowy, ponieważ ludzie nie korygują spontanicznie swojego zachowania do wspomnianych wartości, zachodzi potrzeba podkreślania zasad sprawiedliwości (oddać każdemu, co się mu należy; zrezygnować z tego, co się mi nie należy) i promowania ich w życiu społecznym wraz z bardziej szczegółowymi regułami i metodami równoważenia uprawnień i obowiązków.

Refleks tego stwierdzenia można dostrzec przy analizowaniu odpowiedzi na pytanie, czy wspomniane wartości są w jakiś sposób uwzględnione przy systemie sprawiedliwości retrybutywnej. Traktowanie sprawcy jako odpowiedzialnego podmiotu moralnego, obywatela z gwarancjami osobistymi i politycznymi, w sposób sprawiedliwy (tj. stosownie do wyrządzonego bezprawia) – jest formą wyrażania wobec niego respektu. Jednakże ten respekt sięga jedynie do wymierzenia mu kary proporcjonalnej, a zatem traktowanie go jako podmiotu moralnego, tj. otwartego na argumentację racjonalną i moralną (dotyczącą rozpoznania wartości danego czynu), pozwala uznać go winnym czynu, ale już nie na jego udział w stworzeniu konstruktywnej odpowiedzi na skutki przestępstwa. Gdyby podobnie zapytać się o odpowiedzialność – zdolność odpowiadania w sposób wolny na obowiązki stworzone przez życie społeczne – należałoby stwierdzić, że jest to kategoria fundamentalna dla sprawiedliwości retrybutywnej. Sprawca jest pociągany do odpowiedzialności przez obowiązek przyjęcia negatywnych konsekwencji swojego zachowania, ale znowu odpowiedzialność ta nie jest rozszerzona – jak miałoby mieć to miejsce w sprawiedliwości naprawczej – do formy odpowiedzialności aktywnej[54].

8. KONKLUZJE

W ten sposób dochodzimy do konkluzji, że należy zaprzestać przeciwstawiania sobie jako wykluczających się pojęć sprawiedliwości retrybutywnej i sprawiedliwości naprawczej. Tak ostro zarysowany spór między tymi dwoma ideami nie jest uprawniony, bowiem wyrażają one w zasadzie dynamikę pojmowania sprawiedliwości, a nie konfliktowe poglądy odnoszące się do jej sensu. Niewątpliwie pozostaje jednak pewna poważna wątpliwość do rozwiązania. Jest nią pytanie o charakterze etycznym, które można – w zależności od przyjętej perspektywy rozważań – postawić w następujący sposób: Czy forma restytucji (tj. podjęcie się formy odpowiedzialności aktywnej) może być wymuszona na sprawcy, czy

[53] L. Walgrave, *Imposing Restoration…*, *op. cit.*, s. 69–70.
[54] J. Braithwaite, D. Roche, *Responsibility and Restorative Justice…*, *op. cit.*

też będzie to stanowiło zaprzeczenie zasad sprawiedliwości naprawczej?, albo też w takim kształcie: Czy wymiar sprawiedliwości naprawczej nie powinien mieć wpływu na kształt i formę kar wymierzanych w tradycyjnym systemie sprawiedliwości karnej[55]? Przyjęty profil niniejszych rozważań skłania ku poszukiwaniu odpowiedzi na drugie pytanie. Warto jest przy tym podkreślić znaczenie podanej wątpliwości: „Trudno nie stwierdzić, że w świecie współczesnym zostało rozbudzone na wielką skalę poczucie sprawiedliwości […]. Trudno wszakże nie zauważyć, iż bardzo często programy, które biorą początek w idei sprawiedliwości, które mają służyć jej urzeczywistnieniu we współżyciu ludzi, ludzkich grup i społeczeństw, ulegają w praktyce wypaczeniu […]. Ten rodzaj nadużycia samej idei sprawiedliwości oraz praktycznego jej wypaczenia świadczy o tym, jak dalekie od sprawiedliwości może stać się działanie ludzkie, nawet jeśli jest podjęte w imię sprawiedliwości"[56]. Twierdzenie to nie deprecjonuje sprawiedliwości, nie pomniejsza znaczenia porządku na niej budowanego, wskazuje tylko w innym aspekcie na tę samą potrzebę sięgania do głębszego uwarunkowania – ukierunkowania na dobro człowieka, zarówno ofiary, sprawcy przestępstwa, jak też wszystkich, których jego skutki dotykają, choćby tylko na płaszczyźnie normatywnej – które warunkuje porządek sprawiedliwości. W związku z powyższym być może wyzwanie skierowane przez przedstawicieli kierunku sprawiedliwości naprawczej wobec sprawiedliwości retrybutywnej należy postrzegać nie jako wskazywanie na potrzebę stworzenia alternatyw dla kar kryminalnych, ale alternatywnych metod, rodzajów i sposobów karania, które osadzone w sprawiedliwościowym modelu prawa karnego – będą funkcjonowały również w wymiarze restytucyjnym[57].

ABSTRACT

The author describes the phenomenon of abolitionism in social and penal thinking, especially those ideas which contradict the underpinnings of retributive criminal justice: concept of crimes as public and shared wrongs, the very sense of responsibility and the polity's duty to react on social events. He mainly concentrates on idea of restorative justice.

[55] K. Daly, *Revisiting the Relationship between Retributive and Restorative Justice* [w] H. Strang, J. Braithwaite (red.), *Restorative Justice: From Philosophy to Practice*, Darthmouth 2000, s. 34–39.
[56] Jan Paweł II, *Dives in Misericordia*, pkt 12.
[57] R. A. Duff, *Punishment, Communication…*, *op. cit.*, s. 34.

According to Antony Duff, he understand abolitionism challenge as we are not to look for alternatives to punishment but for alternative punishments. In consequence, he explores suggestion that restorative and criminal justice may be understood as reconcilable paradigms and dynamics of concept of justice.

IUS.indd 129 2006-02-06 10:44:32







Andrew Ashworth

KRYTERIA USTALENIA PROPORCJONALNOŚCI WYROKU

SPIS TREŚCI

1. Uwagi wstępne 133
2. Proporcjonalność porządkująca i fundamentalna 133
3. Szacując ciężar czynu zabronionego 135
A. Oceniając rozmiar szkody 136
B. Oceniając stopień winy sprawcy 138
C. Relacja między krzywdą a stopniem winy 139
4. Proporcjonalność i jej odniesienie do innych czynów 140
5. Proporcjonalność, przesłanki łagodzące i szersze koncepcje sprawiedliwości 143
A. Czynniki sprawiedliwościowe 143
B. Czynniki wspierające niezakłóconą pracę wymiaru sprawiedliwości karnej 145
C. Czynniki oddziaływania kary na osoby trzecie 146
6. Konkluzje 147

Tłumaczenie: Lubomir Schreiber

IUS.indd 131 2006-02-06 10:44:33



ANDREW ASHWORTH

Edmund-Davies Professor of Criminal Law and Criminal Justice w londyńskim *Kings College* do 1997 roku, obecnie *Vinerian Professor of English Law* na Uniwersytecie w Oksfordzie. Od 1993 roku członek Akademii Brytyjskiej, a od 1997 roku *Queen's Counsel.*

Opublikował m.in. książki *Sentencing and Criminal Justice; The Criminal Process, Principles of Criminal Law, Human Rights and Criminal Proceedings* (z Ben Emmerson).

WPROWADZENIE

Autor podejmuje analizę praktycznych zagadnień związanych z urzeczywistnieniem zasady proporcjonalności w funkcjonowaniu systemu sprawiedliwości karnej. Rozróżnia dwa wymiary zasady proporcjonalności: proporcjonalność relatywną i materialną. Z tej perspektywy podejmuje się określenia ciężaru przestępstwa, zwłaszcza stopnia winy i rozmiaru wyrządzonej lub zamierzonej krzywdy, oraz wzajemnych relacji zachodzących między tymi elementami. Jego zdaniem, ocena tych elementów w wielu wypadkach musi zostać poddana czynnikom zewnętrznym wobec subiektywizmu winy – czynnikom sprawiedliwościowym, czynnikom wspierającym niezakłóconą pracę systemu sprawiedliwości karnej oraz czynnikom oddziaływania kary na osoby trzecie.

1. UWAGI WSTĘPNE

Celem tego artykułu jest zbadanie wybranych aspektów zasady proporcjonalności przy wymiarze kary. Nie będzie tutaj czyniona żadna próba skonstruowania uzasadnienia dla logicznych podstaw wymiaru kary ani podejmowana argumentacja na korzyść poszczególnych wersji zasady proporcjonalności. Inni autorzy, jak Antony Duff i Andrew von Hirsch, zajmują się w swych pracach tymi fundamentalnymi kwestiami.

Uznano, że w nauce prawa karnego osiągnięto stan, który w sposób przekonywający prezentuje zalety zasady proporcjonalności. Pozostaje wobec tego odpowiedzieć na pytanie o jej stosunek do praktycznych problemów wymiaru kary.

2. PROPORCJONALNOŚĆ PORZĄDKUJĄCA I FUNDAMENTALNA

Zasada proporcjonalności w swym podstawowym znaczeniu dzieli się na proporcjonalność relatywną i proporcjonalność materialną. Najogólniej rzecz biorąc, proporcjonalność relatywna odnosi się do uszeregowania czynów zabronionych (sankcji) jako mniej lub bardziej poważnych względem pozostałych. Natomiast proporcjonalność materialna odnosi się do rozmiaru kary, która będzie uważana za propor-

cjonalną do czynu z pewnych zasadniczych względów. Dlatego można krytykować kary jako nieproporcjonalne co najwyżej na dwa sposoby. Jeśli krytyka opiera się na tym, że kary dla złodziei sklepowych są wyższe niż dla gwałcicieli lub sprawców innych poważnych przestępstw na tle seksualnym – zarzuty te dotyczą dysproporcjonalności relatywnej. Jeśli jednak krytyka będzie dotyczyć tego, że wyrok za nielegalne parkowanie w stanie Transylwania w wymiarze sześciu miesięcy pozbawienia wolności jest za wysoki, albo że kara grzywny w wysokości 50 euro za gwałt w Erewhon jest za niska – zarzuty te oparte będą na dysproporcjonalności materialnej. Obie linie krytyki wskazują, że doszło do zniekształcenia oszacowania konkretnych dóbr i interesów, ale zwracają uwagę na różne rodzaje owych wypaczeń[1].

Aby przełożyć założenia proporcjonalności relatywnej i materialnej na system rzeczywiście funkcjonujący, należy rozwiązać wiele innych kwestii. Dla przykładu, oba rodzaje proporcjonalności wymagają nie tylko uszeregowania przestępstw i kar, ale także zastanowienia się nad wzajemnymi oddziaływaniami między czynami zabronionymi oraz nad ich rozmieszczeniem na skali kar. W ten sposób, aby zbudować skalę proporcjonalności relatywnej, należy nie tylko zdecydować, czy czyn A jest poważniejszy od czynu B, ale także o ile czyn A jest poważniejszy od czynu B. Rezultat porównania jest szczególnie ważny przy pracy nad skalą przestępstw. Tu bowiem należy podjąć decyzję nie tylko dotyczącą zakresu sankcji i kar, które mogą być wymierzone, ale również konstytuującą pewne zasadnicze punkty systemu (na przykład, czy w normalnych wypadkach maksymalną karą za dane przestępstwo powinno być 20 lat pozbawienia wolności, 10 lat pozbawienia wolności, 5 lat, itd.), którym należałoby podporządkować inne sankcje. Pytanie o te punkty jest przez to niezmiernie ważne dla całej struktury karania, szczególnie gdy posiada własną normatywną podbudowę. Wielu teoretyków proporcjonalności przestrzega zasady ograniczenia w stosowaniu kar. Taka zasada wymaga uzasadnienia, które zawierać będzie poszanowanie wolności jednostki oraz rozwagę w stosowaniu najbardziej efektywnej kary (biorąc np. pod uwagę jej konsekwencje społeczne)[2].

Pojawiają się kolejne pytania – jeśli na przykład czyn A ma ledwo zauważalną większą wagę niż czyn B, ale czyn B jest znacznie poważniejszy niż czyn C – jak sprawiedliwie pogodzić to na skali kar? W niektórych krajach struktura skali kar pozostawała przez wiele lat w stanie niemalże niezmienionym, dlatego penalizacja zachowań dotychczas nie spotykanych zdaje się rozcinać konwencjonalną skalę. W Anglii na przykład, wiele maksymalnych granic dla kar zostało ustanowionych między siedmioma a czternastoma latami pozbawienia wolności, co miało związek

[1] Zob. A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Cambridge 1993, roz. 2 i 5.
[2] Zob. A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, London 2000, s. 80–84.

z terminami transportów więźniów do Australii na przełomie XVIII i XIX wieku. Legislatywa angielska w wielu przypadkach w dalszym ciągu preferuje kary wynoszące siedem lat zamiast sześciu bądź ośmiu, oraz czternaście lat, a nie dwanaście czy piętnaście. Ci, którzy studiowali psychofizykę, wiedzą, że skale kar wykazują tendencję do skupiania się wokół konwencji lub „pożądanych" liczb. Wiedzą oni także, jak bardzo sąd, który potrzebuje wskazać „choćby niewielką różnicę" w wymiarze kary, będzie dążyć do jej podniesienia bądź obniżenia, aby zbliżyła się do tego „preferowanego" wymiaru[3]. Nie istnieje jednak żaden dobry powód, dla którego poszczególne systemy prawne powinny obstawać przy stosowaniu konwencjonalnych skal kar, jak również nie istnieje powód dla którego należałoby poddać owe konwencje ponownej ocenie.

Rezultat rozmaitych kalkulacji proporcjonalności porządkującej i fundamentalnej stanowić będzie swego rodzaju strukturę lub lepiej taryfę. Tam, gdzie takie taryfy pozostawały w użyciu przez wiele lat, wyrażały one, a nawet kształtowały społeczne sądy o względnym potępieniu danych czynów. W szczególności medialne doniesienia o karaniu mówiły o relacji kary do wagi przestępstwa. Jednym ze źródeł publicznego niezrozumienia jest postrzeganie czynników łagodzących jako niesłusznie obniżających karę, gdy faktycznie tak nie jest. Z drugiej strony, kiedy przestępca jest nieuleczalnie chory albo opiekuje się kimś takim, media oczekują dużo niższej kary. Czy wobec tego sądy powinny dążyć do zapewnienia, że kary mają jednakowy wpływ na znajdujących się w różnych warunkach sprawców, czy też może powinny pozostawić tego rodzaju sprawy uznaniu władz wykonawczych[4]. W zasadzie sądy powinny dokonywać takiej korekty i w związku z tym zapewniać ogłaszanie uzasadnień dla jakiegokolwiek złagodzenia kary. W ten sposób można będzie zachować symboliczne znaczenie kary, przy założeniu, że media nie zawiodą przy podawaniu do publicznej wiadomości powodów takiego złagodzenia.

3. SZACUJĄC CIĘŻAR CZYNU ZABRONIONEGO

Jedną z najbardziej kłopotliwych kwestii w stosowanej teorii kary jest podejście do oszacowania ciężaru czynu zabronionego. Mimo że w niniejszym artykule prezentowane są ogólne założenia wymiaru kary, główny nacisk położony zostanie później na jedno, szczególne źródło krytyki – tzw. tezę o niewspółmierności[5]. Analiza zostanie podzielona

[3] *Ibidem*, s. 101–103.

[4] Zob. A. Ashworth, E. Player, *Equal Treatment and the Impact of Sanctions* [w] A. Ashworth, M. Wasik (red.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford 1998.

[5] [*incommensurability thesis* – przyp. tłum.]

na szkodę i winę, pojęcia będące dogodnymi, ale w ostateczności niedokładnymi określeniami składników złego postępowania.

A. OCENIAJĄC ROZMIAR SZKODY

Banalne wydaje się stwierdzenie, że zakres interesów chronionych przez prawo karne jest szeroki i wewnętrznie zróżnicowany. Istnieją czyny, które zostały zabronione z powodu ochrony interesów indywidualnych (morderstwo, gwałt, zranienie), istnieją również takie, zabronione z uwagi na ochronę interesów państwowych (składanie fałszywych zeznań, defraudacja środków finansowych państwa, uszkadzanie państwowych budynków), jak również takie, których popełnienie jest sprzeczne z zakazem działania przeciwko interesowi zbiorowemu (jak np. zanieczyszczanie środowiska naturalnego, przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji). Jednakże kryminalizacja czynów zagrażających interesowi indywidualnemu w zasadzie chroni również interesy, o których możemy powiedzieć, że są wspólne dla szerszej społeczności. I tak, nawet przestępstwa polegające na naruszaniu własności jednostek mogą być postrzegane jako „złe dla całej społeczności, do której ta jednostka należy", odczuwalne przez innych członków społeczności, z którymi poszkodowana jednostka się identyfikuje[6]. Chociaż stanowi to niezbędną część uzasadnienia dla potrzeby istnienia prawa karnego, to nie pomaga ustanowić granicy podziału, które zamachy na indywidualny interes powinny być penalizowane, a które nie. Pokazuje to raczej rozmiar krzywdy wyrządzanej przez popełnienie konkretnego czynu zabronionego, którego nie można nie zauważyć.

Niezmiernie trudno jest opracować jednolite ramy myślowe, determinujące względną wagę wszystkich przestępstw, uznające różnorodność interesów chronionych przez większość systemów prawa karnego. Istotny krok naprzód uczynili Andrew von Hirsch i Nils Jareborg w 1991 roku, kiedy to opublikowali teoretyczną strukturę dla oszacowania relatywnej wagi przestępstw[7]. Starają się oni dowieść, że w takim przypadku należy rozważyć wpływ przestępstwa na standard życiowy typowej ofiary, co pozwoli na rozmieszczenie większości przestępstw według ich wagi na odpowiedniej skali. Struktura taka jest pomocna przy przestępstwach, których ofiarami były jednostki, wobec czego potrzebny jest jeszcze schemat zajmujący się

---

[6] S. Marshall, R. A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, „Canadian Journal of Jurisprudence" 1998, nr 11, s. 7; dalsze omówienie zob. A. Ashworth, *Rights, Responsibilities and Restorative* Justice, „British Journal of Criminology" XLIII, 2002, s. 578.

[7] A. von Hirsch, N. Jareborg, *Gauging the Seriousness of Harm: A Living-Standard Approach*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1991, XI, s. 1.

zarówno przestępstwami przeciwko interesowi państwowemu, jak i przeciwko interesowi zbiorowemu[8]. Finalnym zadaniem będzie skonstruowanie metod łączących jeden zbiór interesów z drugim.

Oczywista trudność przy tworzeniu takich oszacowań i mało zaawansowany stan ich rozwoju teoretycznego czynią atrakcyjnym pomysł zaadoptowania tezy o niewspółmierności – rozumowania, w którym brak jest dających się obronić rozumowo metod analizy względnego wyważenia tak różnorodnych przestępstw. Teza o niewspółmierności może być jednak pomocna na wielu płaszczyznach. Wartości stanowiące podstawę do oszacowania ciężarów przestępstw są traktowane jako kulturowo specyficzne, uwarunkowane historycznie i ograniczone rozmaitymi tradycyjnymi założeniami. Jeśli podjąć próbę skonstruowania teoretycznego schematu dla porównywania karygodności czynów w ramach jednego kraju, przypominałoby to polowanie na dzikie gęsi. Na najbardziej podstawowym poziomie ciężko jest w sposób przekonujący umieścić kary za okrutne przestępstwa na równi z tymi przeciwko własności prywatnej. Kiedy natomiast mówimy o takich przestępstwach, jak skażenie ujęć wody pitnej, wykradanie tajemnic wojskowych czy malowanie rasistowskich graffiti, ustawienie ich na jednym poziomie staje się absolutnie niemożliwe.

Czy jednak teza o niewspółmierności pozostaje nie do odparcia? Myślę, że nie. Choć wydaje się być atrakcyjna na poziomie abstrakcji, przy transponowaniu jej do teorii kary rozpada się na dwie płaszczyzny. W pierwszym przypadku, istnieją już pewne relacje ustanowione pomiędzy różnymi przestępstwami. Można je znaleźć w praktyce wymiarów sprawiedliwości większości państw. To skłania do postawienia zarzutu, że nie da się skonstruować żadnego schematu kar. Druga płaszczyzna, blisko związana z pierwszą, stanowi, że już samo ludzkie pojęcie sprawiedliwości zawiera w sobie taką rozumową ramę. Ludzie krytykują kary jako niesprawiedliwe bądź niekonsekwentne, przy czym krytyka taka zakłada, że istnieje pewien sposób oceny tych względnych wartości.

Autorzy tezy o niewspółmierności potrzebować będą dalszych, bardziej przekonujących argumentów, wobec czego sugeruję, aby przybrało to następującą formę. Na pewno możliwa jest zgoda na osądy, które prezentować będą dysproporcje między wartościami – na przykład, jeśli praktyka wymiaru kary rutynowo traktuje kradzież sklepową jako przestępstwo poważniejsze od gwałtu. Na podstawie modelu von Hirscha i Jareborga istnieje możliwość opracowanie argumentów teoretycznych popierających tę tezę. Prawdą jest natomiast, że współcześnie nie jest dostępny żaden podobny model odnoszący się do przestępstw przeciwko interesowi państwowemu. Nie zaprzecza to jednak wartości pozostałych

[8] Zob. N. Lacey, *State Punishment*, London 1988, roz. 8.

schematów, którymi dysponujemy. Nie byłoby zatem rozsądne twierdzić, że już nigdy nie będzie można stworzyć schematów użytecznych dla oceny przestępstw przeciwko interesowi państwowemu bądź zbiorowemu.

Co więcej, istnieje inna, bardziej pragmatyczna droga. Uznając, że większość systemów karania może *de facto* opracować ranking przestępstw, należy to lepiej wyjaśnić i zbadać. Niemal na pewno możliwe jest postawienie ważnych pytań dotyczących kilku relacji, które jak się okazało – zachodzą. Można postawić te pytania przez odniesienie do wartości, które są pożądane przez system: Czy właściwe jest wymierzanie surowszej kary za kradzież kieszonkową niż za kradzież z włamaniem? Jakimi priorytetami taki system się kieruje? Można podążyć dalej tym tropem przez odwołanie się do badań empirycznych. Jeśli zatem badania pokazują, że ofiary kradzieży z włamaniem doświadczają większej traumy niż ofiary kradzieży kieszonkowych, trzeba się tu zastanowić nad relacją kar. Podobnie, jeśli wykazane zostanie, że zanieczyszczenie okolicznych strumieni powoduje powszechny niepokój wśród lokalnych mieszkańców, ocena zagrożenia ich zdrowia albo podstawowych środków egzystencji, może również wywołać pytania. Żaden z punktów widzenia przedstawionych w niniejszym paragrafie nie jest zdolny do wykształcenia jednego spójnego systemu służącego do oceny relacji przestępstwo – jego waga. Jednakże pokazują one, jaki postęp można osiągnąć w tej dziedzinie, i jak teoria może wzajemnie oddziaływać z praktyką. Zasadnicze argumenty mogą być rozmieszczone zgodnie z ponownym dostosowaniem istniejących taryf bądź struktur, nawet jeśli możliwość stworzenia spójnego, normatywnego schematu wydaje się być odległa.

B. OCENIAJĄC STOPIEŃ WINY SPRAWCY

Tutaj punktem wyjścia powinny być pojęcia stosowane w prawie karnym, takie jak zamiar (*dolus*) czy wina nieumyślna (*culpa*). Poza tym powinna istnieć możliwość poczynienia drobnych, ale przez to precyzyjnych gradacji, odróżniających premedytację od impulsywności, dobrą i złą wiarę, a także rozróżniających stopień ryzyka. Chociaż te kwestie nadal budzą liczne wątpliwości, ramy niniejszej pracy nie pozwalają na ich zaprezentowanie. Należy wspomnieć niektóre środki obrony przed odpowiedzialnością w prawie karnym, jak na przykład usprawiedliwienie dla swojego działania bądź udowodnienie braku winy sprawcy, tudzież poszukiwanie innych podstaw logicznych. W przypadku częściowego usprawiedliwienia, co do zasady stopień winy sprawcy powinien być zredukowany, a w skrajnych przypadkach powinien powodować kompletną ekskulpację.

Czynnikiem relewantnym w stosunku do stopnia winy jest także rola, jaką sprawca odgrywa w przestępstwie. Generalnie sprawca powinien zo-

stać potraktowany jako „bardziej winny", kiedy był organizatorem, przywódcą, „ojcem chrzestnym" czynu zabronionego, podczas gdy jeśli był tylko zwykłym uczestnikiem, pomocnikiem bądź wspólnikiem powinien być uważany za „mniej winnego". Innym, należącym do tego zagadnienia czynnikiem jest funkcja jaką sprawca pełnił przy dokonywaniu czynu zabronionego. Dlatego czyn popełniony przez osoby występujące z pozycji zaufania publicznego (w szczególności policjanci), powinno uważać się za poważniejszy. Niektóre z tych propozycji wymagają szczegółowej argumentacji, która została szerzej zarysowana w innych moich pracach[9].

C. RELACJA MIĘDZY KRZYWDĄ A STOPNIEM WINY

Chociaż w wielu sprawach analiza czynu zabronionego w odniesieniu do wyrządzonej krzywdy i stopnia winy sprawcy jest wystarczająca do ustalenia odpowiedzialności, istnieje również wiele innych zagadkowych spraw, gdzie powyższy sposób zawodzi. Problem tzw. moralnego szczęścia[10] wywołuje trudności, jakkolwiek takie uzasadnienie dla kary zostało zaakceptowane. W ten sposób, większość systemów prawa karnego karze sprawcę nawet za usiłowanie dokonania przestępstwa, nawet jeśli nie wyrządził on jeszcze krzywdy. Z drugiej strony, część systemów karnych pozwala na ukaranie sprawcy za zabójstwo nawet przy braku wspomnianych *dolus* i *culpa*. Analiza typu „krzywda plus wina" nie może tutaj znaleźć zastosowania. W jaki sposób wobec tego problem „moralnego szczęścia" może być rozwiązany w teorii wymiaru kary?

Jest to kolejna kwestia, która nie może być przedstawiona pełniej ze względu na ramy niniejszego artykułu, ograniczę się więc tylko do schematu[11]. To co można nazwać spojrzeniem subiektywistycznym – które popieram – zakłada, że sprawca powinien być ukarany na podstawie tego, czego próbował dokonać. Dzieje się tak, jeśli sprawcy D i E strzelają każdy z osobna do osób X i Y, przy czym strzał sprawcy D zranił osobę X, a sprawcy E z ledwością minął osobę Y. Różnica między zamiarem a rezultatem nie powinna mieć wpływu na wymiar kary. To prawda, że sprawcy D udało się dokonać czynu, w wyniku czego zranił on swoją ofiarę, sprawca E zaś nie trafił do celu, wobec czego popełnił czyn polegający jedynie na próbie zranienia. Jednakże w warunkach winy nie istnieje żadna moralna granica między sprawcami D i E. Każdy z nich starał się osiągnąć ten sam cel. Różnica w rzeczywistym rezultacie powinna być

---

[9] A. Ashworth, *Sentencing…*, *op. cit.*, roz. 5.

[10] [*moral luck* – przyp. tłum.]

[11] Zob. A. Ashworth, *Taking the Consequences* [w] S. Shute, J. Gardner, J. Horder (red.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford 1993; R. A. Duff, *Criminal Attempts*, Oxford 1996, roz. 4 i 12.

zignorowana, ponieważ nie ma ona żadnego wpływu na stopień ich winy. Jedyną właściwością sprawców, podlegającą ocenie i mającą wpływ na wymiar kary, będzie samokontrola i umiejętność posługiwania się bronią. Czyn ten składa się z prób: zarówno sprawca D, jak i E, można powiedzieć, do pewnego stopnia próbowali osiągnąć zamierzony rezultat i obaj zasłużyli na tę samą karę.

W praktyce oznacza to, że gdy występuje wina bez krzywdy, czyn powinien być zarzucalny w granicach konsekwencji, które sprawca przewidział i świadomie ryzykował ich wystąpienie. Zwolennicy spojrzenia obiektywistycznego argumentują jednak, że niewłaściwym jest pominięcie oceny rzeczywistych konsekwencji czynu. Dlatego też „ten, kto umyślnie albo lekkomyślnie wyrządził materialną szkodę innym, powinien być traktowany bardziej surowo niż ten, kto nie wyrządził szkody, a jedynie próbował ją wyrządzić. Warunkuje to bowiem większą odpowiedzialność". Nie ma to na celu wskazywania, że elementy winy są nieistotne, ale to, że „potępienie, jako społeczna odpowiedź dana sprawcy zła, jest odpowiednio skupione zarówno na sprawstwie jako całości, jak również na zaangażowaniu otoczenia"[12]. Z tego punktu widzenia, powinna zawsze istnieć różnica w karze wymierzonej sprawcy D, który rzeczywiście wyrządził zamierzoną krzywdę, a karze wymierzonej sprawcy E, któremu się to nie udało. Subiektywista będzie protestował, że ich stopień winy jest taki sam. Zwolennik teorii obiektywnej natomiast odpowie, że oczywiście, stopień winy sprawców bezpośrednio przed czynem był taki sam, jednakże skoro czyn sprawcy D miał konsekwencje w świecie rzeczywistym, zasłużył on na większą karę niż sprawca E. Te dwa podejścia wskazują na fundamentalną różnicę pomiędzy sprawczym działaniem człowieka a odpowiedzialnością moralną, różnicę, na którą wymiar sprawiedliwości powinien choćby spojrzeć. Zasygnalizowałem moje preferencje co do podejścia subiektywnego, zwracam jednak jeszcze raz uwagę, że czy opowiemy się za podejściem subiektywnym, czy też obiektywnym, każde z nich prezentuje konkretne zalety w determinowaniu wagi czynu zabronionego.

4. PROPORCJONALNOŚĆ I JEJ ODNIESIENIE DO INNYCH CZYNÓW

Dyskusja na temat teorii proporcjonalności jest generalnie prowadzona w odniesieniu do karania za konkretne sprawstwo. Kiedy bierzemy pod uwagę proporcjonalność relatywną, powstaje pytanie, czy czyn zabroniony jednego typu powinien być umieszczony w naszym rankingu

[12] A. Ashworth, *Taking…*, *op. cit.*, s. 345.

wyżej od innego typu przestępstwa. A co się dzieje, jeśli przestępstwa okażą się być relewantne? Trzeba tu zastanowić się nad dwoma rodzajami okoliczności. Pierwszy to taki, kiedy sąd musi orzec karę za dwa lub więcej czyny, o popełnienie których sprawca właśnie został oskarżony – mamy tu do czynienia z czynami zabronionymi, popełnionymi w określonym odcinku czasu. Drugi natomiast charakteryzuje się powrotem sprawcy do przestępstwa, tj. kiedy sąd orzeka karę wobec sprawcy, który już kiedyś był sądzony i skazany za inne czyny.

Problem karania sprawców wielu czynów zajmuje poczesne miejsce w literaturze[13]. Potwierdzono tam między innymi, że teoria proporcjonalności nie stanowi dla niego przekonującego rozwiązania. Istota teorii proporcjonalności została rozwinięta w odniesieniu do konkretnych czynów zabronionych, wobec czego próby wprowadzenia do niej wymiaru wielu sprawstw nie za bardzo pasują do jej wewnętrznej logiki. Można sądzić, że ścisłe stosowanie teorii proporcjonalności prowadzić będzie do pewnego rodzaju kumulatywnego karania. Jeśli bowiem czyn polegający na kradzieży z włamaniem zasługuje na karę jednego roku pozbawienia wolności, to w takim razie pięć takich czynów zasługuje już na pięć lat pozbawienia wolności. Jednakże, z tego typu podejściem wiążą się dwie trudności. Po pierwsze – przy założeniu, że normalnym wymiarem kary za gwałt są cztery lata pozbawienia wolności, trzeba się zapytać, czy pięciokrotna kradzież z włamaniem jest naprawdę gorsza niż jeden gwałt (oczywiście jest to przykład, porównania można mnożyć). Idąc dalej, jeśli uważa się, że gwałt powinien być karany bardziej surowo niż pięciokrotna kradzież z włamaniem, w takim razie można pokusić się o stwierdzenie, że kary za trzy, cztery kradzieże z włamaniem powinny być zredukowane, aby osiągnąć pewnego rodzaju „ogólną proporcjonalność" – pojęcie samo w sobie trudne, ale mogące się pojawić w takim kontekście. Dobry argument za takim rozumowaniem podsuwa kolejna trudność wiążąca się z podejściem kumulatywnym. Wielu bowiem współczesnych teoretyków kary zasłużonej odwołuje się do zasady ograniczania surowości przy wymiarze kary, przez co wybiera podejście zapewniające łagodniejszą karę.

Nie mniej kontrowersyjnym jest pytanie, czy i do jakiego zakresu, poprzednie czyny powinny być brane pod uwagę przy wymiarze kary za konkretny czyn. Opierając się na uzasadnieniu utylitarnym, takim jak unieszkodliwienie, resocjalizacja czy zapobieganie, poprzednie sprawstwa są często traktowane jako ważna podstawa do przewidzenia przyszłych zachowań sprawców. W rzeczy samej, istnieje mnóstwo teorii zapobiegania, które uzależniają właściwą dla sprawcy karę od jego przeszłości

[13] Zob. N. Jareborg, *Why Bulk Discounts in Sentencing Multiple Offenders?* [w] A. Ashworth, M. Wasik (red.), *Fundamentals…*, *op. cit.*

kryminalnej. W dziewiętnastowiecznej Anglii jeden z sędziów pokoju zaproponował, aby wobec sprawców poważniejszych przestępstw stosować kary kumulatywne, odpowiadające karze jednego tygodnia pozbawienia wolności za pierwsze przestępstwo, jednego roku drugie, siedmiu lat za trzecie i karę dożywotniego pozbawienia wolności za czwarte[14].

Teoria proporcjonalności jednakże skupia się na teraźniejszym przestępstwie. To na podstawie teraźniejszego czynu, a nie wcześniejszej przeszłości kryminalnej sprawcy, zasługuje on – zgodnie z rozmiarem wyrządzonej szkody i stopniem winy – na karę. Jest to podstawowa determinanta wymiaru kary. Jednakże teoretycy kary zasłużonej nie zgadzają się z tym, że przeszłość kryminalna sprawcy pozostaje całkowicie irrelewantna. Wydają się oni akceptować to, że sprawca dotychczas nie karany powinien otrzymać znaczące złagodzenie wyroku. Andrew von Hirsch stwierdza, że „zredukowana odpowiedzialność sprawcy dotychczas nie karanego służy do okazania pewnego szacunku dla faktu, że osobiste zahamowania działały wcześniej, oraz dla okazania zrozumienia dla ludzkiej słabości, która mogła doprowadzić do pierwszego odstępstwa. Idea ta wyraża poniekąd ograniczoną tolerancję dla ludzkiej słabości”[15].

Celem tolerancyjnej odpowiedzi jest złagodzenie nagany za pierwsze sprawstwo i danie sprawcy możliwości zareagowania przez unikanie późniejszego postępowania wbrew normom prawnym. Skoro jednak sprawca ów nie skorzystał z uwzględnienia jego właściwości osobistych i powrócił do przestępstwa – swoisty rabat nie może być podtrzymywany w nieskończoność. Po pierwszym czynie zabronionym powinna następować progresywna utrata możliwości łagodzenia kary. Byłoby przesadnie autorytarnym deprawować sprawcę, używając wszystkich złagodzeń przy popełnieniu drugiego czynu zabronionego, jednakże przy trzecim bądź czwartym sprawstwie większość śladów złagodzenia kary – jeśli nie istnieje poważna luka czasowa między jednym a drugim sprawstwem – powinna zniknąć.

Teoria proporcjonalności występuje jednakże przeciwko jakimkolwiek dalszym zaostrzeniom kary dla sprawców powracających do przestępstwa. Kiedy sprawca już osiągnął pewien pułap kary stosowny do wagi czynu, niewłaściwe byłoby podwyższać ten pułap na podstawie jego wcześniejszej karalności. Teoria proporcjonalności podkreśla, że kara powinna głównie odzwierciedlać wagę teraźniejszego czynu zabronionego. W tej kwestii różni się ona od podejścia kumulatywnego, którego zwolennikami są teoretycy zapobiegania. Według nich należałoby każdorazowo podwyższać karę odpowiednio do ilości wcześniejszych sprawstw – co w rezultacie doprowa-

[14] L. Radzinowicz, R. Hood, *The Emergence of Penal Policy*, Oxford 1990, s. 237 i n.
[15] A. von Hirsch, *Desert and Previous Convictions* [w] A. von Hirsch, A. Ashworth (red.), *Principled Sentencing: Readings in Theory and Practice*, Oxford 1998, s. 193.

IUS.indd 142 2006-02-06 10:44:50

działoby do zastosowania kary znacznie bardziej dolegliwej niż tej, mogącej być usprawiedliwioną przez teraźniejsze sprawstwo. Jest to znaczący wpływ teorii proporcjonalności, która uznaje sprawcę za godny szacunku, autonomiczny podmiot, a nie za przedmiot polityki społecznej albo osobę, której sprawstwo skazało ją na całkowite usunięcie z państwa.

5. PROPORCJONALNOŚĆ, PRZESŁANKI ŁAGODZĄCE I SZERSZE KONCEPCJE SPRAWIEDLIWOŚCI

Szacując wagę czynu zabronionego, przy użyciu pojęć „szkoda" i „wina", należy wziąć pod uwagę wiele czynników, które mogą odpowiednio podwyższyć wagę czynu lub ją obniżyć. Będzie się to zawsze odnosić do czynników łagodzących albo zaostrzających odpowiedzialność. W większości systemów prawa kategorie czynników łagodzących i zaostrzających znaczą o wiele więcej niż czynniki odnoszące się wyłącznie do wagi czynu zabronionego. Ten rozdział zajmuje się rozmiarem, w jakim uzasadnienie dla owych przekraczających pewne tradycyjne granice czynników można pogodzić z teorią proporcjonalności. Omówione zostaną trzy grupy czynników – czynniki sprawiedliwościowe, czynniki wspierające niezakłóconą pracę systemu sprawiedliwości karnej oraz czynniki oddziaływania kary na osoby trzecie.

A. CZYNNIKI SPRAWIEDLIWOŚCIOWE

Dotyczą one oszacowania konsekwencji czynu, które już w jakiś sposób dotknęły sprawcę. Czy powinny być traktowane jako irrelewantne do zadania postawionego przed sądem, czyli ukarania sprawcy, czy też powinno się w nich dostrzegać element naturalnej kary, który sąd weźmie pod uwagę. Nawet szwedzki system wymiaru kary, bazujący tak mocno na teorii proporcjonalności, zapewnia uwzględnienie czynników sprawiedliwości naturalnej i złagodzenie kary*.

Czy uzasadnienie takiej praktyki jest oparte po prostu na poglądzie mówiącym, że tego rodzaju konsekwencje mogą być postrzegane jako naturalna kara, czy może istnieje dalsze wyjaśnienie? Jedną z możliwości rozumowania jest to, że od kary wymierzanej przez państwo oczekuje się spełnienia również innych funkcji, choć głównym jej celem pozostaje proporcjonalna reakcja na złe postępowanie. Istnieją także moralne i społeczne żądania, których zignorowanie przez sąd byłoby nierozsądne, nawet jeśli nie są one ściśle powiązane z dominującym uzasadnieniem dla kary.

* Zob. przypis na końcu artykułu.

Znanym angielskim przykładem na wyżej przedstawiony problem jest kazus sprawcy, który w czasie między swoim czynem, stanowiącym przestępstwo, a postępowaniem sądowym, ratuje dziecko przed utonięciem w rzece. Czy stanowi to wystarczający powód do odejścia przez sąd od proporcjonalnego wyroku? Incydent ten nie ma bowiem jakiegokolwiek związku ze sprawstwem, a co za tym idzie ze stopniem winy ujawnionym przy popełnieniu czynu zabronionego. Mogłoby to być relewantne jedynie do wykonania kary, gdy jednym z jej celów jest pewnego rodzaju „ocena społeczna", przy której sąd powinien rozważyć zarówno złe (np. czyn zabroniony), jak i również dobre postępowanie sprawcy (w naszym przypadku uratowanie życia dziecku). Wobec tego bardziej powierzchowną alternatywą może okazać się to, że członkowie społeczeństwa wymagać będą od sądu zwrócenia uwagi na pozytywne postępowanie sprawcy, a co za tym idzie stracą do niego zaufanie, jeśli nie złagodzi on kary w takich specyficznych sytuacjach. Jakikolwiek punkt widzenia przyjmiemy, nie będzie on odnosił się do proporcjonalności, a uzasadnienie czerpać będzie z innych racji.

Przynajmniej tego rodzaju argumenty, używane do wsparcia czynników łagodzących, odwołujących się do argumentów sprawiedliwości lub słuszności w szwedzkim kodeksie karnym, w pewien sposób odnoszą się do sprawstwa danego czynu zabronionego. Jeśli sprawca podczas popełniania czynu zabronionego został ranny, może to być uważane za sprawiedliwość naturalną, przynajmniej w jakimś sensie metaforycznym. Ktoś jednak mógłby zapytać, czy taka sama redukcja powinna zostać zastosowana wobec sprawcy, który już w momencie popełniania czynu zabronionego był do jakiegoś stopnia niepełnosprawny (na przykład miał uszkodzoną rękę bądź miał tylko jedno oko). Jeżeli chodzi o sprawcę, który może odczuć trudności w znalezieniu pracy w rezultacie prawomocnego skazania za popełnienie czynu zabronionego, może to być również uważane za pewną formę quasi-kary – w podobny sposób policjant bądź urzędnik państwowy może stracić na jakiś czas prawo do wykonywania zawodu w konsekwencji popełnienia czynu zabronionego. Jednakże istnieją też problemy sprawiedliwości społecznej i równego traktowania w stosowaniu takich czynników jak złagodzenie kary. Sprawca bezrobotny bądź czasowo zatrudniony nie może powołać się na tego rodzaju okoliczności. W rezultacie sprawcy wywodzący się z klasy średniej mogą nieporównanie częściej sięgać po złagodzenie kary niż sprawcy z klasy niższej. Podnosi to stopień społecznej nierówności, która i tak już przeniknęła do karnego systemu sprawiedliwości. *English Court of Appeal* wypowiedział się ostatnio w sprawie zawodów profesjonalnych i innych związanych z zaufaniem publicznym, których członkowie wykorzystują swoją pozycję, aby łamać prawo. Według tego sądu należy domniemywać,

że znają oni ryzyko związane z tego typu postępowaniem i wobec tego nie należy tu brać pod uwagę żadnych czynników łagodzących, niejako usprawiedliwionych utratą zarobków bądź stanowiska[16]. O ile prawo szwedzkie wskazuje inaczej, wolałbym, aby to właśnie angielskie podejście do tej kwestii było preferowane.

B. CZYNNIKI WSPIERAJĄCE NIEZAKŁÓCONĄ PRACĘ WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI KARNEJ

W prawie angielskim istnieje wiele możliwości uzyskania redukcji wymiaru kary przez współpracę z karnym wymiarem sprawiedliwości. Najbardziej znaczącym z nich pozostaje w dalszym ciągu złagodzenie kary za przyznanie się do winy. Mówiąc ogólnie, oskarżony, który przyznaje się do winy przy najbliższej okazji, może oczekiwać na redukcję kary w granicach jednej trzeciej całości. Późniejsze przyznanie się do winy, nawet w poranek przed rozpoczęciem rozprawy, również powinno zaowocować pewnym złagodzeniem[17]. Sędziowie zawsze próbowali usprawiedliwiać takie złagodzenie przez sugerowanie, że ukazane zostają wyrzuty sumienia sprawcy, jednakże w większości przypadków z ledwością można w to uwierzyć. Nawet jeśli wyrzuty sumienia były prawdziwe, modyfikuje to znacznie stopień winy sprawcy w odniesieniu do czynu bądź do proporcjonalnego wyroku. Niektórzy mogą wszak sądzić, że demonstruje to mniejszą podatność sprawcy do powrotu do przestępstwa w przyszłości (co może być relewantne dla zapobiegawczych bądź resocjalizacyjnych uzasadnień dla wymiaru kary). Mniej pewne uzasadnienie leży w korzyściach, jakie karny wymiar sprawiedliwości odnosi w związku z przyznaniem się oskarżonego do winy. Pozwala to uniknąć procesu, wobec czego oszczędza się czas sądu i pieniądze publiczne. Przyspiesza nawet wymierzanie sprawiedliwości tym, którzy nie przyznają się do winy.

Pomimo tych wszystkich ograniczeń fiskalnych, dotykających większość karnych systemów sprawiedliwości, owo pragmatyczne uzasadnienie nie powinno pozostawać niekwestionowane. Wystarczy tylko nadmienić, że Europejska Konwencja Praw Człowieka wskazuje na domniemanie niewinności jako na jedną z gwarancji sprawiedliwego procesu. Tymczasem angielski system stosowania znaczących złagodzeń wymiaru kary w zamian za przyznanie się do winy jest stałą zachętą dla oskarżonych do rezygnacji z obrony ich praw w sprawiedliwym procesie, co z pewnością osłabia owo domniemanie. Jedna trzecia redukcji względem całości kary może przekonać niewinną osobę do skorzystania z niej, tym bardziej jeśli złagodzenie polega na karze społecznej zamiast na karze pozbawienia

[16] A. Ashworth, *Sentencing…*, *op. cit.*
[17] *Ibidem.*

wolności. W ten sposób niektórzy niewinni ludzie przyznają się do winy – zarzut ten powinien być więc traktowany poważniej niż ma to miejsce w rzeczywistości[18]. Jednakże niewielu autorów w Anglii jest przygotowanych do kwestionowania takiej praktyki[19], co więcej, istnieje szeroko rozpowszechniona opinia, że angielski system sprawiedliwości karnej załamałby się, jeśli zakazać złagodzenia kar.

Pragmatyczne powody prowadzą również do stosowania nieco mniej nagannych praktyk – redukcji kary dla sprawcy, który dobrowolnie oddał się w ręce policji[20], oraz dla tego, który dostarczył informacje potrzebne do skazania innych sprawców. Tego rodzaju praktyki mogą być usprawiedliwione, o ile przynoszą one korzyści karnemu wymiarowi sprawiedliwości, nawet jeśli w rezultacie otrzymujemy kary niższe niż wymagałaby tego proporcjonalność.

C. CZYNNIKI ODDZIAŁYWANIA KARY NA OSOBY TRZECIE

Jak powinien odpowiedzieć sąd, jeśli mówi się, że proporcjonalna kara przysporzy wielkiego cierpienia niewinnym osobom trzecim? W Anglii, w niektórych sprawach *English Court of Appeal* zarządził wypuszczanie z więzienia matek, które były odpowiedzialne za opiekę nad swoimi małymi dziećmi, argumentując, że byłoby niesprawiedliwe, aby dzieci cierpiały za złe postępowanie swoich rodziców[21]. Reakcja sądu jednak nie zawsze była taka jak powyżej, szczególnie kiedy czyn należał do poważniejszych. Występowały również sprawy, w których uwięzienie jednego z pracowników uważano za narażenie miejsc pracy innych, przez co *English Court of Appeal* podtrzymywał decyzję o orzeczeniu kary w zawieszeniu[22]. Czynniki tego rodzaju nie są wyraźnie powiązane z zasadą proporcjonalności. Różnią się nawet od opisanych we wcześniejszych przykładach, w których wpływ na wysokość kary ma jakieś upośledzenie sprawcy[23]. Najsilniejszym argumentem przyzwalającym na złagodzenie kary na podstawie tzw. czynnika osoby trzeciej, pozostaje to, że kara jest instytucją społeczną i nie byłoby słuszne, aby sądy wymagały jej wykonania w całkowitym oderwaniu od towarzyszących okoliczności społecznych i efektów. To nie to samo co „oszacowanie społeczne", opisane w części czwartej niniejszego artykułu, choć istnieje pewne podobieństwo, wywodzące się z twierdzenia, że kara-

[18] Zob. A. Ashworth, *The Criminal Process*, Oxford 1998, roz. 9.
[19] P. Darbyshire, *The Mischief of Plea Bargaining and Sentencing Rewards*, „Criminal Law Review" 2000, s. 894.
[20] Zob. Szwedzki kodeks karny, roz. 29, sekcja 5, zd. 3.
[21] *Whitehead*, Criminal Appeal Reports (Sentencing) 1996, nr 1, s. 111.
[22] *Olliver and Olliver*, Criminal Appeal Reports (Sentencing) 1989, nr 11, s. 10.
[23] Zob. A. Ashworth, E. Player, *Equal…*, *op. cit.*

IUS.indd 146 2006-02-06 10:44:56

nie powinno być postrzegane na szerszym tle społecznym. Rozumowanie odnoszące się do „efektu osoby trzeciej" powinno być podporządkowane świadomości, że efekty te mają tak wielkie znaczenie społeczne, że nie można ich pominąć, nawet jeśli skutkowałoby to wymierzeniem kary nieproporcjonalnej. Pewną alternatywą byłoby zostawić władzy wykonawczej możliwość udzielenia amnestii (albo częściowej redukcji kary), tak aby uniknąć szkodliwych dla osób trzecich skutków. Takie rozwiązanie pomoże zachować integralność procesu wymiaru kary, ale jednocześnie przeniesie prawo podejmowania kluczowych decyzji z jawnych, otwartych sądów w korytarze biurokracji.

6. KONKLUZJE

Mam nadzieję, że niniejszy artykuł pomógł mi zrealizować dwa ważne zadania. Po pierwsze, zaprezentowane w nim zostały najważniejsze zasady proporcjonalnego wymiaru kary i to jak mogą one być wdrażane w praktyce. Po drugie, zwrócona została uwaga na niektóre główne kontrowersje w teorii wymiaru kary, mające często daleko bardziej doniosłe konsekwencje – jak na przykład teza o niewspółmierności, problem „moralnego szczęścia" i rozmaite uzasadnienia dla wsparcia złagodzenia kary.

ABSTRACT

The aim of this paper is to examine aspects of the principle of proportionality in sentencing. It is assumed that a convincing case in favour of proportionality theory has been made out, and that the question now is how to relate that theory to the practical problems of sentencing. Author recognises a basic distinction in proportionality theory is that between ordinal and cardinal proportionality, and from that perspective he analyses possible approaches the assessment of the seriousness of offences, including 'harm' and 'culpability', labels that are – in his opinion – convenient but ultimately inaccurate descriptions of the components of wrongdoing. In assessing the seriousness of the offence, in terms of harm and culpability, many factors that may increase or decrease seriousness will naturally be taken into account. Last section considers the extent to which the rationale for these other factors can be reconciled with proportionality theory. Three groups of factors will be discussed – natural justice factors, assisting the smooth running of the criminal justice system, and the effects of the sentence on third parties.

* Szwedzki kodeks karny, rozdział 29, sekcja 5:
„5. Elementy łagodzące odpowiedzialność: Przy określaniu odpowiedniej kary, poza wagą czynu, sąd powinien wziąć pod uwagę:
1. czy oskarżony doznał w wyniku popełnienia przestępstwa ciężkich obrażeń ciała;
2. czy oskarżony starał się w miarę swoich możliwości zapobiec, znieść, czy ograniczyć szkodliwe skutki przestępstwa;
3. czy oskarżony sam ujawnił popełnienie przestępstwa;
4. czy oskarżony ucierpi przez wydalenie z Królestwa;
5. czy oskarżony w wyniku przestępstwa ucierpiał bądź ucierpi przez wydalenie z pracy, niemożliwość wykonywania zawodu, bądź dozna innej przeszkody w wykonywaniu swego zajęcia;
6. czy oskarżony, jako osoba w podeszłym wieku lub osoba chora, dozna bezpodstawnych trudności przez wykonanie kary wymierzonej mu na podstawie wagi czynu;
7. czy nie upłynął zbyt długi okres czasu od chwili popełnienia czynu;
8. czy istnieje jakikolwiek inny czynnik pozwalający wymierzyć karę niższą niż ta określana przez wagę czynu.
Jeśli wystąpi któraś z okoliczności opisanych w zdaniu pierwszym, sąd może, o ile istnieją po temu specjalne powody, wymierzyć karę poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia karą za dane przestępstwo”[24].

[24] Zob. także N. Jareborg, *The Role of Aggravating and Mitigating Factors in Sentencing* [w] U. Goranson (red.), *Modern Legal Issues*, Uppsala 1993.

Tatjana Hörnle

ZASADA PROPORCJONALNOŚCI W NIEMIECKIEJ TEORII KARY

SPIS TREŚCI

1. Teoria zakresu swobodnego uznania (*Spielraumtheorie*) 151
2. Rola prewencji karnej 155
3. Ogólnikowość teorii zakresu swobodnego uznania..... 160
4. Konkluzje 163

Tłumaczenie: Lubomir Schreiber

IUS.indd 149 2006-02-06 10:44:59



TATJANA HÖRNLE

Profesor Ruhr-Universität Bochum. Ukończyła School of Criminal Justice, Rutgers State University w New Jersey. Jej zainteresowania koncentrują się wokół problemów teorii wymiaru kary, roli ofiar w systemie karnym. Opublikowała m.in. *Tatproportionale Strafzumessung*.

IUS.indd 150 2006-02-06 10:45:04

WPROWADZENIE

Autorka prezentuje założenia i praktykę funkcjonowania dominującej teorii wymiaru kary w Niemczech, zwanej Spielraumtheorie. *Wskazuje na ideę połączenia retrospektywnego oszacowanie ciężaru przestępstwa i stopnia winy z prewencją, jednakże argumentuje, że taki zabieg pozostawia bez odpowiedzi pytanie o wpływ, jaki powinno mieć rozumowanie prewencyjne na ostateczną decyzję sędziego, nie rozstrzyga zakresu swobody orzekania oraz wzajemnych relacji czynników prewencyjnych z retrospektywnym oszacowaniem danego czynu*

Jej zdaniem, teoria zakresu swobodnego uznania pozostawia zbyt dużo miejsca na prywatne odczucia i trendy w wymiarze kary, a z drugiej strony jest zbyt mało sprecyzowana, aby być przedmiotem racjonalnej debaty poświęconej wysokości poszczególnych kar. Dlatego autorka dostrzega konieczność poddania jej zasadzie proporcjonalności.

1. TEORIA ZAKRESU SWOBODNEGO UZNANIA[1] (*SPIELRAUMTHEORIE*)

Przy wymiarze kary niemiecki kodeks karny pozostawia sędziemu duży zakres władzy dyskrecjonalnej, określając jedynie dość szeroko ramy możliwego wyboru kary kryminalnej. Dla przykładu, kara za kradzież[2] może oscylować pomiędzy niewielką karą grzywny (odpowiadającą karze pięciu dni pozbawienia wolności) a karą pięciu lat pozbawienia wolności. Podobnie jest przy innych rodzajach przestępstw. W przypadku ciężkiego uszkodzenia ciała możemy oczekiwać kary wymierzonej w granicach od trzech miesięcy do dziesięciu lat pozbawienia wolności[3]. Jedynym wyjątkiem, gdzie kodeks karny ściśle określa odpowiedni wymiar kary, bez

[1] [Inne funkcjonujące tłumaczenie terminu *Spielraumtheorie* posługuje się pojęciem „teorii swobodnego działania"; tak T. Kaczmarek tłumacząc H. Marquardt, *O teoretycznym i praktycznym znaczeniu ceów kary w zachodnioniemieckim prawie karnym* [w] T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990 – przyp. red.]

[2] § 242 StGB; [*Strafgesetzbuch* – przyp. tłum.]

[3] § 224 StGB.

pozostawienia go uznaniu sędziowskiemu, jest morderstwo – orzeczenie kary dożywotniego pozbawienia wolności jest w tym wypadku obowiązkiem sądu. Elastyczne sformułowanie przepisów niemieckiego kodeksu karnego dotyczących zasad wymiaru kary[4] nie pozwala jednoznacznie przesądzić, która z dyrektyw powinny mieć zastosowanie. Zwraca się tu przede wszystkim uwagę na stopień zawinienia sprawcy jako na podstawę dla orzeczenia danej kary, a w dalszej kolejności również na jej dolegliwość w wymiarze społecznym[5]. Ta ostatnia przesłanka postaje jednakże sprawą wykładni.

W następstwie powyższych faktów wiele zależy od *teorii wymiaru kary*[6], która to wyjaśnia jego poszczególne zasady. Dominującą teorią wymiaru kary, uznawaną przez sądy i przytłaczającą większość przedstawicieli nauki prawa karnego w Niemczech, jest tak zwana *Spielraumtheorie*, czyli teoria zakresu swobodnego uznania przy wymiarze kary. To właśnie podejście panuje od wielu lat w opracowaniach naukowych oraz w komentarzach do niemieckiego kodeksu karnego[7]. Sąd Najwyższy Republiki Federalnej Niemiec, czyli *Bundesgerichtshof* (BGH) już ponad pięćdziesiąt lat temu, bo w 1954 roku, określił podstawowe zasady wymiaru kary[8]. W decyzji tej sąd stwierdził, że precyzyjne określenie, która kara będzie proporcjonalna do stopnia winy sprawcy – nie jest możliwe. W granicach dolnego i górnego ustawowego zagrożenia karą zawartych w kodeksie karnym, zgodnie z BGH, istnieje zawsze pewien zakres kar odpowiadających poszczególnym przestępstwom. Sędzia orzekający w danej sprawie może rozstrzygać dowolnie dopóty, dopóki dolegliwość wyroku mieści się w tych granicach. Kluczowym było też założenie mówiące, że poszukiwanie kary sprawiedliwej nie musi ograniczać elementów mających na celu zapobieżenie powrotu sprawcy do przestępstwa w przyszłości. Wręcz przeciwnie, *odstraszanie* i *sprawiedliwość* mogą nawzajem się uzupełniać, co nie grozi zachwianiem systemu karania opartym na winie sprawcy. W swoich późniejszych decyzjach Sąd Najwyższy Republiki Federalnej Niemiec także wskazywał na to, że również elementy prewencji szczególnej są dozwolone, ale muszą się

[4] Paragrafy 38 i n.; § 46 StGB.
[5] § 46 I StGB.
[6] podkr. Autorki.
[7] Zob. G. Schäfer, *Praxis der Strafzumessung*, Beck Juristischer Verlag 2001, Nb. 461 i n.; B.-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin 2001, s. 146 i n.; G. Gribbohn [w] *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin-New York 1995, § 46 Nb. 18 i n.; A. Schönke, H. Schröder, W. Stree, *Strafgesetzbuch*, München 2001, § 46 Nb. 5; H. Tröndle, T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2001, § 46 Nb. 20 i n.; K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch*, München 2001, § 46 Nb. 23 i n..
[8] Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt.) 7, 28, 32.

IUS.indd 152 2006-02-06 10:45:06

mieścić w granicach ustawowych[9]. Jeśli dziś ktoś dokonałby przeglądu orzecznictwa w sprawach karnych, z łatwością mógłby stwierdzić, że owo podejście, nazywane teorią zakresu swobodnego uznania, zostało ogólnie przyjęte przez sądy. Utarła się również powszechnie inna nazwa – *Prävention im Rahmen der Repression*[10] – co oznacza „prewencja w granicach retrospektywnego osądu".

Myśl, aby połączyć retrospektywne oszacowanie z prewencją, pozostawia bez odpowiedzi pytanie o wpływ, jaki powinno mieć rozumowanie prewencyjne na ostateczną decyzję sędziego. Zakres swobody orzekania oraz wyważenie czynników odstraszających i szczególnoprewencyjnych z retrospektywnym oszacowaniem danego czynu – te kwestie pozostają otwarte. Sędziowie bowiem nie wspominają w orzeczeniach, jak postrzegają owe dolne i górne granice zagrożenia karą, które potem należy dopasować do konkretnego przestępstwa. Sądy wyższych instancji nie wymagają takiej specyfikacji[11], co w rzeczywistości znacznie osłabia teoretyczny model podejmowania decyzji. Na szczeblu naukowym możliwe są dwie wersje teorii zakresu swobodnego uznania. Pierwsza mogłaby położyć *silny nacisk na względy prewencyjne* i przez to nakazać sędziemu rozważenie prewencji szczególnej oraz prewencji ogólnej w każdej rozstrzyganej przez niego sprawie. Z oczywistych względów model ten nie mógłby być zastosowany w praktyce sądowej. Hans-Jörg Albrecht wykazał, że co do zasady kwestia prewencji jest o wiele mniej ważna od pytania, jak duża krzywda została wyrządzona w wyniku przestępstwa[12]. W praktyce sądownictwa karnego raczej trudno jest zauważyć, aby prewencja ogólna i szczególna były stosowane *rutynowo*. Kryminolodzy zgadzają się odnośnie do tego, że prawie niemożliwe jest przewidzenie skutków prewencyjnych konkretnych wyroków. Dla praktyków określenie efektywności prewencyjnej danego wyroku, w porównaniu do innego, stanowiłoby również nie lada wyzwanie. Podobnie ocena zachowania sprawcy, biorąca pod uwagę jego wcześniejszą karalność, w każdym konkretnym przypadku wymaga długiego czasu – którego sądy po prostu nie mają.

Biorąc powyższe pod uwagę, bardziej realistyczna wydaje się druga wersja teorii zakresu swobodnego uznania, *nie akcentująca w takim stopniu jak poprzednia stosowania elementów prewencyjnych*. Często proponowane podejście zaleca w nieskomplikowanych sprawach stosować *niższą granicę* zakresu kar (jest to zakres możliwych kar, postrzeganych jako pasujące

[9] BGHSt. 20, 264, 267; BGHSt. 29, 319, 321.

[10] Zob. F. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, Stuttgart 2002, Nb. 485.

[11] Zob. G. Schäfer, *Praxis…*, *op. cit.*, Nb. 464.

[12] Zob. H.-J. Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Berlin 1994, s. 329 i n..; J. Garbe, *Die Strafzumessungspraxis niedersächsischer Strafgerichte und ihre Beeinflussung durch Verfahrensexperimente zum Tatinterlokut*, Göttingen 1997, s. 249 i n.

IUS.indd 153 2006-02-06 10:45:09

do danego czynu zabronionego – przyp. mój, T.H.) – bez dodatkowego obowiązkowego rozważenia elementów prewencyjnych[13]. Jednakże reprezentanci takiego podejścia nie chcą całkowicie wyłączyć możliwości sięgania do instrumentów prewencyjnych – wręcz przeciwnie, byłyby one dopuszczalne, ale tylko od sędziego orzekającego w danej sprawie zależałoby, czy znalazłyby one zastosowanie. Niektórzy autorzy postulują jeszcze bardziej radykalne rozwiązanie sugerując, że dla osiągnięcia pewnych określonych celów szczególnoprewencyjnych należałoby schodzić nawet poniżej owej *dolnej* granicy zakresu kar. Mogłoby mieć to miejsce przykładowo w przypadku, gdy kara pozbawienia wolności niosłaby zagrożenie dla przyszłego normalnego funkcjonowania sprawcy w społeczeństwie[14]. Sąd Najwyższy (BGH) zaleca natomiast, aby sądy karne rozstrzygały mając na uwadze nie tylko górną granicę ustawowego zagrożenia karą, ale by respektowały też dolną granicę[15].

Teoria zakresu swobodnego uznania jest oparta na poniekąd *racjonalnym kompromisie*, pozwalającym zintegrować ze sobą różne elementy teorii kary. Dzięki niej można połączyć rozmaite warianty pojęcia sprawiedliwości z elementami prewencyjnymi, takimi jak na przykład prewencja generalna negatywna. Musi być to jednak przeprowadzone w sposób umiarkowany. Sąd Najwyższy (BGH) stoi na stanowisku, że niedopuszczalne jest stosowanie szczególnie surowych sankcji, te bowiem zawsze muszą odpowiadać stopniowi winy sprawcy[16]. Sędziowie mniej przekonani co do skuteczności odstraszania, mogą skorzystać z rozwiązań prewencji szczególnej. Jednakże i w tym przypadku teoria zakresu swobodnego uznania wymaga od nich zastosowania się do wysokości ustawowego zagrożenia karą. Nie powinni oni też wymierzać kary zbyt łagodnej w stosunku do popełnionego czynu. Zadowoleni mogą być również ci sędziowie, którzy preferują retrospektywną ocenę wagi czynu zabronionego wraz z pojęciem sprawiedliwego odwetu[17]. Ocena taka bowiem określa przynajmniej najwyższą i najniższą możliwą karę. Ci zaś sędziowie, którzy sądzą, że zapobieganie powrotowi sprawcy do przestępstwa jest celem prawa karnego, też znajdą trochę miejsca dla siebie. Sędziowie zorientowani bardziej na „prawo i porządek" będą skorzy wymierzać nieco surowsze kary, głównie na bazie odstraszania, choć i ci, preferujący łagodniejsze kary również mogą stosunkowo łatwo uzasadnić swoją decyzję. Popularność teorii zakresu swobodnego uznania może być poniekąd wytłumaczona przez twierdzenie, że niemieccy

[13] Zob. F. Streng, *Strafrechtliche…*, Nb. 484 i n.
[14] H. Tröndle, T. Fischer, *Strafgesetzbuch…*, *op. cit.*, § 46, Nb. 19.
[15] BGHSt. 24, 132, 134; 34, 345, 349; 43, 195, 208.
[16] Zob. G. Schäfer, *Praxis…*, *op. cit.*, Nb. 453 i n.
[17] [*just penalties* – przyp. tłum.]

sędziowie uważają wszelkie regulacje ustawowe dotyczące wymiaru kary za wkraczające bardzo silnie w ich własne kompetencje.

2. ROLA PREWENCJI KARNEJ

Teoria zakresu swobodnego uznania, ciesząca się w niemieckiej praktyce orzeczniczej dużym uznaniem, ma również wśród niektórych przedstawicieli doktryny prawa karnego swoich krytyków[18]. Co do zasady reprezentują oni dwa różne od siebie stanowiska. Podczas gdy jedni krytykują w szczególności *prewencyjne elementy* tej teorii, drudzy skupiają się przede wszystkim na perspektywie praktycznej – teoria tu opisywana jest według nich zbyt ogólnikowa i nieprecyzyjna, aby mogła mieć szersze zastosowanie.

Stanowczy opór przed teorią zakresu swobodnego uznania opiera się przede wszystkim na teoriach kary odnoszących się krytycznie do *odstraszania* i *prewencji szczególnej*. Głównym argumentem przeciwko opisywanej tu teorii jest to, że nawet w najprostszej swej wersji, zwracającej raczej słabą uwagę na prewencję, daje ona sędziemu dużą władzę dyskrecjonalną, pozwalającą mu na realizację jego własnych pomysłów na odstraszanie i resocjalizację, stosownie do jego upodobań. Co wydaje się najbardziej oczywiste, to właśnie zwolennicy klasycznych, *retrybutywnych* teorii kary będą w całości krytykować argumentację prewencyjną. W dzisiejszych Niemczech znaleźć można kilku teoretyków prawa karnego, promujących teorie czysto retrybutywne, które osobiście mnie jednak nie przekonują[19]. Znaczący jest tu fakt, że ogólna krytyka argumentacji prewencyjnej nie musi być koniecznie wiązana z retrybutywną teorią kary. Samo istnienie prawa karnego oraz systemu wymiaru sprawiedliwości może być w przekonywającym stopniu wyjaśnione przez przytoczenie elementów prewencyjnych. Świadomość, że istnieją instytucje ścigające i karzące określone zachowania, wspiera przestrzeganie zakazów i powstrzymuje ludzi przed popełnianiem przestępstw. Takie generalne uzasadnienie *kary jako instytucji* nie ma żadnego związku z jej wymiarem w konkretnych sprawach. Pytanie o to, czy określona dolegliwość kary wymierzonej za określony czyn zabroniony powinna służyć celom prewencyjnym, ma już zupełnie odmienny charakter[20].

[18] H. Henkel, *Die „richtige" Strafe*, Tübingen 1969, s. 31 i n..; B. Schünemann [w] A. Eser, K. Cornils (red.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg 1987, s. 209 i n.; H.-J. Albrecht, *Strafzumessung…*, *op. cit.*, s. 37 i n.; C. Reichert, *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien*, Berlin 1999, s. 98 i n.; T. Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin 1999, s. 27 i n.; H.-J. Rudolfi, E. Horn, E. Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied 2003, § 46 Nb. 23 ff.

[19] Zob. np. M. Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin 1997, s. 48 i n.

[20] Zob. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1968, s. 8 i n.; T. Hörnle, *Tatproportionale…*, *op. cit.*, s. 125 i n.

Pozostający w mniejszości krytycy teorii zakresu swobodnego uznania prawie bez wyjątku opowiadają się za retrybucją jako uzasadnieniem dla kary. Nie chodzi tu jednak o teorię kary w ogóle, ale o specyficzne dla wymiaru kary kwestie praktyczne i etyczne. Niezmiernie łatwo jest kwestionować zasadność *odstraszania*, mówiąc, że podwyższa ono dolegliwość kary. Krytyka wydaje się napływać z dwóch kierunków. Kryminolodzy wskazują na to, że podczas gdy prawdopodobieństwo ukarania sprawcy czynu zabronionego ma duży walor odstraszający, to już sama zmiana poziomu dolegliwości sankcji karnych takich efektów nie daje[21]. Jeśli jednak mimo wszystko sędzia postanowi uzasadnić swoją decyzję przez przywołanie argumentów prewencji generalnej, podąży za swoimi subiektywnymi odczuciami i intuicją, co przy zderzeniu z pożądanymi standardami orzekania będzie wysoce problematyczne. Dalsza krytyka napływa z innego kierunku i opiera się na podłożu filozoficznym. Wydaje się bowiem wysoce *niesprawiedliwym* wykorzystywanie sprawcy i zastosowanie wobec niego bardziej dolegliwej kary po to tylko, aby innych odstraszyć od pójścia w jego ślady. Pojęcie sprawiedliwości w odniesieniu do sprawcy jest podstawowym elementem teorii wymiaru kary zwanej sprawiedliwym odwetem[22] lub – odmiennie w nauce kryminologicznej – neoklasycyzmem. Teoria ta, stanowiąca o proporcjonalnym wymiarze kary, bazująca na pojęciu kary zasłużonej, została opracowana w Stanach Zjednoczonych i w Wielkiej Brytanii, głównie przez Andrew von Hirscha[23]. Zgodnie z tą teorią, potępienie sprawcy, a co za tym idzie ukaranie go, nie powinno być bardziej dolegliwe aniżeli wskazywałby na to ciężar popełnionego przezeń czynu zabronionego. Niektórzy autorzy niemieccy, wśród nich Bernd Schünemann, Hans-Jörg Albrecht, Christoph Reichert i ja, postrzegają tę teorię jako bardzo przekonującą alternatywę dla teorii zakresu swobodnego uznania[24]. Pomijając inne jej konsekwencje, wyklucza ona jednak stosowanie surowszych kar w celu osiągnięcia efektów odstraszających.

[21] Zob. A. von Hirsch, E. Bottoms, E. Burney, P. O. Wikström, *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, Oxford 1999, s. 45 i n.; G. Kaiser, *Kriminologie*, Heidelberg 1996, § 91 Nb. 4.

[22] [*just desert* – przyp. tłum.]

[23] A. von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York 1976; tenże, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick 1985; tenże, *Censure and Sanctions*, Oxford 1993.; tenże, N. Jareborg, *Straff och proportionalitet*, „Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab" 1987, nr 74, s. 56.

[24] B. Schünemann [w] A. Eser, K. Cornils (red.), *Neuere Tendenzen…*, *op. cit.*; H.-J. Albrecht, *Strafzumessung…*, *op. cit.*, s. 50 i n.; C. Reichert, *Intersubjektivität…*, *op. cit.*, s. 249 i n.; T. Hörnle, *Tatproportionale…*, *op. cit.*; R. Uphoff, *Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien*, Shaker Verlag 1998, s. 221 i n.

IUS.indd 156 2006-02-06 10:45:13

Odnosząc się z respektem do zdecydowanego weta przeciwko uwzględnianiu efektów odstraszających przy wymiarze kary, należy stwierdzić, że na dzień dzisiejszy większość teoretyków prawa karnego w Niemczech prawdopodobnie zgodziłaby się na nie. Jednakże i tu, inaczej niż ma to miejsce na przykład w Stanach Zjednoczonych, ciężko jest znaleźć autora, który wyraźnie wspierałby odstraszanie jako *główny cel* teorii zakresu swobodnego uznania. Oddając jednak sprawiedliwość Sądowi Najwyższemu (BGH) i pochylając się nad wkładem, jaki wniósł w rozwój opisywanej tu teorii, należy stwierdzić, że w porównaniu do innych sądów wypada on pozytywnie, nawet ze swoim stanowiskiem przeciwnym nadużywaniu czynników odstraszających. Zawsze bowiem sąd ten podkreślał, że istnieją wyraźne granice w stosowaniu środków odstraszających, oparte głównie na górnym limicie ustawowego zagrożenia karą. Wiodące niemieckie opracowanie poświęcone wymiarowi kary a przeznaczone dla praktyków prawa wyraźnie przestrzega przed stosowaniem elementów odstraszających powyżej zakresu swobody orzekania, albowiem prowadzi to do wykorzystywania karanej jednostki jedynie jako przedmiotu, mającego mieć wpływ na zachowanie innych. Stanowi to naruszenie uniwersalnej zasady nienaruszalności godności osoby ludzkiej (zasada ta jest dla Niemiec podstawowym prawem obywatelskim, zawartym w artykule pierwszym niemieckiej ustawy zasadniczej – przyp. mój, T.H.)[25].

Jednakże pewna liczba niemieckich teoretyków prawa karnego, kwestionuje takie podejście zajmujące się karą zasłużoną jak i karą proporcjonalną. Nie kieruje nimi chęć wsparcia teorii prewencji generalnej negatywnej, ale przychylność dla prewencji szczególnej. Twierdzą oni, że należy umożliwić wzięcie pod uwagę okoliczności osobistych sprawcy, co mogłoby w szczególności zaowocować redukcją dolegliwości sankcji karnej, kiedy okaże się, że wobec sprawcy nie ma potrzeby stosowania resocjalizacji. Z tego punktu widzenia prewencja szczególna pozwala uzyskać większy humanitaryzm w karaniu. Istnieje jednak obawa, że teoria proporcjonalności prowadzić będzie do stosowania bardziej dolegliwych kar. Dlatego też element szczególnoprewencyjny zawarty w teorii zakresu swobodnego uznania jest postrzegany jako konieczny do utrzymywania sankcji karnych na niższym poziomie. Argument ten odegrał ostatnio znaczącą rolę w ogólnoniemieckiej dyskusji poświęconej karaniu nieletnich sprawców. Podczas ogólnokrajowego, niemieckiego spotkania prawników[26] w Berlinie w 2002 roku, Hans-Jörg Albrecht zaproponował przyjęcie tezy, że resocjalizacja sprawiających problemy wychowawcze nieletnich, przeprowadzona jedynie przy użyciu zwykłych, właściwych

[25] Zob. G. Schäfer, *Praxis…*, *op. cit.*, Nb. 455.
[26] [*Deutscher Juristentag* – przyp. tłum.]

prawu karnemu środków – jest tak naprawdę fikcją. Zaproponował on, aby w tym przypadku działania resocjalizacyjne pozostawić agencjom zajmującym się problemami społecznymi, a prawo karne również w ich przypadku poddać obowiązywaniu zasady proporcjonalności także na sprawców nieletnich[27]. Spotkało się to z silnym oporem ze strony prawie wszystkich praktyków, którzy podnieśli, że prowadziłoby to do zaostrzenia sankcji stosowanych wobec tej kategorii sprawców. Resocjalizacja i edukacja są bowiem postrzegane jako gwarancje dla humanitarnego prawa karnego. Teoretycy prawa karnego wskazują tu również na sformułowanie jednego z paragrafów niemieckiego kodeksu karnego[28], w którym mowa jest o „następstwach kary, które mogą mieć wpływ na przyszły powrót sprawcy do społeczeństwa".

Mają rację ci autorzy, którzy twierdzą, że wymiar kary nie dotyczy jedynie poziomu formalnego. Przy pojmowaniu sprawiedliwości w znaczeniu formalnym, wystarczającym byłoby, aby sprawca otrzymywał karę proporcjonalną do swego czynu. Wtedy też mielibyśmy do czynienia z wyjątkowo wysokim stopniem dolegliwości sankcji karnych. Innymi słowy sprawcy, w relacji do ciężaru swoich czynów byliby traktowani równo, ale bardzo surowo. Dlatego też wymóg humanitarnego systemu sankcji jest tak istotny, a ponadto w ogóle nie pokrywa się z żądaniami sprawiedliwości formalnej. Nie chodzi tu o to, aby popierać prewencję szczególną z zamiarem promowania humanitaryzmu i w następstwie pod uwagę brać również warunki osobiste sprawcy. Okazuje się bowiem, że możliwe jest zwrócenie uwagi na niektóre z tych okoliczności również zgodnie z teorią wymiaru kary opartą na zasadzie proporcjonalności. Jeśli sprawca działa w stanie wyższej konieczności lub jeśli został on sprowokowany przez ofiarę, będzie to miało wpływ na oszacowanie stopnia wyrządzonej krzywdy i winy. Podobnie, jeśli sprawca jest w podeszłym wieku albo jest osobą schorowaną, proporcjonalna kara powinna być niższa, gdyż może ona mieć dla niego skutki daleko surowsze niż dla innego młodszego bądź zdrowszego sprawcy. Na takich warunkach sprawca *zasłużył* na niższą karę – nie potrzeba tu wcale stosować teorii zakresu swobodnego uznania, aby uzyskać bardziej humanitarny efekt[29]. Można powiedzieć, że wzięcie pod uwagę okoliczności osobistych sprawcy, wpływających na stopień winy, jest sprawiedliwe.

Typowym argumentem z zakresu teorii prewencji specjalnej jest to, że nie należy pozbawiać wolności sprawców, którzy są dobrze zintegrowani ze społeczeństwem lub mogą w ten sposób stracić zawód, popaść w konflikt z rodziną itp. Nie wymagają oni już bowiem resocjalizacji, wobec

[27] H.-J. Albrecht, *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?*, „Neue Juristische Wochenschrift" 2002, nr 23, s. 26–33.
[28] § 46 I 2 StGB.
[29] T. Hörnle, *Tatproportionale…*, *op. cit.*, s. 342 i n.

IUS.indd 158 2006-02-06 10:45:16

czego kara ta mogłaby okazać się dla nich szkodliwa. Jednakże założenia te są błędne. Dopuszczają one bowiem myśl, że kara pozbawienia wolności może jednak dla niektórych sprawców być przydatna. Pozbawienie kogoś wolności jest olbrzymim złem i niezależnie od tego, jak dany system więziennictwa jest zorganizowany, prawie zawsze ma szkodliwe następstwa dla przyszłego życia sprawcy. Nikt nie potrzebuje kary, aby stać się lepszym. W tym wszakże wypadku założeniami prewencji specjalnej tłumaczy się odróżnianie sprawców zintegrowanych ze społeczeństwem od sprawców niezintegrowanych, czy wręcz jawną dyskryminację tych, którzy nie zostali zaakceptowani do odbycia łagodniejszej kary. Łagodność stosowana jedynie wobec jednej z grup nie jest satysfakcjonującym środkiem osiągania humanitaryzmu w karaniu, zawsze bowiem będzie istniała ta druga strona medalu, związana z relatywnie surowszym traktowaniem innych sprawców. System wymiaru kary powinien dążyć do łączenia humanitaryzmu ze sprawiedliwością wobec wszystkich sprawców. Kara pozbawienia wolności powinna być dopuszczalna jedynie w przypadku cięższych przestępstw. Inną rzeczą jest to, czy w atmosferze powszechnych żądań zaostrzenia systemu wymiaru kar politycy będą w stanie zwrócić uwagę również na głosy przeciwne. Jednakże zauważyć trzeba fakt, że poziomy kar nie są zwykłą konsekwencją teorii wymiaru kary. Dlatego też kary proporcjonalne mogą istnieć w humanitarnym systemie sprawiedliwości karnej, choć, z drugiej strony, prewencja specjalna może prowadzić do wymierzania surowszych kar. Będzie się tak działo, gdy jako główny cel prewencji specjalnej uzna się osobiste odstraszanie (powstrzymywanie sprawcy przed samym sobą – przyp. mój, T. H.), co skutkuje między innymi właśnie jaskrawym ubezwłasnowolnieniem.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że podejście prewencyjne prowadzi przeważnie do zwiększenia dolegliwości systemu karnego. Sądy niemieckie, jak też inne sądy w większości krajów, biorą pod uwagę przeszłość kryminalną sprawcy jako czynnik decydujący o zaostrzeniu dolegliwości karnej[30]. Nie ma to nic wspólnego z amerykańskim formalnym pojęciem *Three Strikes and You're Out*[31] ani nawet z regulacją niemieckiego kodeksu karnego, domagającą się relatywnie wyższych kar dla sprawców powracających do przestępstwa. W porównaniu do niektórych amerykańskich rozwiązań prawnych, dotyczących powrotu sprawcy do przestępstwa, kary w Niemczech dla takich sprawców pozostają na rozsądnie niższym poziomie. Niemniej, nawet jeśli jednokrotne przestępstwo jest zagrożone stosunkowo niską karą, popełnione w warunkach recydywy zaczyna odgrywać zupełnie inną rolę w praktyce. Trywialny czyn zabroniony

[30] Zob. G. Schäfer, *Praxis…*, *op. cit.*, Nb. 362 i n.
[31] [*three strikes* – przyp. tłum.]

– kradzież sklepowa – za piątym razem może skończyć się nawet karą od kilku miesięcy do dwóch lat pozbawienia wolności. Coraz wyższe wyroki dla recydywistów to zapewne wyraz bezradności systemu sprawiedliwości wobec tej właśnie grupy sprawców. Poważnym wyzwaniem jest właściwe potraktowanie sprawcy działającego w warunkach recydywy, popełniającego kilka relatywnie mniej poważnych czynów, za które w osobności na pewno nie zostałaby wymierzona kara pozbawienia wolności. Polityka karna prowadzona wobec recydywistów może być również przedstawiona jako strategia ubezwłasnowalniania, to znaczy prewencji specjalnej, co wyjątkowo wyraźnie daje się zauważyć w wypadku cięższych przestępstw przeciwko mieniu (tj. kradzież z włamaniem czy rozbój) – wtedy też sprawcy otrzymują zazwyczaj surowsze kary pozbawienia wolności, a wszystko po to, aby „ich bezpiecznie odizolować". Tak duże znaczenie, jakie nadaje się przeszłości kryminalnej sprawcy, może być śmiało krytykowane w świetle zasady proporcjonalności. Liczba poprzednich skazań sprawcy powinna być wzięta pod uwagę (wielu jednokrotnych bądź dwukrotnych sprawców może wtedy oczekiwać niższych kar – przyp. mój, T. H.), jednakże nie powinno prowadzić do przesadnego zaostrzenia kary[32].

W związku z tym wszystkim nie przekonuje fakt, że to właśnie kara proporcjonalna będzie bardzie dolegliwa od tej, opartej między innymi na przeszłości kryminalnej sprawcy. Stanowi to wprost przeciwieństwo prewencji karnej odnoszącej się sprawców nieletnich, która prowadzi do stosowania wobec nich surowszych środków. Taka jest logika tzw. efektywnego leczenia, które, aby mogło przynosić skutki, musi być też bardziej intruzyjne. Prawo karne nie powinno zakładać, że system kar proporcjonalnych wiąże się z większą dolegliwością niż kładzenie specjalnego nacisku na prewencję specjalną czy to sprawców pełnoletnich, czy nieletnich.

3. OGÓLNIKOWOŚĆ TEORII ZAKRESU SWOBODNEGO UZNANIA

Nawet autorzy optujący za ograniczonymi rozwiązaniami prewencyjnymi przy wymiarze kary potwierdzają niedociągnięcia opisywanej tu teorii. Gdyby postrzegać proporcjonalność z punktu widzenia polityki karnej, byłoby niezmiernie ciężko argumentować, że warta jest ona co najmniej tyle, co narzędzie służące wyklarowaniu kryteriów wymiaru kary. Głównym problemem niemieckiej teorii zakresu swobodnego oddziaływania jest to, że nie daje ona sędziemu wskazówek odnośnie do faktycznego sposobu oszacowania wymiaru kary. Sędzia musi bowiem wiedzieć dokład-

[32] Zob. A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*; tenże, N. Jareborg, *Straff…*, *op. cit.*; T. Hörnle, *Tatproportionale…*, *op. cit.*, s. 164 i n.

nie, jak orzekać w danej sprawie, mając na uwadze wagę popełnionego przez sprawcę czynu oraz stopień jego winy. Jeśli jedyną rzeczą, która grałaby tu rolę, byłoby maksimum odstraszania, wtedy czas poświecony na rozwój idei sprawiedliwego odwetu można by uważać za stracony. To samo działoby się w przypadku zwracania uwagi tylko na zagrożenie powodowane przez sprawcę i nic poza tym. Jednakże taki stan rzeczy byłby nie do zaakceptowania w systemach prawnych państw europejskich, gdzie podejście czysto prewencyjne postrzegane jest jako niespójne z podstawowym pojęciem sprawiedliwości. Każda z teorii kary, która może być zaakceptowana w Europie, musi zawierać w sobie przynajmniej jakąś cząstkę zasady proporcjonalności. Twierdzenie to jest szczególnie prawdziwe dla najbardziej powszechnej niemieckiej wersji teorii zakresu swobodnego uznania, która zastrzega między innymi, że kara za zwykłe przestępstwo powinna być wybrana spośród jednej z najniższych możliwych kar. Z tego punktu widzenia, kluczowym wydaje się znalezienie kryteriów precyzujących warunki wymierzenia kary zbliżonej do niższej granicy ustawowego zagrożenia karą. Wtedy też być może pojęcie „zakresu", w jakim może zostać wymierzona, kara stanie się zbyteczne.

W swojej codziennej pracy sędziowie muszą oszacowywać rozmiar krzywdy wyrządzonej przez czyn zabroniony. Potrzebują kryteriów, które powiedzą im, jakie okoliczności sprawstwa czynią je bardziej poważnym. Tak na przykład, czy nieumyślne zabójstwo jest równie poważnym, czy może lżejszym przestępstwem niż umyślne zranienie kogoś. Im nie wystarczy stwierdzenie, że istnieje pewien zakres możliwych kar. Potrzebują pomocy w ocenie, czy czyn zabroniony, który analizują dzisiaj, zasługuje na mniejszą a może na większą karę niż ten, którym zajmowali się wczoraj. Granice zagrożenia karą niestety nie zawierają żadnych wskazówek. Mylnie jedynie sugerują, że bardziej szczegółowa retrospektywna analiza czynu nie jest potrzebna, jeśli ostateczny wynik i tak będzie determinowany przez pojęcie prewencji karnej.

Poleganie jedynie na granicach zagrożenia karą ma oczywiście sens z perspektywy możliwości badania prawidłowości wyroku przez sąd odwoławczy. O ile nie ma możliwości zbadania wszystkich wyroków, to i tak należy stwierdzić, że liczba uchylanych wyroków sądów pierwszej instancji wykazuje tendencję wzrostową[33]. Dlatego też sędziowie odwoławczy muszą mieć pewność, że liczba rewizji, dotyczących właśnie wymiaru kary, nie będzie zbyt duża. W przeciwnym razie sądy zostałyby zasypane przez prawników skarżących decyzje sądów niższych instancji. Stąd też nie należy krytykować Sądu Najwyższego (BGH) za pracę nad rozwojem doktryny określonego zakresu wymiaru kary. Problem polega jednak na tym, że

[33] Zob. F. Streng, *Strafrechtliche…*, *op. cit.*, Nb. 506.

doktryna prawnokarna od dłuższego czasu zajmuje się tylko powielaniem teorii zakresu swobodnego uznania. W innych gałęziach prawa karnego można z powodzeniem pisać komentarze, opierając się na orzeczeniach sądów wyższych instancji. Jeśli jednak chodzi o wymiar kary, orzecznictwo nie wyraża się tu w sposób jasny. W Niemczech brakowało do tej pory zasadniczego podejścia do retrospektywnego oszacowania wagi konkretnych przestępstw. W praktyce niedociągnięcia teorii zakresu swobodnego uznania powodują to, że wymiar kary jest często determinowany przez intuicję, tradycję regionalną, prywatne uprzedzenia, zachowanie się sprawcy przed sądem, jak również przez inne, niekoniecznie zamierzone czynniki. Bardzo ważne jest też to, czy sprawca przyznał się do winy i wyjaśnił wszystkie okoliczności przestępstwa, czym oczywiście oszczędził sądowi pracy.

Niektórzy z autorów, jak na przykład Eduard Dreher, nawet nie starają się ukrywać tych wad. Podążają oni za tezą, mówiącą, że wymiar kary jest aktem kształtowanym społecznie[34]. Oznacza to, że wobec braku teorii, która mogłaby stanowić jakiekolwiek wskazówki, wszelkie kryteria ocenne należy pozostawić dyskrecjonalnej władzy sędziego. Wydaje się jednak nieco dziwne, aby mając za sobą tak bogaty rozwój teorii prawa karnego, pozostawiać wymiar kary jedynie sędziemu. Rzadko kiedy wyszukane doktryny materialnoprawne, które można odnaleźć w niemieckiej literaturze, mają praktyczne zastosowanie, tu jednak chodzi o teorię wymiaru kary, co stanowi powszednią pracę większości sędziów. Także z punktu widzenia sprawcy wysokość kary jest jednym z najważniejszych części wyroku.

Franz Streng poddał w wątpliwość zdanie, że możliwym będzie rozwinąć spójną retrospektywną teorię wymiaru kary. Wskazuje on głównie na niejasność pojęć „wina" czy też „stopień winy", używanych w niemieckiej doktrynie jako miernika kar[35]. W mojej książce, poświęconej karze proporcjonalnej[36] starałam się wypracować szczegółowe kryteria oceny przestępstwa. Może to zostać osiągnięte zdając się na tradycyjne elementy niemieckiej doktryny prawa karnego materialnego, jeśli zamiast na pojęciu „winy", skupimy się na pojęciu „wagi czynu zabronionego". Zależy ona bowiem w dużej mierze od elementów obiektywnych (jak wyrządzona krzywda) oraz subiektywnych (jak zamiary, umyślność) postępowania sprawcy, jak i od indywidualnego stopnia winy. Należy wziąć również pod uwagę pewne czynniki łagodzące, bowiem często sprawcy ciężko podporządkować się normom karnym (np. ciężka sytuacja ekonomiczna sprawcy lub jego rodziny i związane z tym przywłaszczenie

---

[34] [*Theorie des sozialen Gestaltungsakts* – przyp. tłum.]; zob. wypowiedź E. Dreher, w „Juristische Zeitung" 1967, s. 41–43.
[35] Zob. F. Streng, *Strafrechtliche…*, *op. cit.*, Nb. 419 i n.
[36] T. Hörnle, *Tatproportionale…*, *op. cit.*

IUS.indd 162 2006-02-06 10:45:19

mienia) i przez to zredukować indywidualną odpowiedzialność. Szczegółowe przedstawienie tego problemu nie jest tu możliwe, należy jednak stwierdzić, iż opracowanie kryteriów retrospektywnego oszacowania zachowania sprawczego jest zadaniem wykonalnym.

4. KONKLUZJE

Dominujący nurt niemieckiej dyskusji nad wymiarem kary nie jest satysfakcjonujący z dwóch powodów. Teoria wymiaru kary przez długi czas zdawała się pomijać problem sprecyzowania instrukcji dotyczących określonych kar za konkretne przestępstwa, bowiem prewencja była postrzegana jako narzędzie mogące wypracować pożądany wynik. Tymczasem, opracowanie tego rodzaju kryteriów jest ważne dla każdego rozsądnego, mającego silne oparcie w praktyce podejścia do wymiaru kary. W artykule tym zastanawiałam się także nad rolą prewencji specjalnej. Kwestię tę jednak pozostawiam otwartą, z nadzieją, że będzie się o niej dalej dyskutować. Teoria zakresu swobodnego uznania pozostawia zbyt dużo miejsca na prywatne odczucia i trendy w wymiarze kary, a z drugiej strony jest zbyt mało sprecyzowana, aby być przedmiotem racjonalnej debaty poświęconej wysokości poszczególnych kar. Dlatego należy ją poniekąd postrzegać z perspektywy zasady proporcjonalności.

ABSTRACT

Tatjana Hoernle presents foundations and practice in German criminal justice system the so-called 'sentence range theory' (Spielraumtheorie). This approach to sentencing dominates since many years the textbooks and the commentaries to the German Penal Code. She points out the idea of rational compromise between retrospective assessments and prevention leaves. She argues that this combination leaves a crucial point open, that is, to what degree preventive reasoning of the sentencing judges should determine the actual outcome: how broad the sentence range is and how much weight deterrence and special prevention may have in relation to the retrospective assessment of the crime, is left open.

In her opinion, the 'sentence range theory' leaves too much room for personal emotions and 'sentencing traditions and not enough substance for a rational debate about a specific sentence outcome. In consequence, she underlies that it should be subjected to the principle of proportionality.

IUS.indd 164 2006-02-06 10:45:19

Tapio Lappi-Seppälä

ZASADA PROPORCJONALNOŚCI W SYSTEMIE KARNYM FINLANDII

SPIS TREŚCI

1. Uwagi wstępne 167
2. Proporcjonalność a inne zasady wymiaru kary 169
A. Kryteria proporcjonalności – ciężar i zarzucalność czynu 169
B. Rola zasady proporcjonalności jako ograniczenia dyskrecjonalnej władzy sędziego 172
C. Humanitaryzm i pragmatyzm polityki karnej 172
D. Prewencyjny wymiar kary? 174
3. Proporcjonalność a system sankcji 176
4. Ograniczanie nieuzasadnionych dysproporcji. Pojęcie „kary normalnej" .. 181
5. Poziom sankcji 182
A. Proporcjonalność materialna – społeczne, moralne i polityczne determinanty 182
B. Spadek poziomów kar i liczby osób przebywających w więzieniach w Finlandii w latach 1950–1990 184
C. Poziom zastosowania kary pozbawienia wolności a poziom przestępczości .. 187
D. Praktyka wymiaru kary w latach dziewięćdziesiątych 188
6. Konkluzje 190

Tłumaczenie: Lubomir Schreiber

IUS.indd 165 2006-02-06 10:45:20

TAPIO LAPPI-SEPPÄLÄ

Doktor nauk prawnych, dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Finlandii. Autorka wielu publikacji o skandynawskich systemach sprawiedliwości karnej i polityce karnej.

IUS.indd 166 2006-02-06 10:45:20

WPROWADZENIE

Autorka analizuje normatywne podstawy wymiaru kary w fińskim systemie sprawiedliwości karnej, w szczególności zasadę proporcjonalności, jej rolę w ograniczaniu nierówności w wyrokowaniu, wpływ na kształt systemu sankcji i przyjęcie konstrukcji tzw. kary normalnej za standardowe przestępstwo danego typu, oraz znaczenie proporcjonalności w kształtowaniu się określonej fińskiej polityki karnej. Analizuje relację zasady proporcjonalności do innych wartości i zasad uznawanych za istotne przy prawidłowym wymiarze kary, zwłaszcza humanitaryzmu i względów pragmatyki karnej. Ostatecznie, ukazuje ona możliwy wpływ teorii prawa karnego, jeśli znajduje ona właściwe wsparcie w działaniach politycznych, na praktykę funkcjonowania systemu prawa karnego.

1. UWAGI WSTĘPNE

W latach sześćdziesiątych XX wieku kraje skandynawskie ogarnęła fala gorących dyskusji społecznych nad rezultatami i uzasadnieniem dla przymusowej opieki państwa nad obywatelem. W Finlandii krytyka ideologii resocjalizacji połączona była z innym socjalliberalnym ruchem, skierowanym zarówno przeciwko nieobowiązującemu już, nazbyt surowemu kodeksowi karnemu, jak i nadmiernemu stosowaniu kar izolacyjnych. Przyczyną był nie tylko upadek wiary w ideał resocjalizacji, ale również reakcja na dotychczasową politykę represji. Jakby w odpowiedzi, skierowano się ku nowej ideologii polityki karnej – „humanitarnemu neoklasycyzmowi" – zawierającej prawne zabezpieczenie przed represyjną opieką, wyrażające się generalnie w stosowaniu mniej dolegliwych środków karnych[1]. Według tej koncepcji podstawowymi

[1] Kierunki w założeniach skandynawskiej polityki karnej lat sześćdziesiątych zostały zanalizowane w: I. Anttila, *Conservative and Radical Criminal Policy in the Nordic Countries*, „Scandinavian Studies in Criminology" 1971, nr 3, s. 9–21; kolejne opracowania dotyczące zmian polityki karnej w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych opisane są w: I. Anttila, P. Törnudd, *The Dynamics of the Finnish Criminal Code Reform* [w] R. Lahti, K. Nuotio (red.), *Criminal Law Theory in Transition: Finnish and Comparative Perspectives*, Tampere 1992; ostatnie tendencje zostały zbadane w: R. Lahti, *Towards a Rational and Humane Criminal Policy – Trends in Scandinavian Penal Thinking*, „Journal of Scandinavian Studies and Crime Prevention" 2000, nr 1, s. 141–155; oraz w: T. Lappi-Seppälä, *Sentencing and Punishment in Finland: The*

IUS.indd 167 2006-02-06 10:45:20

regułami dla wymiaru kary są proporcjonalność, przewidywalność i równość.

Od wczesnych lat siedemdziesiątych większość fińskiego ustawodawstwa karnego została zreformowana zgodnie z powyższymi koncepcjami. Jest to szczególnie zauważalne w zmianach legislacyjnych z 1976 roku. Podstawą dla określenia wymiaru kary jest przepis rozdziału 6, sekcji 1 k.k.

Przy ustalaniu dolegliwości kary pod uwagę należy wziąć wszystkie istotne czynniki zaostrzające albo łagodzące wymiar kary, a także jednolitość praktyki wymiaru kary. Kara powinna być wymierzona proporcjonalnie do rozmiaru wyrządzonej lub grożącej szkody oraz do stopnia zawinienia sprawcy wyrażonego przy popełnieniu czynu (Kodeks karny, rozdział 6, sekcja 1, paragraf 1). Szczególną uwagę należy przyłożyć do jednolitości praktyki wymiaru kary. Nie tylko zasady, ale również konstrukcja sankcji karnych i ich zastosowanie wyraża te same potrzeby i wartości. Aby podołać wymogom zasady proporcjonalności, jak również aby zachować jednolitą praktykę orzeczniczą, przestępstwa są klasyfikowane w różne grupy zależnie od ciężaru czynu. Za każdy z podtypów przestępstw jest też przewidziana odpowiednia kara. Dla przykładu, przestępstwo kradzieży pojawia się w prawie karnym w trzech różnych odmianach. I tak wyróżniamy drobną kradzież (zagrożona karą grzywny), kradzież zwykłą (zagrożona karą grzywny lub karą pozbawienia wolności do 1 roku i 6 miesięcy) oraz kradzież kwalifikowaną (zagrożona karą pozbawienia wolności od 4 miesięcy do 4 lat).

Wymiar kary ustala się wobec tego w obrębie minimum i maksimum przepisanego przez prawo. Decyzja sądu zaś składa się z kilku „subdecyzji". Wymiar kary w znaczeniu ścisłym, to prawo sędziego do decydowania o wysokości kary w granicach swobody przyznanej przez ustawę. Wymiar kary w szerszym znaczeniu oznacza także wybór pomiędzy różnymi rodzajami sankcji, jak również możliwość skorygowania owych granic swobody orzekania, jeśli tylko istnieją podstawy do zastosowania kary łagodniejszej niż przepisane minimum. W dalszej części tej pracy będę używać terminu wymiar kary w tym ostatnim znaczeniu.

Kiedy w Finlandii mówi się o zasadzie proporcjonalności, zwraca się uwagę na następujące zagadnienia[2]:

1. W jaki sposób oszacować ciężar czynu (proporcjonalność względna dążąca do uporządkowania ciężarów przestępstw)?
2. W jaki sposób oszacować dolegliwość sankcji karnych (proporcjonalność względna dążąca do uporządkowania surowości sankcji karnych)?

Decline of the Repressive Ideal [w] M. Tonry, R. Frase, *Punishment and Penal Systems in Western Countries*, New York 2001.

[2] Zob. A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford 1993, oraz R. A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001, s. 131 i n.

3. Jak połączyć wyniki powyższych szacunków, aby respektować wymogi zasady „sprawiedliwej proporcji" (proporcjonalność materialna)?

Zasada proporcjonalności – choć niewątpliwie przewodnia – nie jest jedyną zasadą wymiaru kary. Specyfika fińskiego systemu sprawiedliwości wymaga przyjrzenia się również roli innych celów i wartości.

2. PROPORCJONALNOŚĆ A INNE ZASADY WYMIARU KARY

A. KRYTERIA PROPORCJONALNOŚCI – CIĘŻAR I ZARZUCALNOŚĆ CZYNU

Zgodnie z postanowieniami kodeksu karnego Finlandii[3] punktem wyjścia dla oszacowania ciężaru czynu są (1) ujemne następstwa czynu, niebezpieczeństwo wywołane przez sprawcę, jak również (2) stopień jego winy. Dodatkowo ustawa karna zawiera listę okoliczności łagodzących i zaostrzających odpowiedzialność karną. Częściowo są one zależne od stopnia winy, lecz wpływ na nie mają również inne czynniki. Formalnie rzecz biorąc, okoliczności łagodzące mogą być brane pod uwagę tylko w szczególnych sytuacjach[4], usprawiedliwiających zastosowanie zredukowanej sankcji karnej (jest to możliwe chociażby w przypadku sprawców nieletnich, przekroczenia granic obrony koniecznej lub stanu wyższej konieczności, usiłowania czy pomocnictwa)[5].

WYRZĄDZONA LUB GROŻĄCA SZKODA

Konsekwencje prawne przestępstwa i jego waga są determinowane przez rozmiar szkody wyrządzonej lub grożącej interesowi chronionemu prawnie. Tak oto punktem wyjścia dla oszacowania szkody lub ryzyka jej wystąpienia jest interpretacja ustawowej definicji przestępstwa, a także dóbr, które mają być chronione przez zastosowanie sankcji karnej. Dodatkowa wskazówka jest zawarta w stopniowalnych kryteriach, które dzielą przestępstwa ze względu na ich ciężar.

Zasada zagrożenia stanowi, że należy zwrócić uwagę na te negatywne następstwa czynu, które bezpośrednio z niego wyniknęły, ale także na te,

[3] Kodeks karny, roz. 1, sekcja 1.

[4] Kodeks karny, roz. 6, sekcje 3–4.

[5] Gruntowna reforma kodeksu karnego Finlandii została przeprowadzona w 2003 roku (projekt rządowy 44/2002). Nowelizacja objęła również zasady wymiaru kary. Jakkolwiek podstawy pozostały niezmienione, to uległy rozszerzeniu i usystematyzowaniu. Nowa regulacja weszła w życie 1 stycznia 2004 roku. Zmiany wprowadzone tą regulacją zostały wzięte pod uwagę w przygotowaniach tego opracowania.

których można było oczekiwać. Dodatkową uwagę należy przyłożyć do ustawowych kryteriów, przez które ustawodawca podzielił przestępstwa ze względu na różną ich karygodność[6].

Zasada subiektywnego ryzyka (*principle of subjective coverage*), bierze natomiast pod uwagę tylko te konsekwencje czynu, które sprawca przewidział (przestępstwa umyślne i popełnione lekkomyślnie), czy też mógł przewidzieć (przestępstwa popełnione przez niedbalstwo).

WINA

Wina skupia się zasadniczo na stanie umysłowym sprawcy popełniającego czyn zabroniony. Sformułowanie rozdziału 6 sekcji 1 kodeksu karnego (wina „wyrażona w czynie") wskazuje na zorientowanie ustawodawcy i instytucji prawa karnego na czyn sprawcy. Moralna ocena naganności postępowania musi ograniczać się do zbadania konkretnego czynu, a nie całej osobowości sprawcy, wad i zalet jego sposobu życia. Teoria prawa karnego materialnego zawiera kilka dalszych wskazówek i rozróżnień dotyczących stopnia winy. Zamiar bezpośredni wyraża wyższy stopień winy niż zamiar ewentualny. Ponadto stopień prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa, który sprawca bierze pod uwagę, stanowczość decyzji dotyczącej realizacji znamion czynu zabronionego oraz podjęcie wysiłków mających na celu przygotowanie wystąpienia oczekiwanego rezultatu – wszystkie te czynniki definiują stopień winy. Ustawodawca określił to jako stopień premedytacji[7] i przyjął go jako naczelne kryterium zaostrzające wymiar kary[8].

Podstawowym założeniem wymiaru sprawiedliwości jest stopniowanie potępienia i kary stosownie do zdolności podporządkowania się sprawcy prawu (wina jako zdolność podporządkowania się prawu). Legislacyjne kryteria wymiaru kary określają pojęcie winy przez opisanie sytuacji, w których zdolność sprawcy do podporządkowania się normom prawnym jest w mniejszym lub większym stopniu zakłócana przez impulsy natury zewnętrznej lub wewnętrznej. Zgodnie z kodeksem karnym Finlandii[9] kara może być złagodzona, jeśli czyn został popełniony pod wpływem wyraźnej presji, groźby bądź podobnego czynnika. W następnej sekcji[10]

[6] Wśród czynników zaostrzających odpowiedzialność karną w roz. 6 sekcji 2(2) zostało wyszczególnione „popełnienie czynu w ramach zorganizowanego związku przestępczego". Uzasadnienie dla tej regulacji jest częściowo połączone z pojęciem szkody w szerszym znaczeniu. Zorganizowana przestępczość stanowi duże zagrożenie dla społeczeństwa i walka z nią wymaga bardziej efektywnych działań.

[7] [*degree of premeditation* – przyp. tłum.]

[8] Roz. 6, sekcja 2(1) kodeksu karnego.

[9] Roz. 6, sekcja 3(1) kodeksu karnego.

[10] Roz. 6, sekcja 3(2) kodeksu karnego.

ustawodawca zezwala na stosowanie złagodzenia wymiaru kary wówczas, jeśli do przestępstwa doprowadziło współczucie dla drugiego człowieka, wyjątkowa lub nagłej pokusa, która doprowadziła do zauważalnego obniżenia zdolności sprawcy do postępowania zgodnie z prawem.

Określenie stopnia winy jest również zależne od motywacji sprawcy. Czyny popełniane z pobudek altruistycznych albo przynoszące korzyść innym członkom społeczeństwa (współczucie, litość, obywatelskie nieposłuszeństwo, potrzeba społeczna[11]) zasługują na niższą karę. Po części jest to wyrażone w rozdziale 6 sekcji 3(1) kodeksu karnego Finlandii, który pozwala na złagodzenie kary wymierzonej za czyn popełniony w wyniku silnego współczucia. W 1976 roku ustawodawca wyszczególnił tylko jedną okoliczność powodującą zaostrzenie wymiaru kary, a mianowicie popełnienie przestępstwa w zamian za wynagrodzenie[12]. Przy okazji reformy z 2003 roku dodano do niego także pobudki rasistowskie i ksenofobiczne.

RECYDYWA I PRZESZŁOŚĆ KRYMINALNA

Rola, jaką odgrywa przeszłość kryminalna sprawcy przy wymiarze kary, budzi wiele wątpliwości. Generalnie akceptuje się zasadę, że sprawcy dotychczas nie karani albo karani tylko jeden raz zasługują na relatywnie łagodniejszą karę. Niemalże w równym stopniu akceptuje się zasadę, że im bogatsza przeszłość kryminalna sprawcy, tym surowsza kara. Powody, dla których należy traktować recydywę jako czynnik zaostrzający wymiar kary, są jednakże dalekie od przejrzystości. Jednym z głównych celów reformy wymiaru sprawiedliwości w 1976 roku było ograniczenie znaczenia przeszłości kryminalnej sprawcy przy wymiarze kary. Osiągnięto poprzez zastąpienie starych, mechanicznych przepisów nowymi regulacjami, pozwalającymi na zaostrzenie wymiaru kary tylko wówczas, gdy recydywa miała wpływ na zwiększenie stopnia winy. Zgodnie z rozdziałem 6 sekcji 2(4) kodeksu karnego, przeszłość kryminalna sprawcy może wpłynąć na podwyższenie kary wówczas, jeśli porównanie przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę wskazuje na pewne podobieństwa między nimi lub na widoczny brak postawy postępowania zgodnie z wymogami prawa. Z drugiej jednak strony sam fakt powtarzających się podobieństwa nie powinien mieć prostego przełożenia na zwiększony wymiar kary. Aby dowieść, że sprawca okazuje widoczny brak postawy postępowania stosownie do wymogów prawa, sędzia musi porównać czyn będący przedmiotem procesu z wcześniejszymi przestępstwami popełnionymi przez tego sprawcę, spojrzeć na odstępy czasu dzielące poszczególne czyny, wziąć pod uwagę stopień przygotowania do każdego z nich oraz łączące je motywy.

[11] [*social adequacy* – przyp. tłum.]
[12] Roz. 6, sekcja 2(3) kodeksu karnego.

B. ROLA ZASADY PROPORCJONALNOŚCI JAKO OGRANICZENIA DYSKRECJONALNEJ WŁADZY SĘDZIEGO

Zasada proporcjonalności ma swoje korzenie w koncepcji państwa prawa (*Rechtsstaat*), która implikuje między innymi ochronę obywateli przed nadużyciem lub arbitralnym użyciem przymusu państwowego. Z tego punktu widzenia, zapobieganie nadmiernie ciężkim i niesprawiedliwym karom jest bardziej podstawowym zadaniem niż przeciwdziałanie tym nadmiernie łagodnym. Główną funkcją zasady proporcjonalności jest wobec tego określanie nieprzekraczalnej górnej granicy ustawowego zagrożenia karą. W ten sposób można wymierzyć karę, która będzie mniej surowa niż ta, na którą sprawca, wydawałoby się, *prima facie* zasłużył[13].

Takie uszeregowanie priorytetów i asymetria zasady proporcjonalności zostały potwierdzone w kilku miejscach w kodeksie karnym. Sądy mają ogólne prawo wymierzenia kary poniżej przepisanego minimum w każdym przypadku, gdy zachodzi jedna ze wskazanych okoliczności pozwalających na odejście od wymiaru kary w ogólnie określonych granicach sankcji. Również stopniowanie czynów zabronionych odzwierciedla tę samą ideę. Podążając za tą myślą lista czynników zaostrzających wymiar kary jest zawsze zamknięta (*numerus clausus*), podczas gdy lista czynników łagodzących jest zbudowana w ten sposób, aby dać sądowi możliwość właściwego wyboru sankcji (*open ended*). Dyskrecjonalna władza sądów charakteryzuje się bowiem możliwością zastosowania złagodzenia wymiaru kary, nawet jeśli nie jest to wyraźnie wskazane przez ustawę. Sposób sformułowania przepisów rozdziału 6, określających poszczególne czynniki łagodzące, wskazuje na pozostawienie sędziemu większego zakresu swobody, niż ma to miejsce w przypadku czynników zaostrzających wymiar kary. Dodatkowo można powiedzieć, że prawo wyróżnia grupę przepisów pozwalających na odchylenie w kierunku bardziej łagodnych sankcji na innej podstawie niż ta, odnosząca się do zasady proporcjonalności. To sprawia, że musimy przyjrzeć się bliżej również innym celom i wartościom istotnym przy wymiarze kary.

C. HUMANITARYZM I PRAGMATYZM POLITYKI KARNEJ

Nie można uniknąć tego, że zróżnicowany system sankcji zawierać będzie elementy, które mogą być postrzegane jako wyjątki od zasady proporcjonalności. W rozdziale 6 kodeksu karnego zawarte są normy łagodzące, które wykraczają poza zakres winy i karygodności czynu. Owe

[13] P. Törnudd, *Facts, Values and Visions: Essays in Criminology and Crime Policy*, „Research Reports of National Research Institute of Legal Policy" 1996, nr 138, s. 85.

IUS.indd 172 2006-02-06 10:45:22

„zewnętrzne" argumenty nawiązują do (1) pragmatycznych przesłanek celowości polityki karnej lub takich (2) wartości, jak humanitaryzm, sprawiedliwość czy miłosierdzie.

Czyn spełniający znamiona przestępstwa, a mimo to zasługujący na aprobatę społeczną, należeć będzie do pierwszej kategorii. Zgodnie z rozdziałem 6 sekcją 3(3) dobrowolna próba zapobiegnięcia lub usunięcia szkodliwych efektów czynu zabronionego podjęta przez sprawcę, podobnie jak pomoc w wyjaśnieniu okoliczności przestępstwa, spowodują złagodzenie kary. Co prawda, sprawca, który szczerze żałuje swego czynu i okazuje skruchę, może otrzymać obniżenie wysokości kary również zgodnie z zasadą winy. Jednakże zakres omawianej regulacji jest szerszy, nawiązujący nie do moralnej oceny sprawcy, ale do względów pragmatycznych – przynoszenia korzyści dla polityki karnej. Przyrzeczone złagodzenie może zachęcić sprawcę do zadośćuczynienia ofierze za doznaną krzywdę. Również współpraca z policją może być nagrodzona[14]. Jednakże wyżej omówione przepisy odnoszą się tylko do „własnych" czynów sprawcy. Prawo nie przewiduje żadnej redukcji kary w przypadku ujawnienia przez sprawcę informacji pomocnych w wyjaśnieniu okoliczności czynów popełnionych przez inne osoby. Prawo fińskie nie zna instytucji „świadka koronnego", jak również żadnej z form umów pomiędzy obroną a oskarżeniem.

Kolejna grupa czynników zewnętrznych wywodzi się z zasad humanitaryzmu, sprawiedliwości i miłosierdzia. Przepisy kodeksu karnego poświęcone karze łącznej[15] mówią, że należy wziąć pod uwagę sytuację, w której oprócz kary wymierzonej za przestępstwo sprawca ponosi również inne negatywne konsekwencje swego czynu. Innymi słowy, dodatkowe cierpienie będące następstwem popełnienia czynu zabronionego (np. jeśli sprawca został ranny lub stracił pracę) mogą spowodować redukcję kary. Reforma wymiaru sprawiedliwości z 2003 roku rozszerzyła zakres stosowania humanitarnych przesłanek, mających chronić słabe zdrowie i położenie społeczne sprawcy.

---

[14] Idee te wyrażone są także w rozdziale 3, sekcji 5(2.4) kodeksu karnego, wśród regulacji poświęconych odstąpieniu od wymierzenia kary. Zgodnie z nimi sąd może odstąpić od wymierzenia kary jeśli ta wydaje się być nieuzasadniona, ze szczególnym uwzględnieniem (a) czy doszło do pojednania między sprawcą a ofiarą, (b) czy sprawca przedsięwziął inne środki w celu zapobieżenia albo usunięcia negatywnych efektów czynu lub później pomógł w wyjaśnieniu jego okoliczności, (c) warunków osobistych sprawcy, (d) dalszych konsekwencji czynu mających wpływ na życie sprawcy, (e) czynności podjętych przez instytucje socjalne lub zdrowotne". Co do zasady te same przepisy obowiązują również przy zaniechaniu dochodzenia.

[15] Roz. 6, sekcja 4 kodeksu karnego.

D. PREWENCYJNY WYMIAR KARY?

Zasadniczo w fińskim wymiarze sprawiedliwości bezpośrednie względy prewencyjne odgrywają znacznie ograniczoną rolę. Wiele zależy od typu prewencyjnych celów i mechanizmów.

PREWENCJA GENERALNA (ODSTRASZANIE)

Zgodnie z zasadami wymiaru kary zawartymi w rozdziale 6 kodeksu karnego, w fińskim prawie karnym rozróżnia się poszczególne teorie kar i cele wymiaru sprawiedliwości karnej. Celem systemu karnego jest prewencja ogólna. Jednakże efekt ogólnoprewencyjny jest osiągany nie przez strach (odstraszanie), ale przez karę jako czynnik kształtujący i wzmacniający świadomość moralną społeczeństwa. Zgodnie z tą teorią dezaprobata wyrażona przez karę wpływa na wartościowanie i postrzeganie faktów przez pryzmat moralności. W rezultacie normy prawa karnego i wartości, które one reprezentują są internalizowane. Obywatele powstrzymują się przed bezprawnym postępowaniem nie dlatego, że będzie ono ukarane uciążliwą karą, ale z tego powodu, że jest ono uważane za godne potępienia z powodów moralnych[16]. Prewencja ogólna w tym znaczeniu nie odwołuje się do surowych sankcji. Pośrednia prewencja ogólna jest najlepiej wspomagana przez sankcje niosące komunikat moralny, który demonstruje naganność danego zachowania się. Nie będzie można osiągnąć powyższych celów, jeśli prawo karne nie będzie opowiadało się za tzw. słuszną efektywnością, zapewniając stosowanie procedur, postrzeganych jako sprawiedliwe i słuszne, które respektują prawa i podmiotowość moralną wszystkich osób zaangażowanych w działanie systemu karnego.

W konsekwencji, bezpośrednia prewencja generalna odgrywa ograniczoną rolę w fińskim wymiarze sprawiedliwości. Prace nad projektem rozdziału 6 kodeksu karnego cechowało jasne stanowisko przeciwstawiające się zaostrzeniu kary w celach odstraszających. Taka polityka byłaby bardzo odczuwalna w rutynowych sprawach, a efekt prewencyjny praktycznie by nie występował[17]. Jeśli sprawa wzbudziłaby intensywne zainteresowanie społeczeństwa, kognitywne wymogi prewencji mogą zostać spełnione (jednakże osiągnięcie takiego rezultatu w dalszym ciągu jest niepewne).

---

[16] Zbadanie zastosowania tych twierdzeń w praktyce oraz szczegółowych struktur je wspierających wykracza poza ramy tej pracy. Zob. więcej w: T. Lappi-Seppälä, *General Prevention: Hypotheses and Empirical Evidence* [w] *Rapport fra NSfKs 37. Forskerseminar*, Arild–Sverige–Reykjavik 1995.

[17] Godne polecenia rozważania nad tzw. problemem „skrajnego odstraszania" są przedstawione m.in. w: A. von Hirsch, A. Bottoms, E. Burney, P-O. Wiktsröm, *Criminal Deterrence and Sentencing Severity: An Analysis of Recent Research*, Cambridge 1999, s. 5 i nast.

Znane są również argumenty przeciwne takiemu rozumowaniu. Poświęcanie kogoś tylko dlatego, że jego sprawa wzbudziła nieporównywalne zainteresowanie mediów, stanowiłoby naruszenie zasady przewidywalności, równości i proporcjonalności. Nowa ustawa dotycząca wymiaru kary[18] utrzymuje owo restrykcyjne spojrzenie przeciwko bezpośrednim argumentom odstraszającym przy wymiarze kary. Parlament zatwierdził także całkiem niedawno poprawkę w ustawie o warunkowym zawieszeniu wykonania kary, którą to zastąpił ogólnoprewencyjne kryteria wymiaru kary rozwiązaniami odnoszącymi się do zasady proporcjonalności[19].

POSTĘPOWANIE Z NIELETNIMI I CEL RESOCJALIZACYJNY

W przeciwieństwie do prewencji ogólnej, według zamierzenia twórców kodeksu karnego w Finlandii, prewencja szczególna ma odnosić efekty na płaszczyźnie jednostkowego postępowania. W konsekwencji, jej założenia dają się łatwiej dopasować do konkretnego poziomu wymiaru kary. Główny problem stanowi brak dowodów, aby któraś z dostępnych sankcji odnosiła wystarczające, korzystne efekty w zmianie zachowania sprawcy. W większości systemów prawnych sprawcy nieletni traktowani są w specjalny sposób. W Finlandii utrzymano tylko niewielkie różnice w ocenie zachowania sprawcy pełnoletniego a nieletniego. Te same zasady wymiaru kary i te same sankcje były stosowane w obu kategoriach wiekowych, choć można zauważyć, że kary wymierzane za przestępstwa popełnione przez nieletnich są zazwyczaj mniej uciążliwe. Wobec nieletnich nie stosuje się żadnych wyjątków od zasady proporcjonalności – jest wręcz na odwrót. Złagodzenie wymiaru kary może być uzasadnione zarówno mniejszym stopniem winy nieletniego sprawcy, wymagającym zwiększonej tolerancji dla tej grupy wiekowej, jak i tym, że sankcje karne wywierają na niego większy skutek[20]. Absencję głębszych różnic między traktowaniem

[18] Projekt rządowy nr 44/2002.

[19] Zgodnie z poprzednią wersją omawianych regulacji, kary pozbawienia wolności do dwóch lat mogły być orzekane w zawieszeniu tak długo jak nie naruszało to zasady obediencji prawa (sekcja 1 tej ustawy). Jak podnieśli krytycy takie rozwiązanie było co najmniej dwuznaczne. Wiosną 2001 roku ten wymóg został zastąpiony przez kryteria odwołujące się do wagi czynu, stopnia winy i przeszłości kryminalnej sprawcy (zob. projekt rządowy nr 177/2000).

[20] Więzienie jest tu paradygmatycznym przykładem: orzekanie kary pozbawienia wolności wobec sprawcy nieletniego obniża jego późniejszą zdolność do społecznej poprawy. Pomiędzy pośrednimi efektami takiej kary można wymienić choćby przerwę w edukacji, rozwoju zawodowym, odcięcie od rodziny, szukanie akceptacji w dewiacyjnych subkulturach więziennych itd. Uzasadnienie dla ograniczenia w stosowaniu tej kary zostało ostatnio opisane przez A. von Hirscha w: A. von Hirsch, *Proportionate Sentences for Juveniles*, „Punishment & Society" III, 2001, nr 2, s. 221–236.

IUS.indd 175 2006-02-06 10:45:23

sprawców pełnoletnich i młodocianych w fińskim wymiarze kary tłumaczy się tym faktem, że główna odpowiedzialność za socjalizację młodych osób spoczywa na instytucjach społeczno-kulturalnych, a nie karnych. Jednak w latach dziewięćdziesiątych ustawodawca zapoczątkował wiele doświadczeń z nową sankcją stosowaną wobec nieletnich sprawców, zawierającą elementy odnoszące się do prewencji szczególnej.

NIEBEZPIECZEŃSTWO PONOWNEGO POPEŁNIENIA CZYNU W PRZYSZŁOŚCI A OCHRONA SPOŁECZNA

Przepisy dotyczące wymiaru kary generalnie wykluczają karanie na podstawie metody przewidywania zachowań sprawcy w przyszłości, związane z niebezpieczeństwem ponownego popełnienia czynu. Istnieje jednak jeden wyjątek. Regulacje poświęcone dopuszczalnemu prewencyjnemu odizolowaniu wymagają oszacowania niebezpieczeństwa popełnienia sprawstwa w przyszłości. Taki system działa wobec tych sprawców, którzy: (1) już wcześniej zostali skazani za bardzo brutalny czyn i (2) następnie zostali uznani za winnych popełnienia nowego czynu, przy czym (3) na tej podstawie są uważani za szczególnie niebezpiecznych dla zdrowia i życia innych osób. Zakres stosowania instytucji prewencyjnej izolacji jest ograniczony. Co do zasady, dla niebezpiecznych recydywistów oznacza ono zastosowanie kary nieokreślonej, skoro po odbyciu swej kary sprawca może być w dalszym ciągu przetrzymywany w więzieniu, jeśli tylko stanowi zagrożenie dla zdrowia lub życia innych. Jednak w ciągu ostatnich dwudziestu, a nawet trzydziestu lat nikt nie przebywał w więzieniu dłużej niż wymagała tego jego podstawowa kara. Nawet jeśli ograniczona w stosowaniu, instytucja prewencyjnego izolowania zaprzecza panującej ideologii wymiaru sprawiedliwości i zasadzie proporcjonalności. Ostatnio proponuje się, aby cały system tego rodzaju instytucji został zniesiony. Niebezpieczeństwo ponownego popełnienia czynu mogłoby być oceniane na podstawie normalnych regulacji o zwolnieniu warunkowym.

3. PROPORCJONALNOŚĆ A SYSTEM SANKCJI

Zasada proporcjonalności wymaga nie tylko, aby przestępstwa zostały uszeregowane według ich karygodności, ale także, aby odpowiednio kary zostały uszeregowane według ich surowości (proporcjonalność względna dążąca do uporządkowania dolegliwości sankcji karnych). Im mniej alternatywnych możliwości, tym łatwiejsze jest to zadanie. Fiński wymiar sprawiedliwości funkcjonował tradycyjnie wykorzystując niewielką liczbę rodzajów sankcji. Trzy zasadnicze kary stanowiły: grzywna, kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bezwarunkowa kara pozbawienia wolności. Owe kary mogą łatwo zo-

stać uporządkowane według ich surowości na wzór drabiny, gdzie różne rodzaje sankcji odpowiadają różnym rodzajom surowości (umorzenie postępowania – odstąpienie od wymierzenia kary – grzywna – pozbawienie wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania – bezwarunkowe pozbawienie wolności)[21].

W ciągu lat dziewięćdziesiątych fiński system sankcji został uzupełniony przez nowe kary na cele społeczne (kara pracy na rzecz społeczności w 1992 roku i kary specjalne dla nieletnich[22] w 1996 roku). Skomplikowało to pierwotną, raczej prostą drabinę sankcji, przez dodanie tzw. trzeciego wymiaru.

Kara pracy na rzecz społeczności jest używana zamiast bezwarunkowej kary pozbawienia wolności, która nie przekracza ośmiu miesięcy. Decyzja sądu jest wypracowywana w dwustopniowej procedurze. Sąd po pierwsze decyduje się na typ kary, bez brania pod uwagę kary pracy na rzecz społeczności. Jeśli prowadzić to będzie do orzeczenia bezwarunkowej kary pozbawienia wolności, zadaje sobie pytanie o możliwość zastosowania kary pracy na rzecz społeczności. Celem tej procedury jest zapewnienie rzeczywistego użycia służby społecznej jako alternatywy dla kary pozbawienia wolności, a nie jako alternatywy dla mniej dolegliwej sankcji. Prawo wyraźnie zakłada pierwszeństwo kar wolnościowych przed bezwarunkową karą pozbawienia wolności. Kara pracy na rzecz społeczności powinna być zastosowana wobec wszystkich sprawców skazanych na bezwarunkową karę pozbawienia wolności w maksymalnym wymiarze ośmiu miesięcy, którzy zgodzili się na nią i dodatkowo są zdolni podołać obowiązkom, które kara ta nakłada. To założenie może być jednak przekreślone przez przeszłość kryminalną sprawcy, szczególnie jeśli zastosowane zostały wobec niego kary polegające na pracy społecznej.

Specjalne kary dla nieletnich są wymierzane tylko wobec sprawy, który w chwili popełnienia przestępstwa miał nie mniej niż 15 i nie więcej niż 17 lat, w sytuacjach, gdy karygodność czynu i stopień winy uzasadniają zastosowanie kary surowszej niż kara grzywny, a kara pozbawienia wolności jest zbyt dolegliwa. Konieczne jest, aby kara dla nieletnich „była uzasadniona powstrzymaniem sprawcy przed popełnieniem kolejnych czynów, a także zapewniała jego społeczną poprawę". Innymi słowym, kara dla nieletnich jest wymierzana w okolicznościach, które uzasad-

[21] Zbudowanie takiej skali przewiduje oczywiście koncepcję tzw. surowości wyroku, konstytuującej surowość sankcji i z perspektywy której sprawa powinna podlegać osądowi. Jedyna możliwość wprowadzenia takiego rozwiązania to droga normatywna, która będzie opierać się w szczególności na ocenie stopnia ważności interesów naruszanych przez konkretne typy czynów zabronionych. Tu zob. A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, roz. 4.

[22] [*juvenile penalty* – przyp. tłum.]

niałyby zastosowanie warunkowej kary pozbawienia wolności. Wybór między warunkową karą pozbawienia wolności a karą dla nieletnich ma być dokonany na gruncie celów prewencji indywidualnej.

Kara pracy na rzecz społeczności w fińskim systemie sankcji jest ulokowana w przybliżeniu na tym samym poziomie surowości co bezwarunkowa kara pozbawienia wolności (osiem miesięcy). Podobnie specjalna kara dla nieletnich i warunkowa kara pozbawienia wolności są umieszczone na tym samym stopniu. Wybór między tymi sankcjami jest dokonywany głównie na podstawie kryteriów odmiennych niż ciężar czynu i stopień winy. Czy jest to wobec tego wyjątek od zasady proporcjonalności? Czy to, że wybór pomiędzy karą pracy na rzecz społeczności a karą pozbawienia wolności jest charakteryzowany jako odejście od tej zasady, zależy od sposobu wyważenia dolegliwości tej pierwszej? Jakie cechy są właściwe dla zasady proporcjonalności i czy traktujemy tę zasadę jako rozstrzygającą o wymiarze kary, czy jedynie ograniczającą[23]?

Rola różnych zasad wymiaru kary i wewnętrzne relacje możliwych wyborów zostały podsumowane na diagramie. Sankcje są umieszczone na modelu-drabinie w zależności od ich względnej surowości (wymiar pionowy)[24]. W wymiarze poziomym można zidentyfikować trzy punkty: (A) zasadę proporcjonalności, (B) pragmatyczne, resocjalizacyjne względy wspomagające kary społeczne, oraz (C) ogólne złagodzenie sankcji usprawiedliwiane przez słuszność i pragmatyzm polityki karnej.

(A) Argumenty dotyczące zasady proporcjonalności i surowości orzeczonej kary (poziomy od pierwszego do piątego)

---

[23] Zasada proporcjonalności pojmowana w tym drugim znaczeniu nie wymaga więcej nad tzw. przybliżoną równowagę pomiędzy wagą czynu a surowością sankcji. Wybór sankcji dokonany na innej podstawie, lecz z zachowaniem powyższego ograniczenia, nie będzie stanowić złamania zasady proporcjonalności (tu zob. N. Morris, M. Tonry, *Between Prison and Probation*, Oxford 1990; oraz R. A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001, s. 139 i n.). Należy wspomnieć, że relacja pomiędzy służbą społeczną a karą pozbawienia wolności (jedna godzina = jeden dzień) jest już nieco zbyt dużym przybliżeniem. Była ona od czasu do czasu krytykowana za nierzeczywiste odzwierciedlanie różnic pomiędzy karą pozbawienia wolności a służbą społeczną. Kontrargumenty dotyczyły braku jednoznacznych kryteriów, potrzebnych do poczynienia takiego porównania. W praktyce kara społeczna trwa dwa razy dłużej niż kara pozbawienia wolności dla sprawców wcześniej nie karanych. Kara społeczna poza tym może wymagać od sprawcy więcej wysiłku, jednak nie jest tak dotkliwa jak więzienie.

[24] Inaczej niż szwedzkie, fińskie rozwiązania zawarte w kodeksie karnym nie zajmują wyraźnego stanowiska co do wewnętrznej dolegliwości poszczególnych sankcji. Kary zostały tu bezwarunkowo przyporządkowane przez ustawodawcę do konkretnych czynów.

IUS.indd 178 2006-02-06 10:45:25

Podążając poziomo od strony lewej do prawej zgodnie z zasadą proporcjonalności (sektor A) nasuwa się pytanie o zwiększenie ciężaru czynu. Jednocześnie, w wymiarze pionowym, poruszamy się w kierunku bardziej surowych sankcji. Wybór pomiędzy karą grzywny a karą pozbawienia wolności, jak również wybór pomiędzy warunkowym a bezwarunkowym pozbawieniem wolności jest zależny od takich czynników, jak szkoda, niebezpieczeństwo jej wystąpienia, stopień winy i przeszłość kryminalna sprawcy czy też wiek sprawcy.

(B) Cele prewencyjne i kary społeczne

Jeśli istnieje wybór między dwoma lub więcej karami na tym samym poziomie surowości, decyzja o zastosowaniu tej najbardziej właściwej powinna opierać się na zasadzie proporcjonalności. Na przykład jeśli sąd zdecyduje się na wymierzenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wobec sprawcy, który w chwili popełnienia czynu nie miał ukończonych osiemnastu lat, może także zastosować specjalną karę dla nieletnich. Jest to nakierowane głównie na osiągnięcie celów resocjalizacyjnych i prewencyjnych (poziom 3/4). Jeśli sąd decyduje się na wymierzenie kary ośmiu bądź mniej miesięcy bezwarunkowego pozbawienia wolności, powinien wziąć pod uwagę możliwość zastosowania kary pracy na cele społeczne, jeśli sprawca wydaje się nadawać do tego typu obowiązków.

(C) Złagodzenie oparte na czynnikach zewnętrznych

Trzecia grupa argumentów uzasadnia odstępstwa od zasady proporcjonalności zmierzające do złagodzenia wymiaru kary. Zasługujące na pochwałę postępowanie sprawcy po dokonaniu czynu zabronionego, naprawa szkód, wzięcie udziału w mediacji albo współpraca z policją, wszystkie te czynniki mogą złagodzić wymiar kary. Złagodzenie oparte na rozsądku i słuszności pozwala dla przykładu postawić pytanie, czy jeśli sprawca jest w zaawansowanym wieku, a będziemy mieli do czynienia z kumulacją sankcji – czy jego wiek będzie kolejnym powodem do złagodzenia kary. Powyższe czynniki mogą usprawiedliwić zastosowanie łagodniejszego typu kary, jej złagodzenie albo odstąpienie od jej wymierzenia[25].

---

[25] To, czy rzeczywiście złagodzenie kary oparte na podeszłym wieku sprawcy, czy złym stanie jego zdrowia, jest odejściem od zasady proporcjonalności i słuszności w dużej mierze zależy od treści tych zasad. Proporcjonalność oparta na szerokich (zindywidualizowanych) koncepcjach sprawiedliwości może obejmować zakresem swojego działania także przejawy słuszności, które wydają się być poniżej proporcjonalnie zasłużonego wyroku. Ponadto z punktu widzenia tzw. zasady równego wpływu perfekcyjnie odpowiednim byłoby traktowanie takiego odstępstwa jako czegoś wręcz wymaganego przez zasadę równości; więcej zob. A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, London 1992.

Rys. 1.

Proporcjonalność i inne argumentacje w procesie podejmowania decyzji o wymiarze kary zgodnie z dyrektywami fińskiego prawa karnego z 1976 roku[26]

<table>
<tr><th colspan="4">Proporcjonalność</th><th colspan="2">Inne cele i wartości</th></tr>
<tr><td colspan="4">A. Argumentacja związana z ciężarem przestępstwa, zawinieniem i szkodą, historią przestępczą sprawcy i surowością sankcji karnych</td><td>B. Wybór sankcji
Argumentacja związana z prewencją i pragmatyzmem polityki karnej</td><td>C. Łagodzenie
Argumentacja związana z instytucjonalną formą litości i pragmatyzmem polityki karnej</td></tr>
<tr><td>6</td><td colspan="3">Bezwarunkowa kara pozbawienia wolności
– od 8 miesięcy do dożywotniego pozbawienia wolności</td><td></td><td rowspan="7">– Zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa
– Interes ofiary
– Doznane przez sprawcę cierpienie w związku z popełnieniem przestępstwa
– Pierwszeństwo innych form kontroli społecznej
– Nieletni i młodociani</td></tr>
<tr><td>5</td><td colspan="3">Bezwarunkowa kara pozbawienia wolności
– od 14 dni do 8 miesięcy</td><td>Kary odbywane na rzecz społeczności
– jeśli odpowiednia do sprawy</td></tr>
<tr><td>4</td><td colspan="3">Kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania + grzywna
– do 2 lat pozbawienia wolności</td><td rowspan="2">Środki wychowawcze dla nieletnich
– istnieje szansa naprawy
– istnieje ryzyko dalszego łamania prawa</td></tr>
<tr><td>3</td><td colspan="3">Kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania
– do 2 lat pozbawienia wolności</td></tr>
<tr><td>2</td><td colspan="3">Grzywna
– do 120 stawek dziennych grzywny</td><td></td></tr>
<tr><td>1</td><td colspan="3">Odstąpienie od skazania/ zaniechanie dochodzenia</td><td></td></tr>
</table>

Linia pionowa: surowość sankcji karnych

Linia pozioma: ciężar przestępstwa, wynikający ze szkody, formy zawinienia i historii przestępczej sprawcy

Powyższe zestawienie pokazuje relacje między sankcjami a wiodącymi zasadami rozstrzygającymi o ich stosowaniu. Nie jest to jednak żadna wskazówka dotycząca umiejscowienia konkretnych czynów na szczeblach

[26] Opracowanie graficzne i tłumaczenie: M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005.

IUS.indd 180 2006-02-06 10:45:26

modelu-drabiny. Przywodzi nas tylko o krok bliżej do kwestii związanych z zasadą proporcjonalności i bezwzględnego poziomu sankcji.

4. OGRANICZANIE NIEUZASADNIONYCH DYSPROPORCJI. POJĘCIE „KARY NORMALNEJ"

Przepisy regulujące zasady wymiaru kary tworzą pojęcie „kary normalnej" dla standardowego przypadku. Zadaniem tego zabiegu jest redukcja nieuzasadnionych rozbieżności w wymiarze kary. Osiąga się ją przez uporządkowanie możliwych decyzji sądów na pewnej skali, która jest punktem wyjścia do orzekania o wymiarze kary. Ten model jest oparty na prostym stwierdzeniu zawartym w rozdziale 6 sekcji 1 kodeksu karnego. Wymaga ono od sędziego, aby zwracał szczególną uwagę na jednolitość praktyki wymiaru kary. Zgodnie z *travaux préparatoires* oznacza to, że odpowiedzią na czyn zabroniony powinna być „normalna kara" dopóty, dopóki nie istnieją szczególne przesłanki uzasadniające odstępstwo od tej praktyki. Innymi słowy, „normalna kara" to sankcja karna stosowana najczęściej w podobnych sprawach.

Zgodnie z założeniem instytucji „kar normalnych" wymiar kary został zaprojektowany jako postępowanie dwuetapowe. Na początku należy zdefiniować punkty, które będziemy porównywać – najbardziej typowe sprawy dotyczące takiego samego czynu karalnego (tzw. standardowe przestępstwo) i odpowiadające im kary (tutaj mamy do czynienia z zakresem „kar normalnych"). Podczas drugiego etapu przyrównujemy dany, konkretny czyn z typowym zachowaniem sprawców w podobnych okolicznościach. Porównanie to jest oparte na interpretacji kryteriów i zasad wymiaru kary[27].

Ogólnie rzecz biorąc, sędzia orzekający o karze potrzebuje trzech rodzajów danych. Po pierwsze, informacji statystycznej dotyczącej kar, tj. wiedzy o tym, jakie kary są wymierzane najczęściej w „typowych" sprawach, dla przykładu prowadzenia samochodu w stanie nietrzeźwości. Po drugie, informacji dotyczącej typowych spraw, zawierającej opis właściwych dla tego rodzaju przestępstwa zachowań sprawczych, na przykład jaka jest typowa sprawa występku prowadzenia samochodu w stanie nietrzeźwości oraz jak się ona ma do kar stosowanych najczęściej. Po trzecie, pod uwagę należy wziąć kryteria, które po przyrównaniu naszego przypadku do typowego sprawstwa, uzasadnią odchylenia od „normalnej kary", zmierzające do zaostrzenia lub obniżenia odpowiedzialności karnej. Odpowiedzi na trzecie pytanie udziela po części ustawodawca (szczególnie w rozdziale 6, sekcjach od 1 do 4 kodeksu karnego), sądownictwo wyższej instancji oraz doktryna. Jeżeli chodzi natomiast

[27] Rozważania na temat „czynu normalnego" czy „kary normalnej" są oczywiście uproszczeniem. Zamiast o jednym normalnym czynie, lepiej byłoby mówić o kilku typowych czynach i o odpowiadającej im skali kar, które zostały tu zastosowane.

o dwie pierwsze kategorie danych, to może je pozyskać z różnych źródeł. Roczne statystyki sądowe zawierają informacje o średniej wysokości kar. Istnieją również inne niezależne analizy, szczegółowo obrazujące praktykę sądową w najpopularniejszych typach przestępstw. Zarówno jedne, jak i drugie pozwalają sądowi dostrzec, jakie kary były wymierzane za czyny popełnione w stosunkowo podobnych okolicznościach, kiedy jednocześnie konsekwencje czynów były względnie takie same, a przeszłość kryminalna sprawców kształtowała się podobnie. Obserwując praktykę dotyczącą niektórych przestępstw, sądy wypracowały sobie modele tzw. kar normalnych, stosowanych w najbardziej rutynowych sprawach (tj. prowadzenie samochodu w stanie nietrzeźwości, posiadanie bądź handel narkotykami, przemyt).

Schemat kar normalnych pomaga w procesie decyzyjnym przez zaoferowanie punktu wyjścia do rozważań przy wymiarze kary. Stosowany z należną uwagą i elastycznością model ten zwiększa poziom przewidywalności przyszłych reakcji systemu karnego i promuje równe traktowanie w podobnych sprawach. Sądowi pozostaje tylko bowiem porównanie konkretnego sprawstwa z „normalnym sprawstwem". Jest to oparte na interpretacji normatywnych kryteriów wymiaru kary, określonych w źródłach prawa karnego. Analizy empiryczne (bądź różnego rodzaju nieformalne tabele kar) nie zwalniają bowiem sędziego z obowiązku dokonania normatywnej oceny.

System „kar normalnych" – podobnie jak większość wskazówek wymiaru kary w Stanach Zjednoczonych – nie jest wykorzystywany do systematycznego nadzoru nad poziomem kar ani do dokonywania w nim zmian, wymaganych przez ewoluującą politykę karną. Jest jedynie narzędziem heurystycznym, nakierowanym na redukcję nieuzasadnionych rozbieżności w wymiarze kary – nie zaś sposobem na rozwiązanie problemu zamierzonej wysokości sankcji karnych.

5. POZIOM SANKCJI

A. PROPORCJONALNOŚĆ MATERIALNA – SPOŁECZNE, MORALNE I POLITYCZNE DETERMINANTY

Zasady proporcjonalności i słuszności (pojęcie „kar normalnych") mogą zagwarantować naturalną spójność systemu sprawiedliwości, w tym znaczeniu, że za czyny o podobnym ciężarze zostaną wymierzone podobne kary. I odwrotnie, za czyny o różnym ciężarze zostaną wymierzone kary o odpowiednio różnej odpowiedniej dolegliwości. Jeśli jednak spróbujemy odpowiedzieć na pytanie o materialny poziom kar (tj. dolegliwość, w ramach którego dokonywane są porównania odnośnie do

ciężaru i surowości sankcji karnych), powyższe zasady nie udzielają już tak jasnych wskazówek[28].

Oczywiście, nie istnieje proste rozwiązanie tego problemu[29]. Zasada proporcjonalności jest kształtowana przez przeważające społeczne i moralne wartości. Kluczowy wydaje się tu być poziom doniosłości różnych interesów, chronionych przez prawo karne, sposób postrzegania deprywacji wywołanej przez karę oraz sytuacji jednostek poddanych wykonywaniu kary. Ważny jest również społeczny odbiór natury i przyczyn przestępstwa. Dane przestępstwo może być postrzegane jako problem wykreowany przez czynniki społeczne i środowiskowe, a z drugiej strony, jako problem wewnętrzny jednostki, związany z jej złym charakterem.

Zamierzenie efektywności sankcji karnych również wywołuje pewne skutki w zakresie naszego postrzegania proporcjonalności karania. Łatwiej jest uzasadnić surowe kary, jeśli wierzymy, że będą one prowadzić do dobrych rezultatów. Im wyraźniej zdamy sobie sprawę z wprost przeciwnych skutków kar, tym nasze nastawienie do nich i poziomu kar będzie bardziej krytyczne. Pytanie, jak duże nadzieje są wiązane z karami, jest między innymi problemem ich odbioru społecznego i wpływu na prewencję karną. Jeśli można by wykorzystywać więcej funkcjonalnych instrumentów, trudniej byłoby usprawiedliwić surowe wyroki. Rozwój strategii przeciwdziałania przestępczości poza domeną prawa karnego obniża poziom politycznego napięcia związanego z systemem sprawiedliwości karnej.

Ostatecznie poziom kar jest determinowany przez przeważającą kulturę polityczną. Wiele zależy też od zakresu, w jakim polityka karna jest określana przez racjonalną ocenę celów i środków, a w jakim pozostaje pod wpływem mediów i dążenia do publicznej popularności.

Jeżeli wziąć pod uwagę złożoność procesu decyzyjnego oraz zróżnicowania zaangażowanych tu czynników i racji, nie powinno nas dziwić to, że problem proporcjonalności materialnej pozostaje nierozwiązany. Teoretyczne próby rozstrzygnięcia tego problemu również nie pozwalają dokonać znaczącego postępu w rozwiązaniu prezentowanego tu zagadnienia[30]. Jednakże w każdym społeczeństwie normy prawa karnego były

[28] Zasada proporcjonalności niewiele ma nam do powiedzenia o ogólnym poziomie kar. Ideologia zmian z lat siedemdziesiątych była nakierowana na to, że zasada proporcjonalności będzie faworyzować punitywną politykę karania, co przyczyni się do podwyższenia dolegliwości kar. Jednakże w Finlandii stało się wręcz odwrotnie.

[29] Zob. A. von Hirsch, *Censure…*, *op. cit.*, roz. 5; R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 141 i nast.

[30] Jak to zostało wskazane przez Duffa: „Nie istnieje żaden punkt Archimedesa, niezależny od wszystkich istniejących praktyk karnych, z którego moglibyśmy dalej rozwinąć takie przedsięwzięcie" (R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 134).

IUS.indd 183 2006-02-06 10:45:27

kształtowane przez wiele lat. Każdego roku ustawodawcy i sędziowie podejmują liczne decyzje służące poprawie systemu sprawiedliwości karnej. Z praktycznego punktu widzenia rozsądniejszą drogą konceptualizacji decyzji dotyczącej poziomu kar jest postrzeganie tych rozstrzygnięć ustawodawców i sędziów jako ciągły proces zmian w kierunku stosowania proporcjonalnych kar. W codziennej praktyce wymiaru sprawiedliwości karnej rozstrzygnięcia dotyczące bezwzględnego poziomu sankcji (proporcjonalność materialna) stykają się cały czas z relatywnym poziomem ciężarów przestępstw i surowości sankcji (proporcjonalność względna).

Nie można jednak zidentyfikować odpowiedniej instytucji, ani tym bardziej osoby, która powinna zatroszczyć się o takie rozstrzygnięcie[31]. W krajach, gdzie tradycyjnie dominuje prawo stanowione, poziom kar determinowany jest przez różnorakie dyskusje na różnych płaszczyznach. Argumenty przedstawiane są w formie aktów prawnych (granice zagrożenia karnego, uszeregowane pod względem ciężaru typizacje przestępstw), uzasadnień do projektów ustaw, decyzji sądów wyższych instancji, analizy naukowej, czy w końcu – w formie badań nad polityką karną oraz debaty publicznej. Profesjonalna dyskusja ma miejsce głównie podczas warsztatów naukowych, seminariów i spotkań dla sędziów, prokuratorów i naukowców, choć czasem odbywa się też na forum parlamentu czy w mediach.

To, w jakim kierunku, w najbliższym czasie, chcemy rozwijać poziom kar, jest fundamentalnym pytaniem o wartości polityki karnej. Silne argumenty natury etycznej i empirycznej wspierają tzw. strategię osłabiania reakcji karnej[32], mówiącą o postępującym złagodzeniu kar[33]. Przedstawię ten problem na podstawie krótkiego opisu polityki karnej wdrażanej w Finlandii, począwszy od późnych lat sześćdziesiątych XX wieku. Głównym owocem takiej polityki jest radykalny spadek wskaźników dotyczących osób przebywających w więzieniach z jednego z wyższych poziomów w Europie Zachodniej do najniższego w całej Unii Europejskiej.

B. SPADEK POZIOMÓW KAR I LICZBY OSÓB PRZEBYWAJĄCYCH W WIĘZIENIACH W FINLANDII W LATACH 1950–1990

Na początku lat pięćdziesiątych XX wieku liczba osób przebywających w więzieniach w Finlandii była czterokrotnie wyższa niż w innych krajach skandynawskich. Na 100 tys. obywateli w Finlandii przypadało 200 więź-

[3i] Może to jednak wyglądać nieco inaczej w tych ze stanów, które dały władzy sądowniczej władzę decydowania o konkretnym poziomie dolegliwości zastosowanej sankcji. W krajach o tradycji prawa stanowionego ten proces decyzyjny jest bardziej skomplikowany.

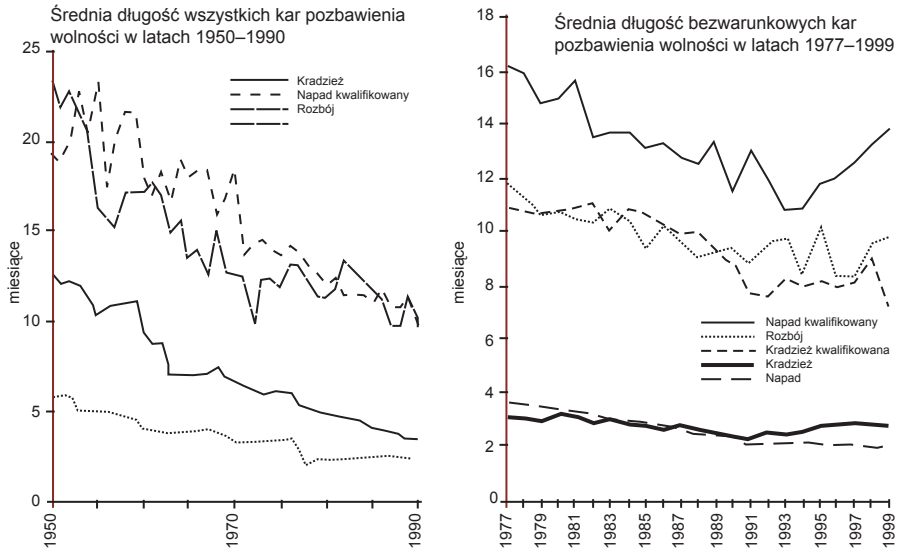
[32] [*decremental strategy* – przyp. tłum.]

[33] R. A. Duff, *Punishment…*, *op. cit.*, s. 134.

niów, gdy w Szwecji, Danii czy Norwegii jedynie około 50. Nawet w latach siedemdziesiątych liczba ta stawiała Finlandię na jednym z pierwszych miejsc w Europie Zachodniej. Jednakże gdy w większości krajów europejskich obserwowano wzrost populacji więziennej, w Finlandii liczba uwięzionych stopniowo malała, by na początku lat dziewięćdziesiątych wyrównać do poziomu pozostałych krajów skandynawskich.

Ten długoterminowy rozwój nie może być tłumaczony przez odwołanie się do jedynie kilku prostych czynników. Zmiana była spowodowana przez czynniki makrostrukturalne, ideologiczne w teorii kary, przez reformę prawa i praktyki wymiaru kary. Sądy zaczęły ograniczać wymiar kary już w latach pięćdziesiątych, co było reakcją na nadmiernie represyjną politykę karną w warunkach powojennych. Systematyczna reforma prawodawcza została zapoczątkowana w połowie lat sześćdziesiątych i kontynuowana była do połowy lat dziewięćdziesiątych. Kary za przestępstwa przeciwko mieniu i bezpieczeństwu w komunikacji zostały znacząco ograniczone. W tym samym czasie wzmocnieniu uległa rola sankcji wolnościowych. Rysunek nr 2 pokazuje długoterminowe (1950–1990) i krótkoterminowe zmiany (1977–1999) w stosowaniu kary pozbawienia wolności w przypadku niektórych poważniejszych przestępstw.

Rys. 2.
Zmiany krótko- i długoterminowe w stosowaniu kary pozbawienia wolności



Pomiędzy 1950 a 1965 rokiem średnia długość bezwarunkowych kar pozbawienia wolności wynosiła od trzynastu do siedmiu miesięcy. W 1950 roku średnia długość kary pozbawienia wolności wymierzanej za kradzież odpowiadała 12 miesiącom, w 1971 roku siedmiu, by w 1991 roku spaść do trzech miesięcy. Zmieniło się także zastosowanie różnych alternatywnych środków wymiaru kary. W 1971 roku 38% sprawców skazanych za kradzież otrzymała kary pozbawienia wolności, w 1991 roku było to już jedynie 11%. W połowie lat sześćdziesiątych niemal 90% kierowców zatrzymanych podczas jazdy w stanie nietrzeźwości otrzymało bezwarunkowe kary pozbawienia wolności, we wczesnych latach siedemdziesiątych było to już 70%, by dziesięć lat później osiągnąć poziom 12%. Na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych stosowanie kary pozbawienia wolności wobec nieletnich sprawców zostało znacznie ograniczone, głównie dzięki wprowadzeniu nowych sankcji – kar na rzecz społeczności.

Reformy były wspierane przez nową ideologię polityki karnej, stanowiącą kompromis pragmatycznych celów wymiaru sprawiedliwości z ideą słuszności, połączonej z systemem gwarancji prawnych. Zapewniało to szersze spojrzenie na główne cele polityki karnej i uwydatniało rolę dwóch strategii – społecznej i sytuacyjnej – przy kontroli przestępczości[34]. Jednakże dobre argumenty teoretyczne nie wystarczą, jeśli nie są brane pod uwagę w politycznym procesie decyzyjnym. Co zatem umożliwiło konieczną reformę prawa karnego?

Cześciową odpowiedź można znaleźć w strukturze fińskiej kultury politycznej. Istniała bowiem oczywista wola polityczna i konsensus na obniżenie dotychczasowego stopnia populacji więziennej[35]. Należy również powiedzieć, że reformy były wypracowane przez małą grupę ekspertów, którzy mieli podobne poglądy w zakresie polityki karnej. Wpływ tych profesjonalistów został również wzmocniony przez kontakty z politykami, urzędnikami państwowymi i pracownikami naukowymi. Dlatego też, inaczej niż ma to miejsce w wielu innych krajach, kontrola przestępczości nie była nigdy centralnym punktem kampanii wyborczej, żadnego z poważniejszych fińskich polityków. Tylko populiści odwoływali się do haseł osławionej instytucji Three Strikes and Your're Out[36], czy też „prawda w wymiarze kary[37]". W takim zestawieniu, należy wspomnieć również o roli mediów. W Finlandii media wypracowały całkiem trzeźwe i rozsądne podejście do polityki karnej. Współpraca judy-

[34] P. Törnudd, *Facts, Values and Visions…*, *op. cit.*; T. Lappi-Seppälä, *Sentencing and Punishment…*, *op. cit.*, s. 108 i n.

[35] P. Törnudd, *Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland*, „Research Communication of National Research Institute of Legal Policy"1993, nr 3, s.12.

[36] [*three strikes* – przyp. tłum.]

[37] [*truth in sentencing* – przyp. tłum.]

katury również była jednym z kluczowych czynników. W wielu sprawach prawodawstwo było silnie wspomagane przez sądy. Często dochodziło do sytuacji, że praktyka orzecznicza zmieniła się w kierunku pożądanym przez wspomnianą politykę karną jeszcze przed wprowadzeniem odpowiednich zmian ustawodawczych. Różne warsztaty naukowe i seminaria organizowane dla sędziów i prokuratorów we współpracy z uniwersytetami miały także wpływ na praktykę wymiaru kary[38].

C. POZIOM ZASTOSOWANIA KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI A POZIOM PRZESTĘPCZOŚCI

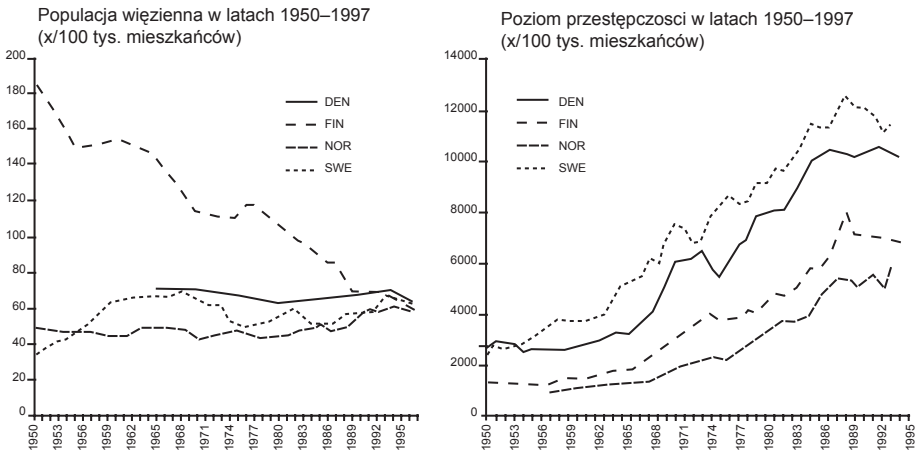
Fundamentalne zmiany w stosowaniu kary pozbawienia wolności naturalnie prowokowały pytanie, jaki będzie to miało wpływ na poziom przestępczości. Przy próbie zestawienia poziomu zastosowania kary pozbawienia wolności z poziomem przestępczości ujawnia się kilka dobrze znanych, metodologicznych trudności[39]. Jednakże możliwość porównania krajów wykazujących podobieństwa strukturalne i społeczne, ale posiadających zróżnicowaną historię rozwoju prawa karnego, pozwala przyjrzeć się temu problemowi z zupełnie innej perspektywy. Doświadczenia skandynawskie dają interesującą możliwość sprawdzenia, jak zmiany w praktyce karnej w jednym kraju wpływały na wskaźniki przestępczości. Należy tu przyrównać wskaźniki fińskie z krajami, które charakteryzowały się bardzo ustabilizowanym systemem karnym. Rysunek nr 3 przedstawia dane dotyczące rozmiarów populacji więziennej i wskaźniki przestępczości w Finlandii, Szwecji, Danii i Norwegii od 1950 do 1997 roku.

Proste porównanie pomiędzy krajami skandynawskimi ujawnia uderzającą różnicę w stosowaniu kary pozbawienia wolności, jak również uderzające podobieństwo w poziomie przestępczości. Fakt zdecydowanej redukcji przez Finlandię jej populacji więziennej nie zaburza symetrii poziomów przestępczości w krajach skandynawskich. Wskaźniki powyższe potwierdzają również po raz kolejny znany wniosek kryminologiczny, mówiący że poziomy przestępczości mają swoją własną dynamikę, tj. rosną i spadają zupełnie niezależnie od zmian prawa i polityki karnej.

[38] Obejmuje to również kontekst społeczny. Zob. T. Lappi-Seppälä, *Sentencing and Punishment…*, *op. cit.*, s. 138 i n.

[39] Metodologicznymi problemami badań nad prewencją karną zajmuje się na przykład: A. von Hirsch, A. Bottoms, E. Burney, P-O. Wiktsröm, *Criminal Deterrence…*, *op. cit.*, s. 17–23.

Rys. 3.
Populacja więzienna a poziom przestępczości w latach 1950–1997[40]



D. PRAKTYKA WYMIARU KARY W LATACH DZIEWIĘĆDZIESIĄTYCH

Przez ostatnią dekadę praktyka orzecznicza sądów cechowała się pewna stabilność. Ogólny poziom sankcji i odpowiadające jemu użycie różnych alternatyw wymiaru kary pozostawały na tym samym poziomie. Ze wszystkich spraw karnych rozstrzyganych przed sądem większość zakończyła się wymierzeniem kary grzywny (60%) lub kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania (20%). W około 10% spraw zastosowano karę pozbawienia wolności (zazwyczaj od trzech do sześciu miesięcy) a w 6–7% karę pracy na cele społeczne. W mniej niż 2% spraw sąd odstąpił od wymierzenia kary. We wczesnych latach dziewięćdziesiątych zaobserwowano podwojenie liczby wypadków, w których sięgnięto po warunkowe umorzenie postępowania (do około 5–10% spraw toczących rozpatrywanych przez sądy). Generalnie rzecz ujmując, kary oscylowały pomiędzy czwartym a trzecim szczeblem modelu-drabiny[41]. Rozkład przeciętnych kar wymierzanych za niektóre bardziej poważne przestępstwa został przedstawiony na poniższej tabeli.

[40] Źródło: T. Lappi-Seppälä, *Sentencing and Punishment…*, *op. cit.*

[41] Nie jest to znak niedoskonałości praktyki, ale raczej naturalny rezultat faktu, że w każdym z rodzajów przestępstw większość będzie zawsze mniejszej wagi. Obserwujemy mniejszą liczbę brutalnych morderstw (10–20 przypadków rocznie) niż normalnych zabójstw (150 rocznie); mniej brutalnych napadów (2 tys. przypadków rocznie) niż normalnych napadów (20 tys. przypadków rocznie) oraz prawie niezliczoną sumę łagodniejszych wystąpień przeciwko integralności cielesnej, z których większość i tak nie została zgłoszona organom ścigania (około 600 tys. rocznie).

Kary wymierzane za kradzież, czynny napad i rozbój

Przestępstwo (zakres ustawowy)	**Grzywny**	**War. kara pozb. woln.**	**Służba społeczna**	**Bezw. kara pozb. woln.**	**Typowa kara (jednostek grzywny/mies.)**
Kradzież (grzywna–1 rok 6 mies.)	50–55%	25%	5%	20%	30–40 jednostek grzywny 2–3 miesięcy
Kradzież kwalifikowana (4 mies.–4 lata)	–	45%	10%	45%	7–12 miesięcy
Napad (grzywna–2 lata)	70%	15%	5%	10%	30–40 stawek grzywny 2–4 miesięcy
Napad kwalifikowany (6 mies.–10 lat)	–	45%	10%	45%	10–20 miesięcy
Rozbój (6 mies.–6 lat)	–	45%	5%	50%	8–12 miesięcy
Rozbój kwalifikowany (2–10 lat)	–	5%	–	95%	30–40 miesięcy

Badania empiryczne nad relatywnym znaczeniem poszczególnych czynników w praktyce wymiaru kary ujawniają, że szkoda i stopień winy, włączając w to również przeszłość kryminalną sprawcy, odgrywają główną rolę. Kary za kradzież są określane głównie przez wartość skradzionych dóbr i sposób popełnienia przestępstwa. Kary za czynny napad są stopniowane uwzględniając ewentualne obrażenia ofiary i stopień niebezpieczeństwa czynu (np. jakiego typu broni używał napastnik). Kary za normalny „rozbój uliczny" są zależne od tego, czy użyto siły, jakiego rodzaju bronią zastraszono ofiarę, oraz – choć ta okoliczność ma mniejsze znaczenie – jaka jest wartość zrabowanych dóbr. We wszystkich tych typach przestępstw przeszłość kryminalna sprawców miała również zauważalne znaczenie. Przy przestępstwach średniego poziomu, recydywa jest kluczowym czynnikiem w rozstrzyganiu pomiędzy alternatywami wolnościowymi a pozbawieniem wolności. Należy tu nadmienić, że jeśli kara pozbawienia wolności wynosi mniej niż jeden rok, praktycznie wobec wszystkich dotychczas niekaranych

sprawców orzekana jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Bezwarunkowa kara pozbawienia wolności przewidziana jest raczej dla dotychczas niekaranych sprawców, którzy jednak zostali skazani na kary powyżej jednego roku pozbawienia wolności, albo dla sprawców już wcześniej karanych, których nie można ukarać jedynie grzywną. Jednakże duża część tej drugiej grupy będzie mogła liczyć na zamiany ich kary w nakaz społeczny.

6. KONKLUZJE

Cele i wartości przeważającej ideologii karnej nie były nigdy w Finlandii poważnie kwestionowane. Jednakże formalny neoklasyczny ideał „prostego i przewidywalnego" systemu sankcji został w pewien sposób zmodyfikowany przez wprowadzenie dodatkowych możliwości rozstrzygania i przyznanie większego znaczenia innym kryteriom niż tylko szkoda i stopień winy. Zarówno praktyka wymiaru kary, jak i nowe rozwiązania prawne ustanowiły bardziej przejrzyste wskazówki, uzasadniające odchylenie od zasady proporcjonalności w kierunku łagodniejszego wymiaru kary[42]. Jednak te poprawki nie zmieniły podstawowej struktury fińskiego wymiaru sprawiedliwości ani też nie zagroziły centralnej pozycji zasady proporcjonalności.

Punktem zwrotnym, rzeczywistym wyrazem reformy w wymiarze kary niekoniecznie jest zmiana przepisów dotyczących wymiaru kary, która została dokonana na początku lat siedemdziesiątych. Przecież zmiana ta w wielu rozwiązaniach odzwierciedlała stosowaną już praktykę orzeczniczą sądów. Reforma zyskała na znaczeniu dlatego, że podporządkowywała rozstrzygnięcia sądów normom i zasadom prawa. Począwszy od 1976 roku praktyka wymiaru kary stała się standardowym tematem seminariów i warsztatów naukowych dla sędziów. Kolejna ważna zmiana dotyczyła struktury i zawartości uzasadnienia decyzji sądu. Aż do lat siedemdziesiątych sądy fińskie bardzo opierały się uzasadnianiu szczególnych powodów zastosowania takiej a nie innej sankcji. Reforma wymiaru kary przyniosła poważną zmianę w tej praktyce. Kluczową rolę odegrał tu Sąd Najwyższy. Zachęcone jego decyzjami sądy pokoju i sądy apelacyjne zaczęły kształtować swoją własną praktykę. To stanowiło bardziej solidną podstawę do prawnej argumentacji, dzięki czemu normatywny system wymiaru kary się umacniał.

Po długim okresie spadku dolegliwości wymierzanych kar praktyka sądowa uległa stabilizacji. Kary za poważne formy brutalnych przestępstw, jak również za przestępstwa na tle seksualnym – zaostrzyły

[42] Raport końcowy z prac nad reformą kodeksu karnego (Yleiset Opit 2000) zawiera osobny paragraf poświęcony czynnikom opierającym się na zasadzie słuszności.

się[43]. W latach 1999–2002 zaobserwować można również było wzrost populacji więziennej. Zmiana ta jest przypisywana częstszemu występowaniu przestępstw związanych z posiadaniem i używaniem narkotyków, jak również z imigracją ze Wschodu. Mimo tego sytuacja w Finlandii jest relatywnie stabilna, a liczba przestępstw, patrząc z perspektywy międzynarodowej raczej niska[44].

Pomimo to istnieją powody do zastanowienia. Rosnące znaczenie międzynarodowych aspektów przestępstw i ich kontroli, jak również presja na harmonizację prawa karnego, połączona z tendencją do jego upolitycznienia – wszystko to podwyższa możliwości stosowania surowszych sankcji. Gdzie indziej na świecie założenia systemu karania stały się jednym z głównych narzędzi polityki, środkiem przekazu symbolicznych wartości, podejmowania strategicznych wyborów itd. Pomimo równowagi w wyważaniu różnych strategii, ich zalet i wad, interwencje w system sprawiedliwości karnej są często wyrazem politycznej potrzeby „robienia czegokolwiek"[45]. Zbyt często sprawdza się powiedzenie, że im wyżej na szczeblach władzy, tym prostsze rozwiązania się popiera. To prowadzi także do tendencji opracowywania prostych rozwiązań dla złożonych problemów oraz do schlebiania punitywnej (albo raczej rzekomo punitywnej) opinii publicznej ostrymi kampaniami przeciwko przestępczości.

ABSTRACT

The author analyses normative bases for distribution of punishment in Finnish criminal justice system, mainly the principle of proportionality, its role in reducing disparities in sentencing and adopting the idea of 'normal punishment', and influence of proportionality on Finnish penal policy. She presents the relationship between proportionality and other principles and reasons seen as important in a proper criminal sentencing: humanitarianism and criminal political pragmatism. Finally, the author asks about the possible impact of criminal theory on particular practice of criminal justice system.

[43] Zob. tabela powyżej.

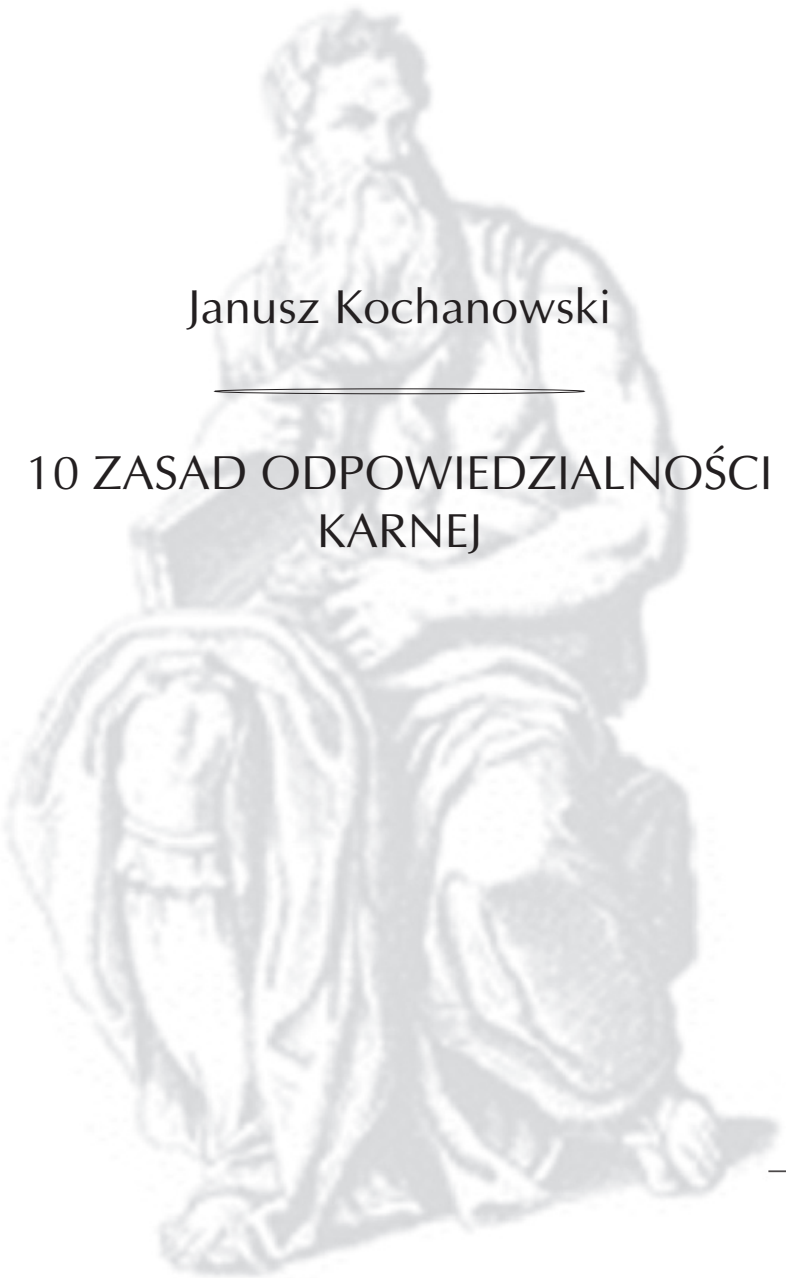
[44] P. Mayhew, J. M van Dijk, *Criminal Victimization in Eleven Industrialized Countries*, „Onderzoek en beleid. Wetenschappelijk Onderzoek – en Documentatiecentrum" 1997, nr 162.

[45] J. V. Roberts, L. J. Stalans, D. Indermaur, M. Hough, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons From Five Countries*, Oxford 2003; D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001.









Janusz Kochanowski

10 ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ

IUS.indd 193 2006-02-06 10:46:01



JANUSZ KOCHANOWSKI

W latach 1966–2005 wykładał prawo karne na Uniwersytecie Warszawskim. W latach 1991–1995 Konsul Generalny Rzeczypospolitej Polskiej w Londynie. *Visiting fellow* na uniwersytetach w Augsburgu, Oksfordzie, Cambridge, w Instytucie Maxa-Plancka we Freiburgu oraz Akademii Brytyjskiej. W latach 1996–1997 *Senior Member Robinson Collage. Life Member Clare Hall* w Cambridge. Autor m.in. książek: *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej* i *Redukcja odpowiedzialności karnej*. Rededaktor naczelny *Ius et Lex* oraz redaktor serii klasyków filozofii prawa. Rzecznik Praw Obywatelskich.

IUS.indd 194 2006-02-06 10:46:08

10 ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ

1. Potrzeba kary za wyrządzone zło i prawo do bycia odpowiedzialnym jest fundamentalnym prawem naturalnym, którego pogwałcenie stanowi naruszenie wszystkich moralnych uprawnień i obowiązków.
2. Trzeba, aby zło podlegało karze (sprawiedliwość retrybutywna), a naruszający ład nie osiągali z tego korzyści ze szkodą dla tych, którzy przestrzegają uznawanych norm (sprawiedliwość dystrybutywna).
3. Zagrożenie karą, jej wymierzenie oraz wykonanie stanowi wyraz potępienia wyrządzonego zła i potwierdzenie prawomocności naruszonych przez przestępstwo reguł.
4. Potępienie zła (przez wymierzoną karę) jest wyrazem społecznej solidarności z niewinną ofiarą przestępstwa, która w ten sposób uzyskuje moralną satysfakcję za wyrządzoną jej krzywdę.
5. Możliwość ponoszenia odpowiedzialności stanowi o godności człowieka; wymiar kary, stanowiący wyraz uznania tej odpowiedzialności, jest potwierdzeniem godności sprawcy jako istoty ludzkiej, a jej wykonanie przywróceniem mu utraconego statusu pełnoprawnego członka społeczeństwa.
6. Warunkiem uznania godności człowieka jest to, aby jej podmiotem był jedynie ten, kto ma rzeczywistą możność bycia odpowiedzialnym, tzn. był człowiekiem normalnym i odpowiednio dojrzałym. Natomiast gwarancją jego wolności jest to, aby ponosił ją w granicach spoczywających nań powinności i możliwości działania oraz jedynie do granic indywidualnej możliwości przewidywania następstw swojego zachowania.
7. Gwarancją zarówno godności, jak też wolności sprawcy jest proporcjonalność kary do wagi skutku i ciężaru przestępstwa, która może być przekroczona jedynie pod warunkiem szczególnego zawinienia, w przypadku wielokrotnego lub powrotnego sprawcy oraz nagminności popełnionego przestępstwa.
8. Szczególny rodzaj naruszonego przez sprawcę obowiązku oraz uprzywilejowana pozycja społeczna stanowią okoliczności zwiększające stopień zawinienia i ciężaru popełnionego czynu.
9. Sprawiedliwy wymiar kary ma pierwszeństwo przed jej celami utylitarnymi, a cele społeczne przed tymi, jakie ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego.
10. Cele resocjalizacyjne kary mogą być realizowane jedynie w granicach kary sprawiedliwej (i w fazie jej wykonania), w stosunku to osób, które tego potrzebują, nadają się do resocjalizacji oraz wyraziły na nią zgodę.

IUS.indd 195 2006-02-06 10:46:08

10 PRINCIPLES OF CRIMINAL RESPONSIBILITY

The system of criminal responsibility should be based on the ten following principles/assumptions:

1. The need for punishment for an evil occasioned, together with the right to be responsible, is a fundamental natural law, whose violation constitutes an infringement of moral rights and responsibilities.
2. It is necessary for evil to be punished (retributive justice) and for those violating order not to obtain benefits from this to the detriment of those who observe the prevailing norms (distributive justice).
3. The threat of punishment, together with its imposition and execution, constitutes the expression of condemnation of the evil occasioned and a confirmation of the force of law of the rules violated by the crime.
4. The condemnation of evil (by the imposed punishment) is an expression of social solidarity with the innocent victim of the crime, who in this way obtains moral satisfaction for the harm which has been inflicted.
5. The possibility of bearing responsibility is a guarantee of the dignity of the individual, while the sentence, being an expression of the recognition of this responsibility, is a confirmation of the dignity of the perpetrator as a human being. The execution of the sentence constitutes the restitution to the perpetrator of the lost status of a full member of the community.
6. The condition for the recognition of the dignity of a human being is that its subject be only such a person who has a real possibility of being responsible, i.e. is a normal and suitably mature human being. The guarantee of his or her freedom is that he or she should use it within the boundaries of the duties and possibilities of action therein and only up to the limits of the individual's possibilities of foreseeing the effects of his or her behaviour.
7. The condition for a just punishment is its proportionality in relation to the weight of the effect and burden of the crime ; which punishment, in the case of such an event, is appropriately increased if the crime is repeated as a result of relapse or recidivism and as a result of the commonness of the perpetrated crime.
8. A particular kind of duty violated by the perpetrator together with a privileged social position constitute circumstances increasing the degree of guilt and the weight of the perpetrated act.
9. A just sentence takes priority over its utilitarian aims, and social aims take priority over those which are to be attained in respect of the condemned.
10. The resocialising aims of a sentence can be realised only within the boundaries (and during the execution) of a just punishment in relation to those persons who need this, who are capable of resocialisation and who have agreed to it.

IUS.indd 196 2006-02-06 10:46:09

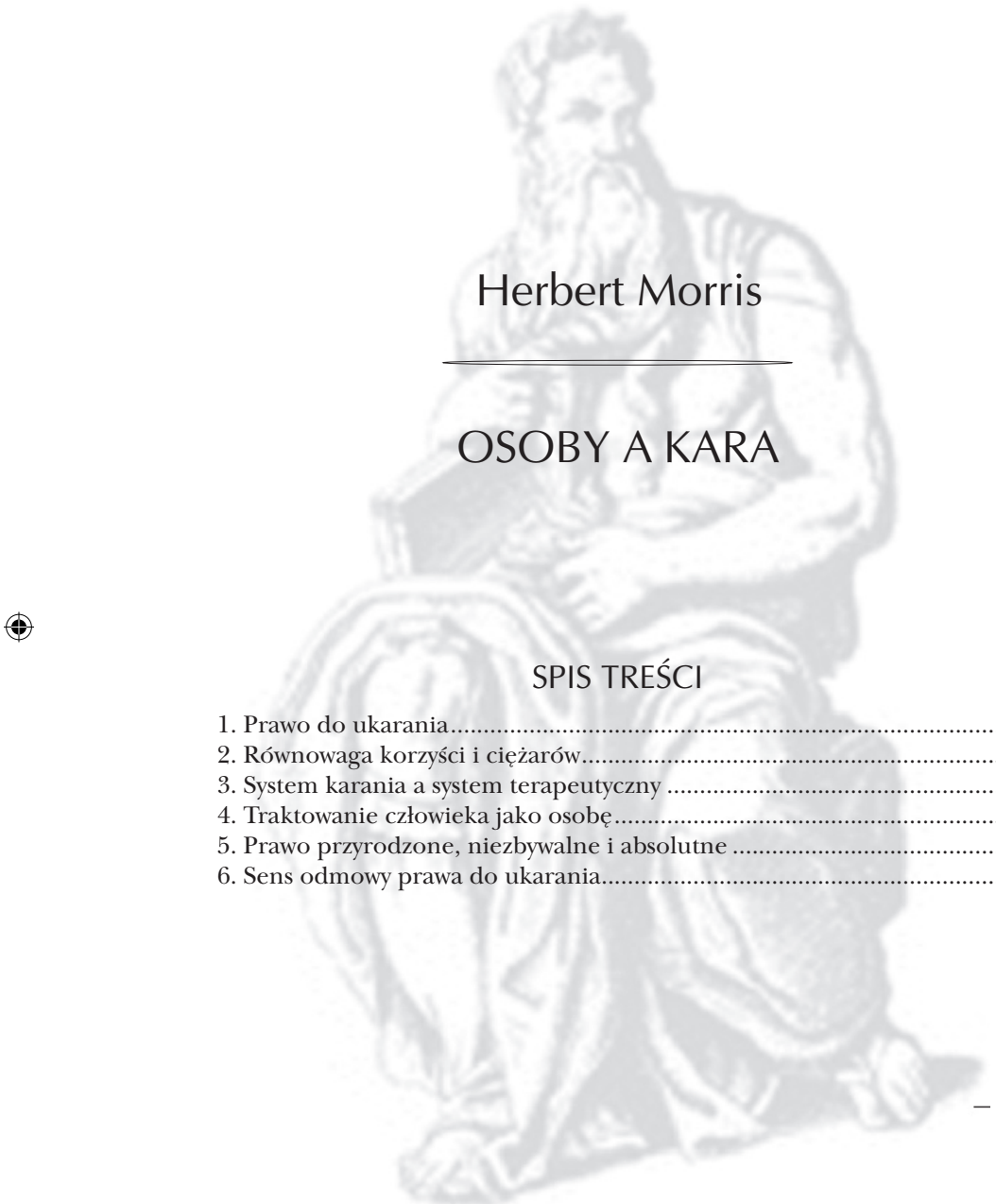
PRZEDRUKI

IUS.indd 197 2006-02-06 10:46:09









Herbert Morris

OSOBY A KARA

SPIS TREŚCI

1. Prawo do ukarania 201
2. Równowaga korzyści i ciężarów 202
3. System karania a system terapeutyczny 205
4. Traktowanie człowieka jako osobę 209
5. Prawo przyrodzone, niezbywalne i absolutne 210
6. Sens odmowy prawa do ukarania 212

Tłumaczenie: Wiesław Mleczko
Źródło: H. Morris, *Persons and Punishment*, „The Monist" LII, 1968, nr 4, s. 475–501. Skróty i śródtytuły pochodzą od redakcji.



HERBERT MORRIS

Profesor filozofii prawa na Uniwersytecie Kalifornijskim, w latach 1983–1993 dziekan Wydziału Nauk Humanistycznych.

Opublikował m.in. *On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*; *The Masked Citadel: The Significance of the Title of Stendhal's*, *On Guilt and Shame* (red.), oraz *Freedom and Responsibility: Readings in Philosophy and Law* (red.).

IUS.indd 200 2006-02-06 10:46:09

WPROWADZENIE

Opublikowany pod koniec lat 60. XX wieku artykuł H. Morrisa był jednym z przełomowych wypowiedzi przedstawicieli nauki, decydujących o zarzuceniu realizacji ideału resocjalizacji w amerykańskiej polityce karnej. Rozwinięte przez autora prawo człowieka do traktowania go jako osoby przez umożliwienie mu dokonywania wyborów decydujących o jego przyszłości i szacunek dla jego wyborów, prawo osoby do ukarania, decydujące o jej godności, oraz koncepcja uprzedniego rozdziału uprawnień i obowiązków jako podstawa do sprawiedliwego karania – zostały w znaczącym stopniu przyjęte w wielu następnych pracach poświęconych podstawom retrybutywnych systemów karania.

Działali i patrzyli [...] na nas, i rozglądali się po domu, w taki sposób – ja w każdym razie takie miałem wrażenie – jakbyśmy nie byli ludźmi. W ich oczach byliśmy tylko przedmiotami, niczym więcej.

[Malcolm X]

1. PRAWO DO UKARANIA

Alfredo Traps, bohater opowieści Dürrenmatta, odkrywa, że dokonał – zupełnie samodzielnie – morderstwa w sposób wymagający sporej pomysłowości. Fałszywy prokurator występujący w tej historii żąda kary śmierci „jako nagrody za zbrodnię, która zasługuje na podziw, zdumienie i szacunek". Traps jest tym głęboko wzruszony; w rzeczy samej uradowany, w doskonałym nastroju, a całe jego życie staje się bardziej heroiczne i, paradoksalnie, cenniejsze. Jego adwokat dowodzi, że Traps jest nie tylko niewinny, ale niezdolny do odczuwania winy – jest „ofiarą epoki, w jakiej żyje". Traps odrzuca tę linię obrony z oburzeniem i gniewem. Uważa, że ta zbrodnia jest jego własnością i żąda za nią przewidzianej prawem kary – śmierci.

Tematy, jakie odnajdujemy w tej makabrycznej historii, nieczęsto stają się przedmiotem filozoficznych dysput nad karą. Jeśli zaś dochodzi do tych ostatnich, to zajmują się one wielkimi i istotnymi pytaniami: czy mamy

IUS.indd 201 2006-02-06 10:46:10

w ogóle prawo karania, pod jakimi warunkami, w jakim stopniu i w jaki sposób? Istnieje tradycja, która blisko wiąże się z motywami zawartymi w opowieści Dürrenmatta o zbrodni i karze. Jej wyznawcy obstają przy twierdzeniu, że sprawiedliwość wymaga ukarania osoby zawsze wówczas, gdy jest ona winna. Czasami – choć rzadko – ci filozofowie mówili o prawie przestępcy do kary. Reakcją na pogląd, że takie prawo w ogóle istnieje – było zdumienie, połączone być może z odrobiną pogardy dla przewrotności tej sugestii, którą da się wypowiedzieć w następujących słowach: „Dziwne prawo, z którego nikt nigdy nie życzyłby sobie skorzystać!". Takim efektownym stwierdzeniem temat zostaje pogrzebany, a kwestia tego prawa załatwiona. W tym artykule zostanie ona wskrzeszona.

Moim celem jest przedstawienie argumentów na poparcie czterech tez dotyczących praw, które z pewnością wydadzą się niektórym nie tylko fałszywe, ale i niedorzeczne: po pierwsze, że mamy prawo do ukarania; po drugie, że prawo to wywodzi się z fundamentalnego prawa człowieka do bycia traktowanym jako osoba; po trzecie, że to fundamentalne prawo jest prawem przyrodzonym, niezbywalnym i absolutnym; i po czwarte, że odmówienie tego prawa oznacza odmowę wszelkich praw i obowiązków moralnych. Wykazanie prawdziwości jednego, a co dopiero wszystkich z tych poważnych i dyskusyjnych twierdzeń, to wygórowane żądanie. Poniżej przedstawiam próbę dokonania tego albo może raczej – pierwsze do tego przymiarki.

2. RÓWNOWAGA KORZYŚCI I CIĘŻARÓW

Kiedy ktoś twierdzi, że istnieje prawo do wolności, łatwo możemy wyobrazić sobie sytuacje, w których prawo to zostaje naruszone. Równie nietrudno możemy pomyśleć o takich wypadkach, kiedy uzasadnione jest bronienie lub dochodzenie tego prawa. Inaczej dzieje się, gdy mowa o prawie do ukarania. Bezpośrednią reakcją na twierdzenie, że istnieje takie prawo, jest zaskoczenie. A powody tego są oczywiste. Zazwyczaj ludzie nie cenią sobie bólu ani cierpienia, a kara jest z nimi utożsamiana. Kiedy myślimy o karze, to w naturalny sposób myślimy o tym, że większość osób pragnie jej uniknąć, uzyskać, na przykład, warunkowe umorzenie postępowania, a w razie skazania, przynajmniej – warunkowe zawieszenie wykonania kary. Domaganie się przyznania takiego prawa wydaje się oczywiście tym bardziej paradoksalne, że trudno wyobrazić sobie sytuację, w której odmówionoby go komukolwiek. Czyż możliwe jest, aby ktoś, kto słusznie domaga się kary, mógł spotkać się z odmową?

Tak więc, naszym pierwszym zadaniem jest przekonać się, kiedy dochodzenie takiego prawa byłoby uzasadnione. Chcę podejść do tego zadania przez ustalenie dwóch złożonych rozdzajów instytucji, obu

stworzonych w celu utrzymania pewnego stopnia społecznej kontroli. W jednej z nich koncepcją podstawową jest karanie za zasłużony czyn, a w drugiej – kontrolowanie niebezpiecznych osobników oraz leczenie choroby.

Zajmijmy się najpierw instytucjami, których rolą jest wymierzanie kary. Będą one przypominać te, o których zazwyczaj myślimy jako o instytucjach karnych, ale wyposażone jednocześnie w te dodatkowe cechy, które utożsamiamy z ideą kary sprawiedliwej.

Załóżmy, że ludzie są skonstruowani z grubsza biorąc tak, jak jest to dzisiaj; że wyposażeni są w mniej więcej równym stopniu w siły i umiejętności; że mają zdolność wyrządzania sobie nawzajem krzywdy i wygłaszania opinii, iż taka krzywda jest czymś niepożądanym; że mają ograniczoną dozę woli oraz zdolność rozumowania i dostosowywania swojego zachowywania do przepisów. Do zachowania tych ludzi zastosowanie ma pewien zespół zasad – będę je tu nazywał „podstawowymi" – które bardzo przypominają fundamentalne zasady prawa karnego, zakazujące stosowania przemocy i oszukiwania, a których przestrzeganie zapewnia powszechne korzyści. Polegają one na nieingerowaniu przez innych w to, co ceni sobie każda osoba, w takie wartości, jak życie i nietykalność cielesna. Zasady te określają dla każdej osoby sferę, w granicach której jest ona zabezpieczona przed ingerencją ze strony innych. To wzajemne odnoszenie korzyści staje się możliwe dzięki przyjęciu na siebie przez jednostki pewnego ciężaru. Polega on na stosowaniu samoograniczenia w odniesieniu do pewnych inklinacji, które gdyby zostały zaspokojone – mogłyby prowadzić do niedozwolonych ingerencji lub ich niebezpieczeństwa w życie innych osób. Jeśli ktoś nie poddaje się samoograniczeniu – mimo że może to uczynić – a ulega wspomnianym inklinacjom, odrzuca tym samym ciężar, który inne osoby dobrowolnie na siebie przyjęły. W ten to sposób zyskuje przewagę, jakiej nie mają ci, którzy ograniczyli swoje postępowanie. Jest to więc system, w którym zasady ustanawiają pewną wzajemność korzyści i ciężarów i w którym korzyści z nieingerowania uzależnione są od przyjęcia na siebie pewnych ciężarów.

Łączenie kary z naruszeniem tych podstawowych zasad i podanie tej podstawy karania do publicznej wiadomości jest uzasadnione i sprawiedliwe. Po pierwsze, zasadne jest, aby ci, którzy dobrowolnie stosują się do standardów postępowania, otrzymali gwarancję, że nie będą musieli przyjmować na siebie ciężarów, do których przyjęcia inne osoby nie są gotowe. Ich skłonność do dobrowolnego stosowania się do zasad będzie ulegać osłabieniu w miarę, jak będą się przekonywać, że inni bezkarnie odrzucają ciężary, które oni sami na siebie przyjęli. Po drugie, sprawiedliwość nakazuje, aby system, w którym korzyści i ciężary są rozłożone równomiernie, posiadał mechanizm mający na celu zapobieganie nie-

właściwemu ich rozdziałowi. W ten sposób sankcje przywiązane są do nieprzestrzegania podstawowych zasad po to, aby wymusić stosowanie podstawowych zasad przez tych, którzy mogą mieć skłonność do ich łamania. W ten sposób prawdopodobieństwo niesprawiedliwego rozłożenia korzyści i ciężarów zostaje zmniejszone.

Po trzecie, słuszne jest karanie tych, którzy naruszyli przepisy i spowodowali niesprawiedliwe rozdzielenie korzyści i ciężarów. Osoba, która narusza przepisy, ma coś, co mają inni – czerpie korzyści z systemu, ale przez odrzucenie tego, co przyjęli na siebie inni, czyli ciężarów związanych z samoograniczeniem się, uzyskała nieuzasadnioną przewagę. Bilans pozostanie niewyrównany, dopóki przewaga ta nie zostanie w jakiś sposób zniesiona. Można to ująć w inny jeszcze sposób: osoba ta winna jest innym coś konkretnego, ponieważ posiada to, co niesłusznie do niej należy. Sprawiedliwość – to znaczy karanie takich jednostek – przywraca rownowagę pomiędzy korzyściami i ciężarami w wyniku odebrania takiej osobie tego, co ona zagarnęła, to znaczy – przez wyegzekwowanie długu. Istotne jest zrozumienie, że równowaga ta może zostać przywrócona w inny jeszcze sposób. Przebaczenie – z jego prawnym odpowiednikiem, ułaskawieniem – mimo że nie prostuje niesprawiedliwego rozłożenia korzyści i ciężarów przez nakazanie danej osobie spłacenia długu, oznacza jednak pewne przywrócenie równowagi przez umorzenie długu. Przebaczenie można postrzegać, przynajmniej w niektórych typach przypadków, jako podarunek dany po fakcie, wymazanie długu, które w wypadku, gdyby podarunek został dany przed faktem, nie powodowałoby jego powstania. Jednak praktyka udzielania łaski musi być stosowana ostrożnie, gdyż może zagrozić – w sposób, w jaki nie czyni tego praktyka wymierzania sprawiedliwości – utrzymaniu równowagi pomiędzy korzyściami a ciężarami. Jeśli wszyscy będą bezkrytycznie ułaskawiani, wówczas osłabieniu ulegnie zachęta dla poszczególnych jednostek, aby te panowały nad swoimi skłonnościami i nie powiększały w ten sposób liczby tych, którzy biorą coś, co się im nie należy.

Jest też w rozważanym przez nas systemie cały szereg kluczowych zasad, których przestrzeganie daje pewną gwarancję, że sam system karania nie będzie wspierał niesprawiedliwego rozłożenia korzyści i ciężarów. Po pierwsze przewidziano wiele zabezpieczeń, o których można powiedzieć, że mają na celu zmniejszenie możliwości, by jakaś osoba została pozbawiona korzyści, jakie mają inni, o ile ta osoba nie uzyska korzyści niezasłużonej. Osoba nie uzyska niezasłużonej korzyści wówczas, gdy nie mogła powstrzymać się przed czymś lub jeśli nie można zasadnie oczekiwać od niej zachowania się w inny sposób. Obowiązuje też wymóg, że prawo musi być przewidywalne i względnie jasne, tak aby ludzie mieli rzeczywistą szansę zastosowania się do jego reguł.

IUS.indd 204 2006-02-06 10:46:11

Sprawiedliwość wymaga ukarania winnego, ale zabierając się do spełnienia nakazów sprawiedliwości możemy oczywiście wyrządzić niesprawiedliwość, skazując i karząc niewinnego. Co więcej, ponieważ podstawową funkcją systemu prawa jest ustalenie sfery indywidualnych interesów chronionej przed ingerencją ze strony innych osób, to przyjąć należy, że większym złem jest to, jeśli społeczeństwo ingeruje w nieuzasadniony sposób w życie jednostki, pozbawiając ją jakiegoś dobra, niż jeśli nie ukarze tych, którzy w nieusprawiedliwiony sposób dopuścili się ingerencji.

Ponieważ reguły prawne mają na celu powszechną korzyść, a kary przewidziane za ich naruszenie zostały podane do publicznej wiadomości – istnieje pewna doza prawdziwości w przesadnym twierdzeniu, że decydując się na czyn naruszający przepisy, jednostka zadecydowała o tym, iż zostanie ukarana. Ten sposób ujmowania spraw każe nam zwrócić uwagę na to, w jakim stopniu przestępca „sam ściągnął na siebie karę", w odróżnieniu od tych przypadków, kiedy na przykład sprawca nie zna przepisów lub zostaje ukarany przy braku winy.

Podsumowując, po pierwsze istnieje grupa przepisów kierujących zachowaniem jednostek w społeczeństwie, która ustanawia sferę interesu chronioną przed ingerencją innych osób; po drugie, przewidziano reakcję, która generalnie uważana jest za pozbawienie jakiejś wartości, jeśli przepisy te zostają naruszone; po trzecie, deprywacje zastosowane wobec sprawcy są usprawiedliwione tym, że osoba naruszyła wspomniane przepisy; po czwarte, deprywacja w tym sprawiedliwym systemie karania wiąże się z takimi regułami, które sprawiedliwie rozkładają korzyści i ciężary, oraz z procedurami, które doprowadzają do pewnej równowagi pomiędzy nieukaraniem winnego a ukaraniem niewinnego. U podstaw wielu rzeczywistych systemów prawnych znajdujemy, rzecz jasna, przepisy i procedury w rodzaju tych, jakie z grubsza tu naszkicowałem. Jest jednak rzeczą oczywistą, że każdy aktualnie funkcjonujący system różni się pod istotnymi względami od przedstawionego, zawierając „enklawy niesprawiedliwości".

3. SYSTEM KARANIA A SYSTEM TERAPEUTYCZNY

Chciałbym teraz przedstawić w zarysie pewną skrajną wersję zespołu instytucji zasadniczo odmiennego rodzaju. W tym świecie, kiedy jednostka wyrządza krzywdę innemu człowiekowi, jej zachowanie jest postrzegane jako symptom pewnego stanu patologicznego. Działania odbiegające od pewnej koncepcji normalności postrzegane są jako przejawy choroby. Działania odpowiadające temu, co uważamy za normalne są przyrównywane do normalnego i zdrowego funkcjonowania organów

IUS.indd 205 2006-02-06 10:46:11

ciała. Wobec tego zachowanie osoby przyrównywane jest do tego, co dzieje się w człowieku[1].

Rozwińmy szerzej to przyrównywanie do pewnego rodzaju zachowania do symptomów choroby. Po pierwsze, coś nienormalnego ma miejsce zarówno w przypadku zabójstwa, jak i w symptomie choroby. Po drugie, istnieją przyczyny tej nienormalności w działaniu, i jeśli tylko już o nich wiemy, to potrafimy wytłumaczyć tę nienormalność, tak jak obecnie potrafimy wytłumaczyć symptomy wielu chorób fizycznych. Ta nienormalność postrzegana jest raczej jako wydarzenie mające swoje przyczynowe wytłumaczenie niż jako działanie, dla którego istniały powody. Po trzecie, przyczyny, które odpowiadają za nienormalność, przeszkadzają w normalnym funkcjonowaniu ciała lub – w przypadku zabójstwa – w tym, co uważa się za normalne funcjonowanie jednostki. Po czwarte, nienormalność jest w jakiś sposób częścią jednostki, z konieczności dotyczącą jej ciała. Wreszcie, i tu panuje największa niejasność, nienormalność bierze się niejako z wnętrza jednostki. Zapatrując się w ten sposób na człowieka, instytucje społecznej kontroli reagują nie karząc, lecz stosując prewencyjne zatrzymanie. Logika choroby implikuje logikę terapii. Tymczasem terapia i kara zasadniczo się różnią.

Zastanówmy się, jakie byłyby implikacje tego, gdyby świat w istocie był światem terapii, a nie jedynie światem terapii ukrywającej się pod pojęciem kary. Po pierwsze, kara to nałożenie na osobę, co do której sądzi się, że jest winna czegoś, co powszechnie jest uznawane za deprywację, przy czym taka reakcja usprawiedliwiona jest karygodnym zachowaniem tej osoby. Kara wiąże się z tym, że osoby jej poddawane nie dokonały

[1] „Kiedy człowiek cierpi na chorobę zakaźną, stanowi zagrożenie dla społeczeństwa, dlatego konieczne jest ograniczenie jego swobody poruszania się. Jednak nikt nie wiąże z taką sytuacją pojęcia winy. Wręcz przeciwnie, jest on przedmiotem współczucia swoich przyjaciół. Dla wyleczenia go z tej choroby podejmowane są środki zalecane przez naukę, a on z zasady poddaje się bez oporu tymczasowemu ograniczeniu swojej wolności, jaką one za sobą pociągają. Ta sama w swoim duchu metoda powinna być stosowana w leczeniu z tego, co nazywamy *przestępstwem*" – B. Russell, *Roads to Freedom*, London 1918, s. 135.

„Jako narzędzie społeczeństwa, musimy coś zrobić, aby zakończyć tę grę «oko za oko, ząb za ząb», w którą w głupi i daremny sposób wciągnął nas i siebie przestępca. Nic nie popycha nas, w odróżnieniu od niego, do dzikich i impulsywnych działań. Z wiedzą przychodzi siła, a kiedy ma się siłę, niepotrzebna jest podszyta strachem staromodna penologia. Jej miejsce powinien zająć spokojny, godny program terapeutyczny, którego celem jest rehabilitacja zdezorganizowanej jednostki, ochrona społeczeństwa, jeśli to możliwe, w okresie leczenia, oraz jej sterowany powrót do roli pożytecznego obywatela tak szybko, jak tylko da się to osiągnąć" – K. Menninger, *Therapy: Not Punishment*, „Harper's Magazine" z sierpnia 1959 r, s. 63–64.

IUS.indd 206 2006-02-06 10:46:12

uprzednio pożądanego samoograniczenia, kiedy inni to uczynili. Terapia nie jest odpowiedzią daną osobie, która ponosi winę. Reagujemy na zachowanie jednostki nie z powodu tego, co zrobiła, ale z powodu pewnej choroby, na którą cierpi. Jeśli choroba minęła, leczenie przestaje mieć uzasadnienie. Kara koncentruje się więc na przeszłości; terapia – na teraźniejszości. Terapię zazwyczaj utożsamia się ze współczuciem z powodu tego, co dana osoba doświadcza, a nie z naganą związaną z zachowaniem niezgodnym z prawem.

Po drugie, w przypadku terapii, inaczej niż w przypadku kary, nie staramy się pozbawić danej osoby czegoś, co uznawane jest za dobro, ale próbujemy raczej pomóc i przysporzyć korzyści jednostce, która cierpi, zajmując się jej chorobą w nadziei, że może ona zostać wyleczona. Dobro, które pragniemy jej uczynić, nie jest nagrodą za sprzeniewierzenie się czemuś. Cierpiąca jednostka nie zasłużyła sobie swoją chorobą na dobro, jakim staramy się ją obdarować, ale – ponieważ jest istotą, która ma zdolność odczuwania bólu – ma prawo liczyć na nasze współczucie i pomoc.

Po trzecie, przekonaliśmy się – gdy mowa o karze – że jej uzasadnienie wiąże się z utrzymywaniem i przywracaniem sprawiedliwego rozłożenia korzyści i ciężarów. Wymierzenie przewidzianej przez prawo kary implikuje więc, że człowiek „spłacił swój dług" wobec społeczeństwa, gdyż kara oznacza odebranie takiej osobie czegoś, co powszechnie uważa się za cenne. To właśnie ta koncepcja „długu do spłacenia" lub dopuszczalna w przypadku uwolnienia od kary, „darowania długu" – nie mają racji bytu w systemie terapii.

Po czwarte, przez karę usiłuje się doprowadzić do pewnej równowagi pomiędzy korzyścią uzyskaną przez przestępcę – opierając się na tym, jak poważnie był naruszony czyjś interes, oraz jaki był stan umysłowy sprawcy w chwili popełnienia czynu – a wymierzoną karą. W ten sposób możemy zrozumieć zakaz stosowania „okrutnych i rażących kar (*cruel and unusual*)" w celu uniknięcia zadania nieproporcjonalnie wielkiej dolegliwości. W przypadku terapii dążenie do zachowania proporcji nie ma sensu. Co więcej, bliskie jest nam pojęcie „leczenia bolesnego", a nie „leczenia okrutnego". Oczywiście istnieje w świecie terapii pojęcie „kuracji gorszej od choroby", ale jeśli choroba przejawia się w zachowaniu krzywdzącym innych ludzi i skoro bycie normalnie funkcjonującą ludzką istotą cenione jest wysoko, to oczywiście będzie istnieć silny nacisk na uznanie kuracji za dopuszczalną.

Po piąte, przepisy w naszym przykładowym systemie karania regulujące zachowanie jednostek były przepisami, których naruszenie polegało na bezpośrednim ingerowaniu w życie innych osób albo stworzeniu istotnego niebezpieczeństwa takiej ingerencji. Możliwe

IUS.indd 207 2006-02-06 10:46:12

jest rozszerzenie zakresu kryminalizacji na usiłowanie i przygotowanie. Tymczasem w systemie, który motywowany jest wyłącznie przez ideologię prewencji i leczenia, nie ma powodu, aby czekać, aż symptomy ujawnią się w społecznie szkodliwym zachowaniu. Jest rzeczą zrozumiałą, że powinniśmy starać się zatrzymać rozwój choroby na możliwie najwcześniejszym etapie. W systemie karania dopiero wina pozwala uruchomić system deprywacji. W systemie terapii, jako że dotyczy on korzyści, nie ma powodu, by czekać z leczeniem na późniejszy etap choroby.

Po szóste, wiele zabezpieczeń proceduralnych, jakie wiążemy z karaniem, ma w systemie terapii mniejsze znaczenie. O ile zastrzeżenia do podwójnego karania i samooskarżania wynikają z pragnienia zmniejszenia niebezpieczeństwa, że skazana zostanie i ukarana osoba niewinna, o tyle w systemie terapii, którego ten problem nie dotyczy, takie zabezpieczenia byłyby zbędne. Kiedy ktoś śpieszy z pomocą ludziom, to nie ma też większego sensu domaganie się, aby na nim spoczywał ciężar dowodu. Jeszcze mniej sensu ma nakładanie obowiązku udowodnienia, że jakieś zachowanie było ponad wszelką wątpliwość patologiczne.

W omawianym jako wzorcowy systemie karnym spróbowano doprowadzić do maksymalnego zwiększenia swobody wyboru każdej jednostki. Nastąpiło to przez treść zakazów prawa karnego, jak również sposób reakcji karnej, która uwzględniała wolny wybór jednostki, wiążąc dolegliwość z czynem jako rezultatem wolnego wyboru. W świecie choroby i terapii wszystko to podlega zasadniczemu przeobrażeniu, zwłaszcza wolny wybór jednostki przestaje być czynnikiem determinującym społeczną reakcję na je czyny. Tracą sens te regulacje, których celem jest zagwarantowanie, by ukarane zostały osoby winne, stosownie do swego wyboru. W systemie terapii decyzja o reakcji podejmowana jest na podstawie symptomów, jakie zachowanie danej osoby zdradza, oraz przewidywań, jakie jest na tę chorobę, na jaką wskazują symptomy, najlepsze lekarstwo.

W tym kontekście można dostrzec sens w twierdzeniu, że osoba ma prawo do ukarania, a zatem ma prawo do wszystkich tych instytucji i praktyk związanych z karaniem, które dają jej znacznie większą możliwość przewidzenia, co może się z nią stać, jeśli dokona wyboru postępowania sprzecznego z prawem. Dla każdego z nas niezmiernie ważne jest to, by nasze życie i odnoszące się do niego reakcje innych osób zasadzały się na tym, co może być przedmiotem naszego wyboru. Osoba ma prawo do instytucji, które respektują jej wybór. Respektuje go wzorcowo opisany system karania, a nie system terapeutyczny.

IUS.indd 208 2006-02-06 10:46:12

4. TRAKTOWANIE CZŁOWIEKA JAKO OSOBĘ

Jako główny powód, dla którego należałoby dać pierwszeństwo systemowi karania przed systemem terapii, można wskazać to, że traktuje on człowieka jako osobę. Formułując prawo do ukarania, człowiek uzasadnia swoje roszczenie przez odwołanie się do bardziej podstawowego prawa. Kiedy mówimy o traktowaniu ludzkiej istoty nie jako osobę lub „nieokazywaniu człowiekowi szacunku należnego osobie", to zakładamy istnienie różnicy między tym, jak, w dopuszczalny sposob, reagujemy na istoty ludzkie oraz na zwierzęta i przedmioty nieożywione. Kiedy traktujemy człowieka nie jako osobę, to nasze reakcje w stosunku do tego człowieka determinowane są nie przez jego wybory, ale przez nasze. W ten sposób lekceważymy jego wybory albo traktujemy je obojętnie.

Istnieje podobieństwo pomiędzy wymuszeniem a innymi przypadkami braku traktowania kogoś jako osoby, gdyż to nie wybory przymuszanej osoby, ale wybory przymuszającego decydują o tym, co zostaje uczynione. Ale w odróżnieniu od innych bezspornych przypadków, w przymuszeniu występuje jednak pewien element wyboru. A skoro tak jest, to dlaczego inna ma być relacja między przymuszającym a przymuszanym niż między prawem karnym a członkami społeczeństwa?

Po pierwsze, inaczej niż to ma miejsce w stosowaniu przymusu jednostkowego, prawo karne odnosi się do wszystkich, przy czym korzyści i ciężary rozłożone są równomiernie. O takim systemie nie można powiedzieć, że niektórzy ludzie są podporządkowani innym lub są wykorzystywani przez innych. Jeśli panuje przekonanie, że przepisy są korzystne tylko dla niektórych lub jeśli występuje niewłaściwe rozłożenie korzyści i ciężarów, wówczas różnica pomiędzy przymusem a prawem znika.

Po drugie, istotne jest to, iż jednostka jest częścią systemu, w którym panuje powszechna zgoda odnośnie do tego, że powstrzymywanie się od popełniania czynów zakazanych przez przepisy prawa zapewnia powszechne korzyści. W sytuacji sprawiedliwej kary, to osoba, odbiegająca od standardów zachowania wymaganego przez te przepisy, jest odpowiedzialna za naganne zachowanie.

Jest więc nieco prawdy w twierdzeniu, że w systemie karnym, bliskim do tu opisywanego, to osoba wybiera karę, która jest jej wymierzana. Jeśli więc możemy powiedzieć w odniesieniu do takiego systemu, że przepisy nie zapewniają nikomu korzyści, jakich nie mają inni, a ponadto że to, co przydarza się osobie, uzależnione jest od jej wyboru a nie wyboru innych – to w takim razie możemy powiedzieć, że jest to system traktujący nas jako osoby.

Traktujemy człowieka jako osobę, jeśli: po pierwsze, pozwalamy mu dokonywać wyborów, które zadecydują o tym, co się z nim stanie oraz,

po drugie, kiedy nasze reakcje w stosunku do niego są reakcjami szanującymi dokonane przez nią wybory.

5. PRAWO PRZYRODZONE, NIEZBYWALNE I ABSOLUTNE

To prawo do bycia traktowanym jako osoba jest podstawowym prawem człowieka przysługującym każdej ludzkiej istocie. Jest to przyrodzone, niezbywalne i absolutne prawo człowieka.

Jeśli rzeczywiście tym prawem jest to, które mamy z racji bycia istotami ludzkimi – stajemy natychmiast przed oczywistym dylematem. Jeśli traktowanie drugiego człowieka jako osoby wymaga, abyśmy przedstawili mu powody działania i unikali stosowania siły lub podstępu, to jak możemy usprawiedliwić siłę i podstęp, jakie stosujemy względem dzieci i osób chorych umysłowo? Jeśli oni także mają prawo do traktowania jako osoby, to czyż nie naruszamy stale ich praw? Jednym ze sposobów wyjścia z tej sytuacji jest ograniczenie tego prawa do tych, którzy spełniają warunki bycia osobą. Małe dzieci i chorzy umysłowo, można by dowodzić, nie spełniają tych warunków i wobec tego tej treści prawo by im nie przysługiwało. Jeszcze innym podejściem może być opisanie tego prawa jako domniemanie do bycia traktowanym jako osoba. To podejście wydaje mi się jednak zasadniczo niewłaściwe.

Dzieci mają prawo być traktowane jako osoby, ale korzystanie z niego zostaje odsunięte w czasie. Skoro przypisujemy im to prawo, naszą uwagę musi zaprzątać kwestia zasadności ich skarg. Co więcej, na wszystkich spoczywa delikatne zadanie nieodmawiania im prawa bycia osobą i bycia traktowanym jako osoba, przy równoczesnym zapewnianiu im warunków niezbędnych do tego, by mogły stać się jednostkami zdolnymi do podejmowania swobodnego i świadomego wyboru, gotowymi do przyjęcia na siebie odpowiedzialności za swoje wybory. Na nas wszystkich spoczywa obowiązek powiększania ich szans na stawanie się osobami. Może to również nakładać na nas obowiązek traktowania ich jako osoby od bardzo wczesnego wieku, to znaczy szanowania ich wyborów i obarczania ich odpowiedzialnością za wybory, które mają zostać przez nie dokonane. Nakłada to również na nas wszystkich obowiązek nieustannego manifestowania cech charakteryzujących osobę, gdyż to, jakimi osobami będą, w dużej mierze zależy od uzyskanej od nas wiedzy o tym, jakie zachowania są dopuszczalne.

Twierdząc, że prawo do bycia traktowanym jako osoba jest prawem naturalnym, powinniśmy zwrócić uwagę na kilka innych jeszcze jego cech. Po pierwsze jest to prawo, które jest uprzednie jakimkolwiek innym zawartym przez siebie dobrowolnym porozumieniem. Po drugie, nie jest

to prawo, które ma swoje źródło w jakiejś określonej pozycji czy statusie. Po trzecie, jest rzeczą równie oczywistą, że człowiek ma to prawo niezależnie od społeczeństwa czy społeczności, której jest członkiem. I wreszcie, jest to prawo związane z pewnymi cechami pewnej kategorii istot. Gdybyśmy różnili się zasadniczo od tego, jacy jesteśmy dzisiaj, bylibyśmy go pozbawieni. Ale chodzi tu o coś więcej, gdyż wiąże się ono z pewną cechą ludzkich istot, to znaczy zdolnością rozumowania i dokonywania wyboru na podstawie przyczyn, a ewentualny brak tej zdolności musiałby prowadzić do głębokich zmian koncepcyjnych w pojmowaniu istoty człowieka. Jest to więc prawo związane z cechą ludzi, która odróżnia ich od innych tworów natury.

Prawo do bycia traktowanym jako osoba jest niezbywalne. Powiedzenie o jakimś prawie, że jest niezbywalne, każe nam zwrócić uwagę na ograniczenia nakładane na zdolności dyspozycyjne posiadacza prawa. Niezbywalność prawa stanowi, że nie może być ono przeniesione na inną osobę analogicznie do tego, jak można przenieść prawo własności, jak też nie można się go zrzec w sposób, w jaki ludzie mówią o zrzeczeniu się praw do majątku czy zrzeczeniu się, w pewnych granicach, prawa do integralności cielesnej.

Podczas gdy przepisy prawa majątkowego mówią, że osoby mogą, przy zachowaniu pewnych procedur, przenosić prawa podmiotowe, to prawo bycia taktowanym jako osoba, logicznie rozumując, nie może zostać przeniesione, tak samo jak nie może zostać przeniesione na inną osobę prawo do życia czy prawo do prywatności. W jaki sposób człowiek mógłby posiadać nasze prawo bycia traktowanym jako osoba? Posiadanie tego prawa przeze mnie oznacza, że respektowane są moje wybory. Jeśli teraz przeniosę to prawo na kogoś innego, to czy będzie to oznaczać, że człowiek ten będzie posiadał prawo do tego, aby szanowane były moje wybory? Nie ma to sensu. Tylko każda osoba jako taka może żądać, aby jej wybory były szanowane. Przeniesienie tego prawa jest tak samo niemożliwe, jak niemożliwe jest przeniesienia czyjegoś prawa do życia na kogoś innego.

Nie można się też tego prawa zrzec, ponieważ żadna zgoda na bycie traktowanym jako zwierzę lub rzecz nie daje innym moralnego przyzwolenia na to, aby tak nas traktowano. Można dobrowolnie zgodzić się na posłużenie za tarczę, ale wtedy jest to wybór dotyczący pełnienia roli tarczy w konkretnym przypadku. Gdyby ktoś wykorzystał nas jako tarczę bez naszej zgody, bez naszego wyboru, to możemy, wydaje mi się, wybaczyć tej osobie potraktowanie nas jako rzeczy. Ale nie zrzekamy się przez to wcale swojego prawa do bycia traktowanymi jako osoba, gdyż jest to prawo, które zostało naruszone.

Zasady moralne określające stosunki pomiędzy osobami wykluczają możliwość, aby ktokolwiek mógł udzielić komukolwiek innemu, w moral-

nie dopuszczalny sposób, zezwolenia lub prawa w odniesieniu do siebie samego, czyniąc lub mówiąc pewne rzeczy. Człowiek ma się wobec tego do swojej własnej osoby tak, jak ktoś, kto nie jest właścicielem pewnych rzeczy ma się do tychże rzeczy. Nie-właściciel nie może przenieść więcej praw niż sam posiada. Podobnie człowiek jest „pozbawiony" zdolności modyfikowania podstawowych treści relacji innych ludzi do siebie samego.

Prawo to jest prawem absolutnym. Twierdzenie to musi wywołać zdziwienie. Wygłaszając je, mam na myśli pewien nieszkodliwy cel.

Twierdzenie, że prawa są absolutne, interpretuje się jako oznaczające, że „niedopuszczalne jest odmawianie z jakiejkolwiek przyczyny ani w jakichkolwiek okolicznościach dochodzenia praw". Kiedy twierdzę, że prawo bycia traktowanym jako osoba jest prawem absolutnym, to chcę wyrazić pogląd następującej treści: Ze względu na to, że jesteśmy osobami, mamy zawsze prawo być traktowani jako tacy. Chociaż zdarzają się sytuacje wymagające, z moralnego punktu widzenia, odmowy osobie należnego jej prawa, to wcale nie oznacza to, że takie prawo nie istnieje.

6. SENS ODMOWY PRAWA DO UKARANIA

Powiedziawszy co nieco o naturze tego podstawowego prawa do bycia traktowanym jako osoba [co implikuje prawo do ukarania – przyp. red] chcę w konkluzji zasugerować, że odmowa tego prawa oznacza jednocześnie odmowę wszelkich moralnych praw i obowiązków. Wymaga to wyrażenia w jasny sposób tego, co – jak podpowiada intuicja – jest całkiem oczywiste. Mianowicie tego, że każdy model praw i obowiązków zakłada istnienie jednostek, które mają zdolność dokonywania wyboru na podstawie przedstawionych im racji. Tym, co czyni działania prawowitymi w ramach takiego modelu, są wolne wybory dokonywane przez jednostki. Istnieje rozłożenie korzyści i ciężarów zgodnie z poszanowaniem swobody wyboru i swobody działania wszystkich ludzi. Myślę, że najlepszym sposobem na przedstawienie tej racji może być nakreślenie niektórych cech systemu, w którym ludzie mają swoje prawa i obowiązki.

Po pierwsze, prawa istnieją tylko wtedy, kiedy istnieje pewna koncepcja rzeczy cenionych i takich, które nie są cenione. Po drugie, co implikuje to pierwsze, faktem jest, że istnieją skłonności do bronienia rzeczy cenionych. Po trzecie, inne osoby żyjące na tym świecie mogą chcieć je przejąć. O grupie zwierząt można by powiedzieć, że spełniają te trzy pierwsze warunki. Po czwarte, prawa istnieją wówczas, kiedy istnieją uznawane są przepisy ustanawiające legalność pewnych działań i wykluczające inne. Po piąte, posiadać prawo oznacza mieć coś, co stanowi uzasadnione ograniczenie swobody działania innych ludzi. W każdej koncepcji praw zakładane jest więc istnienie jednostek zdolnych do

IUS.indd 212 2006-02-06 10:46:14

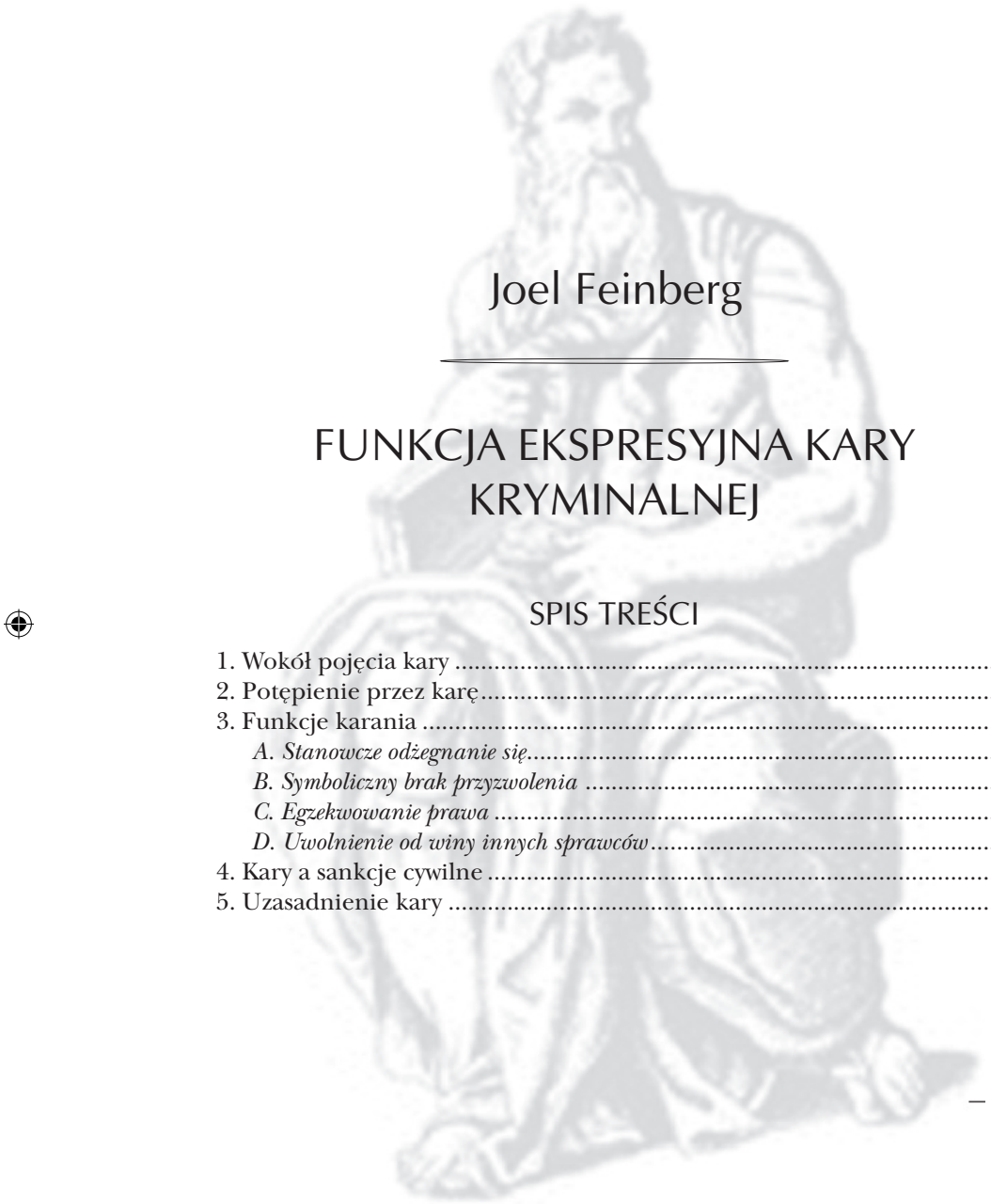
dokonywania wyboru z uwzględnieniem istniejących reguł postępowania. Dystrybucja wolności w całym systemie determinowana jest przez wolny wybór jednostek. W ten sposób każda odmowa prawa do bycia traktowanym jako osoba byłaby odmową podważającą cały system, ponieważ opiera się on na założeniu, że sfery zachowania uprawnionego i nieuprawnionego powinny być wyznaczane z uwzględnieniem wyborów dokonywanych przez osoby.

IUS.indd 213 2006-02-06 10:46:14









Joel Feinberg

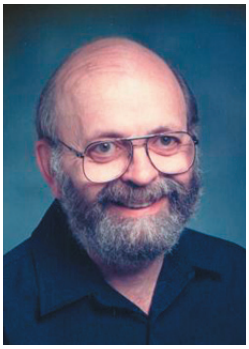
FUNKCJA EKSPRESYJNA KARY KRYMINALNEJ

SPIS TREŚCI

1. Wokół pojęcia kary 217
2. Potępienie przez karę 220
3. Funkcje karania 222
   A. Stanowcze odżegnanie się 222
   B. Symboliczny brak przyzwolenia 222
   C. Egzekwowanie prawa 223
   D. Uwolnienie od winy innych sprawców 224
4. Kary a sankcje cywilne 224
5. Uzasadnienie kary 225

Tłumaczenie: Wiesław Mleczko

Źródło: J. Feinberg, *The Expressie Function of Punishment* [w] tegoż, *Doing and Deserving*, Princeton 1970, s. 95–118. Skróty i śródtytuły pochodzą od redakcji.



JOEL FEINBERG

Profesor filozofii prawa, zmarły w marcu 2004 roku. Znany z licznych prac poświęconych teorii moralności, obywatelskiego nieposłuszeństwa i kary.

Opublikował m.in. czterotomową pracę pt. *Moral Limits of Criminal Law* (vol. 1, *Harm to Others*, vol. 2, *Offense to Others*, vol. 3, *Harm to Self*, vol. 4, *Harmless Wrongdoing*); *Problems at the Roots of Law*; *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*; *Doing and Deserving*.

IUS.indd 216 2006-02-06 10:46:14

WPROWADZENIE

Artykuł Joela Feinberga zapoczątkował nurt w myśli współczesnego retrybutywizmu, w którym dominującą tendencją jest koncentrowanie na istocie kary, jej elementach i funkcji społecznej, jaką każdy z nich pełni. Rozróżnienie dwóch elementów definicji kary: dolegliwości i potępienia, wraz z osobnymi problemami związanymi z uzasadnieniem posługiwania się każdym z nich – pozwoliło na nowe określenie zasady proporcjonalności, odnoszonej do stopnia potępienia wyrażanego przez karę kryminalną, oraz nadanie racjonalnej treści zastanemu twierdzeniu, jakoby przestępstwo zasługiwało na ukaranie.

1. WOKÓŁ POJĘCIA KARY

Zatopiony w lekturze klasycznej literatury dotyczącej jego własnej dyscypliny lub wrażliwy na niesprawiedliwość i cierpienia moralista mógłby łatwo dojść do przekonania, że toczone ostatnio filozoficzne dyskusje nad zagadnieniem kary jakoś nie docierają do istoty spraw, które go interesują. Autorzy opublikowanych niedawno temu ważnych artykułów[1] całkiem sensownie dostrzegają różnice pomiędzy problematyką definicji kary a jej uzasadnieniem, pomiędzy uzasadnianiem istnienia prawa karnego a konkretnym wymiarem kary, między winą moralną a winą z prawnego punktu widzenia. Kiedy następnie przechodzą oni od definiowania „kary" do dalszych zagadnień, wielu z nich pozostawia poza obszarem swojego zainteresowania ten akturat element, który sprawia, że kara z teoretycznego punktu widzenia, jest czymś zagadkowym, a z moralnego – niepokojącym. W wyniku tego kara definiowana jest jako poddanie surowemu traktowaniu przez władze osoby za jej wcześniejsze uchybienia (zazwyczaj chodzi o złamanie jakiegoś przepisu lub polecenia)[2]. Pojęcie „kary" może mieć bardzo szeroki zakres znaczeniowy, co

[1] Patrz w szczególności: A. G. N. Flew, *The Justification of Punishment*, „Philosophy" XXIX, 1954, s. 291–307; S. I. Benn, *An Approach to the Problems of Punishment*, „Philosophy" XXX, 1958, s. 325–341; H. L. A. Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, „Proceedings of the Aristotelian Society" LX, 1959–1960, s. 1–26.

[2] Zarówno Hart, jak i Benn zapożyczają definicję od Flew. W parafrazie Harta kara „(I) Musi pociągać za sobą ból lub inne konsekwencje normalnie uważane za nieprzyjemne. (II) Musi być wymierzana za przestępstwo przeciwko przepisom prawa. (III) Musi być karą dla rzeczywistego lub przypuszczalnego sprawcy za popełnione

definicja ta chyba dobrze oddaje, ale nawet jeśli tak jest, to potrafimy jednak rozróżnić węższy, bardziej dobitny, emfatyczny sens tego słowa, który prześlizguje się przez oka siatki pojęciowej. Kara więzienia i ciężkich robót za popełnienie wyjątkowo nagannego przestępstwa to dobry przykład kary w sensie emfatycznym. Ale wydaje mi się, że mniej gotowi bylibyśmy używać tego terminu w odniesieniu do mandatów za niewłaściwe parkowanie, kary za przebywanie „na spalonym", do wylania z pracy, oblania studenta na egzaminie czy dyskwalifikacji sportowca. Przykłady tego ostatniego rodzaju zamierzam tutaj określać jako sankcje (*penalties*), aby w dalszej części rozważań móc zastanowić się nad pytaniem, czym różni się kara kryminalna (*punishment*) w ścisłym sensie, który interesuje moralistę, od innych rodzajów dolegliwości.

Jednym ze sposobów udzielenia odpowiedzi na to pytanie jest skoncentrowanie się na kategorii sankcji nieretorsyjnych (*non-punitive penalties)* w celu odkrycia pewnej dającej się wyraźnie zidentyfikować cechy, charakterystycznej dla nich wszystkich reakcji ujemnych, a nieobecnej we wszystkich karach kryminalnych (*punishments*), na której można by oprzeć rozróżnienie pomiędzy tymi dwoma rodzajami reakcji. Jednak hipotezy wyprowadzone z takiego podejścia raczej nie obronią się przy bliższym zbadaniu. Można by na przykład wysnuć wniosek, że zwykłe sankcje (*mere penalties)* są mniej surowe niż kary kryminalne, ale chociaż na ogół jest to twierdzenie słuszne, to niekoniecznie i nie zawsze tak jest. Poza tym, moglibyśmy ulec pokusie interpretowania stosowanych sankcji jako jedynie „metek z ceną", doczepionych do pewnych rodzajów zachowań, które powszechnie uważane są za niepożądane, tak że tylko osoby mające szczególnie mocne motywacje będą gotowe zapłacić tę cenę[3]. W ten sposób świadome działania wielu zachodnich państw mające na celu spowodowanie, że drogi prowadzące z centrów miast na pustkowia będą jak najmniej liczne i jak najgorszej jakości – można by postrzegać jako działania w zasadzie nieróżniące się od kar nakładanych w postaci mandatów za niewłaściwe parkowanie lub kar wymierzanych na piłkarskim boisku. W każdym z tych przypadków odstręcza się ludzi od pewnych zachowań bez stosowania kategorycznego zakazu. Zgodnie z tym poglądem, dolegliwości wymierzane jako sankcje (*penalties*) są w gruncie

przez niego przestępstwo. (IV) Musi być wymierzana świadomie przez osoby inne niż przestępca. (V) Musi byc nakładana i wykonywana przez władzę ustanowioną przez system prawny, przeciwko któremu przestępstwo zostało popełnione."

[3] Pogląd, że nawet kary kryminalne [*punishments proper*] mogą być interpretowane jako podatki od pewnych rodzajów zachowania, wiązany jest często z O. W. Holmesem jr. Patrz także: L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, roz. 2, pkt 7; H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 62 i n., gdzie można znaleźć pouczające porównania i różnicowanie między karaniem a opodatkowywaniem.

IUS.indd 218 2006-02-06 10:46:15

rzeczy opłatami licencyjnymi, różniącymi się od innych nabywanych zezwoleń tym, że są często uiszczane z dołu, a nie z góry. Ponieważ podobna interpretacja kar kryminalnych wydaje się nieprzekonująca, można by zakładać, że stanowi to podstawę dla rozróżniania pomiędzy karami kryminalnymi a sankcjami. Jednak mimo że wiele sankcji (*penalties*) można niewątpliwie traktować jako działające wstecz opłaty licencyjne, to raczej niemożliwe jest postrzeganie ich wszystkich jako takich. Nie jest tak z pewnością, na przykład, w większości przypadków degradacji, zwolnienia z pracy czy oblania studenta przez egzaminatora, o których nie można powiedzieć, że są „ceną", jaką się płaci za już skonsumowaną korzyść; nawet mandaty za niewłaściwe parkowanie są sankcjami za naruszenie przepisów, które „powinny być traktowane poważnie jako […] norma [normy] zachowania"[4]. W ten sposób są czymś więcej niż tylko opłatami za parkowanie w miejscu publicznym.

Zamiast szukać cechy wspólnej i charakterystycznej dla sankcji (*penalties*), na której można by oprzeć rozróżnianie pomiędzy karami kryminalnymi a sankcjami, lepiej skierować swoją uwagę na przykłady kar kryminalnych. Zarówno jedne, jak i drugie stanowią przypadki deprywacji, lecz kary kryminalne wyróżnia jeszcze jeden dodatkowy element, mają pewną dodatkową wspólną cechę charakterystyczną. Jest nią określona funkcja ekspresywną: kara kryminalna jest konwencjonalnym narzędziem służącym wyrażeniu niezadowolenia i oburzenia oraz ocen wyrażających dezaprobatę i potępienie ze strony władzy wymierzającej karę lub tych, w których imieniu kara jest wymierzana. Krótko mówiąc, kara kryminalna ma *znaczenie symboliczne,* którego na ogół nie mają inne rodzaje reakcji ujemnych.

Potępiająca symbolika kary i deprywacja, mimo że w rzeczywistości nigdy nie występują oddzielnie, muszą być starannie rozróżniane dla celów analizy. Już samo potępienie jest bolesne, niezależnie od tego czy towarzyszy mu dalsze odebranie pewnych dóbr, a to ostatnie, takie jak grzywna i uwięzienie, z powodu swojej umownej symboliki, ma charakter potępienia. Teza mojego artykułu brzmi, że (1) zarówno aspekt deprywacji, jak i funkcja potępiająca muszą stanowić część *definicji* kary wymierzanej zgodnie z prawem oraz (2), że każdy z tych aspektów podnosi z osobna kwestię *uzasadnienia* kary. Postaram się dowieść, że niektóre z zadań, jakie realizuje kara, oraz niektóre z problemów koncepcyjnych, jakie ona nasuwa – nie mogą zostać czytelnie opisane, jeśli zaprzeczy się pierwszemu elementowi tezy. Co więcej, że niespójność pewnej dobrze znanej postaci teorii retrybutywnej [*lex talionis* i w ten sposób ujętej, materialnej postaci proporcjonalności – przyp. red.] wynika z pominięcia drugiej części stawianej tezy.

---

[4] H. L. A. Hart, *ibidem.*

2. POTĘPIENIE PRZEZ KARĘ

Pogląd, że wyrażenie przez społeczeństwo potępienia stanowi zasadniczy element kary wymierzanej zgodnie z prawem, jest podzielany przez ogół autorów piszących o prawie. Henry M. Hart wypowiada się w tej kwestii w sposób dosyć jednoznaczny: „Można przypuszczać, że tym, co odróżnia sankcję karną od sankcji cywilnej – i właściwie wszystkim, co ją odróżnia – jest osąd w postaci społecznego potępienia, jakie towarzyszy [...] jej wymierzeniu". John Gardner dowodził, że „Istota kary za wykroczenie przeciwko moralności tkwi w samym skazaniu w procesie karnym. Można stracić o wiele więcej pieniędzy na giełdzie niż w sali sądowej; obóz jeniecki może stanowić o wiele surowsze środowisko niż państwowe więzienie; śmierć na polu bitwy ma te same charakterystyczne cechy fizyczne jak śmierć z wyroku prawa. Już samo wyrażenie przez społeczeństwo nienawiści, strachu lub pogardy dla skazanego charakteryzuje fizyczne cierpienia jako karę. Jeśli tym właśnie jest «kara za czyn przestępny», to możemy łatwo określić, czym jest «przestępstwo». Jest to zachowanie, które, jeśli wykazano we właściwy sposób, iż miało miejsce, pociągnie za sobą formalne i solenne obwieszczenie moralnego potępienia przez społeczeństwo […]. W istocie rzeczy to potępienie, obok dodatkowych [nieprzyjemnych fizycznych] konsekwencji, można słusznie uznać, mówiąc krótko, za stanowiące karę"[5].

Zwięzła definicja kary autorstwa Henry'ego Harta wymaga drobnego zastrzeżenia. Moralne potępienie i dolegliwe konsekwencje, które słusznie określa on jako zasadnicze elementy kary, nie są aż tak różne i oddzielne jak on sugeruje. Nie zawsze jest tak, że skazany na więzienie zostaje najpierw uroczyście potępiony, a następnie poddany niemiłemu fizycznie traktowaniu. W wielu przypadkach właściwsze byłoby stwierdzenie, że już samo nieprzyjemne traktowanie jest wyrazem potępienia, oraz że ten ekspresywny aspekt uwięzienia jest tym właśnie elementem, z powodu którego uwięzienie jest słusznie określane jako kara kryminalna, a nie zwykła sankcja (*mere penalty*). Sędzia, który z żalem zawiesza prawo jazdy sumiennego, ale powodującego częste wypadki kierowcy, może zastosować wobec niego pewną deprywację nieudzielając mu przy tym wcale nagany w sposób wyraźny lub domniemany. Jednak lekkomyślny kierowca wysłany do więzienia na sześć miesięcy zostaje w ten sposób bezsprzecznie okryty hańbą i niesławą – już same ściany celi potępiają go, a odnotowanie w rejestrze skazanych jest piętnem.

Powiedzenie, że pewien rodzaj deprywacji jest wyrazem potępienia oznacza to samo, co stwierdzenie, że pewne formy surowego traktowa-

[5] Henry M. Hart, *The Aims of the Criminal Law*, „Law and Contemporary Problems" XXIII, 1958, nr 2, s. 4.

IUS.indd 220 2006-02-06 10:46:16

nia stały się umownymi symbolami społecznego potępienia. Jest to tak samo paradoksalne, jak stwierdzenie, że pewne słowa stały się umownymi narzędziami w naszym języku, służącymi wyrażaniu pewnych postaw. Ponadto poszczególne rodzaje kary są często wykorzystywane dla wyrażenia bardzo konkretnych postaw lub poglądów (mówiąc nieprecyzyjnie, jest to część ich „znaczenia").

O wiele łatwiej jest wykazać, że kara ma znaczenie symboliczne, niż stwierdzić dokładnie, co takiego kara wyraża. W najlepszym razie, w cywilizowanych i demokratycznych krajach kara z pewnością wyraża mocną *dezaprobatę* społeczeństwa dla czynu dokonanego przez przestępcę. W samej rzeczy można powiedzieć, że kara wyraża osąd (w odróżnieniu od odczuć) społeczeństwa, mówiący, że to, co zrobił przestępca, było złe. Myślę, że słuszne będzie stwierdzenie, iż kara na ogół wyraża coś więcej niż dezaprobatę; jest to również symboliczny sposób odegrania się na przestępcy, wyrażenia pewnego rodzaju mściwej urazy, niechęci. Ośmielę się powiedzieć, że żadnemu czytelnikowi, który rzeczywiście spędził trochę czasu w więzieniu, nawet mocne słowa Johna Gardnera: „nienawiść, strach lub pogarda dla skazanego" – nie wydadzą się zbyt mocne dla opisania tego, co, jak się powszechnie uważa, wyraża kara więzienia. Przestępca nie tylko odczuwa otwartą wrogość swoich strażników i świata zewnętrznego – już to samo byłoby wystarczająco okrutne – ale i to, że w swojej wrogości strażnicy i świat są tak zadufani. Wymierzona mu kara ma aspekt usankcjonowanej prawem zemsty. Dlatego jest wiele prawdy w słynnej uwadze J. F. Stephena, że „prawo karne ma się do umiłowania zemsty mniej więcej tak, jak małżeństwo ma się do pożądania seksualnego"[6].

Jeśli mniej radykalne określenie „uraza" rezerwujemy dla różnego rodzaju postaw zawierających element zemsty, a „reprobację" dla wyrażenia surowej dezaprobaty, to może *potępienie* (lub oskarżenie) moglibyśmy określić jako swojego rodzaju połączenie urazy z reprobacją. To, że te dwa elementy można na ogół znaleźć w karze wymierzanej przez prawo, dobrze rozumieli autorzy jednego z raportów Komisji Królewskiej, pisząc: „Dyskusja nad zasadą *retrybucji* musi z konieczności być pełna niejasności, ponieważ słowo to nie zawsze używane jest w tym samym znaczeniu. Czasami ma oznaczać zemstę, kiedy indziej potępienie. W tym pierwszym wypadku chodzi o zaspokojenie przez państwo pragnienia zemsty, jakie odczuwa pokrzywdzony obywatel; w drugim – państwo wyraża swoją dezprobatę dla łamania jego przepisów prawnych przez wymierzenie kary proporcjonalnie do ciężaru przestępstwa".

---

[6] *General View of the Criminal Law of England*, London 1863, s. 99.

3. FUNKCJE KARANIA

Stosunek funkcji ekspresywnej kary do jej innych funkcji nie zawsze jest łatwy do zidentyfikowania. Symboliczne, publiczne potępienie w połączeniu z deprywacją może zarówno wspomagać, jak również utrudniać odstraszanie, reformowanie i rehabilitację. Z drugiej strony, są inne funkcje kary, które często tracimy z pola widzenia, kiedy zaabsorbowani jesteśmy odstraszaniem i reformowaniem, a które zakładają z góry funkcję ekspresywną i bez niej byłyby trudne lub niemożliwe do zrealizowania.

A. STANOWCZE ODŻEGNANIE SIĘ

Rozważmy standardową praktykę stosowaną w stosunkach międzynarodowych polegającą na żądaniu, aby państwo, którego przedstawiciel pogwałcił prawa skarżącego się państwa ukarało winnego sprawcę. Przypuśćmy, że samolot kraju A oddał strzały do samolotu kraju B, kiedy ten ostatni leciał nad wodami międzynarodowymi. Jest bardzo prawdopodobne, że władze w kraju B prześlą notę protestacyjną do swojego odpowiednika w kraju A żądając, m.in., ukarania pilota, który dopuścił się naruszenia prawa. Ukaranie pilota jest dobitnym, radykalnym i spotykającym się ze zrozumieniem sposobem *potępienia,* a tym samym *odżegnania się* od czynu popełnionego przez pilota. Mówi światu, że pilot nie miał prawa zrobić tego, co zrobił, i że zrobił to na swoją własną odpowiedzialność, na swój własny rachunek, że jego rząd nie toleruje tego rodzaju zachowania. Zaświadcza wobec tego o uznaniu przez państwo A pogwałconych praw kraju B na danym obszarze, a tym samym potwierdza bezprawność czynu pilota. Nieukaranie pilota mówi natomiast światu, że rząd A nie uważa, iż pilot osobiście ponosi winę. To z kolei równoznaczne jest z przyjęciem odpowiedzialności za czyn, co w istocie rzeczy określa ten czyn „jako instrument świadomej polityki państwa", a tym samym jako akt wojenny. W takim wypadku z pewnością konsekwencją tego będą albo formalne działania wojenne albo utrata twarzy przez jedną lub drugą stronę. Żaden z powyższych scenariuszy nie ma sensu bez wyraźnego zrozumienia potępiającej symboliki kary [reprobatywnego symbolizmu kary]. W bardzo zbliżony sposób zastosowanie kary pozwala pracodawcy na odżegnanie się od czynu swojego pracownika (choć nie zwalnia go od odpowiedzialności cywilnej za jego czyn) a rodziców od niszczycielskich postępków syna.

B. SYMBOLICZNY BRAK PRZYZWOLENIA

Symboliczna funkcja kary tłumaczy również, dlaczego nawet te wyrobione, intelektualnie wyrafinowane osoby, które wyrzekają się żywienia urazy

do przestępców i na ogół patrzą niezbyt przychylnym okiem na prawo karne, skłonne są jednak domagać się, aby pewne rodzaje zachowań były karane w wypadkach, kiedy prawo pozwala przestępcom uniknąć kary. W stanie Teksas tzw. zabójstwa kochanków były traktowane przez prawo nie tylko jako czyny popełnione w okolicznościach łagodzących, ale jako czyny całkowicie usprawiedliwione[7]. Sądzę, że wielu z pewnością uważa, że ma miejsce ogromna niesprawiedliwość, kiedy takie zabójstwa uchodzą bezkarnie. Poczucie naruszenia zasad sprawiedliwości może być czymś różnym i czymś, czemu wcale nie towarzyszy niespełniona *Schadenfreude* w stosunku do zabójcy, łaknienie krwi czy zemsty, lub też metafizyczny lęk o to, że naruszona mogłaby zostać równowaga we „wszechświecie". Żądanie kary w tego rodzaju sprawach może natomiast świadczyć o odczuciu, że zabójstwa na tle miłosnym zasługują na „potępienie". Innymi słowy, że prawo godząc się na nie, a nawet aprobując je, przemawia w imieniu wszystkich obywateli.

Na tę symboliczną funkcję kary kładł silny nacisk Kant, który – rzecz dla niego charakterystyczna – przypisywał jej nadmierne znaczenie. Nawet gdyby jakaś społeczność na bezludnej wyspie miała z tego powodu ulec rozpadowi, dowodził Kant, to jej członkowie powinni przedtem dokonać egzekucji ostatniego mordercy znajdującego się w jej więzieniach, gdyż inaczej mogliby wszyscy zostać uznani za współsprawców „nieukaranego" morderstwa". Kantowski pogląd, że nie karząc za złe uczynki społeczeństwo popiera je, stając się w ten sposób *parteceps criminis,* wydaje się odzwierciedlać, aczkolwiek mgliście, coś, co jest głęboko zakorzenione w zdrowym rozsądku.

C. EGZEKWOWANIE PRAWA

Czasem państwo wypowiada się publicznie przez swoje prawa w sposób, który mógłby w wystarczającym stopniu zadowolić sumiennego obywatela, w którego imieniu ono przemawia. Jednakże, z powodu stosowania uników i nierzetelnego egzekwowania przepisów, państwo daje podstawy do obaw, czy jego prawo rzeczywiście ma na celu to, co mówi, że ma. Kiedy w stanie Missisipi czy gdziekolwiek indziej biały człowiek umyślnie zabija Murzyna, to jest to morderstwo; ale jeśli wielka ława przysięgłych odmawia postawienia go w stan oskarżenia lub jeśli ława przysięgłych w czasie procesu odmawia skazania, a fakt ten zostaje w wyraźny sposób

[7] Kodeks karny Teksasu (art. 1220) do niedawna przewidywał: „Nie popełnia przestępstwa, kiedy mąż zabija człowieka przyłapanego w trakcie popełniania czynu cudzołożnego z jego żoną, pod warunkiem, że zabójstwo zostało dokonane, zanim strony czynu się rozdzieliły. Reguły tej nie stosuje się, gdy po stronie męża doszło do pomocnictwa lub jakiejkolwiek wyrażonej zgody na cudzołożny stosunek".

IUS.indd 223 2006-02-06 10:46:17

uznany przez większość obywateli, wówczas twierdzenie, że zabijanie Murzynów przez białych jest w stanie Missisippi sprzeczne z prawem – stanowi pustosłowie. Jednak prawo „stoi swoimi księgami", jeśli wolno przytoczyć tę szlachetnie brzmiącą, ale coraz mniej przekonującą moralną ocenę. Przepis prawny nieegzekwowany (dobitnie niepotwierdzany na nowo), a honorowany głównie w ten sposób, że jest łamany, zaczyna tracić swój charakter prawa; a oczywistym sposobem jego egzekwowania (w istocie jedynym) jest karanie tych, którzy ten przepis naruszają.

D. UWOLNIENIE OD WINY INNYCH SPRAWCÓW

Kiedy wydarzyło się coś skandalicznego i jest rzeczą jasną, że sprawcą musi być jeden człowiek spośród niewielkiej grupy podejrzanych, wówczas państwo, przez ukaranie jednego z nich, uwalania w ten sposób od podejrzeń pozostałych i nieformalnie uwalnia ich też od winy. Ponadto podczas procesu dość często w równym stopniu waży się na szali uwolnienie od winy ofiary, jak i obwinienie oskarżonego. Dobry przykład tego poglądu można znaleźć w powieści Goulda Cozzensa pt. *By Love Possessed*. Młoda dziewczyna, po wieczorze spędzonym na zakazanych seksualnych igraszkach ze swoim chłopcem, zostaje nakryta przez despotyczną matkę, która żąda, aby córka broniła swojej reputacji oskarżając chłopca przed sądem. „On użył wobec mnie siły" – oskarża go dziewczyna. „Ona oddała mi się dobrowolnie" – broni się chłopiec. Jeśli ława przysięgłych uzna go za winnego gwałtu, tym samym uwolni ją od winy (moralnej); tak więc zarówno jej reputacja, jak i jego dobre imię zależy od wyniku procesu. Czy państwo nie mogłoby wykonać swojego zadania bez zastosowania kary? Być może, ale kiedy przemawia przez karanie, wtedy przesłanie jest głośne i z pewnością dotrze do świadomości ludzi.

4. KARY A SANKCJE CYWILNE

Filozoficzne ujęcie kary, które z powodu nieadekwatnej definicji pomija jej funkcję potępiającą, nie tylko rozczarowuje moralistę, ale wyda się nieprzywoicie nieistotną prawnikowi konstytucjonaliście, którego żywotne zainteresowanie kwestią kary ma charakter zarówno konceptualny, a więc autentycznie filozoficzny, jak również praktyczny. Rozróżnienie pomiędzy karą kryminalną [*punishment*] a sankcjami [*penalties*] jest dobrze znane w prawie karnym, którego teoretycy od dawna angażują się w coś, co Jerome Hall nazywa „wątpliwą dogmatyką, polegającą na odróżnianiu sankcji cywilnych [*civil penalties*] od kar kryminalnych oraz przypadków zła publicznego od przestępstw". Sądy uznają za prawdziwe (z definicji) twierdzenie, że wszystkie przepisy karne mają charakter karny: samo nazwanie czynu przestępstwem nie czyni go

przestępstwem, dopóki nie zostaną wyraźnie określone sankcje. Ociągają się one jednakże z udzieleniem pozytywnej odpowiedzi: czy wszystkie przepisy prawa, określające dokładnie sankcje, są przepisami *karnymi*? Istnieje obecnie wiele przepisów, które zezwalają na nakładanie na osoby „nieprzyjemnych konsekwencji", a które jednak na pewno nie mogą być uważane za przepisy karne. I tak projekty ustaw podatkowych mają na celu regulowanie, a nie zakazywanie pewnych rodzajów działalności. Problematyczne jest zagadnienie, jak należałoby klasyfikować przypadki graniczne: jako „regulacyjne" czy „karne". Nie jest ono błahą zagadką natury koncepcyjnej; bardzo szybko wciąga ona sądy w rozważania kwestii o wielkim znaczeniu konstytucyjnym. Istnieją misterne, konstytucyjne zabezpieczenia praw osób zagrożonych ukaraniem, które nie mają zastosowania, jeżeli nałożone dolegliwości będą miały postać sankcji związanych z przepisami o innym niż karny charakterze.

5. UZASADNIENIE KARY

Zarówno sama dolegliwość, jak i symboliczne potępienie są więc niezbędne nie tylko dla właściwego zdefiniowania „kary". Jedno i drugie stanowi bowiem poważny problem w zakresie jej uzasadnienia. Potępiającemu symbolizmowi kary zarzuca się nie tylko to, że jest niezależnym źródłem cierpienia, ale również to, że stanowi pretekst dla prezentowania postaw będących wynikiem, ale i nośnikiem reakcji ujemnych i obwiniających osądów, które nie muszą być konieczne zasłużone. Pewien sceptyk, zakładając, że stosowanie sankcji [*penalties*] jest konieczne, jeśli egzekwowane mają być przepisy prawa, oraz że społeczeństwo nie mogłoby funkcjonować bez powszechnego i przewidywalnego przestrzegania ustalonych zasad, mógłby jednak zakwestionować potrzebę dodawania elementu potępienia do karania naruszających prawo. Dolegliwość nakładana na tych ludzi – mógłby on przyznać – jest niefortunną koniecznością, ale potępianie jest postępowaniem nieprzyzwoicie okrutnym i zdradzającym zadufanie. Dodawanie zbytecznej zniewagi do zadawanego z konieczności cierpienia nie może służyć żadnemu celowi. Częściowej odpowiedzi takiemu sceptykowi już udzielono. Potępiający aspekt kary w rzeczywistości służy jednak pewnemu społecznie użytecznemu celowi: jest to właśnie ten element kary, który umożliwia wykonywanie ważnych funkcji symbolicznych.

Inny znów sceptyk gotów byłby przyznać, że potępiająca symbolika kary jest niezbędna i usprawiedliwiona przez te różnorodne funkcje pochodne. W istocie rzeczy, może on nawet dorzucić do przytoczonej powyżej listy jeszcze zadanie oddziaływania prewencyjnego. Wówczas jednak sceptyk ów chciałby z pewnością, abyśmy rozważyli, czy cele

IUS.indd 225 2006-02-06 10:46:18

uzasadniające posługiwanie się karą nie mogłyby zostać osiągnięte za pomocą mniej bolesnego symbolicznego mechanizmu.

Można sobie wyobrazić misterny publiczny rytuał, wykorzystujący najbardziej godne zaufania fortele religii i misterium, muzyki i dramaturgii, dla wyrażenia w nadzwyczaj solenny sposób społecznego potępienia dla przestępcy za jego nikczemny czyn. Taki rytuał mógłby posłużyć potępieniu winowajcy w sposób tak dobitny, że nie mogłoby być wątpliwości co do autentyczności tego potępienia, czyniąc zbytecznym – w sensie symbolicznym – jakąkolwiek dalszą deprywację, zamierzoną dla sprawcy. Taki fortel pozwalałby na zachowanie potępiającej funkcji kary przy równoczesnym obyciu się bez stosowanych zazwyczaj środków – więzienia i fizycznego dręczenia. Być może jest to tylko próżna fantazja; a może jest to coś więcej. Z pewnością kwestia ta pozostaje otwarta. Problem uzasadnienia kary, kiedy przyjmuje ona tę postać, może w rzeczywistości być kwestią uzasadnienia stosowanych przez nas szczególnych symboli hańby.

Niezależnie od formy sceptycznego wyzwania rzuconego instytucji kary, istnieje wszakże jedna tradycyjna odpowiedź w tej kwestii, która wydaje mi się niespójna. Mam tu na myśli tę wersję teorii sprawiedliwości retrybutywnej, która nie wspomina ani o potępieniu, ani o zemście, obstając jednak przy tym, że ostatecznym celem usprawiedliwiającym karę jest dostosowanie moralnego ciężaru przestępstwa do bólu zadawanego sprawcy, zadanie każdemu przestępcy dokładnie takiej ilości cierpienia, jakiej wymaga zło wyrządzone jego złym uczynkiem, zgodnie z wątpliwej wartości zasadą sprawiedliwości, że złoczyńca powinien odczuć ból dokładnie proporcjonalny do uczynionej niegodziwości.

Wspomnę jedynie mimochodem o dobrze znanych i mocnych zastrzeżeniach do tego poglądu.[8] Osoba niewinna zapewne nie zasługuje na cierpienie w tym samym stopniu, w jakim zasługuje na nie osoba winna, jednak nie sposób ukarać złego człowieka nie zadając równocześnie cierpienia tym, którzy go kochają lub są od niego zależni. Podjęcie decyzji odnośnie do właściwego rozmiaru cierpienia, jakie powinno się zadać w danym przypadku, wymagałoby dokonania oceny charakteru winowajcy na podstawie całego jego życia, a także całego bilansu doświadczonych przez niego przyjemności i bólu – co jest oczywistą niemożliwością. Ponadto sprawiedliwość wymagałaby odejścia od ogólnych zasad wymiaru kary w interesie zindywidualizowania kary, gdyż niewątpliwie będą występować nierówności w winie moralnej towarzyszącej popełnieniu tego samego przestępstwa oraz nierówności w cierpieniu za przyczyną tej samej kary. Jeśli jednak nie zamierzamy się bez nich obejść, to zasady ogólne muszą

[8] Bardziej przekonujące prezentacje tych argumentów: patrz m.in.: W. D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford 1930, s. 56–65; J. D. Mabbott, *Punishment*, „Mind" XLIX, 1939; A. C. Ewing, *The Morality of Punishment*, London 1929, roz. 1.

IUS.indd 226 2006-02-06 10:46:18

wymieniać wszystkie przestępstwa zapisane w porządku uwzględniającym ich wagę moralną, wszystkie kary w porządku biorącym pod uwagę ich surowość oraz odpowiednie połączenia między tymi dwiema skalami. Jednak skala wagi moralnej musiałaby wymieniać również motywy i cele, a nie tylko po prostu rodzaje świadomie popełnianych czynów, gdyż dane przestępstwo może zostać popełnione w odmiennym „stanie umysłu", a jego „waga moralna" w danym przypadku z pewnością musi zależeć po części od towarzyszącego przestępstwu motywu. Zasłużona kara powinna wobec tego polegać na dopasowaniu cierpienia do motywu (pragnienie, przekonanie itp.), a nie do stopnia niebezpieczeństwa czynu czy do rozmiaru krzywdy. Stąd niektóre przypadki drobnej kradzieży bywają karane surowiej niż niektóre zabójstwa. Dokonywanie takich koniecznych ocen nie jest po prostu tylko „trudne"; jest w zasadzie niemożliwe. Niektórym moralistom może się wydać „oczywiste", że na przykład zabójca, który działał pod wpływem namiętności i impulsu, zasługuje na mniejsze cierpienie za swój nikczemny czyn niż zabójca, który z pełną świadomością zaplanował zbrodnię; jednak jeśli w swoim rozumowaniu pominiemy kwestię względnego *niebezpieczeństwa* czynu, to racjonalnie rozumujący ludzie nie tylko mogą, ale z pewnością będą się różnić w swoich ocenach względnej naganności czynu i wydaje się, że nie ma racjonalnego sposobu rozwiązania tej kwestii. Z pewnością nie ma też racjonalnego sposobu na wykazanie, że jeden przestępca zasługuje na dokładnie dwa razy tyle lub trzy ósme albo dwanaście dziewiątych cierpienia więcej niż inny; jednak zgodnie z co najmniej kilkoma postaciami tej teorii, rozmiary cierpienia zadanego za dowolne dwa przestępstwa powinny być dokładnie proporcjonalne do „rozmiarów" zła tkwiącego w przestępcy.

Jednak mimo tego wszystkiego wersja teorii sprawiedliwości retrybutywnej, opartej na dopasowywaniu zadawanego sprawcy bólu do tkwiącego w nim zła, w istocie buduje swój gmach moralnego przesądu na fundamencie moralnego zdrowego rozsądku, ponieważ *sprawiedliwość* rzeczywiście wymaga, aby w pewnym (innym) sensie „kara pasowała do przestępstwa". Sprawiedliwość domaga się bowiem, aby potępiający aspekt kary odpowiadał przestępstwu; aby przestępstwo było tego rodzaju, który rzeczywiście godny jest potępienia. Ponadto stopień dezaprobaty wyrażany przez karę powinien „pasować" do przestępstwa jedynie w tym nieproblematycznym sensie, że poważniejsze przestępstwa powinny spotykać się z silniejszą dezaprobatą niż te mniej poważne, przy czym powaga przestępstwa winna być ustalana na podstawie rozmiaru krzywdy, jaką na ogół ono powoduje, oraz stopnia prawdopodobieństwa jego popełnienia. A to coś zupełnie innego niż domaganie się, aby dolegliwość, rozważana z pominięciem jego funkcji symbolicznej, „odpowiadała" moralnej wartości konkretnego czynu przestępnego, ocenianego całkowicie niezależnie

od jego społecznej szkodliwości. Oczywiście, potępienie jest wyrażane przez dolegliwość, a jego rozmiar wyraża stopień potępienia. Niemniej nie powinniśmy pozostawać ślepi na fakt, że to społeczna dezaprobata i odpowiednie jej wyrażanie powinno być dopasowywane do przestępstwa, a nie dolegliwość jako taka. Cierpienie powinno odpowiadać winie tylko w takim wymiarze, w jakim jego zadawanie jest symbolicznym narzędziem publicznego potępienia.

IUS.indd 228 2006-02-06 10:46:18



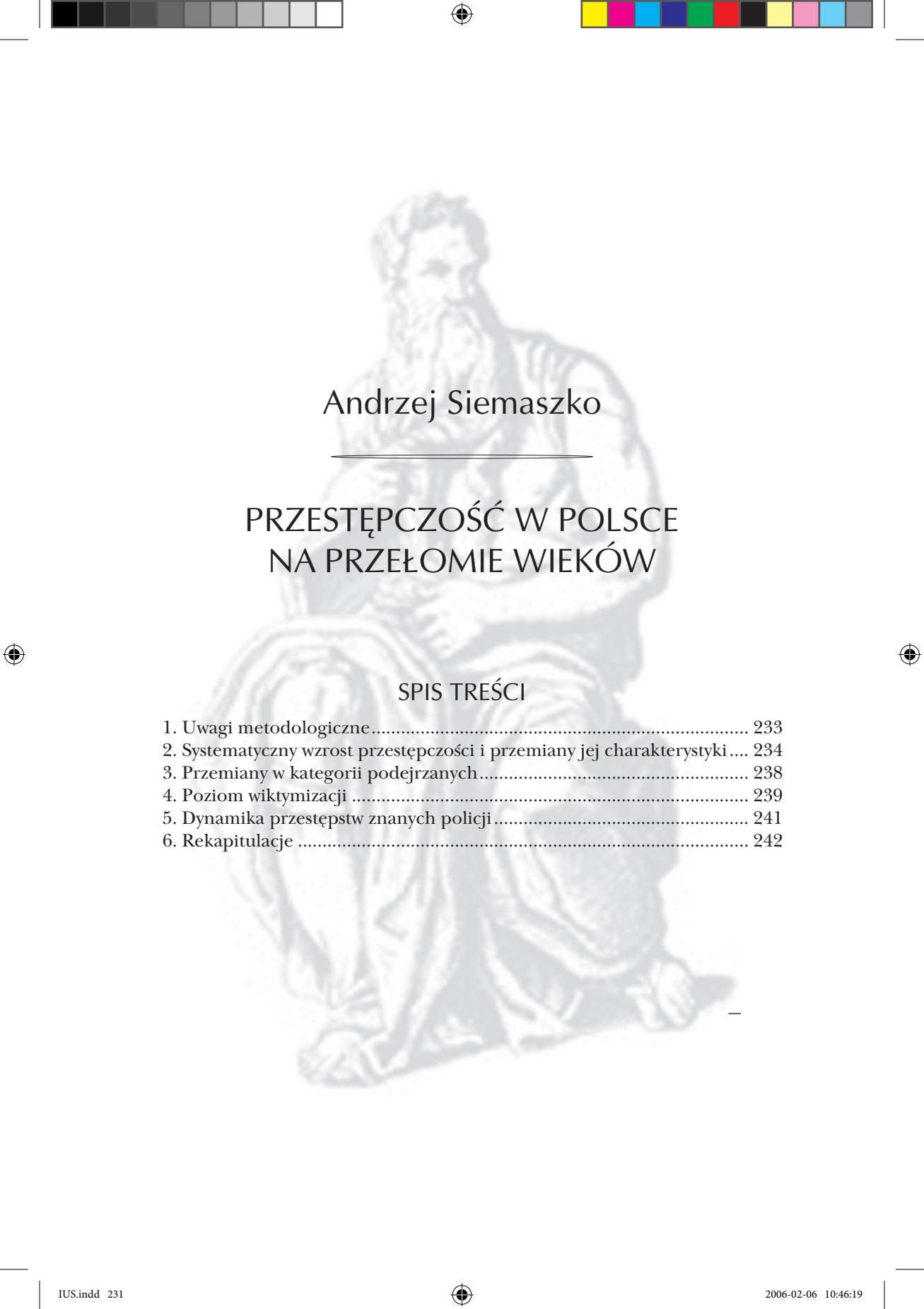
WOKÓŁ SPRAW POLSKICH

IUS.indd 229 2006-02-06 10:46:19









Andrzej Siemaszko

PRZESTĘPCZOŚĆ W POLSCE NA PRZEŁOMIE WIEKÓW

SPIS TREŚCI

1. Uwagi metodologiczne 233
2. Systematyczny wzrost przestępczości i przemiany jej charakterystyki 234
3. Przemiany w kategorii podejrzanych 238
4. Poziom wiktymizacji 239
5. Dynamika przestępstw znanych policji 241
6. Rekapitulacje 242

IUS.indd 231 2006-02-06 10:46:19

ANDRZEJ SIEMASZKO

Dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie, profesor Uniwersytetu Warszawskiego. Wykłada kryminologię i metody badań kryminologicznych na Wydziale Stosowanych Nauk Społecznych i Resocjalizacji. Laureat nagrody American Society of Criminology.

Opublikował m.in. *Atlas przestępczości w Polsce* (3 tomy, red.); *Crime Control in Paland: Crime and Law Enforcement in Poland*; *Granice toleracji. O teorii zachowań dewiacyjnych.*

IUS.indd 232 2006-02-06 10:46:19

WPROWADZENIE

Autor poddaje analizie przemiany dynamiki przestępczości i jej cech w Polsce od początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku. Opisuje również odpowiednio zmiany zachodzące w kategorii sprawców przestępstw, a wszystkie analizy kontrastuje z wynikami badań wiktymologicznych. W konkluzji dokonuje rekapitulacji podstawowych wniosków, które składają się na niekorzystny obraz zjawiska przestępczości w Polsce

1. UWAGI METODOLOGICZNE

W poniższych rozważaniach scharakteryzuję główne tendencje w odniesieniu do struktury i dynamiki przestępczości w Polsce w latach 1990–2001; zanalizuję również najistotniejsze zmiany w populacji podejrzanych oraz we wskaźnikach wykrywalności w rozpatrywanym okresie. Omówię także miejsce naszego kraju w wybranych uszeregowaniach międzynarodowych, odnoszących się do przestępczości. Podstawą tej części opracowania będą zarówno dane o tzw. przestępstwach znanych policji w poszczególnych krajach europejskich, jak też wybrane rezultaty z ostatniej tury Międzynarodowych Badań Ofiar Przestępstw (ICVS), które odnoszą się również do kilku krajów spoza Europy (m.in. USA, Australii oraz Japonii) Ograniczone ramy opracowania sprawiają jednak, że zmuszony jestem – zarówno w części krajowej, jak i międzynarodowej – do ostrej selekcji prezentowanego materiału[1].

[1] Czytelników zainteresowanych całościowym ujęciem problematyki przestępczości i polityki kryminalnej w naszym kraju, również w aspekcie porównawczym, wypada odesłać do: A. Siemaszko (red.), B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce 3*, Warszawa 2003. Warto zauważyć, że prezentowane poniżej wykresy zostały w wielu przypadkach zmodyfikowane na potrzeby niniejszego opracowania i odbiegają niekiedy dość istotnie od formy, jaką mają w *Atlasie*.

IUS.indd 233 2006-02-06 10:46:19

2. SYSTEMATYCZNY WZROST PRZESTĘPCZOŚCI I PRZEMIANY JEJ CHARAKTERYSTYKI

Cały okres objęty analizą cechował systematyczny wzrost przestępczości[2]. W roku 1990 policja zarejestrowała blisko 900 tys. przestępstw, w roku zaś 2001 – prawie milion czterysta tysięcy, a więc blisko dwukrotnie więcej.

W latach 1990–2001 średnia liczba przestępstw wynosiła nieco ponad milion i była ponad dwukrotnie większa niż w latach osiemdziesiątych i ponad trzykrotnie większa niż w latach siedemdziesiątych (por. wykres 1).

Mimo pewnych zastrzeżeń natury metodologicznej[3] nie ulega kwestii, że po okresie względnej stabilizacji na początku ubiegłej dekady, poczynając od roku 1994 przestępczość ponownie systematycznie wzrasta. Współczynnik przestępczości w roku 2001 wyniósł 3597 i był o 10% wyższy niż w roku poprzednim, a o ponad połowę wyższy niż w 1990 roku; w całym zaś analizowanym okresie nasilenie przestępstw zwiększało się średnio o 4% rocznie (por. wykres 2).

Wprawdzie przestępczość jest nadal zjawiskiem typowo miejskim, to wypada odnotować, że w porównaniu z 1990 rokiem współczynnik przestępczości w miastach zwiększył się prawie o połowę, na wsi natomiast – niemal dwukrotnie.

---

[2] Największy jednak roczny wzrost przestępczości (o ponad 60%) nastąpił w latach 1989–1990.

[3] Należy jednak pamiętać, że wzrost ten byt częściowo „sztuczny" – wynikał m.in. ze zmian legislacyjnych. Najistotniejszą z nich była niewątpliwie nowelizacja k.k. z 14 kwietnia 2000 roku, w wyniku której prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego zostało przesunięte z kategorii wykroczeń do kategorii przestępstw (ponad 120 tys. przypadków rocznie). Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii (wprowadzająca m.in. karalność posiadania niewielkich ilości narkotyków na użytek własny) miała z kolei znaczny udział – w blisko dwukrotnym (z ponad 16 tys. w roku 1998 do blisko 30 tys. w roku 2001) – wzroście przestępstw tego rodzaju, co oczywiście również rzutowało na wzrost przestępczości ogółem. Wypada jednak odnotować, że w omawianym okresie pewne zabiegi legislacyjne miały skutek odwrotny – powodowały dość znaczny spadek przestępstw rejestrowanych w statystykach policyjnych. Odnosi się to zwłaszcza do efektu ustawy z 12 lipca 1995 roku, która podniosła dziesięciokrotnie wartość skradzionego mienia lub wyrządzonej szkody kwalifikującą dotychczas czyn jako przestępstwo, w wyniku czego spora część tych czynów znalazła się w kategorii wykroczeń. Spowodowało to, że w roku 1996 zarejestrowano o 8% przestępstw mniej niż w roku poprzednim (w tym m.in. aż o jedną czwartą mniej kradzieży), co zresztą zostało triumfalnie obwieszczone przez ówczesnego Komendanta Głównego Policji jako widomy przykład skuteczności jego wysiłków w zwalczaniu przestępczości.

IUS.indd 234 2006-02-06 10:46:19

Jeśli idzie o strukturę przestępstw według ich rodzajów, to – niejako wbrew oczekiwaniom – największą dynamikę wzrostu cechowały przestępstwa przeciwko dokumentom. O ile jeszcze w roku 1990 stanowiły one zaledwie 0,7% wszystkich rejestrowanych przestępstw, to już w 2001 roku – 5,5%, tj. blisko ośmiokrotnie więcej.

W strukturze przestępczości zwiększył się również istotnie (z 1,8% do 2,4%, tj. o jedną trzecią) udział czynów przeciwko życiu i zdrowiu, zmniejszył się natomiast wydatnie udział czynów przeciwko mieniu[4] (z blisko 85% w 1990 roku do 65% w 2001 roku, to jest o 20 punktów procentowych – por. wykres 3).

Gdy mowa o przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu, to największą dynamiką cechowały się przestępstwa udziału w bójce lub pobiciu. Ich współczynnik w 2001 roku był aż trzyipółkrotnie wyższy niż na początku ubiegłej dekady, co spowodowało, nawiasem mówiąc, że ich udział w strukturze czynów skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu zwiększył się blisko dwukrotnie.

Nasilenie natomiast zarówno zabójstw, jak i przestępstw spowodowania uszczerbku na zdrowiu było już znacznie mniejsze – ich liczba zwiększyła się mniej więcej o trzy czwarte w porównaniu z 1990 rokiem (por. wykres 4).

W odniesieniu do pierwszych zwraca ponadto uwagę istotna zmiana w proporcji między dokonaniami a usiłowaniami. Na początku lat dziewięćdziesiątych na 10 prób zabójstw aż 8 kończyło się śmiercią ofiary, w 2001 roku zaś – 5. Oznacza to, że w analizowanym okresie liczba zabójstw usiłowanych rosła na szczęście znacznie szybciej niż dokonanych (por. wykres 5).

Spośród rozpatrywanych czynów zawierających element agresji najmniejszy był wzrost liczby gwałtów: w 2001 roku było ich o 30% więcej niż w 1990. Wygląda więc na to, że przestępstwo to cechuje się odmienną od pozostałych „logiką" oraz dynamiką[5] (por. wykresy 6–7).

Największe nasilenie przestępstw obcowania płciowego z małoletnim (art. 200 § 1 k.k. oraz art. 176 d.k.k.) było w latach 1996–1998. W latach następnych obserwujemy jednak systematyczne zmniejszanie się dynamiki współczynników. Niemniej w 2001 roku współczynnik przestępstw tego typu na 100 tys. ludności był prawie 70% wyższy niż w 1990 roku[6].

---

[4] Mam tu jednak wyłącznie na uwadze udział czynów skierowanych przeciwko mieniu w strukturze wszystkich przestępstw, nie zaś ich nasilenie. Innymi słowy, wprawdzie odsetek przestępstw przeciwko mieniu w strukturze przestępczości się zmniejszył, dynamika ich jednak była dodatnia i bardzo wysoka, o czym poniżej.

[5] Liczba jednak gwałtów kwalifikowanych wzrosła w analizowanym okresie dwuipółkrotnie, wynikało to jednak częściowo z szerszego ujęcia gwałtu zbiorowego w k.k. z 1997 r.

[6] Wynosiły one odpowiednio: 1990 – 2,2; 1997 – 5,7; 2001 – 3,7.

IUS.indd 235 2006-02-06 10:46:20

Jeśli idzie o przestępstwa przeciwko mieniu, to zdecydowanie największe było nasilenie rozbojów[7]: w porównaniu z 1990 rokiem było ich w 2001 roku ponad trzykrotnie więcej. Tak dużą dynamikę rozbojów trzeba uznać za wyjątkowo niepokojącą i wymagającą podjęcia natychmiastowych i zdecydowanych kroków zaradczych[8]. Warto jednak dodać, że typowe napady z użyciem broni palnej (np. na banki, kantory) – mimo że są szeroko nagłaśniane przez media – stanowią w dalszym ciągu margines rozbojów ogółem[9], choć i w tym przypadku rysują się już tendencje bardzo niepokojące.

Kolejnym przestępstwem tej grupy o stosunkowo dużej dynamice wzrostu jest kradzież. Poczynając od 1996 roku współczynnik kradzieży systematycznie rośnie i w 2001 roku było ich już dwukrotnie więcej niż na początku minionej dekady, a stało się tak mimo wspomnianej zmiany legislacyjnej, która doprowadziła przecież do, w pewnym sensie „sztucznego", zaniżenia liczby kradzieży ujmowanych w statystykach policyjnych.

Pocieszające jest natomiast to, że w analizowanym okresie zmniejszył się współczynnik kradzieży z włamaniem[10] (z 1130 w 1990 roku do 842 w 2001 roku) – i jest to bodaj jedyny przypadek tak wyraźnego odwrócenia się tendencji wśród wszystkich rozpatrywanych czynów. (por. wykres 8)

Niewykluczone, że pewien wpływ na zmniejszenie się liczby włamań mogło mieć coraz powszechniejsze instalowanie stosunkowo wyrafinowanych systemów antywłamaniowych oraz wzrastająca popularność tzw. monitoringu obiektów przez firmy ochroniarskie, co sprawia, że coraz trudniej dokonać tego przestępstwa.

Analogiczna tendencja zarysowała się zresztą w latach ostatnich w odniesieniu do kradzieży oraz włamań do samochodów, a także krótkotrwałego zaboru pojazdu mechanicznego, co mogłoby wskazywać na trafność powyższej hipotezy[11].

Coraz powszechniejsze stają się natomiast włamania do, ciągle źle zabezpieczonych, domków letniskowych: tylko w latach 1996–2001 ich liczba zwiększyła się o blisko połowę.

Jeśli idzie o przestępczość nieletnich, to – po dość znacznym jej wzroście w latach 1990–1995 (liczba czynów karalnych wzrosła w tym

---

[7] Łącznie z kradzieżą rozbójniczą i wymuszeniem rozbójniczym.

[8] Zwłaszcza że Polska dzierży niechlubną palmę pierwszeństwa pod względem zagrożenia rozbojami również w uszeregowaniach międzynarodowych (por. dalsze rozważania), mamy więc tu niewątpliwie do czynienia z problemem dość poważnym.

[9] W 2001 roku broń palna została użyta w 756 rozbojach, ogólna ich liczba wynosiła zaś blisko 40 tys.

[10] Zmniejszyła się zwłaszcza liczba włamań do obiektów handlowych.

[11] Obserwujemy jednocześnie wyraźny wzrost rozbojów „samochodowych" – tylko w 2001 roku było ich 310.

IUS.indd 236 2006-02-06 10:46:20

czasie z 60 tys. do ponad 80 tys.) – w latach następnych zarysowała się stabilizacja na poziomie 70–78 tys. (por. wykres 9).

Jest to niewątpliwie fakt optymistyczny, nie można jednak tracić z pola widzenia tego, że nieletni są nadal sprawcami ponad 20% wszystkich rozbojów, ponad 15% przestępstw spowodowania uszczerbku na zdrowiu oraz blisko 15% przestępstw udziału w bójce lub pobiciu, a – co gorsza – ich udział w tych typach czynów bardzo dynamicznie rośnie (w latach 1990–2001 wzrósł blisko dwuipółkrotnie – por. wykres 9).

Gdy wziąć ponadto pod uwagę, że nieletni w wieku 13–16 lat stanowią zaledwie nieco powyżej 6% populacji, to ich udział w przestępczości (zwłaszcza tej która zawiera element agresji) wypada uznać za bardzo wysoki.

Jeśli idzie o terytorialny rozkład przestępczości, to – niejako już tradycyjnie – jest ona największa (współczynniki w granicach 4500–5300) w województwach pomorskim oraz zachodniopomorskim, najmniejsza zaś (współczynniki między 2100–2900) w pasie województw południowo-wschodnich, obejmującym podlaskie, lubelskie, podkarpackie oraz świętokrzyskie.

W skutecznym zapobieganiu przestępczości niezmiernie istotną rolę odgrywa wykrywalność. Im jest ona większa, tym mniejsza jest skłonność potencjalnych przestępców do naruszania prawa, wiąże się to bowiem z rosnącym ryzykiem.

Ogólny wskaźnik wykrywalności (por. wykres 10) oscyluje a od kilku lat w granicach 50%, w najpowszechniejszych natomiast kategoriach przestępstw (włamania, kradzieże, rozboje) wskaźniki wykrywalności (por. wykres 11) utrzymują się w całym analizowanym okresie na niezmiernie niskim poziomie – od kilku do dwudziestu kilku procent (kradzież samochodu – 8,8%, kradzież – 21,7%, włamanie – 22,3%)[12].

Gdy wziąć ponadto pod uwagę, że te niewielkie odsetki oblicza się przecież wyłącznie w stosunku do czynów zgłoszonych organom ścigania, a te stanowią znikomą niekiedy frakcję wszystkich popełnianych przestępstw (problem „ciemnej liczby"!), to wypada stwierdzić, że polski przestępca ryzykuje nadal doprawdy niewiele uprawiając swój proceder.

We wskaźnikach wykrywalności w poszczególnych województwach, a zwłaszcza w dużych miastach, szokuje ponadto olbrzymie, wręcz nieprawdopodobne zróżnicowanie.

---

[12] Warto również pamiętać, że od 1998 roku i policja przestała publikować tzw. wskaźniki wykrywalności NN, to jest wykrywalności sprawców, których tożsamość nie była znana w chwili przyjęcia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa (chodzi tu, innymi słowy, o wykrywalność „prawdziwą"). Nie dziwi to jednak wcale, gdy zważyć, że wskaźniki te, będące przecież rzeczywistą miarą skuteczności działań policji, przedstawiały się wręcz katastrofalnie – w niektórych kategoriach przestępstw (np. kradzież samochodu, włamanie) wynosiły zaledwie 1–4%.

Okazuje się bowiem, przykładowo, że we Wrocławiu (9,1%) wykrywa się ponad pięciokrotnie więcej kradzieży samochodów niż w Warszawie (1,7%); w Gdańsku (38,3%) ponad czterokrotnie więcej kradzieży niż w Krakowie (8,4%); w Szczecinie natomiast (20,1%) sześciokrotnie więcej kradzieży z włamaniem do mieszkań niż w Warszawie (3,6%).

Moim zdaniem, mamy tu do czynienia bądź z dużą dowolnością w rejestrowaniu zdarzeń w kategoriach poszczególnych rodzajów czynów, bądź nawet ze zjawiskiem „kreatywnej statystyki" i to, na domiar złego, uprawianej na dużą skalę.

3. PRZEMIANY W KATEGORII PODEJRZANYCH

Bardzo duży wzrost przestępczości w całym okresie objętym analizą znalazł, rzecz jasna, odzwierciedlenie we wzroście liczby podejrzanych. W roku 2001 było ich aż o jedną trzecią więcej niż rok wcześniej i niemal dwukrotnie więcej niż na początku lat dziewięćdziesiątych (por. wykres 12).

Przy czym, co ciekawe, najbardziej dynamicznie – ponad dwukrotnie – wzrósł w tym czasie współczynnik podejrzanych w najstarszej grupie wieku (powyżej 50 lat).

Niemniej „typowym" podejrzanym o przestępstwo jest nadal mężczyzna w wieku 17–24 lat (26% ogółu).

Udział kobiet wśród podejrzanych, choć wykazuje sporą tendencję wzrostową, jest w dalszym ciągu stosunkowo niewielki (około 10%).

Liczba cudzoziemców podejrzanych o przestępstwa – po dość dynamicznym wzroście w latach 1990–1997 – ustabilizowała się w latach ostatnich na poziomie 5–7 tys. W 2001 roku było ich już jednak blisko trzykrotnie więcej niż na początku lat dziewięćdziesiątych (por. wykres 13).

Największy odsetek wśród nich stanowili Ukraińcy (40%), co piąty był Białorusinem, co czternasty – obywatelem Armenii, co siedemnasty zaś – Rosjaninem. Niemcy stanowili 7% ogółu podejrzanych cudzoziemców.

Przestępstwa, o które byli najczęściej podejrzani cudzoziemcy, to: drogowe (20%), dewizowe (15%) oraz różnego rodzaju fałszerstwa (5%). Około 4% – a więc stosunkowo niewiele – cudzoziemców było podejrzanych o dokonanie rozboju.

Największy wzrost liczby nieletnich podejrzanych o przestępstwa nastąpił w latach 1990–1995 (z 37 do 68 tys., a więc blisko dwukrotnie). Od roku 1996 liczba nieletnich podejrzanych o przestępstwa oscyluje między 52 a 58 tys., a więc już nie wzrasta W roku 2001 co dziesiątym podejrzanym o przestępstwo był jednak nieletni (por. wykres 14).

4. POZIOM WIKTYMIZACJI

Rezultaty Międzynarodowych Badań Ofiar Przestępstw (ICVS)[13] w odniesieniu do miejsca naszego kraju w poszczególnych rankingach są niejednoznaczne.

Dość pesymistyczny obraz wyłania się z porównania rozmiarów wiktymizacji w Polsce i w pozostałych państwach, w których ostatnia tura ICVS została również zrealizowana na próbach ogólnokrajowych.

Wprawdzie pod względem ogólnego wskaźnika wiktymizacji miejsce Polski – choć dość wysokie, bo szóste (por. wykres 15) – nie daje jeszcze podstaw do szczególnego niepokoju, to już w uszeregowaniach odnoszących się do poszczególnych czynów (w tym zwłaszcza rozboju, kradzieży kieszonkowej oraz kradzieży z samochodu) znajdujemy się na pierwszych lub drugich miejscach w odniesieniu a do nasilenia korupcji dystans

[13] Alternatywnym – w stosunku do statystyk policyjnych – źródłem danych o przestępczości są tzw. badania wiktymizacyjne (czyli badania ofiar przestępstw). Główną zaletą tej metody pomiaru jest możliwość określania rozmiarów zarówno przestępczości nie zgłoszonej organom ścigania, jak i przestępczości zarejestrowanej. Badania wiktymizacyjne umożliwiają więc również ustalenie relacji między przestępczością rzeczywistą a zgłoszoną (tzw. ciemna liczba). Badania wiktymizacyjne są prowadzone zarówno w skali jednego kraju, jak i w skali międzynarodowej. International Crime Victim Survey (ICVS), czyli Międzynarodowe Badania Ofiar Przestępstw, są organizowane co 4 lata. ICVS są koordynowane przez brytyjskie Home Office, holenderskie Ministerstwo Sprawiedliwości oraz United Nations Interregional Crime & Justice Research Institute (UNICRI) z siedzibą w Turynie. W ICVS wzięło do tej pory udział przeszło 220 tys. respondentów z kilkudziesięciu krajów. W ICVS stosowany jest standardowy kwestionariusz do badania m.in. ofiar kilkunastu przestępstw. Są to: kradzież samochodu, kradzież z samochodu, uszkodzenie samochodu, kradzież motocykla (motoroweru), kradzież roweru, kradzież własności osobistej (w tym kradzież kieszonkowa), włamanie, usiłowanie włamania, rozbój oraz pobicie (w formie zarówno usiłowania, jak i dokonania), przestępstwa seksualne (w tym gwałt, usitowanie gwałtu i nieobyczajna napaść), oszustwo konsumenckie oraz korupcja funkcjonariuszy państwowych (urzędników, policjantów, celników itp.) Dzięki analogicznym definicjom poszczególnych czynów uzyskuje się pełną porównywalność rezultatów badań realizowanych w poszczególnych krajach w odniesieniu do poziomu przestępczości (zarówno nie ujawnionej, jak i zgłoszonej organom ścigania), nie wpływają na nią już bowiem – często bardzo istotne – różnice kodeksowe ani rozmaity poziom ciemnej liczby. W kwestionariuszu ICVS poświęca się również wiele uwagi okolicznościom danego czynu (miejsce, czas, obrażenia, straty materialne), lękowi przed przestępczością oraz ocenie pracy policji. W poniższych zestawieniach uwzględniono zarówno państwa, w których badania zostały zrealizowane na próbach ogólnokrajowych (próba polska liczyła w 1996 r. przeszło 3,5 tys. osób, w 2000 ponad 5 tys.), jak i na próbach mieszkańców stolic tzw. krajów postkomunistycznych (próba warszawska liczyła zarówno w 1998, jak i w 2000 r. około 1000 osób).

dzielący Polskę od rozwiniętych krajów zachodnich jest wręcz szokujący (i zawstydzający) (wykresy 16–18).

Ogólnie biorąc, w ciągu zaledwie czterech lat dzielących dwie ostatnie tury ICVS przesunęliśmy się znacznie na niekorzyść pod względem zarówno przestępczości ogółem, jak i wskaźników odnoszących się do poszczególnych czynów, mimo że – co należy z naciskiem podkreślić – w porównywanych latach poziom wiktymizacji w naszym kraju w zasadzie się nie zmienił.

Rodzi się zatem pytanie: Jak to było możliwe? Odpowiedź jest, wbrew pozorom, banalnie prosta – w przeciwieństwie do Polski, w większości rozpatrywanych krajów nastąpił w tym czasie dość wyraźny spadek przestępczości. Mimo więc pewnej stabilizacji, którą w porównywanych latach zdołaliśmy osiągnąć, z kraju raczej bezpiecznego staliśmy się krajem o stosunkowo dużym zagrożeniu przestępczością.

W porównywanych latach nastąpił pewien, nieznaczny jednak, wzrost zgłoszeń przestępstw, zwłaszcza tych o charakterze agresywnym. Mimo to znajdujemy się nadal w grupie krajów o zdecydowanie najniższych wskaźnikach zgłaszalności[14]. Oznacza to m.in., że polskie statystyki przestępczości są w dalszym ciągu wyjątkowo mało wiarygodne (por. wykres 19).

Mieszkańcy naszego kraju – też już niejako tradycyjnie – mają również niezmiernie wysoki poziom lęku przed przestępczością (por. wykres 20) i nadal bardzo źle oceniają policję (por. wykres 21), choć wypada odnotować dość wyraźną poprawę, jeśli idzie o ocenę pracy policji.

Znacznie bardziej optymistycznie nastraja porównanie Warszawy z pozostałymi stolicami państw postkomunistycznych. Na tym tle bowiem stolicę naszego kraju wypada uznać za jedną z bardziej bezpiecznych. (por. wykres 22)

Nawet wskaźnik korupcji – choć niemały, a co gorsza, dynamicznie rosnący – plasuje Warszawę nadal w gronie stolic państw postkomunistycznych o stosunkowo niskim zagrożeniu tym czynem (por. wykres 23).

Niechlubny wyjątek, potwierdzający jednak regułę, stanowi przestępstwo rozboju, w tym bowiem przypadku Warszawa zajmuje dość wysokie – trzecie – miejsce w uszeregowaniu, co potwierdza tezę o bardzo poważnym zagrożeniu rozbojami w naszym kraju (por. wykres 24).

Na tle pozostałych stolic mieszkańcy Warszawy czują się również stosunkowo bezpieczni: poziom lęku przed przestępczością jest w stolicy naszego kraju umiarkowany (por. wykres 25).

Nie powoduje to jednak wysokich ocen wystawianych stołecznej policji przez jej mieszkańców: należą one niestety w Warszawie do najniższych i są bez porównania gorsze niż w Pradze czy w Budapeszcie, a także w całej Polsce (por. wykres 26).

[14] W ICVS ’96 zajmowaliśmy miejsce ostatnie.

5. DYNAMIKA PRZESTĘPSTW ZNANYCH POLICJI

Jeśli idzie o dynamikę przestępstw znanych policji[15], to można stwierdzić, że w latach 1995–2000 należała ona w Polsce – ogólnie biorąc – do najwyższych, co dało nam szóste miejsce w uszeregowaniu 29 krajów europejskich (por. wykres 27).

Przy czym – co warto szczególnie podkreślić – w 9 z nich (m.in. w Hiszpanii, w Niemczech, na Węgrzech, we Włoszech oraz w Irlandii) przestępczość ogółem obniżyła się, nieraz dość znacznie.

Miejsce naszego kraju w uszeregowaniach odnoszących się do poszczególnych czynów było zróżnicowane: dość wysokie w przypadku zabójstw dokonanych (por. wykres 28) oraz przestępstw związanych z narkotykami (por. wykresy 29) i bardzo wysokie (bo drugie) w przypadku włamań do mieszkań (por. wykres 30) i rozbojów (por. wykres 31). Dynamika natomiast gwałtów oraz pobić była w Polsce umiarkowana.

---

[15] Podstawą prezentowanych poniżej porównań są dane zawarte w „European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics" Rady Europy. „Sourcebook" jest zarówno bazą danych, jak i periodyczną publikacją o przestępczości i polityce karnej opracowywaną pod auspicjami Rady Europy i obejmującą niemal wszystkie kraje członkowskie. Baza ta zawiera standardowe definicje kilku czynów (różniące się nieraz dość znacznie od sposobu ich ujęcia i kwalifikacji prawnej w kodeksach karnych poszczególnych krajów) oraz rejestruje rozbieżności w systemach gromadzenia danych. Porównywalność prezentowanych poniżej zestawień jest jednak ograniczona, na co składa się wiele przyczyn. Największą przeszkodą są duże różnice w poziomie „ciemnej liczby" w poszczególnych krajach. Po pierwsze, sprawia to, że przestępczość rejestrowana jest z reguły znacznie niższa od przestępczości rzeczywistej, a po drugie, poszczególne kraje różnią się istotnie pod względem rozmiarów „ciemnej liczby", a tym samym pod względem liczby przestępstw ujmowanych w statystykach. (Polska zaś – jak wiadomo – należy do krajów o wyjątkowo dużej „ciemnej liczbie"). Na liczbę przestępstw wykazywanych w statystykach policyjnych poszczególnych krajów mogą mieć ponadto wpływ różnice procedur odnoszące się do momentu uznania danego czynu za przestępstwo, odmienne zasady rejestrowania przestępstw o charakterze ciągłym oraz różnice w jakości gromadzonych danych. Pełną porównywalność prezentowanych poniżej zestawień ograniczają też odmienne regulacje poszczególnych systemów – zarówno karnych, jak i statystyczno-informatycznych. W tym kontekście należy przede wszystkim wspomnieć o odmiennych katalogach czynów określanych w poszczególnych kodeksach karnych jako przestępstwa, co wpływa oczywiście na poziom przestępczości ogółem ujętej w statystyce policyjnej danego kraju. Znaczne różnice ustawodawcze odnoszą się przede wszystkim do wykroczeń. Analogiczne czyny, np. drobne kradzieże, bywają traktowane jako wykroczenia w jednym państwie (tak jak w Polsce), jako przestępstwa zaś w innym i – trafiając do statystyk – zwiększają dość znacznie ogólną ich liczbę. Wszystko to sprawia, że do poniższych zestawień należy podchodzić z dużą ostrożnością.

Niepokoi utrzymywanie się dodatniej dynamiki włamań do mieszkań, skoro w przytłaczającej większości rozpatrywanych krajów (aż w 20 na 26) nastąpił w porównywanych latach, nieraz bardzo wyraźny, spadek włamań tego rodzaju. Polskę zaś – oraz Litwę i Węgry – cechował nadal wzrost ich liczby[16].

6. REKAPITULACJE

Ponieważ w natłoku liczb, zestawień i wykresów mogły umknąć czytelnikowi najważniejsze z omawianych powyżej tendencji przestępczości, warto dokonać rekapitulacji najistotniejszych trendów.

Po pierwsze, cały analizowany okres cechował systematyczny wzrost przestępczości, a z posiadanych przez niżej podpisanego informacji wynika jednoznacznie, że ten trend trwa nadal.

Po drugie, obserwujemy stopniowe, ale bardzo wyraźne różnicowanie się struktury popełnianych czynów. Maleje znacząco udział „tradycyjnych" przestępstw pospolitych – zwłaszcza skierowanych przeciwko mieniu (kradzieże, włamania) – wzrasta natomiast istotnie udział przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, dotychczas marginalnych rodzajów czynów przestępczych (przeciwko dokumentom, przeciwko wymiarowi sprawiedliwości), przestępstw gospodarczych oraz związanych z narkotykami.

Po trzecie, spośród rozpatrywanych przestępstw o charakterze agresywnym najwyższą dynamikę cechował rozbój; niepokojący jest również systematyczny wzrost przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, w tym zwłaszcza udziału w bójce lub pobiciu.

Po czwarte, dynamika współczynników osób podejrzanych o przestępstwa jest znacznie wyższa niż dynamika samej przestępczości, co tylko częściowo daje się wyjaśnić kryminalizacją prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości.

Po piąte, zarówno rezultaty Międzynarodowych Badań Ofiar Przestępstw (ICVS), jak i porównania danych ze statystyk policyjnych krajów europejskich wskazują jednoznacznie, że poziom przestępczości w naszym kraju jest nadal wysoki i w przeciwieństwie do większości krajów zachodnich nie obserwuje się u nas odwrócenia tej niepokojącej tendencji wzrostowej.

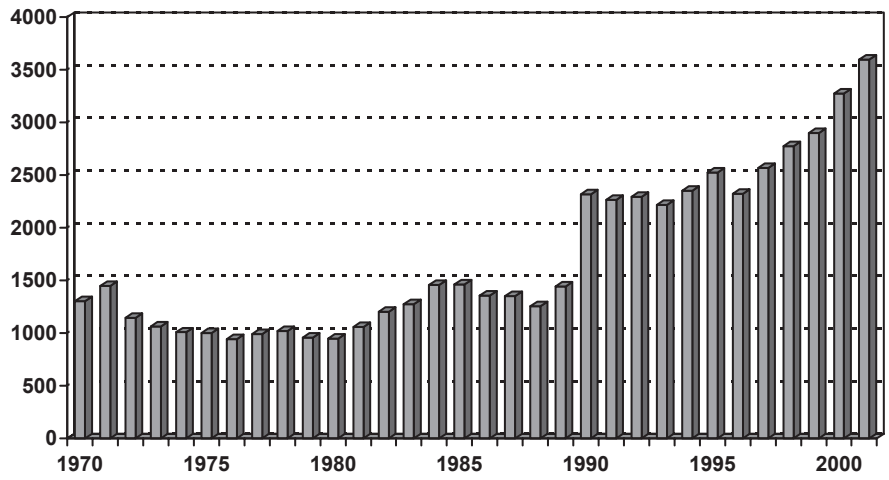
---

[16] Jak wynika jednak z poprzednich rozważań, także i w naszym kraju zarysował się dość znaczny spadek włamań (zwłaszcza do obiektów handlowych), atoli specyfika porównywanych lat (chodzi tu zwłaszcza o rok 1995) sprawia, że zestawienie nie oddaje tego faktu.

IUS.indd 242 2006-02-06 10:46:22

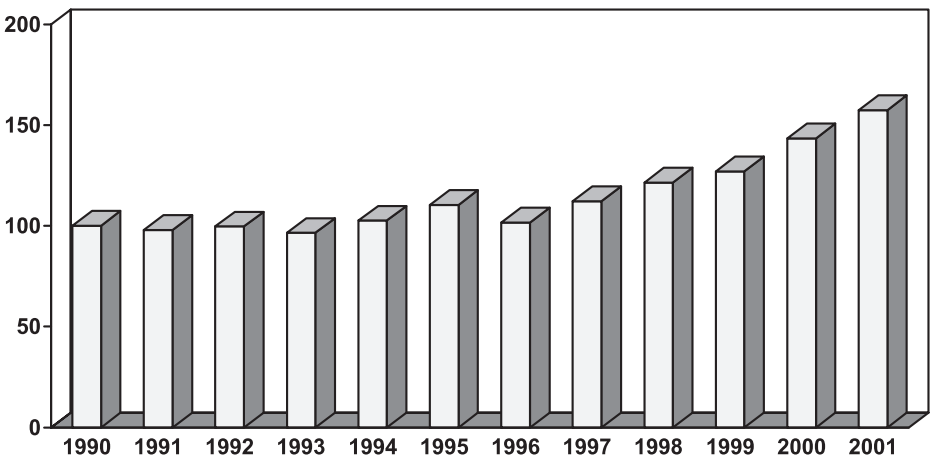
WYKRES 1
PRZESTĘPSTWA OGÓŁEM

Współczynniki na 100 tys. ludności

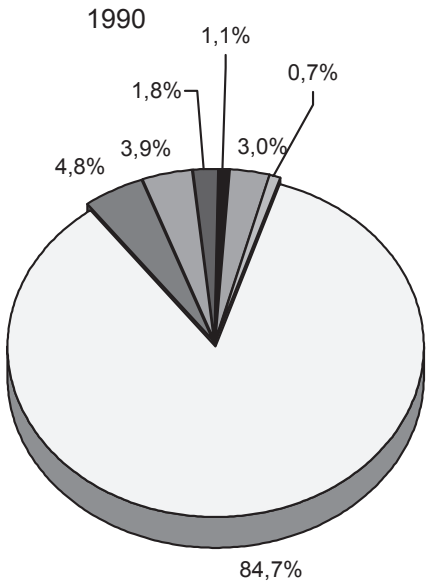


WYKRES 2
DYNAMIKA PRZESTĘPSTW

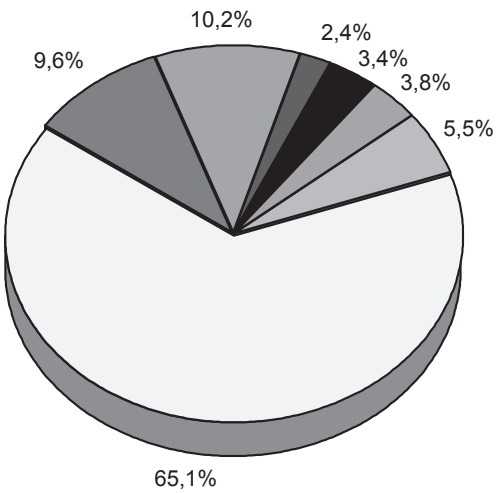
W procentach (rok 1990 = 100)



WYKRES 3
STRUKTURA PRZESTĘPSTW



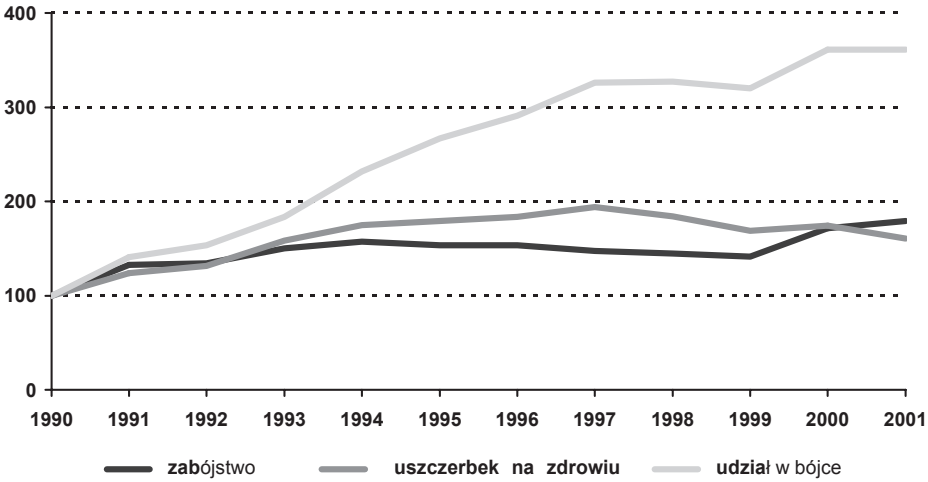
przestępstwa przeciwko:
- bezpieczeństwu powszechnemu i w komunikacji
- życiu i zdrowiu
- wolności i obyczajności
- rodzinie, młodzieży i opiece
- dokumentom
- mieniu
- pozostałe przestępstwa



przestępstwa przeciwko:
- bezpieczeństwu powszechnemu i w komunikacji
- życiu i zdrowiu
- wolności i obyczajności
- rodzinie, młodzieży i opiece
- dokumentom
- mieniu
- pozostałe przestępstwa

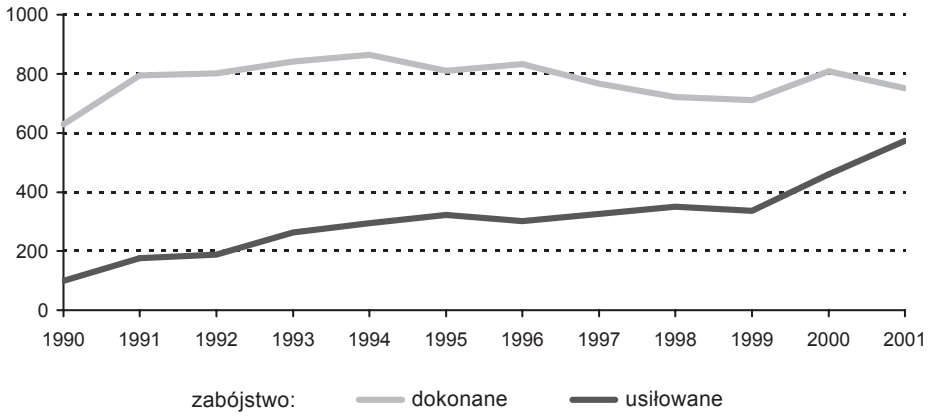
WYKRES 4
DYNAMIKA PRZESTĘPSTW PRZECIWKO ŻYCIU I ZDROWIU

Dynamika współczynników (1990 = 100)



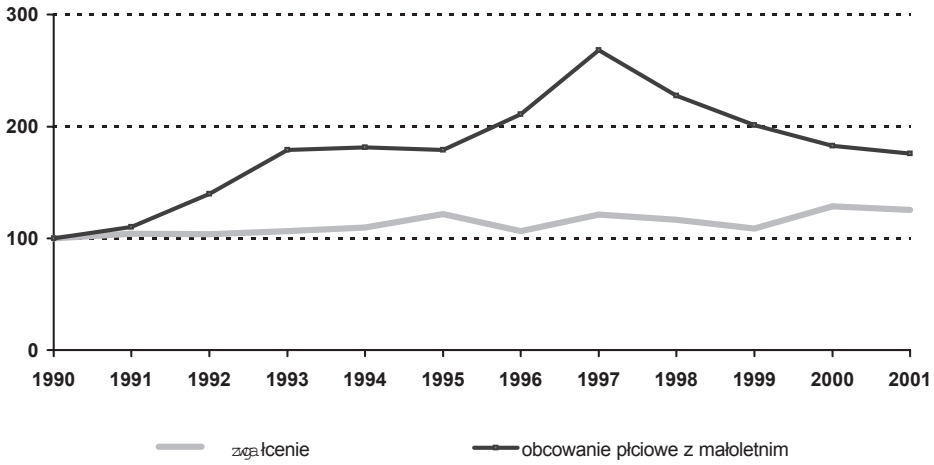
WYKRES 5
ZABÓJSTWO

W liczbach bezwzględnych



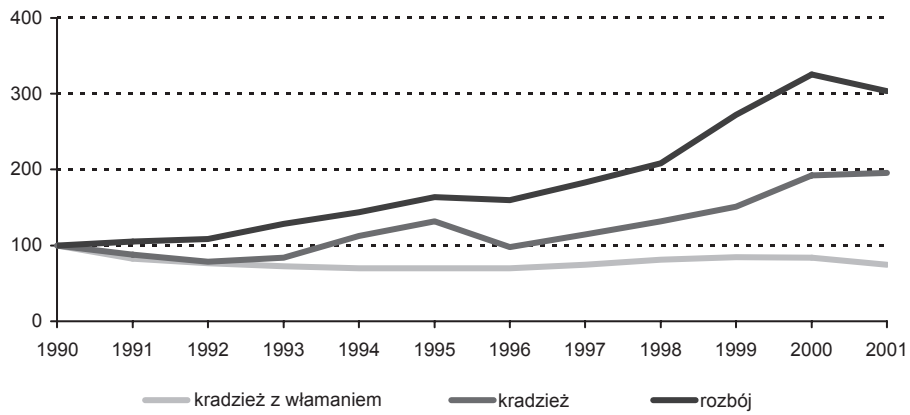
WYKRES 6
DYNAMIKA PRZESTĘPSTW PRZECIWKO WOLNOŚCI SEKSUALNEJ I OBYCZAJNOŚCI

Dynamika współczynników (1990=100)



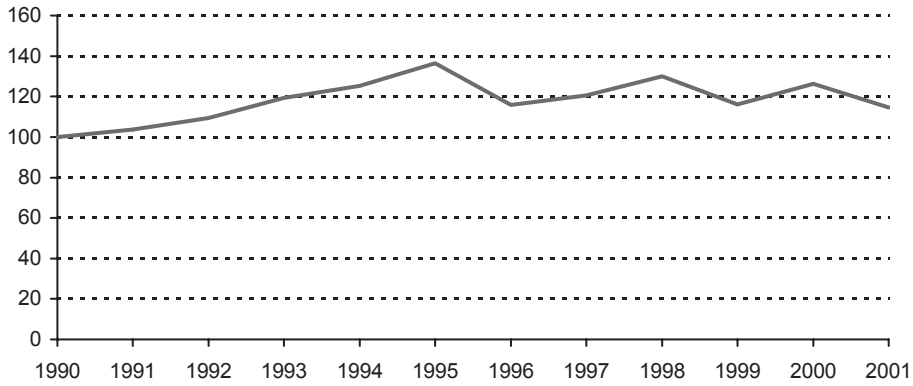
WYKRES 7
DYNAMIKA PRZESTĘPSTW PRZECIWKO MIENIU

Dynamika przestępstw w procentach (1990=100)



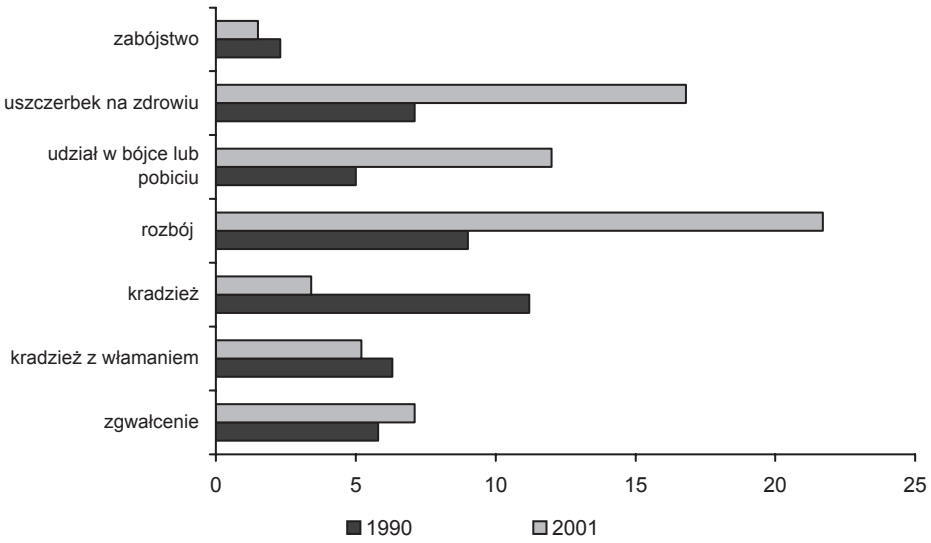
WYKRES 8
CZYNY KARALNE NIELETNICH

Dynamika liczby przestępstw (1990 =100)



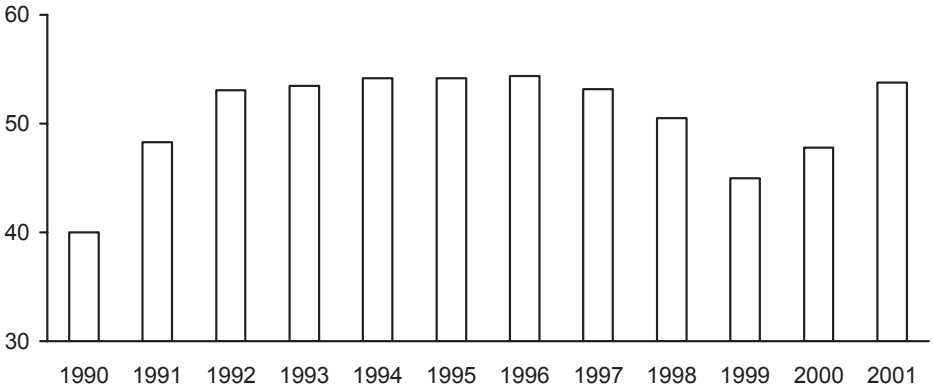
WYKRES 9
UDZIAŁ NIELETNICH W POPEŁNIANYCH CZYNACH

Procent przestępstw ogółem



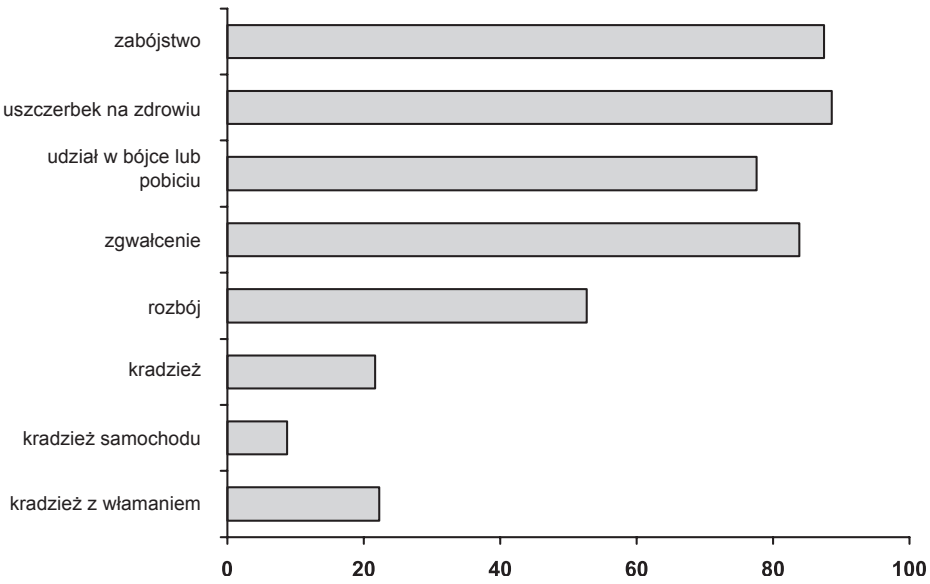
WYKRES 10
WYKRYWALNOŚĆ PRZESTĘPSTW

W procentach



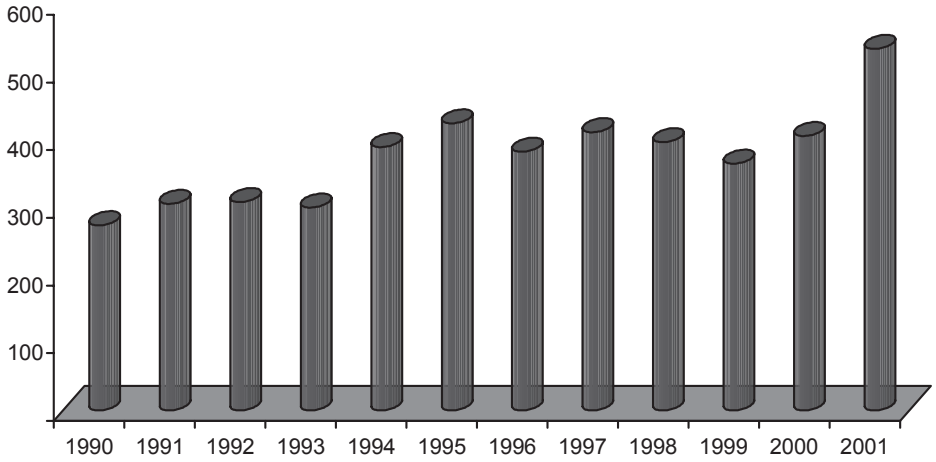
WYKRES 11
WYKRYWALNOŚĆ PRZESTĘPSTW WEDŁUG RODZAJÓW
W 2001 ROKU

W procentach



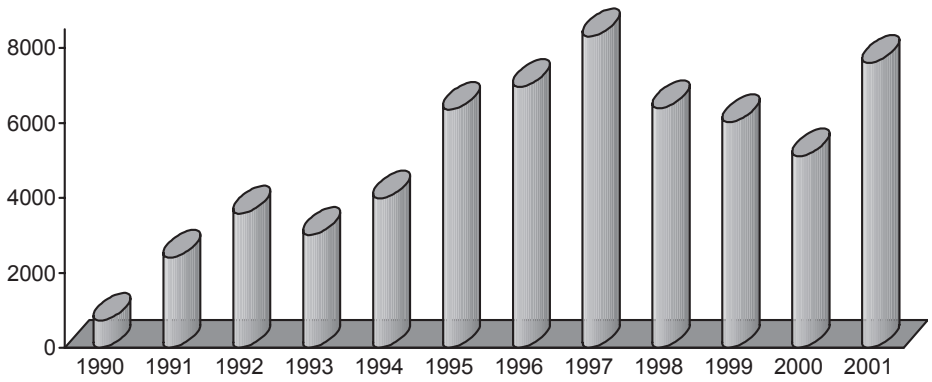
WYKRES 12
PODEJRZANI OGÓŁEM

W tysiącach



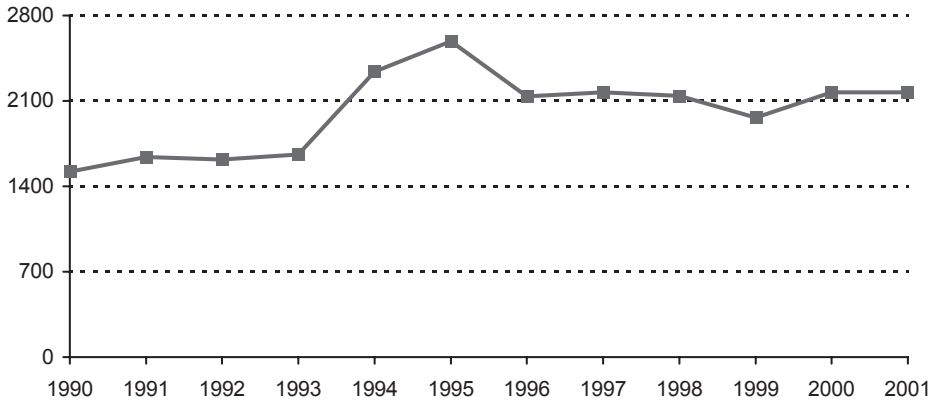
WYKRES 13
PODEJRZANI CUDZOZIEMCY

W liczbach bezwzględnych



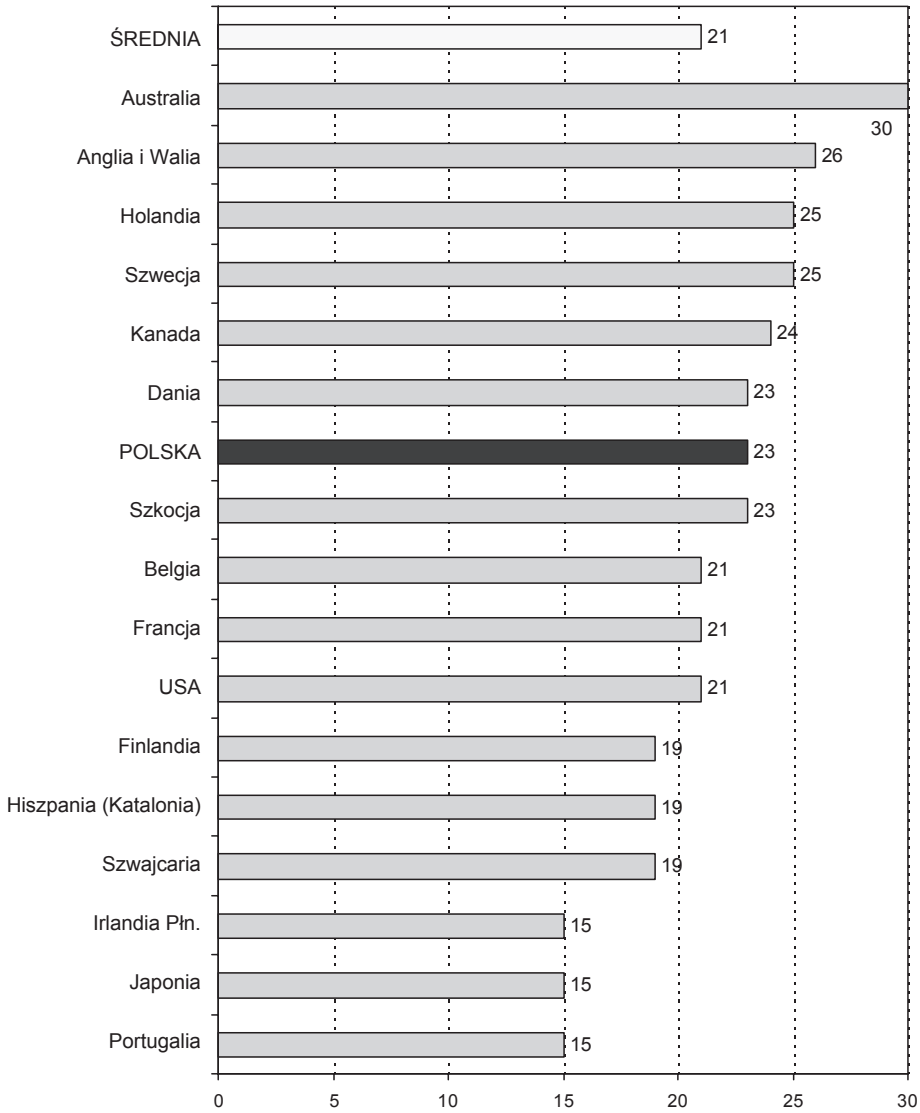
WYKRES 14
PODEJRZANI NIELETNI

Współczynniki na 100 tys. ludności w wieku 13–16 lat



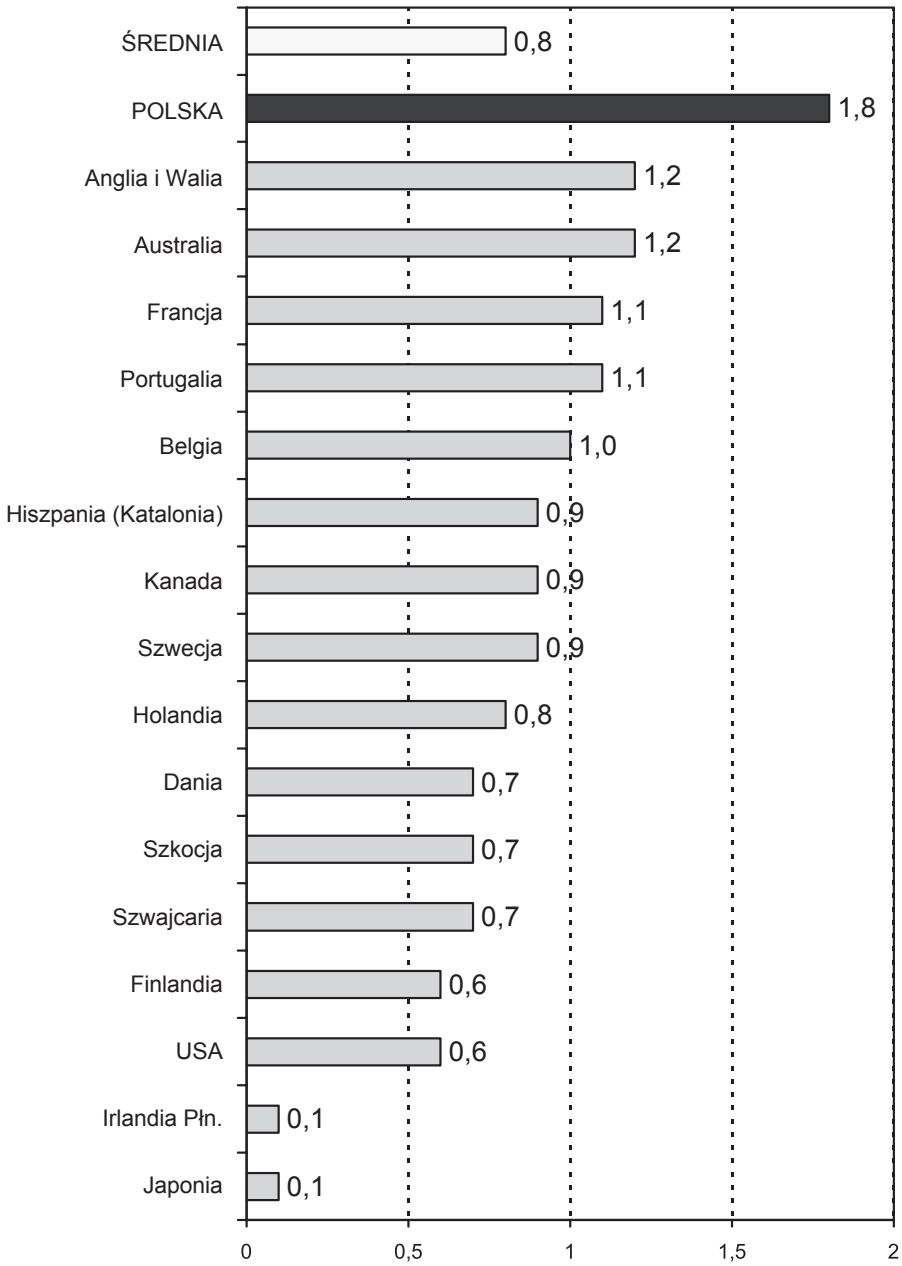
WYKRES 15
WIKTYMIZACJA OGÓŁEM W WYBRANYCH KRAJACH
(ICVS 2000)

Ogólne roczne wskaźniki wiktymizacji



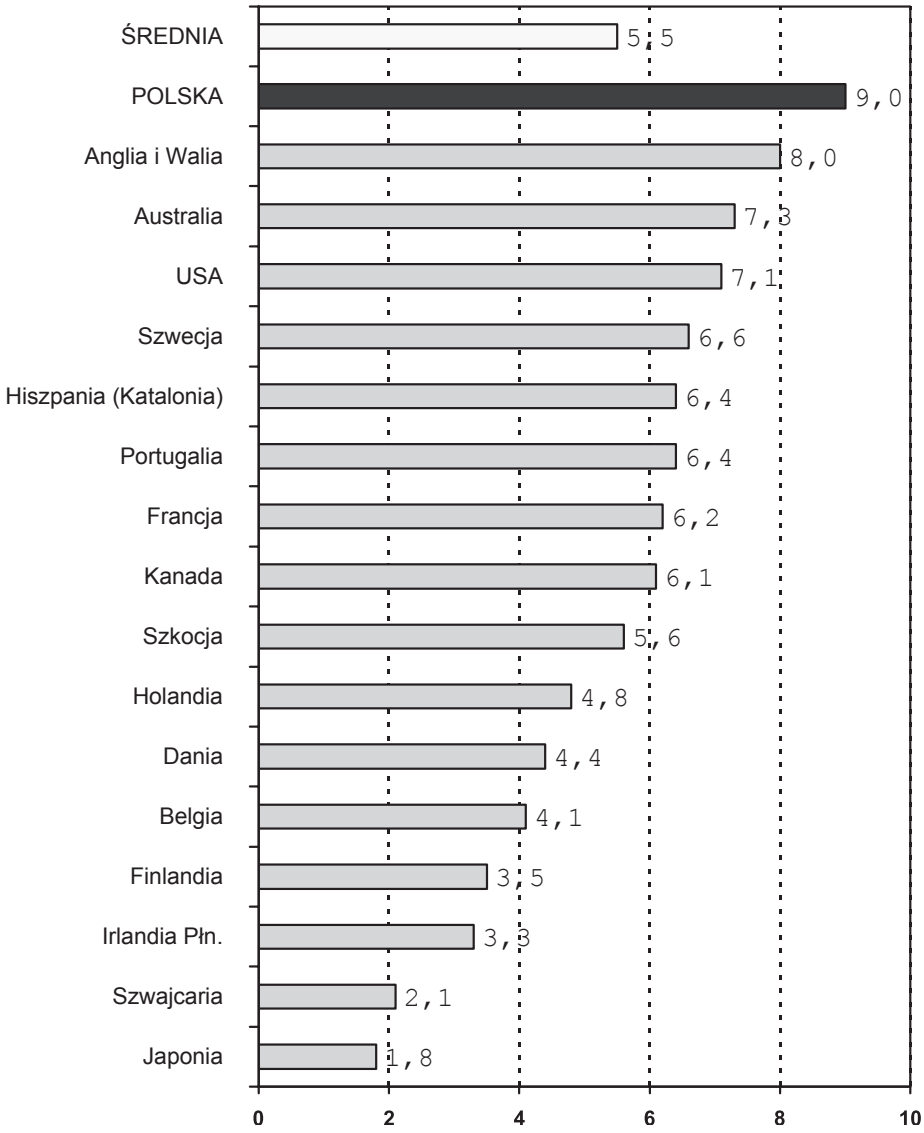
WYKRES 16
ROZBÓJ W WYBRANYCH KRAJACH
(ICVS 2000)

Roczne wskaźniki wiktymizacji



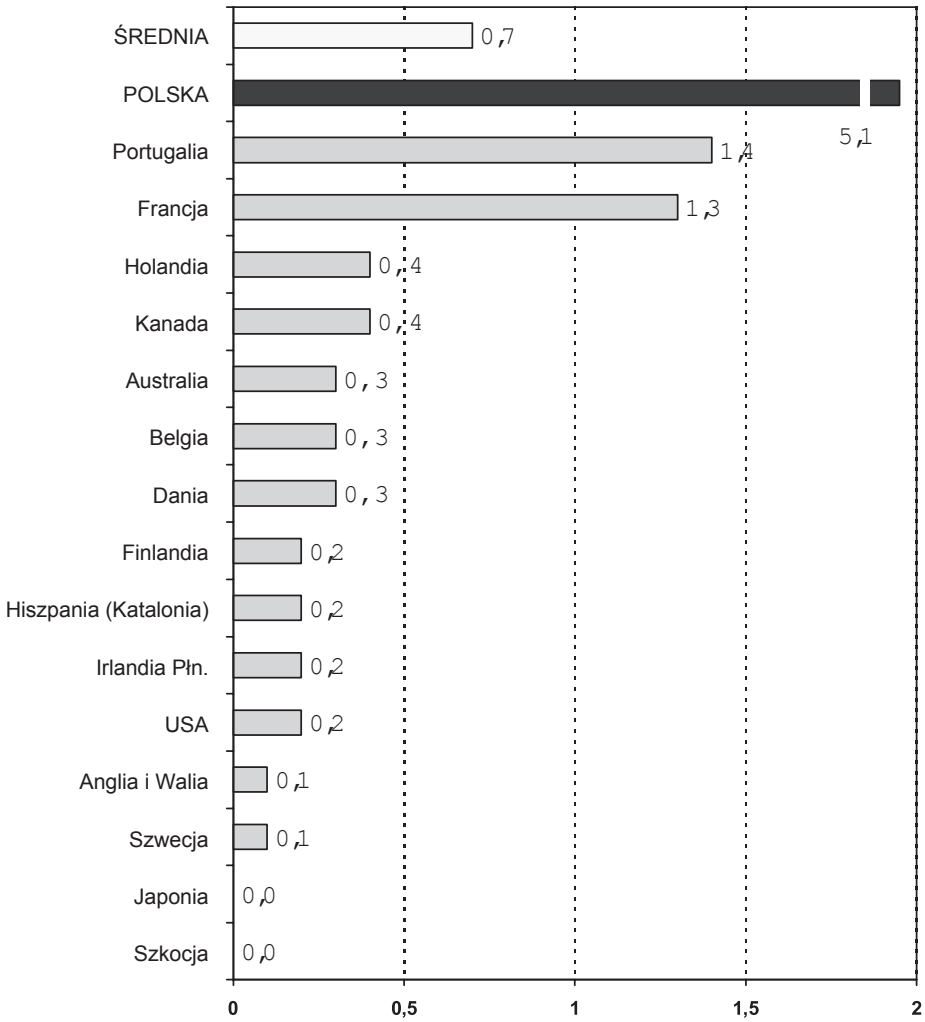
WYKRES 17
KRADZIEŻ Z SAMOCHODU W WYBRANYCH KRAJACH
(ICVS 2000)

Roczne wskaźniki wiktymizacji



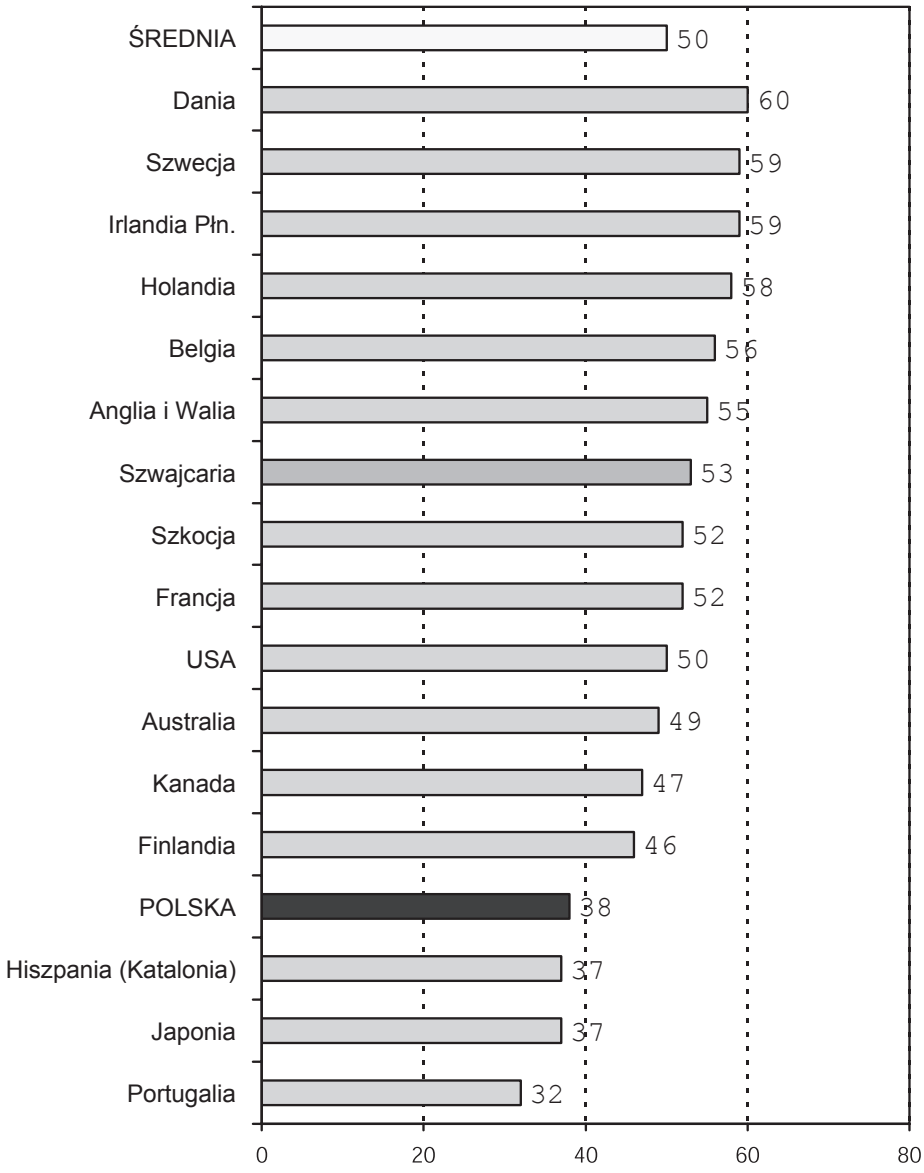
WYKRES 18
KORUPCJA W WYBRANYCH KRAJACH (ICVS 2000)

Roczne wskaźniki wiktymizacji

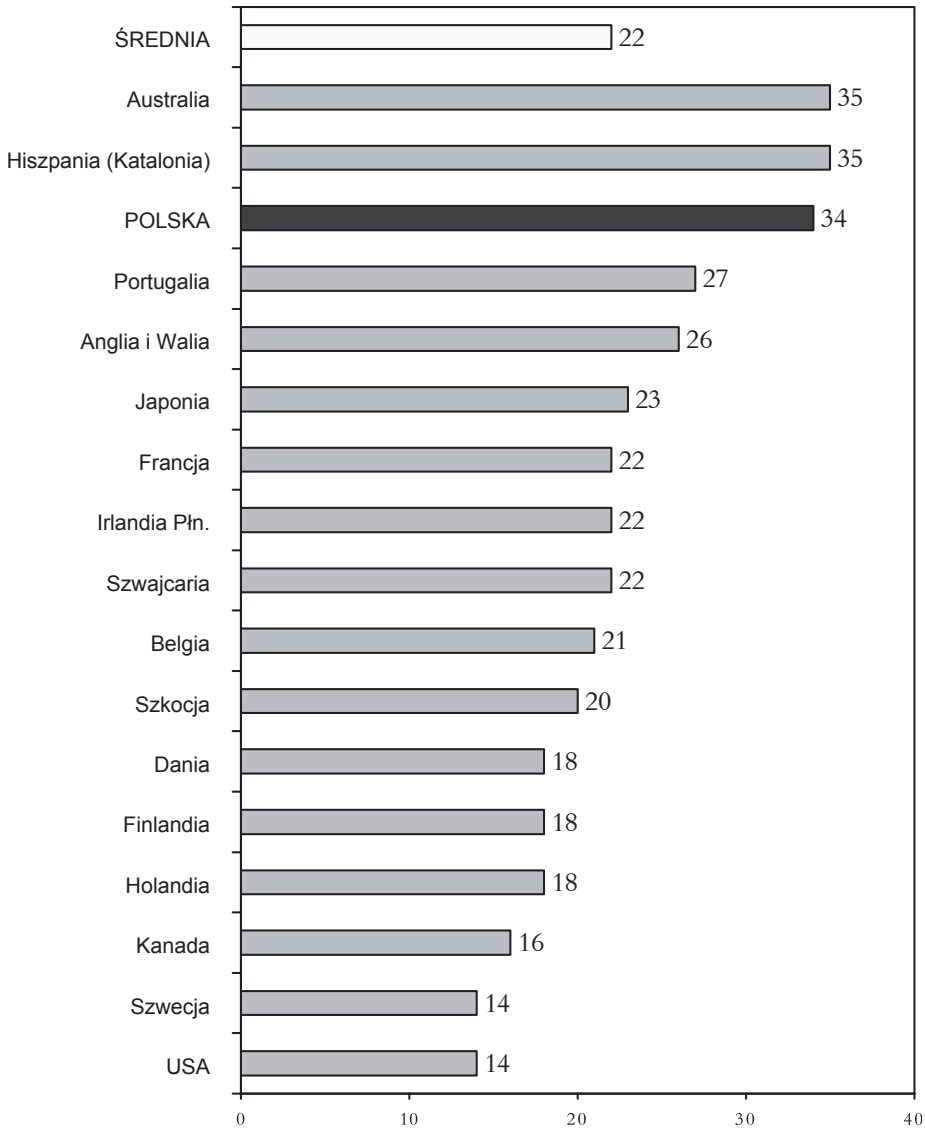


WYKRES 19
OGÓLNE WSKAŹNIKI ZGŁOSZEŃ W WYBRANYCH KRAJACH (ICVS 2000)

Pięcioletnie wskaźniki zgłoszeń

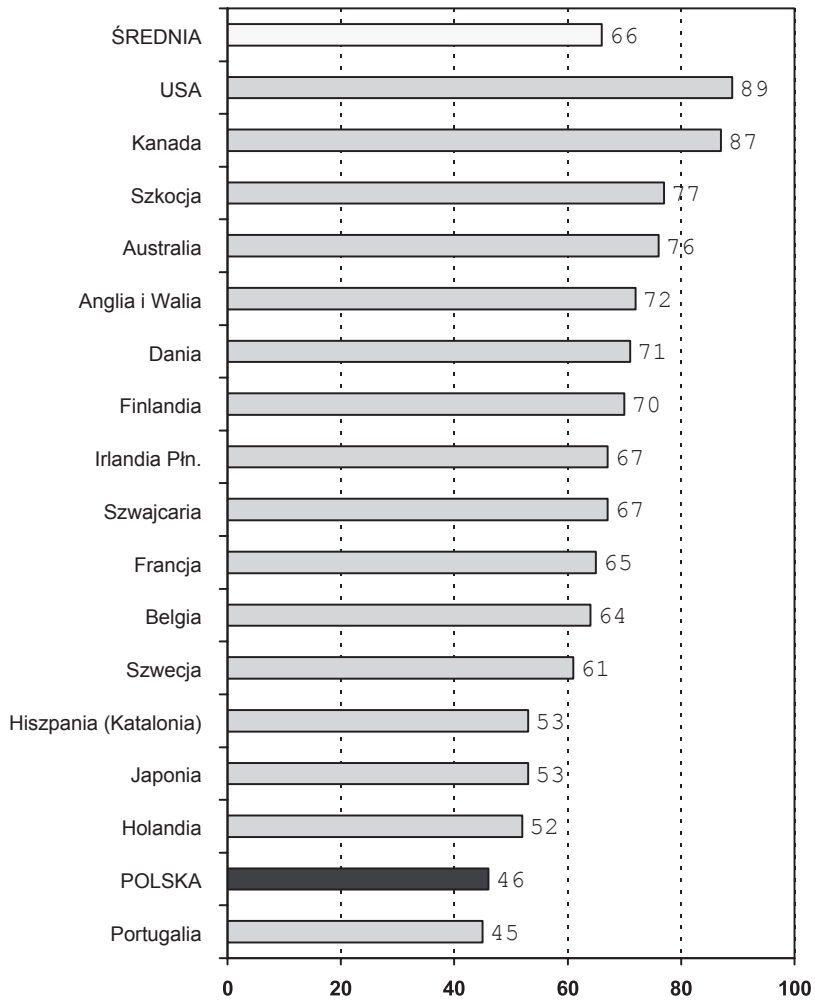


WYKRES 20
LĘK PRZED PRZESTĘPCZOŚCIĄ* W WYBRANYCH KRAJACH (ICVS 2000)



*Odsetek respondentów, którzy czują się bardzo lub raczej niebezpiecznie spacerując samotnie w swojej okolicy po zmroku.

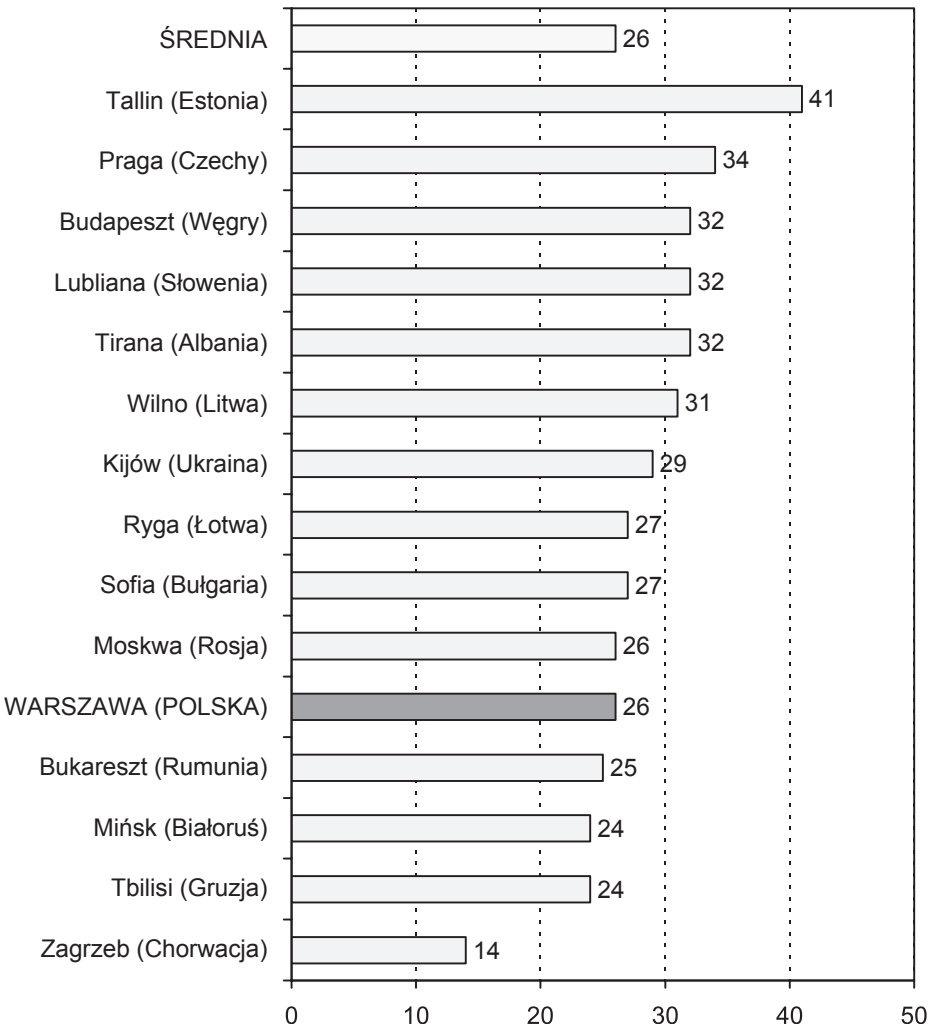
WYKRES 21
OCENA PRACY POLICJI* W WYBRANYCH KRAJACH
(ICVS 2000)



*Odsetek respondentów, którzy uważają, że policja jest bardzo lub raczej skuteczna.

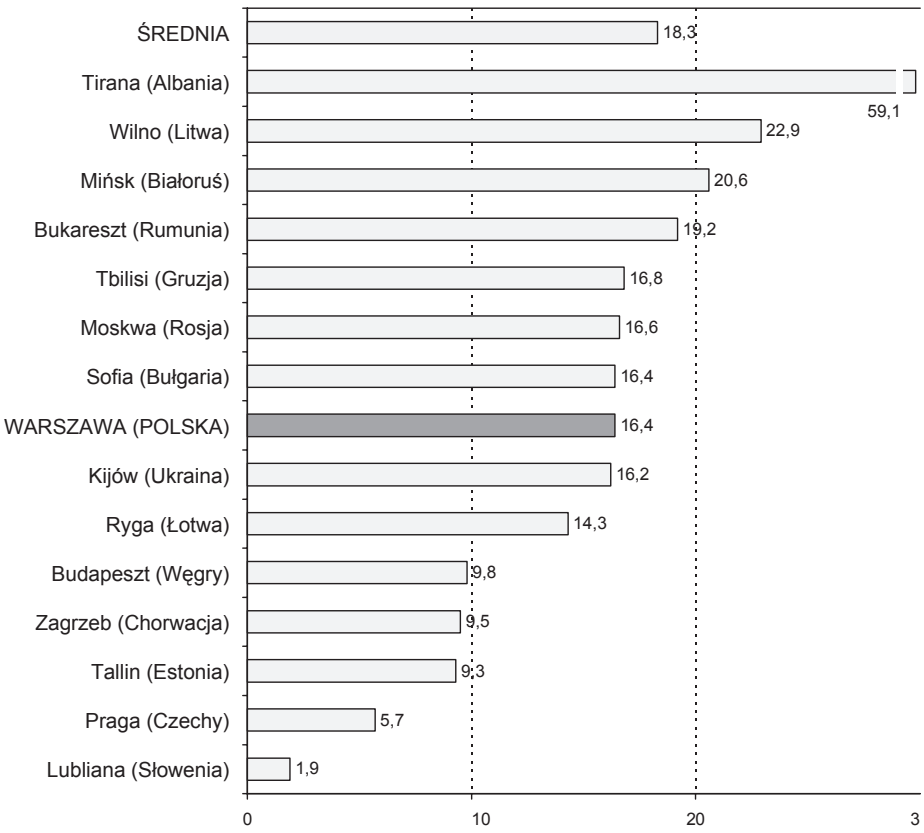
WYKRES 22
WIKTYMIZACJA OGÓŁEM W STOLICACH PAŃSTW POSTKOMUNISTYCZNYCH (ICVS 2000)

Ogólne roczne wskaźniki wiktymizacji



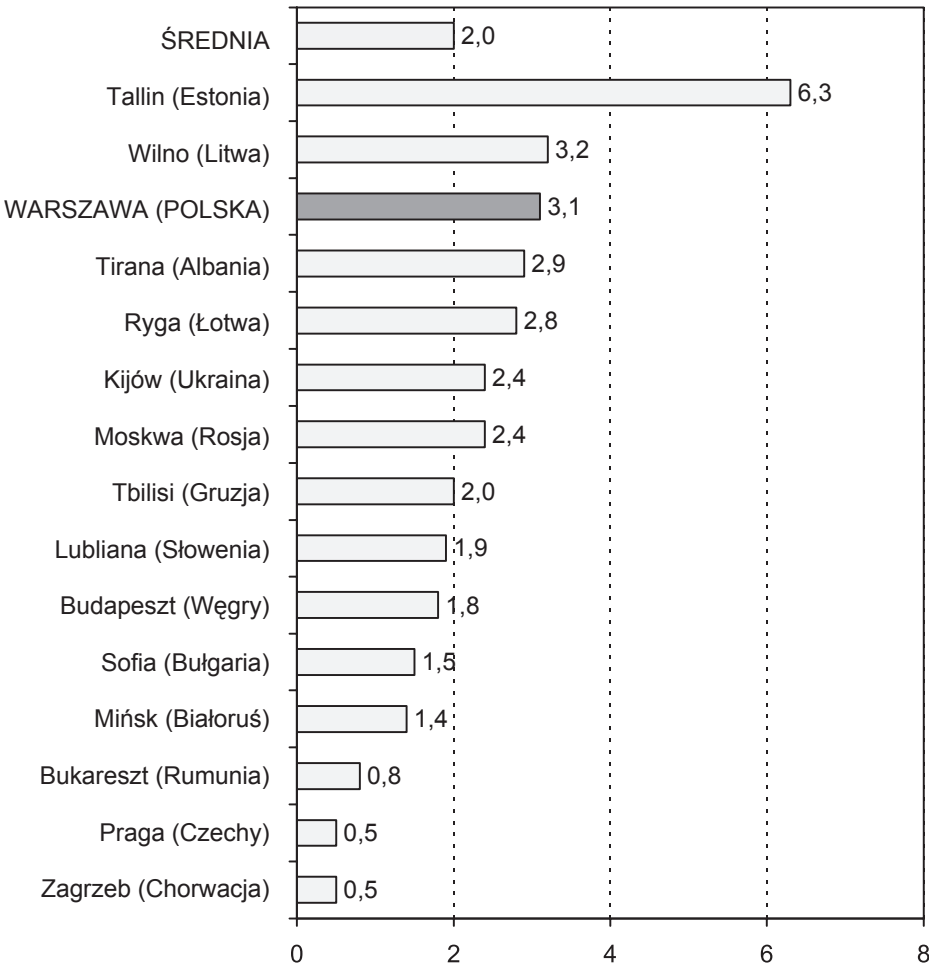
WYKRES 23
KORUPCJA W STOLICACH PAŃSTW POSTKOMUNISTYCZNYCH (ICVS 2000)

Roczne wskaźniki wiktymizacji

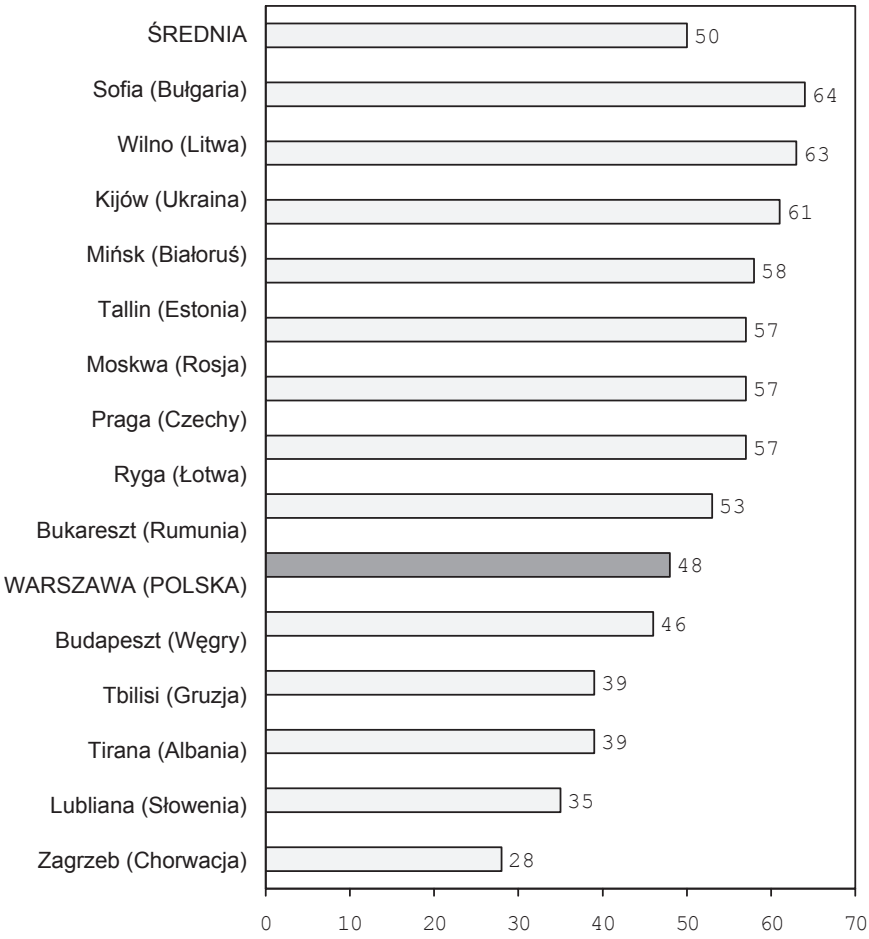


WYKRES 24
ROZBÓJ W STOLICACH PAŃSTW POSTKOMUNISTYCZNYCH
(ICVS 2000)

Roczne wskaźniki wiktymizacji

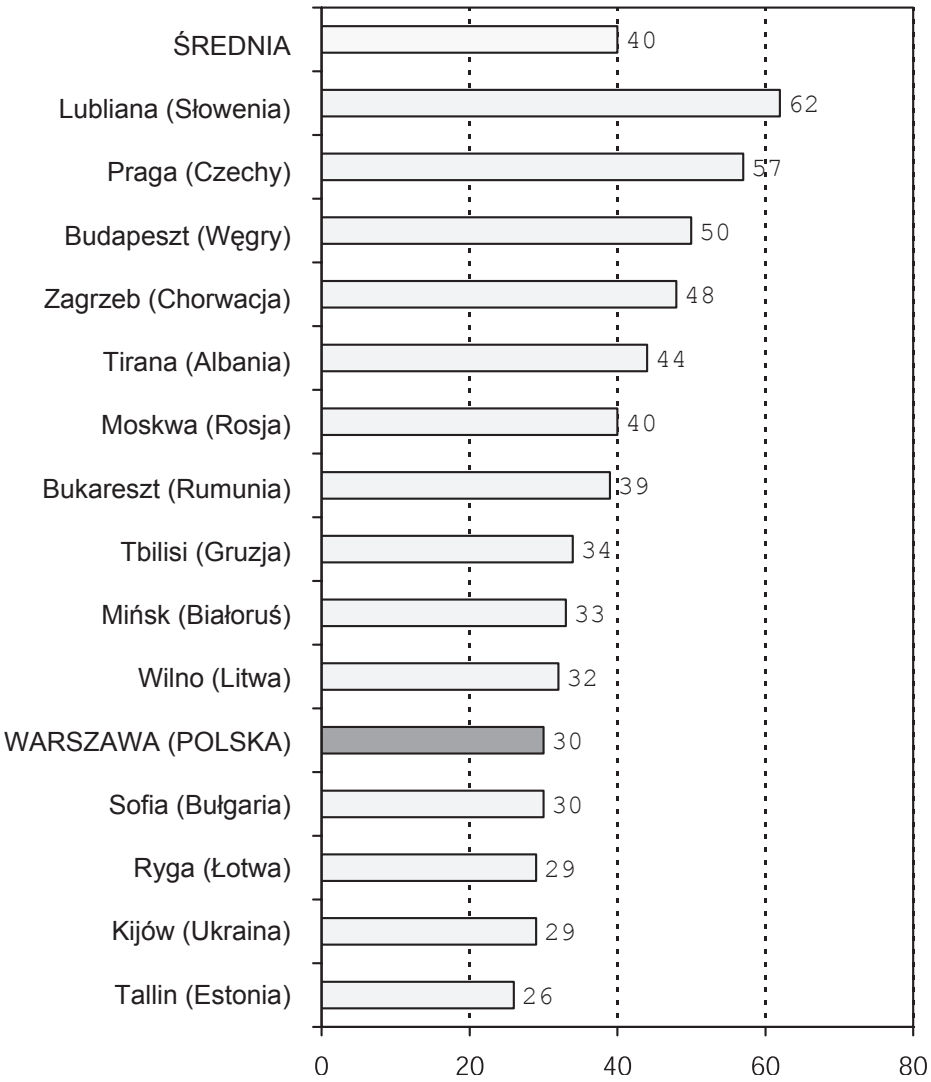


WYKRES 25
LĘK PRZED PRZESTĘPCZOŚCIĄ* W STOLICACH PAŃSTW POSTKOMUNISTYCZNYCH (ICVS 2000)



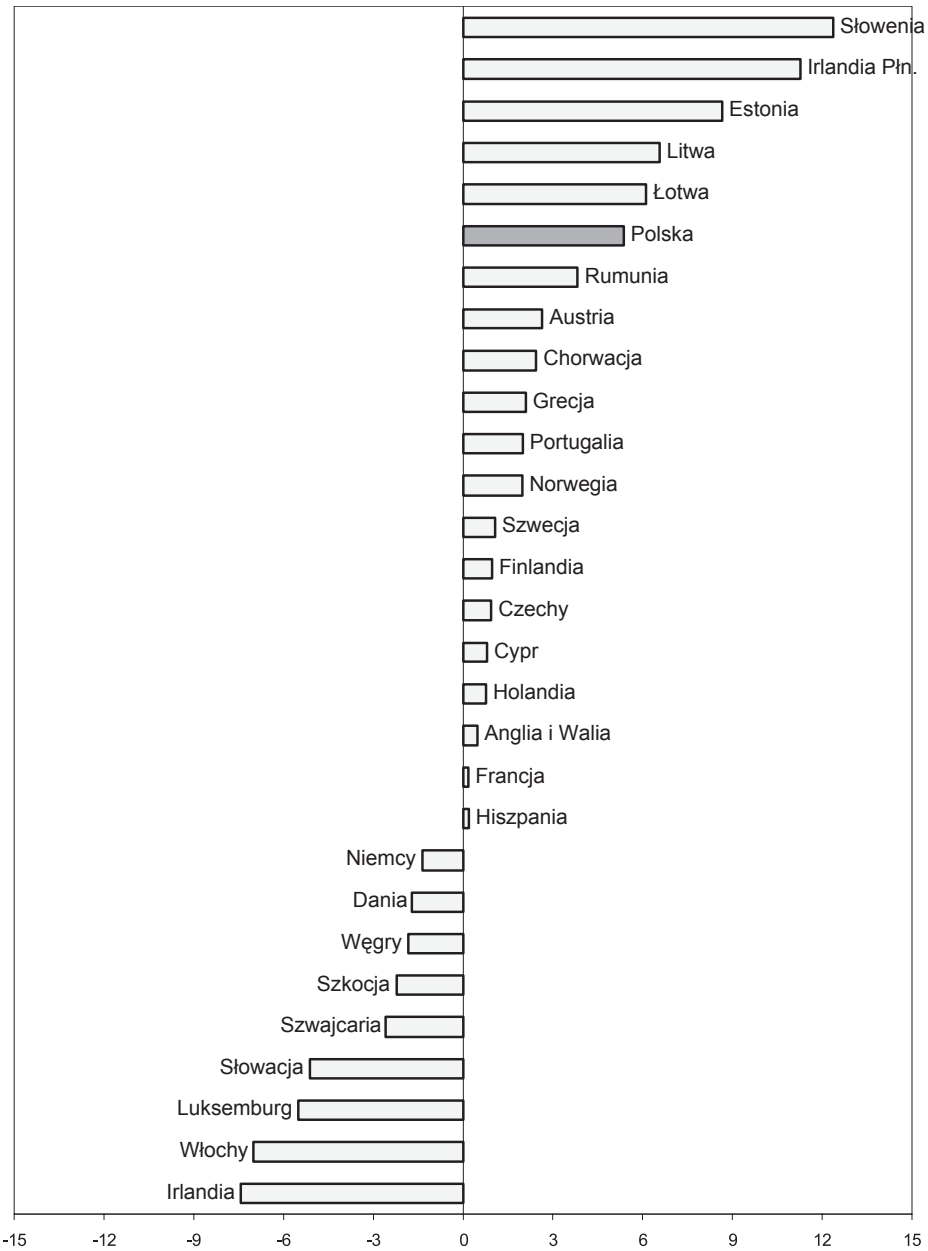
*Odsetek respondentów, którzy czują się bardzo lub raczej niebezpiecznie spacerując samotnie w swojej okolicy po zmroku.

WYKRES 26
OCENA PRACY POLICJI* W STOLICACH PAŃSTW POSTKOMUNISTYCZNYCH
(ICVS 2000)



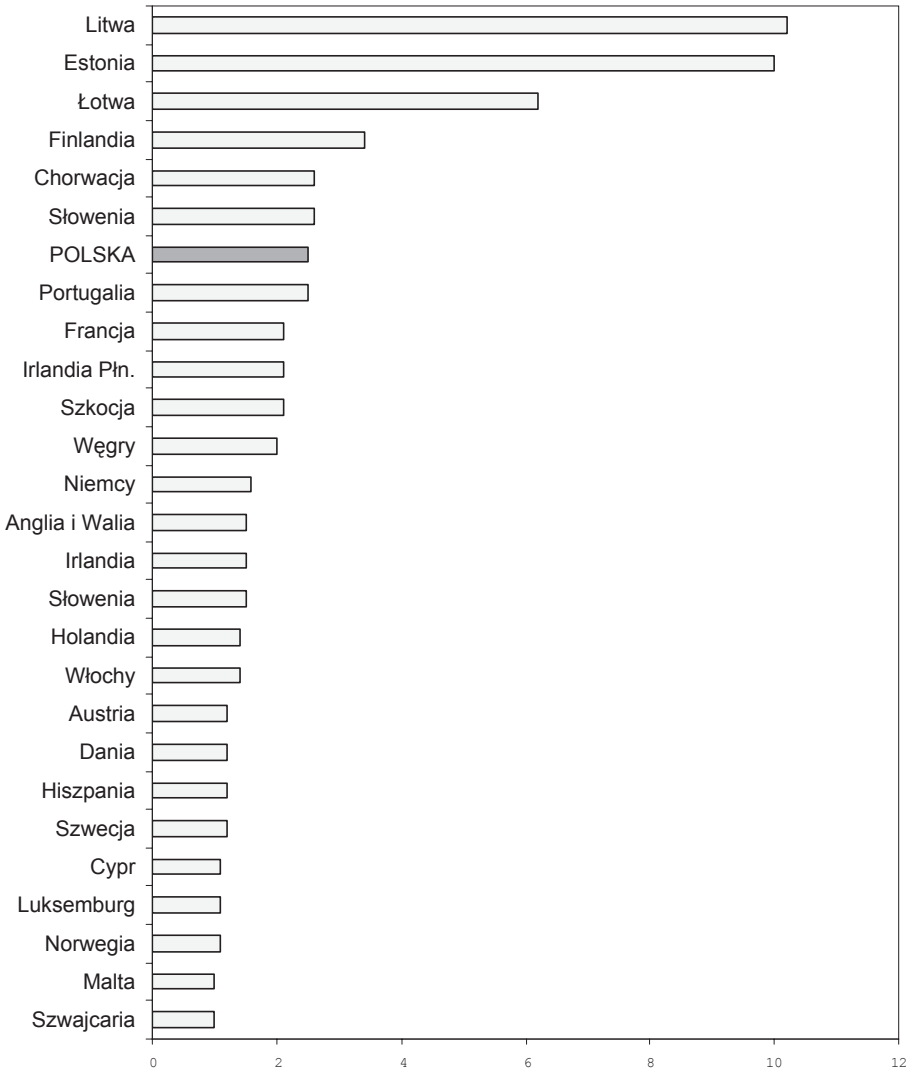
*Odsetek respondentów, którzy uważają, że policja jest bardzo lub raczej skuteczna.

WYKRES 27
PRZESTĘPSTWA STWIERDZONE OGÓŁEM
W WYBRANYCH KRAJACH
(dynamika w latach 1995–2000 – statystyki policyjne)
Roczne tempo zmian w procentach

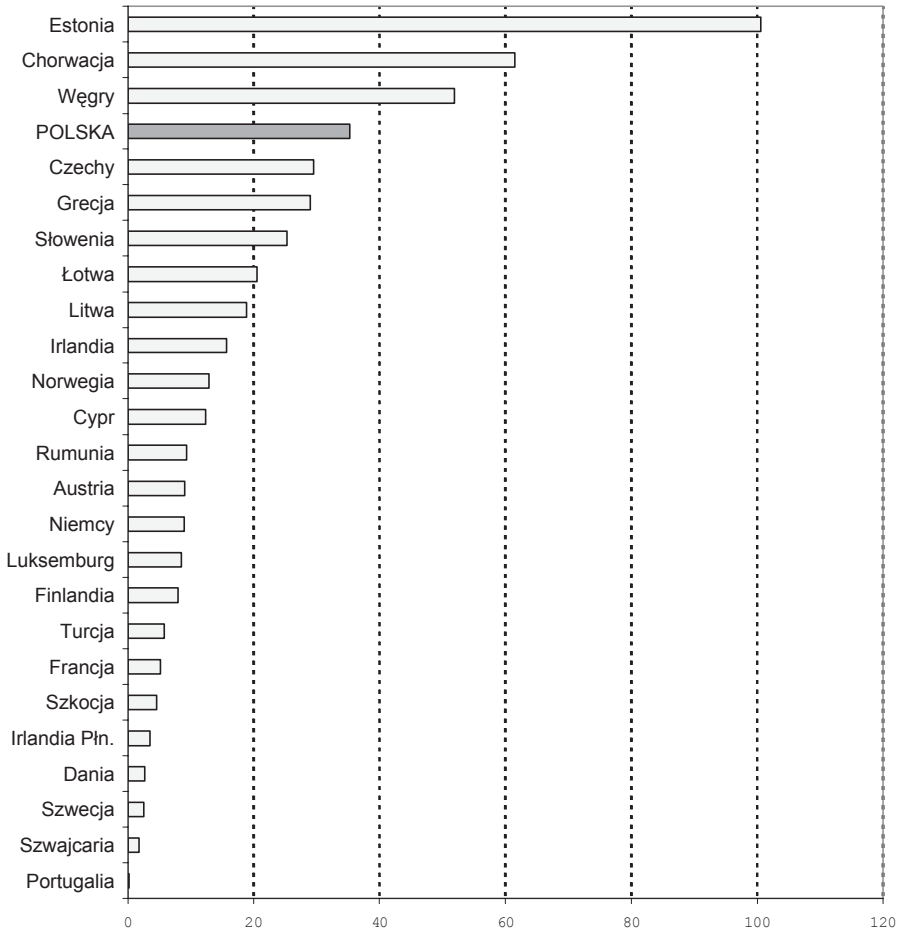


WYKRES 28
ZABÓJSTWA DOKONANE W WYBRANYCH KRAJACH
(statystyki policyjne 2000)

Współczynniki na 100 tys. ludności

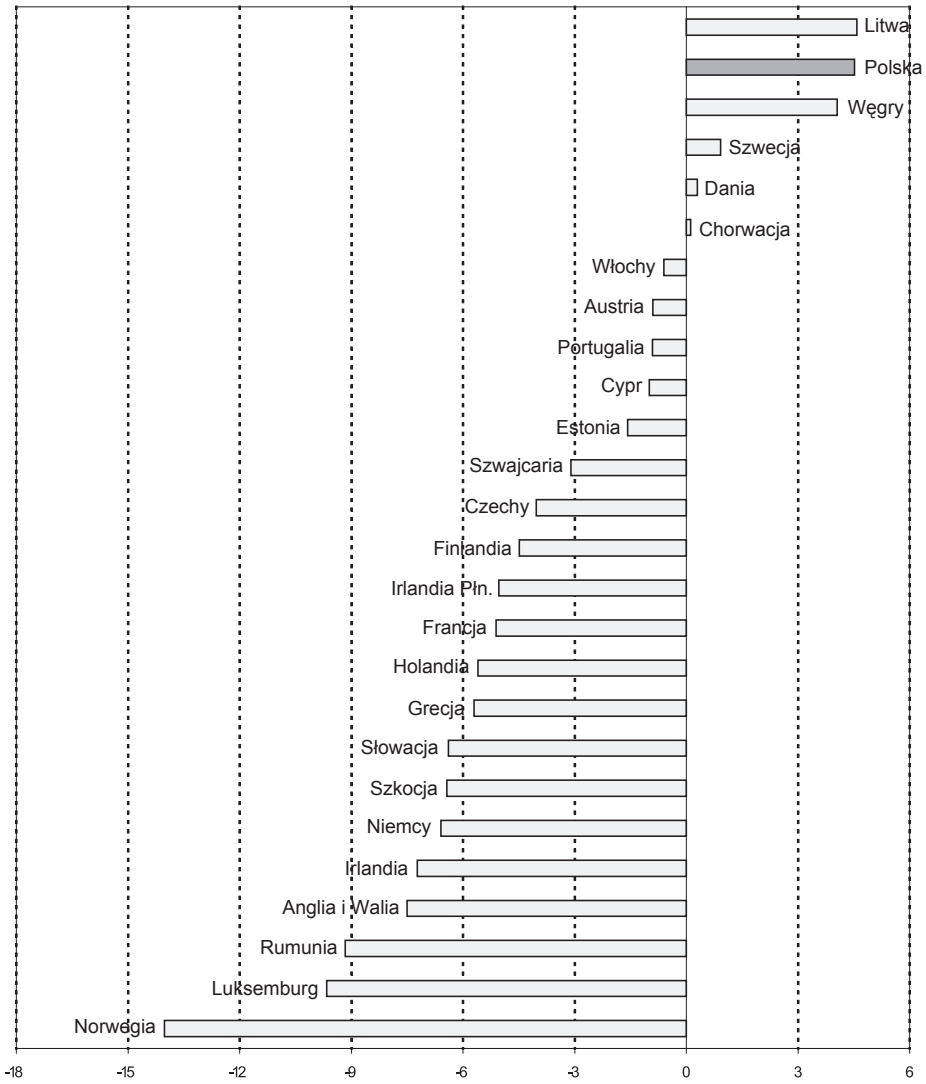


WYKRES 29
PRZESTĘPSTWA ZWIĄZANE Z NARKOTYKAMI W WYBRANYCH KRAJACH
(dynamika w latach 1995–2000 – statystyki policyjne)
Roczne tempo zmian w procentach



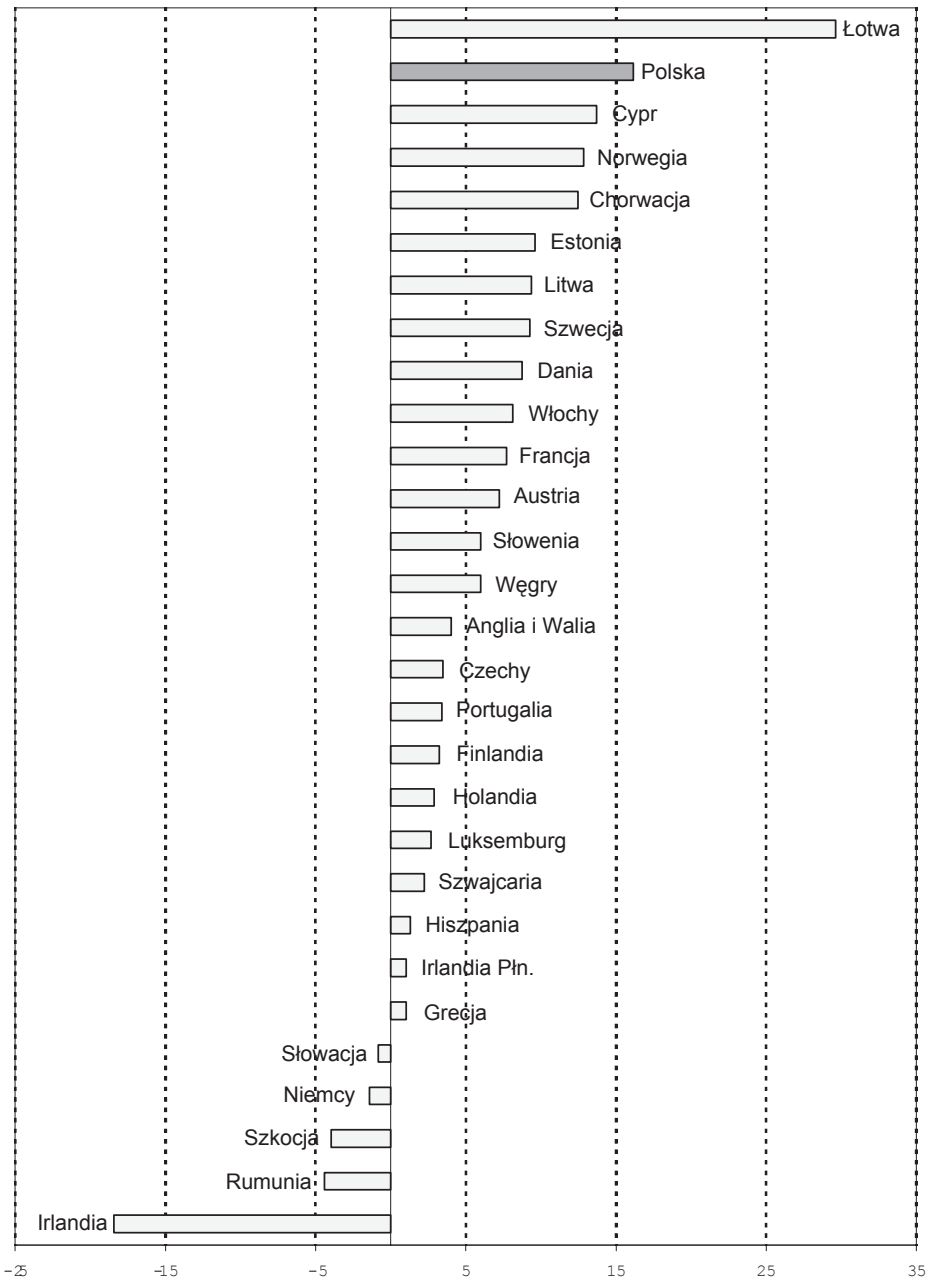
WYKRES 30
WŁAMANIA DO MIESZKAŃ W WYBRANYCH KRAJACH
(dynamika w latach 1995–2000 – statystyki policyjne)

Roczne tempo zmian w procentach



WYKRES 31
ROZBÓJ W WYBRANYCH KRAJACH
(dynamika w latach 1995–2000 – statystyki policyjne)

Roczne tempo zmian w procentach



ABSTRACT

The Autor presents an analysis of delinquency and its characteristics in Poland since beginning of nineties of the last century. He describes also changes in population of offenders. All his outcomes are contrasted with international crime victims survey. According to the author's assessment, the level of delinquency in Poland has sustained the negative course.

IUS.indd 268 2006-02-06 10:57:28

Paweł Moczydłowski

WIĘZIENNICTWO ZMIERZA DO KRYZYSU

SPIS TREŚCI

1. Prizonizacja społeczeństwa? 271
2. Prizonizacja – socjalizacja więzienna 274
A. Przeludnienie więzień 275
B. Kontrola – organizacja życia więziennego 280
C. Funkcjonariusz Służby Więziennej i więźniowie 282
3. Zagrożenie buntami więźniów 283
4. Kolejka do więzienia 285

IUS.indd 269 2006-02-06 10:57:29

PAWEŁ MOCZYDŁOWSKI

Doktor socjologii. W latach 1990–1994 dyrektor generalny i dyrektor Centralnego Zarządu w Ministerstwie Sprawiedliwości. Był też doradcą w Kancelarii Prezydenta RP Lecha Wałęsy. Od 1999 roku jest ekspertem ds. więziennictwa dla *Open Society Institute* – COLPI w Budapeszcie oraz ekspertem „Ius et Lex".

IUS.indd 270 2006-02-06 10:57:29

WPROWADZENIE

Autor poddaje analizie rzeczywistość polskiego więziennictwa, jego uwarunkowania polityczne, prawne, społeczne i pragmatyczne. Szeroko opisuje charakterystykę i problemy populacji więziennej, w szczególności zjawisko przeludnienia, metody kontroli, statusu służby więziennej, oczekiwania na wykonanie kary pozbawienia wolności i w najszerszym znaczeniu – upadek legitymizacji więziennictwa. Odnosi się w końcu do zadań, jakie mogą być realizowane w zakresie odbywania kary pozbawienia wolności.

1. PRIZONIZACJA SPOŁECZEŃSTWA?

W ostatnich latach liczba więźniów na świecie rosła i w 2003 roku przekroczyła 9 mln. Wzrost ten jest powszechny, wystąpił w 71% krajów świata – w 61% krajów Afryki, w 71% krajów obu Ameryk (Płn. i Płd.), w 90% krajów Azji, w Europie w 66% krajów, i 69% krajów Oceanii. Blisko połowa z tych 9 mln więźniów znajduje się w USA – 2,03 mln, Rosji – 0,86 mln i Chinach – 1,51 mln. Wziąwszy pod uwagę międzynarodowy wskaźnik porównawczy, określający liczbę więźniów przypadających na 100 000 obywateli w danym kraju[1], liderami na tej z kolei liście są USA – 701, Rosja – 606, Białoruś – 554, Kazachstan – 522, Kajmany – 501, Turkmenistan – 489, Belize – 459, Bermudy – 447, Surinam – 437, Dominika – 420, Ukraina – 415. W 60,5% tych krajów (3/5 pośród nich) wskaźnik ten wynosi mniej niż 150.

Na tym tle Polska należy do krajów, w których także wystąpił znaczny wzrost liczby więźniów. Na 205 niepodległych państw świata, ze wskaźnikiem prizonizacji – 218, Polska plasuje się dość wysoko, bo na 40 miejscu. Niżej na tej liście, już za Polską, znajdują się inne kraje geograficznej Europy, na przykład takie jak Azerbejdżan (217), Gruzja (198), Armenia (135) czy Turcja (92). W Unii Europejskiej Polska należy więc

[1] Wskaźnik liczby więźniów na 100 000 obywateli w danym kraju nazywany jest po angielsku – *index of imprisonment*. Dotychczas nie ma polskiego odpowiednika tej nazwy. Tłumaczenie wprost z angielskiego, „wskaźnik uwięzionych", nie wydaje się być najszczęśliwsze. Wskaźnik ten wyraża zakres, w jakim członkowie społeczeństwa są kryminalizowani – karani sądownie, za pomocą najostrzejszej postaci kary – kary więzienia. Wydaje się więc, że najbardziej stosownym jest używać określenia „ wskaźnik karceralizacji".

IUS.indd 271 2006-02-06 10:57:31

do ścisłej czołówki krajów posiadających najwięcej więźniów. W tej chwili, pod względem wskaźnika prizonizacji, znajduje się na czwartej pozycji, za Estonią, Łotwą i Litwą – patrz tabela 1[2].

Tab. 1. Liczba więźniów przypadająca na 100 000 obywateli w krajach Unii Europejskiej i wstępujących do UE.

Lp.	Nazwa kraju	Liczba więźniów na 100 tys. obywateli
1	Estonia	361
2	Łotwa	352
3	Litwa	266
4	Polska	218
5	Rumunia	200
6	Czechy	170
7	Węgry	165
8	Słowacja	164
9	Anglia i Walia (UK)	141
10	Hiszpania	138
11	Portugalia	137
12	Bułgaria	134
13	Szkocja (UK)	129
14	Austria	100
15	Holandia	100
16	Włochy	100
17	Niemcy	98
18	Francja	93
19	Albania	90
20	Belgia	89
21	Irlandia	85
22	Luksemburg	85
23	Andora	83
24	Grecja	80
25	Malta	73
26	Szwecja	73
27	Finlandia	70
28	Irlandia Płn. (UK)	70
29	Serbia	69
30	Szwajcaria	68
31	Dania	64
32	Macedonia	61
33	Chorwacja	59

[2] Dane przytoczone za World Population List (fifth edition). Przygotował Roy Walmsley, *The Research, Development and Statistic Directorate*, Home Office; adres e-mail: /www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/r234.pdf

IUS.indd 272 2006-02-06 10:57:31

34	Norwegia (poza UE)	59
35	Słowenia	56
36	Bośnia i Hercegowina	53
37	Lichtenstein	50
38	Monako	39
39	Islandia	37

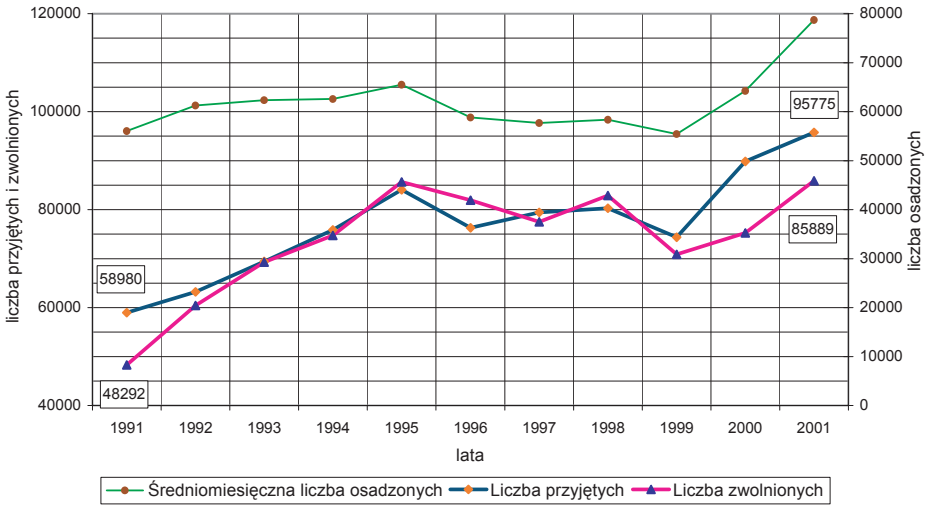
Wskaźnik prizonizacji mówi zbiorczo o poziomie przestępczości w danym kraju, o surowości prawa i poziomie kryminalizacji społeczeństwa, w tym bezpośrednio o wymierzaniu najsurowszej postaci kary – kary więzienia. W porównaniu do przeszłości, Polska znacznie zredukowała ten wskaźnik. W 1973 roku w więzieniach przebywało około 130 tysięcy więźniów, co powodowało, że wskaźnik prizonizacji społeczeństwa wynosił 300–350. Tak wysoki poziom prizonizacji doprowadził do tego, iż w połowie lat osiemdziesiątych co ósmy dorosły Polak w przeszłości przebywał w izolacji więziennej[3]. W wypadku Polski również obecny poziom prizonizacji społeczeństwa jest względnie wysoki.

Poniższy wykres (rys. 1) obrazuje, jak dużym strumieniem osoby, które odbyły karę pozbawienia wolności, wracają do społeczeństwa[4]. Po okresie skokowego wzrostu liczby więźniów w latach 1999–2001 roczna liczba osób opuszczających więzienia stabilizuje się pomiędzy 80 do 90 tysięcy (tab. 2)[5].

Jeżeli ten trend utrzyma się, w ciągu 10 lat doprowadzi do tego, że około 800 do 900 tysięcy obywateli będzie miało w swoim życiu epizod pobytu w więzieniu.

[3] P. Moczydłowski, A. Rzepliński, *Protesty zbiorowe w zakładach karnych*, Warszawa 1989.
[4] Źródło: Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej.
[5] *Ibidem.*

Rys. 1. Liczba osadzonych przyjętych i zwolnionych z jednostek penitencjarnych w latach 1991–2001



Tab. 2. Liczby więźniów osadzanych i wypuszczanych rocznie z więzień w latach 1997–2002

rok	Liczba więźniów	Wpisani do ewidencji	Skreśleni z ewidencji
1991	58 619	58 980	48 292
1997	57 382	79 416	77 526
1998	54 373	80 262	82 876
1999	56 033	74 347	70 880
2000	70 544	89 835	75 268
2001	79 634	95 775	85 895
2002	81 000	92 180	90 861

2. PRIZONIZACJA – SOCJALIZACJA WIĘZIENNA

Z reguły nie zamierzonym efektem tej polityki jest proces więziennej socjalizacji, który należy raczej kojarzyć z demoralizacją i zniekształcaniem osobowości przebywających tam osób[6]. Dla procesu więziennej socjalizacji najważniejszą rolę odgrywają tu: zagęszczenie więźniów (przeludnienie więzień), organizacja ich aktywności wewnątrz więzień oraz stosunek liczby więźniów do liczby funkcjonariuszy[7].

[6] Por. G. Sykes, *Society of Captives*, New York 1958; P. Moczydlowski, *The Hidden Life of Polish Prisons*, New York 1992.

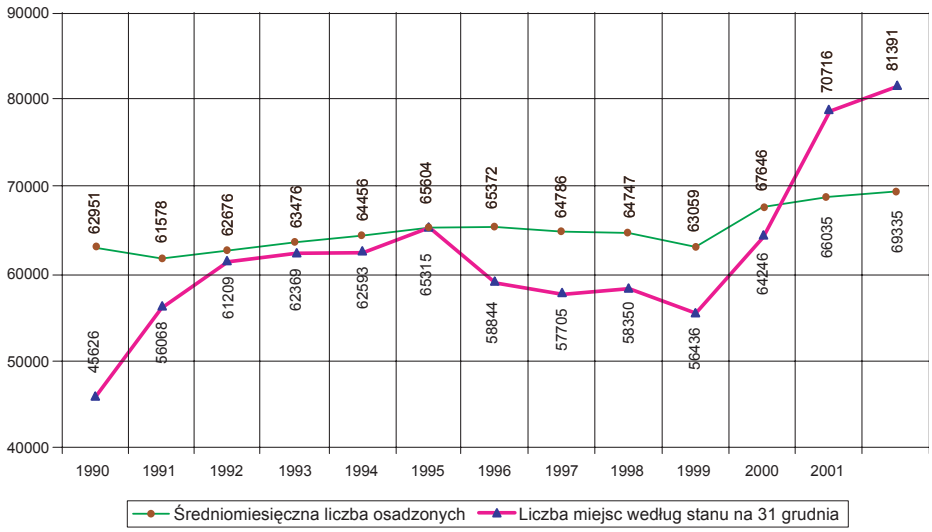
[7] Por. P. Moczydłowski: *Więziennictwo w okresie transformacji ustrojowej w Polsce: 1989 – 2003* [w] T. Bulenda, R. Musidłowski (red.), *System penitencjarny w Polsce*, Warszawa 200, s. 77–127.

A. PRZELUDNIENIE WIĘZIEŃ

Według przyjętych w Polsce norm, na jednego więźnia powinno przypadać 3 m^2 powierzchni mieszkalnej. Ze względu na ten standard, liczbę miejsc w więzieniach szacuje się na około 69 tysięcy. Do końca 1999 roku liczba miejsc w jednostkach penitencjarnych przewyższała liczbę przebywających w nich osadzonych. Pod koniec 2000 roku było już odwrotnie – liczba osadzonych była większa o 2898 od liczby miejsc w zakładach karnych i aresztach śledczych – patrz rys. 2[8].

Opisana sytuacja przekłada się na 18–20% przeludnienie więzień oraz stałe zagrożenie napływem skazanych z grupy „oczekujących na wykonanie kary". Zaludnienie niektórych jednostek penitencjarnych przekracza już 150% ich pojemności[9].

Rys. 2. Średnia liczba osadzonych i liczba miejsc w latach 1990––2002

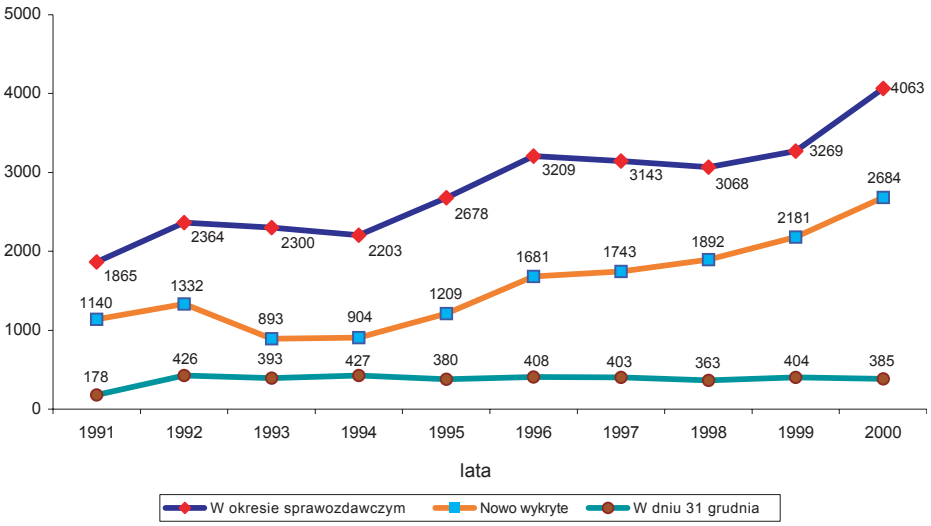


Przeludnienie więzień powoduje stan zagrożenia epidemiologicznego w więzieniach. W populacji więźniów odnotowuje się wyraźny wzrost osób zakażonych wirusem HIV, HCV i HBV – rys. 3[10].

---

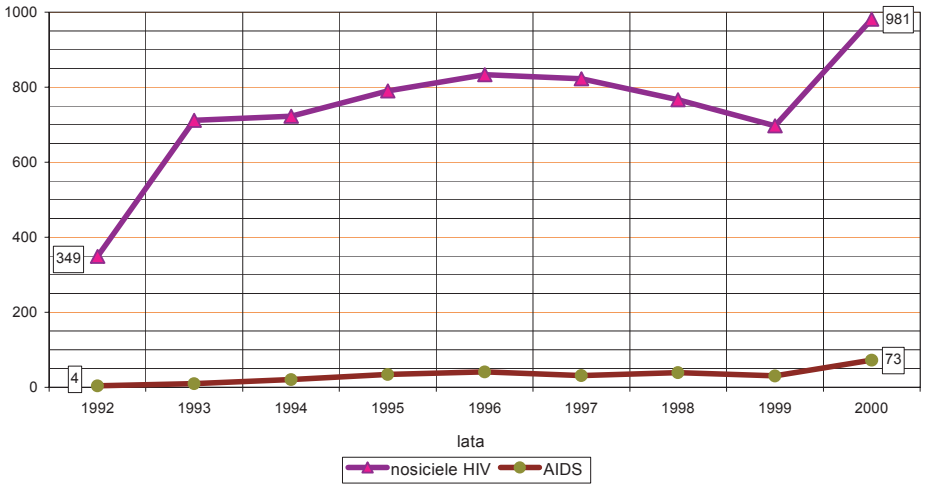
[8] Patrz raport Centralnego Zarządu Służby Więziennej pt. *Podstawowe problemy więziennictwa*, Warszawa 2003; oraz *Podstwowe problemy więziennictwa*, Warszawa 2004.
[9] *Ibidem.*
[10] Źródło: Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

Rys. 3. Liczba osadzonych chorych na choroby zakaźne w latach 1991–2000



Trudno ustalić, jak wygląda, w skutek kontaktu nosicieli z innymi więźniami, reszta populacji więziennej – rys. 4[11].

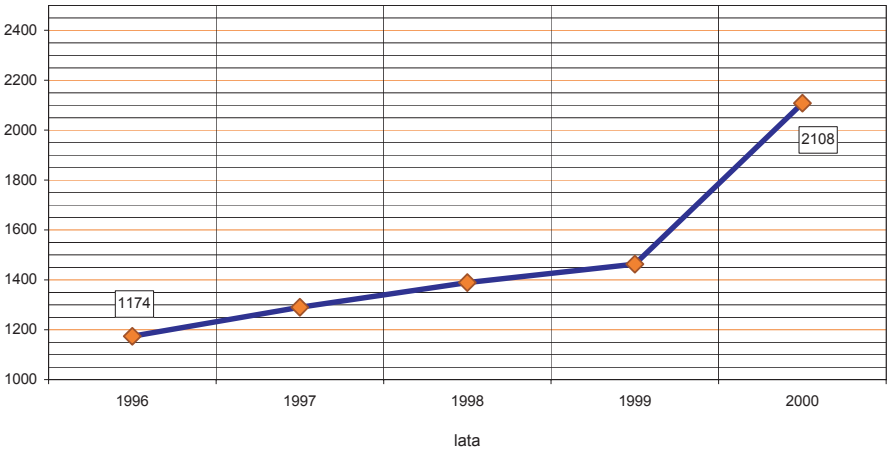
Rys. 4. Liczba osadzonych chorych (wszystkie przypadki) na poszczególne choroby zakaźne w latach 1992–2000



[11] Źródło: Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

Wzrost przemocy w relacjach między więźniami oraz wzrost gwałtów homoseksulnych każe przypuszczać, że liczba zarażonych jest dużo większa. Na obecność mechanizmu wzajemnego zarażania się więźniów wskazuje choćby gwałtowny wzrost zakażonych świerzbem – rys. 5[12].

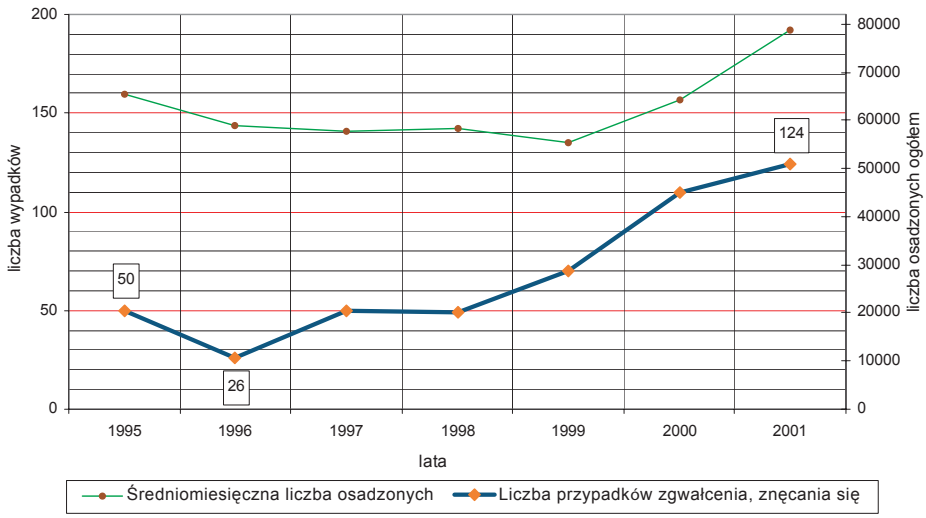
Rys. 5. Liczba osadzonych chorych (przypadki nowo wykryte) na świerzb w latach 1996–2000



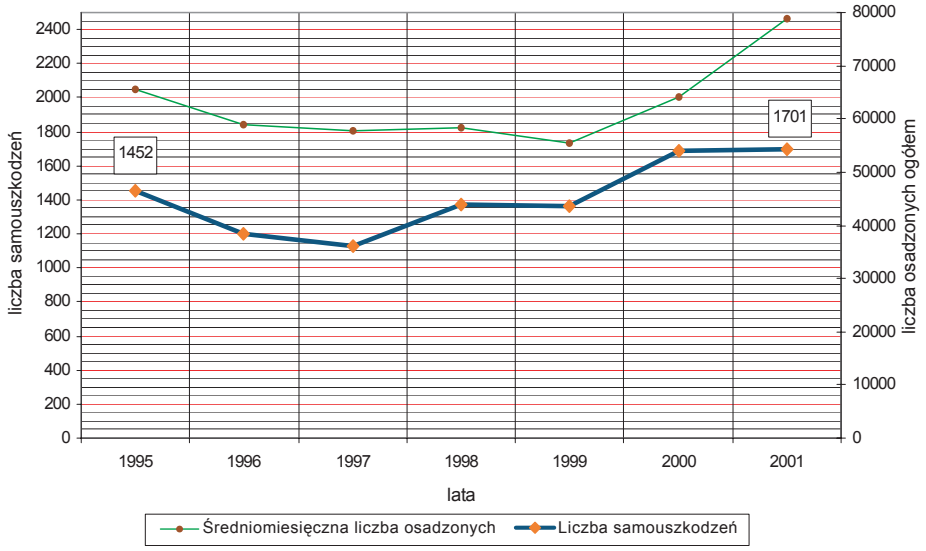
Przeludnienie niesie za sobą pewne konsekwencje psychospołeczne. Zgęszczenie ludzi na małym obszarze powoduje naruszenie przestrzeni osobistej[13]. W przeludnionym więzieniu odnotowujemy znaczny wzrost bójek, pobić, gwałtów homoseksualnych i różnej postaci znęcania się więźniów nad współlokatorami, samouszkodzeń a co za tym idzie – kar dyscyplinarnych – rys. 6, 7, 8, 9[14].

[12] Źródło: Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej.
[13] R. Sommer, *Man's Proximate Environment*, „Journal of Social Issue" 1966, s. 59–70.
[14] Źródło: Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

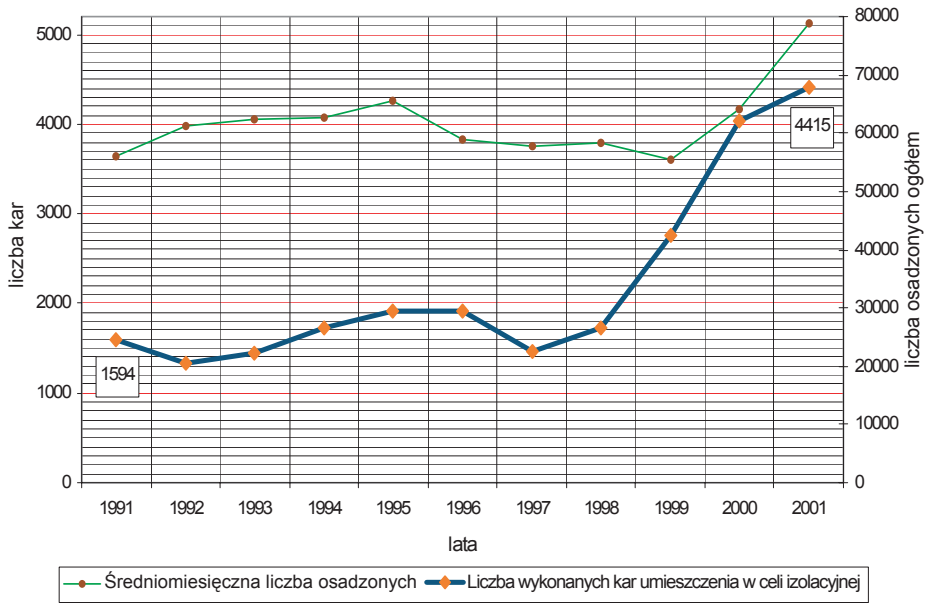
Rys. 6. Liczba przypadków zgwałcenia, znęcania się osadzonych w latach 1995–2001



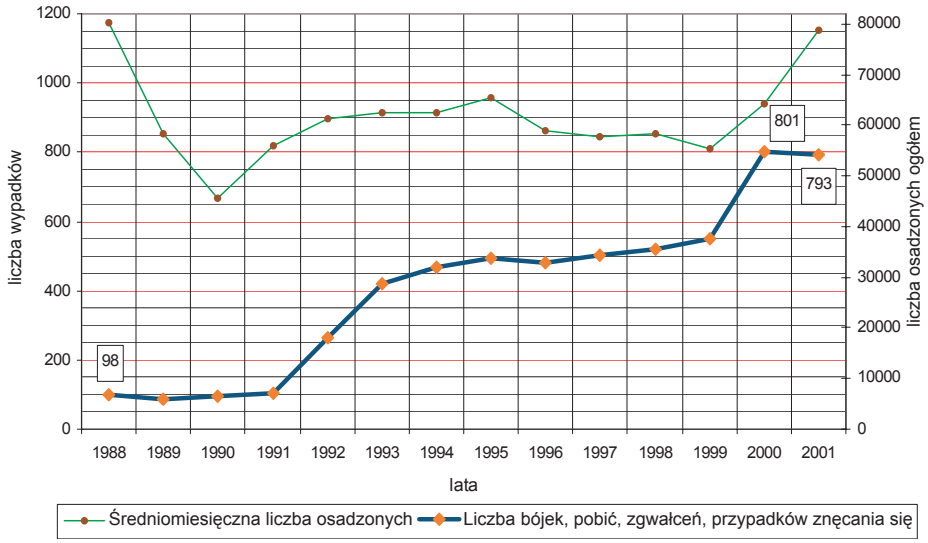
Rys. 7. Liczba samouszkodzeń osadzonych w latach 1995–2001



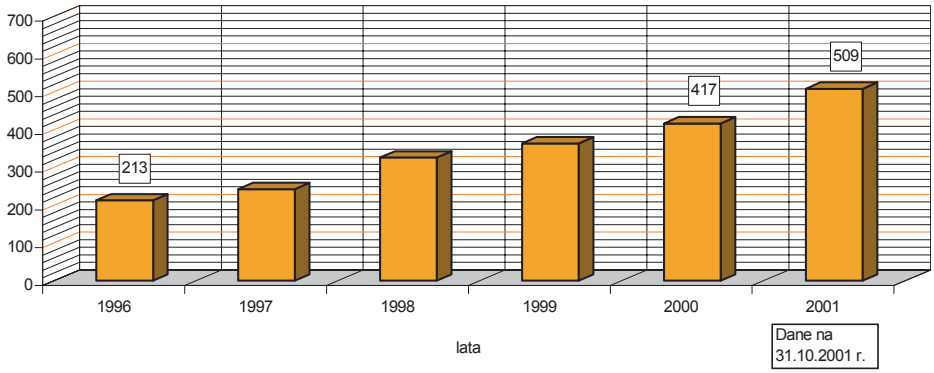
Rys. 8. Liczba wykonanych kar umieszczenia w celi izolacyjnej w latach 1991–2001



Rys. 9. Liczba bójek, pobić, zgwałceń, przypadków znęcania się osadzonych w latach 1988–2001



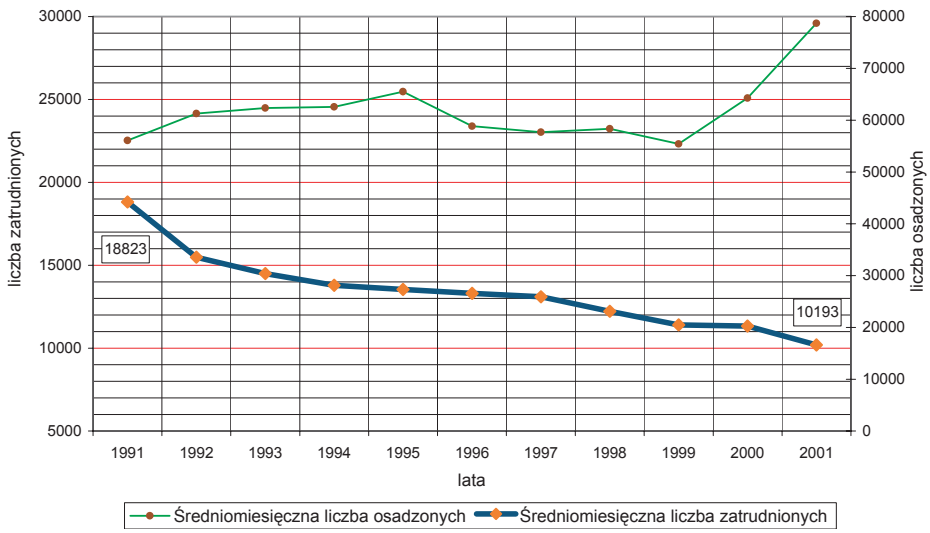
Rys. 10. Liczba przypadków ujawnienia środków zagrażających porządkowi i bezpieczeństwu jednostek penitencjarnych w latach 1996––2001



B. KONTROLA – ORGANIZACJA ŻYCIA WIĘZIENNEGO

Od początku lat dziewięćdziesiątych liczba osób zatrudnionych w jednostkach penitencjarnych systematycznie spada – rys.11[15].

Rys. 11. Średniomiesięczna liczba osadzonych zatrudnionych w latach 1991–2001



[15] *Podstawowe problemy więziennictwa, op. cit.*

Szczególnie drastyczny spadek zanotowano w latach 1990–1994. Zatrudnienie więźniów wynosiło około 30%. Z tych 30%, 1/3 stanowili więźniowie zatrudnieni w przedsiębiorstwach przywięziennych. Pozostali pracowali na etatach więziennictwa (w kuchni, kotłowni itp.). W roku 1995 i roku 1996 sytuacja w zatrudnieniu osadzonych uległa pewnej stabilizacji, jednak już od roku 1997 zarysowała się dalsza tendencja spadkowa. Pod koniec 2003 roku zatrudnionych odpłatnie było ogółem 9933 osób przebywających w aresztach śledczych i zakładach karnych, co stanowiło zaledwie 12,6% całej populacji osadzonych w jednostkach penitencjarnych. Ze względu na rosnącą liczbę więźniów nie należy w tym względzie oczekiwać poprawy. Brak pracy dla więźniów stanowi, iż ich bezczynność jest dużo większym i groźniejszym problemem niż samo przeludnienie. Nie wypracowano żadnych skutecznych regulacji prawnoekonomicznych, które pozwalałyby poprawić tę sytuację i uatrakcyjnić rynkowo siłę roboczą więźniów[16].

W związku z przeludnieniem jednostek penitencjarnych poszukuje się możliwości zwiększenia liczby miejsc zakwaterowania. „Spośród 156 jednostek podstawowych, tj. zakładów karnych i aresztów śledczych eksploatowanych przez więziennictwo, tylko 36 (23,3%) powstało po II wojnie światowej. Znaczny jest udział obiektów pochodzących z okresu międzywojennego lub powstałych w drodze adaptacji obozów jenieckich z I oraz II wojny światowej. 96 jednostek (64,5%) wybudowanych zostało przed I wojną światową, a niektóre z nich są znacznie starsze. Eksploatowane są jeszcze obiekty, które zbudowano w XVIII, XVII, a nawet w XIV- czy XIII wieku. I tak Zakład Karny w Koronowie mieści się w XIII-wiecznym klasztorze, Zakład Karny w Barczewie w XIV-wiecznym zespole poklasztornym, Zakład Karny w Łęczycy – w obiektach miejskich z XIV wieku, zakłady karne w Nowym Sączu, Nowym Wiśniczu, Zamościu i Rawiczu – w XVII i XVIII-wiecznych budynkach klasztornych”[17]. Niemniej, jeszcze w 1999 roku liczba miejsc w więzieniach wynosiła 65 tys. a do 2003 roku wzrosła do 69 tys. Niestety, przyrost ten uzyskano głównie przez zmianę przeznaczenia pomieszczeń. Wiele pomieszczeń dotychczas wykorzystywanych do prowadzenia zajęć kulturalno-oświatowych czy sportowych, przekształcono w cele mieszkalne[18]. „Zapowiadane w raporcie *Podstawowe problemy więziennictwa* z 2002 roku wyłączenia z eksploatacji całych obiektów lub ich części stają się faktem. Dotyczy to szczególnie budowli zaplecza gospodarczego m.in. kotłowni, kuchni, ale także budynków penitencjarnych. W obawie przed następstwami katastrof należy

[16] Por. P. Moczydłowski, *Więziennictwo w okresie transformacji…*, *op. cit.*
[17] *Podstawowe problemy więziennictwa*, *op. cit.*
[18] Źródło: Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

IUS.indd 281 2006-02-06 11:00:33

się spodziewać dalszych takich działań. Tylko na przestrzeni ostatniego półtora roku doszło w jednostkach penitencjarnych do trzech poważnych katastrof budowlanych (Zakład Karny w Nysie – zarwał się dach, Zakład Karny w Barczewie – złamał się komin kotłowni, Zakład Karny w Łęczycy – doszło do zarwania się stropów), w których – na szczęście – nie ucierpieli ludzie"[19].

Powyżej opisany stan rzeczy jest także zauważany przez organizacje międzynarodowe monitorujące więziennictwa różnych państw. W swoim raporcie z 1996 i 2000 roku, Europejski Komitet ds. Zapobiegania Torturom i Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu (CPT) przedstawił rozliczne niedociągnięcia i złe praktyki. Dotyczyły one zwłaszcza tych obszarów działalności (penitencjarnej, zatrudnieniowej czy związanej z ochroną zdrowia), które związane są z ponoszeniem nakładów finansowych, uzależnione od posiadanej bazy lub wynikają z uwarunkowań ekonomicznoprawnych[20].

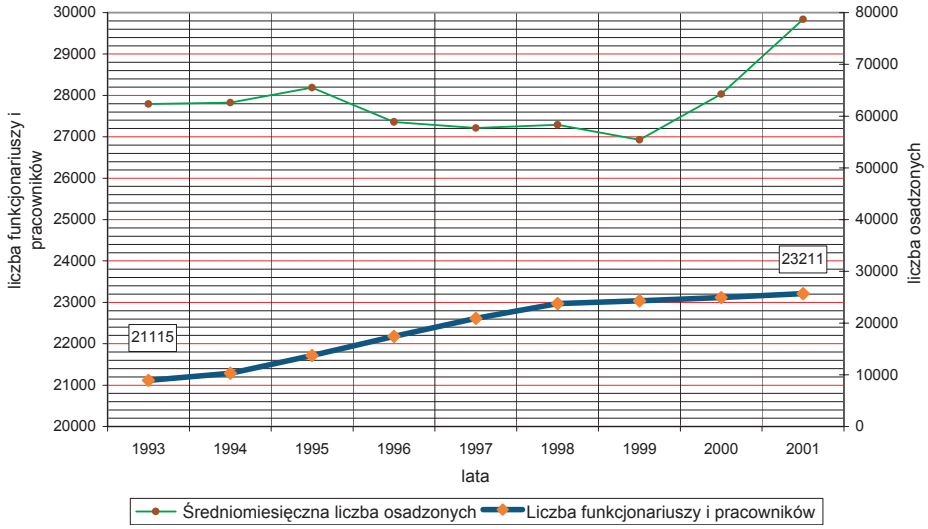
C. FUNKCJONARIUSZ SŁUŻBY WIĘZIENNEJ I WIĘŹNIOWIE

Stosunek liczby funkcjonariuszy służby więziennej do liczby osadzonych ulega negatywnym zmianom – rys.12[21]. Praktycznie ta sama od lat liczba funkcjonariuszy, a wynosi na rok 2002 – 22 254, pilnuje dziś ponad 82 tysiące więźniów. W styczniu 2000 roku na jednego funkcjonariusza przypadało średnio 2,54 osadzonego, w grudniu 2001 r. wskaźnik ten osiągnął wartość 3,66, a w 2002 wynosił 3,72. Na podstawowych stanowiskach ochronnych służbę pełni 11 449 funkcjonariuszy. Ponieważ służba ta jest pełniona w systemie zmianowym, na przykład w porze nocnej jednostka penitencjarna, w której przebywa 1700 osadzonych, jest chroniona przez 24 funkcjonariuszy[22]. W konsekwencji, by próbować sprostać narastającym obowiązkom, funkcjonariusze zmuszeni są pracować w godzinach ponadnormatywnych. Konsekwencją przeludnienia i pogarszania się proporcji między liczbą funkcjonariuszy a liczbą więźniów jest osłabienie kontroli relacji pomiędzy więźniami. Dotycząca głównie służby ochronnej liczba godzin nadliczbowych funkcjonariuszy, za które nie otrzymali oni stosownego wynagrodzenia lub ekwiwalentu w postaci czasu wolnego od służby ciągle rośnie i w skali kraju wynosi obecnie ponad 1,6 mln. W niektórych jednostkach sięga ponad 350 godzin na jednego funkcjonariusza[23].

---

[19] *Ibidem.*
[20] *Ibidem.*
[21] Źródło: Statystyki Centralnego Zarządu Służby Więziennej.
[22] *Podstawowe problemy więziennictwa, op. cit.*
[23] Por. P. Moczydłowski, *Więziennictwo w okresie transformacji…, op. cit.*

Rys. 12. Liczba funkcjonariuszy i pracowników w latach 1993–2001



3. ZAGROŻENIE BUNTAMI WIĘŹNIÓW

W polskich więzieniach w przeszłości istniało permanentne zagrożenie buntami więźniów. Informacja o jakimś buncie pociągała za sobą całe fale buntów. Miały one miejsce w latach 1955–1956 czy w 1971 roku. W ostatnim rokuzanotowano 104 bunty i 58 grupowych głodówek. Fala protestów przeciągnęła się na 1972 rok. Doszło do 132 buntów i 135 grupowych głodówek. Po powstaniu „Solidarności" w 1981 roku, do zbiorowych protestów doszło w 116 na 146 istniejących wtedy więzień. W poszczególnych więzieniach akcje protestacyjne były ponawiane dwa, trzy, a nawet czterokrotnie w ciągu roku. Aktywnie uczestniczyło w nich 47 tysięcy więźniów, czyli blisko połowa całej populacji. W okresie trwania stanu wojennego odnotowano 101 zbiorowych wystąpień, w których uczestniczyło 6249 internowanych[24].

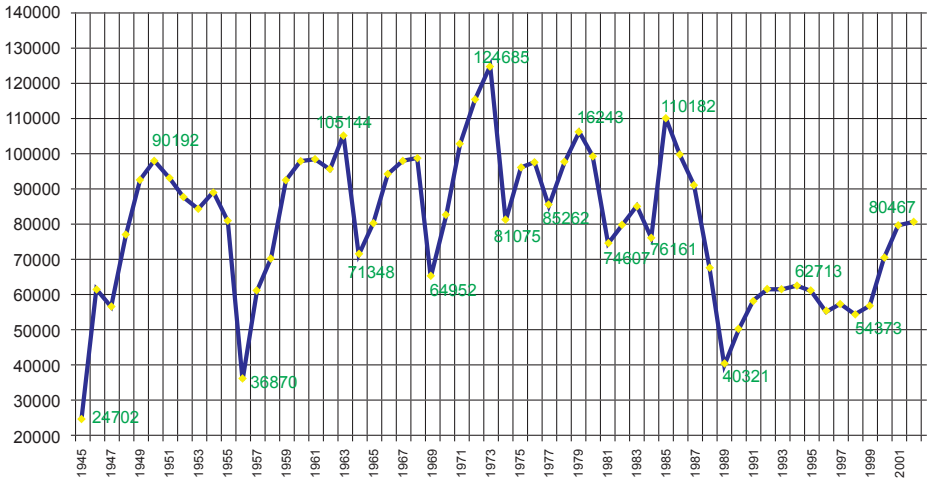
W sumie, w 1981 roku w 247 protestach uczestniczyło około 47 tysięcy więźniów, w latach 1982–1988, w 222 protestach, bez internowanych, uczestniczyło 11 095 więźniów. Potem, w 1989 roku, w 112 zbiorowych wystąpieniach więźniów wzięło udział 54 572 osoby. Między 1990 a 1993 rokiem miało miejsce 199 zbiorowych wystąpień, w których uczestniczy-

[24] Archiwum własne; dane zebrane podczas pełnienia przeze mnie funkcji dyrektora Centralnego Zarządu Zakładów Karnych w latach 1990–1994.

ło 11 220 więźniów. W latach 1980–1993 wzięło więc udział około 120 tysięcy więźniów w około 600 protestach[25].

Aby poradzić sobie z przeludnieniem i falami buntów, władze stosowały częste amnestie i dlatego w naszej historii liczba więźniów ulegała znacznym wahaniom. Z najmniejszą ich liczbą mieliśmy do czynienia w 1945 r. (24 702 osoby), z największą w 1973 r. (124 685 osób). Na wykresie przedstawiającym zmiany liczby osadzonych w latach 1945–2000 wyraźnie widać jej spadki wynikające z wprowadzenia w życie kolejnych amnestii w latach: 1945, 1947, 1952, 1956, 1964, 1969, 1974, 1977, 1981, 1983, 1984 i 1989 – rys. 13[26].

Rys. 13. Liczba osadzonych (ewidencyjna) w latach 1945–2002 (stan w dniu 31 grudnia)



Amnestie były więc sposobem regulacji poziomu zaludnienia więzień i wyciszania napięć w więzieniach – były więc sposobem kontroli sytuacji społecznej w więzieniach. Widać to wyraźnie w tych okresach naszej historii, na które przypadały masowe protesty społeczne. Wtedy właśnie przeprowadzano największe amnestie w celu uspokojenia sytuacji w zrewoltowanych więzieniach. Tak było w 1956 roku, w 1969 roku – po wydarzeniach marcowych 1968 roku i przed grudniem 1970 r., po wydarzeniach w Ursusie w 1974 roku oraz w Radomiu w 1977 roku, po powstaniu „Solidarności" w 1981 roku i upadku komunizmu w 1989 roku.

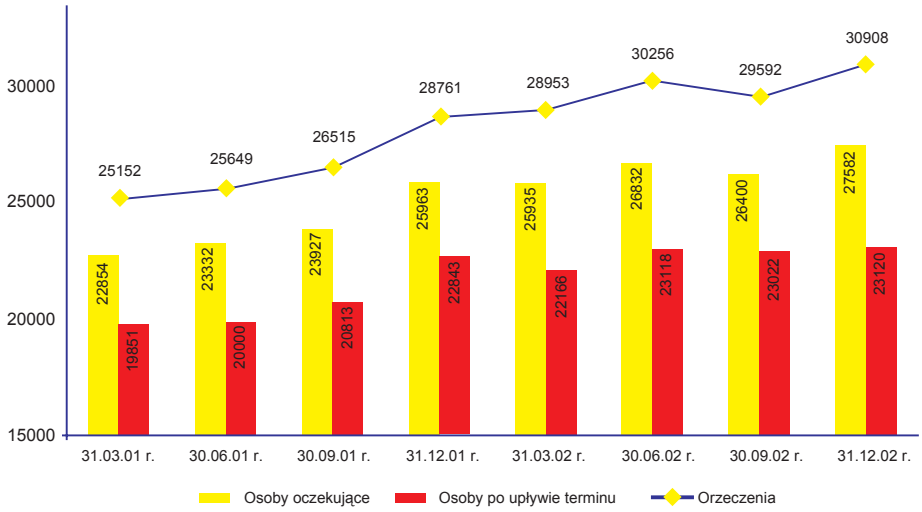
[25] *Ibidem.*

[26] Wykres sporządzony na podstawie danych Centralnego Zarządu Służby Więziennej.

4. KOLEJKA DO WIĘZIENIA

Od 1999 r., ministrowie sprawiedliwości wydali kilka rozporządzeń określających nadzwyczajne postępowanie sądów, które polega na tym, że sąd z urzędu sprawdza sprawy wszystkich skazywanych dla ustalenia zajścia okoliczności pozwalających na odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności. W konsekwencji liczba osób oczekujących na wykonanie kary pozbawienia wolności rośnie – patrz rys.14[27]. 31 grudnia 2003 roku było ich już 31 092 osób. Przeludnienie w więzieniach i pogarszające się warunki w więzieniach niewątpliwie m.in. wpływają jednak na to, iż ponad 25 tys. (na 31.12.03 r. – 25 576) osób nie zgłosiło się do odbycia kary w zakładach karnych w wyznaczony terminie. Kolejka do więzienia, podobnie jak kiedyś amnestie, jest sposobem regulacji poziomu zaludnienia więzień i wyciszania napięć w więzieniach.

Rys. 14. Orzeczenia i osoby oczekujące na wykonanie kar w 2001––2002 r.



ABSTRACT

The author presents a critical assessment of matters connected with incarceration in Poland, its political, legal, social and practical dimensions. He reflects on the characteristic and problems of imprisoned population, mainly:

[27] *Podstawowe problemy więziennictwa, op. cit.*

overcrowding, methods of control, status of prison officers, long terms of starting the execution of imprisonment, and finally, lack of legitimacy for prison system. The author also reflects on the aims that should be and may be undertaken during imprisonment.



ROZPRAWY O IUS ET LEX

IUS.indd 287 2006-02-06 11:01:38

IUS.indd 288 2006-02-06 11:01:38

Bartosz Wojciechowski

HEGLA FILOZOFIA KARY

SPIS TREŚCI

1. Wstęp 291
2. Teoria mieszana kary 293
A. Elementy retrybutywne 293
B. Elementy teorii prewencyjnej 295
3. Dwustopniowe uzasadnienie kary 298
A. Argument własnego prawa 298
B. Argument uznania 300
4. Odmowa uznania a sprawiedliwość korygująca 304
5. Konkluzje 306

IUS.indd 289 2006-02-06 11:01:38



BARTOSZ WOJCIECHOWSKI

Adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Łódzkiego, a od 2002 roku również sędzia. Członek Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa oraz *Internationale Hegel Gesellschaft*. Autor m.in. książki *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*.

IUS.indd 290 2006-02-06 11:01:39

WPROWADZENIE

Autor stara się wykazać doniosłość i aktualność heglowskiej filozofii karania wśród współczesnych teorii kary, dowodząc, że nawiązuje ona zarówno do tez charakterystycznych dla retrybutywizmu, jak również teorii prewencyjnych, zwłaszcza pozytywnej prewencji generalnej.

Autor omawia teorię Hegla w nawiązaniu do koncepcji współczesnego, komunikacyjnego społeczeństwa jako zbiorowości wolnych, wzajemnie uznających się i równych podmiotów prawa. Kara przedstawiana jest, w takim rozumieniu, jako konsekwencja racjonalnego konsensusu zawartego w drodze intersubiektywnego dyskursu, czyli sprawiedliwa wymiana wzajemnych świadczeń. W przekonaniu autora ukaranie ma pomóc przestępcy ponownie uzyskać wzajemne uznanie innych podmiotów, a szerzej całego społeczeństwa.

1. WSTĘP

W ostatnich latach zauważalne jest wciąż rosnące zainteresowanie filozofią autora *Fenomenologii ducha*, zwłaszcza jego filozofią społeczną i poglądami na temat prawa. O tym, że studia nad filozofią tego niemieckiego myśliciela są nadal żywe i interesujące, decyduje wiele elementów, a przede wszystkim zaakcentowanie, iż w filozofii Hegla doniosłą rolę odgrywa fundamentalne dla ludzkości „ontologicznie" konstytutywne pojęcie intersubiektywności[1]. Komunikacyjne społeczeństwo określane jako duch obiektywny wyłaniający się w społeczeństwie obywatelskim stanowi podstawę dla pierwotnej intersubiektywności. Z kolei intersubiektywność wiąże się u Hegla nieodłącznie z pojęciem „uznania", które

[1] Zob. L. Siep, *Der Kampf um Anerkennung. Zu Hegels Auseinandersetzung mit Hobbes in den Jenaer Schriften*, „Hegel-Studien" 1974, nr 4; tenże, *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie*, Freiburg–München 1979; J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992, s. 9; M. Siemek, *Przedmowa. Nowa obecność Hegla* [w] tenże, *Hegel i filozofia*, Warszawa 1998, s. 4; Sae-Seong Yi, *Subjektivität und InterSubjektivität. Eine Untersuchung zur Rekonstruktion der dialektischen Struktur in Hegels Rechtsphilosophie*, Aachen 2001. O współczesnym zainteresowaniu filozofią Hegla świadczyć może niezbicie fakt, że na ostatnim Kongresie Heglowskim, który odbył się w dniach 22–26 września 2004 roku zostało wygłoszonych około 150 referatów przez przedstawicieli ośrodków akademickich całego świata.

IUS.indd 291 2006-02-06 11:01:40

to odgrywa zasadniczą rolę w jego filozofii prawa. Godność człowieka prowadzi bowiem do formułowania roszczenia uznania jednostki w społeczeństwie, którego to uznania człowiek może być pozbawiony tylko w wyjątkowych okolicznościach, co zostanie bliżej wyjaśnione w dalszej części niniejszego artykułu. Hegel zakłada, że rzeczywistość ludzka może powstawać i trwać wyłącznie jako rzeczywistość „uznawana". Innymi słowy, istota ludzka jest rzeczywiście ludzka dla siebie samej i dla innych pod warunkiem, że jest przez owych innych, to znaczy pozostałych członków społeczeństwa, uznawana.

Wiele uwagi w światowej literaturze filozoficznoprawnej poświęca się również heglowskiej teorii prawa karnego i kary[2], a na uwagę zasługują wciąż żywiołowe spory w kwestii: czy Hegel jest, czy też nie jest retrybutywistą. Przez wielu autorów heglowska teoria kary przedstawiana jest jako wzór absolutnego uzasadniania kary[3], inni w końcu widzą jego teorię jako teorię mieszaną[4], zawierającą zarówno elementy charakterystyczne dla klasycznego retrybutywizmu, jak i teorii prewencji. Zainteresowanie heglowską filozofią karania wynika prawdopodobnie stąd, że ta część jego filozoficznych poglądów jest relatywnie niezależna od jej miejsca i funkcji w wypracowanym przez niego spekulatywnie metafizycznym systemie.

---

[2] Przykładowo spośród książek, które ukazały się w ciągu ostatnich 10 lat i dotyczą tej problematyki, wymienić można m.in.: K. Seelmann, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien*, München 1995; H. Kaiser, *Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe*, Berlin 1999; S. Fuselli, *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, Padwa 2001; P. Cobben, *Das Gesetz der multikulturellen Gesellschaft. Eine Aktualisierung Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts"*, Würzburg 2002; D. Amadiwochi, *Hegel on the Negroes: A Victim's Interpretation*, 2003; W.-R. Molkentin, *Das Recht der Objektivität. Hegels Konzeptabstrakter Rechtsverfolgung zur Schuldigkeit von Welt und Individuum*, Berlin 2003; J.-F. Kerevégan, G. Marmasse, *Hegel penseur du droit – sous la dir*, Paris 2004; E. Rozsa, *Versöhung und System. Versöhung in Hegels praktischer Philosophie*, München 2004.

[3] Zob. U. Klug, *Abschied von Kant und Hegel* [w] J. Baumann (red.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main 1968, s. 36–49; C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, „Juristische Schulung" 1966, s. 377; E. Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Tübingen 1975, s. 49; W. Schild, *Aktualität des Hegelschen Strafbegriffs* [w] G. Heintel (red.), *Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens*, München 1979, s. 199 i n.

[4] Zob. M. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Freiburg 1996, s. 311; G. Mohr, *Unrecht und Strafe* [w] L. Siep (red.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1997, s. 95 i n.

IUS.indd 292 2006-02-06 11:01:41

2. TEORIA MIESZANA KARY

Hegel swoją teorię kary zaczął już formułować we wczesnych pismach[5], ale jej zasadniczą i najbardziej rozbudowaną koncepcję przedstawił dopiero w *Zasadach filozofii prawa*[6]. Ograniczę swą prezentację do założeń przedstawionych w ostatnim dziele.

Elementy teorii kary zostały przez Hegla wyłożone w części „Prawo abstrakcyjne" pod tytułem „C. Przymus i państwo" oraz w części „Etyczność" pod tytułem „B. Wymiar sprawiedliwości". W literaturze trafnie podnosi się, że karnoprawne pojęcie przypisania omawia on również w części poświęconej moralności[7]. Hegel zauważa tutaj między innymi, że prawo moralne polega na samodzielnym określeniu tego, co dobre, i ponoszeniu w sumieniu odpowiedzialności za swoje wybory. W prawie moralnym, które jest prawem podmiotu, dokonuje się odkrycie skłonności podmiotu moralnego do dobra jako takiego. Jest to wezwanie podmiotu do prawdziwej wolności, czyli „bycia-u-siebie w tym, co inne".

A. ELEMENTY RETRYBUTYWNE

Zwolennicy poglądu, iż Hegel jest retrybutywistą, wskazują na § 101 (FP, s. 109) zawarty w „prawie abstrakcyjnym". Hegel pisze w nim: „Zniesienie przestępstwa jest o tyle *odwetem*, że odwet jest w swym pojęciu pogwałceniem pogwałcenia, a w swym istnieniu przestępstwo ma pewien określony (ilościowy i jakościowy) zakres, więc negacja przestępstwa jako istnienia ma taki sam zakres [...]". Zaznaczyć należy, iż ten fragment nie może być interpretowany w oderwaniu od heglowskiego rozumienia prawa jako wielostronnego stosunku wzajemnego uznania wolnych i równych podmiotów. Odwet (*Wiedervergeltung*), stanowiący podstawową kategorię kary, a raczej pomyślany jako jej cel, rozumiany jest tutaj jako podwójny proces prowadzący po pierwsze do „negacji nieważnej (bezwartościowej) egzystencji" – przestępstwa, a po drugie do „otwar-

[5] Szczegółowe omówienie poglądów na temat prawa karnego u „młodego" Hegla można znaleźć w: O. K. Flechtheim, *Hegels Strafrechtstheorie*, Berlin 1975, Abschn.1, *Die strafrechtlichen Anschaungen Hegels bis zur Rechtsphilosophie.*

[6] G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Verlag von Felix Meiner 2. Auflage, Leipzig 1921; *Zasady filozofii prawa*, tłum. Adam Landman, Warszawa 1969. Cytując dalej fragmenty tego dzieła, będę posługiwał się polskim wydaniem, oznaczając je skrótem FP.

[7] W. Schild, *Der strafrechtsdogmatische Begriff der Zurechnung in der Rechtsphilosophie Hegels*, „Zeitschrift für philosophische Forschung" 1981, nr 35, H. 314, s. 445 i n.; K. Seelmann, *Zurechnung als Deutung und Zuschreibung. Hegels „Recht der Objektivität"* [w] tenże, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion...*, *op. cit.*, s. 45 i n.

cia moralnej sfery"[8] – przywrócenia prawa. Kara nie może być jednak pojmowana jako osobista zemsta, to „nie czynnik osobisty, lecz pojęcie (prawa – dop. mój, B.W.) samo dokonuje odwetu" (FP, Uzupełnienie do § 101, s. 372). Hegel krytykuje bowiem klasyczną teorię odwetu, przeciwstawiając jej argument nicości przestępstwa (FP, Uwaga do § 101, s. 109–111). Kara stanowi swoistego rodzaju manifestację przestępstwa, jest jego drugą połową, wynikającą z pierwszej.

Z kolei przekonanie, iż wobec przestępcy należy uczynić to samo, co on sam zrobił – wyprowadza Hegel z tendencji samounicestwienia (zniesienia) przez przestępstwo wypowiedzianym negatywnie nieskończonym wyroku. W sferze prawa, jak wyjaśnia to bliżej D. Klesczewski, znaczy to, że „negatywnie nieskończony wyrok przestępstwa obejmuje naruszone dobro prawne z obu jego stron: W nim będzie zanegowana nie tylko powszechnie stawająca się, pojedyncza wola, ale jednocześnie będzie także pogwałcona indywidualizująca się ogólna wola"[9]. Kara jest konieczna, aby przywrócić obowiązywanie prawa: „Pozytywna egzystencja pogwałcenia prawa ma swoje istnienie tylko jako wola szczegółowa przestępcy. Pogwałcenie tej woli jako woli istniejącej jest więc zniesieniem przestępstwa, «które – w przeciwnym razie – byłoby uprawnione», i jest dlatego restytucją prawa (*Wiederherstellung des Rechts*)" (FP § 99, s. 107).

Kara, jak podkreśla dalej Hegel, powinna być oczywiście sprawiedliwa zgodnie z regułą *punitur, quia peccatum est*. O ile bowiem ostatecznie argumentacja Hegla prowadzi do swoistej legitymacji *iuris talionis* (z *przestępcą należy postąpić tak samo, jak on postąpił* – FP; Uwaga do § 101, s. 110), o tyle jednak wiele miejsca poświęca on rozważaniom nad tym, że w pewnych sytuacjach prosta, równa odpłata nie jest możliwa bądź konieczna. W ironiczny sposób zauważa on, że co z zasadą „ząb za ząb czy oko za oko", gdy przestępca jest bezzębny bądź ślepy (FP, Uwaga do § 101, s. 110). Wręcz przeciwnie Hegel twierdzi, że rozmiar odwetu (ukarania) powinien uwzględniać stopień zawinienia przestępcy i ciężar popełnionego czynu. Hegel pisze zatem, że „przestępstwo ma pewien określony (ilościowy i jakościowy) zakres, a więc negacja przestępstwa jako istnienia ma taki sam zakres" (FP, § 101, s. 109). Wynika stąd, że

[8] Zob. bliżej D. Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft. Eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1991, s. 233; także O. K. Flechtheim, *Hegels Strafrechtstheorie*, *op. cit.*, s. 98, 103 i n. P. Becchi trafnie wskazuje, że pojęcia „odwet" używa Hegel zarówno do uzasadnienia kary (jako represji), jak również do określenia wymiaru kary. P. Becchi, *Vergeltung und Prävention*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" 2002, vol. 88, H. 4, s. 565; zob. również H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968, s. 8 i n.

[9] D. Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels...*, *op. cit.*, s. 69.

okaleczanie przestępcy nie jest potrzebne dla przywrócenia ważności prawa i przywrócenia przestępcy do społeczeństwa, a nawet może być sprzeczne z ideą wspólnoty prawnej wolnych podmiotów.

P. Becchi zauważa trafnie w tym kontekście, iż heglowska nauka o represji jest rozumiana jako obrona zasad równości i sprawiedliwości w prawie karnym[10], a ściślej uwydatnia rolę roszczeń równości i sprawiedliwości w wymiarze kary, pomimo tego że punktem wyjścia jest zasada talionu. W pojęciu równości chodzi o równość zakresów, proporcjonalną odpłatę, to jest o to, aby przestępca odczuł, co oznacza pogwałcenie własności czy wolności innej osoby[11]. W wyniku takiego rozumienia kary usprawiedliwione jest twierdzenie niemieckiego filozofa, że kara (odwet) powinna być zniesieniem przestępstwa „sprawiedliwym co do swej treści" (FP, § 102, s. 111), co dalej oznacza, iż chodzi o „sprawiedliwość karzącą, a nie mszczącą" (FP, § 103, s. 112). Kara, aby spełnić wymóg sprawiedliwości, musi zakładać, że przestępca jest pełnoprawnym członkiem danej wspólnoty i przysługuje mu prawo do posiadania własnej, wolnej woli. „Sprawiedliwość" kary będzie zatem polegać przede wszystkim na tym, iż po jej odbyciu (rehabilitacji) przestępca ponownie stanie się członkiem danej wspólnoty.

B. ELEMENTY TEORII PREWENCYJNEJ

Fragmenty wyraźnie nawiązujące do koncepcji relatywistycznych (prewencyjnych) uzasadnienia kary zawarte są wyraźnie w § 218 i 220 (FP, s. 214–216). Przestępca, naruszając dobro (własność lub osobowość) jednostki, godzi w interesy całej zbiorowości. Zakłócenie uznania w jednostkowym przypadku powoduje zakłócenie „powszechnego" uznania, na którym opiera się społeczeństwo obywatelskie i stanowi fundament respektowania praw wszystkich podmiotów[12]. Zły przykład rodzi niebezpieczeństwo jego naśladowania w przyszłości czy też powrotu do przestępstwa i dlatego kara powinna temu przeciwdziałać. Kara winna spełniać tutaj rolę ogólnoprewencyjną i stanowić przywrócenie stosunku uznania, który został przez czyn karalny pogwałcony. Dopiero w wysoko pod względem moralnym rozwiniętym społeczeństwie bądź w razie silnej władzy państwowej możliwe jest złagodzenie, a nawet zrezygnowanie z ka-

[10] P. Becchi, *Vergeltung und Prävention…*, *op. cit.*, s. 565. Por. także U. Ebert, *Talion und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte* [w] H. Jung, H. Müller-Dietz, U. Neumann (red.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden 1991, s. 252–253.

[11] Por. Z. Stawrowski, *Państwo i prawo w filozofii Hegla*, Kraków 1994, s. 72.

[12] Por. K. Seelmann, *Hegels Straftheorie in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts"* [w] tenże, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion …*, *op. cit.*, s. 26.

rania. Hegel zauważa bowiem, że „…z drugiej strony władza, która stała się pewna siebie, obniża zewnętrzną ważność dokonanego pogwałcenia prawa i przyczynia się do większej łagodności w karaniu przestępstwa" (FP § 218, s. 214). Tym samym przyznaje się prewencji generalnej pierwszeństwo przed innymi celami kary. Czystemu retrybutywizmowi i różnym konsekwencjonalistycznym teoriom prawa Hegel czyni zarzut, że są one tylko subiektywnymi uzasadnieniami kary i wywodzi, iż stanowią one jedynie częściowe jej uzasadnienie (FP, Uwaga do § 99, s. 107–108).

Represja stosowana wobec przestępcy prowadzi do pojednania przestępcy z jego losem, a tym samym do pojednania prawa z samym sobą[13]. Kara jako represja staje się warunkiem koniecznym do przywrócenia równowagi w społeczeństwie obywatelskim, a tym samym do przywrócenia pogwałconego prawa. Hegel pisze, że „…pod względem obiektywnym występuje ono (ściganie i karanie – dop. mój, B.W.) jako pojednanie prawa ustawowego, które przez zniesienie przestępstwa restytuuje samo przez siebie i *urzeczywistnia się* jako *obowiązujące*; pod względem subiektywnym zaś, od strony przestępcy, występuje ono jako pojednanie jego własnego, przez siebie *uświadamianego* i dla niego, *dla jego ochrony*, *obowiązującego prawa ustawowego*, w którego wymierzeniu jemu samemu sam widzi zadośćuczynienie sprawiedliwości – tylko *swój własny czyn*" (FP, § 220, s. 216). W tym fragmencie w sposób niezaprzeczalny łączą się elementy charakterystyczne dla retrybutywizmu z teorią prewencji generalnej.

W konsekwencji, jak już wcześniej zostało wspomniane, niektórzy autorzy interpretują teorię Hegla jako teorię mieszaną. I tak na przykład G. Mohr uważa, że sformułowany przez Hegla § 218 stanowi pierwsze wyraźnie w teorii społeczeństwa obywatelskiego nawiązanie do prewencji generalnej doniosłej z punktu widzenia wymiaru kary[14]. Dalej stwierdza on, że ten prewencyjny element wymiaru kary odpowiada kategorii „odwetu" w prawie abstrakcyjnym. W takim ujęciu kara ma służyć zarówno zapewnieniu trwałości społeczeństwa, jak również poprawie i resocjalizacji przestępcy. Moim zdaniem, dopiero taka interpretacja prawnokarnej teorii Hegla jest poprawna i relatywnie wyczerpująca, ponieważ ujmuje jego poglądy w sposób całościowy, odzwierciedlając rzeczywiste przemyślenia tego wybitnego filozofa.

Podkreślić jednak należy, że w teorii Hegla widoczne są wyraźnie zaczątki pozytywnej prewencji generalnej, albowiem kara według niego powinna zapewnić trwałość społeczeństwa i wzmocnić u jego członków potrzebę przestrzegania obowiązujących norm. Innymi słowy, kara jako reakcja na pogwałcenie prawa ma zapobiegać niebezpiecznym dla społecznej integra-

[13] P. Becchi, *Vergeltung und Prävention*, *op. cit.*, s. 566.

[14] G. Mohr, *Unrecht und Strafe…*, *op. cit.*, s. 118.

cji następstwom, jakie mogłyby wystąpić, gdyby określone przestępstwo nie zostało ukarane, a mianowicie stawiałoby pod znakiem zapytania ważność określonych, pogwałconych norm prawnych[15]. Niebezpieczeństwo takie jest definiowane przez niego w odniesieniu do „w sobie pewnej i silnej egzystencji", którą powinno posiadać obowiązujące prawo, czyli im mocniej zagraża ono przestrzeganiu prawa, to tym silniej musi zostać ukarane przestępstwo rodzące takie niebezpieczeństwo[16]. Z kolei, gdy nie istnieje państwo, to niebezpieczeństwo *per definitionem* jest „nieskończone" i zemsta równoważąca przestępstwo powinna być odpowiednio duża i dolegliwa. Hegel stwierdza naturalnie, że gdyby społeczeństwo osiągnęło taki poziom rozwoju, że pewne jest, iż przestępstwo będzie postrzegane wyłącznie jako coś negatywnego, a nie w razie braku kary jako obowiązujące prawo, to kara traci swój cel ogólnoprewencyjny i jej funkcja ogranicza się do zresocjalizowania indywidualnego sprawcy[17]. Kara ma służyć unicestwieniu „egzystencji przestępstwa w woli szczegółowej przestępcy". J.-Ch. Merle twierdzi, że w takim ujęciu nie można zróżnicować w heglowskiej teorii tezy retrybutywistycznej od prewencyjnej, a tym samym ostatecznie teoria Hegla nie jest teorią mieszaną, lecz teorią prewencyjną[18]. W moim przekonaniu, w świetle przeprowadzonych powyżej wywodów bardziej adekwatne jest twierdzenie, że uzasadnienie kary – w tym określenie jej celów – jest dwustopniowe. Pierwszy stopień to uzasadnienie odwołujące się do tezy retrybutywizmu, mającej w przeważającej mierze charakter subiektywny, które jednak nieodłącznie wiąże się z celem o charakterze generalnoprewencyjnym, występującym na drugiej i zarazem teoretycznie wyróżnionej, bardziej obiektywnej płaszczyźnie.

[15] G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831*, Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting, Stuttgart 1974, Bd. III, s. 662: „Przestępstwa nie powinno się pozostawiać wolnym (od ukarania – dop. mój, B.W.), pozbawiać zemsty, ponieważ pozostawiając je wolnym, staje się ono ustanowione jako prawo, przyjmowane jako dozwolone […]. Niebezpieczeństwo pozostawienia przestępstwa nieukaranym polega dla społeczeństwa na tym, że, ponieważ obowiązujące będzie uważane za prawo, a nieukarane przestępstwo przecież obowiązuje, to będzie uznawane za prawo". Zob. również P. Becchi, *Vergeltung und Prävention…*, *op. cit.*, s. 567.

[16] J.-Ch. Merle, *Was ist Hegels Straftheorie?*, „Jahrbuch für Recht und Ethik" 2003, Band 11, s. 155.

[17] G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie…*, *op. cit.*, Bd. IV, s. 551, także FP, Uzupełnienie do § 218, s. 406–407: „Jeśli jednak, z jednej strony, byłoby dla społeczeństwa rzeczą niemożliwą pozostawić przestępstwo nieukaranym, gdyż przestępstwo zostałoby wtedy założone jako prawo, to jednak wobec tego, że społeczeństwo jest pewne siebie samego, przestępstwo jest w porównaniu z nim zawsze tylko czymś jednostkowym, czymś nietrwałym i izolowanym".

[18] J.-Ch. Merle, *Was ist Hegels Straftheorie?…*, *op. cit.*, s. 155.

IUS.indd 297 2006-02-06 11:01:43

3. DWUSTOPNIOWE UZASADNIENIE KARY

W koncepcji Hegla zauważalne są dwa sposoby legitymizowania kary. K. Seelmann nazywa je argumentem prawa (*Gesetzesargument*) i argumentem uznania (*Anerkennungsargument*). Koncepcja Seelmanna jest próbą przezwyciężenia niedoskonałości, które pojawiały się przy koncepcji obiektywno-subiektywnego[19] uzasadniania kary jako interpretacji heglowskiej filozofii karania.

A. ARGUMENT WŁASNEGO PRAWA

Jednym ze sposobów legitymizacji kary jest założenie, że przestępca przez swój czyn ustanawia „prawo", pod które on sam chce zostać podciągnięty (subsumowany)[20]. Opiera się ono na przekonaniu, że przestępca w swojej rozumności *implicite* utrzymuje uniwersalizowalność u podstaw jego czynu leżącej maksymy[21]. Innymi słowy, przestępca musi zostać potraktowany zgodnie z jego własną wolą, według jego własnej maksymy (przewidującej karę za dane przestępstwo), ponieważ jako istota rozumna, którą przecież jest pomimo popełnienia czynu karalnego, chciałby on jej właśnie podlegać. Można to ująć w postaci następującej formuły: „Tę maksymę (w domyśle karę – dop. mój, B.W.) wolno zastosować również

---

[19] Najwyraźniej taka podwójna argumentacja dla uzasadnienia wymiaru kary zauważalna jest u O. K. Flechtheim, *Hegels Strafrechtstheorie*, op. cit., s. 91–102 oraz I. Primoratz, *Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe*, „Hegels: Studien" 1986, Beiheft 29. Na ten temat zob. bliżej również: J.-Ch. Merle, *Was ist Hegels Straftheorie?*, *op. cit.*, s. 148–152. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że niektórzy postulują, aby w odniesieniu do kary mówić o jej „usprawiedliwianiu", które jest charakterystyczne dla wypowiedzi pozaopisowych, takich jak wypowiedzi ocenne, a terminu „uzasadnienie" używać wyłącznie w odniesieniu do wypowiedzi opisowych. Stąd też w niemieckiej literaturze dotyczącej tej problematyki często pisze się właśnie o „usprawiedliwieniu" (*Rechtfertigung*) kary, ale z uwagi na ugruntowaną co do tej kwestii polską terminologię będę konsekwentnie używał zwrotu „uzasadnienie" kary.

[20] „Pogwałcenie, które dosięga przestępcę (kara jako gwałt na przestępcy), jest nie tylko sprawiedliwe *samo w sobie*; jako sprawiedliwe jest ono zarazem wolą *samą w sobie* przestępcy, jest istnieniem jego wolności, *jego* prawem. Jest ono *prawem przestępcy samego*, tzn. *założonym* w jego *istniejącej* woli, w jego działaniu. W jego działaniu bowiem jako istoty *rozumnej* zawarte jest to, że jest ono czymś ogólnym, że dzięki działaniu temu ustanowione zostaje pewne prawo, które przestępca w swym własnym działaniu uznał za prawo dla siebie i pod które, jako pod swoje *własne* prawo, może być podciągnięty". (FP § 100, s. 108).

[21] K. Seelmann, *Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit* [w] tenże, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion...*, *op. cit.*, s. 65.

w stosunku do mnie”[22]. Stąd też, zdaniem Hegla, morderca mówi: „Mnie wolno uśmiercić”, przy czym przez swój czyn wyraził już na to zgodę (FP, Uzupełnienia do § 100 i 101, s. 371–372). Przestępca przewiduje nie tylko karę w postaci odwetu, ale z uwagi na to, że jego czyn karalny rodzi niebezpieczeństwo (będąc złym przykładem), iż podobne czyny będą popełniane w przyszłości przez innych członków społeczeństwa bądź istnieje ryzyko powrotu do przestępstwa przez sprawcę, również antycypuje on karę jako odstraszenie, potępienie moralne[23] w postaci prewencji generalnej.

Potraktowanie przestępcy jako istotę rozumną może oznaczać, że dokonany przez niego nierozumny czyn w pojedynczym przypadku jest czymś odbiegającym (wyjątkowym) od jego generalnie istniejącej rozumności. Stanowi to nawiązanie do znanej wypowiedzi Hegla: „Co jest rozumne, to jest rzeczywiste; a co jest rzeczywiste, to jest rozumne”[24]. Takie założenie stanowi, jego zdaniem, punkt wyjścia w rozpatrywaniu zarówno duchowego, jak i naturalnego uniwersum.

Taki sposób legitymizowania kary stanowi rozwinięcie myśli Kanta o „własnym wyroku przestępcy”[25], według którego sprawca czynu karalnego w sposób konkludentny zgadza się na ukaranie. Tę myśl znajdujemy już w *Mądrości Syracha* (27, 25–26) w sentencjach: „Kto rzuca kamień w górę, rzuca go na swoją głowę, a cios podstępem zadany zrani także uderzającego” oraz „Ten, kto kopie dół, sam w niego wpadnie, a kto zastawia sidła, sam w nie zostanie schwytany”[26].

Można by nieco przewrotnie powiedzieć, słowami H. Schnädelbacha, że taka koncepcja kary, mająca u swoich podstaw rozumność przestępcy, jest próbą rehabilitacji osoby sprawcy pojmowanej mimo wszystko jako *animal rationale*. Takie podejście stanowi przejaw nie tylko humanitaryzmu, ale wyraz przekonania o tym, że cechą niepodzielnie przysługującą człowiekowi jest wolna wola i rozum, i to bez względu na jednostkowe, niekiedy złe poczynania osoby ludzkiej. Hegel pisze zatem dalej konsekwentnie: „Pogląd, że kara zawiera w sobie *własne* prawo przestępcy, jest

---

[22] K. Seelmann, *Versuche einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters* [w] tenże, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion...*, *op. cit.*, s. 91.

[23] Bliżej na temat potępienia moralnego jako elementu kary zob. m.in. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 1997, s. 740 i n.; A. von Hirsch, *Dlaczego powinny istnieć sankcje karne?*, Warszawa 2002, s. 11 i n.

[24] FP, s. 17.

[25] I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Berlin 1966, s. 196.

[26] Cytat według *Biblii Tysiąclecia*, wyd. II, Poznań–Warszawa 1980.

IUS.indd 299 2006-02-06 11:01:44

poglądem, w którym przestępcy okazywana jest *cześć* jako istocie rozumnej" (FP § 100; Uwagi, s. 109).

Ten, kto popełniając przestępstwo, nie przewiduje wprost lub w sposób konkludentny, że może mu zostać wymierzona kara i w rezultacie wypowiada się przeciwko jej zastosowaniu, popada w „performatywną sprzeczność". Na przykład złodziej, który wie, że prywatna własność jest podstawowym prawem ekonomicznym człowieka, czymś fundamentalnym we współczesnych stosunkach międzyludzkich, kradnąc coś i nie godząc się na karę, tworzy regułę : „wiem, co to jest własność i że prywatna własność jest chroniona, ale ja mogę kraść (mnie to nie dotyczy) bądź inaczej, ale ty musisz godzić się na uszczuplenie twojego majątku przeze mnie". Takie przestępcze zachowanie byłoby samozaprzeczeniem ze strony sprawcy i „intelektualnym paralogizmem"[27].

B. ARGUMENT UZNANIA

Drugi sposób legitymizacji kary został przez Hegla wyłożony w następującym fragmencie: „Dokonane pogwałcenie prawa jako prawa jest wprawdzie *pozytywną*, zewnętrzną *egzystencją*, ale taką, która w sobie jest nicością. *Manifestacją* tej jej nicości jest wstępujące również w egzystencję unicestwienie tego pogwałcenia – rzeczywistość prawa jako konieczność zapośredniczająca siebie ze sobą przez zniesienie swego pogwałcenia" (FP, § 97, s. 106). Również ta wypowiedź może być poprawnie rozumiana tylko wtedy, gdy prawo pojmowane jest jako wielostronny stosunek wzajemnego uznania wolnych i równych osób. Takie pojmowanie prawa pełni dla Hegla rolę, jaką dla I. Kanta odgrywa imperatyw kategoryczny[28]. Wynika to z przekonania Hegla, iż „podłożem prawa jest w ogóle to, co *duchowe*, a jego bliższą dziedziną i punktem wyjścia – *wola*, która jest wolna, tak iż wolność stanowi substancję i określenie prawa, a system prawny jest królestwem urzeczywistnionej woli…" (FP, § 4, s. 32–33). Prawo jest dla Hegla czymś świętym, dlatego że „jest istnieniem pojęcia absolutnego, istnieniem samowiednej wolności" (FP, § 30, s. 52). Tak doniosła rola prawa ma swoje źródło w tym, że stanowi ono kwintesencję duchowej, tzn. „ludzko-społecznej rozumności jako takiej"[29].

Z drugiej strony uniwersalne uznanie jest możliwe tylko na płaszczyźnie prawa. Fundamentem „prawnego uznania" jest przyznanie (przypisywanie) każdej osobie „zdolności [...], aby w indywidualnej autonomii rozstrzygać rozumnie o moralnych kwestiach", przy czym dotyczy to wszystkich indywiduów traktowanych jako podmioty prawa, które powin-

[27] K. Seelmann, *Wechselseitige Anerkennung ...*, *op. cit.*, s. 69.

[28] Podobnie J.-Ch. Merle, *Was ist Hegels Straftheorie?*, *op. cit.*, s. 163.

[29] M. J. Siemek, *Prawo etyczności i etyczność prawa* [w] *Hegel i filozofia*, *op. cit.*, s. 89.

ny móc uzgodnić między sobą w drodze społecznego porozumienia treść obowiązującego porządku prawnego[30]. W ten właśnie sposób w drodze historycznego rozwoju społeczeństwa obywatelskiego (walki o uznanie) sformułowane zostały i dalej są rozwijane prawa oraz wolności osobiste, polityczne czy społeczne.

Przestępca, popełniając czyn karalny, godzi nie tylko w inną osobę jako podmiot prawa, ale także w fundamentalny stosunek łączący rzeczywistą zbiorowość ludzką, do której sam należy, w postaci wzajemnej relacji uznania („prawo jako prawo"), a w konsekwencji narusza samego siebie jako stronę tego stosunku. Hegel zauważa zatem: „Okoliczność, że przez pogwałcenie praw *jednego* członka społeczeństwa pogwałcone zostają prawa *wszystkich* innych, zmienia naturę przestępstwa nie co do pojęcia, lecz od strony jego zewnętrznej *egzystencji*, od strony samego pogwałcenia, które uderza teraz w wyobrażenia i świadomość społeczeństwa obywatelskiego, a nie tylko w istnienie jednostki, której prawa zostały bezpośrednio pogwałcone" (FP § 218, s. 214). Znaczenie pogwałcenia przestępstwem interesów pojedynczego podmiotu prawa dla całej zbiorowości wynika z rozumienia przez Hegla istoty państwa[31]. Wcześniej podkreśliłem, iż ukaranie przestępcy z tego punktu widzenia stanowi element prewencji generalnej, albowiem ma przeciwdziałać w przyszłości redukowaniu konkretnej ofiary i porządku prawnego wyłącznie do środka służącego realizacji własnej woli sprawcy czynu karalnego. Z kolei kara przez poniżenie (obniżenie statusu) przestępcy ma przywrócić stosunek równości.

Dlatego też jedną z najważniejszych konsekwencji popełnienia przestępstwa jest utrata uznania (*Anerkennungsverlust*), a ściślej uprawnienia do żądania bycia uznawanym. Uznanie jest u Hegla pomyślane jako stosunek wzajemny, zgodnie z którym uznający musi być sam uznawany i jako taki musi być mieszkańcem świata ludzkiego. Akt uznawania jest nierozerwalnie związany z roszczeniem do bycia uznanym. Zasada wzajemności (*Gegenseitigkeit*) zakłada, że każda jednostkowość ma: „w innej wolnej jednostkowości świadomość siebie jako uznawanej, ma zaś tę świadomość tylko o tyle, o ile sama uznaje tę inną jednostkowość i wie, że jest ona wolna"[32]. Roszczenie to stanowi jeden z podstawowych elementów intersubiektywnej komunikacji, albowiem u podstaw prawa abstrakcyjnego znajduje się właśnie stosunek wzajemności dialogu i porozumienia (FP, Uwaga do § 71, s. 88).

---

[30] Por. A. Honneth, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Kämpfe*, Frankfurt am Main 1994, s. 184 i n.; Sae-Seong Yi, *Subjektivität und Inter-Subjektivität ...*, *op. cit.*, s. 248 i n.

[31] Szerzej na ten temat zob. D. Klesczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels...*, *op. cit.*, s. 369 i n.

[32] G. W. F. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (1830), Felix Meiner Hamburg, Düsseldorf 1992, § 436, s. 432.

IUS.indd 301 2006-02-06 11:01:45

Takie stanowisko Hegla zdaje się być rezultatem przekonania, że pierwotna przemoc w walce o uzyskanie określonego dobra została zastąpiona przez intersubiektywną komunikację międzyludzką i etykę wspólnej gry społecznej. Komunikacyjna wizja nowoczesnego społeczeństwa służy urzeczywistnieniu takiego stanu, w którym wspólność idei nie jest czymś wymuszonym mechanicznie, ale stanem odnajdującym autentyczne pokrycie wewnętrzne w postaci zrozumienia i akceptacji zaprezentowanych racji. Jej uczestnicy muszą być podmiotami rozumnymi, a skoro tak, to wszystkie ich poczynania bez względu na to, czy są dobre czy złe, powodują skutki przez nich przewidywane i akceptowane. Tym samym sprawca czynu karalnego w swojej racjonalności przewiduje karę, jaka zostanie mu wymierzona za dane przestępstwo. Kara jest, w takim rozumieniu, konsekwencją racjonalnego konsensusu zawartego w drodze intersubiektywnego dyskursu, sprawiedliwą wymianą wzajemnych świadczeń. Przymus racjonalności i zawarta w niej wolność powodują, że każda jednostka podporządkowuje się świadomie i dobrowolnie powszechnym, ponieważ wywodzącym się z dyskursywnie osiągniętego porozumienia, normom ludzkiej koegzystencji. Innymi słowy, to przymus zrozumienia i „uznania", że to, co dla każdego „Moje", może zostać urzeczywistnione tylko za pośrednictwem tego, co ma ważność dla wszystkich jako „Nasze"[33]. Kara ma w konsekwencji pomóc przestępcy ponownie uzyskać wzajemne uznanie innych podmiotów, całego społeczeństwa[34]. Hegel pisze więc wprost, że zasadniczym celem kary jest, aby przywrócić opierający się na równości stosunek prawny.

Należy się zatem zastanowić, czy zmniejszenie statusu przestępcy w społeczności za pomocą prawa (kary) jest warunkiem przywrócenia mu statusu uznania. Niektórzy autorzy zauważyli, że G. H. Meada teoria zmiany perspektyw (przyjęcia roli innego) pozwala inaczej ująć heglowską problematykę uznania. Ten amerykański psycholog społeczny głosi bowiem, że „jednostka doświadcza siebie samej jako takiej nie bezpośrednio, lecz tylko pośrednio, przyjmując punkty widzenia innych członków tej samej grupy społecznej lub uogólniony punkt widzenia grupy społecznej, do której należy"[35]. Najkrócej mówiąc, Mead

[33] M. J. Siemek, *Wolność jako zasada świata nowoczesnego* [w] *Hegel i filozofia*, *op. cit.*, s. 82.

[34] Zob. m. in. K. Günther, *Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts* [w] *Recht und Moral...*, *op. cit.*, s. 205 i n.

[35] G. H. Mead, *Umysł, osobowość i społeczeństwo*, Warszawa 1975, s. 193 i n., 215–226. „Ja-tożsamość (osobowość)" jest według szkoły Meada możliwe tylko w kontekście zmiany perspektyw. „Ja-tożsamość" oznacza tutaj inny stosunek interakcji niż przy stosunku umowy, to jest stosunek nawiązujący do stosunku uznania jako potencjalności zawierania wielu umów. Bliżej zob. M. Krapmann, *Neuere Rollenkonzepte*

IUS.indd 302 2006-02-06 11:01:45

wykazuje, że tylko w kontekście intersubiektywnej zmiany perspektyw (internalizacji zachowania innej osoby) możliwe jest poznanie (poczucie) wzajemności jako obustronnej „Ja-tożsamości (osobowości)", czyli percepcja innych ludzi realizuje się przez przyjmowanie na siebie ich ról. To „Ja" musi się wczuć (wejść) w sytuację innego podmiotu, aby móc poznać, kiedy narusza prawa tej innej osoby. W kontekście Hegla nauki o uznaniu oznacza to, że nie jest konieczne dla celów prewencyjnych zdyskredytowanie przestępcy w sposób tak głęboki, jak wymagałaby tego *prima facie* kara za popełnione przestępstwo (odmowę uznania), lecz tylko zamiana ról sprawcy i ofiary, zajęcie wzajemnych perspektyw[36]. Innymi słowy, zmiana perspektywy w sposób abstrakcyjny (symboliczny) pokazuje, że jeżeli dojdzie do indywidualnego pogwałcenia prawa, to konieczne będzie wyrównanie (kompensata) dla zachowania przyszłej wzajemności. Jednostka w swoim konkretnym myśleniu przyjmuje bowiem taką postawę, jaka jest wyrażana w postawach, które mają wobec jej zachowania inne podmioty zaangażowane wraz z nią w określoną sytuację społeczną lub w dane działanie społeczne[37].

K. Seelmann zauważa, że ten, kto chce zanegować uznanie czyichś praw, popada w wewnętrzną sprzeczność (zaprzeczanie samemu sobie), albowiem negując coś, jednocześnie uznaje to przez sam fakt negacji[38]. Wynika stąd dalej, że ten, kto argumentuje przeciwko uznaniu, musi zakładać, że uznanie jest czymś argumentacyjnie i interakcyjnie możliwym. Negowanie czegoś zakłada bowiem, że to coś negowane istnieje. Nie można bowiem, będąc „sensownie argumentującym" twierdzić, że popełniając przestępstwo (a w swej rozumności przestępca wie, co czyni), nie naruszam czyjegoś roszczenia do bycia w pełni uznawanym, nie zakładając jednocześnie, że istnieje coś takiego jak wzajemne uznanie. Mówiąc inaczej, obowiązywania roszczenia uznania nie można kwestionować, bo zawsze już sam akt kwestionowania dokonuje się w obrębie założonego roszczenia uznania, albowiem bez niego nie jest możliwy żaden proces argumentacji, w tym nawet akt kwestionowania.

Hegel dzięki tak rozumianemu argumentowi uznania antycypuje to, co dzisiaj nazywa się „transcendentalno-pragmatycznym uzasadnieniem

als Erklärungsmöglichkeiten für Sozialisationsprozese [w] M. Auwärter (red.), *Kommunikation, Interaktion, Identität*, Frankfurt am Main 1976, s. 307 i n., 316; L. Siep, *InterSubjektivität, Recht und Staat in Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts"* [w] D. Heinrich, R.-P. Horstmann (red.), *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, Stuttgart 1982, s. 255–276.

[36] K. Seelmann, *Wechselseitige Anerkennung...*, *op. cit.*, s. 75.

[37] G. H. Mead, *Umysł, osobowość…*, *op. cit.*, s. 216 – 217.

[38] K. Seelmann, *Versuche einer Legitimation...*, *op. cit.*, s. 93 i n.

ostatecznym (*transzendentalpragmatische Letztbegründung*)"[39]. Można by zatem twierdzić, że relacja wzajemnego uznawania jest nieprzekraczalna.

4. ODMOWA UZNANIA A SPRAWIEDLIWOŚĆ KORYGUJĄCA

Wynika stąd, że prawo karne w ujęciu Hegla podpada pod kategorie sprawiedliwości korygującej (*corrective justice*), której koncepcję współcześnie rozwinął kanadyjski filozof prawa Ernest J. Weinrib[40]. U autora *Wykładów z filozofii dziejów* sprawiedliwość stanowi bowiem „pierwszy i substancjalny punkt widzenia w zagadnieniu przestępstwa" (FP, Uwaga do § 99, s. 107). Zarówno w koncepcji Weinriba, jak i Hegla wzajemne uznanie (równość) podmiotów prawnych znajduje swoje źródło w umowie (transakcji), traktowanej przez tego ostatniego jako pewien stosunek ducha obiektywnego[41]. Weinrib zauważa, że również prawo karne podpada pod kategorie tak pojmowanej sprawiedliwości, gdyż zakłada ono szczególne znaczenie dokonywania i doznawania (*doing and suffering*) szkody. Sprawiedliwość korygująca jest porządkującą zasadą (*ordering principle*) wszelkiego rodzaju transakcji: deliktowych, restytucyjnych czy kontraktowych. Specyfika sprawiedliwości poprawiającej w prawie karnym wynika stąd, że przestępca narusza samą ideę formalnej równości tej sprawiedliwości, wyrządzając tym samym szkodę nie tylko konkretnej ofierze, ale również obraża generalną równość wszystkich potencjalnych sprawców szkód i poszkodowanych (*doers and sufferes*), w tym, jak podkreśla Hegel, również samego siebie. Dlatego też państwo jako przedstawiciel owej ogólnej równości poprzez ściganie przestępstw i karę usuwa ową obrazę. Ujmując to inaczej, sprawca przestępstwa narusza prawa innych w na tyle poważny sposób, iż tym samym atakuje zasadę sprawiedliwości jako taką, co wymaga reakcji państwowej. Podobny sposób legitymacji kary przedstawia Hegel w swojej koncepcji

---

[39] Nie poruszam tutaj krytyki koncepcji ostatecznego uzasadnienia przeprowadzonej przez H. Alberta w formie tzw. trylematu Münchausena. Szerzej na temat możliwości ostatecznego uzasadnienia jako argumencie transcendentalnym zob. H. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen 1969, *passim*, w szczególności s. 8–28; W. Kuhlmann, *Reflexive Letztbegründung. Untersuchungen zur Transzendentalpragmatik*, Freiburg-München 1985; K.-O. Apel, *Das Problem der philosophischen Letztbegründung im Lichte einer transzendentalen Sprachpragmatik. Versuch einer Metakritik des „kritischen Rationalismus"* [w] tenże, *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendetalpragmatischen Ansatzes*, Frankfurt am Main 1998, s. 33–79.

[40] E. J. Weinrib, *Legal Formalism*, „The Yale Law Journal" XCVII, 1988, s. 977––1000.

[41] FP § 71, s. 87–88.

nawiązującej do utraty uznania, stąd też rysuje się jasno aktualność jego poglądów we współczesnej filozofii prawa.

Z popełnieniem przestępstwa wiąże się, co zostało wcześniej zauważone, pozbawienie sprawcy czynu uznania, albowiem naruszył on zaufanie i uznanie innych członków społeczeństwa[42], godząc tym samym także w siebie samego jako podmiot prawa i pełnoprawnego członka społeczeństwa oraz uczestnika dyskursu. Przestępstwo stanowi załamanie intersubiektywnego dyskursu, czego konsekwencją jest przekreślenie wzajemności stosunku uznania wobec sprawcy jako skutek dokonania czynu przestępnego. W tym kontekście pozbawienie przestępcy uznania przypomina wymierzenie mu środka karnego w postaci pozbawienia skazanego wyrokiem sądowym praw publicznych. Najczęściej jest to ograniczone w czasie, ale powoduje nieodwracalne często skutki w postrzeganiu przestępcy przez innych członków określonej społeczności. W ramach zasłużonej kary konieczne jest wcześniejsze (najczęściej, choć niekoniecznie, czasowe) zmniejszenie statusu prawnego przestępcy w stosunku do pozostałych członków danej społeczności. Dopiero poniesienie kary za swój czyn, pojednanie z ofiarą bądź przebaczenie mogą spowodować, że przestępca wstąpi w nowy stosunek prawny, ponownie zasługując na wzajemne uznanie.

Oczywiście utrata roszczenia uznania odbywa się w innym, aniżeli pozbawienie praw publicznych na mocy orzeczenia sądu, wymiarze – najczęściej pozainstytucjonalnym – i nie musi opierać się na jakimkolwiek autorytecie, albowiem wpisane jest w reguły samego dyskursu. U Hegla to miłość stanowi bazę stosunku uznania: „Miłość oznacza w ogóle to, że mam świadomość swej jedni z kimś innym, tak że nie istnieję w sposób izolowany dla siebie, lecz osiągam samowiedzę tylko poprzez rezygnację ze swego bytu dla siebie i przez uświadamianie sobie siebie jako własnej jedności tego drugiego ze mną" (FP, Uzupełnienie do § 158, s. 390).

Można by zatem przeformułować nieco biblijne przykazanie: „Miłuj bliźniego swego jak siebie samego" oraz zasadę sprawiedliwości formalnej, która stanowi, że „osoby należące do tej samej kategorii istotnej powinny być traktowane jednakowo"[43] i sformułować je następująco: „uznawaj innych tak, jak chciałbyś, aby oni uznawali ciebie". Taka uniwersalna zasada uznawania stanowi jednocześnie nakaz prawny. Jeżeli jesteś istotą rozumną, to musisz zakładać, że twoje postępowanie odbiegające od tej reguły spowoduje negatywne konsekwencje względem ciebie ze strony innych członków społeczeństwa, do którego należysz. Kara jako pozbawienie uznania ma na celu nie tylko „wyrównanie" rachunków,

[42] FP § 218, s. 214–215.

[43] Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959, s. 37.

IUS.indd 305 2006-02-06 11:01:47

przywrócenie prawa jako prawa czy też odstraszenie przed popełnianiem przestępstw przez innych członków społeczeństwa, ale również ma usuwać „zakłócenia interakcji". W tym ostatnim aspekcie zauważa się podstawowy cel społeczny kary[44].

5. KONKLUZJE

Potraktowanie każdej jednostki jako wolnej i rozumnej pozwala zaistnieć na etapie etyczności (*Sittlichkeit*) heglowskiej rozumnej wspólnocie. Popełnienie przestępstwa, to mówiąc w pewnym uproszczeniu, zwycięstwo woli własnej (szczegółowej), słowami J. G. Fichtego „miłości własnej", nad dobrem wspólnym. Sprawca czynu karalnego dzięki swojej rozumności pojmuje, co czyni i przewiduje, jakie będą skutki jego przestępnego działania. W tym między innymi stwierdzeniu zawiera się ponadczasowa myśl heglowskiej filozofii karania. Dzięki odwołaniu się do rozumności człowieka, a jak wskazuje Schnädelbach, *rationalitas* i *humanitas* są nieoddzielne[45], oraz założeniu fundamentalnego we współczesnym, intersubiektywnie dyskursywnym społeczeństwie roszczenia uznania może ona zasługiwać na miano teorii XXI wieku.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że nie budzi wątpliwości teza, iż racjonalność jest niezbędnym warunkiem posiadania i artykułowania przekonań, stanowi więc „swoiste" przedzałożenie w dyskursie. Jest elementem koniecznym do uzasadnienia innych twierdzeń, leżąc niejako u podstaw naszego poznania. Gdyby odrzucić roszczenie racjonalności, to nie będzie można koherentnie sformułować swojego stanowiska. Nie można sobie wyobrazić żadnego intersubiektywnego dyskursu, prawidłowego procesu argumentacji bez założenia, że u jego podstaw leży roszczenie racjonalności. Z kolei, nie bez racji, wskazuje się, że „mowa, jako jedyna alternatywna możliwość wobec gołej przemocy, stanowi pierwszy krok w procesie uspołecznienia, a tym samym w procesie właściwego «uczłowieczenia człowieka»"[46]. W swojej rozumności ludzie, pomimo dzielących ich różnic, codziennej konkurencji, potrafią wspólnie i zgodnie decydować o kluczowych dla całego rodzaju ludzkiego sprawach, takich jak powszechne bezpieczeństwo, ochrona własności i prawa człowieka[47]. Jak trafnie zauważa H. Schnädelbach, zawarty w heglowskiej nauce o człowieku racjonalizm odsyła do *inkluzywnego* pojęcia racjonalności, które

[44] K. Seelmann, *Hegels Straftheorie in seinen...*, *op. cit.*, s. 28.

[45] H. Schnädelbach, *Próba rehabilitacji «animal rationale»*, Warszawa 2001, s. 3.

[46] M. J. Siemek, *Dwa modele intersubiektywności* [w] tenże, *Hegel i filozofia*, *op. cit.*, s. 173.

[47] Por. E. Nowak-Juchacz, *Autonomia jako zasada etyczności. Kant, Fichte, Hegel*, Wrocław 2002, s. 305.

IUS.indd 306 2006-02-06 11:01:47

jest tak pojemne, że może w nim znaleźć miejsce również to, co rzekomo irracjonalne, bez potrzeby redukowania go do czegoś wyłącznie intelektualnego[48]. Ta uwaga ma szczególnie ważne znaczenie dla właściwego zrozumienia założenia o „rozumności przestępcy".

W przypadku kogoś, kto odrzucałby racjonalność, dyskurs nie wchodziłby w grę, bo trudno byłoby mówić o jakichkolwiek racjach. Aktualnie często formułowany jest w tym kontekście pogląd o przymusie racjonalności, zgodnie z którym panowanie nad ludźmi przejmują racje i normy, prawa i instytucje wytworzone jako wspólnotowy konsensus i jako takie mogą wysuwać roszczenie swojej powszechnej ważności[49]. Hegel zdawał się być o tym przeświadczony, traktując każdego człowieka jako istotę rozumną zdolną do uczestniczenia w dyskursie, podporządkowującą niekiedy własną wolę woli społecznej (wspólnej). „Przymus racjonalności" powoduje, że partykularna samowola jednostek przekształca się w racjonalną „wolę powszechną". Ponadto Hegel traktuje wspólnotowe „my" jako źródło jednostkowej wolności, zakładając, iż wolność jednych możliwa jest wyłącznie w wolności innych, a pragnienie własnej wolności musi pozwalać na wolność drugiego. Z kolei za pośrednictwem prawa wolność przestaje być naturalną samowolą i respektuje wolność innych[50]. Pozwala to na wprowadzenie dalszego warunku, że jeżeli jakiś podmiot broni swojej własności w danej społeczności, to istotne jest, aby był pełnoprawnym członkiem tej społeczności, ponieważ przyjmowanie postaw innych gwarantuje mu uznanie jemu przysługujących praw.

W komunikacyjnie zintegrowanym społeczeństwie przestrzeganie roszczenia wzajemnego uznawania oznacza, że nie tylko afirmuje się, a wręcz uwydatnia prawo wszystkich podmiotów do symetrycznego podziału szans oraz równości i braku przymusu w wyborze i dokonywaniu aktów mowy, swobodę w działaniu. Tylko spełnienie takich warunków pozwala na sensowne wysuwanie wzajemnych roszczeń co do racjonalności, rozumności i szczerości dokonywanych aktów i chociażby częściowe spełnienie wymogów dyskursu etycznego[51]. Opierające się na takich założeniach społeczeństwo pozwala każdego, w tym przestępcę, traktować jako podmiot zdolny do dyskursu moralnego. Pozbawienie przestępcy uznania będzie w takim przypadku elementem potępienia moralnego wyrażonego przez karę i oznaczającego dezaprobatę dla karalnego czynu, a skierowanym do opinii publicznej[52].

---

[48] H. Schnädelbach, *Próba rehabilitacji...*, *op. cit.*, s. 14.

[49] M. J. Siemek, *Wolność jako zasada...*, *op. cit.*, s. 82.

[50] E. Nowak-Juchacz, *Autonomia jako…*, *op. cit.*, s. 306.

[51] B. Sierocka, *Idealna wspólnota komunikacyjna jako transcendentalny warunek możliwości etyki dyskursu* [w] B. Trojanowska (red.), *Rzeczywistość języka*, Wrocław 1999, s. 84.

[52] A. von Hirsch, *Dlaczego powinny …*, *op. cit.*, s. 17 i n., 26.

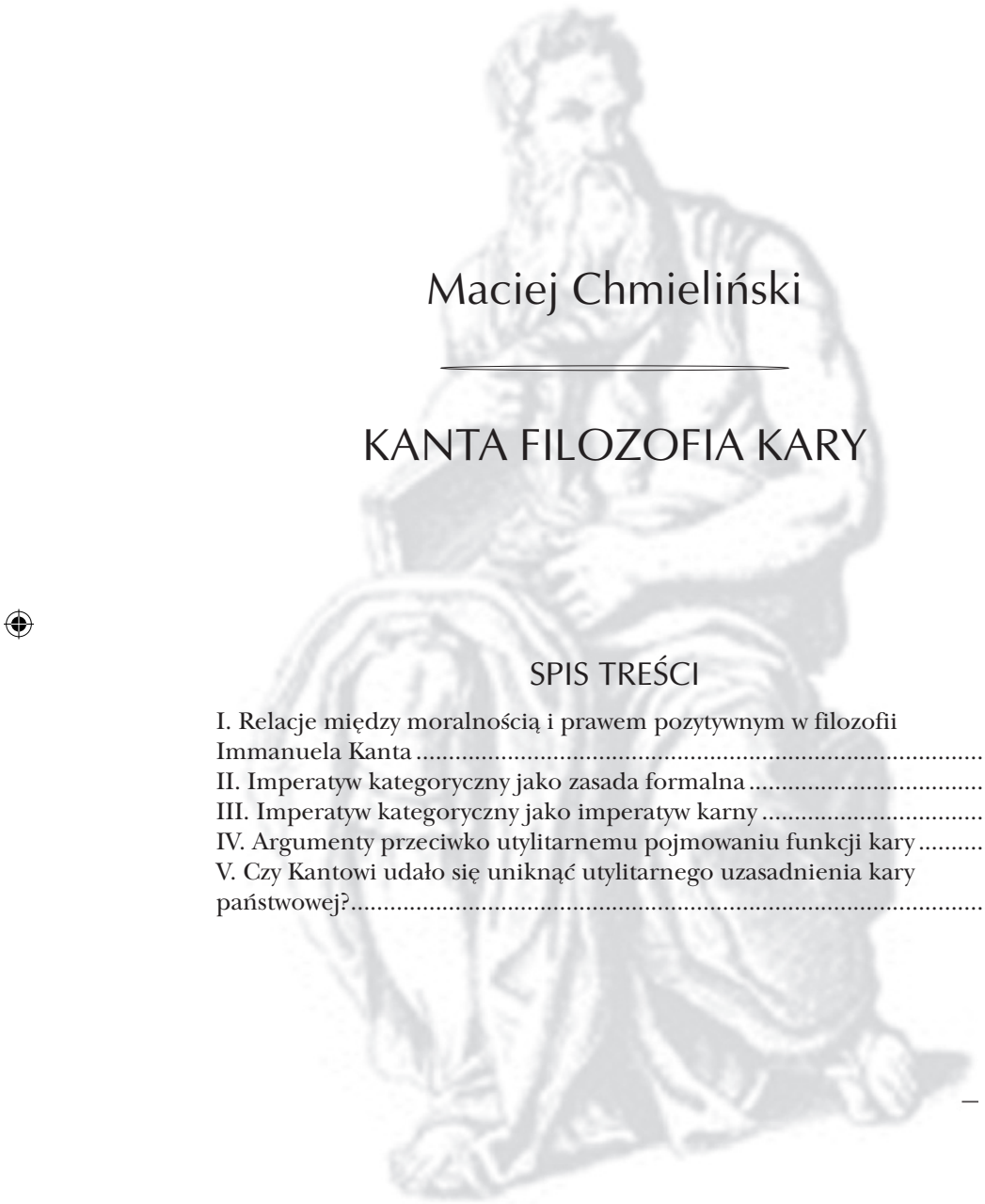
Roszczenie uznania w swojej uniwersalności jest spoiwem łączącym jednostki w zbiorowość, jaką jest społeczeństwo obywatelskie, pozwala na artykułowanie i obronę powszechnych wartości oraz indywidualnych przekonań. Wzajemne uznanie tworzy więź, której przerwanie musi rodzić sprzeciw i konieczność naprawienia jej przez ukaranie tego, który ją naruszył. W tym kontekście heglowska teoria kary, podobnie jak współczesne szkoły prawnofilozoficzne, nawiązuje do etyki dyskursu jako fundamentu demokratycznego państwa prawnego. Wspólna wiedza uczestników dyskursu uzyskana przez porozumienie i wzajemne intersubiektywne uznanie konstytuuje zgodę, a w rezultacie w sposób responsywny wspólne prawo. Za J. Habermasem podkreślić można, iż zasadą organizującą procesy społeczne staje się zatem nie argument przymusu (samowolna, szczegółowa wola jednostki), lecz przymus lepszego argumentu. Zagrożenie karą kryminalną ma zapobiec powstawaniu zakłóceń w procesach argumentacji, przeciwdziałać narzucaniu własnej woli przez jednostki w sposób niedyskursywny innym jednostkom, a tym samym całej społeczności. G. W. F. Hegla teoria kary jest teorią, która jako jedna z pierwszych nawiązuje do teorii dyskursu i stanowi nadal aktualne połączenie „absolutnych" i „relatywnych" poglądów na temat uzasadniania kary, wskazując na przewagę tych ostatnich.

ABSTRACT

The author attempts to prove an importance and actuality of the Hegelian philosophy of punishment among the contemporary theories of punishment, treating the theory of the German philosopher as mixed. Namely he demonstrates that Hegel's theory refers both to theses which are characteristic for the concept of retribution and to the theories of prevention, especially the positive general prevention.

The author discusses Hegel's theory in reference to the concept of contemporary, communicative society being a group of free, mutually respecting and equal legal entities. A punishment is presented, according to such understanding, as a consequence of a rational consensus reached by way of intersubjective discourse, that is a just exchange of mutual services. In the author's opinion a punishment should help a wrongdoer to regain mutual regard from other entities or the whole society.

IUS.indd 308 2006-02-06 11:01:48



Maciej Chmieliński

KANTA FILOZOFIA KARY

SPIS TREŚCI

I. Relacje między moralnością i prawem pozytywnym w filozofii Immanuela Kanta 311
II. Imperatyw kategoryczny jako zasada formalna 312
III. Imperatyw kategoryczny jako imperatyw karny 314
IV. Argumenty przeciwko utylitarnemu pojmowaniu funkcji kary 318
V. Czy Kantowi udało się uniknąć utylitarnego uzasadnienia kary państwowej? 320

IUS.indd 309 2006-02-06 11:01:48



MACIEJ CHMIELIŃSKI

W 1997 roku ukończył Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. W 1998 roku rozpoczął studia doktoranckie zakończone w 2003 roku obroną dysertacji doktorskiej. W 2004 roku opublikował monografię pt. *Atomizm a indywidualizm. Rozważania nad myślą polityczną i prawną Wilhelma von Humboldta.*

Autor publikacji na temat niemieckiej myśli politycznej i prawnej, m.in. monografii pt. *Burzyciel czy konformista. Rzecz o filozofii egoizmu Maxa Stirnera.*

IUS.indd 310 2006-02-06 11:01:49

WPROWADZENIE

Autor omawia jeden z najistotniejszych elementów filozofii prawa karnego Immanuela Kanta, mianowicie etyczne uzasadnienie kary państwowej. Zdaniem Kanta kara słuszna to kara będąca wyrównaniem krzywdy wyrządzonej przestępstwem, choć nie wyklucza to pełnienia przez karę funkcji utylitarnych, bowiem kara jest też środkiem ochrony społeczeństwa. Funkcje utylitarne są tu jednak zdecydowanie podporządkowane dyrektywie słusznościowej.

Przedstawiając koncepcję penologiczną Kanta, autor prezentuje związki, jakie zachodzą w jego koncepcji między prawem pozytywnym a moralnością, omawia zagadnienie imperatywu kategorycznego i argumenty przeciwko utylitarnemu uzasadnieniu kary. W końcu przygląda się karze z perspektywy rozważań Kanta nad zadaniami państwa.

I. RELACJE MIĘDZY MORALNOŚCIĄ I PRAWEM POZYTYWNYM W FILOZOFII IMMANUELA KANTA

Etyczny charakter uzasadnienia funkcji kary państwowej w doktrynie Immanuela Kanta wynika ze struktury jego systemu filozoficznego. Etyka, rozumiana jako „nauka o prawach wolności", składa się z dwóch części, z części empirycznej – „antropologii" (*Antropologie*) – oraz części apriorycznej – „metafizyki moralności" (*Metaphysik der Sitten*). Empiryczna antropologia pozostaje w zasadzie poza zakresem zainteresowania filozofii moralnej Kanta. Jego uwaga skupiona jest na „metafizyce moralności", dziedzinie dostarczającej apriorycznych zasad, czyli praw wywiedzionych z czystego rozumu praktycznego. Na „metafizykę moralności" składają się „nauki prawa" (*Rechtslehre*), tj. część poświęcona naczelnym zasadom prawa pozytywnego, oraz „nauki cnoty" (*Tugendlehre*), czyli część dotycząca zasad prawa moralnego. Konstrukcja ta wskazuje wyraźnie, że choć od siebie oddzielone, prawo pozytywne i prawo moralne mieszczą się w jednym porządku normatywnym – wyższym porządku etycznym. Warto w tym miejscu poświęcić kilka uwag kwestii kryterium tego podziału.

Kryterium podziału na *Rechtslehre* i *Tugendlehre* stanowi charakter prawodawstwa. Mamy tu do czynienia niejako z dwiema sferami obowiązywania zasad: sferą wewnętrzną i sferą zewnętrzną. Moralność lokuje się w sferze wewnętrznej, podczas gdy prawo pozytywne jest „prawem zewnętrznym"[1]. Różnią się one sposobem, w jaki reguła wyznaczająca obowiązek determinuje wolę podmiotu. Oznacza to, iż realizując obowią-

[1] I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Leipzig 1907, s. 20–21.

IUS.indd 311 2006-02-06 11:01:49

zek wypływający z normy prawa moralnego, człowiek działa *z obowiązku*. Kieruje on swoją uwagę nie tyle na konsekwencje podjętej decyzji, ile na moralną zasadę, która nadaje kształt jego indywidualnej maksymie postępowania. Działanie z obowiązku oznacza czynienie czegoś jedynie z tego powodu, że jest to słuszne „samo w sobie". Dla Kanta „szacunek dla prawa jest jedyną, nie podlegającą żadnym wątpliwościom pobudką moralną"[2], a „istota wszelkiej moralnej wartości czynów polega na tym, aby prawo moralne bezpośrednio determinowało wolę"[3]. Wewnętrznej zgodności czynu z regułą moralną nie wymaga natomiast działanie tylko *zgodne z obowiązkiem*. Jest ono charakterystyczne dla prawa pozytywnego. Dla obowiązywania norm tego prawa wystarcza bowiem, że człowiek nie będzie działać wbrew nim. Ażeby zatem działanie było legalne, wystarcza, że jego pobudką będzie obawa przed konsekwencjami złamania prawa. Nie potrzeba, by obowiązek stanowił wewnętrzny bodziec – motyw determinujący wolę działającego podmiotu[4].

„Nauki prawa" różnią się więc od „nauk cnoty" nie rodzajem obowiązków, jakie nakładają one na podmioty działające, lecz rodzajem prawodawstwa i charakterem zobowiązania. Jeśli patrzymy na tę problematykę z jego perspektywy, to „nauki cnoty", czyli etyka w wąskim sensie, stanowią dziedzinę o zakresie szerszym niż prawo pozytywne[5]. Można powiedzieć, że to ostatnie pozbawia obowiązek moralny jego wymiaru wewnętrznego. Z tej perspektywy, obowiązek „ściśle" prawny to obowiązek moralny odbierany przez podmiot jedynie jako zewnętrzne ograniczenie, zewnętrzny nakaz, zakaz lub przyzwolenie. Prowadzi to do wniosku, że źródła wszystkich zasad, które obowiązują w dziedzinie prawa pozytywnego, wypływają z dziedziny moralności, a moralne imperatywy, czyli naczelne zasady moralności, stosują się również do niego. Wśród omawianych przez Kanta dziedzin prawa pozytywnego, prawo karne zajmuje miejsce szczególne; w jego ramach bezpośrednio obowiązuje bowiem imperatyw kategoryczny – najwyższa zasada moralna jego systemu etyki.

II. IMPERATYW KATEGORYCZNY JAKO ZASADA FORMALNA

Imperatyw kategoryczny jest zasadą formalną. Ten formalny charakter wyraża się, najogólniej rzecz biorąc w tym, że imperatyw nie nakazuje co należy czynić, lecz jedynie jak należy postępować. Zasada ta nie zawiera

[2] I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, przeł. Jerzy Gałecki, Warszawa 1972, s. 130.
[3] *Ibidem*, s. 119
[4] *Ibidem*, s. 130.
[5] I. Kant, *Metaphysik…*, *op. cit.*, s. 22–23.

w sobie zatem żadnej materialnej (empirycznej) treści i nie odnosi się do żadnej konkretnej sytuacji. Jest regułą abstrakcyjną, generalną i obiektywnie konieczną. Najsłynniejsza i zarazem podstawowa formuła imperatywu kategorycznego brzmi: „postępuj tylko według takiej maksymy, dzięki której możesz zarazem chcieć, żeby stała się powszechnym prawem”[6] albo wyrażony jeszcze bardziej dobitnie: „postępuj tak, jak gdyby maksyma twojego postępowania przez wolę twą miała się stać ogólnym prawem przyrody”[7].

Oznacza to, że aby działanie było moralne, indywidualne maksymy, zgodnie z którymi działanie to następuje, muszą być możliwe do przyjęcia jako prawa powszechnie obowiązujące. Aby przekształcić indywidualną maksymę w powszechne prawo, należy więc najpierw sprawdzić, czy maksymę tę chciałoby się stosować w każdym przypadku i w każdych okolicznościach – czy chcielibyśmy, aby reguła, na podstawie której podejmujemy jakieś działanie stała się regułą powszechną. Tylko te maksymy, które taki „test uniwersalizacji” przejdą, mogą być postrzegane jako nakazy moralne. Jeśli np. – a jest to przykład Kanta – pożyczamy pieniądze wiedząc, że w sytuacji, w której się znajdujemy, nie będziemy ich mogli zwrócić, to maksyma, która zezwala na ten czyn, nigdy takiego testu nie przejdzie. W przekonaniu Kanta każdy bez wyjątku człowiek, ze względu na to, że jest też istotą racjonalną, skłoni się do uznania takiej zasady za fałszywą. Dyktuje mu to uniwersalny rozum, będący nieodłącznym składnikiem człowieczeństwa i świadomość, że skutki uznania fałszywej zasady za powszechnie obowiązującą mogłyby być na dłuższą metę katastrofalne dla praktyki społecznej.

Formalny charakter kategorycznego imperatywu wynika z oczyszczenia przez Kanta metafizyki moralności z czynników empirycznych, związanych np. z bieżącymi potrzebami jednostek czy przemijającymi tendencjami społeczno-kulturowymi. Według niego, ścisłe rozdzielenie empirii od metafizyki jest konieczne dla stworzenia zasad o charakterze uniwersalnym i obiektywnym, które będą swego rodzaju „moralną kotwicą” w obliczu zmieniających się okoliczności zewnętrznych. Reguły metafizyki obyczajów, nieuwarunkowane przez bieżące doświadczenie, czyli aprioryczne, winny być wywodzone jedynie z czystego rozumu, w jego praktycznym, tj. moralnym, zastosowaniu[8]. Taki sposób ich wywodzenia nadaje metafizyce obyczajów charakter nauki, a jej zasadom zapewnia walor naukowej pewności. Walor naukowej pewności zasad moralnych konieczny jest po to,

[6] I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przeł. M. Wartenberg, Warszawa 1971, s. 50.

[7] *Ibidem*, s. 51.

[8] *Ibidem*, s. 6, Miejsce *Metaphysik der Sitten* w kantowskiej filozofii moralnej stara się precyzyjnie wyznaczyć A. M. Kaniowski, *Supererogacja. Zagubiony wymiar etyki*, Warszawa 1999, s. 242 i nast.

IUS.indd 313 2006-02-06 11:01:50

by mogły one spełniać przypisaną im rolę w sposób efektywny. W naturze ludzkiej leży bowiem stała skłonność do „naturalnej dialektyki", czyli do interpretowania reguł obyczajowych zgodnie z własnymi potrzebami i naginania ich do realizacji własnych interesów[9].

III. IMPERATYW KATEGORYCZNY JAKO IMPERATYW KARNY

Z podstawowej formuły imperatywu kategorycznego wywodzi Kant inne jego wersje. Najistotniejszą jest dla nas niewątpliwie formuła następująca: „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w swej osobie, jako też w osobie każdego innego, używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka"[10].

Formuła ta stanowi punkt wyjścia Kantowskiej koncepcji kary. Z zasady traktowania człowieczeństwa jako celu „samego w sobie" wynika, że kara winna być wymierzana jedynie dlatego, że zostało popełnione przestępstwo. Człowieczeństwo należy tu rozumieć przede wszystkim jako pierwiastek racjonalny obecny w każdym człowieku i odpowiedzialny za podejmowane przez niego decyzje (metafizyka moralności nie zajmuje się człowiekiem empirycznym, lecz człowiekiem pojmowanym jako istota rozumna). Dla Kanta rozumność istoty ludzkiej stanowi źródło jej moralnej podmiotowości. Jedynie istota rozumna może być podmiotem działania, bo jedynie taka istota zdolna jest do wolności, a to właśnie zdolność do wolnego podejmowania decyzji warunkuje możność przypisania jej odpowiedzialności. Kara wymierzana wobec istoty pozbawionej rozumu nie ma sensu i właściwie przestaje być karą. Z tych samych względów nie może ona istoty rozumnej przekształcać w bezrozumny przedmiot. Koncepcje penologiczne, które przed karą stawiają inne zadania, niż tylko odpowiedź na popełnione przestępstwo, zdaniem Kanta dokonują takiego właśnie uprzedmiotowienia. W przypadku prewencji generalnej, sprawca staje się środkiem służącym odstraszaniu od przestępstw innych potencjalnych sprawców. W przypadku prewencji indywidualnej, odstrasza się sprawcę jednego przestępstwa od popełnienia przez niego innego przestępstwa w przyszłości. Tym samym karze się go niejako „na konto" przyszłego przestępstwa, które może w ogóle nie zostać popełnione. Kara prewencyjna – generalna czy indywidualna – odrywa się od popełnionego przestępstwa kierując ku przyszłym celom; tym samym stoi ona w jawnej sprzeczności z podstawową zasadą prawa karnego mówiącą, iż nie ma kary bez przestępstwa. Co więcej, „używa się" tu osoby sprawcy do realizowania

[9] I. Kant, *Uzasadnienie…*, *op. cit.*, s. 35–36.
[10] *Ibidem*, s. 62

owych celów bez żadnej pewności, że dzięki temu zostaną one rzeczywiście osiągnięte. Kara państwowa stanowi wedle Kanta zbyt poważną ingerencję w podstawowe dobra człowieka, by wymierzać ją na podstawie tak niepewnych przesłanek. Dlatego ma być ona wyłącznie reakcją na zaszłość przestępczą. Jedynym usprawiedliwieniem dla naruszania istotnych dóbr karanej jednostki może być dokonane już naruszenie podobnych dóbr przez nią samą. Powinna ona odnosić się do już popełnionego czynu, bo to on właśnie jest podstawą dla jej wymierzenia.

„Kara sędziowska (*poena forensis*) (Richterliche Strafe),(…) nie może być nigdy [wymierzana] jedynie jako środek wspomagania innego dobra, [czy to] samego przestępcy, [czy też] społeczeństwa obywatelskiego, lecz musi być zawsze wymierzana dlatego, że popełnił on przestępstwo; ponieważ człowiek nie może nigdy być traktowany jako jedynie środek do [realizacji] zamiarów innych oraz umieszczany pomiędzy przedmiotami [przynależącymi] do prawa rzeczowego, przed czym chroni go jego przyrodzona osobowość (…)”[11].

Takie założenia implikują wymóg ograniczenia jej funkcji do oddziaływania wyrównawczego. Jedyną zatem dopuszczalną funkcją kary jest odwet – wyrównanie.

„Jaki to jednakże rodzaj i jaki stopień penalizacji (Bestrafung) jest tym, który publiczna sprawiedliwość (ew. prawo) czyni sobie za pryncypium i właściwą miarę? Żadne inne niż pryncypium równości (w roli języczka u wagi sprawiedliwości), nie skłania się mniej w jedną, jak i w inną stronę. A zatem: to, co czynisz innemu spośród ludu za niezawinione zło, to czynisz też sobie samemu. [Jeśli] go znieważasz, znieważasz siebie samego; okradasz go, to okradasz samego siebie; uderzasz go, to uderzasz samego siebie; zabijasz go, to zabijasz samego siebie. Jedynie prawo odpłaty (*ius talionis*), pojmowane jednak tylko w ramach [publicznego] sądu (nie w ramach wyroku prywatnego), może oddać odpowiednio jakość i wymiar kary; wszystkie inne [zasady wymierzania kary] są zmienne i nie mogą, z powodu innych wchodzących w grę w ich przypadku względów, być odpowiednio zgodne z sentencją czystej i ścisłej sprawiedliwości[12].

Odwet nie jest dla Kanta tożsamy z zemstą, w tym zakresie wykluczona jest wszelka samopomoc – to jedynie sędziemu wolno wymierzać karę. Wynika to z samego założenia, iż prawo karne stanowi prawo publiczne, tj. że prawo wymierzania kary przysługuje tylko państwu i to państwu działającemu na podstawie i w granicach prawa pozytywnego – państwu prawnemu. Odwet karny pojęty być może zatem tylko jako odwet prawny, a nigdy jako prywatny. Ponadto, może być jedynie odwetem formalnym.

---

[11] I. Kant, *Metaphysik…*, *op. cit.*, s. 158–159.
[12] *Ibidem*, s. 160.

Istota formalnego charakteru odwetu ujawnia się na płaszczyźnie wymiaru kary. Wyraża się ona w tym, że dolegliwość wywołana karą jest identyczna z dolegliwością wywołaną przestępstwem jedynie pod względem „natężenia". Nie odwzorowuje natomiast znamion przestępstwa. Takie odwzorowanie byłoby nie tylko oczywistym nonsensem, lecz także uniemożliwiałoby wymierzenie kary w znacznej części przypadków. Odwet formalny zawiera w sobie element umowności, który pozwala na jego szersze zastosowanie. Problem jednakże przez to nie znika; wiąże się on bowiem z samą zasadą wyrównania. Jest oczywiste, iż nawet najdoskonalsze z dostępnych człowiekowi środków nie pozwalają na bezbłędne ustalenie karnego odpowiednika dolegliwości wywołanej przestępstwem. (Jaka kara pozbawienia wolności będzie rzeczywistym wyrównaniem dolegliwości wynikłej np. z kradzieży samochodu czy zabójstwa kwalifikowanego?) Element umowności zawarty w odwecie formalnym dodatkowo relatywizuje wymiar tej kary, przez co karny odpowiednik przestępstwa traci swój obiektywnie konieczny i „absolutny" charakter. Nie da się go ustalić, nie używając instrumentów zaczerpniętych z nauk empirycznych – takich jak np. psychologia. Kant jest w pełni świadomy tych nierozwiązywalnych trudności, a mimo to nie zmienia swego absolutnego stanowiska.

Teraz wydaje się wprawdzie, że różnica stanów nie pozwala na [przyjęcie] pryncypium odpłaty: równe równym; jeśli nawet nie może to być możliwe od razu zgodnie z dosłownym znaczeniem, to jednakże może pozostać obowiązującym zgodnie z oddziaływaniem uwzględniającym sposób odczuwania podejmujących. – Tak zatem np. kara pieniężna za obrazę werbalną (Verbalinjurie) nie stoi w żadnym w ogóle stosunku do obrazy, gdyż ten, kto ma dużo pieniędzy może sobie czasem, jeśli ma ochotę, na nią pozwolić; ale już naruszenie dobrego imienia jednego bliskie jest zadaniu ciosu dumie innego: jeśli ten zmuszony byłby przez wyrok i prawo nie tylko do publicznych przeprosin, lecz owemu [którego obraził], mimo iż ten jest niższego stanu, musiałby jeszcze całować dłoń. (…) Co oznacza jednakże: 'okradasz go, to okradasz samego siebie?' Ten, kto kradnie, czyni niepewną własność wszystkich innych; obrabowuje on zatem siebie samego (zgodnie z prawem wyrównania) z bezpieczeństwa wszelkiej możliwej własności; nie ma on nic i nie może też niczego uzyskać, chce jednak żyć; co nie jest teraz możliwe inaczej, jak tylko w ten sposób, że będą go żywili inni. Ponieważ jednak tego państwo nie może czynić za darmo, to musi on własne zdolności pozostawić do wykorzystania w toku wskazanych przez państwo zajęć (ciężkie roboty albo praca więzienna) i przechodzi na pewien czas a według uznania nawet na zawsze w stan niewolniczy. – Jeśli jednak zamordował on, to musi umrzeć. Brak tutaj surogatu dla zaspokojenia sprawiedliwości. Nie ma

równorzędności między pełnym trosk życiem a śmiercią, a zatem [brak] też równości przestępstwa i odpłaty [inaczej] niż poprzez [karę] śmierci wykonaną sądownie na sprawcy, choć wolną od wszelkich nadużyć, jakie mogłyby [w oczach] osoby czującej przekształcić ludzkość w potwora[13].

Sama zasada kary pozostać ma wedle Kanta niezrelatywizowana, gdyż tylko jako taka może być wiarygodnym wyznacznikiem wzorców postępowania. Wyraźnie oddziela on płaszczyznę metafizycznych zasad od płaszczyzny ich zastosowania do konkretnego przypadku. Relatywizowanie nie jest dopuszczalne na płaszczyźnie pierwszej, gdyż spowodowałoby przełamanie czystego charakteru zasad moralnych. Jako zrelatywizowane stałyby się one chwiejne i w ten sposób utraciłyby swój uniwersalny charakter. Zasadą niezrelatywizowaną, ideą przyświecającą sędziemu wymierzającemu karę jest więc zawsze zasada wyrównania. Jej musi się on trzymać, by wymierzana przez niego kara była słuszna. Z drugiej strony jednak, mamy też płaszczyznę empiryczną, płaszczyznę zastosowania zasady. Tutaj relatywizowanie jest nie tylko dozwolone, ale też i nieodzowne. Kara jest przecież niczym innym, jak właśnie fizyczną i psychiczną dolegliwością. Nie jest ona wymierzana czystej istocie racjonalnej, lecz całkiem konkretnej jednostce. Toteż miarkowanie jej wymiaru, dostosowywanie go do danego przypadku wymaga sięgnięcia do okoliczności przestępstwa, oceny psychicznego stanu jego sprawcy i wielu innych czynników czysto empirycznych. Kant nie tylko nie odrzuca takiego sposobu postępowania, ale nawet wyraźnie go zaleca. Sednem jego propozycji w tym zakresie jest jednak oddzielenie koniecznych do wymierzenia kary czynników empirycznych od fundowania całego procesu jej ustalania i wymierzania na zasadzie odwołującej się do dóbr zewnętrznych – dobra społeczeństwa obywatelskiego, czy dobra samego sprawcy, którego kara rzekomo ma uszlachetnić. Nie oznacza to oczywiście, że dobro społeczeństwa, czy moralna poprawa sprawcy są dla niego całkowicie obojętne. Uważa on po prostu, iż jedynym sposobem zagwarantowania tych dóbr jest ustanowienie fundamentalnych i naukowo pewnych zasad, do których w przypadkach wątpliwych zawsze będzie można sięgnąć. Każdy czyn musi być najpierw uznany za karalny zgodnie z taką uniwersalną zasadą. Ustalenie tego, czy kara zań wymierzona przyczyni się do poprawy moralnej sprawcy, albo wspomoże dobro społeczeństwa, jest rzeczą drugorzędną wobec fundamentalnego wymogu, by kara była sprawiedliwa.

„Czyn sprawcy winien być stwierdzony jako karalny, zanim jeszcze zostanie pomyślane, żeby z tej kary wyciągnąć jakieś korzyści dla niego samego czy dla społeczeństwa. To prawo karne jest kategorycznym imperatywem, a biada temu! kto pełzając wężowymi korytarzami nauki

[13] *Ibidem*, s. 161.

o szczęściu, wynajduje coś, co przez korzyść obiecuje uwolnić go od kary lub tylko od [określonego] jej stopnia (…)"[14].

Zgodnie z tą zasadą wymierzając karę sędzia poszukiwać ma optymalnego sposobu wyrównania wyrządzonej przestępstwem szkody, a nie dostosowywać ją do zmiennych w swej istocie społecznych oczekiwań czy obiektywnie niewymiernych dóbr, jak powszechna szczęśliwość i użyteczność kary. Dlatego właśnie żadne okoliczności faktyczne, nawet pozorna bezsensowność wymierzenia kary w niektórych przypadkach, nie usprawiedliwiają rezygnacji z zasady Talionu. Bezkompromisowy charakter przekonań Kanta w tej materii ilustruje słynny passus o „ostatnim mordercy" na wyspie[15].

„Nawet jeśli społeczeństwo obywatelskie rozwiązałoby porozumienie z wszystkimi swoimi członkami (np. lud zamieszkujący jakąś wyspę postanowiłby rozejść się i rozdrobnić we wszystkich częściach świata), ostatni osadzony w więzieniu morderca musiałby najpierw zostać stracony, przez to każdemu oddane zostaje to, co warte są jego czyny, a krwawa wina nie ciąży na ludzie, który nalegał na [jego] ukaranie (…). Ta równość kar, która możliwa jest jedynie przez sędziowski wyrok śmierci zgodny z surowym prawem odpłaty, ujawnia się w tym, iż jedynie dzięki temu wyrok śmierci zostaje orzeczony proporcjonalnie do wewnętrznego zła przestępcy wobec wszystkich (nawet jeśli dotyczyłoby to nie tylko morderstwa, lecz również innego przestępstwa państwowego karanego śmiercią)"[16].

IV. ARGUMENTY PRZECIWKO UTYLITARNEMU POJMOWANIU FUNKCJI KARY

Z perspektywy *Ius Talionis* odrzuca Kant inne uzasadnienia kary. Ostrze jego argumentacji skierowane jest przede wszystkim przeciwko utylitarnemu uzasadnieniu zawartemu w doktrynie Cesare Beccarii. Etyka utylitarna odwołuje się do zewnętrznego, substancjalnego wyobrażenia dobra, którym jest szczęście całego społeczeństwa albo jego poszczególnych członków. Utylitaryści głoszą, że moralnie lepsze jest to, co przyczynia się do osiągnięcia większej szczęśliwości. Z tego założenia wywodzą oni reguły, które roszczą sobie pretensję do statusu uniwersalnych zasad. Zdaniem Kanta zasada szczęśliwości nie może stanowić podstawy prawa

---

[14] *Ibidem*, s. 159.

[15] Höffe twierdzi, że kantowskie „nur" w kwestii odwetowej funkcji kary jest wręcz prowokacyjne w świetle dzisiejszych postulatów rezygnacji z tej funkcji kary. Höffe, *op. cit.*, s. 215.

[16] *Ibidem*, s. 161.

moralnego, gdyż żadne doświadczenie nie jest w stanie wytworzyć zasad naukowo pewnych i niezrelatywizowanych[17]. Reguła dążenia człowieka do szczęścia pojmowana jako zasada wszystkich jego działań nie ma charakteru obiektywnie koniecznego, kategorycznego. Na jej podstawie nie da się nawet powiedzieć z całkowitą pewnością, jakie działania powinien podjąć konkretny człowiek, by osiągnąć indywidualne szczęście. Reguła empiryczna, wskazująca na określone działania jako na te, które mogą przybliżyć człowieka do szczęścia, nie uwzględnia po prostu wszystkich subiektywnych i indywidualnych czynników, które byłyby potrzebne do przekształcenia jej w niezmienne prawo. To, co dziś sprawia, że jestem szczęśliwy, jutro może mnie unieszczęśliwić. Dlatego właśnie, choć potrzeba szczęścia jest niewątpliwie ważną ludzką potrzebą, reguły wyznaczające zasady moralnego postępowania muszą od niej całkowicie abstrahować[18].

Ponieważ etyka utylitarna nie może stworzyć żadnej bezwarunkowej zasady moralności, to jest oczywiste, że nie jest też w stanie dostarczyć uniwersalnych reguł w odniesieniu do kary. Według Kanta, karygodność tkwi w idei rozumu praktycznego i nie da się połączyć z dążeniem do szczęśliwości. Kara jako taka łączy się z utratą szczęśliwości i wszelkie przeciwne twierdzenia są niedorzeczne.

„Kara jest dolegliwością fizyczną, która, choćby też nie łączyła się z tym, co możliwie złe, jako naturalne następstwo, musiałaby się przecież z nim łączyć jako następstwo wedle pryncypiów prawodawstwa moralnego. Skoro tedy wszelkie przestępstwo, nawet pomijając fizyczne następstwa dla sprawcy, pociąga za sobą karę, tj. (przynajmniej częściową) utratę szczęśliwości, to oczywiście byłoby niedorzecznością powiedzieć: przestępstwo polegało właśnie na tym, że sprawca ściągnął na siebie karę, zadając uszczerbek swej własnej szczęśliwości (co wedle pryncypium miłości samego siebie musiałoby stanowić właściwe pojęcie wszelkiego przestępstwa). W ten sposób kara stanowiłaby powód, dla którego coś nazywane zostaje przestępstwem i sprawiedliwość musiałaby raczej na tym polegać, aby zaniechać wszelkiego karania i nawet przeszkodzić [karaniu] naturalnemu, wtedy bowiem w czynie nie byłoby już nic złego, ponieważ powstrzymałoby się dolegliwości, jakie w innych razach po nim następowały i z uwagi na które czyn nazywał się złym”[19].

Kant twierdzi, że zasada szczęśliwości nadaje się raczej na uzasadnienie całkowitej rezygnacji z karania. Jeśli natomiast rozróżnia się między szczęśliwością powszechną, a indywidualną i wzrostu poziomu tej pierwszej upatruje się w odebraniu drugiej, to jego zdaniem jest to rozwiązanie

[17] I. Kant, *Krytyka…*, *op. cit.*, s. 63.
[18] *Ibidem*, s. 64; 66; 65.
[19] *Ibidem*, s. 67–68.

IUS.indd 319 2006-02-06 11:01:53

zagrażające fundamentom porządku prawnego i pewności prawa. Może ono bowiem doprowadzić do sytuacji, w której regułą stanie się karanie całkiem niewinnego człowieka dla osiągnięcia celu w postaci powszechnego szczęścia. Biada więc temu – pisze Kant w *Metafizyce obyczajów* – kto zgadza się „z faryzejską dewizą: 'Jest lepiej, że umrze jeden człowiek, niżby miał zginąć cały lud'; ponieważ jeśli przepada sprawiedliwość, to życie ludzi na ziemi nie ma już więcej żadnej wartości"[20]. Poświęcanie dobra jednej istoty rozumnej na rzecz dobra całego społeczeństwa nie da się pogodzić z kategorycznym imperatywem.

V. CZY KANTOWI UDAŁO SIĘ UNIKNĄĆ UTYLITARNEGO UZASADNIENIA KARY PAŃSTWOWEJ?

W literaturze przedmiotu często zwraca się uwagę na paradoksy Kantowskiej teorii kary. Rzeczywiście dziwić może, iż twórca idei wiecznego pokoju i autor przywoływany przez współczesny pacyfizm jest równocześnie gorącym orędownikiem bezwzględnego prawa Talionu i kary śmierci[21]. Zaskakuje to tym bardziej, że swoje postulaty wywodzi Kant z kategorycznego imperatywu, zasady, która, jak można by mniemać z jej literalnego brzmienia, chronić ma człowieka przed instrumentalizacją.

Najistotniejszym paradoksem penologicznej koncepcji Kanta jest jednak to, że uzasadnienie dla stosowania sformułowanych przez niego zasad prawa karnego ostatecznie odwołuje się do argumentacji utylitarnej. Tym samym stoi ono w sprzeczności z moralnym absolutyzmem wywiedzionej jakoby z kategorycznego imperatywu zasady Talionu. W projektowanym przez Kanta „państwie celów" każda jednostka traktowana jest jako cel sam w sobie, równocześnie jednak jej dobro podporządkowane jest dobru całej społeczności. Kant pisze o republice, której obywatele wyrażają zgodę na istnienie określonych praw, zarazem bezwzględnie się im poddając[22]. Prawa te, jako prawa zewnętrzne, chronią i jednocześnie ograniczają ich zewnętrzną (prawną) wolność. Właściwe zadanie praw wyczerpuje się w zapewnianiu bezpieczeństwa znajdującej się pod ich rządami społeczności. Prawo Talionu oraz kara śmierci są instrumentami najskuteczniej gwarantującymi owo bezpieczeństwo. W ten sposób ta misterna konstrukcja traci swój „obiektywnie konieczny" (katego-

[20] I. Kant, *Metaphysik…*, *op. cit.*, s. 159.
[21] *Ibidem*, 160–161; *ibidem*, s. 162; i*bidem*, s. 164.
[22] Patrz: I. Kant, *O porzekadle: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce, Do wiecznego pokoju Projekt filozoficzny*, Comer, Toruń 1995, s. 56–57 i nast.

IUS.indd 320 2006-02-06 11:01:53

ryczny) charakter, a uzasadnienie dla kary przenosi się na płaszczyznę pozamoralną – staje się nim dobro wspólnoty. Kara nie jest już etyczną konsekwencją winy, której wymierzenie wywodzi się z jakiejś „idei karygodności", lecz środkiem ochrony.

Kantowskie uzasadnienie odwetowej funkcji kary jest więc zakorzenione nie tyle w czysto rozumowej dedukcji, ile raczej w „praktycznej wierze", że to właśnie proponowane przez niego środki najlepiej ochronią dobro wspólnoty. Pamiętać trzeba, że na gruncie argumentacji utylitarnej równie dobrze daje się uzasadnić prewencję, a argumenty utylitarne służą zarówno zwolennikom, jak i przeciwnikom kary śmierci. Można więc przypuszczać, iż koncepcja Kanta inspirowana jest po prostu biblijną zasadą Talionu. Ta zaś znajduje uzasadnienie przede wszystkim w czynniku pozaracjonalnym – w objawieniu Mojżesza.

W obliczu tych niejasności[23] retrybutywną koncepcję Kanta proponuję odczytywać raczej jako postulat dostosowania kary do winy podyktowany zdroworozsądkowym przekonaniem, że tylko taka kara jest sprawiedliwa i tylko taka spełniać może cel prewencyjny i wychowawczy, której wymiar jest możliwie bliski dolegliwości wywołanej przestępstwem. Na trafność tej interpretacji wskazuje kilka czynników. Podstawowym jest zapewne sama formuła kategorycznego imperatywu, która nie wprowadza bezwzględnego zakazu instrumentalizowania ludzkiej istoty. Zakazuje ona raczej traktowania jej „tylko jako środka", tj. całkowitego nieuwzględniania moralnej podmiotowości istoty ludzkiej. Zdecydowanie istotniejszym czynnikiem przemawiającym za tą interpretacją są jednakże przedstawione już postulaty Kanta dotyczące rozdziału płaszczyzny tworzenia moralnych zasad od płaszczyzny ich zastosowania. Uznając konieczność udziału czynników empirycznych w procesie wymierzania kary, Kant osłabia formalistyczny charakter swojego projektu. Rozdzielając te płaszczyzny wskazuje natomiast, że rozmaite zadania i role, jakie wymierzona kara może spełniać, powinny być rzeczą drugorzędną wobec intencji ustalenia słusznego wyrównania za dokonane naruszenie porządku. Innymi słowy kara, która jest niewątpliwie środkiem ochrony społeczeństwa, winna być wymierzana przede wszystkim z intencją wyrównania krzywdy wyrządzonej przestępstwem.

[23] Wynikających, jak podkreśla Höffe, z tego, że w koncepcji Kanta brak jest metodycznego wyjaśnienia tej kwestii. O. Höffe, *op. cit.*, s. 219.

ABSTRACT

The aim of the paper is to review Immanuel Kant's theory of punishment. The author puts forward the thesis that the retributive justification of punishment meted out by the state which lies at the crux of the Kantian approach does not rule out its teleological or protective function. Kant's account of the relation between law and morality serves as the point of departure (I). The author proceeds to discuss the severity of punishment with regards to the categorical imperative (II). The third part of the article (III) explores Kant's arguments against the utilitarian concepts. Finally, the Kantian theory of punishment is viewed from the perspective of his notion of the state.



RECENZJE

IUS.indd 323 2006-02-06 11:01:54







Wojciech Sadurski

RAWLS I GRANICE LIBERALIZMU

SPIS TREŚCI

1. Uwagi wstępne 327
2. Zmiana optyki Johna Rawlsa 327
3. Zasady sprawiedliwości 330
4. Społeczeństwa liberalne a społeczeństwa „przyzwoite” 333
5. Realistyczna utopia 337
6. Zawężona konstrukcja umowy społecznej 340
7. Budowa i adresaci Prawa Ludów 342
8. Tolerancja a konstrukcja Prawa Ludów 345
9. Granice liberalizmu 350

Uwagi o książce: J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, ss. 254.

IUS.indd 325 2006-02-06 11:01:55

WOJCIECH SADURSKI

Profesor filozofii prawa w Europejskim Instytucie Uniwersyteckim (Florencja) i na Uniwersytecie w Sydney. Zajmuje się filozofią prawa, zwłaszcza moralnymi wymiarami prawa, teorią uprawnień, filozofią polityczną, w tym teorią sprawiedliwości i państwa liberalnego, teorią konstytucjonalizmu i konstytucyjnymi aspektami integracji europejskiej.

Opublikował m.in. *Rights before Courts*; *Freedom of Speech and Its Limits*; *Giving Desert Its Due: Social Justice and Legal.*

IUS.indd 326 2006-02-06 11:01:55

1. UWAGI WSTĘPNE

Istnieje pewna spójna linia łącząca trzy główne książki składające się na dzieło wielkiego, niedawno zmarłego amerykańskiego filozofa, Johna Rawlsa: *Teorię sprawiedliwości* (*TS*)[1], *Liberalizm polityczny* (*LP*)[2] i omawiane tutaj *Prawo Ludów* (*PL*)[3]. Linię tę można zarysować przez obserwację reakcji na każdą kolejną książkę ze strony miłośników „oryginalnego" Rawlsa; tego, który zaprezentował się filozoficznej publiczności swymi artykułami o sprawiedliwości w latach 50. i 60. ubiegłego stulecia, następnie przeobrażonymi w mistrzowską *TS* w 1971 roku. Tak jak *LP* został przyjęty z konsternacją, zaskoczeniem i pewnym rozczarowaniem przez wielu entuzjastów *TS*, tak i później *PL* przyjęte zostało z pewnym rozczarowaniem przez czytelników *TS* i *LP*. Muszę podkreślić, że mówiąc o „rozczarowaniu", nie mam na myśli krytyk autora za obniżkę jakości intelektualno-naukowej jego dzieł (choć, w przypadku objętościowo skromnego *PL* takie obiekcje mogły być – i były – formułowane), ale „rozczarowanie" o charakterze, nazwijmy to, moralno-politycznym. Ci, którzy dali przekonać się koncepcjom wyłożonym w *TS*, wyrażali żal, że ich twórca odchodził od nich kolejno w *LP* i jeszcze bardziej w *PL*. Zjawisko to można porównać do żalu, że kapłan, który – gdy tylko przekonał wyznawców do swej wiary – stopniowo ją porzuca i wynajduje przyczyny dla podważania jej głównych zasad.

Czy jednak przyczyny te uzyskały odpowiednie uzasadnienie?

2. ZMIANA OPTYKI JOHNA RAWLSA

W *TS* Rawls wyraził w sposób najdoskonalszy, najbardziej pogłębiony i intelektualnie subtelny zasady liberalizmu, opierającego się na dwóch głównych filarach: maksymalizacji indywidualnej wolności osobistej i potrzebie kolektywnej działalności realizującej ideał sprawiedliwości dystrybutywnej w imię zasad elementarnej, ludzkiej solidarności z najbardziej poszkodowanymi, upośledzonymi członkami społeczności. Odwo-

---

[1] J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard 1971; wydanie polskie pt. *Teoria sprawiedliwości*, przekład M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994.

[2] J. Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993; wydanie polskie pt. *Liberalizm polityczny*, przekład A. Romaniuk, Warszawa 1998.

[3] J. Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard 1999, wydanie polskie pt. *Prawo ludów*, przekład M. Kozłowski, Warszawa 2001.

IUS.indd 327 2006-02-06 11:01:55

łując się do klasycznych, zdawałoby się anachronicznych instrumentów filozofii politycznej, takich jak idea umowy społecznej, a jednocześnie do nowoczesnej siatki pojęciowej dwudziestowiecznej filozofii i ekonomii politycznej (w tym także do szkoły „wyboru politycznego"), John Rawls otworzył nowe perspektywy przed „tradycyjnymi liberałami" (w amerykańskim bardziej niż europejskim rozumieniu „liberała"). Pokazał mianowicie, że istnieje trzecia droga wobec mało atrakcyjnej alternatywy, przed którą stanęła filozofia polityczna w połowie dwudziestego wieku: albo czysto analityczne rozważania o znaczeniu pojęć, jakimi posługuje się teoria polityczna, albo gołosłowne, ideologiczne wyznania wiary politycznej, na które nie ma miejsca na przyzwoitych uniwersytetach i w książkach o aspiracjach naukowych. Rawls w *TS* pokazał, jak można uprawiać precyzyjną, koherentną, konceptualnie rygorystyczną filozofię polityczną, nie odżegnując się przy tym od oparcia jej na jednoznacznym systemie wartości; pokazał, że można przekroczyć antynomię „analiza – ideologia" i rozwijać normatywną filozofię polityczną w sposób naukowo wiarygodny.

„Rozczarowanie" czytelników drugiej książki Rawlsa (*LP*) wynikało nie ze zmiany tego podejścia do uprawiania filozofii politycznej, ale z meritum samej teorii. W *TS* Rawls rozwinął bowiem pewną całościową teorię sprawiedliwości, z której wynikało jednoznacznie uniwersalistyczne przesłanie: wszyscy członkowie liberalnego społeczeństwa zasługują na traktowanie wynikające z dwóch zasad sprawiedliwości, zrekonstruowanych w *TS*. Wszyscy mają zatem prawo do maksymalnej wolności osobistej, dającej się pogodzić z analogiczną wolnością wszystkich innych, a także do dobrodziejstw płynących z tzw. zasady różnicy (na mocy której nierówności społeczno-ekonomiczne uzasadnione są tylko o tyle, o ile są one na korzyść najgorzej sytuowanych) oraz rzeczywistej równości szans (rozumianej nie na sposób merytokratyczny, ale głęboki, czyli dopuszczający programy afirmatywne). Tymczasem *LP* zdawał się podważyć ową uniwersalność *TS*: na miejsce zasady wolności dla każdego jako ideału naczelnego całej teorii weszła zasada tolerancji dla różnorodnych systemów wartości (a więc także nieliberalnych), pod warunkiem tylko, by były one „rozsądne". Misjonarski charakter liberalizmu, wymagający rozszerzania dobrodziejstw liberalnej wolności na wszystkich, został tu zanegowany i zastąpiony potrzebą uznawania racji także tych, którzy liberalizmu nie akceptują. Innymi słowy, liberalizm Rawlsa na etapie *LP* wspiął się niejako na wyższy szczebel i zajął się rozważaniem relacji między liberalizmem (pierwszego stopnia) a innymi doktrynami politycznymi, których wyznawcy powinni mieć równe prawa co liberałowie do urządzania społeczeństwa zgodnie z własnymi ideałami. Liberalizm drugiego stopnia przestał zajmować się artykułowaniem wartości, jakim

IUS.indd 328 2006-02-06 11:01:56

ma służyć dobre (a zatem liberalne) społeczeństwo, ale podjął się porządkowania zasad koegzystencji między wyznawcami różnych systemów wartości w społeczeństwie pluralistycznym[4].

Między *TS* a *LP* nastąpiła więc nie zmiana ideałów (jak zawiedzeni „nowszym" Rawlsem liberałowie sądzili), ale raczej zmiana optyki czy też głównego pytania, na które teoria starała się odpowiedzieć. O ile *TS* zajmowała się głównie „teorią idealną", starającą się odpowiedzieć na pytanie: jak powinno wyglądać idealne społeczeństwo, gdyby urządzali je wyłącznie liberałowie, o tyle *LP* zajął się pytaniem na wskroś „politycznym" (choć nie znaczy to – mniej „filozoficznym" niż w *TS*): jak powinny wyglądać relacje między liberałami a nie-liberałami w dobrze urządzonym społeczeństwie? Nie nastąpiło więc w istocie odejście od *TS*, ale raczej wzięcie jej w pewien nawias i uchylenie upraszczającego założenia, że w idealnym społeczeństwie wszyscy będą wyznawcami ideałów liberalnych. Głębokie różnice co do wartości nie są dla autora *PL* przejściową aberracją, ale trwałym, normalnym i nieuchronnym elementem wszelkiej kondycji społecznej. Liberał nie może więc poprzestać na zarysowaniu swej „teorii idealnej"; musi iść krok dalej i powiedzieć, jakie filozoficzne przesłanki powinny kształtować społeczeństwo składające się z ludzi wyznających rozmaite systemy wartości, w tym także nieliberalne ideały. Tym właśnie zajął się Rawls w *LP*.

Prawo ludów stanowi kolejny (już niestety ostatni) krok w tym rozwoju myśli Rawlsa: droga od *Liberalizmu politycznego* do *Prawa Ludów* jest kontynuacją drogi od *Teorii sprawiedliwości* do *Liberalizmu politycznego*. O ile *LP* wynikał z uchylenia założenia o homogeniczności poglądów członków społeczeństwa liberalnego, o tyle *PL* uchyla kolejne upraszczające założenie Rawlsa, że ograniczamy swe rozważania do granic jednego społeczeństwa, albo że społeczeństwo, o którym mówimy, ma charakter ogólnoplanetarny. Tymczasem tak oczywiście nie jest. Świat podzielony jest na odrębne państwa mniej lub bardziej suwerenne i ten fakt musi być wzięty poważnie pod uwagę przez liberalną teorię polityczną. *PL* jest więc wyciągnięciem wniosków z istnienia granic między państwami jako relewantnego czynnika, który nie może być po prostu pomijany lub lekceważony przez teorię liberalną. Jednocześnie to tłumaczy, dlaczego tak wiele reakcji na *PL* stanowiło powtórzenie – *mutatis mutandis* – owego rozczarowania, z jakim wielu liberałów, przekonanych do *TS*, przywitało *LP*. Uniwersalistyczne ostrze *TS*, złagodzone poważnie przez *LP*, uległo jeszcze dalszemu stępieniu. Liberał przekonany przez *TS*, zaznajamiając się z *PL*, musi doznać pewnego szoku intelektualnego, nawet jeśli w międzyczasie pozbył się już pewnych

[4] Szerzej na temat liberalizmu pierwszego i drugiego stopnia, por. W. Sadurski, *Konstytucyjna kwadratura kola? Przyczynek do teorii liberalnego konstytucjonalizmu*, „Civitas" I, 1997, nr 1, s. 37–70.

IUS.indd 329 2006-02-06 11:01:56

misjonarskich zapędów i złudzeń w wyniku lektury *LP*. Uniwersalistyczne przeświadczenie, tak mocno wryte w koncepcję rozwiniętą w *TS*, że każdy człowiek, bez względu na przypadkowe miejsce (tak geograficzne, jak i kulturowe), w którym się urodził, zasługuje na mocne, głębokie, hojne uprawnienia liberalne, tak przekonująco wywiedzione z hipotetycznej umowy społecznej w *TS*, poddane zostaje w *PL* ostatecznemu zakwestionowaniu. Już nie tylko ze względu na współżycie w jednym społeczeństwie z nie-liberałami (jak chciał *LP*), ale także ze względu na współistnienie rozmaitych narodów i państw na kuli ziemskiej, uniwersalistyczne przesłanie liberalizmu poddane zostaje podważeniu. Oto miara zmiany optyki Rawlsa w *PL*, w porównaniu z *TS*, ale także i wytłumaczenie konsternacji i rozczarowania, z jakimi tak wielu liberałów (w tym także piszący te słowa) przyjęło ostatnią książkę swego idola.

3. ZASADY SPRAWIEDLIWOŚCI

W *PL* Rawls proponuje osiem zasad, które mają stanowić moralne ramy systemu międzynarodowego i które – zgodnie z wyłożoną już w *TS* metodologią umowy społecznej, przebiegającej za „zasłoną niewiedzy" – przyjęte by były przez przedstawicieli ludów uczestniczących w owej hipotetycznej umowie:

1. Ludy są wolne i niepodległe, a ich wolność i niepodległość powinna być respektowana przez inne ludy.
2. Ludy powinny respektować traktatów i zobowiązań.
3. Ludy są równe i mogą być stronami wiążących je umów.
4. Ludy powinny przestrzegać nakazu nieingerencji.
5. Ludy mają prawo do samoobrony, lecz nie mają prawa do podżegania do wojny z innych powodów niż samoobrona.
6. Ludy powinny honorować prawa człowieka.
7. Ludy powinny przestrzegać pewnych określonych ograniczeń w prowadzeniu wojny.
8. Ludy mają obowiązek udzielania pomocy innym ludom żyjącym w niekorzystnych warunkach, uniemożliwiających im posiadanie sprawiedliwego lub przyzwoitego ustroju politycznego i społecznego (s. 57–58)[5].

Nawet pobieżna refleksja nad tym katalogiem ośmiu zasad, które Rawls określa z pewną przesadą jako „znane i tradycyjne zasady sprawiedliwości, panujące wśród wolnych i demokratycznych ludów" (s. 58) pozwala zrozumieć, dlaczego wielu liberałów mogło potraktować to jako niemalże zdradę liberalnego credo. Nie tylko imponujące uprawnienia

[5] Wszystkie numery stron w nawiasach odnoszą się do polskiego wydania *Prawa Ludów*, *op. cit.*

indywidualne, wynikające z dwóch zasad sprawiedliwości wyartykułowanych w *TS*, ale także dużo skromniejsze reguły politycznych uprawnień jednostkowych (zwłaszcza – uprawnień związanych z wolnością słowa, partii, stowarzyszeń, itp.), zarysowane w *LP*, nie mieszczą się w ramach, określonych powyższymi ośmioma zasadami. „Prawa człowieka" zadeklarowane w szóstej zasadzie to bardzo daleki odblask uprawnień ludzkich, zakotwiczonych w teoriach rozwiniętych w *TS* i *LP*. Rawls jednoznacznie opowiada się za bardzo wąskim, treściowo słabym katalogiem uniwersalnie obowiązujących praw człowieka. Czyni to na początek w swym wyjaśnieniu dotyczącym szóstej zasady pisząc, że „prawa człowieka", o których mowa w tej zasadzie, obejmują wyłącznie prawo do życia, do wolności (wąsko rozumianej – bez np. równej wolności słowa), własności prywatnej i formalnej równości wobec prawa – s. 97–98). Jeszcze wyraźniej wraca to w opisie „przyzwoitych społeczeństw hierarchicznych" jako spełniających wymogi praw człowieka (o czym niżej). Rawls stawia zresztą kropkę nad „i" pisząc, że prawa człowieka w takim rozumieniu, w jakim jako część Prawa Ludów zostały przyjęte „określają konieczny, *chociaż niewystarczający* standard przyzwoitości wewnętrznych instytucji społecznych i politycznych (ss. 117–118, podkreślenie moje, WS).

Człowiek, z racji przynależności do społeczeństwa, ocenianego przez Rawlsa jako „przyzwoite", ale ani liberalne w rozumieniu *TS* ani demokratyczne w rozumieniu *LP*, znajdzie niezmiernie słabe podstawy dla swych ewentualnych roszczeń wobec władzy, jeśli jedynymi moralno-filozoficznymi warunkami, jakie „jego" władza musi spełniać, by być w zgodzie z Rawlsowskim „Prawem ludów", jest zacytowanych przed chwilą osiem zasad. Prawo Ludów w rozumieniu Rawlsa da *placet* dla bardzo nawet nieegalitarnych państw i społeczeństw, w tym takich, które nie gwarantują kobietom równości szans oświatowych lub zawodowych, które nie mają przedstawicielskich instytucji demokratycznych ani silnej władzy sądowniczej, kontrolującej poczynania egzekutywy. Jeśli zaś chodzi o sprawiedliwość dystrybutywną, *PL* zdecydowanie odrzuciło sugestię wielu interpretatorów i miłośników Rawlsa (tego z *TS*), by dokonać ekstrapolacji dwóch zasad sprawiedliwości sformułowanych w *TS* na sferę międzynarodową. Starali się oni zadać sobie pytanie: jak wyglądałaby międzynarodowa dystrybucja dóbr, gdyby uchylić założenie, że hipotetyczna umowa dokonywana w sytuacji pierwotnej w *TS* ograniczona jest swym zasięgiem do granic pojedynczego państwa? Nietrudno dowieść, że gdyby druga zasada sprawiedliwości z *TS* została rozciągnięta na stosunki międzynarodowe, prowadziłoby to do bardzo radykalnej redystrybucji dóbr w skali światowej, a gdyby tak rozszerzyć zakres obowiązywania pierwszej zasady z *TS*, prowadziłoby to do globalnego, uniwersalnego systemu praw człowieka. Obie te sugestie Rawls w *PL* odrzuca.

IUS.indd 331 2006-02-06 11:01:57

Na gruncie metodologii Rawlsa, właściwym pytaniem, jakie krytycy jego ujęcia mogą zadać, jest *nie*: Czy tych osiem zasad stanowi wystarczający katalog moralnych zasad, rządzących społecznością międzynarodową? Przyjmując metodologię umowy społecznej, właściwym pytaniem jest: Czy można przyjąć, że w sytuacji hipotetycznej umowy społecznej, zawieranej przez uczestników za zasłoną niewiedzy, właśnie tych osiem – i tylko tych osiem zasad – zostało by przyjętych jako zasady sprawiedliwości międzynarodowej? Takie pytanie, jak widać, wymaga rekonstrukcji kontraktualnej metodologii Rawlsa i zastanowienia się, na ile uzasadnione są modyfikacje pierwszej umowy społecznej, tej z *TS*, w momencie przejścia od ram pojedynczego społeczeństwa do sprawiedliwości planetarnej. Ten sposób postawienia problemu wynika stąd, że *konkluzje* umowy społecznej oparte są na konstrukcji *zasad* tej umowy. W zależności od modyfikacji zasad, zmieniamy treść konkluzji. Rawls, przechodząc od umowy „wewnątrz-społecznej" (w *TS*) do umowy między społeczeństwami (w *PL*) dokonał bardzo istotnej zmiany w konstrukcji zasad umowy: zmiany, która przesądziła o takim, a nie innym, kształcie zasad sprawiedliwości międzynarodowej. Podstawowa zmiana polega na tym, że o ile w *TS* uczestnikami umowy społecznej były jednostki (a właściwie ludzie reprezentatywni dla jednostek okupujących różne szczeble stratyfikacji społecznej – ale jako reprezentanci jednostek a nie grup), o tyle podmiotami umowy społecznej w *PL* są „ludy", czy też przedstawiciele ludów.

Zanim odpowiemy na pytanie o zasadność takiej przemiany, warto zdać sobie sprawę z jej fundamentalnych implikacji. Gdyby uczestnikami umowy społecznej regulującej sprawiedliwość na szczeblu planetarnym były jednostki, katalog ośmiu zasad (jako *wystarczająca* lista zasad sprawiedliwości międzynarodowej) byłby nie do obrony. Przyjmując metodologię zasłony niewiedzy (która jest niezbędnym składnikiem metody argumentacji opartej na umowie społecznej u Rawlsa) należałoby przyjąć, że tylko takie zasady zasługują na miano zasad sprawiedliwości w skali międzynarodowej, które byłyby przyjęte przez wszystkich racjonalnych uczestników umowy, deliberujących w stanie niewiedzy odnośnie do tego, do jakiego konkretnie społeczeństwa należą. „Zasłona niewiedzy" przeniesiona z warunków *TS* (gdzie dotyczy ona m.in. miejsca w danym społeczeństwie) na warunki *PL*, musiałaby „zatajać" przed uczestnikami umowy fakty dotyczące ich usytuowania w geograficznym miejscu świata. Nie znając swojego miejsca w świecie nie zgodziłbym się na tak minimalistyczny program, jaki wyraża osiem zasad. Uznałbym, że ryzyko znalezienia się w społeczeństwie głęboko nieegalitarnym i niedemokratycznym (chociaż „przyzwoitym", w terminologii Rawlsa – o czym niżej) jest zbyt wielkie, bym mógł parafować taką umowę. Domagałbym się dużo bardziej rygorystycznych wymogów, jakie wszystkie społeczeństwa

muszą spełniać. Jeśli jednak uczestnikami umowy są nie pojedyncze jednostki *quae* jednostki, ale podmioty reprezentatywne dla „ludów" – dla całych zbiorowości, które stanowią właściwe podmioty sprawiedliwości międzynarodowej – ograniczenie reguł sprawiedliwości do ośmiu raczej minimalnych zasad staje się dużo bardziej przekonywające. Dlatego absolutnie fundamentalne znaczenie ma odpowiedź na pytanie o zasadność skonstruowania umowy społecznej w *PL* jako obejmującej „ludy", a nie jednostki.

Co więcej, w samej hipotetycznej umowie społecznej w *PL* (w odróżnieniu od umowy społecznej w *TS*) mamy do czynienia z selektywną „kooptacją" uczestników do hipotetycznego aktu umowy. W umowie będącej podstawą sprawiedliwości międzynarodowej uczestniczą tylko ludy „dobrze urządzone", tzn. te, które mają liberalny ład instytucjonalny lub nieliberalne ale „przyzwoite" (s. 10–11, 94–95). Inne ludy, które nie doznają korzyści należenia do żadnej z tych dwóch grup, nie są „godne […] uczestniczenia w społeczności ludów" (s. 11) i są wykluczone z umowy społecznej. Rzecz jasna, gdyby podmiotami umowy były jednostki, właśnie nieszczęśliwi mieszkańcy tych najgorzej urządzonych społeczeństw najbardziej potrzebowaliby dobrodziejstw, wynikających z krytycznego ostrza zasad sprawiedliwości międzynarodowej. Na mocy ograniczenia umowy do grup, pozostają oni poza ramami umowy, a zatem i zasad sprawiedliwości.

Rawls nie wyjaśnia przekonywająco, dlaczego uczestnikami umowy na skalę międzynarodową muszą być tylko „ludy", a nie jednostki i w konsekwencji dlaczego zasady sprawiedliwości z *TS* nie mają zastosowania do płaszczyzny międzynarodowej. Rawls co prawda *explicite* odrzuca ideał kosmopolityczny (ss. 173–174), który mógłby być traktowany jako proste zastosowanie dwóch zasad sprawiedliwości z *TS* do wszystkich ludzi na świecie. Ideał taki uznałby rozciągnięcie owych dwóch zasad za prostą konsekwencję uznania granic między państwami i rozróżnień między narodami za nierelewantne z punktu widzenia moralnego. Obiekcje Rawlsa wobec takiej prostej ekstrapolacji jego własnej teorii nie brzmią jednak szczególnie przekonywująco, co postaram się niżej wykazać.

4. SPOŁECZEŃSTWA LIBERALNE A SPOŁECZEŃSTWA „PRZYZWOITE"

Rozróżnienie między społeczeństwami liberalnymi a tymi, które choć liberalne nie są, można uznać za „przyzwoite", a zatem spełniające wymogi Prawa Ludów, ma szczególne znaczenie dla tej teorii. Główne zastrzeżenia, jakie bowiem mogą być – i były – formułowane pod adresem Rawlsa z pozycji liberalnych, polegają na nadmiernej wyrozumiałości dla

społeczeństw rządzonych w sposób, jakiego ani Rawls, ani jego intelektualni sojusznicy nie tolerowaliby w USA, Wielkiej Brytanii czy w Polsce. Aby zostać zakwalifikowany jako *liberalny*, „lud", musi spełniać wymogi demokracji konstytucyjnej, zgodnie z zasadami wyrażonymi w *LP*: jest to więc wymóg liberalizmu „drugiego stopnia", a nie liberalizmu w znaczeniu wyrażonym w *TS*. Problem zaczyna się na etapie charakterystyki drugiej kategorii ludów, które obok społeczeństw liberalnych również należą do Prawa Ludów, a zatem powinny być uznawane za „równoprawnych członków pomyślnej społeczności ludów" (s. 89). Głównym celem takiego rozszerzenia Prawa Ludów jest rozstrzygnięcie, „do jakiego stopnia ludy liberalne powinny tolerować ludy nieliberalne" (s. 89) – przy czym chodzi tu nie tylko o tolerancję w sensie powstrzymania się od interwencji, ale także o „obowiązek życzliwości wymagający, aby [ludy liberalne] przedstawiały innym ludom publiczne racje swoich działań odpowiednie dla społeczności ludów" (s. 89). Właściwe zarysowanie owej kategorii ludów nieliberalnych choć „przyzwoitych" ma zatem ogromne znaczenie teoretyczne i praktyczne.

Jak wyjaśnia to Rawls, pod trzema względami ludy „przyzwoite" mogą odbiegać od standardów ludu demokratyczno-liberalnego. Po pierwsze, nierówności i ekonomiczne upośledzenie pewnych grup i ludzi w ramach tych społeczeństw mogą przekraczać ramy, akceptowane w społeczeństwach liberalnych – chociaż Rawls nie wyjaśnia, jak wielkie nierówności i dające się usunąć upośledzenia zgodne są z wymogami „przyzwoitości". Po drugie, równość swobody wypowiedzi i religii może być naruszona, na przykład przez uznanie religii państwowej. Po trzecie wreszcie, społeczeństwo „przyzwoite" może być niedemokratyczne, chociaż wymagana jest „przyzwoita hierarchia konsultacyjna", stosowana przez władców dla zapoznania się z opiniami obywateli. Jak widać, interpretacja „praw człowieka" (szósty wymóg w katalogu ośmiu zasad) musi być odpowiednio wąska, by społeczeństwa cechujące się tymi trzema skazami (z punktu widzenia liberalnego demokraty) mimo wszystko kwalifikowały się jako „przyzwoite" i spełniające wymogi Prawa Ludów.

Akceptacja społeczeństw „przyzwoitych", cechujących się powyższymi trzema defektami (przyjmijmy jako oczywistość, że są to istotnie poważne defekty z punktu widzenia wartości liberalno-demokratycznych) rodzi poważne wątpliwości. Skoro w ramach „naszych" społeczeństw (naszych, tzn. liberalnych) nie uważamy, że koncepcje takie zasługują na szacunek (tzn. koncepcje domagające się nierówności dla różnych wyznań, odrzucające instytucje demokratyczne itp.), dlaczego mamy darzyć respektem inne społeczeństwa, realizujące takie właśnie koncepcje? Dlaczego coś, co zasługuje na krytykę, jeśli przejawia się w ramach naszego społeczeństwa, zyskuje wyższą rangę, jeśli występuje poza naszymi gra-

IUS.indd 334 2006-02-06 11:01:59

nicami? W tym pytaniu ponownie pojawia się zagadnienie „ludów" jako podmiotów międzynarodowej umowy społecznej. Moralne koszty takiej akceptacji ludów nieliberalnych (choć „przyzwoitych") są dla liberała oczywiste. Wszak liberał wychodzi z założenia, że instytucje społeczne powinny być oceniane zawsze przez pryzmat tego, w jakim stopniu służą one interesom jednostek, a w szczególności interesom związanych z wolnością i równością tych jednostek. Przyjmując Rawlsowską filozofię ładu międzynarodowego, na mocy której interesy „ludów" górują nad interesami jednostek, liberał płaci wysoką cenę zapoznania interesów jednostkowych, które są u podstaw filozofii liberalnej. Jakie korzyści mogą uzasadnić poniesienie takich kosztów?

W swej książce Rawls zarysowuje kształt fikcyjnego społeczeństwa przyzwoitego choć niedemokratycznego i nieliberalnego (s. 111–116). W „Kazanistanie" odrzucony jest indywidualizm – nie ma rozdziału kościoła od państwa, tylko wyznawcy oficjalnie faworyzowanej religii mogą pełnić funkcje państwowe, nie ma wszakże prześladowania wyznawców innych religii ani „arbitralnej dyskryminacji" (s. 113). Co więcej, choć nie istnieją instytucje demokratyczne na kształt zachodnich demokracji, to jednak istnieje „przyzwoita hierarchia konsultacyjna", ponieważ ludzie traktowani są jako członkowie grup (bo „każdy obywatel musi należeć do jakiejś grupy", s. 114), konsultacje przeprowadzane są z grupami. Do pewnego stopnia szanowany jest sprzeciw wobec decyzji władców, ale tylko w tym sensie, że „odpowiedź rządu ma na celu wykazanie, w jakim stopniu rząd ma zamiar interpretować swoją politykę jako zgodną ze wspólnym dobrem idei sprawiedliwości i zarazem narzucać obowiązki członkom społeczeństwa" (s. 115).

Łatwe jest wykazywanie rozmaitych słabości i defektów „Kazanistanu". Łatwe – ale mało skuteczne względem teorii Rawlsa, bo przecież on sam nie mówi, że jest to jego ideał społeczny; przyznaje on, że „Kazanistan [nie] jest doskonale sprawiedliwy" (s. 117). Celem opisu „Kazanistanu" jest wskazanie parametrów, według których mieścić się mogą społeczeństwa inne niż nasze, liberalno-demokratyczne, a które mimo to powinniśmy respektować i przyjąć do społeczności ludów bez intencji nawracania ich na naszą, liberalno-demokratyczną modłę. Jak widzimy, ze względu na raczej minimalistyczny opis owych warunków progowych, ostrze krytyczne teorii liberalnej jest poważnie stępione. Jak uważa Rawls, „coś takiego, jak Kazanistan, to najlepsze, na co możemy liczyć", i dodaje niezmiernie ważną uwagę: „oświecony pogląd na *granice liberalizmu* podpowiada takie ujęcie rozsądnie sprawiedliwego prawa ludów, które mogłyby zaakceptować jednocześnie ludy liberalne i nieliberalne" (s. 116 – podkreślenie moje, W.S.). Podkreślam – to bardzo ważna sugestia, gdyż w niej najważniejszy autor dwudziestowiecznego, nowocze-

snego liberalizmu podpowiada nam, jakie są „granice liberalizmu". Czy możemy jednak te sugestie przyjąć bez poczucia, że oto wyrzekamy się najistotniejszych przesłanek, które motywują nas w kierunku obrania teorii liberalnej? Choćby przesłanki, która – w sformułowaniu Briana Barry'ego – mówi, że „nikt, nigdzie na świecie, nie powinien być pozbawiony liberalnej ochrony przed niesprawiedliwością i uciskiem"[6]?

Zadanie sobie tego pytania jest tym bardziej konieczne, że przecież celem teorii, rozwijanej w *PL*, nie jest podanie wskazówek dla rządów państw demokratycznych, jaką politykę powinny prowadzić wobec państw o różnym stopniu odstępstw od demokracji. Innymi słowy – teoria Rawlsa nie może być odczytywana w kategoriach pragmatyczno-politycznych, jako swojego rodzaju teoretycznie pogłębiona koncepcja *Realpolitik*, nakazująca nam, byśmy w naszych praktycznych poczynaniach dokonywali rozróżnień między rozmaitymi kategoriami państw niedemokratycznych. Nie, teoria ta ma charakter polityczno-filozoficzny, co oznacza, że jej celem jest wyartykułowanie norm, którymi możemy posługiwać się (jako jednostki), oceniając inne państwa i społeczeństwa, oraz normy postępowania względem nich. Prawo Ludów w aspiracji Rawlsa stanowić ma miarę oceny systemu międzynarodowego. Co do tego Rawls nie pozostawia żadnej wątpliwości, już na wstępie wyjaśniając, że przez Prawo Ludów rozumie „pewną szczególną polityczną koncepcję słuszności i sprawiedliwości, która stosuje się do zasad oraz norm międzynarodowego prawa i praktyki" (s. 9). Przypomina też, że Prawo Ludów stanowi „rozszerzenie liberalnej koncepcji sprawiedliwości z ustrojów wewnętrznych na społeczność ludów" (s. 18–19), Teoria ta ma więc – podobnie jak *TS* i *LP* – aspiracje etyczno-krytyczne i – jak ostatni cytat jednoznacznie wskazuje – jej funkcja w skali międzynarodowej jest analogiczna do funkcji zasad sprawiedliwości z *TS* w skali krajowej. Wynikać z niej mają jakieś miary postępowania względem różnych społeczeństw, a nie dyrektywy praktycznego działania skierowane pod adresem polityków. Tymczasem Rawls wcale nie sądzi, że celem jego teorii w *PL* jest ustanowienie standardów *zmiany* niektórych społeczeństw (w domyśle: tych niezupełnie demokratycznych i liberalnych) w pozytywnym kierunku. Prawo Ludów ma w samym zamyśle anty-misjonarski charakter: nie wynikają zeń żadne wskazówki dla postulowania (przez liberałów) transformacji ustrojowej w społeczeństwach „hierarchicznych". Jak pisze w pewnym miejscu swej książki Rawls: „Koncepcja ta [tzn. teoria idealna Prawa Ludów – przyp. mój, W.S.] ma za zadanie stymulować zbliżenie ludów dobrze urządzonych [tzn. zarówno liberalnych, jak i przyzwoitych – przyp. mój, W.S.] w projektowaniu wspólnych instytucji służących wzajemnemu dobru.

[6] B. Barry, *Culture and Equality*, Cambridge 2001, s. 138.

Ma też za zadanie umożliwić im kontakty z ludami, które nie są dobrze urządzone" (s. 131). A zatem do zadań teorii (w optyce Rawlsa) nie należy zarysowanie standardów, które mogą służyć pozytywnej ewolucji społeczeństw dobrze urządzonych (choć nieliberalnych) w kierunku liberalnym: ma tylko zarysować warunki graniczne, zgodnie z którymi układać mają się stosunki między dwiema kategoriami społeczeństw dobrze urządzonych.

Możemy tę myśl wyrazić inaczej, bardziej adekwanie do terminologii samego Rawlsa. Akceptacja uczestnictwa „przyzwoitych ludów niedemokratycznych" w społeczności objętej „prawem ludów" byłaby zrozumiała i zapewne uzasadniona jako część „teorii nieidealnej". Rozróżnienie między teorią idealną a nieidealną zostało przez Rawlsa dokonane w *TS*, ale występuje też *explicite* w *PL*. Teoria nieidealna mówi o sposobie postępowania, gdy nie wszystkie okoliczności sprzyjające realizacji teorii idealnej są obecne, a w szczególności, gdy nie wszystkie reguły wynikające z „teorii idealnej" są przestrzegane przez tych, do których się odnoszą. Jest to więc zespół norm i dyrektyw działania w warunkach sub-optymalnych dla realizacji naszych ideałów, wyartykułowanych w „teorii optymalnej". Otóż w *PL* Rawls bardzo jednoznacznie stwierdza, że rozszerzenie Prawa Ludów na przyzwoite ludy hierarchiczne jest częścią teorii idealnej, nie zaś nieidealnej (s. 125, s. 131). A zatem już na poziomie teorii idealnej, wywiedzionej z ideału umowy społecznej, mamy przyjęcie zasady akceptacji ludów liberalnych i przyzwoitych, ale hierarchicznych (a zatem niedemokratycznych i nieliberalnych) w „społeczności ludów dobrze urządzonych" (s. 131), ze wszystkimi stąd wynikającymi konsekwencjami (takimi jak nakaz nie-interwencji, o czym niżej). Nie jest to więc jakaś koncesja na rzecz godnych pożałowania realiów, ale integralna część ideału. Już na etapie artykulacji ideału Rawls porzuca myśl o realizacji przez wszystkie społeczeństwa wspólnych zasad liberalno-demokratycznych: istnienie społeczeństw nieliberalnych i niedemokratycznych przyjęte jest jako etycznie zadowalające *status quo*.

5. REALISTYCZNA UTOPIA

Odrzucenie liberalnego uniwersalizmu jest w *PL* jeszcze bardziej jednoznaczne, gdy wziąć pod uwagę ulubioną przez Rawlsa – bo wielokrotnie pojawiającą się w książce – auto-charakterystykę teorii w *PL* jako „realistycznej utopii" (m.in. s. 10, 13, 21, 24–25, 48, 67, 179, 184). Już pierwsze rozwinięte wprowadzenie rozumienia tego pojęcia pokazuje możliwość zaistnienia wewnętrznej sprzeczności: „filozofia polityczna jest realistycznie utopijna, kiedy rozszerza granice tego, co traktuje się zwykle jako praktyczną polityczną możliwość, zaś czyniąc to, godzi nas ze

IUS.indd 337 2006-02-06 11:02:00

społecznymi i politycznymi warunkami życia" (s. 21). Istnieje nieuniknione spięcie między „rozszerzaniem granic" a „godzeniem z praktycznymi politycznymi możliwościami" – a zatem między „realizmem" a „utopią" w zbitce „realistyczna utopia". Spięcie to nie musi oznaczać wewnętrznej sprzeczności. Może oznaczać konsekwencje całkowicie uzasadnionej aspiracji filozofii politycznej, która chce godzić swe funkcje krytyczne z akceptowaniem zewnętrznych parametrów, zgodnie z którymi nasze społeczne działanie jest możliwe. W przypadku Prawa Ludów jako „realistycznej utopii" istnienie tego spięcia jest jednak źródłem prawdziwego problemu. Byłoby zapewne łatwą demagogią zauważyć, że Rawls niebezpiecznie zbliża się do „realistycznego" bieguna i zaskakująco daleko odchodzi od „utopijności", jaką przejawiać musi każda filozofia polityczna, jeśli ma zachować ostrze krytyczne wobec rzeczywistości. Trudno jednak od takiej obserwacji powstrzymać się.

W przypadku problemu, który akurat rozważamy, owo spięcie w „realistycznej utopii" wyraża się w niejasności statusu etycznego obecności społeczeństw przyzwoitych (acz nie liberalno-demokratycznych) w Prawie Ludów. Pewne elementy teorii sugerują, że obecność ta jest pewną koncesją na rzecz „realizmu", a zatem że nie traktowana jest jako coś *per se* dobrego i trwałego; że obecność ta może i powinna być z czasem przezwyciężona, gdy „utopia" społeczeństw całkowicie liberalnych i demokratycznych stanie się rzeczywistością na całym świecie. Rozsiane w książce sugestie, że społeczeństwa przyzwoite, ale jednocześnie hierarchiczne, są moralnie mniej atrakcyjne dla Rawlsa (np. na s. 122–123 Rawls pisze: „Nie twierdzę, że przyzwoite społeczeństwo hierarchiczne jest równie rozumne, co społeczeństwo liberalne") wydają się przemawiać za taką interpretacją. Do takiej interpretacji skłania też myśl, że szacunek ze strony ludów liberalnych dla przyzwoitych acz nieliberalnych może mieć pozytywny wpływ na ewolucję tych ostatnich: „[Prawo Ludów], pokładając ufność w ideałach konstytucyjnej liberalnej myśli demokratycznej, szanuje ludy przyzwoite, pozwalając im na odnalezienie własnej drogi *spełnienia tych ideałów*" (s. 177, podkreślenie moje – W.S.). A zatem na końcu drogi, której przebycie ułatwia Prawo Ludów, znajdzie się spełnienie ideałów liberalno-demokratycznych, być może tych, które artykułowały *TS* i *LP*! Niestety („niestety" z punktu widzenia wartości wyznawanych przez piszącego te słowa) wiele przemawia również za odwrotną interpretacją, a mianowicie, że stabilność podziału na społeczeństwa liberalne i przyzwoite-nieliberalne ma charakter etycznie znaczący i że nie stanowi on tymczasowego stanu rzeczy, na przezwyciężenie którego Rawls ma nadzieję. Już pod sam koniec książki Rawls zauważa: „nie od wszystkich ludów oczekiwać można liberalności" (s. 176) – i nie ma w tym stwierdzeniu wyrażenia żalu, ubolewania ani nawet poczucia

tymczasowości tej prawdy. Co ważniejsze, usytuowanie Prawa Ludów (wraz z akceptacją ludowe nieliberalnych jako uznanej części społeczności międzynarodowej) jako „teorii idealnej" jest dowodem na stabilność moralnie znaczącego zróżnicowania na społeczeństwa liberalne i nieliberalne (acz przyzwoite).

W tej perspektywie znalezienie odpowiedzi na przyczyny (podkreślam, przyczyny filozoficzne, a nie pragmatyczne) włączenia ludów przyzwoitych acz niedemokratycznych do moralnie znaczącego Prawa Ludów jest bardzo ważne. Jest to jednocześnie trudne zadanie, gdyż moralne przyczyny takiej wyrozumiałości względem społeczeństw typu „Kazanistan" nigdzie nie są u Rawlsa *explicite* wyłożone. Wprost przeciwnie, Rawls od czasu do czasu przemyca w swej książce sugestie o własnym negatywnym stosunku ocennym do takich społeczeństw: na przykład gdy powiada, że „Przyzwoite społeczeństwo hierarchiczne […] nie traktuje swoich członków rozumnie i sprawiedliwie jako wolnych i równych obywateli, ponieważ brak mu liberalnej idei obywatelstwa" (s. 123), albo gdy uzasadnia potrzebę szacunku dla społeczeństw przyzwoitych nie-liberalnych tym, że może to wspierać zmianę tych społeczeństw w kierunku bardziej liberalnym (s. 92) – *implicite* przyjmując, że rozwinięte normy liberalne stanowią optymalny standard oceny społeczeństwa. W ten sposób Rawls pozbawia się też możliwości uzasadnień akomodacji społeczeństw przyzwoitych acz nieliberalnych przez argumentację, że w istocie realizują one pewne potrzeby ludzkie, których nie realizują społeczeństwa liberalno-demokratyczne, na przykład potrzebę harmonii, bezkonfliktowości, zakorzenienia w grupie, spokoju społecznego, podporządkowania rozumnej i paternalistycznej władzy, utożsamienia się ze wspólnotą (Nie muszę dodawać, że żadne z tych uzasadnień do mnie nie przemawia jako uzasadnienie niedemokratycznych społeczeństw: traktuję je jako typowe racjonalizacje autorytaryzmu rozwijane na użytek despotycznych elit w państwach demokratycznych. Nie można jednak wykluczyć próby teoretycznego oparcia akomodacji społeczeństw niedemokratycznych w Prawie Ludów na takich właśnie podstawach). Nie dziwota, że autor *TS* i *LP* miałby kłopot z odwołaniem się do takich właśnie ideałów w celu obrony włączenia niedemokratycznych społeczeństw do Prawa Ludów. Tu wystarczy zauważyć, że gdyby mimo wszystko przyjął taką teoretyczną strategię, nie miałoby wtedy sensu oparcie całej konstrukcji na umowie społecznej między ludami, jako że wszystkie te ideały odwołują się do potrzeb indywidualnych. Można by zatem wyobrazić sobie umowę społeczną, gdzie niektóre jednostki *quae* reprezentanci jednostek a nie grup będą optować za istnieniem społeczeństw, które są niedemokratyczne właśnie dlatego, by realizować pewne potrzeby indywidualne (a nie grupowe), które nie mogą być właściwie realizowane przez państwa de-

IUS.indd 339 2006-02-06 11:02:01

mokratyczne. Rawls świadomie odrzuca możliwość przyjęcia takiej strategii (z przyczyn przed chwilą wyłuszczonych), a zatem i my nie mamy potrzeby iść tym (mylnym, jak by się szybko okazało) tropem.

W tej sytuacji nie mamy jednak nadal odpowiedzi na zasadnicze pytanie o moralne racje dla akceptacji społeczeństw takich jak „Kazanistan" w ramach Prawa Ludów. Musimy tej odpowiedzi szukać dalej.

6. ZAWĘŻONA KONSTRUKCJA UMOWY SPOŁECZNEJ

Jak już wcześniej zauważyłem, jeśli przyjąć Rawlsowską charakterystykę jego koncepcji Prawa Ludów jako „realistycznej utopii", to treść tej koncepcji zbliża się dużo bardziej do realistycznego niż do utopijnego bieguna. Obserwację tę można przenieść także na metodologię, zastosowaną w *PL*. Mimo werbalnego podtrzymywania metodologii umowy społecznej, która tak oryginalnie i z taką mocą przekonywania zastosowana była w *TS*, a potem wyjaśniona i zinterpretowana w *LP*, w *PL* zaskakująco mało miejsca poświęca Rawls próbie rzeczywistego wywiedzenia treści Prawa Ludów z umowy zawartej między reprezentantami „ludów dobrze urządzonych", a zatem liberalnych i nieliberalnych choć „przyzwoitych". (Zostawmy przez chwilę na boku zagadnienie, któremu tak wiele miejsca poświęcam w innych partiach tego artykułu, dlaczego uczestnikami umowy mają być reprezentanci grup a nie jednostek; przyjmijmy *arguendo,* że ten problem nas obecnie nie zajmuje). Mamy w miarę precyzyjnie zarysowane parametry umowy społecznej w skali międzynarodowej, a zatem listę uczestników i składniki „zasłony niewiedzy" (s. 48–54): wiemy przeto, co uczestnicy „wiedzą" (np. to, czy należą do społeczeństwa liberalnego czy hierarchicznego) i czego nie wiedzą (np. jakie są ich zasoby naturalne, poziom rozwoju ekonomicznego itp.). Nie mamy jednak, nawet skrótowego, opisu procesu rozumowania, które prowadziłoby uczestników umowy od warunków tejże umowy do konkluzji w postaci Prawa Ludów, ograniczonego do wyżej wymienionych ośmiu zasad.

Umowa społeczna jako model pewnego rozumowania moralnego, opartego na wyłożonej w *TS* „refleksyjnej równowadze", ma więc nadzwyczaj wątły charakter w *PL*. Sama „refleksyjna równowaga" (metoda modelowania sytuacji pierwotnej w taki sposób, aby wyrazić koherencję między naszymi abstrakcyjnymi zasadami a konkretnymi odczuciami moralnymi) praktycznie w *PL* nie istnieje. Pojawia się tylko raz *explicite* w przypisie (s. 127, przyp. 32) i raz *implicite*, w sparafrazowanej formie (a więc rozpoznawalna chyba tylko przez „koneserów" Rawlsa), w następującym zdaniu: „Wypływająca z umowy społecznej koncepcja tego prawa [ludów – przyp. mój, W.S.] powinna – bardziej niż jakakolwiek inna zna-

na nam koncepcja – wiązać ze sobą w jeden spójny system drogie nam koncepcje polityczne oraz polityczne (moralne) sądy, i to na wszystkich poziomach ogólności[7]. Zdanie to jednak pozostaje w próżni (występuje ono zresztą pod sam koniec rozdziału) i nie wynikają zeń jednoznaczne implikacje dla opisu warunków umowy społecznej. Co ważniejsze jednak, sam „przebieg" umowy społecznej w zasadzie sprowadza się tylko do następującego opisu: „Przedstawiciele ludów dobrze urządzonych rozważają […] zalety tych zasad równości między ludami [tzn. ośmiu zasad Prawa Ludów – przyp. mój, W.S.] i nie widzą powodu, by od nich odchodzić lub proponować rozwiązania alternatywne" (s. 63–64). To bardzo istotne zubożenie hipotetycznego procesu decyzyjnego, dostępnego uczestnikom umowy społecznej w *PL*, w porównaniu z umową w *TS*. Zresztą sam Rawls otwarcie przyznaje: „Stronom [umowy społecznej w *PL*] nie oferuje się *menu* alternatywnych zasad i ideałów do wyboru, jak to się dzieje w *Teorii sprawiedliwości* i w *Liberalizmie politycznym*" (s. 63).

Nastąpiło więc niewątpliwie bardzo poważne zawężenie modelu umowy społecznej, a ponieważ umowa społeczna traktowana jest przez Rawlsa jako „model reprezentacji", co oznacza, że „modeluje ona także to, co uważamy za odpowiednie ograniczenia powodów do przyjęcia politycznej koncepcji sprawiedliwości", powody, jakie Rawls gotów jest rozważyć przy uzasadnianiu koncepcji sprawiedliwości międzynarodowej, są również odpowiednio limitowane. Umowa społeczna z *TS* miała za sobą bardzo szeroki wachlarz opcji, spośród których „uczestnicy" mogli wybierać (m.in. utylitaryzm, perfekcjonizm). Rawls przedstawił był przekonywującą argumentację, na podstawie której właśnie jego dwie zasady sprawiedliwości stanowiły najlepszy rezultat tego procesu. Przypomnijmy, że kluczowym jego składnikiem było przyjęcie optymalizacyjnej strategii „maximin": uznanie za najbardziej racjonalną w sytuacji częściowej niewiedzy strategię zapewnienia sobie najmniej katastrofalnego rezultatu w razie najgorszego możliwie rozwoju wypadków. Tymczasem w *PL* nie wiemy, czy strategia „maximin" ma nadal zastosowanie. Jest to istotne, bo gdyby uczestnicy umowy w *PL* (nawet przyjmując, że reprezentują oni całe ludy, a nie pojedynczych mieszkańców) kierowali się zasadami „maximin", być może przyjęliby pewne rozwiązania, których Rawls nie

[7] Tak przetłumaczone zdanie zatraca istotny sens bardzo ważnego pomysłu teoretycznego Rawlsa. Zacytowane zdanie w oryginale brzmi: *The social contract conception of that law, more than any other conception known to us, should tie together, into one coherent view, our considered political convictions and political (moral) judgments at all levels of generality* – J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, s. 58. Pojęcie *our considered convictions* jest u Rawlsa pojęciem technicznym o ustalonym znaczeniu w ramach tzw. *reflective equilibrium* i przetłumaczenie go jako „drogie nam koncepcje polityczne" zatraca jego znaczenie: chodzi tu o „przekonania" lub „poglądy", ale nie „koncepcje".

rozważa i które nie wchodzą w skład „*menu* alternatywnych zasad i ideałów do wyboru". Można by zapewne uznać, że reprezentanci ludów w sytuacji pierwotnej wybraliby zasadę daleko posuniętej redystrybucji ekonomicznej w skali międzynarodowej – nie zapominajmy, że w przyjętej przez Rawlsa konstrukcji „zasłony niewiedzy" w *PL* nie znaliby oni poziomu rozwoju ekonomicznego swego społeczeństwa (choć wiedzieliby, czy należą do ludu liberalnego czy hierarchicznego, ale przecież korelacja między stopniem liberalizacji i demokratyzacji z jednej strony a stopniem rozwoju gospodarczego nie jest absolutna). Chęć uniknięcia najgorszych konsekwencji pesymistycznego scenariusza (czyli strategia „maximin") podyktowałaby im prawdopodobnie zasadę łagodzenia nierówności ekonomicznych w skali międzynarodowej, analogicznie zarówno do „zasady różnicy" z *TS*, jak i zasady rzeczywistych równych szans z tejże *TS*. A zatem przyjęcie pełnej metodologii umowy społecznej z *TS* prowadziłoby uczestników umowy w *PL* do reguł analogicznych do tych, które Rawls zaproponował w *TS* – tyle że na skalę międzynarodową. Tylko zasadnicze zubożenie reguł umowy społecznej w *PL* i zrezygnowanie (bez uzasadnienia) z „maximinu" pozwala Rawlsowi odrzucić ekwiwalencję między sprawiedliwością w jednym społeczeństwie i sprawiedliwością międzynarodową.

7. BUDOWA I ADRESACI PRAWA LUDÓW

Równie ważną, jak odrzucenie „maximinu", konsekwencją przyjęcia zawężonej konstrukcji umowy społecznej jest zaakceptowanie obecnego podziału świata na państwa jako jednego z parametrów, w ramach musi mieścić się zespół zasad Prawa Ludów. Przypomnijmy cytowane już zdanie Rawlsa, że „stronom [umowy społecznej w *PL* – przyp. mój, W.S.] nie oferuje się *menu* alternatywnych zasad i ideałów do wyboru, jak to się dzieje w *Teorii sprawiedliwości* i w *Liberalizmie politycznym*" (s. 63). Trudno ocenić, na ile istnienie odrębnych państw stanowi w *PL* element argumentacji o pozytywnym zabarwieniu moralnym (do tego stopnia, że uczestnicy umowy społecznej nie mogą wyjść poza parametry zakreślone tym faktem), a na ile jest po prostu faktem empirycznym, neutralnym z punktu widzenia moralnego, choć niewątpliwie istotnym na szczeblu zastosowania ogólnej teorii sprawiedliwości międzynarodowej. Przyjęcie pierwszej interpretacji (że istnienie państw w tej formie, w jakiej je obecnie znamy, jest częścią moralnego krajobrazu, w którym zmieścić się muszą reguły sprawiedliwości międzynarodowej) jest głęboko niepokojące dla tych, którzy dali przekonać się argumentom w *TS*, iż ład społeczny tam rozważany traktuje istnienie granic jako fakt bez moralnego znaczenia. Był to wyłącznie element określenia grupy, gdzie

IUS.indd 342 2006-02-06 11:02:04

dokonuje się dystrybucja, ale nie stanowił wartości samej w sobie. Czytelnikom przekonanym przez *TS* wydawać się mogło, że rozszerzenie geograficzne grupy, gdzie realizowane są dwie zasady sprawiedliwości z *TS*, jest czymś dla liberała pozytywnym. Tymczasem w *PL* mamy dość jednoznaczne (i raczej mało pogłębione) odrzucenie idei rządu światowego (s. 56–57) i kosmopolitycznych koncepcji sprawiedliwości, co sugerowałoby przyjęcie pozytywnego wartościowania obecnej struktury niezależnych od siebie państw. Rawls nie bierze pod uwagę atrakcyjności systemu międzynarodowego, w którym granice między państwami tracą na znaczeniu i w którym rośnie rola nowych wspólnot politycznych, przekraczających dzisiaj dominujące kategorie państw suwerennych.

Co prawda Rawls zaznacza, że celowo posługuje się pojęciem „ludów" a nie państw (s. 38–48), ale ponieważ ludy nie mają dla niego charakteru etniczno-narodowego (słusznie, bo wizja świata, w którym determinanty etniczno-narodowe byłyby decydujące dla określenia składu znaczących wspólnot politycznych nie byłaby moralnie atrakcyjna), przeto „ludy" w dużej mierze pokrywają się u niego ze społeczeństwami, określonymi przez granice między państwami narodowymi. Znaczące jest, że nie znajdziemy u Rawlsa podstaw do twierdzenia, że ludy niezorganizowane w państwo, są równoprawnymi uczestnikami społeczności ludów; wprost przeciwnie, w książce znajdujemy sugestie, że naprawdę Rawlsa interesują tylko te „ludy", które związane są z określonym terytorium i które są reprezentowane przez rząd (s. 17). Przypomnijmy, z drugiej strony, że przez „społeczność ludów" Rawls rozumie „wszystkie te ludy, które są wierne ideałom i zasadom prawa ludów we wzajemnych relacjach" (s. 9), a zatem na poziomie definicji nie ma przyczyn takiego „realistycznego" zawężenia podmiotów społeczności ludów. Jednakże, gdyby „ludy" były rozumiane przez Rawlsa w inny sposób, rozłączony od suwerenności państwowej, trudno byłoby przypisać „ludom" osiem zasad Prawa Ludów – mogą być one bowiem przypisane tylko podmiotom, które mają władzę suwerenną taką jak państwo. Rozróżnienie między „ludami" a „państwami" jest więc mniej istotne w logice dzieła Rawlsa niż sam autor stara się to zasugerować. Granice między państwami (lub „państwo-podobnymi" społeczeństwami) jednak na naszych oczach gwałtownie tracą na znaczeniu i schemat podziału świata, który w tak istotny sposób określa parametry, w jakich realizuje się umowa społeczna w *PL*, staje się coraz bardziej anachroniczny.

Innym przejawem zaskakującej, niewytłumaczalnej na gruncie teorii „idealnej" koncesji na rzecz „realizmu" jest potraktowanie przez Rawlsa statusu *rządów* w umowie, wspierającej Prawo Ludów. W obszernym eseju, rozwinięciem którego stała się omawiana książka, zatytułowanym tak samo jak książka, Rawls zamieścił następujące wytłumaczenie faktu, dla-

czego oparcie Prawa Ludów na „globalnej sytuacji pierwotnej" (w której uczestnicy reprezentowaliby indywidualnych ludzi) jest nieuzasadnione. „Ludy jako ciała grupowe zorganizowane przez swe państwa istnieją obecnie w różnych formach na całym świecie" – pisze Rawls i wyciąga stąd następujący wniosek: „Historycznie rzecz ujmując, wszystkie zasady i normy proponowane jako prawo ludów, aby mieć charakter realistyczny, muszą być do przyjęcia przez rozważną opinię publiczną ludów *i przez ich rządy*"[8]. Podkreślone przeze mnie w ostatnim cytacie słowa wskazują na źródło problemu: dlaczego tylko te zasady i normy należą do idealnego prawa ludów, które są również akceptowane przez *rządy*[9]? Jaki jest status wymogu „realizmu" w tym kontekście? Przypomnijmy, że przecież przyjęta przez Rawlsa metodologia budowania teorii sprawiedliwości w *Prawie Ludów* jest taka sama jak w *Teorii sprawiedliwości*: jest to metoda określona przez samego Rawlsa wcześniej w *TS* i *LP* jako „konstruktywistyczna", na mocy której zasady przyjęte są w „uczciwych warunkach" przez strony kierujące się tylko „właściwymi pobudkami" (s. 51). Metodą modelowania takich „uczciwych warunków" jest umowa społeczna zawarta w sytuacji pierwotnej: jaki jest jednak moralny status rządów, predestynujący je – obok ludów – do uwzględnienia w takiej sytuacji? Prawdą jest, że „realistycznie" rzecz biorąc, normy i zasady nieakceptowane przez rządy mają niewielkie szanse realizacji na forum międzynarodowym, ale jest to problem, z jakim stykamy się dopiero na etapie teorii „nie-idealnej", wynikający z niepełnego podporządkowania się normom, przyjętym na gruncie „teorii idealnej": tymczasem – jak już wcześniej zauważyliśmy – Rawls *explicite* stwierdza, że jego Prawo Ludów należy do teorii idealnej, przyjmującej założenie istnienia świata, w którym „wszystkie ludy uznają i przestrzegają prawa ludów" (s. 131)[10].

[8] J. Rawls, *The Law of Peoples* [w] St. Shute, S. Hurley (red.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York 1993, s. 50. Angielskie słowo *governments* w pierwszym zacytowanym zdaniu tłumaczę jako „państwa", a w drugim – jako „rządy", gdyż kontekst sugeruje, że taka jest intencja autora. W drugim zacytowanym zdaniu, słowo *feasible* świadomie tłumaczę „realistyczne", gdyż takie znaczenie, moim zdaniem, wynika z kontekstu.

[9] Uwagi krytyczne w tym i w następnym akapicie mają charakter względny: być może Rawls, pisząc omawianą tu książkę, wycofał się z poglądu wyrażonego w swym *Amnesty Lecture*, opublikowanym sześć lat przed książką, do którego to poglądu odnosi się poprzedni przypis. O ile się nie mylę, zdanie to *verbatim* do książki nie weszło. Nie zostało ono też jednak przez Rawlsa zdezawuowane.

[10] Niezrozumiałe jest wyrzucenie przez tłumacza (redaktora polskiego wydania?) dwóch słów z tego zdania. W oryginale, zdanie kończy się słowami: *and follow the* (*ideal of the*) *Law of Peoples* – J. Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, s. 89. Opuszczenie wziętych przez Rawlsa w nawias słów osłabia wydźwięk tego zdania, odnoszącego się do idealnego systemu norm Prawa Ludów (w teorii idealnej), a nie po prostu

Zauważmy zresztą, że uznanie rządów, *obok* samych społeczeństw, jako podmiotów w konstruowaniu Prawa Ludów, zakłada milcząco, że rządy te nie są reprezentatywnymi rzecznikami wartości i preferencji w swych społeczeństwach – w przeciwnym razie, byłoby to zbyteczne. Oznacza to, krótko mówiąc, że „hierarchiczne państwa przyzwoite" są jeszcze mniej demokratyczne niż sugeruje to, zarysowana przez Rawlsa, optymistyczna charakterystyka systemu „konsultacji". Przypomnijmy, że dla Rawlsa społeczeństwa przyzwoite choć nieliberalne charakteryzują się tym, że nie mają na przykład typowo liberalnego rozdziału państwa i religii i procedur demokratycznych typu zachodniego, ale mają – nadal używając słów Rawlsa – porządnie działające mechanizmy konsultacji społecznej, a przywódcy i urzędnicy kierują się swym rozumieniem dobra wspólnego, a nie egoistycznym interesem własnym. Taka charakterystyka społeczeństw „przyzwoitych choć nieliberalnych" (a zatem prawowitych uczestników Prawa Ludów) sugeruje, że mimo braku instytucji liberalnych i demokratycznych, władze w tych społeczeństwach generalnie wyrażają prawidłowo rzeczywiste preferencje członków społeczeństwa. Jeśli tak jest, to umieszczenie rządów pospołu ze społeczeństwami w procesie „konstruktywistycznej" budowy Prawa Ludów (przez wymóg, by zaproponowane normy były do przyjęcia także dla rządów) jest nieuzasadnione: skoro rządy te i tak odzwierciedlają preferencje społeczne, nie ma potrzeby czynić dla nich miejsca w ten sposób. Jeśli jednak uważamy, że – mówiąc metaforycznie – powinny one mieć (ze względu na wymóg „realizmu") prawo weta wobec proponowanych zasad Prawa Ludów, to przyjmujemy, że niekoniecznie odzwierciedlają one preferencje społeczne, a zatem nie spełniają nawet minimalnych wymogów, stawianych przez Rawlsa przed państwami hierarchicznymi, lecz „przyzwoitymi".

8. TOLERANCJA A KONSTRUKCJA PRAWA LUDÓW

Pora zrekonstruować zasadniczą przyczynę, dla której Rawls tak stanowczo odrzuca ideę rozciągnięcia liberalnych zasad sprawiedliwości na skalę międzynarodową i czemu właśnie służą rozmaite zastanawiające zabiegi metodologiczne, o których mowa wyżej w niniejszym artykule: erozja koncepcji umowy społecznej, zawężenie „menu" opcji dostępnych dla uczestników umowy, a przede wszystkim – uznanie, że podmiotami umowy są grupy, a nie jednostki. Wydaje się, że kluczowe znaczenie

prawa, jakim go znamy. (*Notabene*, nieprzypadkowo Rawls pisze o Prawie Ludów z wielkich liter, gdy ma na myśli pewien ideał; znów z niewiadomych przyczyn polskie tłumaczenie stosuje małe litery). W przypadku autora, który wytworzył własną terminologię i liczne słowa (takie jak „teoria idealna" mają charakter techniczny, takie bezceremonialne „poprawki" zatracają właściwy sens zdań).

dla przyjęcia takiej właśnie koncepcji, ma uznanie *tolerancji* za naczelną wartość, przyświecającą konstrukcji zasad Prawa Ludów. Rawls nie pozostawia wątpliwości odnośnie do naczelnego znaczenia tego ideału i znaczenia tolerancji w całej konstelacji wartości Prawa Ludów. Tłumacząc, dlaczego liberałowie nie powinni dążyć do rozciągnięcia zasad liberalizmu na inne, mniej liberalne społeczeństwa, Rawls mówi: „Jeśli wymagałoby się od wszystkich społeczeństw, aby stały się liberalne, to idea politycznego liberalizmu nie byłaby w stanie wyrazić należnej *tolerancji* innym akceptowalnym sposobom urządzenia społeczeństwa (jeśli takie istnieją, co zakładam)" (s. 89 – podkreślenie moje, W.S.). To właśnie w tym kontekście Rawls wyjaśnia znaczenie „tolerancji" jako wykraczające poza zakaz ingerencji: „Tolerować znaczy także uznawać te nieliberalne społeczeństwa za równoprawnych członków pomyślnej społeczności ludów, uznawać ich określone prawa i obowiązki, włącznie z obowiązkiem życzliwości…" (s. 89). W innym miejscu książki, gdy Rawls raz jeszcze stara się wyjaśnić przyczyny swego stosunku do „przyzwoitych społeczeństw hierarchicznych", proponuje on następującą bardzo znaczącą analogię: „Społeczeństwa liberalne mogą się mocno różnić pod wieloma względami – niektóre na przykład są zdecydowanie bardziej egalitarne niż inne. Te różnice są jednak *tolerowane* w społeczności ludów liberalnych. Czyż pewnego rodzaju instytucje społeczeństwa hierarchicznego nie mogłyby być podobnie *tolerowane*? Wierzę, że tak" (s. 123–124 – podkreślenia moje, W.S.). Można podać wiele innych cytatów ilustrujących tezę, że w każdym miejscu, gdy pojawia się zespół problemów i pytań akcentowanych w niniejszym artykule recenzyjnym, tolerancja (*explicite* lub *implicite* wprowadzona) staje się wartością-kluczem dla Rawlsa.

Czy jednak ideał tolerancji może rzeczywiście odegrać tak trudną rolę, jaką wyznacza mu Rawls w swej książce? Przede wszystkim należy wyjaśnić znaczenie samego pytania, a w związku z tym, *funkcję* ideału „tolerancji" w kontekście sprawiedliwości międzynarodowej. (Innymi słowy, zanim przyjrzymy się *odpowiedzi*, sprecyzujmy, jakie jest *pytanie*). Chodzi o uzmysłowienie sobie, czego tolerancja w tym kontekście *nie* dotyczy. W kontekście zadań teorii, rozwijanej przez Rawlsa, nie chodzi o „tolerancję" jako kryterium rządzące granicami interwencji siłowej w społeczeństwach, które nam (liberalnym demokratom) nie podobają się. Prawo Ludów nie zawiera bezpośrednio dyrektyw praktycznych dla polityki zagranicznej państw liberalno-demokratycznych. To dość oczywiste zastrzeżenie jest niezbędne, gdyż nawet sam Rawls wydaje się czasem mieszać porządki normatywnej filozofii politycznej (skierowanej do indywidualnych członków społeczeństwa liberalnego) i pragmatycznych dyrektyw polityki zagranicznej (skierowanych do rządów). Do tych ostatnich należy na przykład wyjaśnienie, że „przyzwoite społeczeństwo

IUS.indd 346 2006-02-06 11:02:06

hierarchiczne spełnia wystarczające wymagania moralne i prawne, które przeważają nad racjami politycznymi […] przemawiającymi za narzucaniem sankcji temu ludowi lub interwencją siłową przeciw niemu i jego instytucjom" (s. 123). Tymczasem zasada tolerancji w kontekście Prawa Ludów nie reguluje bezpośrednio zakresu dopuszczalnej ingerencji międzynarodowej w ład innych państw, lecz raczej dyktuje moralne obowiązki i uprawnienia liberałów (indywidualnych ludzi), zaniepokojonych urządzeniami innych państw. Czy my, jako liberałowie, mamy prawo działać (wszystko jedno, jakimi środkami) na rzecz zmiany innych społeczeństw w kierunku liberalnym, czy też zasada tolerancji wymaga respektowania inności społeczeństw nieliberalnych i powstrzymania się od działań na rzecz przerobienia tych innych społeczeństw na modłę liberalną? Takie jest właściwe znaczenie pytania, na które tolerancja ma u Rawlsa dać odpowiedź. Można przecież odrzucić zasadę tolerancji w wersji Rawlsa w *PL*; przyjąć zatem, że tolerancja nie wymaga akceptacji społeczeństw hierarchicznych w sposób, jaki czyni Rawls, a jednocześnie uznać, że nie są spełnione warunki do interwencji siłowej, sankcji międzynarodowych itp. W skrócie: tolerancję w kontekście *PL* należy rozumieć jako cnotę etyczną, a nie jako dyrektywę praktyczną dla rządu.

Czy w tej perspektywie tolerancja uzasadnia włączenie „hierarchicznych społeczeństw przyzwoitych" do społeczności ludów z tymi wszystkim konsekwencjami, jakie sugeruje Rawls? Wydaje mi się, że nie. Mówiąc najkrócej (a skrótowość mojej odpowiedzi niech będzie usprawiedliwiona tym, że już gdzie indziej starałem się obszerniej wyjaśnić, dlaczego ideał tolerancji nie jest sprzeczny z aspiracją rozciągnięcia liberalnego rozumienia praw człowieka na wszystkie społeczeństwa)[11]: ideał tolerancji jest sam w sobie określonym normatywnym ideałem liberalnym, nakazującym powstrzymanie się od narzucania „naszych" ideałów moralnych ludziom, którzy ich nie akceptują. Tak rozumiany ideał narzuca liberałom konieczność powstrzymania się także od narzucania ideałów *par excellence* liberalnych, takich jak ideał życia autonomicznego, czyli życia, które kształtowane jest przez autonomiczną jednostkę, swobodnie kształtującą swe postępowanie w zgodzie z własnymi koncepcjami moralnymi. Tolerancja wymaga respektu dla nieautonomicznych form życia. Są ludzie, których indywidualne samospełnienie najlepiej realizuje się w nieautonomicznych formach życia społecznego, np. przez funkcjonowanie w silnie autorytarnych, *quasi*-zamkniętych organizacjach i instytucjach (klasztor, wojsko, wodzowska partia polityczna, rodzina o wysokim stopniu kontroli swych członków itp.). Przyjęcie ideału tolerancji jako

[11] W. Sadurski, *Nietolerancja, paternalizm i uniwersalizm* [w] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa,* Kraków 2003, t. 2, s. 165–183.

IUS.indd 347 2006-02-06 11:02:07

naczelnego ideału liberalnego wymaga powstrzymania się od narzucania takim ludziom ideałów życia autonomicznego. Ale to powstrzymanie się ma samo w sobie charakter moralnie znaczący: wynika z przekonania, że samospełnienie się ludzkie może być realizowane w różnych formach; że formy autonomiczne nie są pod tym względem moralnie uprzywilejowane i że szacunek dla godności ludzi wymaga powstrzymania się od narzucania im ideału autonomii życia jednostkowego.

Tak zrekonstruowany ideał tolerancji jest oczywiście ideałem kontrowersyjnym i rodzi sporo trudnych pytań, na które różni liberałowie dają różne odpowiedzi. Czy nie-autonomiczne formy życia, które wynikają z nieautonomicznych procesów podejmowania decyzji o własnym życiu, również powinny być respektowane? Jeśli odpowiedź jest negatywna – to ideał tolerancji okazuje się mieć bardzo wąskie zastosowanie, bo granica między procesem podejmowania decyzji a autokoncepcją dotyczącą formy życia jest niezmiernie trudna do wytyczenia. Jeśli odpowiedź jest pozytywna – to czy nie stanowi to w istocie usprawiedliwiania dla wszelkich form opresji, dyskryminacji i nacisków, w wyniku których ludzie mogą formować nie-autonomiczne koncepcje życia jednostkowego (choćby po to, by złagodzić koszty swego nieszczęścia przez zaakceptowanie go – znane zjawisko redukcji dysonansu poznawczego)? Na szczęście nie musimy tu wchodzić w te kontrowersje, wyznaczające znane linie podziałów w ramach liberalizmu (np. na „liberalizm polityczny" wyrozumiały dla nie-autonomicznych form decydowania o własnym życiu i „liberalizm integralny", akceptujący życie nie-autonomiczne tylko pod warunkiem, że jednostka zadecydowała o nim autonomicznie – tak jak autonomicznie decyduje się o radykalnym zawężeniu własnej wolności na przyszłość wstępując np. do zakonu lub do armii). Nie musimy w te kontrowersje wchodzić, gdyż z punktu widzenia oceny *PL* są one drugorzędne: istotne jest to, że nawet jeśli przyjmiemy bardzo daleko idący ideał tolerancji (rozciągający się nawet na tolerancję dla nieutonomicznych procesów decyzyjnych), to i tak ideał ten ma wartość moralną przez wzgląd na szacunek dla jednostek, z których wartościami moralnymi nie zgadzamy się. Jest to więc ideał oparty na normatywnym indywidualizmie: źródłem moralnej atrakcyjności ideału jest korzyść, jaką realizacja tego ideału ma dla jednostek.

W *PL* nie ma takiego związku między realizacją zasady tolerancji a korzyściami dla jednostek „tolerowanych": beneficjentami tolerancji są grupy („ludy"), a nie jednostki. Nie mamy żadnego powodu (i Rawls nie stara się nawet takich dowodów dostarczyć), by sądzić, że indywidualni ludzie w społeczeństwach hierarchicznych acz „przyzwoitych" są *per saldo* beneficjentami postawy tolerancji przyjętej przez liberałów. Jaki jest bilans korzyści i strat dla indywidualnych członków społeczeństw nieliberalnych,

wynikający z przyjęcia Rawlsowskiej tolerancji? Gdyby Rawls chciał pójść tropem tego pytania, musiałby zapewne dać odpowiedź złożoną: korzyści te rozkładają się nierównomiernie dla członków różnych grup społecznych i zapewne ci najbardziej upośledzeni i wyzyskiwani w „społeczeństwach hierarchicznych" mają najwięcej do stracenia w wyniku akceptacji ich społeczeństw jako pełnoprawnych członków Prawa Ludów, ze wszystkimi stąd wynikającymi konsekwencjami (wystarczy pomyśleć o kobietach w niektórych społeczeństwach muzułmańskich, pasujących do obrazu „Kazanistanu"). „Tolerancja" może oznaczać obojętność dla ich upośledzenia pod pretekstem respektu dla odmiennych wartości, których ci najbardziej upośledzeni w istocie wcale nie akceptują, albo akceptują wyłącznie w wyniku indoktrynacji i przymusu. Innymi słowy – tolerancja dla społeczeństw, które są nietolerancyjne wobec własnych członków, jest równoznaczna z obojętnością na ten typ niesprawiedliwości, protest, wobec którego jest etycznym motorem pojęcia tolerancji w teorii liberalnej.

Co więcej, nie tylko upośledzeni członkowie hierarchicznych społeczeństw nie są *beneficjentami* „tolerancji" *à la* Prawo Ludów; zazwyczaj nie są również jej *zwolennikami*. Oczywiście, z samej definicji, społeczeństwo hierarchiczne (acz „przyzwoite" w rozumienia Rawlsa) nie poddaje się weryfikacji tego stwierdzenia, jako że nie istnieją w tych społeczeństwach niezawodne metody poznawania opinii publicznej. Nie ma jednak najmniejszego powodu, by sądzić, że poglądy moralne i polityczne społeczeństw hierarchicznych są homogeniczne, a zatem że tolerancja dla „ludów" przekłada się na respekt dla wszystkich członków tych społeczeństw. O ile nie przyjmujemy kolektywistycznej teorii społeczeństwa, na mocy której „lud" stanowi jednolity podmiot nieredukowalny do podmiotowości jego członków (a Rawls oczywiście nie przyjmuje – i przyjąć nie może i nie powinien – takiej ontologii zbiorowości), nieuzasadnione byłoby traktowanie deklaracji elit społeczeństw hierarchicznych jako miarodajnych dla poglądów moralno-politycznych wszystkich jego członków. Deklaracje te, które – jak podpowiada nam wiedza empiryczna – są zazwyczaj ideologiczną racjonalizacją dominacji, nie są więc adekwatną podstawą rekonstrukcji moralności owych „ludów", z której wynikać miałaby wskazówka „tolerancji". Tolerancja może być uzasadniona, jeśli poglądy będące jej obiektem stanowią rzeczywiste koncepcje, wyznawane przez podmiot tolerowany. W przypadku społeczeństw hierarchicznych, przyjęcie takiego założenia (i idące za tym przekonanie, że tolerancja podyktowana jest szacunkiem dla hierarchicznych ludów) jest fikcją, która kłóci się z naszą wiedzą empiryczną o rzeczywistości politycznej niedemokratycznych społeczeństw (nawet tych, które zasługują – w terminologii Rawlsa – na miano „przyzwoitych").

IUS.indd 349 2006-02-06 11:02:08

Nie chcę tu rozwijać tego argumentu, gdyż zasługuje on na odrębny artykuł[12]. Wydaje mi się, że sam brak postawienia tego problemu u Rawlsa stanowi fundamentalny, zasadniczy mankament całej teorii. Tolerancja jest wartością wielką – ale tylko, jeśli wynikają z niej korzyści o charakterze etycznym, przekładające się na dobro jednostek. U Rawlsa brak próby wskazania na takie korzyści – i dlatego najbardziej zasadnicza, najbardziej fundamentalna wartość, mająca tłumaczyć tyle zaskakujących, intrygujących i niepokojących aspektów jego nowej teorii, zawisła w etycznej próżni.

9. GRANICE LIBERALIZMU

Głównym motorem motywującym teorię sprawiedliwości międzynarodowej, rozwiniętą w *PL*, jest chęć uniknięcia aroganckiego przeświadczenia o wyższości własnej koncepcji etyczno-politycznej, z której wynikać ma „nietolerancyjna" aspiracja narzucenia tej teorii przez liberałów innym społeczeństwom, mniej liberalnym. Krajową analogią takiej arogancji miałaby być chęć narzucenia, w jednym społeczeństwie, jednej koncepcji życia wszystkim członkom społeczeństwa, nawet tym, którzy jej nie podzielają. Tymczasem, jak starałem się wykazać, jest to analogia myląca. Społeczeństwa liberalne, pragnące rozciągnąć system liberalno-demokratycznych swobód i wolności na wszystkie inne społeczeństwa, nie działają analogicznie do władz państwowych, pragnących narzucić pewną ortodoksję wszystkim obywatelom. Właściwą analogią krajową byłoby państwo liberalne, które stara się zapewnić podstawowe swobody osobiste i wolności demokratyczne wszystkim członkom nieliberalnych i nietolerancyjnych grup społecznych, których przywódcy dążą do monopolu reglamentowania życia swoich członków. Państwo liberalne, które zwalcza takie aspiracje liderów grup nieliberalnych i stara się zapewnić jednakowy standard praw i swobód wszystkim swym obywatelom (w tym – najsłabszym członkom nieliberalnych grup), nie jest „nietolerancyjne" w sposób, który byłby sprzeczny z zasadą szacunku dla różnych poglądów etycznych, moralnych i politycznych. Przenosząc to na skalę międzynarodową: nie jest przejawem nietolerancji aspiracja liberalna zapewnienia wszystkim ludziom na świecie, bez względu na to, jakiego państwa są obywatelami, takich samych swobód osobistych i praw demokratycznych, jakimi liberałowie cieszą się we własnych, liberalno-demokratycznych państwach. Rawls sugeruje, że „oświecony pogląd na granice liberalizmu" (s. 116) dyktuje potrzebę rezygnacji z takiej aspiracji; jeśli jednak „grani-

[12] Więcej na temat pojęcia i etycznych uzasadnień tolerancji zob. W. Sadurski, *Zagadka tolerancji* [w] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa,* Kraków 2003, t. 1, s. 9–23.

ce liberalizmu" wytyczone są zgodnie z nakazem tolerancji, a tolerancja podyktowana jest z kolei szacunkiem dla godności ludzkiej, przebiegają one w istocie w innym miejscu niż proponuje to Rawls.

IUS.indd 351 2006-02-06 11:02:09

IUS.indd 352 2006-02-06 11:02:09

Daniel Wincenty

PRZESTĘPCZOŚĆ JAKO WYZWANIE DLA WSPÓŁCZESNEGO SPOŁECZEŃSTWA ZACHODNIEGO

SPIS TREŚCI

1. Wstęp 355
2. Walka z przestępczością w USA i Wielkiej Brytanii 355
3. Sytuacja w Polsce 359
4. Zakończenie 362

Uwagi o książce: David Garland, *The Culture of Control. Crime and Order in Contemporary Society*, Oxford 2001, ss. 307.

IUS.indd 354 2006-02-06 11:02:09

1. WSTĘP

Co możemy dostrzec, przyjmując wspólną perspektywę poznawczą, dla takich zagadnień, jak poziom przestępczości, jakość społeczeństwa obywatelskiego czy dynamika pewnych sfer życia codziennego? Jak optyka ta rzutuje na jedną z podstawowych kwestii socjologii, jaką jest zagadnienie porządku społecznego? A idąc tropem pewnych myśli Durkheima – dlaczego tak ważnym czynnikiem kształtowania się ładu społecznego są przemiany w społecznej percepcji dewiacji? David Garland w książce pt. *The Culture of Control: Crime and Order in Contemporary Society*, podejmując analizę tych różnych płaszczyzn tematycznych, próbuje udzielić nam odpowiedzi na te i inne pytania, czyniąc przestępczość (traktowaną jako fakt społeczny) rdzeniem swoich rozważań. Przestępczość to także jeden z głównych problemów współczesnych społeczeństw kapitalistycznych, którego rozwiązanie budzi wiele kontrowersji i namiętności, a temperament Garlanda nie zamyka się w suchej socjologicznej analizie. Wskazując wady i zalety obecnych metod zwalczania przestępczości, autor sam odwołuje się do pewnych ideałów społecznych, zaznaczając, gdzie kończy się jego rola jako naukowca. Chcę więc przede wszystkim możliwie dokładnie przybliżyć czytelnikowi polskiemu treści *The Culture of Control*, by następnie ocenić jej wartość pod kątem poprawności analitycznej i metodologicznej oraz nieco mniej wymiernych jakości, jak chociażby styl czy język. W końcowej części recenzji skupię się tylko na jednej z tez prezentowanych przez Garlanda – wzajemnych relacji między poziomem przestępczości a jakością społeczeństwa obywatelskiego, rzutując ten splot zależności na przypadek Polski. Pośrednio dokonam więc oceny kolejnego ważnego wymiaru jakości książki, mianowicie jej potencjału poznawczego i imaginacyjnego, a to przez sformułowanie pytań odwołujących się do ważnych zjawisk współczesnego społeczeństwa polskiego.

2. WALKA Z PRZESTĘPCZOŚCIĄ W USA I WIELKIEJ BRYTANII

Książka składa się z ośmiu rozdziałów. Pierwszy – „Historia dnia dzisiejszego", ukazuje zasięg zmian w odbiorze przestępczości w społeczeństwach USA i Wielkiej Brytanii na tle trzech perspektyw. Perspektywa historyczna wskazuje na nagłą ucieczkę od założeń kształtujących pole kontroli przestępczości i sądownictwa karnego przez cały XX wiek. Perspektywa penologiczna pokazuje upadek profesjonalnej ekspertyzy

IUS.indd 355 2006-02-06 11:02:10

kryminologicznej i zmianę celów, priorytetów i praktyk na polu kontroli przestępczości. Wreszcie perspektywa socjologiczna skupia się na różnych instytucjach kontroli przestępczości (oficjalne agendy rządowe, ale również instytucje społeczeństwa obywatelskiego) pośrednio determinujących rynek pracy, legislatywę i praktyki policyjne. Autor stawia wyraźną cezurę (początek lat siedemdziesiątych), od której państwo karno-opiekuńcze (*penal-welfare state*) utraciło swoją dominującą, monopolistyczną pozycję na polu kontroli przestępczości i utrzymywania ładu społecznego oraz praworządności. Wskaźniki tych zmian autor upatruje m.in. w następujących zjawiskach: upadku modelu rehabilitacyjnego i praktyk resocjalizacyjnych stosowanych wobec przestępców; powrocie surowych kar; upolitycznieniu i spopulizowaniu dyskursu kryminologicznego i jego gwałtownej przemianie; rozwoju infrastruktury zapobiegania przestępczości i zapewniania bezpieczeństwa; komercjalizacji kontroli przestępczości i sektora bezpieczeństwa publicznego; wreszcie w generalnym przesunięciu akcentów polityki karnej z przestępcy na ofiarę oraz z przyczyn przestępczości na jej skutki.

Rozdział drugi – „Sądownictwo karne i państwo karno-opiekuńcze doby modernizmu" przybliża główne cechy państwowego, monopolistycznego aparatu sprawowania kontroli. W sferze kontroli przestępczości są to praktyki modelu rehabilitacyjnego (resocjalizacyjnego), dominującego na polu zwalczania przestępczości. Wiąże się to z niekwestionowaną pozycją kryminologów jako profesjonalnych ekspertów oraz z autorytetem kryminologii korekcyjnej (opartej na teorii względnej deprywacji i teorii anomii).

Rozdział trzeci – „Kryzys karnego modernizmu" ukazuje pierwsze reakcje krytyczne wobec modelu resocjalizacyjnego. Krytyka ta, bardzo różnorodna w swoich przesłankach ideologicznych i teoretycznych, wskazywała m.in. na dyskryminujący charakter owego modelu (zakwestionowano utożsamianie zwyczajów białej klasy średniej ze zdrowiem społecznym w ogóle), nieefektywność w zwalczaniu przestępczości, wreszcie zaowocowała odmiennym pojmowaniem przestępczości, tak w powszechnym społecznym wymiarze (przestępczość jest normalnym faktem społecznym), jak i wśród kręgów akademickich (zastosowanie pewnych elementów teorii etnometodologicznej, etykietowania, wreszcie marksizmu).

Kończąc rozdział trzeci, Garland pisze: „Nowe pole kontroli przestępczości i sądownictwa karnego ukształtowane zostało nie przez programy reformatorów lub przez idee kryminologiczne, lecz przez charakter społeczeństwa końca XX wieku, jego problemy, kulturę i technologie władzy" (s. 72). Płynnie wprowadza to czytelnika do rozdziału kolejnego – „Zmiana społeczna a porządek społeczny późnego modernizmu". Nowy

IUS.indd 356 2006-02-06 11:02:10

kształt ładu społecznego, nowe koncepcje kontroli społecznej i nowe sposoby pojmowania przestępczości zaistniały dzięki zmianom społecznym, ekonomicznym i kulturowym charakterystycznym dla społeczeństw doby późnego modernizmu. Autor ma tu na myśli nową dynamikę produkcji kapitalistycznej i wymiany rynkowej (nowe technologie i zawody, zmiany w strukturze zatrudnienia) oraz formowanie się społeczeństwa informatyczno-konsumpcyjnego, przekształcenia modelu rodziny i gospodarstwa domowego (kobiety stały się masową siłą roboczą), zmiany w ekologii społecznej miast i przedmieść (samochód jako masowe dobro), powstanie elektronicznych massmediów, wreszcie demokratyzację życia społecznego i kulturowego (co pośrednio zaowocowało zmniejszeniem moralnego autorytetu państwa i kościoła). Dyskurs wokół przestępczości (zwłaszcza dyskurs polityczny) zogniskował się wokół pojęcia kontroli (autor w tytule użył pojęcia „kultury kontroli"), tak że można mówić o pewnego rodzaju obsesji na punkcie kontroli. Nie trudno się domyślić, że po wydarzeniach 11 września 2001 roku, obsesja ta jeszcze nasiliła się.

Rozdział piąty – „Załamanie się polityki: adaptacja, odmowa, odreagowanie" to opis reakcji na upadek dotychczasowego kompleksu praktyk radzenia sobie z przestępczością. Adaptacja wiąże się z uznaniem przestępczości jako normalnego faktu społecznego, wpisanego w życie codzienne. Dodatkowo można mówić o zmianie praktyk policyjnych (m.in. monitoring elektroniczny), komercjalizacji wymiaru sprawiedliwości, wreszcie o przesunięciu i przedefiniowaniu odpowiedzialności za przestępczość w stronę społeczeństwa obywatelskiego. Reakcje nie-adaptacyjne (odmowa i odreagowanie) oparte są przede wszystkim na obrazie przestępcy jako jednostki złej i nienormalnej i wymuszone są przez presję, że coś w materii przestępczości musi być zrobione. Garland pisze: „Odkryta natura przestępczej inności czyni nas bardziej zdeterminowanymi do działania na podstawie jakiegokolwiek materiału dowodowego" (s. 137).

Nowe kierunki polityki kontroli karnej są przedmiotem analizy w rozdziale szóstym, zatytułowanym „Kompleks przestępczości. Kultura społeczeństw o wysokiej przestępczości". Autor wyróżnił dwie strategie: prewencyjne partnerstwo (*preventive parnership*) i karną segregację (*punitive segregation*). Pierwsza z tych strategii bazuje na próbie dzielenia się odpowiedzialnością za kontrolę przestępczości między państwo a aktorów pozapaństwowych oraz na budowaniu struktury prewencyjnej poza państwem. Karna segregacja skupia się głównie na środkach (przede wszystkim uwięzieniu) sprzyjających karaniu i społecznej ekskluzji. Motywy przewodnie karnej segregacji to stanowczość wobec przestępstwa i uprzywilejowana (i niemal uświęcona) pozycja ofiary. Autor próbuje

też odpowiedzieć na pytanie, dlaczego profesjonaliści stracili swój wpływ na politykę karną. Kluczową pozycję w tym skomplikowanym schemacie przyczynowo-skutkowym zajmuje głównie wyedukowana klasa średnia – przede wszystkim zmiany jej percepcji przestępczości oraz związane z tym (mniej lub bardziej bezpośrednio) nowe oczekiwania, aspiracje, obawy, nadzieje życiowe. Ten bogaty zespół zmian kulturowych zaowocował instytucjonalizacją strachu przed przestępczością, a w dalszej perspektywie rozwojem prywatnego sektora zapewniania bezpieczeństwa. Energia społeczeństwa obywatelskiego została ukierunkowana na wytworzenie nowych linii obrony i środków kontroli przestępczości) oraz nowych praktyk (np. nadzór sąsiedzkiego, unikanie miejsc szczególnie niebezpiecznych, karta zamiast gotówki, wymyślne zamki w drzwiach). W ten kompleks przestępczości (*crime complex* – to nowe zjawisko społeczne Garland definiuje m.in. następującymi cechami: wysoka przestępczość jako normalny fakt społeczny, upolitycznienie kwestii przestępczości, prywatne praktyki obronne zakorzenione w życiu codziennym, świadomość przestępczości zinstytucjonalizowana przez media, kulturę masową i ekologię miasta) wpisany jest mniej lub bardziej widoczny pierwiastek ekskluzji – najlepszym przykładem są tzw. „społeczności ogrodzone" (*gated communities*), które w USA są już zjawiskiem masowym (ich liczba wynosi obecnie ok. 20 tys.).

Przedostatni, siódmy rozdział – „Nowa kultura kontroli przestępczości" podsumowuje poprzednie. Zdaniem autora najbardziej prężnym elementem nowo ukształtowanego aparatu kontroli przestępczości jest społeczeństwo obywatelskie i aktorzy pozapaństwowi. Sprawiedliwość karna podporządkowana jest nastrojowi opinii publicznej i reakcji polityków; jej cechami charakterystycznymi jest więzienie jako powszechny sposób zwalczania przestępczości, stygmatyzacja przestępców i minimalizacja praktyk resocjalizacyjnych. Wreszcie nowe trendy w kryminologii to kryminologia dnia codziennego (*criminology of everyday life*) i kryminologia „innego" (*criminology of the other*). Ta pierwsza (amoralna i technokratyczna z ducha) może opierać się na haśle „bądź realistą, przystosuj się, obroń i przetrwaj", podczas gdy druga (antyliberalna, antymodernistyczna) odwołuje się do sentencji „ogrom przestępczości to katastrofa, ktoś musi być za to obwiniony".

Rozdział „Kontrola przestępczości a porządek społeczny" zamyka książkę. Garland jednoznacznie wyraża żal, że ideały solidarności upadły wobec silniejszych imperatywów bezpieczeństwa, gospodarki i kontroli. Według Garlanda w pewnym sensie jest to w ogóle załamanie się ontologii pozytywistycznej-modernistycznej, a przede wszystkim wiary w skuteczność inżynierii społecznej i możliwość kształtowania doskonałej natury ludzkiej. Autor podkreśla, że powrót Hobbesowskiego modelu

społecznego w postaci kultury kontroli może się stać nową „żelazną klatką" (w sensie Weberowskim), która przetrwa warunki społeczno-kulturowe, w jakich powstała.

3. SYTUACJA W POLSCE

Spróbujmy teraz przymierzyć jedną z tez Garlanda do przypadku Polski. Przyjmuję, że pewne porównania społeczeństwa polskiego ze społeczeństwami amerykańskim i brytyjskim są prawomocne. Na potrzeby niniejszej recenzji wystarczy powiedzieć, że wiele cech charakterystycznych dla kapitalistycznych krajów Zachodu z łatwością da się odnaleźć również w przypadku Polski. Mam tu na myśli chociażby hedonistyczną kulturę konsumpcyjną, łączącą wolności obywatelskie z poluźnioną kontrolą społeczną, jak również pluralistyczny ład moralny. Jedna z najciekawszych tez *The Culture of Control* mówi nam, że obecnie skuteczna walka z przestępczością może być dokonywana przede wszystkim dzięki silnemu społeczeństwu obywatelskiemu. Spójrzmy więc na analogiczne obszary zjawisk w Polsce.

Nie powinna większego sprzeciwu budzić teza, że przestępczość jest integralnym składnikiem naszego obrazu świata (bez względu na to, czy postrzegamy ją jako normalny fakt społeczny, czy jako wyraz moralnej degeneracji). Od początku lat dziewięćdziesiątych liczba przestępstw wykrytych rośnie[1]. Jeśli przyjrzymy się dokładniej poszczególnym kategoriom przestępstw, spostrzeżmy, że stosunkowo największy wzrost przestępczości zanotowano w tych kategoriach, które najczęściej dotyczą zwykłego obywatela, a więc rozboje, wymuszenia, uszkodzenia ciała, udział w bójce[2]. Możemy również spróbować wyśledzić pewne powszechne strategie na poziomie codziennych praktyk, świadczące pośrednio o obecności przestępczości w społecznym obrazie świata. Zauważymy, że na przestrzeni ostatniej dekady sprzedaż skomplikowanych zamków do drzwi, alarmów samochodowych i innych zabezpieczeń rosła. Mniej lub bardziej kategorycznie możemy również stwierdzić, że parking strzeżony to jeden ze znaków naszych czasów. A czy dorośli Polacy chętnie i często spacerują po mieście wieczorowa porą? Czy orientujemy się w naszych codziennych działaniach wg powiedzenia „okazja czyni złodzieja"?

Poza tym, w kształtowaniu społecznego obrazu przestępczości niebagatelną rolę odgrywają media. Jak wskazała Maria Łoś, od początku transformacji ustrojowej w Polsce możemy zaobserwować zasadniczą zmianę: od mediów „dobrych wiadomości" do mediów „złych wiado-

[1] Zob. np. B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 1999, s. 242–245.
[2] B. Hołyst, *op. cit*, s. 242; por. A. Kryże, *Podejmuję rękawicę*, „Rzeczpospolita" z 24 lipca 2001 r.

mości”[3]. Nasilenie informacji nie tylko o przestępczości, ale również o licznych porażkach wymiaru sprawiedliwości każe nam spytać o poziom strachu w społeczeństwie. Czy po 1989 roku wzrósł, czy zmalał? Dlaczego media w Polsce (przede wszystkim telewizja) nie spowodowały zinstytucjonalizowania strachu, pewnej typizacji doświadczenia przestępczości, a w rezultacie skonsolidowania sił społecznych wokół zagadnień bezpieczeństwa? Czy mentalny spadek po PRL nie powoduje, że przestępczość stała się swoistym tabu[4]?

Niestety należy stwierdzić, że idea bezpieczeństwa nie jest w Polsce motorem napędowym zdolnym do inicjacji, rewitalizacji sił społeczeństwa obywatelskiego. Piotr Gliński zauważa, że „szczególnie zaniedbane pod względem aktywności obywatelskiej są [...] tak ważne w warunkach polskich dziedziny, jak bezpieczeństwo publiczne”[5]. Garland mówiąc o skuteczności prewencyjnego partnerstwa w zwalczaniu przestępczości wskazywał na konieczną koordynację wielu działań aktorów państwowych (głównie policji i władz lokalnych) i pozapaństwowych, obejmującą akcje edukacyjne, zmianę stylu pracy policji czy wreszcie praktyki nadzoru sąsiedzkiego (s. 141). Czy społeczności lokalne w Polsce są w stanie współpracować w zwalczaniu przestępczości z policją? Czy tzw. *community policing* jest stylem preferowanym przez polską policję? Jeśli większą popularnością cieszy się (bądź zacznie się cieszyć) monitoring elektroniczny, to wytworzenie koordynacyjnej sieci działań między policją a społecznościami (co jest istotą *community policing*) jest mało możliwe. Na razie bez większej przesady można stwierdzić, że w Polsce trudno byłoby odnaleźć choćby zalążki infrastruktury działającej na styku państwa i tzw. trzeciego sektora. Osobnym zagadnieniem jest tu niskie zaufanie obywateli nie tylko do policji, ale również do całego wymiaru sprawiedliwości. Modelowym przykładem braku współpracy różnych agend państwowych i społeczeństwa obywatelskiego, jak również braku szerszej wizji w zwalczaniu przestępczości może być tzw. akcja „Małolat”[6]. Działania sprzyjające poprawie bezpieczeństwa mogą się zaczynać na płaszczyznach nie mających pozornie wiele wspólnego z kontrolą przestępczości. Garland pisze, że w obecnie USA stowarzyszenia właścicieli

[3] M. Łoś, *Post-Communist Crime Talk and the Commercialisation of Security*, tekst referatu wygłoszonego podczas konferencji pt. „Joint meeting of the Law and Society Association and Research Committee on Sociology of Law”, Budapeszt, 2–10 lipca 2001.
[4] *Ibidem.*
[5] P. Gliński, *O pewnych aspektach obywatelskości. Aktywność społeczna a integracja wspólnot obywatelskich* [w] H. Domański, A. Ostrowska, A. Rychard (red.), *Jak żyją Polacy*, Warszawa 2000, s. 370.
[6] Zob. A. Chećko, *Małolat szarpany*, „Polityka” 1997, nr 50, s. 18; S. Podemski, *Z domu do izby*, „Polityka” 1997, nr 45, s. 17.

domów i wspólnoty mieszkaniowe (obejmujące ok. 32 mln członków, a więc 12 % populacji!) są główną siłą zdolną do zapewnienia odpowiednich standardów bezpieczeństwa (s. 163). Czy w Polsce jedynym przykładem strategii radzenia sobie z przestępczością są zamknięte i strzeżone kompleksy mieszkaniowe? Być może przeciętny polski obywatel czuje się zobowiązany do dbania jedynie o terytorium własnego domu, choć przecież zgodnie z teorią „zbitej szyby" nie potrzeba wiele wysiłku, aby prostymi, dostępnymi dla wspólnot mieszkaniowych środkami skutecznie ograniczyć przestępczość.

Gdzie upatrywać przyczyn słabości społeczeństwa obywatelskiego w Polsce? Możemy rozpatrywać pytanie to na dwóch płaszczyznach – na poziomie instytucji politycznych kształtujących nasze życie polityczne oraz na poziomie kośćca moralnego społeczeństwa. W odniesieniu do wspomnianych instytucji warto zwrócić na zaniedbane przez badaczy zagadnienie ordynacji wyborczej. Otóż wydaje się, że obowiązująca u nas ordynacja proporcjonalna wyczerpała swoje możliwości mobilizacji obywateli do uczestnictwa w życiu publicznym. Należy poważnie rozważyć argumenty zwolenników jednomandatowych okręgów wyborczych, którzy wskazują, że w obecnej sytuacji jest to jedyna szansa uzdrowienia życia politycznego w Polsce[7]. Przejdźmy teraz do zagadnienia jakości moralnej tkanki polskiego społeczeństwa. Co może oznaczać fakt, że na pytanie: „Czy można ufać większości ludzi?" tylko 9 % Polaków odpowiada twierdząco, w odróżnieniu od 37 % Amerykanów[8]? Jak wielu ludzi jest skłonnych do kupna kradzionej rzeczy? Czy często wręczamy lub bierzemy łapówki? Jak obecnie kształtuje się katalog podstawowych wartości dorosłego Polaka? Jakie miejsce zajmują w nim prawdomówność, uczciwość i lojalność? Autor *The Culture of Control* zamieszcza wykres wskaźnika przestępstw stwierdzonych na 100 tys. mieszkańców na przestrzeni ostatnich czterdziestu lat dla USA i Wlk. Brytanii (s. 208). Czy faktu, że ów wskaźnik spada systematycznie od początku lat dziewięćdziesiątych, nie należy łączyć z ogólnospołecznym wysiłkiem w odbudowie kapitału społecznego (rozumianego jako zestaw elementarnych cnót obywatelskich), jaki miał miejsce w Stanach Zjednoczonych[9]?

W polskim dyskursie medialnym łączenie problemu przestępczości i jakości społeczeństwa obywatelskiego jest w zasadzie nieobecne (jako wyjątek pojawia się wypowiedź Janusza Kochanowskiego), choć dobrym momentem mogła się stać dyskusja, jaka wywiązała się przy okazji próby nowelizacji kodeksu karnego. Najbardziej reprezentatywne głosy owej

[7] Zob. R. Lazarowicz, J. Przystawa (red), *Otwarta księga. O jednomandatowe okręgi wyborcze,* Wrocław 1999.

[8] Za: M. Grabowska, T. Szawiel, *Budowanie demokracji*, Warszawa 2001, s. 156.

[9] Por. J. Kochanowski, *Przywracanie sensu*, „Rzeczpospolita" z 9 września 2001 r.

dyskusji (które upraszczając można sprowadzić do antagonistycznych stanowisk Lecha Kaczyńskiego i Andrzeja Zolla[10]) gubią niestety wątek społeczny i szerszą panoramę, której osnową w świetle tez Davida Garlanda winno być właśnie społeczeństwo obywatelskie.

4. ZAKOŃCZENIE

Czy nowa książka Davida Garlanda to pozycja udana? W przypadku tak szerokiego ujęcia, jakie ona prezentuje, powstaje pytanie, jak autor poradził sobie z selekcją faktów. Należy powiedzieć, że założenia modelu analizy przyjętego przez Garlanda zostały szczegółowo przedstawione, ponadto są czytelne konstrukcyjnie. Dodatkowo wartość komentarzy w kwestiach metodologicznych nie odnosi się wyłącznie do tematyki podjętej przez Garlanda, wręcz przeciwnie – znacznie poza nią wykracza. Czytelnik prowadzony jest po różnych poziomach analizy pewnie i nawet jeśli pewne twierdzenia, fakty czy uwagi powtarzają się, wynika to jedynie z ostrożności autora, wymuszonej przez obszar pola, na którym się porusza. Wobec tego nie zabrzmi zatem przesadnie stwierdzenie, że książka Garlanda to rzadki przykład dobrej analizy socjologicznej. Niewątpliwą zaletą książki jest też jej nieskomplikowany język, który nie powinien sprawić trudności przeciętnie wyrobionemu w języku angielskim czytelnikowi. Wreszcie same treści *The Culture of Control* to dość oryginalne ujęcie faktów egzystujących na wielu poziomach życia społecznego i odwołujących się do ważnych zjawisk współczesnych społeczeństw kapitalistycznych. Powiązanie problemu przestępczości z instytucjami i procesami społecznymi, które na pierwszy rzut oka nie mają z nią nic wspólnego – to jedna z głównych wartości pracy Garlanda. Warto poświęcić się uważnej lekturze *The Culture of Control* również dlatego, że książka ta wydaje się być w wielu różnych aspektach naturalnym uzupełnieniem, dalszym ciągiem pozycji *Nadzorować i karać* Michela Foucaulta. Tak jest na przykład w przypadku funkcji instytucji więzienia i karania, w kwestii tworzenia się ładu społecznego z wielu rozproszonych i niedostrzeganych praktyk zwykłych obywateli, wreszcie w kwestii oświeceniowych idei dyscyplinowania[11].

---

[10] Zob. L. Kaczyński, *Rozmowa Jana Ordyńskiego*, „Rzeczpospolita" z 16 października 2000 r.; A. Zoll, *Prowokowanie czy ostrzeganie*, „Rzeczpospolita" z 30 kwietnia 2001 r.; por. A. Kryże, *Podejmuję…*, *op. cit.*; L. Kubicki, *Mit surowej kary*, „Rzeczpospolita" z 12 stycznia 2001 r.

[11] Zob. M. Foucault, *Nadzorować i karać*, Warszawa 1998.









BIBLIOGRAFIA

IUS.indd 364 2006-02-06 11:02:13









Bibliografia piśmiennictwa z dziedziny współczesnego retrybutywizmu i jego krytyki – zaczerpnięta z R.A.Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2002; skróty i uzupełnienia pochodzą od redakcji.

Abel, R. 1991. „The Failure of Punishment as Social Control." *Israel Law Review* 25:740-52.

—, ed. 1982. *The Politics of Informal Justice.* (2 vols.). New York: Academic Press.

Alexander, L. 1980. „The Doomsday Machine: Proportionality, Punishment and Prevention." *The Monist* 63:199-227.

—. 1983. „Retributivism and the Inadvertent Punishment of the Innocent." *Law and Philosophy* 2: 233-46.

—. 1986. „Consent, Punishment, and Proportionality." *Philosophy and Public Affairs* 15:178-82.

—. 1991. „Self-Defense, Punishment, and Proportionality." *Law and Philosophy* 10: 323-38.

Alldridge, P. 1990. „Rules for Courts and Rules for Citizens." *Oxford Journal of Legal Studies* 10:487-504.

Allen, F. A. 1981. *The Decline of the Rehabilitative Ideal.* New Haven: Yale University Press.

American Friends Service Committee. 1971. *Struggle for Justice.* New York: Hill and Wang.

Anderson, J. L. 1997. „Reciprocity as a Justification for Retributivism." *Criminal Justice Ethics* 16:13-25.

Ardal, P. 1984. „Does Anyone Ever Deserve to Suffer?" *Queens Quarterly* 91-92:241-57.

Ashworth, A. J. 1984. „Sharpening the Subjective Element in Criminal Liability." In *Philosophy and the Criminal Law,* edited by R. A. Duff and N. E. Simmonds. Stuttgart: Franz Steiner, 79-89.

—. 1986. „Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State." *Oxford Journal of Legal Studies* 6:86-122.

—. 1987. „Belief, Intent and Criminal Liability." In *Oxford Essays in Jurisprudence,* 3rd series, edited by J. Eekelaar & J. Bell. Oxford: Oxford University Press, 1-31.

—. 1993a. „Victim Impact Statements and Sentencing." *Criminal Law Review,* 498-509

—. 1993b. „Some Doubts about Restorative Justice." *Criminal Law Forum* 4:277-99.

—. 1994. *The Criminal Process: An Evaluative Study.* Oxford: Oxford University Press.
—. 1995a. *Sentencing and Criminal Justice.* 2nd ed. London: Butterworths.
—. 1995b. *Principles of Criminal Law.* 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
Ashworth, A. J., & Player, E. 1998. „Sentencing, Equal Treatment, and the Impact of Sanctions." In *Fundamentals of Sentencing Theory,* edited by A. J. Ashworth & M. Wasik. Oxford: Oxford University Press, 251-72.
Baker, B. M. 1992a. „Penance as a Model for Punishment." *Social Theory and Practice* 18:311-31.
—. 1992b. „Consequentialism, Punishment and Autonomy." In *Retributivism and Its Critics,* edited by W. Cragg. Stuttgart: Franz Steiner, 149-61.
Baldwin, T. 1999. „Punishment, Communication, and Resentment." In *Punishment and Political Theory,* edited by M. Matravers. Oxford: Hart Publishing, 124-32.
Bazelon, D. L. 1976. „The Morality of the Criminal Law." *Southern California Law Review* 49:385^05.
Beyleveld, D. 1979. „Identifying, Explaining and Predicting Deterrence." *British Journal of Criminology* 19:205-24.
Bickenbach, J. E. 1988. „Critical Notice of R. A. Duff, *Trials and Punishments.*" *Canadian Journal of Philosophy* 18:765-86.
—. 1992. „Duff on Non-Custodial Punishment." In *Retributivism and Its Critics,* edited by W. Cragg. Stuttgart: Franz Steiner, 69-74. Bigel, A. I. 1994. „Justices Brennan and Marshall on Capital Punishment." *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy* 8:11-163.
Blum, L. A. 1994. *Moral Perception and Particularity.* Cambridge: Cambridge University Press. Bottoms, A. E. 1977. „Reflections on the Renaissance of Dangerousness." *Howard Journal* 16:70-96.
—. 1983. „Neglected Features of Contemporary Penal Systems." In *The Power to Punish,* edited by D. Garland & P. Young. London: Heinemann, 166-202.
—. 1998. „Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment." In *Fundamentals of Sentencing Theory,* edited by A. J. Ashworth & M. Wasik. Oxford: Oxford University Press, 53-100.
Bottoms, A. E., & McWilliams, W. 1979. „A Non-Treatment Paradigm for Probation Practice." *British Journal of Social Work* 9:159-202.
Bottoms, A. E., & Preston, R. H., eds. 1980. *The Coming Penal Crisis.* Edinburgh: Scottish Academic Press.

IUS.indd 367 2006-02-06 11:02:13

Brownlee, I. 1994. „Hanging Judges and Wayward Mechanics: Reply to Michael Tonry." In *Penal Theory and Practice,* edited by R. A. Duff, S. E. Marshall, R. E. Dobash & R. P. Dobash. Manchester: Manchester University Press, 84-92.
—. 1998. *Community Punishment: A Critical Introduction.* London: Longman.
Brudner, A. 1993. „Agency and Welfare in the Penal Law." In *Action and Value in Criminal Law,* edited by S. Shute, J. Gardner & J. Horder. Oxford: Oxford University Press, 21-53.
Burgh, R. W. 1982. „Do the Guilty Deserve Punishment?" *Journal of Philosophy* 79:193-210.
Cain, M. 1985. „Beyond Informal Justice." *Contemporary Crises* 9:335-73.
Carlen, P. 1989. „Crime, Inequality, and Sentencing." In *Paying for Crime,* edited by P. Carlen & D. Cook. Milton Keynes: Open University Press, 8-28. Reprinted in *A Reader on Punishment,* edited by R. A. Duff & D. Garland. Oxford: Oxford University Press, 1994.
Carse, A. 1994. „The Liberal Individual: A Metaphysical or Moral Embarrassment?" *Nous* 28:184-209.
Cavadino, M., & Dignan, J. 1997. „Reparation, Retribution and Rights." In *Principled Sentencing.* 2nd ed., edited by A. von Hirsch & A. J. Ashworth. Oxford: Hart Publishing, 348-58.
Charvet, J. 1966. „Criticism and Punishment." *Mind*' 75:573-79.
Cockburn, D. 1991. „Capital Punishment and Realism." *Philosophy* 66:177-90.
Cohen, S. 1985. *Visions of Social Control.* Cambridge: Polity Press; Oxford: Blackwell.
—. 1991. „Alternatives to Punishment: The Abolitionist Case." *Israel Law Review* 25:729-39.
Cottingham, J. 1979. „Varieties of Retribution." *Philosophical Quarterly* 29:238-46.
Dagger, R. 1991. „Restitution: Pure or Punitive?" *Criminal Justice Ethics* 10:29-39.
—. 1993. „Playing Fair with Punishment." *Ethics* 103:473-88.
Dare, T. 1992. „Retributivism, Punishment, and Public Values." In *Retributivism and Its Critics,* edited by W. Cragg. Stuttgart: Franz Steiner, 35–1.
Davis, L. H. 1972. „They Deserve to Suffer." *Analysis* 32:136-40.
Davis, M. 1989. „The Relative Independence of Punishment Theory." *Law and Philosophy* 7:321-50.
—. 1992. *To Make the Punishment Fit the Crime.* Boulder, Colo.: Westview Press.
—. 1996. *Justice in the Shadow of Death: Rethinking Capital and Lesser Punishments.* Lanham: Rowman & Littlefield.

IUS.indd 368 2006-02-06 11:02:13

Deigh, J. 1984. „On the Right to Be Punished: Some Doubts." *Ethics* 94:191-211.
Delgado, R. 1985. „Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?" *Law and Inequality* 3:9-90.
Dimock, S. 1997. „Retributivism and Trust." *Law and Philosophy* 16:37-62.
Dobash, R. E., & Dobash, R. P. 1992. *Women, Violence and Social Change*. London: Routledge.
Dolinko, D. 1991. „Some Thoughts about Retributivism." *Ethics* 101:537-59.
Dressier, J. 1988. „Reflections on Excusing Wrongdoers: Moral Theory, New Excuses, and the Model Penal Code." *Rutgers Law Journal* 19:671-716.
—. 1989. „Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for Its Proper Limits." *Southern California Law Review* 62:1331-86.
Dubber, M. 1994. „Rediscovering Hegel's Theory of Crime and Punishment." *Michigan Law Review* 92:1577-621.
—. 1995. „Recidivist Statutes as Arational Punishment." *Buffalo Law Review* 43:689-724.
—. 1996. „The Pain of Punishment." *Buffalo Law Review* 44:545-611.
—. 1997. „American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure." *Stanford Law Review* 49:547-605.
—. 1998. „The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought." *Law and History Review* 16:113-62.
Duff, R. A. 1986. *Trials and Punishments*. Cambridge: Cambridge University Press.
—. 1988. „A Reply to Bickenbach." *Canadian Journal of Philosophy* 18:787-93.
—. 1990a. „Auctions, Lotteries, and the Punishment of Attempts." *Law and Philosophy* 9:1-37.
—. 1990b. „Justice, Mercy, and Forgiveness." *Criminal Justice Ethics* 9:51-63.
—. 1990c. *Intention, Agency and Criminal Liability*. Oxford: Blackwell.
—. 1991. „Retributive Punishment: Ideals and Actualities." *Israel Law Review* 25:422-51.
—. 1993. „Choice, Character, and Criminal Liability." *Law and Philosophy* 12:345-83.
—. 1996a. „Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment." In *Crime and Justice: A Review of Research,* vol. 20, edited by M. Tonry. Chicago: University of Chicago Press, 1-97.
—. 1996b. *Criminal Attempts*. Oxford: Oxford University Press.
—. 1998a. „Dangerousness and Citizenship." In *Fundamentals of Sentencing Theory,* edited by A. J. Ashworth & M. Wasik. Oxford: Oxford University Press, 141-63.

IUS.indd 369 2006-02-06 11:02:14

—. 1998b. „Inclusion and Exclusion: Citizens, Subjects, and Outlaws." *Current Legal Problems* 51:241-66.
—. 1998c. „Principle and Contradiction in the Criminal Law: Motives and Criminal Liability." In *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique,* edited by R. A. Duff. Cambridge: Cambridge University Press, 156-204.
—. 1998d. „Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability." *Oxford Journal of Legal Studies* 18:189-206.
—. 1999. „Punishment, Communication, and Community." In *Punishment and Political Theory,* edited by M. Matravers. Oxford: Hart Publishing, 48-68.
—. 2002. *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Presss
Falls, M. M. 1987. „Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons." *Law and Philosophy* 6:25-51.
Farrell, D. M. 1985. „The Justification of General Deterrence." *Philosophical Review* 94:367-94.
—. 1995. „Deterrence and the Just Distribution of Harm." *Social Philosophy and Policy* 12:220-240.
Feinberg, J. 1970. „The Expressive Function of Punishment." In *Doing and Deserving,* Princeton, N.J.: Princeton University Press, 95-118. Reprinted in *A Reader on Punishment,* edited by R. A. Duff & D. Garland. Oxford: Oxford University Press, 1994.
—. 1984–88. *The Moral Limits of the Criminal Law.* 4 vols. New York: Oxford University Press.
—. 1988. *Harmless Wrongdoing,* vol. 4 of *The Moral Limits of the Criminal Law.* New York: Oxford University Press. Fingarette, H. 1977. „Punishment and Suffering." *Proceedings of the American Philosophical Association* 51:499-525.
Finnis, J. M. 1972. „The Restoration of Retribution." *Analysis* 32:131-35.
—. 1982. „The Recidivist Premium." *Criminal Justice Ethics* 1:54-59.
Flew, A. G. N. 1954. „The Justification of Punishment." *Philosophy* 29:291--307.
Floud, J. E., & Young, W. 1981. *Dangerousness and Criminal Justice.* London: Heinemann.
Frase, R. S. 1997. „Sentencing Principles in Theory and Practice." In *Crime and Justice: A Review of Research,* vol. 22, edited by M. Tonry. Chicago: University of Chicago Press, 363-433.
Gaita, R. 1991. *Good and Evil: An Absolute Conception.* London: Macmillan.
Galligan, D. J. 1981. „The Return to Retribution in Penal Theory." In *Crime, Proof and Punishment,* edited by C. F. H. Tapper. London: Butterworths, 144-71.

IUS.indd 370 2006-02-06 11:02:14

—. 1987. „Regulating Pre-Trial Decisions." In *Criminal Law and Justice,* edited by I. H. Dennis. London: Sweet & Maxwell, 177-202.
Gardner, J. 1994. „Rationality and the Rule of Law in Offences against the Person." *Cambridge Law Journal* 53:502-23.
—. 1998a. „On the General Part of the Criminal Law." In *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique,* edited by R. A. Duff. Cambridge: Cambridge University Press, 205-55.
—. 1998b. „Crime: In Proportion and in Perspective." In *Fundamentals of Sentencing Theory,* edited by A. J. Ashworth & M. Wasik. Oxford: Oxford University Press, 31-52.
Gardner, M. 1976. „The Renaissance of Retribution: An Examination of 'Doing Justice'." *Wisconsin Law Review:* 781-815.
Garland, D. 1985. *Punishment and Welfare.* Aldershot: Gower.
—. 1990. *Punishment and Modern Society.* Oxford: Oxford University Press.
Garvey, S. P. 1998. „Can Shaming Punishments Educate?" *University of Chicago Law Review* 65:733-94.
George, R. P. 1993. *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality.* Oxford: Oxford University Press.
Gibbard, A. 1990. *Wise Choices, Apt Feelings.* Oxford: Oxford University Press.
Golash, D. 1994. „The Retributive Paradox." *Analysis* 54:72-78.
Goldman, A. H. 1979. „The Paradox of Punishment." *Philosophy and Public Affairs* 9:42-58.
—. 1982. „Toward a New Theory of Punishment." *Law and Philosophy* 1:57-76.
Goodin, R. E. 1991. „Theories of Compensation." In *Liability and Responsibility,* edited by R. Frey & C. Morris. Cambridge: Cambridge University Press, 257-89.
Gordon, G. H. 1978. *The Criminal Law of Scotland.* 2nd ed. Edinburgh: W. Green.
Gur-Arye, M. 1991. „The Justification of Punishment: A Comment on Retribution and Deterrence." *Israel Law Review* 25:452-59.
Hajdin, M. 1987. „Criminals as Gamblers: A Modified Theory of Pure Restitution." *Dialogue* 26:77-86.
Hampton, J. 1984. „The Moral Education Theory of Punishment." *Philosophy and Public Affairs* 13:208-38.
—. 1991. „A New Theory of Retribution." In *Liability and Responsibility,* edited by R. G. Frey and C. W. Morris. Cambridge: Cambridge University Press, 377–14.
—. 1992a. „An Expressive Theory of Retribution." In *Retributivism and Its Critics,* edited by W. Cragg. Stuttgart: Franz Steiner, 1-25.

—. 1992b. „Correcting Harms versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution." *UCLA Law Review* 39:201–4.
Hare, R. M. 1981. *Moral Thinking: Its Levels, Methods and Point*. Oxford: Oxford University Press.
Harrison, R. 1988. „Punishment No Crime." *Proceedings of the Aristotelian Society* 62 (suppl.): 139-51.
Hart, H. L. A. 1963. *Law, Liberty and Morality*. New York: Random House.
—. 1968. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
—. 1994. *The Concept of Law,* 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
Holmgren, M. H. 1983. „Punishment as Restitution: The Rights of the Community." *Criminal Justice Ethics* 2:36-49.
—. 1989. „The Backward Looking Component of Weak Retributivism." *Journal of Value Inquiry* 23:135–6.
Honderich, T. 1984a. *Punishment: The Supposed Justifications*. Rev. ed. Harmondsworth: Penguin Books.
—. 1984b. „Culpability and Mystery." In *Philosophy and the Criminal Law,* edited by R. A. Duff and N. E. Simmonds. Stuttgart: Franz Steiner, 71-77.
Hood, R. 1998. *The Death Penalty: A World-Wide Perspective*. 2nd rev. ed. Oxford: Oxford University Press.
Horder, J. 1992. *Provocation and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
—. 1994. „Rethinking Non-Fatal Offences against the Person." *Oxford Journal of Legal Studies* 14:335-51.
Horton, J. 1992. *Political Obligation*. London: Macmillan.
Hudson, B. 1987. *Justice through Punishment: A Critique of the „Justice" Model of Corrections*. London: Macmillan.
—. 1993. *Penal Policy and Social Justice*. London: Macmillan.
—. 1994. „Punishing the Poor: A Critique of the Dominance of Legal Reasoning in Penal Policy and Practice." In *Penal Theory and Practice,* edited by R. A. Duff, S. E. Marshall, R. E. Dobash & R. P. Dobash. Manchester: Manchester University Press, 292-305.
—. 1995. „Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act." *Crime, Law & Social Change* 22:59-78.
Husak, D. 1990. „Already Punished Enough." *Philosophical Topics* 18:79-99.
—. 1992a. *Drugs and Rights*. New York: Cambridge University Press.
—. 1992b. „Why Punish the Deserving?" *Nous* 26:447-64.
—. 1995. „The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses." *Arizona Law Review* 37:151-83.
—. 1998. „Does Criminal Liability Require an Act?" In *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique,* edited by R. A. Duff. Cambridge: Cambridge University Press, 60-100.

IUS.indd 372 2006-02-06 11:02:14

Ignatieff, M. 1978. *A Just Measure of Pain*. New York: Random House.
Kahan, D. M. 1996. „What Do Alternative Sanctions Mean?" *University of Chicago Law Review* 63:591-653.
—. 1998. „Punishment Incommensurability." *Buffalo Criminal Law Review* 1:691-708.
Knowles, D. 1993. „Unjustified Retribution." *Israel Law Review* 27:50-58.
Kymlicka, W. 1989. *Liberalism, Community, and Culture*. Oxford: Oxford University Press.
Lacey, N. 1988. *State Punishment: Political Principles and Community Values*. London: Routledge.
Lacey, N., & Zedner, L. 1995. „Discourses of Community in Criminal Justice." *Journal of Law and Society* 22:301-25.
Lewis, C. S. 1940. *The Problem of Pain*. Glasgow: Collins.
—. 1953. „The Humanitarian Theory of Punishment." *Res Judicatae* 6. Reprinted in *Readings in Ethical Theory,* 2nd ed., edited by W. Sellars and J. Hospers. New York: Appleton-Century-Crofts, 1970.
Lipkin, R. J. 1988. „Punishment, Penance and Respect for Autonomy." *Social Theory and Practice* 14:87-104.
Lucas, J. R. 1968-69. „Or Else." *Proceedings of the Aristotelian Society* 69:207--22.
—. 1980. *On Justice*. Oxford: Oxford University Press.
—. 1993. *Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
MacCormick, D. N. 1982. „Against Moral Disestablishment." In *Legal Right and Social Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 18-38.
—. 1990. „Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS." *Oxford Journal of Legal Studies* 10:539-58.
Mackenzie, M. M. 1981. *Plato on Punishment*. Berkeley: University of California Press.
Mackie, J. L. 1985 „Morality and the Retributive Emotions." In *Persons and Values*. Oxford: Oxford University Press, 206-19.
Marshall, S. E. 1992. „Harm and Punishment in the Community." In *Retributivism and Its Critics,* edited by W. Cragg. Stuttgart: Franz Steiner, 75-82.
—."1998. „The Community of Friends." In *Communitarianism and Citizenship,* edited by E. Christodoulidis. Aldershot: Ashgate, 208-19.
Marshall, S. E., & Duff, R. A. 1982. „Camus and Rebellion, from Solipsism to Morality." *Philosophical Investigations* 5:116-134.
—. 1998. „Criminalization and Sharing Wrongs." *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 11:7-22.
Marshall, T. F. 1994. „Grassroots Initiatives Towards Restorative Justice: The New Paradigm?" In *Penal Theory and Practice,* edited by R. A. Duff, S. E. Marshall, R. E. Dobash & R. P. Dobash. Manchester: Manchester University Press, 245-60.

IUS.indd 373 2006-02-06 11:02:15

Marshall, T. E, & Merry, S. 1990. *Crime and Accountability: Victim/Offender Mediation in Practice.* London: HMSO.
Mason, A. 1993. „Liberalism and the Value of Community." *Canadian Journal of Philosophy* 23:215-39.
Matravers, M. 2000. *Justice and Punishment.* Oxford: Oxford University Press.
Matthews, R., ed. 1988. *Informal Justice.* London: Sage.
McWilliams, W., & Pease, K. 1990. „Probation Practice and an End to Punishment." *HowardJournal* 29:14-24.
Melden, A. I. 1959. *Rights and Right Conduct.* Oxford: Blackwell.
—. 1977. *Rights and Persons.* Oxford: Blackwell.
Menninger, K. 1968. *The Crime of Punishment.* New York: Viking Press.
Michael, M. A. 1992. „Utilitarianism and Retributivism: What's the Difference?" *American Philosophical Quarterly* 29:173-82.
Moore, M. S. 1987. „The Moral Worth of Retribution." In *Responsibility, Character and the Emotions,* edited by F. Schoeman. Cambridge: Cambridge University Press, 179-219.
—. 1993. „Justifying Retribution." *Israel Law Review* 27:15^19.
—. 1997. *Placing Blame: A Theory of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press.
Morison, J. 1988. „Hart's Excuses: Problems with a Compromise Theory of Punishment." In *The Jurisprudence of Orthodoxy,* edited by P. Leith and P. Ingram. London: Routledge, 117-46.
Morris, C. W. 1991. „Punishment and Loss of Moral Standing." *Canadian Journal of Philosophy* 21:53-79.
Morris, H. 1968. „Persons and Punishment." *The Monist* 52:475-501.
—. 1981. „A Paternalistic Theory of Punishment." *American Philosophical Quarterly* 18:263-71. Reprinted in *A Reader on Punishment,* edited by R. A. Duff & D. Garland. Oxford: Oxford University Press, 1994.
Morris, N. 1974. *The Future of Imprisonment.* Chicago: University of Chicago Press.
Morris, N., & Tonry, M. 1990. *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System.* New York: Oxford University Press.
Murphy, J. G. 1979a. „Three Mistakes about Retributivism." In *Retribution, Justice, and Therapy.* Dordrecht: Reidel, 77-81.
—. 1979b. „Kant's Theory of Criminal Punishment." In *Retribution, Justice, and Therapy.* Dordrecht: Reidel, 82-92.
—. 1979c. „Marxism and Retribution." In *Retribution, Justice, and Therapy.*
Dordrecht: Reidel, 93-115. Reprinted *mA Reader on Punishment,* edited by R. A. Duff & D. Garland. Oxford: Oxford University Press, 1994.

IUS.indd 374 2006-02-06 11:02:15

—. 1979d. „Cruel and Unusual Punishments." In *Retribution, Justice, and Therapy*. Dordrecht: Reidel, 223-49.
—. 1985. „Retributivism, Moral Education and the Liberal State." *Criminal Justice Ethics* 4:3-11.
—. 1997. „Repentance, Punishment, and Mercy." In *Repentance: A Comparative Perspective,* edited by A. Etzioni & D. E. Carney. Totowa, N.J.: Rowman & Littlefield, 143-70.
—. 1999. „Moral Epistemology, the Retributive Emotions, and the 'Clumsy
Moral Philosophy of Jesus Christ." In *The Passions of Law,* edited by S. A. Bandes. New York: NYU Press, 149-67.
Murphy, J. G., & Hampton, J. 1988. *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press.
Narayan, U. 1993. „Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment." *Oxford Journal of Legal Studies* 13:166-82.
Nathanson, S. 1987. *An Eye for an Eye? The Morality of Punishing by Death*. Totowa, N.J.: Rowman & Littlefield.
Nelken, D. 1985. „Community Involvement in Crime Control." *Current Legal Problems* 38:239-67.
Nino, C. S. 1983. „A Consensual Theory of Punishment." *Philosophy and Public Affairs* 12:289-306.
—. 1986. „Does Consent Override Proportionality?" *Philosophy and Public Affairs* 15:183-87.
Norrie, A. W. 1991. *Law, Ideology and Punishment*. Dordrecht: Kluwer.
—. 1993. *Crime, Reason and History*. London: Weidenfeld & Nicolson.
—. 1998. „Simulacra of Morality? Beyond the Ideal/Actual Antinomies of Criminal Justice." In *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique,* edited by R. A. Duff. Cambridge: Cambridge University Press, 101-55.
Oldenquist, A. 1988. „An Explanation of Retribution." *Journal of Philosophy* 85: 464-78.
Otsuka, M. 1996. „Quinn on Punishment and Using Persons as Means." *Law and Philosophy* 15:201-8.
Parfit, D. 1984. *Reasons and Persons*. Oxford: Oxford University Press.
Pettit, P. 1989. „The Freedom of the City: A Republican Ideal." In *The Good Polity,* edited by A. Hamlin & P. Pettit. Oxford: Blackwell, 141-68.
—. 1997. „Republican Theory and Criminal Punishment." *Utilitas* 9:59-79.
Pettit, P., & Braithwaite, J. 1993. „Not Just Deserts, Even in Sentencing." *Current Issues in Criminal Justice* 4:225-39.
Philips, M. 1986. „The Justification of Punishment and the Justification of Political Authority." *Law and Philosophy* 5:393-416.

IUS.indd 375 2006-02-06 11:02:16

Phillips, D. Z. 1982. „Some Limits to Moral Endeavour." In *Through a Darkening Glass*. Oxford: Blackwell, 30-50.
Pilon, R. 1978. „Criminal Remedies: Restitution, Punishment, or Both?" *Ethics* 88:348-57.
Postema, G. J. 1986. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Oxford University Press.
Primoratz, I. 1989a. *JustifyingLegal Punishment*. Atlantic Highlands, N.J.: Humanities Press.
—. 1989b. „Punishment as Language." *Philosophy* 64:187-205.
Quinn, W. 1985. „The Right to Threaten and the Right to Punish." *Philosophy and Public Affairs U-.iZl-li.*
—. 1988. „Reply to Brook." *Philosophy and Public Affairs* 17:240–7.
Quinton, A. 1953-54. „Punishment." *Analysis* 14:133-42.
Reitan, E. 1996. „Punishment and Community: The Reintegrative Theory of Punishment." *Canadian Journal of Philosophy* 26:57-81.
Rex, S. 1998. „A New Form of Rehabilitation." In *Principled Sentencing,* 2nd ed., edited by A. von Hirsch & A. J. Ashworth. Oxford: Hart Publishing, 34–41.
Robinson, P. 1987a. „Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions." *Northwestern University Law Review* 82:19-42.
—. 1987b. „A Sentencing System for the Twenty-first Century?" *Texas Law Review* 66:1-61.
—. 1990. „Rules of Conduct and Principles of Adjudication." *University of Chicago Law Review* 57:729-71.
Rosenblum, N. L., ed. 1989. *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Rotman, E. 1990. *Beyond Punishment: A New View of the Rehabilitation of Offenders*.New York: Greenwood Press.
Sadurski, W. 1985. „Distributive Justice and the Theory of Punishment." *Oxford Journal of Legal Studies* 5:47-59.
—. 1989. „Theory of Punishment, Social Justice, and Liberal Neutrality." *Law and Philosophy* 7:351-73.
Scheid, D. E. 1980. „Note on Denning 'Punishment'." *Canadian Journal of Philosophy* 10:453-62.
—. 1990, „Davis and the Unfair-Advantage Theory of Punishment: A Critique." *Philosophical Topics* 18:143-70.
—. 1995. „Davis, Unfair Advantage Theory, and Criminal Desert." *Law and Philosophy* 14:375-409.
—. 1997. „Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 10:441-506.

IUS.indd 376 2006-02-06 11:02:16

Schoeman, F. D. 1979. „On Incapacitating the Dangerous." *American Philosophical Quarterly* 16:27-35.
Schünemann, B., von Hirsch, A., and Jareborg, N., eds. 1998. *Positive General-pravention*. Heidelberg: C. F. Miiller.
Shafer-Landau, R. 1991. „Can Punishment Morally Educate?" *Law and Philosophy* 10:189-219.
—. 1996. „The Failure of Retributivism." *Philosophical Studies* 82:289-316.
Sher, G. 1987. *Desert*. Princeton: Princeton University Press.
—. 1997. *Beyond Neutrality*. Cambridge: Cambridge University Press.
Slattery, B. 1992. „The Myth of Retributive Justice." In *Retributivism and Its Critics,* edited by W. Cragg. Stuttgart: Franz Steiner, 27-34.
Slote, M. 1989. *Beyond Optimizing: A Study of Rational Choice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
Smart, J. J. C. 1973. „An Outline of a System of Utilitarian Ethics." In *Utilitarianism: For and Against,* by J. J. C. Smart & B. Williams. Cambridge: Cambridge University Press, 1-74.
Steinert, H. 1986. „Beyond Crime and Punishment." *Contemporary Crises* 10:21— 38.
Teichman, J. 1973. „Punishment and Remorse." *Philosophy* 48:335-46.
Ten, C. L. 1987. *Crime, Guilt, and Punishment*. Oxford: Oxford University Press.
—. 1990. „Positive Retributivism." *Social Philosophy and Policy* 7:194-208.
Tonry, M. 1994. „Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments." In *Penal Theory and Practice,* edited by R. A. Duff, S. E. Marshall, R. E. Dobash & R. P. Dobash. Manchester: Manchester University Press, 59-83. Reprinted in *A Reader on Punishment,* edited by R. A. Duff & D. Garland. Oxford: Oxford University Press, 1994.
—. 1996. *Sentencing Matters*. New York: Oxford University Press.
—. 1997. *Intermediate Sanctions in Sentencing Guidelines*. U.S. National Institute of Justice.
—. 1998. „Interchangeability, Desert Limits and Equivalence of Function." In *Principled Sentencing,* edited by A. von Hirsch & A. J. Ashworth. Oxford: Hart Publishing, 291-96.
Tonry, M., & Morris, N. 1978. „Sentencing Reform in America." In *Reshaping the Criminal Law,* edited by P. R. Glazebrook. London: Stevens, 434-48.
von Hirsch, A. 1976. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. New York: Hill and Wang.
—. 1985. *Past or Future Crimes*. Manchester: Manchester University Press.
—. 1985. *Past or Future Crimes*. Manchester: Manchester University Press.

IUS.indd 377 2006-02-06 11:02:16

—. 1990. „Proportionality in the Philosophy of Punishment: From 'Why Punish?' to 'How Much?'„ *Criminal Law Forum* 1:259-90.
—. 1991. „Criminal Record Rides Again." *Criminal Justice Ethics* 10:55-57.
—. 1992. „Proportionality in the Philosophy of Punishment." In *Crime and Justice: A Review of Research,* vol. 16, edited by M. Tonry. Chicago: University of Chicago Press, 55-98.
—. 1993. *Censure and Sanctions.* Oxford: Oxford University Press.
—. 1998a. „Desert and Previous Convictions." In von Hirsch & Ashworth 1998, 190-97.
—. 1998b. „The Swedish Sentencing Law." In von Hirsch & Ashworth 1998, 240-52.
—. 1999. „Punishment, Penance and the State." In *Punishment and Political Theory,* edited by M. Matravers. Oxford: Hart Publishing, 69-82.
von Hirsch, A., & Ashworth, A. J. 1992. „Not Not Just Deserts: A Response to Braithwaite and Pettit." *Oxford Journal of Legal Studies* 12:83-98.
von Hirsch, A., Bottoms, A. E., Burney, E., & Wikstrom, P-O. 1999. *Criminal Deterrence and Sentence Severity.* Oxford: Hart Publishing.
von Hirsch, A., & Jareborg, N. 1991. „Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis." *Oxford Journal of Legal Studies* 11:1-38.
von Hirsch, A., & Wasik, M. 1997. „Civil Disqualifications Attending Conviction." *Cambridge Law Journal* 56:599-626.
von Hirsch, A., Wasik, M., & Greene, J. 1989. „Punishment in the Community and the Principles of Desert." *Rutgers Law Journal* 20:595-618.
Waldron, J. 1988. „When Justice Replaces Affection: The Need for Rights." *Harvard Journal of Law and Public Policy* 11:625-47.
—. 1992. „Lex Talionis." *Arizona Law Review* 34:25-51.
—. 1999. *Law and Disagreement.* Oxford: Oxford University Press.
Walker, N. 1978. „Punishing, Denouncing or Reducing Crime." In *Reshaping the Criminal Law,* edited by P. R. Glazebrook. London: Stevens, 391-403.
—. 1980. *Punishment, Danger and Stigma.* Oxford: Blackwell.
—. 1981. „The Ultimate Justification." In *Crime, Proof and Punishment,* edited by C. F. H. Tapper. London: Butterworths, 109-26.
—. 1991. *Why Punish?* Oxford: Oxford University Press.
Wasik, M. 1987. „Guidance, Guidelines and Criminal Record." In *Sentencing Reform: Guidance or Guidelines?* edited by M. Wasik & K. Pease. Manchester: Manchester University Press, 105-25.
Wasik, M., & von Hirsch, A. 1988. „Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert." *Criminal Law Review:* 555-72.
—. 1990. „Statutory Sentencing Principles: The 1990 White Paper." *Modern Law Review* 53:508-17.

IUS.indd 378 2006-02-06 11:02:16

—. 1994. „Section 29 Revisited: Previous Convictions in Sentencing." *Criminal Law Review,* 409-18.
Wilson, J. Q. 1983. *Thinking about Crime.* Rev. ed. New York: Basic Books.
Winch, P. 1972a. „Nature and Convention." In *Ethics and Action.* London: Rout-ledge, 50-72.
—. 1972b. „The Universalizability of Moral Judgments." In *Ethics and Action.* London: Routledge, 151-70.
—. 1972c. „Can a Good Man be Harmed?" In *Ethics and Action.* London: Routledge, 193-209.
—. 1972d. „Ethical Reward and Punishment." In *Ethics and Action.* London: Routledge, 210-28.
Wood, D. 1988. „Dangerous Offenders, and the Morality of Protective Sentencing." *Criminal Law Review:* 424-33.
Wootton, B. 1963. *Crime and the Criminal Law.* London: Stevens.
Young, P. 1994. „Putting a Price on Harm: The Fine as a Punishment." In *Penal Theory and Practice,* edited by R. A. Duff, S. E. Marshall, R. E. Dobash & R. P. Dobash. Manchester: Manchester University Press, 185-96.
Zedner, L. 1994. „Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?" *Modern Law Review* 57:228-50.
—. 1997. „Victims." In *The Oxford Handbook of Criminology,* edited by M. Maguire, R. Morgan & R. Reiner. Oxford: Oxford University Press, 577-612.
Zimring, F. E. 1976. „Making the Punishment Fit the Crime: A Consumer's Guide to Sentencing Reform." *Hastings Center Report* 6:13—21. Reprinted in *A Reader on Punishment,* edited by R. A. Duff & D. Garland. Oxford: Oxford University Press, 1994.
Zimring, F. E. & Hawkins, G. 1995. *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime.* New York: Oxford University Press.

IUS.indd 379 2006-02-06 11:02:17



O FUNDACJI

IUS.indd 380 2006-02-06 11:02:17









FUNDACJA

Fundacja „Ius et Lex" powstała w 2000 r. Pracami fundacji kieruje Prezes Zarządu – dr Janusz Kochanowski oraz wiceprezesi: Paweł Dobrowolski i Marta Kochanowska.

Celem fundacji jest:

- wspomaganie i promowanie inicjatyw naukowych i oświatowych dotyczących polskiego prawa,
- działanie na rzecz realizacji założeń państwa prawa,
- rozwój i europeizacja polskiego systemu prawa.

12 marca 2004 r. fundacja „Ius et Lex" została wpisana na listę organizacji pożytku publicznego i na mocy ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz.U. z 2003 r. nr 96 poz. 873) wiele osób wsparło fundację, przekazując jej 1% płaconego podatku od osób fizycznych. Listę tych osób publikujemy w niniejszym numerze magazynu, wyrażając jednocześnie wdzięczność za okazane nam zaufanie.

Nad prawidłowością działań fundacji czuwa Rada Fundacji w składzie:
Witold Kieżun – przewodniczący
oraz członkowie:
Baroness Caroline Anne Cox of Queensburry, Hanna Gronkiewicz-Waltz, The Lord Belhaven and Stenton, Ryszard Kaczorowski, Antoni Z. Kamiński, The Lord Lewis of Newnham, Andrzej Szostek MIC, Andrzej Wielowieyski, Maria Sapieha, Jan A. Stefanowicz, Jan Winiecki.

Baroness Caroline Anne Cox of Queensburry – polityk; od 1985 r. *deputy speaker* w Izbie Lordów. Zaangażowana w działalność publiczną na rzecz praw człowieka. Przewodnicząca Christian Solidarity Worldwide. Rektor Uniwersytetu w Bournemouth, prezes Institute of Administrative Management. Odznaczona Krzyżem Komandorskim za Zasługi dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Hanna Gronkiewicz-Waltz – prawnik i ekonomista; wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. W latach 1992–2000 Prezes Narodowego Banku Polskiego, następnie wiceprezes European Bank for Reconstruction and Developement (2001–2004)

Pawel Dobrowolski – ekonomista, niezależny doradca; ukończył Uniwersytet Harvarda. Pracował w Jeffrey Sachs and Associates, Deutsche Morgan Grenfell, Advent International, Warsaw Equity Management.

IUS.indd 382 2006-02-06 11:02:17

The Lord Belhaven and Stenton – w latach 1964–1999 członek Izby Lordów. Odznaczony Krzyżem Komandorskim za Zasługi dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Ryszard Kaczorowski – ostatni prezydent RP na uchodźstwie; w 1940 r. aresztowany przez NKWD. Po uwolnieniu przebywał w Armii Polskiej w ZSRR, następnie w 2 Korpusie Polskim. Po wojnie na uchodźstwie w Wielkiej Brytanii, od 1967 r. przewodniczący ZHPpgK, w latach 1986–1989 minister spraw krajowych rządu RP na uchodźstwie. Członek Rady Polskiej Macierzy Szkolnej i Rady Instytutu Polskiego Akcji Katolickiej. Doktor honoris causa wielu polskich uniwersytetów oraz honorowy obywatel Warszawy, Gdyni, Krakowa i innych miast polskich. Odznaczony Wielkim Krzyżem Kawalerskim św. Jerzego i Michała przez królową Elżbietę II.

Antoni Z. Kamiński – socjolog, *Visiting fellow American Council of Learned Societies* Uniwersytetu Columbia w Nowym Jorku, Uniwersytetu Kalifornijskiego w Berkeley, British Columbia, Japan Institute of International Affairs. Autor m.in. pracy *An Institutional Theory of Communism Regimes: Design, Function, Breakdown*.

Witold Kieżun – profesor teorii organizacji i zarządzania, członek International Academy of Management, wykładowca w Wyższej Szkole Przedsiębiorczości i Zarządzania im. Leona Koźmińskiego w Warszawie. W latach siedemdziesiątych kierownik Zakładu Prakseologii PAN i Zakładu Teorii Organizacji Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, w latach 80. i 90. profesor uczelni amerykańskich i kanadyjskich oraz *chief technical advisor* w ONZ. Żołnierz Armii Krajowej, powstaniec warszawski, więzień polityczny reżimu stalinowskiego. Przewodniczący Rady Fundacji.

Marta Kochanowska – prawnik, ukończyła St. Paul's Girls' School w Londynie, St. Mary's College, wydział prawa na Uniwersytecie w Durham, College of Law w Londynie. Pracowała jako adwokat w Freshfields Bruckhous Deringer w Londynie i Singapurze oraz w The Royal Bank of Scotland Plc. w Londynie.

The Lord Lewis of Newnham – emerytowany profesor Uniwersytetu w Cambridge. Pierwszy *Warden Robinson College* w Cambridge (1975––2001). Członek zagraniczny Polskiej Akademii Umiejętności. Członek Izby Lordów. Odznaczony Krzyżem Komandorskim za Zasługi dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Andrzej Szostek MIC – etyk; profesor na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim. *Visiting professor* w Instytucie Jana Pawła II Uniwersytetu Laterańskiego (1988–1991), członek Międzynarodowej Komisji Teologicznej w Rzymie (1992–1997). Rektor KUL w latach 1998–2004. Autor m.in. prac *Normy i wyjątki*; *Natura – rozum – wolność*; *Wokół godności, prawdy i miłości*.

Andrzej Wielowieyski – prawnik i polityk; żołnierz Armii Krajowej, członek Klubu „Krzywego Koła", a od 1967 r. Klubu Inteligencji Katolickiej. Poseł na Sejm RP w latach 1989–2001, obecnie senator.

Maria Sapieha – studiowała w Anglii i Francji, w czasie drugiej wojny światowej na Zachodzie Europy, więziona przez Niemców za działalność antyhitlerowską. Na emigracji stworzyła oddział „Pomoc Dzieciom Polskim". W latach osiemdziesiątych współdziałała z Medical Aid for Poland oraz Polską Macierzą Szkolną w Wielkiej Brytanii, za co została odznaczona Krzyżem Oficerskim Polonia Restituta. Założycielka i prezes fundacji Ex Animo w Warszawie, obecnie wspiera Klinikę Onkologii w Międzylesiu.

Jan A. Stefanowicz – prawnik; adwokat, członek Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie. Partner założyciel Kancelarii „Juris" w Warszawie. Prowadzi indywidualną kancelarię adwokacką. Przewodniczący Komisji Prawa Gospodarczego Centrum im. A. Smitha oraz Rady Konsultacyjnej Centrum Monitoringu i Wolności Prasy. Ekspert i konsultant Sejmu RP w pracach legislacyjnych.

Jan Winiecki – ekonomista. Współzałożyciel i prezes fundacji Centrum im. Adama Smitha, w latach 1991–1993 członek rady nadzorczej European Bank for Reconstruction and Development. W latach 1994–2003 wykładał na Uniwersytecie Europejskim *Viadrina* we Frankfurcie.

KONTAKT

Fundacja „Ius et Lex"
ul. Walecznych 34
03-916 Warszawa
tel./faks (22) 616 25 53
www.iusetlex.pl, fundacja@iusetlex.pl

Nr rachunku
06 1240 1040 1111 0000 0136 5373

prezes fundacji:
Janusz Kochanowski
www.kochanowski.pl
j.b.kochanowski@uw.edu..pl

sekretarze fundacji:

Bartosz Niemczynowicz	Maciej Kotkowski	Jakub Romelczyk
nczn@o2.pl	0 606 940 980	abuk111@poczta.fm
	m.kotkowski@iusetlex.pl	

IUS.indd 384 2006-02-06 11:02:18

MAGAZYN „IUS ET LEX"



Grono polskich uczonych i teoretyków prawa przystąpiło w 2001 r. do wydawania nowego czasopisma prawniczego, zatytułowanego „Ius et Lex". Celem powołania magazynu, którego ideę programową określa sam już w tytuł, jest przede wszystkim:

– rozwój rodzimej twórczości z zakresu nauk prawnych;
– propagowanie szeroko pojętej kultury prawnej przez nawiązywanie do aktualnych osiągnięć światowej myśli prawniczej;
– dążenie do zmiany sposobu myślenia o prawie i jego stosowaniu, bez której prosta implementacja prawa europejskiego na grunt polski nie będzie możliwa.

Czasopismo publikuje numery „tematyczne", w całości poświęcone najważniejszym problemom prawa. Pierwszy numer był poświęcony relacji kategorii „ius" do „lex", drugi rozliczeniu z przeszłością. Tematami następnych numerów będzie współczesny retrybutywizm, ekonomiczne podejście do przestępczości, terroryzm itp. Czasopismo przez pierwsze lata ukazywać się będzie w miarę gromadzenia materiałów w wersji angielskiej i polskiej.

ZE WSTĘPU DR. JANUSZA KOCHANOWSKIEGO:

Nie jest rzeczą przypadku, że właśnie w 2001 roku, na przełomie wieków, powstaje magazyn, którego ideę programową wyraża sam już jego tytuł, „Ius et Lex" – pismo stawiające sobie za cel badanie podstaw myśli i kultury prawnej.

Dwa są powody do – koniecznego dziś – powrotu do źródeł i istoty prawa, którego idea towarzyszy rozwojowi cywilizacji. Są to poczucie kryzysu prawa, będące doświadczeniem minionego stulecia, oraz dostrzegalne już wyzwania nowego wieku.

Poczucie kryzysu prawa, z jakim wychodzimy z XX w., jest szczególnie dotkliwe w naszym kraju, gdzie konstytucyjna deklaracja państwa prawa zdaje się powoli – zdaniem niektórych z nas – zamieniać w swoje przeciwieństwo. Mówiąc o kryzysie prawa, najczęściej mamy na myśli:

– *jurydyzację życia, które zostało nieomal w całości uregulowane przez ustawodawcę w sposób najczęściej nam nieznany;*
– *instrumentalne traktowanie prawa, zarówno przez stosujących je, jak i samego ustawodawcę, który uważa, że na mocy umownego mandatu może stanowić prawo w sposób niemal dowolny;*

IUS.indd 385 2006-02-06 11:02:20

– *wreszcie, używając terminologii Lona L. Fullera – niedostatek moralności samego prawa i jego legitymizacji.*

Zjawiska te powodują brak szacunku dla prawa. Jest ono łamane na wszystkich szczeblach drabiny społecznej, czym przejmują się jedynie ci, których naruszenia prawa zostały, mniej lub bardziej przypadkowo, wykryte. Jak podkreśla to dalej David Lyons, jeśli teoria prawa nie dostrzeże tych faktów, „nie dosięgnie własnych ideałów moralnych i intelektualnych".

Do powrotu do istoty i źródeł prawa skłaniają również wyzwania rozpoczynającego się wieku. W czasach przejścia do zupełnie innego, europejskiego i globalnego społeczeństwa, stajemy w obliczu nowego kształtu świata, a w związku z tym – także powinności oznaczenia miejsca, jakie ma w nim zajmować moralność i prawo. Wiek XXI musi być wiekiem prawa, albo będzie jeszcze straszniejszy niż ten, który szczęśliwie pozostał za nami.

Skoro mówimy o powstającym europejskim i globalnym społeczeństwie, mamy na myśli nie tylko swobodny przepływ kapitału, ponadnarodowe firmy i korporacje, masową produkcję i konsumpcję, oraz towarzyszącą im wolność, demokrację i prawa człowieka – ale także globalizację świata przestępczego i terroryzmu, masowego handlu narkotykami, bronią i ludźmi. Przejmowanie wielu agend państwa przez instytucje prywatne lub społeczności lokalne, ale jednocześnie jego osłabienie, które rodzi obawę o udaną budowę otwartego społeczeństwa obywatelskiego. Niebezpieczeństwa grożące cywilizacji zachodniej, mające swoje źródło zarówno w niej samej, jak i w innych cywilizacjach.

Wydaje się, że zamiar powołania czasopisma, które będzie zajmować się najbardziej podstawowymi problemami sprawiedliwości i prawa oraz miejscem tych ostatnich w zmieniającym się świecie, pozwoli sprostać aktualnym oczekiwaniom. Świadczy o tym fakt, że nieomal wszyscy, do których zwróciliśmy się – odpowiedzieli na nasze zaproszenie pozytywnie, a często nawet z entuzjazmem.

Z RECENZJI PROF. WITOLDA WOŁODKIEWICZA:

Założenia przyjęte przy tworzeniu czasopisma zostały wykonane wzorowo. Dwa wydane dotychczas tomy podejmują najbardziej istotne problemy myśli prawnej i społecznej. Wydawnictwo „Ius et Lex" wypełnia istotne zapotrzebowanie społeczne i pobudza do dyskusji.

Na podkreślenie zasługuje również wzorowa forma wydawnicza „Ius et Lex", bardzo dobre opracowanie redakcyjne i oryginalność szaty graficznej.

Czasopismo to jest biletem wizytowym polskiej nauki prawa i forum jej kontaktów z nauką światową.

REDAKCJA

Janusz Kochanowski (redaktor naczelny)
Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński

Jerzy Zajadło – Uniwersytet Gdański
Michał Królikowski (sekretarz redakcji) – Uniwersytet Warszawski
Marek Lasocki (sekretarz redakcji) – Uniwersytet Warszawski

KOLEGIUM POLSKIE

Adam Czarnota – prawnik i socjolog; wykłada na Uniwersytecie Południowej Nowej Walii w Sydney. Wykładał na uniwersytetach w Wielkiej Brytanii, Afryce Południowej oraz krajach Europy Środkowo-Wschodniej. Zajmuje się teorią i socjologią prawa, zwłaszcza tzw. transitional justice. Współredaktor (z M. Krygierem) *The Rule of Law after Communism*.

Tomasz Gizbert-Studnicki – prawnik; wykłada na Uniwersytecie Jagiellońskim. W latach 1993–1997 wykładowca w Academy of Legal Theory w Brukseli, w latach 1995–1999 członek Komitetu Wykonawczego Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej. Członek Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, zajmuje się analityczną filozofią prawa.

Janusz Kochanowski – prawnik; wykładał na Uniwersytecie Warszawskim. W latach 1991–1995 konsul generalny Rzeczypospolitej Polskiej w Londynie. Przewodniczący Porozumienia Samorządów Zawodów Prawniczych w Polsce 2003–2004. *Visiting fellow* na uniwersytetach w Augsburgu, Oksfordzie, Cambridge oraz Instytucie Maxa-Plancka we Freiburgu. W latach 1996–1997 *senior member* Robinson College. *Life member Clare Hall* w Cambridge. Autor m.in. książek: *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*; *Zagadnienia przestępstw drogowych i przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*; *Redukcja odpowiedzialności karnej*.

Andrzej Kojder – prawnik i socjolog; wykłada socjologię prawa na Uniwersytecie Warszawskim, jest przewodniczącym Polskiego Towarzystwa Socjologicznego i członkiem Zarządu Transparency International. W latach dziewięćdziesiątych podsekretarz stanu w Kancelarii Prezydenta RP. Opublikował ponad 100 prac naukowych – głównie z dziedziny socjologii prawa, aksjologii prawa i socjotechniki; jest autorem m.in. książki *Godność i siła prawa*.

Zdzisław Krasnodębski – socjolog i filozof; wykłada na Uniwersytecie w Bremie, gdzie jest przewodniczącym programu polskich studiów interdyscyplinarnych. Członek polskiego i niemieckiego stowarzyszenia socjologicznego. Autor prac na tematy socjologii prawa, m.in. *Max Weber*; *Postmodernistyczne rozterki kultury*; *Upadek idei postępu*.

Michał Królikowski – prawnik, wykłada w Instytucie Prawa Karnego Uniwersytetu Warszawskiego. Opiekun naukowy Koła Naukowego prawa

IUS.indd 387 2006-02-06 11:02:20

rzymskiego i kanonicznego *Utriusque Iuris*. Zajmuje się filozofią i teorią kary. Opublikował m.in. *Zasada proporcjonalności w europejskim Corpus Iuris*, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych*.

Lech Morawski – prawnik i filozof; wykłada na Uniwersytecie im. Mikołaja Kopernika w Toruniu i Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Zajmuje się filozofią analityczną oraz problemami transformacji współczesnych systemów prawa. Autor m.in. rozpraw *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*; *Wykładnia prawa. Komentarz*; *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*.

Marek Antoni Nowicki – adwokat; rzecznik praw obywatelskich w Kosowie, współzałożyciel Komitetu Helsińskiego w Polsce. W latach 1993–1999 członek Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu. Jest autorem m.in. pracy *Kamienie milowe. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*.

Wojciech Sadurski – filozof prawa; pracuje w Europejskim Instytucie Uniwersyteckim we Florencji i na Uniwersytecie w Sydney. Zajmuje się filozofią prawa i teorią konstytucjonalizmu. Autor m.in. książek *Teorie sprawiedliwości*; *Giving Desert Its Due*; *Myślenie konstytucyjne*; *Freedom of Speech and Its Limits*.

Marek Safjan – prawnik; wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. Członek *Association Internationale Droit, Ethique et Science*, *Academie Internationale de Droit Compare*. Autor wielu publikacji z zakresu prawa cywilnego, prawa handlowego i bioetyki, m.in. *Medycyna i prawo*. Od 1997 r. sędzia Trybunału Konstytucyjnego, a od 1998 r. prezes Trybunału.

Grażyna Skąpska – prawnik i socjolog; wykłada na Uniwersytecie Jagiellońskim. *Visiting professor* na uniwersytetach w Australii, Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii oraz Niemczech. Wiceprezydent Międzynarodowego Instytutu Socjologii. Jej zainteresowania naukowe koncentrują się wokół przemian rynkowych po upadku komunizmu oraz teorii praworządności. Autorka m.in. książek *Prawo a dynamika społecznych przemian*; *Constitutionalism after Communism*.

Wiesław Staśkiewicz – prawnik i socjolog; wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. Od 1992 r. dyrektor Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu. Jego zainteresowania naukowe obejmują badania empiryczne kultury prawnej i efektywności ustawodawstwa.

Jerzy Stelmach – prawnik, filozof; profesor w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor m.in. książek *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, *Filozofia prawa XIX i XX wieku* (z R. Sarkowiczem).

Mirosław Wyrzykowski – prawnik; wykłada na Uniwersytecie Warszaw-

IUS.indd 388 2006-02-06 11:02:20

skim. Specjalizuje się w prawie publicznym i prawach człowieka. Ekspert Komisji Konstytucyjnej Sejmu X Kadencji. *Visiting professor* na uniwersytetach w Monachium i Sydney. W latach 1999–2001 dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Od 2001 r. sędzia Trybunału Konstytucyjnego.

Jerzy Zajadło – kierownik Zespołowej Katedry Teorii Państwa i Prawa oraz Zakładu Praw Człowieka na Uniwersytecie Gdańskim. Wykłada prawa człowieka, prawo międzynarodowe i protokół dyplomatyczny. Autor m.in. *Formuła Radbrucha. Filozofia na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*; *Procesy strzelców przy murze berlińskim. Sprawiedliwość zwycięzców czy zmiana paradygmatu państwa prawa?*; *Dylematy humanitarnej interwencji*.

Marek Zirk-Sadowski – prawnik i filozof; wykłada filozofię prawa na Uniwersytecie Łódzkim. Członek Komitetu Wykonawczego Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół teorii sądowego stosowania i interpretacji prawa, teorii wartości i filozofii prawa europejskiego. Autor m.in. pracy *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Od 1994 r. sędzia Naczelnego Sądu Administracyjnego.

KOLEGIUM ZAGRANICZNE

Deryck Beyleveld – prawnik i filozof; wykłada na Uniwersytecie w Sheffield. Dyrektor Institute of Biotechnological Law and Ethics. Kontynuator szkoły Alana Gewirtha. Zajmuje się teorią prawa karnego, teorią moralności oraz etyką. Autor m.in. *The Dialectical Necessity of Morality*; (z R. Brownswordem) *Law as Moral Judgement oraz Human Dignity in Bioethics and Biolaw*.

Jo Carby-Hall – prawnik; wykłada na Uniwersytecie w Hull, dyrektor International Legal Research Centre for Legislative Studies tegoż uniwersytetu. Ekspert z zakresu prawa pracy. *Visiting professor* na uniwersytetach w Genewie, Paryżu, Nantes, Toruniu. Honorowy profesor Uniwersytetu w Bordeaux. Odznaczony Orderem Zasługi Rzeczypospolitej Polskiej, konsul honorowy Rzeczypospolitej Polskiej.

Masaji Chiba – prawnik i socjolog; emerytowany profesor Uniwersytetu Metropolitan w Tokio. Wykładał na Uniwersytecie w Minnesocie. Członek Międzynarodowego Stowarzyszenia Socjologicznego. Autor wielu prac na tematy socjologii i antropologii prawa, m.in. *Modern Anthropology of Law*; *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*.

Mark A. Cohen – ekonomista; profesor zarządzania na Uniwersytecie Vanderbilt w USA. *Visiting professor* ekonomii wymiaru sprawiedliwości

na Uniwersytecie w Jork. Przewodniczący Komitetu Statystyki Prawa i Wymiaru Sprawiedliwości w American Economic Association.

Meir Dan-Cohen – prawnik; wykłada etykę prawa na Uniwersytecie Kalifornijskim w Berkeley – Milo Reese Robbins Chair in Legal Ethics, uprzednio na Uniwersytecie w Yale. Zajmuje się teorią prawa i moralności w społeczeństwie. Autor m.in. książek *Rights, Persons and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society*.

R. Antony Duff – prawnik, filozof; wykłada filozofię na Uniwersytecie w Stirling. Członek Royal Society w Edynburgu. Opublikował m.in. książki *Trials and Punishments*; *Intention, Agency and Criminal Law*; *Criminal Attempts*; *Punishment, Communication and Community*.

John Finnis – prawnik i filozof; wykłada filozofię prawa na Uniwersytecie w Oksfordzie. Twórca „nowej teorii prawa naturalnego". Redaktor *Halsbury's Laws of England*. Autor m.in. *Natural Law and Natural Rights* (wyd. pol. 2001).

George P. Fletcher – prawnik i filozof; *Cardozo Professor of Jurisprudence* na Uniwersytecie Columbia w Nowym Jorku. Publicysta „New York Timesa". Zajmuje się prawem konstytucyjnym, karnym i jurysprudencją. Autor m.in. *Rethinking Criminal Law*; *A Crime of Self-Defence*; *Our Secret Constitution*.

Peter Glazebrook – prawnik; wykłada na Uniwersytecie w Cambridge, dyrektor Old Library, zajmuje się teorią prawa karnego i bioetyki. Autor m.in. zbioru *Statutes on Criminal Law*.

Jürgen Habermas – filozof; przedstawiciel drugiej generacji krytycznej szkoły frankfurckiej, uczeń Maxa Horkheimera i Theodora Adorno. Zasłynął obroną teorii racjonalności Kanta, publikuje na tematy socjologii i filozofii. Twórca teorii działania komunikacyjnego. Autor m.in. dzieł *Communication and the Evolution of Society* oraz *Theory and Practice*.

Joachim Herrmann – prawnik i filozof; wykłada na Uniwersytecie w Pittsburgu, uprzednio na Uniwersytecie w Augsburgu. *Visiting professor* na uniwersytetach w Stanach Zjednoczonych, Południowej Afryce, Chinach i Turcji. Zajmuje się teorią prawa karnego, prawnych systemów porównawczych, w szczególności europejskiego prawa kontynentalnego, prawa anglosaskiego oraz islamskiego. Autor m.in. *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorblid des anglo-amerikanischen Strafverfarhrens*.

Andrew von Hirsch – prawnik i filozof; *honorary professor* teorii kary i prawa karnego w Instytucie Kryminologii im. L. Radzinowicza w Cambridge. Założyciel i dyrektor Centrum Teorii i Etyki Kary w Cambridge. Jego główne zainteresowania naukowe koncentrują się wokół teorii systemu karnego i filozofii prawa karnego. Autor m.in. *Doing Justice*; *Past*

IUS.indd 390 2006-02-06 11:02:21

or Future Crime oraz *Censure and Sanctions.*

Martin Krygier – prawnik i filozof; wykłada na Uniwersytecie Południowej Nowej Walii w Sydney. *Visiting professor* na Uniwersytecie Kalifornijskim w Berkeley. Przewodniczący redakcji „East Central Europe – L'Europe du Centre Est" oraz współredaktor (z A. Czarnotą) *The Rule of Law after Communism.*

Harvey W. Kushner – prawnik; wykłada prawo karne i teorię bezpieczeństwa publicznego na Uniwersytecie Long Island w Nowym Jorku. Doradca Kongresu i władz Nowego Jorku w zakresie bezpieczeństwa publicznego. Autor m.in. *The Future of Terrorism*; *Encyclopedia of Terrorism.*

David Lyons – prawnik i filozof; wykłada filozofię prawa na Uniwersytecie w Bostonie, uprzednio na Uniwersytecie Cornell. Autor m.in. *Moral Aspects of Legal Theory; Rights, Welfare and Mill's Moral Theory* oraz *Ethics and the Rule of Law* (wyd. pol. 2000).

Sir Neil MacCormick – prawnik i polityk; wykłada na Uniwersytecie w Edynburgu. Zajmuje się filozofią prawa, zwłaszcza europejskiego oraz historią polityki. Wiceprzewodniczący Szkockiej Partii Narodowej. Członek Parlamentu Europejskiego. Twórca współczesnej instytucjonalnej teorii prawa. Autor m.in. *Legal Reasoning and Legal Theory.*

Sir Peter North – prawnik; Principal of Jesus College w Oksfordzie, prorektor Uniwersytetu w Oksfordzie, uprzednio rektor tegoż Uniwersytetu. *Visiting professor* na wielu uniwersytetach w Europie. Specjalista z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego.

Lord Norton of Louth – politolog i polityk; od 1986 r. profesor Uniwersytetu w Hull. Od 1992 r. dyrektor Centre for Legislative Studies. Od 1998 r. zasiada w Izbie Lordów. Autor m.in. *The British Polity*; *Parlaments and Governments in Western Europe*; *The Conservative Party.*

Joseph Raz – prawnik i filozof; wykłada filozofię prawa na Uniwersytecie w Oksfordzie, uprzednio na Uniwersytecie Hebrajskim w Jerozolimie. *Visiting professor* na Uniwersytecie Rockefeller, Australijskim Uniwersytecie Narodowym, uniwersytetach w Toronto i Yale. Zajmuje się głównie filozofią prawa, moralności i polityki. Autor m.in. *The Authority of Law* (wyd. pol. 2000); *The Morality of Freedom*; *Ethics in the Public Domain.*

Niels von Redecker – prawnik; były referent ds. prawa polskiego w Institut für Ostrecht w Monachium, członek stowarzyszenia Copernicus, były redaktor „Jahrbuch für Ostrecht". Autor m.in. *Die Haltung der Bundesrepublik Deutschland gegenüber den baltischen Staaten*; *Das polnische Beamtenrecht, Entwicklung und Stand beim Beitritt Polens zur Europäischen Gemeinschaft.*

Sir Christopher Staughton – prawnik; członek Queen's Counsel, sędzia British Hight Court. Członek the Privy Council Królowej Elżbiety

IUS.indd 391 2006-02-06 11:02:22

II. Zajmuje się dziedziną prawa handlowego i rodzinnego.

Ruti G. Teitel – *Ernst Stiefel Professor of Comparative Law*. Wykłada prawo konstytucyjne, porównawcze i prawa człowieka w New York Law School. Senior Schell Fellow w Yale Law School (1996–1997, 1999––2000). Członek zarządu Human Rights Watch Europe-Asia. Autorka m.in. *Transitional Justice*.

Gunther Teubner – prawnik i socjolog; wykłada na Uniwersytecie Frankfurckim. *Visiting professor* w Berkeley, Stanford i Wiedniu. W 1983 r. odznaczony przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Socjologiczne Nagrodą im. Leona Petrażyckiego. Autor m.in. *Law as Autopoietic System*; *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*; *Environmental Law and Ecological Responsibility*.

Thomas Weigend **–** prawnik; profesor prawa karnego Uniwersytetu w Kolonii, wykładowca New York Uniwersity School of Law, zajmuje się m.in. prawem karnym międzynarodowym, komparatystyką procedury karnej, problematyką legalizmu i oportunizmu w świetle aktualnych zmian społecznych. Autor akademickiego podręcznika niemieckiego prawa karnego *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*.

Adres redakcji
ul. Walecznych 34
03-916 Warszawa

sekretarz redakcji
Marek Lasocki
0 504 198 558
m.lasocki@uw.edu.pl

„IUS ET LEX" NR (I) 1/2002

Janusz Kochanowski *Dlaczego „Ius et Lex"?*

ROZPRAWY

George P. Fletcher *Na cześć „Ius et Lex". Kilka refleksji nad pojęciem prawa*
John W. Montgomery *Refleksje nad „Ius et Lex"*

Jerzy Zajadło *Formuła „Gesetz und Recht”*
Witold Wołodkiewicz *„Ius et lex” w rzymskiej tradycji prawnej*
David Lyons *Osąd moralny a teoria prawa*
Stefan Bratkowski *Prehistoria poczucia sprawiedliwości. Greckie początki „ius”*
Gunther Teubner *Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda*
Mieczysław A. Krąpiec *Porządek prawny („ordo iuris”) – rzeczywistość czy fikcja?*
Leszek Kołakowski *O prawie naturalnym*

PRZEDRUKI

Gustaw Radbruch *Ustawa i prawo*
Christopher Staughton *Za dużo prawa*

RECENZJE

Paweł Łabieniec *Teoria prawa naturalnego Johna Finnisa wobec sporu między pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawa naturalnego*

ORZECZNICTWO

Marzena Kordela *„Ius” w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*
Luzius Wildhaber *Dynamika orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*

GLOSY

Paweł Sarnecki *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 28 września 2000 r.*

Nakład pierwszego numeru wyczerpany. Numer dostępny jest w wersji elektronicznej na stronie internetowej www.iusetlex.pl.

„IUS ET LEX” NR (II) 1/2003

Janusz Kochanowski *Czy zbrodnie minionych systemów wymagają rozliczenia, czy też lepiej o nich zapomnieć?*

ROZPRAWY

Diane F. Orentlicher *Obowiązek ukarania poważnych naruszeń praw człowieka związanych z poprzednim reżimem*
Ruti G. Teitel *Rządy prawa okresu transformacji*
Grażyna Skąpska *Rozliczenie łamania praw człowieka w przeszłości. Analiza kulturowa*
Michał Płachta *Jak pogodzić sprawiedliwość retrybutywną ze sprawiedliwością restytucyjną? Międzynarodowy Trybunał Karny a komisje pojednania narodowego i amnestie*

Adam Czarnota *Moralne i prawne problemy odnoszenia się do przeszłości. Między sprawiedliwością retrybutywną a dystrybutywną*
Frederick Hale *Komisja Prawdy i Pojednania w RPA – potencjalne i realne możliwości. Teoria a rzeczywistość*
Jan-Michael Simon *Przemoc popierana przez państwo. Odpowiedzialność karna a pojednanie*
Jerzy Zajadło *Filozofia prawa a prawo karne. Studium tzw. Mauerschützen*
Spencer Zifcak *Rozrachunek z przeszłością na Węgrzech i w Czechach. Ujęcie konstytucyjne*
Janusz Kochanowski *Rozliczenie z przeszłością w Polsce*

WOKÓŁ SPRAW POLSKICH

Rola obrachunku z przeszłością w budowaniu ładu społecznego.
Dyskusja redakcyjna z udziałem A. Dudka, J. Kochanowskiego, I. Krzemińskiego, W. Roszkowskiego, P. Śpiewaka, B. Wildsteina
Andrzej Zybertowicz *Paradoksy niewiedzy i ukryci aktorzy*
Maciej Rybiński *Dekomunizacja po niemiecku i po polsku*
Zdzisław Krasnodębski *O genezie III Rzeczypospolitej raz jeszcze*

ROZPRAWY O IUS ET LEX

Lech Morawski *Pozytywizm „twardy", pozytywizm „miękki" i pozytywizm martwy*

RECENZJE

Adam Czarnota *Radykalne zło a prawo, czyli jak mierzyć się z trudną przeszłością*
Jerzy Zajadło *Polnischer Sonderweg?*
Sebastian Sykuna *Roberta Alexy'ego argument z bezprawia*
Lech Morawski *Rządy prawa po komunizmie*
Andrzej Kojder *Prywatyzacja państwa policyjnego*
Andrzej Paczkowski *„Przeszłości ślad dłoń nasza zmiata", czyli ciąg dalszy Czarnej księgi komunizmu*
Adam Czarnota *Czy współczesne prawo i sędziowie zabiją naszą moralność?*
Jan Nowak-Jeziorański *Angielskie świadectwo prawdy*

ORZECZNICTWO

Bolesław Banaszkiewicz *Rozrachunek z przeszłością komunistyczną w polskim ustawodawstwie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*
Wyrok Sądu Najwyższego Izby Karnej z 2 października 2002 r. (sygn. akt II

IUS.indd 394 2006-02-06 11:02:23

KKN 311/01) – glosy Tomasza Krawczyka i Marii Rogackiej-Rzewnickiej
Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 22 marca 2001 r. – komentarz Jerzego Zajadło

„IUS ET LEX" NR (III) 1/2005

WPROWADZENIE

Janusz Kochanowski *Co dalej?*

USTRÓJ PAŃSTWA I SYSTEM WYBORCZY

Stefan Bratkowski *Początki naszego ustroju*
Antoni Kamiński *III RP – anatomia kryzysu państwa*
Witold Kieżun *O sprawną administrację publiczną*
Jan Stefanowicz *Instytucja Prokuratorii Generalnej*
Czesław Oleksy, Jerzy Przystawa *Znaczenie Ordynacji Wyborczej dla funkcjonowania państwa i budowy społeczeństwa obywatelskiego*
Ryszard Piotrowski *Koncepcje nowego ustroju państwa w projektach zmian konstytucyjnych*
Jadwiga Staniszkis *Początek i kres metafizyki państwa*

WYMIAR SPRAWIEDLIWOŚCI I LEGISLACJA

Sławomira Wronkowska *Polski proces prawotwórczy – między autonomią a polityką*
Janusz Kochanowski *Deregulacja jako pierwszy etap reformy systemu tworzenia prawa*
Klaus H. Goetz, Radosław Zubek *Stanowienie prawa w Polsce: reguły legislacyjne a jakość ustawodawstwa*
Denis Galligan, Marcin Matczak *Wykonywanie dyskrecjonalnej władzy sędziowskiej a rozwój przedsiębiorczości w Polsce*

USTRÓJ GOSPODARCZY, FINANSE PAŃSTWA I SYSTEM PODATKOWY

Leszek Balcerowicz *System prawa a rozwój gospodarczy*
Andrzej K. Koźmiński *Czy polscy menedżerowie są przygotowani do konkurencji na rynkach Unii Europejskiej?*
Jan Winiecki *Propozycje podstawowych elementów ładu gospodarczego i polityki gospodarczej*
Robert Gwiazdowski *Reforma podatkowa*
Krzysztof Dzierżawski *Reforma emerytalna: fakty, mity, sofizmaty*
Andrzej Bratkowski, Jacek Rostowski *Jakie zmiany instytucjonalne są potrzebne, aby wzmocnić dyscyplinę budżetową w Polsce?*

EDUKACJA

Dominik Antonowicz *Dylematy szkolnictwa wyższego w Polsce*

Andrzej Rabczenko *System szkolnictwa wyższego (projekt)*

MEDIA

Krystyna Mokrosińska *Prawo mediów – konieczne kierunki zmian*

ANALIZA SPOŁECZNA

Paweł Śpiewak *Polskie społeczeństwo w opinii socjologów*
Ireneusz Krzemiński *IV RP – rozczarowanie i nadzieja*

O FUNDACJI

„IUS ET LEX" NR (I) 1/2005 (WERSJA ANGIELSKA)

Partnerem publikacji angielskiej wersji „Ius et Lex" jest LexisNexis.

Janusz Kochanowski *Why Ius et Lex?*

ARTICLES

George P. Fletcher *In Honour of 'Ius et Lex': Some Thoughts on Speaking About Law*
John W. Montgomery *Reflections on 'Ius et Lex'*
Jerzy Zajadlo *The Notion of 'Gestetz und Recht' in Contemporary German Legal Theory and Practice*
Witold Wolodkiewicz *'Ius et Lex' in the Roman Legal Tradition*
Stefan Bratkowski *The Ancient History of the feeling of Justice: The Greek Beginnings of 'Ius'*
Gunther Teubner *Alienating Justice: On the Surplus Value of the Twelfth Camel*
Mieczysław A. Krapiec *Legal Order ('ordo iuris') – Reality of Fiction?*
Leszek Kolakowski *On Natural Law*
Lech Morawski *Hard Positivism, Soft Positivism and Dead Positivism*
Janusz Kochanowski *Three Reasons for, or Symptoms of, the Crisis in Law*

BOOK REVIEWS

Wojciech Sadurski *Rawls and the Limits of Liberalism: Reflection on 'The Law of Peoples'*

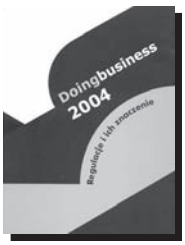
W PRZYGOTOWANIU

„IUS ET LEX" NR (V)

Mark A. Cohen *Ekonomiczne podejście do przestępczości – równoważenie kosztów i zysków*
Ceri Gott *Koszty przestępczości*
Ann Dryden Witte, Robert Witt *Prewencja i izolacja*

INNE WYDAWNICTWA

SPECJALNE



Doing Business 2004. Regulacje i ich znaczenie.

Pierwszy raport Banku Światowego na temat wpływu regulacji prawnych na prowadzenie działalności gospodarczej. Polska edycja, wydana przez fundację „Ius et Lex" na licencji Banku Światowego, mogła ukazać się dzięki wsparciu finansowemu Narodowego Banku Polskiego oraz Biura Banku Światowego w Warszawie. Uroczysta promocja w obecności przedstawicieli World Bank z Waszyngtonu odbyła się 24 maja 2004 r. w Sali Senatu Uniwersytetu Warszawskiego. Podczas promocji Janusz Paczocha z Narodowego Banku Polskiego przedstawił wyniki badań na temat prawnej reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce w latach 1989–2004.

Raport zawiera porównanie regulacji prawnych wspierających (lub ograniczających) działalność gospodarczą w ponad 130 krajach, w tym – co dla nas najciekawsze – także w Polsce.[…]

Raport dotyczy głównie średnich firm – bodaj najistotniejszych dla gospodarki, a przy jego sporządzaniu korzystano z pomocy miejscowych ekspertów i praktyków. Skoncentrowano się na kilku najważniejszych miernikach, kluczowych dla oceny warunków prowadzenia biznesu, wiele miejsca poświęcając przepisom prawnym w poszczególnych krajach (i kręgach kultury prawniczej), ich modelowi i efektom. Napisano o uruchamianiu przedsiębiorstwa i jego likwidacji, a także upadłości, rygorach zatrudniania i zwalniania pracowników i, co dla prawników bodaj najciekawsze i najważniejsze, egzekucji zobowiązań z kontraktów, czyli zapłatach.

„Rzeczpospolita", 24.05.2004 r.

W bieżącym roku, w ramach kontynuacji serii, na powyższych zasadach współpracy ukazał się *Doing Business 2005. Regulacje i ich znaczenie.*

International Terrorism through Polish Eyes

Numer specjalny „Ius et Lex" wydany w Stanach Zjednoczonych przez American Behavioral Scientist. Publikacja ukazała się na amerykańskim rynku wydawniczym w lutym 2005 roku jako „American Behavioral Scientist" (2005), vol. 48, No. 6, pod red. dr. Janusza Kochanowskiego

IUS.indd 397 2006-02-06 11:02:24

Introduction: Between Security and Freedom
Janusz Kochanowski, Ius et Lex, University of Warsaw

Legality and Legitimization of Humanitarian Intervention: New Challenges in the Age of the War on Terrorism
Jerzy Zajadlo, Center of Human Rights at the University of Gdansk

Will the West Survive?
Bronislaw Wildstein, Reporter, „Rzeczpospolita"

International Terrorism at Sea as a Menace to the Civilization of the 21st Century
Wojciech Stankiewicz, University of Gdansk

The Significance of "Ineffective" Methods of Fighting Terrorism
Jacek Salij OP, University of Cardinal Stefan Wyszynski, Warsaw

Polish Substantive Penal Law Against Terrorism
Krzysztof Indecki, Institute of Criminal Law, University of Lodz

International Law and Terrorism
Zdzislaw Galicki, Institute of International Law, University of Warsaw

Notes on Punishment and Terrorism
R. Antony Duff

Killing and Terror: The Cultural Tradition
Stefan Bratowski, Honorary President of the Polish Journalists Association

The United States of America Vis-à-vis Terrorism: The Super Power's Weaknesses and Mistakes
Bartosz Bolechow, International Policy Section, Institute of Political Sciences, Warsaw

REVIEW

This surprising February 2005 issue of American Behavioral Scientist (ABS), entitled *International Terrorism through Polish Eyes* and edited by Janusz Kochanowski of the Ius et Lex Foundation, looks at the political, legal, ethical, historical, and socio-cultural contexts of international terrorism through the eyes of distinguished Polish academics and journalists.

The 9 articles provide a singular European perspective on terrorism. Bolechow explores how U.S. international policies have helped shape

modern international terrorism, and includes analysis of some major policy mistakes and weaknesses. Zajadlo's article opens the question of the universality of human rights and asks whether any nation has the legal right to intervene in another country's internal affairs, even for humanitarian purposes.

Other articles focus specifically on international laws regarding terrorism. Duff discusses the punishment of terrorists – do we see and treat them as ordinary criminals, enemy soldiers subject to the laws and conventions of war, or abandon principles of law and subject them to torture and unlawful imprisonment? Reviewing current international law, Galicki shows how the various conventions and treaties (particularly the Palermo Convention) may work together to create a workable international law. Indecki then offers a specific example - how the Polish Penal Law against Terrorism defines terrorism, including acts committed as a precondition to terrorist acts, supposed terrorism (such as making a bomb threat), and actual terrorist acts.

Still other articles try to discover the roots and causes of terrorism. Salij discusses the importance of making the moral arguments against terrorism and discusses why terrorism is flourishing. Stankiewicz reminds us that we are not vulnerable just on land but also at sea, and Bratkowski reviews the long history of terrorism and its acceptability in Western Europe.

Finally, Wildstein asks whether the unity of the West, a foundation of world order since the end of WW II will survive in light of the strains that 9/11 has put on formerly friendly governments and institutions such as the UN, the EU, and NATO.

Some call terrorism the "lurking Third World War". The 9 articles in this intriguing issue of American Behavioral Scientist offer a distinctive viewpoint on the fight to keep Western civilization secure and free.

WYKŁADY

„Ius et Lex" organizuje cykliczne seminaria i wykłady, często we współpracy z Trybunałem Konstytucyjnym RP oraz Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (w cyklu wykładów im. Leona Petrażyckiego). Zapraszani teoretycy są zaliczani do najwybitniejszych przedstawicieli myśli prawniczej na świecie. Dobór wykładowców jest podyktowany potrzebami nauki polskiej. Każdy wykład jest publikowany. Sponsorem publikacji jest mec. Jan. A. Stefanowicz, kancelaria prawnicza „Juris".

DOTYCHCZASOWE WYKŁADY

– Sir Peter North, Universytet w Oksfordzie: *Universities in Transition – An Oxford Perspective.*

- Sir Peter North, Universytet w Oksfordzie: *The United Kingdom – An Era of Constitutional Changes.*
- Prof. David Lyons, Universytet w Bostonie: *Osąd moralny a teoria prawa.*
- Prof. George P. Fletcher, Law School Columbia Uniwersytet w Nowym Jorku: *Ius et Lex. Kilka refleksji nad pojęciem prawa.*
- William J. Bratton, były szef NYPD: *Nowojorski program zwalczania przestępczości.*
- Prof. Andrew von Hirsch, Universytet w Cambridge: *Dlaczego powinny istnieć sankcje karne?* (we współpracy z Trybunałem Konstytucyjnym).
- Prof. Joseph Raz, Uniwersytet w Oksfordzie: *Rozumowanie przez reguły.*
- Sir Prof. Neil MacCormick, Universytet w Edynburgu, MEP, *Nowa Konstytucja Europy* (publikacja przy współpracy Trybunału Konstytucyjnego).
- Prof. Martin Krygier, New South Wales University in Sydney, *Universal Values and Local Knowledge in the Rule of Law.*
- Prof. Leszek Balcerowicz, Prezes Narodowego Banku Polskiego: *System prawa a rozwój.*
- Prof. Gunther Teubner: *Societal Constitutionalism. Alternatives to State-centred Constitutional Theory.*
- Prof. John Finnis: *O racji publicznej.*

NAJBLIŻSZY WYKŁAD

Prof. Robert Alexy – czerwiec 2006 roku

ZESZYTY NAUKOWE



Nową inicjatywą fundacji jest publikacja serii zeszytów naukowych, poświęconych tematyce reformy podstawowych instytucji i praktyk społecznych systemu prawa polskiego, jak też szerszej refleksji dotyczącej głównych problemów funkcjonowania prawa w społeczeństwach demokracji liberalnej. Serię rozpoczyna zeszyt autorstwa Tomasza Krawczyka pt. *Prywatne więzienia. Tak czy nie?* W przygotowaniu:

– Jacek Czabański, *Ekonomiczne podejście do przestępczości.*

Wszystkie wydawnictwa fundacji „Ius et Lex" można nabyć
za pośrednictwem Internetu
w Głównej Księgarni Naukowej im. Bolesława Prusa
www.ksiegarniaprus.pl

KONFERENCJE

Odpowiedzialność karna w systemach demokracji liberalnej. Czy współczesne demokracje są zdolne utrzymać porządek prawny w społeczeństwach informacyjnych i jaką rolę powinna odgrywać odpowiedzialność karna?

WARSZAWA (UNIWERSYTET WARSZAWSKI)
27–29 WRZEŚNIA 2002

Cele, które przyświecały organizatorom tej konferencji, były następujące:

- postawienie pytań o miejsce i rolę odpowiedzialności karnej w systemach liberalnych demokracji w obliczu rozpadu kapitału społecznego i postępującej dezintegracji społecznej oraz wynikających z nich wzrostu przestępczości i populacji więziennej (tzw. prizonizacji);
- wykorzystanie dorobku doktryny i praktyki państw zachodnich do potrzeb walki z gwałtownie rosnącą przestępczością w Polsce i innych krajach Europy Środkowo-Wschodniej;
- rozszerzenie teoretycznych podstaw do prowadzonych aktualnie prac nad reformą prawa karnego, w szczególności kodeksu karnego. Prowadzone już od kilkunastu lat prace obracają się naszym zdaniem stale w kręgu tych samych koncepcji i znajdują się obecnie w impasie.

Wszystkie te cele są zarazem statutowymi zadaniami organizatora konferencji, którym jest fundacja „Ius et Lex", powołana m.in w celu podejmowania działań na rzecz reformy prawa karnego w naszym kraju.

Przeciwstawne, liberalne i konserwatywne, podejścia do roli i funkcji odpowiedzialności karnej, są dwoma opcjami, które pragnęlibyśmy w tej konferencji odpowiednio zrównoważyć. Pierwsze zostało zaznaczone w tytule, natomiast drugie w pełnym wątpliwości i opatrzonym znakiem zapytania, podtytule. Służyć temu miał również odpowiedni dobór tematów i zaproszonych gości. Zbyt daleko idące upolitycznienie tej tematyki w toczonych obecnie w Polsce dyskusjach powoduje, że celem konferencji jest uczynienie jej przede wszystkim merytoryczną.

IUS.indd 401 2006-02-06 11:02:26

Konferencję otwierał wykład na temat „Karania obywateli". Stawia pytanie o miejsce odpowiedzialności sprawcy przestępstwa, ale i obywatela w ustroju demokratycznym. Prowadzi do panelu ogólnego pt. **„Współczesny retrybutywizm"**.

Celem tego panelu było ukazanie podstaw odpowiedzialności karnej w społeczeństwach liberalnych i demokratycznych, opartych na uznaniu prymatu wolności wyboru i koncepcji winy, zasady proporcjonalności kary jako fundamentu kodeksu karnego. Panel zamierzał udzielić odpowiedzi na pytanie o możliwość stworzenia systemu karnego odpowiadającego potrzebom i ograniczeniom praktycznym i etycznym systemów współczesnych demokracji, gwarantującego utrzymanie porządku społecznego. Wskazywał na potrzebę powrotu do retrybutywnego uzasadnienia sensu kary.

Kolejny panel pt. **„Ekonomiczne podejście do przestępczości"** promował niemal całkowicie nieznaną w Polsce ideę oceny kosztów przestępczości oraz walki z nią. Wskazywał na konieczność racjonalizacji polityki karnej, zwłaszcza w zakresie doboru środków przeciwdziałania przestępczości.

Panel **„Odpowiedzialność osób prawnych, odpowiedzialność państwa"** zmierzał do wprowadzenia do prawa polskiego teoretycznych podstaw konstrukcji, które – choć obecnie dość szeroko uznawane na świecie – do niedawna były u nas całkowicie nieznane. Staje się coraz bardziej widoczne i oczywiste, że współczesne nam warunki i praktyki działalności gospodarczej wymagają rozszerzenia tradycyjnych kategorii odpowiedzialność karnej osób fizycznych.

Panel **„Sektor prywatny w więziennictwie"** służył ukazaniu doświadczenia krajów zachodnich w udanej reformie polityki penitencjarnej zmierzającej do poprawy jej efektywności i warunków odbywania kar izolacyjnych. Niektóre wątki panelu (np. transport więźniów i monitoring elektroniczny) mają niezwykle istotne znaczenie w obliczu kryzysu wydolności polskiego systemu sądowego.

Panel **„Doświadczenia amerykańskie"** prezentował niektóre osiągnięcia Stanów Zjednoczonych. W tym m.in. głośną koncepcję *broken window*. W pierwszej połowie tego roku mieliśmy możność goszczenia byłego komisarza policji nowojorskiej Williama Brattona. Podczas konferencji gościliśmy jego kolegów z New York Police Departament.

Panel **„Odpowiedzialność za zbrodnie minionych reżimów"** dotyka jednego z najważniejszych problemów politycznych i społecznych w wielu krajach świata, w tym w Polsce. Panel ukazuje różne możliwe sposoby rozliczenia z przeszłością – tzw. transitional justice, odpowiedzialność karna i odpowiedzialność konstytucyjna.

Panel **„Terroryzm a demokracja"** jest bezpośrednią odpowiedzią na wydarzenia z drugiej połowy 2001 r. Analizuje zagrożenie międzynarodowym

terroryzmem, jego relację do istniejących definicji zbrodni prawa międzynarodowego oraz możliwości odpowiedzi systemów demokratycznych i roli, jaką w tym zakresie powinna odegrać odpowiedzialność karna.

Wysoki patronat Rektora Uniwersytetu Warszawskiego, Ministra Nauki oraz Ambasadorów Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i Niemiec dodatkowo podkreślał wagę problemów.

Uczestnikami konferencji byli wybitni przedstawiciele teorii i praktyki ze Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Niemiec, Holandii, Litwy, Ukrainy, Rosji i Polski. Konferencja jest skierowana do pracowników naukowych, praktyków prawa, dziennikarzy i działaczy publicznych.

Zgodnie z przewidywaniami, uczestnikami konferencji prezentującymi swoje referaty i prowadzącymi poszczególne panele problemowe byli wybitni przedstawiciele teorii i praktyki w liczbie 48 osób, w tym ze Stanów Zjednoczonych – 10 osób, z Wielkiej Brytanii – 9 osób, z Ukrainy – 3 osoby, z Niemiec – 2 osoby, z Białorusi – 2 osoby, z Litwy – 1 osoba, z Australii – 1 osoba, z Południowej Afryki – 1 osoba, z Holandii – 1 osoba, z Polski – 18 osób. W konferencji uczestniczyli pracownicy naukowi, praktycy prawa, dziennikarze i działacze publiczni z całego kraju.

Konferencja odbywała się w gościnnie użyczonych salach Wydziału Prawa i Administracji UW, a otwarcie i główny panel miał miejsce w Sali Senatu Uniwersytetu Warszawskiego. Honorowego otwarcia dokonał dziekan Wydziału Prawa i Administracji i prezes fundacji „Ius et Lex". Wykład wprowadzający na temat problematyki karania obywateli wygłosił Antony Duff z Uniwersytetu w Stirling. W sesji otwierającej uczestniczyło ponad 130 osób. Drugi dzień konferencji zgromadził w każdym panelu problemowym od 30 do 60 osób.

Aby w konferencji uczestniczyło możliwie reprezentatywne środowisko uczestników, wysłano ponad 600 imiennych zaproszeń do pracowników naukowych wszystkich polskich uniwersytetów oraz instytucji potencjalnie zainteresowanych problematyką (Sąd Najwyższy, Trybunał Konstytucyjny, Polska Akademia Nauk, prokuratura, Sejm i Senat RP).

Konferencja odbiła się szerokim echem medialnym. Patronat prasowy objęła „Rzeczpospolita", medialny TVP3 i Polskie Radio BIS. Odbyła się jedna konferencja prasowa, a dzienniki opublikowały obszerne sprawozdania i skróty wybranych wystąpień. Uczestników konferencji przyjął na uroczystym koktajlu Ambasador Stanów Zjednoczonych.

W zespole przygotowującym konferencję zgromadzono 36 pracowników naukowych, studentów Uniwersytetu Warszawskiego i innych wolontariuszy fundacji „Ius et Lex".

IUS.indd 403 2006-02-06 11:02:26

Idea Europy

WARSZAWA, ZAMEK KRÓLEWSKI, 2 MAJA 2004

ORGANIZATORZY:

Fundacja „Ius et Lex”
Biuro Informacji Rady Europy
Zamek Królewski w Warszawie

PATRONI:

Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej – Aleksander Kwaśniewski
Sekretarz Generalny Rady Europy – Walter Schwimmer
Przewodniczący Parlamentu Europejskiego – Pat Cox

Konferencja została zorganizowana z okazji przyjęcia Polski do Unii Europejskiej. Zamierzeniem organizatorów było podjęcie debaty na temat filozoficznych, kulturowo-historycznych i prawno-politycznych aspektów integracji europejskiej.
Uczestnikami konferencji byli wybitni intelektualiści, politycy, publicyści, ludzie kultury, przedstawiciele organizacji obywatelskich z Polski oraz goście zagraniczni. Uczestników konferencji podjął uroczystą kolacją Prezydent Miasta Stołecznego Warszawy – prof. Lech Kaczyński.
Podczas konferencji poruszano aktualne problemy Europy jako całości, zarówno państw członkowskich Unii Europejskiej, jak i krajów pozostających poza nią, które powinny być połączone coraz silniejszymi związkami. Te właśnie więzi powinny zapobiegać powtórzeniu się w Europie tragicznych wydarzeń, będących wspólnym europejskim dziedzictwem.
Podczas konferencji nie zabrakło pytań o przyszłość Europy. Uczestnicy zastanawiali się, jak nie dopuścić do tworzenia nowych podziałów i granic, do marginalizowania krajów pozostających poza Unią Europejską. Nie mogło też zabraknąć dyskusji na temat nowego traktatu ustanawiającego konstytucję dla Europy.
Patronat medialny nad konferencją objęła Telewizja Polska i tygodnik „Polityka”.

Konferencję otworzyli oraz dokonali jej podsumowania:
Hanna Machińska z Biura Informacji Rady Europy w Warszawie oraz
Janusz Kochanowski – prezes fundacji „Ius et Lex”.

IUS.indd 404 2006-02-06 11:02:26

PROGRAM KONFERENCJI PODZIELONY ZOSTAŁ NA TRZY BLOKI TEMATYCZNE:

1. Filozofia
2. Historia i kultura
3. Prawo i polityka

W poszczególnych panelach dyskusyjnych udział wzięli:

Filozofia
Prof. Wojciech Sadurski, European University Institute, Florencja – moderator panelu
Prof. Chantal Millon-Delsol, Université de Marne-la-Vallée, Francja
Prof. Leszek Kołakowski, Oksford University
Prof. Barbara Skarga, Polska Akademia Nauk

Historia i kultura
Prof. Jerzy Kłoczowski, Instytut Europy Środkowo-Wschodniej, Lublin – moderator panelu
Dr Ales Ancipienka, Kolegium Białoruskie, Mińsk
Prof. Iaroslav Isaievych, Instytut Europy Środkowo-Wschodniej, Lwów
Prof. Jurate Kiaupiene, Instytut Historii Litwy, Wilno
Prof. Geert Mak, pisarz, Holandia
Prof. Krzysztof Pomian, Muzeum Europy, Bruksela
Prof. Janusz Tazbir, Polska Akademia Nauk, Warszawa

Prawo i polityka
Dr Jarosław Pietras, sekretarz stanu, UKIE, Polska – moderator panelu
Alan Dukes, Instytut Spraw Europejskich, Dublin
Prof. René de Groot, ekspert Rady Europy, Uniwersytet Maastricht
Prof. Marek Safjan, Prezes Trybunału Konstytucyjnego, Polska
Prof. Hildegard Schneider, Uniwersytet Maastricht
Prof. Rita Süßmuth, była Przewodnicząca Bundestagu, Niemcy

IUS.indd 405 2006-02-06 11:02:26

Ocena ostatnich piętnastu lat praktyki konstytucyjnej w Europie Środkowo-Wschodniej

WARSZAWA, 19—20 LISTOPADA 2004

Konferencja zorganizowana przez
Europejską Komisję na Rzecz Demokracji Przez Prawo
(Komisja Wenecka Rady Europy)
we współpracy z
fundacją „Ius et Lex",
Instytutem dla Demokracji z Paryża
oraz
dzięki pomocy Zamku Królewskiego w Warszawie

Demokratyczne konstytucje w Europie Środkowo-Wschodniej powstawały w latach dziewięćdziesiątych pod presją czasu wynikającej z konieczności szybkiej zmiany ustroju. Po piętnastu latach większość z nich wymaga reform. Trudności, przed jakimi stoją, mają zazwyczaj podwójną naturę. Niestabilności systemu partyjnego towarzyszy dwuwładza głowy państwa i szefa rządu. Podobieństwo problemów państw Europy Środkowo-Wschodniej, z których osiem jest nowymi członkami Unii Europejskiej, skłoniło nas do podjęcia analizy porównawczej ich konstytucji.

Jako temat przewodni konferencji przyjęto trzy zagadnienia o podstawowym znaczeniu dla politycznej stabilności i jakości rządów – system wyborczy, możliwości zmian konstytucji oraz równowaga pomiędzy prezydentem państwa a szefem rządu.

Pytania, które nurtowały organizatorów konferencji, były następujące:

1. Jakie są wspólne cechy trudności krajów Europy Środkowo-Wschodniej?
2. Jakie wnioski można wyciągnąć z ich doświadczeń w ciągu ostatnich piętnastu lat?
3. W jaki sposób wnioski te okażą się przydatne przy wprowadzaniu ewentualnych zmian w konstytucjach w najbliższej przyszłości?

Uczestnikami konferencji byli reprezentanci 15 państw, członków Rady Europy. W obradach wzięli udział przedstawiciele Albanii, Armenii, Azerbejdżanu, Estonii, Francji. Litwy, Łotwy, Macedonii, Mołdawii, Niemiec, Polski, Rosji, Ukrainy, Węgier i Włoch.

Wysłannicy z poszczególnych krajów byli ekspertami w dziedzinie konstytucji, liderami politycznymi oraz obserwatorami życia politycznego.

IUS.indd 406 2006-02-06 11:02:27

Wśród polskich uczestników znaleźli się ponadto pracownicy naukowi, praktycy prawa, dziennikarze i działacze publiczni z całego kraju. Patronat prasowy objęła „Rzeczpospolita". Uczestników konferencji przyjęli na uroczystych koktajlach prezes Trybunału Konstytucyjnego Marek Safjan oraz podsekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych Jakub Wolski.

Konferencję otworzyli Janusz Kochanowski – prezes fundacji „Ius et Lex", profesor Marek Safjan – prezes Trybunału Konstytucyjnego, Gianni Buquicchio – sekretarz Komisji Weneckiej oraz Guy Lardeyret – prezes Instytutu dla Demokracji.

Program został podzielony na cztery sesje, na które złożyły się referaty i dyskusje.

Sesji pierwszej pt. *Rola głowy państwa* przewodniczyli Marek Safjan oraz Janusz Kochanowski. Referaty wygłosili:

1. François Frison-Roche, Uniwersytet Paryski II, Centrum Studiów i Badań Nauk Administracyjnych (CERSA) – *Analiza porównawcza sześciu krajów*
2. Marian Grzybowski, Uniwersytet Jagielloński, sędzia Trybunału Konstytucyjnego – *Rola prezydenta w stosunkach z rządem*
3. Mark Entin, Państwowy Instytut Stosunków Międzynarodowych w Moskwie – *Rola głowy państwa*
4. Hanna Suchocka, ambasador Polski w Watykanie, b. Prezes Rady Ministrów Rzeczypospolitej Polskiej, członek Komisji Weneckiej – *Ewolucja instytucji prezydenta w okresie transformacji w Polsce.*

Sesję drugą pt. *Zmiany konstytucji* poprowadziła Hanna Suchocka. Referaty zaprezentowali:

1. Ryszard Piotrowski, Uniwersytet Warszawski – *Koncepcje nowego ustroju państwa w projektach zmian konstytucyjnych*
2. Guy Lardeyret, prezes Instytutu dla Demokracji – *Wspólne cechy nowych konstytucji krajów Europy Środkowo-Wschodniej – kierunki zmian, wnioski na przyszłość.*

Sesji trzeciej pt. *System wyborczy i jego wpływ na funkcjonowanie instytucji państwa* przewodniczył Gagik Harutyunyan, prezydent Trybunału Konstytucyjnego Republiki Armenii.

Zostały wygłoszone następujące refaraty:

1. Bernard Owen, Uniwersytet Paryski II, sekretarz generalny Centrum Studiów Porównawczych Systemów Wyborczych – *Ordynacja*

proporcjonalna a efektywność rządzenia – systemy wyborcze państw Europy Środkowo-Wschodniej po 15 latach transformacji

2. Florian Grotz, Wolny Uniwersytet w Berlinie – *Systemy wyborcze i systemy partyjne w Europie Środkowo-Wschodniej w ujęciu porównawczym*
3. Antoni Kamiński, Polska Akademia Nauk – *Kryzys systemu politycznego III RP: analiza przyczyn i perspektywy reformy.*

Moderatorem ostatniej sesji *Udział instytucji europejskich w transformacji ustrojowej państw Europy* był Guy Lardeyret.

Wykłady wygłosili:

1. Gianni Buquicchio, sekretarz Komisji Weneckiej – *Rola Komisji Weneckiej we wspieraniu przemian instytucjonalnych w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*
2. Jean Baechler, Instytut Francuski i Akademii Nauk Moralnych i Politycznych, Sorbona Paryż IV – *Europa a instytucje państw członkowskich.*

Dwudniową dyskusję podsumowali w swoich wystąpieniach Gianni Buquicchio oraz Janusz Kochanowski.

Konferencja była pierwszym multilateralnym wydarzeniem polskiego przewodnictwa Komitetowi Ministrów Rady Europy.

Polski zespół przygotowujący seminarium tworzyli pracownicy naukowi i studenci Uniwersytetu Warszawskiego oraz inni wolontariusze fundacji „Ius et Lex".

Zaprezentowane referaty oraz niektóre głosy w dyskusji mają zostać opublikowane przez Komisję Wenecką.

IUS.indd 408 2006-02-06 11:02:27

KONWERSATORIUM

Konwersatorium „Ius et Lex" zostało założone z inicjatywy Jarosława Gowina – rektora Wyższej Szkoły Europejskiej im. Józefa Tischnera, Antoniego Kamińskiego – profesora Instytutu Studiów Politycznych PAN, członka Rady Fundacji „Ius et Lex" oraz Andrzeja Sadowskiego – wiceprezesa Centrum im. Adama Smitha.

Inauguracja działalności miała miejsce 29 marca 2003 r. podczas spotkania na Wydziale Prawa i Administracji UW, na którym do inicjatywy przystąpiło kilkadziesiąt osób reprezentujących różne środowiska, instytucje naukowe, organizacje obywatelskie. Celem Konwersatorium jest analiza stanu państwa i przygotowanie propozycji jego reformy w najbardziej istotnych dziedzinach. Działalność Konwersatorium wsparła finansowo Fundacja Konrada Adenauera

Powołane zostały następujące zespoły problemowe:

1. Ustroju państwa i systemu wyborczego
2. Ustroju gospodarczego, finansów państwa i sytemu podatkowego
3. Wymiaru sprawiedliwości i legislacji
4. Edukacji
5. Mediów
6. Analiz społecznych

Każde spotkanie Konwersatorium jest poświęcone konkretnym zagadnieniom przygotowywanym przez członków Konwersatorium oraz zaproszonych gości. Poniżej przedstawiamy listę wygłoszonych referatów. W ramach mejlowej listy dyskusyjnej członkowie Konwersatorium otrzymują potrzebne materiały, dokumenty, artykuły prasowe i informacje. Zespoły problemowe zamierzają przedstawić w najbliższych miesiącach propozycje reformy państwa w pierwszych trzech grupach tematycznych.

IUS.indd 409 2006-02-06 11:02:27

REFERATY WYGŁOSZONE PODCZAS KONWERSATORIUM

Witold Kieżun: *Struktury i kierunki zarządzania państwem*

Antoni Z. Kamiński: *Konstytucja III RP w świetle porównawczych badań politologicznych nad typami rządów i ordynacją wyborczą*

Jan Winiecki: *Propozycje podstawowych elementów ładu gospodarczego i polityki gospodarczej*

Krzysztof Dzierżawski: *Reforma emerytalna: fakty, mity, sofizmaty*

Piotr Winczorek: *Inna jednomandatowość*

Robert Gwiazdowski: *Reforma podatkowa*

Krystyna Mokrosińska: *Reforma mediów*

Andrzej Rabczenko: *Bank Edukacji Narodowej*

Jeremi Sadowski: *Stwórzmy IV filar UE poświecony edukacji, nauce i kulturze*

Jan A. Stefanowicz: *Instytucja Prokuratorii Generalnej*

Dominik Antonowicz: *Dylematy szkolnictwa wyższego w Polsce*

Paweł Śpiewak: *W naszym domu: dwie Polski. Polskie społeczeństwo w opinii socjologów,* koreferat: Ireneusz Krzemiński

Jacek Rostowski: *Pieniądz stabilny jak prawo? Zapisy konstytucyjne, budżety państw i pieniądz*

Andrzej Sadowski: *Kryzys państwa – drogi wyjścia*

Jadwiga Staniszkis: *Początek i kres metafizyki państwa*

Jacek J. Wojciechowicz: *Warunki prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce – ocena Banku Światowego*

Mieczysław Kabaj: *Jak utworzyć w Polsce co najmniej 2 miliony miejsc pracy do roku 2010?*

Leszek Balcerowicz: *System prawa a rozwój*

Janusz Paczocha: *Reglamentacja działalności gospodarczej w Polsce w czasie transformacji ustrojowej*

Piotr Winczorek: *System prezydencki czy kanclerski?*

Andrzej K. Koźminski: *Czy polscy menedżerowie są przygotowani do konkurencji na rynkach Unii Europejskiej?*

Jerzy Przystawa: *Znaczenie ordynacji wyborczej dla funkcjonowania państwa i budowy społeczeństwa obywatelskiego*

Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz: *Polski proces prawotwórczy – między autonomią i polityką*

IUS.indd 410 2006-02-06 11:02:28

Bohdan Wyżnikiewicz: *Rozkład dochodów w Polsce*

Władysław Jaworowski: *System bankowy w Polsce. Stan obecny i perspektywy zmian*

Janusz Kochanowski: *Reforma legislacji*

Krzysztof Rybiński: *Dylematy polityki pieniężnej na drodze do strefy euro*

Andrzej Bratkowski, Jacek Rostowski: *Jakie zmiany instytucjonalne są potrzebne, aby wzmocnić dyscyplinę budżetową w Polsce*

POROZUMIENIE SAMORZĄDÓW ZAWODÓW PRAWNICZYCH I ORGANIZACJI PRAWNICZYCH



W trosce o jednoczenie działań na rzecz reformy polskiego wymiaru sprawiedliwości i naprawy systemu obowiązującego prawa oraz podnoszenia standardów profesjonalnych i moralnych zawodów prawniczych, Fundacja „Ius et Lex" zainicjowała zawarcie 8 września 2003 r. (spotkanie w pałacu Sobańskich w Warszawie) Porozumienia Samorządów Zawodów Prawniczych i Organizacji Prawniczych. Uroczyste podpisanie Porozumienia nastąpiło 13 października 2003 r. w Sali Złotej pałacu Kazimierzowskiego na Uniwersytecie Warszawskim w obecności m.in. Jego Magnificencji Rektora Uniwersytetu Warszawskiego prof. Piotra Węgleńskiego oraz Lorda Belhaven and Stenton.

Przewodnictwo Porozumienia zostało powierzone Prezesowi Fundacji „Ius et Lex" dr. Januszowi Kochanowskiemu na okres pierwszych sześciu miesięcy, po upływie których przewodnictwo Porozumienia objął – zgodnie z zasadą rotacyjności i kolejnością określoną w akcie Porozumienia – Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Stanisław Rymar.

W skład Porozumienia wchodzą aktualnie następujące organizacje: Naczelna Rada Adwokacka, Krajowa Rada Radców Prawnych, Krajowa Rada Notarialna, Krajowa Rada Komornicza, Krajowa Rada Kuratorów – członkowie; Fundacja „Ius et Lex", Stowarzyszenie Sędziów Polskich „Iustitia", Stowarzyszenie Prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Wardyński i Wspólnicy sp. k. (firma prawnicza), Janicka-Sosna, Namiotkiewicz i wspólnicy, Clifford Chance sp. k. (firma prawnicza), Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis sp. z o.o. – członkowie wspierający.

Sekretariat Porozumienia – koordynujący bieżącą współpracę jego członków w ramach celów określonych w akcie powołującym Porozumienie – prowadzi Fundacja „Ius et Lex".

IUS.indd 412 2006-02-06 11:02:29

Prace Porozumienia koncentrują się obecnie na przygotowywaniu programu reformy polskiego wymiaru sprawiedliwości. Rozwiązania, mające składać się na przedmiotowy program, omawiane są na organizowanych regularnie spotkaniach roboczych przedstawicieli organizacji członkowskich Porozumienia. Zlecane są także specjalistyczne opracowania wielu kwestii związanych z funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości. W niedługim czasie zostanie przygotowana ostateczna wersja projektu reformy systemu legislacji.

Działalność Porozumienia obejmuje również aktywne uczestnictwo w procesie tworzenia aktów prawnych dot. zawodów prawniczych i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości (kierowanie wystąpień i opinii do organów rządowych, udział w posiedzeniach komisji parlamentarnych).

W najbliższej perspektywie planowany jest również udział w realizacji projektu szkolenia polskich sędziów w National Judicial College w Reno (Stany Zjednoczone). Porozumienie utrzymuje kontakt także z organizacjami pozarządowymi, m.in. współpracując z Fundacją Prawo Europejskie oraz obejmując patronat honorowy nad realizowanym przez nią przedsięwzięciem non-profit pn. Studium Prawa Europejskiego.

Na forum Porozumienia prowadzona jest także – z udziałem przedstawicieli środowisk prawniczych – dyskusja nt. modelu i funkcjonowania zawodów prawniczych w Polsce.

Porozumienie Samorządów Zawodów Prawniczych
i Organizacji Prawniczych
ul. Walecznych 34,
03-916 Warszawa
tel./faks (22) 616 25 53
sekretariat@prawnicy-porozumienie.org
www.prawnicy-porozumienie.org

sekretarz Porozumienia:
Piotr Marciniszyn
0501 351 333
pmarciniszyn@iusetlex.pl

SPONSORZY, KTÓRZY FINANSOWO LUB RZECZOWO WSPIERALI DZIAŁALNOŚĆ „IUS ET LEX"

FIRMY I INSTYTUCJE:
Agencja Wydawniczo-Reklamowa Wprost
Ambasada Stanów Zjednoczonych
Ambasada Wielkiej Brytanii
Ambasada Zjednoczonego Królestwa Niderlandów
Bank Pekao
Biuro Banku Światowego w Warszawie
Conseil de L'Europe
Ernst & Young
Europejska Szkoła Prawa i Administracji
Fundacja Edukacja dla Demokracji
Fundacja Konrada Adenauera
Fundacja Lanckorońskich
Fundacja Mateusza B. Grabowskiego
Fundacja im. Stefana Batorego
Fundacja Współpracy Polsko-Niemieckiej
Fundacja PZU
Fundusz Pomocy Krajowi
Glencore Polska sp. z o.o.
Główna Księgarnia Naukowa im. Bolesława Prusa
Group 4 Falck
Institut Pour la Democratie
Kancelaria Prawnicza „Domański, Zakrzewski, Palinka"
Kancelaria Prawnicza ,,Drzewiecki, Tomaszek & Wspólnicy"
Kancelaria Prawnicza „Juris"
Kancelaria Prawnicza „Salans"
Kancelaria Prawnicza „Wardyński i Wspólnicy"
Kancelaria Prawnicza „Wiater"
Komenda Stołeczna Policji
Krajowa Rada Radców Prawnych
Ministerstwo Sprawiedliwości
Naczelna Rada Adwokacka
Narodowy Bank Polski
Polonia Aid Fundation Trust
Polsko-Amerykańska Fundacja Wolności
Pol Perfect
Securicor Custodial Services

IUS.indd 414 2006-02-06 11:02:29

Weil, Gotshal & Manges
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
Uniwersytet Warszawski

OSOBY INDYWIDUALNE:
Paweł Esse
Maciej Rybiński
Aleksander Galos
John Palmer
Jan A. Stefanowicz
Jerzy Zajadło

LISTA DARCZYŃCÓW 1% PODATKU OD OSÓB FIZYCZNYCH NA RZECZ ORGANIZACJI POŻYTKU PUBLICZNEGO

Dorota Bełdowska
Jerzy Bełdowski
Wojciech Blaszczyk
Andrzej Blikle
Grażyna Błaszczyk
Kazimierz Brożek
Marian Bukowski
Tomasz Chmal
Elżbieta Chojna-Duch
Aleksandra Ciejek
Tomasz Ciosek
Anna Czabak
Leszek Czabak
Krzysztof Czabański
Witold Daniłowicz
Rafał Deresiewicz
Grzegorz Domański
Konrad Dorsz
Jan Dowgiałło
Michał Drozdek
Anna Frankowska
Aleksander Galos
Paulina Gasińska
Łukasz Gasiński
Tomasz Gizbert-Studnicki
Krzysztof Gluszcz
Tomasz Gomulkiewicz
Rafał Grontkowski
Ryszard Grzejszczak
Stanisław Jedliński
Marcjanna Jędrczak
Michał Jędrczak
Zbigniew Jobs
Witold Jurcewicz
Antoni Kamiński
Iwona Karpiuk-Suchecka
Karol Karski
Małgorzata Karwowska
Robert Karwowski
Stefan Kawalec
Witold Kieżun
Stanisław Kluza
Władysław Kondej
Marek Korcz
Hanna Kotkowska
Radosław Krupa
Andrzej Kryże
Krzysztof Kulesza
Piotr Kwapień
Władysław Ledworowski
Aleksandra Łochańska
Elżbieta Łojko
Mirosław Łuczka
Przemysław Majewski

Arwid Mednis
Barbara Michalska-Dembińska
Bartłomiej Michałowski
Krystyna Mokrosińska
Lech Morawski
Dorota Mroczek
Marek Mrówczyński
Grzegorz Namiotkiewicz
Piotr Nowaczyk
Krzysztof Parulski
Jacek Pasternak
Tomasz Pawlęga
Krzysztof Pol
Wojciech Prokopczyk
Zygmunt Przetakiewicz
Andrzej Rabczenko
Zbigniew Raczyński
Antoni Regucki
Agnieszka Rewerska
Marcin Rosłowski
Jolanta Rusiniak
Krzysztof Rybiński
Dorota Safjan
Marek Safjan
Jacek Silski
Tomasz Skiba
Jacek Skrzydło
Tomasz Stawecki
Jan A. Stefanowicz
Kazimierz Stepan
Waldemar Stolecki
Paweł Szałamacha
Dorota Szubielska
Grzegorz Szulc
Maciej Ślusarek
Zdzisław Świderski
Andrzej Tadeusiak
Stanisław Ugniewski
Łukasz Warzęcha
Agnieszka Wierzbowska
Krzysztof Wierzbowski
Jan Winiecki
Hanna Wnękowska
Katarzyna Wnękowska
Zofia Wnękowska
Zbigniew Wojtczak
Mieczysław Wronka
Krzysztof Zakrzewski
Adam Zieliński
Rafał Ziemkiewicz
Anna Zwinogrodzka
Andrzej Zybertowicz

IUS.indd 416 2006-02-06 11:02:30

SPRAWOZDANIE FINANSOWE FUNDACJI ZA ROK 2004

BILANS

AKTYWA	na 01.01.2004	na 31.12.2004
A. AKTYWA TRWAŁE	**0,00**	**8000,00**
I. Wartości niematerialne i prawne	0,00	8000,00
1. Koszty zakończ. prac rozwojowych	0,00	0,00
2. Wartość firmy	0,00	0,00
3. Inne wartości niematerialne i prawne	0,00	8000,00
4. Zaliczki na wart. niemat. I prawne	0,00	0,00
II. Rzeczowe aktywa trwałe	0,00	0,00
1. Środki trwałe	0,00	0,00
a) grunty (prawo użytkowania wiecz.)	0,00	0,00
b) budynki, lokale i budowle	0,00	0,00
c) urządzenia techniczne i maszyny	0,00	0,00
d) środki transportu	0,00	0,00
e) inne środki trwałe	0,00	0,00
2. Środki trwałe w budowie	0,00	0,00
3. Zaliczki na środki trwałe w budowie	0,00	0,00
III. Należności długoterminowe	0,00	0,00
1. Od jednostek powiązanych	0,00	0,00
2. Od pozostałych jednostek	0,00	0,00
IV. Inwestycje długoterminowe	0,00	0,00
1. Nieruchomości	0,00	0,00
2. Wartości niematerialne i prawne	0,00	0,00
3. Długoterminowe aktywa finansowe	0,00	0,00
4. Inne inwestycje długoterminowe	0,00	0,00
V. Długoterminowe rozl. międzyokresowe	0,00	0,00
1. Aktywa z tyt. odroczonego podatku	0,00	0,00
2. Inne rozliczenia międzyokresowe	0,00	0,00
B. AKTYWA OBROTOWE	**112 570,22**	**113 211,49**
I. Zapasy	26 350,00	0,00
1. Materiały	0,00	0,00
2. Półprodukty i produkty w toku	0,00	0,00
3. Produkty gotowe	0,00	0,00
4. Towary	26 350,00	0,00

IUS.indd 417 2006-02-06 11:02:30

5. Zaliczki na dostawy	0,00	0,00
II. Należności krótkoterminowe	38 115,39	51 456,58
1. Należności od jednostek powiązanych	0,00	0,00
2. Należności od pozostałych jednostek	38 115,39	51 456,58
a) z tyt. dostaw i usług o okr. spłaty:	17 165,47	22 343,90
- do 12 miesięcy	17 165,47	22 343,90
- powyżej 12 miesięcy	0,00	0,00
b) z tyt. podatków, dot., ceł, ZUS itp.	11 249,92	14 294,53
c) inne	200,00	5318,15
d) dochodzone na drodze sądowej	9500,00	9500,00
III. Inwestycje krótkoterminowe	48 104,83	57 115,57
1. Krótkoterminowe aktywa finansowe	48 104,83	57 115,57
a) w jednostkach powiązanych	0,00	0,00
b) w pozostałych jednostkach	0,00	0,00
c) środki pieniężne i inne aktywa	48 104,83	57 115,57
- śr. pieniężne w kasie i na rach.	40 002,36	46 339,08
- inne środki pieniężne	8102,47	10 776,49
- inne aktywa pieniężne	0,00	0,00
2. Inne inwestycje krótkoterminowe	0,00	0,00
IV. Krótkoterm. rozl. międzyokresowe	0,00	4639,34
SUMA AKTYWÓW	**112 570,22**	**121 211,49**

PASYWA	**na 01.01.2004**	**na 31.12.2004**
A. KAPITAŁ (FUNDUSZ) WŁASNY	**103 830,20**	**104 758,06**
I. Kapitał (fundusz) podstawowy	100,00	100,00
II. Należne wkłady na kapitał podst.	0,00	0,00
III. Udziały (akcje) własne	0,00	0,00
IV. Kapitał (fundusz) zapasowy	0,00	0,00
V. Kapitał (fundusz) z aktual. wyceny	0,00	0,00
VI. Pozostałe kapitały rezerwowe	0,00	0,00
VII. Zysk (strata) z lat ubiegłych	129 418,25	103 730,20
VIII. Zysk (strata) netto	-25 688,05	927,86
IX. Odpisy z zysku netto w ciągu roku	0,00	0,00
B. ZOBOWIĄZANIA I REZERWY NA ZOBOWIĄZ.	**8740,02**	**16 453,43**
I. Rezerwy na zobowiązania	0,00	0,00
1. Rezerwa z tyt. odrocz. podatku doch.	0,00	0,00
2. Rezerwa na świadcz. emeryt. itp.	0,00	0,00
- długoterminowa	0,00	0,00
- krótkoterminowa	0,00	0,00
3. Pozostałe rezerwy	0,00	0,00
- długoterminowe	0,00	0,00

IUS.indd 418 2006-02-06 11:02:30

- krótkoterminowe	0,00	0,00
II. Zobowiązania długoterminowe	1000,00	1000,00
1. Wobec jednostek powiązanych	0,00	0,00
2. Wobec pozostałych jednostek	1000,00	1000,00
a) kredyty i pożyczki	1000,00	1000,00
b) z tyt. emisji papierów wartościowych	0,00	0,00
c) inne zobowiązania długoterminowe	0,00	0,00
d) inne	0,00	0,00
III. Zobowiązania krótkoterminowe	7740,02	15 453,43
1. Wobec jednostek powiązanych	0,00	0,00
2. Wobec pozostałych jednostek	7740,02	15 453,43
a) kredyty i pożyczki	0,00	0,00
b) z tyt. emisji papierów wartościowych	0,00	0,00
c) inne zobowiązania finansowe	0,00	0,00
d) z tyt. dostaw i usług o okr. wym.:	2929,60	10 424,40
- do 12 miesięcy	2929,60	10 424,40
- powyżej 12 miesięcy	0,00	0,00
e) zaliczki otrzymane na dostawy	0,00	0,00
f) zobowiązania wekslowe	0,00	0,00
g) z tytułu podatków, ceł, ZUS itp.	1050,39	3129,05
h) z tytułu wynagrodzeń	1899,98	1899,98
i) inne	1860,05	0,00
3. Fundusze specjalne	0,00	0,00
IV. Rozliczenia międzyokresowe	0,00	0,00
1. Ujemna wartość firmy	0,00	0,00
2. Inne rozliczenia międzyokresowe	0,00	0,00
- długoterminowe	0,00	0,00
- krótkoterminowe	0,00	0,00
SUMA PASYWÓW	**112 570,22**	**121 211,49**

UZYSKANE PRZYCHODY STATUTOWE:

działalność gospodarcza	
sprzedaż wydawnictw	5906,20
usługi promocyjne i reklamowe	6802,00
działalność statutowa	
dotacje i darowizny	117 642,19
darowizna na rzecz organizacji pożytku publicznego	63 170,37

RACHUNEK ZYSKÓW I STRAT

	na 01.01.2004	na 31.12.2004
A. PRZYCH. ZE SPRZED. I ZRÓWNANE Z NIMI	**18 300,00**	**12 708,20**
- od jednostek powiązanych	0,00	0,00
I. Przychody netto ze sprzedaży prod.	0,00	6802,00
II. Zmiana stanu produktów	0,00	0,00
III. Koszt wytw. produktów dla siebie	0,00	0,00
IV. Przych. netto ze sprzed. tow. i mat.	18 300,00	5906,20
B. KOSZTY DZIAŁALNOŚCI OPERACYJNEJ	**131 537,77**	**192 750,52**
I. Amortyzacja	0,00	0,00
II. Zużycie materiałów i energii	7 440,70	6213,83
III. Usługi obce	27 337,65	60 922,82
IV. Podatki i opłaty, w tym:	1533,08	7446,88
- podatek akcyzowy	0,00	0,00
V. Wynagrodzenia	37 410,04	64 014,62
VI. Ubezp. społeczne i inne świadczenia	0,00	0,00
VII. Pozostałe koszty rodzajowe	9486,30	12 764,36
VIII. Wartość sprzed. towarów i mat.	48 330,00	41 388,01
C. ZYSK (STRATA) ZE SPRZEDAŻY	**-113 237,77**	**-180 042,32**
D. POZOSTAŁE PRZYCHODY OPERACYJNE	**88 402,92**	**180 812,56**
I. Zysk ze zbycia niefinans. aktywów	313,00	0,00
II. Dotacje	88 089,92	180 812,56
III. Inne przychody operacyjne	0,00	0,00
E. POZOSTAŁE KOSZTY OPERACYJNE	**0,00**	**0,00**
I. Strata ze zbycia niefinans. aktywów	0,00	0,00
II. Aktualizacja wart. aktywów niefin.	0,00	0,00
III. Inne koszty operacyjne	0,00	0,00
F. ZYSK (STRATA) Z DZIAŁALNOŚCI OPERACYJNEJ	**-24 834,85**	**770,24**
G. PRZYCHODY FINANSOWE	**435,13**	**157,62**
I. Dywidendy i udziały w zyskach, w tym	0,00	0,00
- od jednostek powiązanych	0,00	0,00
II. Odsetki, w tym:	0,00	0,00
- od jednostek powiązanych	0,00	0,00
III. Zysk ze zbycia inwestycji	0,00	0,00
IV. Aktualizacja wartości inwestycji	0,00	0,00
V. Inne	435,13	157,62

IUS.indd 420 2006-02-06 11:02:31

H. KOSZTY FINANSOWE	**388,33**	**0,00**
I. Odsetki, w tym:	0,00	0,00
- dla jednostek powiązanych	0,00	0,00
II. Strat ze zbycia inwestycji	0,00	0,00
III. Aktualizacja wartości inwestycji	0,00	0,00
IV. Inne	388,33	0,00
I. ZYSK (STRATA) Z DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ	**-24 788,05**	**927,86**
J. WYNIK ZDARZEŃ NADZWYCZAJNYCH	**-900,00**	**0,00**
I. Zyski nadzwyczajne	0,00	0,00
II. Straty nadzwyczajne	900,00	0,00
K. ZYSK (STRATA) BRUTTO	**-25 688,05**	**927,86**
L. PODATEK DOCHODOWY	**0,00**	**0,00**
M. POZOSTAŁE OBOWIĄZKOWE OBCIĄŻENIA	**0,00**	**0,00**
N. ZYSK (STRATA) NETTO	**-25 688,05**	**927,86**

PONIESIONE KOSZTY W ROKU 2004 W UKŁADZIE KALKULACYJNYM:

działalność administracyjna	41 344,27
działalność wydawnicza	32 235,91
Porozumienie Samorządów	16 410,81
konferencje, seminaria, wykłady	14 951,34
targi pracy	0,00
konferencja „15 lat praktyki konstytucyjnej w Europie Środkowo-Wschodniej”	46 420,18

Zysków i strat nadzwyczajnych w roku sprawozdawczym nie było. Przychody i koszty rodzajowe ujęte są w rachunku zysków i strat, który jest częścią sprawozdania.

INFORMACJE POZOSTAŁE

Dane o zatrudnieniu:
Fundacja nie zatrudniała w roku 2004 żadnych pracowników.

Wykonawcami umów o dzieło było 18 osób.
Łącznie wypłacono z tytułu tych umów kwotę: 64 014,62

Zarząd fundacji był wynagradzany
z tytułu umów licencyjnych łącznie na kwotę: 8000,00

Podstawowa działalność statutowa i gospodarcza fundacji odbywa się w Warszawie przy ulicy Walecznych 34.

Fundacja nie wykonywała zleceń podmiotów państwowych i samorządowych.

Na fundacji ciążyły zobowiązania podatkowe jedynie z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych deklarowane w składanych deklaracjach podatkowych PIT-4 i PIT-8A.

Działalność fundacji nie była kontrolowana w okresie sprawozdawczym.

Wartości aktywów i zobowiązań fundacji przedstawione są w bilansie za 2004 rok będącym częścią sprawozdania.

INFORMACJE DLA AUTORÓW

Redakcja przyjmuje artykuły, artykuły recenzyjne lub glosy, o ile nie były nigdzie wcześniej opublikowane i nie są oddane do publikacji.

Do każdego artykułu należy dołączyć na oddzielnym wydruku poniższe informacje:

a) tytuł artykułu, data i liczba słów;
b) imię i nazwisko autora, tytuł naukowy oraz instytucja naukowa lub zawodowa, z którą jest związany, adres oraz e-mail, numer telefonu i faksu;
c) streszczenie wprowadzające liczące 150–200 słów;
d) biogram liczący 25–50 słów.

Wskazane jest wyraźne zaznaczenie tytułów i śródtytułów. Tekst nie powinien przekraczać 9 tys. słów, łącznie z przypisami.

Wskazane jest użycie znormalizowanej czcionki oraz zachowanie półtora odstępu między wierszami i pięciu centymetrów prawego marginesu. Strony powinny być ponumerowane.

W tekście głównym cytaty należy oznaczać podwójnym cudzysłowem apostrofowym, słowa i wyrażenia obcojęzyczne zapisać kursywą.

Przypisy należy wyłączyć z tekstu głównego i zebrać na dole każdej strony lub na końcu maszynopisu, zachowując ich numerację ciągłą. W przypisach stosuje się następującą kolejność zapisu: inicjał imienia autora, a następnie nazwisko; w opisie książek – tytuł (podany kursywą), tom, część, miejsce i rok wydania; w opisie artykułów – tytuł artykułu (podany kursywą), pełny tytuł czasopisma ujęty w cudzysłów, numer rocznika, rok wydania, numer zeszytu, oraz numery stron, na których znajduje się podany artykuł, np.:

a) R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 35–57.
b) Z. Ziembiński, *„Lex" a „ius" w okresie przemian*, „Państwo i Prawo" 1991, z. 6, s. 5–9.

Wszystkie dane opisu bibliograficznego powinny być wyszczególnione w oryginalnym brzmieniu. Jeśli praca danego autora powtarza się, stosujemy zapisany kursywą skrót op. cit. W przypadku występowania kilku prac tego samego autora, przy kolejnym cytowaniu umieszcza się czytelny skrót tytułu dzieła.

Jeśli artykuł zostanie przyjęty do publikacji, autorzy będą proszeni o dostarczenie nośnika elektronicznego zawierającego wersję ostateczną tekstu.

Redakcja zastrzega sobie prawo skrótów i opracowania redakcyjnego. Przed opublikowaniem autor otrzyma tekst w wersji przeznaczonej do publikacji w celu naniesienia korekty autorskiej.

Teksty należy dostarczać do sekretarza redakcji na adres:

Marek Lasocki
m.lasocki@uw.edu.pl

IUS.indd 423 2006-02-06 11:02:31

Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych
Zasada proporcjonalności

dr Michał Królikowski



Monografia „Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności" stanowi próbę zweryfikowania podstaw systemu karnego w kontekście demokratycznym. Autor rozważa, czy należy zdobyć się na większy wysiłek w tworzeniu systemu karnego, który w przypadku podobnych czynów sięga po podobną reakcję ujemną, czy też takiego, który szuka równowagi między konkretnie opisanym przypadkiem danego sprawcy, jego sytuacją i osobowości a karą; jak wpływać na sposób reakcji karnej, by wyrażał on przekonanie dotyczące podmiotowości obywateli stosownie do kontekstu demokratycznego.
Sięgając do dorobku sprawiedliwości retrybutywnej, a więc tej, która dopatruje się etycznej treści w relacji między przestępstwami a karą – autor wnosi nowe argumenty do toczącej się debaty nad reformą polskiego prawa karnego.

Seria: Monografie Prawnicze
2005 r., str. 190
ISBN 83-7387-969-2

Michał Królikowski *– ukończył Wydział Prawa i Administracji UW, program z zakresu filozofii prawa i sprawiedliwości karnej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Sheffield oraz program Centrum Prawa Amerykańskiego Uniwersytetu Warszawskiego i Uniwersytetu Stanu Floryda USA. Adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Porównawczego w Instytucie Prawa Karnego Uniwersytetu Warszawskiego. Visiting fellow w Cardiff Law School (2004, 2005), University of Stirling (2006). Sekretarz redakcji „Ius et Lex". Autor i redaktor publikacji z zakresu filozofii prawa i teorii prawa karnego.*

Wydawnictwo C.H. Beck
ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa
tel. (22) 33 77 666, fax (22) 33 77 601
www.sklep.beck.pl, e-mail: dz.handlowy@beck.pl

C·H·BECK

IUS.indd 424 2006-02-06 11:02:38