

Tomasz Kaczmarek

O pozytywnej prewencji ogólnej w ujęciu projektu kodeksu karnego z 1994 r.

Palestra 39/3-4(447-448), 63-72

1995

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

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

O pozytywnej prewencji ogólnej w ujęciu projektu kodeksu karnego z 1994 r.

I

W polskim prawie karnym ostatnio, a zwłaszcza w okresie prac kodyfikacyjnych końca lat 80-tych, z coraz większym uznaniem spotyka się lansowana na Zachodzie koncepcja tzw. p o z y t y w n e j prewencji generalnej. W konsekwencji obserwujemy wyraźne dystansowanie się coraz większej liczby, także polskich, autorów od negatywnego rozumienia prewencji, jako zapobiegania przestępczości poprzez odstraszenie. Operowanie sankcją karną służyć ma nie tyle zastraszaniu potencjalnych sprawców przestępstw, co kształtowaniu, czy utwierdzaniu, prawidłowych postaw wobec prawa. W tym znaczeniu celem generalnoprewencyjnym stosowanych kar staje się potwierdzenie obowiązywania norm prawnych i stabilizacja porządku prawnego¹.

Sposób rozumienia prewencji ogólnej staje się w Polsce wykładnikiem nie tylko postawy intelektualnej, ale także politycznej, ideowej. Im większa kontestacja wobec formuły negatywnej prewencji, tym wyższy wskaźnik intelektualnej otwartości. I odwrotnie, im bardziej umiarkowana i wyważona ocena,

co do pewnej użyteczności dla zapobiegania przestępczości t a k ż e elementu odstrasżającego, który tkwi w samej naturze kary (niezależnie od naszych życzeń), tym pewniejsze podejrzenie o konserwatyzm i zastarzałe nawyki myślenia.

Uznanie dla koncepcji pozytywnej prewencji ogólnej, przekraczające niekiedy granice fascynacji, zdaje się wynikać u niektórych polskich autorów z potrzeby odreagowania ich dawniejszych, nazbyt emocjonalnych związków z tzw. socjalistycznym prawem karnym, które niejednokrotnie przeceniając znaczenie prewencji ogólnej, zwłaszcza jej funkcji odstrasżającej, walnie przyczyniło się do ukształtowania w Polsce nadmiernie represyjnej polityki karnej.

Inna sprawa, o czym warto przypomnieć, że w polskiej nauce prawa karnego z tamtego okresu, nie brakło również i takich autorów, którzy już wówczas zdecydowanie przeciwstawiali się sprowadzaniu roli prewencji generalnej wyłącznie do pospolitego odstrasżania za pomocą surowych kar².

Co więcej, kodeks karny z 1969 roku – ustawa socjalistycznej przeciwieństwa – „zadekretował” w charakterze

jednej z dyrektyw sądowego wymiaru kary właśnie pozytywną prewencją generalną. W „Uzasadnieniu” twórcy tej ustawy napisali wprost, że „kodeks nie opowiada się za wąsko pojętą prewencją generalną w sensie odstraszenia innych osób od przestępstwa (...) Wymiar kar powinien dążyć do ugruntowania w społeczeństwie prawidłowych ocen prawnych i odpowiedniego do tych ocen postępowania”³. W takim ujęciu społeczne oddziaływanie wymierzonej kary miało polegać przede wszystkim na potwierdzeniu w społeczeństwie przekonania o ważności i obowiązywaniu norm prawa karnego.

W tym kontekście odwołanie się nowego polskiego projektu kodeksu karnego z 1994 roku do idei prewencji generalnej – pozytywnej, społecznie integrującej⁴ – nie stanowi, jak sądzę, odkrycia czegoś nowego, co nie byłoby już wcześniej w polskim prawie karnym znane.

Pozostawiając na uboczu podejście polskiego prawa karnego do zagadnienia tzw. pozytywnej prewencji generalnej – sam sposób takiego jej ujmowania ma oczywiście swoją, w ogólniejszym wymiarze, długą już historię.

Teoria pozytywnej prewencji generalnej, dziś tak usilnie propagowana, przypomina w istocie, jeśli użyć tutaj celnego porównania K. Gössela: „napełnianie starego wina w nowe butelki”⁵.

Każda z możliwych a współcześnie rozwijanych wersji, czy odmian, teorii pozytywnej prewencji generalnej jest bowiem mniej lub bardziej świadomym nawiązaniem do tych dawnych koncepcji z dziedziny socjologii kar, które silnie akcentowały integrujące ich oddziaływanie na społeczeństwo. Pod tym względem

w dzisiejszych ujęciach tzw. prewencji pozytywnej bez trudu odnaleźć można ślad starej koncepcji Emila Durkheima, zarysowanej już w jego pracy z 1902 roku *La division du travail social*. Jej podstawową tezę jest właśnie twierdzenie, że poprzez publiczne potępienie tych, którzy naruszają określone wartości i normy, kara staje się istotnym czynnikiem integrującym grupę społeczną wokół owych wartości i norm. Z tego punktu widzenia karanie, które na pierwszy rzut oka wydaje się być jedynie sposobem postępowania z przestępcami, mającym na celu zabezpieczenie przed nimi innych, staje się w rzeczywistości jednym ze środków tzw. kontroli społecznej, przy której działanie Państwa za pomocą sankcji wpływać ma na naturę społeczeństwa, wzmacniać więzi, a także wyznaczać sposoby życia uznawane za możliwe i społecznie pożądane⁶.

W istocie także i współczesne koncepcje prewencji pozytywnej wynikają z przekonania, iż państwowe sankcjonowanie może działać w długich okresach, jako instrument internalizacji norm i wartości⁷. W tym znaczeniu operowanie karą z punktu widzenia prewencji generalnej pozytywnej, okazuje się tutaj być niczym innym, jak szczególną formą oddziaływania Państwa za pomocą sankcji na grupę społeczną, w celu zapewnienia określonego stopnia jej konformizmu z przyjętymi normami postępowania. W takim ujęciu sankcjonowanie norm ma prowadzić do zapobiegania zachowaniom, które dezawuuują, naruszają normy i w ten sposób działać stabilizująco na świadomość społeczną obowiązywania normy⁸.

W domyśle takiego założenia tkwi pogląd, że niekaranie zachowania sprze-

cznego z normą prowadzi do zachwiania poczucia obowiązywania normy, a w konsekwencji do naśladowania zachowań nonkonformistycznych⁹.

Stopień akceptacji dla pozytywnie rozumianej prewencji generalnej w racjonalizowaniu kary przedstawiać się może różnie, w zależności między innymi od ogólniejszego sposobu postrzegania społeczeństwa i rozumienia istoty prawa.

Idea prewencji pozytywnej znajdzie, jak sądzę, największe uznanie u tych wszystkich, którym bliska jest konsensualna wizja społeczeństwa, jako względnie jednolitej i zintegrowanej struktury, której funkcjonowanie oparte jest na domniemaniu społecznej aprobaty dla treści prawa karnego, jak i zasad wymiaru sprawiedliwości.

W perspektywie takiej konsensualnej koncepcji społeczeństwa – im głębsza jest wiara co do tego, że prawo stanowiąc formę woli zbiorowej jest wyrazem wspólnoty interesów, tym oczywiście mocniejsze będzie przekonanie, że stopień respektu dla prawa i jego prestiżu wcale nie musi być funkcją odstraszającego oddziaływania kary.

Wniosek taki okaże się znacznie mniej czytelny, gdy społeczeństwo postrzegać będziemy w sposób pluralistyczny, to jest jako zbiorowość daleko zróżnicowaną pod względem nie tylko swoich dążeń, potrzeb czy interesów, ale co ważniejsze, jako zbiorowość niejednakowo skłonną do legalizmu. Przy takim założeniu odpowiedź na pytanie o czynniki motywujące do przestrzegania prawa nie jest już tak jednoznaczna, aby uznać formułę tzw. prewencji negatywnej, opartej na założeniu odstraszającego działania kary, za całkowicie bezużyteczną.

II

W niedawno wydanej książce pt. *Kara a współczesne społeczeństwo* – David Garland, jeden z najciekawszych reprezentantów socjologicznego nurtu nowej kryminologii brytyjskiej, zwraca uwagę na swoistą dialektykę relacji: kara a kultura. Wyraża się ona w tym, że kara stanowi nie tylko funkcję stopnia rozwoju cywilizacyjnego społeczeństwa, ale jest także czynnikiem ów rozwój kształtującym. Kara bowiem zawiera w sobie zawsze doniosły ze społecznego punktu widzenia przekaz informacyjny o tym, jaki wzorzec powinno się postępowania w danej społeczności obowiązuje, na jakim systemie wartości został on oparty, i wreszcie jaka jest „cena” naruszenia przyjętego ładu prawnego¹⁰.

Z tego punktu widzenia zawarta w normach prawnych zapowiedź kary, zwłaszcza gdy zostanie należycie zrealizowana, staje się ważnym czynnikiem motywującym do przestrzegania prawa lub, jeśli posłużyć się ujęciem behawioralnym, czynnikiem kształtującym określone postawy zachowania. Pośród nich zwykło się wymieniać postawę konformistyczną, legalistyczną i oportunistyczną.

Odnoszę wrażenie, iż mówiąc – w literaturze polskiej ostatniego okresu – o aspektach ogólnoprewencyjnego oddziaływania państwowego karania najchętniej z zakresu prewencji generalnej chciałoby się całkowicie wyeliminować tkwiący w karze element odstraszania¹¹.

Stanowisko takie jest w części zrozumiałe. Wynika ono z doświadczenia, że element taki staje się czynnikiem stymulującym nazbyt restrykcyjną poli-

tyką karania. Taka właśnie polityka została ukształtowana na gruncie obowiązującego kodeksu karnego, mimo, o czym wspomniano wcześniej, iż sformułowano akurat w nim, w charakterze jednej z trzech ustawowych dyrektyw sądowego wymiaru kary, prewencję generalną w jej pozytywnym ujęciu. Dowodzi to, że odwołanie się w socjalistycznym kodeksie karnym do stabilizującej funkcji sankcjonowania okazało się być jedynie zapożyczeniem z określonej koncepcji prewencji pozytywnej tylko jej frazeologii, a nie zawartej w niej idei.

Nie oznacza to wszakże, i pod tym względem różni się od zwolenników prewencji pozytywnej, aby nawet ustawowe nawiązanie w określaniu strategii polityki karnej do idei prewencji pozytywnej – i jej respektowanie w praktyce – mogło oraz powinno całkowicie i bez reszty eliminować z pojęcia celów kary element odstraszenia.

Niezależnie bowiem od naszych, czy ustawodawcy życzeń, niezależnie od tego, jak głęboko usiłowalibyśmy nasycić przygotowywany w Polsce projekt kodeksu karnego treścią tzw. prewencji pozytywnej – czynnik odstraszenia i tak zasygnalizuje zawsze swoją obecność. Operowanie sankcją karną z samego założenia, przez tkwiący w jej naturze element groźby, nie może całkowicie wykluczyć możliwości wywołania także zwyczajnego strachu czy obawy, o tyle pewniejsze, gdy potencjalna groźba kary „zrealizuje” się w jej sądowym wymiarze, a następnie w wykonaniu orzeczonej kary.

Element odstraszenia nie da się całkowicie pominąć również i przede wszystkim dlatego, że prawo orientuje się wszak zarówno na „dobrego”, jak i „złego” obywatela. W pierwszym

przypadku, oddziaływanie karą powinno i może być zorientowane na wywołanie motywacji wyższego niżeli strach rzędu, przy której wymagania normatywne zazwyczaj są interpretowane bądź w kierunku „należy tak postępować, bo to jest dobre postępowanie”, bądź „należy tak postępować, bo tego wymaga prawo”. W przypadku „dobrego” obywatela oddziaływanie karą może wywołać w nim przekonanie o moralnej wartości prawa, czy rozwijać jego legalizm i w tym znaczeniu realizować postulaty pozytywnej prewencji generalnej.

W odniesieniu do „złych” obywateli – potencjalnych przestępców – prewencyjne oddziaływanie kar na ich procesy motywacyjne w pierwszym rzędzie zmierzać będzie do wywołania obawy przed karą, czy przekonania o nieopłacalności przestępstwa.

Uwzględniając różny stopień socjalizacji wszystkich adresatów norm prawa karnego – całkowita rezygnacja z wzbudzenia lęku byłaby, psychologicznie rzecz ujmując, niezupełnie przekonywująca. Zwłaszcza, że obawa przed karą bywa niekiedy dowodem dobrego działania instynktu samozachowawczego, chociaż, przypominając maksymę Cycerona, „nie jest ona trwałym nauczycielem obowiązku”. W każdym razie, jeśli udałoby się za pomocą wzbudzenia lęku skłonić potencjalnych sprawców przestępstw do rezygnacji z zamiaru naruszenia prawa, to wynik taki w księgowości społecznej należałoby zapisać jako *damnum cessans*, chociaż nie jest to *lucrum emergens*.

Myślę, że gdybyśmy nawet uznali za słuszne wprowadzić do przyszłego kodeksu karnego wyraźny przepis zakazujący orzekanie kar w celu wzbudzenia strachu czy lęku, to pomysł taki nie dawałby

wcale pewności, że wszyscy adresaci norm prawa karnego, od momentu ichwalenia takiego przepisu, poczuliby się uwolnieni od groźby kary, a tym samym od poczucia lęku przed nią.

W każdym razie jak dotąd, sądząc po wynikach interesujących badań empirycznych nad prestiżem prawa w Polsce, które można uznać za reprezentatywne dla całej ludności dorosłej, cel odstraszaający kary jest mocno zakodowany w świadomości społecznej. Z rozkładu odpowiedzi populacji zarówno miejskiej jak i wiejskiej na pytanie, jaki powinien być cel skazywania przestępców na karę pozbawienia wolności, respondenci niejscy już w drugiej kolejności wskazywali na odstraszenie innych od podobnych czynów (34,0% odpowiedzi), podczas gdy respondenci wiejscy ten sam cel karania wymieniali w trzeciej kolejności, przed sprawiedliwym odwetem (27,6 % odpowiedzi)¹².

Z innych badań kryminologicznych wynika że aż przeszło 20% respondentów, wywodzących się ze środowiska inteligencji stwierdzało, iż mając możliwość popełnienia przestępstwa zrezygnowało z niej z obawy przed karą¹³.

Rezultaty tych badań nie wykluczają, lecz przeciwnie zakładają, że respekt dla prawa u pozostałych respondentów może opierać się także na motywacji wyższego, niż strach, rzędu i być wynikiem przykładowo przekonania o nieopłacalności przestępstwa, czy nawet moralnego jego potępienia.

Ze względu właśnie na niejednakowe postawy wobec prawa, a także z powodu możliwej różnaitości motywów, składających do jego przestrzegania, ekstremalne rozumienie prewencji generalnej, tj. sprowadzanie jej roli albo wyłą-

cznie do pospolitego odstraszenia, albo do ekspozycji tylko jej funkcji integrującej, jest świadectwem, jak sędzę, uproszczonego i zawężonego ujmowania motywacyjnej strony społecznego oddziaływania kary.

III

Wymierzanie kar dla osiągnięcia celów ogólnoprewencyjnych, jeśli ma być wytrawione z pierwiastków magicznych, opierać się musi o wiedzę dotyczącą środowiska, które poza sprawcą sąd zamierza objąć rezonansem orzeczonej kary. Jej intensywność musi być wynikiem konkretnego rozpoznania właściwości kryminogennych tego środowiska, jego poglądów i postaw wobec prawa oraz jego zewnętrznych warunków, które mogą mieć znaczenie z punktu widzenia przewidywania przyszłej przestępczości tego środowiska¹⁴.

W takim ujęciu prognoza socjalna i przerachowanie jej treści na właściwy co do rodzaju i wysokości wymiar kary, to dwie podstawowe kwestie, które powstają przy jej określaniu wg kryteriów prewencji ogólnej.

Ustalenie trafnej prognozy socjalnej oraz wybór kary, która odpowiadałaby potrzebom prewencji generalnej, natrafia w praktyce na osobliwe trudności i kłopoty.

Sąd zobowiązany, w myśl art. 50 § 1 k.k., do zindywidualizowania wymiaru kary wobec sprawcy, w sposób który nie pomijałby także jej społecznego oddziaływania na innych, najczęściej nie ma całkowitej jasności co do skonkretyzowanego kręgu adresatów, na których orzekana kara miałaby prewencyjnie oddziaływać. Nie może więc z re-

guły dysponować także niezbędną wiedzą o ich właściwościach kryminogennych. Przy braku tych danych sąd nie jest, oczywiście, w stanie ustalić, czy zachodzą rzeczywiste potrzeby, dla których miałby on uwzględniać przy wyborze kary i określaniu jej wysokości także cele generalno-prewencyjne. Z tego względu sąd zwiększając dolegliwość kary dla skazanego z myślą o jej oddziaływaniu również na bliżej nieokreślonych potencjalnych sprawców przestępstw, nie może mieć także żadnej pewności, że ogólnoprewencyjne zaostrożenie kary było w danym wypadku w ogóle konieczne i uzasadnione.

Sąd, jeśli nawet ustaliłby merytorycznie poprawną prognozę socjalną środowiska, które miałoby być objęte działaniem orzeczonej kary, przy obecnym stanie technik i metod pomiaru skuteczności jej ogólnoprewencyjnego działania pozbawiony jest zobiektywizowanych przeliczników właściwości kryminogennych środowiska na odpowiedni co do rodzaju i wysokości wymiar kary. Z tego powodu intensyfikując konkretną karę wobec sprawcy dla powstrzymania także innych osób przed popełnianiem przestępstw w przyszłości, sąd nie może mieć żadnej pewności, czy przykładowo wymierzenie kary 3 lat pozbawienia wolności dopiero odpowiada potrzebom ogólnoprewencyjnym, czy już miarę tych potrzeb przekracza. W konsekwencji stereotypowe uzasadnienia wyrobów sądowych, że wymierzona w danym przypadku kara akurat „czyni zadość jej celom ogólnoprewencyjnym”, bądź „odpowiada potrzebom jej społecznego oddziaływania”, wyrażają w istocie oceny, których racjonalności ani obiektywności nie sposób zweryfikować.

W tym miejscu nasuwa się nieuchronnie pytanie, jaki więc może posiadać praktyczny sens wiązanie sędziego ustawową dyrektywą uwzględniania w jednostkowym wymiarze kary jej ogólnoprewencyjnego aspektu, gdy faktycznie nic, albo bardzo niewiele, wiemy jakie kary w swym rodzaju i wysokości w konkretnym przypadku odpowiadają potrzebom ogólnego zapobiegania przestępczości?

Przygotowany projekt kodeksu karnego z grudnia 1994 r. zachował ustawową dyrektywę prewencji generalnej, stanowiąc w art. 52 § 1, że sąd wymierzając karę bierze pod uwagę „także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”. W uzasadnieniu do projektu czytamy, iż odrzuca on „cele ogólnoprewencyjne polegające na odstraszeniu społeczeństwa (prewencja generalna negatywna), zastępowaniu niepowodzeń w wykrywalności przestępstw surowością karania, które nie dadzą się pogodzić z zasadą godności człowieka”. Natomiast projekt „przyjmuje, że celem kary ma być także kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa przez stosowanie kar, których funkcja polega na informowaniu go o normach sankcjonowanych oraz orzekanych za ich złamanie karach, co spełnia też funkcję potwierdzenia obowiązywania tych norm (...) prowadząc w konsekwencji do stabilizacji porządku prawnego (prewencja ogólna integrująca, pozytywna)”¹⁵.

Czołowy zwolennik takiego ujęcia tej dyrektywy – K. Buchała – podkreśla, że poprzez przyjęcie strategii prewencji generalnej pozytywnej, tj. społecznie integrującej – w miejsce negatywnej, odstraszającej – projekt unika w ten sposób

wszystkich trudności związanych z ustalaniem prognozy socjalnej środowiska i przerachowywaniem jego cech na właściwy co do rodzaju i wysokości wymiar kary. Prewencja generalna w rozumieniu projektu jest bowiem nastawiona na stabilizację norm, a nie na powstrzymanie przed popełnieniem przestępstw (podkr. moje – TK). Z tego względu, zdaniem K. Buchały, sąd nie musi już więcej ani rozpoznawać właściwości kryminogennych określonego środowiska, ani sięgać do przeliczników tych właściwości na rodzaj i wysokość kary. Istotną przesłanką dla wymiaru kary z punktu widzenia prewencji generalnej pozytywnej będzie tylko opinia społeczna i wiedza sądu o tym, czy wymierzona kara tę opinię satysfakcjonuje¹⁶.

Pogląd taki nie uwalnia wcale od wątpliwości i niewiele wyjaśnia na czym miałyby polegać w tym wypadku praktyczny sens wiązania sędziego dyrektywą prewencji ogólnej.

Założenie, które sens prewencji sprowadza wyłącznie do stabilizacji normy, ujmując ją jako wartość „samą w sobie”, przy której wcale nie chodzi o powstrzymanie innych przed popełnieniem przestępstw w takim ujęciu nie może, jak sądzę, pozostawać w ogóle w jakimkolwiek związku z prewencją. Termin „prewencja” etymologicznie znaczy bowiem „wychodzenie naprzeciw”, „zapobieganie”. Stabilizowanie przeto świadomości społecznej co do obowiązywania i ważności normy, przeciwnie niż sądzi K. Buchała, wyłącznie wtedy stanowić może pozytywny generalnoprewencyjny cel sankcjonowania, gdy służyć miałyby właśnie motywowaniu innych do podejmowania zachowań zgodnych z normą, i w tym

znaczeniu zapobiegać popełnianiu przestępstw w przyszłości.

Mysł, że w tym wypadku chodzi tylko o potwierdzenie obowiązywania normy, nie może wyrażać i stanowić jakiegokolwiek dyrektywy sądowego wymiaru kary. Ujęcie takie nie daje bowiem sądowi żadnej wskazówki, na podstawie której mógłby on wyrobić sobie chociażby bardzo ogólny pogląd – jaka co do rodzaju i wysokości kara mogłaby dopiero stabilizować normy, a która tej właściwości stabilizującej byłaby już pozbawiona. Zastrzeżenie, iż o tym rozstrzygać powinien stopień aprobaty, jaki konkretnie orzeczony wymiar kary uzyskuje w tzw. opinii społecznej, jest w moim przekonaniu przesunięciem zagadnienia w sferę wyjątkowo mglistych ocen¹⁷ i wynika z naiwnego przekonania, iż sąd mógłby w sposób pewny i miarodajny ustalić stopień społecznej aprobaty dla swojego wyroku w warunkach, gdy zazwyczaj nie ma on nawet większych możliwości obserwowania społecznego odbioru ferrowanych przez siebie kar.

Zupełnie zagadkowy pozostaje wreszcie dla mnie pogląd, że orzeczenie kary, która miałyby uwzględniać potrzeby pozytywnej prewencji ogólnej, nie wymaga od sądu ustalania prognozy socjalnej środowiska, którego świadomość prawną chcemy, takim bądź innym wymiarem, kształtować. Na tle takiego założenia nasuwa się od razu retoryczne pytanie – co w takim razie miałyby stanowić merytoryczną podstawę dla określenia „potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa” (podkr. moje – TK), o których mówi art. 52 § 1 omawianego tutaj projektu.

Sformułowanie ogólnych ustawowych dyrektyw sądowego wymiaru kary, są-

dząc chociażby po tym, jakie wątpliwości i gwałtowne spory wywołują zwykle bezpośrednio w tej mierze wypowiedzi ustawy, nie jest dla osób przygotowujących projekty kodeksów karnych zadaniem wdzięcznym, a przede wszystkim łatwym, nawet gdy w ich gronie, szczęśliwym zbiegiem okoliczności, znajdują się autorytety największej próby. Pouczającym przykładem może być sformułowanie art. 54 kodeksu karnego z 1932 roku, które według stanowiska jego głównego twórcy Juliusza Makarewicza, miało kształtować sędziowski wymiar kary wyłącznie według kryterium jej szczególno-prewencyjnego oddziaływania i z tego właśnie powodu spotkało się od samego początku z ostrą krytyką, zarówno przedwojennej judykatury, jak i nauki prawa karnego.

Pozostawiając na uboczu surowe oceny odnoszące się także do sposobu sformułowania dyrektyw w art. 50 § 1 obecnie obowiązującego kodeksu¹⁸, przyznam, że należę do tych autorów, którzy na ogół sceptycznie odnoszą się zarówno do możliwości należytego określenia w ustawie tzw. ogólnych wskazówek czy dyrektyw dla sędziego, co do uwzględnienia w konkretnym wymiarze kary, takich czy innych jej celów czy względów, jak i co do praktycznego znaczenia takich dyrektyw dla indywidualizacji sądowego wymiaru kary.

Ustawodawca, usiłując związać sędziego określoną racjonalizacją czy racjonalizacjami kary, posługuje się zwykle terminami będącymi, jeśli nie od wieków, to od lat całych w powszechnym użyciu. Jednakże ich treść pozostaje, jak dotąd, nie w pełni jeszcze ustalona.

Świadomie upraszczając zagadnienie – czy nie jest pewną osobliwością, że

wymagamy od sędziego, aby przy wymiarze kary baczył on uważnie, aby wymierzona przez niego kara nie przekraczała winy sprawcy (art. 52 § 1 proj. k.k. z 1994 r.), podczas gdy sam projekt nie chce rozstrzygać kwestii, co przez winę należy rozumieć i gdy uczeni najwyższej miary nie są w stanie po dzień dzisiejszy uzgodnić między sobą, co stanowi o jej istocie.

Wymagamy następnie od sędziego, aby spersonifikował wymiar kary dokładnie według osobowości skazanego, nie dając w procesie karnym niezbędnych danych osobopoznawczych, na podstawie których sąd mógłby wyrobić sobie miarodajny pogląd co do osobowości podejrzanych, jej cech i wymiarów.

Oczekujemy, aby sąd rozpoznawszy już osobowość sprawcy, sięgnął następnie po właściwe środki karne, które mogłyby korygować źle ukształtowaną osobowość, chociaż nie posiadamy jednocześnie pewnej wiedzy o tym, jaką rzeczywistą wartość prewencyjną posiadają te, zresztą nieliczne, środki, jakie pozostają w dyspozycji sędziego.

Ogólnikowe stwierdzenie autorów „Uzasadnienia” projektu kodeksu karnego z 1994 r., że „dolną granicę konkretnej kary wyznaczają potrzeby stabilizacji porządku prawnego, górną natomiast granicę wyznacza (limituje) zasada winy i że właśnie w tych granicach sąd może wymierzać karę według potrzeb prewencji indywidualnej”¹⁹, nie stanowi oczywiście dla sądu żadnego wyjaśnienia, które ułatwiałyby w minimalnym chociaż stopniu przerechowanie konkretnych okoliczności czynu, cech osobowości, czy właściwości kryminogennych środowiska na właściwi co do rodzaju i wysokości wymiar kary, który

byłby zgodny z zasadą winy, prewencji szczególnej i ogólnej.

Nie jest dziełem przypadku, że sąd związany przez ustawodawcę, aby przy wymiarze kary uwzględniał jej adekwatność do winy sprawcy, a także cele prewencji generalnej i indywidualnej, traktuje te określenia jako zbitkę niewiele znaczących słów, przytaczanych dla lakonicznego uzasadnienia wydawanych przez siebie wyroków²⁰. Przy takiej praktyce uzasadnienia wyroków w części dotyczącej wymiaru kary nie da się wykluczyć, że przy wyprowadzaniu konkretnego wymiaru kary sądy zdają się przede wszystkim orientować na ustaloną praktykę wymierzania kar w podobnych sprawach, albo niekiedy kierować się przy wyborze rodzaju i wysokości kary własnym systemem wartości, osobistymi nastawieniami czy przekonaniem.

Przypuszczenie takie nasuwa się przy lekturze tych zwłaszcza uzasadnień wyroków skazujących za przestępstwo tego

samego rodzaju, w których sądy, powołując się na zupełnie różne okoliczności faktyczne czynu bądź właściwości jego sprawcy, w efekcie wymierzają kary co do rodzaju i wysokości, jeśli nie identyczne, to w każdym razie bardzo zbliżone, jeśli tak można powiedzieć, do ustalonej „taryfy” kar zwykle wymierzanych za dane przestępstwo²¹.

Z tych m.in. powodów sądzę, że nie należy przeceniać praktycznego znaczenia przepisów formułujących ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary. Przepisy te, obojętnie w jaki sposób ujmowałyby ich treść, stanowią najczęściej mistyfikację służącą dla podtrzymywania złudzeń, że racjonalizowanie kary następować może ściśle wedle przyjętych przez ustawę paradygmatów, w sposób całkowicie niezależny od autonomicznych dyspozycji sędziego do uwzględniania innych zespołów wartości i ich preferencji, wynikających z własnych postaw oceniających²².

Przypisy:

¹ Por. m.in. K. Buchała (w:) K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll: *Komentarz do kodeksu karnego*, Warszawa 1994, s. 297; K. Buchała: *Założenia modelu sankcji karnych i ich orzekanie wg polskiego projektu kodeksu karnego* (w:) *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993, s. 45. Z. Cwiakalski: *Generalprävention und gerechte Strafe*, ZNUJ 1989, Z. 127, s. 93, A. Gaberle: *Generalprävention als eine Methode der Kriminalitätverhütung*, ZNUJ 1989, Z. 127, s. 79, A. Strzembosz: *Chrześcijańska koncepcja celów kary* (w:) *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu*, 1988, A. Zoll: *Wymiar kary a prawa jednostki*, Pal. 1986, nr 5–6.

² Por. m.in. M. Szerer: *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 145, W. Świda: *Prawo karne*, wyd. IV, 1966, s. 265 i n., K. Buchała: *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, Warszawa 1964, s. 78 i n., T. Kaczmarek: *Sędziowski wymiar kary w PRL w świetle badań ankietowych*, Wrocław–Kraków–Warszawa 1972, s. 60 i n., tegoż: *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*, Wrocław, s. 40 i n.

³ Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie, Warszawa 1968, s. 111.

⁴ Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie, PiP 1994, nr 3, s. 37 i n.

⁵ K.H. Gössel: *Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen*, Festschrift für Gerd Pfeiffer, Heymanns Verl. 1993, s. 19.

⁶ E. Durkheim: *La division du travail Social*, Paris 1902, s. 77 i n.

⁷ Por. Feuerbach: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts*, 1 Teil, 1799 i n., K.H. Gössel, op. cit., s. 17 i n.

⁸ Patrz M. Borucka-Arctowa: *O społecznym działaniu prawa*, Warszawa 1967, K. Opalek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 167 i n.; T. Kaczmarek: *Sędziowski wymiar kary*, op. cit., s. 51–64; H.J. Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, Berlin 1972, s. 3 i n.; H. Otto: *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle*, Freiburg 1982, s. 23 i n.

⁹ H. Otto: *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?* (w:) Festschrift für Schröder, 1978, s. 54.

¹⁰ D. Garland: *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford 1990, s. 287. Por. także K. Krajewski: *Kara i współczesne społeczeństwo (wokół książki D. Garlanda)*, PiP 1992, nr 5 s. 82 i n.

¹¹ Por. K. Buchała: *Założenia modelu sankcji*, op. cit., s. 45.

¹² Patrz A. Podgórecki: *Prestizj prawa*, Warszawa 1966, s. 34 i n.

¹³ M. Isajew: *Obszcząja czast ugotownogo prawa*, RSFSR, Moskwa 1925, s. 138 i n.

¹⁴ Patrz K. Buchała: *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, op. cit., s. 90–95.

¹⁵ Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie, PiP 1994, nr 3, s. 36–37.

¹⁶ K. Buchała; głos w dyskusji (w:) *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993, s. 339–340.

¹⁷ Por. o braku jednoznacznych desygnatów opinii społecznej i wynikających stąd trudnościach w badaniach socjologicznych nad opinią społeczną – T. Szczurkiewicz: *Studia socjologiczne*, Warszawa 1961, s. 305 i n.

¹⁸ Por. w tej mierze T. Kaczmarek: *Sędziowski wymiar kary*, op. cit., s. 112–124; tegoż: *Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary*, op. cit., s. 65–92 i literatura tam podana.

¹⁹ Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie, PiP 1994, nr 3, s. 35, 37.

²⁰ Por. K. Buchała: *Uzasadnienie wyroku w części dot. uzasadnienia wymiaru kary*, NP 1967, nr 7–8, s. 874 i n.; T. Kaczmarek: *Glosa do wyroku SN dot. uzasadnienia wymiaru kary*, PiP 1977, nr 10, s. 179 i n., tegoż: *Uzasadnienie wyroków sądowych w części dotyczącej wymiaru kary*, NP 1978 nr 4, s. 57–67.

²¹ Por. T. Kaczmarek: *Ogólne dyrektywy*, op. cit., s. 153–167.

²² O znaczącej roli osobowości sędziego tudzież jego własnych postaw oceniających w kształtowaniu wymiaru kary, por. J. Wróblewski: *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 382 i n. a także T. Kaczmarek, G. Dolińska, J. Giezek, W. Sitek: *Decyzja sędziego w sprawie wymiaru kary i jej psychospołeczne uwarunkowania*, Wrocław 1987 i literatura tam podana.