

RACJONALIZACJE KARY

1. Synteza tradycyjnych modeli klasyfikacyjnych racjonalizacji kary

W nauce prawa karnego możemy spotkać wielką liczbę różnych koncepcji kary. W większości były one opracowane w celu wykazania zasadności stosowania kary, a więc przede wszystkim usprawiedliwienia i wymierzenia dolegliwości zadawanej osobie karanej. W polskiej penologii teorie kary rozumiane jako uzasadnienie ich stosowania określa się ogólnie za Bronisławem Wróblewskim terminem „racjonalizacja kary”.

Tradycyjnie racjonalizacje te starano się sprowadzić do dwóch głównych, różnie określanych kategorii. Dodatkowo także na oznaczenie koncepcji zbyt eklektycznych, by je wpisać w ten dychotomiczny podział, wyodrębniano różne teorie mieszane, czasami zwane też koncyliacyjnymi, zawierające cechy dwóch kategorii podstawowych. Podział ten jest ważnym punktem wyjścia przy próbie zarysowania uzasadnionej merytorycznie klasyfikacji teorii kary. Wymaga on jednak krytycznej analizy, a także dalszego rozbudowania kryteriów klasyfikacji, tak żeby odpowiadały treściom materiału klasyfikowanego, czyli sposobom badania kary w penologii powszechnie rozumianej jako nauka interdyscyplinarna o karze jako zjawisku prawnospołecznym¹.

¹ Takie rozumienie dotyczy rzecz jasna także penologii integralnokulturowej (por.: J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii...*), ale oprócz studiów teoretycznych

1.1. Racjonalizacje imperatywne

Pierwszą kategorię klasyfikacyjną wyróżnioną ze względu na rodzaj powoływanej racjonalizacji możemy określić mianem teorii imperatywnych kary. Etymologicznie imperatyw to „nakaz, reguła, norma moralna”². Cechą wspólną kategorii teorii imperatywnych jest twierdzenie, że z faktu wcześniejszego popełnienia przestępstwa wynika moralny lub polityczny postulat wymierzenia jego sprawcy określonej dolegliwości karnej. Możemy więc powiedzieć, że **teorie kary określamy mianem imperatywnych, jeśli uznają, że karą jest zadawanie określonej dolegliwości, które jest usprawiedliwione i określone co do swojej formy i wymiaru w sposób konieczny, i wystarczający zarazem, wcześniejszym zawinionym i bezprawnym oraz szkodliwym społecznie naruszeniem norm prawa karnego typizujących przestępstwa.**

1.1.1. Racjonalizacje imperatywne kary a funkcja sprawiedliwościowa prawa karnego

W literaturze podkreśla się, że najstarsza jest funkcja sprawiedliwościowa prawa karnego. Należy zgodzić się, że jest to jedna z trzech podstawowych funkcji prawa karnego obok funkcji ochronnej i gwarancyjnej³. Trzeba jednak zauważyć, że czym innym jest imperatywne uzasadnienie kary, a czym innym uznanie sprawiedliwościowej funkcji prawa karnego. Funkcja sprawiedliwościowa prawa karnego może być realizowana w różny sposób, tak jak są różne koncepcje sprawiedliwości, z budzącą współcześnie coraz większe zainteresowanie sprawiedliwością naprawczą włącznie. Zwolennicy wszelkich racjonalizacji

dotyczy też nurtów opisowego wykładu penologii; por. D. Scott, *Penology*, Los Angeles–London–New Delhi–Singapore, Sage 2008.

² Por.: W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, cz. 1, Warszawa, HPS 2007.

³ Por.: L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 6–7. W literaturze penalistycznej funkcje prawa karnego i ich katalog nie są, patrząc detalicznie, ujmowane jednolicie; por. szerzej na temat innych ujęć funkcji prawa karnego w polskiej nauce prawa karnego: A. Marek, *Pojęcie prawa karnego, jego funkcje i podział*, [w:] *System prawa karnego*, t. I: *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa, Beck 2010, s. 10–21.

kary z reguły uznawali proponowane przez siebie uzasadnienie kary za zgodne z uznawaną przez siebie koncepcją sprawiedliwości, podobnie też w imię sprawiedliwości występowali zróżnicowani przeciwnicy posługiwania się karami w polityce kryminalnej. W oczywisty jednak sposób wielu z nich wprost odrzucało i odrzuca imperatywne uzasadnienie kary lub robi to pośrednio, deklarując, że takie uzasadnienie prowadzi do poważnej niesprawiedliwości.

1.1.2. Racjonalizacje imperatywne kary a definicja kary

Kara kryminalna to orzeczone przez sąd w imieniu władzy politycznej intencjonalne potępienie wyrażone prawnie określoną osobistą dolegliwością sprawcy przestępstwa. Tak określona kara za przestępstwo to złożone działania podejmowane na podstawie prawa przez uprawnione organy, działania, które mają zaspokoić poczucie bezpieczeństwa, ładu i sprawiedliwości jednostek i grup społecznych. Działania, które nie byłyby podjęte w odpowiedzi na wcześniej popełnione przestępstwo oraz nie zawierałyby potępienia wyrażonego prawnie osobistą dolegliwością jego sprawcy na podstawie prawomocnego wyroku sądu, nie byłyby karą kryminalną. Kara z definicji jest odpowiedzią na przestępstwo i nie jest to w żadnym stopniu związane z taką lub inną racjonalizacją kary. Czym innym jest określenie, czym jest kara kryminalna, jakie ma cechy konstytutywne, a zupełnie czym innym jest jej uzasadnienie i określenie podstaw jej wymiaru. Nierozróżnianie kwestii definicji kary od zagadnienia jej racjonalizacji było, historycznie rzecz biorąc, źródłem wielu nieporozumień w nauce prawa karnego i penologii w XX wieku.

1.1.3. Racjonalizacje imperatywne kary a funkcja gwarancyjna prawa karnego

Od czasów Oświecenia funkcję gwarancyjną uważa się w myśli penologicznej za niezbędny atrybut cywilizowanego prawa karnego. Pełni ona nie mniej ważną rolę niż funkcja sprawiedliwościowa i funkcja ochronna. W szczególnie sposób funkcja ta wiąże prawo karne z ogólnymi zasadami ustrojowymi, których zadaniem jest ochrona jednostki

przed naruszaniem jej praw podmiotowych przez organy władzy państwowej.

Kara stanowi potężną interwencję w prawa i wolności jednostki i *de facto* jej otoczenia, dlatego też muszą być jasno określone podstawy i granice tej interwencji zarówno w prawie karnym procesowym, jak i prawie karnym materialnym oraz wykonawczym.

To z funkcji gwarancyjnej prawa karnego wyprowadzono w XVIII wieku niezbędną w prawie cywilizowanym m.in. kardynalnej karnoprocessowej zasady domniemania niewinności (*praesumptio boni viri*). Zasada ta została opracowana od strony teoretycznej w nauce prawa karnego już wcześniej, w XVI wieku. Jako reguła oceny dowodów *in dubio pro reo* znana była u postglosatorów Gardinusa (XIII wiek) i Aretinusa (XV wiek). Czasami jej kulturowych źródeł doszukuje się w cywilizacji europejskiej w reskrypcie cesarza Trajana z II wieku n.e., który stanowił: *Satius nim impunitum relinqui facinus nocentis qua innocentem damnari* (słusznym byłoby raczej bezkarnym winnego pozostawić, niż krzywdę niewinnemu uczynić). Na początku XIX wieku zasada *in dubio pro reo* została opracowana na użytek nowożytnego procesu karnego przez Stübla (1805 rok). Dopiero bowiem uznanie pod wpływem dorobku Oświecenia fundamentalnej roli w prawie karnym jego funkcji gwarancyjnej spowodowało, że zasada domniemania niewinności weszła po 1848 roku na stałe do wszystkich ustawodawstw europejskich i szerzej do praw cywilizowanych narodów⁴. Podobnie z funkcją gwarancyjną należy wiązać fundamentalną, sformułowaną już w XIII wieku przez Joannesa Teutoniusa, zasadę karnoprocessową *Ne bis in idem crimen judicetur*, a zatem prawomocności materialnej zabraniającej dwa razy sądzić, a więc i karać za to samo przestępstwo. W prawie karnym materialnym jednym z istotnych elementów gwarancyjnej funkcji prawa karnego jest zasada ścisłego oznaczenia czynu zabronionego pod groźbą kary w ustawie obowiązującej w chwili jego popełnienia (*nullum crimen sine lege poenali anteriori*). Jej źródło poszukuje się czasem w starożytności, między innymi w pismach

⁴ Por.: S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa, PWN 1985, s. 325.

Cycerona, jednak stała się ona fundamentem ustrojowym prawa karnego materialnego dopiero pod wpływem myśli reformatorskiej Oświecenia⁵. Prawo karne określa rozbudowane zasady odpowiedzialności karnej, które obejmują zarówno formalne ścisłe określenie znamion czynu zabronionego ze względu na materialną szkodliwość społeczną *in abstracto* (typu zachowania) oraz *in concreto* (szkodliwości konkretnego zachowania), winę oraz bezprawność. Teoria winy jako podstawy odpowiedzialności karnej rozwijała się w Europie od starożytności pod wpływem dorobku prawa rzymskiego i następnie prawa kanonicznego, wypierając stopniowo stare germańskie zasady odpowiedzialności karnej przede wszystkim za sam skutek. W prawie karnym wina to możliwość postawienia człowiekowi zarzutu z tytułu zachowania zabronionego w ustawie pod groźbą kary wymierzanej na zasadach odpowiedzialności prawnokarnej zawartej w nauce prawa karnego i formalnie sprofilowanej w części ogólnej kodeksu karnego⁶. Wina pozwala wiązać zastosowania kary z prawami podmiotowymi jednostki, a nie tylko z potrzebami społeczności w zakresie zapewnienia ładu, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Dystynkcja bezprawności jako niezbędnej przesłanki odpowiedzialności karnej musiała nato-

⁵ Por.: S. Salmonowicz, *Prawo karne Oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przełomu XVIII/XIX w.*, Toruń, TNT 1966; Cesare Beccaria (1738–1794) *reformator prawa karnego i jego epoka*, red. S. Salmonowicz, Toruń, TNT 1995; K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa. Szkice z dziejów kultury prawnej Europy*, Wrocław–Warszawa–Kraków, Ossolineum 2000, s. 44–57. Jednak już w XII wieku P. z Lombardii w swoich słynnych wykładach teologicznych (*Libri Sententiarum*) twierdził, że „nie ma grzechu tam, gdzie nie było zakazu: Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fuisset”, co Harold Berman uważa za początek długiej drogi do osiemnastowiecznej zasady Nullum crimen, nulla poena sine lege; por.: H.J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa, PWN 1995, s. 228, 246; J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii*, s. 95–96.

⁶ Por.: R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, éd. 3, Paris, Sirey 1913 (nouveau tirage 1928), s. 113–134; *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa, Beck 1999, s. 142–169. G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa, Beck 2009, s. 35–114. A. Zoll, *Wina i kara*, „Nauka” 2004, nr 1, s. 31–33; J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii*, s. 64–70.

miast zostać opracowana teoretycznie i znaleźć wyraz w prawie karnym materialnym właśnie ze względu na ugruntowanie znaczenia ścisłej zasady *nullum crimen* i ujęcia odpowiedzialności, ale i w pewnym stopniu samej konstrukcji przestępstwa (jego form zjawiskowych i stadialnych), w nawiązaniu do zasady winy, a nie jedynie związku przyczynowo-skutkowego. Coraz wyraźniej było widać, że nie każdy czyn noszący znamiona czynu zabronionego przez ustawę karną jest rzeczywiście sprzeczny z prawem (może być przypadkiem kontratypu, np. obrony koniecznej). W penologii mówimy w związku z tym o semi-imperatywności zakazu karnego.

Podobną rolę do zasady *nullum crimen* pełni zasada *nullum poena sine lege*, nie ma kary bez ustawy. Także w odniesieniu do kary obowiązuje, ze względu na funkcję gwarancyjną prawa karnego, nakaz stosowania tylko form kary przewidzianych prawem za dane przestępstwo i w wymiarze zgodnym z regułami tego prawa. Wynika z tego zakaz analogii, zakaz stosowania działań innych od form kar wynikających z kodeksu prawa karnego materialnego i kodeksu karnego wykonawczego, choćby do nich podobnych, a także zakaz retroaktywności. Zarówno ustanawianie określonych kar, jak i ich stosowanie muszą być zgodne z ogólnymi zasadami porządku prawnego, w tym z zasadami konstytucji. Naczelną podstawą ładu konstytucyjnego jest poszanowanie godności człowieka. Z zasady tej wynika konieczność dostosowania systemu kar do minimalnych standardów ochrony godności ludzkiej, jakie w toku procesu cywilizacyjnego zostały osiągnięte przez społeczeństwa⁷. Są to ogólne i szczegółowe, np. odniesione do więźniów, standardy praw człowieka w prawie międzynarodowym, europejskim i konstytucyjnym oraz odpowiednim orzecznictwie sądów krajowych, regionalnych i międzynarodowych. Do godności człowieka w kontekście tych standardów odwołuje się zasada humanitaryzmu karania zawarta wprost w konstytucji, kodeksie prawa karnego materialnego i kodeksie prawa karnego wykonawczego. Niektórzy uczeni w dobrej intencji mówią wręcz o humanizmie karania, co jest jednak niewłaściwe merytorycznie. Humanistyczne są działania,

⁷ Por.: A. Zoll, *Polityka karna w kontekście obowiązku poszanowania godności osoby karanej*, [w:] *Kara w nauce i kulturze*.

których celem jest dobro człowieka, każdego człowieka. Na gruncie znaczeń języka, ale też powszechnej praktyki wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych współcześnie i w przeszłości takie określenie kary kryminalnej byłoby fałszywe⁸. Kara za przestępstwo jest z definicji zadawaniem dolegliwości ze względu na zapewnienie poczucia bezpieczeństwa, ładu i sprawiedliwości, a nie samo dobro karanego sprawcy, jak w teorii wychowania, i dlatego takie działanie nie może być w sposób sensowny określone jako humanistyczne na gruncie znaczeń języka. W trakcie wykonywania działań o charakterze *par excellence* niehumanistycznym, jakim jest stosowanie kary, można się starać działać po ludzku, zarówno jeśli chodzi o ogólne standardy działania, jak i konkretne zachowania osób uwikłanych w proces karania. Jednak ta bardzo ważna społecznie i ustrojowo humanitarność nie uczyni kary działaniem humanistycznym.

To właśnie ze względu na gwarancyjną funkcję prawa karnego tak fundamentalną kwestią jest określenie definicji kary kryminalnej i pojęciowe oddzielenie jej od innych środków kontroli społecznej. Stan rzeczy, który jest usprawiedliwieniem instytucji prawnej i społecznej kary, może już nie być żadnym usprawiedliwieniem dla innych form działania i na odwrót, to co może usprawiedliwić inne represyjne formy kontroli (na przykład kwarantannę), nie może usprawiedliwić kary. Zdefiniowanie ogólnych cech instytucji kary kryminalnej ma więc doniosłe znaczenie praktyczne dla naszych praw i wolności. Zwolennicy humanizmu natomiast powinni raczej rozważyć, jakie warunki społeczne musiałyby być spełnione, aby można było zapewnić ludziom poczucie bezpieczeństwa, ładu i sprawiedliwości, spełnić funkcję sprawiedliwościową, gwarancyjną i ochronną prawa karnego, nie uciekając się do kar kryminalnych ani innych działań na szkodę człowieka, każdego człowieka. Z samej dobrej intencji, jak uczy historia, w tym najnowsza historia myśli penologicznej i instytucji karnych, wynika czasami więcej szkód niż pożytku.

Nie przez przypadek Franz von List, czołowy przedstawiciel szkoły socjologicznej prawa karnego, a za nim jeden z pierwszych

⁸ Por.: J. Utrat-Milecki, *Penologiczna analiza pojęcia humanitarnego karania*, „Prace IPSiR”, t. 14, 2009, red. J. Kwaśniewski.

budowniczych podstaw polskiej penologii, Bronisław Wróblewski, za naczelne zadanie penologii uznali „przyczynowe określenie zjawiska, które zwie się karą, oraz ustalenie jego pojęcia, w szczególności oddzielenie kary od innych społecznych środków zabezpieczających”⁹. W tym samym czasie jeden z najwybitniejszych dwudziestowiecznych karnistów francuskich R. Garraud przedmiot penologii określał w sposób następujący: „Państwo przystosowuje represję do celów, które chce osiągnąć, a postęp nie polega na usunięciu cierpienia, które jest istotą kary, ale na używaniu go w interesie wspólnym społeczeństwa i przestępca, na uznaniu cierpienia za środek, a nie za cel. Funkcje kary i sposoby jej stosowania są przedmiotem penologii, czyli nauki o karze”¹⁰.

1.2. Racjonalizacje instrumentalne

Drugą kategorię klasyfikacyjną stanowią różnie określane teorie instrumentalne. Ich nazwa pochodzi od łacińskiego słowa „*instrumentum*”, co oznacza sprzęt, narzędzie, środek pomocniczy, ale też słowo to pochodzi dalej od czasownika „*instruere*”, który tłumaczy się na polski jako „badać”, „szykować”, „wyposażać”, „poinformować”, „pouczyć”¹¹. **Teorie instrumentalne poszukują uzasadnienia kary w studiach na temat metod osiągnięcia różnie dookreślanych celów społecznych, jakie chce się karą osiągnąć w zakresie zapobiegania przestępczości na przyszłość.** Zgodnie z tymi teoriami usprawiedliwieniem kary i jej wymiaru, w tym ewentualnie formy organizacyjnej sankcji penalnej, jest wyłącznie konieczność określonego ukarania sprawcy przestępstwa, zdefiniowana zgodnie z aktualnym stanem wiedzy na temat skutecznych, proporcjonalnych w skali wartości konstytucyjnych i dopuszczalnych społecznie metod oddziaływania na

⁹ Cytowane za: B. Wróblewski, *Penologia. Socjologia kar*, t. I, s. 14.

¹⁰ Por.: R. Garraud, *Traité théorique et pratique...*, s. 37–38.

¹¹ Por. hasło: „Instruować”, [w:] W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych...*, cz. 1, s. 258; hasło: „Instrumentum”, [w:] *Słownik łacińsko-polski*, red. K. Kumaniecki według słownika H. Mengego i H. Kopii, Warszawa, PWN 1977, s. 269.