

Janusz Kochanowski

Powrót do retributywizmu

Palestra 50/11-12(575-576), 29-34

2005

Artykuł został 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.

POWRÓT DO RETRYBUTYWIZMU

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

ALAIN PEYREFITTE

Zacznijmy od podstawowego pytania: czy mamy w ogóle prawo karania, pod jakimi warunkami, w jakim stopniu i w jaki sposób? Zaletą tego rodzaju prostych pytań – w tym przypadku powtózonego za H. Morrisem¹ – jest uzmysłowienie sobie, że odpowiedź na nie wcale nie musi być równie prosta i jednoznaczna.

Może ona brzmieć, że wystarczającym uzasadnieniem kary jest wyrządzone zło lub przeciwnie, że jest nim potrzeba prewencji, czyli powstrzymania przed jego powtórzeniem w przyszłości albo też, że nie mamy do niej żadnego prawa, gdyż nie jest ona w stanie odwrócić tego co się już stało, potęgując jedynie zaistniałe zło przez dodanie do niego nowego.

Stajemy w ten sposób przed trzema głównymi nurtami w odpowiedzialności karnej. Opartym na sprawiedliwościowym jej rozumieniu, które opiera ją na *czynnie i winie* sprawcy, za które wymierzana jest mu, proporcjonalna do popełnionego przestępstwa, *kara*. Albo na podejściu utylitarnym, które zwraca uwagę, że przedmiotem kary nie jest czyn, lecz *człowiek*, jej podstawą nie tyle wina, ile *stan niebezpieczeństwa* sprawcy. Czyli ocena stopnia możliwego z jego strony zagrożenia w przyszłości. Przy tego rodzaju nakierowanym na przyszłość nastawieniu pojęcie, proporcjonalnej do czynu i winy, kary przestaje mieć swój sens i zostaje zastąpione *środkami zabezpieczającymi* dostosowanymi do potencjalnego niebezpieczeństwa ze strony sprawcy².

¹ Patrz dalej – Herbert Morris, *Persons and Punishment*, „The Monist” L II, 1968, nr 4, s. 475–501.

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

Jeszcze inaczej przedstawia się to w przypadku trzeciej z możliwych odpowiedzi. Odpowiedzi negującej sens kary i prawo do jej wymierzania, co stanowi punkt wyjścia współczesnego *abolicjonizmu*. Najbardziej znaną z jego postaci jest tzw. sprawiedliwość naprawcza. Niektórzy jej przedstawiciele posuwają się tak daleko, że negują samo istnienie przestępstwa³. W jego miejscu widzą wymagający rozwiązania *konflikt*, czemu ma służyć *dyskurs* lub *mediacja*, a celem ma być *naprawa i pojednanie*⁴.

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

Historycznie rzecz biorąc można uważać, że punktem wyjścia rozwoju koncepcji odpowiedzialności było klasyczne rozumienie sensu kary i odpowiedzialności, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę chronologię teoretycznego opracowania każdego z tych nurtów w nowożytnej teorii prawa karnego. Kolejnym, od końca XIX wieku do drugiej połowy wieku XX, było prewencyjne rozumienie kary. Na kontynencie miało swoje uzasadnienie w socjologicznej szkole prawa karnego oraz w pozytywizmie filozoficznym⁵. W krajach anglosaskich w filozofii użytecznej, której wiodącym przedstawicielem był J. Bentham. Odstraszenie, kontrola społeczna, rehabilitacja i terapia stanowiły jedynie racjonalne – jak uważano – uzasadnienie sensu kary. Ostatnim i stosunkowo nowym jest ruch abolicjonistyczny, który chciałby być czymś w rodzaju końca historii ewolucji odpowiedzialności karnej, prowadzącej do jej zaniku.

Istnieje też między nimi kolejność logiczna, gdyż klasyczna koncepcja kary stanowi rodzaj racjonalizacji pierwotnej reakcji karnej, której istnienie (i powstanie) jest oczywiście niezależne od naszej inwencji czy refleksji teoretycznej. Parafrazując słowa J. F. Stephena można powiedzieć, że prawna odpowiedzialność karna ma się tak do pierwotnego mechanizmu przestępstwa i kary, jak małżeństwo do pożądania seksualnego⁶. Nie tworzy go, lecz reguluje. Utylitaryzm stara się z kolei modelować odpowiedzialność karną tak, aby osiągnąć zamierzone cele społeczne. W szczególności zapobieżenie i zwalczanie przestępczości. Wprowadzając do odpowiedzialności instytucje przedtem nieuwzględniane – jak chociażby probacje czy wspomniane środki zabezpieczające. Natomiast abolicjonizm traktowany tak konfrontacyjnie, jak chcą tego jego zwolennicy, jest elementem finalnego rozkładu sys-

³ N. Christie, *Conflicts as Property*, „The British Journal of Criminology” XVII, 1977, nr 1; *Crime Control as Industry: Towards Gluags: Western Style*, London–New York 2000.

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

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

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

temu odpowiedzialności karnej. Rozumiany bardziej konstruktywnie stanowi czynnik twórczego niepokoju, każąc na nowo przemyśleć podstawowe pojęcia takie jak przestępstwo, kara oraz granice uprawnionej interwencji państwa. Sformułowanie postawione na wstępie za H. Morrisem pytania o *prawo do karan*a, czyli jak gdyby oczekującego usprawiedliwienia kary jest refleksem tego rodzaju zastrzeżeń czy wątpliwości.

Niezależnie od tej historycznej czy logicznej kolejności występują one też równolegle, wywierając wpływ na konkretny system prawny, w którym, zależnie od klimatu filozoficznego i społecznego, raz jeden, raz drugi wysuwa się na plan pierwszy. Jeśli więc w końcu XIX w. klasyczne pojmowanie odpowiedzialności uległo wpływowi myślenia prewencyjnego, tak sto lat później, w zupełnie zmienionych warunkach, dochodzi do procesu odwrotnego. Odejścia od czysto prewencyjnego rozumienia kary i powrotu do retributywizmu, którego odrodzenie można było odnotować w latach 60. i 70. w Stanach Zjednoczonych, a następnie w kilku innych krajach.

Zostało ono spowodowane kilkoma czynnikami. W pierwszym rządzie złymi doświadczeniami prewencyjno-resocjalizacyjnego modelu odpowiedzialności karnej. W swoim krańcowym, ale i najbardziej konsekwentnym ujęciu prowadzącym do wyroków nieoznaczonych. M.in. rezultatami empirycznych badań opublikowanymi przez Roberta Martisona w roku 1974 w pracy zatytułowanej *What Works?*⁷. Przebadł on ponad 200 różnych programów resocjalizacyjnych, aby w rezultacie móc odpowiedzieć, że żaden z nich właściwie nie spełnił pokładanych nadziei. Powrotność do przestępstwa okazała się niezależna od stosowanych programów resocjalizacyjnych. A także odmiennym klimatem filozoficznym, czego wyrazem było odejście od instrumentalnego traktowania sprawcy na rzecz widzenia w nim odpowiedzialnego podmiotu moralnego, którego godność człowieka i obywatela wymaga sprawiedliwej, proporcjonalnej do winy i przewidywalnej kary. Było to, jak się wydaje, związane ze zwiększeniem znaczenia praw człowieka, wśród których właśnie godność zajmuje centralne miejsce. Nie bez wpływu pozostawała rosnąca popularność koncepcji społeczeństwa obywatelskiego oraz państwa prawa. Katalizatorem tych przewartościowań oraz rozwoju badań empirycznych i nauki prawa karnego był gwałtowny wzrost przestępczości. Wydatki na walkę z przestępczością były w pewnym okresie w Stanach Zjednoczonych porównywalne z wydatkami na zbrojenia.

Powoływany już artykuł Herberta Morrisa *Persons and Punishment* (1968) jest charakterystycznym przykładem zmieniającego się wówczas wspomnianego klimatu filozoficznego. Jak możemy w nim przeczytać, kara jest prawem przyrodzonym i niezbywalnym, a jej zakwestionowanie oznacza podważenie wszelkich praw i obowiązków moralnych.

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

Prawdziwie przełomowe znaczenie miał jednak raport Andrew von Hirscha *Doing Justice* (1976) oraz wcześniejszy (1971) raport American Friends Service Committee pt. *Struggle for Justice*. Ten ostatni zapoczątkował nie tylko intelektualny, ale również społeczny ruch na rzecz kary sprawiedliwej i proporcjonalnej. Zasada proporcjonalności leżąca u podstaw retrybucyjnego rozumienia odpowiedzialności sprawiła, że pojęcie sprawiedliwości stało się na powrót kluczowe w teorii wymiaru kary. Podobnie jak w klasycznym retrybucywnym, wymóg proporcjonalnej i sprawiedliwej kary stawiany jest przed dążeniem do traktowania jej jako środka do zwalczania i zapobiegania przestępstwom. Z tego względu reakcja karna powinna traktować skazanego oraz potencjalnych przestępców jako podmioty moralne – tzn. posiadające zdolność ocen etycznych dotyczących dobrych i złych stron swoich czynów oraz dostosowania swojego zachowania do obowiązujących norm. Dowolność sędziowska w wyborze celów realizowana za pomocą wymierzanych sankcji powinna być ograniczona. Podobnie jak ingerencja państwa w życie skazanych przestępców.

Nie można nie zauważyć, że jakkolwiek współczesny retrybucywnizm oznacza powrót do jego podstawowych założeń, to oczywiście w zmienionych politycznych i społecznych warunkach posługuje się zupełnie innymi kategoriami: demokracji i państwa prawa, liberalizmu komunitarnego, godności i wolności człowieka jako przyrodzonych i niezbywalnych praw jednostki. Od Kanta dzieli go całe doświadczenie współczesnej filozofii.

Od czasu wymienionych wyżej prac Herberta Morrisa i Andrew von Hirscha swój wkład do współczesnego retrybucywnizmu wniosło szereg znaczących teoretyków amerykańskich, brytyjskich, niemieckich i skandynawskich: Andrew Ahworth, Antony E. Bottoms, Antony Duff, Wolfgang Frisch, Tatjana Hörnle, Joel Feinberg, Nils Jareborg, Hans-Jörg Albrecht, Bernd Schünemann. Ich prace miały wpływ nie tylko na praktykę wymiaru kary, ale również reformę systemów odpowiedzialności karnej w niektórych stanach amerykańskich, jak Oregon i Minnesota, oraz w niektórych krajach Europy Zachodniej, w szczególności w Finlandii i Szwecji. Kilku z nich gościliśmy w 2002 r. na naszej konferencji poświęconej „Odpowiedzialności karnej w systemach liberalnych demokracji”⁸, a obecnie mamy okazję prezentowania polskiemu czytelnikowi, który może się przekonać o zupełnie innym sposobie rozumienia odpowiedzialności, a także pisania na jej temat.

Jakkolwiek na kontynencie europejskim istnieje jeszcze zwyczaj dystansowania się do retrybucywnizmu jako zbyt prostego, żeby nie powiedzieć nieracjonalnego i społecznie bezużytecznego sposobu pojmowania funkcji kary, to wydaje się, że istnieją już przesłanki do zmiany tego stanowiska. Renesans retrybucywnizmu w Stanach Zjednoczonych oparty został głównie na zmianie relacji do sprawcy jako podmiotu odpowiedzialności. Uznanie godności człowieka i równości jako naczelných

⁸ Materiały tej konferencji można znaleźć na stronach internetowych www.iusetlex.pl.

zasad prawa, które nie pozwalają traktować człowieka jako środek, ale cel sam w sobie, które wymagają równej kary za to samo oraz równego traktowania sprawcy i ofiary było powodem powrotu do filozofii Kanta.

Tego rodzaju uznanie godności człowieka i równości wobec prawa jest obecnie zapisane we wszystkich podstawowych aktach europejskich. Takich jak przyjęta w roku 2000 Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (art. 1), w niedoszłym do skutku traktacie konstytucyjnym (art. II 61), czy wreszcie, co z naszej perspektywy jest nie mniej istotne – w konstytucji RP z 1997 r. (art. 30). Trudno przypuszczać, aby pozostały one bez wpływu na tak ważny społecznie segment życia społeczne-go, jakim jest prawo i odpowiedzialność karna.

Szczególną przesłanką czy symptomem zapoczątkowanego powrotu jest popularność koncepcji tzw. pozytywnej prewencji generalnej⁹, według której celem kary jest umocnienie obowiązujących norm w świadomości społecznej i która jest niczym innym, jak odmianą Hegłowskiej koncepcji zaprzeczenia zła i potwierdzenia dobra przez sankcję. Jest nią także rosnąca rola, jaką przyznaje się ofierze przestępstwa. Jeśli rzeczywiście chce się traktować ją poważnie, wówczas trzeba wziąć pod uwagę, że ofiara domaga się przede wszystkim sprawiedliwości, przez którą rozumie ona nic innego, jak właśnie sprawiedliwość retributywną. Świadectwem tego rodzaju tendencji wydaje się wreszcie *Corpus Iuris*, czyli kodeks zawierający przepisy mające na celu ochronę interesów finansowych Unii Europejskiej, który wybrał retributywizm jako dyrektywę wymiaru kary.

Wzrost przestępczości w szeregu krajów, w szczególności w krajach postkomunistycznych, oraz rażąca zawodność wymiaru sprawiedliwości stawiają zadanie rewizji dotychczasowych utartych poglądów i zużytych schematów. Skłania – jak zawsze w takich przypadkach – do powrotu do źródła, którym jest podstawowa zasada porządku rzeczy¹⁰, stanowiąca rodzaj prawa naturalnego lub wynalazku człowieka podobnego do tego, jak wynalezienie koła; że zło powinno zostać ukarane, a dobro nagrodzone. Zadaniem sprawiedliwej i proporcjonalnej do przestępstwa kary jest przywrócenie wiary w prawomocność naruszonych przez przestępstwo reguł (*sprawiedliwość retributywna*). Następnie jest nim wyrównanie wyrządzonej krzywdy tak, aby ten, kto dopuścił się przestępstwa i pogwałcił prawo, nie odnosił korzyści kosztem tych, którzy go przestrzegają (*sprawiedliwość dystrybutywna*)¹¹. I wreszcie zabezpieczenie poprzez uniemożliwienie sprawcy popełnienia nowego przestępstwa, przynajmniej w okresie odbywania przez niego kary pozbawienia wolności lub trwania środka zabezpieczającego.

⁹ Cl. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3 Aufl, 1997, s. 740–745, także B. Schuenemann, A. von Hirsch, N. Jareborg, *Positive Generalpraevention*, 1998.

¹⁰ Patrz M. Królikowski, *Sprawiedliwość retributywna wobec wezwań abolicjonizmu* (maszynopis).

¹¹ Herbert Morris, *Persons and Punishment*, *op. cit.*

Pierwszym celem odpowiedzialności karnej nie jest to, co na co dzień wydaje się najważniejsze, a mianowicie zwalczanie przestępczości. Zabezpieczenie społeczeństwa przez uwięzienie sprawcy, podobnie jak odstraszenie potencjalnych sprawców przez tzw. prewencję generalną są również ważnymi celami. Są to jednak cele dalsze, podporządkowane wymiarowi sprawiedliwej kary, której zadaniem jest właśnie przywrócenie ładu moralnego i odbudowa kapitału społecznego. Społeczeństwo nie może funkcjonować bez przewidywalnego przestrzegania ustalonych zasad, których naruszenie pociąga za sobą sankcję – o czym najłatwiej przypominamy sobie, kiedy porządek społeczny ulega korozji.