

O kilku węzłowych wątpliwościach co do kary kryminalnej

Some Doubts About the Criminal Punishment

The issue of criminal punishment has long aroused disputes. Recently, punishment, as well as criminal law in genere, has been subject to massive criticism. Particularly questioned on the part of abolitionists is the common justification of the punishment and its declared goals. Paradoxically, despite growing research, political populists have resorted to criminal penalties very often, beginning to become harsher and harsher and more intrusive in the field of civil rights of punitive measures. There is often talk of the need to change the criminal law into the law of criminal risk. The author undertook a broad analysis of the justification of punishment, taking up the threads of the constitutionality of criminalization and penalization, a critical analysis of historical evolution, a revision of the foundations of the philosophy of punishment, and victimology.

Wojciech Zalewski

*doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Gdańskiego*

ORCID – 0000-0001-5539-7162

e-mail: wojciech.zalewski@ug.edu.pl

Słowa kluczowe:
prawo karne, kara kryminalna
retributywizm sprawiedliwość naprawcza

Key words:
criminal law, criminal punishment
retributivism, restorative justice

<https://doi.org/10.36128/priw.vi38.273>

Kara kryminalna w kształcie obecnym rodzi różnorodne wątpliwości. W niniejszym szkicu podjęta zostanie próba ich wstępnego uszeregowania i uporządkowania.

Kara kryminalna jest z natury retrospektywna, odnosi się do zdarzeń przeszłych. Naukowe i rzetelne uzasadnienie karania wcale nie jest proste. Uzasadnienia „intuicyjne” (w rodzaju: „karczemy, bo tak trzeba”, „bo tak robili nasi dziadowie”, „bo nie ma innego wyjścia”, „bo ofiary tego chcą”) często opierają się na nieporozumieniach, emocjach, półprawdach i wiodą na manowce. W kontekst karania prawodawcy chcą wpleść i wplatają wiele nieadekwatnych treści. Jak trafnie wyklądał Nils Jareborg, ponieważ „żywemy

w państwie prawa (Rechtsstaat) nie wolno nam już stosować kary kryminalnej tylko dlatego, że tego chcemy, lub dlatego, że mówi się, że bóg tego chce, lub dlatego, że zawsze to robiliśmy, lub ponieważ karanie wydaje się naturalnym lub skutecznym środkiem do jakiegoś celu. Podstawową przyczyną takiego współczesnego podejścia jest to, że kara zakłada surowe traktowanie ukaranego, wyrządzając mu często poważne szkody. Biorąc pod uwagę, że organizacja państwowa jest uzasadniona tylko wtedy, gdy jest w dużej mierze korzystna dla obywateli, system kar, jego konstrukcja i treść muszą być uzasadnione przekonującymi, racjonalnymi (moralnymi) powodami, w tym motywami odwołującymi się do jakiegoś pojęcia dobra wspólnego¹.

W dobie intensywnego rozwoju sprawiedliwości naprawczej, holistycznie ujmującej zagadnienie reakcji na czyn zabroniony zwany przestępstwem, pisanie o karze kryminalnej w XXI wieku jest kłopotliwe. Zmusza do cofnięcia się o kilka myślowych kroków i powrotu do spokojnego tłumaczenia problemów i roztrząsania zawilości minionego, przebrzmiałego już czasu. Spróbujemy przyjrzeć się wybranym kwestiom nieco bliżej.

1. „Karzemy, bo tak trzeba”

Może dobrze zacząć od Konstytucji? Nie tylko dla prawników ustawa zasadnicza to akt podstawowy, na którym opiera się cały system prawa. Kluczowy dla rozważań o konieczności posługiwania się karą jest art. 31 ust 1 obecnej polskiej Konstytucji. Obecne rozwiązanie jest efektem ewolucji konsumującej zarówno doświadczenia europejskie, jak i krajowe. Intencją twórców Konstytucji było zachowanie maksymalnego związku ze sformułowaniami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W piśmiennictwie wskazuje się, że istotą art. 31 ust 3 jest ogólne określenie przesłanek, których spełnienie jest konieczne dla wprowadzania ograniczeń praw i wolności jednostki. Korzysta się tu z klasycznej formuły ograniczeń praw i wolności jednostki, która składa się z trzech części. Wskazane trzy elementy, to: 1) ustalenie przesłanki formalnej w postaci wymogu ustawy jako formuły normatywnej wprowadzanego ograniczenia; 2) określenie przesłanek materialnych poprzez dookreślenie pojęcia „interesu publicznego”; 3) wskazanie maksymalnych granic dla wprowadzania ograniczeń, co oznacza nakaz szanowania zasady proporcjonalności oraz zakaz naruszania „istoty” praw i wolności². Tak też sprawę przedstawia się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. TK wywodził

- 1 Nils Jareborg, „Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)” *Ohio State Journal of Criminal Law*, t. II (2005): 522.
- 2 Por. Lech Garlicki, „Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)” *Państwo i Prawo*, nr 10 (2001): 6 i n.; Mirosław Wyrzykowski, „Granice praw i wolności – granice władzy”, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, red. Barbara Oliwa-Radzikowska (Warszawa: Biuro RPO, 1998), 48.

przykładowo w 2008 roku: „Konstytucja nie wyklucza ingerencji prawodawcy w sferę praw [...], ingerencja taka powinna jednak spełniać wymogi określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W myśl tego przepisu, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”³. W świetle ustalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego jedną z podstawowych zasad wyrażonych w rozważanym przepisie jest proporcjonalność⁴, którą doprecyzowuje się za pomocą trzech kryteriów: a) przydatności, b) konieczności, i c) proporcjonalności *sensu stricto*⁵.

O wadze art. 31 ust 3 Konstytucji świadczy waga, jaką się doń przykłada⁶. Nie oznacza to oczywiście całkowitego zerwania aksjologicznych i funkcjonalnych więzi między zasadą proporcjonalności a zasadami wywodzonymi z idei państwa prawa, chodzi raczej o klaryfikację i uproszczenie procedury.

Współcześnie w prawie karnym znaczenie zasady proporcjonalności wydaje się nie do przecenienia, choć niewątpliwie pojmowana jest ona wielorako⁷. Na potrzeby niniejszych rozważań wydaje się najwłaściwsze skoncentrowanie na najistotniejszym z kryteriów oceny proporcjonalności, czyli **konieczności** regulacji. Zazwyczaj o konieczności mówi się w kontekście zasady

3 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r. K 12/08, opublikowano: OTK-A 2008/10/176, s. 1869.

4 Por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r. K 12/08, opublikowano: OTK-A 2008/10/176, s. 1869.

5 Por. zwłaszcza Krzysztof Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP* (Kraków: Wolters Kluwer, 1999), 150 i n.; Anna Łabno, „Istota zasady proporcjonalności”, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2010), 24 i n.

6 Garlicki, „Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności”, 19-20. L. Garlicki podnosi przykładowo, że obecnie „nie ma już potrzeby sięgania do niewątpliwie pojemnej, a przez to mieszczącej w sobie wiele odrębnych unormowań konstytucyjnych, zasady państwa prawnego”.

7 Por. szerzej zwłaszcza, Michał Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności* (Warszawa: C. H. Beck, 2005); idem, „Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym”, [w:] [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska (Warszawa: Wolters, Kluwer, 2010), 37-74.

subsydiarności prawa karnego. Wskazuje się, że zasada konieczności tworzy wymóg uzasadnienia interwencji prawnokarnej. Dopełniające domniemanie *in dubio pro libertate* w tym kontekście oznacza, iż ciężar uprawdopodobnienia potrzeby zastosowania kary jako sankcji spoczywa na prawodawcy⁸. Prawodawca winien wykazać, że inne środki regulacji zachowań potencjalnych przestępców, zmierzających do naruszeń prawa, nie są podobnie skuteczne⁹. Z drugiej strony chodzi o nakaz wyboru środków najmniej uciążliwych dla jednostki spośród środków skutecznych. W orzecznictwie TK nakaz konieczności tłumaczy się jako polecenie oznaczające „skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu”¹⁰. Prościej mówiąc, jest to „obowiązek wyboru najmniej dolegliwego środka”¹¹.

Jak widać, standard oceny konstytucyjności wyznaczony został za pomocą testu wyboru najmniej uciążliwego środka, wedle którego to prawodawca musi wykazać, że nie dysponuje środkami mniej uciążliwymi. Współcześnie zasadę subsydiarności ujmuje się w ten sposób, że prawo karne nie powinno wkraczać, jeśli wystarczą środki przewidziane w innych dziedzinach prawa, a więc administracyjnego, cywilnego, prawa pracy itd. Przy ewentualnej decyzji kryminalizacyjnej czy penalizacyjnej należy brać pod uwagę również inne niż czysto prawne środki kontroli społecznej, a wtedy mówi się o szerszym znaczeniu zasady subsydiarności¹². To otwiera drogę do ograniczenia stosowania prawa karnego i sankcji prawnokarnych.

Co jednak z sytuacją, w której prawodawca ma w dyspozycji takie mniej uciążliwe środki, jednak z nich nie korzysta? Wtedy do akcji winny wkroczyć sądy, zwłaszcza konstytucyjne, i wążąc racje stawać w obronie jednostki i praw człowieka, mając na względzie równoważenie interesów. Trafnie zauważa się w piśmiennictwie, że sądy konstytucyjne, korzystając z nieodokreśloności pojęć zastosowanych w konstytucyjnym ujęciu zasady proporcjonalności, często uczestniczą w tworzeniu prawa, dając pierwszeństwo

-
- 8 Por. Lech Gardocki, „Subsydiarność prawa karnego oraz *in dubio pro libertate* – jako zasady kryminalizacji” *Państwo i Prawo*, nr 12 (1989): 59 i n.
 - 9 Por. Królikowski, „Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym”, 46., także K Wojtyczek, „Konieczność jako legitymizacja działań władzy w demokratycznym państwie prawnym” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1994): 39-49.
 - 10 Wyrok TK z 11.5.1999 r., K 13/98, OTK 1999, Nr 4, poz. 74.
 - 11 Wyrok TK z 26.3.2007 r., K 29/06, OTK-A 2007, Nr 3, poz. 30.
 - 12 Por. Gardocki, „Subsydiarność prawa karnego”, 61, idem, *Zagadnienia teorii kryminalizacji* (Warszawa: PWN, 1990), 90 i n.

określonym wartościom¹³. Wydaje się, że rację miał Lech Morawski, który wykładając swój szeroki model niepozytywistycznej koncepcji prawa, podnosił, iż wywodzony z podziału władz „zakaz tworzenia prawa przez sądy oznaczałby w praktyce zakaz interpretacji prawa przez sądy, ponieważ wykładnia prawa ma w wielu wypadkach charakter twórczy i polega na tworzeniu nowych norm (precedensy interpretacyjne)”¹⁴.

Test konieczności w orzecznictwie polskiego TK przeprowadzany jest w niemal połowie wypadków, w których dokonywana jest analiza proporcjonalności w kontekście art. 31 ust 1 Konstytucji. Trybunał nierzadko dokonuje oceny konieczności, odwołując się do szerokiego kryterium konieczności zamiast do testu najmniej uciążliwych środków. Efektem tego pomieszania pojęć ocena konieczności sprowadza się do ponownego rozważenia, czy ustawodawca miał ważny powód uzasadniony ochroną konkretnych wartości konstytucyjnych. Okazuje się, że etap oceny konieczności stanowi istotną przeszkodę dla ustawodawcy. W wyniku pogłębionej analizy ustalono, że badane przez TK akty nie spełniają kryterium konieczności w około 46% wszystkich przypadków, w których analiza proporcjonalności zakończyła się negatywnym wynikiem w testowanym okresie¹⁵.

Oczywiście ani prawnokarna zasada subsydiarności, ani zasada *in dubio pro libertate* nie są wolne od krytyki. Zwłaszcza zasadzie „w razie wątpliwości na rzecz wolności” zarzucano rzekomą demagogiczność, że to slogan, który nie ma rangi konstytucyjnej, ani nie da się jej potraktować jako wiążącej koncepcji kryminalnopolitycznej, że poszerzając wolność jednych ogranicza się wolność drugich, etc. Zarzuty te spotkały się ze słusznym oporem¹⁶. Część ze wskazanych zarzutów podnoszono w odmiennych czasach, nastawienie polityczno-kryminalne uległo zmianie, a nadto sięganie po inne niż karne metody i środki ochrony nie oznacza braku ochrony, lecz inny sposób jej wykonywania.

-
- 13 Łabno, „Istota zasady proporcjonalności”, 32-33. Autorka tę tendencję ocenia jednak krytycznie, odmiennie od piszącego te słowa, podnosząc, że „Sądy konstytucyjne powinny rozstrzygać te kwestie powściągliwie, starając się nie ingerować w ten zakres, który stanowi domenę ustawodawcy, a więc wkrazać w dziedzinę polityki prawa zastrzeżona dla parlamentu i jego działalności ustawodawczej” (ibidem, 32).
- 14 Por. Lech Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1999), 284-285.
- 15 Por. Anna Śledzińska-Simon, *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka* (Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2019), 164 i n. Autorka wskazała na 27 orzeczeń, które stanowiły owe 46 % spraw.
- 16 Por. Gardocki, „Subsydiarność prawa karnego”, 68-69.

We współczesnym demokratycznym państwie prawa kryminalizowanie wymaga uzasadnienia, a tym bardziej stosowania surowych sankcji karnych. Wydawało się, że szerokie stosowanie kar, oraz prawa karnego jako *prima ratio*, charakteryzować winno raczej epokę minioną. To w autorytarnych państwach prawo karne było regulatorem życia społecznego i gospodarczego, choć i wówczas krytykowano takie podejście¹⁷. Obecnie postulować należy również inne drogi niż karanie.

Konstytucja z 1997 roku nie nakazuje karać. Współcześnie uznaje się nawet, iż przyjęta w art. 31 ust. 3 obowiązującej Konstytucji RP zasada proporcjonalności wyklucza absolutne teorie kary, w tym teorie odpłaty. Karę można usprawiedliwić wyłącznie osiągnięciem określonych – dodajmy: racjonalnych – celów społecznych¹⁸. Nakazuje się stosować środki adekwatne do celu, maksymalizujące efekt przy minimalnych kosztach dla dóbr obywateli. Takimi środkami są zwłaszcza metody sprawiedliwości naprawczej¹⁹. Kara stanowić może co najwyżej *ultima ratio*.

A co, jeśli cele zakładane przez prawodawcę można zrealizować za pomocą innych metod niż karanie? Czy karanie jest nieuchronne? Może zawsze karano tak jak teraz? Otóż nie zawsze.

2. „Karzemy, bo tak robili nasi dziadowie”

Kara kryminalna w obecnym kształcie jest stosunkowo nowoczesnym wynalazkiem. Dobudowywanie do współczesnych koncepcji prawno-karnych antycznych korzeni wydaje się poważnym nadużyciem. Twierdzenie, że karać należy, bo tak robiono zawsze, jest przejawem ahistorycznej ignorancji. Utarło się myśleć, że kara kryminalna jest stara jak ludzkość oraz, że nasze współczesne wyobrażenia o tym, jak kara wyglądała, wygląda, i jak wyglądać powinna w przyszłości są najtrafniejsze, a nadto uświęcone wielowiekową tradycją. W starożytności jednak inaczej rozwiązywano problemy. Dla miłośników historii ciekawostką z pewnością będzie obraz prawa starożytnej Grecji oddany poetycko w obrazie tarczy Achillesa w *Iliadzie* Homera. Tarcza Achillesa zawiera odniesienia do tradycji prawnej. Otóż jak podaje Wiktor Kornatowski, prawa wtedy nie było: w poematach homerowskich słowo *nomos* nie jest używane, a bohaterowie odwoływali się do Themis i Dike. Themis – to najstarsze greckie wyobrażenie normy, które oznaczało wolę bóstwa, jego

17 Por. Władysław Wolter, „Granice i zakres prawa karania” *Państwo i Prawo*, nr 2 (1957): 242.

18 Por. Krzysztof Wojtyczek, „Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania”, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. Andrzej Zoll (Warszawa: Instytut Spraw Publicznych, 2001), 298 i n.

19 O metodach sprawiedliwości naprawczej autor niniejszych uwag pisał wielokrotnie por. zwłaszcza *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?* (Gdańsk: Arche, 2006).

nakaz i stanowiło najdawniejszy łącznik organizacyjny wspólnoty. Nawiązując do Homera Kornatowski pisze: „Formę postępowania sądowego zobrazował autor *Iliady* w opisie tarczy Achillesa. Widzimy tam sąd polubowny, gdyż społeczność ówczesna nie знаła jeszcze pojęcia przestępstwa ściganego przez państwo; czyn występny traktowano tylko z punktu widzenia szkody wyrządzonej jednostce i jej grupie rodowej. Wyroki wydawano według tradycji opierającej się na poczuciu moralnym”²⁰. Ów sąd polubowny dotyczył nie byle jakiej sprawy, a opłaty za głowę należną rodzinie pokrzywdzonego, a więc sprawy o zabójstwo!²¹.

Gerd F. Kirchoff rozpoczyna swe rozważania na temat historii starożytnej jeszcze starszym przykładem wziętym z kultury babilońskiej²². Okazuje się bowiem, że najstarsze kodeksy pochodzące z tego obszaru (z Ur, Ur lipid i Eszuny) zmierzały wyłącznie do tego, by zapewnić restytucję w ścisłym tego słowa znaczeniu. Również w kodeksie Hammurabiego ofiara przestępstwa posiadała stosunkowo duże uprawnienia. Mogła zwrócić się z wnioskiem do władzy lub organów sprawiedliwości o wszczęcie postępowania przeciwko

20 Wiktor Kornatowski, *Rozwój pojęć o państwie w starożytnej Grecji* (Toruń: Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych, 1950), 57.

21 Jak wiadomo Hefajstos na prośbę matki Achillesa Tetydy wykuwa herosowi zbroję, w tym słynną tarczę. Tarcza jest ozdobiona ważnymi symbolami i malowidłami/rycinami odnoszącymi się do życia Grecji. Stosowny fragment Księgi XVIII *Iliady*, w tłumaczeniu Franciszek Ksawerego Dmochowskiego brzmi:

„Wielki i tęgi puklerz boski sztukmistrz robi:
Złoty obwód okręgi troistymi zdobi,
Srebrzysty wiąże rzemień. Pięć blach w kupę bije,
A na powierzchni cuda swojej sztuki ryje. (...)
W tymże mieście na rynku liczny lud się tłoczy,
Między dwoma mężami żwawy spór się toczy
O zabójstwa zapłatę. Ten — lud zabezpiecza
Pod przysięgą, że oddał, a tamten zaprzecza”.

Wprost o **główszczyźnie** mówiło tłumaczenie Stanisława Staszica (Warszawa 1815), 146, gdzie stosowny fragment brzmi:

„Dalej zbiega się tłumem wielkie ludu mnóstwo:
Rzecz idzie o główszczyznę, czyli o zabójstwo.
Zapozwany dowodził, iż głowę opłacił;
Powód zaś opłacenie z drugiej strony przeczył.”

22 Gerd F. Kirchoff, „Wiktymologia. Historia i koncepcje. Wprowadzenie”, [w]: *Wiktymologia w Europie. Materiały pierwszej międzynarodowej konferencji na temat wiktymologii w Europie Wschodniej i Zachodniej* (Konstancin k/Warszawy, 17 – 22 marzec 1991), red. Ewa Bieńkowska (Warszawa 1993), 27 i n.

sprawcy przestępstwa, miała także prawo czynnie wystąpić przeciwko sprawcy. W zakresie kompensacji istniała instytucja przewidująca w ramach wyszczególnionych przestępstw odszkodowanie ze strony państwa, gdy sprawca był nieznan. Według Kirchoffa Hammurabi propagował ideę pokoju i porządku wewnętrznego poprzez połączenie tradycyjnej woli ofiary, stałej restytucji i represyjnej odpłaty²³. Zygmunt Gostyński zamyka swe uwagi na temat najstarszych pomników prawa stwierdzeniem, że restytucja była w systemach prawnych świata starożytnego – zarówno wczesnego prawa greckiego, jak i też hebrajskiego i semickiego – głównym, a często jedynym elementem kary²⁴.

Wskazuje się, że juryści rzymscy nie wykazywali znaczącego zainteresowania prawem karnym. W *Digestach* Justyniana, powstających w latach 528-534 i będących podsumowaniem jego wielowiekowego rozwoju, na łącznie 50 ksiąg tylko dwie: czterdziesta siódma i czterdziesta ósma, nazwane księgami straszliwymi (*libres terribiles*), poświęcone zostały prawu karnemu²⁵. Było to spowodowane częściowo obawami jurystów, którzy w swych pracach z zakresu *ius criminale* zajmowali się kwestiami prawnokarnymi wybiórczo z racji tego, że w danym momencie nie było to albo pożądane, albo zgodne z wizją przyjętą przez danego władcę²⁶. Wydaje się jednak, że wynika to głównie stąd, że prawo karne nie było tak onnipotentne jak później, a i stosowano je inaczej. W prawie rzymskim istniał podział przestępstw na przestępstwa publiczne (*crimina publica*) i prywatne (*delicta privata* albo *manifesta*). Pierwsze dotyczyły przede wszystkim *crimen immunitae* (później *laesae maiestatis*, a więc delikty przeciw państwu (*perduellio*), ludowi rzymskiemu (później również cesarzowi), ale też morderstwo człowieka wolnego

-
- 23 Por. ibidem; por. też Josef Klima, *Prawa Hammurabiego* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1967), 308 oraz Cezary Kunderevicz, „Kodeks Ur – Nammu” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 2 (1958): 13; idem, „Kodeks Lipit Isztara” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 2 (1959): 32.
- 24 Por. Zygmunt Gostyński, *Karnoprawny obowiązek naprawienia szkody* (Katowice: Uniwersytet Śląski, 1984), 13.
- 25 Por. Krzysztof Amielańczyk, „Z historii ustawodawstwa rzymskiego w sprawach karnych. Próba periodyzacji” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, nr 305 (2008): 11-24.; 22. Por. również idem, „Prawo karne i polityka. Czy rzymscy prawodawcy prowadzili ukierunkowaną politykę karną”, [w:] *Prawo karne i polityka w państwie rzymskim*, red. Krzysztof Amielańczyk, Antoni Dębiński, Dariusz Słapek (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2015): 19-34.
- 26 Andrzej Chmiel, „Dzieła naukowe jurystów rzymskich w zakresie prawa karnego” *Studia Iuridica Lublinensia*, nr 3 (2016): 161.

(*parricidium*), umyślne podpalenie²⁷. Drugie kierowały się przeciwko interesom jednostkowym, majątkowym i osobistym. Pierwsze należały do prawa publicznego. Przewidywano za nie surowe kary. Karano śmiercią, wygnaniem, okaleczeniem bądź grzywną na rzecz państwa. Drugie należały do prawa prywatnego. Tu sankcją było przede wszystkim odszkodowanie w postaci kary prywatnej.

Już w Ustawie XII tablic (451-449 p.n.e.) widać ograniczenie zemsty prywatnej przez wyznaczenie obowiązujących stawek kary prywatnej (*poena*). W tych wypadkach poszkodowany musiał zrezygnować z zemsty i zadowolić się ustaloną stawką²⁸. Kary prywatne istniały aż do upadku imperium. Warto pamiętać, że rzymski system kar nigdy formalnie nie został ujednoczony²⁹.

Podobnie jak w prawie rzymskim, tak i w prawie germańskim i frankońskim istniał podział na przestępstwa naruszające interesy ogółu, a więc publiczne, i przestępstwa naruszające interesy jednostki, a więc prywatne. Przestępstwa publiczne opierały się na koncepcji złamania miru, pokoju publicznego³⁰. Na straży pokoju stał panujący, który przejmował funkcję publicznego mściciela wobec tych, którzy gwałcąc pokój powszechny stawali się gwałcicielami całej zbiorowości. Z biegiem czasu do przestępstw o charakterze publicznym zaczęto zaliczać – obok bezpośrednich zamachów na panującego i jego interesy publiczne – również i czyny godzące w interesy majątkowe władzy państwowej, jak naruszenie regaliów, fałszerstwo monety itd. Wraz z powstaniem państwowości wobec przestępstw godzących w interesy całego związku państwowego stosować można było jedną z konsekwencji dawnego wyjęcia spod prawa, jak karę śmierci, okaleczenia, wygnania, konfiskaty majątku³¹. Oczywiście niewykluczona była również możliwość wykupienia

27 Por. Edmund Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego* (Kraków: Księgarnia Leona Frommery, 1911), 52, także: *Geneza przestępstwa politycznego* w pracy Piotr Kardas, „Przestępstwa polityczne w prawie polskim” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 1-2 (1998): 147.

28 Por. Kazimierz Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, wyd. 4 (Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1986), 427. por. też: Franz Wieacker, „Zur Wiedergutmachung und Genugtuung im antiken romischen Strafrecht (bearbeiter Diskussionsbeitrag)” *Wiedergutmachung und Strafrecht. Neue Kriminologische Studien*, t. IV (1987): 28 i n.

29 Por. Józef Kamiński, Władysław Wołodkiewicz, „Poena”, [w:] *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny* (Warszawa: Wiedza Powszechna, 1986), 119.

30 Por. np. Edwin Rozenkranz, *Prawo salickie* (Gdańsk: Uniwersytet Gdański, 1990), 7.

31 K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa* (Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 1986), 169, w zakresie kształtowania zębów państwowości

się od kary publicznej poprzez zapłacenie publicznej kary pieniężnej na rzecz panującego (*poene ducales*) lub sądu (*poenae iudiciales*).

O ile istotą kary publicznej była odpłata za wyrządzone społeczności zło, o tyle istotą kary prywatnej było przywrócenie spokoju i pojednanie stron. Środkiem do tego stał się okup płacony pokrzywdzonemu lub jego rodzinie jako rekompensata za doznaną krzywdę. Wszedł on w miejsce stosowanej dotąd krwawej zemsty. Nie na darmo kary prywatne zwano kompozycyjnymi. Jak wiadomo łacińskie słowo *compositio* znaczy tyle, co „ugoda”. Pierwotnie wysokość kompozycji ustalana była każdorazowo przez mediatorów lub sąd. Z czasem państwo przejmuje pełną kontrolę i wyznacza sztywny system taks. Uiszczanie kwoty w ustalonej z góry wysokości, niezależnej od wielkości szkody manifestowało autorytet władcy³². Kara kompozycyjna w Europie średniowiecznej najczęściej składała się z dwóch elementów. Podstawową jej częścią była suma płacona na rzecz pokrzywdzonego lub jego rodziny, występująca najczęściej w postaci okupu za zabicie kogoś, zwanego wergeldem, główszczyzną, bądź okupu za uszkodzenie ciała, zwanego pokutnem, botem lub nawiązką. Jej dopełnieniem była opłata na rzecz władcy (*fredus*, *mulкта*, *wite*)³³. Wzrastające zainteresowanie silnych władców w uzyskaniu bezpośredniej jurysdykcji w sprawach karnych daje się wytłumaczyć bardzo prosto: prawo karne stało się w pewnym okresie dużym źródłem dochodów³⁴. Stopniowo element prywatny traci na rzecz publicznego, w tym w szczególności w zakresie opłat dla sądu. Często była to działalność celowa³⁵. Z czasem sądy, ze względu na przypadające im opłaty, niechętnie widziały próby jednania się stron. Warto przywołać historię kary za jednanie. Otóż również w Polsce, jeśli strony zawarły ugodę po rozpoczęciu procesu i bez zgody sądu, płaciły sądowi opłatę karną zwaną jednane (*poena concordiae*, *poena compositionis*)³⁶.

w Europie: Michał Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, wyd. 7 (Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1993).

32 Por. Rafał Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1955), 231, co do prawa średniowiecznego: Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, 172.

33 Por. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, 172.

34 Por. Stanisław Frankowski, *Wina i kara w angielskim prawie karnym* (Warszawa: Wydawnictwa UW, 1976), 21.

35 Por. np.: w zakresie kary trzystu solidów: Juliusz Bardach, „Kara »trzysta« i opłata »trzeszne« w najdawniejszym prawie polskim (studium porównawcze)” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, t. XVIII (1966): 45 i n.

36 Juliusz Bardach, *Historia państwa i prawa Polski*, t. I, *Do połowy XV wieku* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1973), 554-555. Została ona zniesiona w Koronie przywilejem brzeskim (1425),

Jak widać, pełne przejęcie funkcji karnych przez organizacje państwowe nie nastąpiło szybko i bez oporów. Da się wyróżnić kilka etapów. Pierwotną przewagę kar prywatnych, jak np. w systemie karnym germańskim, koegzystencję kompozycji z sankcją publiczną i wreszcie przewagę, a niekiedy wyłączność kary publicznej w systemie środków reakcji karnej.

W świetle tego, co powiedziano warto przywołać trafne i dowcipne podsumowanie Gustawa Radbrucha: „tylko tak długo, jak kary wymierzano w imię Boże albo w imię uświęconych tradycją zwyczajów, mogliśmy karać z czystym sumieniem”³⁷. Teraz wymaga się dobrego uzasadnienia dla karania.

3. „Karzemy, bo nie ma innego wyjścia”

Dla każdego zajmującego się prawem karnym dwa uzasadnienia karania są oczywiste. Pierwsze odwołuje do retributywizmu, drugie do utilitaryzmu. Retributywiści, tzw. kierunek klasyczny, widzą uzasadnienie kary w odwecie za wyrządzone zło (*punitur quia peccatum est*), z kolei utilitaryści szukają uzasadnienia kary w jej użyteczności (*punitur ne peccatur*)³⁸. Utilitaryści kwestionowali sens retributywizmu i odwrotnie. Znane jest zdanie przypisywane już Senecy: *Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*, czyli nikt roztropny nie karze dlatego, że popełniono czyn zabroniony, lecz po to, by go nie popełnić³⁹. Seneką jawi się jako pierwszy utilitarysta, czy jak mówią inni – reduktywista (*reductivist*)⁴⁰. Aby nie przedłużać przypomnienia oczywistości, odwołać się wypadnie do wybranych autorytetów.

Dziś chyba najbardziej popularna jest krytyka utilitaryzmu H. L. A. Harta. Sam Hart rozprawił się z utilitaryzmem w kilku krokach, choć

a na Mazowszu dopiero w drugiej połowie XV wieku, kiedy zezwolono stronom na godzenie się w każdym stadium procesu. Por. także Bożena Sieradzka-Baziur, „Mediacja w średniowieczu a współcześnie w świetle faktów językowych” *Horyzonty Wychowania*, 15 (2016): 109-125.

37 G. Radbruch, *Einführung in die Rechtsweissenschaft*, wyd. 9 (Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1958), podaję za Jareborg, „Criminalization as Last Resort”, 522.

38 Por. J. Glaser, *Polskie prawo karne* (Kraków: Księgarnia Powszechna, 1933), 248, idem, *Kara odwetowa a kara celowa* (Lublin: Uniwersytet Lubelski, 1924).

39 Por. szerzej, Andreas Schilling, „Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur: Strafen und Strafzwecke im römischen Strafrecht” *Zeitschrift für altorientalische und biblische Rechtsgeschichte*, t. XXI (2015): 159-175.

40 Por. David Wood, „Crime Reduction and the Justification of Punishment” *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 2 (2002): 301-321.

niektórzy twierdzą, że jego „retrybucja w dystrybucji” („retribution in distribution”) jest konsekwencjalistyczna, czyli w istocie utylitarna⁴¹. Nie mamy tu miejsca na omówienie całości argumentacji, ale kilka cennych szychów mistrza warto wskazać⁴². Celna jest zwłaszcza krytyka koncepcji Jeremy’ego Benthama, któremu Hart zarzucił błąd logiczny *non sequitur* w rozumowaniu, a więc, że z przesłanek wnioskowania nie wynika logicznie jego wniosek. Niewinnych, mówi Bentham, nie można odstraszyć. Hart się z tym nie zgadza. Również niewinnych kara odstraszy, ale nie wolno tego robić ze względów moralnych, a nie utylitarnych. Hart rozszerzył tę krytykę na współczesne koncepcje. Pisał: „pod tym względem nowoczesne, rozszerzone formy utylitarystyki nie wypadają lepiej niż u Benthama, dla którego głównym kryterium »skutecznej« kary było odstraszenie sprawcy lub innych poprzez przykład”⁴³. Jednocześnie jednak Hart utrzymuje przekonanie, że cała praktyka karania może być usprawiedliwiona dobrymi konsekwencjami lub wcale. Hart przypisuje cierpieniu (nawet zadanemu winnym) wewnętrzną niesłuszność, a samo cierpienie, jak zauważa, należy do składników, a nie do konsekwencji kary. Hart przypisuje karaniu wewnętrzną niesprawiedliwość. Zapewnienie ograniczenia przyszłych przestępstw jest jedynym zatwierdzonym przez Hart’a powodem, dla którego każdy karzący może właściwie działać. Streszczano sedno poglądów Harta następująco: 1) Osoba może zostać ukarana wtedy i tylko wtedy, gdy dobrowolnie zrobiła coś złego. 2) Kara musi odpowiadać niegodziwości przestępstwa lub być z nią równoważna. 3) Uzasadnieniem karania cierpieniem za dobrowolnie popełnione zło moralne jest samo w sobie słuszne lub moralnie dobre⁴⁴.

Nie można się dziwić, że poglądy H. L. A. Harta, zwłaszcza w części konsekwencjalistycznej, spotkały się z krytyką współczesnych „czystych” retributywistów w rodzaju Davida Husaka. Husak jest surowy w ocenach. Píše: „wkład Harta w filozofię prawa karnego był przeceniany (...) Trudno jest uchwycić jego główną tezę, a niewiele z *Prolegomenon* może wytrzymać krytyczną analizę. Jeśli mam rację, Hart nie rozumiał, o co chodzi w karze, która wymaga uzasadnienia, a zatem nie można było oczekiwać, że przedstawi w odpowiedzi teorię, którą można obronić. (...) wysiłki Harta mające na

41 Por. John Gardner, „Introduction”, [w:] Herbert L. A. Hart, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008): xxiv i n.

42 Por. szerzej, Herbert L. A. Hart, „Prolegomenon to the Principles of Punishment”, [w:] *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, 1 i n.

43 Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, 20.

44 Por. Hugo A. Bedau, „Retribution and the Theory of Punishment” *Journal of Philosophy*, nr 11 (1978): 601-620.

celu zapewnienie ram koncepcyjnych, w które usprawiedliwiają karę, są spektakularną porażką na prawie wszystkich frontach⁴⁵.

Uzasadnienie karania nie jest w obecnej dobie proste. Ciągłe podkreśla się napięcie między koniecznością celowego karania a jego moralnym uzasadnieniem. Współcześnie szeroko podzielana jest teza, że cechą współczesnych społeczeństw jest dążenie do unikania lub chociaż ograniczenia zadawania cierpienia, jakim jest karanie⁴⁶. Eksponuje się ograniczenia, podkreśla subsydiarność kary i karania. Już sam Jeremy Bentham wskazywał przecież wypadki, kiedy kara musi być nieskuteczna. Będzie tak wtedy, gdy została ustanowiona dopiero po spełnieniu czynu, gdy nie była znana osobie, na którą ma działać, gdy działały na wolę sprawcy inne przemożne czynniki, gdy się nie opłaca lub jest zbyt kosztowana, i w końcu – gdy jest zbyt skuteczna, gdy szkodzie można zapobiec, lub gdy ustanie sama bez kary, czyli tańszym sposobem⁴⁷.

Najczęściej reprezentatywne w głównym nurcie prawa karnego jest dziś podejście neoklasyczne w duchu proporcjonalizmu, czyli „just deserts”, a więc wymierzania kar należnych, proporcjonalnych do wagi czynu. Jest to odmiana retributywizmu, która także jest krytykowana. Podobnie jest z dystrybutywizmem, pojmowanym jako przywracanie „równowagi korzyści i obowiązków”⁴⁸.

Filozof prawa Walter Arnold Kaufmann, w swej znanej pracy *From Decidophobia to Autonomy. Without Guilt and Justice*⁴⁹ poddał szerokiej krytyce zarówno retributywizm, jak i dystrybutywizm. Jego zdaniem z myślenia i decydowania zwalnia zwłaszcza proporcjonalizm. Kaufmann ukuł nawet

45 David Husak, „A Framework for Punishment: What Is the Insight of Hart’s ‘Prolegomenon?’”, [w:] *Hart on Responsibility*, red. Christopher Pulman (London: Springer, 2014), 107. Husak postarał się na koniec nieco złagodzić stanowisko, w duchu: choć Hart błędził, nie można go pomijać. Napisał: „Oceniając „Prolegomenon”, należy przypomnieć sobie, co filozofowie prawa mówili o karze przed publikacją *Punishment and Responsibility*. (...) Współczesna refleksja na temat filozofii kary musi zaczynać się od Harta” (ibidem).

46 Por. Wesley Cragg, „H. L. A. Hart and the Justification of Punishment” *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, nr 43 (1992): 43.

47 Por. Jeremy Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, przeł. Bogdan Nawroczyński (Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1958), 236 i n.

48 Wojciech Sadurski, „Distributive Justice and the Theory of Punishment” *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 5 (1985): 47, 53.

49 Walter Kaufmann, *From Decidophobia to Autonomy. Without Guilt and Justice* (New York: P. H. Wyden, 1973).

neologiczny termin – *decydophobia* – dla opisanego współczesnego zjawiska ucieczki od konieczności podejmowania decyzji⁵⁰. Nie ten argument jest jednak kluczowy w krytyce kary. Kaufmann formułuje swoje credo następująco: 1. Kary nigdy nie mogą być sprawiedliwe; 2. Nawet jeśli kara byłaby proporcjonalna, nie wynikałaby z tego, że powinna być wymierzona; 3. Zaabsorbowanie sprawiedliwością odpłacającą (retrybutywną) jest niehumanitarne⁵¹. Kaufmann odwołuje się szeroko do filozofii, zwłaszcza do Friedricha Nietzschego i jego argumentów przeciwko wolnej woli⁵².

Nietzscheańska krytyka kary jest obecna również we współczesnej polskiej filozofii prawa. Choć podkreśla się znaczenie nauczania Immanuela Kanta i jego surowego *ius talionis* opisanego w imperatywie kategorycznym, to nazywa się go „dość prymitywnym sposobem wymierzania sprawiedliwości”⁵³ i poleca się Harta. Równocześnie retrybutyzmowi przeciwstawia się jego krytyków, w tym autora *Woli mocy*. Nietzsche podważał wolną wolę⁵⁴, a do tego uważał, że kara oddala od poczucia winy. Zdejmuje poczucie winy, a więc wyklucza refleksję moralną. Ciekawie wypada ten

- 50 Pojęcie nie jest zupełnie nowe. Por. np. Erich Fromm, *Ucieczka od wolności*, przeł. Olga i Andrzej Ziemiłscy (Warszawa: Czytelnik, 2001).
- 51 Kaufmann, *From Decidophobia to Autonomy*, 61 i n. W swoim ataku na sprawiedliwość dystrybutywną Kaufmann krytykuje jej głównego protagonistę, Johna Rawlsa. Podnosi, między innymi: „w jego teorii sprawiedliwości nie ma miejsca na sprawiedliwość retrybutywną. W efekcie nie proponuje on teorii sprawiedliwości; rozwija teorię słuszności, (fairness), a sprawiedliwość i słuszność to nie to samo. Uczciwe procedury nie gwarantują dobrego wyniku” (ibidem, 72).
- 52 Por. szerzej we współczesnej filozofii np. Guy Elgat, „Is Punishment Morally Justified? Developing Nietzsche’s Critique of Compatibilism in The Wanderer and His Shadow” *Journal of the American Philosophical Association*, nr 3 (2016): 420-436.
- 53 Tak Marta Soniewicka, „Problem sprawiedliwości karania w wymiarze społecznym i metafizycznym” *Pressje*, nr 16 (2009): 67.
- 54 Jak trafnie streszcza poglądy filozofa M. Baranowska: „Jego zdaniem ta koncepcja była wymysłem ludzi dążących do podporządkowania sobie innych. Czyni się to najefektywniej wmawiając ludziom, że przestrzeganie zasad, które faktycznie wyrażają interesy ich twórców, jest cnotą, celem życia, a więc naturalnym pragnieniem i wyrazem wolności. W ten sposób czyni się ludzi niewolnikami, ponieważ wszystkie swoje działania starają się oni podporządkować wyznaczonym powinnościom, czując przy tym, że realizują swoje dążenia” Marta Baranowska, „Nietzsche o wolności jednostki, czyli o niespełnionych i spełnionych marzeniach” *Roczniki Filozoficzne*, nr 1 (2016): 97.

pogląd w zestawieniu z wybaczącą refleksją chrześcijańską. Marta Soniewicka konkluduje: „sprawiedliwości karania w sensie metafizycznym nie daje się łatwo uzasadnić, (...) kara pozostaje problematyczna. Być może lepszą odpowiedzią na ten problem na poziomie metafizyczno-moralnym jest przyjęcie sprawiedliwości będącej zarazem miłością”⁵⁵. Autorka wydaje się jednak bezradna, nie dostrzega alternatywy. Wskazuje: „Kara jest problematyczna i wydaje się reliktem odrzuconego podejścia odwetowego”, po chwili dodaje jednak; „pozostajemy w sytuacji patowej, gdyż omawiana tu sprawiedliwość wyrównawcza jest podstawą funkcjonowania wspólnoty”⁵⁶.

Problematyczne jest właśnie to, czy kara jest „podstawą funkcjonowania wspólnoty”. Podstawowym paliwem funkcjonowania wspólnoty jest zaufanie, a tą najlepiej budować za pomocą innych środków niż kary. Wszak wykluczający ze wspólnoty retributywizm odrzucano już przynajmniej kilkukrotnie. Po raz pierwszy w czystej postaci, jako *ius talionis*, jeszcze w średniowieczu, wprowadzając kary kompozycyjne i ustanawiając tym samym złotą erę ofiar⁵⁷, następnie zaś w końcu wieku XIX, gdy przyjęto model *penal welfare*, oraz obecnie⁵⁸.

Nie ma tu niestety miejsca na szczegółowe omówienie współczesnego retributywizmu. Ma on niewątpliwie swoje zalety, zwłaszcza gdy porównać go z paternalistycznym modelem poprawczym. Model karania oparty na karze zasłużonej, proporcjonalnej (*desert-based*) jest lepiej osadzony moralnie od modelu prewencyjnego, jest w stanie zapewnić sędziom skazującym lepsze wytyczne; może zasugerować, jakim cechom przestępstwa i sprawcy należy nadać pierwszeństwo, wskazuje na wagę przestępstwa jako podstawowy wyznacznik przy wyborze kary. Zawiera zasady uszeregowania i porównywania kar, a mianowicie zasady *ultima ratio, in dubio pro libertate* itd.⁵⁹. Nie oznacza to jednak, że jest to model optymalny. W swej podstawie opiera się o odrzuconą odpłatę, a więc jest *passé*. Do tego, nadmiernie upraszcza rzeczywistość

55 Soniewicka, „Problem sprawiedliwości karania w wymiarze społecznym i metafizycznym”, 79.

56 Ibidem, 74.

57 Por. Stephen Schafer, *Victimology: the Victim and His Criminal* (Michigan: Reston Publishing Company, 1977), 5 i n.

58 Por. szerzej Wojciech Zalewski, „Nowy abolicjonizm. Co zostało z krytyki więziennictwa?”, [w:] *Czy i jakie więzienia są potrzebne: rozważania na tle zagadnień współczesności: księga rocznicowa z okazji 25 lat Polskiego Towarzystwa Penitencjarnego*, red. Piotr Stępiak, Tomasz Kalisz, Wojciech Zalewski (Poznań-Gdańsk-Wrocław-Kalisz: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 2016), 103-112.

59 Por. zwłaszcza A. von Hirsch, *Deserved Criminal Sentences* (Oxford-Portland: Hart Publishing, 2017), 14 i n.

społeczną, zakładając homogeniczność wartości i celów społecznych, złożoność życia jest pomijana, spłycona jest integrująca funkcja kontroli społecznej itd.⁶⁰.

W nauce oddziela się uzasadnienie kary od jej celów. Zazwyczaj wskazuje się następujące: 1) zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości; 2) zapobieganie przestępstwu; 3) wychowanie sprawcy; 4) naprawie szkody wyrządzonej przestępstwem⁶¹. Pozostaje powtórzyć pytanie: co wtedy, gdy wszystkie te cele można osiągnąć za pomocą innych niż kara środków? Co, jeśli metod tych dostarcza sprawiedliwość naprawcza?⁶². Wciąż istnieje możliwość kompromisu⁶³.

4. „Karzemy, bo ofiara tak chce”

Jednym z najsmutniejszych rysów współczesnego prawa karnego jest manipulowanie ofiarami. Już blisko trzydzieści lat temu szczegółowo opisano zjawisko wykorzystywania ofiar w działaniach populistycznych w zakresie kryminalizacji i penalizacji. Z pozoru oficjalna polityka dotycząca przestępczości przesunęła się z przestępczości i przestępców na wiktymizację i ofiary. W wielu miejscach na świecie przyjęto obszerne nowe przepisy, które mają na celu uwzględnienie potrzeb, praw i usług ofiar. Jednak te inicjatywy przyniosły niewielkie korzyści ofiarom, wspierały raczej politykę w zakresie prawa i porządku, ograniczając w ten sposób prawa przestępców i obywateli. Media wsparły tę politykę, odwracając uwagę opinii publicznej od źródeł przestępczości⁶⁴.

Miejsce ofiar w postępowaniu karnym i prawie karnym nowożytnym było i jest marginalne. Podział prawa na karne i cywilne, publiczne i prywatne (*Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht*) miał dla pokrzywdzonych

60 Por. Nils Christie, „Against Just Desert” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, nr 1 (1992): 6 i n. Por. także John Braithwaite, Philip Pettit, *Not Just Deserts* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 156 i n.

61 Por. Marian Cieślak, „O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary”, [w:] Marian Cieślak, *Dzieła wybrane*, t. V (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2011), 142 i n.

62 Por. szerzej np. w mojej pracy: *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?* (Gdańsk: Wydawnictwo Arche, 2006).

63 Por. Antony Duff, „Restoration and Retribution”, [w:] *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, Andrew von Hirsch, Julian Roberts, Anthony E Bottoms, Kent Roach, Mara Schiff (Oxford-Portland: Hart Publishing, 2003), 43 i n.

64 Por. Robert Elias, *Victims Still: The Political Manipulation of Crime Victims* (Thousand Books: Sage Publications, 1993). <http://sk.sagepub.com/books/partdownload/victims-still/Dedication/1>.

istotne następstwa, zwłaszcza w zakresie kompensacji szkód wyrządzonych przestępstwem. Wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych, został ukształtowany dychotomicznie. Proces karny toczy się z udziałem dwóch stron: państwo kontra oskarżony. Nie brakuje przeciwników udziału pokrzywdzonych w procesie i prawie karnym *in genere*⁶⁵. W ich mniemaniu włączenie ofiar do wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych doprowadzi do naruszenia równowagi wymiaru sprawiedliwości, a pragnienie zemsty doprowadzi do surowszych kar.

Wskazywano dawniej dwa modele udziału pokrzywdzonych w wymiarze sprawiedliwości: usługowy oraz praw ofiar⁶⁶. W pierwszym ofiara nie ma praw, a jedynie przywileje, z których może skorzystać. Nie pełni roli strony w postępowaniu karnym, jest przede wszystkim świadkiem. W drugim modelu pokrzywdzeni mogą korzystać z szerokiego wachlarza praw i są stronami postępowania. Wydaje się, że większość modeli europejskich wpisuje się gdzieś pomiędzy tymi dwoma skrajnościami. Podsumowując: prawo karne zostało historycznie ukształtowane w sposób nieprzychylny ofiarom⁶⁷. Wprowadzenie pokrzywdzonych do postępowania i prawa karnego stanowi odwrócenie wielowiekowego trendu. Co gorsza, brakuje spójnej wizji jak ów proces miałby przebiegać i jak docelowo wyglądać miałoby prawo karne. Wskazany trend rozwojowy i przyjęty w jego efekcie model karania utrudnia tworzenie norm prawnomiędzynarodowych i w ramach UE, a także ich wdrożenie.

Rozwijając koncepcję Van Dijka współcześnie nakreślić można trzy możliwe modele uwzględnienia ofiar. Retrybutywny, a więc dotychczasowy, z marginalną rolą ofiary sprowadzonej do funkcji osobowego źródła dowodowego. W tym modelu ofiary pełnią funkcję usprawiedliwiająca surowe karanie (*just deserts*), traktowane są nierzadko instrumentalnie, a od ich imion lub nazwisk ofiar nazywane są kolejne ustawy (Megan's Law, Sarah's Law etc.). Instrumentalne traktowanie ofiar wyraża się też w wprowadzeniu tzw. oświadczeń ofiar (*the introduction of the victim impact statement*, VIS), w ramach których ofiary dzielą się swoimi przeżyciami oraz opisują wpływ przestępstwa na nie i ich życie.

65 Andrew Ashworth, „Victim impact statements and sentencing” *Criminal Law Review* 39 (1993); ibidem, „Victims' rights, defendants' rights and criminal procedure”, [w:] *Integrating a victim perspective within criminal justice*, red. Adam Crawford, Jo Goodey (London: Routledge, 2000).

66 J. Van Dijk, „Victim Rights: A Right to Better Services or a Right to Active Participation”, [w:] *Criminal Law in Action. An Overview of Current Issues in Western Societies*, red. Jan J. M. van Dijk et al. (Arnhem: P. Gouda Quint 1986).

67 Kurt Seelmann, „Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht” *Juristen Zeitung*, 14 (1989).

Przeciwny model to sprawiedliwość naprawcza, a więc nowy paradygmat w podejściu do problemów związanych z przestępstwem. W skrajnej propozycji praktyki RJ (mediacje, konferencje, zgromadzenia orzekające etc.) mają zastąpić proces karny i prawo karne. Na czoło wysuwają się problemy pokrzywdzonych oraz uzdrowienie relacji między ofiarą a sprawcą z udziałem wspólnoty. Drogą do pojednania jest kompensacja szkody, dokonująca się w efekcie przyjęcia przez sprawcę odpowiedzialności za swój czyn. RJ odrzuca zemstę i odwet. RJ nie rozdziela sprawiedliwości, lecz zrozumienie. Jak powiedział Nils Christie „Humans are born kind”⁶⁸. Dlatego trzeba stworzyć model reakcji wpisujący się w ich potrzeby i naturę.

Trzecie rozwiązanie jest pośrednie. Próbuje się pogodzić skrajności retrybtywizmu i restoratywizmu, a więc z jednej strony złagodzić karanie, z drugiej wprowadzić elementy konsensualne i kompensacyjne do prawa karnego. Trwałego kompromisu jak do tej pory nie udało się wypracować. Przyjęte rozwiązania są chwiejne i zmienne. Dobrym przykładem jest prawo polskie, które wprowadziło w 1997 mediacje i poszerzyło kompensację w prawie karnym, lecz później nie podjęto działań, które zapewniłyby odpowiednią ich efektywność.

5. Zakończenie

Kara kryminalna przeżywa kryzys racjonalizacji, zaś prawo karne musi się określić na nowo. Kara nie jest jedynym wyjściem w sensie konstytucyjnym, nie jest nieunikniona w sensie filozoficznym, nie jest także niezmienna historycznie ani nie sprzyja ofiarom. Dziś rozumienie kary jako odpłaty jest przebrzmiałe. Ideał H. L. A. Harta, czyli subtelny retrybtywizm zmusza do poszukiwania *ratio* dla kary w postaci korzyści społecznych z karania, ale rodzi także nieuchronne pytania o dalszy ciąg, co zrobić w sytuacji, gdy odpowiadzi o owe *ratio* będą dalekie od satysfakcjonujących? Kara jako odpłata w wymiarze metafizycznym pozostaje problematyczna. W przeciwieństwie jednak do tego, co się twierdzi, alternatywa istnieje – jest nią sprawiedliwość naprawcza.

Obecne rozchwianie w przyjętym paradygmacie prawa karnego, który poszukuje swej tożsamości, w nieunikniony sposób przekłada się na problemy w implementacji standardów w zakresie ochrony pokrzywdzonych. Skoro nie wiadomo jak ostatecznie ma wyglądać prawo karne, to nie wiadomo jaką rolę, i czy w ogóle, powinno być w nim miejsce dla ofiar. Odnalezienie sensu kary i prawa karnego na nowo jest zadaniem na XXI wiek.

68 Nils Christie, „Victim movements at a crossroad” *Punishment & Society*, t. XII (2010): 120.

Bibliografia

- Amielańczyk Krzysztof, „Prawo karne i polityka. Czy rzymscy prawodawcy prowadzili ukierunkowaną politykę karną”, [w:] *Prawo karne i polityka w państwie rzymskim*, red. Krzysztof Amielańczyk, Antoni Dębiński, Dariusz Słapek. 19-34. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2015.
- Amielańczyk Krzysztof, „Z historii ustawodawstwa rzymskiego w sprawach karnych. Próba periodyzacji” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, nr 305 (2008): 11-24.
- Ashworth Andrew, „Victims’ rights, defendants’ rights and criminal procedure”, [w:] *Integrating a victim perspective within criminal justice*, red. Adam Crawford, Jo Goodey. Strony. London: Routledge, 2000.
- Ashworth Andrew, „Victim impact statements and sentencing” *Criminal Law Review*, 39 (1993): 498-509.
- Baranowska Marta, „Nietzsche o wolności jednostki, czyli o niespełnionych i spełnionych marzeniach” *Roczniki Filozoficzne*, nr 1 (2016): 93-111.
- Bardach Juliusz, „Kara »trzysta« i opłata »trzeszne« w najdawniejszym prawie polskim (studium porównawcze)” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, t. XVIII (1966): 45-79.
- Bardach Juliusz, *Historia państwa i prawa Polski*, t. I, *Do połowy XV wieku*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1973.
- Bedau Hugo Adam, „Retribution and the Theory of Punishment” *Journal of Philosophy*, nr 11 (1978): 601-620.
- Bentham Jeremy, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, przeł. Bogdan Nawroczyński. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1958.
- Braithwaite John, Philip Pettit, *Not Just Deserts*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Chmiel Andrzej, „Dzieła naukowe jurystów rzymskich w zakresie prawa karnego” *Studia Iuridica Lublinensia*, nr 3 (2016): 151-164.
- Christe Nils, „Victim movements at a crossroad” *Punishment & Society*, t. XII (2010): 115-122.
- Christie Nils, „Against Just Desert” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, nr 1 (1992): 5-13.
- Cieślak Marian, „O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary”, [w:] Marian Cieślak, *Dzieła wybrane*, t. V. strony. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2011.
- Cragg Wesley, „H. L. A. Hart and the Justification of Punishment” *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, nr 43 (1992): 43-55.
- Duff Antony, „Restoration and Retribution”, [w:] *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, Andrew von Hirsch, Julian Roberts, Anthony E Bottoms, Kent Roach, Mara Schiff. Strony. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2003.

- Elgat Guy, „Is Punishment Morally Justified? Developing Nietzsche’s Critique of Compatibilism in The Wanderer and His Shadow” *Journal of the American Philosophical Association*, nr 3 (2016): 420-436.
- Elias Robert, *Victims Still: The Political Manipulation of Crime Victims*. Thousand Books: Sage Publications, 1993.
- Frankowski Stanisław, *Wina i kara w angielskim prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwa UW, 1976.
- Gardner John, „Introduction”, [w:] Herbert L. A Hart, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*. Strony. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Gardocki Lech, „Subsydiarność prawa karnego oraz *in dubio pro libertate* – jako zasady kryminalizacji” *Państwo i Prawo*, nr 12 (1989): strony.
- Gardocki Lech, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1990.
- Garlicki Lech, „Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)” *Państwo i Prawo*, nr 10 (2001): 5-24.
- Glaser Stefan, *Kara odwetowa a kara celowa*. Lublin: Uniwersytet Lubelski, 1924.
- Glaser Stefan, *Polskie prawo karne w zarysie*. Kraków: Księgarnia Powszechna, 1933.
- Gostyński Zygmunt, *Karnoprawny obowiązek naprawienia szkody*. Katowice: Uniwersytet Śląski, 1984.
- Hart Herbert L. A., „Prolegomenon to the Principles of Punishment”, [w:] *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*. Strony. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Husak David, „A Framework for Punishment: What Is the Insight of Hart’s ‘Prolegomenon?’”, [w:] *Hart on Responsibility*, red. Christopher Pulman. Strony. London: Springer, 2014.
- Jareborg Nils, „Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)” *Ohio State Journal of Criminal Law*, t. II (2005): 521-534.
- Kamiński Józef, Władysław Wołodkiewicz, „Poena”, [w:] *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*. Warszawa: Wiedza Powszechna, 1986.
- Kardas Piotr, Piotr Kardas, „Przestępstwa polityczne w prawie polskim” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 1-2 (1998): 135-196.
- Kaufmann Walter, *From Decidophobia to Autonomy. Without Guilt and Justice*. New York: P. H. Wyden, 1973.
- Kirchoff Gerd F., „Wiktymologia. Historia i koncepcje. Wprowadzenie”, [w:] *Wiktymologia w Europie. Materiały pierwszej międzynarodowej konferencji na temat wiktymologii w Europie Wschodniej i Zachodniej (Konstancin k/Warszawy, 17 – 22 marzec 1991)*, red. Ewa Bieńkowska. Warszawa: wydawnictwo, 1993.

- Klima Josef, *Prawa Hammurabiego*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1967.
- Kolańczyk Krzysztof, *Prawo rzymskie*, wyd. 4. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1986.
- Kornatowski Wiktor, *Rozwój pojęć o państwie w starożytnej Grecji*. Toruń: Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych, 1950.
- Królikowski Michał, „Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym”, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, pod red. Teresy Dukiet-Nagórskiej. 37-74. Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.
- Królikowski Michał, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*. Warszawa: C. H. Beck, 2005.
- Krzymuski Edmund, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*. Kraków: Księgarnia Leona Frommery, 1911.
- Kunderewicz Cezary, „Kodeks Lipit Isztara” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 2 (1959): 27-43.
- Kunderewicz Cezary, „Kodeks Ur – Nammu” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 2 (1958): 9-18.
- Łabno Anna, „Istota zasady proporcjonalności”, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. Teresa Dukiet-Nagórska. Strony. Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.
- Morawski Lech, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1999.
- Rozenkranz Edwin, *Prawo salickie*. Gdańsk: Uniwersytet Gdański, 1990.
- Sadurski Wojciech, „Distributive Justice and the Theory of Punishment” *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 5 (1985): 47-59.
- Schafer Stephen, *Victimology: the Victim and His Criminal*. Michigan: Reston Publishing Company, 1977.
- Schilling Andreas, „Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur: Strafen und Strafzwecke im römischen Strafrecht” *Zeitschrift für altorientalische und biblische Rechtsgeschichte*, t. XXI (2015): 159-175.
- Seelmann Kurt, „Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht” *Juristen Zeitung*, 14 (1989): 670-676.
- Sieradzka-Baziur Bożena, „Mediacja w średniowieczu a współcześnie w świetle faktów językowych” *Horyzonty Wychowania*, 15 (2016): 109-125.
- Soniewicka Marta, „Problem sprawiedliwości karania w wymiarze społecznym i metafizycznym” *Pressje*, nr 16 (2009): 66-81.
- Sójka-Zielińska Katarzyna, *Historia prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1986.
- Szczaniecki Michał, *Powszechna historia państwa i prawa*, wyd. 7. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1993.
- Śledzińska-Simon Anna, *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2019.

- Taubenschlag Rafał, *Rzymskie prawo prywatne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1955.
- Van Dijk Jan, „Victim Rights: A Right to Better Services or a Right to Active Participation”, [w:] *Criminal Law in Action. An Overview of Current Issues in Western Societies*, red. Jan J. M. van Dijk et al. strony. Arnhem: P. Gouda Quint 1986.
- Von Hirsch Andrew, *Deserved Criminal Sentences*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2017.
- Wieacker Franz, „Zur Wiedergutmachung und Genugtuung im antiken römischen Strafrecht (bearbeiter Diskussionsbeitrag)” *Wiedergutmachung und Strafrecht. Neue Kriminologische Studien*, t. IV (1987): strony.
- Wojtyczek Krzysztof, „Konieczność jako legitymizacja działań władzy w demokratycznym państwie prawnym” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1994): 39-49.
- Wojtyczek Krzysztof, „Zasada proporcjonalności jako granica prawa karnia”, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. Andrzej Zoll. Strony. Warszawa: Instytut Spraw Publicznych, 2001.
- Wojtyczek Krzysztof, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*. Kraków: Wolters Kluwer, 1999.
- Wolter Władysław, „Granice i zakres prawa karnia” *Państwo i Prawo*, nr 2 (1957): 236-246.
- Wood David, „Crime Reduction and the Justification of Punishment” *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 2 (2002): 301-321.
- Wyrzykowski Mirosław, „Granice praw i wolności – granice władzy”, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, red. Barbara Oliwa-Radzikowska. Strony. Warszawa: Biuro RPO, 1998.
- Zalewski Wojciech, „Nowy abolicjonizm. Co zostało z krytyki więziennictwa?”, [w:] *Czy i jakie więzienia są potrzebne: rozważania na tle zagadnień współczesności: księga rocznicowa z okazji 25 lat Polskiego Towarzystwa Penitencjarnego*, red. Piotr Stępiak, Tomasz Kalisz, Wojciech Zalewski. 103-112. Poznań-Gdańsk-Wrocław-Kalisz: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 2016.
- Zalewski Wojciech, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?* Gdańsk: Arche, 2006.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>