

BOGUSŁAW JANISZEWSKI

## WINA A WYMIAR KARY WOBEC RECYDYWISTÓW W ŚWIETLE DOŚWIADCZEŃ NIEMIECKIEGO PRAWA KARNEGO

W projekcie kodeksu karnego autorstwa Komisji do Spraw Reformy Prawa Karnego, opublikowanym w Warszawie w 1990 r., uznano za zasadę wymiaru kary, by „...jej dolegliwość nie przekraczała stopnia zawinienia” (art. 50 § 1 projektu). Jednocześnie przyjęta tam propozycja odnośnie do dyrektyw nadzwyczajnego wymiaru kary wobec recydywistów budzi wątpliwości co do przestrzegania takiej zasady winy podczas stosowania tych dyrektyw związanych z recydywą specjalną. Problem możliwości oparcia wymiaru kary w stosunku do recydywistów na czynniku winy będzie przedmiotem niniejszych rozważań.

Dyskusję nad tymi zagadnieniami warto jednak poprzedzić uwagami wypowiedzianymi na tle prób ich rozwiązania przez inne ustawodawstwo i naukę prawa. Sprawa powiązania nadzwyczajnego wymiaru kary w przypadku recydywy z czynnikiem winy analizowana była chyba najbardziej rozlegle i wnikliwie w nauce prawa karnego RFN. Kanwę tych rozważań stanowiła zaś toczona w Niemczech od ponad stu lat dyskusja nad uzgodnieniem roli czynnika winy i czynnika prewencji na gruncie jednego kodeksu karnego. W ostatnim czasie dyskusje te uległy pewnemu nasileniu i mówi się tam o nowym obliczu dawnego sporu. Odwołanie się zatem do niektórych doświadczeń niemieckiego prawa karnego wydaje się tu uzasadnione.

Instytucjonalizacja wymiaru kary w przypadku recydywy jest od dawna szczególnym punktem spornym w obrębie głównych koncepcji kary, a więc ontologii całego prawa karnego. W obliczu tych sporów czołowy penalista niemiecki H.-H. Jescheck stwierdza, iż problem jej zwalczania „...jest dotąd nie rozwiązany i być może w ogóle nierozwiązywalny”<sup>1</sup>. W każdym razie próby takiego czy innę oparcia wymiaru kary wobec recydywistów na zasadzie winy będą wymagały kompromisów pomiędzy tą ostatnią a racjami prewencji. Recydywa zaś, jako element biografii sprawcy, wiąże się przede wszystkim z właściwością podmiotu, a nie z właściwością czynu. Powołajmy się tu na słowa innego słynnego karnisty, G. Vasalli, który uważa obecny synkretyzm doktrynalny w ramach ustawy karnej za zjawisko niezbędne i zdrowe,

<sup>1</sup> H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, wyd. 4, Berlin 1988, s. 5.

podkreślając przy tym, iż sprawiedliwość i użyteczność, wymagania moralne i wymagania ochronne - to elementy, z których nierozłączności współczesny penalista musi sobie zdawać sprawę<sup>2</sup>.

1. Zasada *nulla poena sine culpa* ma w Niemczech rangę konstytucyjną. Pełni ona funkcję limitującą karę, wyznaczając górną granicę interwencji państwa opartą na określonym celu kary<sup>3</sup>. Służy zatem także niezbędnej obronie sprawcy przed nadmiarem represyjnego oddziaływania, tak, aby kara jako społeczna nagana ograniczona była do czynów, które zasługują na ujemną ocenę etyczną. Jak podkreślała H. Kaufmann, oparcie kary na winie osiąga silne związanie z istnieniem rzeczywistej zarzucalności, której wielkość przesądzać ma też o wielkości kary. W ten sposób uwypukla się prawno - etyczne uzasadnienie kary, które nie da się zastąpić racjami celowości karania<sup>4</sup>.

Z treści § 26 ust. 1 niemieckiego kodeksu karnego z 1974 r. (dalej: nkk), który normuje podstawy sądowego wymiaru kary, wynika wyraźnie funkcja priorytetu dyrektywy określającej współmierność kary do stopnia winy. W przepisie tym mowa jest jednak także o tym, że podczas wymierzania kary należy brać pod uwagę skutki, jakie kara może wyrzeć na przyszłe życie sprawcy. W doktrynie zaś dominuje pogląd, iż sens kary stanowi „wyrównanie winy”, a uzasadnienie kary wynika ze spełnienia koniecznych, prewencyjnych zadań ochronnych prawa karnego. Jak się podkreśla, odpowiada to funkcjom dzisiejszego praworządnego państwa socjalnego, które nie powinno ograniczać się w sprawach karnych tylko do podejmowania „sprawiedliwych” decyzji<sup>5</sup>. Posługując się słowami B. Schünemanna można powiedzieć, że cel prewencji uzasadnia potrzebę kary, a zasada winy ogranicza jej dopuszczalność<sup>6</sup>.

Pojęcie winy jako podstawy wymiaru kary („Strafzumessungsschuld”) nie jest utożsamiane z tym pojęciem, jakiego używa się w systemowej strukturze

<sup>2</sup> Por. L. Tyszkiewicz, *Doktryny i ruch „Obrony Społecznej” we współczesnym prawie karnym*, Poznań 1968, s. 167.

<sup>3</sup> Zasada ta wprowadzona jest z art. 28 ust. 1 Konstytucji RFN (zasada państwa prawa) oraz z art. 1 ust. 1 tejże Konstytucji, mówiący o prawie do godności ludzkiej; por. H.-J. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, Köln 1985, s. 93. Odnośnie do funkcji winy limitującej karę zob. ibidem, s. 89 i n., a także H.-H. Jescheck, *Lehrbuch*, s. 19-20, 784 i n.

<sup>4</sup> H. Kaufmann, *Gramaticas Sistem der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht*, w: *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn 1963, s. 418.

<sup>5</sup> Por. H.-H. Jescheck, *Lehrbuch*, s. 57; A. Eser, *Sto lat historii niemieckiego prawa karnego (Spojrzenie w przeszłość i tendencje rozwojowe)*, Państwo i Prawo 1990, nr 12, s. 30; H. Marquardt, *O teoretycznym i praktycznym znaczeniu celów kary w zachodnioniemieckim prawie karnym*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym* pod red. T. Kaczmarka, Wrocław 1990, s. 115 i n.

<sup>6</sup> B. Schünemann, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, w: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, Berlin 1984, s. 187.

przestępstwa („Strafbegründungsschuld”). Pierwsza interpretacja tego terminu określa winę jako „...zawinione bezprawie w swym całośćształcie” co oznacza, iż podstawę wymiaru kary stanowi znaczenie czynu dla naruszonego porządku prawnego (treść bezprawia) oraz ciężar zarzutu uczynionego sprawcy z powodu popełnienia tego czynu (treść winy)<sup>7</sup>.

Zawiniona treść bezprawia czynu istotnie współokreśla zatem jej rozmiar. Treść winy czynu jest w pewnej mierze wyznaczona przez „okoliczności” wymienione w § 46 ust. 2 nkk. Mowa tam o pobudkach i celach działania sprawcy, nastawieniu wynikającym z czynu, związanej z nim woli oraz o rozmiarze naruszonego obowiązku. Wszystkie te elementy pozwalają na ocenę woli sprawcy i przez to wywierają wpływ na stopień zarzucalności.

Regulacja ustawowego wymiaru kary, która - jak zauważa H.-J. Bruns - świadomie powstrzymuje się przed jednoznacznym wyodrębnieniem celów kary<sup>8</sup>, nie rozwiązuje też panującej w tym zakresie rozbieżności co do roli poszczególnych czynników w wymiarze kary. W rzeczywistości, ostatecznie nie rozwiązuje jej też żaden z wypracowanych w tym celu modeli teoretycznych, pozostawiając podstawowe kontrowersje w złagodzonej postaci<sup>9</sup>. Jedną z takich koncepcji jest dominująca obecnie w niemieckiej nauce prawa karnego teoria swobodnego działania, nazywana też „Spielraumtheorie”. Otóż zakłada ona, iż priorytetowym celem kary, który należy uwzględnić podczas jej wymierzania, jest „wyrównanie winy”<sup>10</sup>. Dlatego też wysokość kary jest całkowicie określona przez rozmiar winy. Jednak takiego współmiernego do winy wymiaru kary nie można w konkretnym przypadku ustalić dokładnie, nie można go umieścić w określonym punkcie na skali. „Daje się on jedynie określić w pewnych rozmiarach. Tworzy on niejako płaszczyznę, która rozciąga się od wielkości kary już odpowiadającej winie do wielkości jeszcze odpowiadającej winie”<sup>11</sup>. W tych ramach mogą zostać uwzględnione również inne cele, zarówno prewencji ogólnej (o której ustawa karna niemiecka nie wspomina), jak i prewencji szczególnej. Cele te razem uwzględniane określają ostatecznie wymiar kary co do rodzaju i wysokości<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> H.-H. Jescheck, *Lehrbuch*, s. 792. Co do budzącego kontrowersje pojęcia winy związanej z wymiarem kary pisze on, że zakres tego pojęcia powinien odnosić się nie tylko do czynu, lecz także do osobowości sprawcy (s. 787 i 794). Autor ten krytycznie odnosi się także do użytego w niemieckim kodeksie karnym pojęcia „podstawa” winy (s. 19).

<sup>8</sup> H.-J. Bruns, *Das Recht*, s. 31.

<sup>9</sup> Por. H. Marquardt, *O teoretycznym i praktycznym znaczeniu celów kary*, s. 117.

<sup>10</sup> H.-H. Jescheck odróżnia „wyrównanie” winy od „odkupienia” winy; por. *Lehrbuch*, s. 19 i 59.

<sup>11</sup> H. Marquardt, *O teoretycznym*, s. 119; por. też H.-J. Bruns, *Das Recht*, s. 105; G. Hirsch, *Strafbemessung*, w: H.-H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Berlin-New York 1985, s. 12-13.

<sup>12</sup> H. Marquardt, *O teoretycznym*.

Funkcja winy, jako czynnika limitującego karę, wymaga pojęciowego oddzielenia jej od prewencji. Tymczasem w niemieckiej nauce prawa karnego rozpowszechniony jest pogląd, że wina jest umotywowana prewencją ogólną i określana jest stosowanie do tej prewencji. Czołowym reprezentantem tego stanowiska jest obecnie G. Jakobs. Uważa on, iż jedynie ogólnoprewencyjny cel nadaje treść pojęciu winy, ona sama zaś, jako pochodna prewencji ogólnej, nie może limitować celu, który ją motywuje, może jednak ograniczać cele szczególnoprewencyjne<sup>13</sup>. Zgodnie z drugim, tradycyjnym stanowiskiem - wina i prewencja to dwa czynniki o różnym odniesieniu pojęciowym i różnej doniosłości. Wina będzie tutaj punktem odniesienia dla odpłaty, a prewencja wiąże się z niebezpieczeństwem grożącym ze strony sprawcy, z jego „gotowością” do zachowań przestępczych<sup>14</sup>. Całkiem innej natury argumentem w tej dyskusji jest to, że żaden z przyjmowanych rodzajów prewencji nie nadaje się do pełnienia funkcji czynnika limitującego wymiar kary, już choćby ze względu na brak jednolitych i precyzyjnych kryteriów, na których miałyby się opierać. Dodać można, iż zamierzenia co do integrowania jednostki ze społeczeństwem powinny być oparte na przestrzeganiu tych norm społecznych, które wiążą miarę kary z czynem.

2. Aby rozważyć możliwości oparcia wymiaru kary w przypadku recydywy na zasadzie winy, spróbujmy odwołać się do mającego już dziś znaczenie historyczne przepisu § 48 nkk. Normował on nadzwyczajny wymiar kary wobec recydywistów do 1986 r. i chociaż został wtedy uchylony (bez wprowadzenia później jakiegokolwiek innej regulacji w tym zakresie), stanowi dla nauki prawa karnego pouczający przykład kojarzenia czynnika winy z prewencją.

Jego uchylenie potwierdza do pewnego stopnia pesymistyczną opinię, iż „...do dziś nie udało się zharmonizować kary orzekanej z powodu recydywy z poważnie przyjmowaną zasadą winy”<sup>15</sup>. Przyczyn tego uchylenia było jednak więcej. H. Zipf uznał skreślenie § 48 za zejście z pewnej błędnej drogi, które nie jest bynajmniej rozwiązaniem samego problemu<sup>16</sup>.

Przepis ten przewidywał wymierzenie minimum 6 miesięcy kary pozbawienia wolności wobec sprawcy dwukrotnie już skazanego za umyślne przestępst-

<sup>13</sup> G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeine Teil*, Bonn 1983, s. 17 i n.; por. też C. Roxin, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, w: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München 1979, s. 279 i n.; H. Frister, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutungen als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin 1988.

<sup>14</sup> Por. też H. Frister, *Schuldprinzip*, s. 16.

<sup>15</sup> Por. E. Foregger, *Die Problematik der rechtlichen Behandlung des Rückfalls*, w: *Rückfallkriminalität, Führerscheinenzug (Bericht über die XXIII. Tagung des Gesellschaft für die gesamte Kriminologie)*, pod red. H. Goppingera i R. Vossena, Stuttgart 1986, s. 5.

<sup>16</sup> H. Zipf, *Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des §48 StGB*, w: *Festschrift für H. Tröndle*, pod red. H.-H. Jeschecka i T. Voglera, Berlin-New York 1989, s. 442.

wo, który odbył z tego powodu minimum 3 miesiące kary, oraz któremu z uwagi na rodzaj i okoliczności popełnionych przestępstw można było zarzucić, iż nie potraktował poprzednich skazań jako ostrzeżenia. Zarzut ten nazywano powszechnie „materialną klauzulą recydywy” i wiązano z nim zwiększony rozmiar winy. Zaostrzenia kary nie można było jednak stosować wtedy, gdy zagrożenie karą pozbawienia wolności wynosiło mniej niż jeden rok.

Zarazem, w przypadku zastosowania § 48 wykluczone było orzeczenie kary grzywny, mimo że niemiecki kodeks karny zawiera dyrektywę mówiącą o priorytecie kary grzywny. Ponadto przedawnienie recydywy wynosiło 5 lat, licząc od poprzedniego do ostatniego czynu, a przerywane pobytami w zakładach karnych. Według dość zgodnej opinii nauki dyrektywa podniesienia minimum kary była zrozumiała tylko w świetle koncepcji prewencji szczególnej. Kryła ona bowiem przyjmowane wtedy przeświadczenie, iż kara pozbawienia wolności niższa niż 6 miesięcy nie stwarza wystarczającej szansy dla resocjalizacji recydywistów. Stanowisko to w zakresie prewencji połączono tu właśnie z zasadą winy. Jednakże jednym z powodów uchylenia § 48 nkk była zmiana polityczno-kryminalnej orientacji odnośnie do celów prewencyjnych kary<sup>17</sup>.

Omawiany przepis nie zawierał wskazówki co do tego, jakie poprzednie skazania mają wpływ na zwiększenie winy, a jakie są neutralne w tej mierze. W orzecznictwie i części literatury niemieckiej panował pogląd, że w przypadku tzw. recydywy jednorodnej, lub co najmniej „wewnętrznie powiązanej”, sprawca był w stanie wziąć pod uwagę odstraszący efekt wcześniejszych skazań. Oparty na nim zarzut zwiększonej winy mógł odpaść tylko w wyjątkowych przypadkach - m.in. wówczas, gdy recydywista działał pod wpływem afektu, silnego popędu lub też gdy znajdował się w sytuacji społecznej bezradności. Odstrasząca funkcja kary została zresztą oparta na co najmniej dwóch wcześniejszych skazaniach za umyślne przestępstwa i jednocześnie na odbyciu kary minimum 3 miesięcy pozbawienia wolności. Oba te elementy miały prowadzić do „zwiększonego oporu sprawcy wobec przyszłych kryminalnych pokus”<sup>18</sup>.

Tego rodzaju wyobrażenie co do mechanizmu działania uprzednich kar uznane zostało przez wielu karnistów za pozbawioną podstaw spekulację i poddane ostrej krytyce, szczególnie z kryminologicznego punktu widzenia<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Ibidem, s. 441.

<sup>18</sup> B. Haffke, *Rückfall und Strafzumessung*, w: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, pod red. B.Schünemanna, Berlin 1984, s. 206; podobnie A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 1985, s. 547.

<sup>19</sup> Por. B.-D. Meier, *Die Bestrafung von Rückfalltätern in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA. Eine rechtstatsächliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu §48 StGB*, Göttingen 1982; W. Kürschner, *Die materielle Rückfallsklausel des § 48 StGB*, Jur. Diss. (Kriminologische Schriftenreihe, t. 68, Heidelberg 1978, s. 26-45 i n.

Krytyka ta daje się streścić w głównym zarzucie, iż w przepisie § 48 uregulowany został przypadek nietypowy, gdyż -jak wskazywały na to wyniki badań empirycznych - zarzut zwiększonej winy mógł być podnoszony w nielicznych, pojedynczych przypadkach. Trybunał Konstytucyjny uznał w 1979 r. zgodność tego przepisu z konstytucyjną zasadą winy i podkreślił w swym orzeczeniu, że sędzia w każdym przypadku powinien ustalić, czy oskarżonemu można przypisać zwiększoną winę z uwagi na rodzaj i okoliczności poprzednich przestępstw oraz ostrzeżenie w postaci poprzednich skazań. Komentatorzy tego orzeczenia zwrócili uwagę na to, że Trybunał Konstytucyjny odmówił zarazem racji trzem innym możliwym do przyjęcia koncepcjom, a mianowicie: 1) koncepcji specjalnoprewencyjnego zaostrzenia kary niezależnie od winy; 2) koncepcji „winy sposobu życia” względnie „winy charakteru”; 3) „modelowi wzrostu bezprawia i wzrostu winy”, który to „model” bazuje na tym, że sprawca rzeczywistnia - obok bezprawia konkretnego czynu poddanego osądzeniu -jeszcze jedno dalsze bezprawie, mianowicie to właśnie, że wbrew nakazowi nie potraktował poprzednich skazań jako stosownego ostrzeżenia<sup>20</sup>. Aprobowana koncepcja opiera się wprost na zarzucie zwiększonej winy z powodu „nieposzanowania ostrzeżeń”, „zlekceważenia dodatkowych barier w postaci ukarania i odbycia kary”.

Powołuje się ona na ustalenia, które mogą być poczynione tylko empirycznie. Winny one odpowiedzieć na pytanie - jak podkreśla B. Haffke - czy sprawca, który doznał poważnego „impulsu hamowania” w wyniku poprzednich skazań, wzmocnił swą motywację do zachowań zgodnych z prawem i czy ułatwiło mu to odstępianie od dalszego kryminalnego zachowania<sup>21</sup>. Pozwalałoby to zarazem na wyprowadzenie w związku z treścią § 48 dwóch wniosków: po pierwsze - iż poprzednie skazania rzeczywiście ostrzegły sprawcę, po drugie - iż zlekcewał on świadomie to ostrzeżenie, a więc podjął inną decyzję.

Tezy te, poddane kryminologiczno-empirycznej weryfikacji, nie znalazły potwierdzenia. Co więcej - w większości przypadków empirycznych wyłonionych z kręgu osób, wobec których zastosowano § 48, sytuacja przedstawiała się wręcz odwrotnie. Poczynając bowiem od pierwszego popełnionego przez sprawcę przestępstwa zakładany „próg hamowania” okazywał się stale niższy<sup>22</sup>. Ponadto ze względu na strukturę ich osobowości znaczna część sprawców nie jest w stanie rozważyć wszystkich „za” i „przeciw” w odniesieniu do swych kryminalnych zachowań oraz uwzględnić swych dotychczasowych sądowych i penitencjarnych doświadczeń przy podejmowaniu decyzji o popełnieniu kolejnego przestępstwa. Wyniki tych badań znajdują też potwierdzenie

<sup>20</sup> B. Haffke, *Rückfall*, s. 205-206.

<sup>21</sup> Ibidem; zob. także H. Frosch, *Die allgemeine Rückfallvorschrift des §48 StGB*, Tübingen 1976, s. 89 i n.

<sup>22</sup> Por. ibidem, s. 92-106; B.-D. Meier, *Die Bestrafung*, s. 37 i n.

w aktualnej wiedzy kryminologicznej zgromadzonej na podstawie wprost olbrzymiej ilości materiałów badawczych z zakresu karier kryminalnych<sup>23</sup>.

Dyskusja nad stopniowaniem winy w związku z recydywą, toczona na kanwie § 48 nkk, wykazała dość dużą zgodność poglądów co do tego, iż stopień winy nie wzrasta stosownie do poprzednio stosowanych kar. Niezbędne okazało się ustalenie związku między skutkami tych kar a winą w aspekcie okoliczności konkretnego przypadku. Z pewnością w praktyce spotyka się takie (raczej rzadkie) sytuacje, gdy recydywa prowadzi do podwyższenia stopnia winy. H. Zipf ilustruje to przykładem sprawcy, który po ukaraniu kontynuuje podobną działalność przestępczą, stosując jednocześnie lepszą taktykę ukrywania się. Z drugiej strony - autor ten posługuje się przykładem ekshibicjonisty, przestępcy działającego pod wpływem tej samej skłonności<sup>24</sup>. Chodzi tutaj zresztą nie o skrajne przypadki, lecz o ukazanie szerokiego spektrum możliwości oceny winy. To zaś jest wystarczającym argumentem przemawiającym przeciwko obligatoryjnemu podwyższaniu kary związanej z oceną stopnia winy.

3. Zajęcie stanowiska w omawianej sprawie wymaga rozstrzygnięć w sprawie kryteriów stopniowania winy, a także w zakresie wzajemnego stosunku czynników winy i prewencji w obrębie instytucji recydywy określającej większą karę. W niemieckim orzecznictwie i nauce prawa karnego, mimo różnic w pojmowaniu winy, znaczna część badaczy zgadza się opinią wyrażoną przez Trybunał Federalny, według której „...wina jest zarzucalnym ukształtowaniem decyzji woli”, w związku z czym „...zarzuca się sprawcy, że [...] zdecydował się na zło [...] chociaż mógł zdecydować się na postępowanie zgodne z prawem”<sup>25</sup>. Na tym właśnie opierało się rozumowanie oponentów § 48 nkk, którzy twierdzili, iż trudno zarzucić recydywiście wyższy stopień winy z powodu zlekceważenia przezeń poprzednich kar i obecnego działania z większym napięciem złej woli, dlatego, że nie można oczekiwać od niego zwiększonego stopnia społecznego konformizmu<sup>26</sup>.

Spróbujmy zanalizować to rozumowanie przy pomocy innej jeszcze argumentacji, nie reprezentowanej w dyskusji nad byłym § 48 nkk, przyjmując jako punkt wyjścia tradycyjne, normatywne pojęcie winy, z położeniem akcentu nie tyle na dogmatycznym, co społeczno-wartościującym punkcie widzenia. Istotny staje się wówczas rozmiar całości „da”, jakie urzeczywistnił sprawca przestępstwa i które można mu zarzucić, co pozwala jednocześnie na

<sup>23</sup> Por. G. Kaiser, *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlage*, wyd. 8, Heidelberg 1989, s. 275 i n.; H. Göppinger, *Kriminologie*, München 1980, s. 447-460; H.J. Schneider, *Kriminologie*, Berlin-New York 1987, s. 314 i n. oraz 845.

<sup>24</sup> H. Zipf, *Die Behandlung*, s. 444.

<sup>25</sup> Za H. Marquardtem, *O teoretycznym*, s. 126.

<sup>26</sup> Por. B.-D. Meier, *Die Bestrafung*, s. 37; H. Frosch, *Die allgemeine*.

odnalezienie związku pomiędzy winą a „sprawiedliwą karą”. Oba te pojęcia mają przecież u podstaw społeczne wartości streszczane w „społecznym poczuciu sprawiedliwości”. Na stopień winy wpływa nie tylko ocena indywidualnych możliwości podmiotu w podejmowaniu decyzji o popełnieniu czynu, ale jest on właśnie - przy normatywnym ujęciu winy - wynikiem oceny tych możliwości na skali społecznych wymagań zakreślonych jednostce przez prawo. Gdyby było inaczej, trudno byłoby pociągnąć do odpowiedzialności karnej alkoholika czy narkomana dokonującego czynu w stanie odurzenia.<sup>27</sup>

Jeżeli zarzut czyniony sprawcy polega na tym, że popełnił on czyn sprzeczny z prawem, o którym to czynie możemy powiedzieć, iż przeciętny obywatel uniknąłby go w takich samych warunkach osobistych i sytuacyjnych, co oznacza, że „...zawiódł oczekiwania, jakie prawo ma wobec normalnych obywateli”, to zarzut sformułowany pod adresem sprawcy powracającego do przestępstwa mógłby brzmieć tak, iż popełnił on czyn sprzeczny z prawem mimo wcześniejszego ukarania przez sąd (zastosowania kary), z czym wiąza się szczególne oczekiwania społeczne co do jego dalszego, zgodnego z prawem postępowania. A zatem zawiódł on te szczególnie nasilone oczekiwania, jakie żywi prawo wobec osób już ukaranych. Trudno bowiem zaprzeczyć, że większa jest tu „społeczna wymagalność” zgodnego z prawem zachowania się, owego niepoddawania się naciskom zarówno zewnętrznym, jak i wewnętrznym. Można by też zaryzykować dyskusyjne twierdzenie, iż kolejne przestępstwo tego samego sprawcy tym bardziej godzi w wartości społeczne, im bardziej zagraża efektywności normy w przyszłości. Gdyby można było wykazać, że sprawcy towarzyszyła świadomość tych zwiększonych oczekiwań (co być może nierzadko ma miejsce) oraz że uwzględnia on ten element w swoich decyzjach - moglibyśmy uznać, że tym samym wzrasta „zarzucalność” związana z jego winą. Analiza psychologiczna procesu decyzyjnego odnoszącego się do popełnienia przestępstwa prowadzi do wniosku, że wielu recydywistów demonstruje wobec ofiary (czy też wobec społeczności) swą wolę dalszego przestępczego naruszania ich praw, co oznacza stosunek psychiczny sprawcy do wielokrotności jego czynów. Zjawiska, o których mowa, znane są w przypadkach wandalizmu czy tzw. chuligaństwa i opisane zostały na podstawie badań wielu socjologicznych koncepcji społecznej dewiacji jednostki, wskazujących na konflikty adaptacyjne jako na przyczynę takich zachowań i postaw. Z drugiej strony - zarówno w odniesieniu do tych sprawców, jak i recydywistów nie przejawiających tego rodzaju demonstracji postaw prawnych - wyniki badań nad karierami kryminalnymi wykazują różne „deficyty” psychiczne, fizyczne i środowiskowe, datujące się w większości przypadków od dzieciństwa spraw-

<sup>27</sup> W tym sensie „...stwierdzenie winy nie jest zadaniem empirycznym, lecz w każdym razie w zasadzie normatywnym”; H. Marquardt, *O Teoretycznym*, s. 127; podobnie H. Müller-Dietz, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystem*, Heidelberg 1979.

ców. Powodują one bez wątpienia zmniejszone możliwości tych osób do sprostania społecznym obowiązkom. Możliwości te kształtują się jednocześnie. Pod wpływem różnych mechanizmów marginalizujących i dyskryminujących, wśród których znajdują się również same efekty reakcji karnych.<sup>28</sup>

Można tu sformułować tezę, iż przeciętnie mamy do czynienia z brakiem równowagi pomiędzy elementami decydującymi o ocenie stopnia winy. Z jednej strony są to bowiem zwiększone społeczne wymagania wobec sprawcy już wcześniej karanego, a z drugiej - towarzyszą im na ogół jego zmniejszone możliwości sprostania tym wymaganiom. Należy z naciskiem podkreślić, że nie chodzi tu o wymagania „na miarę możliwości”, jak się to często przyjmuje, lecz o ocenę rozmiaru subiektywnych możliwości na tle rozmiaru obiektywnych społecznych wymagań<sup>29</sup>. Stopniowanie winy powinno uwzględniać oceny obu tych elementów właśnie w takiej kolejności. Tenże brak równowagi elementów składowych oceny globalnej nasila się w miarę wzrostu liczby skazań danego sprawcy i liczby odbytych kar. Zwiększenie stopnia winy, o czym była już mowa wyżej, nie następuje wprost proporcjonalnie do liczby skazań. Pokażna liczba skazań jednego recydywisty odzwierciedla zazwyczaj to, że popełnione przez niego przestępstwa były raczej błahe. Trudno będzie też ocenić, jak w procesie decyzyjnym wielokrotnych recydywistów odzwierciedla się ich stosunek do społecznych wymagań i do poprzednich kar. Należy się spodziewać, że ustalenia co do tych procesów decyzyjnych będą w indywidualnych przypadkach bardzo skomplikowane, gdyż reakcje wchodzące w skład zachowań przestępczych uległy tu zautomatyzowaniu i zautonomizowaniu, tj. oderwaniu od swych pierwotnych przyczyn. Mówiąc w uproszczeniu - wielokrotnie karany recydywista traci też do pewnego stopnia poczucie rzeczywistości społecznej<sup>30</sup>. Jeżeli zaś przedmiotem oceny miałyby być pewna utrwalona negatywna postawa wobec prawa, potwierdzona wielokrotnością skazań, to jesteśmy blisko koncepcji „winy osobowości”. Postawy wobec prawa mają zaś niewątpliwie znaczenie jako podłoże motywacji popełnienia konkretnego przestępstwa i w ten sposób wpływają na ocenę winy czynu.

<sup>28</sup> Por. T. von Trotha, *Strafvollzug und Rückfälligkeit*, Heidelberg 1983.

<sup>29</sup> Często przyjmuje się, że podstawą zarzutu przy ustalaniu winy może być wyłącznie wzorzec indywidualny; por. na ten temat A. Spotowski, w: M. Filar, S. Frankowski, K. Poklewski-Koziełł, A. Spotowski, A. Wąsek, *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej*, Warszawa 1982, s. 134-135. Autor relacjonuje tam też koncepcję winy jako „prawnie wadliwego nastawienia”.

<sup>30</sup> „Dewiacja staje się normalnym sposobem życia, zostaje zaakceptowana i znormalizowana. Jednostka znajdująca się w takiej sytuacji zaczyna ją akceptować wierząc równocześnie, iż jest to zgodne ze stanem faktycznym” - K. Krajewski, *Podstawowe tezy teorii naznaczania*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1983, z. 1, s. 235-236; „Recydywista, który spędza w zakładzie nierzadko połowę życia, zaczyna traktować to pod każdym względem specyficzne środowisko jako normalne [...], to co pierwotnie miało stanowić dotkliwą karę, zaczyna być czymś normalnym i naturalnym” - A. Siemaszko, *Przestępczość wielokrotnych recydywistów i stosowana wobec nich polityka karna*, Archiwum Kryminologii 1983, t. X, s. 53.

W nauce niemieckiej, o czym była już mowa wyżej, na pojęcie winy będącej podstawą wymiaru kary, składa się waga czynu (czyli jego znaczenie dla porządku prawnego) i element zarzucalności. Jeżeli zaś założymy, że powrót do przestępstwa mógłby w konkretnej sytuacji zostać zarzucony sprawcy niejako obok czynu, to tego rodzaju dodatkowy element zarzutu nie byłby zapewne głównym wyznacznikiem stopnia winy, lecz ubocznym. Podobnie przedstawia się to w ustawodawstwach, które traktują recydywę ogólną jako okoliczność obciążającą. Odpowiedzialność karna, tak jak się ją dziś rozumie, powiązana jest z czynem, a nie z osobą sprawcy. Wielkość tego dodatkowego elementu zarzutu związanego z powrotem do przestępstwa zależałaby więc w większym stopniu od wagi czynów popełnionych przez samego sprawcę, niż od ilości jego powrotów do przestępstwa, skazań czy też odbytych kar. A zatem ocena stopnia winy będzie ostatecznie uzależniona od ukształtowania właściwych proporcji wśród elementów stanowiących podstawę tej oceny na gruncie indywidualnego przypadku. Zachowanie tych proporcji z odpowiednim uwypukleniem społecznych wymagań oraz indywidualizacja ocen są też głównymi postulatami niniejszych rozważań. Recydywiści stanowią bowiem pod względem charakterystyki kryminologicznej bardzo zróżnicowaną część sprawców przestępstw, spotykają się oni ze zróżnicowaną reakcją karną i sami różnie na nią reagują.

4. Wina, która ma limitować wielkość kary, wymaga pojęciowego odzielenia od zakresu prewencji. Przeprowadzenie takiego podziału wiąże się ze sporem szkół o cele kary<sup>31</sup>. Wolfgang Kürschner w swej pracy poświęconej zagadnieniom recydywy słusznie wskazuje na potrzebę uporządkowania zapartywań i argumentów według ich przynależności do typów: prewencji specjalnej, prewencji ogólnej, winy lub jeszcze innych kategorii polityczno-kryminalnych. Jest to bowiem istotne dla racjonalnie działającego wymiaru kary i dla racjonalnego ustawodawstwa. Jeżeli ustawodawca uważa - podkreśla Kürschner - że recydywiści powinni być poddani szczególnym ramom kary, to powinien on sam dostarczyć wyjaśnienia, czy powodem do tego jest „prawno-karna” wina czy też względy prewencyjne<sup>32</sup>.

Problem stopniowania winy w związku z recydywą nie zależy od tego, czy ustawa karna uwzględnia go w przepisie poświęconym wymiarowi kary wobec recydywistów, a nawet od tego, czy zna tego rodzaju przepisy, dlatego też w ustawodawstwie niemieckim mimo wykreślenia § 48 nkk problem ten jest nadal aktualny. Wymiar kary zaś, nawet w ramach niezbyt szeroko otwartych sankcji, może się odbywać z naruszeniem zasady ograniczającej karę do

<sup>31</sup> Por. U. Klug, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, t. II - *Materielle und formelle Strafrechtsprobleme*, Berlin 1981, s. 25-90.

<sup>32</sup> W. Kürschner, *Die materielle*, s. 5-6.

rozmiaru winy. Także i na tym polu pozostaje on związany z oceną indywidualnego przypadku. Poza tym trudno byłoby sobie wyobrazić, aby wymiar tej kary miał być uzasadniony według alternatywy: wina albo prewencja. Cała trudność polega właśnie na wzajemnym zharmonizowaniu obu tych elementów, ostatecznie na poziomie uzgadniania sposobów reakcji karnych na recydywę, w szczególności związanej z modyfikacją sankcji.

Warto przypomnieć z obserwacji historycznej, że nawet w okresie niepodzielnej dominacji kary odwetowej, drastycznie surowa reakcja na wielokrotną recydywę uzasadniona była „potrzebą oczyszczenia kraju z niebezpiecznych elementów”<sup>33</sup>. Zresztą nadmiernie surową karalność recydywistów upatrywać można zarówno w motywacjach względami odpłaty, jak i prewencji. Dochodziło tu na przestrzeni lat do niespójności między deklarowanymi celami kar i środków, a pozostawionym dla ich realizacji instrumentarium. W niemieckiej nauce prawa karnego zrodziło się na tym tle pojęcie „Etikettenschwindel” dla określenia rozbieżności pomiędzy nazwami a rzeczywistymi funkcjami kar i środków zabezpieczających przeznaczonych dla recydywistów.

Odkryta w ubiegłym stuleciu prawidłowość, że niewielka ilość intensywnych sprawców dokonuje znacznej większości przestępstw, zrodziła koncepcję o ich bezterminowej izolacji. Realizacja takich koncepcji nie mogła przyjmować winy za miarę kary, gdyż wina zakłada określoność kary, a nie jej taką czy inną bezterminowość. Od czasu zaś sformułowania zasady dwutorowości kar i środków zabezpieczających najbardziej surową reakcją wobec recydywistów wielokrotnych (niekiedy w postaci dożywotniej izolacji, a nawet deportacji) można było zastosować bez uwzględnienia zasady winy. Obowiązujący w Niemczech kodeks karny w wersji z 1974 r. przewiduje do dziś tzw. internowanie zabezpieczające (Sicherungsverwahrung). Jest to środek zabezpieczający, traktowany jako ostateczność wobec rzeczywiście niebezpiecznych, „nałogowych” przestępców, w stosunku do których zawiodły inne próby resocjalizacji, orzekany obok kary pozbawienia wolności, po raz pierwszy do 10 lat, a w razie ponownego orzeczenia na czas nieograniczony. Rozstrzygające co do utrzymania tej instytucji w obecnym kodeksie okazało się przekonanie, że nie ma drogi bardziej „ludzkiej” i bezwzględnie koniecznej dla ochrony przed niebezpiecznymi sprawcami zawodowymi i sprawcami z nawyknięcia<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Por. D. Pieńska, *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, Warszawa 1974, s. 40 i n.

<sup>34</sup> H.-H. Jescheck, *Lehrbuch*, s. 77. Na temat funkcjonowania w praktyce, por. J. Kürzinger, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in der Bundesrepublik Deutschland*, w: *Die Freiheitsstrafe laid ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, pod red. H.-H. Jeschecka, Baden-Baden 1984, s. 1772 i n.; J. Meyer, *Prawnokame aspekty recydywy*, w: *Problemy recydywy i drobnej przestępczości w praktyce Polski i RFN*, pod red. J. Skupińskiego, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1981, s. 66-70.

5. Spór o zasadę winy w aspekcie wymiaru kary wobec recydywistów zależy - po pierwsze - od tego, jaki zasięg obowiązywania nadany zostanie samej tej zasadzie, a po drugie - zależy od tego, czy uzna się, że recydywa, a mówiąc bardziej precyzyjnie: jakaś forma związanej z nią nagannej woli sprawcy, wpływa na stopień winy. Rozstrzygnięcie pierwszej kwestii zależy nie tylko od cenionych w prawie karnym korzyści wynikających z oparcia wymiaru kary na czynniku winy. Są to korzyści zarówno natury ideologicznej, jak i utylitarnej. Rozstrzygnięcie to zaś zależy także od koncepcji polityczno-kryminalnej, na której opiera się dany system prawa karnego, a w tym również karalność recydywistów<sup>35</sup>. Koncepcje te z kolei nie mogą stronić od konkretnych zjawisk z zakresu przestępczości. Nie podejmując tego rozległego wątku można tylko zaznaczyć, że recydywiści traktowani są w dziedzinie polityki kryminalnej dość często jako sprawcy wypełniający „szare pole odpowiedzialności” pomiędzy sprawcami w pełni odpowiedzialnymi a niepoczytalnymi lub o zmniejszonej poczytalności.

Równie często wyrażana jest w literaturze przedmiotu zgoda na ich dłuższą izolację, gdyż są uważani w części za przestępców „niebezpiecznych”, „groźnych dla otoczenia,, „niepoprawnych”. Nie ma jednak jakiegokolwiek zgody co do tego, jak należy rozumieć te pojęcia i na jak długo należałoby izolować tego rodzaju sprawców<sup>36</sup>. „Jeżeli [...] stwierdzimy - piszą W. Wróbel i A. Zoll - że istnieje grupa sprawców niepoprawnych, to jest to problem stosowania środków zabezpieczających, które nie mogą być utożsamiane z karą. Chodzi bowiem wówczas bardziej o leczenie lub konieczną izolację jednostek niebezpiecznych”<sup>37</sup>. Zajęcie stanowiska odnośnie do tych niełatwych do rozwiązania problemów pozwala dopiero na rozstrzygnięcie zakresu zastosowania zasady winy<sup>38</sup>. Przyjmujemy jednak założenie, że wymiar kary także wobec recydywistów będzie oparty na zasadzie winy.

Druga z poruszonych spraw, dotycząca wpływu recydywy na stopień winy wymaga określenia treści ewentualnego zarzutu, jaki mógłby być sformułowany

<sup>35</sup> W znacznej części nauki prawa karnego w Niemczech wyrazem negatywnej oceny efektywności prewencyjnej funkcji kary w odniesieniu do recydywistów jest teza o „wymienialności sankcji”. Oznacza to, że w zasadzie rodzaj i rozmiar orzekanych kar nie mają decydującego wpływu na poziom recydywy.

<sup>36</sup> M. Płatek, *Meandry humanizacji wykonania kary pozbawienia wolności - z doświadczeń amerykańskiego systemu penitencjarnego*, w: *Doświadczenia i perspektywy systemu penitencjarnego w Polsce*, pod red. T. Szymanowskiego i A. Rzeplińskiego, Warszawa 1987, s. 310.

<sup>37</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Usprawiedliwienie karania (założenia systemu wymiaru kary w przyszłym kodeksie karnym)*, w: *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu*, pod red. A. Strzembosza, Lublin 1988, s. 262. Autorzy dopuszczają możliwość wpływania recydywy na zawężenie stosowania środków wolnościowych na rzecz pozbawienia wolności. Piszą: „Według przyjętych założeń recydywa nigdy nie powinna prowadzić do wymierzania kary powyżej stopnia zawinienia” (ibidem).

<sup>38</sup> Problem zasady winy na tle polskich propozycji *de lege ferenda* co do wymiaru kary wobec recydywistów będzie przedmiotem rozważań w innym miejscu.

na płaszczyźnie winy, w związku z powrotem sprawcy do przestępstwa. Przykłady sformułowania tego rodzaju zarzutu odnajdujemy u wielu reprezentantów szeroko rozumianego klasycznego kierunku prawa karnego. Obecnie można opowiedzieć się za dokonywaniem wartościowania recydywy w ramach winy traktowanej jako podstawa wymiaru kary wobec wszystkich sprawców przestępstw. Sam zarzut, o którym mowa, mógłby być rozumiany szeroko - jako świadome niespełnienie oczekiwań związanych z poprzednim ukaraniem za przestępstwo (a więc oczekiwań, że sprawca będzie się szczególnie strzegł Przed ponownym naruszeniem porządku prawnego), tym bardziej, że tym oczekiwaniom towarzyszy wyrażone w ustawie zaostrenie kary za powrót do przestępstwa. Z uwagi na zróżnicowane warunki subiektywne konkretnych sprawców, ocena winy - tak jak uwidoczniał do przykład § 48 nkk - powinna być dokonywana zawsze w ramach indywidualnego przypadku i bez domniemań odnoszonych do wszystkich recydywistów, a wyprowadzanych z podobieństwa przestępstw, odbytych już kar itp., co do zwiększenia stopnia winy. Zapewne można przewidzieć to, że sytuacje, w których wina ulegnie zwiększeniu z uwagi na recydywę będą należały do wyjątkowych. Wobec przedstawionych już wyżej rągi, trzeba się opowiedzieć za tym, by udział czynnika recydywy w określaniu stopnia winy był bardzo ograniczony. Nie można - rzecz oczywista - określić go w stosunku procentowym, ani też arbitralnie wyłączyć przez uznanie, iż recydywa w ogóle nie ma wpływu na winę. Pozostaną jednak w tym miejscu sprawą pewnych kompromisów dwa inne zagadnienia: 1) limitująca funkcja winy w stosunku do prewencji, skoro zasadnicze związki recydywy układają się właśnie z prewencją; 2) kwestia pewnej odmiany powszechnie szanowanego zakazu „podwójnego wartościowania” w sytuacji, gdy zaostrenie kary wiązałoby się jednocześnie z winą i z prewencją.

Dla umożliwienia przestrzegania zasady winy w praktyce mają znaczenie w końcu względy „techniczne”, związane z przewidywanymi konsekwencjami recydywy, w tym ze sposobem modyfikacji sankcji, stosowaniem zakazów łagodzenia i ograniczania kar<sup>39</sup>. Nasuwa się pytanie, jakie sposoby reagowania na recydywę mogą być harmonizowane z zasadą winy bez popadania w sprzeczności. Wiąże się ono z szerszym zagadnieniem systemu sankcji karnych. System ten jest bowiem punktem wyjścia i odniesienia dla ewentualnych jego modyfikacji. Każda dyrektywa wymiaru kary o charakterze obligatoryjnym, przewidująca zaostrenie kary w drodze zmiany jej rodzaju na surowszy czy też podwyższenie jej granic, a także przewidująca obligatoryjne zakazy stosowania różnych instytucji łagodzących karę prowadzić może do

<sup>39</sup> Zupełnie inną konsekwencją aprobowania koncepcji zwanej „Spielraumtheorie” jest sporny w nauce niemieckiej problem możliwości orzekania kary poniżej dolnej granicy wyznaczonej rozmiarem kary, co mogłyby niekiedy dyktować względy prewencyjne lub humanitarne.

wymierzenia kary, której górna granica przekroczy odpowiadający jej stopień winy. Nawet relatywnie tak niewielka modyfikacja sankcji, jaką przewidywał omawiany wyżej § 48 nkk, przez podniesienie dolnej jej granicy do 6 miesięcy pozbawienia wolności, nie pozwoliła ostatecznie na zharmonizowanie tej kary z zasadą winy, gdyż przewidziano tu zbyt daleko posunięty automatyzm wymiaru kary, która okazywała się nie zawsze adekwatna do wagi przestępstw, popełnianych zresztą przez sprawców, którzy skądinąd nie zostali przez ustawodawcę wyselekcjonowani całkiem trafnie z punktu widzenia polityki kryminalnej.

#### GUILT AND PENALTY FOR REPEATED OFFENDERS IN THE LIGHT OF EXPERIENCE OF GERMAN CRIMINAL LAW

##### Summary

The article investigates the problem of the possibility of relating the principle of guilt, as a basis of sentencing, to the offenders. This problem was considered in detail in the criminal law literature of the Federal Republic of Germany, especially in the light of presently repealed Art. 48 of the German Criminal Code.

The solution of the above problem may be reached by means of compromise between guilt, which determines the upper level of penalty, also with respect to repeated offenders, and the requirements of prevention. Besides, the article considers the question of harmonising the factors of guilt and prevention in the light of the „technique” of modifying penal sanctions.