

# Andrzej Zoll

---

## Wymiar kary w aspekcie praw jednostki karanej

---

Palestra 30/5-6(341-342), 39-49

---

1986

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Pozostaje ostatnia kwestia, którą pragnąłbym tu poruszyć. Nasze aktualnie obowiązujące prawo prasowe ma dość nieostrożnie zredegowany rozdział 5 o sprostowaniach i odpowiedziach. Problem ten zresztą stał się już przedmiotem licznych głosów publicystycznych, wskazujących na niefortunność sformułowań zawartych w tych normach i na mogące wynikać stąd komplikacje.

Otóż literalnie rzecz biorąc, na podstawie tych właśnie przepisów (art. 31 i nast. ustawy o prawie prasowym) redaktor naczelny dziennika lub czasopisma mógłby być zmuszony, pod sankcjami nawet karnymi (z art. 46 prawa prasowego), do opublikowania odpowiedzi skrytykowanego artysty na nieprzychylną dlań a zamieszczoną w prasie recenzję, jako zagrażającą według wyrażenia ustawy jego „dobrom osobistym”. Przy czym treść tej odpowiedzi — jeśli byłaby utrzymana w granicach tematu — mogłaby być zupełnie wolna i nieskrępowana.

Jeżeli przepisy te nie zostaną znowelizowane lub Sąd Najwyższy nie da swej wykładni, jak należy je rozumieć i stosować, to możemy niebawem stać się świadkami zalewu replik ze strony artystów, sportowców, ludzi nauki itp. na zamieszczane na ich temat w prasie czy innych środkach masowego przekazu krytyczne notatki. Wyobraźnia podsuwa mi domniemane treści takich replik („recenzent uważa, iż moja nowa książka ma mało wartości literackich, ale proszę się przekonać, jak szybko rozchodzi się jej nakład”; „sprawozdawca napisał, że źle śpiewałam tego dnia, ale nie był łaskaw zauważyć, że byłam przeziębiona”; „wbrew zdaniu waszego krytyka wielu prawdziwych znawców twierdziło, iż w «Jeziorko łabędzim» tańczyłam bardzo pięknie”, itp.).

Jak dotychczas, nie usłyszałem jeszcze, aby któryś z ludzi sztuki skorzystał z treści przepisów prawa prasowego o uprawnieniach do sprostowań i odpowiedzi. Ale ktoś może kiedyś podjąć tę rękawicę i dać hasło do replik. A wówczas oczekiwac nas będą zarówno na łamach prasy jak i w salach sądowych nielada atrakcje: udowadnianie — przy pomocy „paragrafów” i wyroków sądowych — własnych wartości, walorów swego kunsztu. A jeśli nie udowadnianie, to przynajmniej publiczne polemizowanie z tymi, którzy zalety te śmia podawać w wątpliwość.

ANDRZEJ ZOLL

## WYMIAR KARY W ASPEKCIE PRAW JEDNOSTKI KARANEJ

*Kara narusza zawsze podstawowe prawa jednostki, które mimo popełnienia przestępstwa przez tę jednostkę mają nadal wartość społeczną. To założenie przesądza pogląd, że kara musi być traktowana jako ultima ratio i wymaga zawsze — tak co do rodzaju jak i intensywności — usprawiedliwienia. Racjonalizacja idei sprawiedliwości, społecznego oddziaływania i szczególnie-prewencyjna nie wyłączają się wzajemnie lecz się uzupełniają, z tym jednak zastrzeżeniem, że w poszczególnych fazach karnania różne racjonalizacje stają się pierwszoplanowe.*

Omawiając zagadnienia wymiaru kary z punktu widzenia ochrony praw jednostki karanej, należy dokonać pewnych uzgodnień wstępnych.

Kara jest reakcją na zło popełnione przez człowieka, reakcją na zaatakowanie przez człowieka wartości społecznych chronionych przez normy państwowe. Przestrzeganie tych norm gwarantuje sankcja, za którą stoi autorytet władzy

państwowej. Kara więc jest reakcją stosowaną przez państwo i jej istota wyczerpuje się w stosunku państwa do jednostki. Rozważając problem kary i karanania w ramach prawa karnego, należy się odciąć od tych wszystkich aspektów kary, które wykraczają poza stosunek państwa do jednostki, które mają charakter metafizyczny. Kara państwowa służy celom ziemskim, celom racjonalnym.<sup>1</sup>

Podstawowe prawa jednostki, takie jak życie, zdrowie, jej wolność, własność, mają charakter pierwotny w tym sensie, że nie przestają być dobrami mającymi społeczną wartość i korzystającymi z tego powodu z ochrony prawnej nawet wtedy, kiedy jednostka dzierżąca te dobra dopuściła się przestępstwa. Podleganie odpowiedzialności karnej nie oznacza nigdy we współczesnym prawie karnym „wyjęcia spod praw”.

Wymierzona jednostce kara jest zawsze naruszeniem podstawowego dobra jednostki, jest gwałtownym wkroczeniem w podstawowe jej wolności również wtedy, kiedy jednostka sama akceptuje karę, np. jako środek pomagający do jej wewnętrznej ekspiacji. Kara, jako naruszająca dobra jednostki, jest więc ze swej istoty złem zadaniem jednostce, wymagającym zawsze usprawiedliwienia.

Oderwanie się od metafizycznych aspektów karania odrzuca automatycznie możliwość poszukiwania usprawiedliwienia dla kary niejako w niej samej. Skoro chodzi nam o przymus stosowany przez państwo, to usprawiedliwienia dla karania szukać trzeba w odpowiedzi na pytanie, co usprawiedliwia państwo, które zadaje dolegliwość jednostce. Usprawiedliwienie to może wynikać jedynie z zadań władzy państwowej. Tym zadaniem powinny być przede wszystkim dbałość o dobro całego społeczeństwa oraz zapewnienie warunków koniecznych do godnego życia i rozwoju osobowości członków społeczeństwa. Prawo karne i przewidziane w tym prawie środki mają więc służyć zapewnieniu prawidłowego rozwoju całego społeczeństwa oraz zapewnieniu warunków prawidłowego rozwoju osobowości każdej jednostki ludzkiej.

Usprawiedliwienie karania jest zatem prostym następstwem stanowiska państwa jako gwaranta bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego społeczności składającej się na państwo oraz bezpieczeństwa jego poszczególnych obywateli. Kara służy wypełnieniu podstawowego zadania organizacji państwowej. Ponieważ wszyscy obywatele są — a w każdym razie powinni być — na równi włączeni w realizację zadań państwowych i są obowiązani wносить swój wkład dla dobra ogółu, przeto osoba naruszająca porządek prawny powinna poddać się karze, aby umożliwić wykonanie przez państwo jego zadań. Takie poddanie się karze jako następstwo naruszenia chroniącego dobra społeczne porządku prawnego nie może być potraktowane jako naruszenie godności człowieka, lecz wręcz przeciwnie, niejako tę godność potwierdza.

Państwo jest więc, naturalnie, uprawnione do karania jednostek i samo karanie jako takie nie stanowi pogwałcenia godności człowieka.

Takie postawienie sprawy nie daje jednak odpowiedzi na pytanie, które z praktycznego punktu widzenia jest tu najistotniejsze, a mianowicie do orzeczenia jakiej kary jest państwo uprawnione, do jak poważnego naruszenia dóbr jednostki?

Odpowiedź na to pytanie wymaga zastanowienia się nad samym sensem karania.

---

<sup>1</sup> Por. W. Naucke: Generalprävention und Grundrechte der Person (w:) W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke: Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt am Main 1979, s. 12.

Nauka prawa karnego daje nam w tym względzie bardzo ograniczone pole manewru i sprowadza odpowiedź na to pytanie do dwóch możliwości: albo widzi się sens kary tylko w niej samej (teorie absolutne), albo sens kary widzi się poza nią w realizacji celów, którym kara ma służyć (względne teorie kary). Śledząc historię nauki prawa karnego w ciągu ostatnich dwustu lat, można zaobserwować stały spór tych dwóch podstawowych koncepcji karania oraz zmienne przyznawanie pierwszeństwa raz jednej, raz drugiej z tych koncepcji.<sup>2</sup> Powstało, naturalnie, również wiele koncepcji mieszanych.<sup>3</sup>

Wydaje mi się, że nie ma potrzeby bliższego zaanalizowania poszczególnych koncepcji.<sup>4</sup> Natomiast chciałbym zaakcentować te ich twierdzenia, które mają znaczenie z punktu widzenia stosunku orzekanej na ich podstawie kary do praw karanej jednostki.

Teorie absolutne (abstrahując od koncepcji metafizycznych), a w szczególności najbardziej reprezentatywna dla nich teoria odpłaty, opierają się na idei sprawiedliwości. Kara ma służyć realizacji tej idei. Racjonalizacja tej idei ma wielu zwolenników, również we współczesnej nauce prawa karnego.<sup>5</sup> Z punktu widzenia jej stosunku do dóbr jednostki karanej, a w szczególności jej stosunku do godności człowieka, może się wydawać, że jest to jedyna racjonalizacja, jaka w ogóle może być akceptowana. Odwołać się tu można do myśli Kanta, który odrzucał wszelkie prewencyjne, a więc względne, nakierowanie na osiągnięcie określonego celu koncepcje kary. Wychodził on z założenia, że jest sprzeczne z godnością człowieka traktowanie go jako środka do osiągnięcia określonych celów, ważnych dla zbiorowości lub służących dobru innych osób.<sup>6</sup>

Racjonalizacja idei sprawiedliwości, zwrócona niejako wstecz i widząca uzasadnienie kary jedynie w tym, co się już stało, tj. w przestępstwie, miałyby być w takim ujęciu odpowiednia do pogodzenia karania, a więc naruszenia dobra jednostki, z jednoczesnym poszanowaniem jej podstawowych praw i jej ludzkiej godności.

Teorii odpłaty można postawić przynajmniej dwa zarzuty.

Teoria odpłaty oparta jest na całkowicie pozbawionym możliwości weryfikacji twierdzeniu, że złem można wyrównać inne zło. Zło wyrządzone przez jednostkę, sprawcę przestępstwa, społeczeństwu lub innej jednostce ma być wyrównane przez zło zadane w imieniu społeczeństwa tej jednostce. Trudno nam zrozumieć to dzisiaj, a jeszcze trudniej akceptować postulat Kanta domagającego się, aby społeczność przed swoim ostatecznym rozwiązaniem dokonała egzekucji przebywającego w więzieniu mordercy, gdyż tego, zdaniem Kanta, ma właśnie domagać się sprawiedliwość.<sup>7</sup>

Podniesiony tu zarzut w mniejszym stopniu odnosi się do absolutnej kon-

<sup>2</sup> Wymienić tu należy przynajmniej dwa nazwiska: Kanta i Feuerbacha, którzy wywarli swoimi różnymi spojrzeniami na karę istotny wpływ na naukę europejską. Patrz na ten temat bliżej: K. Buchała, A. Zoll: W stu pięćdziesiątce śmierci Paula Johana Anzelma Feuerbacha, PiP nr 12/1983, s. 27 i n.

<sup>3</sup> Spór ten był oczywiście aktualny już dużo wcześniej. Można tu przytoczyć zwolennika teorii absolutnej Pitagorasa oraz sofistę — przedstawiciela kierunku akceptującego względną teorię kary — Protagorasa.

<sup>4</sup> Zainteresowanych odsyłam do podręcznika K. Buchały: Prawo karne materialne, Warszawa 1980, s. 477 i n.

<sup>5</sup> W nauce polskiej stanowisko to zajmuje W. Mąciór: Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako priorytetowa dyrektywa sądowego wymiaru kary, PiP nr 12/73, s. 102 i n.

<sup>6</sup> Na temat poglądów E. Kanta dotyczących kary — patrz L. Lernell: Podstawowe zagadnienia penologii, Warszawa 1977, s. 64 i n.

<sup>7</sup> Die Metaphysik der Sitten, § 49 E I, Kant-Studienausgabe 1956, s. 455.

cepcji kary prezentowanej przez Hegla, traktującego karę jako uchylenie przestępstwa, które bez kary nadal by trwało. Kara jest w jego ujęciu przywyróceniem obowiązującego prawa.<sup>8</sup> Do tej myśli Hegla trzeba będzie jeszcze w tej pracy powrócić.

Drugi zarzut przeciwko teorii odpłaty można sprowadzić do stwierdzenia, że racjonalizacja idei sprawiedliwości (odpłaty) nie da się pogodzić z podanym wyżej usprawiedliwieniem ingerencji państwa w podstawowe prawa jednostki. Skoro się uznaje, że kara jest złem ze względu na naruszenie istotnych dóbr jednostki, to stosować ją należy tylko wtedy, kiedy z punktu widzenia zabezpieczenia dobra ogółu i zapewnienia warunków godnego życia obywateli i rozwoju ich osobowości jest to konieczne. Z tego punktu widzenia samo naruszenie przez jednostkę chronionych porządkiem prawnym wartości społecznych nie stanowi jeszcze wystarczającej przesłanki do karania.

Natomiast racjonalizacja idei sprawiedliwości wymaga ingerencji w każdym wypadku naruszenia prawa, również zatem i wtedy, kiedy z punktu widzenia zabezpieczenia interesów społecznych i interesów pozostałych jednostek byłoby to zbędne. Bezcelowe z punktu widzenia zabezpieczenia interesów społeczności karanie w ogóle lub nadmierne karanie tylko dla realizacji idei sprawiedliwości — nie powinno być akceptowane.

Jeżeli celem państwa jest zabezpieczenie dóbr ogółu i rozwoju osobowości jednostek, to kara może być traktowana jedynie jako środek do osiągnięcia tego celu. Nie jest nigdy celem dla siebie samej. Jej racjonalizacja musi więc być zwrócona ku przyszłości, a w każdym razie nie można szukać uzasadnienia kary tylko w przeszłości. Karze się *non quia peccatum est sed ne peccetur*. Dlatego dzisiaj zdecydowaną przewagę nad absolutną koncepcją kary uzyskały tzw. koncepcje względne, uznające sens kary w zabezpieczeniu społeczeństwa przed popełnieniem przestępstwa w przyszłości bądź przez innych potencjalnych sprawców (prewencja ogólna), bądź przez samego karanego (prewencja indywidualna). Mówi się wręcz, że prewencyjność jest cechą nowoczesnego, racjonalnego prawa karnego.<sup>9</sup> Zwycięstwo kierunku prewencyjnego nad racjonalizacją idei sprawiedliwości czyni właśnie szczególnie aktualnym problem praw karanej jednostki.

Zacznijmy dalszą analizę od przedstawienia niektórych zagadnień związanych z ogólnoprewencyjną racjonalizacją wymiaru kary. Podkreślić przy tym należy, że w wielu państwach nastąpiła obecnie moda na uzasadnianie karania i wymiaru konkretnej kary względami ogólnoprewencyjnymi. Również obecnie obowiązujące u nas ustawodawstwo karne i praktyka wymiaru sprawiedliwości są w bardzo poważnym stopniu motywowane tą racjonalizacją.

Tradycyjnie ujmowana prewencja generalna zakłada, że kara wymierzona sprawcy przestępstwa ma działać powstrzymująco na wszystkich innych potencjalnych naśladowców ukaranego przez ich odstraszenie od popełnienia przestępstwa.<sup>10</sup> Rozumowanie leżące u podstaw koncepcji lansującej wymierzanie kary według tak rozumianej prewencji ogólnej jest bardzo proste. Uważa się, że im kara jest surowsza, tym większa jest jej zdolność odstraszenia i powstrzymania innych od popełniania przestępstw. Tak rozumiana prewencja generalna jako podstawowa dyrektywa wymiaru kary prowadzi do daleko idącej penalizacji ży-

<sup>8</sup> Na temat poglądów Hegla dotyczących kary — patrz L. Lernell: op. cit., s. 70 i n.

<sup>9</sup> For. W. Naucke: op. cit., s. 9.

<sup>10</sup> Tak rozumiana prewencja generalna wywodzi się z koncepcji Feuerbacha o przymusię psychologicznym. Patrz W. Hassemer: *Generalprävention und Strafzumessung* (w:) W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke (...), s. 38—39.

cia w państwie, do wprowadzania ustaw przewidujących wysokie zagrożenia i wyłączających możliwość łagodzenia kar w procesie ich wymierzania. Dawniej zwolennicy tak rozumianej prewencji ogólnej postulowali również okrutne wykonywanie kary w obecności możliwie dużej liczby obecnych osób przy egzekucji.

W nauce prawa karnego odchodzi się obecnie od takiego rozumienia prewencji ogólnej. Kładzie się bowiem akcent nie na odstraszenie i w związku z tym nie na surowość kary, ale przede wszystkim na to, że orzeczona kara oddziałuje na innych członków społeczeństwa przez umacnianie w nich świadomości obowiązywania norm gwarantujących porządek społeczny. Samo ukaranie wskazuje na obowiązywanie normy zakazującej określonych zachowań.<sup>11</sup> Członkowie społeczeństwa — jak ujął to K. Buchała — „widząc, że dane, ujemnie oceniane zachowanie spotyka się z ujemną reakcją, którą oni aprobują, kształtują podświadomie wzorce własnego zachowania nie dlatego, że sami na własnej skórze mogą odczuć podobną reakcję społeczną, lecz że traktują negatywnie sam czyn, akceptując formę i rodzaj ujemnej reakcji na ten czyn”.<sup>12</sup> Chodzi więc w procesie karania o kształtowanie w społeczeństwie właściwych postaw wobec tych wartości, które chronione są normami prawa karnego. Pozostawienie bezkarnym naruszenie dobra mającego społeczną wartość lub karanie takich naruszeń tylko od przypadku do przypadku prowadzić musi do zniknięcia funkcjonowania w świadomości społecznej normy zakazującej takich naruszeń.

Tak rozumiana prewencja ogólna zbliża się znacznie do heglowskiego ujęcia teorii absolutnej. Kara bowiem ma służyć odrodzeniu się w świadomości społecznej wartości normy prawnej naruszonej przez przestępstwo.

Należy również przyjąć, że takie nowoczesne ujęcie prewencji ogólnej legło u podstaw rozwiązań przyjętych przez polski kodeks karny z 1969 r. Jest charakterystyczne, że kodeks karny nie posługuje się pojęciem prewencji ogólnej, lecz używa terminu „społeczne oddziaływanie kary” na określenie jednej z dyrektyw sądowego wymiaru kary (art. 50 k.k.).<sup>13</sup> Według J. Bednarzaka pojęcie społecznego oddziaływania kary ma dużo bogatszą treść od pojęcia prewencji ogólnej. Mówiąc o społecznym oddziaływaniu kary chodzi o wzbudzenie w społeczeństwie potępienia czynów sprzecznych z prawem, o wzrost poczucia bezpieczeństwa, wzrost zaufania do systemu prawa, wzbudzenie świadomości i kultury prawnej, kształtowanie pozytywnych postaw i wywieranie wpływu na formowanie osobowości ludzkiej.<sup>14</sup> Rzecz jasna, zmiana tylko terminologii nie jest wystarczająca. Musi jej towarzyszyć zmiana poglądów na sens karania osób stosujących prawo i decydujących o polityce karnej.

Mimo deklarowanego przez twórców kodeksu karnego założenia, polskie ustawodawstwo karne, szczególnie w ostatnich latach, a także praktyka wymiaru sprawiedliwości traktuje prewencję ogólną jako dyrektywy wymiaru kary w sposób tradycyjny. Zarówno ustawowe zagrożenia karami, jak i surowość orzeczanych kar, a w szczególności przywiązywanie podstawowego znaczenia do kary pozbawienia wolności, świadczy o tym, że traktuje się u nas karę jako środek odstraszenia potencjalnych sprawców przyszłych naruszeń prawa.

Z punktu widzenia ochrony praw jednostki podnosi się, że preferowanie prewencji ogólnej jako dyrektywy wymiaru kary rozumianej tradycyjnie prowadzi do stałego zastrzania kary, do zerwania jakichkolwiek proporcji między ciężarem

11 Por. W. Hassemmer: op. cit., s. 38 i n.

12 K. Buchała: Prawo karne materialne (...), s. 489.

13 Por. I. Andrejew: Społeczne oddziaływanie kary „Studia Iuridica” z. VIII/1979, s. 112.

14 J. Bednarzak: Społeczne oddziaływanie kary, NP nr 4/1976, s. 563—567.

naruszenia dobra prawnego, społecznym niebezpieczeństwem czynu a stopniem naruszenia dobra i praw jednostki w procesie wymiaru kary.

Słabym punktem racjonalizacji ogólnoprewencyjnej jest brak możliwości zweryfikowania jej efektów. Oczywiście można założyć, że gdyby nie było surowych kar, to pewna część obywateli decydowałaby się na naruszenie dóbr prawnych. W jakim jednak stopniu wysokość kary faktycznie działa powstrzymująco, a w jakim stopniu działają tu kulturowe, religijne i inne motywy, jest niemożliwe do ustalenia. Można powiedzieć, że każdy kolejny czyn przestępny jest widocznym dowodem braku efektu ogólnoprewencyjnego w karze.

Z braku możliwości ustalenia efektu ogólnoprewencyjnego wynika bardzo poważne zastrzeżenie w ogóle w stosunku do racjonalizacji ogólnoprewencyjnej, formułowane właśnie z punktu widzenia ochrony praw jednostki karanej. Czym można usprawiedliwić „nadwyżkę” dolegliwości zadanej karaniem w myśl postulatów tej racjonalizacji, jeśli nie jesteśmy w stanie udowodnić skutecznego oddziaływania tej nadwyżki w kierunku zagwarantowania wykonania podstawowych zadań państwa, o których była wyżej mowa? Brak jest dotychczas sensownej odpowiedzi na to pytanie.

Podstawowym jednak zarzutem przeciwko racjonalizacji ogólnoprewencyjnej, stawianym z punktu widzenia praw jednostki, jest ten, że w myśl tej dyrektywy wymiaru kary zadaje się jednostce dolegliwość, narusza się jej podstawowe dobra po to, aby inni nie popełniali przestępstwa, aby innym zaoszczędzone zostało zadawanie takiej lub jeszcze większej dolegliwości. Czy wolno kosztem jednej jednostki gwarantować dobro ogółu i czynić z niej przykład odstraszący innych od ryzyka przyjęcia na siebie takiego samego losu? Jeżeli kara wymierzona według wskazań prewencji ogólnej ma być surowszą od kary, która byłaby wymierzona bez brania pod uwagę racjonalizacji ogólnoprewencyjnej, to dobro jednostki zostaje poświęcone dla dobra ogółu. Trzeba przyznać rację Kantowi, że człowiek sprowadzony jest w takim wypadku do roli narzędzia, przy pomocy którego chce się osiągnąć jakieś cele. Człowiek staje się wtedy przedmiotem władzy państwowej, a nie jej współpodmiotem. Wymiar kary oparty na racjonalizacji ogólnoprewencyjnej stanowi więc naruszenie godności i praw jednostki karanej.

Przejdźmy obecnie do problemu prewencji indywidualnej jako dyrektywy wymiaru kary. Znowu interesować nas będzie jedynie problem stosunku wymierzonej na podstawie tej dyrektywy kary do podstawowych praw jednostki karanej.

Kara wymierzona w myśl założeń tej racjonalizacji ma zabezpieczyć społeczeństwo przed popełnieniem przez ukaranego kolejnego przestępstwa, ma więc zapobiec recydywie. Efekt ten ma być osiągnięty bądź przez poprawienie osób nadających się do resocjalizacji, bądź przez odstraszenie lub przez izolację takich, którzy nie są zdolni do poddania się procesowi resocjalizacyjnemu.

Po okresie wyjątkowego powodzenia, jakim w naukach penalnych cieszyła się racjonalizacja indywidualnoprewencyjna, następuje obecnie okres odwrotu od tej koncepcji wymierzania kary. Odwrot ten jest szczególnie mocno zaznaczony tam, gdzie prewencja indywidualna święciła największe tryumfy, a więc w Stanach Zjednoczonych i Skandynawii.<sup>15</sup>

Odwrot od jednostronnie traktowanej racjonalizacji indywidualnoprewencyj-

<sup>15</sup> Patrz na ten temat: M. Damaśka: *Versuche zur Rationalisierung der Strafzumessung in den USA*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” t. 93/1981, s. 704 i n.; A. Hirsch: *Gegenwärtige Tendenzen in der amerikanischen Strafzumessungslehre*, ZStW t. 94/1982, s. 1047 i n.; I. Antilla: *Neue Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien*; ZStW t. 95/1983, s. 739 i n.

nej jest uzasadniony właśnie przede wszystkim ze względu na zagrożenia, jakie ta racjonalizacja niesie z sobą dla podstawowych praw jednostki.

Konsekwentne oparcie wymiaru kary na postulatach wynikających z dyrektywy prewencji indywidualnej prowadzić powinno do orzekania kar nie oznaczonych co do czasu ich trwania. W czasie orzekania nie da się bowiem dokładnie stwierdzić, jaki okres stosowania i jak intensywne środki są konieczne, aby doszło do resocjalizacji karanego.

Szczególnoprewencyjne nastawienie skłania do stosowania metod terapii społecznej, stanowiących bardzo poważne i drastyczne wkroczenie w osobowość sprawcy przestępstwa. Stosowanie przymusowej kastracji lub operacji mózgu zmieniającej osobowość było i jest w wielu krajach aktualnym problemem praktycznym.<sup>16</sup>

Oparcie podstaw wymiaru kary na niebezpieczeństwie sprawcy, jak czyni to racjonalizacja indywidualnoprewencyjna, skłania do zmniejszania znaczenia jednostkowego czynu jako podstawy karnoprawnej reakcji i do stosowania środków zabezpieczających społeczeństwo przed niebezpiecznymi jednostkami, zanim te jednostki w ogóle popełnią konkretny czyn zabroniony.

Prewencja indywidualna jako dyrektywa wymiaru kary uwzględniająca tylko potrzeby resocjalizacyjne lub społecznego zabezpieczenia przed niebezpieczną jednostką prowadzić może do stosowania bardzo drastycznego naruszenia praw jednostki, będącego reakcją na znikome lub mało istotne naruszenie porządku prawnego. Dla ilustracji tego problemu odwołać się można do zjawiska występującego w naszej rzeczywistości społecznej. Mam tu na myśli wyjątkowo surową regulację odpowiedzialności w wypadku wielokrotnej recydywy. Badania wskazują, że reakcja ta trafia przeważnie w sprawców bardzo drobnych, o niedużym stopniu społecznego niebezpieczeństwa przestępstw. Stopień naruszenia podstawowych dóbr (wolności) tych osób nie jest zupełnie proporcjonalny do stopnia zagrożącego z ich strony niebezpieczeństwa dla istotnych wartości społecznych.<sup>17</sup>

Przed próbą rozwiązania przedstawionego wyżej impasu związanego ze stosowaniem dyrektyw prewencyjnych należy, m. zd., położyć akcent na dwa stwierdzenia.

Po pierwsze, skoro prawo karne ma zabezpieczać dobro ogółu i dobro jednostek przez wkraczanie w istotne społecznie prawa jednostki naruszającej porządek prawny, to może to być usprawiedliwione tylko wtedy, kiedy nie ma innej możliwości zagwarantowania wykonania zadań państwa bez naruszenia dóbr jednostki. Prawo karne i w ogóle karanie ma być *ultima ratio*.

Po drugie, prawo karne nie pełni jedynie funkcji ochronnej w stosunku do interesów ogółu i dóbr jednostek zagrożonych przestępstwami, ale spełnia też funkcję gwarancyjną w stosunku do praw osoby pociąganej do odpowiedzialności. Słusznie stwierdza Roxin, że dobro prawne doznaje podwójnej ochrony przez prawo karne i przed prawem karnym, które przy nadmiernym stosowaniu może właśnie spowodować stany, jakim chciało zapobiec.<sup>18</sup> Prawo karne stanowi barierę dla polityki karnej, barierę ustawioną właśnie dla ochrony jednostki przed aparatem władzy. Zasady *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege* stanowią fundamentalny dorobek kultury europejskiej i na ich odrzucenie mogą się de-

<sup>16</sup> Patrz I. Anttila: op. cit., s. 741.

<sup>17</sup> Patrz Z. Ostrihanska, B. Szamota: Problematyka kryminologiczna recydywy (w:) Problemy recydywy i drobnej przestępczości w prawie Polski i RFN, Wrocław, Kraków, Gdańsk, Warszawa 1984 s. 46 i n.

<sup>18</sup> K. Roxin: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe (w:) K. Roxin: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin—New York 1973 s. 14.



cydować tylko ci, którzy również decydują się na zniszczenie tej kultury. Tak postąpił w 1935 r. Hitler, znosząc nowelą do kodeksu karnego zakaz stosowania analogii i wprowadzając jako podstawę stosowania prawnokarnych represji „zdrowe wyczucie narodowe”.<sup>19</sup>

Mając powyższe na uwadze, możemy obecnie podjąć próbę określenia zasad wymiaru kary, której rodzaj i wymiar byłby z punktu widzenia praw jednostki usprawiedliwiony. Zasady te muszą być sformułowane oddzielnie dla trzech aspektów wymiaru kary: a) ustawowego zagrożenia karą, b) orzeczenia konkretnej kary, c) wykonania orzeczzonej kary.

Ad a. Celem wprowadzenia zakazu określonych czynów jest naturalnie dążność ustawodawcy do powstrzymania członków społeczeństwa od popełniania tego rodzaju czynów. Motyw ogólnoprewencyjny jest więc najistotniejszym, jeśli nie jedynym motywem wprowadzenia ustawowego zagrożenia karą.

Z istoty subsydiarnego charakteru prawa karnego (prawa karnego rozumianego jako *ultima ratio*) wynika, że ustawodawca z zagrożenia karnego powinien korzystać jedynie wyjątkowo wtedy tylko, kiedy inne środki polityki społecznej, w tym również środki prawne, nie mogą zabezpieczyć skutecznie dobra ogółu i pozostających pod ochroną prawa dóbr jednostek.

O tym, czy kara jest właściwym środkiem do zapobiegania naruszeniom danego dobra, decydują dwa czynniki: wartość dobra i wynikająca z doświadczenia przydatność praktyczna kary w zwalczaniu tego rodzaju zachowań. Wprowadzony tu został element pozornie obcy dla ogólnoprewencyjnego oddziaływania — wartość dobra. Jeżeli jednak z jednej strony nie będzie się utożsamiało ogólnoprewencyjnego oddziaływania z odstraszeniem, lecz rozumieć się je będzie nowocześnie jako kształtowanie właściwych postaw przez wzmacnianie w świadomości społecznej konieczności obowiązywania danej normy, a z drugiej strony racjonalizację idei sprawiedliwości będzie się rozumiało w sposób zbliżony do heglowskiego, a więc jako konieczność przywrócenia obowiązywania naruszonego przepięstwem prawa, to musimy stwierdzić, że między racjonalizacją ogólnoprewencyjną a racjonalizacją idei sprawiedliwości nie zachodzi wzajemne wykluczanie się, lecz daleko posunięta zbieżność.

Kształtowanie prawidłowych postaw w społeczeństwie oznaczać musi również kształtowanie właściwego odnoszenia systemu wartości do poszczególnych dóbr. Wysokość ustawowego zagrożenia powinna wskazywać na akceptowaną przez ustawodawcę i przez niego propagowaną hierarchię wartości poszczególnych dóbr prawnych. Ustawodawca nie jest tu całkowicie swobodny, lecz musi się liczyć z ukształtowaną w rozwoju kulturowym społeczeństwa taką hierarchią. Wysokość ustawowego zagrożenia, w szczególności karą pozbawienia wolności, pozwala na ocenę przyjętego przez ustawodawcę stosunku wartości dobra podlegającego w danym przepisie ochronie do wartości wolności jednostki.

Oceniając polskie ustawodawstwo karne trzeba stwierdzić, że nasz ustawodawca wiąże zbyt dużą nadzieję z karą jako skutecznym środkiem zwalczania zjawisk społecznie niebezpiecznych lub niepożądanych. W za małym stopniu wykorzystane są u nas mechanizmy ekonomiczne, finansowe i inne, jakich dostarcza szeroko rozumiana polityka społeczna. Taki stan rzeczy prowadzi do nadmiernej penalizacji naszego życia społecznego.

---

<sup>19</sup> Nowela z 28 czerwca 1935 r. zmieniła § 2 StGB, wprowadzając następujące jego brzmienie: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient“.

Jak już była o tym mowa, ustawowe zagrożenie karą kształtowane jest w naszym ustawodawstwie pod wpływem racjonalizacji ogólnoprewencyjnej, ale rozumianej jako potrzeba odstraszenia. Wpływa to decydująco na surowość ustawowych zagrożeń za poszczególne typy przestępstw, a ponadto na ograniczenie swobody sędziowskiej w kształtowaniu wymiaru kary do potrzeb konkretnego wypadku. Dobrym przykładem tej tendencji w naszym ustawodawstwie są: ustawa z dnia 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach<sup>20</sup> oraz ustawa, uchwalona tego samego dnia, o szczególnej odpowiedzialności karnej.<sup>21</sup> Szczególnie drastyczne ograniczenia możliwości warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności oraz nadzwyczajnego jej łagodzenia świadczą o ogólnoprewencyjnym nastawieniu tych aktów prawnych. Racjonalizacja ogólnoprewencyjna, rozumiana tradycyjnie jako potrzeba odstraszenia karą, jest decydującym czynnikiem kształtującym rozmiary represji karnej przewidzianej tymi przepisami. Wartość zagrożonych dóbr schodzi tu zdecydowanie na dalszy plan.

*Ad b.* W procesie orzekania konkretnej kary racjonalizacja ogólnoprewencyjna nie może odgrywać decydującej roli tak przy podejmowaniu decyzji co do rodzaju, jak i co do wysokości kary, która ma być wymierzona za popełnione przestępstwo.

Wszyscy się zgadzamy, że świadomość karalności danych zachowań działa powstrzymująco. Natomiast, praktycznie biorąc, nie jest możliwe wykazanie oddziaływania ogólnoprewencyjnego konkretnego wyroku skazującego. Aby wymierzyć karę, której głównym celem miałyby być oddziaływanie ogólnoprewencyjne, sąd musiałby mieć bardzo dokładne rozeznanie o stanie przestępczości, jej przyczynach, musiałby ustalić, że kara byłaby właściwym środkiem — ze względu na przyczyny przestępczości — do osiągnięcia właściwych postaw w środowisku sprawcy i stabilizacji funkcjonowania normy prawnej. Sąd musi dysponować wiedzą o mechanizmie oddziaływania ogólnoprewencyjnego. Musi mieć pewność, że orzeczenie dotrze do osób wymagających oddziaływania. W końcu, sąd powinien mieć pewność, że orzeczenie będzie motywowało jego adresatów w kierunku zmiany niewłaściwego postępowania.<sup>22</sup> Można dziś bez ryzyka błędu stwierdzić, że żaden z podanych wyżej warunków ogólnoprewencyjnie nastawionego wymiaru kary nie jest zrealizowany. Nie jest z całą pewnością zrealizowany warunek podstawowy, gdyż brak jest w dalszym ciągu jakichkolwiek empirycznych danych pokazujących oddziaływanie ogólnoprewencyjne. Zaostrzenie kary z przyczyn ogólnoprewencyjnych nie jest więc racjonalnie uzasadnione, lecz opiera się jedynie na pewnych irracjonalnych poglądach, niestety bardzo mocno zakorzenionych w świadomości prawników.

Orzeczenie konkretnej kary surowszej od tej, jaka byłaby wymierzona sprawcy bez uwzględnienia racjonalizacji ogólnoprewencyjnej, wydaje mi się niedopuszczalne. Nie może być bowiem w naszym systemie podzielany pogląd charakterystyczny dla systemów totalitarnych, że zawsze interes jednostki musi ustępować przed interesem ogółu. Gdybyśmy na gruncie prawa karnego stali na stanowisku bezwzględnego priorytetu dobra ogółu nad dobrem jednostki, to przekreślamy w ten sposób wszystkie reguły gwarancyjne prawa karnego jako — wspomniane już wyżej — bariery dla polityki karnej. Poświęcenie chronionego prawem dobra jednostki na rzecz dobra ogółu wymaga zawsze wyraźnego ustawowego ure-

<sup>20</sup> Dz. U. Nr 23, poz. 100.

<sup>21</sup> Dz. U. Nr 23, poz. 101.

<sup>22</sup> Por. W. H a s s e m e r: op. cit., s. 47.

gulowania. Nie wystarczy tu klauzula ogólna stwierdzająca, że jedną z dyrektyw sędziowskiego wymiaru kary jest jej społeczne oddziaływanie. Poświęcenie interesu jednostki dla dobra ogółu wymagałoby wyraźnego wskazania, o jaki interes chodzi, i wykazania, że poświęcenie dobra jednostki jest koniecznym warunkiem do ochrony dobra ogółu. Jak już stwierdzono, prewencja ogólna nie może się wylegitymować — jeżeli chodzi o wymiar konkretnej kary — empirycznymi dowodami wskazującymi, że właśnie taka, surowsza od stopnia zawinienia kara jest konieczna do stabilizacji normy i ugruntowania w społeczeństwie właściwych postaw.

Podstawową dyrektywą wymiaru konkretnej kary powinna być jej adekwatność do stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu, wyznaczonego przede wszystkim wartością zaatakowanego dobra. Wymierzona kara nie powinna nigdy przekraczać granic zawinienia. Stopień zarzucalności czynu, stopień winy powinien wyznaczać górną granicę wymiaru jednostkowej kary.

Tak wymierzona kara oddziaływać będzie w kierunku wykształcenia w społeczeństwie właściwych postaw (aspekt ogólnoprewencyjny). Może również spełniać warunki do przeprowadzenia procesu resocjalizacji wobec ukaranej jednostki (aspekt szczególnoprewencyjny). Potrzeby resocjalizacyjne albo brak takich potrzeb mogą przemawiać za wymierzeniem kary bądź zastosowaniem środków łagodniejszych, niż byłoby to dopuszczalne przy uwzględnieniu stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu i granic zawinienia. Kara nie może jednak przez swą łagodność sprzeciwiać się ocenom społecznym, które związane są z wartością zaatakowanego przestępstwem dobra. W tym kierunku należy, m.zd., interpretować zawarty w art. 73 § 2 k.k. zakaz stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary, jeżeli sprzeciwiają się temu względy na społeczne oddziaływanie kary.

Ad c. W fazie wykonania kary wpływ prewencji ogólnej, a także racjonalizacji idei sprawiedliwości staje się drugorzędny. Odgrywać on powinien rolę tylko o tyle, o ile niewykonanie orzeczonej kary mogłoby przekreślić efekt ogólnoprewencyjny (w znaczeniu kształtowania właściwych postaw) osiągnięty ustawowym zagrożeniem oraz orzeczeniem kary.

Proces wykonania kary, szczególnie kary pozbawienia wolności, służyć ma celom szczególnoprewencyjnym (art. 37 § 1 k.k.w.). Szczególnie niebezpieczne dla praw jednostki może być dopuszczenie w tej fazie oddziaływania ogólnoprewencyjnego, rozumianego jako potrzeba odstraszenia.

W ustawodawstwie polskim stwierdzić można wpływ prewencji ogólnej na proces wykonania kary. Kodeks karny uzależnia stosowanie warunkowego przedterminowego zwolnienia od stwierdzenia, że cele kary zostały osiągnięte (art. 90 § 1 k.k.). Orzecznictwo, a również doktryna łączą tę przesłankę warunkowego przedterminowego zwolnienia z osiągnięciem celów w zakresie prewencji ogólnej.<sup>23</sup> Gdyby chcieć ściśle przestrzegać ustawy, to instytucja przedterminowego warunkowego zwolnienia nie mogłaby być w ogóle stosowana lub też byłaby stosowana zupełnie wyjątkowo. Stwierdziłem już, że jest niemożliwe ustalenie społecznego oddziaływania konkretnej kary. Nie da się więc ustalić, czy konkretna kara spełniła swoje cele w zakresie prewencji generalnej. Ustawa powinna jednoznacznie ograniczyć przesłanki warunkowego przedterminowego zwolnienia tylko do wyników procesu resocjalizacji.

Z powyższego wynika, że nie można stać na stanowisku uznającym tylko jedną

<sup>23</sup> Patrz: Projekt kodeksu karnego (Uzasadnienie), Warszawa 1968, s. 120, a także na ten temat J. Sze w c z y k: Prewencja generalna a warunkowe przedterminowe zwolnienie, „Zeszyty Naukowe IBPS”, z. 7/1977, s. 176 i n.

racjonalizację karania jako gwarantującą zabezpieczenie w procesie karania praw jednostki. Karanie narusza zawsze dobra jednostki, co może być usprawiedliwione jedynie funkcją państwa zobowiązanego do zapewnienia wspólnego dobra i optymalnych warunków rozwoju jednostek składających się na społeczeństwo. Racjonalizację ogólnoprewencyjną, szczególnoprewencyjną i idei sprawiedliwości nie muszą się wzajemnie wykluczać, lecz powinny być rozumiane jako czynniki uzupełniające się, z tym jednak zastrzeżeniem, że w poszczególnych fazach wymiaru kary różna racjonalizacja staje się pierwszoplanowa. W procesie ustanawiania zagrożeń funkcję tę pełni społeczne oddziaływanie kary, w procesie wymiaru kary rolę racjonalizacji dominującej powinna pełnić racjonalizacja idei sprawiedliwości. Natomiast w fazie wykonania kary na pierwszy plan wychodzi racjonalizacja indywidualnoprewencyjna.

KAZIMIERZ BUCHAŁA

## NOWE UJĘCIE KARALNEGO MARNOTRAWSTWA I NIEGOSPODARNOŚCI W ART. 217 K.K.

*Praca przedstawia wady uregulowania prawnego z 1969 r. dotyczące art. 217 i 218 k.k., a następnie zmiany dokonane w treści art. 217 k.k. Zawiera także propozycję wykładni tegoż art. 217 k.k. oraz określa stosunek tego przepisu do przepisu art. 218 i 246 k.k.*

### I. Przestępstwo niegospodarności w pierwotnej wersji — wady i zalety

Zjawiska niegospodarności i marnotrawstwa, braku dostatecznego nadzoru nad mieniem społecznym, braku jego ochrony i należytego składowania lub przechowywania podlegały pod rządami kodeksu karnego z 1932 r. karze na podstawie art. 286 § 1 k.k., jeżeli istotna szkoda rzeczywiście nastąpiła, choć przepis ten wcale do karalności nie wymagał nastąpienia szkody, zadowalał się bowiem „działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”. Był to przepis „wo-rek”, w którym mieściło się wszystko, co wiązało się z wykonywaniem pewnego zakresu władzy, a miało formę czynu będącego jej przekroczeniem lub niedopełnieniem obowiązków, nawet jeśli wyczerpywało znamiona przestępstwa typu niesłużbowego. Potrzeba wprowadzenia wyspecjalizowanej normy nastawionej na karną ochronę prawidłowego gospodarowania była pilna ze względu na zakres zdarzeń będących niegospodarnością oraz na nieadekwatność normy art. 286 d.k.k. do natury zjawiska. Normy takie wprowadził dopiero kodeks karny z 1969 r.

w art. 217 i 218 k.k. Normy te, łącznie biorąc, miały wyczerpać cały zakres karygodnych czynów w zakresie gospodarowania w sensie dynamicznym i statystycznym,<sup>1</sup> tj. zachowań związanych z wyborem celów oraz środków i dróg ich realizacji oraz zachowań związanych z niedostateczną troską o ochronę mienia i nadzór

<sup>1</sup> Por. S. Wagner: O niektórych problemach związanych z tzw. pośrednią odpowiedzialnością karną za straty w mieniu społecznym, „Problemy Praworządności” 1975, nr 7-8, s. 14 i n.; O. Górniok: Przestępstwa gospodarcze, Warszawa 1981, s. 32 i n.